

ISSN 1512-6706

**REVIJA ZA PRAVO
I EKONOMIJU**

**REVIEW FOR LAW
& ECONOMICS**

**Radovi sa Treće međunarodne naučne konferencije
“Pravni i ekonomski aspekti procesa integracije Bosne i
Hercegovine u Evropsku uniju”**

Godina 20. broj 1. Mostar 2019.

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

Izdavač – Publisher

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Za izdavača – For Publisher

dekan prof. dr. Alena Huseinbegović

Uredništvo – Editorial Board

prof. dr. Amra Jašarbegović

glavni i odgovorni urednik – Editor in Chief

prof. dr. Jozo Čizmić

prof. dr. Goran Koevski

doc. dr. Nerma Čolaković – Prguda

viša ass. mr. Sunčica Hajdarović

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, a svi prilozi iz Revije za pravo i ekonomiju referiraju se u EBSCO bazi.

SADRŽAJ:

IZVORNI NAUČNI RADOVI

Prof. dr. Edin Rizvanović

Doc. dr. Belma Bajrić

EUROPSKO PRAVO OSIGURANJA I BOSANSKOHERCEGOVAČKI KONTEKST	11
--	-----------

Prof. dr. Mirjana Nadaždin Defterdarević

EVROPSKI KONCEPT LJUDSKIH PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI - PRISTAJANJE BEZ PRIHVATANJA	28
--	-----------

Prof. dr. Jozo Čizmić

Prof. dr. Alena Huseinbegović

Doc. dr. Alaudin Brkić

SUPROTSTAVLJANJE PRAVNOG POLOŽAJA DAVAOCA FINANSIJSKOG LEASINGA NA POKRETNIM STVARIMA U STEČAJU KORISNIKA LEASINGA	44
---	-----------

Prof. dr. Amra Mahmutagić

KORIJENI EVROPSKE PRAVNE TRADICIJE, KAO PODLOGA MODERNIM PRAVNIM SISTEMIMA	78
---	-----------

Prof. dr. Anita Duraković

Doc. dr. Ramajana Demirović

PREKOGRANIČNO ODVOĐENJE I ZADRŽAVANJE DJECE	102
--	------------

Prof. dr. Ivo Rozić

Doc. dr. Emina Hasanagić

SLOBODA KRETANJA RADNIKA U PRAVU EVROPSKE UNIJE I OBAVEZE BOSNE I HERCEGOVINE U PROCESU EVROPSKIH INTEGRACIJA	134
--	------------

Doc. dr. Viktorija Haubrich

Ernest Rechner

REVIZIJA PROROGACIJE NADLEŽNOSTI PREMA UREDBI (EU) BR. 1215/2012 O NADLEŽNOSTI, PRIZNAVANJU I OVRSI SUDSKIH ODLUKA U GRAĐANSKIM I TRGOVAČKIM STVARIMA	176
--	------------

Doc. dr. Ivona Šego-Marić

Doc. dr. Marija Vidić

Mag. iur. Petar Čavar

POVIJESNOPRAVNI RAZVOJ AUTORSKOG PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI I USKLADIVANJE SA EUROPSKIM PRAVOM	206
--	------------

PRETHODNO SAOPĆENJE

Prof. dr. Maja Čolaković

Prof. dr. Marko Bevanda

**OSVRT NA PRESUDU SUDA EUROPSKE UNIJE U PREDMETU
C-621/15 (N.W. I DR. PROTIV SANOFI PASTEUR).....**235

Prof. dr. Anita Petrović

**NOVA PRAVNA REGULATIVA TURISTIČKIH PAKET
ARANŽMANA**249

Doc. dr. Aida Mulalić

Doc. dr. Enis Omerović

**COMPREHENSIVE TRADE AGREEMENT (CETA) – institucionalizirani
pristup EU rješavanju međunarodnih investicionih sporova**270

Doc. dr. Džamna Duman

Doc. dr. Midhat Izmirlija

**PRAVO NA IME-BOSANSKOHERCEGOVAČKA PRAKSA I EVROPSKI
PRAVNI PRINCIPI**289

Doc. dr. Denis Pajić

**CONFISCATION OF ASSETS ACQUIRED BY CRIMINAL
ACTIVITY IN THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF
HUMAN RIGHTS**305

Doc. dr. Darja Softić Kadenić, LL.M. (Graz)

**UREĐIVANJE STANJA ZEMLJIŠNOKNJIŽNE EVIDENCIJE NA
PODRUČJU FEDERACIJE BIH**323

V. ass. mr. Sunčica Hajdarović

**INSTITUT NUŽNE ODBRANE U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM
I EVROPSKOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU – PRAVCI
HARMONIZACIJE**353

PREGLEDNI NAUČNI RADOVI

Prof. dr. Milena Jovanović Zattila

POKAJNIČKI PROGRAM KOD RESTRIKTIVNIH SPORAZUMA377

Prof. dr. Marija Boban

**DIGITALNA EKONOMIJA I EUROPSKI REGULATORNI OKVIR
ZAŠTITE OSOBNIH PODATAKA - IZAZOVI I PERSPEKTIVE U
PRIMJENI**390

Prof. dr. Rebeka Kotlo	
MEĐUNARODNI, EVROPSKI I BOSANSKOHERCEGOVAČKI PRAVNI OKVIR, STANDARDI I PRAKSA U OBLASTIMA ZABRANE DISKRIMINACIJE I RODNE RAVNOPRAVNOSTI	415

Prof. dr. Amra Jašarbegović	
EVROPSKA GRAĐANSKA INICIJATIVA - NOVA PRAVILA I PROCEDURE	433

Prof. dr. Zlatan Meškić	
Doc. dr. Alaudin Brkić	
V. ass. Alem Merdić	
UREĐENJE KOMANDITNIH DRUŠTVA U KOMPANIJSKOM PRAVU U BOSNI I HERCEGOVINI	450

Prof. dr. Boris Krešić	
Mr sci. Ervina Halilović	
NASLJEDNOPRAVNI POLOŽAJ BRAČNOG/VANBRAČNOG PARTNERA U BOSNI I HERCEGOVINI	490

Doc. dr. Dejan Bodul	
IZBOR, IMENOVANJE I RAZRJEŠENJE STEČAJNOG UPRAVITELJA U HRVATSKOM PRAVU: model za pravnu recepciju?	509

Doc. dr. Sedad Dedić	
Dr. sc. Šukrija Bakšić	
ULOGA DRŽAVE U NORMIRANJU EKONOMSKIH PROCESA U OKVIRU INTEGRACIJA BIH U EVROPSKU UNIJU	532

Doc. dr. Nerma Čolaković-Prguda	
Doc. dr. Suzana Dimić	
MJESTO PORESKOG SISTEMA U PROCESU EVROPSKIH INTEGRACIJA	543

Doc. dr. Dijana Gupta	
PRAVILA U KOMUNIKACIJAMA I ZLOUPOTREBA MEDIJA	555

Doc. dr. Alaudin Brkić	
Ass. Džejna Suljević, MA	
Sajdin Murtić, MA	
ODGOVORNOST PO OSNOVU PRAVIČNOSTI U DOMAĆEM ODŠTETNOM PRAVU	566

Dr. sc. Sanja Kavaz Hukić

ZAŠTITA SLOBODE KRETANJA PRIVREDNIH DRUŠTAVA PRIMJENOM INSTITUTA POSLOVNOG NASTANA: EKONOMSKA INTEGRACIJA BOSNE I HERCEGOVINE U EUROPSKI EKONOMSKI PROSTOR	596
---	------------

Dr. sc. Smajo Šabić

REFORMA IZVRŠNOG POSTUPKA U BOSNI I HERCEGOVINI SA POSEBNIM OSVRTOM NA POLOŽAJ I IZVRŠITELJA U POSTUPKU IZVRŠENJA	613
--	------------

V. ass. mr. sc. Dženana Radončić

OBLIGATORNO ZASTUPANJE OD STRANE KVALIFICIRANOG PUNOMOĆNIKA U GRAĐANSKOM SUDSKOM POSTUPKU PO REVIZIJI U KONTEKSTU PRAVA NA PRISTUP SUDU RAZVIJENOG KROZ PRAKSU ESLJP I SUDA EU	633
---	------------

Mr. sc. Adela Proho

ZAKONSKA REGULATIVA U OBLASTI ZAŠTITE OKOLIŠA U BOSNI I HERCEGOVINI	662
--	------------

STRUČNI ČLANCI

Doc. dr. Albin Muslić

Ajna Jodanović, MA

Mr. sci. Adnan Tulić

Samir Jodanović, dipl. iur.

PREDNOSTI I NEDOSTACI PRAVA GRAĐENJA KAO STVARNO- PRAVNOG INSTITUTA U KONTEKSTU PRISTUPANJA BOSNE I HERCEGOVINE EVROPSKOJ UNIJI	675
--	------------

V. ass. MJur (Oxon) Selma Mezetović Međić, MA iur.

KOLEKTIVNA ZAŠTITA U SVJETLU NOVE ZAKONODAVNE INICIJATIVE EVROPSKE UNIJE	694
---	------------

Amila Koso, mr. iur

PRIMJENA EVROPSKIH STANDARDA U REFORMI JAVNE UPRAVE U BOSNI I HERCEGOVINI KROZ DIGITALIZACIJU SISTEMA: POTREBA ILI BUDUĆNOST?	710
--	------------

Alma Đukić, MA iur.

**UTJECAJ OPĆE UREDBE O ZAŠTITI PODATAKA (EU) 2016/679
(GDPR) NA INDUSTRIJU ONLINE OGLAŠAVANJA U BOSNI I
HERCEGOVINI**

724

Amir Šelo, dipl. pravnik

**PROCES USKLADIVANJA ZAKONODAVSTVA U BOSNI I
HERCEGOVINI SA ACQUISOM - ISKUSTVA I PREPORUKE**

740

IZVORNI NAUČNI RADOVI

Dr. sc. Edin Rizvanović, redovni profesor

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Doc. dr. Belma Bajrić, docentica

Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću

EUROPSKO PRAVO OSIGURANJA I BOSANSKOHERCEGOVAČKI KONTEKST

Sažetak: Status potencijalnog kandidata kao i predan zahtjev za članstvo u Europsku Uniju potvrđuje opredijeljenost Bosne i Hercegovine da postane dio jedinstvenog europskog tržišta, posebno u domenu finansijskog sektora - u oblasti osiguranja. Pravni okvir i pozitivnopravna rješenja u oblasti osiguranja su u velikoj mjeri usklađena sa europskim pravom osiguranja, o čemu svjedoče moderni propisi sadržani u postojećim zakonima i praksa osiguravajućih društava. Implementacija direktiva Europske unije iz oblasti osiguranja u zakonodavstvo Bosne i Hercegovine je proces koji za cilj ima uvođenje novog regulatornog okvira tržišta osiguranja, lakši pristup jedinstvenom europskom tržištu osiguranja, jačanje povjerenja korisnika i investitora u djelatnost osiguranja, snažniju zaštitu osiguranika, bolje procjenjivanje dugoročnih rizika u svrhu smanjenja rizika insolventnosti itd. Izgradnja prava osiguranja na europskom nivou je u skladu sa potrebama tržišta, te podiže na višu razinu zaštitu učesnika u istom. Bosna i Hercegovina pred sobom ima još mnogo usklađivanja i prilagođavanja pravnoj stečevini Europske unije na području prava osiguranja, ali ona su neminovna radi postizanja željenih efekata na tržištu osiguranja.

Ključne riječi: jedinstveno europsko tržište osiguranja, direktive Europske unije, povjerenje i zaštita učesnika u osiguranju, procjena rizika, razvoj osiguranja u Bosni i Hercegovini.

1. Izvori prava osiguranja u Europskoj Uniji i Bosni i Hercegovini

Rimskim ugovorom iz 1957. godine, koji formalnopravno predstavlja kamen temeljac sadašnje europske integracije, u odjeljku 2. i 3., proklamavano je pravo osnivanja preduzeća i sloboda vršenja usluga, pa je otuda, jedan od primarnih ciljeva Europske zajednice bilo stvaranje jedinstvenog tržišta za finansijske usluge, uključujući i usluge osiguranja. U oblasti osiguranja kao izvor prava u Europskoj Uniji¹ pojavljuju se direktive.² Većina direktiva kojima je ujednačavano privatno

¹ U daljem tekstu: EU

² Engl. *directive*, njem. *Richtlinie*; O direktivama (smjernicama) kao aktima Europske Unije pogledati: Džidić, Miroslav - Ćurković, Marijan, *Pravo osiguranja*, Pravni fakultet Sveučilišta u

pravo država članica odnosi se uglavnom na područje obligacionog prava. Norme europskog privatnog prava uređuju pojedina pitanja u oblasti osiguranja, ali najviši stupanj usaglašenosti, i na neki način unificiranosti, pravnih sistema država članica postignuti su u osiguranju od građanskopravne odgovornosti imatelja motornih vozila i obaveznom osiguranju od te odgovornosti. Temeljem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju³ Bosna i Hercegovina i EU uspostaviti će usku saradnju kako bi doprinijele ukupnom razvoju i napretku BiH. Politikama saradnje (glava VIII Sporazuma) definisane su oblasti u kojima BiH treba da uskladi svoje politike i zakonodavstvo sa pravnom tekovinom EU, među kojima se nalaze, pod rednom tačkom 3., bankarstvo, osiguranje i ostale finansijske usluge. Stvaranje jedinstvenog tržišta u oblasti europskog osiguranja svoj osnov ima u Rimskom ugovoru i predstavlja njegov bitni dio, te su u funkciji postizanja tog krajnjeg cilja donesene direktive koje se dijele u tri generacije, pa se tako i nazivaju, kao i one koje su uslijedile poslije.⁴

Mostaru, Mostar, 2017., str. 64; Gavella, Nikola, *O europskom privatnom pravu*, (Gavella, Nikola - Alinčić, Mira - Hrabar, Dubravka - Gliha, Igor - Josipović, Tatjana - Korać, Aleksandra - Baretić, Marko - Nikić, Saša, *Europsko privatno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2002.), str. 1-39.; Misita, Nevenko: *Osnovi prava Evropske Unije*, Magistrat, Sarajevo, 2002., str. 291-295.; Osnovi prava Evropske Unije, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008., str. 500-504. i *Evropska Unija-osnivanje i razvoj*, Revicon, Sarajevo, 2010., str. 173-174.; Pavić, Drago, *Pravna vrela ugovora o osiguranju (1. dio)*, Svijet osiguranja, Zagreb, br. 1., 2003., str. 37-46.; *Vodič za privrednike-direktive Evropske Unije-III*, Privredna komora Kantona Sarajevo i Centar za europske integracije i poslove s inozemstvom, Sarajevo, 2007., str. 65.

3 U daljem tekstu: Sporazum. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između EU i Bosne i Hercegovine potpisan je 16. juna 2008. godine, u Luksemburgu. Potpisivanju Sporazuma prethodilo je parafiranje 4. decembra 2007. godine u Sarajevu, te pregovori o Sporazumu vođeni od novembra 2005. do decembra 2006. godine. Do završetka procesa potvrđivanja ili ratifikovanja Sporazuma bio je na snazi Privremeni sporazum (*Interim Agreement*) na osnovu kojeg se od 01. jula 2008. godine primjenjuju odredbe Sporazuma koje se odnose na trgovinu s EU i određene aspekte unutrašnjeg tržišta EU. Sporazum spada u novu, treću generaciju sporazuma o pridruživanju EU koji su ponuđeni isključivo državama obuhvaćenim Procesom stabilizacije i pridruživanja i koji ovim državama omogućava uspostavljanje bliskog i trajnog odnosa sa EU, te izgledno članstvo u EU. Šire: Direkcija za europske integracije BiH, *Osnovni prikaz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju*, Vijeće ministara BiH, Sarajevo, 2008. i Sabljica, Samir, *Mehanizmi praćenja provedne Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju i Privremenog sporazuma između BiH i EU*, ZIPS, Sarajevo, 2010., br. 1190., str. 18-23.

4 Glavni ciljevi tržišta EU u osiguranju su: 1. osiguravatelji koji imaju svoje sjedište u bilo kojoj od država članica moraju biti slobodni poslovati u bilo kojoj drugoj državi članici i ponuditi na tržištu cjelokupan raspon svojih proizvoda u cijeloj EU, bez potrebe korištenja podružnica ili bilo kojeg drugog oblika poslovnog nastana, 2. osiguravatelji bi trebali podlijeći u osnovi istim glavnim pravilima nadgledanja, 3. kupac osiguranja, bez obzira je li to poslovno ili privatno osiguranje, mora imati mogućnost kupiti osiguranje gdje god želi u EU, 4. mora postojati dostatan nadzor nad načinima prodaje i prirode proizvoda kako bi se spriječilo zavaravanje javnosti, 5. posrednici i zastupnici moraju imati slobodu djelovanja pod jednakim uvjetima na cijelom tržištu, 6. dostatne i usporedive finansijske informacije moraju biti dostupne svim osiguravateljima na tržištu, 7. pravo ugovora o osiguranju ne mora biti istovjetno u cijeloj EU, ali moraju postojati pravila koja štite javnost i koja osiguravaju da izbor prava ne bude element konkurencije i 8. ne smije biti nikakvih ograničenja na kretanje valuta bilo kojeg od sudionika u transakciji. Iako se pristup EU može ostvariti samo preuzimanjem cjelokupnog zakonodavstva EU, ipak postoji jedan određeni redoslijed, koji je podijeljen na način da tzv. „ključne mjere“ izdvoji od ukupnih mjera, te se zatim

Prva generacija direktiva obuhvata Prvu Direktivu Vijeća 73/239/EEC o neživotnom osiguranju (donesenu 24. jula 1973. godine, o usklađivanju zakona, propisa i administrativnih odredbi u vezi sa poslovanjem u izravnom osiguranju osim životnog osiguranja) i Prvu Direktivu Vijeća 79/267/EEC životnog osiguranja (donesenu 05. marta 1978. godine, o usklađivanju zakona, propisa i administrativnih odredbi u vezi sa poslovanjem u izravnom životnom osiguranju).⁵ Uvod u drugu generaciju direktiva predstavlja Direktiva Vijeća 78/473/EEC - od 30.5.1978. godine, o usklađivanju zakona, propisa i administrativnih odredbi u vezi sa suosiguranjem u Zajednici), koja donosi novo reguliranje životnog i neživotnog osiguranja. Direktiva o suosiguranju izmijenjena je Drugom direktivom Vijeća 88/357/EEC o neživotnom osiguranju, ograničavanjem njenog dejstva na „velike rizike“, odnosno bitne trgovačke rizike (donesenom 22.6.1988. godine, o usklađivanju zakona, propisa i administrativnih odredbi u vezi sa direktnim osiguranjem, osim životnog osiguranja i koja postavlja mjere za olakšanje efikasne upotrebe slobodnog pružanja usluga i dopuna Direktive 73/239/EEC).⁶ Druga direktiva Vijeća 90/619/EEC o životnom osiguranju dovodi ovu vrstu osiguranja u istu ravan sa neživotnim osiguranjem. Jedna od važnijih tačaka razlikovanja jeste metod razlikovanja osiguranika kojima je zaštita neophodna i od onih kojima nije, s tim što razlika između „velikih“ i „masovnih rizika“ ostaje samo u domenu neživotnog osiguranja jer je neprimjenjiva u oblasti osiguranja života. Ono što je posebno odlika ove Direktive jeste razlika između vlasnika običnih polica i

ključne mjere dijele na dvije razine prioriteta, mjere Prvog stadija (viši prioritet) i mjere Drugog stadija (niži prioritet). U mjere višeg prioriteta spadaju direktive Prve, Druge i Treće generacije, dok u mjere nižeg prioriteta spadaju preostale dvije. Navedeno prema: Barać, Ivica, *Osiguranje u okviru Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju*, Svijet osiguranja, Zagreb, br. 4., 2001., str. 37-44.; Slično navodi i: Balaban, Mladenka, *Osiguranje u savremenom svetu*, Mladenka Balaban, Novi Sad, 2008., str. 28-30. *Infra*. Dakle, ugovorno pravo osiguranja nije međunarodnopravno izjednačeno, kao što je to slučaj s mnogim drugim trgovačkopравnim poslovima. Ne postoji niti međunarodna konvencija, niti na autonomnom polju formulirani jedinstveni pravni instrument radi utvrđivanja odnosa iz ugovora o osiguranju. Navedeno prema: Pavić, Drago, *Ugovorno pravo osiguranja-komentar zakonskih odredaba*, Tectus, Zagreb, 2009., str. 41.

5 *The First Non-Life Directive 73/239/EEC* i *The First Life Directive 79/267/EEC*; Prva direktiva neživotnog osiguranja pretrpjela je izmjene i dopune: Direktiva Vijeća od 10. decembra 1984. godine kao dopuna u pogledu turističke pomoći (*Directive 84/641/EEC*) i Direktiva Vijeća od 87/343/EEC od 22. juna 1987. godine o koordinaciji zakona, propisa i administrativnih odredbi u vezi sa troškovima postupka osiguranja (*Directive 87/343/EEC*). Isto je navedeno u: Barać, Ivica, *loc. cit.*; Radenković-Jocić, Dragana, *Pravni aspekt osiguranja u Europskoj Uniji*, Pravni životčasopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravika Srbije, Beograd, br. 10., 2004., str. 957-967. i *Vodič za privrednike-direktive Europske Unije-III*, Privredna komora Kantona Sarajevo i Centar za europske integracije i poslove s inozemstvom, Sarajevo, 2007., str. 67.

6 *Council Directive 88/357/EEC*; Drugom direktivom o neživotnom osiguranju osiguravatelj dobija mogućnost da obavlja aktivnost u drugoj zemlji članici Unije putem stalnog društva umjesto osnivanja agencije ili novoosnovane podružnice (filijale). Poseban značaj ove Direktive je u definisanju vrsta osiguranja i harmonizacije propisa. Europski parlament usvojio je u tu svrhu još jednu direktivu - Vijeća, od 08. novembra 1990. godine (*Directive 90/618/EEC*), kao dopunu, posebno u pogledu odgovornosti osiguranja motornih vozila, Direktive 73/239/EEC i Direktive 88/357/EEC, koje se tiču usklađivanja zakona, propisa i administrativnih odredbi u vezi sa direktnim osiguranjem, osim životnog osiguranja. Navedeno prema: Radenković-Jocić, D., *loc. cit.* i Balaban, M., *op. cit.*, str. 28.

nosioca prava iz polica koji imaju inicijativu u podnošenju zahtjeva za izvršenje prava iz nje.⁷

Sredinom devedesetih godina XX stoljeća javlja se *treća generacija direktiva*, donošenjem Direktive Vijeća 92/49/EEC o neživotnom osiguranju (donesene 18. juna 1992. godine, usklađivanju zakona, propisa i administrativnih odredbi u vezi sa direktnim osiguranjem, osim životnog osiguranja i dopuna Direktive 73/239/EEC i 88/357/EEC) i Treće Direktive Vijeća 92/96/EEC (donesene 10. decembra 1992. godine). Nakon čega je uslijedilo donošenje Direktive 95/26/EEC⁸ koja donosi promjene u pogledu kontrole moći. Ovime je ostvarena harmonizacija propisa u ovoj oblasti, čime je stvoreno „jedinствeno tržište osiguranja“.⁹

Četvrtu generaciju čini Direktiva 2000/26/EC Europskog parlamenta i Vijeća (donesena 16.5.2000. godine, o približavanju zakona zemalja članica u vezi sa osiguranjem od građanske i odgovornosti u pogledu korištenja motornih vozila i dopuna Direktive Vijeća 73/239/EEC i 88/357/EEC).¹⁰

⁷ *Council Directive 90/619/EEC*; Donošenje *Druge generacije direktiva* bilo je djelimično dirigovano praksom Suda pravde EU (presuda u predmetu *Reyners vs. Royaume de Belgique* br. 2/74 od 21. juna 1974. godine, i presuda u predmetu *Van Binsbergen vs. Bestuur van de Bedrijfsleven voor Metalnijverheid* br. 33/74. od 03. decembra 1974. godine) kao i donošenjem tzv. Bijele knjige Komisije 1985. godine i Jedinственог europskog akta 1986. godine. Navedeno prema: Gazivoda, Jelena, *Jedinствeno tržište usluga osiguranja u pravu Europske Unije*, Pravni život-časopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, br. 12., 2000., str. 275-283.

⁸ *Council Directive 95/26/EEC*

⁹ Kao datum nastanka „jedinственог tržišta osiguranja“ navodi se 01. juli 1994. godine. U svrhu kontrolisanja funkcionisanja ovako nastalog tržišta, ali i njegovog daljeg razvoja, osnovan je i Komitet osiguranja (*Council Regulation 675/91* od 19. decembra 1991. godine). O nastanku ovog organa i njegovim funkcijama: Radenković-Jocić, D., *loc. cit.* i Slavnić, Jovan, *Okviri zakonodavstva Evropske Unije u regulisanju jedinstvenog tržišta osiguranja*, Pravni život-časopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, br. 11., 2000., str. 475-488. O harmonizaciji prava osiguranja pogledati: Sulejić, Predrag, *Mogućnost harmonizacije ugovornog prava osiguranja u Europskoj uniji i jugoslavensko pravo*, Revija za pravo osiguranja, Beograd, br. 1/2002., 2002., str. 1-11. Trećom generacijom direktiva omogućeno je slobodno vršenje usluga osiguranja na osnovu jedinствene dozvole (tzv. single licence, „European passport“).

¹⁰ Ostale donesene direktive u oblasti osiguranja su: Direktiva Vijeća 64/225/EEC (donesena 25. februara 1964. godine, o ukidanju restrikcija na prava poslovne uspostave i slobode pružanja usluga u pogledu reosiguranja i retrocesije); Direktiva Vijeća 72/166/EEC (donesena 24. aprila 1972. godine, o približavanju zakona zemalja članica u vezi sa osiguranjem od građanske odgovornosti u pogledu upotrebe motornih vozila i primjene obaveze da se osigura od takve odgovornosti); Direktiva Vijeća 73/240/EEC (donesena 24. jula 1973. godine, o ukidanju restrikcija o slobodi uspostavljanja u poslovima direktnog osiguranja, osim životnog osiguranja); Direktiva Vijeća 76/580/EEC (donesena 29. juna 1976. godine kao dopune Direktive 73/239/EEC o usklađivanju zakona, propisa i administrativnih odredbi u vezi sa uzimanjem i provođenjem poslova direktnog osiguranja, osim životnog osiguranja); Druga direktiva Vijeća 84/5/EEC (donesena 30. decembra 1983. godine, o približavanju zakona zemalja članica u vezi sa osiguranjem od građanske odgovornosti u pogledu upotrebe motornih vozila); Treća direktiva Vijeća 90/232/EEC (donesena 14. maja 1990. godine, o približavanju zakona zemalja članica u vezi sa osiguranjem od građanske odgovornosti u pogledu upotrebe motornih vozila); Direktiva Vijeća 91/371/EEC (donesena 20. juna 1991. godine, o implementaciji sporazuma između Europske ekonomske zajednice i Švicarske konfederacije u vezi sa direktnim osiguranjem, osim životnog osiguranja); Direktiva Vijeća 91/674/EEC (done-

Značajne su Četvrta i Peta direktiva o obaveznom osiguranju od automobilske odgovornosti, te posebno bitna Direktiva br. 2009/138/EZ nazvana *Solvency II*.¹¹ Ova direktiva ima za cilj uvođenje novog regulatornog okvira tržišta osiguranja, jačanje jedinstvenog europskog tržišta osiguranja, jačanje povjerenja korisnika i investitora u djelatnost osiguranja, snažniju zaštitu osiguranika, bolje procjenjivanje dugoročnih rizika kako bi se smanjio rizik insolventnosti.¹²

sena 19. decembra 1991. godine, o godišnjim računima i konsolidiranim računima osiguravajućih preduzeća); Direktiva Vijeća 91/675/EEC (donesena 19. decembra 1991. godine, o osnivanju Komiteta za osiguranje); Direktiva 2001/17/EC Europskog parlamenta i Vijeća (donesena 19. marta 2001. godine, o reorganizaciji i likvidaciji osiguravajućih preduzeća); Direktiva 2002/87/EC Europskog parlamenta i Vijeća (donesena 5. novembra 2002. godine, u vezi sa životnim osiguranjem); Direktiva 2002/87/EC Europskog parlamenta i Vijeća (donesena 16. decembra 2002. godine, o dodatnoj superviziji kreditnih institucija, osiguravajućih preduzeća i investicijskih firmi u finansijskom konglomeratu i dopuna Direktiva Vijeća 73/239/EEC, 79/267/EEC, 92/49/EEC, 92/96/EEC, 93/6/EEC i 93/22/EEC, i Direktiva 98/78/EC i 2000/12/EC Europskog parlamenta i Vijeća); Direktiva 2002/92/EC Europskog parlamenta i Vijeća (donesena 09. decembra 2002. godine o posredovanju pri osiguranju) i dr. Vidjeti: Čolović, Vladimir, *Razvoj regulisanja osiguranja autoodgovornosti u pravu Europske Unije*, Pravni život-časopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, br. 5-6., 2008., str. 79-94.; Čurković, Marijan, *Najnovije EU tendencije u zaštiti žrtava cestovnog prometa*, Savjetovanje sa međunarodnim učešćem-Naknada štete i osiguranje (Udruženje za odštetno pravo Beograd i Euromedija Budva), Intermex, Budva/Beograd, 2005., str. 179-221.; Gazivoda, J., *loc. cit.*; Kufner, J., *Europsko osiguranje - propisi i naputci*, Svijet osiguranja, Zagreb, br. 6., 2003., str. 72.; Radenković- Jocić, D., *loc. cit.*; Slavnić, J., *loc. cit.*; Spachis, Aleksander, *GDV-konferencija-Proširenje Europske Unije i osiguranje*, Berlin, 2003., str. 17.; Šulejić, Predrag, *Osiguranje u pravu Europske Unije*, Zbornik radova „Pravo Europske Unije“ (Udruženje za pravo Europske Unije i Centar za međunarodne studije), Beograd, Službeni list, 1996., str. 367-376.; O functionisanju zajedničkog tržišta u oblasti osiguranja pogledati izveštaj: Lemor, Ulf D., *Zajedničko tržište 1993. godine - i u osiguranju vozila?*, Bonn, 1991., str. 1-21. Potreba je ukazati i na značaj Strasburške konvencije (*European convention on compulsory insurance againsts civil liability in respect of motor vehicles*, ETS no. 29. (donesena je 20.04.1959. godine, a zemlje potpisnice su bile Njemačka, Velika Britanija, Nizozemska, Švedska, Irska, Francuska, Austrija, Belgija, Danska, Turska, Italija, Grčka, Luksemburg, Norveška i Island). Pogledati: Čurković, Marijan: *Hrvatsko zakonodavstvo iz osiguranja autoodgovornosti ususret Europi*, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, Zagreb, br. 6., 2004., str. 203-228. i *Ugovori o obaveznom osiguranju u cestovnom prometu*, Croatia osiguranje, Zagreb, 1989., 19-23.), Londonski sporazum i druge multilaterarne ugovore.

11 Direktiva *Solvency II* objavljena je u Službenom listu EU, br. L 335. od 17.12.2009. godine i često je predmetom poređenja i nazivana „*osigurateljni Basel II*“ koji je vezan za banke. Morala je biti preuzeta u nacionalna zakonodavstva do 31. marta 2013. godine, a stupila je na snagu 01.01.2016. godine.

12 *Solvency II* zahtijevala je provedbena pravila pa je donesen Delegirani akt Europske komisije br. 2015/35 (objavljen 17. januara 2015. godine), direktiva br. 2014/51/EU Europskog parlamenta i Vijeća (nazvana OMNIBUS smjernica) od 16.aprila 2014. godine, a objavljena u Službenom listu EU, br. L 153 od 22.05.2014., čime se nadogradila smjernica *Solvency II* u dijelu reguliranja ovlasti nove nadzorne institucije (Europsko nadzorno tijelo za osiguranje i strukovno mirovinsko osiguranje - EIOPA). *Solvency II* je više proces nego direktiva koji se provodi u četiri razine i to: prvu razinu predstavlja sama Direktiva 2009/138, drugu razinu predstavlja provedbene mjere za *Solvency II*, treću razinu predstavljaju direktive za nadzor društava za osiguranje i reosiguranje i usklađivanje nadzora u zemljama članicama i četvrtu razinu predstavlja nadzor nad usklađivanjem nacionalnih zakonodavstava i vrednovanje implementacije *Solvency II*. Ova Direktiva počiva na tri stupa: 1. osiguranje adekvatnih finansijskih resursa za osiguravatelje i reosiguravatelje navođenjem kvantitativnih zahtjeva koji uključuju određivanje vlastitih sredstava, izračun tehničkih rezervi, vrednovanje imovine i obaveza i u skladu s tim izračun potrebnog solventnog kapitala; 2. odnosi se

U BiH reforma osiguranja je započeta i nastavljena na način da odgovara modernim tržišnim uvjetima poslova osiguranja. Međutim, u statusu tranzicijske zemlje, BiH se legislativno morala kontinuirano prilagođavati modernim tržišnim kretanjima kako bi stanovništvu osigurala nesmetan promet roba, usluga i kapitala unutar i izvan državnih granica, kao i prodor stranih investicija koje su i više nego bile potrebne. U tom pravcu djelovalo se i u oblasti osiguranja, pa su u Federaciji na snazi Zakon o osiguranju¹³, Zakon o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostale odredbe o obaveznom osiguranju od odgovornosti¹⁴ i Zakon o posredovanju u privatnom osiguranju¹⁵. I u Republici Srpskoj, paralelno sa dešavanjima u Federaciji BiH, usvojena su nova tri zakona, i to: Zakon o društvima za osiguranje¹⁶, Zakon o obaveznim osiguranjima u saobraćaju¹⁷ i Zakon o posredovanju u osiguranju¹⁸. U oblasti osiguranja pored navedenih zakonskih tekstova, kao *lex specialis*, odredbe Zakona o obligacionim odnosima Federacije BiH i Republike Srpske predstavljaju primarni izvor koji uređuje osiguravateljski odnos¹⁹, a od velikog su značaja i odredbe Zakona o zaštiti potrošača BiH²⁰. Vidljivo je da je osiguranje u BiH regulirano na entitetskom nivou, ali mehanizam uspostavljanja neophodne koordinacije zakona o osiguranju u oba entiteta, entiteta i BiH, predlaganja zakona i drugih akata na nivou entiteta, usklađivanja propisa entiteta sa direktivama EU, rješavanja sporova između entitetskih agencija za nadzor kao i Brčko Distrikta, uspostava i održavanje međunarodnih odnosa, kao i reguliranje poslova osiguranja koji se obavljaju u BiH postignut je usvajanjem Zakona o Agenciji za osiguranje BiH²¹.

Da će se zakonodavna djelatnost u oblasti osiguranja i dalje razvijati, dopunjavati i usklađivati sa zakonodavnom aktivnosti unutar EU, i više je nego izvjesno, uzimajući u obzir obaveze preuzete potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.

2. Vrste osiguranja

na primjenu odgovarajućeg sistema upravljanja u društvima za osiguranje i reosiguranje, uspostavu efikasnog sistema upravljanja, ključnih funkcija upravljanja, provedbu vlastite procjene rizika i solventnosti (ORSA), te proces nadzora nad društvima za osiguranje odnosno reosiguranje i 3. sadrži pravila izvještavanja nadzornoga tijela, javne objave te tržišne discipline.

13 Službene novine Federacije BiH, br. 23/17.

14 Službene novine Federacije BiH, br. 24/05.

15 Službene novine Federacije BiH, br. 22/05. i 8/10.

16 Službeni glasnik Republike Srpske, br. 17/05., 01/06., 64/06. i 74/10.

17 Službeni glasnik Republike Srpske, br. 82/15.

18 Službeni glasnik Republike Srpske, br. 17/05., 64/06. i 106/09.

19 *Zakon o obligacionim odnosima Federacije BiH*, Službene novine Federacije BiH, br. 29/03. i 42/11. i *Zakon o izmjenama i dopunama zakona o obligacionim odnosima Republike Srpske*, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 17/93., 3/96. i 74/04. U daljem tekstu: ZOO.

20 Službeni glasnik BiH, br. 25/06.

21 Službeni glasnik BiH, br. 12/04.

Prema sekundarnim izvorima prava EU u oblasti osiguranja, zaključuje se da u pravu osiguranja EU postoje sve vrste osiguranja, koje postoje i u nacionalnim zakonodavstvima. Dakle, uočljiva je uobičajena podjela na životna i neživotna osiguranja. A ukoliko bi se upustili u raščlanjivanje ovih vrsta osiguranja na njihove podvrste, zaključak bi bio da pravo EU, kao supranacionalno pravo, preslikava na nacionalna zakonodavstva svoja rješenja. Odnosno, da nacionalna zakonodavstva prate europske trendove osiguranja, kako bi ostvarili željene efekte na tržištu.²²

Osiguranje je danas i u BiH razvijena gospodarska djelatnost²³, pa se nerijetko smatra da je u razvijenim zemljama došlo do industrijalizacije osiguranja. Brojne su vrste osiguranja pa se nastoji izvršiti njihovo grupisanje i sistematizacija prema zajedničkim karakteristikama, u cilju lakšeg izučavanja. Kriteriji podjele osiguranja su raznoliki, pa se osiguranje može podijeliti s obzirom na prirodu rizika, predmet osiguranja, način nastanka osiguranja, način izravnavanja rizika, način organizovanja osiguranja i s obzirom na broj osiguranih osoba. Nejednake pravne vrijednosti kriterija, ali historijski i praktični razlozi, uvjetovali su da se na pojedine vrste osiguranja, za koje nisu propisana posebna pravila, primjenjuju pravila grane osiguranja kojoj pripada.

U Federaciji BiH vrste osiguranja su navedene u okviru Zakona o osiguranju u

22 U uporednom pravu, u pogledu legislative u oblasti osiguranja, uočava se velika podudarnost u najvećem broju zemalja. Tako u njemačkom i austrijskom Zakonu o ugovoru o osiguranju u okviru imovinskih osiguranja, pored općih odredaba o osiguranju stvari, nalaze se i odredbe o posebnim vrstama osiguranja. U njemačkom Zakonu to su odredbe o osiguranju od požara, osiguranju od grada, osiguranju životinja, osiguranju transporta, osiguranju od odgovornosti. Pogledati: Ćurković, Marijan, *Novi njemački Zakon o ugovoru o osiguranju (Versicherungsvertragsgesetz 2008.)*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, br. 7- 8., 2008., str. 46-51. i Šulejić, Predrag, *Osiguranje od odgovornosti u novom Građanskom zakoniku Srbije*, Zbornik radova-Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima (*de lege lata* i *de lege ferenda*), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke i GTZ, Beograd, 2009., str. 180-190. U francuskom Zakoniku o osiguranju posebne odredbe u okviru osiguranja imovine odnose se na osiguranje od požara, osiguranje od grada i osiguranje životinja i osiguranje od odgovornosti. U grčkom Zakonu iz 1997. godine, u dijelu o imovinskim (neživotnim) osiguranjima nalaze se posebne odredbe o osiguranju od požara, osiguranju robe u prevozu, osiguranju kredita i garantnom osiguranju, osiguranju životne sredine (od zagađenja), osiguranju od prekida rada, osiguranju od odgovornosti (dobrovoljnom i obaveznom), a osiguranje osoba dijeli se na tri cjeline: osiguranje života, osiguranje nezgode i zdravstveno osiguranje. Preuzeto iz: Šulejić, P., *loc. cit.* Ovdje treba istaknuti da je Odlukom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija (UN) 2102. pravo osiguranja uz ostale trgovačkopravne poslove uvršteno u međunarodno trgovačko pravo, kao skup pravila kojima se uređuju trgovački odnosi privatnopravne prirode, što je kasnije potvrđeno i Model zakonom o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži UNICITRAL (1985) Opširnije: Goldštajn, Aleksandar, *Trgovačko ugovorno pravo*, Zagreb, 1991., str. 6.; Isto navodi se kod: Pavić, Drago, *Obveznopravna obilježja ugovora o osiguranju*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, br. 8., 2004., str. 28-35.; Premda, francuski Vrhovni sud (*Cour de cassation*) presudio je 1946. godine da zemaljsko (kopneno) osiguranje, za razliku od pomorskog, nije po svojoj naravi trgovačkopravni posao. Navedeno prema: Bigot, Jean, *Traite de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, Paris, 2002., str. 54. i Pavić, D., *loc. cit.*

23 Prema odredbi čl. 9. st. 1. Zakona o osiguranju Federacije BiH poslovi osiguranja su sklapanje i ispunjavanje ugovora o neživotnom i životnom osiguranju, osim obaveznih socijalnih osiguranja. U čl. 2. st. 5. Zakona o društvima za osiguranje u Republici Srpskoj ova odredba je izmjenjena i dopunjena i pod djelatnošću osiguranja se podrazumijeva djelatnost zaključivanja i izvršavanja ugovora o osiguranju i reosiguranju, te djelatnost posrednika i zastupnika u osiguranju.

čl. 9. „Poslovi osiguranja“, a u Republici Srpskoj unutar Zakona o društvima za osiguranje u Odjeljku 2.2. „Odredbe o vrstama osiguranja“ (čl. 30-33). Iz odredbi navedenih pravnih vrela uočljivo je da Federacija BiH i Republika Srpska prihvataju tradicionalne podjele osiguranja, kao i vrste osiguranja koje su rezultat novijeg doba.

S obzirom na prirodu rizika i mjesto gdje rizik može biti realizovan, osiguranje se dijeli na kopneno, plovidbeno i zračno (vazdušno) osiguranje.²⁴ U posljednje vrijeme kao zasebna grana osiguranja se navodi i transportno osiguranje, koje, dakako, može biti kopneno, plovidbeno (riječno ili pomorsko) i zračno osiguranje.²⁵ Zavisno od predmeta osiguranja, odnosno da li se osigurava imovina ili život, osiguranje se dijeli na osiguranje imovine i osiguranje osoba. Naime, kod imovinskog osiguranja, koje se danas sve češće naziva neživotnim osiguranjem²⁶, objekat osiguranja je izvjesna imovina ili stvar.²⁷ Kod osobnog, koje se drugačije naziva životnim osiguranjem²⁸, objekat osiguranja je život ili zdravlje neke

24 Kopneno osiguranje i sva pitanja u vezi sa obavljanjem poslova kopnenog osiguranja su uređena odredbama ZOO-a i ostalih zakonskih akata iz oblasti osiguranja u Federaciji BiH, odnosno Republici Srpskoj (*supra*). Doslovnom primjenom odredbe čl. 899. st. 1. ZOO-a isključena je primjena normi ZOO-a na plovidbena osiguranja. Na plovidbeno osiguranje u Federaciji BiH se primjenjuju odredbe Zakona o unutrašnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije BiH (Službene novine Federacije BiH, br. 73/05.), koji je stupio na snagu 05.1.2006. godine. Međutim, pomenuti zakon ne sadrži ugovorne odredbe o poslu osiguranja, te se u ovom slučaju postojanja pravne praznine u pogledu ugovora o plovidbenom osiguranju upućuje na primjenu odredbi ZOO-a. I u Republici Srpskoj Zakon o unutrašnjoj plovidbi (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 58/01.) ne sadrži odredbe koje uređuju ugovor o osiguranju pa se kao supsidijaran izvor regulacije te oblasti koriste odredbe ZOO-a. A kod plovidbenog osiguranja veliki značaj imaju običaji kao izvor prava. Na zračno osiguranje su se tradicionalno primjenjivali propisi kopnenog osiguranja, jer se tek u novije vrijeme zračno osiguranje izdvojilo u zasebnu granu.

25 U zavisnosti o kojem transportnom osiguranju je riječ primjenjuju se *supra* pravna vrela.

26 Engl. *general insurance*

27 Karakteristike imovinskog osiguranja su da se rizik realizuje na imovini jedne osobe, posljedica realizacije rizika jeste nastupanje štete na stvari koja ima materijalnu vrijednost, odnosno procjenjiva je u novcu, načelo obeštećenja (osiguranjem se ne može dobiti veća naknada nego što iznosi pretrpjela šteta) i da pravo iz osiguranja pripada osobi koja je u trenutku nastanka štete imala materijalni interes da se šteta ne dogodi. Unutar ove podjele pod osiguranjem imovine bi se moglo navesti kao najčešće: opće osiguranje u koje spadaju osiguranje stvari (osiguranje od požara, osiguranje od provalne krađe i razbojništva, osiguranje domaćinstva, kasko osiguranje motornih vozila - od uništenja, oštećenja ili krađe, osiguranje usjeva i plodova, osiguranje građevinarstva, šomažno osiguranje, osiguranje mašina od loma itd.), osiguranje od odgovornosti (*infra*), osiguranje kredita i transportno imovinsko osiguranje (kasko osiguranje - osiguranje prevoznih sredstava: brodova, zrakoplova, čamaca itd., kargo osiguranje - osiguranje robe u prijevozu: u domaćem ili međunarodnom prijevozu i osiguranje od odgovornosti prijevoznika: od odgovornosti prema sopstveniku robe i od odgovornosti prema trećim osobama).

28 Engl. *life insurance*

osobe.²⁹ Ova podjela se smatra tradicionalnom podjelom osiguranja.³⁰ Potrebno je naglasiti da unutar ove podjele postoji još i osiguranje od odgovornosti koje je iako neživotno, veoma specifično, pa se posebno izdvaja.³¹ Nadalje, prema načinu nastanka, osiguranje se dijeli na dobrovoljno i obavezno, ugovorno i zakonsko. Dobrovoljno osiguranje nastaje na osnovu ugovora između osiguranika i osiguravatelja, pa se u praksi nerijetko naziva ugovornim osiguranjem, dok obavezno osiguranje nastaje na osnovu zakonske odredbe i bez obaveze osiguranika da zaključi ugovor (zakonsko osiguranje) ili na osnovu ugovora o osiguranju koji je osiguranik dužan u smislu zakona da zaključi sa osiguravačem (obavezno ugovorno osiguranje).³²

Zatim, s obzirom na osnov postoje razne podjele osiguranja: prema mjestu gdje prijeti rizik osiguranje se dijeli na kopneno, zračno i pomorsko, prema načinu organizovanja osiguranje se dijeli na premijsko i uzajamno itd.³³ Postoji i podjela s obzirom na vrijeme trajanja osiguranja na kratkoročno, višegodišnje i dugoročno, zatim, podjela s obzirom na način na koji je osiguranik pristupio zaključenju ugovora o osiguranju na pojedinačno i kolektivno osiguranje itd.³⁴ Pored navedenih kriterija za podjelu osiguranja, u teoriji postoji još mnoštvo podjela, vrsta i podvrsta osiguranja. Navedene vrste razlikuju se po brojnim specifičnostima i karakteristikama, što je predmetom opsežnije elaboracije.

3. Ugovor o osiguranju imovine u europskom i našem pravu

U pogledu zakonodavnih rješenja država članica EU ne postoje značajne razlike u

29 Karakteristike osiguranja osoba su da se rizik obuhvaćen osiguranjem realizuje na ličnosti osiguranika ili osigurane osobe i time se ugrožava život, integritet, zdravlje ili radna sposobnost čovjeka, osobna dobra izložena riziku nemaju materijalnu vrijednost, pa cilj osiguranja nije naknada štete, odnosno ljudska dobra neprocjenjiva su u novcu pa, stoga, visina nastale štete je bez utjecaja na visinu naknade iz osiguranja (dakle, naknada iz osiguranja je protučinidba uplaćenim premijama, a nikako prouzrokovanoj šteti, niti zavisi od iznosa moguće štete) i postojanje materijalnog interesa kod korisnika osiguranja nije uvjet za ostvarivanje prava iz osiguranja (osiguranik ili osigurana osoba kroz sam pristanak na zaključenje ugovora o osiguranju, odnosno da se osiguranje odnosi na slučaj koji bi mu se mogao dogoditi - slučaj smrti ili nesretni slučaj - izražava njegov subjektivni odnos). Osiguranje osoba obuhvata osiguranje života (osiguranje za slučaj smrti, osiguranje za slučaj doživljenja i mješovita osiguranja za slučaj smrti i doživljenja) i osiguranje od posljedica nesretnog slučaja (osiguranje putnika u javnom prijevozu, osiguranje na poslu i u privatnom životu, osiguranje vozača, putnika i radnika na motornim vozilima za vrijeme upravljanja i vožnje, osiguranje pri vršenju posebnih djelatnosti (sportista, lovaca, vatrogasaca, letačkog osoblja i putnika u zračnom saobraćaju) i osiguranje gostiju - hotelskih, banjskih i dr., posjetioca priredbi, turista, itd.).

30 *The Penguin Directory Economics*, London, 1992.

31 U okviru osiguranja imovine razlikuje se osiguranje stvari od osiguranja od građanske odgovornosti.

32 Čobeljić, Đorđe R., *Privredno pravo*, Zavod za izdavanje udžbenika Socijalističke Republike Srbije, Beograd, 1962., str. 145.

33 *Pravni leksikon*, Savremena administracija, Beograd, 1970., str. 727.

34 Softić, Ramiz, *Strategije konkurentnosti bosansko-hercegovačkih osiguravajućih društava*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Tuzli, Tuzla, 2004., str. 12.

vezi ugovora o osiguranju. Štoviše, razlike u nastanku, karakteristikama, sadržaju, učincima, načinima prestanka i ostale specifičnosti su neznatne. Dakle, manje-više sva europska zakonodavstva su slična. Ne postoji jedinstvena polica za prodaju osiguranja na tržištu EU po modelu unificiranih opštih uslova formularnih ugovora na različitim europskim tržištima, posebno kod velikih neživotnih rizika, jer to je naprosto nemoguće.³⁵ Bitne elemente ugovora o osiguranju (sadržinu ugovora) čine: ime i adresa ugovornih strana, predmet osiguranja i osigurana vrijednost (osigurana suma), ugovor treba da je sačinjen na jeziku države članice čije se pravo primjenjuje; dejstvo pokrića je u zavisnosti od plaćanja premije, trajanja ugovora kao i položaja osiguranika koji nije u posjedu police; osiguravatelj ima pravo da zahtjeva notifikaciju svake promjene okolnosti od značaja za ugovor ako se pojave u toku trajanja pokrića; ugovorom treba predvidjeti vremenske limite i obaveze u slučaju prijedloga za izmjenu ugovora, tako, na primjer, osiguranik ima pravo da predložene izmjene ugovora o osiguranju prihvati ili odbije u roku od 15 dana, do izmjene ugovora o osiguranju može doći usljed pogoršanja rizika, u slučaju smanjenja opasnosti (rizika) doći će do redukcije premije; ugovor treba da sadrži obaveze osiguranika i osiguravatelja u slučaju podnošenja odštetnog zahtjeva - npr., obavezu osiguranika da preduzme razumne mjere za smanjenje štete, kao i potreba ugovaranja koje okolnosti i uslovi mogu biti od utjecajana prestanak ugovora - na primjer, kada jedna od strana ne ispunjava svoje ugovorne obaveze. Zamjetnije razlike uočavaju se između prava osiguranja zemalja *common law* sistema i kontinentalnih pravnih sistema (*civil law*).³⁶

Europska unija putem svojih organa ne stvara jedinstven pravni sistem kojim nameće stroge propise i rokove za implementaciju istih. Poštujući povijesno nasljeđe i kulturne osobenosti, putem tzv. *soft law*, približava i harmonizira nacionalna zakonodavstva. Pa tako i ugovor o osiguranju i policu kao najvažniju ispravu koja prati ovaj ugovor prepušta nacionalnoj legislativi. Međutim, potrebno je naglasiti

35 Šire: Slavnić, J., *loc. cit.* i Pavić, Drago, *Autonomno pravo osiguranja (dio I)*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, br. 4., 2007., str. 27-38.

36 U Prijedlogu direktive (*Proposal for Council Directive on the coordination of laws, regulations and administrative provisions related to insurance contracts - OJ C 190, 28.07.1979.*) bili su navedeni bitni elementi ugovora o osiguranju, koji su najviše privlačili pažnju predlagača, a koji su se što hitnije trebali harmonizirati kako bi se uspostavilo jedinstveno tržište osiguranja. Preuzeto iz: Šulejić, Predrag, *Osiguranje u pravu Europske Unije*, Zbornik radova „Pravo Europske Unije“ (Udruženje za pravo Europske Unije i Centar za međunarodne studije), Beograd, Službeni list, 1996., str. 367-376.; Šire vidjeti kod: Pavić, Drago, *Pravna vrela ugovora o osiguranju (I. dio)*, Svijet osiguranja, Zagreb, br. 1., 2003., str. 37-46. i *Američko doživotno osiguranje*, Svijet osiguranja, Zagreb, br. 2., 2002., str. 67-68. O sadržaju ugovora o osiguranju i polici govori u izvještaju: Loheac, Francis, *Insurance contract law in the EEC*, 1990. Ali na tragu navedenog može se izvući savremena definicija ugovora o osiguranju i svi bitni elementi ugovora (Pavić, Drago, *Ugovorno pravo osiguranja-komentar zakonskih odredaba*, Tectus, Zagreb, 2009., str. 50-53.): „Ugovorom o osiguranju ugovaratelj osiguranja se obvezuje da će osiguratelju platiti premiju osiguranja ili doprinos, a osiguratelj se obvezuje ugovaratelju osiguranja da će osiguraniku ili korisniku osiguranja, ako nastane događaj koji znači osigurani slučaj, u skladu s odredbama ugovora, isplatiti naknadu za štetu ili ugovorenu svotu novca, ili na neki drugi odgovarajući način ispuniti svoju ugovornu obvezu.“

da uprkos sličnostima između zakonodavstava država europskokontinentalnog pravnog sistema, do 2008. godine mjerodavno pravo za ugovorne odnose, a time i za osiguranje, utvrđivalo se na osnovu pravila *Rimske konvencije o mjerodavnom pravu za ugovorne obaveze* iz 1980.³⁷ Danas, pak, mjerodavno pravo za obaveze iz ugovornih odnosa uređeno je *Uredbom (EU) br. 593/2008. Europskog parlamenta i Vijeća o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obaveze - tzv. Rim I*.³⁸ Prema tome, prije donošenja Uredbe Rim I materija mjerodavnog prava za obaveze iz ugovornih odnosa bila je uređena tzv. Rimskom konvencijom iz 1980. godine. Ta se Konvencija nije primjenjivala na ugovore o osiguranju koji su pokrivali rizike unutar teritorija neke članice EU, nego samo na ugovore koji su pokrivali rizike izvan područja država članica EU. Do donošenja nove Uredbe o mjerodavnom pravu za ugovorne obaveze iz 2008. godine (Rim I) materija mjerodavnog prava za ugovore o osiguranju bila je uređena direktivama Vijeća EU (*EU Council insurance directives*).

Direktive su se po naravi stvari primjenjivale u državama članicama EU. Donošenjem Uredbe o mjerodavnom pravu iz 2008. u tom su pogledu nastupile bitne promjene budući da Uredba u potpunosti zamjenjuje Rimsku konvenciju i direktive osiguranja, za područje izbora prava mjerodavnog za ugovore o osiguranju sada je uređeno samim tekstom Uredbe (čl 7.). U njezin tekst ugrađene su u osnovi odredbe Rimske konvencije kao i neke odredbe odgovarajućih direktiva iz osiguranja.

Uredba (Rim I) primjenjuje se na ugovore o osiguranju velikih rizika (kako su definirani u čl. 5. Prve Direktive Vijeća br. 73/239 EEC iz 1973.), neovisno o tome ostvaruje li se rizik na području države članice ili ne, kao i na sve druge ugovore o osiguranju koji pokrivaju rizike unutar područja države članice. Uredba se ne primjenjuje na ugovore o reosiguranju (čl. 7. st. 1.).

U Federaciji BiH, Republici Srpskoj i Brčko Distriktu, ZOO - aktuelni zakonski tekst, determinira ugovor o osiguranju u glavi XXVII. „Osiguranje“. Prijedlog Nacrta Zakona o obligacionim odnosima Federacije BiH/Republike Srpske, koji je još uvijek u formi nacrta u entitetskim parlamentarnim/skupštinskim procedurama, u glavi 28. pod nazivom „Osiguranje“, regulira ovo pitanje, te donosi stanovite izmjene.³⁹ Da su određene odredbe ZOO-a u pogledu osiguranja zastarjele, pravno neopravdane u današnjim uslovima (npr. određenje/definisanje ugovora o osiguranju, načela na kojima počiva posao osiguranja, formalizam ugovora o osiguranju imovine) jeste činjenica koju će BiH morati vrlo brzo ukloniti iz zakonskih tekstova.

37 *Rimska konvencija o mjerodavnom pravu za ugovorne obaveze iz 1980.*, Službeni list Europske zajednice, C 282 od 31.10.1980.

38 *Regulation (EC) No. 593/2008. of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations, Rome I*

39 Pogledati: Morait, Branko - Bikić, Abedin, Objašnjenja uz Nacrt Zakona o obligacionim odnosima, JU Centar za edukaciju sudija i tužilaca u Federaciji BiH, JU Centar za edukaciju sudija i tužilaca u Republici Srpskoj i Nacrt Zakona o obligacionim odnosima Bosne i Hercegovine, Direkcija za evropske integracije Vijeća ministara BiH, Sarajevo, 2004. GTZ, Sarajevo, 2006.

4. Zaključak

Djelatnost osiguranja predstavlja bitnu sastavnicu tržišta kapitala u zemljama Europske unije, te je kao takva od šireg gospodarskog značaja. U Europskoj uniji, a sada sve više i u Bosni i Hercegovini, raste svijest potrošača o značaju poslova osiguranja i beneficijama koje nudi, te se radi na stalnoj modernizaciji istog. Legislativni okvir EU u oblasti osiguranja, slijedom integracijskog procesa, postepeno otvara prostor razvoju osiguranja u BiH, koji može, analogno europskim iskustvima, kontribuirati poboljšanju ekonomskog i socijalnog stanja u zemlji.

Intenzivnija harmonizacija propisa u oblasti osiguranja sa propisima EU, uz veći broj zaključenih ugovora o osiguranju, prvenstveno životnog osiguranja, potakla bi jačanje finansijskog potencijala sektora osiguranja u BiH, što bi kroz aktivniju ulogu institucionalnog investitora stimuliralo aktiviranje ostalih resursa u BiH, a sve u cilju podizanja životnog standarda stanovništva. Pored toga, pristupanje Europskoj uniji, time i pristup jedinstvenom europskom tržištu osiguranja, rezultiralo bi rastom povjerenja investitora u djelatnost osiguranja, kvalitetnijom zaštitom osiguranika, te boljom procjenom dugoročnih rizika u svrhu smanjenja rizika insolventnosti.

Danas poslovi osiguranja, posebno životnog osiguranja, predstavljaju model transformacije štednje u kapital, u čemu Europska unija ima bogato iskustvo, što, istovremeno, nameće obavezu kontinuiranog unapređenja pravnog okvira ove bitne djelatnosti, a što se Bosni i Hercegovini, u predstojećem periodu, nameće kao ozbiljan izazov.

Literatura:

- *Američko doživotno osiguranje*, Svijet osiguranja, Zagreb, br. 2., 2002.;
- Balaban, Mladenka, *Osiguranje u savremenom svetu*, Mladenka Balaban, Novi Sad, 2008.;
- Barać, Ivica, *Osiguranje u okviru Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju*, Svijet osiguranja, Zagreb, br. 4., 2001.;
- Bigot, Jean, *Traite de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, Paris, 2002.;
- Čobeljić, Đorđe R., *Privredno pravo*, Zavod za izdavanje udžbenika Socijalističke Republike Srbije, Beograd, 1962.;
- Čolović, Vladimir, *Razvoj regulisanja osiguranja autoodgovornosti u pravu Europske Unije*, Pravni život-časopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, br. 5-6., 2008.;
- Ćurković, Marijan: *Hrvatsko zakonodavstvo iz osiguranja autoodgovornosti ususret Europi*, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, Zagreb, br. 6., 2004.;
- Ćurković, Marijan, *Najnovije EU tendencije u zaštiti žrtava cestovnog prometa*, Savjetovanje sa međunarodnim učešćem-Naknada štete i osiguranje (Udruženje za

- odštetno pravo Beograd i Euromedija Budva), Intermex, Budva/Beograd, 2005.;
- Ćurković, Marijan, *Novi njemački Zakon o ugovoru o osiguranju (Versicherungsvertragsgesetz 2008.)*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, br. 7-8., 2008.;
 - Direkcija za europske integracije BiH, *Osnovni prikaz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju*, Vijeće ministara BiH, Sarajevo, 2008.;
 - Directive 84/641/EEC;
 - Directive 87/343/EEC;
 - Directive 88/357/EEC;
 - Directive 90/618/EEC;
 - Directive 73/239/EEC;
 - Directive 78/473/EEC;
 - Directive 90/619/EEC;
 - Directive 95/26/EEC;
 - Directive 64/225/EEC;
 - Directive 72/166/EEC;
 - Directive 73/240/EEC;
 - Directive 76/580/EEC;
 - Directive 84/5/EEC;
 - Directive 90/232/EEC;
 - Directive 91/371/EEC;
 - Directive 91/674/EEC;
 - Directive 91/675/EEC;
 - Directive 2001/17/EC;
 - Directive 2002/87/EC;
 - Directive 2002/87/EC;
 - Directive 79/267/EEC;
 - Directive 92/49/EEC;
 - Directive 92/96/EEC;
 - Directive 93/6/EEC;
 - Directive 93/22/EEC;
 - Directive 98/78/EC;
 - Directive 2000/12/EC;
 - Directive 2000/26/EC;
 - Directive 2002/92/EC;
 - Directive 2014/51/EU (nazvana OMNIBUS smjernica - Službeni list EU, br. L 153 od 22.05.2014.)
 - Directive Solvency II - Directive 2009/138/EZ (Službeni list EU, br. L 335. od 17.12.2009.);
 - Džidić, Miroslav – Ćurković, Marijan, *Pravo osiguranja*, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2017.;
 - Gavella, Nikola, *O europskom privatnom pravu*, (Gavella, Nikola - Alinčić, Mira - Hrabar, Dubravka - Gliha, Igor - Josipović, Tatjana - Korać, Aleksandra -

Baretić, Marko - Nikić, Saša, *Europsko privatno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu), Zagreb, 2002.);

- Gazivoda, Jelena, *Jedinstveno tržište usluga osiguranja u pravu Europske Unije*, Pravni život-časopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, br. 12., 2000.;

- Goldštajn, Aleksandar, *Trgovačko ugovorno pravo*, Zagreb, 1991.; Kufner, J., *Europsko osiguranje - propisi i naputci*, Svijet osiguranja, Zagreb, br. 6., 2003.;

- Lemor, Ulf D., *Zajedničko tržište 1993. godine - i u osiguranju vozila?*, Bonn, 1991.

- Loheac, Francis, *Insurance contract law in the EEC*, 1990.

- Misita, Nevenko, *Osnovi prava Evropske Unije*, Magistrat, Sarajevo, 2002.;

- Misita Nevenko, *Osnovi prava Europske Unije*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008.;

- Misita, Nevenko, *Evropska Unija-osnivanje i razvoj*, Revicon, Sarajevo, 2010.;

- Morait, Branko - Bikić, Abedin, *Objašnjenja uz Nacrt Zakona o obligacionim odnosima*, JU Centar za edukaciju sudija i tužilaca u Federaciji BiH, JU Centar za edukaciju sudija i tužilaca u Republici Srpskoj GTZ, Sarajevo, 2006.

- Nacrt Zakona o obligacionim odnosima Bosne i Hercegovine, Direkcija za evropske integracije Vijeća ministara BiH, Sarajevo, 2004.;

- Pavić, Drago, *Autonomno pravo osiguranja (dio I)*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, br. 4., 2007.;

- Pavić, Drago, *Obveznopravna obilježja ugovora o osiguranju*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, br. 8., 2004.;

- Pavić, Drago, *Pravna vrela ugovora o osiguranju (I. dio)*, Svijet osiguranja, Zagreb, br. 1., 2003., str. 37-46.;

- Pavić, Drago, *Ugovorno pravo osiguranja-komentar zakonskih odredaba*, Tectus, Zagreb, 2009.;

- *Pravni leksikon*, Savremena administracija, Beograd, 1970.;

- Radenković-Jocić, Dragana, *Pravni aspekt osiguranja u Europskoj Uniji*, Pravni život-časopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, br. 10., 2004.;

- *Rimska konvencija o mjerodavnom pravu za ugovorne obveze iz 1980.*, Službeni list Europske zajednice, C 282 od 31.10.1980.

- Sabljica, Samir, *Mehanizmi praćenja provedbe Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju i Privremenog sporazuma između BiH i EU*, ZIPS, Sarajevo, br. 1190., 2010.;

- Slavnić, Jovan, *Okviri zakonodavstva Evropske Unije u regulisanju jedinstvenog tržišta osiguranja*, Pravni život-časopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, br. 11., 2000.;

- Softić, Ramiz, *Strategije konkurentnosti bosansko-hercegovačkih osiguravajućih društava*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Tuzli, Tuzla, 2004.;

- Spachis, Aleksander, *GDV-konferencija-Proširenje Europske Unije i osiguranje*, Berlin, 2003.;

- Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između EU i BiH - sa aneksima i protokolima; www.dei.gov.ba
- *Strasburška konvencija (European convention on compulsory insurance against civil liability in respect of motor vehicles, ETS no. 29.) iz 1959.*
- Šulejić, Predrag, *Mogućnost harmonizacije ugovornog prava osiguranja u Europskoj uniji i jugoslavensko pravo*, Revija za pravo osiguranja, Beograd, br. 1/2002., 2002.;
- Šulejić, Predrag, *Osiguranje od odgovornosti u novom Građanskom zakoniku Srbije*, Zbornik radova-Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima (*de lege lata* i *de lege ferenda*), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke i GTZ, Beograd, 2009.;
- Šulejić, Predrag, *Osiguranje u pravu Europske Unije*, Zbornik radova „Pravo Europske Unije“ (Udruženje za pravo Europske Unije i Centar za međunarodne studije), Beograd, Službeni list, 1996.;
- *The First Life Directive 79/267/EEC*;
- *The First Non-Life Directive 73/239/EEC*;
- *The Penguin Directory Economics*, London, 1992.;
- *Vodič za privrednike-direktive Europske Unije-III*, Privredna komora Kantona Sarajevo i Centar za europske integracije i poslove s inozemstvom, Sarajevo, 2007.;
- *Zakon o Agenciji za osiguranje u Bosni i Hercegovini*, Službeni glasnik BiH, br. 12/04.;
- *Zakon o društvima za osiguranje*, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 17/05., 01/06., 64/06. i 74/10.;
- *Zakon o obaveznim osiguranjima u saobraćaju*, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 82/15.;
- *Zakon o obligacionim odnosima*, Službene novine Federacije BiH, br. 29/03. i 42/11.;
- *Zakon o obligacionim odnosima*, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 17/93., 3/96. i 74/04.;
- *Zakon o osiguranju Federacije BiH*, Službene novine Federacije BiH, br. 23/17.
- *Zakon o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostale odredbe o obveznom osiguranju od odgovornosti*, Službene novine Federacije BiH, br. 24/05.;
- *Zakon o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti*, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 17/05., 64/06. i 12/09.;
- *Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi BiH*, Službeni list RBiH, br. 2/92.;
- *Zakon o posredovanju u osiguranju*, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 02/05.;
- *Zakon o posredovanju u privatnome osiguranju*, Službene novine Federacije BiH, br. 22/05. i

- *Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini*, Službeni glasnik BiH, br. 25/06.

Edin Rizvanovic, Ph.D., Full professor

Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar

Belma Bajrić, Ph.D., Assistant Professor

Faculty of Law, University of Bihać

EUROPEAN INSURANCE LAW AND THE BOSNIAN- HERZEGOVINIAN CONTEXT

Abstract: The status of a potential candidate as well as a commitment to European Union membership confirms the commitment of Bosnia and Herzegovina to become part of a unique European market, especially in the domain of the financial sector - in the field of insurance. The legal framework and positive legal solutions in the field of insurance are to a large extent aligned with European insurance law, as evidenced by modern regulations contained in existing laws and practices of insurance companies. Implementation directives of the European Union in the field of insurance in the legislation of Bosnia and Herzegovina is a process aimed at introducing a new regulatory framework for the insurance market, easier access to a unique European insurance market, strengthening the confidence of users and investors in the insurance business, stronger protection of insurers, better estimation of long-term risks in the purpose of reducing the insolvency risk, etc. The construction of insurance law at the European level is in line with the needs of the market, and raises the level of protection of participants in the same. Bosnia and Herzegovina has much more harmonization and adjustment to the *acquis* in the field of insurance law, but they are inevitable in order to achieve the desired effects on the insurance market.

Keywords: unique European insurance market, directives of the European Union, trust and protection of participants in insurance, risk assessment, insurance development in Bosnia and Herzegovina.

EVROPSKI KONCEPT LJUDSKIH PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI **- PRISTAJANJE BEZ PRIHVATANJA**

Sažetak: Prihvatanje evropskog standarda zaštite ljudskih prava jedna je od temeljnih pretpostavki integracije Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju.

Sistem ljudskih prava u Bosni i Hercegovini nastao je preuzimanjem aktuelnog evropskog standarda zaštite, što potvrđuje poseban status Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama u unutrašnjem pravnom poretku. Evropska konvencija je na taj način u Bosni i Hercegovini uvedena u potpuno drugačiji društveni, pravni i politički ambijent, po svemu različit od onoga u kome je nastala i kome je bila primjerena. U takvim okolnostima djelotvornost njene primjene i cijelog sistema zaštite ljudskih prava u BiH nije uspio osigurati ni prioritet koji joj je dat, kao ni raznovrsna institucionalna podrška koja joj je bila osigurana.

Ova analiza bavi se razlozima koji su u realnom društvenom i političkom ambijentu Bosne i Hercegovine onemogućili primjenu preuzetog evropskog standarda zaštite ljudskih prava na koji se pristalo, ali čija praktična realizacija, zbog njegovog neprihvatanja, izostaje.

Sadržaj analize pokazuje koliko primjena preuzetog standarda (ne)uspjeva da izbjegne relativiziranje i prilagođavanje političkom ambijentu koji odbacuje koncept individualnih prava i sloboda čovjeka i njihovog uživanja bez diskriminacije.

Ključne riječi: Opšti okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini, Ustav BiH, Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, konstitutivni narodi, ostali, diskriminacija.

1. Uvod: Evropski standard zaštite ljudskih prava

Uspostavljanje jedinstvenog standarda zaštite ljudskih prava u Evropi imalo je za cilj da djelotvorno garantuje njihovu zaštitu, a uz to i da promoviše zajedničke ideale i principe na kojima ljudska prava počivaju, čime be se dodatno osiguralo političko, pravno i organizaciono harmoniziranje ujedinjenog evropskog prostora. Kada su ljudska prava u pitanju, tim zajedničkim standardom obuhvaćeno je sve ono što je dato u evropskoj tradiciji u velikom rasponu od idejno-teorijskih osnova, pa do konkretnih oblika njihove realizacije.

No, kako su se integrativni tokovi u Evropi realizovali u dva domena, političkom i ekonomskom, standard zaštite u jednom i u drugom inicijalno je bio različit.

Koncept evropskih integracija, u svojoj početnoj fazi, podrazumijevao je da će pitanje ljudskih prava ekskluzivno biti u domenu Vijeća Evrope, evropske političke organizacije osnovane 1949. godine, te da se evropske ekonomske integracije, primarno uređene sa tri osnivačka ugovora, tim pitanjem neće neposredno baviti, ali ni da svojim djelovanjem, na bilo kakav način, već uspostavljeni koncept zaštite ljudskih prava neće ugrožavati.

Države članice Vijeća Evrope bile su saglasne i odlučne da prihvate načela vladavine prava i osiguraju uživanje ljudskih prava i osnovnih sloboda svim licima unutar svoje jurisdikcije što je za rezultat imalo donošenje Konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Konvencija je potpisana u Rimu 4.XI 1950. godine, a na snagu je stupila 3.IX 1953.

U svom izvornom obliku Konvencija, kao i u najvećem broju svojih protokola, garantuje u osnovi samo građanska i politička prava. Riječ je o elementarnim ljudskim pravima kojima je bilo moguće osigurati i efikasnu zaštitu. Konvencijom je uspostavljen mehanizam njenog tumačenja i primjene, koji je povjeren Komitetu ministara vijeća Evrope, Evropskoj komisiji za ljudska prava i Evropskom sudu za ljudska prava koji je i najznačajniji instrument mehanizma. Bez Evropskog suda za ljudska prava Evropska konvencija bi najvjerovatnije ostala dokument obećavajućeg sadržaja sa krajnje nepouzdanom primjenom.

Nadležnost data Sudu da primjenjuje i tumači Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama osigurala mu je položaj najkompetentnije i visoko specijalizirane sudske instance u području zaštite ljudskih prava u Evropi, a Konvenciji priskrbila status međunarodnog instrumenta za zaštitu ljudskih prava sa najdjelotvornijom primjenom.

Evropska unija pitanje zaštite ljudskih prava nije držala u fokusu svojih primarnih aktivnosti. Sve do devedesetih godina XX vijeka taj sadržaj bio je djelomično integrisan u pravni sistem Zajednice kroz regulatornu aktivnost njenih institucija, u prvom redu Suda pravde Evropskih zajednica.¹

Devedesetih godina pitanje ljudskih prava i njihove zaštite postaje predmet interesovanja EU.

Preambulom Ugovora iz Matrihta iz 1993., članom 6 istog, ljudska prava i osnovne slobode potvrđeni su kao opšta načela EU koje Unija poštuje u skadu sa garancijama sadržanim u Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda Vijeća Evrope i ustavnim tradicijama koje su zajedničke njenim državama članicama.²

1 Vidjeti šire: Jasna Omejec, *Vijeće Europe i Europska unija Institucionalni i pravni okvir*, Novi informator, Zagreb 2008., 274.

2 Ibid., 277.

Normativno status ljudskih prava u EU dodatno je unaprijeđen donošenjem Povelje o temeljnim pravima EU³ i odredbama Lisabonskog ugovora⁴.

Sadržaj Povelje je usklađen sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.⁵ Povelja omogućuje da Unija garantuje i širu zaštitu pojedinih prava od one koja je propisana Konvencijom, u nekim aspektima zaštite ljudskih prava Povelja pomiče postojeće granice zaštite i utvrđuje šire područje za svoju primjenu, ali nivo zaštite koji Povelja pruža ne smije biti niži od onoga koji je utvrđen Konvencijom.⁶

Definišući područje svoje primjene, bez obzira što je većina Poveljom utvrđenih prava dodijeljena „svima“ (bez ograničenja vezanih za državljanstvo ili položaj), član 51. njenu primjenu ograničava samo na institucije i tijela EU, te na države članice kada provode pravo EU. Na ovaj način uspostavljena je granica u području primjene Povelje i Evropske konvencije. Istovremeno sa utvrđivanjem domena njihove primjene, a obzirom na komplementarnost njihovog sadržaja, definisan je sadržaj koji se označava pojmom evropskog standarda zaštite ljudskih prava.

Stupanjem na snagu člana 6. st. 1. Ugovora iz Lisabona Povelja je počela sa neposrednom primjenom i tako postala obavezujući izvor primarnog prava.

Isti član Lisabonskog ugovora, uz to što ponavlja obavezu EU u zaštiti ljudskih prava, nagovještava i pravac razvoja u tom kontekstu navodeći namjeru Unije da pristupi Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, te da, obzirom na ovo, „osnovna prava, garantovana Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama te kako proizlaze iz zajedničkih ustavnih tradicija država članica, predstavljaju opšta načela prava Unije.“⁷

Ovako je završen razvojni put zaštite ljudskih prava u EU - od potpunog negiranja svoje nadležnosti da reguliše ili čak utiče na ljudska prava, do prihvatanja nadležnosti Evropskog suda za ljudska prava i stavljanja pod njegovu kontrolu.⁸

Mada je trenutak formalnog pristupanja EU Evropskoj konvenciji još uvijek neizvjestan sa sigurnošću se može tvrditi da je EU potpuno predana poštovanju ljudskih prava i da standard njihove zaštite jednako primjenjuje i na svoje sadašnje,

3 Povelja je donesena na zasjedanju Evropskog vijeća u Nici 2000. kao pravno neobavezujući katalog ljudskih prava koje će štiti i poštovati tijela i organi tadašnje Evropske zajednice. U nešto izmijenjenom obliku Povelja je svečano proglašena u Strazburu dan prije potpisivanja Lisabonskog ugovora 12.XII 2007.

4 Stupio na snagu 1.XII 2009., nakon što je prošao proces ratifikacije u svim državama članicama EU.

5 Vidjeti čl. 52. st. 3 Povelje.

6 O odnosu odredaba Povelje i Konvencije vidjeti šire: Jasna Omejec, Ibid, 298-301.

7 Čl. 6. st.3. Lisabonskog ugovora

8 Vidjeti šire: Vesna Crnić-Grotić i Nataša Sgardelli Car, *Ljudska prava u Europskoj uniji u praksi Evropskog suda u Luksemburgu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 60(5) 971-994, 2010., 974.

ali i buduće članice. Zemljama kandidatima za članstvo u EU poštovanje ljudskih prava određeno je kao jedan je od preduslova za pridruživanje.

Ocjena stanja ljudskih prava u ovom kontekstu značajno je olakšana činjenicom da su sve države članice EU ratifikovale Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i prihvatile nadležnost Evropskog suda za ljudska prava.

2. Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama – priroda, karakter i cilj konvencijskih prava

Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama u svom izvornom obliku, kao i u najvećem broju svojih protokola, posvećena je zaštiti građanskih i političkih prava kao individualnih prava, koja mora da štiti država, a koja se razlikuju od ostalih klasičnih subjektivnih i objektivnih prava koje država sama dodjeljuje titularima kao izraz svoje suverene vlasti.

U ovom smislu ljudska prava su prava koja čovjeka konstituišu kao pravni i politički subjekt.

Ovaj koncept ljudskih prava počiva na ideji prosvjetiteljstva o „prirodnim i neotuđivim pravima čovjeka“ nasuprot heteronomnoj, državnoj moći, ali i nasuprot svim drugim pojedincima.

Uvjerenje u apsolutnu vrijednost ljudskog bića suština je ovog koncepta, koji, u kontekstu filozofije individualizma XVII i XVIII vijeka, pravima pojedinaca daje prednost u odnosu na prava kolektiviteta, tvrdeći da ljudska prava prethode državi i da vrijednost države zavisi od snage i volje da ta prava štiti. U tom smislu liberalna država, ili država uopšte, je demokratska jedino ukoliko štiti individualna prava. Opšte usvojeni individualistički pristup⁹ tumačenja ljudskih prava ogleda se i u postupcima zaštite ljudskih prava, koji se, i u nacionalnom i u međunarodnom okviru, pokreću na inicijativu pojedinca - titulara prava.

Da bi građani mogli biti međusobno jednaki eminentno politički subjekti u javnoj političkoj sferi društva oni se moraju osloboditi svake zasebne partikularne vezanosti, tipične za tradicionalno pred-političko društvo.¹⁰ Svaka grupna afilijacija smatrana je reliktom prošlosti i smetnjom za emancipaciju pojedinca kao slobodne ličnosti.

Individualni karakter ljudskih prava naglašen je posebno u domenu društvenog djelovanja pojedinca, odnosno njegovih društvenih odnosa, ali to nikako ne znači da je zanemaren aspekt u kome se pojedinac realizuje kao član zajednice.

Politička prava podrazumijevaju prava pojedinca da postupa po svojoj volji kada

9 Individualistički koncept ljudskih prava slijedi Opšta deklaracija o ljudskim pravima iz 1948. godine i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966., koji su prvenstveno usmjereni na zaštitu pojedinca, što proizlazi iz načina kako su formulisane njihove odredbe („Svako ima pravo...“).

10 Norberto Bobio, *Liberalizam i demokracija*, Novi Liber, Zagreb, 1992., str. 7.

se radi o njegovoj participaciji, zajedno sa ostalim članovima zajednice kojoj pripada u upravljanju njome.

Mada je ideja ljudskih prava od početka bila tijesno vezana uz pojedinca kao njihovog titulara, s vremenom je postalo očigledno da se ne može zanemariti činjenica njegove upućenosti na zajednicu u kojoj živi, i u kojoj se neka njegova prava mogu ostvariti tek u zajednici sa drugima. Pojedinaac se, koristeći svoju sopstvenu volju, udružuje u neku grupu, čime ostvaruje svoje individualno pravo na udruživanje, čime to isto pravo poprima svoju kolektivnu dimenziju.

Postojanje društvenih grupa opravdava uvođenje kategorije kolektivnih prava¹¹ koja osiguravaju integritet skupina (zajednica, kolektiviteta), a time posredno i integritet svojih članova.

Ako takva kolektivna prava posredno osiguravaju i integritet i najvažnija dobra pojedinca tada se može govoriti o kolektivnim ljudskim pravima.

Mada kolektivna prava ističu poseban identitet neke grupe, kolektivna prava u krajnjem slučaju služe pravima pojedinih pripadnika grupe.

Liberalno shvatanje, koje danas dominira, zastupa stav da kolektivna prava služe ostvarivanju i očuvanju prava pojedinaca, u mjeri u kojoj to zahtijeva postojeće, pozitivno pravo u odnosu na grupe; ona ne smiju biti tumačena kao opravdanje za grupu da na osnovu njih odlučuje o pravima pojedinaca.

Tumačenje kolektivnih prava sa namjerom utvrđivanja njihovog prioriteta i dominacije u odnosu na prava individue, kao pripadnika kolektiviteta, uvijek vodi do konfliktnih i društveno degradirajućih političko-pravnih rješenja, posebno u širim multietničkim i generalno multikulturnim zajednicama. Takva rješenja imaju za cilj da izvrše prenos ljudskih prava sa pojedinca na kolektiv, namećući svoje interese i ciljeve pojedincu, instrumentalizirajući ga, onemogućavajući mu tako da određuje svoj sopstveni identitet i svoje životne ciljeve.

Kolektivna prava, kada svoju legitimaciju traže u kontekstu građanskih-državljskih prava, u tome imaju uspjeha ukoliko mogu potvrditi svoju nužnost za ostvarivanje načela jednakosti.

Čovjek kao biće višestrukih identiteta potpuno se može realizovati jedino uz pretpostavku da djeluje i kao pojedinac i kao pripadnik grupe, član kolektiviteta, prema kome ima snažnu afilijaciju. No i onda kada je njegovo pripadanje grupi nesporno izraženo, on zadržava svoje svojstvo individue.

Individualna i kolektivna prava tako egzistiraju jedna pored drugih i međusobno su tijesno vezana.

Mnogi oblici grupnih prava, u oba aspekta njihove primjene - individualnoj i kolektivnoj - široko su prihvaćeni. Grupno diferencirana prava ne proturječe liberalnoj ideji jednakosti jer jedino kroz njih može se artikulirati heterogena

¹¹ U kategoriju kolektivnih prava, gdje se kao njihovi nosioci pojavljuju grupe ljudi, danas se najčešće svrstavaju: pravo naroda na samoopredjeljenje, prava manjina, veći dio ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, te prava solidarnosti.

javnost, čime se društvena raznolikost priznaje i potvrđuje. Uz pretpostavku da grupe nisu same sebi cilj, već nastaju u svrhu artikulacije i ostvarivanja volje svojih članova, jasno je da one imaju instrumentalni karakter, odnosno da su kolektivna prava deducirana iz prava pojedinaca kao pripadnika kolektiva.

3. Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine

Evropski standard zaštite ljudskih prava u pravni sistem Bosne i Hercegovine uveden je Dejtonskim sporazum o miru u Bosni i Hercegovini¹² koji je ljudskim pravima je posvetio više od 70 odredbi. Najveći broj njih, što je i za očekivati, nalazi se u Ustavu Bosne i Hercegovine, Aneks IV Sporazuma.

Posvećenost ljudskim pravima u ustavnom tekstu vidljiva je već u njegovoj Preambuli gdje se navode principi, osnovne moralne vrijednosti, koji se direktno odnose na ljudska prava: poštovanje ljudskog dostojanstva, slobode i jednakosti, pozivanje na mir, pravdu, toleranciju i pomirenje. Preambula, istina, ne referira na opšta načela međunarodnog prava, iako se jedna alineja poziva na načela Povelje UN ističući privrženost istim.

Nužnost punog poštovanje međunarodnog humanitarnog prava, opredijeljenost vrijednostima utvrđenim u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima, Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima, odnosno Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Deklaraciji o pravima lica koja pripadaju nacionalnim ili etničkim, vjerskim i jezičkim manjinama, kao i drugim instrumentima ljudskih prava, što Preambula jednako navodi, uz značaj koji imaju za ljudska prava nesporno su i refleksija na još svježiju i opominjuću ratnu prošlost.

Sve ovo je osobito važno obzirom na činjenicu da je Odlukom Ustavnog suda BiH br. U 5/98-3 od 1. jula 2000. godine utvrđen normativni karakter Preambule Ustava, te ustavopravni principi iz Preambule imaju istu snagu kao i sve druge odredbe Ustava.

U normativnom dijelu Ustava ljudskim pravima i osnovnim slobodama u cjelini je posvećen član II koji je naslovljen „Ljudska prava i osnovne slobode“, što i formalno potvrđuje značaj koji im se pridaje.

Sam sadržaj člana II predstavlja kombinaciju materijalnih i odgovarajućih proceduralnih pravila.

Uz katalog ljudskih prava i sloboda koji je njime predviđen, ovaj član sadrži i dodatne instrumente iz Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim

¹² Ovaj dokument najčešće se imenuje kao „Dejtonski sporazum“, obzirom da je donesen u Dejtonu, u američkoj državi Ohajo, kao vrhunac pregovora koji su sa prekidima trajali 44 mjeseca, a koji su vođeni pod pokroviteljstvom Međunarodne konferencije za bivšu Jugoslaviju i Kontakt grupe. Stupio je na snagu 14.12. 1995.godine. Originalni tekst objavljen je na engleskom jeziku: General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, with Annexes. International Legal Materials, Volume XXXV, No.1, january 1996, pp.75-183.

slobodama.

Ustavna obaveza države Bosne i Hercegovine i za njenih entiteta je da osiguraju najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i sloboda, član II/1. (U tu svrhu, Aneksom VI Dejtonskog mirovnog sporazuma, osnovana je i Komisija za ljudska prava.)

Standard zaštite ljudskih prava u Bosni i Hercegovini, utvrđen Ustavom, član II/4, izričito nalaže da će se prava i slobode iz Konvencije i njenih protokola „neposredno primjenjivati“, te da će imati „prioritet nad svim ostalim zakonima“, što direktno obavezuje državu Bosnu i Hercegovinu, kao i sudove entiteta i sudove u entitetima, sve službe, državne organe i ustanove koji su dužni da primjenjuju ljudska prava i osnovne slobode, član II/2.

Za državu Bosnu i Hercegovinu, Ustav propisuje i obaveze koje proizlaze iz međunarodnih ugovora predviđenih Aneksom I Ustava, čl.II/7.¹³ Propisom o primjenjivosti 15 međunarodnih dokumenata koji su tu navedeni, ljudska prava i osnovne slobode koje oni sadrže, snagom ustavne norme postaju obavezujući. Ovo upućivanje, međutim, ne odnosi se tek na dokumente iz Aneksa I na Ustav BiH i Evropsku konvenciju iz člana II Ustava, već i na opšte principe međunarodnog prava iz člana III/3.b) Ustava BiH, mada oni nisu sačinjeni u obliku nekog dokumenta, što zahtjev dodatno otežava. Ustavotvorac je ovim, za pretpostaviti je, u BiH dodatno želio naglasiti značaj ljudskih prava, obzirom na specifične historijske okolnosti u kojima je Ustav donesen. Praktično, međutim, to otežava dilema oko njihove pravne obaveznosti koja je samo u slučaju Evropske konvencije eksplicitno određena.

Katalog ljudskih prava naveden u Ustavu BiH, čl. II/ 3, sadrži uglavnom individualna prava. Ista prava predviđena su, uz jedan broj dodatnih, i Evropskom konvencijom. Mada je ovo preklapanje u normativnom sadržaju opravdano konstatovati, važno je naglasiti da ipak nije riječ o pukom ponavljanju istog sadržaja. To potvrđuje i zaštita proklamovanih prava utvrđenih članom II/3 Ustava BiH, koja je šira u odnosu na Evropsku konvenciju, i odnosi se kako na privatna fizička i pravna lica, tako i na javnopravne subjekte.¹⁴

U Aneksu I Ustava BiH, kako je već navedeno, su međunarodni sporazumi za koje je članom II/7 propisana obaveza države da će ostati ili postati njihova strana ugovornica. Ovim je stvorena obaveza za sve subjekte koji su dužni da tumače, primjenjuju i štite međunarodne pravne akte koji obavezuju državu Bosnu i Hercegovinu, a koji se odnose na ljudska prava i osnovne slobode. Ovu ustavnu odredbu treba tumačiti i primjenjivati zajedno sa odredbom koja propisuje da „svi nadležni organi vlasti u Bosni i Hercegovini će sarađivati sa i obezbjeđivati neograničen pristup: svim međunarodnim posmatračkim mehanizmima ljudskih

13 Riječ je o dokumentima koji su, najvećim dijelom, nastali pod okriljem UN i koji su već bili inkorporirani u njen pravni sistem i bili dio pravne tradicije BiH, što i nije bio slučaj sa Evropskom konvencijom.

14 Vidjeti odluku Ustavnog suda BiH od 13.IX 2007., AP 987/06., tačka 11.

prava koji se uspostave za Bosnu i Hercegovinu, nadzornim tijelima koja se uspostave bilo kojim međunarodnim sporazumom navedenim u Aneksu I ovog Ustava, Međunarodnim tribunalom za bivšu Jugoslaviju, ... i bilo kojom drugom organizacijom ovlaštenom od strane Vijeća sigurnosti UN-a sa mandatom koji se tiče ljudskih prava i humanitarnog prava.“...“, čl II /8.

Ljudska prava nisu međutim situirana samo u članu II Ustava, već je njima protkan cijeli njegov sadržaj – od Preambule, preko člana I/4 koji propisuje četiri ekonomske slobode kretanja ljudi, roba, usluga i kapitala, člana II/4 koji propisuje zabranu diskriminacije za sva prava i slobode u članu II i Aneksu I Ustava BiH navodeći kao zabranjene sve poznate osnove koje mogu biti pretpostavka diskriminatornom tretmanu, do člana II/5 koji propisuje pravo izbjeglim i raseljenim licima da se vrate u svoja prijeratna mjesta stanovanja, što je dodatno normirano i u Aneksu VII Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini.

Ustavotvorac je značaj ustavnih odredbi o ljudskim pravima dodatno pojačao „klauzulom vječnosti“, čl. X.2. Ustava BiH – Parlament može promijeniti Ustav, ali „nijednim amandmanom na ovaj ustav ne može se eliminisati, niti umanjiti bilo koje od prava i sloboda iz člana II ovog ustava ...“

Dejtonski mirovni sporazum nije ponudio tek bogati katalog ljudskih prava. Njegovim sadržajem predviđen je i izuzetno složen institucionalni okvir u kome bi propisana ljudska prava trebala da nađu izvjesnu mogućnost za svoju realizaciju. Pored Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Aneks VI Dejtonskog mirovnog sporazuma predvidio je formiranje Komisije za ljudska prava koja se sastojala od Ureda ombudsmana i Doma za ljudska prava. Ova dva organizaciona segmenta vremenom su se transformisala u dvije institucije koje su imale međusobno nezavisan razvoj.¹⁵

Dejtonski mirovni sporazum uz ovo je predviđao je i Komisiju za raseljena lica i izbjeglice, prema Aneksu VII, Komisiju za očuvanje nacionalnih spomenika, Aneks VIII, i Privremenu izbornu komisiju, Aneks III, čije su se nadležnosti isto ticale zaštite ljudskih prava.

Prema svemu navedenom, ljudska prava u Ustavu Bosne i Hercegovine formalno zadovoljavaju standard zaštite koji predviđa Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Ta usklađenost je i očekivana obzirom na značaj koji Konvencija ima u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine - njenoj direktnoj primjenjivosti i prioritetu koji joj je dat u odnosu na sve ostale zakone.

Ovdje ne smijemo zanemariti činjenicu da u vrijeme kada je Dejtonski ustav donesen Bosna i Hercegovina nije bila članica Vijeća Evrope, u čijem okrilju je

¹⁵ Institucija ombudsmana je 2001. godine na osnovu Zakona o ombudsmenu za ljudska prava BiH prešla pod nadležnost Bosne i Hercegovine i time se potpuno emancipovala, dok je Dom za ljudska prava transformisan u Komisiju za ljudska prava pri Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine, koja je djelovala do kraja 2006. godine, nakon čega je njena nadležnost prešla u ingerenciju Ustavnog suda BiH.

Konvencija nastala, i za čije članice, tadašnje i buduće, je bila obavezna. Da li je međunarodni ustvotvorac na ovaj način želio da učini izvjesnijim pravac razvoja Bosne i Hercegovine ili je interpoliranjem evropskog standarda zaštite ljudskih prava pribjegao „prinudi na vrlinu“, u domenu je nagađanja. Ustavom proklamovani nivo zaštite ljudskih prava u vrijeme kada je utvrđen bio je moralno uzvišen, no njegova realizacije podrazumijevala je istovremeno i predanost ideji ljudskih prava i odlučnost da se ona realizuje. U Bosni i Hercegovini manjkalo je i jedno i drugo.

Istina je da je ustavotvorac standard Evropske konvencije nametnuo za zaštitu ljudskih prava u Bosni i Hercegovini, ali je to učinio nedosljedno, pristajući na politički iznuden kompromis koji će taj standard učiniti kontradiktornim i nedjelotvornim. Tako se uvođenje evropskog standarda zaštite, kao prvobitna dobra namjera, s vremenom pretvorio u teret sa kojim se Bosna i Hercegovina i skoro dvije decenije kasnije teško nosi smještena u Prokrustovu postelju svog Dejtonskog ustava i njegovih rješenja.

4. Primjena preuzetog standarada: politički pragmatizam umjesto pravne dosljednosti

Poratna država i pravo u Bosni i Hercegovini definisani su Dejtonskim mirovnim sporazumom. Čvrste garancije ljudskih prava koje je Sporazum predviđao trebale su da budu pouzdana osnova nametnutom miru. Politička vlast i komplikovana državna organizacija Bosne i Hercegovine, međutim, obje dosljedne u poštovanju principa etničke dominacije, nisu imale nikakvog interesa da se angažuju s tim ciljem. Međunarodna zajednica, koja je Sporazum nametnula i u Bosni i Hercegovini ostala prisutna sa namjerom da osigura njegovo efektivno provođenje je, uprkos mandatu koji je imala u Bosni i Hercegovini i mehanizmima koje predviđaju međunarodni pravni akti koji su sastavni dio Ustva Bosne i Hercegovine, propustila priliku da ih iskoristi.

Mirovni sporazum bio je rezultat iznudenih kompromisa kojima su gospodari rata, koji su u međuvremenu postali mirovni pregovarači i legitimni predstavnici zaraćenih strana, željeli da i u miru sačuvaju i osiguraju pozicije koje su oružjem izborili.

Legitimiranje vlasti u tri najveća nacionalna korpusa u Bosni i Hercegovini počivalo je na pretpostavci homogeniziranja identiteta koji se formirao kao kolektivni mono-identitet porijekla, religije, jezika, simbola i kao takav postao prepreka ostvarivanju i zaštiti ljudskih prava građana Bosne i Hercegovine.

Kolektivni identiteti tako potiskuju individualne identitete, a kolektivna prava individualna prava građana, pogodujući razvoju nacionalizma koji teži aparthejdu i olakšava razgraničenje prema drugim i drugačijima – samodovoljnost isključuje svaki vid multikulturalizma.

Ovakva društvena i politička stvarnost u Ustav Bosne i Hercegovine inicijalno je interpolirana odredbom iz Preambule kojom ustavotvorac utvrđuje da ustavnost BiH počiva na „Bošnjacima, Hrvatima i Srbima kao konstitutivnim narodima (zajedno sa ostalima) i građanima Bosne i Hercegovine“.

Bosnu i Hercegovinu tako ne čine njeni građani već tri etno-nacije (konstitutivni narodi) što su tvorci Dejtonskog ustava prihvatili kao politički aksiom koji je postao temeljni osnov ustavnoj strukturi Bosne i Hercegovine.

Tripartitna struktura konstitutivnih naroda na kojoj se zasnivaju aktuelna ustavna rješenja u BiH dovela je do diferencijacije u pravima prema kriteriju etniciteta, što za posljedicu ima diskriminatorni efekat prema onima koji toj kategoriji ne pripadaju, ili se na taj način, kroz svoju etničku pripadnost, ne mogu ili ne žele odrediti.

Formula „konstitutivnih naroda“ bila je rezultat pokušaja da se pomire dva različita koncepta koja su oštro suprotstavljena u bosanskohercegovačkoj stvarnosti i čiji antagonizam vremenom ne jenjava – sa jedne strane to je univerzalno prihvaćeni koncept ljudskih prava kao individualnih prava čovjeka, jednako dostupnih svima bez diskriminacije, a sa druge to je kriterij etničke ekskluzivnosti.

Iznuđeni politički ustupak, a formula „konstitutivnih naroda“ koja se kroz Ustav proteže kao crvena nit to bez sumnje jeste, osigurala je prioritet ovom drugom, te će ista tako legitimnom učiniti diskriminaciju i dvostruke standarde u zaštiti ljudskih prava u Bosni i Hercegovini.

Definišući u Preambuli Ustava Bosne i Hercegovine Bošnjake, Hrvate i Srbe kao konstitutivne narode, ustavotvorac je „ostale“ i „građane“ lišio državotvornog atributa.

U duhu politike, ovo rješenje je tumačeno na način otvorenog etničkog favoriziranja, te su u Federaciji Bosni i Hercegovini status konstitutivnih naroda imali Bošnjaci i Hrvati, a isti nije pripadao Srbima koji tu žive, kao što su u Republici Srpskoj konstitutivni narod su bili jedino Srbi.

Zvuči cinično, ali je potpuno tačno sva tri konstitutivna naroda u prvoj fazi nakon donošenja Dejtonskog ustava bila su jednaka jedino na nivou države Bosne i Hercegovine čija stvarna kompetencija je bila vrlo skromna i zapravo upitna.

Formalno, što se tiče konstitutivnosti konstitutivnih naroda, do promjene je došlo nakon donošenja odluke Ustavnog Suda Bosne i Hercegovine u predmetu U 5/98, „Odluka o konstitutivnosti naroda“ od 1.VII 2000. godine,¹⁶ kojom je Sud zaključio da pod pojam „konstitutivnost naroda“ potpada i princip kolektivne jednakosti ove tri etničke grupe.¹⁷ Princip kolektivne jednakosti obavezuje entitete da poštuju princip zabrane diskriminacije pripadnika bilo kog od ova tri konstitutivna naroda, posebno ako se oni u entitetu nalaze u položaju, de facto, nacionalne manjine¹⁸, zabranjujući istovremeno i privilegovanje bilo kog od njih na način da se pripadnicima jednog ili dva naroda priznaju posebna dodatna prava.¹⁹

16 Treća djelomična odluka

17 U 5/98, tačka 60.

18 Ibid., tačka 59.

19 Ibid., tačka 60.

Etnički sistem podjele vlasti ovom Odlukom ostaje neizmijenjen, a njegova diskriminatorna priroda najočiglednija je u kontekstu privilegija koje potvrđuju da se kategorija konstitutivnih naroda ne svodi tek na nominalno razlikovanje, već za posljedicu ima i njihov konsekventan različit tretman u pravima.

Ovaj status za Srbe, Hrvate i Bošnjake nosi niz privilegija - za njih su rezervisana mjesta u Predsjedništvu BiH, u Domu naroda Parlamentarne skupštine BiH, u Domu naroda Parlamenta FBiH i Vijeću naroda Republike Srpske. U pomenutim parlamentarnim domovima delegati iz reda konstitutivnih naroda organizovani su u klubove, a privilegovani status potvrđuje i pravo veta koje im je na raspolaganju u cilju zaštite vitalnog nacionalnog interesa. Privilegije konstitutivnih naroda protežu se i na čitav niz drugih državnih institucija, u kojima su, ako i nemaju ekskluzivno nacionalni sastav, za njih predviđene ključne pozicije. (Ustavni sud BiH, ustavni sudovi entiteta, Ombudsmen BiH).

Princip striktnog etničkog sistema podjele vlasti tako lišava određene građane, one koji se ne izjašnjavaju kao pripadnici jednog od tri konstitutivna naroda, pasivnog prava glasa, prava učestvovanja u javnim poslovima i jednake dostupnosti javnih funkcija.

Nejednak tretman „konstitutivnih naroda“, „ostalih“ i „građana“ u BiH je u potpunoj suprotnosti sa ustavnom odredbom o zabrani diskriminacije.

Ljudska prava u Bosni i Hercegovini transformišu se u kolektivna prava koja pojedinca štite tek na osnovu pripadanja grupi, na osnovi grupnog, nacionalnog identiteta.

Ovo pitanje „neustavnosti ustava“, njegove neusklađenosti sa Evropskom konvencijom kao sastavnim dijelom Ustava²⁰, razmatrao je i Ustavni sud BiH koji je po pitanju odnosa individualnih i kolektivnih prava utvrdio da potpuno isključenje iz sistema predstavljanja vrijeđa individualno političko pravo, te da kategorija „ostalih“ mora biti uvedena u sisteme predstavljanja kako bi se spriječilo potpuno isključenje individualnih prava.²¹

Stav Ustavnog suda BiH nije doveo ni do kakvih promjena.

Praksa različitog i diskriminatornog tretmana prema kategoriji „ostalih“ bila je predmet razmatranja i pred Evropskim sudom za ljudska prava u predmetu Sejdić i Finci protiv BiH²². Aplikanti su tvrdili da im je uskraćeno pravo na izbor u Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH i Predsjedništvo BiH po osnovu njihovog rasnog/etničkog porijekla (diskriminaciju po etničkom osnovu Sud je smatrao jednim oblikom rasne diskriminacije)²³. Aplikanti su tvrdili da se razlika u tretmanu koja se isključivo temelji na rasi ili etničkom porijeklu ne može opravdati i da predstavlja direktnu diskriminaciju. Sud je 22.12. 2009. donio presudu kojom je utvrdio kršenje stava 14. u vezi sa članom 3. protokola br. 1. koji se odnosi

20 Bosna i Hercegovina je 2002. godine postala članica Vijeća Evrope i bezrezervno je ratifikovala Konvenciju i njene protokole, čime je po vlastitoj želji pristala da poštuje relevantne standarde.

21 Ibid., tačka 116.

22 Predmet Sejdić i Finci protiv BiH, Ap. br. 27996/06 i 34836/06, 22.12. 2009.

23 Vidjeti: Timishev protiv Rusije, br. 55762/00 i 55974/00, tačka 56, ECHR 2005-XII

na nemogućnost aplikacija da se kandiduju na izborima za Dom naroda BiH, te povredu člana 1. Protokola br. 12 zbog nemogućnosti aplikacija da se kandiduju na izborima za Predsjedništvo BiH.

U obrazloženju presude Sud je smisao spornih ustavnih odredaba tumačio kao namjeru da se zaustavi brutalni konflikt i obezbijedi stvarna ravnopravnost između strana u sukobu, odnosno konstitutivnih naroda, ali je i konstatovao da je rezultat primjene ovih odredaba različit tretman pojedinaca, baziran na etničkoj osnovi. Po istom osnovu odredbe Ustava Bosne i Hercegovine bile su razmatrane pred Evropskim sudom za ljudska prava u još tri navrata u predmetima Zorić²⁴, Pilav²⁵ i Šlaku²⁶.

Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Sejdić i Finci, kao ni one naknadno donesene u predmetima Zorić, Pilav i Šlaku, kojim je Evropski sud za ljudska prava utvrdio da Ustav BiH nije u skladu sa Evropskom konvencijom, nisu provedene. Diskriminatorne odredbe Ustava i dalje su na snazi i praksa njihove primjene se nesmetano nastavlja.²⁷

Državna vlast ostajući dosljedna svom stavu koji je zastupala pred Evropskim sudom „... da još uvijek nije vrijeme za politički sistem koji bi bio odraz vladavine većine, imajući posebno u vidu istaknuti značaj mono-etničkih političkih partija i trajnu međunarodnu upravu u Bosni i Hercegovini“ minuciozno je dograđivala svoj ciničan pristup u opravdavanju postojeće diskriminatorne prakse tvrdnjama u predmetu Zorić: „da aplikantica u predmetnom slučaju nije pripadnica bilo koje „manjine“, već je svojom voljom odlučila da se ne izjašnjava kao pripadnica niti jednog od „konstitutivnih naroda“. Ona u svako doba može promijeniti tu odluku ukoliko želi sudjelovati u političkom životu Bosne i Hercegovine“²⁸, te, u predmetu Pilav, da bi „Ukoliko bi se preselio da živi u Federaciji Bosne i Hercegovine, aplikant uživao pravo glasa i kandidature na izborima bez ograničenja“²⁹.

5. Zaključak

Ljudska prava u Bosni i Hercegovini ne mogu se analizirati izvan konteksta njene specifične društvene i političke stvarnosti i njenog Ustava koji je dio mirovnog sporazuma.

24 Predmet Zorić protiv Bosne i Hercegovine, Ap. Br.3681/06

25 Predmet Pilav protiv Bosne i Hercegovine, Ap. br. 41939/07

26 Predmet Šlaku protiv bosne I Hercegovine Ap. br. 56666/12

27 Evropski sud prihvatio je apelaciju u slučaju Pudarić protiv Bosne i Hercegovine, koji se odnosi na navodnu diskriminaciju aplikanta s obzirom na to, kako se navodi, da aplikant iz reda srpskog naroda s prebivalištem na teritoriji Federacije BiH nema pravo da se kandiduje na izborima za člana Predsjedništva Bosne i Hercegovine. Ap.br. 55799/18.

28 Presuda Zorić protiv BiH, tačka 25.

29 Presuda Pilav protiv BiH, tačka 23.

Mirovni sporazum je bio rezultat dugotrajnih i mukotrpnih pregovora predstavnika zaraćenih strana, koji su imali legitimitet od većine Bošnjaka, Hrvata i Srba, sa međunarodnom zajednicom.

Međunarodna zajednica u cilju postizanja mira u BiH bila je spremna da prihvati rješenja kojima će ishoditi pristanak na Sporazum. Organizacija države i glavnih političkih institucija iz tog razloga bila predviđna tako da uspostavi ravnotežu i spriječi prevlast bilo koga od ova tri naroda. Druge etničke grupe, kao ni građani koji zadržavaju pravo da ne pripadaju bilo kom etničkom kolektivitetu bili su izostavljeni iz rješenja koja su postignuta.

Ova rješenja nisu bila donesena sa namjerom uspostavljanja etničke dominacije, već sa namjerom prekidanja krvavog sukoba i osiguravanja ravnopravnosti između strana u sukobu, odnosno konstitutivnih naroda. U takvom kontekstu bilo bi teško uskratiti legitimitet normama koje bi, s gledišta nediskriminacije, mogle biti problematične, mada i neophodne za postizanje mira i stabilnosti.

Vjerovati je da je međunarodna zajednica bila svjesna opasnosti kompromisa na koji je pristala, te da je i to bio dodatni razlog da Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima da posebno mjesto i značaj u Ustavu Bosne i Hercegovine. Dokazana djelotvornost konvencijske zaštite trebala je da bude snažna garancija ljudskim pravima u Bosni i Hercegovini. Na poštovanje Evropske konvencije Bosna i Hercegovina će se još jednom obavezati pristupanjem Savjetu Evrope. No, što se ljudskih prava u Bosni i Hercegovini tiče, sve to je imalo malo značaja.

Koncept „konstitutivnih naroda“ je vremenom evoluirao. Od sredstva on se transformisao u cilj. Postao je sama suština države i društva u Bosni i Hercegovini. Njegov neupitni značaj je takav da se i njegova očigledna kontradiktornost sa principom zabrane diskriminacije u ostvarivanju ljudskih prava od strane politike tumači kao prihvatljiva kolateralna šteta. Ukazivanje na njegov diskriminatorni karakter uvijek kao odgovor dobija zloslutnu prognozu da bi njegova eventualna promjena podrazumijevala promjenu postojeće ravnoteže u vršenju vlasti, što bi moglo dovesti do raspirivanja tenzija koje su u Bosni i Hercegovini jednako prisutne svih ovih godina.

Zloupotreba koncepta konstitutivnih naroda posebno je izražena u insistiranju na etničkoj pripadnosti koja je postala temelj političkog artikulisanja. Etnički identitet, kao nepromjenjivi, promovisan je u politički identitet. U takvom kontekstu građani, kao slobodne osobe sa promjenjivim identitetima, i kolektivna ljudska prava drugih etničkih zajednica, koje ne uživaju poseban i povlašten status “konstitutivnih naroda” marginalizirani su ili isključeni. Odlaganje izmjene odredbi Ustava koje ih stavljaju u poziciju građana drugog reda ovaj problem čini sve težim, a odluku o tome sve neophodnijom.

Državni mehanizam koji bi ovu situaciju trebao razriješiti paralisan je političkom klimom u Bosni i Hercegovini koju kreiraju nacionalističke opcije. U bosanskohercegovačkom društvu još uvijek vlada osjećaj straha i nepovjerenja koje one potpiruju i vješto manipulišući njima se održavaju na vlasti.

Međunarodna zajednica je ulogu aktivnog aktera u sferi politike i državnih poslova u Bosni i Hercegovini zamijenila pozicijom rezervisanog posmatrača. Propustila je pravi trenutak da iskoristi mehanizme koje joj je dodijeljeni mandat stavio na raspolaganje i da otkloni ovu neustavnost u Ustavu BiH.

Mehanizam Evropske konvencije u Bosni i Hercegovini našao se tako paralisan spletom okolnosti koje čine njenu društvenu, pravnu i političku stvarnost.

Opravdanje vlasti da u Bosni i Hercegovini još nije došlo vrijeme za politički sistem koji bi bio odraz vladavine većine, imajući u vidu značaj mono-etničkih političkih partija i trajnu međunarodnu upravu u BiH, može se ponavljati u nedogled. To vrijeme neće ni doći ukoliko se ne počne sa procesom eliminacije nepovjerenja među ljudima koji uvijek traži da se načini prvi korak – da se ljudska prava i osnovne slobode garantuju jednako svima, bez razlike. Samo uz tu pretpostavku evropski standard za zaštitu ljudskih prava moći će da se primjenjuje i u Bosni i Hercegovini.

Samo uz pretpostavku da se evropski sistem prava prihvati, da iznuđeno i kalkularno, deklaratorno pristajanje uz njegove vrijednosti bude zamjenjeno njegovom stvarnom posvećenom primjenom, država Bosna i Hercegovina moći će se osnovano nadati svom članstvu u Evropskoj uniji.

Bibliografija:

1. Biber, Florian, *Bosna i Hercegovina poslije rata. Politički sistem u podijeljenom društvu*, Buybook, Sarajevo, 2007.
2. Bobio, Norberto, *Liberalizam i demokracija*, Novi Liber, Zagreb, 1992.
3. Crnić-Grotić, Vesna i Sgardelli Car, Nataša, *Ljudska prava u Europskoj uniji u praksi Europskog suda u Luksemburgu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 60(5) 971-994, 2010.
4. Haller, Gret, *Ljudska prava u Bosni i Hercegovini u evropskom kontekstu*, u *Ljudska prava u Bosni i Hercegovini poslije Daytonu: od teorije do prakse*, Sarajevo, 1999.
5. Hodžić, Edin i Stojanović, Nenad, *Novi-stari ustavni inženjering?: izazovi i implikacije presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Sejdić i Finci protiv BiH*, Sarajevo, 2011.
6. Kymlicka, Will, *Multikulturno građanstvo, Liberalna teorija manjinskih prava*, Zagreb, 2003.
7. Leuprecht, Peter, *Ljudska prava – kamen temeljac pravde i mira*, u *Ljudska prava u Bosni i Hercegovini poslije Daytonu: od teorije do prakse*, Sarajevo, 1999.

8. Marko, Joseph, *United in Diversity? Problems of State and nation-Building in Post-Conflict Situations: The Case of Bosnia-Herzegovina*, Vermont, Law Review, 3 30, 2006.
9. Omejec, Jasna, *Vijeće Europe i Europska unija Institucionalni i pravni okvir*, Novi informator, Zagreb 2008.
10. Rehn, Elisabeth, *Situacija sa ljudskim pravima u Bosni i Hercegovini: Regionalne perspektive*, u Ljudska prava u Bosni i Hercegovini poslije Dayton: od teorije do prakse, Sarajevo, 1999.

Međunarodni dokumenti i sudska praksa

- Komitet UN-a za ukidanje rasne diskriminacije, zaključne napomene o Bosni i Hercegovini, CERD/C/BiH/CO/6, 11.4.2006.
- Savjetodavni komitet za Okvirnu konvenciju o zaštiti nacionalnih manjina, Mišljenje o BiH, ACFC/INF/OP/I (2005)003. 27.5.2004.
- Venice Commission, Meeting of the Venice Commission Rapporteurs with representatives of Bosnian authorities and international community of the rights of persons belonging to national minorities in Bosnia and Herzegovina, CDL(2002)32, 5.3.2002.
- Venice Commission, Amicus Curiae Brief in the Cases of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, CDL-AD(2008)027, 22.10.2008.
- Ustav Bosne i Hercegovine, http://www.ccbh.ba/osnovni_akti (stranica posjećena u martu 2019).

Odluke ustavnog suda BiH:

- Ustavni sud BiH, Odluka br U-13/09, 30. 1. 2010.
- Ustavni sud BiH, Odluka br AP-2678/06, 29.9.2006.
- Ustavni sud BiH, Odluka br. U-7/05, 2.12.2005.
- Ustavni sud BiH, Oduka br. U-4/05, 22.4.2005.
- Ustavni sud BiH, Odluka br. U-5/04, 27.1. 2004.
- Ustavni sud BiH, Odluka br. U 5/98-III, 1.7.2000.

Odluke dostupne na: <http://www.ccbh.ba/odluke> (stranica posjećena u martu 2019.)

Presude Evropskog suda za ljudska prava:

- Predmet Sejdić i Finci protiv BiH, Ap. br. 27996/06 i 34836/06, 22.12. 2009.
- Predmet Zornić protiv Bosne i Hercegovine, Ap. Br.3681/06
- Predmet Pilav protiv Bosne i Hercegovine, Ap. br. 41939/07
- Predmet Šlaku protiv bosne I Hercegovine Ap. br. 56666/12

Presude dostupne na: http://www.mhrr.gov.ba/ured_zastupnika/odluke/default.aspx?id=170&langTag=bs-BA (stranica posjećena u martu 2019.)

Professor Mirjana Nadaždin Defterdarević, LL.D.
Džemal Bijedić University, Faculty of Law

THE EUROPEAN CONCEPT OF HUMAN RIGHTS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA - AGREEMENT WITHOUT ACCEPTANCE

Abstract: The acceptance of the European standard of human rights protection is one of the fundamental requirements for the integration of Bosnia and Herzegovina into the European Union.

The system of human rights in Bosnia and Herzegovina was established by adopting the current European standard of protection, which affirms the special status of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in the legal system of the country. The European Convention has been introduced in a completely different social, legal and political environment which differs greatly to the environment in which the Convention was created, and for which it was appropriate. In such circumstances the efficiency of its implementation and the entire system of human rights protection in Bosnia and Herzegovina failed to ensure its priority, along with the various institutional support which has been ensured.

This analysis examines the reasons which have, in the realistic social and political environment of Bosnia and Herzegovina, prevented the application of the adopted European standard of human rights protection. The adoption of the European standard of human rights protection was agreed upon, but its practical realization has been absent due to the lack of acceptance.

The content of the analysis shows the (in)ability of the application of an adopted standard to escape relativization and adaptation to the political environment which rejects the concept of individual rights and freedoms of man, as well as the enjoyment of these rights and freedoms without discrimination, thus becoming a serious obstacle in the process of Bosnia and Herzegovina's acceptance into the European Union.

Key words: General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, Constitution of Bosnia and Herzegovina, European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, constituent peoples, others, discrimination.

Dr. sc. Jozo Čizmić, redovni profesor

Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

Dr. sc. Alena Huseinbegović, vanredna profesorica

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Dr. sc. Alaudin Brkić, docent,

Ekonomski fakultet Univerziteta u Zenici

SUPROTSTAVLJANJE PRAVNOG POLOŽAJA DAVAOCA FINANSIJSKOG LEASINGA NA POKRETNIM STVARIMA U STEČAJU KORISNIKA LEASINGA

Sažetak: U ovom radu predmet istraživanja je rukovođen naknadno pristiglim pozivom nacionalne leasing industrije za kritičkim preispitivanjem postojećeg stepena zaštite davaoca finansijskog leasinga na pokretnim stvarima u entitetskim stečajnim propisima u BiH. Stečajnopravni tretman davaoca finansijskog leasinga na pokretnim stvarima, kod stečaja korisnika leasinga, podvrgnut je unazad više od decenije, istovjetnom stečajnopravnom tretmanu koji važi za ugovore o zakupu na pokretnim stvarima. Sve konstelacije finansijskog leasinga na pokretnim stvarima u stečaju korisnika leasinga, analogno rješenjima preuzetim iz njemačkog insolventijskog prava, kvalificiraju se ugovorima o zakupu. Na tragu toga, promatranje pravnog položaja davaoca finansijskog leasinga na pokretnim stvarima u odnosu na korisnike leasinga kao stečajne dužnike, a ne i obrnuto, u ovom radu je uzeto i polaznom tačkom da se kritički razmotre usvojena rješenja u entiteskom stečajnom pravu u BiH, te izvedu odgovorajući zaključci i formulišu prijedlozi poboljšanja po uzoru na usvojena referentna rješenja u uporednim stečajnopravnim sistemima i međunarodnoj stečajnoj praksi.

Ključne riječi: posebno vlasničko pravo, prethodni stečajni postupak, raskidne klauzule, privremeni stečajni upravnik, stečajni upravnik, pravo izbora, zahtjev za izlučenje, moratorijum, zamjensko izlučenje.

1. Izvori regulacije stečajnog prava u BiH

Materija stečajnog prava je doživjela stvarnu afirmaciju tek nakon disolucije Jugoslavije kada su države sljednice odlučile da usvoje nove stečajne propise na sasvim drugačijim premisama u odnosu na ranije stanje obilježeno primjenom Zakona o prinudnom poravnanju, likvidaciji i stečaju SFRJ.¹ U BiH reforma entiteskog stečajnog prava je izvršena usvajanjem međusobno usaglašenih

1 Zakon o prinudnom poravnanju, likvidaciji i stečaja (Sl. l. SFRJ, br. 84/09).

Zakona o stečajnom postupku FBiH i RS (skraćeno: ZSP FBiH/RS),² dok je u DB BiH ostao na snazi Zakon o stečaju, prinudnom poravnanju i likvidaciji iz 2002.g. (skraćeno: ZSPPL DB BiH).³ S druge strane, RH usvojila je novi Stečajni zakon 2015.g. (skraćeno: SZ RH),⁴ što je označilo prestanak važenja istoimenog propisa iz 1996.g.,⁵ dok je R. Srbija usvojila novi Zakon o stečaju 2009.g. (skraćeno: ZS RS),⁶ koji je noveliran u više navrata u proteklom periodu. Za razliku od ZS RS, koji predstavlja hibridni model zasnovan na recepciji većeg broja rješenja iz američkog stečajnog prava,⁷ ZSP FBiH/RS i SZ RH stoje pod snažnim uticajem njemačkog Insolvencijskog zakona (*Insolvenzordnung*, skraćeno: InsO)⁸ koji je donesen 5.10.1994.g., a stupio na snagu 1.1.1999. g.⁹ Poseban dojam u ZSP FBiH/RS, kao i SZ RH ostavlja preuzeta i dobro razrađena ideja u InsO kojom se legitimira zaštita interesa stečajnih povjerilaca unovčenjem imovine stečajnog dužnika uz naročito naglašenu uloga i stečajnog upravnika.¹⁰ Pri tome, nisu zanemarene ni neke savremene tendencije koje se rukovođene potrebom spašavanjem stečajnog dužnika (plan reorganizacije) i ublažavanjem socijalno-ekonomskih reperkusija stečaja po interese šire društvene zajednice.¹¹

2 „Sl. n. FBiH“, br. 29/03, 42/06; i „Sl. gl. RS“, br. 67/02, 77/02, 38/03, 96/03, 68/07; 12/10 i 16/10.

3 „Sl. gl. BD“, br. 1/02.

4 NN, br. 71/15, 104/17.

5 NN, br. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12.

6 „Sl. gl. RS“, br. 104/09, 99/2011 - dr. zakon, 71/2012 - odluka US, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018.

7 Jovanović, N.: Ocena i sitne greške zakona o stečaju, *Pravo i privreda*, br. 7-9/2010, s. 209-220.

8 Bundesgesetzblatt 1994 I S. 2866.

9 Čolović, V., Milijević, N.: Stečajni postupak, teoretska razmatranja, zakonski propisi, sudska praksa i obrasci za praktičnu primjenu, Banja Luka, 2004, s. 24; usp.: Dika, M.: Razlozi za reformu hrvatskog insolvencijskog prava i neke temeljne novine toga prava, u: Dika, M. (ur.), *Novo ovršno i stečajno pravo*, Zbornik radova, Zagreb, 1996, s. 203-209.

10 V. čl. 2. st. 1. ZSP FBiH/RS; usp.: čl. 76. st. 1. tač. 1. u vezi s čl. 115. SZ RH; čl. 18. st. 1. tač. 1 i 2. u vezi s čl. 60. ZS RS.

11 U francuskom stečajnom postupku „*procédures collectives*“ oporavak kompanije se nalazi u prvom planu, dok u njemačkom insolvencijskom pravu i njegovom potomstvu (čl. 2. st. 1. ZSP FBiH/RS i čl. 2. st. 2. SZ RH; čl. 1. st. 4. ZS RS) usvajanje stečajnog plana predstavlja tek jednu mjeru sekundarnog značaja naspram namirenja povjerilaca unovčavanjem njegove imovine (v. Franck, L.: *Les contrats de location financière dans les procédures collectives d'apurement du passif en droits français et allemand comparés*, Nancy, 2011, s. 27; usp.: Velimirović, M.: Građanskopravni režim reorganizacije stečajnog dužnika, *Pravni život*, br. 12/2009, 232-236). U ZS RS se uvodi i tzv. *pre rask* plan reorganizacije koji je ispregovaran i prihvaćen od strane povjerilaca prije pokretanja stečajnog postupka. *Pre rask* se podnosi istovremeno sa podnošenjem prijedloga za otvaranjem stečajnog postupka, što smanjuje vrijeme i troškove u vezi sa kasnijim usvajanjem plana reorganizacije. Ovaj koncept spašavanja stečajnog dužnika stoji pod snažnim uticajem američkog stečajnog prava (v. Spasić, S.: *Pre rask kao šansa za srpsku privredu*, *Pravo i privreda*, br. 7-9/2010, s. 243-257).

Međutim, ne na ovom mjestu važnim se čini dodati i kako su neke odredbe ZSP FBiH u međuvremenu proglašene neustavnim od strane Ustavnog suda FBiH, jer je on u svojoj odluci od 23.03.2016.g. iznio detaljno obrazloženje temeljem prethodnog utvrđenja osnovanosti iznesenih navoda apelanta da je postojala dugogodišnja neustavna primjena odredbi čl. 33. i 40. ZSP FBiH, s obzirom na utvrđenu povredu prava na neometano uživanje imovine zaposlenika stečajnog dužnika zagaranovanog članom II.A.2 (1) k) Ustava FBiH i članom 1., Protokola 1., Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.¹²

2. Blokada prava davaoca leasinga na otkaz ugovora o finansijskom leasingu na pokretnim stvarima

Pokretanje stečajnog postupka uspostavlja jedno neželjeno stanje koje tangira pravnu i imovinsku sferu kako korisnika leasinga, tako i davaoca leasinga.¹³ Po prijemu prijedloga za pokretanje stečajnog postupka u odnosu na stečajnog dužnika (korisnika leasinga), stečajni sudija donosi rješenje o otvaranju prethodnog postupka „*Eröffnungsphase*“ u kojem „bez odlaganja“ ima zadatak da utvrdi da li postoje razlozi za otvaranje stečaja i da li je podneseni prijedlog osnovan.¹⁴ Suprotan pristup od ovog usvaja hrvatski zakonodavac s određenjem da prethodni postupak ne može trajati duže od 60 dana od podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka,¹⁵ a što sprečava stečajnog sudiju da odugovlači sa donošenjem rješenja o pokretanju prethodnog postupka.¹⁶ U praksi stečajni sudija, kod složenijih predmeta koji iziskuju duži vremenski period, redovito pristupa imenovanju privremenog stečajnog upravnika sa zadatkom procjene i zaštite imovine korisnika leasinga kao stečajnog dužnika.¹⁷ Pokretanjem stečajnog postupka nastupa, između ostalih posljedica, i ona koja se ogleda u djelomičnom isključenju prava davaoca leasinga na otkaz ugovora o finansijskom leasingu.¹⁸ Pravo davaoca leasinga na otkaz se treba promatrati u zavisnosti od toga u kojem

¹² Odluka Ustavnog suda FBiH, br. 27/15.

¹³ Ova „faza“ se razlikuje od razdoblja promatranja (*période d'observation*) u francuskom stečajnom pravu u toj mjeri što se pojavljuje prije otvaranja stečaja. U periodu promatranja privremeni stečajni upravnik također određuje da li postoji pravni uzrok pokretanja postupka, odnosno da li je imovina korisnika leasinga dostatna za pokriće troškova postupka, i najzad, da li postoji ikakva šansa za nastavak njegovog poslovanja. Ako stečajni sud kojim slučajem utvrdi i da postoji pravni uzrok za pokretanje postupka, od otvaranja stečajnog postupka može i tada odustati, pod pretpostavkom da je popisom utvrđena imovina nedostatna da podmiri sudske troškove ili je pak dostatnasamo da izmiri iste (v. Franck, L.: o. c., s. 27).

¹⁴ V. čl. 14. st. 1. reč. 1 u vezi sa čl. 6. ZSP FBiH/RS; čl. 115. st. 2., čl. 118. st. 2. tač. 1., čl. 119. st. 3. i čl. 126. SZ RH.

¹⁵ V. čl. 115. st. 3. i čl. 128. st. 1. SZ RH.

¹⁶ V. čl. 60. st. 1. reč. 1. SZ RS; usp.: čl. 128. st. 2 i 6. SZ RH.

¹⁷ V. čl. 14 st. 1. reč. 2 u vezi sa čl. 16. st. 1 i 2 ZSP FBiH/RS; usp.: čl. 119. st. 2. SZ RH.

¹⁸ Zakonodavac isključuje pravo otkaza na strani korisnika leasinga i privremenog stečajnog upravnika.

momentu i iz kojih razloga se njime želi koristiti. Prema čl. 73. st. 1. br. 1. ZSP FBiH/RS davalac leasinga je uskraćen od prava na otkaz zbog docnje korisnika leasinga ako to nije učinio već do trenutka podnošenja zahtjeva za pokretanjem stečajnog postupka.¹⁹ Isto važi i za otkaz zbog pogoršanja imovinskih odnosa korisnika leasinga sukladno čl. 73. st. 1. br. 2. ZSP FBiH/RS.²⁰ Za razliku od ZSP FBiH/RS koji preuzima doslovice § 112. st. 1. br. 1. InsO,²¹ u francuskom stečajnom pravu je djelotvoran i otkaz učinjen na dan donošenja odluke o pokretanju stečaja u odnosu na korisnika leasinga.²² Međutim, ograničenje prava davaoca leasinga na otkaz u ZSP FBiH/RS ne odgovara u svemu i intencijama § 112. st. 1. br. 1. InsO, jer nije popraćeno primjerenom kompenzacijom sukladno § 55. st. 2. InsO koji potraživanja iz faze prethodnog postupka, a u vezi sa odlukom o daljnjem korištenju predmeta leasinga smatra dugovima stečajne mase.²³ To stajalište njemačkog stečajnog zakonodavca je prokrčilo svoj put i u SZ RH, ali i ZS RS.²⁴ Izostanak slične formule u ZSP FBiH/RS vodi ka tome da je žrtvovanje davaoca leasinga mnogo veće s obzirom da se potraživanja iz faze prethodnog postupka, a u vezi sa daljnjim korištenjem predmeta leasinga, smatraju običnim stečajnim potraživanjem sukladno čl. 32. ZSP FBiH/RS. U domaćoj leasing praksi davaoci leasinga nerijetko pokušavaju, putem raskidnih klauzula vezanih za pokretanje stečajnog postupka, pogoršanje imovinskog stanja korisnika leasinga ili imenovanje stečajnog upravnika, da unaprijed zaobiđu primjenu stečajnih propisa na ugovorne odnose sa korisnicima leasinga (stečajnim dužnicima).²⁵ Ovakve namjere su donekle osujetili entiteski zakonodavci preko čl. 77. ZSP FBiH/RS u kojem se proglašavaju ništavim klauzule koje predviđaju prestanak leasing odnosa sa pokretanjem stečajnog postupka. Na ovom mjestu supstancijalan zahvat u slobodu ugovaranja stranaka je bio i više nego opravdan, jer je time očuvan princip integriteta stečajne mase uz pravo stečajnog upravnika na ispunjenje ugovora o leasingu.²⁶ U pružanju odgovora na pitanje kakav je

19 Isto čl. 190. st. 1. br. 1. SZ RH.

20 Isto čl. 190. st. 1. br. 2. SZ RH.

21 Djelotvoran je otkaz saopšten prije pokretanja stečajnog postupka iako naknadno ostavljeni rok ističe nakon pokretanja stečajnog postupka (v. Braun, E.: *Insolvenzordnung (InsO) – Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München, 2002, Rn. 6, 574; Palandt, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 67. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2008, § 535 Rz. 73, s. 711; Bernd, P., Schmid-Burgk, K.: *Das Leasinggeschäft*, 2. Aufl., Köln 2007, Rn. 119, s. 94.).

22 Franck, L.: o. c., s. 47-48.

23 FehI, N.: *Leasing in der insolvenz*, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts - und Insolvenzrecht, vol. 9, n. 3/1999, s. 89; Palandt, O.: o. c., § 535 Rz. 73, s. 711; Bernd, P., Schmid-Burgk, K.: o. c., Rn. 120, s. 95.

24 Čl. 156. st. 2. SZ RH i čl. 104. st. 2. ZS RS.

25 V. čl. 8. st. 1.. tač. 10 i 12. Opšti uslovi ugovora o finansijskom leasingu za pravna lica Raiffeisen leasing d.o.o. Sarajevo, od 08.07.2014. g.; tač. 1. reč. 10. 12. i 14. pod odrednicom „Raskid ugovora“, u Općim uslovima za zaključenje ugovora o finansijskom leasingu ASA leasing d.o.o. Sarajevo, od 19.12.2016.g.; tač. 7.1. reč. 9. i 12. Opšti uslovi uz ugovor o finansijskom leasingu zaključene s pravnim licima na području FBiH- Sparkasse leasing d.o.o Sarajevo, od 04.06.2016.g.

26 Isto rješenje sadrži i čl. 197. SZ RH. Nasuprot tome, ZS RS ne daje odgovor na ovo pitanje, što

domašaj ovakvih klauzula u uporednoj stečajnoj teoriji poznatih još i kao *ipso facto* klauzule prisutna su različita gledišta.²⁷ U § 119 InsO stoji da su ništave klauzule kojim se unaprijed isključuje ili ograničava pravo izbora stečajnog upravnika.²⁸ Pri tome, InsO ne određuje, kao i ZSP FBiH/RS, koje su sve to *ipso facto* klauzule ništave i u kojem trenutku, niti njemačka stečajna praksa daje jasan i nedvosmislen odgovor na ovo diskutabilno pitanje.²⁹ Iako se to pokazuje ozbiljnim deficitom njemačkog zakonodavca, u posljednje vrijeme je ipak izražena tendencija od strane Njemačkog Vrhovnog suda (*Bundesgerichtshof* - BGH) da se proglase ništavim sve klauzule kojim se nastoje zaobići ciljevi stečajnog postupka.³⁰ Od ovog primjera regulacije, odvaja se u značajnom američko stečajno pravo, jer su izričito označene i ništavošću sankcionirane *ipso facto* klauzule u poglavlju 11 pod § 365 (e) (1) Stečajnog zakona SAD-a iz 1978. g. (*Bankruptcy code USA*, skraćeno: BC). To važi i za čl. L. 622-13 st. 6. francuskog Trgovačkog zakonika (*Code de commerce*, skraćeno: C. Com)³¹ u kojem stoji da pravna pravila ili ugovorne klauzule protivne nedjeljivosti, prestanku ili raskidu ugovora ne utiču i na pokretanje stečajnog postupka, odnosno postupka reorganizacije. Ova stajališta su, nasuprot InsO³² kao i ZSP FBiH/RS, usaglašena sa preporukom Zakonodavnog vodiča o pravu insolventnosti (*Legislative Guide on Insolvency Law*) izrađenog 2004.g. od strane Komisije Ujedinjenih naroda za međunarodno trgovačko pravo (*The United Nations Commission on International Trade Law* - UNCITRAL), gdje se ništavim, u odnosu na dužnika i stečajnog upravnika, proglašavaju sve

se može smatrati ozbiljnom sistemskom greškom – postoji opasnost da se autonomija volje stranaka u praksi prenapregne do tih granica da se u praksi prećutnim odobravanjem ugroze osnovni ciljevi stečajne procedure.

27 Johnsson, H.: *Ipso Facto Clauses Some Legal and Economic Aspects on Opting Out of Bankruptcy* Master Thesis, Faculty of Law Lund University, 2000, s. 15 i dalje.

28 U toku zakonodavnog postupka, izvorna formulacija § 137 st. 2. vladinog prijedloga da su ništave raskidne klauzule uslovljene pokretanjem postupka, nije ugledala svoje svjetlo dana. Tako je ostao na snazi samo § 119. InsO st. 1. InsO. Međutim, ostavljeni prostor na osnovu datog obrazloženja Pravne komisije u vezi sa doslovnim skraćivanjem § 119. InsO je poslužio pojedinim autorima kao argument da izvedu i zaključke o tome da su raskidne klauzule dopuštene i da ugovorne strane, prije stečajnog postupka, mogu unaprijed odrediti sudbinu svog ugovora. To stajalište je za druge autore neprihvatljivo iz prostog razloga što se protiv doslovnog značenja i svrsi čl. 103. InsO (V. Pape, G.: Uhlenbruck, W.: *Insolvenzrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2002, Rn. 660, s. 492; Franck, L.: o. c., s. 54).

29 Iz odluke BGH od 17.11.2005 (IX ZR 162/04: NJW 2006, 915) neki autori su izvodili takve zaključke da su raskidne klauzule ništave u onoj mjeri u kojoj se dovodi u pitanje i pravo stečajnog upravnika na ispunjenje ugovora o leasingu. Međutim, da postoje i suprotne ocjene u pogledu valjanosti klauzula o raskidu ugovora u njemačkoj praksi svjedoči i jedna odluka BGH, koja je donesena 27.05.2003.g. (NJW 2003, p. 2744), a u kojoj je izraženo jasno stajalište i da su one dopuštene u slučaju insolventnosti (*Zahlungseinstellung*), podnošenja zahtjeva za pokretanjem postupka ili pokretanja samog stečajnog postupka (v. Franck, L.: o. c., s. 54; Jänig, R.: *Commercial Law, Selected Essays on the Law of Obligation, Insolvency and Arbitration*, Universitätsverlag Göttingen, 2012, s 100-101).

30 BGH NZI 2006, 229; Jänig, R.: o. c. s. 101.

31 Modifié par Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014.

32 Jänig, R.: o. c. s. 102.

klausule kojim se automatski okončavaju ugovori nakon podnošenja zahtjeva ili pokretanja stečajnog postupka, odnosno imenovanja stečajnog upravnika.³³ Kod docnje korisnika leasinga u periodu između podnošenja zahtjeva i rješenja o otvaranju stečaja, pravo otkaza davaoca leasinga ostaje raspoloživo u smislu realizacije.³⁴ Ako korisnik leasinga padne u docnju sa dospjelim isplatama leasing naknade, koje se odnose na period nakon podnošenja zahtjeva za pokretanjem stečajnog postupka, tada čl. 73. ZSP FBiH/RS dopušta davaocu leasinga da otkáže ugovor, čak i ako se stečajni upravnik nije izjasnio da li želi ispuniti ugovor o leasingu. Iz tih razloga, stečajni sud bi trebao, u fazi prethodnog postupka, postupiti na suprotan način i prenijeti ovlaštenje raspolaganja imovinom korisnika leasinga na privremenog stečajnog upravnika kako bi ovaj urednim plaćanjem leasing naknade spriječio davaoca leasinga od toga da otkáže ugovor o leasingu, tj. da se primjeni zabrana otkaza iz čl. 73. br. 1. ZSP FBiH/RS.³⁵ Međutim, takva solucija prema ZSP FBiH/RS je tek jedna izuzetna mjera osiguranja, a što nije slučaj i u InsO, kao i SZ RH.³⁶ Sistemske slabosti prouzrokovane nejasnoćama u određivanju pozicije privremenog stečajnog upravnika, sa ovlaštenjem upravljanja i ovlaštenjem raspolaganja u prethodnom postupku, su prećutno otvorile put da stečajni sudija u praksi van zakonskih okvira svojim rješenjem o imenovanju proširi njegove ovlasti i na raspolaganje imovinom korisnika leasinga. Čak i ako stečajni sudija donese odluku o imenovanju privremenog stečajnog upravnika sa ovlaštenjem raspolaganja, to ne znači uvijek da će ovaj uspjeti i u svojoj krajnoj namjeri da spriječi djelotvoran otkaz davaoca leasinga. Ovaj nalaz se zasniva na tome da davalac leasinga nije dužan primiti djelomično ispunjenje leasing naknada iz prethodnog postupka, ukoliko postoje zaostala plaćanja iz perioda korištenja predmeta leasinga prije podnošenja zahtjeva za pokretanjem stečajnog postupka.³⁷

3. Konceptualizacija prava opcije stečajnog upravnika

Općenito gledano, pravo opcije stečajnog upravnika se može definirati kao „pravno ovlaštenje da jednostranom izjavom volje promijeni neizvjesnu pravnu situaciju slijedeći jednu preciznu i predvidljivu alternativu“.³⁸ Kod modeliranja prava izbora stečajnog upravnika postoje izvjesna odstupanja u nacionalnim stečajnim zakonodavstvima evropske provenijencije. U francuskom stečajnom

33 UNCITRAL Vodič, p. 122, 132 (preporuka 70).

34 Braun, E.: o. c., Rn. 10, 575; Palandt, O.: o. c., § 535 Rz. 73, s. 711.

35 V. čl. 15. st. 5. ZSP FBiH/RS. „U njemačkoj doktrini je prisutno i jedno manjinsko mišljenje da se docnja može prihvatiti ukoliko je postavljen samo privremeni upravnik bez ovlaštenja raspolaganja (v. § 22. st. 2 InsO, tzv. „slabi“ privremeni upravnik). Međutim, to gledište nije prihvatljivo iz razloga što otkaz zbog docnje imenovanjem privremenog upravnika sa ovlaštenjem za upravljanje i raspolaganje može doći u obzir tek nakon otvaranja stečaja ili odbijanja otvaranja usljed nedostatka mase“ (v. Bernd, P., Schmid-Burgk, K.: o. c., Rn. 120, s. 95).

36 V. § 22. InsO i čl. 119. st. 4. u vezi s čl. 122. st. 2. ZS RH.

37 Braun, E.: o. c., s. Rn. 11, s. 575.

38 Franck, L.: o. c., s. 38.

pravu, pravo opcije „*droit d'option*” stečajnog upravnika se vezuje za pojam tzv. „tekućih ugovora“ u koje ulaze ugovori o finansijskom leasingu u kojim osnovne obaveze stranaka, u momentu pokretanja stečajnog postupka, nisu izvršene.³⁹ S jedne strane, francuski stečajni upravnik, sukladno čl. L. 622-13. st. 1. C. com, ima pravo izbora da prihvati i ispuni ili odbije ispuniti tekući ugovor o leasingu, dok s druge strane, njemački stečajni upravnik prema § 103. st. 1 InsO, kao i njegove kolege prema čl. 65. st. 1. ZSP FBiH/RS i čl. 100 st. 1. SZ RH ovako dizajnirano pravo opcije nemaju, jer im na raspolaganju stoji samo ovlaštenje da umjesto korisnika leasinga ispune konstelacije mobilnog finansijskog leasinga u kojem obaveze, kako korisnika leasinga tako i davaoca leasinga, nisu uopće ispunjene ili su djelomično ispunjene prije pokretanja stečajnog postupka.⁴⁰ Od ovog dizajna prava opcije u francuskom i njemačkom stečajnom pravu ipak nešto drugačije stoji položaj stečajnog upravnika i u ZS RS, jer je zakonodavac u sklopu posljednje reforme stečajnog prava prepoznao specifičnost finansijskog leasinga sa uvođenjem specijalnih pravila kod stečaja korisnika leasinga nasuprot općeg režima prava stečajnog upravnika koji važi kod stečaja davaoca leasinga.⁴¹ Iako se prema ZSP FBiH/RS, ZS RS i SZ RH samo presumira da stečajni upravnik može odbiti ispunjenje ugovora o leasingu, to ovlaštenje, kao i ono da prihvati i potpuno ispuni ugovor, je ipak i dalje kompatibilno u svom dizajnu sa onim pristupom koji propagira Vodič UNICTRAL.⁴² Od evropske stečajne regulative se ipak znatno više udaljava sekcija 365 (a) BC u kojoj se predviđa da stečajni upravnik može, ali uz sudsko odobrenje,⁴³ prihvatiti ili odbiti svaki neizvršeni ugovor „*executory contract*“ ili neistekli zakup (*enexpired lease*) u kojem je dužnik bio stranka u vrijeme podnošenja zahtjeva za pokretanje stečajnog postupka. U promatranju logičke koherentnosti ostalih struktura BC priznata je moć stečajnom upravniku da prihvati i zadrži neistekli zakup ili neizvršeni ugovor ako je koristan za imovinu, prihvati i ustupi ga trećem licu ili pak odbije.⁴⁴ Osim slučaja iz glave 7 (likvidacija) navedene alternative su također date i dužniku u posjedu kod slučaja iz glave 9 (regulisanje dugova javnopravnih tijela), 12 (regulisanje dugova porodičnih farmera ili ribara sa redovnim godišnjim prihodima) i 13

39 Ovako priznato pravo opcije u korist francuskog stečajnog upravnika se rukovodi održavanjem cijele mreže ugovora stečajnog dužnika sa njegovim ugovornim partnerima, a što u konačnici učvršćuje i postizanje krajnjeg cilja vođenja stečajnog postupka - nastavak poslovne aktivnosti dužnika (v. Franck, L.: o. c., s. 40).

40 Općenito o ispunjenju pravnih poslova v. Eraković, A., Pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka u: Dika, M. (ur.), Novo ovršno i stečajno pravo, Zbornik radova, Zagreb, 1996, s. 236-237;

41 Čl. 94. st. 1. (opći režim: stečaja davaoca leasinga) i 95. ZS RS (poseban režim: stečaj korisnika leasinga).

42 UNCITRAL Guide, par. 120-122 i 126-127 (preporuka 72 i 73).

43 V. § 365(b) (c) i (d); i § 765-766 BC. Međutim, sudsko odobrenje, sukladno § 365 (p) (2) BC, nije potrebno u slučaju zakupa pokretne imovine iz Glave 7 (stečaj) ako je dužnik fizičko lice, s tim da dužnik mora obavijestiti povjerioca o svojoj namjeri prihvata ugovora. Nakon toga, povjerilac može po svom izboru obavijestiti dužnika da je saglasan sa prihvatom ili usloviti takav prihvati ispravkom bilo kojeg postojećeg neispunjenja uslova utvrđenih u samom ugovoru.

44 V. § 365(c) (1) i (f) (2) (A) BC.

(reorganizacije) BC.⁴⁵ Pri tome, nedostatak definicije neizvršenog ugovora u BC, te neisteklog zakupa, kao podvrste neizvršenog ugovora, se ipak nije pokazao i kao jedan ozbiljan deficit u američkoj stečajnoj praksi⁴⁶ jer je odgovor na to u bogatoj zakonodavnoj historiji američkog pravosuđa⁴⁷ dala naširoko prihvaćena formula *Verna Countrymana* koja glasi: „ugovor u kojem su obaveze obje strane, kako one u stečaju, tako i druge ugovorne strane u toj mjeri neispunjene, da bi propuštanje potpunog ispunjenja, od bilo koje strane, predstavljalo materijalnu povredu koja bi drugu stranu oslobodila obaveze ispunjenja“.⁴⁸ U praksi američkih stečajnih sudova konstelacije pravog finansijskog leasinga (*true finance lease*) se danas uglavnom smatraju, uključujući i poslove povratnog leasinga (*sale and lease back*) uklapajućim u suspstancijalno određenje pojma neizvršenih ugovora.⁴⁹ Od ovog stečajnog tretmana se ipak na jedan sasvim drugačiji način trebaju promatrati one konstelacije finansijskih leasinga (*finance lease*) koje se, rekarakterizacijom ekonomske suštine, kvalificiraju poslovima osiguranju (*secured transactions*) prema Article 9 Jednobraznog trgovačkog zakona SAD (*Uniforme Commercial Code USA - UCC*).⁵⁰ Da ovakva kvalifikacija nije nimalo

45 Osim nedobrovoljnog slučaja koji predviđa § 303 (a) može zahtjev za pokretanjem postupka stečaja iz glave 7 ili reorganizacije iz glave 11 sukladno § 301 (a) BC podnijeti i sam dužnik (npr. pojedinac, kompanija, ortakluk.) koji boravi, ima prebivalište, imovinu ili mjesto poslovanja u USA, pa čak i javnopravna tijela koja se smatraju dužnikom - § 109 (a) i (c) (1) BC. U svrhu reorganizacije, predviđene u poglavlju 11, dužnik u finansijskim poteškoćama, pokretanjem postupka reorganizacije i podnošenjem plana reorganizacije u roku od 120 dana, nije spriječen da i dalje nastavi posjedovati, upravljati i kontrolisati svoje poslovanje „debtor in possession“ (V. § 109 i 1107-1108; i 1121 BC). To je značajna razlika u odnosu na entiteske stečajne propise koji nalažu utvrđivanje stečajnih razloga i za pokretanje postupka reorganizacije. Nadalje, plan reorganizacije prema BC može podnijeti kako dužnik pojedinac, tako i pravno lice, ali i stečajni povjerioci u roku od 180 dana nakon pokretanja postupka reorganizacije ako to u navedenom roku nije učinio sam dužnik, dok u smislu entiteskih stečajnih propisa za pravnu osobu, nasuprot dužnika pojedinca, to može učiniti samo stečajni upravnik.

46 Winick, K. S.: *Executory Contracts and Unexpired Leases*, Chapter 8 of *Personal and Small Business Bankruptcy Practice in California*, CEB 2003, § 8.2., s. 392.

47 Linkert, F.: *Insolvenzrechtliche Risiken bei Asset-Backed Securities*, vdp-Schriftenreihe, Band 36, Berlin 2008, s. 176; Harner, M.M., Black, C.E., Goodman, E.R.: *Debtors Beware: The Expanding Universe of Non-Assumable/Non-Assignable Contracts in Bankruptcy*, *American Bankruptcy Institute Law Review*, 13:187/2005, s. 190; Winick, K. S.: o. c., § 8.2., s. 392.

48 Dominatna uloga u procjeni obima izvršenja obaveza ugovornih strana se vrti oko koncepta materijalne povrede ugovora, koji se donekle može usporediti s općim konceptom raskida ugovora zbog neispunjenja ugovora iz čl. 124. ZOO, kao i nedopuštenosti raskida, ukoliko obaveze nisu ispunjenje u neznatnom dijelu sukladno čl. 131. ZOO. Ova definicija Countryman-a iako uživa najširu podršku nije sveto pismo, jer postoje i njeni oštri protivnici, poput Michaela Andrew-a ili Westbrook-a (v. Radović, V.:1 Dileme u vezi s pojmom neizvršenim ugovorima dvostranoobveznih ugovora u stečaju, *Pravo i privreda*, br. 5-8/2009, s. 420- 423).

49 Winick, K. S.: o. c., § 8.3., s. 392-393. U In re PCH Associates, 804 F.2d 193 (2d Cir. 1986) ugovor o finansijskom leasingu nije okarakterisan kao unexpired lease u smislu odjeljka 365 BC niti u In re Lykes Bros. Steamship Co., Inc., 196 B.R. 574, 585 (Bankr. M.D. Fla. 1996).

50 U SAD-u najvažniji poduhvat ostvaren na putu postepene kodifikacije trgovačkog prava je UCC, koji predstavlja zajedničko djelo Nacionalne konferencije povjerenika za jednoobrazne državne zakone (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) i Instituta za američko pravo (American Law Institute). Nakon dugotrajne rasprave i izvjesnog dopunjavanja Nacrt UCC-a

bezazlena za stranke prikrivenog posla pravog finansijskog leasinga (*true finance lease*) koji je namijenjen osiguranju (*security interest*),⁵¹ te stečajnog upravnika

je bio usvojen od strane pomenute dvije organizacije 18. maja 1951.g. U izradi cjelokupnog korpusa UCC-a najznačajniju ulogu su odigrali Karl N. Llewellyn-u i Soia Mentschikoff, s tim da je materija mobilijarnog osiguranja u Article 9 UCC nastala kao rezultat antologijskog rada nadarenih američkih generalista Allison Dunham-a i Granta Gilmora (v. Pound R.: *Jurisprudencija*, knjiga II, (prevod: Krstić, Đ., Vračar, S.), Službeni List SRJ, Beograd, 2000, s. 380 i 385; usp.: Kettering, K.C.:1 *Harmonizing Choice of Law in Article 9 with Emerging International Norms*, *Gonzaga Law Review*, vol.46/2010-11, s. 235-236; Maggs, G.E.: *Karl Llewellyn's Fading Imprint on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code*, *University of Colorado Law Review*, Vol.71, No.3/ 2000, s. 542; Kamp, A.R.: *Downtown Code: A History of the Uniform Commercial Code 1949-1954*, *Buffalo Law Review*, Vol. 49/2001, s. 359-475; Röver, J.H.: *Comparative Principles of Security Interests: Secured Debt and Charged Property*, King's College London, 2004, s. 42-44). Pravila o poslovima mobilijarnog osiguranja u Article 9 UCC su prvi puta izmijenjena 1972.g. To se desilo još u dva navrata 1999. i 2010. g., s ciljem osavremenjavanja pojedinih sekcija u skladu s modernim kretanjima na tržištu. Ove izmjene UCC-a nastoje se prikazati u nekim radovima kao produkt „nadarenih specijalista“ (v. Kettering, K.C.:1 o. c., 236; Brinkmann, M.: *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen*, Mohr Siebeck, 2011, s. 353; McCormack, G.:2 *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge University Press, 2004, s. 66; Tešić, N.: *Registrovana zaloga*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2007, s. 32; Čulinović Herc, H.: *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 1998, s. 15). U prvom dijelu Article 9 UCC-a date su opće definicije i koncepti, te odredbe o njegovoj primjeni. Drugi dio regulira osnivanje prava osiguranja (tzv. attachment) odnosno prava i obaveze koje za stranke iz toga proizilaze. Treći dio regulira položaj osigurane stranke prema trećima posebno korisnicima osiguranja na način da se postavljaju ona pravila kada jedno pravo osiguranja ima prioritet u odnosu prema drugim pravima osiguranja i kada se ono eventualno gubi prema trećim licima u dobroj vjeri. Na to se nadovezuju još i odredbe o tzv. perfection prava osiguranja. U četvrtom dijelu nalaze se odredbe koje reguliraju prava trećih lica. Peti dio sadrži pravila o postupku registracije (filing) prava osiguranja. I konačno, šesti dio sadrži odredbe kojim se reguliraju postupak namirenja na predmetu osiguranja.

51 U američkom unitarnom modelu mobilijarnih osiguranja (Article 9 UCC) svi poslovi koje služe osiguranju neovisno o obliku ili statusu stranaka se dovode u istu ravan, te podređuju primjeni istovjetnih pravila u pogledu osnivanja, prioriteta i izvršenja za te svrhe specijalno ustanovljenog prava osiguranja „security interest“. Pojam prava osiguranja security interest („interes na osobnoj imovini ili pripacima koji osigurava plaćanje ili izvršenje obaveza“) je bio sadržan u odjeljku 1-201 (37) UCC iz 1972. g., a kriteriji za primjenu uniformnih pravila postavljeni u § 9-102 UCC-a na način koji je ostao do danas nepromijenjen. Za ove kriterije nije bilo relevantno da li je transakcija namijenjena osiguranju, već da li je namijenjena osnivanju security interest-a na osobnoj imovini ili pripacima, kao i da li je sporazum o osiguranju namijenjen osiguranju, ako nije upravljen i na osnivanje security interest-a (v. Peden, J. R.: *The Treatment of Equipment Leases as Security Agreements Under the Uniform Commercial Code*, 13 Wm. & Mary L. Re 110 (1971), s. 135; White, J.J., Summers, R. S.:2 *Uniform Commercial Code*, 5th end, St Paul, Minn., West Group 2000, s. 716. Međutim, pod pokroviteljstvom NCCUSL 1999.g. je izvršena i značajnija izmjena UCC, kao i same definicije security interest-a iz 1972. g., s tim da je ista stupila na snagu tek 1. jula 2001. g. Nakon toga, ranija definicija security interest-a iz § 1-201 (37) je premještena u novi § 1-201 (35). Time je učinjen i jedan pravi zaokret, jer je subjektivni standard namjere stranaka određenog posla na koji ukazuje još uvijek odredba § 9-109 (1) (a) UCC potisnut iz američke prakse, a što je imalo svog odraza i na diskutabilno pitanje razgraničenja između poslova leasinga i poslova osiguranja. Inače, američki pojam security interest ima malo toga zajedničkog i u usporedbi s evropskokontinentalnim pojmom stvarnog prava, jer osnovano pravo osiguranja (attachment) ne djeluje samo između stranka, već i prema trećim licima, iako mu se puna djelotvornost uskraćuje sve do izvršenja i propisane metode prefekcije (perfection) za pojedine vrste predmeta osiguranja (najčešće je to registracija). Stavljanje ekonomske suštine nekog posla u prvi plan je ništa manji povod da se osim poslova prijenosa prava vlasništva i ustupanja potraživanja u svrhu osiguranja, jedinstvena shema pravila o osnivanju, prior-

i stečajne povjerioce korisnika leasinga, najbolje se da primjetiti u slučaju kad navodni davalac leasinga prije pokretanja stečajnog postupka propusti podnošenje (*filing*) finansijske izjave u odnosu na predmet osiguranja koji se nalazi u imovini korisnika leasinga kao stečajnog dužnika.⁵² S druge strane, kontinentalni pravnici (*civil law*) ne odobravaju i smatraju još uvijek zbunjujućim to nastojanje BC da se jedna te iste transakcija u različite svrhe treba okvalificirati na drugačiji način u zavisnosti od prikupljenih rezultata analize njene ekonomske suštine. Osnovno polazište BC jeste da je podoban za prihvrat ili odbijanje svaki ugovor o finansijskom leasingu u kojem obje stranke još uvijek imaju značajne obaveze za izvršiti u vrijeme podnošenja zahtjeva za pokretanjem stečajnog postupka. Time se oduzima pravo izbora stečajnom upravniku kod onih ugovora o finansijskom leasingu koji su izvršeni u znatnoj mjeri od strane stečajnog dužnika ili druge ugovorne strane. Dok ovakve ugovore definicija *Countrymana* izostavlja iz pojma neizvršenih ugovora i izjednačava sa onim koji su izvršeni u cijelosti,⁵³ dotle ih njemačko insolventijsko pravo, ali i njegovo potomstvo, svrstava u opći režim neispunjenih ugovora. U svrhe realizacije prava opcije, američki stečajni upravnik može u cijelosti prihvatiti ili odbiti neizvršeni ugovor koji je na snazi na temelju mjerodavnog državnog (ugovornog) prava.⁵⁴ Prema tome, ugovor dužnika koji je okončan prije podnošenja zahtjeva (npr. ispunjen ili otkazan zbog docnje korisnika

itetu i izvršenju prava osiguranja iz Article 9 UCC primjene sa prisutnom rekarakterizacijom punog prava povjerioca u ograničeno stvarno pravo (*security interest*) i na poslove leasinga, komisiona ili prodaje sa zadržavanjem vlasništva. Od ovog pristupa se bitno udaljavaju evropski regulativni koncepti, sa okoštanim stavom o uspostavljanju jedne jasne linije razgraničenja između osiguranja lata sensu i osiguranja stricto sensu, kao što su poslovi leasinga, komisiona i prodaje sa zadržavanjem prava vlasništva (v. Duncan, R.F., Lyons, W.H.: *The Law and Practice of Secured Transactions: Working with Article 9*, Law Journal Seminars Press, 1987, § 1.04 (2A), s. 1-29; Bazinas, S.: *Law Applicable to Security Rights in Movable Assets under the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, Banking & Financial Services Policy Report, Vol. 30, n. 6/2011, s. 7; Athanas, J.S., Reckler, C.A., Warren, M.L.: *Preventing Economic Harm from the Miscalculation of Risk in Equipment Leases*, American Bankruptcy Law Journal, Vol. 87/2013, s. 412-413; Rakob, J.: *Ausländische Mobiliarsicherungsrechte im Inland: Substitutionsfragen am Beispiel des US-amerikanischen Sicherungsrechtes nach Artikel 9 UCC*, Universitätsverlag C. Winter Heidelberg, 2001, s. 99-100; Abatemarco, M.J., Sabino, A.M.: *True Lease Versus Disguised Security Interest: Is the United Trilogy Truly the Last Stand?*, Uniform Commercial Code Law Journal, Vol. 40, N. 4, Spring 2008, s. 449; Várady, E.: *Secured Transactions and the Leasing Industry – A comparative analysis of the US and Serbian Leasing Industry and Legal Framework*, Central European University Budapest, 2009, s. 28; Müller, W.: *Das U.S.-amerikanische Leasingrecht nach Art. 2A Uniform Commercial Code*, Gabler Verlag, Deutscher Universitäts-Verlag, Wiesbaden, 1995, s. 18-20; Ihne, R.W.: *Seeking a Meaning for “Meaningful Residual Value” and the Reality of “Economic Realities” – An Alternative Roadmap for Distinguishing True Leases from Security Interests*, The Business Lawyer, Vol. 62, 2007, s. 1439-1465; Lawrence, L., Bradley, H.L.: *Lawrence’s Anderson on the Uniform Commercial Code Third Edition*, Volume 4C §§ 2A-101 to 2A-407, Thomson West, 2010, § 2A-102:7-8, s. 13.

52 Contino, R.M.: *Complete Equipment-Leasing Handbook: A Deal Maker’s Guide with Forms, Checklists, and Worksheets*, Amacom, 2002, s. 211 i 222; Athanas, J.S., Reckler, C.A., Warren, M.L.: o. c., s. 421-434.

53 Linkert, F.: o.c., s. 176-177.

54 Winick, K. S.: o. c., § 8.7., s. 396-397.

leasinga) nije više neizvršeni ugovor ili neistekli ugovor. S druge strane, ovlaštenje stečajnog upravnika na ispunjenje ugovora o finansijskom leasingu je eskludirano i prema ZSP FBiH/RS za slučaj da su obaveze stranaka prije pokretanja stečajnog postupka ispunjene u cijelosti. To stajalište međutim, povlači za sobom i određene poteškoće kod utvrđivanja da li ugovor o finansijskom leasingu ulazi u polje primjene čl. 65. ZSP FBiH/RS ako korisnik leasinga, prije pokretanja stečajnog postupka, iskoristi opciju kupnje. U tom slučaju treba razlikovati da li je davalac leasinga izvršio predaju predmeta leasinga (*tradio brevu manu*) i da li je korisnik leasinga izvršio dodatno plaćanje iz ugovora o prodaji. Pravo stečajnog upravnika na ispunjenje ovakvog ugovora o leasingu prestaje ako davalac leasinga surogatima predaje, prije pokretanja stečajnog postupka, postigne učinak prijenosa vlasništva na predmetu leasinga bez odgovarajuće protučinidbe korisnika leasinga. Tada davalac leasinga nije više privilegovani izlučni povjerilac, nego stečajni povjerilac općeg isplalnog reda koji je dužan prijaviti svoje potraživanje u stečajnu tabelu.⁵⁵ Odgovor na jedno ovako postavljeno pitanje dobija sasvim drugačiji prizvuk u francuskom stvarnom pravu, s obzirom na usvojeni sistem translativnog stjecanja prava vlasništva.

3.1. Posljedice odluke stečajnog upravnika da ispuni ili ne ispuni ugovor o finansijskom leasingu na pokretnim stvarima

Sistemski gledano, od samog početka je nužno pružiti jasan i nedvosmislen odgovor na pitanje: da li obaveze stranaka ugovora o finansijskom leasingu automatski prestaju sa pokretanjem stečajnog postupka ili izjašnjenje stečajnog upravnika nakon otvaranja stečaja ima konstitutivno dejstvo na njihovu sudbinu? Ovim pitanjem se obilato bavila njemačka doktrina, dok BGH nije izgradio često kritiziranu teoriju gašenja „*Erlöschentheorie*“ da obaveze stranaka ugovora o finansijskom leasingu najprije prestaju, pa tek kroz izbor ispunjenja od strane stečajnog upravnika ponovno oživljavaju.⁵⁶ Iznesceno gledište BGH nije u cijelosti prihvatljivo, jer prava i obaveza stranaka ugovora o finansijskom leasingu zaključenog prije pokretanja stečajnog postupka ne prestaju u materijalnom smislu, nego se samo sudbina budućih obaveza „stavlja u ruke“ stečajnom upravniku.⁵⁷ Takvo stanje koje traje do odluke stečajnog upravnika se najčešće u teoriji opisuje i upotrebom pojmova pendentni ili lebdeći ugovori (*schwebende*

⁵⁵ Čl. 111. ZSPFBiH/RS.

⁵⁶ V. Pape, G.: Uhlenbruck, W.: o. c., Rn. 644, s. 482. „U literaturi kontroverzno diskutirana sudska praksa BGH ni kroz uvođenje InsO i sa njim § 103 nije ublažena“ (v. Linkert, F.: o. c., s. 156).

⁵⁷ V. Radović, V.: 1 o. c., s. 417-418. Isto tako, Smid smatra da se ugovori ne gase otvaranjem stečaja (v. Smid, S.: Grundzüge des Insolvenzrechts, 3., völlig neu bearbeitete Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1999, Rn. 3, s. 199). Novija sudska praksa BGH vodi ka jednom novom razumijevanju pojma „gašenja“ prema kojem pokretanje stečajnog postupka ne izaziva gašenje zahtjeva ispunjenja iz uzajamnih ugovora u materijalnom smislu, nego ima za posljedicu da ugovorne strane postojeće zahtjeve ispunjenja ne mogu realizovati (v. Linkert, F.: o. c., s. 156).

Verträge).⁵⁸ I mogućnost da davalac leasinga, nakon pokretanja stečajnog postupka, otkaže ugovor o finansijskom leasingu zbog docnje korisnika leasinga sa isplatom dospjelih leasing naknada je, također, snažan argument protiv bezrezervnog usvajanja teorije gašenja u njemačkim, ali ne i domaćim uslovima. Kako se obaveze stranaka iz ugovora o finansijskom leasingu u njemačkoj stečajnoj praksi moraju kod korištenja predmeta leasinga izvršavati čak i u fazi prethodnog postupka, to navodi na zaključak da one nikada nisu ni utrnule niti da se njihova sudbina može tako čvrsto vezivati za odluku stečajnog upravnika. Pravo na ispunjenje ugovora o leasingu ostvaruje stečajni upravnik jednostranim izjašnjenjem na način koji je pogodan da se o tome upozna davalac leasinga, s tim da učinjeno izjašnjenje mora biti neopozivo i bezuslovno.⁵⁹ Pri tome, nužnim se čini dati odgovor i na pitanje: kada počinje i kada završava rok u kojem se stečajni upravnik treba izjasniti o ispunjenju ugovora o finansijskom leasingu? U ZSP FFBiH/RS je određeno da ovaj rok počinje teći od trenutka objavljivanja rješenja o otvaranju stečaja u kojem se imenuje stečajni upravnik,⁶⁰ ali nije određeno i do kojeg se trenutka najkasnije stečajni upravnik treba izjasniti da li prihvata ispunjenje ugovora o finansijskom leasingu. Iako to stvara za davaoca leasinga jedno stanje neizvjesnosti, on ga ipak nije dužan i prihvatiti, jer može pozvati stečajnog upravnika i prije donošenja odluke da se „bez odlaganja“ izjasni da li namjerava ispuniti ugovor o finansijskom leasingu.⁶¹ Ovaj standard naveden u odredbi čl. 65. st. 2. reč. 1. ZSP FFBiH/RS se može pokazati diskutabilnim i u praksi, jer se njime ne daje i dalje precizan odgovor na pitanje u kojem roku stečajni upravnik treba dati svoje izjašnjenje korisniku leasinga. U njemačkoj doktrini se identična formulacija § 103. st. 2. reč. 2. InsO interpretira na način da je stečajni upravnik svoje izjašnjenje dužan dati „odmah“ nakon zaključenja izvještajnog ročišta.⁶² Navedeno tumačenje preuzima i hrvatski zakonodavac u odredbi čl. 181. st. 3. SZ RH sa dodatkom i jedne iznimne obaveze stečajnog upravnika koja je predviđene u odredbi čl. 181. st. 4. reč. 1. SZ RH da preporučenom poštom pošalje pismeno izjašnjenje davaocu leasinga u roku od osam dana. Smisao ovog dodatka je prvenstveno rukovođen potrebom da se minimizira rizik nastanka štete na predmetu leasinga do okončanja izvještajnog ročišta. Nasuprot tome, ZSPPL BD BiH uvodi opće pravilo prema kojem se pravo izbora stečajnog

58 Pokretanje postupka vodi ka suspenziji prava koja proizlaze iz ugovora. Svaka stranka ugovora, s obzirom na pokretanje postupka, je u poziciji u kojoj ne može zahtijevati od druge stranke da izvrši svoje obveze. Prava iz ugovora su paralizovana, tj. nisu provediva „nicht durchsetzbar“ U francuskoj stečajnoj praksi tokom razdoblja promatranja su tekući ugovori „stavljeni na čekanje“ (v. Franck, L.: o. c., s. 38-39).

59 Pape, G.: Uhlenbruck, W.: o. c., Rn. 652, s. 486.

60 V. čl. 43. st. 1. i 4. u vezi sa čl. 45. st. 1. ZSP FFBiH/RS.

61 V. čl. 65. st. 2. reč. 1. ZSP FFBiH/RS.

62 V. Pape, G., Uhlenbruck, W.: o. c., Rn. 653, 487-488; To nije jednoznačno sa trenutnim izjašnjenjem, nego znači da se mora u smislu § 121. BGB izjasniti bez skrivljenog odlaganja „ohne schuldhaftes Zögern“ nakon provjere stanja stvari o dužnikovom poslovanju (v. Smid, S.: o. c., Rn. 6, s. 201; Franck, L.: o. c., s. 60).

upravnika vremenski ograničava na rok od tri mjeseca.⁶³ I američko stečajno pravo vremenski ograničava pravo izbora stečajnog upravnika u sekciji 365 (d) (1) za slučajeve iz glave 7 BC na način što je on dužan neizvršene ugovore i zakupe pokretnina prihvatiti ili odbiti u roku od 60 dana od dana otvaranja stečajnog postupka. Ono što je važno jeste da ovaj rok može produžiti i sud ako utvrdi da za to postoje opravdani razlozi.⁶⁴ Osim nerezidencijalnog zakupa pokretnina, stečajni upravnik može, na temelju drugih poglavlja BC, donijeti svoju odluku da prihvati ili odbije neizvršene ugovore sve do potvrde plana reorganizacije.⁶⁵ Pri tome, nije isključeno ni da sud naloži stečajnom upravniku na zahtjev druge strane da donese odluku o tome da li prihvata ili odbija neizvršeni ugovor. U tom slučaju donesena odluka stečajnog upravnika je podvrgnuta sudskoj potvrdi i o njoj mora biti obaviješten davalac leasinga. U francuskom stečajnom pravu nasuprot tome postoji obaveza stečajnog upravnika da se izjasni nakon prijema pismenog poziva davaoca leasinga u roku od mjesec dana da li će nastaviti ili odbiti izvršenje ugovora o leasingu.⁶⁶ I prije isteka ovog roka sudija može stečajnom upravniku odobriti dodatni rok, ali ne duže od dva mjeseca da bi donesena odluka uvažila što bolje interese stečajnog dužnika i povjerilaca stečajne mase.⁶⁷ Ovaj pristup američkog, ali i francuskog stečajnog zakonodavca, odgovara preporuci UNCITRAL Vodiča u kojoj se, osim zakonskog i eventualnog sudskog perioda za izjašnjenje stečajnog upravnika, predviđa njegova obaveza i na slanje obavještenja davaocu leasinga o prihvatu ili odbijanju ugovora o leasingu.⁶⁸ Izbor ovog modela je uostalom i znatno kvalitetnija odluka u poređenju sa alternativnim modelom iz UNCITRAL Vodiča kojeg usvaja ZSP FBiH/RS,⁶⁹ jer se njime unosi veći stepen izvjesnosti i svojevrsnog balansiranja u zaštiti interesa davaoca leasinga i drugih povjerilaca, kao i stečajne mase, od negativnih efekata odugovlačenja s donošenjem odgovarajuće odluke stečajnog upravnika.⁷⁰ S tim u vezi, entiteski stečajni zakonodavci bi, također, trebali razmisliti o općenitom vremenskom ograničenju prava na ispunjenje, ali i odbijanje ispunjenja ugovora na kojim inače postoji takvo pravo stečajnog upravnika, uz istovremeno propisivanje i obaveze stečajnog upravnika na slanje odgovarajućeg obavještenja davaocu leasinga. Dok se to ne desi, izneseno tumačenje njemačke stečajne teorije treba usvojiti, ne samo kod primjene čl. 65. st. 2. reč. 2. ZSP FBiH/RS, nego i za slučaj redovne realizacije prava na ispunjenje stečajnog upravnika iz čl. 65. st. 1.

63 Čl. 59. reč. 2. ZSPPL BD BiH.

64 Contino, R.M.: o. c., s. 221.

65 V. § 365. d (2) glava 11 BC i § 1123 (b) (2) BC.

66 V. L. 622-13 reč. 2. C. Com.

67 V. L. 622-13 reč. 3. C. Com.

68 UNCITRAL Vodič, p. 128 i 129 (preporuka 74 i 76).

69 UNCITRAL Vodič, p. 125 (preporuka 77).

70 Šire o tome: Radović, V.:2 Ograničenja prava stečajnog upravnika na izbor u vezi sa dvostranoobaveznim ugovorima, u: Stečaj i privatizacija, VI Tradicionalno savetovanje pravosuđa „Vršac 2009“, Beograd, 2009, s. 233-256.

ZSP FBiH/RS. To je nužno iz razloga što uslovi za realizaciju prava na ispunjenje ugovora o leasingu mogu sazrijeti tek sa okončanjem izvještajnog ročišta na kojem povjerioci donose odluku o tome da li će se sačiniti plan reorganizacije ili pristupiti unovčenju stečajne mase korisnika leasinga kao stečajnog dužnika.⁷¹ U slučaju šutnje stečajnog upravnika da se izjasni na poziv davaoca leasinga da li prihvata ispunjenje ugovora o finansijskom leasingu, tada se pretpostavlja da je odbio ispunjenje ugovora.⁷² To važi u američkom pravu,⁷³ ali i francuskom stečajnom pravu sa izuzetkom odbijanja ispunjenja ugovora od strane stečajnog upravnika ako mu davalac leasinga prethodno nije poslao pismeno obavještenje.⁷⁴ U tom slučaju ne nastupa automatski učinak bez sudske potvrde, kao u američkom stečajnom pravu, jer francuski davalac leasinga ima pravo zahtijevati od suda proglašenje takvog otkaza. Nasuprot tome, ranije crnogorsko stečajno pravo (period 2002-2010) izrađeno po uzoru na američko stečajno pravo (BC) je nitalagalo stečajnom upravniku da dostavi obavještenje o raskidu drugoj ugovornoj strani i to u roku od 30 dana od dana prihvatanja prijedloga za pokretanje stečajnog postupka, ali sa tom značajnom razlikom što se suprotno postupanje nije smatralo odbijanjem, nego prihvatom ugovora.⁷⁵ Do usvajanja novog Zakona o stečaju R. Crne Gore 2011.g.⁷⁶ to je između ostalog, bila i jedna od važnih tačaka suprotstavljanja crnogorskog stečajnog prava s preporukama UNICITRAL Vodiča. Također, iznesena fikcija u ZSP FBiH/RS odgovara i preporuci koja je data u UNCITRAL Vodiču, iako se njen domašaj vezuje isključivo za propuštanje roka izjašnjenja od strane stečajnog upravnika u pogledu onih ugovora koji su mu bili poznati.⁷⁷ Ovaj dodatak je korisno unijeti i u domaće stečajne propise kako bi se otklonila eventualna sporenja i štetne posljedice prekludiranja prava stečajnog

71 Dika, M.: Četvrta novela Stečajnog zakona – opći pregled, u: Dika, M. (ur.), Četvrta novela Stečajnog zakona, Narodne novine, Zagreb, 1996, s. 42-46; Čolović, V., Milijević, N.: o. c., s. 94-97.

72 Vremensko ograničenje prava stečajnog upravnika na izjašnjenje je višestruko značajno, jer njegovim nepridržavanjem nastupa prekluzija prava stečajnog upravnika na ispunjenje prema čl. 65. st. 2. reč. 2. ZSP FBiH/RS. U domaćoj doktrini je zastupljeno i jedno krajnje kontraverzno stajalište da šutnja stečajnog upravnika znači održavanje ugovor na snazi zbog zaštite povjerilaca (v. Čolović, V., Milijević, N.: o. c., s. 94-97; usp.: Vasiljević, M.: Poslovno pravo, šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1999, Rn. 1015, s. 609). To stajalište je neprihvatljivo iz razloga što se stečajna masa bez procjene stečajnog upravnika može opteretiti sa obavezama iz prečutno prihvaćenih ugovora koji nisu korisnu za nju niti za stečajne povjerioce. Ono je uostalom suprotstavljeno i općem konceptu zaključenja ugovora, jer se šutnja stečajnog upravnika, kao zakonskog zastupnika stečajnog dužnika ne može smatrati prihvatom ponude stečajnih povjerilaca niti povodom za to da je prihvaćeno i ispunjenje „lebdećeg“ ugovora (v. čl. 42. st. 1. ZOO).

73 § 365 d (11) BC.

74 Franck, L.: o. c., s. 61.

75 V. čl. 44. st. 1. Zakon o insolventnosti privrednih društava R. Crne Gore („Sl. l. RCG“, br. 06/02, 01/06 i 02/07). Isto je važno i u slučaju ako stečajni upravnik ne donese odluku o ispunjenju ugovora u roku od tri mjeseca nakon otvaranja stečaja. To je bila značajna razlika u odnosu na čl. 59. st. 2. ZSPPL BD BiH, kao i entitesko stečajno pravo gdje se propuštanje stečajnog upravnika da se izjasni na poziv saugovarača stečajnog dužnika ne smatra prihvatom, nego odbijanjem ispunjenja ugovora.

76 Zakon o stečaju R. Crne Gore („Sl. l. RCG“, br. 01/11).

77 UNCITRAL Vodič, p. 123, 124 i 127 (preporuka 78).

upravnika po interese stečajne mase u onim slučajevima kada mu određeni ugovori stečajnog dužnika zaista nisu bili poznati (nepublicirani). U konačnici da li će imenovani stečajni upravnik i donijeti odluku prema čl. 65. ZSP FBiH/RS zavisi isključivo od toga da li je ispunjenje ugovora finansijskog leasinga korisno za stečajnu masu.⁷⁸ Ovaj ekonomski princip procjene zahtijeva da stečajni upravnik umjesto davanja leasinga bude fokusiran mnogo više na interese stečajnih povjerilaca.⁷⁹ U američkom stečajnom pravu stečajni upravnik može prihvatiti ili odbiti svaku vrstu neizvršenog ugovora i zakupa, ali uz prethodnu procjenu da li je to u najboljem interesu imovine, jer sud ocjenjuje u konačnici da li je njegova odluka zasnovana na standardu poslovne procjene, tzv. *business judgment test*.⁸⁰ I kada stečajni upravnik u prijedlogu za sudsku potvrdu obrazloži svoju odluku da je ona u najboljem interesu stečajne mase, ni tada je sud nije dužan prihvatiti *prima facie* bez jedne dodatne ekonomske analize. Dodatna sudska procjena treba učvrstiti zauzeti stav stečajnog upravnika u prijedlogu da je prihvrat ili odbijanje ugovora opravdano koristan za stečajnu masu korisnika leasinga i da je ona kod ispunjenja ugovora primjerena da se predmetni ugovor izvrši bez nekih značajnijih poteškoća. Iz ugla promatranja uloge američkog stečajnog upravnika ugovor o finansijskom leasingu se može učiniti korisnim za stečajnu masu korisnika leasinga na više različitih načina. Tako npr. stečajni upravnik može usporedbom sa drugim sličnim ugovorima pod istim okolnostima na tržištu odlučiti da ispuni neizvršen ugovor korisnika leasinga, jer je on profitabilan za imovinu; ili pronaći da je korisno nastaviti koristiti određenu mašinu na leasingu u preostalom periodu uz plaćanje niskih iznosa zakupnine u usporedbi sa tržišnom cijenom liziranja sličnih objekata; ili prihvatiti neizvršeni ugovor sa nešto višom cijenom koštanja, ali radi njegovog ustupanja (prodati) trećem licu kada se redovito pruža i odgovarajuće osiguranje za izvršenje obaveza iz ustupljenog ugovora.⁸¹ Prema ZSP FBiH/RS, nakon donesene odluke stečajnog upravnika da ispuni ugovor o finansijskom leasingu, postaju samo dospelja potraživanja sastavni dio stečajne mase.⁸² Kako se dospelja leasing plaćanja nakon pokretanja stečajnog postupka smatraju dugovima stečajne mase sukladno čl. 42. st. 1. br. 2. ZSP FBiH/RS, to ima za neposrednu posljedicu da se zaostala leasing plaćanja prije pokretanja stečajnog postupka prema čl. 32. ZSP FBiH/RS smatraju običnim stečajnim potraživanjem.⁸³ U pogledu iznesene kvalifikacije, u njemačkoj doktrini su

78 Pape, G., Uhlenbruck, W.: o. c., Rn. 651, s. 486; I sec. 362 BC se rukovodi zaštitom stečajne mase (v. Linkert, F.: o. c., s. 176). U američkoj stečajnoj praksi se često izlazi iz okvira pomenute definicije Countryman i usvaja tzv. „funkcionalni pristup“ koji se rukovodi ispitivanjem svrhe određene odluke po stečajnu masu (In re Magness, 972 F.2d 689, 693 (6th Cir. 1992); In re Cardinal Indus., Inc., 146 B.R. 720 (Bankr. S.D. Ohio 1992); In re General De Corp., 177 B.R. 1000, 1013 (S.D. Fla. 1995); In re Drexel Burnham Lambert Group, Inc., 138 B.R. 703, 708 n.24 (Bankr. S.D.N.Y. 1992).

79 Pape, G., Uhlenbruck, W.: o. c., Rn. 642, s. 481.

80 Winick, K. S.: o. c., § 8.14., s. 406; Harner, M.M., Black, C.E., Goodman, E.R.: o. c., s. 194.

81 § 365 (f) (2) (b) BC.

82 Sup.: Linkert, F.: o. c., s. 156; Fehl, N.: o. c., s. 93; Pape, G., Uhlenbruck, W.: o. c., Rn. 654, 488.

83 Fehl, N.: o. c., s. 93.

prisutna i drugačija stajališta prema kojim se potraživanja davaoca leasinga kao buduća nedospjela potraživanja mogu okvalificirati samo običnim stečajnim potraživanjima.⁸⁴ Tome se pridružuje i jedno manjinsko stajalište koje insistira na principu protučinidbe protiv kvalifikacije leasing naknade kao dugova stečajne mase, jer se avansna uplata izvršena na početku ugovora smatra odlučujućim argumentom da se uskrati i pravo davaocu leasinga da zahtijeva, nakon otvaranja stečajnog postupka, „dodatna“ plaćanja u obliku leasing naknade.⁸⁵ Bez obzira na to, preovladavajuće mišljenje u praksi BGH i njemačkoj doktrini polazi od prava izbora stečajnog upravnika, tako da se u slučaju njegove odluke o ispunjenju ugovora samo dospjele leasing naknade, nakon pokretanja postupka, smatraju dugovima stečajne mase sukladno § 55. st. 1. br. 2 InsO.⁸⁶ Također, Francuski trgovački zakonik (*Code de commerce*, skraćeno: C.com),⁸⁷ ali i BC stoje na istom stajalištu, jer se potraživanja davaoca leasinga, uključujući i potraživanja naknade štete, smatraju administrativnim troškom koji mora biti isplaćen prvo i obično u cijelosti na teret stečajne mase.⁸⁸ To važi i kada nakon prihvata ugovora od strane stečajnog upravnika nastupi njegova povreda (*breach of contract*).⁸⁹ Takva kvalifikacija potraživanja naknade štete (pozitivni interes) povredom prihvaćenog ugovora je imanentna ZSPFBiH/RS, ali i preporuci koja je već data u UNCITRAL Vodiču.⁹⁰ Od ovog tretmana koji se vezuje za kvalifikaciju pravog finansijskog leasinga je ipak potrebno razlikovati i slučaj rekarakterizacije kad se utvrdi u stečaju navodnog korisnika leasinga da je riječ o prikrivenom poslu osiguranja. Ako stečajni upravitelj prihvati ovakav ugovor o leasingu koji je rekarakteriziran u posao osiguranja i nakon toga zadrži predmet leasinga, tada davalac leasinga kao osigurani povjerilac ne mora nužno imati i prioritet na neisplaćenim potraživanjima uvećanim za kamate, jer će stečajni sud prema sekciji 506 BC razdvojiti leasing potraživanja na osigurani i neosigurani dio.⁹¹ Dok potraživanja davaoca leasinga u mjeri u kojoj su osigurana vrijednošću predmeta osiguranja uživaju prioritet nad ostalim povjeriocima koji imaju potraživanja prema stečajnoj imovini, dotle su neosigurana potraživanja u mjeri u kojoj premašuju vrijednost predmeta osiguranja podvrgnuta isplati po istoj stopi, kao i svim drugim neosiguranim povjeriocima.⁹² U slučaju da davalac leasinga prije pokretanja

84 Fehrl, N.: o. c., s. 93.

85 Ovaj ugao promatranja je neprihvatljiv iz razloga što praktično vodi kvazi besplatnom korištenju predmeta leasinga od strane stečajnog upravnika (v. Bernd, P., Schmid-Burgk, K.: o. c., Rn. 118, s. 93-94).

86 Fehrl, N.: o. c., s. 93.

87 V. čl. L. 622-13 I § 2 reč. 2. u vezi sa čl. L. 622-17 I i II C.Com.

88 V. § 365 (a) (b) (1) (A) BC; Contino, R.M.: o. c., s. 220.

89 Fried, J. M.: *Executory Contracts and Performance Decisions in Bankruptcy*, Duke Law Journal, Vol. 46/1996, s. 525.

90 UNCITRAL Vodič, p. 132-133 (preporuka 81).

91 Schrot, P.W.: *Financial Leasing of Equipment in the Law of the United States*, Uniform Law Review, Vol. 16, Issue 1-2/2011, s. 464

92 Hemel, D.: *The Economic Logic of the Lease/Loan Distinction in Bankruptcy*, Yale Law Journal,

stečajnog postupka ne izvrši *filing*, tada može ostati i bez ikakve isplate, jer ima status neosiguranog povjerioca, mada se češće u praksi dešava to da dobije određenu isplatu, ali mnogo manju od one koju dobijaju davaoci leasinga koji su pristupili *filing-u* i koji imaju položaj osiguranog povjerioca. Neka istraživanja sprovedena u SAD su pokazala da neosigurani povjerioci u stečaju dobijaju samo 52 centa u odnosu na 1 \$ prijavljenog potraživanja nasuprot osiguranih povjerioca koji dobijaju 92 centa u odnosu na 1\$ osiguranog potraživanja.⁹³ U domaćoj praksi, stečajni upravnik najčešće učinak prestanka ugovora o leasingu postiže negativnim izjašnjenjem na upućeni poziv davaoca leasinga, mada nije isključeno da to postigne i prestankom plaćanja leasing naknade kada nastaje opravdan razlog da davalac leasinga iskoristi svoje pravo na otkaz. U ovim slučajevima, davalac leasinga u svojstvu stečajnog povjerioca može prijaviti zaostale leasing naknade prije pokretanja stečajnog postupka zajedno sa naknadom štete koja se, bez razlike, smatra običnim stečajnim potraživanjem.⁹⁴ Nasuprot tome, institut „*rejection*“ u američkom stečajnom pravu ne vodi prestanku (*termination*),⁹⁵ nego predstečajnoj materijalnoj povredi ugovora o leasingu (*material breach*) od strane dužnika umjesto stečajnog upravnika.⁹⁶ Odbijanjem neizvršenog ugovora ili zakupa, stečajni upravnik može izbjeći samo dužnikove obaveze, ali ne i učinke prestanka. Ova distinkcija je ključna zato što BC presumira da se povreda ugovora desila prije datuma podnošenja zahtjeva za pokretanjem stečajnog postupka.⁹⁷ Kako su potraživanja naknade štete odbijanjem neizvršenog ugovora nastala prije osnivanja stečajne mase, to znači da ih davalac leasinga treba prijaviti *pari passu* sa drugim predstečajnim neosiguranim potraživanjima prema korisniku leasinga.⁹⁸ Polazeći od toga da se ovakva potraživanja smatraju običnim stečajnim potraživanjima i u uporednim stečajnim zakonodavstvima, to zadovoljava i one općenito date preporuke u UNICITRAL Vodiču.⁹⁹ Međutim, do trenutka izričitog odbijanja ili fingiranja negativnog izjašnjenja od strane stečajnog upravnika, može priskrbiti sebi stečajna masa i ne tako sićušnu vrijednost od same upotrebe

Vol.120/2011, s. 1500-1501.

93 Hemel, D.: o. c., s. 1501.

94 I čl. L. 622-13 V reč. 1 C.Com daje pravo davaocu leasinga da u roku od mjesec dana, nakon odluke obavještenja stečajnog upravnika o odbijanju ispunjenja ugovora o leasingu, prijavi potraživanje na ime naknade štete kao obično stečajno potraživanje. U njemačkoj stečajnoj teoriji i praksi odbijanje stečajnog upravnika da ispunji ugovor nema uticaja na njegovu djelotvornost, nego nastaju klasične građanskopravne posljedice povrede obaveza iz ugovora. Kod obračuna same visine štete mjerodavan je interes ispunjenja ugovora, tj. šteta može biti izračunata konkretno ili apstraktno“ (šire: Smid, S.: o. c., Rn. 6-7, s. 201-202; usp.: Pape, G., *Uhlenbruck*, W.: o. c., Rn. 655, 488-489; V. Bernd, P., Schmid-Burgk, K.: o. c., Rn. 117, s. 93; Palandt, O.: o. c., § 535 Rz. 73, s. 711.).

95 U odjeljku 365 (h) (i) BC se pravi značajna razlikuje između samog pojma povrede i otkaza ugovora (v. Linkert, F.: o. c., s. 178-179).

96 Fried, J. M.: o. c., s. 525.

97 Contino, R.M.: o. c., s. 221.

98 V. Fried, J. M.: o. c., s. 522; § 365 (g) i 502 (g) BC.

99 UNCITRAL Vodič, p. 128 (preporuka 75) i p. 134-135 (preporuka 82).

predmeta leasinga. Ovo umanj enje vrijednosti predmeta leasinga se ne uklapa od strane američkog stečajnog zakonodavca i u shemu običnih potraživanja davaoca leasinga, nego prelazi u administrativni trošak srazmjerno koristima koje su tom prilikom ostvarene i za stečajnu masu.¹⁰⁰ To stajalište je nesporno izraženo i u UNCITRAL Vodiču.¹⁰¹ Ostavljajući po strani odluku privremenog stečajnog upravnika o korištenju predmeta leasinga u prethodnom postupku, ono je također zastupljeno i u ZSP FBiH/RS, jer davaoci leasinga sa kvalifikacijom dugova stečajne mase mogu zahtijevati naknadu zbog prekomjerne istrošenosti predmeta leasinga do izvještajnog ročišta,¹⁰² a nakon toga do negativne odluke stečajnog upravnika i naknadu zbog korištenja predmeta leasinga.¹⁰³ Nakon odbijanja ispunjenja ugovora, davalac leasinga na temelju njegovog prava vlasništva može zahtijevati i izlučenje predmeta leasinga sukladno čl. 37. st. 1. ZSP FBiH/RS.¹⁰⁴ I njemačka doktrina ne dovodi u pitanje da davalac leasinga u stečaju korisnika leasinga ima pravo izlučenja predmeta leasinga prema § 47. InsO.¹⁰⁵ Takva pozicija njemačkog davaoca leasinga je analogna onoj koju ima prodavac kod prodaje sa zadržavanjem prava vlasništva u odnosu na kupca nad kojim je otvoren stečaj.¹⁰⁶ Značajnije odstupanje nastaje kod klauzule produženog zadržavanja prava vlasništva, ukoliko je kupac prije otvaranja stečaja isplatio prodajnu cijenu za stvar na kojoj je zadržano pravo vlasništva i u svrhu osiguranja nekih drugih potraživanja. U tom slučaju prodavac se više ne smatra izlučnim, nego razlučnim povjericom.¹⁰⁷ Ovaj položaj prodavca funkcionalno odgovara i onom koji ima fiducijarni vlasnik (fiducijar) u stečaju fiducijanta.¹⁰⁸ Međutim, važno je podsjetiti

100 V. § 365 (d) (3), (d) (10) BC.

101 UNCITRAL Vodič, p. 131 (preporuka 80).

102 Čl. 37. st. 3. reč. 1. ZSP RS/FBiH.

103 Čl. 37. st. 3. reč. 2 i 3. ZSP FBiH/RS.

104 Čolović, V., Milijević, M.: o. c., s. 58; Vasiljević, M.: o. c., Rn. 1018, s. 606.

105 Davalac leasinga je vlasnik osiguranja koji nema status razlučnog povjerica (čl. 50 i 51. InsO), nego izlučnog povjerica u stečaju (v. Bitter, G.: Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006; s. 344; Kieninger, E.M., Graziadei, M.: Security Rights in Movable Property in European Private Law, Cambridge University Press, 2004; Kieninger, E.M., Graziadei, M.: o. c., s. 596; Braun, E.: o. c., s. Rn. 53, s. 264; Bernd, P., Schmid-Burgk, K.: o. c., Rn. 121, s. 95; Fehl, N.: o. c., s. 93; Brinkman, M.: o. c., s. 221; Franck, L.: o. c., 245) „Podoban za izlučenje je predmet leasinga kod ugovora o leasingu i to kako kod operativnog leasinga, finansijskog leasinga, null leasinga i sale and lease back, koji se posmatraju kao ugovori o zakupu“ (v. Braun, E.: o. c., s. Rn. 53, s. 264).

106 Marotzke, W.: Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht, Juristenzeitung, Vol. 50, Nr. 17/1995, s. 811; Wieling, H.J.: Sachenrecht, Fünfte, überarbeitete Auflage, Springer Verlag, Berlin - Heidelberg, 2007, s. 244; Tratnik, M.: Pridržek lastninske pravice v primerjalnem pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Univerzitetu v Mariboru, vol. 6/2010, s. 80.

107 Braun, E.: o. c., Rn. 33, s. 261.

108 *To funkcionalističko razmišljanje, nasuprot formalnom položaju koji ima fiducijar kao vlasnik predmeta osiguranja u smislu stvarnopravnih propisa, ne umanjuje ni u kom slučaju stepen njegove zaštite u stečajnom postupku, iako ima priznato samo pravo na odvojeno namirenje* (v. Ernst, H.: Perspektive reforme njemačkog prava mobilijarnog osiguranja, Nova pravna revija (NPR), Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, vol. 34, br. 1/2012; s. 31-32; Kümpel, S.: Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2000, Rn. 6.329, s. 961). Ovaj zaokret u §

da je položaj fiducijara u izvršnom postupku različit od onog položaja koji on ima u stečajnom postupku, jer se smatra izlučnim povjeriocem, tj. poklapa se sa formalnim vlasništvom na predmetu osiguranja prema Njemačkom građanskom zakoniku (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB).¹⁰⁹.

4. Realizacija izlučnog prava davaoca finansijskog leasinga na pokretnim stvarima u stečajnoj imovini korisnika leasinga

U središtu entiteskih stečajnih propisa smještena je misao da davalac leasinga, kao titular prava vlasništva na predmetu leasinga, nema položaj stečajnog povjerioca,¹¹⁰ nego izlučnog povjerioca koji ima pravo da zahtijeva od stečajnog upravnika izlučenje konkretnog predmeta leasinga koji ne ulazi u stečajnu masu korisniku leasinga kao stečajnog dužnika.¹¹¹ Međutim, nakon pokretanja stečajnog postupka nastupa moratorijum u vezi sa realizacijom izlučnog prava davaoca leasinga, uključujući i prekid parničnih i izvršnih postupaka koji traje sve do okončanja izvještajnog ročišta, tj. realizacije prava izbora stečajnog upravnika.¹¹²

166 InsO sa zadržavanjem predmeta osiguranja u stečajnoj masi i unovčenjem od strane stečajnog upravnika se obrazlaže potrebom koordinacije sudionika u stečajnom postupku i maksimiziranja vrijednosti imovine fiducijanta kao stečajnog dužnika. To se nedvojbeno u ranijoj praksi primjene § 127. st. 2. KO (Konkursordnung-u) pokazalo kao glavni razlog drastičnog osiromašenja raspoložive imovine stečajnog dužnika na štetu neobezbijeđenih povjerilaca (v. Čulinović-Herc, E.: o. c., s. 316-318; usp.: Rakob, J.: o. c., s. 264-267).

109 BGB je donesen 18. augusta 1896.g., dok je stupio na snagu 1. januara 1900.g (RGBI S 195). Najvažnije izmjene BGB su one iz 2002.g (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738).

110 Isto određuje čl. 147. st. 1. ZS RH i čl. 50. st. 2. u vezi s čl. 112. st. 1. ZS RS.

111 Općenito o položaju izlučnog povjerioca v. Đurić, M.: Utvrđivanje potraživanja u stečajnom postupku, master rad iz stečajnog prava, Pravni fakultet u Beogradu, 2008, s. 10; Ilić-Popov, G., Jovanović, N.: Jovanović, J.: Priručnik za stečajne upravnike, Agencija za licenciranje stečajnih upravnika, Intermex, Beograd, 2006, s. 167-168; Vasiljević, M.: o. c., s. 2007, Rn. 1008, s. 606; Čuveljak, J.: Izlučni vjerovnici, Pravo i porezi, br. 6, lipanj/2004, s. 30; Stefanović, Z.: Kompanijsko pravo, peto izdanje, Pravni fakultet Univeziteta Union u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd, 2010, Rn. 901, s. 334; Čolović, V., Milijević, N.: o. c., s. 58; usp.: Jelčić O.: Izlučna i razlučna prava na nekretninama u stečajnom postupku, u: Jelčić, O. (ur.), Nekretnine kao objekti imovinskih prava, Narodne Novine, Zagreb, 2006, s. 265-268; Buljan, V.: Izlučni i razlučni vjerovnici, u: Dika, M. (ur.), Četvrta novela Stečajnog zakona, Narodne novine, Zagreb, 2006, s. 144-146.

112 V. čl. 37. st. 1. reč. 1. u vezi sa čl. 15. st. 3. ZSP FBiH/RS; čl. 169. st. 4. ZS RH. Isto tako, srbijski zakonodavac u odredbi čl. 95 st. 2. ZS RS određuje zabranu izvršenja i obezbjeđenja (čl. 93) na ostvarivanje izlučnog prava davaoca leasinga. Ova zabrana traje sve donošenja odluke o otvaranju stečaja, odnosno potvrđivanja stečajnog plana. Za to vrijeme davalac leasinga može voditi samo one parnične i izvršne postupke koji se tiču leasing potraživanja (čl. 80. st. 3.). Smisao stečajnog postupka nije da nesposobnost na plaćanje korisnika leasinga nužno vodi i obustavi proizvodnje ako se proizvodni proces zasniva na opremi ili postrojenju koje je predmet leasinga. Ovo bi se protivilo ne samo logici stečajnog postupka, nego i suštini finansijskog leasinga (v. Ilić-Popov, G., Jovanović, N.: o. c., s. 239-240; Stevanović, M.: Priručnik za stečajne upravnike, USAID, Beograd, 2005, s. 101; Spasić, S.: Procesno-pravne posljedice otvaranja pokretanja (otvaranja) stečajnog postupka, u: Zbornik radova „Harmonizacija stečajnog prava i novi zakon o stečajnom postupku“, Pravni Fakultet u Nišu, 2005, s. 151-170).

U smislu ZSP FBiH/RS davalac leasinga može podnijeti zahtjev za izlučenjem tek nakon otvaranja stečaja i to u roku od 30 dana koji se inače odnosi na prijavu potraživanja stečajnih povjerioca prema korisniku leasinga.¹¹³ Kako ovaj rok nije prekluzivne naravi, davaoci leasinga nisu spriječeni ni da kasnije istaknu zahtjev za izlučenjem sve dok se njima pripadajući predmet leasinga nalazi u popisom obuhvaćenoj imovini korisnika leasinga kao stečajnog dužnika. S druge strane, francusko stečajno pravo je sve do reforme iz 1994. g. propisivalo u čl. L 621-115 C. com. da davaoci leasinga moraju postaviti zahtjev za izlučenjem predmeta leasinga u roku od tri mjeseca nakon donošenja odluke o otvaranju stečaja, što je nerijetko u praksi rezultiralo da davaoci leasinga propuštanjem pomenutog roka izgube publicirano vlasništvo sukladno odredbama Dekreta iz 1972.g.¹¹⁴ Ovu neželjenu situaciju je francuski zakonodavac naknadno otklonio na način što je dodatim čl. L 624-10 C. com priznao i davaocima leasinga, bez dokazivanja, pravo neposrednog vraćanja predmeta leasinga koji je bio publiciran u odnosu na korisnika leasinga u trgovačkom registru.¹¹⁵ Na osnovu čl. 37. st. 2. reč. 2. ZSP FBiH/RS stečajni upravnik može odgoditi i svoje izjašnjenje o zahtjevu za izlučenjem nakon okončanja izvještajnog ročišta za period od 90 dana ukoliko je predmet leasinga neophodan za nastavak poslovanja korisnika leasinga kao stečajnog dužnika. Pomenuti period se može još jedanput iz istih razloga produžiti, s tim da stečajni sudija na inicijativu stečajnog upravnika tada donosi i rješenje na koje davalac leasinga ima pravo žalbe. S druge strane, ZS RS ne predviđa odgađanje izjašnjenja, nego poziciju stečajnog upravnika u pogledu odlučivanja o zahtjevu za izlučenjem promatra u zavisnosti od toga da li je otvoren stečaj ili usvojen plan reorganizacije.¹¹⁶ Opisane mjere spašavanja stečajnog dužnika u ZSP

113 V. čl. 46. st. 1. u vezi sa čl. 110. st. 6 ZSP FBiH/RS; sup.: čl. 129. st. 1. u vezi s čl. 258. st. 1. i čl. 259. st. 1. i 2. SZ RH (o svom izlučnom pravu izlučni povjerioci obavijestavaju podneskom stečajnog upravnika u roku od 60 dana od dana objave rješenja o otvaranju stečajnog postupka). U srbijanskom stečajnom pravu su određeni nešto kraći rokovi u kojim stečajni upravnik odlučuje povodom podnesenog zahtjeva za izlučenje (v. čl. 112 SZ RS).

114 S druge strane, gubili su i svoja potraživanja jer su ona trebala da se prijave u roku od dva mjeseca nakon objavljivanja odluke o otvaranju postupka u službenom glasilu (v. čl. 85-1 st. 2 Zakona iz 1985.g.).

115 „Zakonodavac je pod uticajem sudske prakse Kasacionog suda odlučio da otkloni postojeće nedostatke u stečajnom postupku za davaoce leasinga. Ako je davalac leasinga svoje pravo vlasništva publicirao, tada može zahtijevati u stečajnom postupku neposredno vraćanje (restitution) predmeta leasinga, tj. davalac leasinga nije više upućen na podnošenje zahtjeva za izlučenje (demande de revendication) stečajnom upravniku“ (v. Fitzau, C.: *Mobiliarsicherheiten im französischen und deutschen Insolvenzrecht*, Universität Hamburg, 2005, s. 165-173).

116 Tako je stečajni upravnik u pogledu donošenja odluke o izlučenju vezan upotrebom standarda „bez odlaganja“ za momenat otvaranja samog stečaja. Ukoliko stečajni upravnik usvoji zahtjev za izlučenjem, tada treba predati predmet leasinga bez odlaganja davaocu leasinga i to najkasnije u roku od 30 dana nakon otvaranja stečaja. S druge strane, donošenje odluke o odbijanju zahtjeva za izlučenjem podliježe znatno složenijoj proceduri u kojoj učestvuju ne samo stečajni upravnik, nego i stečajni sudija, te odbor povjerilaca. Na ovaj način pruža se zaštita i drugim stečajnim povjeriocima, s obzirom da odluka o odbijanju izlučenja povlači za sobom izmirenje svih leasing potraživanja na teret stečajne mase. Pozicija stečajnog upravnika kod usvojenog plana reorganizacije je mnogo skromnijeg značaja, jer odluku o izlučenju u principu donose stečajni povjerioci zadržavanjem ili

FBiH/RS su svakako opravdane ako povjerioci na izvještajnom ročištu donesu odluku da stečajni upravitelj pripremi plan reorganizacije, jer svako odgađanje izjašnjenja o izlučenju predmeta leasinga pretpostavlja i da se odgađa za isti period realizacija prava izbora stečajnog upravitelja sukladno čl. 65. st. 1. ZSP FBiH/RS. I pored toga, davalac leasinga, čija je imovinska sfera dodatno žrtvovana, može primorati stečajnog upravitelja da se bez odlaganja nakon okončanja izvještajnog ročišta, sukladno čl. 65 st. 2. reč. 1. ZSP FBiH/RS, izjasni o tome da li želi ispuniti ugovor i posredno time izdejstvovati izjašnjenje o zahtjevu za izlučenjem predmeta leasinga. Ovaj potez davaoca leasinga za njega može imati višestruke koristi. Naime, odlukom stečajnog upravitelja o ispunjenju ugovora dospjele leasing naknad, nakon pokretanja postupka, nesporno se pretvaraju u dugove stečajne mase, dok se odbijanjem ispunjenja samo potraživanja nastala nakon izvještajnog ročišta, a u vezi sa korištenjem predmeta leasinga, kvalificiraju dugovima stečajne mase. Nakon donošenja negativne odluke stečajnog upravitelja istu kvalifikaciju mogu steći i ona potraživanja nastala od trenutka otvaranja stečaja pa sve do izvještajnog ročišta, ali pod uslovom dokazane prekomjerne istrošenosti predmeta leasinga. I pored toga, očigledna je razlika u statusu potraživanja, jer potraživanja nastala nakon pokretanja stečajnog postupka nemaju status dugova stečajne mase kao u slučaju odluke stečajnog upravitelja o ispunjenju ugovora. Osim odgađanja izjašnjenja stečajnog upravitelja sa ciljem spašavanja stečajnog dužnika, davalac leasinga može, nakon izvještajnog ročišta, insistirati i na realizaciji izlučnog prava u parničnom postupku, jer se njegova stvarnopravna pozicija dovodi u vezu sa onim materijalnim i procesnim propisima koji važe izvan stečajnog postupka.¹¹⁷ U parničnom postupku davalac leasinga može predložiti i određivanje mjera osiguranja na predmetu leasinga. Međutim, domaći stečajni sudovi zauzimaju i stanovišta kojim se sasvim neopravdano uskraćuje realizacija izlučnog prava davaoca leasinga u izlučnoj parnici pokrenutoj nakon otvaranja stečaja. U jednom slučaju davalac leasinga je pokrenuo parnični postupak protiv korisnika leasinga u dijelu osporenog iznosa prijavljenog stečajnog potraživanja na ime isplate neisplaćenih leasing naknada, te istaknuo tužbeni zahtjev da se „linija za proizvodnju čipsa od krompira“ izluči iz stečajne mase korisnika leasinga.¹¹⁸ Pri

izuzimanjem predmeta leasinga iz potvrđenog plana reorganizacije. U posljednjem slučaju nastaje samo obaveza na strani stečajnog upravitelja ili stečajnog dužnika da izvrši predaju predmeta leasinga u roku od 8 dana od dana potvrđivanja plana reorganizacije.

117 V. Đurić, M.: o. c., s. 12-13; Čuveljak J.: o. c., s. 30; Prema stanovištu sudske prakse podnošenje izlučnog zahtjeva stečajnom upravitelju za predaju u posjed predmeta koji se nalazi kod stečajnog dužnika nije procesna pretpostavka za podizanje izlučne tužbe, niti je propisan rok za podnošenje te tužbe, ali je u interesu povjerioca da se sporni odnos razriješi prije eventualnog unovčenja predmeta izlučenja“ (v. Jelčić O.: o. c., s. 276). „Pored mišljenja prema kojim ta činjenica ne može uticati na tok parnice, već samo, eventualno na priznanje troškova parničnog postupka, ukoliko bi stečajni upravitelj priznao izlučni tužbeni zahtjev, postoje i mišljenje da bi u toj situaciji moralo doći do prekida parničnog postupka sve do okončanja postupka po zahtjevu za izlučenje u stečajnom postupku“ (v. Ajnšpiler-Popović, G.: Izlučni povjerilac i način ostvarenja njegovih prava, u: Stečaj i privatizacija, V Tradicionalno savetovanje pravosuđa „Vršac 2008“, GTZ, Beograd, 2008, s. 39-40).

118 U ovom slučaju, Ustavni sud je odbacio kao nedopuštenu apelaciju u kojoj apelant ističe povrede

tome, izlučni zahtjev davaoca leasinga je odbijen s pozivom na čl. 58. st. 1. ZSP FBiH u kojem stoji da stečajni povjerioci, nakon otvaranja stečajnog postupka, ne mogu u odnosu na stečajnog dužnika tražiti prinudno izvršenje niti osiguranje imovine koja ulazi u stečajnu masu. Polazeći od kvalifikacije ugovora o leasingu kao ugovora o zakupu sa elementima prodaje sa zadržavanjem prava vlasništva, sud je zasnovao i svoj konačan zaključak da je vlasnik predmeta leasinga postao korisnik leasinga koji je ugovornu obavezu ispunio u „pretežnom dijelu“.¹¹⁹ To materijalno stajalište stečajnog suda je neodrživo, jer uključivanje predmeta leasinga prije konačne isplate u stečajnu masu korisnika leasinga vodi i neosnovanoj prekluziji izlučnog prava davaoca leasinga. O tome sud ipak nije vodio dovoljno računa, pa je nemogućnošću raskida ugovora o leasingu ispunjenog u pretežnom dijelu pretpostavio da nešto bude što nije, a to je da materijalnopравnom dejstvu klauzule o zadržavanju prava vlasništva odgovara da korisnik leasinga postane vlasnik predmeta leasinga i prije otplate posljednjeg iznosa ugovorene leasing naknade. I pored ovog neprimjerenog potiskivanja osnovnih stvarnopravnih principa o prijenosu prava vlasništva, davalac leasinga je uspio, uz jedan krajnji napor i pod sretnim oklonostima, da naplati svoja potraživanja u stečajnom postupku nakon unovčenja imovine korisnika leasinga. Međutim, konačan ishod time ne ublažava ni izbliza prethodno iznesenu ocjenu, jer gubitak pozicije izlučnog povjerioca ne bi ostao tako neprimijetan sa ekonomske tačke gledišta davaoca leasinga da se kojim slučajem njegovo potraživanje nije realiziralo i u stečajnom postupku. To stajalište izraženo u ZSP FBiH/RS je suštinski ocrtano i u ZS RS, kao i ranijem ZSP RS od kojeg nije odstupila ni tamošnja stečajna praksa sa svojim isticanjem da je davalac leasinga vlasnik stvari sve do isteka ugovorenog perioda trajanja leasinga i otplate leasing rata, tj. da ima položaj izlučnog povjerioca u slučaju stečaja korisnika leasinga.¹²⁰ Nesporno je da ZSP FBiH/RS poznaje samo jedan tzv. opći postupak izlučenja u kojem publicirani davaoci leasinga (posebno vlasničko pravo) su podvrgnuti istim pravilima kao i

prava na pravično suđenje i prava na imovinu u presudi Vrhovnog suda FBiH, br. 070-0-Rev-08-001664 od 15. oktobra 2009. g., presudi Kantonalnog suda u Tuzli, br. 003-0-Pž-07-000041 od 29. augusta 2008. g. i presudi Općinskog suda u Tuzli, br. Ps.184/04 od 18. decembra 2006. g.

119 Čl. 131. ZOO.

120 I prema čl. 75. ex ZSP RS, davalac leasinga je imao pravo odvojenog namirenja i pravo prioriteta na predmetu leasinga, pa se bez obzira na zabranu izvršenja i namirenja iz čl. 73. koja se shodno primjenjivala i na ostvarenje prava davaoca leasinga, na osnovu čl. 75. st. 2. ex ZSP RS mogao namiriti oduzimanjem i predajom stvari koje su bile predmet leasinga i to na način i u postupku koji je bio definisan u čl. 75. st. 4. ex ZSP RS (upućen zahtjev stečajnom upravniku da mu predmet leasinga u roku od 30 dana od dana predaje pismenog zahtjeva). Kako je davalac leasinga shodno ZFL RS bio vlasnik stvari date u finansijski leasing sve do isteka roka leasinga i isplate svih leasing rata, to nesporno ukazuje i da je on u stečaju korisnika leasinga imao položaj izlučnog povjerioca, i da se na njega nije odnosila zabrana izvršenja i namirenja iz čl. 73. ex ZSP RS, tj. predmet leasinga kao dio imovine davaoca leasinga nije predstavljao i dio stečajne mase korisnika leasinga. U slučaju da je davalac leasinga bio uskraćen u realizaciji svog izlučnog zahtjeva, tada je mogao shodno odredbama čl. 75. st. 5. ex ZSP RS zahtijevati povrat posjeda i izvršenje na predmetu leasinga u skladu sa ugovorom, odnosno zakonom, a što je suštinski predstavljalo i nastavak postupka konkretnog izvršenja (V. rješenje Višeg trgovinskog suda, Iž. 1568/2009 od 02.07.2009. g.).

nepublicirani davaoci leasinga (obični vlasnici). Od toga se značajno razlikuje francusko stečajno pravo sa razradom i tzv. posebnog postupka izlučenja „*régime spécial*“ za publicirane davaoce leasinga koji postaju u njemu oslobođeni od formalnih propisa o izlučenju koji važe za nepublicirane davaoce leasinga.¹²¹ U domaćem stečajnom pravu davalac leasinga može ostvariti zahtjev za izlučenjem predmeta leasinga u općem postupku izlučenja sa jednostavnim pozivom na postojanje ugovora o finansijskom leasingu, kao i u izlučnoj parnici. Nasuprot tome, stoji konstrukcija posebnog vlasničkog prava (mobilijarno pravo osiguranja) ustanovljena u interesu poboljšanja pukog vlasničkog položaja davaoca leasinga prema Okvirnom zakonu o zalozima BiH iz 2004.g. (skraćeno: OZZ BiH)¹²².

121 „Najznačajnija novina reforme od 1994. g. je uvođenje dva različita postupka izlučenja: opći postupak izlučenja „*régime général*“ i posebni postupak „*régime spécial*“. Posebnom postupku izlučenja se podvrgavaju reivindikacioni povjerioci koji su publicirali pravo vlasništvo u jednom od javno dostupnih specijaliziranih registara. Takvi povjerioci su oslobođeni od procesnih propisa koji se inače moraju imati u vidu kod zahtjeva za izlučenjem, jer je njihovo publicirano vlasništvo na određenoj stvari stečajnopravno priznato. Nasuprot tome, oni povjerioci i vlasnici koji su zanemarili zahtjev registracije svojih ugovora podliježu općem postupku izlučenja i njihova vlasnička pozicija može biti priznata tek u jednom tako uređenom izlučnom postupku“ (v. Fitzau, C.: o. c., s. 127-130).

122 Ovaj kontroverzan generički pojam za domaće stvarnopravno uređenje se može predstaviti i kao jedan plus na onaj dogmatski prepoznatljiv pojam formalnog vlasništva u korist zaštite položaja davaoca leasinga u odnosu na korisnika leasinga i treća lica. Prema OZZ BiH („Službeni glasnik BiH“, br. 28/04, 54/04) nosiocima posebnog vlasničkog prava se smatraju prodavci kod ugovora o prodaji sa zadržavanjem prava vlasništva; zakupodavci kod ugovora o dugoročnom zakupu; cesionari kod prodaje potraživanja; i komitenti kod ugovora o komisyonu pod uslovom da je poslovna djelatnost ne samo komisyonara, nego i komitenta vezana za promet stvari po osnovu ugovora o komisyonu (v. čl. 2. st. 1. OZZ BiH). Za iste svrhe OZZ BiH u svoju shemu uvlači i srodna prava pod kojim se misli na zakonska i sudska založna prava (v. čl. 2. st. 4. OZZ BiH), kao i ona prava osnovana u inostranstvu koja bi se smatrala posebnim vlasničkim pravom da su osnovana u našem pravu (v. čl. 2. st. 3. tač a. OZZ BiH). Pri tome, ne ulazeći u pitanje valjanosti osnovanog stranog prava na uvezenom tjelesnom predmetu osiguranja u BiH, postaje jasno da OZZ BiH usvaja princip transpozicije u onom dijelu u kojem ističe da se strano pravo u svrhu registracije, određenja prava prvenstva i izvršenja, smatra zalogom, odnosno posebnim vlasničkim pravom nastalim u BiH (v. čl. 35. st. 3. OZZ BiH). To ipak zahtijeva i jednu kraću napomenu: rang prvenstva inostranih prava nije podvrgnut primjeni općeg pravila o trenutku upisa u registar zaloga, s obzirom da se izvršena registracija u roku od 15 dana, nakon uvoza predmeta, smatra izvršenom na dan samog uvoza u BiH (v. čl. 35. st. 4. OZZ BiH). Do donošenja OZZ BiH najveće poteškoće u poslovima leasinga je predstavljao manjak publiciteta vlasničkog položaja davaoca leasinga. Iskrivljena predodžba, koju je ranije mogao stvoriti neposredan posjed korisnika leasinga u očima trećih lica, otklonjena je publicitetnom funkcijom upisa posebnog vlasničkog prava davaoca leasinga (v. čl. 58. st. 2. Zakon o lizingu FBiH, objavljen: „Sl. n. FBiH“ br. 85/08, 39/09, 65/13 i 104/16; i čl. 56. st. 1. Zakon o lizingu Republike Srpske, objavljen u: „Sl. l. RS“ br. 70/07, 116/11 – oba entitetska leasing propisa upućuju na primjenu pravila OZZ BiH o registraciji posebnog vlasničkog prava davaoca leasinga u registru zaloga). U svrhe registracije i određivanja ranga prioriteta OZZ BiH je umjesto pojma leasing usvojio pojam „zakupa“ koji u sebi sadrži sve konstelacije mobilnog finansijskog leasinga na kojim entitetski leasing propisi dopuštaju osnivanje posebnog vlasničkog prava davaoca leasinga (v. čl. 2. st. 5. OZZ BiH). Pri tome, pojam zakupa je podvrgnut i jednoj sadržajnoj redukciji putem pojma „dugoročnog zakupa“ u kojem se predviđa da njegovo minimalno vrijeme trajanja mora biti duže od 6 mjeseci (v. čl. 2. st. 5. tač a. pod 1. OZZ BiH). U nastojanju da ublaži ovaj stav, OZZ BiH dopušta i registraciju ugovora o finansijskom leasingu koji su zaključeni na kraći period pod pretpostavkom da je ugovoreno u njima automatsko produženje osnovnog perioda, ili na zahtjev jedne ili druge strane kojim se premašuje u konačnici propisani rok od šest mjeseci (v. čl. 2. st. 5. tač a. pod 2. OZZ BiH). Nakon donošenja OZZ BiH, uspostavljen je jedan centraliziran i elektronski vođen

Međutim, ona kao takva još uvijek nije prepoznata i u jednom posebnom, za te svrhe dizajniranom postupku izlučenja (posebni postupak izlučenja) u OZZ BiH niti u ZSP FBiH/RS. Oba stečajna propisa su usvojena prije donošenja OZZ BiH i nakon toga, pa sve do danas, nisu uslijedile odgovarajuće izmjene OZZ BiH niti ZSP FBiH/RS koje bi uvažile i odvojeno tretirale položaj davaoca leasinga s registriranim posebnim vlasničkom pravom u isticanju njihovih zahtjeva za izlučenjem predmeta leasinga upisanih u registar zaloga. Zbog toga, položaj publiciranih davaoca leasinga koji registiraju posebno vlasničko pravo u registru zaloga s zagrantom rangom prvenstva u odnosu na stečajne povjerioce korisnika leasinga sukladno OZZ BiH je ostao identičan i s položajem koji imaju nepublicirani davaoci leasinga koji se pozivaju na obično pravo vlasništvo u isticanju svojih zahtjeva za izlučenjem odgovarajućih predmeta leasinga (postoji samo opšti postupak izlučenja).

5. Postupak zamjenskog izlučenja i subrogacija izlučnog prava (posebno vlasničko pravo) davaoca finansijskog leasinga na pokretnim stvarima

Publicirani davalac leasinga bi, zapravo, upisom posebnog vlasničkog prava prije pokretanja stečajnog postupka, trebao imati rang prvenstva u odnosu na stečajnog upravnika, kao i stečajne povjerioce korisnika leasinga (stečajnog dužnika) koji konkurišu na predmet leasinga u stečajnom postupku. Ova misao, iznesena u više navrata, ipak ne nailazi i na podršku entiteskih stečajnih zakonodavaca. Posebno vlasničko pravo davaoca leasinga u stečaju ne razvija dalje sezajuće dejstvo naspram kupaca predmeta leasinga u poređenju sa običnim vlasništvom na koje se pozivaju nepublicirani davaoci leasinga. Iznesenu tvrdnju je ipak potrebno detaljnije i obrazložiti u vezi sa nemogućnošću davaoca leasinga da zahtijeva izlučenje predmeta leasinga zbog njegove nezakonite prodaje od strane stečajnog upravnika nakon otvaranja stečaja ili prije toga korisnika leasinga

registar u koji se upisuju sve vrste mobilijarnih osiguranja neovisno o osnovu njihovog nastanka, uključujući i kvazi osiguranja koja se označavaju jednim generičkim pojmom „posebno vlasničko pravo“. Vođenje registra zaloga je povjereno Uredu za registar koji se nalazi u sastavu Ministarstva pravde BiH, dok je način njegovog rada pobliže određen u Pravilniku o zalozima (PZ), objavljen: „Sl. glasnik BiH“, br. 53/04 (v. čl. 16. i 17. OZZ BiH u vezi s čl. 3. st. 1. PZ). Registar zaloga pruža decentraliziran pristup za vršenje različitih upisa, ali u okviru sedmičnog radnog vremena, dok se pretrage istog mogu vršiti bez ikakvih vremenskih ograničenja (v. čl. 3. st. 2. PZ). Pristup kod upisa i pretraga, kao i izdavanja potvrda o registraciji (IRZ) je omogućen putem računarskog sistema registra zaloga (SRZ) ili javnog davaoca usluga (JDU). U oba slučaja je neophodno da lica imaju otvorene korisničke račune sa dovoljnim iznosom sredstava za plaćanje odgovarajuće takse na ime tražene usluge (v. čl. 5. st. 1. u vezi s čl. 7. st. 1. i čl. 24. st. 4. PZ). Ona lica koja žele samo provjeriti ili dobiti izvod iz registra o tome da li je neki objekt iz imovine dužnika već predmet osiguranja, mogu otvoriti JDU korisnički račun ili korisnički račun tip 2 (v. čl. 5. st. 2. tač. b i c PZ). S druge strane, banke ili leasing kuće trebaju otvoriti korisnički račun tip-1 (v. čl. 5. st. 2. tač. a PZ), jer samo na ovaj način dolaze u priliku da izvrše upis i dobiju IRZ koja ima svojstvo izvršne isprave (v. čl. 26. st. 1. OZZ BiH). Ovako ponuđene opcije u svakom slučaju ostavljaju i dovoljno prostora subjektima da se odluče, zavisno od svojih komercijalnih ili privatnih potreba, koji će tip korisničkog računa otvoriti.

kao stečajnog dužnika, odnosno privremenog stečajnog upravnika.¹²³ Nakon otvaranja stečaja popisom stečajne mase, obuhvaćeni predmet leasinga nije dio imovine stečajnog dužnika na kojem bi stečajni povjerioci mogli namiriti svoja nesporno priznata i objavljena potraživanja na oglasnoj ploči suda. Ova postavka se također ne bi smjela dovesti u pitanje ni onda kada stečajni upravnik pristupi prodaji predmeta leasinga uz prethodno informisanje i dobijenu saglasnost davaoca leasinga. U francuskom stečajnom pravu je Dekretom od 28. decembra 2008.g. izričito propisana dužnost stečajnog upravnika da obavijesti davaoca leasinga, čiji je ugovor publiciran preporučenom poštom i to sa potvrdom prijema, da se izjasni u roku od mjesec dana da li želi izlučiti predmet leasinga koji je odbijen ili je istekao. U protivnom, smatra se da je prećutno saglasan sa tim da stečajni upravnik pristupi postupku njegove prodaje. Nakon izvršene prodaje, također postoji obaveza stečajnog upravnika da na isti način obavijesti davaoca leasinga i o raspoloživom iznosu prodajne cijene. Iako ovaj oblik komunikacije francuskog stečajnog upravnika i davaoca leasinga, kao titulara izlučnog prava na predmetu leasinga, nije svojstven ZSP FBiH/RS, posljedice dobijanja izričitog ovlaštenja, sa izuzetkom fingirane saglasnosti nepodnošenjem izlučnog zahtjeva davaoca leasinga u određenom roku, zapravo su iste u oba stečajnopravna sistema sa tačke usporedbe, jer nužno vode subrogaciji izlučnog zahtjeva u potraživanje prodajne cijene koja se deponuje na posebnom računu u interesu davaoca leasinga. Pozadina davanja jedne takve saglasnosti stečajnom upravniku je prevashodno motivisana interesom davaoca leasinga da ostvari bolju prodajnu cijenu od one u vlastitoj režiji nakon vraćanja predmeta leasinga. Nasuprot tome, bitno drugačije posljedice nastaju u slučajevima nezakonite ili, bolje rečeno, neovlaštene prodaje predmeta leasinga od strane stečajnog upravnika, ali i stečajnog dužnika ili privremenog stečajnog upravnika. I pored izvršene registracije posebnog vlasničkog prava u slučajevima nezakonite prodaje, davalac leasinga po uzoru na § 48. InsO može zahtijevati samo zamjensko izlučenje (*Ersatzaussonderungsrecht*) ustupanjem zahtjeva (subrogacija) na neizvršenu isplatu prodajne cijene ili izdvajanjem već naplaćene prodajne cijene iz stečajne mase.¹²⁴ Ova mogućnost nije dostupna davaocima leasinga kod poklona i uništenja ili oštećenja predmeta leasinga. Kod uništenja predmeta leasinga prestaje i izlučno pravo davaoca leasinga nasuprot oštećenja predmeta leasinga u kojem ono biva okrnjeno i to srazmjerno stepenu njegovog oštećenja. Povratkom na diskusiju o lebdećem stanju ugovora, daje se nagovještaj i zašto je davalac leasinga zainteresiran da predmet leasinga bude osiguran ne samo do tog trenutka, nego i nakon eventualne odluke stečajnog upravnika o prihvatu i ispunjenju ugovora o leasingu. Kako korisnik leasinga, kao stečajni dužnik, snosi odgovornost za propast ili oštećenje predmeta leasinga, odštetni zahtjev davaoca leasinga koji nastane prije izjašnjenja stečajnog upravnika ima status običnih stečajnih potraživanja, nasuprot onom koji nastane nakon donošenja pozitivne odluke, jer se ovaj smatra dugovima stečajne

¹²³ Čl. 37. st. 4. ZSP FBiH/RS.

¹²⁴ Pape, G., Uhlenbruck, W.: o. c., s. Rn. 648, s. 548, 416.

mase. U ovom slučaju, davalac leasinga koji je uskraćen od realizacije izlučnog prava, ali i zamjenskog izlučenja, neće cijeli iznos odštetnog zahtjeva sa prethodno iznesenom kvalifikacijom ostvarivati i prema stečajnoj masi, nego će najvećim dijelom biti obeštećen od strane osiguravajućeg zavoda pod pretpostavkom da je predmet leasinga bio osiguran i pokriven osiguranim rizicima. To pogoduje davaocu leasinga, ali navodi i na oprez stečajnog upravnika da mu ne dozvoli neosnovano obogaćenje na teret stečajne mase za onaj iznos prethodnog obeštećenja od strane osiguravača. Ovaj zahtjev, prema stečajnoj masi, u punom iznosu je smislen samo onda kada uništeni ili oštećeni predmet leasinga nije osiguran ili pokriven osiguranim rizicima. Na rizike, koji su povezani sa prestankom osiguravajućeg odnosa prije ili nakon otvaranja stečaja u odnosu na korisnika leasinga, davalac leasinga redovito računa, pa pristupa preko posrednika o trošku korisnika leasinga osiguranju predmeta leasinga kako bi preduprijedio štetne posljedice *pari passu* ili privilegovanog namirenja u nedostatku stečajne mase. Drugi slučaj koji, također, vodi isključenju zamjenskog izlučenja je povezan sa neovlaštenom prodajom predmeta leasinga, mada uz ispunjenje i jedne dodatne pretpostavke: utržak u stečajnoj masi nije moguće individualizirati. Sa izuzetkom nedostatka stečajne mase i to nije neka smetnja za zaštitu interesne sfere davaoca leasinga, jer ovaj može prijaviti svoje potraživanje na ime naknade štete sa kvalifikacijom dugova stečajne mase bez obzira da li je nezakonita prodaja predmeta leasinga izvršena prije ili nakon otvaranja stečaja.¹²⁵ U dizajniranju postupka zamjenskog izlučenja, entiteski zakonodavci ističu da je predmet leasinga neovlašteno prodat od strane „stečajnog dužnika“ prije otvaranja stečajnog postupka, dok u pogledu potraživanja naknade štete davaoca leasinga ističu „ako je dužnik prodao stvar“. Svaka pomisao o uzimanju u obzir doslovnog značenja pojma „stečajni dužnik“ nužno pretpostavlja i da je prodaja predmeta leasinga izvršena nakon otvaranja stečaja. Kako se to ne uklapa u zamisli entiteskih stečajnih zakonodavaca, ovu jezičku omašku treba dovoditi samo u vezu sa značenjem pojma „dužnik“.¹²⁶ Također, nedoumica postoji i u pogledu toga da li iznesena kvalifikacija potraživanja davaoca leasinga nalazi primjenu kod zamjenskog izlučenja, ukoliko se davalac leasinga nije u potpunosti namirio iz ustupljene protivčinidbe ili samog utrška. U nedostatku izričite odredbe jedva da se može negirati stajalište da se analogijom i ova potraživanja okvalificiraju dugovima stečajne mase.¹²⁷ Kako davaoci leasinga, kod nemogućnosti zamjenskog izlučenja, imaju pravo da traže onaj iznos štete koji odgovara interesu ispunjenja

125 Čl. 37. st. 5. u vezi sa čl. 42. st. 1. br. 1. ZSP FBiH/RS (dugovi stečajne mase); isto određuje čl.

148. st. 1. i 3. SZ SZ RH; i čl. 50. st. 4. u vezi sa čl. 54. st. 1. ZS RS.

126 Takav pristup slijedi čl. 148. st. 1. i 3. SZ RH.

127 Postoje i drugačija mišljenja koja polaze od toga da bi nadoknada punog iznosa naknade štete, neovisno o postignutom utršku, umanjila stečajnu masu za jedan dodatan iznos i na štetu ostalih stečajnih povjerilaca. Iz toga se izvlače i zaključci da izlučni povjerilac može prioritarno zahtijevati samo utržak, dok preostali dio može ostvariti kao obična stečajna potraživanja uključujući i mogućnost podnošenja direktne tužbe protiv stečajnog upravnika (v. Ajnšpiler-Popović, G.: o. c., s. 43-44.)

ugovora, to znači da bi suprotna kvalifikacija potraživanja davaoca leasinga, kao običnih stečajnih potraživanja u dijelu nenamirenog iznosa zamjenskim izlučenjem, vodila nejednakom tretmanu u osnovi istovjetnih potraživanja. O crtane mogućnosti zamjenskog izlučenja prvenstveno polaze od toga da se subrogira posebno vlasničko pravo davaoca leasinga bez razlike i u poređenju sa onom pozicijom koju bi imao ovdje svaki drugi nepublicirani davalac leasinga. To uostalom potvrđuje i iznesenu tvrdnju sa početka diskusije da posebno vlasničko pravo nije ni trunku vrednije od običnog vlasništva davaoca leasinga, jer rang prvenstva izdejstvovan upisom neće spriječiti treća lica od toga da steknu pravo vlasništvo na predmetu leasinga koji je nezakonito otuđen prije ili nakon otvaranja stečaja. U svom nastojanju da spriječi otuđenje publiciranog vlasništva davaoca leasinga nije uspio ni francuski stečajni zakonodavac. Na mjesto izlučenja prodajne cijene publicirani davalac leasinga može, kod nezakonite prodaje predmeta leasinga od strane korisnika leasinga nasuprot one izvršene od strane stečajnog upravnika, tražiti samo povrat predmeta leasinga od stjecatelja i to pod pretpostavkom da je dokaže njihovo postupanje u zloj vjeri. Od ranije ukazane slabosti publicitetnih učinaka upisa povezane sa doktrinom „*en fait de meubles*“ su ipak ograničile i davaoce leasinga, zbog nemogućnosti povrata predmeta leasinga od kasnijih stjecatelja korisnika leasinga, da mogu prijaviti samo svoje zahtjeve za naknadom štete u stečajnom postupku. Ovakvi zahtjevi nastali prije otvaranja stečaja su, nasuprot dostupne subrogacije u slučaju neovlaštenog otuđenja predmeta leasinga od strane stečajnog upravnika, postali time bitno uskraćeni i za one prednosti povezane sa zaštitom prava (publiciranog) vlasništva davaoca leasinga kroz opisani postupak zamjenskog izlučenja u ZSP FBiH/RS, jer se *a priori* smatraju običnim stečajnim potraživanjima *pari passu* sa drugim stečajnim povjericima korisnika leasinga kao stečajnog dužnika.

6. Zaključak

Izvršena reforma entiteskih stečajnih propisa po uzoru na njemački InsO donijela je značajne novine i unatoč usvojene kvalifikacije da se sve konstelacije ugovora o leasingu podvrgnu istom tretmanu koji važi za ugovore o zakupu. Međutim, rezultati istraživanja učvršćuju ocjenu da je usvojeni njemački model uređenja ugovora o leasingu u stečaju sa uvažavanjem pozicije nepubliciranih davaoca leasinga ostao nedovoljno prilagođen davaocima leasinga koji imaju posebno vlasničko pravo upisano u registru zalogu prije pokretanja stečajnog postupka protiv korisnika leasinga. Rang prvenstva posebnog vlasničkog prava zagaraniran u OZZ BiH je ipak trebao biti nešto drugačije prepoznat i u odnosu na stečajnog upravnika, kao i stečajne povjerioce korisnika leasinga. Da je ovaj rezultat izostao kao posljedica ranije izvršene entiteske reforme stečajnog prava u odnosu na materiju mobilijarnog osiguranja, pokazuje po svom dizajnu ne samo postupak izlučenja predmeta leasinga zbog odbijanja ili šutnje stečajnog upravnika

da prihvati ispunjenje ugovora o leasinga nakon otvaranja stečaja, nego i sporedni postupak zamjenskog izlučenja u kojem na mjesto posebnog vlasničkog prava davaoca leasinga zbog neovlaštene prodaje predmeta leasinga od strane korisnika leasinga kao dužnika, privremenog stečajnog upravnika ili stečajnog upravnika, dolazi do izražaja samo zahtjev za izručenjem neisplaćene prodajne cijene ili nalazećim utržkom iz stečajne mase. O crtane mogućnosti zamjenskog izlučenja su čvrst dokaz da se neovlaštenom prodajom predmeta leasinga subrogira pozicija davaoca leasinga sa posebnim vlasničkim pravom jednako poziciji koju ima i svaki drugi nepublicirani davalac leasinga s običnim pravom vlasništva. Subrogacija posebnog vlasničkog prava nastupa ako je predmet leasinga neovlašteno prodat od strane korisnika leasinga. Takav neželjeni ishod bi izostao da su kojim slučajem stečajnopravne garancije pribavljenog ranga prvenstva posebnog vlasničkog prava osigurane na takav način da sprečavaju stečajne kupce od toga da steknu pravo vlasništvo i na predmetima leasinga koji su neovlašteno otuđeni prije otvaranja stečaja. I pored ovog zaključka da posebno vlasničko pravo nije ni trunku vrednije od običnog vlasništva, rezultati istraživanja ranije sudske prakse ipak opominju da su postojali neki slučajevi u kojim su neopravdani uskraćivani i izlučni zahtjevi davaoca leasinga s pozivom na obično vlasništvo, kao i zahtjevi za određivanjem mjera osiguranja nakon ukidanja moratorijama. S obzirom da su davaoci leasinga sa posebnim vlasničkim pravom povrgnuti istim pravilima koja važe i za nepublicirane davaoce leasinga, opravdanim bi se pokazalo u entiteskim stečajnim propisima po uzoru na C.Com dizajnirati i poseban postupak izlučenja za davaoce leasinga sa posebnim vlasničkim pravom u kojem bi oni dostavljenjem IRZ i ugovora o finansijskom leasingu mogli računati na to da će biti pošteđeni od onih formalnosti sa kojim se trenutno susreću u općem postupku izlučenja. Osim toga, rezultati istraživanja daju na znanje da postoje i još neke slabosti sa kojim se davaoci leasinga bez razlike mogu suočiti u stečajnom postupku, a koje bi također bilo nužno otkloniti u entiteskim stečajnim propisima. Tako bi u pravcu sprečavanja odugovlačenja sa donošenjem odluke stečajnog sudije o podnesenom prijedlogu za pokretanjem stečajnog postupka protiv korisnika leasinga trebalo prije svega propisati i određen rok umjesto trenutne upotrebe standarda bez odlaganja. Zatim, blokada prava davaoca leasinga na otkaz ugovora o leasingu zbog docnje korisnika leasinga prije pokretanja stečajnog postupka bi trebala biti popraćena i primjerenom kompenzacijom da se dospjela potraživanja iz faze prethodnog postupka, a u vezi sa korištenjem predmeta leasinga, ne smatraju običnim stečajnim potraživanjima, nego dugovima stečajne mase, kao što je to slučaj i u njemačkom InsO od koga se ovdje odstupilo. Kako se potraživanja davaoca leasinga iz faze prethodnog postupka kod daljnjeg korištenja predmeta leasinga u InsO kvalificiraju dugovima stečajne mase, to je snažan argument i protiv usvajanja teorije gašenja u njemačkoj stečajnoj praksi nasuprot domaće stečajne prakse u kojoj se ona drži vitalnom. U entitetskim stečajnim propisima bi također bilo korisno precizirati, kao što je to slučaj i u Unictalovom vodiču o insolventnosti, BC, i C com, da su ništave sve ipso klauzule

kojim ugovor o leasingu prestaju sa pokretanjem stečajnog postupka ili otvaranjem stečaja ili imenovanjem stečajnog upravnika. Od ogromnog značaja u cilju zaštite stečajne mase je također i da stečajni sudija spriječi otkaz davaoca leasinga zbog docnje korisnika leasinga u periodu između pokretanja stečajnog postupka i otvaranja stečaja. Za te svrhe on bi trebao reagovati pravovremeno i imenovati privremenog stečajnog upravnika sa ovlaštenjem raspolaganja. Međutim, na ovom mjestu je ipak potreban i jedan suštinski zaokret da stečajni stečajni sudija ne bi bio ograničen na imenovanje privremenog stečajnog upravnika sa ovlaštenjem upravljanja zbog nemogućnosti imenovanja i privremenog stečajnog upravnika sa ovlaštenjem raspolaganja, jer je ovaj posljednji u entiteskim stečajnim propisima zamišljen kao jedna tek izuzetna mjera osiguranja imovine korisnika leasinga. Iako modeliranje prava izbora stečajnog upravnika na tragu usvojenog koncepta dvostranoobvezujućih ugovora u kojim obaveze nisu uopće ispunjenje ili su djelomično ispunjenje prije pokretanja stečajnog postupka zadovoljava i preporuke UNCITRAL Vodiča, u uporednom pravu su ipak prisutna i nešto drugačija rješenja. Sa pozivom na BC, C.Com ili ZSSPL BD, u entitetskim stečajnim propisima bi također bilo korisno i umjesto trenutne upotrebe standarda „bez odlaganja“ vremenski ograničiti izjašnjenje stečajnog upravnika o sudbini ugovora o leasinga nakon okončanja izvještajnog ročišta. Osim toga, trebalo bi dozvoliti sudovima i da oni ovaj zakonski rok produže, ako utvrde da za to postoji opravdani razlozi, kao što je to određeno i u BC, C.Com i preporukama UNCITRAL Vodiča. Na ovaj način bi se postiglo svojevrsno balansiranje u zaštiti interesa davaoca leasinga i stečajne mase od negativnih efekata odugovlačenja stečajnog upravnika u donošenju odluke o prihvatu ili odbijanju ispunjenja ugovora o leasingu. U slučaju šutnje stečajnog upravnika da se izjasni o tome da li će prihvatiti ispunjenje ugovora o leasingu, tada se fingira da je odbio ispunjenje. Ova pretpostavka djeluje na publicirane davaoce leasinga sa posebnim vlasničkim pravom, kao i na nepublicirane davaoce leasinge, a što je suprotno preporuci iz UNCITRAL Vodiča da djeluje samo u odnosu na ugovore o leasingu koji su bili poznati stečajnom upravniku. Ovaj dodatak bi bilo korisno unijeti i u entitetske stečajne propise iz razloga što bi se otklonila eventualna sporenja i štetne posljedice prekludiranja prava stečajnog upravnika po interese stečajne mase kad mu određeni ugovori o leasingu (nepublicirani) korisnika leasinga zaista nisu bili poznati. U slučaju da stečajni upravnik odbije ispunjenje ugovora o leasinga, tada davaoci leasinga mogu zaostala leasing potraživanja prije pokretanja stečajnog postupka zajedno sa nakanadom štete prijaviti kao obična stečajna potraživanja. Pri tome, ne treba zaboraviti da davaoci leasinga sa kvalifikacijom dugova stečajne mase mogu prijaviti i ona potraživanja nastala zbog prekomjerne istrošenosti predmeta leasinga do izvještajnog ročišta, a nakon toga do negativne odluke stečajnog upravnika i ona potraživanja nastala na ime naknade zbog korištenja predmeta leasinga. U slučaju da stečajni upravnik optira za ispunjenjem ugovora o leasingu, tada davalac leasinga može prijaviti dospjela potraživanja nakon pokretanja stečajnog postupka, kao i potraživanja zbog povrede prihvaćenog ugovora sa

kvalifikacijom dugova stečajne mase, za razliku od dospjelih potraživanja prije pokretanja stečajnog postupka koja se prijavom kvalificiraju običnim stečajnim potraživanja. Ovaj kratak podsjetnik je značajan iz razloga što je stečajnopravni tretman potraživanja davaoca leasinga u oba slučaja komplementaran sa onom koji se zagovara u uporednom pravu, ali i preporukama UNCITRAL Vodiča.

Literatura:

1. Abatemarco, M.J, Sabino, A.M.: True Lease Versus Disguised Security Interest: Is the United Trilogy Truly the Last Stand?, Uniform Commercial Code Law Journal, Vol. 40, N. 4, Spring 2008.
2. Ajnšpiler-Popović, G.: Izlučni povjerilac i način ostvarenja njegovih prava, u: Stečaj i privatizacija, V Tradicionalno savetovanje pravosuđa „Vršac 2008“, GTZ, Beograd, 2008.
3. Athanas, J.S., Reckler, C.A., Warren, M.L.: Preventing Economic Harm from the Miscalculation of Risk in Equipment Leases, American Bankruptcy Law Journal, Vol. 87/2013.
4. Bazinas, S.: Law Applicable to Security Rights in Movable Assets under the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, Banking & Financial Services Policy Report, Vol. 30, n. 6 /2011.
5. Bernd, P., Schmid-Burgk, K.: Das Leasinggeschäft, 2. Aufl., Köln 2007.
6. Bitter, G.: Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.
7. Braun, E.: Insolvenzordnung (InsO) –Kommentar, Verlag C. H. Beck, München, 2002.
8. Brinkmann, M.: Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, Mohr Siebeck, 2011.
9. Buljan, V.: Izlučni i razlučni vjerovnici, u: Dika, M. (ur.), Četvrta novela Stečajnog zakona, Narodne novine, Zagreb, 2006.
10. Contino, R.M.: Complete Equipment-Leasing Handbook: A Deal Maker's Guide with Forms, Checklists, and Worksheets, AMACOM, 2002.
11. Čolović, V., Milijević, N.: Stečajni postupak, teoretska razmatranja, zakonski propisi, sudska praksa i obrasci za praktičnu primjenu, Banja Luka, 2004.
12. Čulinović Herc, H.: Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 1998.
13. Čuveljak, J.: Izlučni vjerovnici, Pravo i porezi, br. 6, lipanj/2004.
14. Dika, M.: Razlozi za reformu hrvatskog insolventijskog prava i neke temeljne novine toga prava, u: Dika, M. (ur.), Novo ovršno i stečajno pravo, Zbornik radova, Zagreb, 1996.
15. Dika, M.: Četvrta novela Stečajnog zakona – opći pregled, u: Dika, M. (ur.), Četvrta novela Stečajnog zakona, Narodne novine, Zagreb, 1996.
16. Duncan, R.F., Lyons, W.H.: The Law and Practice of Secured Transactions: Working with Article 9, Law Journal Seminars Press, 1987, § 1.04 (2A).

17. Đurić, M.: Utvrđivanje potraživanja u stečajnom postupku, master rad iz stečajnog prava, Pravni fakultet u Beogradu, 2008.
18. Eraković, A., Pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka u: Dika, M. (ur.), Novo ovršno i stečajno pravo, Zbornik radova, Zagreb, 1996.
19. Ernst, H.: Perspektive reforme njemačkog prava mobilijarnog osiguranja, Nova pravna revija (NPR), Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, vol. 34, br. 1/2012.
20. Fehl, N.: Leasing in der insolvenz, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts - und Insolvenzrecht, vol. 9, n. 3/1999.
21. Fitzau, C.: Mobiliarsicherheiten im französischen und deutschen Insolvenzrecht, Universität Hamburg, 2005.
22. Franck, L.: Les contrats de location financière dans les procédures collectives d'apurement du passif en droits français et allemand comparés, Nancy, 2011.
23. Fried, J. M.: Executory Contracts and Performance Decisions in Bankruptcy, Duke Law Journal, Vol. 46/1996.
24. Harner, M.M., Black, C.E., Goodman, E.R.: Debtors Beware: The Expanding Universe of Non-Assumable/Non-Assignable Contracts in Bankruptcy, American Bankruptcy Institute Law Review, 13:187/2005.
25. Hemel, D.: The Economic Logic of the Lease/Loan Distinction in Bankruptcy, Yale Law Journal, Vol.120/2011.
26. Ihne, R.W.: Seeking a Meaning for "Meaningful Residual Value" and the Reality of "Economic Realities"-An Alternative Roadmap for Distinguishing True Leases from Security Interests, The Business Lawyer, Vol. 62, 2007.
27. Ilić-Popov, G., Jovanović, N.: Jovanović, J.: Priručnik za stečajne upravnike, Agencija za licenciranje stečajnih upravnika, Intermex, Beograd, 2006.
28. Jänig, R.: Commercial Law, Selected Essays on the Law of Obligation, Insolvency and Arbitration, Universitätsverlag Göttingen, 2012.
29. Jelčić O.: Izlučna i razlučna prava na nekretninama u stečajnom postupku, u: Jelčić, O. (ur.), Nekretnine kao objekti imovinskih prava, Narodne Novine, Zagreb, 2006.
30. Johnsson, H.: Ipso Facto Clauses Some Legal and Economic Aspects on Opting Out of Bankruptcy Master Thesis, Faculty of Law Lund University, 2000.
31. Jovanović, N.: Ocena i sitne greške zakona o stečaju, Pravo i privreda, br. 7-9/2010.
32. Kamp, A.R.: Downtown Code: A History of the Uniform Commercial Code 1949-1954, Buffalo Law Review, Vol. 49/2001.
33. Kettering, K.C.:¹ Harmonizing Choice of Law in Article 9 with Emerging International Norms, Gonzaga Law Review, vol.46/2010-11.
34. Kieninger, E.M., Graziadei, M.: Security Rights in Movable Property in European Private Law, Cambridge University Press, 2004.
35. Kümpel, S.: Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Auflage, Verlag Dr. Otto

- Schmidt KG, Köln, 2000.
36. Lawrence, L., Bradley, H.L.: Lawrence's Anderson on the Uniform Commercial Code Third Edition, Volume 4C §§ 2A-101 to 2A-407, Thomson West, 2010.
 37. Linkert, F.: Insolvenzzrechtliche Risiken bei Asset-Backed Securities, vdp-Schriftenreihe, Band 36, Berlin 2008.
 38. Maggs, G.E.: Karl Llewellyn's Fading Imprint on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code, University of Colorado Law Review, Vol.71, No.3/ 2000.
 39. Marotzke, W.: Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht, Juristenzeitung, Vol. 50, Nr. 17/1995
 40. McCormack, G.:² Secured Credit under English and American Law, Cambridge University Press, 2004.
 41. Müller, W.: Das U.S.-amerikanische Leasingrecht nach Art. 2A Uniform Commercial Code, Gabler Verlag, Deutscher Universitäts-Verlag, Wiesbaden, 1995.
 42. Palandt, O.: Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2008.
 43. Pape, G.: Uhlenbruck, W.: Insolvenzrecht, Verlag C.H. Beck, München, 2002, Rn. 660.
 44. Peden, J. R.: The Treatment of Equipment Leases as Security Agreements Under the Uniform Commercial Code, 13 Wm. & Mary L. Re 110 (1971).
 45. Pound R.: Jurisprudencija, knjiga II, (prevod: Krstić, Đ., Vračar, S.), Službeni List SRJ, Beograd, 2000.
 46. Radović, V.:¹ Dileme u vezi s pojmom neizvršenim ugovorima dvostranoobveznih ugovora u stečaju, Pravo i privreda, br. 5-8/2009.
 47. Radović, V.:² Ograničenja prava stečajnog upravnika na izbor u vezi sa dvostranoobaveznim ugovorima, u: Stečaj i privatizacija, VI Tradicionalno savetovanje pravosuđa „Vršac 2009“, Beograd, 2009.
 48. Rakob, J.: Ausländische Mobiliarsicherungsrechte im Inland: Substitutionsfragen am Beispiel des US-amerikanischen Sicherungsrechtes nach Artikel 9 UCC, Universitätsverlag C. Winter Heidelberg, 2001.
 49. Röver, J.H.: Comparative Principles of Security Interests: Secured Debt and Charged Property, King's College London, 2004.
 50. Schrot, P.W.: Financial Leasing of Equipment in the Law of the United States, Uniform Law Review, Vol. 16, Issue 1-2/2011.
 51. Smid, S.: Grundzüge des Insolvenzrechts, 3., völlig neu bearbeitete Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1999.
 52. Spasić, S.: Pre rask kao šansa za srpsku privredu, Pravo i privreda, br. 7-9/2010.
 53. Spasić, S.: Procesno-pravne posljedice otvaranja pokretanja (otvaranja) stečajnog postupka, u: Zbornik radova „Harmonizacija stečajnog prava i novi zakon o stečajnom postupku“, Pravni Fakultet u Nišu, 2005.

54. Stefanović, Z.: Kompanijsko pravo, peto izdanje, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd, 2010.
55. Stevanović, M.: Priručnik za stečajne upravnike, USAID, Beograd, 2005.
56. Tešić, N.: Registrovana zaloga, „Službeni glasnik“, Beograd, 2007.
57. Tratnik, M.: Pridržek lastninske pravice v primerjalnem pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Mariboru, vol. 6/2010.
58. Várady, E.: Secured Transactions and the Leasing Industry – A comparative analysis of the US and Serbian Leasing Industry and Legal Framework, Central European University Budapest, 2009.
59. Vasiljević, M.: Poslovno pravo, šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1999.
60. Velimirović, M.: Građanskopravni režim reorganizacije stečajnog dužnika, Pravni život, br. 12/2009.
61. White, J.J., Summers, R. S.: 2 Uniform Commercial Code, 5th end, St Paul, Minn., West Group 2000.
62. Wieling, H.J.: Sachenrecht, Fünfte, überarbeitete Auflage, Springer Verlag, Berlin - Heidelberg, 2007.
63. Winick, K. S.: Executory Contracts and Unexpired Leases, Chapter 8 of Personal and Small Business Bankruptcy Practice in California, CEB 2003.

Jozo Čizmić, Ph.D., Full Professor

Faculty of Law, University in Split

Alena Huseinbegović, Ph.D., Associate Professor

Faculty of Law, Dzemal Bijedic University of Mostar

Alaudin Brkic, Ph.D., Assistant professor

Faculty of Economics, University of Zenica

CONFRONTATION THE LEGAL POSITION OF THE FINANCIAL LESSOR ON MOVABLES PROPERTY IN THE BANKRUPTCY OF THE FINANCIAL LESSEE

Abstract: In this paper, the subject of the research was managed by a subsequent invitation by the national leasing industry for critical review of the existing degree of protection of financial lessors on movables property in entity bankruptcy regulations in BiH. The bankruptcy treatment of the financial lessors on movables property, in the case of the bankruptcy of the lessee, has been subjected to more than a decade, with the identical bankruptcy treatment applicable to lease contracts on movables property. All the constellations of financial leasing contracts on movable property in the bankruptcy of lessee, analogous to solutions taken from the german insolvency law, are qualified by lease contracts. In the wake of this, the observation of the legal position of the financial lessors on movables property in relation to lessee as bankruptcy debtors, and not vice versa, is also taken as a starting point in this paper to critically consider the adopted solutions in entity bankruptcy law in BiH, and implement responding to conclusions and formulate proposals for improvement based on adopted reference solutions in comparative bankruptcy systems and international bankruptcy practice.

Key words: special ownership right, preliminary bankruptcy proceedings, termination clauses, temporary bankruptcy administrator, bankruptcy administrator, right of choice, request for exclusion, moratorium, substitution exclusion.

KORIJENI EVROPSKE PRAVNE TRADICIJE, KAO PODLOGA MODERNIM PRAVNIM SISTEMIMA

Sažetak: Ključni problem historije evropskih i mediteranskih naroda, svoje korijene vuče još iz feudalnih institucionalnih okvira. Upravo iz različitih institucionalnih i duhovnih okvira, postepeno su se razvila tri kulturno-politička kruga. Zapadnoevropska katolička civilizacija nastala je na ekonomskim i kulturnim tradicijama antičkog Rima u simbiozi sa običajima i shvatanjima prava i pravde osvajačkih germanskih plemena. Bizantsko-pravoslavni kulturni krug se stvarao postepeno, evolutivnim preobražajem društvenih odnosa Istočne rimske imperije, a treća velika feudalna civilizacija, dakle arabljanska, odnosno arapsko-islamska, nastala je direktno iz klanskoplemenskog uređenja uz poseban idejno-kulturni faktor-islam. Pojedini istaknuti pravni historičari odvajaju i Osmansko carstvo, imperiju koja se prostirala na tri kontinenta, kao posebnu kulturno-civilizacijsku tradiciju, gdje se državno uređenje oslanjalo na čvrstu povezanost feudalnog posjeda sa vojničkom organizacijom. U radu se apostrofira činjenica, da se pored izrazitog pravnog partikularizma, koji je nekad preovladavao u dominantnom personalnom obliku, a u pojedinim periodima u teritorijalnom, kroz stoljeća, u svim kulturnim tradicijama, razvijala potreba kodifikovanja običaja i unifikacije prava, odnosno dokidanja pravnog partikularizma, između ostalog, a i naročito, radi olakšavanja poslovnog i pravnog prometa, postizanja zajedničkog tržišta, odnosno, uopšte, osiguranja pravne sigurnosti. Na temeljima *ius commune*, satkanom od kanonskog i rimskog prava, te kao rezultat epohe prosvjetiteljstva i izraz pozitivističkog pristupa pravu, nastaju kasnije kodifikacije, manifestujući težnju ka pojednostavljenju pronalaženja primjenjive pravne norme i ujednačenju prava na određenoj teritoriji.

Ključne riječi: kulturno-politički krugovi, personalni pravni partikularizam, teritorijalni partikularizam, unifikacija prava, običajno pravo, zbornici, kanune, zakonici.

1. Uvodne napomene

Sve tri kulturne tradicije, na kojima počiva civilizacija evropskih i mediteranskih naroda, u prvim stoljećima svoga postojanja, imale su feudalne karakteristike. Dakle za zapadnoevropski kulturni krug, bizantsko-pravoslavni, te arapsko-islamski, zajednička je činjenica da je čovjek pojedinac u potpunosti bio sputan

vezama zajednice i imao je tačno određeno mjesto u nametnutoj, staleški ustrojenoj feudalnoj anarhiji, te je opstajao pripadajući određenom staležu. Što se tiče svih ostalih društvenih aspekata i institucionalnih elemenata, ove tri tradicije se bitno razlikuju i čine društvenopolitički i kulturni evropsko-mediteranski mozaik. Naravno, razni uticaji i međuticaji su postojali, preplitali su se kulturni i politički interesi, ostvarivani međusobnom trgovinom, raznim diplomatskim vezama, ali i krstaškim ratovima, arapskim osvajanjima, te Rekonkvistom, to jest borbom španskih vladara za istiskivanje Maura i uopšte muslimana sa Pirinejskog poluostrva.

Znatne razlike su postojale čak i unutar određenog civilizacijskog kruga, s obzirom na regionalni prostor i različite etnicitete koji su imali svoju kulturu, tradiciju i običaje.

Za zapadnoevropski feudalizam karakteristična je simbioza već iziviljenih robovlasničkih elemenata Zapadne rimske imperije sa običajima i uređenjima osvajačkih germanskih plemena, a opšta karakteristika prava bio je njegov partikularizam, i po personalnom i po teritorijalnom principu, dakle, pravo je bilo uslovljeno društvenim slojevima i grupama, u pretežnoj mjeri je bilo običajno, a tek u izvjesnim periodima razvitka, zakonsko pravo dobiva veće značenje. Posebno mjesto postepeno zauzima statutarno pravo, naročito u Italiji, te gradsko pravo i drugih evropskih zemalja, kao što su prava sjevernonjemačkih gradova i primorskih dalmatinskih gradova. Crkva je počela sticati veliki ugled i uticaj kršćanstva se širio, pogotovo kako je u Rimu postalo državnom religijom, 353. godine. Kroz historiju su se, između crkve i države, na neki način mogli bi reći, vodili stalni vidovi pokušaja preuzimanja jurisdikcije nad najosjetljivijim sferama ljudskog društva, pa tako Crkva i preuzima pitanja braka, porodice, starateljstva i testamenta. Formulisanjem klasičnog kanonskog prava i oživljavanjem rimskog prava istovremeno, postepeno se stvara *ius commune*, kao opšte srednjovjekovno pravo evropskih kontinentalnih zemalja.

Istočno rimsko carstvo nastavlja svoj život i poslije diobe, 395. godine, i laganom evolucijom prelazi u novu srednjovjekovno-orijentalnu civilizaciju. Uzroci životnosti Bizantije, temeljili su se između ostalog i na činjenici da je Bizant obuhvatao ekonomski razvijenije oblasti, Grčku, Malu Aziju, Siriju, Egipat, koje su imale izrazito razvijene trgovinske veze sa Sjevernom Afrikom, Arabijom, Iranom, Indijom, te uz to i naslijeđenu simbiozu rimskih, grčkih i istočnjačkih tradicija. Pravo su uglavnom sačinjavali carski zakonodavni akti, koji su se u početku nazivali *novellae*, dok od kraja VII stoljeća, nose grčki naziv *nomos*. U odnosu na naslijeđeno rimsko pravo, prilično se mjenjaju bračno i porodično pravo, brak dobiva crkveno obilježje i pravila, te crkveni sudovi proširuju svoju nadležnost, a u pravo inače, uvode se kršćanska načela.

Treći kulturni krug je nastao među Arabljanima u VII stoljeću, a karakteristično obilježje mu daje poseban idejno-kulturni faktor, islam. Učenje o pokornosti jednom Bogu, nasuprot mnogobožačkim kultovima različitih plemena, sadržavalo je i konkretne odredbe ekonomskog značaja, kao što je strogo zabranjeno

zelenaštvo koje se odvaja od ekonomije. Svjetovno pravo islamskih vladara, tzv. kanune, primjenjivalo se samo na teritoriji države koja ih je donijela, i ono se može mijenjati, dok je vjersko pravo-fikh, imalo nepromjenljiv, sakralan i univerzalni karakter, s obzirom na to da se primjenjivalo svugdje gdje žive muslimani. Striktno govoreći, samo za fikh se može reći da je šerijatsko pravo, kao put koji Bog ukazuje ljudima u životu. U odnosu na Bizant i Zapadnu Evropu, gdje je položaj pojedinca u pravu zavisio od njegove staleške pripadnosti, za islamsko pravo je karakteristično da nije priznavalo nikakve privilegije staleškim grupama i pojedincima. Islam je tolerisao pripadnike monoteističkih religija, kršćane i jevreje, strogo ih odvajajući od pagana ili idolopoklonika, smatrajući da ispovijedaju religiju otkrovenja, odnosno imaju knjigu otkrovenja, pa se nazivaju kitabijama.

S obzirom da se feudalizam razvijao u dugom vremenskom razdoblju i rasprostirao se na geografski širokom prostoru, neki autori odvajaju kao poseban i osmanlijski feudalizam, koji karakteriše „čvrsta povezanost feudalnog posjeda sa vojničkim uređenjem i državnom organizacijom“¹. Vrhovno pravo svojine na državnoj zemlji (erazi miri), pripadalo je sultanu, koji je personificirao državu i koji je isključivo disponirao državnom zemljom, te je dodjeljivao kao feude, prvenstveno vojnicima, tako da je karakteristično za osmanlijski feudalizam, nepostojanje sistema hijerarhijski vezanih ljestvica. Feudalcu su dobijali posjed od sultana i bili su vezani za njega, a on je nastojao da drži u razumnim granicama njihova prava i ovlaštenja, vodeći računa o interesima državne cjeline.

2. Specifičnosti zapadnoevropskog feudalizma i partikularizacije prava

Kao nova društvenoekonomska formacija, feudalizam se rasprostirao kroz skoro četrnaest stoljeća, smatra se da nastaje krajem V stoljeća, prodorima barbara na prostore rimske robovlasničke države, te traje do XVIII stoljeća, do velike Francuske buržoaske revolucije. Naravno, feudalizam se mijenjao prateći razvoj proizvodnih odnosa i odgovarajućih proizvodnih snaga, te se odvajaju tri etape u njegovom razvoju. Smatra se da je prva etapa, rani feudalizam, trajala od V do X stoljeća, druga etapa, razvijeni feudalizam, od X do XII, odnosno XV stoljeća, a treći period je trajao do XVIII stoljeća. Za svaki ovaj period razvio se specifični oblik države, tako da prvoj etapi odgovara patrimonijalna država, u drugoj etapi se razvila staleško-predstavnička monarhija, a u kasnom feudalizmu apsolutistička monarhija.

U stvari, svojim prodorom, barbari samo nastavljaju procese koji su uveliko trajali i koji su se kratali u pravcu vraćanja Evrope na primitivne odnose prirodne privrede. Kao pretača feudalnim odnosima, javlja se kolonati, tokom IV i V stoljeća, koloni su sve više vezani za zemlju, te se postepeno, privatno-pravni, ugovorni odnos, pretvara u nametnuti, neslobodni javnopravni odnos. Premda je kolon u

¹ Raifa Festić, Opća historija države i prava, Sarajevo, Studentska štamparija Sarajevo, 1998, str. 99.

odnosu na krupnog zemljoposjednika(latifundistu), bio slobodan čovjek,država mu je oduzela slobodu napuštanja latifundije, te je tako zakupac postajao kmet, odnosno, zavisni seljak.

Tako su se, kao pretače feudalnih odnosa, razvile specifične kasnorimske institucije, prekarijum, patrocinijum, te beneficijum.Za prekarijum je karakteristično da je pojedinac koji je ostao bez zemlje, a htio je da živi od svog rada,dobijao od vlasnika zemlje jednu dionicu, uz obavezu naknade u naturi ili kuluku, te kako se obraćao molbom(precaria), ovaj pravni odnos je i dobio ime. Kako smo već ranije spomenuli, u početku je to čisto privatno-pravni odnos, da bi postepeno prerastao u nasljedan i postajao kolonat.U periodu sve češćih barbarskih napada,te opšte krize Carstva, razvila se institucija patrociniuma, posebno patrocinium vicorum,to jest zaštita sela, gdje krupni zemljoposjednici pružaju svojom privatnom vojskom oružanu zaštitu sitnim posjednicima,kao i selima.Tako su ovi gubili samostalnost i postajali koloni, odnosno neka vrsta vazala svojih patrona-seniora. U vidu fiskalnog plodouživanja, javlja se i beneficijum, kao nagrada koju su država ili neki bogati zemljoposjednik davali pojedincima u obliku naknade za vršenje određene službe, te se među njima uspostavlja postepeno feudalni sistem senioriteta i vazaliteta².

Za razliku od antičke buržoaske privatne svojine, feudalna svojina ima svoju hijerarhijsku strukturu, uspostavljen je novi baštinski sistem, svi zemljišni sopstvenici bili su povezani hijerarhijskim odnosima.U tako strogo uspostavljenoj pravnoj stratifikaciji, vrhovno pravo svojine(dominium eminens), nad cjelokupnim zemljištem, pripadalo je vladaru, feudalnom posjedniku je pripadala direktna ili neposredna svojina(dominium direktum),dok su kmetovi imali ograničeno sopstveničko pravo, odnosno svojinu korištenja(dominium utile)³. Ovi se odnosi zasnivaju na principu feudalnog ugovora, tako da su niži feudaleci prema svom sizerenu bili u odnosu jedne ugovorne strane prema drugoj. Daleko od toga da se radi o ravnopravnom ugovornom odnosu, sizeren je mogao bez saglasnosti vazala prenijeti zemlju, to jest svoje pravo na drugog sizerena, pod uslovom da novi sizeren zauzima njemu ravno ili više mjesto u hijerarhiji.⁴ Pravo vazala se smatralo pravom sopstvenika, a vazalova osnovna obaveza bila je pružanje vojne pomoći sizerenu uz niz drugih obaveza, dok je sizeren bio dužan da brani ličnost i imovinu vazala, da mu pruža sudsku zaštitu i brine se o maloljetnoj djeci u slučaju njegove smrti.Inače,ako vazal nije imao nasljednika, sizeren je raspolagao feudom.Ako vazal nije vršio svoje obaveze, gubio bi feudalni posjed, a u slučaju da sizeren ne izvršava obaveze iz ugovora, to bi povlačilo gubitak feuda, s tim da je feudalni ugovor imao lični karakter, te u slučaju smrti jedne od strana, morao bi se obnavljati. Feud je bio određena administrativno feudalna jedinica, feudalac je na svom feudu vršio sve funkcije vlasti, a ekonomsku nejednakost pratila je i pravna

2 Vidjeti šire: Mustafa Imamović, Predavanja iz opće povijesti prava i političkih institucija, Sarajevo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2005., str.59.- 61.

3 Vidjeti: Raifa Festić, n.dj.str.101, Mustafa Imamović, n.dj. str. 61, Dževad Drino, Komparativna pravna historija, vlastito autorsko izdanje, Zenica 2016. str.100.

4 Raifa Festić, n. dj., str.102.

nejednakost.⁵ Stanovništvo je bilo podjeljeno u staleže, kao zatvorene društvene grupe uže od klase, pa su se uglavnom formirala dva staleža, plemstvo, kao stalež svjetovnih feudalaca, i sveštenstvo, kao stalež crkvenih feudalaca. Postepeno će se, dolaskom gradova, formirati i treći stalež u koji je pored građana ulazilo i svo ostalo stanovništvo-nefeudanci.

Kao što je već istaknuto, za rani feudalizam karakteristična je patrimonijalna država, s obzirom da vladar vrši patrimonijalnu vlast, te tako ima tzv. ius patrimonium, dakle gospodari cjelokupnim feudalnim područjem. Razvila su se dva tipa ranofeudalnih država, one koje su nastale evolutivnim preobražajem suprotnosti robovlasničkog poretka (kao što je bizantijska država o kojoj će kasnije biti riječi), te one koje nisu prošle prethodni robovlasnički poredak, nego su nastale spajanjem rodovskoplemenskog uređenja sa elementima već izživljene ranije robovlasničke države.

Tip staleške monarhije se razvija u Zapadnoj Evropi, u fazi razvijenog feudalizma. Formirani staleži obrazuju staleško-predstavničko tijelo koje nastoji ograničiti vladara u njegovoj vlasti. Slabe veze između centra i periferije države, između ostalog dovode i do slabljenja centralne državne vlasti i jačanja feudalaca. Tako se već u XIII stoljeću stvaraju staleško-predstavnička tijela, kao što je parlament u Engleskoj i Državni stalež u Francuskoj. Katolička crkva dobija sve veću političku vlast, a svojim duhom, svakako već prožima zapadnoevropsko feudalno društvo. O moralno-političkom uticaju crkve u ovom periodu, profesor Imamović ističe: „U tom društvu utonulom u mrak neznanja, crkva je jedina održavala dva neophodna instrumenta kulture: čitanje i pisanje, pa su vladari prisiljeni da iz njenih redova uzimaju kancelare i notare čijih se usluga nisu mogli odreći. Crkveni posjedi su i brojniji i prostraniji nego posjedi svjetovnog plemstva.“⁶ Postepeno su crkvene službe postajale ne samo vjerske nego i svjetovne. Katolička crkva i rimski papa, sve više dokazuju primat duhovne vlasti nad svjetovnom te nužnost potčinjavanja feudalnih vladara papi.⁷

U kasnom feudalizmu počinje preovladavati apsolutna monarhija. Postepeno je sve jači uticaj građanstva, a feudalna oligarhija slabi, ujedno se i gubi partikularizam, to jest, država se centralizuje i dobiva karakter apsolutističke monarhije. Smanjuje se i dominikalna vlast feudalaca, a jača birokratski aparat. S obzirom da važno mjesto dobiva policija, ovakva država se naziva i policijskom.⁸

5 „Privredna moć plemstva imala je koren u feudalnim imanjima, na kojima su plemići uživali imunitete. Upravni imunitet omogućavao im je da svojim imanjem upravljaju kako žele, sudski da presuđuju sporove svojih feudalnih podložnika, a finansijski da budu oslobođeni svih dažbina, osim onih srazmerno malobrojnih koje bi dugovali samoj kruni u pojedinim prilikama. Iz privredne, izvirala je politička moć plemstva, koja se ugledala u činjenici da je plemstvo predstavljeno u skupštini državnih staleža“ (Dragoljub M. Popović, Opšta pravna istorija, stvaranje moderne države, treće izdanje, Margo-art, Beograd, 1999., str.11.).

6 Mustafa Imamović, n.dj.str.65

7 Više o tome: Eduard Kale, Povijest civilizacija, IP Školska knjiga, Zagreb 1991. str.137.-141.

8 Raifa Festić, n.dj., str.105.

Brojna germanska plemena, kao osvajači Rima, formiraju i brojne barbarske države, a doći će i do prvih seoba slavenskih plemena, dakle, procesom feudalizacije u Evropi u srednjem vijeku, bili su zahvaćeni germanski, romanski i neki slavenski narodi. Naravno da će različiti modeli feudalnih odnosa, obilježiti srednjovjekovne države i civilizacije. Specifičnosti razvoja države, pratiće i karakteristični pravni sistemi, s obzirom na sinhronost i komplementarnost ovih društvenih pojava. Već je ranije istaknuto da, za razliku od rimskog koncepta vlasništva, feudalni oblik vlasništva nije jedinstven, jer ovlaštenja koja iz njega proizilaze, nisu skoncentrisana u rukama jednog sopstvenika, što će, naravno, itekako uticati na razvoj prava feudalne države. U ranom feudalizmu, vlasništvo je predstavljalo izvor političke moći, dok je u razvijenom feudalizmu pravo vlasništva dobilo nove oblike, javlja se i takozvano fiducijarno vlasništvo, podrazumijevajući vlasništvo koje je bilo prenošeno sa sopstvenika na drugo lice koje bi imovinu upotrebljavalo po upustvima vlasnika imovinskih dobara, najčešće nepokretnosti, odnosno zemljišta⁹. Za kasni feudalizam je karakteristično da je najvažniji oblik vlasništva predstavljalo vlasništvo nad nepokretnostima, a uz to su i dalje opstajali svi prethodni glavni oblici (feudalno, seljačko i gradsko vlasništvo). Ovo ističemo zbog činjenice da je, kao pravni izraz za ekonomski proces prisvajanja, vlasništvo temeljni i centralni institut svakog pravnog poretka, ono daje osnovnu karakteristiku društvenom uređenju, od načina njegovog regulisanja, zavisiće u stvari i društvenopolitički sistemi i državni oblici evropske pravne tradicije.

Tako je i opšta karakteristika prava u feudalnom periodu zapadnoevropske pravne tradicije, njegova partikularizacija, po personalnom i teritorijalnom principu. Kako je postepeno dolazilo do gašenja robnonovčanih odnosa, dolazi do vraćanja na naturalnu privredu, poslovni duh se gasi, a novac se skoro u potpunosti gubi iz upotrebe. U svom vulgarizovanom obliku, rimsko pravo se zapisuje u zbirke, pa su tako nastali barbarski zbornici rimskog prava (*leges romanae barbarorum*), koji su važili za Rimljane, Galorimljane i ostalo zatečeno stanovništvo, starosjedioce, nakon propasti Zapadnog rimskog carstva, 476. godine. Tako će nastati kompilacije pravičkog prava (*ius*) i carskih konstitucija (*leges*), od kojih bi istakli *Codex Eurici*, *Edictum Theodorici*, *Lex Romana burgundiorum*, *Lex Romana Wisigothorum*.¹⁰

Personalni princip važenja prava dominira ranom fazom zapadnoevropskog feudalizma. Došlo je do određene fragmentacije prava u vidu njegove „partikularizacije na načelima rodovsko-plemenskog personaliteta“¹¹. Pravo je bilo uslovljeno društvenim slojevima i grupama, u pretežnoj mjeri je bilo običajno, a tek je u izvjesnim periodima razvitka, zakonsko pravo dobilo veće značenje. U Franačkoj je, recimo, pravni partikularizam bio izražen i to u obliku

9 A. Vajs/LJ. Kandić, *Opšta istorija države i prava*, dvanaesto izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1984. str. 135.

10 Vidjeti: Mirela Šarac-Zdravko Lučić, *Rimsko privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2006, str. 40.-42, Raifa Festić, n.dj. str. 106, Mustafa Imamović, n.dj. str. 70.-71, Dževad Drino, n.dj. str. 108.-109.

11 M. Imamović, n.dj., str. 70.

etničkog personaliteta. Svaka etnička grupa je imala svoje pravo. I već spomenuto, vulgarno rimsko pravo, trpi uticaje bliskih germanskih plemenskih prava, te uticaj franačkog državnog prava, a također će i međuticati razna germanska prava, koja će svakako opet, pretrpjeti nanose i samog rimskog prava¹². Svaki pojedinac je imao pravo po kojem živi i to pravo ga je slijedilo gdje god da ide. Tako bi sudija, strankama koje mu se obrate, prije početka procesa, obavezno postavljao pitanje sub qua lege vivis-po kojem zakonu živi¹³. U tom smislu, autor Karčić ističe: "Personalitet shvatanja i važenja prava otvorio je problem sukoba prava u Franačkoj državi i potakao iznalaženje mehanizma njegovog rješavanja."¹⁴ Tako će doći do kodifikovanja različitih plemenskih i etničkih prava, te nastaju zbornici barbarskog običajnog prava, leges barbarorum, od kojih bi istakli zakon salijskih Franaka, Lex Salica, zatim zakon ripuarskih Franaka, Lex Ripuaria, te Lex Burgundiorum, Lex Wisigothorum, Lex Langobardorum i dr. Crkva je, prilično bezuspješno nastojala da potisne neka načela germanskog prava, da krvnu osvetu zamijeni načelom novčane naknade (kompenzacije), da se ograniči vansudska nagodba stranaka, da subjektivni elemenat odgovornosti poprimi veće značenje. Sve je više prisutna razlika između dolusa i pomanjkanja dužne pažnje, a ponekad je za odgovornost bilo dovoljno postojanje same zle namjere, te je konačno, na određivanje kazne uticao i objekat protivpravne radnje i težina posljedica.¹⁵

U periodu razvijenog feudalizma, postepeno se potiskuje partikularizam po personalnom principu, a sve je rasprostranjeniji teritorijalni princip važenja prava. Raspadom Franačke, na njenoj teritoriji nastaju Francuska, Njemačka i Italija. U Njemačkoj je opće pravo regulisalo odnose prema crkvi i feudalcima, te nastaju konkordati. Kasnije se razvila pravna rascjepkanost u okviru velikih feudalnih područja, tzv. „zemlja (Land), te u okviru gradova i manjih mjesta, tako da se govorilo i o „pravu u zakonima“. Došlo je i do toga da se ustanovi pravilo da pravni običaji najmanjeg mjesta derogiraju gradsko običajno pravo, ovo opet da derogira zemaljsko, a zemaljsko običajno pravo je imalo prednost pred općim carskim pravom.¹⁶ Upravo zbog slabe centralne vlasti, delikti su recimo u Njemačkoj, dugo zadržali privatnopravni karakter, tako da se gonjenje okrivljenog smatralo ličnom stvari oštećenog, pa je usljed nesigurnosti sudske zaštite, oštećeni imao pravo da se štiti putem tzv. „prava pesnice, koje se zadržalo čak sve do XVI vijeka¹⁷. Nasuprot tome, u Francuskoj su delikti rano izašli iz privatne sfere, većina krivičnih djela se gonila po službenoj dužnosti, a sama

12 Više o tome, Šefko Kurtović, Opća povijest prava i države I. Knjika Stari srednji vijek, III izmjenjeno izdanje, autor i Pravni fakultet u Zagrebu, 1994. str. 160.-162.).

13 Mustafa Imamović, n.dj., str. 70.

14 Fikret Karčić, Komparativna pravna historija, predavanja i pravni tekstovi, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007. str. 100.

15 Šefko Kurtović, n.dj. str. 165.-166.

16 R. Festić, n.dj. str. 107.

17 M. Imamović, n.dj. str. 73.

krivica je subjektivizirana, odnosno, utvrđivala se vinost delikventa, mada ovo načelo subjektivne odgovornosti nije primjenjivano dosljedno¹⁸.

Upravo u Njemačkoj i na istoku Francuske, nastao je poseban tip seoske organizacije koji se naziva marca, poznata kao germanska marka, kojom se upravljalo po mjesnim običajima, proisteklim iz barbarskih prava, te se stvarala prava kolektivna svojina, a vijeće stanovnika je obezbjeđivalo njenu administraciju. Inače, jači uticaj rimskog prava postojao je na jugu (Provansa, Italija), dakle u zemljama pisanog prava, dok su na sjeveru preovladavali običaji. U srednjovjekovnoj Italiji je postojalo odsustvo opštih pravnih izvora. Ipak, Peter Stein ističe da je razina pravnog znanja bila najviša u Italiji, ali da je Crkva donijela određeno poznavanje rimskih pravnih pojmova čak i u najudaljenije dijelove Evrope.¹⁹ Treba naglasiti da je i pored već spomenute i opštevažeće feudalne rascjepkanosti, u pitanjima braka, porodice, stvarima zakletvi, Katolička crkva preuzela jurisdikciju nad stanovništvom cijelih država, pa i regija.

U trećoj etapi zapadnoevropskog feudalizma, konačno će opšte pravo jačati i nadvladati i jedan i drugi princip partikularnog važenja prava, a javljaće se u feudalnim državama u različitim formama, dakle kao običajno i zakonsko, kao i u različitom opsegu, odnosno, kako u kojoj regiji, negdje je regulisalo veći, a negdje manji broj društvenih odnosa. Gradovi su postepeno dobivali pravo da izdaju vlastite statute, pa se počelo razvijati i statutarno pravo, pogotovo u Italiji. Počela su se razvijati i gradska prava drugih evropskih zemalja, kao što su gradska prava sjevernonjemačkih gradova te primorskih dalmatinskih gradova. Kao začetak trgovačkog prava, već u XI stoljeću nastaje *ius mercatorum*, kao skup odredbi nastalih u praksi, u vidu internacionalnih običaja, koje su trgovci upotrebljavali pri svojim poslovima. Međutim, pošto ovi običaji nisu bili ozakonjeni, trgovci se nisu mogli na njih pozivati pred postojećim sudovima, te su sami izabrali sudije koji će presuđivati njihove sporove. Ovo njihovo prigodno sudstvo će uskoro biti priznato od strane javne vlasti, pa su gradovi dobili tako svoju sudsku autonomiju, a ubrzo i upravnu, s obzirom da tokom XII stoljeća, sopstvenim snagama osnivaju svoju gradsku upravu. Gradsko vijeće i gradonačelnik, svoju službu počasnno obavljaju, građani putem poreza solidarno snose gradske izdatke, tako da je porez ponovno dobio javni karakter, koji je izgubio u feudalnom periodu.²⁰

Što se tiče samog ujednačavanja prava i pokušaja dokidanja pravnog partikularizma u zemljama zapadnoevropskog feudalizma, kao poseban i rijedak integrativni faktor, ističe se Katolička crkva²¹. O uticaju kršćanstva na pravo, autor Stanojević, između ostalog ističe: "Tek će u srednjem vijeku nastati stanje kada je religijom

18 Isto

19 Peter Stein, Rimsko pravo i Europa-Povijest jedne pravne kulture, Golden marketing-Tehnička knjiga, Zagreb, 2007. str. 50.

20 M. Imamović, n.dj., str. 130.

21 F. Karčić, Moderne pravne kodifikacije, predavanja i zakonski tekstovi, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006. str. 16.-17.

sve počinjalo i sve završavalo²². Kanonistička tradicija, u periodu od dvanaestog do četrnaestog vijeka, kako ističe autor Karčić, doživljava svoje „klasično doba“. U mnogim evropskim regijama, u pitanjima braka, porodice, starateljstva, testamenta, jurisdikciju je preuzela Katolička crkva, kanonsko pravo postaje ravnopravno svjetovnom pravu. Kanonistički pravници, kao predstavnici nauke, i pape kao zakonodavci, doprinose da kanonistička tradicija prerasta u cjelovit pravni sistem. Oko 1140., Ivan Gracijan, redovnik i profesor prava u Bolonji, objavljuje djelo *Concordia discordantium canonum* (Sloga nesložnih kanona), kao zbirku tekstova, kojoj je cilj bio izgladiti očite protivrječnosti u crkvenim pravnim tekstovima. Za razliku od ranije prakse, ova zbirka sadrži brojna objašnjenja, te su je kanonisti ubrzo prihvatili kao „primjerenu osnovu za komentare na način glosatora.“²³ Ova kompilacija, kasnije nazvana *Decretum Gratiani*, postaje sastavni dio službenog izdanja zbirke kanonskog prava *Corpus iuris canonici*, koje aludira na Justinijanovu kodifikaciju, a izdaje je papa Grgur XIII, 1580. Tako će u Evropi, paralelno teći dva procesa, proces formulisanja klasičnog kanonskog prava i oživljavanja rimskog prava, čineći zajedno opšte srednovjekovno pravo (*ius commune*) evropskih kontinentalnih zemalja.²⁴

Treću fazu zapadnoevropskog feudalizma, karakteriše upravo recepcija rimskog prava. Osnovni razlog je ležao u činjenici da se rimsko privatno pravo, izgrađeno oko osnovnih instituta privatne svojine i sa razgrađenim granama stvarnog i obligacionog prava, moglo sa prilagođavanjem primijeniti na nove odnose. Već razrađeni rimski pravni postulati neprikosnovenosti privatne svojine, slobode ugovaranja i oporučnog raspolaganja, pružali su gotove forme za novonastale poslovne odnose koje donosi razvoj trgovine, zanastva, bankarstva i svih oblika novčarskog poslovanja. Sadržajno siromašno feudalno pravo nije moglo odgovoriti potrebama novonastalih odnosa kasnog srednovjekovnog gradskog stanovništva. Kroz djelatnost glosatora i postglosatora, koji su 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. Do recepcije je došlo u područjima Italije, Francuske, Njemačke, Holandije i Škotske, u Italiji i dalmatinskim gradovima, ona se odvijala postupno i posredno, dok je u Njemačkoj, car Maksimilijan I, svojom Naredbom iz 1495, recepciju izričito naredio.²⁵ Tako je rimsko pravo odlično „poslužilo“, robnonovčanim odnosima i građanskom staležu u nastajanju, pa autor Stanojević ističe: „Politički trijumf buržoazije bio je i trijumf rimskog prava. Zbog ovog naziva *ius civile* (što u starom Rimu znači: pravo građana grada Rima) dobija novo značenje-civilno pravo počinje značiti: imovinsko, privatno, građansko pravo u širem smislu“²⁶. Premda je

22 Obrad Stanojević, *Rimsko pravo*, bosanskohercegovačko izdanje, Magistrat, Sarajevo, 2000. str.89.

23 Peter Stein, n.dj., str.59.-60.

24 F. Karčić, n.dj.str.17.

25 Peter Stein, n.dj.str.97

26 O.Stanojević, n.dj.str.106.

u Engleskoj recepcija rimskog prava zabranjena Mertonskim statutom 1236., te je izgrađen sistem opšteg prava(common law),prilično različit od evropskog, od XIV stoljeća pa nadalje, došlo je do određenih oblika recepcije rimskog prava kroz sistem pravičnosti(equity law).Pravila equitya su svoju inspiraciju našla u rimskom-kanonskom pravu.

Recepciju su inače pomagali srednjovjekovni vladari, carevi u Njemačkoj su recimo, pomagali recepciju iz objektivnih razloga, a i iz subjektivnih težnji, smatrajući se, kao carevi „Svetog Rimskog Carstva Njemačke Narodnosti“, nasljednicima rimskih careva.²⁷Tako će postepeno, Justinijanovo rimsko pravo, u obliku koji su mu dali glosatori i postglosatori,potisnuti domaća partikularna prava i ponovno postati važećim pravom u većini država srednje i zapadne Evrope.²⁸Evropsko srednjovjekovno pravo, dakle, počiva u stvari na ovim dvjema važnim komponentama, kanonskom pravu i recipiranom rimskom pravu.Naravno da je rimsko pravo dopunjavano i prilagođavano potrebama određenih kultura, tradicija i običaja, potrebama određenih društvenopolitičkih okolnosti u zemljama njegove primjene. Pravnici koji su ga dopunjavali i prilagođavali, nazivaju se kameralisti ili pandektisti, a pravo koje je stvoreno na ovakav način naziva se pandektnim pravom.“Ovakav se način pristupa rimskom pravu naziva usus modernus Pandectarum, tj. savremena upotreba Pandekta ili pandektistika“.²⁹

Na temeljima Pandecta ili Digesta, kako još nazivamo najvažniji dio čuvene Justinijanove kodifikacije(Corpus iuris civilis), nastaje brojne moderne kodifikacije, kao osnove modernih evropskih pravnih sistema.

3.Bizant kao srednjovjekovno-orijentalna civilizacija

Istočnorimskocarstvo,kaomonumentalnacivilizacija,svojevrvhunacéedosećiupravo u doba koje se u Evropi naziva mračnim srednjim vijekom.“Bizantska civilizacija predstavlja simbiozu rimskih, grčkih i istočnjačkih tradicija“.³⁰.Bizantija u srednji vijek ulazi evolutivnim putem, uz održavanje državnopravnog kontinuiteta, još hiljadu godina nakon pada Zapadnog rimskog carstva, sve do pada pod tursku vlast 1453.godine.Dakle, laganom evolucijom, od rimske civilizacije, Bizantija prelazi na novu srednjovjekovno-orijentalnu civilizaciju.U administrativnom pogledu,od civilnih provincija na koje je Rim dijelio državu, prešlo se na nove lokalne uprave-teme, a uporno se zadržavala ideja imperium mundi, dakle, stalno se smatrala nasljednicom Rima.³¹.Justinijan je imao najviše uspjeha u restauraciji Rimskog carstva, tako da je državu proširio na tri kontinenta, te u tom kontekstu smatramo da je potrebno, bar u onim najosnovnijim vidovima, skrenuti pažnju

27 R.Festić, n.dj.str.108.

28 Mirela Šarac, Zdravko Lučić, Rimsko privatno pravo,Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006.str.3.

29 M.Šarac, Z.Lučić, n.dj.str.47.

30 M.Imamović, n.dj.str. 77.

31 R.Festić, n.dj.str.123.

na ovu kulturnu tradiciju, kao poseban dio evropske pravne tradicije. U tom pogledu, autor Stanojević ističe: "Bizantija je bila najciviliziranija država, bar ovog dijela svijeta. Konstantinopolj veličinom i ljepotom nije zaostajao za Rimom iz vremena najvećeg procvata i brojao je vjerovatno blizu milion stanovnika, u vrijeme kada su Pariz, Minhén i London imali jedva 30 000."³² Istočno rimsko carstvo je uspjelo obuzdati barbarsku stihiju, uključiti masu slavenskih seljaka u svoj privredni, fiskalni i vojni sistem, preurediti, kao što je već spomenuto, administrativnu upravu u vojno-administrativnu organizaciju poznatu kao tematsko uređenje. U skladu sa idejom o jedinstvu Carstva, Justinijan je stvarao uslove za jednu državu sa jednim vladarom, jednim zakonom i jednom crkvom. Razvitak države i prava, bitno je oblikovalo istočno kršćansko učenje, narod po svojim pogledima sve više postaje grčki i kršćanski, raskida se i jezička veza između Istoka i Zapada, Istočno carstvo se sve više jezički i etnički oslanjalo na Grčku i zemlje kojima su Grci duhovno ovladali³³. Poznati bizantolog Georgije Ostrogorski, istakao je da su tri osnovna elementa na kojima je izgrađena bizantijska civilizacija: grčko, odnosno helenističko kulturno nasljeđe, rimska državna i pravna tradicija i hrišćanstvo (pravoslavlje).³⁴ Car Teodosije je 395. godine podijelio tadašnja Rimsko carstvo na Zapadno carstvo, sa sjedištem u Rimu, koje je dao sinu Honoriju, a sinu Arkadiju je dodjelio Istočno carstvo sa sjedištem u Konstantinopolju. Početak Bizantije se veže za 330. godinu i cara Konstantina I Velikog (306.-337.), koji je na spoju Evrope i Azije, na mjestu nekadašnje kolonije grčkog polisa Megare-Bizantion, sagradio grad koji je u njegovu čas nazvan Konstantinov, Konstantinopolis, Carigrad, današnji Istanbul.³⁵ Slaveni su ga nazvali Carigrad, grad u kome stoluje „Car“³⁶. Upravo taj spoj evropske i azijske kulturne tradicije, između ostalog, dat će posebne karakteristike ovom bizantsko-pravoslavnom kulturnom krugu.

Kao što je već ranije istaknuto, Bizantija je obuhvatala ekonomski razvijenije oblasti, koje su vodile živu trgovinu sa Indijom, Iranom, Arabijom, te Sjevernom Afrikom. Za razliku od zapadnoevropskih ranofeudalnih država, u kojima je glavna privredna grana bila poljoprivreda, u Bizantiji se privreda razvijala uz trgovinu, zanatstvo, te rudarstvo. No, u toku svog postojanja, Bizantija je bila suočena sa ogromnim poteškoćama, kao što su bili ratovi sa Perzijom, prodor Slavena preko Dunava, muslimanska osvajanja sa Istoka i krstaški pohodi sa Zapada, a u unutrašnjem smislu suočavala se sa feudalizacijom društva, vjerskim sukobima kao što je pokret ikonoboraca u VIII vijeku, te raskol između zapadnog i istočnog hrišćanstva koji se tradicionalno datira 1054. godine³⁷.

32 O. Stanojević, n.dj. str. 106.-107.

33 M. Imamović, n.dj. str. 78.

34 O. Stanojević, n.dj. str. 106.

35 Dž. Drino, n.dj., str. 117.

36 F. Karčić, n.dj., str. 86.

37 Isto

Kako ističe autor Imamović, četiri su faktora bizantske moći: velika rimska administrativna tradicija, dobra vojnička organizacija, dobra fiskalna politika, te prevlast u mediteranskoj trgovini³⁸. U rukama vladara, koji se u početku nazivao imperator ili august, na istoku i autokrator, a od 629. godine, od cara Irakliona, ustalila se titula bazileus, nalazila se sva vlast, zakonodavna, izvršna, vojna, te poglavara Crkve, tako je, dakle, Bizantsko carstvo bilo apsolutna autokratija. Razvio se pronijarski sistem, na proniji su radili zavisni seljaci-parici, koje je pronijar dobijao sa pronijom, one su od XIII vijeku postale nasljedne, pa je to naravno, u velikom smislu uticalo na slabiju odbranu zemlje. Postepeno se od centralne vlasti osamostaljuju i postaju feudanci, visoki carski činovnici, koji su upravljali pojedinim krajevima i bili poreski obaveznici. Inače, Bizant se označava kao uzorna država u pogledu marljivog i efikasnog prikupljanja poreza. Velike zemljišne posjede od vladara je dobijala i Crkva, tako da se već u VII vijeku, polovina najboljeg zemljišta nalazila u njenim rukama. Crkva je u tom smislu imala velike privilegije, njeni posjedi su u pravilu bili oslobođeni plaćanja poreza i drugih dažbina. Ovakvo stanje je izazivalo nezadovoljstvo drugih zemljoposjednika, pa će u VIII vijeku država oduzeti crkvene velikoposjede zbog svojih potreba ojačanja ekonomske osnove državnog i vojnog aparata. Ovakav pokret protiv Crkve, poznat je kao pokret ikonoboraca, koji je u izvjesnoj mjeri smanjio njene feudalne posjede i oslabio moći, no Crkva je ponovno uspjela postati značajna politička snaga.³⁹ Osnivač Makedonske dinastije, Vasilije I, ukida reforme ikonoboraca i uvodi Justinijanove zakone.

Naravno, sa stanovišta civilizacijske tradicije ovog kulturnog kruga, i u ovom cjelokupnom kontekstu, naročito nas zanima pravna tradicija. Uticaj hrišćanstva posebno će se osjećati u pogledu kažnjavanja, s obzirom da se smrtna kazna ograničava, no, prošireno je korištenje tjelesnih kazni⁴⁰. Inače, postojalo je više pravnih škola, car je bio vrhovni sudija, a niži su bili provincijski sudovi i gestor u Carigradu, gdje je zasjedao i vrhovni parnični sud od dvanaest sudija, a crkveni sudovi postepeno proširuju svoju nadležnost, pa su kasnije, za vrijeme Osmanlija, preuzeli cjelokupnu građansku jurisdikciju nad kršćanskim stanovništvom.

Bizantski vladari nastoje da se pridržavaju rimskog prava, naravno prilagođavajući ga potrebama vremena, u vidu prepravki, te izdavanjem novih zbornika. Tako je određenim preradama Justinijanove kodifikacije, u VIII stoljeću, Lav III Isaurijanac izdao Eklogu, sa novim odredbama iz oblasti porodičnog i obligacionog prava, te sa određenim brojem normi krivičnog prava, koje su trebale ići u pravcu većeg čovjekoljublja, pa se nalaze, što nikad ranije nije bilo u rimskom pravu, osim kad su u pitanju robovi, kazne sakaćenja.⁴¹

U tom smislu, autor Drino ističe: "Ovo se tretira dvojako, kao uticaj kršćanstva koje propagira da se svaki čovjek može popraviti, pa i svaki prekršitelj zakona, te

38 Više o tome: M. Imamović, n.dj., str. 82.-85.

39 R. Festić, n.dj., str. 126.

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

41 O. Stanojević, n.dj., str. 107.

se stoga zapriječene smrtno kazne zamjenjuju tjelesnim, a s druge strane vidljivo je da su tjelesne kazne i njihovi oblici upliv starih prava istočnih naroda. Uz to, car Lav III je sebe smatrao novim Mojsijem ili drugim Solomonom, a sakaćenje je opravdavao Isusovim riječima o kopanju očiju koja navode na grijeh.⁴² U samom predgovoru Eklogi, naglašava se učestalost mita i korupcije u sudstvu. Crkveni brak je bio obavezan, i to sa veoma otežanim razvodom, a zabranjeni stepeni srodstva su povećani od 4 na 6, poboljšan je ženin status i uvedeno starateljstvo nad siročadi.⁴³ Isaurijanci izdaju još i Vojni zakonik, Pomorski ili Rodoski, te Zemljoradnički zakonik, koji se često naziva i slavenski zbog uvrštenih slavenskih običaja tog vremena. Skoro stoljeće i po primjenjivala se Ekloga, a carevi makedonske dinastije ponovo se vraćaju Justinijanu.

Vasilije I Makedonski izdao je Prohiron (zbornik proširenih zakona), a zatim i Epanagogu (zbornik ponovljenih zakona). Kraj velikog kodifikatorskog rada u Bizantu bio je oličen u Vasilikama (carske knjige), koje izdaje Lav Mudri, 892. godine. Ovo je znatno obimniji kodeks od onih iz ranijih perioda rimskog prava, koji se oslanja na Corpus iuris civilis, a sadržava čak 60 knjiga. Obuhvaćene su sve grane prava, od državnog i administrativnog, najviše građanskog prava, zatim postupka i krivičnog prava. Ovdje je materija izložena po pitanjima, pa su prikupljena sva pravna pravila koja se odnose na isti problem, bez obzira da li se one nalaze u Kodeksu, Institucijama, Digestima ili Novelama. Po obimnosti, ovaj zbornik je prevazilazio stvarne potrebe bizantijskog vremena, te je ipak došlo do prerade, a jedna od najpoznatijih je Heksabiblos, nastao sredinom XIV stoljeća, primjenjivan je u oslobođenoj Grčkoj, čak do 1946.godine, kada je stupio na snagu Građanski zakonik.⁴⁴

4.Historijsko-pravne i kulturno-političke tradicije arabljansko-islamske civilizacije

I treći kulturno-politički krug, arapsko-islamski,nastao među Arabljanima u VII stoljeću, zauzima značajno mjesto u svjetskoj historiji,obilježen posebnim idejno-kulturnim faktorom, islamom, okupio je različite društvene, etničke i kulturne regionalne cjeline.

Božiji poslanik, vjerovjesnik, prorok Muhammed a.s, rođen 571. godine u plemenu Kurejši,ujedinio je, na bazi najmlađe monoteističke relkigije-islama, razjedinjena arapska plemena.Božiji poslanik će sa 200 istomišljenika, preći iz Mekke u Medinu, što se u svjetskoj historiji obilježava kao Hidžra, odnosno početak islamskog kalendara.Trijumfalno se vratio u Mekku 630. godine, a dvije godine kasnije, po muslimanskom vjerovanju, preselio je na onaj drugi bolji svijet.Nakon

42 Dž. Drino, n.dj., str. 123.

43 M. Imamović, n.dj., str. 86.

44 Vidjeti: Mile Boras, Lujo Margetić, Rimsko pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 1980. ,str.254 – 256, Dž. Drino, n.dj., str.120.-127, M. Imamović, n.dj., str. 86, R. Festić, n.dj., str.128-129.

Muhammedove smrti, među Arabljanima je bilo već nekoliko hiljada sljedbenika. Autor Imamović ističe činjenicu da arapska ekspanzija skoro nije imala premca u historiji, pa povodom toga naglašava:..." samo sto godina poslije Muhammedove smrti, islam je obuhvatao više zemalja nego drevni Rim kad se nalazio na vrhuncu svoje moći.Od prve polovine VII vijeka kad se javio, islam se za svega par stoljeća već prostirao od Maroka na Zapadu do Sumatre na Istoku, i od lučkih gradova na Swahili obali istočne Afrike do plodnih ravnica Kazanja na Volgi.Na tom prostoru etnički i rasno vrlo različiti narodi prihvatili su islam kao svoj model života, što je bitno odredilo njihovu kasniju historiju.Takav uticaj islama je posljedica činjenice da se on manje ogleda u čisto vjerskim vidovima, a više kao kompleksna duhovna filozofija u koju se uklapa svaki pojedinac."⁴⁵

Trgovački i karavanski putevi koji su povezivali zemlje oko Sredozemlja, sa istočnim zemljama, išli su preko Arabljanskog poluotoka, sjecište puteva bilo je u Hedžasu, na obali Crnog mora, tako da su se u hedžaskim gradovima Mekki i Medini, rano razvili trgovina i zanastvo.⁴⁶

Arapci su prenijeli svoja mnoga znanja na srednjovjekovnu kršćansku Evropu, islamska učenost se širila po Evropi iz Španije, Sicilije, Sirije...Specifična islamska materijalna i duhovna civilizacija i kultura, prenosila je znanja iz raznih oblasti filozofije, astronomije, geografije, matematike, hemije, medicine."I kad je kasnije politički podijeljen, muslimanski svijet su vezivale tri jake spona: islam,općekulturni jezici(arapski, perzijski, turski) i trgovina."⁴⁷Islam, kao pokornost Allahu, jednom Bogu, sadrži,kako je već ranije spomenuto, i konkretnije odredbe ekonomskog značaja, strogo se, recimo, zelenaštvo odvaja od trgovine. Kao strogo monoteistička religija, islam je sa svojim načelima podrazumjevaao monarhijsku državnu vlast sa religioznim obilježjima.Tako autor Drino ističe mišljenje američkog historičar:"Američki historičar Vil Djuran je napisao da je islam ostao pet vijekova od 700.do 1200.godine da predvodi čitav svijet u moći i snazi,organizaciji, širokogrudosti vlasti, lijepoj naravi i etici, u povećanju životnog standarda, humanom i milosrdnom zakonodavstvu, vjerskoj toleranciji, književnosti i nauci."⁴⁸Medinski ustav je, već prve godine po Hidžri, u 52 člana regulisao odnose u zajednici, kao i pravni položaj nemuslimanskog stanovništva, što postaje obrazac za sve kasnije zakone⁴⁹. Islamsko pravo nije, za razliku od Zapadne Evrope i Bizanta, pravilo razlike što se tiče položaja pojedinca u zavisnosti od njegove staleške pripadnosti.Svi su ljudi bili jednaki pravno, a između pojedinca i zajednice, postojala je samo porodica, sa jakim osjećajem solidarnosti između vjernika.Ipak, postojala je jasna ekonomsko-socijalna hijerarhija, pa se izdvajaju četiri kategorije stanovništva, slobodni stanovnici muslimani, pokoreni stanovnici, maval(koji su prihvatili islam), zimije, u koje su spadali

45 M. Imamović, Predavanja iz opće povijesti...str. 91.

46 Više o tome: R. Festić, Opća historija države i prava...str. 130.-132.

47 M.Imamović, n.dj., str. 91.

48 Dževad Drino, Komparativna pravna historija... str. 133.-134.

49 Isto.

kršćani i jevreji, kao narodi koji su ispovijedali religiju otkrovenja, pa se nazivaju kitabijama, te su u muslimanskoj državi imali status zaštićene manjine, i robovi. Islamsko pravo je zabranjivalo muslimanu da liši slobode svog istovjernika, prema maksimi da u islamu nema robovanja, no to naravno nije uvijek poštovano, jer su ratni zarobljenici mogli biti pretvoreni u robove. Između gospodara i robinje brak nije mogao postojati, a djeca iz takvog odnosa su pripadala ocu, dakle, bila su slobodna, konkubina je izdizana na status majke, pa je gospodar nije mogao prodati ili napustiti⁵⁰. Izvor cjelokupne vlasti bio je u rukama halife, a halifa kao suveren, prenosio je civilnu vlast na vezira, sudsku na kadije, a vojnu na emire. Prema Kaleu, „islam predstavlja i vjeru i svjetovnu zajednicu i kulturu; a znači i jedinstvo svega toga.“⁵¹. Posebno treba naglasiti činjenicu razlike u odnosu na Bizant i Zapadnu Evropu, u smislu isključivosti, s obzirom da je islam, kako je već spomenuto, tolerirao narode koji ispovijedaju religiju otkrovenja, odnosno imaju knjigu otkrovenja (kršćani i jevreji), koje je strogo odvajao od idolopoklonika. Na ovom mjestu valja podsjetiti na misao Bertranda Russela, koju navodi autor Imamović: „Kako je rekao Bertrand Russel, u mračnom srednjem vijeku koji se utkao između antike i renesanse, Arapi su sačuvali aparat civilizacije, i time dali podsticaj Evropi kada se počela podizati iz barbarstva.“⁵².

Kako je već ranije istaknuto, pojedini naučnici odvajaju Osmansko carstvo, koje se prostiralo na tri kontinenta, kao poseban civilizacijski kulturno-politički krug. Osmanska civilizacija je nastala krajem XIII i početkom XIV stoljeća, na teritoriji Seldžučke države, kada se Seldžučka država počela raspadati, pojedini imaoći bejluta, pretvorili su ih u samostalne državice. Prema izvjesnim podacima, već 1299. ili 1301, jedan seldžučki feud u Maloj Aziji, u blizini Mramornog mora, kojem je na čelu bio Osman iz plemena Kaji, osamostalio se i postao jezgro buduće države.⁵³ Tako će se iz jednog bejluka, izgraditi jedno od najvećih univerzalnih carstava feudalne epohe. Osmanlijsko carstvo se od kraja XIV stoljeća naglo širi, prije svega na Balkan, središte države je oko 1375. premješteno u Jedrene, širenje se nastavlja na teritoriju oslabljenog Bizantijskog carstva. Poslije osvajanja Carigrada, 1453, Osmansko carstvo, se širi ne samo u Evropi i Maloj Aziji, nego i na Bliski Istok, Arabiju i Sjevernu Afriku. Postaje najveća svjetska sila, kao i Rimsko, bilo je militarističko po karakteru, a dinastičko po organizaciji, krajnji cilj države je ne samo blagostanje njenih podanika, već i napredak države, personificirane u sultanu-halifi.⁵⁴ Osmansko carstvo je pod političko-administrativnim pojmom osmanstva okupljalo i ujedinjavalo etnički raznorodne elemente... „Zato se Carstvo u nauci naziva osmanskim, a ne turskim. Tako se i

50 M.Imamović, n.dj., str. 93.

51 Eduard Kale, Povijest civilizacija, IP, Školska knjiga, Zagreb, 1991, str. 150.

52 M. Imamović, n.dj. str. 92.

53 R. Festić, n.dj., str. 199.

54 M.Imamović, n.dj., str. 110.

politički narod tog Carstva naziva Osmanlijama, a ne Turcima.⁵⁵ Mehmed II Fatih osvaja 1459.Smederevo i time se dokrajčila srpska despotovina,a četiri godine kasnije, 1463, osvaja i srednjovjekovnu bosansku državu.Sultan Selim I je 1517. osvojio Sjevernu Afriku, odnosno Egipat, i preuzeo titulu i dužnost halife, to jest, vjerskog poglavara svih muslimana, tako da je kao halifa, osmanski sultan, među muslimanskim vladarima u cijelom islamskom svijetu, uživao najveći autoritet i prestiž.Osmansko Carstvo se u doba svog najvećeg proširenja u XVI i XVII vijeku, kako je već istaknuto, prostiralo na tri kontinenta i na prostoru od 8 milijona kvadratnih kilometara(Evropa ima nešto više od 10 miliona km kvadratnih).⁵⁶ Upravo iz činjenice na koje se sve prostore raširilo, te koliko je i geografski udaljenih oblasti obuhvatalo, sa različitim tradicijama, kulturom i običajima, jasno je koliko je ekonomski, politički, vjerski i kulturno, različitih naroda živjelo pod njegovim okriljem.Kao posebna osobenost osmanlijskog feudalizma, ističe se jedinstvena vojnička država sa veoma jakom centralnom upravom, na čijem se čelu nalazi turski sultan.Izrazito vojničko obilježje feudalne klase, uslovalo je feudalnu strukturu, feudalni posjed se najčešće stvarao davanjem zemljišnjih dionica, timara i zeameta spahijama za vojničke zasluge uz trajnu obavezu vršenja vojne službe.Također,sultan je mogao da dijeli carske hasofe istaknutim državnim činovnicima na korištenje.

Naravno, s obzirom na samu temu elaboriranja,najviše nas zanima pravna tradicija.U Osmanskom carstvu su se primjenjivala dva osnovna izvora prava: šerijat i urf.Dakle, šerijatsko pravo se primjenjuje i u arbljanskoj kulturnoj civilizaciji,pa s obzirom na tu zajedničku karakteristiku,upravo ćemo ovdje skrenuti pažnju na osnovne karakteristike njegove primjene.Znači, četiri su osnovna izvora prava:Kur'an, hadis ili suna, idžma i kijas ili analogija.Prema muslimanskoj teologiji,Kur'an je zbirka Božijih otkrovenja, koja je Muhammedu a.s. prenio melek džebrail u različitim intervalima tokom 23 godine njegove misije. Sadržajno obuhvata različita tematska područja kao što su učenje o jednoti Boga, eshatologiji,pravila ponašanja i vijesti o događajima.“Kur'anski stavci(ajeti) koji sadrže norme nazivaju se ajatu-l-ahkam.Takvih stavaki, prema muslimanskim autorima, ima oko 500,što čini jednu dvanaestinu ukupnog kur'anskog teksta. Ajeti koji sadrže norme su prvorazredni izvor za izvođenje šerijatskih propisa i upoznavanje sa islamskim pravom“.⁵⁷ Suna je tradicija koja se vezuje za Muhammeda a.s. kao Božijeg poslanika,te obuhvata njegovo ponašanje u tom svojstvu(nove norme ponašanja), kao i toleriranje određenih ponašanja kod svojih sljedbenika(stare običaje).Jasno se postavlja razlika između Kur'ana kao Božije riječi, i sunneta(islamaka tradicija), koji predstavlja riječi i djela Božijeg poslanika. Idžma je jednodušno mišljenje pravnika jedne epohe, saglasnost u slučaju kad u

55 .“M.Imamović, Osnove upravno-političkog razvitka i državnopravnog položaja Bosne i Hercegovine,Pravni fakultet Univerziteta u Srajevu, Sarajevo,206. str.50.

56 Šefko Kurtović, Opća povijest prava i države,I knjiga,Stari i srednji vijek, autor i Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1994. str. 253.

57 Fikret Karčić, Komparativna pravna historija...str.112.

dva prva izvora nema određenog mišljenja. Kijas ili analogija predstavlja mišljenja pojedinih pravnika kad u Kur'anu i suni nema odgovarajućih tumačenja.⁵⁸ Kad govorimo o pravnom sistemu urf, treba naglasiti da on nije smio biti u suprotnosti sa fikhom, to jest, vjerskim šerijatskim pravom. Urf su sačinjavali zakoni-kanune, koje su donosili sultani, njihove zbirke su se nazivale kanunamama. Ako su kanuni izdavani u vidu jednostrane zapovijedi, onda su to fermani, a u svečanoj formi, u vidu carskog ručnog pisma, izdavani su hatišerifi.⁵⁹ Inače, kanuni su izdavani u pitanjima o kojima u glavnim izvorima šerijatskog prava nema specijalne norme, a to su najčešće bila pitanja iz oblasti državne organizacije, vojske, poreske politike i slično, shvaćani su kao kodifikacija običajnog prava.⁶⁰ Posebno treba naglasiti da Osmanlije nisu samo sabirali i sistematizovali običaje koje su zatekli na svojim teritorijama, nego su ispitivali i njihovu saglasnost sa šerijatom "te bi u kanune uključivali samo one koji prođu takvu provjeru 'islamiciteta'".⁶¹ U islamu se razvilo više pravnih škola (mezheba), što literalno znači put ili prolaz, a figurativno metod ili sistem.⁶² Od nekolicine pravnih škola, klasična jurisprudencija je definitivno priznala samo četiri, koje su poznate po imenima svojih osnivača, one nisu međusobno isključive, razlike proizilaze iz različitih tradicija i praktično su sekundarne prirode, pa se u skladu sa općusvojenim pravilima, u islamskim zemljama svaki musliman vlada po mezhebu kojem pripada.⁶³ Većina evropskih muslimana, kao i svi bosanskohercegovački muslimani, pripadaju hanefijskoj školi, prema osnivaču Ebu Hanifi, koja se smatra i najliberalnijom. Autor Drino ističe kako je hanefijski mezheb raširen tradicionalno u krajevima gdje su vladali Turci, u Indiji i na Dalekom Istoku, malikijski preovladava u sjevernoj Africi, šafijski na srednjem i dalekom Istoku i hanbelijski na Arabljanskom poluostrvu.⁶⁴ Po šerijatskom pravu, izdvajale su se tri vrste krivičnih djela: krivična djela sa tačno određenim fiksnim kaznama (hadd), kao što su blud, opijanje, kleveta, krađa, razbojništvo i apostazija (odpadništvo od vjere), zatim djela za koje je kao kazna predviđena odmazda, a to su djela protiv života i tjela (ubistvo, tjelesne povrede) i za koja je predviđena mogućnost poravnjanja ili oprost, te djela za koja je predviđena samo vrsta kazne, i imaju više tretman prekršaja, kao što su djela protiv javnog reda i morala, najčešće kazne su batinanje i novčana kazna-globa (džerima).⁶⁵ Potrebno je posebno naglasiti da osmansko pravo, s osloncem

58 Vidjeti: F. Karčić, n.dj., str. 112.-113, M. Imamović, n.dj., str. 96.-97, Isti: Uvod u historiju i izvore bosanskog prava, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006., str. 44-45.

59 R. Festić, n.dj., str. 204.

60 Fikret Karčić, Moderne pravne kodifikacije, predavanja i zakonski tekstovi, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006., str. 21.-22.

61 Isto.

62 M. Imamović, Predavanja iz opće povijesti... str. 97.

63 Isto.

64 Dž. Drino, n.dj., str. 153.-154.

65 Više o karakteristikama prava: Avdo Sućeska, Istorija države i prava naroda SFRJ, Svjetlost, izdavačko preduzeće Sarajevo, Sarajevo 1971. str. 116.-119. M. Imamović, Predavanja iz opće povijesti... str. 99.-100, Isti, Uvod u historiju i izvore bosanskog prava... str. 50.-51, F. Karčić,

na šerijat,nije pravilo razliku u kažnjavanju s obzirom na stalešku pripadnost počinioca krivičnog djela.⁶⁶

5. Procesi dokidanja pravnog partikularizma, kodifikovanja običaja i unifikacije prava

U svim kulturnim tradicijama, potreba kodifikovanja običaja i ujednačavanja prava, odnosno dokidanja pravnih partikularizama, postojala je od samih početaka stvaranja država, a naravno time i pravnih sistema, kako u kojem dijelu pojedinih regija i kako u kojem historijskom vremenskom razdoblju,dakle, prema potrebama i prilikama vremena, intenzivnije ili manje izražena. Naravno da je za unifikaciju prava bila potrebna jaka centralna vlast,dakle da zakonodavna vlast nije podijeljena između velikog broja divergentnih faktora, tako da je u zemljama sa slabijom centralnom vlašću, pravni partikularizam bio izraženiji.Jedna od vrlo bitnih karakteristika u razvoju prava inače, jeste postojanje pravnog kontinuiteta između različitih pravnih sistema, često pravo nastalo u jednom sistemu, nadživi taj sistem. Pa čak i kad dolazi do promjene vlasti,i koliko god ta nova vlast možda imala potrebu ukinuti sve ono prethodno, to je nekad neizvodljivo iz čisto tehničkih razloga, potreban je brojani i kvalitetan administrativni aparat, dosta vremena, novca i td. Prva kodifikacija u rimskom pravu, Zakonik XII ploča, iz 451. i 450. godine pr.n.e. „dočekala,, je čuveni Corpus iuris civilis, Justinijanovu kodifikaciju iz VI stoljeća n.ere.(528.-534.), dakle, zvanično nikad nije bila ukinuta, a njena primjena je bila moguća jer je zasnovana na načelima koja su poslužila kao temelj za modifikacije, interpretiranja i prilagođavanja promijenjenim društvenopolitičkim okolnostima, što je bila uspješno obavljena zadaća pravnik i pravne nauke. Proces rimskih pravnih koncepata, uvijek teče kroz čin kreiranja pravnog instituta u određenim prilikama i potrebama vremena.Kazuistički prilaz pravu, podsticao je tako samo pravno stvaralaštvo i težnje ka stvaranju najboljih i najracionalnijih rješenja za mnogobrojne i različite životne situacije.Tako je nastajao zaokružen pravni sistem, sa ogromnim brojem privatnopravnih i javnopravnih instituta.⁶⁷ Naravno, ako je postojeće pravo haotično, zastarjelo, ako nije u skladu sa radikalnim društvenim promjenama, hitnost unificiranja i kodifikovanja je tim prije veća.Već je ranije istaknuto da se, nakon prodora germana, osiromašeno i vulgarizovano rimsko pravo kodifikovalo u zbornike, leges romane barbarorum. Nastali su i mnogobrojni zbornici barbarskog običajnog prava, leges barbarorum.

Komparativna pravna historija...str.118, R.Festić,n.dj.str. 204, Dž.Drino, n.dj.str.149.-154.

66 Pravila se jedino vjerska i spolna razlika, tako da je musliman, u pravilu strožije kažnjavan nego nemusliman, jer su od njega zahtijevani viši moralni standardi, rob je blaže kažnjavan od slobodnog čovjeka, a žena, ponekad je strožije kažnjavana od muškarca, zbog moralno-patrijarhalnih razloga. M.Imamović, Uvod u historiju...str.51.

67 Rimski klasični pravници nisu pokušavali da uobličie neku značajniju teoriju o pravu, nego su se posvetili iznalaženju najboljih odgovora na konkretna i praktična pitanja, naravno, sa težnjom da rješenje mora biti pravično. Više o tome: Antun Malenica, Izvori rimskog prava, Tom I, Naučna knjiga, Beograd, 1989., str.10.

Također su se u kanonskom pravu harmonizovali i sistematizovali kanoni, pa je nastao *Decretum Gratiani*, koji će opet postati sastavni dio zbirke kanonskog prava *Corpus iuris canonici*. Značajan razvoj prava u Evropi započeo je u XIII vijeku, koji je bio mnogo manje fleksibilan i tolerantan u odnosu na prethodni period.“ Evropske države su bile suočene sa izazovima heretičkih pokreta i drugim konfliktima što je dovelo do opštih očekivanja za uspostavljanjem reda i poretka a to je naglasilo važnost prava.“⁶⁸ U Bolonji se izučava *Corpus iuris civilis*, rimsko pravo se počinje širiti Evropom i nastaju preduslovi za njegovu recepciju. Nastaće statuti mnogih italijanskih gradova, a kao najznačajniji spomenik iz XIII vijeka, izdaje se zakonik *Los Siete Partidas* (Zakonik u sedam dijelova), kastiljanskog kralja Alfonsa X Mudrog, zasnovan na propisima običajnog, rimskog i kanonskog prava, između ostalog obuhvata i propise koji se tiču Jevreja, Maura i heretika. Inače se ocjenjuje kao „najmonumentalnije djelo evropskog zakonodavstva u periodu između Justinijana i modernog doba.“⁶⁹ Na području njemačkih zemalja objavljuju se Saksonsko ogledalo, Švapsko ogledalo, te Austrijsko zemaljsko pravo.⁷⁰ Od polovine petnaestog, vijeka, pa do kraja šesnaestog, tekao je proces kodifikovanja običajnog prava u Francuskoj, te je tako objavljeno 60 zbornika opšteg običajnog prava i 300 zbornika posebnog običajnog prava, a u sedamnaestom vijeku, nastala je cjelina koja se zove Opšte običajno pravo Francuske. Do kodifikacija je došlo i u skandinavskim zemljama, kodificira se privatno, krivično i procesno pravo, pod nazivom Dansko pravo, a ova kodifikacija se primjenjivala i u Norveškoj, kao Norveško pravo. Kao rezultat ere prosvjetiteljstva, krajem XVIII vijeka, nastaju zakoni u Bavarskoj, Pruskoj i Austriji. Kralj Friedrich Wilhelm I, poznat kao „vojnik kralj“, u Pruskoj u XVIII vijeku, kao svoj glavni cilj proglašava pojednostavljenje i ujednačenje administracije u različitim oblastima u kojima je vladao, pa je kao rezultat proistekao zbornik Opšte zemaljsko pravo za pruske države, koji je obuhvatao građansko, trgovačko, ustavno, krivično i pravo koje se tiče crkve i feudalnih posjeda, a na snazi je ostao sve do 1900. i proglašenja Njemačkog građanskog zakonika. U Austriji, sa njezinom izrazitom rascjepkanošću, teritorijama koje su imale svaka svoju upravu i jurisdikciju, nužnost unifikacije prava je bila neminovna, a najranije je došlo do kodifikacije krivičnog prava (1769. Krivični zakonik Marije Terezije). Već 1776. objavljuje se prvi nacrt *Codex Theresianus*, koji je predstavljao kompromis između različitih tradicionalnih prava pojedinih teritorija, naravno uz sistem koji je slijedio Justinijanove Institucije, do kodifikacije građanskog materijalnog prava, došlo je tek 1812. godine.⁷¹ U samom dijelu ovog istraživanja koji govori o bizantskoj srednjovjekovnoj tradiciji, najviše je i bilo

68 F. Karčić, *Moderne pravne kodifikacije...* str. 17-18.

69 Isto.

70 O recepciji rimskog prava u zemljama njemačkog jezika, vidjeti više: Peter Stein, *Rimsko pravo i Europa, povijest jedne pravne kulture*, Golden marketing-Tehnička knjiga zagreb, Zagreb, 2007., str. 94.-98.

71 Više o tome: Peter Stein, n.dj., str. 125.-127, F. Karčić, n.dj., str. 20.

rijeći o kodifikatorskom radu i pravnim zbornicima, počevši od Ekloge, preko Zemljoradničkog zakonika, Prohirona i Epanagoge, pa do čuvenih Vasilika, kao pandana Justinijanovoj kodifikaciji. Ovdje bi mogli napomenuti da, kako ističe autor Drino, ... "kompilacija Ekloge u slavenskom prevodu postoji u Bugarskoj i Moravskoj kao 'Zakon sudnji ljudem', dok srpski zbornik iz IX stoljeća, 'Zakonik cara Justinijana', sadrži odredbe Ekloge i Zemljoradničkog zakonika.⁷² Što se tiče kodifikacija u muslimanskim zemljama, potrebno je napomenuti da se taj proces sporije odvijao, što se može i pretpostaviti iz spomenutih društvenopolitičkih okolnosti i samog historijskog ambijenta, kojim je dominirao poseban idejno-kulturni faktor, islam. S obzirom da je osnovu pravnog sistema činio šerijat, dakle, pravo sadržano u Božijoj objavi, autoritativno dato u Kur'anu, te sunnetu kao normativnoj praksi poslanika Muhammeda a.s, muslimanski pravници izvode pravne norme i tumače njihovu upotrebu, putem procesa koji se zove idžtihad. Kako je prema islamskom učenju zakonodavac Bog, tumači Božijeg prava su kompetentni učenjaci (ulema) a država ima zadatak da primjenjuje tako formulisano pravo, dakle, u sklopu takvih okolnosti, kodifikaciji slabo da je bilo mjesta.⁷³ Postepeno će sa jačanjem svjetovne vlasti, ipak jačati državno zakonodavstvo, odnosno, naprijed već spomenute kanune, kojima su se dakle, uglavnom rješavala pitanja vezana za samu organizaciju države, te za poreski sistem, vojsku i td. Također je već istaknuta neophodno potrebna provjera, islamiciteta, odnosno sistematizovali su se i uključivali u kanune samo oni običaji koji su prošli tu provjeru saglasnosti sa Šerijatom. S obzirom da naprijed ipak nije navedena, a očito da joj je ovdje i mjesto, treba istać da je najpoznatija kanunnama o organizacij države iz vremena sultana Mehmeda Fatiha iz XV stoljeća - Kanunname-i Ali Osman.⁷⁴

6. Zaključak

Naša, evropsko-mediteranska tradicija, počiva dakle na tri specifična kulturno-politička kruga, zapadnoevropski-katolički, bizantsko-pravoslavni, te arapsko-islamski, svaki sa svojom specifičnom kulturom, pravom i običajima, te sa svojim uzajamnim vezama ostvarivanim od mirnih diplomatskih i trgovačkih staza, pa, nažalost do sukoba i ratova. Evropske feudalne države, za svoju podlogu imaju ekonomske i kulturne tradicije grčke filozofije i antičkog Rima, čiji se pad 476. godine, uzima često i kao kraj antike i početak srednjeg vijeka. Za svaku fazu feudalnog razvoja, razvila se i specifična državna organizacija, tako da je za rani feudalizam karakteristična patrimonijalna država, za razvijeni staleškopredstavnička monarhija, a za kasni apsolutna monarhija. Pravni sistem je odlikovao izraziti partikularizam, negdje jače izražen u personalnom vidu, a negdje u teritorijalnom, dok je tek u trećoj fazi feudalizma, postepeno preovladalo

72 Dž. Drino, str.123.

73 Vidjeti šire obrazloženje: F. Karčić, 21.-22.

74 Isto.

opšte pravo u odnosu na druga dva. U zemljama juga, preovladavalo je pisano pravo, dok je na sjeveru izraženije bilo običajno. Feudalizam je okarakterisan samim načinom na koji se zemlja drži, te postojanjem izrazite hijerarhije vlasti. Simbiozom starogermanskih ustanova i kasnorimskih oblika zavisnosti, nastala je historijska epoha koju karakteriše posebna lična veza između seniora, kao povlaštenih i vazala, kao zavisnih sa posebnom pravnom stratifikacijom, uspostavljen je novi baštinski sistem, dakle sa dezintegracijom svojine, od vrhovne, vladareve (*dominium eminens*), direktne ili neposredne svojine feudalaca na svom posjedu (*dominium directum*), do kmetovskog prava korištenja (*dominium utile*). Pravo će se pokušavati kodifikovati u zbornike, s obzirom da su se primjenjivala različita plemenska i etnička prava, što je otežavalo posao sudijama i uticalo na postojanje opšte pravne nesigurnosti, pa su nastajali zbornici barbarskog običajnog prava *leges barbarorum*, kao i zbornici za Rimljane, Galorimljane i ostale starosjedioce, *leges romanae barbarorum*. Istočno rimsko carstvo je opstajalo i postepeno, obuhvatajući razvijenije oblasti, Grčku, Malu Aziju, Siriju i Egipat, čisto evolutivnim putem, razvijalo se u monumentalnu civilizaciju, sa simbiozom rimskih, grčkih i istočnjačkih tradicija. Uz prevlast u mediteranskoj trgovini, dobra vojnička organizacija i fiskalna politika, doprinijeli su snazi i moći Bizantije. Kasnorimsko pravo se preplitalo sa bizantijskim, Justinijanova kodifikacija, kao neprikosnoveni autoritet služit će kao podloga mnogim kasnijim pravnim sistemima, a Vasilike, kao njen pandan, javljaju se kasnije kao kruna kodifikatorskog rada. Dakle, dokidanje partikularizma, i potreba za pojednostavljenjem pronalaženja pravne norme i za ujednačavanjem prava, pratiće naravno ove obadvije civilizacijske tradicije. U srednjem vijeku će se, oko proroka Muhammeda a.s. i novog idejno-kulturnog faktora islama, stvoriti nova imperija koja je zagospodarila većim dijelom kulturnog svijeta, te stvorila poseban civilizacijsko-kulturni krug, arabljanski, ili arapsko-islamski. Osmanska imperija, koja se prostirala na tri kontinenta, po nekim pravnim historičarima također predstavlja posebnu kulturno-političku tradiciju, koju je karakterisala čvrsta povezanost feudalnog posjeda sa vojničkim uređenjem i državnom organizacijom. Premda je provjera islamiciteta, dakle ispitivanje saglasnosti običaja sa Šerijatom-Božijim pravcem, kao i poimanje samog islama, prema kojem je zakonodavac Bog, prilično usporila kodifikatorske procese u islamskim zemljama, postepeno, sa jačanjem svjetovne vlasti, vladari popunjavaju pravne praznine svojim kanunima, koji su sakupljeni u zbirke-kanunname. Osmanski državnici, tako, putem izdavanja kanuna, počinju prihvatati i evropske zakonike devetnaestog stoljeća. Dakle, opisani korijeni evropsko-mediteranske pravne tradicije, na koje će se nadograditi konstantni angažman i živa djelatnost profesora prava, sudija i inače pravnih praktičara, te stručnjaka iz odgovarajućih oblasti, predstavljat će bogatu i raznovrsnu pravnu podlogu za dalje procese sakupljanja, sistematizacije i racionalizacije prava. Svaki navedeni kulturno-politički krug ponaosob, u tom svom ambijentu opće pravne rascjepkanosti, iznjedrio je monumentalna kodifikatorska djela, počevši od *Corpus iuris civilis* i *Corpus iuris canonici* i Vasilika, preko Kanunname-i Ali

Osman i Constitutio criminalis Theresiana, a ta će djela, opet, kasnije, krajem osamnaestog i u devetnaestom vijeku, pod uticajem epohe prosvjetiteljstva i škole prirodnog prava, postati temelj novim kodifikatorskim procesima.

Literatura:

Boras, Mile, Margetić, Lujo, Rimsko pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1980.

Danilović, Jelena, Stanojević, Obrad, Tekstovi iz rimskog prava, praktikum za vežbe, Službeni list Srbije, Beograd, 1970.

Drino, Dževad, Komparativna pravna historija, vlastito autorsko izdanje, Zenica, 2016.

Festić, Raifa, Stari kodeksi, Magistrat, Sarajevo, 1998.

Festić, Raifa, Opća historija države i prava, Studentska štamparija Sarajevo, Sarajevo, 1998.

Horvat, Marijan, Rimsko pravo, Školska knjiga, Zagreb, 1977.

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

Imamović, Mustafa, Osnove upravno-političkog razvitka i državnopravnog položaja Bosne i Hercegovine, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006.

Imamović, Mustafa, Uvod u historiju i izvore bosanskog prava, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006.

Imamović, Mustafa, Historija države i prava Bosne i Hercegovine, Magistrat, Sarajevo, 2003.

Kale, Eduard, Povijest civilizacija, sedmo izmijenjeno izdanje, IP „Školska knjiga“ Zagreb, Zagreb. 1991.

Kandić, Ljubica, Albert, Vajs, Opšta istorija države i prava, Savremena administracija, Beograd, 1984.

Karčić, Fikret, Komparativna pravna historija, Predavanja i pravni tekstovi, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007.

Karčić, Fikret, Pravni tekstovi, „Štamparija Fojnica“ d.o.o. Fojnica, Sarajevo, 2004.

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

Karčić, Fikret, Historija šerijatskog prava, Fakultet islamskih nauka, Sarajevo, 2005.

Karčić, Fikret, Društveno-pravni aspekti islamskog reformizma, Islamski teološki fakultet, Sarajevo, 1990.

Karčić, Fikret, Studije o šerijatskom pravu, Bemust, Zenica, 1997.

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

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

Margetić, Lujo, Opća povijest prava i države, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 1973.

Ostrogorski, Georgije, Istorija Vizantije, Prosveta, Beograd, 1983.

Oxford Dictionary of Law, Fifth Edition, Oxford University Press, 2001.

Padoa-Schioppa, Antonio, A History of Law in Europe: From the Early Middle Ages to the Twentieth Century, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

Popović, M. Dragoljub, Opšta pravna istorija, stvaranje moderne države, treće izdanje, Margo-art, Beograd, 1999.

Samardžić, Đorđo, Opšta istorija države i prava, Univerzitet u Sarajevu, Sarajevo, 1978.

Stanojević, Obrad, Rimsko pravo, Magistrat, Sarajevo, 2000.

Stein, Peter, Rimsko pravo i Europa – Povijest jedne pravne kulture, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb, 2007.

Sučeska, Avdo, Istorija države i prava naroda SFRJ, „Svjetlost“, izdavačko preduzeće, Sarajevo, Sarajevo, 1971.

Dr.sc. Amra Mahmutagić, associate professor
Faculty of Law, University „Džemal Bijedić“ in Mostar

ROOTS OF EUROPEAN LEGAL TRADITION AS A BASE FOR MODERN LEGAL SYSTEMS

Abstract: The key issue of the history of European and Mediterranean nations stems from feudal institutional frameworks. It is precisely from different institutional and spiritual frameworks that three cultural-political circles have gradually developed. West European Catholic civilization has been formed on the economic and cultural traditions of ancient Rome in a close interaction with the customs and understandings of law and the justice of the invading Germanic tribes. The Byzantine-Orthodox cultural circle has been created gradually by the evolutionary transformation of the social relations of the Eastern Roman Empire, and the third great feudal civilization, namely, the Arabian, that is, the Arab-Islamic, has been formed directly from the clan-tribal arrangement with a specific ideologically cultural factor-Islam. Several prominent legal historians are also separating the Ottoman Empire, the empire that spanned across three continents, as a special cultural and civilizational tradition, where the state arrangement relied on the firm connection of feudal possessions with a military organization. The paper addresses the fact that in addition to a distinctive legal particularism, which was once prevalent in the dominant personal form, and in certain periods in the territorial, through centuries, in all cultural traditions, there was a developing need for codifying the customs and unification of rights, or the abolishment of legal particularism, inter alia, and, in particular, to facilitate business and legal transactions, to achieve a common market, or in general, to ensure legal certainty. On the basis of the *ius commune*, woven of canon and Roman law, and as a result of the epoch of the Enlightenment and the expression of a positivist approach to law, further codifications arise, manifesting the tendency to simplify the search for applicable legal norm and equalization of rights in a particular territory.

Key words: cultural-political circles, personal legal particularism, territorial particularism, unification of law, customary law, chambers, laws (tur. *Kanun*), codes.

Dr. sc. Anita Duraković, vanredna profesorica

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Dr. sc. Ramajana Demirović, docentica

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

PREKOGRANIČNO ODVOĐENJE I ZADRŽAVANJE DJECE

Sažetak: U radu se analiziraju rješenja Haške konvencije o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice djece iz 1980. godine, koja su rezultat kontinuiranog i usuglašenog djelovanja na međunarodnom planu, odnosno u okviru Haške konferencije za međunarodno privatno pravo. Haška konvencija ima za cilj osigurati što hitniji povratak djeteta u uobičajeno mjesto boravka, odnosno uspostaviti stanje koje je postojalo do momenta odvođenja deteta. Tek potom se rješavaju eventualna sporna pitanja, koja se odnose, prije svega, na ostvarivanje roditeljskog staranja. I pored postojanja ovog uspješnog međunarodnog instrumenta koji obuhvata 99 država potpisnica, uključujući Bosnu i Hercegovinu, praksa, bosanskohercegovačka i europska, pokazala je da brza predaja djeteta nije osigurana u svim slučajevima.

Ključne riječi: prekogranično odvođenje i zadržavanje djece, Haška konvencija o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice djece, Europski sud za ljudska prava, Sud Europske unije

1. Uvod

Haška konferencija za međunarodno privatno pravo (u daljem tekstu: Haška konferencija) najznačajnija je svjetska organizacija koja se bavi međunarodnim privatnim pravom. Ona trenutno broji 83 čl.ice, od kojih su 82 države, a jedna je „regionalna organizacija“ – Europska unija. SFRJ je bila čl.ica Haške konferencije, a Bosna i Hercegovina postala je čl.icom tek 7. juna 2001. godine. Važno je naglasiti da su i sve države sljednice bivše Jugoslavije čl.ice Haške konferencije. Glavni cilj Haške konferencije - „progresivna unifikacija“ pravila međunarodnog privatnog prava (čl. 1. Statuta), uspješno se realizira, prije svega, putem međunarodnih konvencija, a u novije vrijeme i putem pravno neobavezujućih principa koji bi služili kao model – zakon državama sudionicima pri izradi vlastitih kolizičnih pravila. Do danas je usvojeno 38 konvencija, jedan protokol i jedan instrument „mekog“ prava. S obzirom da i države koji nisu čl.ice Haške konferencije mogu pristupiti ovim konvencijama, broj država u kojima se one primjenjuju je još veći (u 70 država među kojima je i Kosovo).¹

Jedna od najuspješnijih konvencija koja je nastala kao rezultat rada

¹ <https://www.hcch.net/de/states/other-connected-states>, (28. 3. 2019.).

Haške konferencije jeste Haška konvencija o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice² djece iz 1980. godine (u daljem tekstu: Haška konvencija iz 1980.). Broji 99 država potpisnica među kojima su sve države sljednice bivše SFRJ te sve države članice Europske unije. U odnosu na Bosnu i Hercegovinu stupila je na snagu 6. 3. 1992. godine, a primjenjuje se u njoj, po osnovu izvršene notifikacije o sukcesiji, prihvatanju i pristupanju, od 23. 8. 1993. godine.³ Uređenje pitanja prekograničnog odvođenja i zadržavanja djece na međunarodnoj razini učinkovitije je jer predviđa jednostavnije uvjete i oblike suradnje te u znatnoj mjeri olakšava vođenje građanskog postupka s međunarodnim obilježjem. To je posebno važno kako za Bosnu i Hercegovinu, tako i za druge države sljednice bivše SFRJ, jer jedna od pravnih posljedica disolucije SFRJ jeste i veliki broj privatnopravnih predmeta sa tzv. „post-jugoslovenskim elementom“ koje je potrebno procesuirati.⁴ Pored toga, na porast međunarodno obilježenih situacija vezanih za odvođenje i zadržavanje djece utjecala je i činjenica da veliki broj naših građana danas živi na području Europske unije, te postaje jasno od kolikog su značaja procesi usklađivanja domaćeg prava s europskim.⁵

U radu ćemo analizirati rješenja Haške konvencije iz 1980., koja ima za cilj osigurati što hitniji povratak djeteta u uobičajeno mjesto boravka, odnosno uspostaviti stanje koje je postojalo do momenta odvođenja djeteta. Ukazat ćemo na sudsku praksu, bosanskohercegovačku i europsku, koja je pokazala da brza predaja djeteta nije osigurana u svim slučajevima.

2 Samo izraz „međunarodna otmica djece“ možda nije najpogodniji jer prvenstveno asocira na nasilnu otmicu djeteta od strane neznanaca u svrhu trgovine ljudima i slično, koji podrazumijeva krivičnopravni aspekt, pa pojedini autori plediraju za upotrebu izraza „odvođenje djece“, koji se i koristi u ovome radu. Wolf-Almanasreh, R., Kindesmitnahme durch einen Elternteil, Frankfurt am Main, 1988, str. 70.; Schweppe, K., Kindesentführung und Kindesinteressen, Münster, 2001, str. 20. Ipak tvorci Haške konvencije iz 1980. su smatrali da je cjelishodno upotrijebiti upravo ovaj termin. Više u: Perez-Vera, E., Erläuternder Bericht zum HKÜ, HCCH Publications, Den Haag, 1982., br. 53. Na neprilagođenost ovoga izraza, ali i na činjenicu da se izraz „otmica djece“ ustalio u domaćem, ovdje srpskom, jeziku ukazuje i prof. Gordana Kovaček Stanić, te pledira na upotrebu pridjeva roditeljska uz termin otmica. Kovaček Stanić, G., Porodičnopravni aspekti međunarodne, roditeljske otmice djece, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina LX, 2/2012., str. 78.

3 Službeni glasnik RBiH 25/1993.

4 Muminović, E., Praktični značaj Haških konvencija koje se odnose na građanski sudski postupak u predmetima s međunarodnim obilježjem, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1998., str. 3.

5 Bosna i Hercegovina potpisnica je Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, čiji je jedan od ciljeva podržati napore Bosne i Hercegovine u razvijanju ekonomske i međunarodne suradnje, uključujući i usklađivanje njenog zakonodavstva sa zakonodavstvom Zajednice (čl. 1. st. 2. tač. d). Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Europske zajednice i njenih država, s jedne strane, i Bosne i Hercegovine, s druge strane, potpisan je 16. 6. 2008., a stupio na snagu 1. 6. 2015. Cjeloviti tekst Sporazuma na web-stranici Vijeća ministara BiH, http://www.dei.gov.ba/bih_i_eu/ssp/default.aspx?id=1172&langTag=bs-BA. (28. 3. 2019.).

2. Haška konvencija iz 1980.

O prekograničnom odvođenju i zadržavanju djece govorimo u situaciji kada se dijete, od strane jednog roditelja, ali i staraoca i bliskog čl.a porodice, nezakonito odvede i zadrži u inostranstvu⁶, te se time ugrozi pravo na roditeljsko staranje i prava na susrete i druženje s djetetom drugog roditelja, u transnacionalnim okvirima. Radi se o složenom problemu, koji predstavlja izvor kako pravnih, tako i političkih sukoba među državama, a koji se nastojao prevazići donošenjem Haške konvencije iz 1980. Haška konvencija iz 1980. se smatra osnovnim međunarodnim instrumentom kada je u pitanju prekogranično odvođenje i zadržavanje djece.

2.1. Cilj i svrha

Cilj Haške konvencije iz 1980. jeste osigurati što hitniji povratak djeteta u uobičajeno mjesto boravka, odnosno uspostaviti stanje koje je postojalo do momenta odvođenja djeteta, što je jasno naznačeno u čl. 1.: a) osigurati što hitniji povratak djece nezakonito odvedene ili zadržane u nekoj državi ugovornici; b) osigurati da se prava na brigu i viđanje s djetetom po zakonu jedne države ugovornice stvarno poštuju u drugoj državi ugovornici.⁷ Važno je naglasiti da se radi o jedinstvenom cilju s dva različita aspekta.⁸ Realizacija ovoga cilja, odnosno što hitniji povratak u državu u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja doprinosi ostvarivanju najboljeg interesa djeteta. Iako Haška konvencija iz 1980. izričito ne navodi izraz „najbolji interes djeteta“,⁹ prepoznala je potrebu da se najbolji interes djeteta zaštititi na određen način, navodeći u Preambuli da su države potpisnice čvrsto uvjerene da su interesi djeteta od presudne važnosti u predmetima koji se odnose na staranje. Ona pretpostavlja da je odluka o roditeljskom staranju, koju je donio međunarodno nadležan sud države u kojoj je dijete živjelo prije odvođenja, najviše u skladu s najboljim interesom djeteta.¹⁰ U slučaju nezakonitog prekograničnog odvođenja pravna je pretpostavka kako je u najboljem interesu djeteta da bude vraćeno u državu uobičajenog boravišta, a izuzeci od navedene opće obaveze povratka

6 Beaumont, P.R., McEleavy, P.E., The Hague Convention on International Child Abduction, Oxford University Press, 1999., str. 1.

7 Haška konvencija iz 1980. pravi razliku između „prava na staranje“ i „prava na viđanje s djetetom“ (pogledati čl. 5.) kako bi se moglo utvrditi ima li podnositelj zahtjeva odgovarajući stepen prava potrebnih za pokretanje mehanizma, koji je njome predviđen, odnosno podnošenje zahtjeva za povratak djeteta u uobičajeno mjesto boravka. Medić Musa, I., Božić, T., Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece (1980) – *casus belli* u: Rešetar, B. (ur.) Pravna zaštita prava na (zajedničku) roditeljsku skrb, Osijek, 2012., str. 162.

8 Perez-Vera, E., op. cit., br. 41.

9 O relevantnosti načela najboljeg interesa djeteta u kontekstu Haške konvencije iz 1980. više u: Pantani, A., Die Frage des Kindeswohles im HKÜ-Verfahren, Frankfurt am Main, 2012.

10 Völker, M. Die wesentlichen Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zum Haager Kindesentführungsübereinkommen – zugleich ein Überblick über die Neurungen im HKÜ-Verfahren aufgrund der Brüssel IIa-Verordnung, FamRZ 2010, str. 158.

djeteta formulirani u Haškoj konvenciji iz 1980. su osnovi za obaranje pomenute pretpostavke.¹¹ Dakle, najbolji interes djeteta koji štiti Haška konvencija iz 1980. jeste povratak djeteta u državu ranijeg uobičajenog boravišta, osim u slučajevima koji su njome navedeni kao iznimka.¹² Ovakav pristup rješavanju problema prekograničnog odvođenja i zadržavanja djece nužan je kako bi se uspostavila ravnoteža između cilja Haške konvencije iz 1980. i najboljeg interesa djeteta kao rukovodećeg načela kojeg se sudovi moraju pridržavati pri donošenju svih odluka koje se tiču djeteta.

Spomenuti cilj doprinosi ostvarivanju svrhe Haške konvencije iz 1980., odnosno zaštititi djece od štetnih posljedica nezakonitog odvođenja ili zadržavanja u inostranstvu te zaštititi prava na roditeljsko staranje i prava na susret i druženje s djetetom. Također, Haška konvencija iz 1980. ima i preventivnu svrhu jer jasno poručuje potencijalnim „otmičarima“ da prekogranično nezakonito odvođenje i zadržavanje djeteta neće dovesti do promjene foruma pred kojim će se odlučivati o roditeljskom staranju.¹³ Naime, hitni povratak djeteta i uspostavljanje *status quo ante* povezano je s poštivanjem odluke o roditeljskom staranju, koja je donesena u državi uobičajenog boravišta djeteta prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja. U tu svrhu, Haška konvencija iz 1980. predviđa u čl. 16. jednu tzv. „ograničavajuću klauzulu“. Njome zabranjuje sudskom ili upravnom organu države ugovornice u koju je dijete odvedeno ili zadržano da donese meritornu odluku o pravu na roditeljsko staranje, nakon što dobije obavijesti o nezakonitom odvođenju ili zadržavanju djeteta u smislu čl. 3. Ako se i pored ove „ograničavajuće klauzule“ u državu ugovornici u koju je dijete odvedeno ili zadržano donese odluka o roditeljskom staranju u korist roditelja koji je odveo ili zadržao dijete, ta odluka nije razlog da se odbije povratak djeteta u državu uobičajenog boravišta prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja.¹⁴ Međutim, ograničenje iz čl. 16. ne proteže se na odluku o roditeljskom staranju donesenu u državi uobičajenog boravišta djeteta – ako je ta odluka u korist roditelja koji je odveo ili zadržao dijete, zahtjev za povratak djeteta se može odbiti.¹⁵

11 Ponjavić, Z., Vlašković, V., Koncept „najboljeg interesa deteta“ unutar Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece, Zbornik radova sa Naučnog skupa „Najbolji interes djeteta u zakonodavstvu i praksi“, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2014., str. 46.

12 Beaumont, P.R., McEleavy, P.E., op. cit., str. 29. i 30.

13 Silberman, L. J.: Interpreting the Hague Abduction Convention: In Search of a Global Jurisprudence, International Law and Justice Working Papers, IILJ Working Paper 2005/5, str. 6. <http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Silberman-Interpreting-the-Hague-Abduction-Convention-2005.pdf> (3. 4. 2019).

14 Više u: Gitschthaler, E., Trotz Obsorge kein Aufenthaltsbestimmungsrecht des Entführers, EF-Z 2010, 91; Pogledati odluke austrijskih sudova: OGH 11.02.2010, 5 Ob 260/09k; OGH 20.04.2010, 4 Ob 58/10y, <https://www.ris.bka.gv.at> (3. 4. 2019.).

15 Blaim, K., Das Verfahren nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung und die (rechtlichen) Möglichkeiten der Einbeziehung von Mediation, Linz, 2015., str. 10.

2.2. Polje primjene

Polje primjene Haške konvencije iz 1980., kao uostalom i svakog pravnog izvora, možemo razlikovati prema osobama na koje se primjenjuje (*ratione personae*), prostoru na koji se primjenjuje (*ratione loci*), vremenu od kojeg se primjenjuje (*ratione temporis*) te prema sadržaju koji uređuje (*ratione materiae*).

Pretpostavka za primjenu Haške konvencije iz 1980. *ratione personae* jeste da dijete nije napunilo 16 godina (čl. 4. reč. 2.). Pri tome nije relevantno državljanstvo djeteta, kao ni roditelja, već činjenica da je dijete imalo redovno boravište u državi ugovornici neposredno prije bilo kakve povrede prava na roditeljsko staranje ili prava na susrete i druženje (čl. 4. reč. 1.).

Za primjenu Haške konvencije iz 1980. *ratione loci* neophodno je da su odnosne države, tj. država uobičajenog boravišta prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja i država u koju je dijete odvedeno ili zadržano, države potpisnice/ugovornice Haške konvencije iz 1980. Važno je naglasiti da se Haška konvencija iz 1980. primjenjuje samo na slučajeve prekograničnog odvođenja i zadržavanja, a ne na čisto domaće slučajeve.¹⁶

Haška konvencija iz 1980. primjenjuje se *ratione temporis* među državama ugovornicama samo u odnosu na nezakonita odvođenja ili zadržavanja što su uslijedila nakon njezina stupanja na snagu u tim državama (čl. 35. st. 1.). Bilo koja država može pristupiti Haškoj konvenciji iz 1980., s tim da će njen pristup biti pravovaljan samo u odnosima između države pristupnice i država ugovornica koje budu izjavile da prihvaćaju pristup (čl. 38. st. 1. i 4.). Za državu koja pristupa i državu koja je izjavila da prihvaća pristup, Haške konvencije iz 1980. će stupit na snagu pravog dana trećeg kalendarskog mjeseca nakon polaganja izjave o prihvatu (čl. 38. st. 5.)

Pretpostavka za primjenu Haške konvencije iz 1980. *ratione materiae* jeste da je došlo do nezakonitog odvođenja i zadržavanja djeteta u drugoj državi ugovornici. U čl. 3. st. 1. Haške konvencije iz 1980. precizirano je da se odvođenje i zadržavanje djeteta smatra nezakonitim kad god je povrijeđeno pravo na staranje što ga je dobila osoba, institucija ili bilo koje drugo organ, kolektivno ili pojedinačno, po zakonu države u kojoj je dijete imalo redovno boravište neposredno prije odvođenja ili zadržavanja, te ako su se u vrijeme odvođenja ili zadržavanja ta prava ostvarivala kolektivno ili pojedinačno, ili bi se bila ostvarivala da nije došlo do odvođenja ili zadržavanja. Pri tome nije važno proizlazi li to pravo na staranje *ex lege* ili na temelju sudske ili upravne odluke, ili na temelju sporazuma koji ima pravni učinak po zakonu dotične države (čl. 3. st. 2.). To znači da se Haška konvencija iz 1980. primjenjuje i onda kada ne postoji formalna sudska odluka, što proširuje polje njene primjene i na one situacije kada poremećaj bračnih odnosa potakne jedan roditelj da odvede dijete iz države dotadašnjeg uobičajenog

¹⁶ To jasno proizlazi iz teksta same Haške konvencije iz 1980. koja spominje dvije države.

boravišta i odvede ga u drugu državu, najčešće onu čije državljanstvo ima.¹⁷ Da li je odvođenje i zadržavanje djeteta u drugoj državi ugovornici bilo nezakoniti jer je tim činom povrijeđeno pravo na staranje, procjenjuje sud države ugovornice u kojoj je dijete nezakoniti odvedeno i zadržano. Taj sud može iskoristiti mogućnost predviđenu u čl. 15. i tražiti od podnositelja zahtjeva da pribavi od organa države djetetova uobičajenog boravišta odluku ili drugo uvjerenje o tome da je odvođenje ili zadržavanje djeteta bilo nezakonito na temelju čl. 3., ukoliko se takva odluka ili uvjerenje mogu dobiti u toj državi.

2.3. Pojam „uobičajenog boravišta“

Haška konvencija iz 1980. ne sadrži definiciju pojma „uobičajeno boravište“, iako se radi o ključnom konceptu, već se poziva na uobičajeno boravište djeteta prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja. Stoga se ovaj pojam treba autonomno tumačiti u skladu s ciljem i svrhom Haške konvencije iz 1980., neovisno od različitih koncepata prisutnih u državama ugovornicama.

Uobičajeno boravište podrazumijeva boravljenje na određenom teritoriju i određenu stalnost tog boravka. Nedostaje mu, dakle, voljni element, odnosno namjera da osoba u toj državi trajno ostane.¹⁸ S obzirom da bi utvrđivanje namjere bilo vrlo teško kada su u pitanju djeca, izbor uobičajenog boravišta osigurava fleksibilnost pravila u uvjetima mobilnosti pojedinaca, a da ne žrtvuje pravnu sigurnost.¹⁹

Dugogodišnja primjena Haške konvencije iz 1980. pokazala je da su sudovi diljem svijeta imali značajnih problema prilikom tumačenja pojma „uobičajeno boravište“, posebno kada su u pitanju vrlo mala djeca, koja nužno ovise o roditelju ili staraocu. Izvjesnu pomoć u tom kontekstu pružile su im odluke viših instanci u državama ugovornicama, te posebno odluke Suda EU u postupku prethodnog odlučivanja. Naime, pojam „uobičajenog boravišta“ u pravu EU, iako predstavlja središnju poveznicu, nije svjesno definiran²⁰ već je određivanje prepušteno

17 Medić Musa, I., Božić, T., op. cit., str. 165, 166. Rastava binacionalnog para može nagnati jednog roditelja da se, uslijed snažne porodične, emocionalne i finansijske podrške te iz sigurnosnih razloga, vrati u državu čije je državljanin. Pantani, A., op. cit., str. 17.

18 Više o tome u: Varadi, T. Bordaš, B., Knežević, G., Pavić, V., Međunarodno privatno pravo, Beograd, 2010., str. 274. - 275. Muminović, E., op. cit, str. 119. – 126.; Šaula, V., Osnovi MPP Republike Srpske, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, 2011., str. 115.

19 Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen aufgrund von Artikel K. 3 des Vertrags über die Europäische Union über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen, Sl. list EU, C 221/27, 16. 7. 1998.

20 To ne znači da se postojanje ili nepostojanje redovnog boravišta smije utvrđivati prema pravu svake države č.lice, već se traži da se taj koncept određuje autonomno imajući u vidu kriterije utvrđene unutar EU-a. Osim prakse sudova potrebno je navesti i Borrás Report (1998.) koji upućuje na definiciju pojma „stalno prebivalište“ dano od Suda EU u vezi s primjenom Bruxelleske konvencije iz 1968. godine. Prema toj definiciji, odlučujuće je „mjesto u kojem je osoba ustanovila, na postojanom temelju, stalno i uobičajno središte svojih interesa, dodijelila mu postojanost, pri čemu se za utvrđivanje tog boravišta trebaju uzeti u obzir sve bitne činjenične okolnosti“. - Odluka

sudskoj praksi. U slučajevima prekograničnog odvođenja i zadržavanja djece od značaja su odluke Suda EU u predmetima C-523/07, *Podnositelj A* (2. 4. 2009.)²¹ i C-497/10 PPU, *Barbara Mercedi prptiv Richard Chaffe* (22. 12. 2010.)²², na koje se Sud EU pozivao i u svojim kasnijim odlukama,²³ te odluke austrijskog Vrhovnog suda²⁴ i njemačkog Višeg okružnog suda.²⁵ Iz ovih odluka mogu se izdvojiti četiri principa bitna za određivanje pojma uobičajenog boravišta: 1. Tumačenje se vrši autonomno; 2. Pojam je činjenične prirode; 3. I tek rođeno dijete dobiva rođenjem uobičajeno boravište; 4. Uobičajeno boravište, osim u iznimnim slučajevima, ne podrazumijeva dužinu trajanja.²⁶ Osoba ima uobičajeno boravište u državi u kojoj je njezino sjedište života i rada. Uobičajeno boravište odražava središte životnih interesa osobe. Ako je nejasno ima li osoba uobičajeno boravište u određenoj državi, potrebno je uzeti u obzir sve činjenične okolnosti kojima se može utvrditi kako se ne radi samo o prolaznom i trenutnom prisustvu u toj državi. Pri tome se posebno, u svakom konkretnom slučaju, trebaju razmotriti sljedeće činjenice: razlozi boravka, starost osobe, stupanj integracije u okruženje, dužina boravka.²⁷ Dakle, uobičajeno boravište treba biti ojačano kroz porodične, poslovne i socijalne veze s državom boravka, da tu bude efektivno središte života i rada, a da dužina boravka bude samo jedna od mnogih objektivnih indicija koje treba uzeti u obzir.²⁸

u predmetu P. M. Fernandez v. Commission of the EC, od 15. 9. 1994., C-452/93 Zbirka odluka Europskog suda 1994I 4301, br. 22., s obzirom da je Uredba Bruxelles II (zamišljena kao *lex specialis*) potekla od Uredbe Bruxelles I (zamišljene kao *lex generalis*), općeprihvaćen je stav da bi oba akta trebala slijediti i ista načela. To znači da bi identične izraze trebalo tumačiti na isti način te bi i praksu Suda EU u vezi s Uredbom Bruxelles I trebalo uzimati u obzir i u vezi s Uredbom Bruxelles II, odnosno Uredbom Bruxelles Ila (Borrás Report (1998.), t. 6.). Vidjeti u Medić Musa, I., Komentar uredbe Bruxelles II bis u području roditeljske skrbi, Osijek, 2012., str. 58. - 59.

21 Službeni list EU 2009, C 141/14.

22 Službeni list EU 2011, C 55/17; FamRZ 2011, str. 617. Siehr, K., Kindesentführung und EuEheVO, IPRax 4/2012, str. 316 – 320.

23 Radi se o postupcima povodom zahtjeva za prethodno tumačenje, između ostalog, pojma „uobičajeno boravište“ za potrebe čl. 8. st. 1. i čl. 10. Uredbe Brissel Ila. Pogledati odluke Suda EU u predmetima: C-376/14 PPU od 9. 10. 2014. i C-393/18 od 10. 10. 2018. Više u: Pirrung, J., EuEheVO und HKÜ: Steine statt Brot? – Eilverfahren zur Frage des gewöhnlichen Aufenthalts eines vier- bis sechsjährigen Kindes, IPRax 3/2015., str. 208-209., Mansel, P., Thorn, K., Wagner, R., Europäisches Kollisionsrecht 2018: Endspur!, IPRax 2/2018., str. 107.

24 OGH, 16. 11. 2010, 5 Ob 194/10f; vidjeti u: IPRax 4/2012, str. 350. - 351.; iFamZ, mart 2011., str. 104.

25 OLG Stuttgart – Brüssel Ila – VO (VO (EG) Nr. 2201/2003) Art. 2 Nr. 7 S. 2,8 (17. ZS – FamS -, Beschluss v. 30. 3. 2012. – 17 UF 338/11); FamRZ 18/2012., str. 1503.

26 Siehr, K., Kindesentführung und EuEheVO, IPRax 4/2012., str. 317.

27 Ibidem.

28 Njemački Viši okružni sud navodi sljedeće „... ako je boravak trajao šest mjeseci, prihvaća se uobičajeno boravište...“ (OLG Stuttgart – Brüssel Ila – VO (VO (EG) Nr. 2201/2003) Art. 2 Nr. 7 S. 2,8 (17. ZS – FamS -, Beschluss v. 30. 3. 2012. – 17 UF 338/11); FamRZ 18/2012, str. 1503.); Austrijski Vrhovni sud navodi da „...potvrđivanje uobičajenog boravka u Austriji nakon godinu dana boravka,....., ne predstavlja nerazumno tumačenje komunitarnog prava“ (OGH, 16. 11. 2010., 5 Ob 194/10f, iFamZ, mart 2011., str. 104.).

Prvo tumačenje pojma „uobičajenog boravišta“ vezano je za odluku Suda EU u predmetu C-523/07 *Podnositelj A*, u kojoj se, između ostalog, ističe da uobičajeno boravište odgovara mjestu u kojem je došlo do određene integracije djeteta u socijalno i porodično okruženje - sud države čl.ice odredit će uobičajeno boravište djeteta uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja, a posebno dužinu, redovnost i okolnosti boravka u državi čl.ici, razloge boravka i preseljenja porodice u tu državu, državljanstvo djeteta, mjesto i okolnosti školovanja, poznavanje jezika, kao i porodičnu i socijalne veze djeteta s tom državom.²⁹ Nezavisna odvjetnica Kokott je u svom Mišljenju od 29. 1. 2009. godine, koje je dala Sudu EU u vezi sa spomenutim slučajem, istakla da se mora praviti razlika između uobičajenog boravišta odraslih i djece te navela da: “Uobičajeno boravište djeteta nalazi se u mjestu u kojem se, sagledavajući sve relevantne činjenične okolnosti, posebno dužinu i redovnost boravka, kao i porodične i socijalne veze, nalazi središte njegovih životnih aktivnosti”.³⁰ Dakle, pri utvrđivanju uobičajenog boravišta djeteta bitno je da je dijete u središtu interesa, odnosno da djetetovo uobičajeno boravište korespondira s „faktičkim središtem djetetovih interesa“.

Svojom odlukom u predmetu C-497/10 PPU - *Barbara Mercedi p. Richard Chaffe* Sud EU zauzeo je stajalište da se pod pojmom „uobičajeno boravište“ za potrebe čl. 8. st. 1. i čl. 10. Uredbe Brissel IIa podrazumijeva mjesto koje odražava određeni stupanj integracije djeteta u socijalnu i porodičnu sredinu. Pri određivanju uobičajenog boravišta nacionalnu sudovi moraju, rukovodeći se najboljim interesom djeteta, razmotriti sve činjenice konkretnog slučaja. Kriteriji koji se moraju uzeti u obzir su okolnosti i razlozi boravka djeteta kao i njegovo državljanstvo. Iz tih kriterija mora proizići da se ne radi samo o prolaznom i trenutnom prisustvu u određenoj državi. Kao mjerodavne indicije uzimaju su volja roditelja da žive u nekoj drugoj državi čl.ici što se manifestira uzimanjem ili iznajmljivanjem stana u toj državi. Također, potrebno je voditi računa o dužini trajanja redovnog boravišta jer to ukazuje na određenu stalnost boravka. Posebno se mora voditi računa o djetetovoj dobi. Socijalno i porodično okruženje djeteta predškolske dobi ili dojenčeta u velikoj mjeri određeno je porodicom, odnosno osobom s kojom dijete živi i koja se brine o njemu. Dojenče nužno dijeli socijalno i porodično okruženje sa tom osobom. Ako se o dojenčetu, kao što je to ovdje slučaj, isključivo brine majka, onda je potrebno procijeniti stupanj njene integracije u novo okruženje. Pri tome treba uzeti u obzir razloge majčinog preseljenja u tu državu, njeno poznavanje jezika te geografsko i porodično porijeklo kao i porodične i socijalne veze koje majka i dijete imaju s tom državom.

2.4. Povratak djeteta

29 Vidjeti u: Basedow, J., *Das Staatangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union*, IPRax 2/2011., str. 115.

30 Pirrung, J., *Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes bei internationalem Wanderleben und Voraussetzungen für die Zulässigkeit einstweiliger Maßnahmen in Sorgerechtsachen nach der EuEheVO*, IPRax 1/2011., str. 51.

Za razliku od drugih haških konvencija, koje u pravilu sadrže norme međunarodnog privatnog prava (kolizione norme, te norme o međunarodnoj nadležnosti i priznanju i izvršenju stranih odluka), Haška konvencija iz 1980. pristupa problemu prekograničnog odvođenja i zadržavanja djece na originalan način. Ona uspostavlja suradnju između država u cilju što hitnijeg vraćanja nezakonito odvedenog i zadržanog djeteta u državu njegovog uobičajenog boravka, s namjerom da osigura da se pravo na staranje i viđanje s djetetom poštuje u državama ugovornicama.³¹ Kako bi se uspostavilo *status que ante*, odnosno „ispravila“ situaciju u koju je dovedeno dijete, Haška konvencija iz 1980. predviđa obavezu država ugovornice da poduzmu sve odgovarajuće mjere da na svojem području osiguraju njenu provedbu te da tu svrhu primjenjuju najuspješnije raspoložive postupke (čl. 2.). Suradnja između država ugovornica odvija se preko centralnog organa, koji izvršava obveze što ih konvencija nameće takvom organu (čl. 6.). Za razliku od drugih konvencija, Haška konvencija iz 1980. usvojila je tzv. „dvosmjerni“ model centralnog organa, prema kojem je jedan centralni organ zadužen i za zaprimanje i za iniciranje zahtjeva za povratak djeteta. Zadaća centralnog organa precizirana je čl. 7., a odnosi se na suradnju sa centralnim organima drugih država ugovornica i unaprjeđenje međusobne suradnje, na lociranje djeteta, na osiguranje dobrovoljnog povratka djeteta, na pružanje općih informacija o svom nacionalnom pravu, na pokretanje ili olakšavanje pokretanja postupka radi osiguravanja povratka djeteta te na poduzimanje dodatnih mjera u pojedinačnim slučajevima. U Bosni i Hercegovini centralni organ je Ministarstvo pravde Bosne i Hercegovine.³²

U situaciji kada je dijete odvedeno ili zadržano u drugoj državi ugovornici, ovlaštena osoba može se obratiti centralnom organu države u kojoj dijete ima uobičajeno boravište ili centralnom organu bilo koje države ugovornice za pomoć u osiguravanju povratka djeteta (čl. 8. st. 1.). Osoba koja je ovlaštena pokrenuti postupak povratka djeteta predviđen Haškom konvencijom iz 1980. je najčešće drugi roditelj, ali to može biti i bilo koja osoba, institucija ili drugi organ koji tvrdi da je odvođenjem ili zadržavanjem djeteta povrijeđeno pravo na staranje. Zahtjev za povratkom djeteta treba sadržavati sve relevantne podatke vezane za podnositelja zahtjeva, dijete i osobu za koju se tvrdi da je odvela ili zadržala dijete, činjenice na kojima se temelji zahtjev te sve raspoložive informacije o mjestu gdje se dijete nalazi (čl. 8. st. 2.). Centralni organ, nakon što zaprimi zahtjev, bez odlaganja ga dostavlja centralnom organu države ugovornice u koju je dijete nezakonito odvedeno ili zadržano, a ovaj ga dalje prosljeđuje nadležnim sudskim ili upravnim organima.³³ Nadležni sudski ili upravni organi države ugovornice

31 Šaula, V., Dostignuća Haške konferencije za međunarodno privatno pravo u zaštiti djece – savremene tendencije, Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjoj Luci, br. XXV, 2001., str. 258.

32 U okviru Ministarstva pravde BiH, kao centralnog organa, predviđen je Sektor za međunarodnu i međuentitetsku pravnu pomoć i suradnju koji je zadužen za „postupanje po Konvenciji o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece – vraćanje nezakonito odvedene i zadržane djece“.

33 U postupku po zahtjevu za povratak djeteta prema Haškoj konvenciji iz 1980. nadležni su

treba hitno provesti postupak za povratak djeteta i to u roku od šest sedmica od podnošenja zahtjeva za vraćanje (čl. 11.). Jedan od njegovih prvih zadataka jeste utvrditi je li osoba, institucija ili drugi organ, koji je imao pravo na staranje, u smislu odredaba Haške konvencije iz 1980., u vrijeme odvođenja, to svoje pravo faktički i ostvarivalo ili bi ga ostvarivalo da nije došlo do nezakonitog odvođenja ili zadržavanja (čl. 3. st. 1. tač. b.). U pravilu se presumira da je podnositelj zahtjeva faktički ostvarivao pravo na staranje, ali ako se utvrdi da dotična osoba to svoje pravo nije faktički ostvarivala, nadležni organ nije dužan narediti povratak djeteta.³⁴ Ako je dijete nezakonito odvedeno ili zadržano, a na dan početka postupka pred sudskim ili upravnim organom države ugovornice u kojoj se dijete nalazi je proteklo manje od jedne godine od dana nezakonitog odvođenja ili zadržavanja, takav nadležni organ naređuje hitan povratak djeteta (čl. 12. st. 1.). Obaveza nadležnog tijela da naredi povratak djeteta postoji čak i nakon proteka tog roka, osim „ako se ne dokaže da se dijete prilagodilo novoj okolini“ (čl. 12. st. 2.). Čak i u slučaju da se dokaže da se dijete prilagodilo novoj okolini, nadležni organ ima diskreciono ovlaštenje narediti povratak djeteta.³⁵ Naime, nadležni organ ima ovlaštenje narediti povratak djeteta u bilo koje vrijeme (čl. 18.). Postupak po zahtjevu za provođenje ili djelotvorno vršenje prava na susrete i viđenje odvija se na isti način kao i postupak po zahtjevu za povratak djeteta (čl. 21.).

Hitan povratak djeteta u državu ugovornicu iz koje je nezakonito odvedeno ili zadržano je osnovni cilj Haške konvencije iz 1980. i njeno temeljno načelo. Podloga takvom postupanju jeste stav da je hitan povratak djeteta u njegovom najboljem interesu te da je dijete u stvari „žrtva“ odvođenja ili zadržavanja.³⁶ Hitan povratak djeteta znači povratak djeteta u državu njegovog uobičajenog boravka, odnosno u državu u kojoj je živio prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja, kako bi se podnositelju zahtjeva omogućilo ostvarivanje prava na staranje u skladu s odlukom nadležnog organa. To ne mora nužno značiti povratak djeteta osobi koja je podnijela zahtjev.³⁷ Naime, Haška konvencija iz 1980. ne sadrži pravila koja preciziraju konkretno mjesto povratka, određenu osobu kojoj će se dijete predati nakon povratka u državu uobičajenog boravišta te formu povratka djeteta. Dijete kojem je određen povratak u državu uobičajenog boravka može pratiti osoba koja je odvela dijete, osoba koja je podnijela zahtjev za povratak djeteta ili osoba koju

općinski sudovi u FBiH u prvom stupnju u devet kantona, a u Posavskom kantonu kantonalni sud. U drugom stupnju u FBiH nadležni su kantonalni sudovi, odnosno Vrhovni sud u slučaju kada je nadležan kantonalni u prvom stupnju. U RS nadležni su osnovni sudovi u prvom stupnju, odnosno okružni sudovi u drugom stupnju. Mjesna nadležnost određuje se prema mjestu prebivališta djeteta. Nadležni sud odlučuje u vanparničnom postupku, a odluka o povratku djeteta izvršava se prema pravilima izvršnog postupka.

34 Medić Musa, I., Božić, T., op. cit., str. 166.

35 Perez-Vera, E., op. cit., br. 109. Pogledati čl. 18.

36 Blaim, K., op. cit., str. 25.

37 Pape I., Internationale Kindesentführung, Instrumente und Verfahren zur Konfliktlösung unter Berücksichtigung der Mediation, Frankfurt am Main, 2010., str. 9.

je dijete odredilo.³⁸ Nakon povratka, a u zavisnosti od svih okolnosti konkretnog slučaja, dijete se može predati osobi koja je podnijela zahtjev, ali alternativno i trećoj osobi ili instituciji, do konačne odluke o pravu na staranje.³⁹

2.5. Odbijanje povratka djeteta

Haška konvencija iz 1980. predviđa određene iznimke, sadržane u čl. 13. i 20., koje nadležnom organu omogućuju da odbije povratak djeteta, odnosno ne udovolji zahtjevu za povratkom djeteta. Tako sudski ili upravni organ države kojoj je zahtjev upućen nije dužan narediti povratak djeteta ako osoba, institucija ili drugi organ koji se suprotstavlja njegovu povratku dokaže da osoba, institucija ili drugi organ koje se brine o ličnosti djeteta nije faktički ostvarivalo pravo na staranje u vrijeme odvođenja ili zadržavanja, ili da se suglasilo ili naknadno pristalo na odvođenje ili zadržavanje, ili da postoji ozbiljna opasnost da bi povratak izložio dijete fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi ili na drugi način doveo dijete u nepovoljan položaj, te da se dijete suprotstavlja povratku i da je ono napunilo godine i steklo stupanj zrelosti zbog čega je primjereno uzimanje u obzir njegovog mišljenja (čl. 13.). Također, povratak djeteta može se odbiti ako povratak ne bi bio dozvoljen na temelju osnovnih načela o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda države kojoj je zahtjev upućen (čl. 20.). Teret dokazivanja spomenutih iznimki je na osobi koja se protivi povratku djeteta, a to je najčešće roditelj koji je nezakonito odveo ili zadržao dijete. Pozivanje na iznimke diskreciono je ovlaštenje nadležnog organa, koji ih razmatra uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja.⁴⁰

Prva iznimka odnosi se na faktičko ostvarivanje prava na staranje. Radi se o situacijama u kojima osoba kojoj pripada pravo na staranje, to svoje pravo nije faktički ostvarivala u vrijeme odvođenja ili zadržavanja djeteta. Haška konvencija iz 1980. ne sadrži definiciju kada će se smatrati da je pravo na staranje faktički ostvarivano, ali se iz teksta čl. 13. st. 1. tač. a., u skladu s čl. 5. koji definira „pravo na staranje, može iščitati da pravo na staranje uključuje prava koja se odnose na brigu o ličnosti djeteta, osobito pravo na određivanje mjesta boravka djeteta.⁴¹ Pravo na staranje faktički je ostvarivano uvijek kada je osoba vodila brigu o ličnosti djeteta, čak i onda, kada iz valjanih razloga (bolest, školovanje i dr.) ta osoba i dijete ne žive zajedno.⁴² Odluku o tome je li pravo na staranje faktički ostvarivano ili ne, donosi nadležni organ uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja. Važno je naglasiti da faktičko ostvarivanje prava na staranje treba prosuđivati i u vezi s čl. 3., koji određuje kada se odvođenje ili zadržavanje djeteta smatra nezakonitim. S tim u vezi ova iznimka se ne može koristiti kako bi

38 Ibidem.

39 Pantani, A., str. 10.

40 Blaim, K., op. cit., str. 27.

41 Perez-Vera, E., op. cit., br. 115.

42 Ibidem.

se izbjeglo donošenje odluke o povratku djeteta, kada je faktičko neostvarivanje prava na staranje posljedica otmice djeteta.⁴³

Druga iznimka odnosi se na suglasnost ili naknadni pristanak na odvođenje ili zadržavanje djeteta. Osoba kojoj pripada prava na staranje može se suglasi, odnosno dati naknadni pristanak na odvođenje ili zadržavanje djeteta. U tom slučaju sam čin „otmičara“, za koji u početku postoji suglasnost, a naknadno i pristanak, promatra se na drugi način, u smislu da se nadležnom organu otvara prostor da izbjegne donošenje odluke o povratku djeteta.⁴⁴ Relevantna može biti ne samo izričita već i prešutna suglasnost. Suglasnost je izričita, ako je dana na „stvaran, jasan i nedvosmislen“ način,⁴⁵ na temelju stvarnih činjenica, a ne na prevaru. Jednom danu suglasnost nakon koje je došlo do odvođenja ili zadržavanja djeteta nije moguće opozvati samo zato što je dotična osoba promijenila mišljenje.⁴⁶ Prešutna suglasnost podrazumijeva situaciju kada se iz cjelokupnog ponašanja dotične osobe može zaključiti da je dala suglasnost na odvođenje ili zadržavanje djeteta.⁴⁷ Naknadni pristanak obuhvata situacije kada dotična osoba nema namjeru tražiti povratak djeteta na temelju Haške konvencije iz 1980., s tim da njeno pasivno držanje nije rezultat neadekvatnog pravnog savjeta, dugotrajne bolesti ili nemogućnosti lociranja djeteta.⁴⁸ U oba slučaju nadležni organ pri donošenju odluke mora uzeti u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja.

Treća iznimka vezana je postojanje ozbiljne opasnosti da bi povratak izložio dijete fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi ili na drugi način doveo dijete u nepovoljan položaj. Ova iznimka, kao uostalom i sve druge, treba se restriktivno tumačiti, kako se ne bi narušio cilj i svrha Haške konvencije iz 1980.⁴⁹ Radi se o jednoj od najčešće korištenih iznimki, koja za podlogu ima nasilje u porodici. Stoga nerijetko nadležni organ koji odlučuje o povratku djeteta „upadne u zamku“ utvrđivanja nasilja u porodici, čime se postupak produljuje i prerasta u postupak o meritumu spora,⁵⁰ za koji je Haškom konvencijom iz 1980. izričito nadležan organ države uobičajenog boravka djeteta prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja. Njegova zadaća bila bi da utvrdi mogu li se djetetu pružiti adekvatne sigurnosne i zaštitne mjere u državi njegovog uobičajenog boravišta prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja. Nadalje, postupak o povratku djeteta nije postupak o

43 Ibidem.

44 Ibidem.

45 Vidi: *Re K (Abduction: Consent)*, 2 FLR 1997. Riječ je o situaciji gdje je majka napustila Grčku i otišla u Englesku na tečaj engleskog jezika. Sa sobom je pvela i sina, uz pristanak njegova oca. Međutim, prešutjela je činjenicu da je započela vezu s drugim čovjekom te da namjerava ostati u Engleskoj. Sud je ispravno smatrao da takav pristanak nije „stvaran“ jer je postignut prijevaram. Prema: Medić Musa, I., Božić, T., op. cit., str. 169.

46 Murphy, J., *International Dimensions in Family Law*, Manchester University Press, Manchester, 2005., str. 225. prema: Medić Musa, I., Božić, T., op. cit., str. 169.

47 Medić Musa, I., Božić, T., op. cit., str. 169.

48 Murphy, J., op. cit., str. 227. prema: Medić Musa, I., Božić, T., op. cit., str. 170.

49 Perez-Vera, E., op. cit., br. 34.

50 Medić Musa, I., Božić, T., op. cit., str. 171.

pravu na staranju te nadležni organ ne treba cijeniti koji roditelj se bolje brine o djetetu ili ima pogodnije odgojne metode. Nadležni organ treba od ozbiljne opasnosti razlikovati situacije u kojima dijete osjeća psihičko opterećenje, tugu ili trpi druge negativne posljedice koje su neminovne kod ponovne promjene mjesta prebivališta, a vezane su za promjenu jezika, škole i općenito okruženja, ako je za očekivati da će tokom vremena dijete ponovno uspostaviti mentalnu ravnotežu.⁵¹ Također, važno je naglasiti da se postojanje ozbiljne opasnosti cijeni u odnosu na povratak djeteta u državu njegovog uobičajenog boravišta, a ne na povratak djeteta osobi koja je podnijela zahtjev.⁵² Tako se može odbiti povratak djeteta u ratno područje, što opet ovisi o diskrecionoj ocjeni suca u svakom pojedinačnom slučaju. Npr. u 2002. godini, australski sud, u jednom predmetu, odbio je povratak djeteta u Izrael pozivajući se na nestabilnu situaciju u toj državi, dok je američki sud, u drugom predmetu, smatrao da se ne radi o ratnom području te naložio povratak djeteta u Izrael.⁵³

Četvrta iznimka odnosi se na protivljenje djeteta. Naime, nadležni organ kojem je podnesen zahtjev za povratkom djeteta može odbiti narediti povratak, ako utvrdi da se dijete suprotstavlja povratku. Dakle, uzima se u obzir volja djeteta, ako je ono napunilo godine i steklo stupanj zrelosti zbog čega je primjereno uzimanje u obzir njegovo mišljenje. Time se djetetu daje mogućnost da zastupa svoje vlastite interese.⁵⁴ Haška konvencija iz 1980. ne određuje dobnu granicu prikladnu za uzimanje u obzir djetetovog mišljenja, već to ostavlja diskrecionoj ocjeni suca u svakom konkretnom slučaju.⁵⁵ Što je dijete starije, odnosno bliže dobnoj granici od 16 godina koje navodi Haška konvencija iz 1980., to će njegovo mišljenje biti relevantnije. Nadležni organ ovlašten je da sam procijeni da li je dijete u dobi da samostalno izrazi mišljenje i posjeduje li zrelost da se njegovo mišljenje uzme u obzir.⁵⁶ Indicije koji bi ukazivale na valjanost (relevantnost) djetetovog mišljenje su ozbiljna, činjenično motivirana i samostalna odluka, donesena bez utjecaja osobe koja je odvela dijete ili druge osobe iz njegovog okruženja.⁵⁷ Puka želja djeteta da ostane u državi u koju je nezakonito odveden ili zadržan, ne može

51 Keese, N., *Die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht*, Universitätsverlag Göttingen, 2011., str. 132.

52 Blaim, K., op. cit., str. 28.

53 Više u: *Ibidem*, str. 31.

54 Pantani, A., op. cit., str. 58.

55 Perez-Vera, E., op. cit., br. 30.

56 Perez-Vera, E., op. cit., br. 117.

57 Schoch S., *Auslegung der Ausnahmetatbestände – Ein Vergleich der US-amerikanischen und deutschen Rechtsprechung*, München, 2004., str. 301. Prema: Pantani, A., op. cit., str. 58. Tako je američki sud odlučio ne uzeti u obzir protivljenje povratku desetogodišnjeg djeteta jer je smatrao da je na njega izvršen neprikladan utjecaj od strane roditelja koji ga je odveo. Naime sudac je smatrao da je utjecaj roditelja koji se brine od djetetu neizbježan, ali je činjenica da je dijete prilikom iznošenja svog mišljenja koristilo pravni izraz „prilagođeno“ (settled). Tekst odluke dostupan je na INCADAT-a (INCADATA cite, HC/E/Usf 128). <https://www.incadat.com/en/case/128> (12. 4. 2019.).

biti mjerodavna.⁵⁸ Uvid u praksu njemačkih i austrijskih sudova pokazuje da se ne može ignorirati mišljenje i volja djeteta, koje se protivi povratku, starog 8, 9 ili 10 godina,⁵⁹ s tim da se djeci koja su napunila 5 ili 6 godina, također, treba dati mogućnost da iznesu svoje mišljenje.⁶⁰ Međutim, djetetovo protivljenje povratku ne obavezuje nadležni organ na donošenje odluke kojom odbija povratak djeteta, već se radi o jednoj od činjenica, koju nadležni organ analizira i cijeni zajedno s drugim činjenicama konkretnog slučaja.⁶¹

Peta iznimka tiče se povrede temeljnih načela. Naime, nadležni sud može odbiti povratak djeteta ako bi to predstavljalo kršenje osnovnih načela o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda države kojoj je zahtjev poslan. Radi se o klauzuli javnog poretka koja omogućuje nadležnom organu da uđe u meritum spora, umjesto da odlučuje o zahtjevu za povratak. Upravo je to bio razlog, kojeg su isticali protivnici ove iznimke, navodeći da se njenim unošenjem u tekst Haške konvencije iz 1980. slabi Konvencija u cjelini. Njene pristalice su opravdavale unošenje iznimke „temeljnih načela“ mogućnošću pojave ekstremnih okolnosti koje nisu pokrivena iznimkom „ozbiljna opasnost“, a koje bi omogućile nadležnom organu donošenje odluke kojom se odbija povratak djeteta.⁶² Međutim i jedni i drugi se slažu da se iznimka ne smije preširoko tumačiti. Kršenje temeljnih načela podrazumijeva povredu odredaba Europske konvencije o zaštiti i ljudskih prava i osnovnih sloboda, Konvencije UN o prvim djece te ustavnih načela države čiji organi odlučuje o povratku djeteta.⁶³ S obzirom da ova iznimka obuhvata najčešće situacije koje ujedno predstavljaju „ozbiljnu opasnost“, njena uloga u praksi nije tako velika.⁶⁴

3. Praksa

Prekogranično odvođenje i zadržavanje djece spada u izuzetno osjetljivu porodičnopravnu materiju što potvrđuje niz slučajeva u kojima su različiti apekti

58 Pogledati odluku: OGH 15. 12. 2014, 6 Ob 217/14a https://www.ris.bka.gv.at/JustizEntscheidung.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20141215_OGH0002_0060OB00217_14A0000_000&IncludeSelf=False (11. 4. 2019.).

59 Pored prethodne odluke, pogledati i odluku: BVerfG, Beschl. vom 3. 5. 1999, 2 BvR 6/99. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1999/05/rk19990503_2bvr000699.html (11. 4. 2019.).

60 OGH 22. 4. 2013, 6 Ob 75/13t https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20130422_OGH0002_0060OB00075_13T0000_000 (11. 4. 2019.).

61 Njemački sud donio je odluku o povratku osmogodišnje djevojčice unatoč njenom protivljenju. Smatrao je da, iako se njeno mišljenje može uzeti u obzir, utisak koji je ostavila prilikom saslušanja govori o tome da je sposobna prilagoditi se promijenjenom životnim okolnostima. OLG Karlsruhe, Beschl. vom 23. 2. 2006, Az.: 2 UF 2/06 https://www.jurion.de/urteile/olg-karlsruhe/2006-02-23/2-uf-2_06/ (11. 4. 2019.).

62 Medić Musa, I., Božić, T., op. cit., str. 175.

63 Blaim, K., op. cit., str. 45.

64 Pantani, A., op. cit., str. 65.

ovog pitanja bili predmetom razmatranja Europskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP), Suda Europske unije (u daljem tekstu: Sud EU) i bosanskohercegovačkih sudova.

3.1. Prekogranično odvođenje i zadržavanje djece u praksi ESLJP

Odnos između Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljem tekstu: EKLJP) i Haške konvencije iz 1980. je značajan zbog činjenice da su sve države članice Vijeća Europe, tj. stranke EKLJP istovremeno i članice Haške konvencije.⁶⁵ Ipak, mora se imati u vidu da ESLJP nije žalbeni forum u pogledu primjene Haške konvencije iz 1980., već forum koji postupa po apelacijama o navodnim kršenjima prava propisanih EKLJP. Drugim riječima, ESLJP će biti pozvan da odlučuje u slučajevima u kojima je prilikom primjene Haške konvencije iz 1980. prekršeno neko od prava iz EKLJP.⁶⁶ Najveći broj slučajeva koji se našao pred ESLJP ticao se navodnih povreda prava na poštovanje privatnog i porodičnog života iz čl.a 8. EKLJP. Razvoj prakse ovog suda u pitanjima međunarodne roditeljske otmice djeteta je moguće sagledati kroz prikaz odluka u predmetima: *Maumousseau i Washington protiv Francuske*⁶⁷, *Neulinger i Shuruk protiv Švicarske*⁶⁸, *X. protiv Latvije*⁶⁹ i *M.K. protiv Grčke*^{70, 71}.

Presuda u predmetu *Maumousseau i Washington p. Francuske* je značajna jer su u njoj sadržana opća načela o primjeni Haške konvencije iz 1980. u svjetlu pozitivnih obaveza koje državama članicama nalaže čl. 8. EKLJP, a koja se naslanjaju na ranije zauzeta stajališta Suda u predmetima *Ignaccolo-Zenide protiv Rumunije*⁷², *Maire protiv Portugala*⁷³ i *Eskinazi i Chelouche protiv Turske*^{74, 75}. Podnositeljice zahtjeva u ovom predmetu su bile majka, francuska državljanka s prebivalištem u Francuskoj i kćerka, francuska i američka državljanka koja je rođena u SAD-u. Slučaj se odnosio na povratak četverogodišnjeg djeteta u SAD, nakon što su francuski sudovi izdali nalog za povratak djeteta sukladno

65 Grigorova, S. *et al.*, Civil Aspects of International Child Abduction (International Cooperation in Civil Matters), str. 13., dostupno na: http://www.ejtn.eu/Documents/Themis%202012/THEMIS%202012%20BUCHAREST%20DOCUMENT/Written_paper_Bulgaria_2.pdf, pristup 13. 4. 2019.

66 Ibidem.

67 *Maumousseau and Washington v. France*, 39388/05, Judgment of 6 December 2007.

68 *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, 41615/07, GC Judgment of 6 July 2010.

69 *X. v. Latvia*, 27853/09, GC Judgment of 26 November 2013.

70 *M.K. v. Greece*, 51312/16, Judgment of 1 February 2018.

71 Iz bogate prakse ESLJP o međunarodnoj roditeljskoj otmici djeteta, zbog ograničenog obima rada, za prikaz su odabrane samo presude u kojima je Sud uspostavljao opće principe za postupanje u ovim predmetima i presude u kojima je u određenoj mjeri odstupao od tih principa.

72 *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, 31679/96, judgment of 25 January 2000, § 95.

73 *Maire v. Portugal*, 48206/99, Judgment of 26 June 2003, § 72.

74 *Eskinazi and Chelouche v. Turkey*, 14600/05, decision of 6 December 2005

75 Vajić, N., The Interaction between The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention u: Župan, Mirela (ur.), Private International Law in the Jurisprudence of European Courts, Faculty of Law Osijek, 2015., str. 286.

Haškoj konvenciji iz 1980. i odluci američkog suda kojom se roditeljsko staranje dodjeljuje ocu. Dijete, čije je uobičajeno boravište bilo u SAD-u, stiglo je u Francusku u 2003. godine na odmor s majkom, koja je tada odlučila da će s kćerkom ostati u Francuskoj i da se više neće vraćati u SAD, o čemu je obavijestila i oca djeteta (tj. svog supružnika). Žalbeni sud je poništio prvostepenu sudsku odluku kojom je odbijen zahtjev oca za povratkom djeteta i naredio je povratak djeteta u SAD. Majka je pred nadležnim nacionalnim sudom podnijela zahtjev za osporavanje zakonitosti ove odluke pozivajući se na čl. 13. st.1. tač. b. Haške konvencije iz 1980., ističući da bi nova promjena u takvoj situaciji izložila dijete ozbiljnom riziku od štete. Kako postupak za osporavanje zakonitosti odluke nije odlagao izvršenje drugostepene odluke o povratku djeteta, 2004. godine nadležni državni odvjetnik je, uz pomoć četiri policijska službenika, pokušao odvesti dijete iz vrtića, ali se majka, zajedno s drugim roditeljima i školskim osobljem, opirala tom pokušaju formirajući zaštitni obruč oko djeteta. Nakon toga, na zahtjev majke, dijete je smješteno u ustanovu za staranje, a svakom od roditelja je dodijeljeno pravo na kontakte. Dijete je krajem 2004. godine vraćeno u SAD. Ubrzo nakon toga, donesena je i konačna sudska odluka kojom je odbijen prigovor gđe. Maumousseau o nezakontosti žalbene presude i potvrđen je nalog za povratak djeteta. Gđa Maumousseau, zajedno sa kćerkom podnosi apelaciju ESLJP tvrdeći da je došlo do kršenja čl. 8. i čl. 6. EKLJP, jer je djetetov povratak u SAD bio u suprotnosti s interesima njezine kćerke i stavio je u nepodnošljivu situaciju s obzirom na njezinu dob. Nadalje je tvrdila da je policijska intervencija u dječjem vrtiću rezultirala značajnim psihološkim posljedicama po dijete.

U odnosu na naprijed navedene činjenice slučaja, ESLJP je odlučio da nije bilo povrede čl. 8. EKLJP. U vezi s razlozima odluke kojom se nalaže povratak djeteta u SAD, Sud je smatrao da su francuski sudovi uzeli u obzir “najbolje interese” djeteta⁷⁶, posebno su pažljivo ispitali porodičnu situaciju u cjelini, proučavali niz različitih faktora, provodili uravnoteženu i razumnu procjenu interesa, te konstantno nastojali utvrditi što je najbolje rješenje za dijete. Sud je također primijetio da nema razloga smatrati da je postupak donošenja odluka koji je naveo francuske sudove da nalože povratak djeteta u SAD bio nepravedan ili nije dopuštao podnositeljima zahtjeva da učinkovito ostvare svoja prava. Što se tiče uvjeta izvršenja naloga za povratak, Sud je primijetio da su okolnosti policijske intervencije u dječjem vrtiću bile posljedica stalnog odbijanja majke da dobrovoljno preda dijete ocu, unatoč sudskom nalogu koji je bio provediv više od šest mjeseci. Iako intervencija policije nije bila najprikladniji način rješavanja situacija kao što je slučaj u predmetu podnositelja zahtjeva, a može imati i traumatične učinke, Sud je primijetio da se on dogodio pod nadležnošću i u prisustvu javnog tužitelja, Stručni državni pravni službenik uložio je visoku razinu odgovornosti za donošenje odluka po čijim nalogima su postavljeni službenici u pratnji. Nadalje je istakao da majku također ništa nije sprečavalo da prati kćerku nazad u SAD. Iz presude se nedvojbeno isčitava stav Suda koji je potpunosti podržava ideju na kojoj se

76 Maumousseau and Washington v. France, 39388/05, § 75.

temelji Haška konvencija, a to je sprječavanje proliferacije međunarodne otmice djece, vraćanje *statusa quo ante* i ostavljanje pitanja roditeljskog staranja na odlučivanje sudovima uobičajenog boravišta djeteta.⁷⁷ Prihvatio je da se iznimke trebaju strogo tumačiti i dodao da bi sadržaj i primarna svrha Haške konvencije iz 1980. bili besmisleni ako bi se prihvatili argumenti podnositeljice zahtjeva u ovom slučaju.⁷⁸ Sumirajući opća načela u ovom predmetu, Sud konstatuje da su pozitivne obaveze države po čl. 8. EKLJP: primjenjivati Hašku konvenciju iz 1980. na učinkovit način, preduzimati adekvatne i djelotvorne napore radi ostvarivanja prava djeteta na povratak i ponovno spajanje s roditeljem, tumačiti odredbe u skladu s međunarodnim normama i preduzimati sve neophodne korake kako bi se olakšalo izvršenje.⁷⁹ Ova načela ESLJP ponavlja u gotovo svim presudama u predmetima u kojima su razmatrane navodne povrede EKLJP prilikom primjene Haške konvencije iz 1980., što reflektuje stav i postupanje Suda u duhu ideje kojom je prožeta Haška konvencija iz 1980. da je hitan povratak djeteta u mjesto njegovog uobičajenog boravišta u najboljem interesu djeteta.

Odluka Velikog vijeća u predmetu *Neulinger i Shuruk p. Švicarske* je označila prekretnicu u dotašnjoj praksi Suda.⁸⁰ U ovom predmetu apelantica je bila Švicarska državljanka koja je tvrdila da su švicarske vlasti povrijedile njezino i pravo njezinog sina na poštovanje privatnog i porodičnog života zbog konačne odluke švicarskog Saveznog suda iz 2007. godine kojom je naređeno izvršenje odluke Poričnog suda u Tel Avivu o hitnom povratku djeteta ocu u Izrael. Gđa Neulinger je u svojoj apelaciji prigovorila da švicarski sudovi nisu razmatrali činjenicu postojanja rizika od ozbiljnog ugrožavanja interesa djeteta zbog mogućnosti da dijete bude, pod utjecajem oca, uključeno u ultra - ortodokсну jevrejsku sektu. Apelacija se u ovom predmetu ticala djeteta rođenog u Izraelu 2003. godine, čija je majka švicarska državljanka, a otac izraelski državljanin. Po rođenju djeteta, otac se pridružio radikalnoj, ultra-ortodoksnoj židovskoj sekti. Zbog bojazni da bi otac mogao odvesti dijete u zajednicu u sektu u inostranstvo, 2004. godine, majka je uspjela ishoditi zabranu odvođenja djeteta izvan Izraela. Zabrana je trebala biti na snazi do djetetovog punoljetstva. Roditelji su se razveli 2005. godine, ranija odluka o zajedničkom starateljstvu nije mijenjana, ali je dijete ostalo živjeti s majkom dok je otac imao pravo na kontakte s djetetom. Očevo pravo je naknadno ograničeno zbog prijetjećeg ponašanja. Majka je tajno s djetetom napustila Izrael i otišla u Švicarsku. Porodični sud u Tel Avivu je 2006. godine izdao nalog kojim se potvrđuje da je odvođenje djeteta bilo nezakonito, nakon čega je otac

77 Ibidem., §69.

78 Ibidem., §73.

79 Ibidem., §83.; Vidjeti i: McEleavy, P., The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?, *Neth Int Law Rev* (2015), 2015., str. 373.

80 Prema Moll, C., radi se o odluci „...koja je izazvala zemljotres...“, *Non-traditional Family Forms & the International Dimension of Family Life: A Report on the ERA Seminar, 'Recent Case Law of the European Court of Human Rights in Family Law Matters'*, *Familie en Recht*, vol. 2016, No 3, str. 4.

podnio zahtjev za povratak djeteta u Izrael. Usljedili su postupci pred nadležnim sudovima u Švicarskoj koji su rezultirali donošenjem konačne odluke Saveznog suda kojom je naložen povratak djeteta u Izrael, ne nalazeći osnovu za ozbiljan rizik od štete po dijete.⁸¹

Veliko vijeće ESLJP je u ovom predmetu odlučilo da je došlo do povrede prava iz čl. 8. jer nije stekao ubjeđenje da bi povratak djeteta ocu u Izrael u konkretnom slučaju bio u njegovom najboljem interesu.⁸² Sud dakle postaje skeptičan i ističe da povratak djeteta u mjesto uobičajenog boravišta ne mora uvijek biti u njegovom interesu i da se najbolji interes djeteta mora procijeniti u svakom pojedinom slučaju. Sud je otišao i korak dalje te u §139. Presude obrazlaže da nacionalni sudovi moraju provesti opsežno, temeljito/dubinsko ispitivanje (*“an in-depth examination”*) cjelokupne porodične situacije kako bi odlučili koje je najbolje rješenje za oteto dijete⁸³. Ova odluka je naišla na brojne kritike u pravnoj teoriji i praksi⁸⁴, prvenstveno zbog toga što je u njoj dato previše važnosti Konvenciji o pravima djeteta iz 1989. godine i, prema tome, previše važnosti pojmu najboljeg interesa djeteta.⁸⁵ Drugim riječima, ukoliko se poruka ESLJP shvati doslovno, postoji opasnost da se isključi skraćeni postupak koji je temelj Haške konvencije iz 1980. i poništi koncept povratka u zemlju uobičajenog boravišta, kako bi se tamo provela potpuna i temeljita procjena dobobiti djeteta, a ne u zemlji u koju je dijete nezakonito odvedeno.⁸⁶

Uz navedeno, potrebno je imati u vidu da je apelacija stigla u vrijeme kada je ESLJP imao velike zaostatke u rješavanju predmeta i da je postupak trajao četiri godine, što je u ovom slučaju značilo da je do odluke Velikog vijeća, dijete živjelo u Švicarskoj šest godina i veoma dobro se prilagodilo sredini u kojoj je živjelo, odnosno bilo je potpuno integrisano u švicarsko društvo.⁸⁷

81 Za detaljnije okolnosti slučaja vidjeti: Neulinger and Shuruk v. Switzerland, 41615/07, §§ 15 – 47.

82 Ibidem., §151.

83 Ibidem., §139.: “...mora utvrditi jesu li domaći sudovi proveli temeljito ispitivanje cjelokupne porodične situacije i čitavog niza čimbenika, osobito činjenične, emocionalne, psihološke, materijalne i medicinske prirode, te su napravili uravnoteženu i razumnu procjenu odgovarajućih interesa svake osobe, uz stalnu brigu za određivanje koje bi najbolje rješenje bilo za oteto dijete u kontekstu zahtjeva za njegov povratak u zemlju podrijetla.”

84 Opširnije: Schuz, R., *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*, Hart Publishing, Portland, 2013., str. 27 – 28.

85 Vajić, N., op.cit., str. 288.

86 Lowe, N., ‘Abductors Keepers’: Is the International Law on Child Abduction Working?, Summary of an International Law Discussion Group meeting on 31 January 2011 on the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction 2013., str. 7., (dostupno na: <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/310113summary.pdf>, pristup 23. 4. 2019.).

87 Mol, C., op. cit., str. 5.

Kako je ESLJP morao „smiriti potres koji je izazvao“⁸⁸ odlukom u predmetu *Neulinger i Shuruk*, predmet *X. p. Latvije* je bio odlična prilika da to i učini.⁸⁹ U predmetu *X p. Latvije* nacionalni organi su propustili detaljno ispitati sve relevantne činjenice prilikom odlučivanja o povratku djeteta prema čl. 12., 13. i 20. Haške konvencije iz 1980. Okolnosti slučaja su bile sljedeće: majka, latvijska državljanka, sa boravištem u Australiji, je u faktičkoj zajednici sa svojim partnerom, australijskim državljaninom, 2005. godine dobila dijete E., dok je još formalno bila u braku sa drugim muškarcem. Djetetu nije bilo utvrđeno očinstvo (bilo kojeg od ova dva muškarca). Otac djeteta je živio sa majkom u iznajmljenom stanu dok je ona primala pomoć za samohrane roditelje. Odnos između majke i oca se pogoršao, a 2008. godine majka je sa djetetom, napustila Australiju i otišla u Latviju. Otac je podnio zahtjev Australskom porodičnom sudu da utvrdi roditeljska prava u odnosu na dijete i zahtjev za povratak djeteta prema Haškoj konvenciji iz 1980. Porodični sud je utvrdio očinstvo na temelju činjenica koje je dao otac (bez provođenja DNK testiranja). Nadalje je utvrđeno da su majka i otac imali zajedničku roditeljsku odgovornost za dijete od rođenja (retroaktivno). Majka je pozvana da osobno prisustvuje ročištu ili da prati saslušanje telefonom, ali to nije učinila, niti se žalila na odluku. Zahtjev za povratak koji je dostavio australski centralni organ bio je popraćen izjavom kojom se potvrđuje, ne dovodeći u pitanje očinstvo, da je na dan kada je majka napustila Australiju s djetetom, otac imao zajedničku roditeljsku odgovornost nad djetetom.⁹⁰ Uslijedili su sudski postupci pred latvijskim sudovima, kojima je prisustvovao otac, a u kojima je majka negirala „starateljska“ prava oca budući da nije tražio utvrđivanje očinstva prije njenog napuštanja Australije. Između ostalog je iznijela navode o njegovom nasilnom ponašanju, da je dijete povezano s Latvijom, te je piložila i mišljenje psihologa u kojem je navedeno da će dijete pretrpjeti traumu u slučaju odvajanja od majke. Konačnom odlukom latvijskih sudova naložen je povratak djeteta u Australiju odbacujući sve argumente majke uz obrazloženje da se argumenti odnose na meritum stvari, odnosno na osnovanost prava roditeljskog staranja za čije odlučivanje je nadležan sud djetetovog uobičajenog boravišta (Australijskog porodičnog suda). Otac je odveo kćerku u Australiju, nakon čega se majka obratila ESLJP pozivajući se na kršenje prava iz čl. 8. EKLJP.

ESLJP je odlučio da je Latvija prekršila svoje obaveze iz čl. 8. EKJLP zbog toga što latvijski sudovi nisu postupili u skladu s proceduralnim zahtjevima čl. 8. jer su odbili uzeti u obzir argumentiranu tvrdnju o “ozbiljnom riziku” za dijete u slučaju njenog povratka u Australiju.⁹¹ Uz to, u odluci je jasno navedeno da čl. 8. Konvencije ne zahtijeva temeljito ispitivanje sudskih ili drugih tijela države kojoj je zahtjev podnesen u pogledu cjelokupne porodične situacije dotičnog djeteta. Ovaj navod je u pravnoj teoriji ocijenjen kao „jasna ispravka koja je

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ U tom smislu i: Vajić, N., op. cit., str. 288.

⁹⁰ Detalje postupka pred australskim nadležnim sudovima vidjeti u: *X v. Latvia* §§ 13 – 16.

⁹¹ Ibidem, §115.

stavila van snage §139. presude u predmetu *Neulinger i Shuruk*⁹². Sud je priznao da se §139. “može i doista se pročitao kao da sugerira da su domaći sudovi bili dužni detaljno ispitati cijelu porodičnu situaciju i čitav niz čimbenika”.⁹³ Zatim je nastavio objašnjavati da je u tom kontekstu “smatrao prikladnim pojasniti da njezino utvrđivanje u §139. presude u predmetu *Neulinger i Shuruk* samo po sebi ne sadrži nikakvo načelo za primjenu Haaške konvencije od strane domaćih sudova”. Što se tiče općih načela, u ovoj odluci Sud se ponovno poziva na odluku u predmetu *Maumousseau i Washington p. Francuske* pozicionirajući je kao vodeći predmet u pitanjima otmice djece.⁹⁴ Na taj je način Sud zapravo potvrdio da je rješenje *Neulinger i Shuruk* bilo iznimno, zbog vrlo specifičnih okolnosti tog slučaja i da se ne treba smatrati vodećim slučajem u svim situacijama otmice djece. Ova presuda predstavlja akt o balansiranjima između općih najboljih interesa djece i najboljih interesa pojedinog otećog djeteta. Haška konvencija ima za cilj opće najbolje interese i na temelju svojih razloga za odbijanje, konkretni najbolji interesi otećog djeteta moraju se uzeti u obzir kroz relevantne elemente podnesene nacionalnim sudovima. Nacionalni sudovi ne bi trebali temeljito istraživati *ex officio* cijelo činjenično stanje, već bi trebali uzeti u obzir sve dokaze koji su im predočeni. Nadalje, pri tome bi nacionalni sudovi trebali poštovati rokove za provođenje mjera, budući da ESLJP naglašava cilj brzog povratka Haške konvencije iz 1980.⁹⁵ Presuda u predmetu *X. p. Latvije* ima višestruk značaj budući da su njome aktualizirana pitanja: odnosa Haške konvencije iz 1980. i EKLJP⁹⁶, razumijevanje najboljeg interesa djeteta iz čl. 3. Konvencije UN o pravima djeteta i utvrđivanje postojanja odnosno nepostojanja kršenja prava na staranje imajući u vidu činjenicu da je majka u vrijeme „otmice“ pravno jedini roditelj djeteta.⁹⁷

Dosljednost u svojoj praksi, koju je Sud nastojao osnažiti odlukom u predmetu *X. p. Latvije*, je ponovno dovedena u pitanje recentnom odlukom u predmetu *M.K. p. Grčke*. Ovaj se predmet odnosio na nemogućnost podnositeljice zahtjeva, majke dvoje djece, rumunske državljanke s prebivalištem u Francuskoj, da ostvaruje staranje nad jednim od njenih sinova (A.) unatoč odluci grčkih sudova kojom joj se ono dodijeljuje. Njezin bivši suprug živio je u Grčkoj sa svoja dva sina, dok je ona živjela u Francuskoj. Podnositeljica zahtjeva je prigovorila da grčke vlasti nisu ispoštovale presude u njenu korist koje su donijeli grčki i francuski sudovi u vezi s staranjem nad njezinim sinom. Dalje je navela da su odbili olakšati povratak djeteta u Francusku i da su propustile reagovati na njezine pritužbe protiv bivšeg

92 Vajić, N., op. cit., str. 289.

93 X. v. Latvija, §104.

94 Ibidem, §99

95 U tom smislu vidjeti: *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, §102; *Maire v. Portugal*, §74.

96 U presudi se ističe da odnos između ove dvije konvencije podrazumijeva kobiniranu i skladnu primjenu, s tim da čl.8. EKLJP treba tumačiti u svjetlu zahtjeva Haške konvencije iz 1980. ali i u svjetlu KPD (§§ 93 i 94).

97 Prema Jeppesen de Boer, Christina G.; Jonker, M., Does the European Court of Human Rights get it “right” or “wrong” in international child abduction? (dostupno na: <http://echrblog.blogspot.com/2013/12/x-v-latvia-child-abduction-grand.html>, pristup 24.04.2019.)

supruga o otmici djeteta. Sud je smatrao da nije došlo do povrede čl. 8. EKLJP, utvrdivši da su grčke vlasti poduzele mjere koje su se razumno moglo očekivati od njih kako bi ispunile svoje pozitivne obveze prema čl. 8. Između ostalog, oni su uzeli u obzir sveukupnu porodičnu situaciju, način na koji se mijenjala tijekom vremena i najbolje interese dva brata, a posebno A. Sin A., koji je u to vrijeme imao 13 godina, jasno je izrazio želju da ostane sa svojim bratom i ocem u Grčkoj. U ovom predmetu, Sud je posebno podsjetio da su želje koje je izrazio dijete koje je imalo dovoljno razumijevanja bili ključni faktor koji se mora uzeti u obzir u bilo kojem sudskom ili upravnom postupku koji se odnosi na njega. Pravo djeteta da bude saslušano i uključeno u donošenje odluka u bilo kojem porodičnom postupku koji prvenstveno utječe na njih također je zajamčeno nizom međunarodnih dokumenata, uključujući i Hašku konvenciju iz 1980. Ipak se sa mišljenjem većine nisu složili svi čl.ovi sudskog vijeća, naročito oko pitanja može li se propust izvršenja naloga za povratak djeteta u prošlosti smatrati povredom prava na poštovanje privatnog i porodičnog života.⁹⁸ Suci Wojtyczek i Koskelo u izdvojenim mišljenjima ističu da je presuda nepravедna i problematična, između ostalog, i zbog toga što nedostatak odgovarajućeg odgovora od strane vlasti stavlja podnositelja zahtjeva u neprihvatljiv položaj. Prema ranijim stavovima ESLJP, adekvatnost poduzetih mjera se procijenjuje naročito s obzirom na njihovu brzu provedbu odnosno da postupci koji se odnose na povratak odvedenog djeteta, uključujući izvršenje konačnih odluka, zahtijevaju hitno postupanje jer protek vremena može imati nepopravljive posljedice⁹⁹ za odnose između djeteta i roditelja s kojim dijete ne živi.¹⁰⁰ U ovoj presudi, većina je dala prednost najboljim interesima djeteta u odnosu na nesmetano, predvidljivo i pouzdano funkcioniranje proceduralnih aranžmana predviđenih Haškom konvencijom iz 1980. što u određenoj mjeri može ohrabriti roditelje na otmicu, uslijed čega se sav teret prebacuje na drugog roditelja i sud.

98 U tom smislu sudac Wojtyczek pojašnjava da sadašnje stanje nije relevantno za procjenu usklađenosti prošlih radnja i propusta nacionalnih vlasti sa EKLJP. Čak i pod pretpostavkom da najbolji interesi djeteta isključuju njegov povratak u Francusku 2017. godine, to ne predstavlja argument protiv zaključka o kršenju Konvencije u 2015. i 2016. godini. Uz to, utvrđenje kršenja Konvencije u predmetu koji se odnosi na otmicu djeteta od strane roditelja ne znači nužno - u izvršenju presude ESLJP – da dijete mora biti vraćeno drugom roditelju (vidjeti: §§ 4 - 5. Izdvojenog mišljenja, dostupno na: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-180489"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)), pristup 15.05.2019.).

99 To potvrđuje i analiza A. - ovih stavova u vezi sa ovim pitanjem u postupcima tokom 2015. i 2016. godine. „...kako je vrijeme prolazilo, bila je sve izraženija želja A. da ostane sa svojim bratom u Grčkoj, a samim tim i jače protivljenje povratku majci u Francusku. Naime, u 2015. godini A. je objasnio da je jako povezan kako s majkom tako i s ocem, preferirajući da provodi vrijeme s oboje, ali se osjeća nesigurno zbog odvajanja od brata (§§ 16 - 20). Međutim, tokom saslušanja u 2016. godini situacija se razvila do toga da je A. izrazio *“une vive colère”* (jaku ljutnju) prema svojoj majci zbog inzistiranja na sudskom postupku za njegovim povratkom protiv njegove volje i više puta tvrdio da se više ne želi vratiti u Francusku.“ (§§ 33-37 i 90 – 92 Izdvojenog mišljenja).

100 Vidjeti između ostalog Adžić v. Croatia 22643/14, Judgment of 12 March 2015., §94.

3.2. Prekogranično odvođenje i zadržavanje djece u praksi Suda EU

Poput ESLJP-a, i Sud EU je u svojoj jurisprudenciji razvio set principa u odnosu na problematiku prekograničnog odvođenja i zadržavanja djeteta. Potrebno je istaći da Sud EU te principe nije razvio na temelju pojedinačnih pritužbi osoba koje smatraju da im je povrijeđeno neko od prava garantovanih pravnim propisima EU, već po zamolbama nacionalnih sudova o tumačenju relevantnih pravila uspostavljenih Uredbom Bruxelles IIa¹⁰¹ (u daljem tekstu: Uredba).¹⁰²

Stupanjem na snagu Uredbe Bruxelles II.a 2005. godine upotpunjen je mehanizam uspostavljen Haškom konvencijom iz 1980. između država članica EU. To podrazumijeva da sud države članice EU kojem je podnesen zahtjev za predaju djeteta u skladu s Haškom konvencijom iz 1980. primjenjuje pravila Konvencije dopunjena Uredbom, s tim da u odnosima između država članica, pravila Uredbe imaju prednost nad pravilima Konvencije ako se odnose na pitanja uređena Uredbom.¹⁰³

U tom kontekstu, Sud EU je donio nekoliko presuda u vezi s tumačenjem Uredbe u predmetima koji se odnose na otmicu djece i to: C-195/08 PPU, *Inga Rinau* (11. 7. 2008.)¹⁰⁴, C-211/10 PPU, *Doris Povse protiv Mauro Alpagó* (1. 7. 2010.)¹⁰⁵; i C-491/10, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga protiv Simone Pelz* (22. 12. 2010.)¹⁰⁶.

Jedna od prvih značajnijih odluka Suda EU u ovoj oblasti je donesena u predmetu *Inga Rinau*.¹⁰⁷ Naime, u postupku pred litvanskim sudom, gđa Inga Rinau, litvanska državljanka, tražila je da se uskrati priznanje odluke njemačkog

101 Uredba Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. 11. 2003. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću, kojom se stavlja izvan snage Uredba (EZ) br. 1347/2000. Službeni list Europske unije, L 228/1, od 23. 12. 2003.

102 Za razliku od ESLJP koji postupi po individualnim pritužbama o kršenju subjektivnih prava garantovanih EKLJP-a, u Europskoj uniji ne postoje sudovi koji su nadležni odlučivati o kršenju subjektivnih prava zagarantovanih odredbama primarnog ili sekundarnog prava EU. Umjesto toga, Sud EU nadležan je postupati po zamolbi nacionalnih sudova, pred kojima se vodi postupak u kojem se stranke pozivaju na odredbe prava EU, a nacionalni sud procijeni da je to pitanje odlučujuće za slučaj. Riječ je o tzv. postupku prethodnog odlučivanja kroz koji Sud EU tumači pravo EU. (prema: Šago, D., Postupak prethodnog odlučivanja pred Europskim sudom – problemi i moguća rješenja, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v.36, br.1., Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2015., str. 381 – 382.).

103

104 Odluka dostupna na: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=67594&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3676040>, 15.5.2019.

105 Odluka dostupna na: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83999&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first?&cid=456371>, 15.5.2019.

106 Odluka dostupna na: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a6053ce4-676d-48c6-b87d-55a312d08823.0002.05/DOC_1&format=PDF, pristup 15.5.2019.

107 Schulz, A., Guidance from Luxembourg: First ECJ Judgment Clarifying the Relationship between the 1980 Hague Convention and Brussels II Revised, Features, International Family Law (IFL), 2008., str. 221.

suda, kojom se staranje nad njezinom kćeri, rođenoj u braku s njemačkim državljaninom, dodjeljuje ocu, a njoj naređuje da dijete vrati u Njemačku. Gđa Rinau je, naime, ubrzo nakon rođenja kćerke prestala živjeti u zajednici s gđin. Rinauom, ocem djeteta, a kasnije je pokrenut i postupak razvoda braka. Kćer je nastavila živjeti s majkom. Majka je, nakon što je dobila odobrenje od oca da ode na ljetovanje s kćerkom, s njom otišla u Litvaniju, i tu se nastanila. Nakon niza odluka njemačkih i litvanskih sudova¹⁰⁸, postavilo se pitanje tumačenja Uredbe, a litvanski Vrhovni sud je tražio pokretanje hitnog postupka imajući u vidu čl. 11. st. 3. Uredbe u kojoj je postavljen rok od šest sedmica da sud kome se podnese zahtjev za vraćanje djeteta o tome odluči, kao i imajući u vidu interese djeteta i potrebu očuvanja odnosa između roditelja i djeteta. Iz Suda EU slijedio je odgovor da nema osnova za odbijanje priznanja odluke njemačkog suda i da su litvanski sudovi obavezni, bez daljeg odugovlačenja, izvršiti tu odluku.¹⁰⁹ U §89. Odluke je naglašeno da „... jednom kada odluka o odbijanju povratka djeteta bude donesena i dostavljena sudu države čl.ice koji je izdao nalog za povratak, irelevantno je to što bi eventualno odluka o odbijanju povratka naknadno bila obustavljena, izmijenjena, stavljena izvan snage ili zamijenjena drugom odlukom o povratku, dokle god se povratak djeteta zaista nije dogodio. Kako ne postoji sumnja u vjerodostojnost potvrde o izvršnosti naloga, a taj je nalog donesen u skladu s Uredbom, na domaćem sudu je da izvrši nalog i bez daljnjeg ispitivanja naredi povratak djeteta.“ Ocijenjeno je da iz ove odluke proizlazi nedvosmislen zaključak da se postupak za povratak djeteta u smislu Uredbe, smatra neovisnim o bilo kojem drugom postupku priznanja i izvršenja.¹¹⁰

Predmet *Doris Povse p. Mauro Alpagó* je razmatrao Sud EU po zamolbi austrijskog suda da odgovori na nekoliko pitanja od kojih su se suštinska pitanja odnosila na izuzetnu mogućnost odbijanja izvršenja na temelju činjenice da je naknadnom presudom države čl.ice izvršenja dodijeljeno staranje roditelju koji je „oteo“ dijete, ili na temelju promjenjenih okolnosti nakon dostave naloga za povratak djeteta, što znači da bi njegovo izvršenje rezultiralo kršenjem osnovnih ljudskih prava.¹¹¹ Okolnosti ovog slučaja su bile sljedeće: gđa Povse i gđin Alpagó, nevjenčani roditelji djeteta rođenog u Italiji, su imali zajedničko

108 Njemački sud je 2007. godine donio odluku o razvodu braka i konačnu odluku kojom se staranje nad djevojčicom dodjeljuje ocu. Majci je upućen nalog da dijete vrati ocu u Njemačku. Kako gđa Rinau nije uspjela sa zahtjevom za uskratom priznanja odluke njemačkog suda pred žalbenim sudom, obratila se Vrhovnom sudu kao sudu posljednje instance.

109 Uzelac, A., Stojčević, P. i Petrašević, T., Razvod braka u praksi europskih sudova: postupkovni aspekti odlučivanja o imovinskim i statusnim posljedicama prestanka braka u odlukama sudova u Strasbourgu i Luxembourg, u Rešetar, B. i Župan M. (ur.) Imovinskopravni aspekti razvoda braka – hrvatski, europski i međunarodni kontekst, Pravni fakultet u Osijeku, Osijek, 2011., str. 305.

110 Vidjeti: Europska komisija, Praktični priručnik za primjenu Uredbe Bruxelles II.a, str. 64.

111 Hazelhorst, M., The ECtHR's decision in *Povse*: guidance for the future of the abolition of exequatur for civil judgments in the European Union, *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2014 (1), T.M.C. Asser Press, Hague, 2014., str. 29.; Saiz Arnaiz, A., Torres Pérez, A., Main trends in the recent case law of the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights in the field of fundamental rights, *European Parliament*, Brussels 2012., str. 18.

staranje nad djetetom. Nakon prestanka vanbračne zajednice, otac je ishodio privremenu mjeru zabrane majci da napusti Italiju sa djetetom. Ipak, gđa Povse, napušta Italiju sa kćerkom u dobi od dvije godine. Otac je u Austriji pokrenuo postupak za povratak djeteta, a ubrzo nakon toga talijanski sud je ukinuo zabranu majci da napusti Italiju, privremeno je dodijelio zajedničko staranje i odlučio da dijete može boraviti u Austriji do konačne odluke. Ocu je dodijeljeno pravo na kontakte. Austrijski sud je odbio zahjev oca za vraćanjem djeteta. Nakon toga je talijanski sud naložio hitan povratak djeteta u Italiju i ovjerio ovu naredbu u skladu s čl. 42. Uredbe. Austrijski sud je pokušao odbiti izvršenje, ali je viši sud (Okružni sud u Leobenu) ovu odluku ukinuo ističući da nema mjesta za odbijanje izvršenja s obzirom da je talijanski sud proglasio izvršenje naloga, pri čemu je talijanski sud bio nadležan, jer je Italija bila mjesto uobičajenog boravišta djeteta neposredno prije njenog odvođenja.¹¹² Nakon žalbe Vrhovnom sudu Austrije, Sudu EU je upućeno ranije navedeno pitanje. Sud EU je u svojoj odluci potvrdio nadležnost talijanskih sudova i naglasio da austrijski nemaju diskreciono pravo odbiti izvršenje naloga za povratak djeteta,¹¹³ odnosno da je potvrđena odluka automatski izvršna.¹¹⁴ Razlog tome je princip uzajamnog povjerenja na kojem se zasniva priznanje i izvršenje odluke donesene u drugoj državi člaici usljed čega se razlozi za odbijanje priznanja moraju vrlo restriktivno tumačiti.¹¹⁵ Nakon došenja odluke Suda EU, uslijedio je postupak pred ESLJP-a po apelaciji majke i kćerke o navodnom kršenju njihovog prava na privatni i porodični život.¹¹⁶

Na ideji uzajamnog povjerenja, Sud EU je utemeljio i svoju odluku u predmetu *Joseba Andoni Aguirre Zarraga p. Simone Pelz*, iako je po mišljenju pojedinih autora bila „...više nego očita odsutnost uzajamnog povjerenja u usklađenost pravnog sustava države podrijetla odluke s temeljnim ljudskim pravima“¹¹⁷. U ovom predmetu gđin Zarraga i gđa Pelz su zaključili brak 1998. godine. U braku

112 Hazelhorst, M., op. cit., str. 28.

113 Ibidem.

114 Bubić, S., Usklađivanje domaćeg zakonodavstva sa *acquis-em* radi jačanja procesnog položaja djeteta, Zbornik radova s Međunarodne naučno – stručne konferencije „Usklađivanje zakonodavstva s *acquis-em*“, Centar za društvena istraživanja Internacionalnog Burč univerziteta, Sarajevo, 2015., str. 59.

115 Medić, I., Priznanje i ovrha na području EU, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 54, 1/2017., Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 2017., str. 294.

116 ESLJP je konstatovao da je došlo do miješanja u privatni i porodični život zbog činjenice izvršenja odluke i razdvajanja majke i djeteta, ali da je miješanje bilo u skladu sa zakonom, odnosno da je izvršenje odluke talijanskog suda o povratku djeteta u Italiju bilo zasnovano na čl. 42. Uredbe, da je težilo legitimnom cilju (povratak djeteta ocu) i da je bilo neophodno u demokratskom društvu (jer je Austrija samo izvršavala svoje međunarodne obaveze). Stoga je ESLJP je odlučio da Austrija nije povrijedila pravo majke i kćerke na poštovanje privatnog i porodičnog života (*Sofia Povse and Doris Povse v. Austria*, 3890/11, §§70 - 74).

117 Medić, I., Priznanje..., cit., str. 283 – 300.; slično i: Holliday, J., Case Comment: *Aguirre Zarraga v Simone Pelz*, School of Law, University of Aberdeen, dostupno na: <https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CaseCommentAguirreZarragavSimonePelz.pdf>, 12.5.2019., str. 1.

je rođena njihova kćerka A. (2000. godine). Po razvodu braka pred španjolskim sudovima (2007. godine), ocu je privremeno dodijeljeno roditeljsko staranje, a majka se vratila u Njemačku. Nakon ljetnih praznika (2008. godine) A. je otputovala majci u Njemačku gdje je i ostala. Gdin Zarraga je podnio zahtjev za povratak kćerke u Španjolsku, na temelju Haške konvencije iz 1980. Njemački sud je odbio povratak djeteta na temelju čl.13. st. 1. tač. b. Haške konvencije budući da se A. izričito protivila povratku. Odluka je djelomično bila zasnovana na mišljenju vještaka da bi se mišljenje A. trebalo uzeti u obzir sukladno njenoj dobi i zrelosti.¹¹⁸ Otac je pokušao osporiti odluku njemačkog suda. Tokom naknadnog postupka o roditeljskom staranju, španjolski sud je pokušao dobiti „novo stručno mišljenje“ i određen je datum za saslušanje A.. Budući da se nakon dolaska na saslušanje u Španjolsku ne bi mogle vratiti u Njemačku, upućen je zahtjev saslušanje putem videolinka, što je španjolski sud odbio, te je ocu dodijelio roditeljsko staranje i naredio povratak djeteta u Španjolsku. Ovu odluku je ovjerio u skladu s čl. 42 Uredbe. Potrebno je istaknuti da Uredba naročito propisuje obavezu saslušanja djeteta i u situacijama u kojima se provodi odluka na temelju čl.42. Uredbe. Štaviše, par. 11 čl. 42. Uredbe zahtijeva od suda države porijekla odluke da ekspresno potvrdi da je djetetu bila dana mogućnost da izrazi mišljenje osim ako je to bilo neprikladno s obzirom na njegovu dob i zrelost. Stoga bi potvrda da je djetetu omogućeno da izrazi svoje mišljenje u slučajevima kada se to zaista nije dogodilo predstavljala kršenje procedure, pa se, sljedstveno tome, odluka koja sadrži proceduralne propuste ne bi mogla izvršiti.¹¹⁹ Njemački sud je uputio Sudu EU dva pitanja. Prvo pitanje je bilo bilo usmjereno da dobijanje odgovora kada presuda koja se treba izvršiti u državama članicama porijekla očito sadrži ozbiljnu povredu temeljnih prava, ima li sud države članice izvršenja izuzetno pravo preispitivanja te odluke temeljem tumačenja čl. 42. u skladu s Poveljom o temeljnim pravima?¹²⁰ Drugo pitanje je bilo da li je sud države članice izvršenja dužan izvršiti odluku države članice porijekla odluke unatoč činjenici da potvrda koju je izdao sud države članice porijekla na temelju čl. 42. sadrži izjavu koja je očigledno netačna?¹²¹ Sud EU je u svojoj odluci negativno odgovorio na prvo postavljeno pitanje, tj. kategorički je isključio svaku mogućnost da njemački sud preipituje odluku španjolskog suda i u tom smislu potvrdio nadležnost španjolskog suda.¹²² Uz to je i potvrdio da je njemački sud dužan provesti odluku španjolskog suda, a *ratio* za svoju odluku je vidio u tome što je uzajamno povjerenja članica dostatno za zaštitu temeljnih prava odnosno da Njemačka treba vjerovati španjolskom sudu da poštuje obavezu zaštite osnovnih ljudskih prava.¹²³ U pravnoj teoriji je izražena velika zabrinutost zbog Odluka

118 Holliday, J., op. cit., str. 2.

119 Ibidem.

120 Vidjeti: § 42 Odluke C-491/10

121 Ibidem.

122 Ibidem., § 54.

123 Ibidem., §§71 – 75.

Suda EU kojom je dat primat automatskom izvršenju odluke čak i onda kada je odluka države č.lice koja treba biti izvršena kompromitovana kršenjem ljudskih prava.¹²⁴ Ipak, naredba o povratku djeteta nikada nije izvršena.

1.3. Prekogranično odvođenje i zadržavanje djece u bosanskohercegovačkoj sudskoj praksi

Domaća sudska praksa u oblasti prekograničnog odvođenja i zadržavanja djeteta za sada nije bogata i njene ključne determinate su: odsustvo specijalizacije, znanja i vještina postupajućih sudija, predugo trajanje postupaka i široko prihvaćeno protivljenje djeteta povratku kao razloga za odbijanje povratka na temelju čl. 13. Haške konvencije iz 1980.¹²⁵ To potvrđuje i nekoliko odluka sudova različitih instanci u predmetu koji je pokrenut na zahtjev A.F., švedske državljanke, radi izvršenja švedske sudske odluke o staranju nad djetetom odnosno radi povratka maloljetnog sina V.R. u Švedsku. Nakon prestanka braka A.F., švedske državljanke i Z.R., bosanskohercegovačkog i švedskog državljanina, u kojem je rođen njihov sin V.R, odlukom nadležnog švedskog suda u Sodertornu, 2008. godine, dijete je povjereno na čuvanje, odgoj i izdržavanje majci. Iste godine, Ž.R., otac djeteta je bez suglasnosti majke dijete odveo u Bosnu i Hercegovinu. Švedsko nadležno tijelo je pokrenulo postupak vraćanja maloljetnog V.R. u Švedsku na temelju Haške konvencije iz 1980. Rješenjem Osnovnog suda u Trebinju¹²⁶ odbijen je zahtjev majke za predaju djeteta. Svoju odluku Osnovni sud je utemeljio na čl. 13. Haške konvencije iz 1980. ističući da se maloljetni V.R. suprotstavlja povratku, da je jasno izrazio želju da živi s ocem u BiH u dobi od 12 godina, te da je dostigao dob i zrelost da se njegovo mišljenje uzme u obzir. Okružni sud je po žalbi gđe A.F. donio Rješenje¹²⁷ kojim je žalbu odbio kao neosnovanu i potvrdio prvostepeno rješenje. A.F. je protiv navedenih odluka podnijela apelaciju Ustavnom sudu BiH navodeći da joj je tim odlukama povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz čl. 6. EKLJP i pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života iz čl. 8. EKLJP.¹²⁸ Ustavni sud je odlučio da osporavim odlukama nisu povrijeđena apalenticina

124 Medić, I., Priznanje..., cit., str. 295 – 296. U tom kontekstu Baumont, P., Walker, L. i Holliday, J., predlažu izmjene čl. 42. Uredbe na način da se sud obaveže da precizira mogućnosti za izražavanje mišljenja koje su date djetetu, razloge za donošenje odluke o odbijanju povratka djeteta, te obavezno mogućnost preispitivanja odluke na temelju ljudskih prava (Conflicts of EU Courts on Child Abduction: The reality of Article 11(6)-(8) Brussels IIa proceedings across the EU, Journal of Private International Law (2016), str. 50.).

125 Opširnije: Duraković, A. i Meškić, Z., Primjena Haške konvencije o otmici djece u Bosni i Hercegovini, u: Župan, M. (ed.), Private International Law in the Jurisprudence of European Courts, Faculty of Law Osijek, 2015., str. 214 – 226.

126 Rješenje br. 095-0-I-08-000-618 od 23. 2. 2009.

127 Rješenje br. 015-0Gž-09-000-127 od 10. 7. 2009.

128 Apelantica A.F. je u svojoj apelaciji istakla da su redovni sudovi arbitrarno primjenili čl. 13. Haške konvencije iz 1980., odnosno da su ga primjenili samo u dijelu koji odgovara ocu (onaj koji se tiče djetetove volje), a potpuno ignorisali u dijelu u kojem je određeno da se pri procjeni svih okolnosti pa i djetetove volje moraju uzeti u obzir informacije prikupljene iz Švedske. Istakla je da ni Osnovni ni Okružni sud nisu našli za shodno da se osvrnu na navode švedskih sudova i švedskog centra za socijalni rad o štetnosti zahtijevanja od tako ranjivog djeteta da donose odluku o tome s kojim će roditeljem živjeti (Vidjeti: §14. Odluke Ustavnog suda BiH AP 2866/09 od 11. 11. 2009).

prava iz čl. 6. i 8. EKLJP.¹²⁹ U međuvremenu je na zahtjev oca Ž.R., osnovni sud u Trebinju donio novu odluku¹³⁰ kojom se staranje dodijeljuje ocu.

Drugačiji stav Ustavni sud BiH je zauzeo postupajući pa apelaciji koju je uložio G.Ö, mađarski državljani, pozivajući se na povredu prava iz čl. 6., 8. i 14. EKLJP zbog toga što su nižestepeni sudovi Republike Srpske odbili povratak njegovog djeteta u Mađarsku, zasnivajući svoje odluke na čl. 13. st. 1. tač. b. Haške konvencije iz 1980. Tokom brakorazvodnog postupka pred Sreskim sudom u Segedinu između G.Ö., mađarskog državljanina i N.Ö., bosanskohercegovačke državljanke, majka je odvela njihovog maloljetnog sina iz Mađarske, uz znanje, ali bez suglasnosti oca, prvo u Srbiju, zatim u Crnu Goru i na kraju u Trebinje. Dakle, u trenutku odvođenja djeteta, oba roditelja su vršila roditeljsko staranje (brak nije bio razveden niti je dijete povjereno jednom od roditelja), a posljednje zajedničko prebivalište je bilo u Mađarskoj. Sreski sud u Segedinu donosi privremenu odluku da otac može vidati dijete.¹³¹ Osnovni sud u Trebinju je donio Rješenje¹³² kojim je odbio kao neosnovan zahtjev za povratak djeteta u Mađarsku i odlučio da je u najboljem interesu četverogodišnjeg djeteta da živi s majkom i da bi ga povratak izložio traumi i drugim psihičkim posljedicama. Pvošteno rješenje je potvrdio i žalbeni sud. Vrhovni sud RS je odbio reviziju i potvrdio odluke nižestepenih sudova.¹³³ Otac je stoga uložio apelaciju Ustavnom sudu BiH protiv odluke Vrhovnog suda RS. Ustavni sud BiH je utvrdio povredu apelantovog prava na pravičnu suđenje ističući da je osporavana odluka rezultat proizvoljne primjene materijalnog prava, relevantnih odredaba Haške konvencije iz 1980. i postupka koji sud po njoj mora provesti.¹³⁴ Kao ključni problem u postupanju nižestepenih sudova u ovom predmetu, Ustavni sud BiH vidi u činjenici da je kompletan postupak, koji je pokrenut po zahtjevu oca za hitno vraćanje otegot djeteta u Mađarsku, „...pretvoren u postupak dokazivanja da je djetetu bolje u Trebinju ‘i sa majkom’, što prema mišljenju Ustavnog suda nikako ne može voditi zaključku da su odredbe Konvencije pravilno primijenjene...“¹³⁵. Ispravno je zapažanje i ocjena Ustavnog suda da redovni sudovi nisu pravilno primijenili čl. 12. i 13. Haške konvencije iz 1980. jer nisu utvrdili ni jedan od razloga zbog kojih bi mogli primijeniti iznimke za odbijanje povratka djeteta, nisu utvrdili roditeljsku nepodobnost apelanta insistirajući na tome da apelant nije uspio dokazati roditeljsku nepodobnost majke (kao razloga da dijete ne ostane s majkom

129 Ibidem.

130 Presuda Osnovnog suda u Trebinju br. 95 0 008005 10 P od 12. 10. 2011.

131 „Ova odluka suda u Segedinu nije odluka o povjeravanju djeteta majci, i nije u njenu korist, nego upravo suprotno – odluka predviđa pravo oca da vidi dijete dok je ono (protipravno) kod majke do konačne odluke suda“ (Iz: Zapisnika sa glavne rasprave Osnovnog suda u Trebinju u predmetu br. 95 0 P 032853 14 P, od 4. 7. 2014., str.7.).

132 Rješenje br. 95 0 P 032853 14 P od 4. 7. 2014.

133 Rješenje br. 95 0 P 032853 14 Rev od 12 .2. 2015.

134 Odluka Ustavnog suda BiH u predmetu br. AP 2784/15 od 14. 10. 2015., § 45.

135 Ibidem., § 42.

u Trebinju), čime je kompletan postupak odnosno teret dokazivanja prebačen na apelanta, a što je suprotno onome što predviđa Haška konvencija iz 1980.¹³⁶

3. Zaključak

Haška konvencija iz 1980. osnovni je međunarodni instrument kada je u pitanju prekogranično odvođenje i zadržavanje djece. Smatra se jednom od najuspješnijih konvencija koje su nastale kao rezultat rada Haške konferencije za međunarodno privatno pravo. Cilj Haške konvencije iz 1980. jeste osigurati što hitniji povratak djeteta u uobičajeno mjesto boravka, odnosno uspostaviti stanje koje je postojalo do momenta odvođenja deteta. Spomenuti cilj doprinosi ostvarivanju svrhe Haške konvencije iz 1980., odnosno zaštititi djece od štetnih posljedica nezakonitog odvođenja ili zadržavanja u inostranstvu i zaštititi prava na roditeljsko staranje te prava na susret i druženje s djetetom. Također, ona ima i preventivno dejstvo jer jasno poručuje potencijalnim „otmičarima“ da prekogranično nezakonito odvođenje i zadržavanje djeteta neće dovesti do promjene foruma pred kojim će se odlučivati o roditeljskom staranju. Haška konvencija iz 1980., za razliku od drugih haških konvencija, pristupa problemu prekograničnog odvođenja i zadržavanja djece na originalan način. Ona predviđa suradnje između država, koja se odvija preko centralnog organa, kako bi se uspostavilo *status que ante*, odnosno „ispravila“ situaciju u koju je dovedeno dijete. U Bosni i Hercegovini centralni organ je Ministarstvo pravde Bosne i Hercegovine. Centralni organ, nakon što zaprimi zahtjev, bez odlaganja ga dostavlja centralnom organu države ugovornice u koju je dijete nezakonito odvedeno ili zadržano, a ovaj ga dalje prosljeđuje nadležnim sudskim ili upravnim organima. Nadležni sudski ili upravni organi države ugovornice treba hitno provesti postupak za povratak djeteta i to u roku od šest sedmica od podnošenja zahtjeva za vraćanje. Haška konvencija iz 1980. predviđa određene iznimke koje nadležnom organu omogućuju da odbije povratak djeteta, odnosno ne udovolji zahtjevu za povratkom djeteta. Ove iznimke trebaju se restriktivno tumačiti, kako se ne bi narušio cilj i svrha Haške konvencije iz 1980. Ostavljene su diskrecionoj ocjeni suca u svakom konkretnom slučaju. Ipak, analiza dijela evropske i domaće jurisprudencije upućuje na njenu rascjepkanost iz čega proizlazi zaključak da ova izuzetno osjetljiva materija još uvijek predstavlja veliki izazov kako za ESLJP i Sud EU, tako i za nacionalne sudove.

Literatura:

1. Basedow, J., Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union, IPRax 2/2011.
2. Baumont, P., Walker, L. i Holliday, J., Conflicts of EU Courts on Child Abduction: The reality of Article 11(6)-(8) Brussels IIa proceedings across

136 Ibidem. § 45 – 46.

- the EU, Journal of Private International Law (2016)
3. Beaumont, P.R., McEleavy, P.E., The Hague Convention on International Child Abduction, Oxford University Press, 1999.
 4. Blaim, K., Das Verfahren nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung und die (rechtlichen) Möglichkeiten der Einbeziehung von Mediation, Linz, 2015.
 5. Bubić, S., Usklađivanje domaćeg zakonodavstva sa *acquis-em* radi jačanja procesnog položaja djeteta, Zbornik radova s Međunarodne naučno – stručne konferencije „Usklađivanje zakonodavstva s *acquis-em*“, Centar za društvena istraživanja Internacionalnog Burč Univerziteta, Sarajevo, 2015.
 6. Duraković, A. i Meškić, Z., Primjena Haške konvencije o otmici djece u Bosni i Hercegovini, u: Župan, M. (ed.), Private International Law in the Jurisprudence of European Courts, Faculty of Law Osijek, 2015.
 7. Gitschthaler, E., Trotz Obsorge kein Aufenthaltsbestimmungsrecht des Entführers, EF-Z 2010.
 8. Hazelhorst, M., The ECtHR's decision in Povse: guidance for the future of the abolition of exequatur for civil judgments in the European Union, Nederlands Internationaal Privaatrecht 2014 (1), T.M.C. Asser Press, Hague, 2014.
 9. Holliday, J., Case Comment: Aguirre Zarraga v Simone Pelz, School of Law, University of Aberdeen.
 10. Jeppesen de Boer, Christina G.; Jonker, M., Does the European Court of Human Rights get it “right” or “wrong” in international child abduction? (<http://echrblog.blogspot.com/2013/12/x-v-latvia-child-abduction-grand.html>, 24.04.2019.)
 11. Keese, N., Die Kindesentführung durch einen Elternteil im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht, Universitätsverlag Göttingen, 2011.
 12. Kovaček Stanić, G., Porodičnopravni aspekti međunarodne, roditeljske otmice djece, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina LX, 2/2012, 2012.
 13. Lowe, N., ‘Abductors Keepers’: Is the International Law on Child Abduction Working?, Summary of an International Law Discussion Group meeting on 31 January 2011 on the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, 2013.
 14. McEleavy, P., The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?, Neth Int Law Rev (2015), 2015.
 15. Medić Musa, I., Božić, T., Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece (1980) – *casus belli* u: Rešetar, B. (ur.) Pravna zaštita prava na (zajedničku) roditeljsku skrb, Osijek, 2012.
 16. Medić Musa, I., Komentar uredbe Bruxelles II bis u području roditeljske skrbi, Osijek, 2012.
 17. Medić, I., Priznanje i ovrha na području EU, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 54, 1/2017., Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 2017.
 18. Moll, C., Non-traditional Family Forms & the International Dimension of

- Family Life: A Report on the ERA Seminar, 'Recent Case Law of the European Court of Human Rights in Family Law Matters', *Familie en Recht*, vol. 2016.
19. Muminović, E., *Praktični značaj Haških konvencija koje se odnose na građanski sudski postupak u predmetima s međunarodnim obilježjem*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1998.
 20. Murphy, J., *International Dimensions in Family Law*, Manchester University Press, Manchester, 2005.
 21. Pantani, A., *Die Frage des Kindeswohles im HKÜ-Verfahren*, Frankfurt am Main, 2012.
 22. Pape I., *Internationale Kindesentführung, Instrumente und Verfahren zur Konfliktlösung unter Berücksichtigung der Mediation*, Frankfurt am Main
 23. Perez-Vera, E., *Erläuternder Bericht zum HKÜ*, HCCH Publications, Den Haag, 1982.
 24. Pirrung, J., *Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes bei internationalem Wanderleben und Voraussetzungen für die Zulässigkeit einstweiliger Maßnahmen in Sorgerechtsachen nach der EuEheVO*, IPRax 1/2011, 2011.
 25. Ponjavić, Z., Vlašković, V., *Koncept „najboljeg interesa deteta“ unutar Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece*, Zbornik radova sa Naučnog skupa „Najbolji interes djeteta u zakonodavstvu i praksi“, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2014.
 26. Saiz Arnaiz, A. and Torres Pérez, A., *Main trends in the recent case law of the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights in the field of fundamental rights*, European Parliament, Brussels, 2012.
 27. Schoch S., *Auslegung der Ausnahmetatbestände – Ein Vergleich der US-amerikanischen und deutschen Rechtsprechung*, München, 2004.
 28. Schulz, A., *Guidance from Luxembourg: First ECJ Judgment Clarifying the Relationship between the 1980 Hague Convention and Brussels II Revised, Features*, *International Family Law (IFL)*, 2008.
 29. Schuz, R., *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*, Hart Publishing, Portland, 2013.
 30. Schweppe, K., *Kindesentführung und Kindesinteressen*, Münster, 2001.
 31. Siehr, K., *Kindesentführung und EuEheVO*, IPRax 4/2012, 2012.
 32. Silberman, L. J.: *Interpreting the Hague Abduction Convention: In Search of a Global Jurisprudence*, *International Law and Justice Working Papers*, IILJ Working Paper 2005/5, 2005.
 33. Šago, D., *Postupak prethodnog odlučivanja pred Europskim sudom – problemi i moguća rješenja*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v.36, br.1., Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2015.
 34. Šaula, V., *Dostignuća Haške konferencije za međunarodno privatno pravo u zaštiti djece – savremene tendencije*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjoj Luci, br. XXV, 2001.
 35. Uzelac, A., Stojčević, P. i Petrašević, T., *Razvod braka u praksi europskih*

sudova: postupovni aspekti odlučivanja o imovinskim i statusnim posljedicama prestanka braka u odlukama sudova u Strasbourgu i Luxembourg, u Rešetar, B. i Župan M. (ur.) Imovinskopravni aspekti razvoda braka – hrvatski, europski i međunaroni kontekst, Pravni fakultet u Osijeku, Osijek, 2011.

36. Vajić, N., The Interaction between The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention u: Župan, Mirela (ed.), Private International Law in the Jurisprudence of European Courts, Faculty of Law Osijek, 2015.
37. Varadi, T. Bordaš, B., Knežević, G., Pavić, V., Međunarodno privatno pravo, Beograd, 2010., 40. Šaula, V., Osnovi MPP Republike Srpske, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, 2011.
38. Völker, M. Die wesentlichen Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zum Haager Kindesentführungsübereinkommen – zugleich ein Überblick über die Neurungen im HKÜ-Verfahren aufgrund der Brüssel IIA-Verordnung, FamRZ 2010.
39. Wolf-Almanasreh, R., Kindesmitnahme durch einen Elternteil, Frankfurt am Main, 1988.

Dokumenti:

1. Haška konvencije o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice djece (1980.)
2. Konvencija UN o pravima djeteta (1989.)
3. Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda (1950.)
4. Uredba Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. 11. 2003. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću, kojom se stavlja izvan snage Uredba (EZ) br. 1347/2000.

Sudske odluke:

1. Neulinger and Shuruk v. Switzerland, 41615/07, GC Judgment of 6 July 2010.
2. Maumousseau and Washington v. France, 39388/05, Judgment of 6 December 2007.
3. Sofia Povse and Doris Povse v. Austria, 3890/11, Judgment of 18 June 2013.
4. X. v. Latvia, 27853/09, GC Judgment of 26 November 2013.
5. Adžić v. Croatia, 22643/14, Judgment of 12 March 2015.
6. Maire v. Portugal, 48206/99, Judgment of 26 June 2003

7. Ignaccolo-Zenide v. Romania on 25 January 2000
8. C-211/10 PPU, Doris Povse v. Mauro Alpago, 1. 7. 2010.
9. C-491/10, Joseba Andoni Aguirre Zarraga v. Simone Pelz, 22. 12. 2010.
10. C-195/08 PPU, Inga Rinau, 11. 7. 2008.
11. C-497/10 PPU - Barbara Mercedi/Richard Chaffe, 22. 12. 2010.
12. C-523/07 Podnositelj A, 2. 4. 2009.
13. Odluka Ustavnog suda BiH AP 2866/09 od 11. 11. 2009.
14. Odluka Ustavnog suda BiH AP 2784/15 od 14. 10. 2015.
15. Presuda Osnovnog suda u Trebinju br. 95 0 008005 10 P od 12. 10. 2011.
16. Rješenje Osnovnog suda u Trebinju br. 95 0 P 032853 14 P od 4. 7. 2014.

Dr.sc. Anita Duraković, Associate Professor

University „Džemal Bijedić“ of Mostar, Faculty of Law

Dr.sc. Ramajana Demirović, Assistant Professor

University „Džemal Bijedić“ of Mostar, Faculty of Law

CROSS-BORDER CHILD ABDUCTION AND RETENTION

Abstract: The paper analyzes the resolutions of the Hague Convention on the Civil and Legal Aspects of International Child Abduction of 1980, which are the result of continuous and concerted action on the international plane, within the framework of the Hague Conference on Private International Law. The Hague Convention aims to ensure the prompt return of the child to the country of her/his habitual residence and to establish the situation that existed until the moment of the child's abduction. After that, possible issues related to exercise of parental responsibility will be resolved. In spite of the existence of this successful international instrument involving 99 State Parties, including Bosnia and Herzegovina, the practice of Bosnia and Herzegovina, the practice of *the European Court of Human Rights* and the practice of the Court of the *European Union*, has been shown that the prompt return of a child is not ensured in all cases.

Key words: Cross-border Child Abduction and Retention, the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, European Court of Human Rights, Court of Justice of the European Union

Dr. sc. Ivo Rozić, vanredni profesor

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

Dr. sc. Emina Hasanagić, docentica

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

SLOBODA KRETANJA RADNIKA U PRAVU EVROPSKE UNIJE I OBAVEZE BOSNE I HERCEGOVINE U PROCESU EVROPSKIH INTEGRACIJA

Sažetak: Autori u radu analiziraju slobodu kretanja radnika u pravu Evropske unije kao jednu od četiri osnovne slobode na unutrašnjem tržištu Evropske unije. Ova sloboda je bitna za građane Evropske unije jer im omogućava da iz svoje matične države u kojoj nemaju adekvatno zaposlenje ili primanja, odu u drugu državu članicu gdje će se moći zaposliti pod istim uslovima kao i domaći državljani, te sebi osigurati bolje uslove života i rada. Ostvarenje ove slobode je značajno i za države članice Evropske unije, u smislu mogućnosti otklanjanja deficita u pogledu radne snage u određenoj profesiji, tako što taj nedostatak može da se otkloni angažovanjem radnika migranata drugih država članica. Pored pravnih izvora primarnog i sekundarnog prava Evropske unije koji reguliraju slobodu kretanja radnika, posebno je značajna uloga Suda EU koji je svojim presudama i ekstenzivnim tumačenjem odredbi propisa koji uređuju slobodu kretanja radnika dao veliki doprinos adekvatnoj primjeni tih odredbi i zaštiti prava radnika. Bosna i Hercegovina kao potencijalna kandidatkinja za članstvo u Evropskoj uniji ima obavezu usklađivanja svog zakonodavstva sa pravnom stečevinom Evropske unije, što uključuje i ovo područje prava. U radu će se zato posebno analizirati i zakonodavstvo Bosne i Hercegovine u ovoj oblasti i njegoa usklađenost sa pravom Evropske unije, te ukazati na obaveze koje Bosna i Hercegovina treba ispuniti radi prihvatanja u potpunosti standarda i principa Evropske unije.

Ključne riječi: sloboda kretanja radnika, radnici, socijalna sigurnost, koordinacija sistema socijalne sigurnosti, pravo Evropske unije, Bosna i Hercegovina, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, harmonizacija.

1. Uvod

Sloboda kretanja radnika predstavlja jednu od četiri osnovne slobode u okviru unutrašnjeg tržišta Evropske unije (u daljem tekstu EU). Svrha joj je stvaranje okvira za olakšanu migraciju radne snage između država članica, uz garanciju zaštite od diskriminacije i osiguranja jednakih ekonomskih i socijalnih prava svih radnika migranata na cijelom teritoriju EU. Sloboda kretanja lica, i,

posebno radnika, je jedan od kamena temeljaca EZ.¹ Ovo pravo je incijalno bilo rezervisano samo za ekonomski aktivne, ali sekundarno zakonodavstvo je proširilo njegovu primjenu na ulazak i boravak u drugoj državi članici i na 'ekonomski nezavisne'.² Rimski ugovor je uspostavio slobodu kretanja ljudi kao osnovni cilj Evropske ekonomske zajednice, ali ova odredba je izvorno primjenjivana samo na ekonomsku prekograničnu aktivnost.³ Nakon stupanja na snagu Ugovora iz Maastrichta o Evropskoj uniji, svako ispitivanje uticaja prava EU na ljude mora kako početi tako i završiti sa građanstvom Evropske unije.⁴

Evropska unija je poduzela mjere i donijela propise kojima omogućava slobodu kretanja, nastanjivanja i prihvatanja ponuđenog zaposlenja na teritoriji bilo koje od njenih država članica.⁵ S jedne strane, ova sloboda je bitna za građane EU jer im omogućava da iz svoje matične države u kojoj nemaju adekvatno zaposlenje ili primanja, odu u drugu državu članicu gdje se mogu zaposliti i osigurati bolje uslove života i rada. Kao najčešći uzroci za migracije radnika su nezaposlenost, nedostatak poslovnih mogućnosti, male plate i nizak standard života.⁶ S druge strane, ostvarenje ove slobode je bitno i za države članice, u smislu otklanjanja deficita u pogledu radne snage u određenoj profesiji, tako što taj nedostatak može da se otkloni angažovanjem radnika migranata drugih država članica. Za razvijenije i bogatije države priliv nove radne snage ne bi trebao predstavljati pritisak na domaće tržište rada, nego povećanje mogućnosti da se zadovolje potrebe za nedostajućom radnom snagom odgovarajućeg profila.⁷ Time se smanjuje i teret socijalnih i penzionih fondova manje razvijenih država, ukoliko njihni građani mogu migrirati u drugu prosperitetniju državu.

Sticanje punopravnog članstva u Evropskoj uniji generalno daje tržišnim slobodama status temeljnih sloboda.⁸

1 Blanpain Roger, *European Labour Law*, Kluwer Law International, 2008., str. 270.

2 Vidjeti: Chalmers Damian; Szyszczak Erika, *European Union Law, Volume II: Towards a European Polity?*, Dartmouth Publishing Company Limited, Ashgate Publishing Limited, 1998, str. 101.

3 Vidjeti: Hicks Sajmon, *Politički sistem Evropske unije*, drugo izdanje, (prevod sa engleskog jezika), JP Službeni glasnik, Beograd, 2007., str. 326.

4 Vidjeti: Weatherill Stephen, *Cases & Materials on EC Law*, 5th edition, Blackstone Press Limited, 2000., str. 343.

5 Žepić Božo, *Klasifikacija europskoga radnog i socijalnog prava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Mostaru, br. XVII., 2004., (35-53), str. 43.

6 Husić Dubravka, *Sloboda kretanja radnika u Evropskoj uniji*, Zbornik radova: Pravni i ekonomski aspekti procesa integracije Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju - međunarodna naučna konferencija (7. i 8. novembar 2013.), Pravni i Ekonomski fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2013., (370-388) str. 385.

7 „Za stvaranje konkurentnog evropskog tržišta rada nužno je povezati mobilnost radne snage, a upravo stručnjaci i radnici iz novih država članica mogu bitno pridonijeti tome.“ Kapural Mirta, *Sloboda kretanja radnika u proširenoj Evropskoj uniji i njezin utjecaj na Hrvatsku*, str. 87. Dostupno na: <http://www.ijf.hr/Eu3/kapural.pdf> Pristupljeno: 10.5.2019. godine

8 Goldner, L. I., Perišin, T., *Postupna liberalizacija kretanja roba i ljudi u Hrvatskoj i Makedoniji – prije i nakon članstva u EU*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 61, vol. 2, 2011., (613-642) str. 641.

U početku je razvoj slobode kretanja lica bio sporiji od drugih ekonomskih sloboda utvrđenih Ugovorom. Ovo je vjerovatno zato jer su države članice željele da kontrolišu migraciju u njihove države i navodno nisu bile zainteresovane za preuzimanje obaveza vezanih za troškove za penzije i socijalnu sigurnost osim za svoje državljane. Priroda evropskih integracija bila je tada također pretežno ekonomska. Zbog toga sloboda kretanja osoba bila je prvo ograničena na radnike, tj. ekonomski aktivne osobe, ali je usvajanje sekundarnog zakonodavstva i široka interpretacija pojma 'radnik' od strane Suda dozvolilo i studentima i tražiocima zaposlenja i čak ekonomski neaktivnim osobama da se koriste slobodom kretanja. Ipak uvođenje građanstva Unije je bilo to koje je u konačnici stvorilo odvojeno pravo za sve građane EU, zadovoljavajući određene minimalne uslove, da se kreću i borave slobodno u okviru Evropske unije bez obzira da li postoji ili ne veza sa ekonomskom aktivnošću. Još je i pravo boravka prošireno na članove porodice građana Unije, bez obzira na njihovu nacionalnost.⁹

Bosna i Hercegovina (u daljem tekstu BiH) kao potencijalna kandidatkinja za članstvo u EU ima obavezu usklađivanja svog zakonodavstva sa pravnom stečevinom EU, što uključuje i ovo područje prava. U radu će se zato posebno analizirati i zakonodavstvo BiH u ovoj oblasti i njegova usklađenost sa pravom EU, te ukazati na obaveze koje BiH treba ispuniti radi prihvatanja u potpunosti standarda i principa EU.

U okviru Evrope, koja i mimo Evropske unije predstavlja cjelovit organizam, radi privredne i političke isprepletenosti, evropskom radnom pravu pripada veliki značaj za buduće države članice. Ovo, prioritarno, znači, obavezu za te zemlje, a među njima i Bosnu i Hercegovinu, da usaglasi pravna područja sa supranacionalnim zakonodavstvom Evropske unije.¹⁰

2. Pravni osnov slobode kretanja radnika u Evropskoj uniji

Sloboda kretanja radnika regulisana je primarnim i sekundarnim pravom EU, a kao značajan pravni izvor javlja se i sudska praksa Suda pravde EU. U pogledu primarnog prava ova sloboda uređena je odredbama Ugovora o funkcioniranju EU, u okviru Naslova IV, kojoj je posvećeno cijelo poglavlje 1, obuhvatajući članove 45-48. Ako se pogledaju odredbe ovih članova vidi se da je u čl. 45. regulirano osiguravanje slobode kretanja radnika, zabrane diskriminacije radnika migranata u drugim državama članicama, te prava koja čine sadržaj ove slobode, kao i njena ograničenja. Član 45. (bivši član 39. UEZ-a) u st. 1. sadrži odredbu koja utvrđuje da se sloboda kretanja radnika osigurava unutar Unije. U st. 2. navodi se da ta sloboda kretanja podrazumijeva ukidanje svake diskriminacije na

9 Vidjeti: Leskinen Charlotte; Bulzomí Christian, Recent developments on the free movement of persons in the European Union, Working Paper IE Law School, WPLS10-05, 2010., str. 15-16.

10 Vidjeti: Dedić Sead; Gradašćević-Sijerčić Jasminka, Temelji Međunarodnog radnog prava – Izvori radnog i socijalnog prava BiH međunarodnog porijekla, Pravni centar Fond otvoreno društvo BiH, Sarajevo, 2000., str. 30-31.

osnovu državljanstva među radnicima iz država članica u vezi sa zapošljavanjem, zaradom i ostalim uslovima rada i zapošljavanja. U st. 3. istog člana (45.) propisuje se da podložno ograničenjima koja su opravdana razlozima javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja, ta sloboda podrazumijeva pravo na: (a) prihvatanje stvarno učinjenih ponuda za zaposlenje; (b) slobodno kretanje unutar državnog područja država članica u tu svrhu; (c) boravak u državi članici radi zapošljavanja u skladu sa odredbama koje uređuju zapošljavanje državljana te države utvrđenih zakonom i ostalim propisima; (d) ostanak na državnom području države članice nakon prestanka zaposlenja u toj državi, pod uslovima sadržanima u uredbama koje sastavlja Komisija. Zatim se u st. 4. utvrđuje da se odredbe ovog člana ne primjenjuju na zapošljavanje u javnim službama. Ono što se odmah primjećuje jeste da u samom Ugovoru nigdje u okviru odredbi o slobodi kretanja radnika nije sadržan pojam, odnosno definicija pojma 'radnik', čije određivanje je ključno za dokazivanje da li neka osoba može da se poziva na odredbe o slobodi kretanja radnika i traži svoja prava, ako se utvrdi da posjeduje status radnika. Upravo je u tom smislu veoma značajan doprinos koji potiče od Suda pravde, koji je putem svoje dugogodišnje prakse, preuzeo zadatak utvrđivanja definicije pojma 'radnik'. U tom smislu donesene su mnoge presude koje su determinisale buduće postupanje sa radnicima migrantima i priznavanje njihovog statusa. Prema članu 46. (bivši član 40. UEZ-a) Evropski parlament i Vijeće, odlučujući u skladu s redovnim zakonodavnim postupkom i nakon savjetovanja s Ekonomskim i socijalnim odborom, donose direktive ili uredbе kojima se određuju mjere potrebne za ostvarivanje slobode kretanja radnika kako je utvrđeno članom 45., a posebno: (a) osiguravanjem bliske saradnje među nacionalnim službama za zapošljavanje; (b) ukidanjem administrativnih postupaka i praksi te rokova propisanih za pristup slobodnim radnim mjestima, bilo da proizlaze iz nacionalnog zakonodavstva, bilo iz prethodno sklopljenih sporazuma među državama članicama, a čije bi zadržavanje predstavljalo prepreku liberalizaciji kretanja radnika; (c) ukidanjem svih propisanih rokova i drugih ograničenja predviđenih nacionalnim zakonodavstvom ili prethodno sklopljenim sporazumima među državama članicama, kojima se radnicima iz drugih država članica nameću uslovi u vezi sa slobodnim izborom zaposlenja, a koji su različiti od uslova koji se postavljaju radnicima dotične države; (d) uspostavom odgovarajućih mehanizama za povezivanje ponuda i molba za zapošljavanje te za lakše postizanje ravnoteže između ponude i potražnje na tržištu rada, na način kojim bi se izbjeglo ozbiljno ugrožavanje životnog standarda i nivoa zaposlenosti u različitim regijama i industrijskim granama. U članu 47. (bivši član 41. UEZ-a) navodi se da u okviru zajedničkog programa, države članice potiču razmjenu mladih radnika. U članu 48. (bivši član 42. UEZ-a) regulirana su pitanja vezana za socijalnu sigurnost radnika migranata koja je bilo neophodno urediti radi ostvarivanja slobode kretanja radnika. Odredbe člana 48. kojim se regulira koordinacija sistema socijalne sigurnosti će biti posebno analizirane u nastavku rada.

Pored primarnog prava, sloboda kretanja radnika regulisana je i sekundarnim pravom, odnosno odgovarajućim uredbama i direktivama iz te oblasti. S tim u vezi doneseno je i značajno sekundarno zakonodavstvo koje je dalje proširilo korpus prava radnika migranata. Posebno je značajna Direktiva 2004/38/EZ¹¹ od 29. aprila 2004. koja regulira pravo građana Unije i njihovih članova porodice da se kreću i borave slobodno na teritoriju država članica, kao i Direktiva Vijeća 98/49/EZ¹² o zaštiti prava na dopunsku penziju zaposlenih i samozaposlenih osoba koje se kreću unutar Zajednice kao i Uredba (EU) br. 492/2011 o slobodi kretanja radnika^{13, 14}.

Pored primarnih i sekundarnih izvora slobode kretanja radnika, posebno je značajan uticaj prakse Suda EU na tumačenje i primjenu ove slobode. Naime, Sud EU je svojim presudama i ekstenzivnim tumačenjem odredbi propisa koji uređuju slobodu kretanja radnika dao veliki doprinos adekvatnoj primjeni tih odredbi i zaštiti prava radnika. U nastavku rada bit će posebno prikazana i analizirana sudska praksa Suda pravde u području slobode kretanja radnika.

11 Direktiva 2004/38/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 29. aprila 2004. o pravu građana Unije i njihovih članova porodice da se kreću i borave slobodno na teritoriju država članica kojom se dopunjuje Uredba (EEZ) br. 1612/68 i opoziva Direktive 64/221/EEZ, 68/360/EEZ, 72/194/EEZ, 73/148/EEZ, 75/34/EEZ, 75/35/EEZ, 90/364/EEZ, 90/365/EEZ i 93/96/EEZ (Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC (Text with EEA relevance), Official Journal of the European Union, L 158, 30.4.2004.);

12 Direktiva Vijeća 98/49/EZ od 29. juna 1998. o zaštiti prava na dopunsku penziju zaposlenih i samozaposlenih osoba koje se kreću unutar Zajednice (Council Directive 98/49/EC of 29 June 1998 on safeguarding the supplementary pension rights of employed and selfemployed persons moving within the Community, Official Journal of the European Communities, L 209, 25. 7. 98.);

13 Uredba (EU) br. 492/2011 Evropskog parlamenta i Vijeća od 5. aprila 2011. o slobodi kretanja radnika u Uniji koja kodificira Uredbu (EEZ) 1612/68 i njene sukcesivne modifikacije (Uredbe Vijeća 312/76 i 2434/92, i član 38(1) Direktive 2004/38/EZ, (Regulation (EU) No 492/2011 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on freedom of movement for workers within the Union codifying Regulation (EEC) 1612/68 and its successive modifications (Council Regulations 312/76 and 2434/92, and Article 38(1) of Directive 2004/38/EC). (Text with EEA relevance), Official Journal of the European Communities, L 141, 27.5.2011.);

14 Drugi relevantni akti sekundarnog prava u oblasti slobode kretanja radnika su: Direktiva 2014/54/EU Evropskog parlamenta i Vijeća od 16. aprila 2014. o mjerama za lakše ostvarivanje prava zagarantovanih radnicima u kontekstu slobode kretanja radnika (Directive 2014/54/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on measures facilitating the exercise of rights conferred on workers in the context of freedom of movement for workers (text with EEA relevance), Official Journal of the European Union, L 128, 30.4.2014.); Direktiva 2014/50/EU Evropskog parlamenta i Vijeća od 16. aprila 2014. o minimalnim zahtjevima za poboljšanje mobilnosti radnika među državama članicama unaprjeđivanjem sticanja i očuvanja prava na dopunsku penziju (Directive 2014/50/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on minimum requirements for enhancing worker mobility between Member States by improving the acquisition and preservation of supplementary pension rights (Text with EEA relevance), Official Journal of the European Union, L 128, 30.4.2014.);

Vidjeti: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=474&langId=en> Pristupljeno: 14.5.2019. godine.

Sud je kroz sudsku praksu radnicima priznao prava, izvedena iz Ugovora, na napuštanje njihove matične države, te ulazak na teritorij druge države članice gdje mogu ostvariti pravo na boravak i na zaposlenje.¹⁵ Ugovor EU prenosi na građane EU u odredbama članova i u interpretaciji sudske prakse Suda EU, direktna prava kao suštinu jedne od četiri osnovne slobode.¹⁶

Prisutna su brojna istraživanja i analize slobode kretanja radnika sa različitih aspekata (npr. pravnih, ekonomskih, političkih), jer pored pravne analize, i ekonomska nauka se bavi ovim područjem, često sa ekonomsko-političkog aspekta, ali sa fokusom na drugačija pitanja u odnosu na pravne analitičare, kao što su učinci slobode kretanja na ukupnu proizvodnju u državama i druge ekonomske parametre.

Smatra se pritom da rad i kapital da bi bili efikasno alocirani kroz regije u okviru svake države, mora im biti dozvoljeno da se kreću slobodno od jedne lokacije do druge. Tako ako se svaki faktor kreće tamo gdje može dobiti najviši povrat, onda će i ukupni učinak za državu biti maksimiziran. U tom smislu ovakvo rasuđivanje se primjenjuje i za kretanje kapitala i rada u okviru ekonomske unije sastavljene od različitih država. Zaključak je da jedino sa slobodnim kretanjem faktora proizvodnje preko nacionalnih granica ukupni učinak za ekonomsku uniju može da postigne svoj puni potencijal.¹⁷

3. Koordinacija sistema socijalne sigurnosti

Ne bi imalo nekog smisla omogućiti radnicima da se kreću slobodno od jedne države članice do druge ako bi pri tome oni gubili pravo na beneficije po osnovu socijalne sigurnosti takve kao što su naknade za slučaj nezaposlenosti i prava vezana za penzionisanje po osnovu starosti.¹⁸ Da bi se osiguralo ostvarivanje slobode kretanja radnika u EU, već u inicijalnoj fazi evropskih integracionih procesa uspostavljena su i pravila o socijalnoj sigurnosti. Rimski ugovor sadržavao je odredbe o pravilima koordinacije sistema socijalne sigurnosti u članu 51. Sada su ova pravila regulisana odredbama člana 48 UFEU-a (bivši član 42. UEZ-a), odnosno ovim odredbama uređuje se pitanje usvajanja mjera u području socijalne

15 Vidjeti: Barnard C., *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2007., str. 290. prema: Bačić Petar; Sarić Ivan, *Aktivizam europskog suda kroz presude o slobodi kretanja radnika*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 51, 1/2014., (27- 44) str. 39.

16 Vidjeti: Sajdik M., Schwarzinger M., *Proširenje Evropske unije: pozadina, razvoj, činjenice.*, Transaction Publishers, 2011, str. 180.

17 Vidjeti: Neal Larry; Barbezat Daniel, *The economics of the European Union and the Economies of Europe*, Oxford University Press, 1998, str. 76.

18 Kapteyn P.J.G., VerLoren van Themaat P., *Introduction to the Law of the European Communities: from Maastricht to Amsterdam*, third edition, incorporating the fifth Dutch ed. / edited and further revised by Laurence W. Gormley in co-operation with the editors of the 5th Dutch ed: P. J. G., Kapteyn; P. VerLoren van Themaat; L. A. Geelhoed [a.o.]. – London, Boston, Kluwer Law International, 1998., str. 725.

sigurnosti nužnih za omogućavanje slobode kretanja radnika.

Pravila koordinacije sistema socijalne sigurnosti uvedena su sa svrhom da se osigura sloboda kretanja radnika u EU i njihova zaštita od diskriminacije zasnovane na različitom državljanstvu.¹⁹

Prema članu 48. st. 1. Evropski parlament i Vijeće, u skladu s redovnim zakonodavnim postupkom, usvajaju mjere u području socijalne sigurnosti nužne za omogućavanje slobode kretanja radnika; u tu svrhu, Evropski parlament i Vijeće uspostavljaju sistem kojim se zaposlenim i samozaposlenim radnicima migrantima i njihovim izdržavanicima garantuje:

(a) sabiranje ukupnog staža koji se uzima u obzir na osnovu zakona različitih zemalja radi sticanja i zadržavanja prava na naknadu i obračun visine naknade;

(b) isplatu naknada osobama koje imaju boravište na području država članica.

Prema stavu 2. člana 48. ako član Vijeća izjavi da bi nacrt zakonodavnog akta iz prvog podstava mogao uticati na važne aspekte njegova sistema socijalne sigurnosti, uključujući njegovo područje primjene, troškove ili finansijsku strukturu, odnosno da bi mogao uticati na finansijsku ravnotežu tog sistema, može zatražiti da se taj predmet uputi Evropskom vijeću. U tom se slučaju redovni zakonodavni postupak suspendira. Nakon rasprave, Evropsko vijeće u roku od četiri mjeseca od te suspenzije:

(a) vraća nacrt Vijeću koje okončava suspenziju redovnog zakonodavnog postupka ili

(b) ne poduzima nikakve radnje ili od Komisije traži da podnese novi prijedlog u kojem se slučaju smatra da izvorni prijedlog akta nije usvojen.

Pored odredbi Ugovora, važno je spomenuti i donošenje još nekih dokumenata kojima je regulisana koordinacija sistema socijalne sigurnosti u EU. Tako je 1957. godine usvojena Evropska konvencija o socijalnoj sigurnosti radnika migranata kojom su ustanovljena pravila koordinacije u okviru sistema socijalne sigurnosti EU²⁰, te je i Poveljom Zajednice o osnovnim pravima radnika iz 1989. godine bilo obuhvaćeno i pravo na socijalnu sigurnost.

Pravo socijalne sigurnosti EU obuhvata, s jedne strane, pravila koja utvrđuju mjerodavno pravo koje će se u konkretnom slučaju primijeniti na radnike migrante koji su državljani država članica, te, s druge strane, pravila koja uređuju koordinaciju

19 Vidjeti: Gradašćević-Sijerčić J., Pravo socijalne sigurnosti u Evropskoj uniji, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LIV, Sarajevo, 2011. (113-144) str. 129.

Bliže o pravu socijalne sigurnosti u Evropskoj uniji vidjeti: Gradašćević-Sijerčić J., Pravo socijalne sigurnosti u Evropskoj uniji, op.cit., str. 113-144; Sokol Tomislav, Evropska socijalna politika, (477-506) str. 492-496, U: Evropska unija, ured. Mintas Hodak Ljerka, Mate d.o.o., Zagreb, 2010., Lubarda Branko A., Evropsko radno pravo, CID Podgorica, 2004., str. 349-371; Pennings Frans, European Social Security Law, sixth edition, Intersentia, Cambridge – Antwerp - Portland, 2015., Fuchs Maximilian; Cornelissen Rob., (eds.), EU Social Security Law, A Commentary on EU Regulations 883/2004 i 987/2009, C.H.BECK, Hart, Nomos, 2015.

20 Vidjeti: Gradašćević-Sijerčić J., Pravo socijalne sigurnosti u Evropskoj uniji, op.cit., str. 129. fn. 40.

prava socijalne sigurnosti. Do sada usvojeni akti u pravnom sistemu EU odnose se na slobodu kretanja osoba usklađivanjem sistema socijalne sigurnosti, koji se najviše ostvaruje u oblasti osiguranja jednakosti u mogućnostima i tretmanu između muškaraca i žena.²¹

Radi se o tome da „pravila i norme sistematizirane u oblasti socijalne sigurnosti vezuju se prioritarno za otklanjanje prepreka slobodnom kretanju radnika uz uvažavanje načela očuvanja stečenih prava i prava u sticanju te komplementarnost pravu konkurencije“²².

Države članice zadržale su svoje posebne modele sistema socijalne sigurnosti, iako njihovi različiti modeli i načini finansiranja mogu da ugroze konkurenciju, odnosno nije došlo do harmonizacije socijalnih politika u EU, zbog čvrste vezanosti ovih modela za specifičnu kulturu i tradiciju svake države članice. Devedesetih godina prošlog vijeka države članice EU suočile su se sa zajedničkim ciljevima i izazovima kao što su: monetarna stabilnost, kontrola budžeta, starenje stanovništva, porast nezaposlenosti i socijalne isključenosti, te su one ipak više usklađeno počele provoditi restriktivne ekonomske mjere koje su se odrazile u sistemima socijalne sigurnosti.²³ Osim toga smatra se da sekundarno pravo Evropske unije o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti čini jedan od ključnih elemenata socijalne politike EU.²⁴

Značaj socijalne razvojne komponente, koja čini sastavni dio ekonomske dimenzije u razvoju EU, ogleda se i u njenoj ulozi sveobuhvatnog unapređenja društva, koja kao takva, čini centar evropske ekonomske i političke moći.²⁵

Ali ni nakon Ugovora iz Amsterdama, nije došlo do suštinskih promjena u području koordinacije socijalne sigurnosti, s tim da je za socijalnu politiku u cjelini, bilo važno da su odredbe Socijalnog protokola bile umetnute u Ugovor.²⁶ Važno je istaći da se od 2000. godine kao instrument Lisabonske strategije u polju socijalne politike i drugim područjima u nadležnosti država članica, mjere koje su potrebne za djelotvorno uređivanje slobode kretanja radnika pojavljuju pod nazivom otvorena metoda koordinacije.²⁷

U pogledu koordinacije sistema socijalne sigurnosti treba napomenuti da cilj koordinacije nije da zamijeni nacionalne propise država članica komunitarnim propisima, već da odredi u kojim se situacijama na osobu koja prelazi granicu treba primijeniti propis koje od država članica. Dva problema mogu nastati: pozitivan

21 Ibid., str. 120.

22 Ibid., str. 120-121.

23 Vidjeti: Gradašćević-Sijerčić J., Pravo socijalne sigurnosti u Evropskoj uniji, op.cit., str. 121-122.

24 Vidjeti: Sokol T., op.cit., str. 492.

25 Hadžiahmetović Azra, Ekonomija Evropske unije, University Press: Magistrat, Sarajevo, 2011., str. 264.

26 Vidjeti: Pennings Frans, European Social Security Law, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2012. str. 27.

27 Vidjeti: Gradašćević-Sijerčić J., Pravo socijalne sigurnosti u Evropskoj uniji, op.cit., str. 128.

sukob prava, kada se nacionalni propisi dviju država primjenjuju na jednu osobu; i negativan sukob prava, kada se nijedna država ne oglašava nadležnom za neku osobu. Zato pravila koordinacije sprječavaju sukob zakona do kojeg bi moglo doći u situacijama migracije radne snage u okviru EU.²⁸

Koordinacija sistema socijalne sigurnosti provodi se na osnovu uredbi, koje su obavezujuće i neposredno se primjenjuju u državama članicama EU.²⁹ Odredbe prava EU o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti bile su sadržane u uredbama 3 i 4 iz 1958. godine. Modernizacija koordinacije uslijedila je 70-ih, kada je izvršena reforma usvajanjem novih uredbi. Mnogo godina koordinacija se zasnivala na primjeni Uredbe 1408/71³⁰, koja se ipak smatrala previše kompleksnom, pa je nakon inicijative za njeno pojednostavljenje (Vijeće EU u Edinburghu je 1992. godine naglasilo da je potrebno pojednostaviti Uredbu 1408/71), Evropska komisija 1998. godine predložila njenu modernizaciju, te je 2004. godine usvojena nova Uredba pod brojem 883/2004³¹.³² Ova Uredba sadrži materijalne odredbe, ali njena primjena je počela tek od 1. maja 2010. godine, nakon stupanja na snagu implementacijske Uredbe (EZ) 987/2009³³, koja obuhvata procesne odredbe.³⁴ Modernizacija o kojoj se govori obuhvatila je uvođenje stanovišta sudske prakse.³⁵ Zatim ove dvije Uredbe dalje su modernizirane usvajanjem Uredbe 988/2009,³⁶

28 Vidjeti: Sokol T., op.cit., str. 494-495., Gradašćević-Sijerčić J., ibid., str. 129-130.

29 Vidjeti: Sokol T., ibid., str. 492.

30 Uredba Vijeća (EEZ) br. 1408/71 od 14. juna 1971. o primjeni šema socijalne sigurnosti na zaposlene osobe i njihove porodice koje se kreću u okviru Zajednice, (Regulation (EEC) No 1408/71 of the Council of 14 June 1971 on the application of social security schemes to employed persons and their families moving within the Community, Official Journal of the European Communities, L 149, 05.07.1971). Ova Uredba stupila je na snagu 1. oktobra 1972., a usvojena je i Uredba (EEZ) broj 574/72 o postupku za implementaciju Uredbe 1408/71 (Council Regulation (EEC) No 574/72 of 21 March 1972 fixing the procedure for implementing Regulation (EEC) No 1408/71 on the application of social security schemes to employed persons and their families moving within the Community, Official Journal of the European Communities, L 74, 27.03.1972.).

31 Uredba (EZ) 883/2004 Evropskog parlamenta i Vijeća od 29. aprila 2004. o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti (Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems (Text with relevance for the EEA and for Switzerland) Official Journal of the European Union, L 166, 30.4.2004.).

32 Vidjeti: Sokol T., op.cit., str. 493.

33 Radi primjene Uredbe 883/2004 usvojena je tzv. implementacijska Uredba (EZ) br. 987/2009 Evropskog parlamenta i Vijeća od 16. septembra 2009. o utvrđivanju postupka provedbe Uredbe (EZ) 883/2004., a stupila je na snagu 1. maja 2010. (Regulation (EC) No 987/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems (Text with relevance for the EEA and for Switzerland) Official Journal of the European Union, L 284, 30.10.2009.).

34 Vidjeti: Sokol T., op.cit., str. 493., Gradašćević-Sijerčić J., Pravo socijalne sigurnosti u Evropskoj uniji, op.cit., str. 131.

35 Vidjeti: Gradašćević-Sijerčić J., Pravo socijalne sigurnosti u Evropskoj uniji, op.cit., str. 131.

36 Uredba (EZ) br. 988/2009 od 16. septembra 2009. o izmjeni Uredbe (EZ) br. 883/2004 o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti i o utvrđivanju sadržaja njezinih priloga (Regulation (EC) No 988/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 amending

Uredbe 1244/2010,³⁷ Uredbe 465/2012³⁸ i Uredbe 1224/2012.³⁹ Pored ovih uredbi, usvojena je i Uredba br. 859/2003⁴⁰ o državljanima trećih država. Također je usvojena i Uredba br. 1231/2010 koja proširuje primjenu Uredbe (EZ) br. 883/2004 i Uredbe (EZ) br. 987/2009 na državljane trećih zemalja koji tim uredbama nisu obuhvaćeni isključivo na osnovu svog državljanstva.⁴¹ Ranije je, članom 51. UEZ, u okviru poglavlja o slobodi kretanja radnika bila predviđena jednoglasnost pri

Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems, and determining the content of its Annexes (Text with relevance for the EEA and for Switzerland) Official Journal of the European Union, L 284, 30.10.2009.)

37 Uredba Komisije (EU) br. 1244/2010 od 9. decembra 2010. o izmjeni Uredbe (EZ) br. 883/2004 Evropskog parlamenta i Vijeća o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti i Uredbe (EZ) br. 987/2009 Evropskog parlamenta i Vijeća o utvrđivanju postupka provedbe Uredbe (EZ) br. 883/2004 (Commission Regulation (EU) No 1244/2010 of 9 December 2010 amending Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council on the coordination of social security systems and Regulation (EC) No 987/2009 of the European Parliament and of the Council laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004 (Text with relevance for the EEA and for Switzerland) Official Journal of the European Union, L 338, 22.12.2010.).

38 Uredba (EU) br. 465/2012 Evropskog parlamenta i Vijeća od 22. maja 2012. o izmjeni Uredbe (EZ) br. 883/2004 o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti i Uredbe (EZ) br. 987/2009 o utvrđivanju postupka provedbe Uredbe (EZ) br. 883/2004 (Regulation (EU) No 465/2012 of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 amending Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems and Regulation (EC) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004 (Text with relevance for the EEA and for Switzerland) Official Journal of the European Union, L 149, 8.6.2012.).

39 Uredba Komisije (EU) br. 1224/2012 od 18. decembra 2012. o izmjeni Uredbe (EZ) br. 883/2004 Evropskog parlamenta i Vijeća o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti i Uredbe (EZ) br. 987/2009 Evropskog parlamenta i Vijeća o utvrđivanju postupka provedbe Uredbe (EZ) br. 883/2004 (Commission Regulation (EU) no 1224/2012 of 18 december 2012 amending Regulation (EC) no 883/2004 of the European parliament and of the Council on the coordination of social security systems and Regulation (EC) no 987/2009 of the European parliament and of the Council laying down the procedure for implementing Regulation (EC) no 883/2004 (text with relevance for the EEA and for Switzerland) Official Journal of the European Union, L 349, 19.12.2012.).

40 Uredba Vijeća (EZ) br. 859/2003 od 14. maja 2003. koja proširuje odredbe Uredbe (EZ) br. 1408/71 i Uredbe (EEZ) br. 574/72 na državljane trećih država koji nisu već pokriveni tim uredbama samo na osnovu njihovog državljanstva ([Council Regulation \(EC\) No 859/2003](#) of 14 May 2003 extending the provisions of Regulation (EEC) No 1408/71 and Regulation (EEC) No 574/72 to nationals of third countries who are not already covered by those provisions solely on the ground of their nationality, Official Journal of the European Union, L 124, 20.05.2013.).

41 Uredba (EU) br. 1231/2010 Evropskog parlamenta i Vijeća od 24. novembra 2010 koja proširuje primjenu Uredbe (EZ) br. 883/2004 i Uredbe (EZ) br. 987/2009 na državljane trećih zemalja koji tim uredbama nisu obuhvaćeni isključivo na osnovu svog državljanstva (Regulation (EU) No 1231/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 extending Regulation (EC) No 883/2004 and Regulation (EC) No 987/2009 to nationals of third countries who are not already covered by these Regulations solely on the ground of their nationality, Official Journal of the European Union, L 344, 29.12.2010.).

Osim uredbi, u ovoj oblasti usvojene su i određene direktive, relevantne za reguliranje pojedinih pitanja u vezi ostvarivanja koordinacije sistema socijalne sigurnosti.

O prethodno navedenim uredbama o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti vidjeti: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=857&langId=en&intPageId=983> Pristupljeno: 15.05.2019.

usvajanju mjera za koordinaciju sistema socijalne sigurnosti država članica. Sa stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona unesena je važna izmjena, jer je sada odredbama člana 48. UFEU predviđeno da se mjere za koordinaciju sistema socijalne sigurnosti mogu donositi kroz redovni zakonodavni postupak, koji znači glasanje kvalificiranom većinom u Vijeću, a ne više kao ranije jednoglasno. Na ovaj način stvara se mogućnost za češću promjenu koordinacijskog režima, ali, ipak je ugrađen tzv. zaštitni mehanizam za države članice.⁴² U koordinacijskom režimu EU unesena je jedna nova izmjena Uredbom 883/2004. U članu 2. ove Uredbe, pri utvrđivanju ličnog područja primjene, ne govori se o pojmu rad, odnosno o obavljanju ekonomske aktivnosti kao kriteriju za njenu primjenu, iako je već izmjenama Uredbe 1048/71 njeno područje primjene bilo prošireno na samostalno zaposlene osobe, studente i državljane trećih država.⁴³ Evropska komisija je 13. decembra 2016. godine predložila izmjenu zakonodavstva EU o koordinaciji socijalne sigurnosti, a u martu 2019. godine Evropski parlament i Vijeće EU postigli su privremeni dogovor o prijedlogu⁴⁴.⁴⁵ U nastavku teksta bit će detaljnije obrazložene predložene izmjene u ovoj oblasti.

3.1. Prijedlog Evropske komisije o izmjenama zakonodavstva u oblasti koordinacije socijalne sigurnosti

Evropska komisija je 2016. godine kao dio svog Radnog programa za 2016. godinu predložila izmjene zakonodavstva u oblasti koordinacije socijalne sigurnosti. To se navodi i kao dio napora Komisije da olakša mobilnost radne snage, osigura pravičnost za one koji se kreću i za poreske obveznike, obezbijedi bolje alate za saradnju između organa država članica. Ovaj Prijedlog predstavlja modernizaciju sadašnjih pravila kako bi se osiguralo da su poštena, jasna i da ih je lakše provesti.

42 Vidjeti: Sokol T., op.cit., str. 493-494.

Ovdje se radi o tome da je članom 48. u stavu 2. UFEU također utvrđeno da, ako član Vijeća izjavi da bi nacrt zakonodavnog akta iz prvog podstava mogao uticati na važne aspekte njegova sistema socijalne sigurnosti, uključujući njegovo područje primjene, troškove ili finansijsku strukturu, odnosno da bi mogao uticati na finansijsku ravnotežu tog sistema, može zatražiti da se taj predmet uputi Evropskom vijeću. U tom se slučaju redovni zakonodavni postupak suspendira. Nakon rasprave, Evropsko vijeće u roku od četiri mjeseca od te suspenzije: (a) vraća nacrt Vijeću koje okončava suspenziju redovnog zakonodavnog postupka ili (b) ne poduzima nikakve radnje ili od Komisije traži da podnese novi prijedlog u kojem se slučaju smatra da izvorni prijedlog akta nije usvojen. Vidjeti bliže: Sokol T., ibid., str. 493-494.

43 Vidjeti: Sokol T., op.cit., str. 494.

44 Council of the European Union, Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems and regulation (EC) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004 (Text with relevance for the EEA and Switzerland), Brussels, 25 March 2019.

- Analysis of the final compromise text with a view to agreement

45 Vidjeti: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=849&langId=hr> Pristupljeno: 2.6.2019.

U Saopštenju Komisije se još navodi i da predloženo ažuriranje odražava političku posvećenost ove Komisije pravičnom i istinski panevropskom tržištu rada.⁴⁶

Prijedlog obuhvata sljedeće:

- olakšava slobodno kretanje radnika i štiti njihova prava
- istovremeno, jača instrumente za nacionalne vlasti u borbi protiv zloupotrebe ili prevare
- uspostavlja bližu vezu između mjesta gdje se plaćaju doprinosi i gdje se zahtijevaju naknade, osiguravajući pravičnu finansijsku raspodjelu tereta između država članica.⁴⁷

Ovim Prijedlogom obuhvaćene su izmjene u četiri oblasti koordinacije socijalne sigurnosti: naknade za nezaposlenost, naknade za dugotrajnu njegu, pristup ekonomski neaktivnih građana socijalnim beneficijama, i koordinacija socijalne sigurnosti za upućene radnike.⁴⁸

U daljem tekstu ukratko će biti prikazane predložene izmjene u svakoj od četiri oblasti, kako slijedi:⁴⁹

1. Naknade za nezaposlenost

- Korisnici koji traže posao mogu ostvariti svoje naknade za nezaposlene iz trenutnog minimalnog perioda od 3 mjeseca do najmanje 6 mjeseci. To će im pružiti bolje šanse da pronađu posao i pomognu u rješavanju problema nezaposlenosti i neusklađenosti u cijeloj EU.
- Za pogranične radnike (koji žive u jednoj zemlji, rade u drugoj zemlji i odlaze kući najmanje jednom sedmično), država članica u kojoj su radili u posljednjih 12 mjeseci će postati odgovorna za plaćanje naknada za nezaposlene. Ovo odražava princip da država članica koja je primila doprinose treba da plati naknade.
- Države članice mogu zahtijevati da neko radi najmanje 3 mjeseca na njenoj teritoriji prije nego se osoba koja ostane nezaposlena može osloniti na prethodno iskustvo u drugoj državi članici kako bi zatražila naknade za nezaposlene.

2. Naknade za dugotrajnu njegu

Ovaj prijedlog pojašnjava šta se to smatra dugoročnim naknadama za njegu i gdje mobilni građani mogu da ih potražuju. To će osigurati veću pravnu sigurnost rastućoj grupi građana u starijim društvima u EU koja se oslanjaju na dugoročnu skrb.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Predložene izmjene navedene prema: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=849&newsId=2699&furtherNews=yes> Pristupljeno: 2.6.2019.

3. Pristup ekonomski neaktivnih građana socijalnim beneficijama

Na osnovu sudske prakse Evropskog suda pravde, predlaže se da države članice mogu odlučiti da ne daju socijalne naknade mobilnim građanima koji su ekonomski neaktivni građani – ovaj pojam označava građane koji ne rade niti aktivno traže posao, a nemaju zakonsko pravo boravka na njihovoj teritoriji. Ekonomski neaktivni građani imaju zakonsko pravo na boravak samo u slučaju kada imaju sredstva za život i sveobuhvatno zdravstveno osiguranje.

4. Koordinacija socijalne sigurnosti za upućene radnike

Komisija u ovom dijelu predlaže jačanje administrativnih pravila o koordinaciji socijalne sigurnosti upućenih radnika. Komisija ima za cilj da osigura da nacionalne vlasti imaju odgovarajuće alate za vršenje provjere statusa socijalnog osiguranja ovih kategorija radnika te postavlja jasnije procedure za postizanje saradnje između organa država članica za rješavanje potencijalno nepoštenih praksi ili zloupotreba.

Prijedlog ne mijenja važeća pravila o ostvarivanju dječijih naknada. Nije predviđena indeksacija dječijih naknada: zemlja rada roditelja i dalje ostaje odgovorna za plaćanje dječijeg dodatka, a ovaj iznos se ne može prilagoditi ako dijete boravi negdje drugo. Podaci pokazuju da se manje od 1% dječijih naknada u EU izvozi iz jedne države članice u drugu.

Nadalje Komisija navodi da će predložene izmjene osigurati više transparentnosti, pravnu sigurnost i pravednost u korist mobilnih građana, javnih vlasti, poslodavaca i poreskih obaveznika. One olakšavaju slobodno kretanje i istovremeno daju državama članicama bolje alate za izbjegavanje zloupotreba.⁵⁰

4. Evropski socijalni fond

Već je Rimskim ugovorom bio uspostavljen Evropski socijalni fond, sa zadatakom da stvori mogućnosti za unapređenje zaposlenosti i lakšu teritorijalnu i profesionalnu pokretljivost radne snage.⁵¹ Puna zaposlenost je stalno bila jedan od ciljeva Zajednice, sadržana još u Ugovoru iz Rima, te je od ovih početaka Evropski socijalni fond korišten kao instrument za promovisanje zapošljavanja i mobilnosti radnika.⁵² Odredbe o Evropskom socijalnom fondu sadržane su u čl. 162-164. UFEU (ranije članovi 146-148. UEZ). U skladu sa članom 162. UFEU (bivši član 146. UEZ) radi povećanja mogućnosti zapošljavanja radnika na unutrašnjem tržištu i time doprinošenja poboljšanju životnog standarda, osniva

50 Vidjeti: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=849&newsId=2699&furtherNews=yes> Pristupljeno: 2.6.2019.

51 Vidjeti: Rizvanović Edin, Državna pomoć u zemljama Evropske unije: iskustva za Bosnu i Hercegovinu, Fojnica: Štamparija „Fojnica“, 2005, str. 31-32.

52 Vidjeti: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=URISERV%3Ac11318> Pristupljeno 29.2.2016.

se Evropski socijalni fond; njegov je cilj olakšati zapošljavanje radnika i povećati njihovu geografsku i profesionalnu mobilnost unutar Unije te olakšati njihovo prilagođavanje industrijskim promjenama i promjenama u proizvodnim sistemima, posebno kroz stručno osposobljavanje i prekvalifikaciju. U skladu sa članom 163. UFEU (bivši član 147. UEZ) Fondom upravlja Komisija. U izvršavanju ove zadaće Komisiji pomaže Odbor sastavljen od predstavnika vlada, sindikata i udruženja poslodavaca, kojim predsjedava član Komisije. U skladu sa članom 164. UFEU (bivši član 148. UEZ) Evropski parlament i Vijeće, odlučujući u skladu s redovnim zakonodavnim postupkom i nakon savjetovanja s Ekonomskim i socijalnim odborom i Odborom regija, donose provedbene uredbe koje se odnose na Evropski socijalni fond.

Izvještaj Evropske Komisije iz aprila 2016. godine koji je objavljen 5. januara 2017. godine, o ulaganjima u Evropski socijalni fond između 2007. i 2013. godine, pokazao je značajan doprinos Evropskog socijalnog fonda zapošljavanju velikog broja Evropljana, i to najmanje 9,4 miliona osoba do kraja 2014. godine. Također, značajno veliki broj ljudi, njih 8,7 miliona je steklo kvalifikaciju ili potvrdu. Poboljšanje nivoa vještina je prijavilo 13,7 miliona učesnika. Ukupna izdvajanja za ESF između 2007. i 2013. godine su iznosila 115.600.000.000 €, od čega je 76.800.000.000 € izdvojeno iz budžeta EU, 35.100.000.000 € iz nacionalnih javnih doprinosa i 3,7 milijardi € iz privatnih fondova.⁵³

Godišnji izvještaj Evropske komisije iz 2018. godine o unutar-EU radnoj mobilnosti pokazuje da je u 2017. godini povećana mobilnost radnika u odnosu na 2016. godinu. Podaci bilježe da je u 2017. godini bilo 17 miliona mobilnih građana EU-28 u EU, među kojima je 12,4 miliona radno sposobnih (20-64 godine), u poređenju sa 11,8 miliona u 2016. godini.⁵⁴

Prema podacima Eurostata u 2017. godini zabilježeno je da je 3,8% građana EU živjelo u državi članici koja nije njihova država porijekla.⁵⁵ Također, oni koji žive u nekoj drugoj državi članici izvan svoje države imaju veću stopu zaposlenosti (76,1%) nego oni koji žive u državi čiji su državljani (72,1%).⁵⁶ Eurostat sadrži i podatke o udjelu mobilnih radnika u EU koji dolaze iz različitih država članica. Tako su u 2017. godini, rumunski državljani koji su živjeli u inostranstvu u EU činili su oko petinu (19,7%) stanovništva koje živi u Rumuniji, što ih je učinilo najvećom nacionalnom grupom među mobilnim građanima EU. Nakon Rumunije slijedi pet nacionalnih grupa od 12,5% do 15,0% stanovnika u njihovim zemljama državljanstva: Bugari (12,5%), Latvijci (12,9%), Portugalci (13,9%), Hrvati (14,0%) i Litvanci (15,0%) , dok su zemlje članice EU sa najmanjim udjelom

53 Dostupno na: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3984_en.htm Pristupljeno: 16.01.2017.

54 Vidjeti: European Commission, 2018 Annual Report on intra-EU Labour Mobility Final Report December 2018., str. 13. Dostupno na: <file:///C:/Users/User/Downloads/2018%20Labour%20Mobility%20Report.pdf> Pristupljeno: 18.5.2019.

55 Dostupno na: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=EU_citizens_living_in_another_Member_State_-_statistical_overview#Key_messages Pristupljeno: 8.5.2019.

56 Ibid.

mobilnih građana bile Njemačka (1,0%) i Velika Britanija (1,1%).⁵⁷

BiH na putu sticanja članstva u EU obavezna je da preduzme odgovarajuće pripreme i uspostavi potrebne administrativne strukture kako bi mogla početi koristiti Evropski socijalni fond. Međutim, BiH još nije napravila pozitivne pomake u tom smislu, što je naznačeno i u Analitičkom izvještaju⁵⁸ za BiH koji je u maju 2019. godine objavila Evropska Komisija. Naime, naznačeno je da BiH nije započela pripreme za korištenje Evropskog socijalnog fonda i nisu uspostavljene administrativne strukture za djelovanje ovog Fonda.⁵⁹

5. Uticaj Suda pravde EU na ostvarivanje sadržaja slobode kretanja radnika

Sudska praksa Suda pravde EU uticala je na način tumačenja i ostvarivanja odnosno na primjenu ograničenja slobode kretanja radnika na unutrašnjem tržištu EU. U okviru primarnog istraživanja u ovom radu bit će obuhvaćena sudska praksa Suda pravde EU. Izložiti će se presude koje se neposredno bave pravima radnika migranata u EU i pitanjima migracije na unutrašnjem tržištu EU.

U skladu sa ciljevima unutrašnjeg tržišta, ostvarivanje slobode kretanja lica predstavlja nužni uslov za slobodan promet i ostalih faktora proizvodnje: robe, usluga i kapitala. Samo sa maksimalnom pokretljivošću svih državljana država članica, a prije svega radnika, može se računati sa uspostavljanjem pravog tržišta radne snage na nivou Zajednice.⁶⁰ Značajnu ulogu u proširenju sadržaja slobode kretanja radnika i definisanju osnovnih pojmova, kao i utvrđivanju granica u ograničavanju njene primjene na državljane država članica i članove njihove porodice, ima Sud pravde EU putem sudske prakse. „Sud pravde je usvojio vrlo liberalan pristup tumačenju odredbi o slobodi kretanja radnika – oboje i načela Ugovora i daljnja proširenja ovih principa u sekundarnom zakonodavstvu – gdje su izuzeci od prava dodijeljenih državama članicama tumačeni strogo.“⁶¹ Mnoge su njegove presude u oblasti prava radnika imale historijski značaj za shvatanje i primjenu prava i sloboda, te ostavile dubokog traga u radnopravnoj teoriji i uvriježenim shvatanjima nekih osnovnih pojmova i instituta radnog prava.

Ako bi se prepustilo sudovima država članica da tumače i primjenjuju komunitarno (radno) pravo, to bi vodilo veoma različitim tumačenjima ugovora i sekundarnog zakonodavstva u istim ili sličnim stvarima. Neophodnost za ujednačenim

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Commission Staff Working document, Analytical Report Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Commission Opinion on Bosnia and Herzegovina's application for membership of the European Union {COM(2019) 261 final}, Brussels, 29.5.2019 SWD(2019) 222 final.

⁵⁹ Analitički izvještaj Komisije, op.cit., str. 139.

⁶⁰ Vukadinović Radovan D., Uvod u institucije i pravo Evropske unije, Pravni fakultet u Kragujevcu, Centar za pravo Evropske unije, Kragujevac, 2008., str. 223.

⁶¹ Foster Nigel, EC Law, 3rd edition, Blackstone Press Limited, London, 2000, str. 211.

tumačenjem i ujednačenom sudskom praksom nalagala je potrebu za osnivanjem suda na komunitarnom nivou, čije bi odluke obavezivale države članice.⁶²

S obzirom da pitanje ostvarivanja, odnosno zaštite komunitarnog (radnog) prava nije regulisano komunitarnim aktima, praksa Evropskog suda pravde koja je stvaralačka (npr. širokim tumačenjem pojma komunitarnog radnika) upravo je doprinijela dosljednoj i ujednačenoj primjeni komunitarnog (radnog) prava u državama članicama, a bez toga bi ostvarenje ciljeva (zajedničke) socijalne politike bilo teško ostvarivo.⁶³

S obzirom na neobično značajnu ulogu dodijeljenu Sudu pravde u tumačenju radnog prava EU, u ovom dijelu rada će se pristupiti analizi nekih najvažnijih odluka kojima je Sud dao osnove jednom drugačijem tumačenju i neočekivano mnogo proširio tumačenje pojma 'radnik', kao i prava koja čine sadržinu slobode kretanja radnika, shvatanja njenih ograničenja, te drugih bitnih pitanja u vezi sa ostvarivanjem ove slobode.

Važna su obrazloženja odluka Suda pravde Evropske unije jer u sebi sadrže pravne pretpostavke, sudsko shvaćanje prava i društvenog konteksta, i druge važne činjenice koje Sud pravde Evropske unije smatra bitnima za donošenje odluke. Kada jednom Sud zauzme neko pravno shvaćanje o značenju određene pravne norme to će, u pravilu, učiniti u obrazloženju svoje odluke. Njegove kasnije odluke zasnivat će se na takvim pravnim shvaćanjima.⁶⁴

U okviru odabrane grupe presuda prikazat će se u sažetom obliku za svaku pojedinačnu presudu najprije činjenično stanje, a zatim pravno rezonovanje odnosno shvatanje Suda u konkretnom slučaju.

Države članice su obavezne poštovati i provoditi odluke Suda pravde Evropske unije. To je obaveza svih državnih tijela uključujući, u okvirima njihove nadležnosti, i nacionalne sudove. Nacionalni sud koji bi pak zanemario raniju praksu Suda bez obzira u kojoj je grani nadležnosti presuda nastala i bez obzira ko su stranke u postupku, smatralo bi se da je počinio dovoljno ozbiljnu povredu prava EU, te bi to uz ispunjavanje drugih pretpostavki, činilo osnovu za naknadu štete od strane države.⁶⁵

U okviru analize sudske prakse Suda pravde EU prikazat će se najprije nekoliko odabranih presuda u kojima je Sud rješavajući predmetne slučajeve utvrdio način određivanja pojma radnik, koji, prema viđenju Suda, ne može biti prepušten nacionalnim zakonodavstvima, već je to predmet određenja unijskog prava.⁶⁶

62 Teyssié B., *Droit européenne du travail*, Paris, 2001., str. 33; Vukadinović R., *Stvaranje i ostvarivanje komunitarnih prava u Evropskoj uniji*, Beograd, 1998, str. 271-273., prema: Lubarda B. A., *Evropsko radno pravo*, op.cit., str. 119.

63 Lubarda B. A., *Evropsko radno pravo*, op.cit., str. 120.

64 Zlatović Dragan, *Temeljne odrednice evropskog radnog prava i praksa evropskih sudova o radnopravnim pitanjima*, *Radno pravo – stručni časopis*, Br. 05/12, 2012, (45-65) str. 53.

65 Vidjeti: Zlatović D., op.cit., str. 53.

66 „Članovi 48-51 Ugovora, samom činjenicom da uspostavljaju slobodu kretanja za 'radnike', dale su komunitarnu primjenu ovom terminu. Kada bi definicija ovog pojma bila pitanje u okviru nacionalnog prava, bilo bi moguće za svaku državu članicu da modifikira značenje koncepta „radnik

Neosporno je da pojam radnik mora biti određen komunitarnim pravom (konstantna praksa ESP-a od presude od 19. marta 1964: slučaj 75/63 – Unger [1964] ECR 1977). Ovo znači da postoji definicija ‘radnika’ koja je jedinstvena za evropsko pravo. Ako bi se definicija prepustila nacionalnom pravu, države članice bi imale moć da grupama ljudi oduzimaju pravo na zaštitu u okviru slobode kretanja radnika.⁶⁷

Analiza će započeti sa predstavljanjem jednog od poznatih i značajnih slučajeva koje je Sud rješavao u okviru slobode kretanja radnika, a tiče se određivanja pojma radnik. Radi se o slučaju *Hoekstra*⁶⁸ iz 1964. godine.

U jednoj od svojih odluka, u slučaju *Hoekstra*, Sud pravde EU je presudio da definicija „radnika“ ne zavisi o bilo kojoj nacionalnoj klasifikaciji radnika i samozaposlenih osoba, već je to koncept komunitarnog prava. Osim toga prepoznao je da bi osobe mogle zadržati njihov uticaj kao radnici iako nisu zaposleni, kao, na primjer, za vrijeme bolovanja ili penzionisanja.⁶⁹

To je „prva presuda koja je ključna za definiranje pojma radnika i imala je uticaj na daljnji case law (...)“⁷⁰.

U ovom je slučaju Sud zaključio da se nacionalnim zakonodavstvima ne ostavlja mogućnost da definišu pojam radnika, već je to pitanje u isključivoj nadležnosti Evropske unije. Evropski sud je isključivo zadržao pravo da određuje pojam radnika, kao i ostalih pojmova u vezi s radom, a koji su ključni za utvrđivanje obima slobode kretanja radnika.⁷¹

Činjenično stanje: Gđa. Unger supruga gosp. Hoekstra, oboje sa prebivalištem u Amsterdamu, bila je, na osnovu ugovora o radu sa gosp. Vermeulen, obavezno zdravstveno osigurana u skladu sa relevantnim zakonom. Kada je ovo obavezno osiguranje isteklo, apelantici je ponuđeno dobrovoljno osiguranje koje je također predviđeno istim zakonom. Međutim, u skladu sa zakonom, ova obaveza poslodavca da ponudi dobrovoljno osiguranje postoji samo ako osoba u pitanju nastavlja ili će nastaviti u budućnosti određeno zanimanje, ili kada je razumno za pretpostaviti da će oni prihvatiti novi ugovor o radu ako se ukaže prilika za to. U konkretnom slučaju se pretpostavljalo da će ona nakon poroda, prihvatiti novi ugovor o radu čim se ukaže prilika. Nakon toga, apelantica je bila u posjeti roditeljima u Njemačkoj, gdje se razboljela i nije bila sposobna da nastavi bilo kakvu

migrant“ i da eliminiira zaštitu koju pruža Ugovor određenim kategorijama osoba. (...) Koncept „radnici“ u navedenim članovima zato se ne odnosi na nacionalno pravo, već na komunitarno pravo.“ Case 75/63 Mrs. M.K.H. Hoekstra (nee Unger) v. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten (1964.) ECR 177., str. 184.

67 Vidjeti: Thüsing Gregor, *European Labour Law*, Verlag C.H.Beck oHG, 2013., str. 23.

68 *Mrs. M.K.H. Hoekstra (nee Unger) v. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten* Case 75/63 [1964.] ECR 177.

69 White Robin C. A., *Revisiting Free Movement of Workers*, Fordham International Law Journal, Volume 33, Issue 5, 2011, Article 10, str. 1565.

70 Bačić P., Sarić I., op.cit., str. 33.

71 Vidjeti: Bačić P., Sarić I., op.cit., str. 33.

profesionalnu aktivnost. Njeno zdravstveno stanje je zahtijevalo hitni medicinski tretman. Zatim se vratila u Holandiju gdje je tražila naplatu osiguranja po osnovu njene nesposobnosti za rad. Odbijen joj je zahtjev za isplatu medicinskih troškova za vrijeme boravka u Njemačkoj. Njena tužba Sudu za socijalnu sigurnost u prvom stepenu (Raad van Beroep) je odbijena, pozivajući se na Uredbu prema kojoj su ovakve isplate moguće samo ako je bio u pitanju odobreni privremeni boravak radi oporavka, što nije bilo tako u njenom slučaju, prema mišljenju holandskog suda. Žalila se na ovu odluku Centrale Raad-u.

Odluka Suda:

1. Koncept zaposlenog 'zarađivača plate ili asimiliranog radnika' u Uredbi broj 3 Vijeća EEZ koji se odnosi na socijalnu sigurnost za radnike migrante, ima, kao i pojam 'radnik' u članovima 48 do 51, komunitarno značenje.
2. (a) Ovaj koncept pokriva one osobe, koje, originalno obavezno pripojene sistemu socijalne sigurnosti kao 'radnici', su naknadno, kao takvi i uzimajući u obzir mogući nastavak njihove aktivnosti kao radnika, primljeni kao korisnici šeme dobrovoljnog osiguranja u skladu sa nacionalnim zakonom regulisanog principima analognim onima obaveznog osiguranja;
(b) Na nacionalnom sudu je da ocijeni u svakom slučaju da li je ova korist dodijeljena dotičnim osobama u okolnosti utvrđenoj pod (a).
3. (a) 'Zarađivači plata ili asimilirani radnici' u situaciji predviđenoj u članu 19 (1) Uredbe broj 3 ostvaruju korist od prava dodijeljenog tom odredbom, šta god da je razlog njihovog privremenog boravka u inostranstvu.
(b) Član 19 (1) isključuje bilo koje pravilo nacionalnog zakona od podvrgavanja dodijeljivanja koristi u pitanju, u slučaju takvog privremenog boravka, uslovima otežavajućim od onih koji bi se primijenili da se osoba u pitanju razboljela dok je na teritoriju države kojoj osiguranik pripada.⁷²

„Sud pravde je dodijelio komunitarno značenje pojmu radnik (...) sa rezultatom da države članice ne mogu odrediti da li je osoba radnik ili nije koristeći kriterije koji su relevantni u nacionalnom pravu.“⁷³

Također, među relevantnim slučajevima za određivanje pojma 'radnik' jeste i slučaj u predmetu *Levin*⁷⁴ iz 1982. godine. „Levin je dao daljnju sadržinu definiciji radnika.“⁷⁵

Činjenično stanje: gđa Levin, britanska državljanka i supruga državljanina države članice, podnijela je zahtjev za boravišnom dozvolom u Holandiji. Izdavanje dozvole je odbijeno, na temelju holandskog zakona, između ostalog zato što izdavanje boravišne dozvole nije bilo u javnom interesu zato što apelantica nije bila zaposlena od početka 1978. godine i zato se nije mogla posmatrati kao

⁷² Slučaj Hoekstra, op.cit., str. 187-188.

⁷³ Condinanzi Massimo; Lang Alessandra; Nascimbene Bruno, *Citizenship of the Union and Freedom of Movement of Persons*: (ured.) Guild Elspeth; Niessen Jan, *Immigration and asylum law and policy in Europe*, Vol. 14, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2008., str. 68-69.

⁷⁴ *D.M. Levin v Staatssecretaris van Justitie* Case 53/81 [1982] ECR 1035.

⁷⁵ White Robin C. A., *Revisiting Free Movement of Workers*, op.cit., str. 1565.

„povlašteni građanin EEZ-a“ u skladu sa holandskim zakonodavstvom. Gđa. Levin se 1979. godine obratila Staatssecretaris van Justitie radi preispitivanja odluke tvrdeći da između ostalog činjenica da ona nije obavljala zanimanje u Holandiji određeni period, nije samo po sebi konstituisalo relevantan argument za odbijanje da joj se izda boravišna dozvola, s obzirom da ona i njen muž imaju dovoljno imovine i prihoda za njihovo izdržavanje, i čak šta više, ona je u međuvremenu pronašla zaposlenje. Pošto nije donesena odluka po njenom zahtjevu u zakonu predviđenom roku, ona se žalila sudskom odjeljenju Raad van State. Ona je tvrdila da mora biti posmatrana kao „povlašteni građanin EEZ-a“ jer je državljanka druge države članice, a zaposlena u Holandiji. U svakom slučaju, ona i njen muž su imali imovinu i prihod sa kojim je mogla da se izdržava. U međuvremenu je i Staatssecretaris van Justitie odbio zahtjev jer je smatrao da njeno zaposlenje nije osiguravalo dovoljno sredstava za njeno izdržavanje, jednako barem minimalnoj zakonskoj zaradi u Holandiji.

Odluka Suda:

1. Odredbe prava Zajednice koje se odnose na slobodu kretanja radnika također obuhvaćaju državljanina države članice koji obavlja na teritoriju druge države članice aktivnosti kao zaposlena osoba koje daju niži prihod od onoga koji se smatra minimalno potrebnim za izdržavanje bez obzira da li ta osoba dopunjuje dohodak od njegove aktivnosti kao zaposlena osoba s drugim dohotkom tako da postigne minimum ili je zadovoljna sa sredstvima za izdržavanje nižim od propisanih minimalnih sredstava, pod uslovom da obavlja aktivnosti kao zaposlena osoba koja je učinkovita i stvarna.
2. Motivi koji su potaknuli radnika države članice da traži zaposlenje u drugoj državi članici ne smiju imati uticaj na njegovo pravo ulaska i boravka na teritoriju dotične države, pod uslovom da on tamo obavlja ili želi obavljati djelotvornu i stvarnu aktivnost.⁷⁶

Sud ne pravi razlikovanje između radnika u nepunom i punom radnom vremenu, tako i radnici zaposleni na nepuno radno vrijeme (tzv. part time ili honorarni radnici) ulaze u pojam radnika, odnosno uživaju pogodnosti koje nosi garancija slobode kretanja radnika.⁷⁷ Bitno je da posao koji oni obavljaju predstavlja učinkovitu i pravu ekonomsku djelatnost odnosno da nisu u pitanju popratna i pomoćna aktivnost.⁷⁸

Sljedeći slučaj koji se analizira jeste slučaj *Antonissen*⁷⁹ iz 1991. godine. Navedeni predmet predstavlja primjer kako Evropski sud analizira slobodu kretanja radnika, zatim kako gleda na ograničenje ove slobode i šta smatra dopuštenim.⁸⁰

⁷⁶ Slučaj Levin, op.cit., str. 1053.

⁷⁷ Vidjeti: Bodiroga-Vukobrat N., Horak H., Martinović A., Temeljne gospodarske slobode u Europskoj uniji, Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2011., str. 120., prema: Bačić, P.; Sarić, I., op.cit., str. 33.

⁷⁸ Bačić P., Sarić I., ibid., str. 33.

⁷⁹ *The Queen v Immigration Appeal Tribunal, ex parte Gustaff Desiderius Antonissen* Case C-292/89, [1991] ECR I-745

⁸⁰ Vidjeti: Zlatović D., op.cit., str. 54.

Činjenično stanje: Pitanje je proizašlo u postupku između Gustaff Desiderius Antonissena, belgijskog državljanina i Državnog sekretarijata za vanjske poslove, koji je 27. novembra 1987. godine odlučio da ga deportuje iz Ujedinjenog Kraljevstva. Gosp. Antonissen je stigao u Ujedinjeno Kraljevstvo u oktobru 1984. Još uvijek nije bio našao posao kada je 30. marta 1987., osuđen na zatvorsku kaznu zbog nezakonitog posjedovanja kokaina i posjedovanja te droge s namjerom za ponudu. Pušten je uslovno 21. decembra 1987. godine. Odluka o deportaciji bila je zasnovana na Imigracijskom zakonu iz 1971, koji ovlašćuje Državni sekretarijat da deportuje strane državljane ako smatra da bi to bilo 'pogodno za javno dobro'. On je uložio žalbu protiv ove odluke pred nadležnim organom, koja je odbijena jer je nadležni organ smatrao da on ne može više biti tretiran kao komunitarni radnik, jer je isteklo šest mjeseci za traženje posla, a prema nacionalnim propisima državljanin druge države članice može biti deportovan iz Ujedinjenog Kraljevstva ako za šest mjeseci nije našao zaposlenje ili se ne bavi nekim drugim zanimanjem.

Odluka Suda:

Nije protivno odredbama komunitarnog prava o slobodi kretanja radnika da zakonodavstvo države članice osigura da od državljanina druge države članice koji je ušao u prvu državu s ciljem traženja zaposlenja može biti zatraženo da napusti teritoriju te države (moguća žalba) ako tamo nije pronašao zaposlenje nakon šest mjeseci, osim ako osoba u pitanju pruži dokaz da on nastavlja tražiti zaposlenje i da ima stvarne šanse da bude angažovan.⁸¹

U ovoj presudi „(...) dodatno je proširen pojam radnika i to (pod određenim uslovima) na osobe koje su tražioci zaposlenja (...)“.⁸²

Ovdje je prikazano nekoliko najeklatantnijih primjera sudske prakse koji su bili od značaja za utvrđivanje pojma radnik.

Sada će biti predstavljene presude koje se odnose na pitanja u vezi sa ostvarivanjem slobode kretanja radnika, odnosno slučajeve u kojima je utvrđena zabrana diskriminacije.

Sljedeći se analizira slučaj u predmetu *Angonese*.⁸³ iz 2000. godine, koji predstavlja primjer odluke Suda kojom je utvrđeno postojanje diskriminacije.

Činjenično stanje: Gosp. Angonese, talijanski državljanin čiji je maternji jezik njemački i koji ima prebivalište u provinciji Bolzano, išao je na studij u Austriju između 1993 i 1997. godine. Kasnije se u 1997. godini prijavio na oglas za radno mjesto u privatnom bankarskom preduzeću, Cassa di Risparmio. Jedan od uslova koji je morao ispuniti za ovo radno mjesto jeste i posjedovanje posebnog certifikata o poznavanju oba jezika (talijanski i njemački) koje se izdaje samo u provinciji Bolzano, a koji gosp. Angonese nije posjedovao. Zbog toga su mu javili iz Cassa di Risparmio da ne može učestvovati u konkursu. Gosp. Angonese smatra da ovakav zahtjev treba biti poništen i da Cassa di Risparmio treba da mu kompenzira gubitak prilike i da mu nadoknadi troškove koje je imao u postupku.

81 Slučaj Antonissen, op.cit., str. 780.

82 Bačić P., Sarić I., op.cit., str. 34.

83 *Roman Angonese v Cassa di Risparmio di Bolzano SpA* Case C-281/98 [2000.] ECR I-4139.

Odluka Suda:

Član 48. Ugovora o EZ (sada, nakon amandmana, član 39. EZ) zabranjuje poslodavcu da zahtijeva od osoba koje se prijavljuju da učestvuju u konkursu za zapošljavanje, da pruže dokaz njihovog jezičkog znanja isključivo putem jedne posebne diplome izdate jedino u jednoj posebnoj provinciji države članice.⁸⁴

Prilikom traženja i prihvatanja zaposlenja, građani Zajednice moraju biti jednako tretirani kako od vladinih institucija, tako i privatnih tijela kao što su advokatske komore i sportska udruženja, ali i pojedinačnih poslodavaca. Kada su jednom zaposleni u drugoj državi, građani Zajednice moraju biti jednako tretirani kao i nacionalni radnici u svim pitanjima vezanim za zapošljavanje.⁸⁵

Jedan od najpoznatijih slučajeva u oblasti sportskog prava u EU jeste slučaj u predmetu *Bosman*⁸⁶ iz 1995. godine.

Činjenično stanje:

J.-M. Bosman, profesionalni fudbaler s belgijskim državljanstvom, bio je zaposlen u RCL-u, belgijskom prvoligaškom klubu. Nakon što mu je istekao ugovor sa ovim klubom, ponuđeno mu je produženje ugovora, ali uz nižu plaću. Bosman je odbio potpisati taj ugovor te je bio stavljen na transfernu listu. Budući da nijedan klub nije pokazao interes za prisilni transfer, J.-M. Bosman stupio je u kontakt s francuskim drugoligaškim klubom Dunkerque, koji ga je zaposlio. RCL i Dunkerque sklopili su 27. jula 1990. ugovor o privremenom transferu J.- M. Bosmana za razdoblje od jedne godine, uz naknadu koju Dunkerque mora platiti RCL-u pošto Francuski fudbalski savez (Fédération Française de Football) dobije od URBSFA-e (Belgijski fudbalski savez) certifikat o transferu. Budući da je RCL imao dvojbe glede solventnosti Dunkerquea, nije zahtijevao od URBSFA-e da dostavi FFF-u navedeni certifikat. Iz tog razloga nijedan od ugovora nije počeo proizvoditi učinke. RCL je 31. jula 1990. još i suspendirao J.-M. Bosmana, onemogućivši mu tako da igra tokom cijele sezone. J.-M. Bosman je 8. avgusta 1990. podnio tužbu protiv RCL-a pred Tribunal de première instance u Liègeu. Tužbeni zahtjev kasnije je proširio i protiv UEFA zbog njezine odgovornosti pri donošenju pravila zbog kojih je pretrpio štetu, te protiv URBSFA-a. U tim je postupcima zahtijevao da se pravila koja se odnose na transfere i klauzule državljanstva proglase neprimjenjivima u odnosu na njega i da mu RCL, URBSFA i UEFA, zbog njihovog pogrešnog postupanja prilikom njegovog neuspješnog transfera u Dunkerque, moraju isplatiti, s jedne strane, iznos od 11.368.350 BEF, na ime naknade štete koju je pretrpio u razdoblju između 1. avgusta 1990. do kraja svoje karijere i, s druge strane, iznos od 11.743.000 BEF, na ime izmakle dobiti od početka njegove karijere, zbog primjene pravila koja se odnose na transfere. Pored toga, zahtijevao je da se postavi prethodno pitanje Sudu.

⁸⁴ Slučaj *Angonese*, op.cit., str. 4176.

⁸⁵ Vidjeti: Van Der Mei A.P., *Free Movement of Persons Within the European Community - Cross-Border Access to Public Benefits*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2003., str. 29.

⁸⁶ *Union Royale Belge des Societes de Football Association (Asbl) and Others v. Jean-Marc Bosman* Case C-415/93 [1995.] ECR I-4921

Odluka Suda:

1. Član 48. Ugovora protivi se primjeni pravila sportskih udruženja, u skladu sa kojima profesionalnog fudbalera, državljanina jedne države članice, po isteku ugovora s jednim klubom klub iz druge države članice može zaposliti samo ako starom klubu plati naknadu za transfer, trening ili razvoj.
2. Član 48. Ugovora protivi se primjeni pravila koja su donijela sportska udruženja, u skladu s kojima fudbalski klubovi mogu, za takmičarske utakmice koje ta udruženja organiziraju, uvrstiti u momčad samo ograničen broj profesionalnih igrača, državljana drugih država članica.
3. Na direktan učinak člana 48. Ugovora nije se moguće pozivati u prilog zahtjevima koji se odnose na naknadu za transfer, trening ili razvoj koja je na dan donošenja ove presude već bila plaćena ili se još uvijek duguje radi izvršenja obaveze nastale prije tog datuma, uz izuzetak stranaka koje su prije tog datuma pokrenule sudski postupak ili podnijele istovrijedan zahtjev u skladu s nacionalnim pravom.⁸⁷

Ovo je bila veoma bitna presuda koja je donijela značajne izmjene i u sportska pravila vezano za ključna pitanja kao što su fudbalski transferi i plaćanja naknada, i slična pitanja.⁸⁸

U judikaturi Evropskog suda nije bilo puno odluka koje su se odnosile na sport, ali ipak su u pitanju odluke koje su, kao odluka Bosman, značajno uticale na razvoj cjelokupnog sportskog sektora.⁸⁹

Tako o značaju ove presude i posebnom odnosu Suda EU prema fudbalu kao sportu ističe i Geoff Pearson koji navodi, između ostalog, da je EU tretman sistema transfera već ukazao na to da EU posmatra fudbal kao 'poseban'.⁹⁰ Zatim ovaj autor dalje objašnjava pozivajući se na paragraf 106 u odluci Bosman, da „prije svega u *Bosman-u*, ESP je bio mišljenja da '[s] obzirom na znatan socijalni značaj sportskih aktivnosti a posebno fudbala u Zajednici, ciljevi održavanja ravnoteže između klubova očuvanjem određenog stepena jednakosti i nesigurnosti u rezultatima i ohrabrivanja regrutovanja i treninga mladih igrača moraju biti prihvaćeni kao legitimni'. Zaštita integriteta takmičenja, 'konkurentna ravnoteža' i 'trening i razvoj' mladih igrača bili su glavni stubovi u odnosu na koje su sportska

⁸⁷ Slučaj Bosman, op.cit., str. 5081.

⁸⁸ O analizi odluke Bosman vidjeti detaljnije: Lee Andrew L., *The Bosman Case: Protecting Freedom of Movement in European Football*, Fordham International Law Journal, Volume 19, Issue 3, 1995., Article 12, str. 1253-1316; Zeko-Pivač Ivan, *Gospodarske slobode Europske unije promatrane sa stajališta sportskih organizacija u Republici Hrvatskoj*, Pravni vjesnik god. 30 br. 2, 2014, (232-251), str. 237-238.

⁸⁹ Vidjeti: Smokvina Vanja; Rubeša Tea, *Gospodarska sloboda kretanja profesionalnih sportaša kao radnika u Europskoj uniji s naglaskom na pravne izvore i odluku Bernard*, Zbornik PFZ, 64, (3) 393-423 (2014), str. 409.

⁹⁰ Vidjeti: Pearson Geoff, *Sporting Justifications under EU Free Movement and Competition Law: The Case of the Football 'Transfer System'*, European Law Journal, Volume 21, Issue 2 March 2015 (220-238), str. 232.

upravljačka tijela nastojala da podrže propise, prakse i tradicije koje su *prima facie* kršenja prava EU⁹¹

Zatim, među važnim presudama je i ona u kojoj Sud utvrđuje postojanje indirektna diskriminacije, a radi se o slučaju u predmetu *Köbler*⁹² iz 2003. godine.

Činjenično stanje: Gosp. Köbler je zaposlen od 1. marta 1986. godine pod javno-pravnim ugovorom s državom Austrijom u svojstvu redovnog univerzitetskog profesora u Innsbrucku (Austrija). Nakon njegovog imenovanja dodijeljena mu je plaća redovnog univerzitetskog profesora, deseti stepen, uvećana uobičajenim povećanjem prema dužini radnog staža. Dopisom od 28. februara 1996, gosp. Köbler se prijavio na osnovu člana 50a GG-a za posebni dodatak prema dužini radnog staža za univerzitetske profesore. Tvrdio je da, iako nije ispunio 15 godina radnog staža kao profesor na austrijskim univerzitetima, ispunio je zahtjevano trajanje radnog staža ako trajanje radnog staža na univerzitetima drugih država članica Evropske zajednice bude uzeto u obzir. Tvrdio je da uslov u pogledu ispunjenja 15 godina radnog staža samo na austrijskim univerzitetima – da se ne uzimaju u obzir periodi radnog staža na univerzitetima u drugim državama članicama – odgovara indirektnoj diskriminaciji neopravdanoj prema komunitarnom pravu.

Odluka Suda:

1. Načelo da su države članice obavezne nadoknaditi štetu koju su prouzročile pojedincima kršenjem prava Zajednice za koja su odgovorne je također primjenjivo kada navodno kršenje prava proizlazi iz odluke suda koji odlučuje u najvišem stepenu kada povrijeđeno pravilo prava Zajednice ima za svrhu garantovati pravo pojedincima, a kršenje je dovoljno ozbiljno i postoji direktna uzročna veza između kršenja i gubitka ili štete koju su oštećene strane pretrpile. Kako bi se odredilo je li kršenje prava dovoljno ozbiljno, kada kršenje prava o kojem je riječ proizlazi iz odluke suda koji odlučuje u najvišem stepenu, nadležni nacionalni sud treba, uzimajući u obzir specifičnu narav sudske funkcije, odrediti je li kršenje prava očigledno. Na svakoj je državi članici da odredi sud koji je nadležan odlučivati u sporovima koji se odnose na takvu naknadu štete.
2. Član 48. Ugovora o EZ (sada, nakon izmjena, član 39. EZ) i član 7. (1) Uredbe (EEZ) br. 1612/68 Vijeća od 15. oktobra 1968. o slobodi kretanja radnika unutar Zajednice treba interpretirati u smislu da isključuju dozvolu, pod pretpostavkama kao što su one iz člana 50. a Gehaltsgesetz 1956. (Zakon o plaćama iz 1956.), prema izmjenama iz 1997., posebnog dodatka plaći za trajanje radnog staža koji, prema interpretaciji Verwaltungsgerichtshof (Austrija) u odluci od 24. juna 1998., čini dodatak za odanost.
3. Kršenje prava Zajednice, kao ono koje u okolnostima glavnog postupka proizlazi iz odluke Verwaltungsgerichtshof od 24. juna 1998., nema potreban očigledni karakter potreban za odgovornost, prema pravu

91 Pearson G., *ibid.*, str. 232.

92 *Gerhard Köbler v. Republik Österreich* Case C-224/01 [2003.] ECR I-10239.

Zajednice, države članice za odluku jednog od njezinih sudova koji odlučuje u najvišem stepenu.⁹³

Sud je utvrdio da austrijski model u pogledu povećanja trajanja radnog staža, odnosno po pitanju dodatka na radni staž, ometa i sprječava slobodu kretanja radnika, prije svega zato što djeluje na štetu radnika migranata, te predstavlja indirektnu diskriminaciju.⁹⁴

U analizu je potrebno uključiti i presudu koja se odnosi na ostvarivanje prava na određene socijalne beneficije radnika migranata u EU, jer se Sud u svojoj praksi bavio i pitanjima ostvarivanja socijalnih prava radnika migranata i članova njihovih porodica. Konkretnije, analiza obuhvata slučaj *Collins*⁹⁵ iz 2004. godine.

Činjenično stanje:

Gosp. Collins je rođen u Sjedinjenim američkim državama i posjeduje dvojno državljanstvo, irsko i američko. Kao dio njegovih studija na koledžu, proveo je jedan semestar u Ujedinjenom Kraljevstvu u 1978. godini. 1980. i 1981. godine se vratio da ostane otprilike 10 mjeseci, tokom kojeg perioda je obavljao poslove sa nepunim radnim vremenom i usputne poslove u pabovima i barovima i u prodaji. Vratio se u SAD 1981. Zatim je radio u SAD-u i u Africi. Gosp. Collins se vratio u Ujedinjeno Kraljevstvo 31. maja 1998. godine kako bi tamo pronašao posao u sektoru socijalnih usluga. U 1998. godini tražio je naknadu za tražioce zaposlenja, ali mu je zahtjev odbijen, na osnovu toga što nije imao prebivalište u Ujedinjenom Kraljevstvu. Gosp. Collins se žalio Žalbenom Tribunalu za socijalnu sigurnost, ali mu je i žalba odbijena uz obrazloženje da se ne može smatrati da ima prebivalište jer nije boravio u UK jedno značajno vrijeme, zatim nije posmatran kao radnik za svrhe Uredbe Broj 1612/68, niti je imao pravo boravka u UK u skladu sa Direktivom 68/360. Gosp. Collins se zatim žalio Komesaru za socijalnu sigurnost.

Odluka Suda:

1. Osoba koja se nalazi u okolnostima kao apelant u glavnom postupku, nije radnik za svrhe Naslova II Dijela I Uredbe (EEC) broj 1612/68 Vijeća od 15. oktobra 1968 o slobodi kretanja za radnike u okviru Zajednice, izmijenjena Uredbom Vijeća (EEC) broj 2434/92 od 27. jula 1992. Ipak, na nacionalnom je sudu ili tribunalu, da utvrdi da li pojam 'radnik' kao što je navedeno u nacionalnom zakonodavstvu u pitanju treba razumijeti u tom smislu.
2. Osoba koja se nalazi u okolnostima kao apelant u glavnom postupku nema pravo na boravak u Ujedinjenom Kraljevstvu samo na osnovu Direktive Vijeća 68/360/EEZ od 15. oktobra 1968 o ukidanju ograničenja kretanja i boravka u okviru Zajednice za radnike država članica i njihove porodice.

⁹³ Slučaj Köbler, op.cit., str. 10331-10332.

⁹⁴ Vidjeti: Bodiroga-Vukobrat N., Horak H., Martinović A., Temeljne gospodarske slobode u Europskoj uniji, Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2011., str. 140., prema: Bačić P., Sarić I., op. cit., str. 38.

⁹⁵ *Brian Francis Collins v Secretary of State for Work and Pensions* Case C-138/02 [2004] ECR I-2703.

3. Pravo na jednaki tretman navedeno u članu 48 (2) Ugovora EZ (sada, nakon izmjena, član 39(2) EZ), čitan u vezi sa članovima 6 i 8 Ugovora EZ (sada, nakon izmjena, članovi 12 EZ i 17 EZ), ne sprječava nacionalno zakonodavstvo koje čini pravo na naknadu za tražioca zaposlenja uslovljenim zahtjevom za boravak, utoliko da taj zahtjev može biti opravdan na osnovu objektivnih razmatranja koje su nezavisne o nacionalnosti osoba na koje se odnosi i proporcionalne legitimnom cilju nacionalnih odredbi.⁹⁶

O ovom slučaju pisala je i poznata autorica iz oblasti evropskog radnog prava Catherine Barnard, gdje komentariše značaj odluke Suda u ovom slučaju, pa tako navodi da je postalo problematično za države članice mijenjanje stava Suda kada je riječ o naknadama za tražioce zaposlenja.⁹⁷ Zatim se autorica osvrće na presudu Collins, gdje se u svom komentaru i tumačenju poziva na odgovarajući odjeljak 63 presude, pa u tom smislu iznosi da je u *Collins-u* Sud obrnuo dugi niz sudske prakse, kada je u pitanju uspostavljanje statusa unijskog građanstva, do pravila da se princip jednakog tretmana u članu 45 (2) UFEU sada primjenjuje na beneficije finansijske prirode koje su namijenjene da olakšaju pristup zaposlenosti na tržištu rada države članice.⁹⁸ Dalje, ova autorica navodi, da je ipak Sud prepoznao da je legitimno za državu članicu da nametne (indirektno diskriminirajuće) uslove (npr. pravilo o boravku) za dodjelu i ovakvih naknada radi cilja 'da uspostavi stvarnu vezu između tražioca zaposlenja i tržišta rada te države'.⁹⁹ Na kraju Barnard ističe, pozivajući se na presudu Collins, para. 70., da postojanje ovakve veze može da bude ustanovljeno utvrđivanjem da je osoba u pitanju, tokom razumnog perioda, zapravo iskreno tražila posao u državi članici u pitanju.¹⁰⁰

U vezi sa ograničenjima primjene slobode kretanja radnika u odredbama Ugovora predviđeno je pored ograničenja koja su opravdana razlozima javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja, još i ograničenje u pogledu zapošljavanja u javnim službama. Tako je propisano da se odredbe o slobodi kretanja radnika ne primjenjuju na zapošljavanje u javnim službama. Zato je neophodno u analizu uključiti jednu od više presuda iz te oblasti kako bi se ilustrovalo na koji način Sud rješava slučajeve u kojima se države pozivaju na pravo da 'rezervišu' određene poslove za domaće državljane.

Države članice su smatrale da su određeni poslovi po svojoj prirodi takvi da se na njih ne mogu primijeniti odredbe o slobodi kretanja radnika, pošto se tiču izvršavanja javnih ovlaštenja ili zaštite interesa države članice.¹⁰¹

⁹⁶ Slučaj Collins, op.cit., str. 2756-2757.

⁹⁷ Vidjeti: Barnard Catherine, EU Employment Law, Fourth Edition, Oxford University Press, 2012., op.cit., str. 171.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ibid. Navodeći ove zaključke autorica Barnard C., se poziva na presudu Suda EU: Case C-224/98 D'Hoop [2002] ECR I-6191. para. 38.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Vidjeti: Dagen Tomislav, Sudski aktivizam Suda Europske unije u pogledu izuzeća

S ciljem da održi „duh“ i cilj osnivanja EU, Evropski sud pravde je smatrao da države ne bi trebale ekstenzivnim ili restriktivnim pristupom slobode kretanja radnika da štite svoje tržište rada, a posebno radna mjesta koja bi bila rezervisana za domaće državljane.¹⁰²

Jedan od najpoznatijih primjera jeste presuda u slučaju *Marina Mercante Española*¹⁰³ iz 2003. godine.

Činjenično stanje:

Španija je zakonom propisala da pozicije kapetana i prvog časnika brodova španske trgovačke mornarice mogu zauzimati samo španski državljani, a ne i državljani drugih država članica. Što se tiče državljana drugih država članica, njima je omogućeno samo da komanduju malim španskim brodovima ili srednje veličine koji su podvrgnuti ograničenjima i plove samo unutar španskih teritorijalnih voda. Propisujući zabranu u svom zakonodavstvu Španija ograničava slobodu kretanja radnika s obzirom da ova zabrana predstavlja diskriminaciju u odnosu na državljanstvo. S ciljem da opravda ovu diskriminatornu mjeru španska vlada se pozvala na izuzetak javne službe iz člana 39. Ugovora o EZ, navodeći da kapetani i prvi časnici imaju određena javna ovlaštenja kao što su ovlaštenja vezana za sigurnost i javni red, ovlaštenja notara, kao i sastavljanje certifikata o rođenjima, brakovima i smrtnima.

Odluka Suda:

1. Član 39 (4) treba se tumačiti tako da dozvoljava državi članici da rezerviše za svoje državljane mjesta kapetana i prvog časnika trgovačkih brodova koji vijore njihovu zastavu samo ako prava u okviru nadležnosti prenesena javnim pravom na kapetane i prve časnike takvih brodova se stvarno koriste na redovnoj osnovi, i ne predstavljaju veoma mali dio njihovih aktivnosti.
2. Član 39 EZ treba se tumačiti tako da sprječava države članice da daju pristup državljanima drugih država članica na pozicije kapetana i prvog časnika trgovačkih brodova koji vijore njenu zastavu, kao što su oni pokriveni članom 8 (3) Kraljevskog dekreta br. 2062/1999 kojim se reguliše minimalni nivo obuke u pomorskim profesijama od 30. decembra 1999, koji je predmet uslova reciprociteta.¹⁰⁴

Neosporno je da je ovakvom interpretacijom osnivačkog ugovora Evropski sud pravde ograničio domašaj primjene odredbe koja se odnosi na izuzeće slobode kretanja radnika samo na ono što je strogo nužno da bi se osigurala zaštita interesa država članica, kao i da takav interes ne može biti ugrožen ako se takva ne

primjene čl. 45. stavka 4. UFEU i hrvatski realitet u primjeni takve prakse – povreda slobode kretanja radnika? Pravni vjesnik – časopis za pravne i društveno-humanističke znanosti Pravnog fakulteta Sveučiliša Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, 14/2, str. 271.

102 Vidjeti: Dagen T., op.cit., str. 272.

103 *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española v Administración del Estado* Case C-405/01 [2003.] ECR I-10391.

104 Slučaj *Marina Mercante Española*, op.cit., str. 10445-10446.

(redovna) i sporadična javna ovlaštenja dodijele temeljem javnog prava države članice državljanima drugih država članica.¹⁰⁵

U gore opisanom predmetu Evropski sud je usko tumačio koncept države i javne vlasti s ciljem proširivanja, u što većoj mjeri, slobode kretanja radnika.¹⁰⁶

5. Tranzicijski periodi kao ograničenje slobode kretanja radnika

Unatoč proklamovanoj slobodi kretanja radnika, te pokazanim koristima i prednostima migracije radnika, stare države članice su iskazale određeno nepovjerenje, skepticizam i strah da bi ulaskom novih država članica u EU, posebno onih slabije razvijenih, moglo doći do nekontrolisanih migracija iz tih država prema razvijenim starim članicama i da bi se time opteretio njihov ekonomski i socijalni sistem. Zbog toga su države članice uvele tzv. tranzicijske aranžmane, putem kojih ograničavaju migracije radnika iz novih mahom nerazvijenih država članica, počevši sa primjenom od 2004. godine nakon petog kruga proširenja EU. Spomenuta ograničenja slobode kretanja radnika mogu se primijeniti na radnike iz država članica EU tokom tranzicijskog perioda do 7 godina nakon što se te države članice pridruže EU. Ovo se trenutno odnosi na radnike koji dolaze iz Hrvatske. Pojedinačne vlade 'starih' država članica koje su već bile dio EU mogu same odlučiti da li žele primijeniti ova ograničenja za radnike iz ovih država te koju vrstu ograničenja žele koristiti. Pri tome, ove države članice imaju određena ograničenja u korištenju tranzicijskih perioda, a to su sljedeća:

- One nisu ovlaštene da ograniče opću slobodu da se putuje, nego samo pravo na rad u drugoj zemlji kao zaposlena osoba,
- Prve dvije godine nakon što se nova zemlja pridružila EU, nacionalno pravo i politika zemalja koje su već bile u EU prije nje, determinira pristup tržištu rada za radnike iz te zemlje, pa je moguće od njih tražiti i radnu dozvolu. Ako zemlja želi nastaviti primjenjivati navedena ograničenja još tri godine, mora o tome informisati Komisiju prije isteka prve dvije godine,
- Nakon toga zemlje mogu nastaviti da primjenjuju ova ograničenja još dvije godine ako informišu Komisiju da postoje ozbiljni poremećaji na njihovom tržištu rada. Međutim, sva ograničenja moraju završiti nakon sedam godina,
- Međutim, radnicima koji podliježu ovim nacionalnim ograničenjima mora biti dat prioritet u odnosu na radnike koji su iz trećih zemalja, odnosno zemalja koje nisu članice EU, i

¹⁰⁵ Vidjeti: Dagen T., op.cit., str. 275-276.

¹⁰⁶ Vidjeti: Zlatović D., op.cit., str. 55.

Također, više o ovom slučaju, kao i općenito o praksi Evropskog suda pravde u oblasti ograničenja kod imenovanja kapetana broda vidjeti: Vuković Ante; Bodul Dejan, Utjecaj prakse Europskog suda pravde na kriterije za imenovanje zapovjednika broda - kriterij "državljanstva", Naše more: znanstveno-stručni časopis za more i pomorstvo, vol.62 no.1 supplement maj 2015., str. 1-7.

- Nakon što budu zakonski zaposleni u drugoj zemlji članici, radnici imaju pravo na jednak tretman kao i domaći radnici.

Države članice čiji se državljani suočavaju sa ovakvim ograničenjima mogu nametnuti jednaka ograničenja za radnike iz te zemlje.¹⁰⁷

6. Obaveze Bosne i Hercegovine u oblasti slobode kretanja radnika u pravu Evropske unije

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju¹⁰⁸ između Evropske unije i BiH (u daljem tekstu SSP) predstavlja jedan od najznačajnijih dokumenata za BiH u postupku pridruživanja Evropskoj uniji.¹⁰⁹ Nakon što je 2008. godine potpisan ovaj bitan dokument BiH je potvrđen status potencijalne kandidatkinje za članstvo u Evropskoj uniji, čime je i preuzela brojne obaveze u procesu evropskih integracija, koje treba ispuniti u postavljenim rokovima, odnosno BiH ima obavezu usklađivanja domaćih propisa sa zakonodavstvom EU, a to obuhvata i pitanja vezana za slobodu kretanja radnika. Ovim je dokumentom prvi put uspostavljen formalni ugovorni

¹⁰⁷ Vidjeti: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=466&langId=en> Pristupljeno: 15.5.2019.

Detaljnije o tranzicijskim aranžmanima vidjeti: European Commission, FMW Online Journal on free movement of workers within the European Union, Luxembourg: Publications Office of the European Union, Number 4, 2012, str. 18-25. Dostupno na: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=475&langId=en&furtherPubs=yes> Pristupljeno: 26.4.2019.

O slobodi kretanja radnika vidjeti još: Hasanagić Emina, Utjecaj prakse Suda pravde Evropske unije na ostvarivanje slobode kretanja radnika, Pravni vjesnik, 14/2, Pravni fakultet u Osijeku, časopis za pravne i društveno-humanističke nauke, str. 307-329; Hasanagić Emina, Sloboda kretanja radnika s posebnim osvrtom na Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između BiH i EU, Pravni savjetnik, 2/IV, No. 2., str. 53-62, izdavač Refam creative solutions, Sarajevo, 2015; Barnard, C., The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms, fourth edition, Oxford University Press, 2013., str. 272-303.

¹⁰⁸ „Službeni glasnik BiH – međunarodni ugovori“, broj 10/08. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država, te Bosne i Hercegovine, potpisan je 16.6.2008. godine u Luksemburgu, a stupio je na snagu tek 1.6.2015. godine. Sporazum je prije potpisivanja parafiran 04.12.2007. godine u Sarajevu, a pregovori o Sporazumu vođeni su od novembra 2005. do decembra 2006. godine.

¹⁰⁹ SSP je nova, treća generacija sporazuma o pridruživanju koja je ponuđena isključivo državama zapadnog Balkana, a u sklopu Procesa stabilizacije i pridruživanja. Ovaj Sporazum se potpisuje na neodređeno vrijeme, a cilj je doprinos ekonomskoj i političkoj stabilnosti Bosne i Hercegovine. Države koje su postale članice petim proširenjem Evropske unije su potpisale sporazume o pridruživanju (tzv. Evropske sporazume). Osnovna razlika između ove dvije vrste sporazuma je u sadržaju „evolutivne klauzule“ u SSP-u te u naglašavanju regionalne saradnje na Zapadnom Balkanu. Potpisivanjem SSP-a, Bosni i Hercegovini je zahvaljujući pomenutoj „evolutivnoj klauzuli“ potvrđen status države potencijalne kandidatkinje, a to je puno više nego što su države potpisnice Evropskog sporazuma dobile u pogledu daljnjeg pristupanja EU. Zatim druga razlika između ovih sporazuma ogleda se u regionalnoj saradnji, gdje se država potpisnica obavezuje da će potpisati bilateralne ugovore/sporazume sa zemljama Procesa stabilizacije i pridruživanja i državama kandidatkinjama. SSP predstavlja sporazum „mješovitog“ karaktera, jer su pored Evropske unije, ugovornice i sve države članice pošto SSP obuhvata područja koja nisu jedino u nadležnosti EU već su i u nadležnosti država članica.

Vidjeti: http://www.dei.gov.ba/dei/bih_eu/sporazum/default.aspx?id=9812&langTag=bs-BA Pristupljeno 10.5.2019.

odnos između BiH i EU.¹¹⁰ SSP sadrži i odredbe o slobodi kretanja radnika između BiH i EU.¹¹¹ Na osnovu odredbi SSP-a BiH i države članice EU moraju osigurati da njihovi državljani, koji su zakonito zaposleni u jednoj od ovih država, ne smiju biti diskriminirani po osnovu državljanstva, u pogledu radnih uslova, naknada ili otkaza.¹¹² U skladu sa odredbama SSP-a prema uslovima i načinima primjenjivim u svakoj državi članici: (a) u postupanju prema radnicima koji su državljani BiH i koji su zakonito zaposleni na teritoriju neke države članice ne smije biti nikakve diskriminacije na osnovu državljanstva u pogledu radnih uslova, naknade za rad ili otpuštanja s radnog mjesta u poređenju s državljanima te države; (b) supružnik i djeca radnika, koji je zakonito zaposlen na teritoriju neke države članice, a koji zakonito borave na njezinu teritoriju, isključujući sezonske radnike i radnike koji dolaze na osnovu bilateralnih sporazuma u smislu člana 48, osim ako takvim sporazumima nije drukčije predviđeno, imaju pristup tržištu rada te države članice tokom razdoblja zaposlenja koje je odobreno tomu radniku. Ovisno o uslovima i načinima primjenjivim u toj zemlji, BiH će radnicima koji su državljani neke države članice i koji su zakonito zaposleni na njezinu teritoriju, te prema njihovim supružnicima i djeci koji legalno borave u BiH, odobriti jednak tretman kao u obrnutoj situaciji, kada su državljani BiH zaposleni u nekoj od država članica EU.¹¹³

Uzimajući u obzir situaciju na tržištu rada u državama članicama i prema uslovima utvrđenim njihovim zakonodavstvom, te u skladu s pravilima koja su u tim državama na snazi u vezi s kretanjem radnika: (a) potrebno je očuvati i, po mogućnosti, poboljšati postojeće pogodnosti pristupa zapošljavanju koje države članice omogućavaju radnicima iz BiH na osnovu bilateralnih sporazuma; (b) ostale države članice razmotrit će mogućnost sklapanja sličnih sporazuma. Vijeće za stabilizaciju i pridruživanje će nakon tri godine razmotriti moguća daljnja poboljšanja, uključujući pogodnosti u pristupu stručnoj izobrazbi, a u skladu s pravilima i postupcima koji su na snazi u državama članicama i vodeći računa o situaciji na tržištu rada u državama članicama i u Zajednici.¹¹⁴

U okviru SSP-a sadržane su i odredbe koje regulišu pitanje koordinacije socijalne sigurnosti. Naime, navodi se da će se utvrditi pravila za koordinaciju sistema socijalne sigurnosti za radnike s državljanstvom BiH koji su zakonito zaposleni na teritoriju neke države članice i za članove njihovih porodica koji zakonito borave na njezinom teritoriju. U tom smislu će Vijeće za stabilizaciju i pridruživanje donijeti odluku koja neće uticati ni na kakva prava ili obaveze iz bilateralnih sporazuma, ako je njima predviđen povoljniji položaj, a koja će sadržavati

110 Više o odnosima Bosne i Hercegovine i Evropske unije vidjeti: Rizvanović Edin, Bosna i Hercegovina vs. Europska unija: izabrani radovi, Službeni list BiH, Sarajevo, 2018.

111 Glava V, poglavlje 1, članovi 47-49.

112 Vidjeti: Analitički izvještaj, op.cit., str. 87.

113 Član 47. SSP-a.

114 Član 48. SSP-a.

sljedeće odredbe: (a) sva razdoblja osiguranja, zaposlenja ili boravka koja su ti radnici proveli u različitim državama članicama zbrajaju se radi ostvarivanja prava na penzije i rente osiguranja za slučaj starosti, invalidnosti i smrti te prava na zdravstvenu zaštitu tih radnika i članova njihovih porodica; (b) sve penzije i rente osiguranja za slučaj starosti, smrti, nesreće na radu ili profesionalne bolesti, odnosno invalidnosti uzrokovane njima, izuzev primanja na koja se ne plaćaju doprinosi, bit će slobodno prenosive u visini utvrđenoj zakonom države ili država članica dužnika; (c) ti radnici primaju porodični dodatak za članove svojih porodica na način kako je gore utvrđeno. 2. Bosna i Hercegovina će radnicima koji su državljani države članice i koji su zakonito zaposleni na njezinom teritoriju te prema članovima njihovih porodica koji zakonito borave na njezinom teritoriju, odobriti tretman sličan onome koji je gore naveden.¹¹⁵

Evropska komisija je 29. 5. 2019. godine objavila Mišljenje o zahtjevu BiH za članstvo u Evropskoj uniji¹¹⁶. U svom Mišljenju o zahtjevu BiH za članstvo u Evropskoj uniji Komisija je navela da postoje određeni ključni prioriteti na kojima BiH još mora raditi da bi uskladila zakonodavstvo u tim oblastima sa *acquis*-em, te kako bi mogla ispuniti kriterije za članstvo u EU, odnosno preuzeti sve obaveze koje proizilaze iz članstva u EU.

Što se tiče oblasti slobode kretanja radnika, Komisija navodi da je to jedno od područja u kojima BiH ima određeni nivo pripremljenosti, ali da su značajni naponi također potrebni i u tim područjima.¹¹⁷ Porazno je to što Komisija u Mišljenju iznosi stav da BiH nema oblasti politike u kojima zemlja ima dobar nivo pripremljenosti ili je dobro napredovala u pogledu svojih kapaciteta da preuzme obaveze koje proizilaze iz članstva u EU, te da je sveukupno, potrebno značajno prilagođavanje pravnog i institucionalnog okvira i upravnih i izvršnih kapaciteta u svim oblastima politika kako bi se zakonodavstvo uskladilo sa *acquis*-em i kako bi se efikasno primijenilo.¹¹⁸ U svojim zaključcima Komisija smatra da bi se pregovori za pristupanje Bosne i Hercegovine Evropskoj uniji trebali otvoriti kada zemlja postigne potreban stepen usklađenosti s kriterijima za članstvo, a posebno sa političkim kriterijima iz Kopenhagena kojima se zahtijeva stabilnost institucija koje naročito garantiraju demokratiju i vladavinu prava. Bosna i Hercegovina će morati temeljito poboljšati svoj zakonodavni i institucionalni okvir kako bi se osiguralo ispunjavanje ključnih prioriteta koje je Komisija izdvojila.¹¹⁹ Ovi prioriteti se odnose na sljedeće oblasti: demokratija/funkcionisanje, vladavina prava, osnovna prava, reforma javne uprave.¹²⁰

115 Član 49. SSP-a.

116 Communication from the Commission to the European parliament and the Council, Commission Opinion on Bosnia and Herzegovina's application for membership of the European Union {SWD(2019) 222 final}, Brussels, 29.5.2019 COM(2019) 261 final.

117 Vidjeti: Mišljenje Komisije, op.cit., str. 12.

118 Mišljenje Komisije, op.cit., str. 12.

119 Mišljenje Komisije, op.cit., str. 13.

120 Bliže o ključnim prioritetima vidjeti: Mišljenje Komisije, op.cit., str. 14-15.

Zaključno je u svom Mišljenju Komisija preporučila Vijeću da razmotri Mišljenje i da preduzme aktivnosti u vezi sa navedenim ključnim prioritetima nakon formiranja vlasti u BiH.¹²¹

Uz Mišljenje Komisija je objavila i Analitički izvještaj gdje se prvi put upoređuje stanje u BiH sa standardima koji se primjenjuju u zemljama članicama EU.¹²² U Analitičkom izvještaju Evropska komisija daje pregled stanja u relevantnim oblastima u pravnom sistemu BiH, praveći uporednu analizu i dajući odgovarajuće zaključke i preporuke. U ovom izvještaju sadržana je i analiza normativnih i institucionalnih rješenja u području slobode kretanja radnika u BiH. Analizirajući važeću pravnu regulativu u ovom području, Evropska Komisija je donijela određene zaključke, te je dala i odgovarajuće preporuke koje BiH treba implementirati kada je riječ o slobodi kretanja radnika.

Komisija je u ovom izvještaju analizirala važeće propise BiH, navodeći da u pogledu zapošljavanja stranaca entitetski zakoni i zakoni Brčko Distrikta BiH o zapošljavanju stranaca trebaju biti harmonizirani sa državnim Zakonom o strancima, posebno kada se radi o izdavanju dozvole boravka na osnovu zaposlenja. Zatim je naznačeno da važeće zakonodavstvo ne razlikuje radnike iz EU i druge strance, koji nisu državljani BiH. Da bi se zaposlili u BiH, uz određene izuzetke, u skladu sa Zakonom o strancima građani EU moraju dobiti radnu dozvolu za koju se moraju ispuniti određeni uslovi.¹²³

Također se ističe da entitet Republika Srpska i kantoni u entitetu FBiH imaju svoje kartice zdravstvenog osiguranja, koje se mogu koristiti u drugom entitetu ili kantonu samo u hitnim slučajevima i za ciljano liječenje, na osnovu posebnih uslova i odobrenja. BiH kao dio obaveza u sklopu pristupanja EU, i nezavisno od unutrašnjih zdravstvenih kartica, mora izdati Evropsku karticu zdravstvenog osiguranja osobama koje imaju pravo na zdravstvenu zaštitu u državi.¹²⁴

Administrativni okvir u zemlji će morati osigurati efikasnu saradnju sa ostalim državama članicama, uključujući i sposobnost da razmjenjuju informacije o socijalnoj sigurnosti elektronskim putem.¹²⁵

Komisija je razmotrila između ostalog i mogući uticaj na tržište rada EU koji bi mogao nastati pristupanjem Bosne i Hercegovine Evropskoj uniji. Procjena uticaja rezultat je korištenja više faktora u analizi, kao što su veličina radno sposobnog dijela stanovništva, nezaposlenost, struktura godina i migraciona kretanja.¹²⁶

121 Mišljenje Komisije, op.cit., str. 15.

122 Vidjeti: http://www.dei.gov.ba/dei/media_servis/vijesti/default.aspx?id=21756&langTag=bs-BA Pristupljeno: 3.6.2019.

123 Vidjeti: Analitički izvještaj Evropske Komisije, op.cit., str. 87-88.

124 Ibid., str. 88-89.

125 Ibid., str. 89.

126 Vidjeti: Analitički izvještaj Evropske Komisije, op.cit., str. 89.

U Analitičkom izvještaju Komisija navodi podatke o stanju u pogledu migracije stanovništva BiH. Procjenjuje se da najmanje 2 miliona ljudi koji potiču iz Bosne i Hercegovine žive u više od 50 zemalja širom svijeta, a više od polovine njih živi u 30 evropskih zemalja, i to najveći broj u Hrvatskoj, Njemačkoj, Sloveniji, Austriji i Švedskoj. Od toga oko 1 milion građana Bosne i

Komisija je zaključila da preliminarna procjena ukazuje da bi sticanje članstva BiH u EU imalo minorni uticaj na tržište rada EU, ali naglašava da ovo treba pažljivo pratiti, posebno uzimajući u obzir rastući trend u migracijama u vezi sa radom u EU.¹²⁷

Tako je naznačeno da Bosna i Hercegovina ima određeni nivo priprema u oblasti slobodnog kretanja radnika, ali će morati da uloži veće napore kako bi uskladila svoje zakonodavstvo sa relevantnim *acquis-em*, kao i da također treba da ojača svoj administrativni kapacitet i međuinstitucionalnu saradnju kako bi mogla na taj način u potpunosti ispuniti sve potrebne zahtjeve. U pogledu koordinacije sistema socijalne sigurnosti, ističe se da na osnovu postojećih bilateralnih sporazuma Bosna i Hercegovina ima određena iskustva u primjeni principa EU. Ipak navodi se da je sistem koordinacije šema socijalne sigurnosti fragmentiran, da ima ograničene administrativne kapacitete i nedostaje formalna saradnja među relevantnim organima koja bi pokrivala sve nivoe vlasti. Zatim je ukazano na obavezu BiH da uskladi relevantno zakonodavstvo sa Uredbom EU br. 883/2004, te da istovremeno osigura da način ostvarivanja prava na beneficije, i obuhvat ovih beneficija budu široko harmonizirani u cijeloj zemlji. Također se ukazuje da će neosporno biti potrebni naponi da se ojačaju institucionalni kapaciteti, i kapaciteti ljudskih resursa u cijeloj zemlji kako bi se nosili s novim zadacima u kontekstu pristupanja EU. Na kraju u zaključku Evropska Komisija ističe da bi Bosna i Hercegovina u narednoj godini trebala posebno:

- početi razvijati bazu podataka o slobodnim radnim mjestima na nivou cijele države i web stranicu kako bi postavila temelje za pridruživanje EURES-u¹²⁸;
- nastaviti pregovarati i zaključivati nove bilateralne sporazume o socijalnom osiguranju, posebno sa zemljama članicama EU.¹²⁹

Hercegovine živi u EU, što je 3% stranog stanovništva koje živi u EU i 0,2% ukupne populacije EU. U posljednjih nekoliko godina bilježi se velika migracija prema EU, posebno mladih ljudi. Na osnovu podataka Agencije za identifikacione dokumente, evidenciju i razmjenu podataka, 4270 osoba u 2017. godini i 4034 osobe u 2016. godini su odjavile boravak u Bosni i Hercegovini. U 2017. godini ukupno 4365 osoba se odreklo državljanstva Bosne i Hercegovine, kao i 4099 osoba u 2018. godini (oko 85 000 od 1996. godine). Podaci organizacija civilnog društva ukazuju na još veći broj. Na osnovu istraživanja o migraciji koje je provela Unija za održivi povratak i integraciju u BiH u 2017. godini, oko 150 000 ljudi je napustilo BiH od 2013. godine. Većina ljudi koji napuštaju BiH dolaze iz sektora IT, zdravstva, električnih, građevinskih sektora. Ovakav trend iseljavanja iz BiH olakšan je i ulaskom Hrvatske u EU kao i činjenicom da veliki broj građana Bosne i Hercegovine ima i hrvatsko državljanstvo. Vidjeti: Analitički izvještaj Evropske Komisije, op.cit., str. 89.

127 Vidjeti: Analitički izvještaj Evropske Komisije, op.cit., str. 89.

128 EURES - Evropski portal za mobilnost pri zapošljavanju.

129 Navedeno prema: Analitički izvještaj Evropske Komisije, op.cit., str. 89 i 90.

Više o slobodi kretanja radnika i SSP-u između BiH i EU vidjeti: Hasanagić E., Sloboda kretanja radnika s posebnim osvrtom na Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između BiH i EU, op.cit.

7. Zaključak

Postojeći propisi primarnog i sekundarnog prava EU, te široka interpretacija prava radnika migranata u sudskoj praksi Suda EU doprinose da se olakša i poveća kretanje radnika migranata između država članica. Na ovaj način na unutrašnjem tržištu osigurava se slobodna cirkulacija važnih faktora za ekonomski razvoj država članica (rad, kapital, roba i usluge). S jedne strane, migracija radnika može doprinijeti rješavanju problema nezaposlenosti i nerazvijenosti tržišta rada pojedinih država članica Unije, na način da radnici iz slabije razvijenih zemalja migriraju u razvijene zemlje EU gdje je potrebno povećanje priliva radne snage koja će se moći integritirati na tržište rada. S druge strane, opterećeni budžeti nerazvijenih zemalja koje se suočavaju sa viškom radne snage na svom tržištu rada, ovim putem će rasteretiti svoje penzione i socijalne fondove. Migracija radnika je pojava koja je kroz historiju uvijek bila konstanta, pogotovo ispoljena u vremenima teških ekonomskih i finansijskih kriza. Nije novina da su u tim okolnostima radnici odlazili iz svojih država u države koje su industrijski razvijenije. Neke veoma razvijene i industrijski i ekonomski jake države članice imaju problem sa nedostatkom radne snage, te je migracija novih radnika iz nerazvijenih država za njih poželjan scenarij, pogotovo kada su u pitanju radnici koji posjeduju određene vještine i kvalifikacije koje su deficitarne u razvijenim državama. Kao značajan pratilac slobode kretanja radnika razvila su se i pravila o koordinaciji socijalne sigurnosti, bez kojih ne bi bilo moguće ostvarenje ove slobode u punom smislu, jer bi radnici bili dovedeni u težak i neravnopravan položaj.

Značajnu ulogu u utemeljenju i razvoju slobode kretanja radnika imao je Sud pravde EU koji je svojom judikaturom liberalno i ekstenzivno tumačio odredbe osnivačkih ugovora, kao i sekundarnog prava o slobodi kretanja radnika. Prije svega, to je učinjeno putem određivanja da se pojam 'radnik' utvrđuje na komunitarnom nivou, pritom isključujući nacionalno određenje tog pojma, te posebno priznavanjem radnicima migrantima široki korpus prava. Iz provedene analize sadržaja slobode kretanja radnika vidljivo je da postoje nedostaci u postojećem pravnom okviru jer mnoga pitanja relevantna za radnike migrante radi ostvarivanja prava u drugim državama članicama, nisu obuhvaćena primarnim i sekundarnim propisima EU ili su nedovoljno precizno uređena. To je došlo do izražaja kroz sudsku praksu Suda pravde EU koji je rješavao mnoga pitanja koja nisu bila obuhvaćena propisima EU, te je postupao široko tumačeći ostvarivanje slobode kretanja radnika. Ova situacija iskazuje se u potrebi izmjene postojećih pravnih instrumenata koji reguliraju ova pitanja, u kontekstu ostvarivanja prava na zapošljavanje radnika migranata u drugim državama članicama i prava na korištenje mjera zapošljavanja, i u konačnici rješavanja problema nezaposlenosti u EU. U vezi s tim, dolazi se do zaključka da je nužna promjena postojećih instrumenata EU u politici zapošljavanja kako bi se pojednostavilo i konsolidiralo pravo prihvatanja stvarno učinjene ponude zaposlenja odnosno pravo slobode kretanja i boravka građana EU.

BiH je na evropskom putu obavezna da uskladi svoje zakonodavstvo sa pravnom stečevinom EU, što obuhvata i oblast slobode kretanja radnika. Određeni napredak je već postignut, ali je neophodno da se naprave i drugi određeni koraci u pravcu potpunog usklađivanja sa standardima i principima EU u ovom području. U tom smislu značajno je Mišljenje Komisije o zahtjevu za članstvo BiH u EU u kojem Komisija navodi da je sloboda kretanja radnika jedno od područja u kojima BiH ima određeni nivo pripremljenosti, ali da su značajni naponi također potrebni i u tim područjima. Komisija smatra da bi se pregovori za pristupanje Bosne i Hercegovine Evropskoj uniji trebali otvoriti kada zemlja postigne potreban stepen usklađenosti s kriterijima za članstvo, a posebno sa političkim kriterijima iz Kopenhagena kojima se zahtijeva stabilnost institucija koje posebno garantiraju demokratiju i vladavinu prava. Morat će se temeljito poboljšati zakonodavni i institucionalni okvir kako bi se osiguralo ispunjavanje ključnih prioriteta koje je Komisija utvrdila. Uz Mišljenje Komisija je objavila i dokument Analitički izvještaj, u kojem se daje pregled stanja u relevantnim oblastima u pravnom sistemu BiH, praveći uporednu analizu stanja u BiH te standarda i principa koji su u primjeni u EU, dajući odgovarajuće zaključke i preporuke. Važno je da BiH sprovede navedene preporuke, te već počne razvijati bazu podataka o slobodnim radnim mjestima na državnom nivou kao i web stranicu, te da nastavi pregovarati i zaključivati nove bilateralne sporazume o socijalnom osiguranju, posebno sa zemljama članicama EU, kao i da uskladi svoje relevantno zakonodavstvo sa Uredbom EU br. 883/2004 o koordinaciji socijalne sigurnosti u EU.

Literatura

Knjige i članci

1. Bačić Petar; Sarić Ivan, Aktivizam europskog suda kroz presude o slobodi kretanja radnika, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 51, 1/2014., (27- 44),
2. Barnard, C., The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms, fourth edition, Oxford University Press, 2013.,
3. Blanpain Roger, European Labour Law, Kluwer Law International, 2008.,
4. Chalmers Damian; Szyszczak Erika, European Union Law, Volume II: Towards a European Polity?, Dartmouth Publishing Company Limited, Ashgate Publishing Limited, 1998.,
5. Condiñanzi Massimo; Lang Alessandra; Nascimbene Bruno, Citizenship of the Union and Freedom of Movement of Persons: (ured.) Guild Elspeth; Niessen Jan, Immigration and asylum law and policy in Europe, Vol. 14, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2008.,
6. Dagen Tomislav, Sudski aktivizam Suda Europske unije u pogledu izuzeća primjene čl. 45. stavka 4. UFEU i hrvatski realitet u primjeni takve prakse – povreda slobode kretanja radnika? Pravni vjesnik – časopis za pravne i

- društveno-humanističke znanosti Pravnog fakulteta Sveučiliša Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, 14/2,
7. Dedić Sead; Gradašćević-Sijerčić Jasminka, Temelji Međunarodnog radnog prava – Izvori radnog i socijalnog prava BiH međunarodnog porijekla, Pravni centar Fond otvoreno društvo BiH, Sarajevo, 2000.,
 8. Der Mei A.P., Free Movement of Persons Within the European Community - Cross-Border Access to Public Benefits, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2003.,
 9. European Commision, FMW Online Journal on free movement of workers within the European Union, Luxembourg: Publications Office of the European Union, Number 4, 2012, Dostupno na: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=475&langId=en&furtherPubs=yes>
 10. European Commission, 2018 Annual Report on intra-EU Labour Mobility Final Report December 2018., Dostupno na: <file:///C:/Users/User/Downloads/2018%20Labour%20Mobility%20Report.pdf> https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=EU_citizens_living_in_another_Member_State_-_statistical_overview#Key_messages
 11. Foster Nigel, EC Law, 3rd edition, Blackstone Press Limited, London, 2000.,
 12. Fuchs Maximilian; Cornelissen Rob., (eds.), EU Social Security Law, A Commentary on EU Regulations 883/2004 i 987/2009, C.H.BECK, Hart, Nomos, 2015.,
 13. Goldner, L. I., Perišin, T., Postupna liberalizacija kretanja roba i ljudi u Hrvatskoj i Makedoniji – prije i nakon članstva u EU, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 61, vol. 2, 2011., (613-642),
 14. Gradašćević-Sijerčić J., Pravo socijalne sigurnosti u Evropskoj uniji, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LIV, Sarajevo, 2011. (113-144),
 15. Hadžiahmetović Azra, Ekonomija Evropske unije, University Press: Magistrat, Sarajevo, 2011.,
 16. Hasanagić Emina, Utjecaj prakse Suda pravde Evropske unije na ostvarivanje slobode kretanja radnika, Pravni vjesnik, 14/2, Pravni fakultet u Osijeku, časopis za pravne i društveno-humanističke nauke,
 17. Hasanagić Emina, Sloboda kretanja radnika s posebnim osvrtom na Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između BiH i EU, Pravni savjetnik, 2/IV, No. 2., str. 53-62, izdavač Refam creative solutions, Sarajevo, 2015.
 18. Hiks Sajmon, Politički sistem Evropske unije, drugo izdanje, (prevod sa engleskog jezika), JP Službeni glasnik, Beograd, 2007.,
 19. Husić Dubravka, Sloboda kretanja radnika u Evropskoj uniji, Zbornik radova: Pravni i ekonomski aspekti procesa integracije Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju - međunarodna naučna konferencija (7. i 8. novembar 2013.), Pravni i Ekonomski fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2013., (370-388),
 20. Kapteyn P.J.G., VerLoren van Themaat P., Introduction to the Law of the European Communities: from Maastricht to Amsterdam, third edition,

- incorporating the fifth Dutch ed. / edited and further revised by Laurence W. Gormley in co-operation with the editors of the 5th Dutch ed: P. J. G., Kapteyn; P. VerLoren van Themaat; L. A. Geelhoed [a.o.]. – London, Boston, Kluwer Law International, 1998.,
21. Kapural Mirta, Sloboda kretanja radnika u proširenoj Europskoj uniji i njezin utjecaj na Hrvatsku, str. 87. Dostupno na: <http://www.ijf.hr/Eu3/kapural.pdf> Pristupljeno: 10.5.2019.,
 22. Lee Andrew L., The Bosman Case: Protecting Freedom of Movement in European Football, Fordham International Law Journal, Volume 19, Issue 3, 1995., Article 12,
 23. Leskinen Charlotte; Bulzomí Christian, Recent developments on the free movement of persons in the European Union, Working Paper IE Law School, WPLS10-05, 2010.,
 24. Lubarda Branko A., Evropsko radno pravo, CID Podgorica, 2004.,
 25. Neal Larry; Barbezat Daniel, The economics of the European Union and the Economies of Europe, Oxford University Press, 1998.,
 26. Pearson Geoff, Sporting Justifications under EU Free Movement and Competition Law: The Case of the Football 'Transfer System', European Law Journal, Volume 21, Issue 2 March 2015 (220–238)
 27. Pennings Frans, European Social Security Law, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2012.,
 28. Pennings Frans, European Social Security Law, sixth edition, Intersentia, Cambridge – Antwerp - Portland, 2015.,
 29. Rizvanović Edin, Državna pomoć u zemljama Evropske unije: iskustva za Bosnu i Hercegovinu, Fojnica: Štamparija „Fojnica“, 2005.,
 30. Rizvanović Edin, Bosna i Hercegovina vs. Europska unija: izabrani radovi, Službeni list BiH, Sarajevo, 2018.
 31. Sajdik M., Schwarzingen M., Proširenje Evropske unije: pozadina, razvoj, činjenice., Transaction Publishers, 2011.,
 32. Smokvina Vanja; Rubeša Tea, Gospodarska sloboda kretanja profesionalnih sportaša kao radnika u Europskoj uniji s naglaskom na pravne izvore i odluku Bernard, Zbornik PFZ, 64, (3) 393-423 (2014),
 33. Sokol Tomislav, Europska socijalna politika, (477-506), U: Europska unija, ured. Mintas Hodak Ljerka, Mate d.o.o., Zagreb, 2010.,
 34. Thüsing Gregor, European Labour Law, Verlag C.H.Beck oHG, 2013.,
 35. Vukadinović Radovan D., Uvod u institucije i pravo Evropske unije, Pravni fakultet u Kragujevcu, Centar za pravo Evropske unije, Kragujevac, 2008.,
 36. Vuković Ante; Bodul Dejan, Utjecaj prakse Europskog suda pravde na kriterije za imenovanje zapovjednika broda - kriterij “državljanstva”, Naše more: znanstveno-stručni časopis za more i pomorstvo, vol.62 no.1 supplement maj 2015.,
 37. Weatherill Stephen, Cases & Materials on EC Law, 5th edition, Blackstone Press Limited, 2000.,

38. White Robin C. A., Revisiting Free Movement of Workers, Fordham International Law Journal, Volume 33, Issue 5, 2011, Article 10,
39. Zeko-Pivač Ivan, Gospodarske slobode Europske unije promatrane sa stajališta sportskih organizacija u Republici Hrvatskoj, Pravni vjesnik god. 30 br. 2, 2014, (232-251),
40. Zlatović Dragan, Temeljne odrednice europskog radnog prava i praksa europskih sudova o radnopravnim pitanjima, Radno pravo – stručni časopis, Br. 05/12, 2012, (45-65),
41. Žepić Božo, Klasifikacija europskoga radnog i socijalnog prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Mostaru, br. XVII., 2004., (35-53).

Propisi i razni dokumenti

1. Uredba (EZ) br. 988/2009 od 16. septembra 2009. o izmjeni Uredbe (EZ) br. 883/2004 o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti i o utvrđivanju sadržaja njezinih priloga (Regulation (EC) No 988/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 amending Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems, and determining the content of its Annexes (Text with relevance for the EEA and for Switzerland) Official Journal of the European Union, L 284, 30.10.2009.)
2. Uredba Komisije (EU) br. 1244/2010 od 9. decembra 2010. o izmjeni Uredbe (EZ) br. 883/2004 Evropskog parlamenta i Vijeća o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti i Uredbe (EZ) br. 987/2009 Evropskog parlamenta i Vijeća o utvrđivanju postupka provedbe Uredbe (EZ) br. 883/2004 (Commision Regulation (EU) No 1244/2010 of 9 December 2010 amending Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council on the coordination of social security systems and Regulation (EC) No 987/2009 of the European Parliament and of the Council laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004 (Text with relevance for the EEA and for Switzerland) Official Journal of the European Union, L 338, 22.12.2010.).
3. Uredba (EU) br. 465/2012 Evropskog parlamenta i Vijeća od 22. maja 2012. o izmjeni Uredbe (EZ) br. 883/2004 o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti i Uredbe (EZ) br. 987/2009 o utvrđivanju postupka provedbe Uredbe (EZ) br. 883/2004 (Regulation (EU) No 465/2012 of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 amending Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems and Regulation (EC) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004 (Text with relevance for the EEA and for Switzerland) Official Journal of the European Union, L 149, 8.6.2012.).
4. Uredba Komisije (EU) br. 1224/2012 od 18. decembra 2012. o izmjeni Uredbe (EZ) br. 883/2004 Evropskog parlamenta i Vijeća o koordinaciji sistema

socijalne sigurnosti i Uredbe (EZ) br. 987/2009 Evropskog parlamenta i Vijeća o utvrđivanju postupka provedbe Uredbe (EZ) br. 883/2004 (Commission Regulation (EU) no 1224/2012 of 18 december 2012 amending Regulation (EC) no 883/2004 of the European parliament and of the Council on the coordination of social security systems and Regulation (EC) no 987/2009 of the European parliament and of the Council laying down the procedure for implementing Regulation (EC) no 883/2004 (text with relevance for the EEA and for Switzerland) Official Journal of the European Union, L 349, 19.12.2012.).

5. Uredba Vijeća (EZ) br. 859/2003 od 14. maja 2003. koja proširuje odredbe Uredbe (EZ) br. 1408/71 i Uredbe (EEZ) br. 574/72 na državljane trećih država koji nisu već pokriveni tim odredbama samo na osnovu njihovog državljanstva (Council Regulation (EC) No 859/2003 of 14 May 2003 extending the provisions of Regulation (EEC) No 1408/71 and Regulation (EEC) No 574/72 to nationals of third countries who are not already covered by those provisions solely on the ground of their nationality, Official Journal of the European Union, L 124, 20.05.2013.).
6. Uredba (EU) br. 1231/2010 Evropskog parlamenta i Vijeća od 24. novembra 2010 koja proširuje primjenu Uredbe (EZ) br. 883/2004 i Uredbe (EZ) br. 987/2009 na državljane trećih zemalja koji tim uredbama nisu obuhvaćeni isključivo na osnovu svog državljanstva (Regulation (EU) No 1231/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 extending Regulation (EC) No 883/2004 and Regulation (EC) No 987/2009 to nationals of third countries who are not already covered by these Regulations solely on the ground of their nationality, Official Journal of the European Union, L 344, 29.12.2010.).
7. Uredba Vijeća (EEZ) br. 1408/71 od 14. juna 1971. o primjeni šema socijalne sigurnosti na zaposlene osobe i njihove porodice koje se kreću u okviru Zajednice, (Regulation (EEC) No 1408/71 of the Council of 14 June 1971 on the application of social security schemes to employed persons and their families moving within the Community, Official Journal of the European Communities, L 149, 05.07.1971). Ova Uredba stupila je na snagu 1. oktobra 1972., a usvojena je i Uredba (EEZ) broj 574/72 o postupku za implementaciju Uredbe 1408/71 (Council Regulation (EEC) No 574/72 of 21 March 1972 fixing the procedure for implementing Regulation (EEC) No 1408/71 on the application of social security schemes to employed persons and their families moving within the Community, Official Journal of the European Communities, L 74, 27.03.1972.).
8. Uredba (EZ) 883/2004 Evropskog parlamenta i Vijeća od 29. aprila 2004. o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti (Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems (Text with relevance for the EEA and for Switzerland) Official Journal of the European Union, L 166, 30.4.2004.).

9. Direktiva 2004/38/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 29. aprila 2004. o pravu građana Unije i njihovih članova porodice da se kreću i borave slobodno na teritoriju država članica kojom se dopunjuje Uredba (EEZ) br. 1612/68 i opoziva Direktive 64/221/EEZ, 68/360/EEZ, 72/194/EEZ, 73/148/EEZ, 75/34/EEZ, 75/35/EEZ, 90/364/EEZ, 90/365/EEZ i 93/96/EEZ (Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC (Text with EEA relevance), Official Journal of the European Union, L 158, 30.4.2004.);
10. Direktiva Vijeća 98/49/EZ od 29. juna 1998. o zaštiti prava na dopunsku penziju zaposlenih i samozaposlenih osoba koje se kreću unutar Zajednice (Council Directive 98/49/EC of 29 June 1998 on safeguarding the supplementary pension rights of employed and selfemployed persons moving within the Community, Official Journal of the European Communities, L 209, 25. 7. 98.);
11. Uredba (EU) br. 492/2011 Evropskog parlamenta i Vijeća od 5. aprila 2011. o slobodi kretanja radnika u Uniji koja kodificira Uredbu (EEZ) 1612/68 i njene sukcesivne modifikacije (Uredbe Vijeća 312/76 i 2434/92, i član 38(1) Direktive 2004/38/EZ, (Regulation (EU) No 492/2011 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on freedom of movement for workers within the Union codifying Regulation (EEC) 1612/68 and its successive modifications (Council Regulations 312/76 and 2434/92, and Article 38(1) of Directive 2004/38/EC). (Text with EEA relevance), Official Journal of the European Communities, L 141, 27.5.2011.);
12. Direktiva 2014/54/EU Evropskog parlamenta i Vijeća od 16. aprila 2014. o mjerama za lakše ostvarivanje prava zagaranтовanih radnicima u kontekstu slobode kretanja radnika (Directive 2014/54/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on measures facilitating the exercise of rights conferred on workers in the context of freedom of movement for workers (text with EEA relevance), Official Journal of the European Union, L 128, 30.4.2014.);
13. Direktiva 2014/50/EU Evropskog parlamenta i Vijeća od 16. aprila 2014. o minimalnim zahtjevima za poboljšanje mobilnosti radnika među državama članicama unaprjeđivanjem sticanja i očuvanja prava na dopunsku penziju (Directive 2014/50/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on minimum requirements for enhancing worker mobility between Member States by improving the acquisition and preservation of supplementary pension rights (Text with EEA relevance), Official Journal of the European Union, L 128, 30.4.2014.);
14. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između BiH i EU, „Službeni glasnik BiH – međunarodni ugovori“, broj 10/08.

15. Commission Staff Working document, Analytical Report Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Commission Opinion on Bosnia and Herzegovina's application for membership of the European Union {COM(2019) 261 final}, Brussels, 29.5.2019 SWD(2019) 222 final, str. 87.
16. Communication from the Commission to the European parliament and the Council, Commission Opinion on Bosnia and Herzegovina's application for membership of the European Union {SWD(2019) 222 final}, Brussels, 29.5.2019 COM(2019) 261 final.

Presude

1. Case 75/63 *Mrs. M.K.H. Hoekstra (nee Unger) v. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten* [1964.] ECR 177.
2. Case 53/81 *D.M. Levin v Staatssecretaris van Justitie* [1982] ECR 1035.
3. Case C-292/89 *The Queen v Immigration Appeal Tribunal, ex parte Gustaff Desiderius Antonissen* [1991] ECR I-745
4. Case C-281/98 *Roman Angonese v Cassa di Risparmio di Bolzano SpA* [2000.] ECR I-4139.
5. Case C-415/93 *Union Royale Belge des Societes de Football Association (Asbl) and Others v. Jean-Marc Bosman* [1995.] ECR I-4921
6. Case C-224/01 *Gerhard Köbler v. Republik Österreich* [2003.] ECR I-10239.
7. Case C-138/02 *Brian Francis Collins v Secretary of State for Work and Pensions* [2004] ECR I-2703.
8. Case C-405/01 *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española v Administración del Estado* [2003.] ECR I-10391.

Internet izvori

1. <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=857&langId=en&intPageId=983>
2. <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=849&langId=hr>
3. <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=849&newsId=2699&furtherNews=yes>
4. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=URISERV%3Ac11318>
5. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3984_en.htm
6. <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=474&langId=en>
7. http://www.dei.gov.ba/dei/media_servis/vijesti/default.aspx?id=21756&langTag=bs-BA
8. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=EU_citizens_living_in_another_Member_State_-_statistical_overview#Key_messages
9. <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=466&langId=en>
10. http://www.dei.gov.ba/dei/bih_eu/sporazum/default.aspx?id=9812&langTag=bs-BA

Ivo Rozić, PhD., Associate Professor

Faculty of Law, University of Mostar

Emina Hasanagić, PhD., Assistant Professor

Faculty of Law, Dzemal Bijedic University of Mostar

FREE MOVEMENT OF WORKERS IN THE EUROPEAN UNION LAW AND OBLIGATIONS OF BOSNIA AND HERZEGOVINA IN EUROPEAN INTEGRATION PROCESS

Abstract: The authors analyze free movement of workers in the European Union as one of the four fundamental freedoms in the internal market of the European Union. This freedom is important for European Union citizens because it allows them to leave their home country where they don't have adequate employment or income, to go to another Member State where they will be able to work under the same conditions as domestic citizens, and provide for themselves a better living and working conditions. The realization of this freedom is also significant for the Member States of the European Union, in terms of the ability to eliminate labor shortages in a particular profession, so that this deficiency can be removed by the engagement of migrant workers of other Member States. In addition to the legal sources of the primary and secondary law of the European Union governing the freedom of movement of workers, the role of the Court of Justice is particularly important, which by its judgements and extensive interpretation of the provisions governing the freedom of movement of workers made a great contribution to the adequate application of these provisions and the protection of workers' rights. Bosnia and Herzegovina, as a potential candidate for EU membership, has the obligation to harmonize its legislation with the *acquis communautaire*, which includes this area of law as well. For that reason, in this paper will be also analyzed the legislation of Bosnia and Herzegovina in this area and its harmonization with the law of the European Union, and point out to the obligations that Bosnia and Herzegovina has to fulfill in order to fully accept the standards and principles of the European Union.

Key words: free movement of workers, workers, social security, coordination of the social security systems, European Union law, Bosnia and Herzegovina, Stabilization and Association Agreement, harmonization.

Dr. sc. Viktorija Haubrich, docentica

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

Ernest Rechner, student Diplomskog studija Pravo

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

REVIZIJA PROROGACIJE NADLEŽNOSTI PREMA UREDBI (EU) BR. 1215/2012 O NADLEŽNOSTI, PRIZNAVANJU I OVRSI SUDSKIH ODLUKA U GRAĐANSKIM I TRGOVAČKIM STVARIMA

Sažetak: U ovom radu autori obrađuju prorogaciju nadležnosti u Europskoj uniji. U radu se obrađuju stranke prorogacijskog sporazuma, sud(ovi) određen(i) prorogacijskim sporazumom, predmet i oblik ugovora o prorogaciji te odnos s litispendencijom. Autori u radu obrađuju institut prorogacije nadležnosti regulirane Uredbom Vijeća broj 44/2001. o nadležnosti i priznanju i ovrši odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (Uredba Brisel I.). Autori analiziraju reviziju tih odredaba te analiziraju promjene pravila o prorogaciji i odnosom litispendencije i prorogacijskih kluzula koje donosi Uredba (EU) br. 1215/2012 Europskog Parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o nadležnosti i priznanju i ovrši sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (Uredba Brisel I. 1215/2012.).

Ključne riječi: prorogacija nadležnosti prema Uredbi Brisel I i Uredbi Brisel I 1215/2012., odnos litispendencije i prorogacije nadležnosti prema Uredbi Brisel I. i Uredbi Brisel I 1215/2012.

1. UVOD

Prorogacija nadležnosti to jest autonomija volje stranaka kod određenja nadležnosti autonomno je uređena u europskom građanskom procesnom pravu kao institut koji omogućuje strankama da u građanskim i trgovačkim predmetima ugovaraju nadležnost nekog od suda ili sudova država članica Europske unije štiteći svoje interese. U radu se obrađuje prorogacija nadležnosti i njezin odnos s litispendencijom kroz razvoj građanskog procesnog prava Europske unij. Na temelju čl. 65. Ugovora o EZ kao mjera Zajednice u okviru pravosudne suradnje država članica u građanskim predmetima donesena je 22. prosinca 2000. Uredba¹(EZ) 44/2001. o nadležnosti, priznanju i ovrši sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima. Stupila je na snagu 1. ožujka 2002. (čl.

1 Sudovi država članica dužni su primjenjivati Uredbu od dana kada stupi na snagu. Vidi GAVELA, N. – ALINČIĆ, M. – HRABAR, D. – GLIHA, I. – JOSIPOVIĆ, T. – KOREAČ, A. – BARETIĆ, M., - NIKŠIĆ, S., *Europsko privatno pravo*, "Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu", Zagreb, 2002., (dalje GAVELA, EUROPSKO PRIVATNO PRAVO), str. 7. – 9. Vidi HARTLEY, T. C., *Temelji prava Europske zajednice*, "Pravni fakultet u Rijeci", Rijeka, 2004., str. 203.

72.)²(dalje – Uredba Brisel I.).³ Zbog razlika u pravosudnim sustavima pojedinih država članica te uočenim nedostacima u praksi kao i daljnji razvoj europskog građanskog procesnog prava doveli su do reforme Uredbe Brisel I.⁴ Reformirana Uredba Brisel I pod nazivom Uredba (EU) br. 1215 Europskog parlamenta i Vijeća o sudskoj nadležnosti, te priznanju i ovrsi odluka u građanskim i trgovačkim stvarima donesena je 12. 12. 2012. (dalje - Uredba Brisel I 1215).⁵ Stupila je na snagu već u siječnju 2013. godine, ali se počela primjenjivati 10. 1. 2015. godine.⁶ Primjenjuje se u svim državama članicama Europske unije uključujući i Dansku⁷, ali ne i u državama članicama EFTE –e u kojima se dalje na temelju Luganske konvencije iz 2007.⁸ godine primjenjuju odredbe Uredbe Brisel I. U radu se analiziraju odredbe o prorogacija nadležnosti i odnos prorogacije i litispendenciji regulirane Uredbom Brisel I i Uredbom Brisel I 1215. U preambulu Uredbe Brisel I 1215. navodi se da bi se trebala poštovati autonomija ugovornih stranaka te da bi se u interesu usklađenog sudovanja trebala smanjiti mogućnost sličnih postupaka i osigurati da se ne dosnose proturječne odluke u različitim državama članicama. Potreba za sporazumom o nadležnosti osobito je izražena u odnosima s međunarodnim obilježjima, jer je za stranke koje u njemu sudjeluju posebno važno koji će im sud suditi u slučaju spora. S obzirom na različitosti kolizijskih, procesnih i materijalnih prava država, moguće je da sudovi različitih država o istom pitanju različito odluče. S druge strane, ugovaranjem nadležnog suda izbjegavaju se nedoumice u pogledu mjesta, troškova, procesnih pravila, duljine trajanja potencijalnog postupka. Ciljevi revidirane Uredbe Brisel I 1215 su da

2 Council Regulation (EC) No 44/2001. Of 22 Decembre 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters , Službeni list EU, 2001., L 12, str. 1.

3 O Uredbi vidi i kod BELOVIĆ, J., *Priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka pravila Brisel I.Regulative 44/2001.*, “Zbornik radova Načela i vrijednosti pravnog sustava-norma i praksa”, Istočno Sarajevo, 2012., str. 241. – 253.

4 Vidi kod GARAŠIĆ, J., *Uvod u europsko građansko procesno pravo*, rad u knjizi BABIĆ, D. – ČULINOVIĆ – HERC, E. – GARAŠIĆ, J. – GORANIĆ, I. – GRKOVIĆ, N. – HAU, W. – KENGUEL, M. – KUNŠTEK, E. – RIJAVEC, V. – STURNER, M. – ŽUPAN, M., *Europsko građansko procesno pravo*, Zagreb 2013., (dalje - BABIĆ I OSTALI – EUROSPKO GRAĐANSKO PROCESNO PRAVO), str. 7. – 8.

5 SL EU 2012., br. L351, str. 1. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/ALL/?uri=CELEX%3A32012R1215%print=true> preuzeto 29. 03. 2019.

6 Prema odredbi čl. 81. Uredbe Brisel I 1215 ova Uredba će se primjenjivati od 10. 1. 2015., s izuzetko čl. 75. I 76. Koji će se primjenjivati od 10. 1. 2014. godine. Za države članice koje su Uniji pristupile naknadno , Uredbe stupaju na snagu danom njihova pristupanja. Vidi kod BABIĆ, D., *Vremenske granice primjene Uredaba 44/2001 i 1215/2012 u Hrvatskoj*, rad u knjizi BABIĆ I OSTALI – EUROSPKO GRAĐANSKO PROCESNO PRAVO, o. c., str. 139.

7 Danska je 1. srpnja 2007. godine donijela poseban zakon prema kojem Uredba Brisel I dobiva u Danskoj snagu zakona , prema kojem Danska ima pravo proglasiti da će također bilo koje izmjene Uredbe Brisel I primjenjivati kao zakon te se revidirana Uredba Brisel I primjenjuje u Danskoj kao i u drugim državama.

8 Luganska konvencija o sudskoj nadležnosti i ovrsi sudskih odluka usvojena je 30. listopada 2007. godine (Sl. list EU, L 147, 2009.). Tekst konvencije temelji se na Uredbi Brisel I i nije usklađen sa Uredbom Brisel I 1215.

bi se autonomija ugovorenih stranaka, osim u slučaju osiguranja, u potrošačkim ugovorima i ugovorima o radu gdje je autonomija u pogledu utvrđivanja nadležnih sudova dozvoljena samo u smanjenom opsegu, trebala bi se poštovati zbog isključivih osnova nadležnost iz ove Uredbe. Pitanje je li sporazum o izboru nadležnog suda ili sudova države članice ništav u pogledu njegove materijalne valjanosti trebalo bi presuditi u skladu s pravom države članice suda ili sudova utvrđenih sporazumom, uključujući pravila o sukobu zakona te države članice. Ciljevi Uredbe Brisel I 1215 su daje u interesu usklađenog sudovanja, potrebno smanjiti mogućnost sličnih postupaka i osigurati da se ne donose proturječne odluke u različitim državama članicama. Trebao bi postojati jasan i učinkovit mehanizam rješavanja slučajeva litispendencije i povezanih tužbi, te za sprječavanje problema koja proizilaze iz nacionalnih različitosti u vezi određivanja trenutka za koji se snatra da je postupak započeo. U smislu ove Uredbe, taj trenutak bi se trebao utvrditi autonomno. S ciljem poboljšanja učinkovitosti sporazuma o isključivoj nadležnosti I izbjegavanja zlorabiti procesnih ovlaštenja potrebno je utvrditi odstupanja od općeg pravila litispendencije radi zadovoljavajućeg rješavanja konkretne situacije u kojoj može doći do pokretanja usporednih postupaka. To je situacija kada sud koji sporazumom o isključivoj nadležnosti nije određen kao nadležan započne s postupkom, a određeni sud naknadno započne postupak o istom predmetu spora između istih stranaka. U tom slučaju, sud koji je prvo započeo postupak trebao bi zastati s postupkom, čim je pokrenut postupak pred određenim sudom sve do trenutka dok taj sud ne izjavi da temeljem sporazuma o isključivoj nadležnosti nije nadležan. Ovo je kako bi se osiguralo da, u takvoj situaciji, određeni sud ima prvenstvo odlučivanja o valjanosti sporazuma i o tome u kojoj se mjeri sporazum primjenjuje na spor koji se pred tim sudom vodi. Određeni sud bi trebao imati mogućnost voditi postupak bez obzira je li sud koji nije određen između stranaka odlučio zastati s postupkom.

2. PROROGACIJA NADLEŽNOSTI U GRAĐANSKOM PROCESNOM PRAVU EUROPSKE UNIJE

2.1. Opći režim i polje primjene prorogacije nadležnosti u građanskom procesnom pravu Europske unije

Uredba Brisel I, a prije nje Bruxelleska konvencije o sudskoj nadležnosti, priznanju i ovrši odluka u građanskim i trgovačkim predmetima

iz 1968.⁹ su otvorila vrata prorogaciji nadležnosti,¹⁰ posebice imajući u vidu svoju primjenjivost u trgovačkim stvarima.¹¹ Danas se smatra da je prorogacija međunarodne nadležnosti korisna i moguća i njome se ostvaruje fleksibilnost i mogućnost uspješnijeg rješavanja sporova.¹² U građanskom procesnom pravu Europske unije ustanovljena su dva režima prorogacije.¹³ Opći režim, koji se primjenjuje na sve slučajeve prorogacije i posebni režim, koji važi ili u određenim pravnim stvarima ili s obzirom na određena svojstva stranke.¹⁴ Prema odredbi čl. 23. Uredbe Brisel I¹⁵ bilo je određeno ako su se stranke, od kojih barem jedna ima prebivalište na području jedne države članice, sporazumjele da će sud ili sudovi jedne države članice biti nadležni za rješavanje već nastalog spora ili budućeg spora, koji će nastati iz određenog pravnog odnosa, tada je taj sud nadležan ili su ti sudovi nadležni.¹⁶ Iz ovoga slijedi da se odredbe Uredbe Brisel I primjenjuju ako su ispunjene sljedeće pretpostavke:¹⁷ 1. Barem jedna stranka ima prebivalište na području jedne države članice, 2. Sporazum se odnosi na nadležnost suda, odnosno sudova država članica, 3. Radi se o situaciji s međunarodnim obilježjem.¹⁸ Ako

9 Potpisana 29. 7. 1968., a stupila na snagu, za tadašnjih šest država članica EEZ, 1. 2. 1973, (između 6 država članica Europske ekonomske zajednice i to Belgije, Francuske, Italije, Luksemburga, Nizozemske i Savezne Republike Njemačke). Tekst Konvencije prvi put je izmijenjen Konvencijom o pristupu Danske, Irske i Velike britanije od 9. listopada 1978. (Službeni list EZ 1978., L 304., str. 1.), Konvencijom o pristupu Grčke od 25. 10. 1982. (Službeni list EZ, 1982., L-388, str.1.), napravljene su određene redakcijske izmjene. Prigodom pristupanja Španjolske i Portugala potpisivanjem konvencije iz San-Sebastiana, 26. 5. 1989.(Službeni list EZ, 1989., L-285, str. 1) objavljena je zadnja sadržajna izmjena Konvencije. Redakcijska prilagodba bez sadržajnih zahvata u tekst Konvencije, obavljene su Konvencijom o pristupanju Austrije, Finske i Švedske od 29. 11. 1996.(Službeni list EZ, 1997., C-15, str. 1). (dalje -Bruxelleska konvencija)

10 Pogledaj NAGEL, H. – GOTTWALD, P., *Internationales Zivilprozessrecht*, 6. Auflage, Koln, 2007., (dalje – **NAGEL – GOTTWALD**), str. 123. – 127.

11 Pogledaj BURGSTALLER, A. – NEUMAYR, A. – RITZBERGER, W., *Internationales Zivilverfahrensrecht, EuGVO-Verordnung uber die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil und handelssachern*, 2002., (dalje - **BURGSTALLER – NEUMAYR – RITZBERGER**), str. 3.

12 Tako VUKOVIĆ, Đ. – KUNŠTEK, E., *Međunarodno građansko postupovno pravo*, “Zbombić&Partneri”, Zagreb, 2005., (dalje - **VUKOVIĆ – KUNŠTEK**), str. 71. – 75.

13 Vidi BRENN, C., *Europaaischer Zivilprozess, Leitfaden fur das grenzüberschreitende Verfahren in Osterreich*, Wien, 2005., (dalje – **BRENN**), str. 27.

14 Vidi KOCH, H. – DIEDRICH, F., *Kluwer Law Intrenational*, The hague – London – Boston, 1997., (dalje – **KOCH – DIEDRICH**)str. 60. – 61.

15 Vidi SCHMIDT, U., *Europaaisches Zivilprozessrecht, Das 11. Buch der ZPO*, “Aktuelles Recht fuur die Praxis”, Munchen, 2004., (dalje – **SCHMIDT**), str. 25.

16 Ukoliko je ugovorena nadležnost suda jedne od država ugovorenica, pri čemu bar jedna od ugovorenih stranaka ima domicil u državi članici Bruxelleske konvencije, punovažnost i djelovanje sporazuma o nadležnosti ocjenjuje se prema odredbama čl. 17. te Konvencije.Vidi STANIVUKOVIĆ, M., *Građansko procesno pravo Europske unije*, (dalje – **STANIVUKOVIĆ**), str. 639. – 652.

17 Pogledaj SCHACK, H., *Internationales Zivilverfahrensrecht 4. Auflage*, “Juristische Kurz – lehrbucher”, Munchen, 2006., (dalje – **INTERNATIONALES ZIVILVERFAHRENSRECHT**), str. 158.

18 Pogledaj RECHBERGER, W. H. – SIMOTTA, D.-A., *Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren*,

neka od ovih pretpostavki nije ispunjena, na prorogaciju suda ili sudova države članice primjenjuje se mjerodavno unutarnje pravo.¹⁹ Za ocjenu navedenih pretpostavki mjerodavno je kao i kod drugih odredaba Uredbe o nadležnosti, vrijeme podnošenja tužbe, a ne sklapanja ugovora.²⁰ Rješenje prema kojemu je za primjenu čl. 23. Uredbe Brisel I. relevantno vrijeme podnošenja tužbe, dovodi do nezadovoljavajućih rezultata, ako su pretpostavke za primjenu te odredbe bile ispunjene u vrijeme sklapanja ugovora, ali su u međuvremenu prestale postojati (primjerice ako je predmetni pravni odnos izgubio međunarodno obilježje, tako što je jedna stranka nakon sklapanja ugovora preselila u državu druge stranke i zasnivala prebivalište).²¹ Uzimajući u obzir potrebu promicanja stranačke autonomije u određivanju nadležnosti bilo bi svrsishovito da se čl. 23. Uredbe Brisel I primjenjuje ako su navedene pretpostavke ispunjene bilo u vrijeme sklapanja prorogacije, bilo u vrijeme podnošenja tužbe, no čini se da se takvo tumačenje ne može slijediti *de lege lata*.²²

Razmatrajući odredbe revidirane Uredbe Brisel I 1215 vidimo da se mijenja ovaj članak te prema odredbi čl. 25. st. 1. revidirane Uredbe Brisel I 1215 ako su se stranke neovisno o njihovu domicilu, sporazumjele da sud ili sudovi države članice imaju nadležnost u rješavanju sporova koji su nastali ili mogu nastati u vezi određenog pravnog odnosa, taj sud ili sudovi je nadležan/su nadležni, osim ako je sporazum ništav u pogledu njegove materijalne valjanosti prema pravu te države članice.²³ Ta nadležnost je isključiva osim ako su se stranke drukčije sporazumjele. Sporazum o nadležnosti se sklapa: a) u pisanom obliku ili se potvrđuje u pisanom obliku; b) u obliku koji je u skladu s praksom koja je ustaljena među strankama; c) u međunarodnoj trgovini, u obliku koji je u skladu s običajima

Wien, 2003., (dalje – **RECHBERGER – SIMOTTA**), str. 33. I KRUGER, *o. c.*, str. 214.

19 Vidi BABIĆ, D., *Prorogacija međunarodne nadležnosti u europskom pravu*, “Hrvatska pravna revija god, VI”, Zagreb, 2006. (dalje – **BABIĆ**), str. 74. -87.

20 Pogledati tumačenje Suda EZ u predmetu Sanicentral iz 1979. U kojemu je Sud utvrdio da je stranački sporazum o prorogaciji samo izbor, koji stoji na raspolaganju strankama i proizvodi učinke tek kada stranka podnese tužbu izabranom sudu. Iz toga je Sud izveo zaključak da je prorogirani sud nadležan ako je prorogacija valjana u vrijeme podnošenja tužbe, bez obzira je li bila valjana u vrijeme sklapanja ugovora. C – 25/79., Sanicentral v. Collin (1979.) ECR 3423, 13 studenog 1979. Paragraf 6. I 7. <http://curia.europa.eu/index.htm>

21 Sporno je jesu li uvjeti punovažnosti prorogacijskog sporazuma, koji je sklopljen između stranaka od kojih nijedna nema domicil u državi ugovorenici, u korist suda države ugovorenice, procjenjuje prema odredbama nacionalnog prava izabranog suda ili prema odredbama Konvencije. Vidi STANIVUKOVIĆ, *o. c.*, str. 648.

22 Vidi BABIĆ, *o. c.*, str. 75.

23 Stranke mogu ugovoriti nadležnost suda jedne od država članica Europske unije, pa ukoliko su ispunjeni ostali uvjeti koje predviđaju pravila europskog građanskog procenskog prava, primjenjuju se pravila o prorogaciji predviđena Uredbom. Više o tome kod HAUBRICH, V., *Prorogacija nadležnosti u parničnom postupku u pravu Europske unije i Bosne i Hercegovine*, Magistarski rad, Mostar, 2009., str. 64. – 84. Viidi i HAUBRICH, V., *Prorogacija međunarodne nadležnosti*, “Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 7.”, Mostar, 2009., str. 369. – 379.

koji su poznati strankama ili bi im morali biti poznati, a koje su općepoznati u međunarodnoj trgovini i redovito ih poštuju stranke ugovora iste vrste u okviru trgovine o kojoj je riječ. Prema odredbi čl. 25. st. 2. revidirane Uredbe Brisel I 1215 svaka komunikacija elektroničkim sredstvima koja omogućuje trajni zapis sporazuma smatra se jednaka "pisanom obliku".

2.2. Stranke u prorogacijskom sporazumu

Prema odredbi čl. 25. Uredbe Brisel I 1215 određeno je da ako su se stranke neovisno o njihovu domicile sporazumjele da sud ili sudovi države članice imaju nadležnost u rješavanju sporova koji su nastali ili mogu nastati u vezi određenog pravnog odnosa, taj sud ili sudovi je nadležan /su nadležni. Vidimo da ova odredba revidira prethodno rješenje koje je bilo predviđeno u Uredbi Brisel I. i Bruxelleskoj konvenciji. Jedan od uvjeta koji se tražio i prema odredbama čl. 17. st. 1. Bruxelleske konvencije i odredbama čl. 23. st. 1. Uredbe²⁴ jest da barem jedna od stranaka ima prebivalište na području jedne države članice.²⁵ To znači da bi prorogacijski sporazum proizvodio učinke, jedan je od subjektivnih uvjeta taj da jedna stranka prorogacijskog sporazuma, ima prebivalište na području neke države članice.²⁶ U slučaju da nijedna od stranaka nema domicil na teritoriju jedne od država članica, prorogacijski sporazum ne proizvodi učinke.²⁷ Odredbe Uredbe o prorogaciji primjenjuju se dakle, ne samo u intraeuropskim sporovima, tj. u sporovima između osoba s prebivalištem u državi članici, već i u sporovima osoba s prebivalištem u državi članici s osobama koje imaju prebivalište u državi nečlanici.²⁸ Za primjenu pravila Uredbe Brisel I. (prije Bruxelleske konvencije) o prorogaciji, nije važno u kojoj se procesnoj ulozi nalazi stranka koja ima prebivalište na području Unije.²⁹ Odredbe čl. 23. Uredbe primjenjuju se onda kada tužitelj s prebivalištem izvan Unije podnosi tužbu protiv stranke s prebivalištem u Uniji, kao i onda kada stranka s prebivalištem u Uniji tuži tuženika s prebivalištem izvan nje.³⁰ Odredbe navedenog članka primjenjuju se i onda kada sve stranke imaju prebivalište u istoj državi članici, ako se radi o sporu o pravnom odnosu koji

24 Pogledaj Schlosser, P., *EU – Zivilprozessrecht Kommentar, EuGVVO, EuEheVO, AVAG, HZU, Euzvo, HBU, EuBVO*, Munchen, 2003., (dalje – **SCHLOSSER**), str.145. – 148.

25 Vidi CZERNICH, D. – TIEFENTHALER, S. – KODEK, G. – HEISS, H., *Kurzkomentar Europaisches Gerichtsstandes – und Vollstreckungsrecht, EUGVO und LUGANO – UBEREINKOMMEN*, "Lexisnexis ARD Orac", Wien, 2003., (dalje - **CZERNICH – TIEFENTHALER– KODEK– HEISS**), str. 175.

26 *Ibid.*, str. 75.

27 Pogledaj RECHBERGER – SIMOTTA, o. c., str. 34.

28 Tako KRUGER, o. c., str. 216.

29 Vidi KROPHOLLER, J., *Europaischt Zivilprozebrecht, 8.Auflage*, "Recht der Internationalen Wirtschaft", Frankfurt - Main, 2005., (dalje–**KROPHOLLER – EUROPAISCHES ZIVILPROZEBRECHT**), str. 286.

30 Pogledaj MAYR, P. – CZERNICH, D., *Europaisches Zivilprozessrecht*, Wien, 2006., (dalje – **MAYR – CZERNICH**), str.124.

je međunarodno obilježen po nekoj drugoj osnovi.³¹ Ako sve stranke prorogacije suda države članice imaju prebivalište izvan Unije, odredbe o prorogaciji prema Uredbi Brisel I se ne primjenjuju. U takvom slučaju povezanost pravne situacije sa Zajednicom je nedovoljna, da bi opravdalo reguliranje međunarodne nadležnosti prorogiranog suda na razini Zajednice.³² Ipak, Uredba Brisel I uvažava da je u tim slučajevima potrebno koordinirati rad sudova država članica, barem utoliko da se izbjegne pozitivni sukob nadležnosti između prorogiranog suda i sudova ostalih država članica, do kojeg bi mogle dovesti proturječne odluke sudova o tome je li prorogacija valjana. Odredba čl. 23. st. 3. Uredbe Brisel I glasi: "Ako su takav sporazum zaključile stranke od kojih ni jedna nema prebivalište na području jedne države članice, sudovi drugih država članica nisu nadležni za rješavanje njihovih sporova, osim ako se sporazumno određeni sud ili sudovi proglase nenadležnima."³³ Prorogacija nadležnosti sudova neke države članice derogira prema toj odredbi nadležnost sudova drugih država članica, bez obzira na to je li prorogacija valjana prema njihovim unutarnjim pravima. Da bi prorogacija imala derogatorni učinak prema odredbi čl. 23. st. 3. Ona mora udovoljiti formalnim pretpostavkama za prorogaciju prema Uredbi Brisel I³⁴ Također je irelevantno i to kojoj od država članica je prorogirana nadležnost. Ali samo u načelu, jer isključiva međunarodna nadležnost ne može biti prorogirana sudovima neke druge države ugovorenice, niti izričito niti prešutno.³⁵ Prorogacijskim sporazumom kojim je određena nadležnost suda jedne države – ugovorenice, obvezuje sve ostale države ugovorenice, čiji sudovi bi bili međunarodno nadležni da nije zaključen prorogacijski sporazum, čak i kad su, u datoj pravnoj stvari, ne samo prema pravilima, Bruxelleske konvencije već i prema njezinom unutrašnjem pravu, nadležni njezini sudovi, prorogacijski sporazum derogira primjenu nacionalnih pravila o nadležnosti. Posebnu analizu zaslužuje pitanje mogu li stranke domicilirane u istoj državi ugovorenici odrediti nadležnost nekog od sudova te iste države ugovorenice, primjenjujući pravila o prorogaciji predviđena prije, Bruxelleskom konvencijom a sada Uredbom Brisel I, dakle neovisno od unutrašnjih pravila o prorogaciji mjesne nadležnosti. Prema izvještajima Jenard – a i Schlosser – a odgovor na ovo pitanje je negativan: u datoj hipotezi radi se o čisto unutrašnjem procesnopravnom pitanju koje ne

31 Vidi i kod HAUBRICH, V., *Prorogacija nadležnosti u parničnom postupku u pravu Europske unije*, "Mostariensia, časopis za humanističke znanosti", Mostar, br. 31., 2010., str. 123. – 126.

32 Reguliranje prorogacije na europskoj razini za takve slučajeve vrlo vjerovatno ne bi udovoljavalo načelima razmjernosti (proporcionalnosti) i podređenosti (supsidijarnosti) europskog prava. Na takvu prorogaciju primjenjuju se stoga pravila unutarnjeg prava.

33 *Unless the Court or Courts chosen have declined jurisdiction*

34 Vidi BABIĆ, o. c., str. 76.

35 Sporazum o međunarodnoj nadležnosti u pravnim stvarima za koje Konvencija propisuje isključivu međunarodnu nadležnost, kojim bi se nadležnost povjerila sudovima neke druge države članice, a ne one za koju je utvrđena isključiva međunarodna nadležnost je ništavan i sankcionira se u postupku izvršenja sudskih odluka. Vidi GRAĐANSKO PROCESNO PRAVO EUROPSKE UNIJE, str. 115. – 116.

potpada pod režim Konvencije, odnosno Uredbe.³⁶ Pažnju je praksi i doktrini privuklo pitanje, mogu li stranke domicilirane u istoj državi ugovorenici zaključiti prema čl. 17. Bruxelleske konvencije odnosno čl. 23. Uredbe Brisel I sporazum o nadležnosti sudova neke druge države ugovorenice.³⁷ Uz ispunjenje ostalih uvjeta ovakav sporazum proizvodi pravne učinke. Budući da Uredba Brisel I ne sadrži autonomu definiciju prebivališta, o tome gdje neka osoba ima prebivalište odlučuje se primjenom unutarnjeg prava. Prema čl. 59. st. 1. Uredbe Brisel I za odlučivanje o tome ima li stranka prebivalište na području države članice, pred čijim je sudovima pokrenut postupak (*whose courts are seised of the matter; dont les tribunaux sont saisis*) sud primjenjuje svoje unutrašnje pravo. Prema čl. 59. st. 2. Uredbe Brisel I, ako stranka nema prebivalište u državi članici pred čijim je sudovima pokrenut postupak, tada taj sud, ako odlučuje o tome ima li stranka prebivalište u drugoj državi članici, primjenjuje pravo te države. Iz navedenog slijedi da Uredba Brisel I prihvaća kvalifikaciju prebivališta prema *lex territorii*, za pitanja ima li neka stranka prebivalište na području određene države članice mjerodavno je pravo te države. Ako prema navedenim odredbama stranka ima prebivalište u više država, za primjenu čl. 23. Uredbe Brisel I dovoljno je da je samo jedna od tih država članica Europske unije.³⁸ Kao i kod drugih odredaba Uredbe Brisel I, državljanstvo stranaka nije važno za primjenu odredaba o prorogaciji. Na prorogaciju se primjenjuje čl. 23. Uredbe Brisel I i onda kada stranka koja ima prebivalište u državi članici nije državljanin neke države članice. S druge strane, te se odredbe ne primjenjuju ako jedna ili obje stranke imaju državljanstvo države članice, ali imaju prebivalište u državama koje nisu članice Europske unije. Što se tiče pravnih osoba, prema odredbama čl. 60. st. 1. Uredbe Brisel I za svrhu ove Uredbe, trgovačko društvo, druga pravna osoba ili udruženja fizičkih ili pravnih osoba imaju prebivalište u mjestu u kojem imaju: statutarno sjedište, glavnu upravu, glavno poslovno mjesto. Prema čl. 60. st. 2. Uredbe Brisel I što se tiče Ujedinjenog Kraljevstva i Irske, statutarno sjedište znači registrirani ured ili, ako takav ne postoji, mjesto osnivanja, ili ako takvo mjesto nigdje ne postoji, mjesto po čijem pravu je osnovano. Prema čl. 60. st. 3. Uredbe Brisel I za određivanje ima li *trust* prebivalište u državi članici pred čijim je sudovima pokrenut postupak, sud primjenjuje pravila svog međunarodnog privatnog prava, što znači da Uredba Brisel I sadrži posebno pravilo o određivanju prebivališta kada je riječ o *trustu*.

Temelja revizija u pogledu stranaka koje mogu sklopiti prorogacijski sporazum jest da stranačka autonomija ima središnje mjesto da odredbe čl. 25.

36 Suprotno gledište zauzeto je u engleskoj literaturi gdje se samo i primjenjuje stav da se u slučaju da u datoj pravnoj stvari postoji neki strani element koji se može povezati s teritorijem neke druge države ugovorenice, valjalo bi u datoj hipotezi (obje stranke domicilirane u istoj državi, sud određen sporazumom pripada istoj državi) ipak dozvoliti primjenu čl. 17. Konvencije, odnosno čl. 23. Uredbe. Pored toga stranke mogu promijeniti svoj domicil da bi prorogacijski sporazum proizvodio učinke.

37 Pogledaj RECHBERGER – SIMOTTA, o. c., str.38.

38 Vidi BABIĆ, o. c., str. 76.

Uredbe Brisel I 1215³⁹ donosi rješenje prema kojem se uređuje međunarodna nadležnost, to jest sporazumi o nadležnosti su mogući i među državljanima trećih država, jer se više ne traži domicil država članica za stranke.

2.3. Sud (ovi) određen (i) prorogacijskim sporazumom

Odredbe čl. 25. Uredbe Brisel I 1215 kao što je bilo propisano I prem odredbi čl. 23. Uredbe Brisel I primjenjuju se samo na prorogaciju nadležnosti suda odnosno sudova neke države članice.⁴⁰ Znači ako ovaj uvjet nije ispunjen (pored ostalih uvjeta) neće se primjenjivati Uredba, već mjerodavno unutarnje pravo.⁴¹ Jasno je da se na razini Zajednice ne mogu regulirati sporazumi o nadležnosti sudova država, koje nisu njezine članice.⁴² Sporazum o nadležnosti suda države koja nije članica djeluje i prema sudovima država članica, utoliko što on može derogirati njihovu nadležnost.⁴³ Ipak veza sa Zajednicom kao cjelinom premala je da bi opravdala reguliranje derogatornih učinaka takvih sporazuma u državama članicama na razini Zajednice, čak i ako se njima derogira nadležnost, koja bi inače postojala na temelju Uredbe.⁴⁴ Prorogacijski sporazumom određen u čl. 17. st. 1. i 2. Bruxelleske Konvencije smatra se sporazumom o određivanju međunarodne nadležnosti, a ne mjesne nadležnosti. To znači da se njima određuje nadležnost suda (sudova) neke druge države ugovorenice, a ne one koja je određena pravilima Konvencije o međunarodnoj nadležnosti (s izuzetkom isključive nadležnosti).⁴⁵ Sud kojem je nadležnost prorogirana označava se izrazom prorogirani sud, a

39 Vidi kod STURNER, M., *Sporazumi o nadležnosti i mjestu ispunjenja obveze u europskom građanskom procesnom pravu*, BABIĆ, D. – ČULINOVIĆ – HERC, E., GARAŠIĆ, J. – GORANIĆ, I. – GRKOVIĆ, N. – HAU, W. – KENGYEL, M. – KUNŠTEK, E. – LAZIĆ, V. – MARTINY, D. – MELLER – HANNICH, C. – RIJAVEC, V. – STURNER, M. – ŽUPAN, M., *Europsko građansko procesno pravo – izabrane teme*, Zagreb, 2013., str. 81. (dalje – STURNER- *Sporazumi o nadležnosti i mjestu ispunjenja obveze u europskom građanskom procesnom pravu*).

40 Može li se primjenom pravila čl. 17. Konvencije prorogirati nadležnost suda koji ne pripada ni jednoj državi članici ugovorenici, nego nekoj trećoj državi, odgovor je jasno i izričito negativan. Iz čl. 17. st. 1. Konvencije nedvosmisleno proizlazi da se prorogacija vrši u korist suda neke od država članica.

41 Vidi SCHLOSSER, o. c., str. 146.

42 Dresser UK Ltd v. Falcongate Freight Management Ltd (1992) QB 502, CA slučaj bavio se sporazumom o nadležnosti sadržanog u teretnici. Klausula o nadležnosti bi vrijedila između glavnih stranka teretnice i između agenta i glavnih stranaka. Također će vrijediti između glavnih stranaka i one osobe na koju će sva prava i obveze preći. Međutim veza između jamca i sujamca ne ovisi od ugovora, tako da klausula nije zadovoljila čl. 17. Konvencije. U slučaju Powell Duffryn plc v. Petereite (case C214/89) (1994.) 1 CEC 293 ECJ kazano je da klausula o nadležnosti u članicama udruženja tvrtke treba se tretirati kao dio ugovora u svrhu zadovoljenja čl. 17. Konvencije kako između tvrtke i dioničara, tako i između dioničara.. Vidi SIME, S., *A practical approach to Civil procedure*, str. 116.

43 Pogledaj BRENN, o. c., str. 28. – 29.

44 Tako BABIĆ, o. c., str. 76. Pogledaj STANIVUKOVIĆ, M., *Nadležnost sudova u ugovorenim sporovima s inostranim elementom u pravu Europske unije*, "Pravni život, br. 5-6", Beograd, 131. – 142.

45 Vidi GRAĐANSKO PROCESNO PRAVO EUROPSKE UNIJE, str. 117.

sud koji bi bio nadležan da nije zaključen prorogacijski sporazum, derogirani sud.⁴⁶ Država članica čijem sudu je prorogirana nadležnost označava se izrazom prorogirana država, a državu članicu čiji bi sud bio nadležan, da nije zaključen prorogacijski sporazum, derogirana država.⁴⁷ Prema Schlosserovom izvještaju o Konvenciji iz 1978. o pristupu Bruxelleskoj konvenciji, sud države pred kojim je pokrenut postupak treba ocijeniti valjanost stranačkog sporazuma o nadležnosti suda države koja nije članica prema svom pravu, uključujući i kolizijska pravila tog prava.⁴⁸ Slijedom toga, o unutarnjem pravu države suda ovisi hoće li ona formalnu i materijalnu valjanost takvih sporazuma ocijenjivati prema domaćem ili nekom stranom pravu.⁴⁹ Prorogacija nadležnosti sudova treće države može biti uređena i višestranim i dvostranim međunarodnim ugovorima.⁵⁰ Potrebno je napomenuti da se sporazumi o mjestu ispunjenja ugovorne obveze na temelju kojih prema čl. 5. st. 1. Uredbe Brisel I može zasnovati posebna nadležnost u ugovornim sporovima, ne smatraju sporazumom o nadležnosti suda mjesta ispunjenja, tako da se na njih ne primjenjuju odredbe čl. 23. Uredbe Brisel I.⁵¹ Pravilo prema kojemu prorogacija treba sadržavati izbor nadležnosti suda ili sudova neke države članice treba tumačiti široko.⁵² Iako bi iz teksta Uredbe Brisel I slijedilo da su se stranke sporazumjele da će sud ili sudovi jedne države članice biti nadležni⁵³ ipak je u praksi bilo i drugačijih tumačenja.⁵⁴ Prema tumačenju Suda iz predmeta Meeth iz 1978.⁵⁵ odredbe o prorogaciji primjenjuju se i onda kada stranke

46 INTERNATIONALES ZIVILVERFAHRENSRECHT, str. 158. – 162.

47 Pogledaj LINKE, H., *Internationales Zivilprozessrecht*, Köln, 2006., (dalje – **LINKE**), str. 77.

48 Izvještaj P. Schlossera uz konvenciju od 9. listopada 1978., Sl. List Europske Zajednice 1979., C 59, str. 71, paragraf 176.

49 U njemačkoj sudskoj praksi prihvaćeno je tumačenje da se valjnost sporazuma o nadležnosti suda države koja nije članica Europske unije ocjenjuje prema odredbama njemačkog građanskog procesnog prava o sporazumu o nadležnosti.

50 www.hcch.net.

51 Vidi presudu Siegfried Zelger v. Sebastiano Salinitri (1980) ECR 89, C 56/79, od 17. siječnja 1980. Praksa Europskog suda, <http://www.europa.eu.int/eur-lex>

52 Austrijsko građansko procesno pravo iz 1995. reformirano je 1995. uvođenjem prethodnog odlučivanja Europskog Suda pravde. 2002. godine bila je još jedna velika reforma s glavnom svrhom na koji način ubrzati postupak. Reforma 2004. i 2005. godine prvenstveno su tehničke prirode. Austrijsko građansko procesno pravo ima više vrsta mjesne nadležnosti. Sustav se temelji na kombinaciji opće nadležnosti i raznih vrsta posebne nadležnosti. Posebna mjesna nadležnost dijeli se na isključivu i izberivu nadležnost. Stranke imaju mogućnost mijenjati nadležnost svojim sporazumom. Nadležnost koja se može ugovarati voljom, kojom stranke mogu raspolagati, zove se ugovorena nadležnost (prorogable Zuständigkeit). Vidi RECHBERGER, W – KODEK, G, *Kluwer law international*, Austria, 2005., (dalje **RECHBERGER – KODEK**), str. 15. - 16.

53 Tekst na engleskom ...*court of the courts of a contracting states*

54 U parničnom postupku moguće je da stranke sporazumno ugovore mjesnu nadležnost suda do određenog stupnja. U određenim slučajevima moguće je da se postupak prebaci s nadležnog suda na drugi sud iste vrste. Vidi BGH (D) 30. October 2003. I ZR 59/00 Article 17 Brussels Convention – Facts relevant for more than one purpose. Vidi RECHBERGER – KODEK, o. c., str. 32.

55 Up. Odluku ES br. 23/78. U parnici Meeth v. Glacetal. U toj odluci analiziran je sljedeći prorogacijski sporazum, zaključen između njemačkog kupca i francuskog prodavatelja, ako se kao tužitelj pojavi njemački kupac isključivo francuski sudovi imaju nadležnost, u slučaju da se francuski

istodobno ugovore nadležnost suda ili sudova više država članica.⁵⁶ Čak i kada se stranke, kao u predmetnom slučaju, sporazumiju o nadležnosti suda države prebivališta tuženika, koja je i onako propisana odredbom čl. 2. Uredbe Brisel I, radi se o prorogaciji nadležnosti, ako su stranke takvim sporazumom isključile mogućnost zasnivanja nadležnosti sudova drugih država prema drugim osnovama propisanim Konvencijom. Obrazloženje suda u predmetu Meeth govori u prilog tome da bi prema čl. 23. Uredbe Brisel I stranke mogle sklopiti i sporazum o nadležnosti sudova države tužitelja, dakle sporazum prema kojem bi stranka, postupak mogla pokrenuti u državi svog prebivališta, odnosno sjedišta. Prema praksi Suda, ugovor o prorogaciji ne mora biti sročan tako da se samo na temelju tog ugovora može utvrditi koji je sud nadležan. U predmetu Coreck Maritime iz 2000.⁵⁷ Sud je utvrdio da je dovoljno da ugovor navodi objektivne čimbenike, na temelju kojih su se stranke sporazumjele o nadležnom sudu ili sudovima. Ti čimbenici moraju biti dovoljno precizni da omoguće sudu pred kojim je postupak pokrenut da odluči o svojoj nadležnosti, ali mogu se konkretizirati s obzirom na okolnosti slučaja.⁵⁸

2.4. Predmet i oblik prorogacijskog sporazuma (izričita i prešutna prorogacija)

Iz odredbe čl. 25. Uredbe Brisel I 1215 kao što je bilo propisano i iz čl. 23. st. 1. Uredbe Brisel I slijedi da se prorogacija mora odnositi na spor koji je već nastao ili koji može nastati u vezi s određenim pravnim odnosom.⁵⁹ Sporazum prema kojemu će se pred sudom određene države rješavati svi sporovi koji bi ikad mogli nastati između stranaka nije dopušten prema Uredbi Brisel I.⁶⁰ Time se ekonomski slabijoj strani pruža zaštita od toga da joj unaprijed bude nametnuta

prodavatelj pojavi kao tužitelj, nadležni su njemački sudovi. Na zahtjev Saveznog vrhovnog suda Njemačke, Europski Sud je stao na stajalište da stranke, u prorogacijskom sporazumu, mogu odrediti nadležnost sudova više država ugovorenica, iako se kritični izraz u konvenciji koristi u jednini. Vidi EUROPSKO GRAĐANSKO PROCESNO PRAVO, str. 118.

56 Takav stav sud je opravdao time da čl. 17. Konvencije široko prihvaća autonomiju stranka. Vidi BABIĆ, o. c., str. 77.

57 BURGSTALLER – NEUMAYR – RITZBERGER, o. c., str. 8. - 9.

58 C-387/98, Coreck Maritime GmbH v. Handelsveem BV et. al (2000), ECR I-9337 od 9. studenog 2000.

59 BGH je odlučio da njemački sud, pri kojem tužitelj podnose tužbu je nadležan odlučiti o slučaju. Da bi ustanovili sudsku nadležnost dovoljno je da tužitelj iznese dovoljno činjenica, kao bi dokazao unutar ugovora, koji su stranke sklopile da ugovor za kompjutorske programe, je prekriven prošlim i da zato ovaj ugovor je predmet ugovorene nadležnosti. Je li sporazum oko toga pitanja stvarno postignut je pitanje vezano za meritornu odluku. Presuda sadrži činjenično stanje koje relevantno da bi ustanovila nadležnost i odlučilo o meritumu stvari. Prema presudi BGH sudska nadležnost u ovakvim slučajevima može se pretpostaviti odmah kada tužitelj prezentira odlučujuće činjenice, koje ako su točne su dovoljne da se ustanovi sudska nadležnost.(1) The European legal forum 2004.

60 Tako CZERNICH, D. – TIEFENTHALER, S. – KODEK, G. – HEISS, H., o. c., str. 189.

nadležnost nekog suda za sve pravne odnose s drugom ugovornom stranom.⁶¹ I prema Bruxelleskoj konvenciji je u čl. 17. bilo određeno da se nadležnost može ugovoriti za spor, koji je već nastao, kao i za sporove koji mogu proizići iz određenog pravnog odnosa. Postoje dvije vrste sporazuma: jurisdikcijski sporazum, koji za svoj predmet ima isključivo prorogaciju nadležnosti za već nastali spor i jurisdikcijsku klauzulu, koja je samo jedna od odredaba nekog drugog, materijalno-pravnog sporazuma, a kojoj se prorogira nadležnost za spo (sporove), koji će tek nastati, iz određenog pravnog odnosa.⁶² Pravni odnos mora biti određen, jasno identificiran, nije dovoljna klauzula kojom se prorogira nadležnost za spor, koji će nastati iz pravnog odnosa, koji u momentu zaključenja ovakve klauzule nije definiran i perfektiran.⁶³ Ako se sporazum o nadležnosti sklapa u obliku prorogacijske klauzule, on obuhvaća sporove, koji proizilaze iz ugovora u kojem je klauzula sadržana, ali i sporove o drugim zahtjevima, koji su tijesno povezani sa zahtjevima iz ugovora, kao što su primjerice zahtjevi na temelju deliktne odgovornosti ili stjecanje bez osnova, kao i zahtjevi iz ugovora, koji sadrže prorogacijsku klauzulu ili zahtjev iz drugih pravnih poslova, koji s tim ugovorom u gospodarskom smislu čine cjelinu.⁶⁴ Prema stavu suda, na nacionalnom sudu je da u konkretnom slučaju tumačenjem klauzule utvrdi doseg stranačkog sporazuma o nadležnosti.⁶⁵ Što se tiče odnosa materijalnopravnog odnosa i prorogacijske klauzule, u praksi država članica problemi su nastupali povodom jurisdikcijskih klauzula.⁶⁶ Prvo, što je potrebno ustanoviti jest da je spor proizašao iz onog materijalnopravnog odnosa, koji je uređen aktom koji je popraćen jurisdikcijskom klauzulom. Najmanji problem izaziva slučaj kada je materijalnopravni odnos proistekao iz ugovora, pa je povrijeđena neka ugovorna klauzula.⁶⁷ Ali postavlja se pitanje, kako će se postupiti, ako stranka tvrdi da je materijalnopravni odnos (ugovor) nepunovažan, pa svoj zahtjev zasniva na nekom drugom materijalnopravnom odnosu. Važi li jurisdikcijska klauzula ili ne? Koje je pravo mjerodavno za ocjenu o tome, dijeli li jurisdikcijska klauzula sudbinu s materijalnopravnim poslom? Ako je materijalnopravni posao valjan, valjana je i jurisdikcijska klauzula. U pogledu mjerodavnog prava za ocjenu odvojivosti

61 Mišljenje neovisnog odvjetnika Tesaura u predmetu C – 214/89, Powell Duffryu (1992.), ECR I – 1745, 10. Ožujka 1992, paragraf 10. Vidi <http://curia.europa.eu/index.htm>

62 Pogledaj MAYR – CZERNICH, *o. c.*, str. 126. – 127.

63 Vidi EUROPSKO GRAĐANSKO PROCESNO PRAVO, *o. c.*, str. 120.

64 Vidi BABIĆ, *o. c.*, str. 79.

65 C – 269/95., Francesco Benincasa v. Denta Ikit Srl (1997.), ECRI-3767, 3. Srpnja 1997. Francuska sudska praksa slijedi usko tumačenje prorogacijskih klauzula. Tako je primjerice francuski kasacijski sud odlučio da klauzula, kojom je ugovorena nadležnost za sporove o poslovanju prema nekom ugovoru ne obuhvaća i sporove u vezi s prestankom tog ugovora. International Legal Proceedings (1998.), str. 189.. U odluci od 12. Prosinca 1989. Kasacijski sud odlučio je da se prorogacijska klauzula sklopljena između stranaka u ugovoru o trgovačkom zastupanju ne primjenjuje na sporove iz ugovora o konsultantskim uslugama, koji su stranke sklopile nakon nekoliko dana kasnije u vezi s prethodnim ugovorom. Ova tumačenja kritizirana su u doktrini.

66 Vidi KOCH – DIEDRICH, *o. c.*, str. 62.

67 Vidi LINKE, *o. c.*, str.

materijalnopravnog posla od jurisdikcijske klauzule, gledišta variraju između *lex fori* i nacionalnog prava, u skladu s kojima je zaključen materijalnopravni posao. U načelu, jurisdikcijska klauzula može se odvojeno ocjenjivati u odnosu na glavni posao, ako se stave prigovori, koji se tiču njene specifične nepunovažnosti: zaključena je protivno pravilima ili osobe koje su je ugovorile na to nisu bile ovlaštene.⁶⁸ Što se tiče čl. 25. Uredbe Brisel I 1215 kao što je bilo i u čl. 23. Uredbe Brisel I ne propisuje se nikakvo ograničenje u vezi s predmetom spora o kojem se može sklopiti prorogacija.⁶⁹ Sporazum o prorogaciji može se sklopiti u pogledu svih onih sporova, na koje se primjenjuje Uredba, a to su građanski i trgovački sporovi, osim onih koji su izričito isključeni iz polja primjene Uredbe (čl. 1).⁷⁰ Prema odredbi čl. 25. st. 1. Uredbe Brisel I 1215 kao što je bilo propisano i u odredbama čl. 23. st. 1. i 2. sporazum o prorogaciji mora biti zaključen u pisanom obliku ili usmeno s pisanom potvrdom ili u obliku koji odgovara praksi koju su stranke uspostavile ili u međunarodnoj trgovini, u obliku koji odgovara trgovačkom običaju koji je strankama bio poznat ili koji im je morao biti poznat i kojega redovito poštuju stranke ugovora te vrste u dotičnoj oblasti.⁷¹ Odredbe o formi prorogacije evoluirale su od izvornog teksta Bruxelleske konvencije iz 1968. To rješenje preuzeto je iz njemačko-belgijske konvencije o međusobnom priznanju sudskih odluka iz 1958. te Haške konvencije o nadležnosti sporazumno određenog suda u ugovorima o prodaji robe iz 1958. Konvencijom od 9. listopada 1978. o pristupu Danske, Irske i Velike Britanije⁷² pravila o obliku proširena su upućivanjem na običaje u međunarodnoj trgovini, a Konvencijom iz San – Sebastiana o pristupanju Španjolske i Portugala od 26. svibnja 1989.⁷³ Uvrštena je i odredba o praksi koju su stranke međusobno uspostavile. Nakon te revizije, odredbe o prorogaciji ostale su neizmjenjene do donošenja Uredbe.⁷⁴ Uredba je u cijelosti prihvatila rješenje iz zadnje verzije Konvencije uz dopunu kojom propisuje da su s pisanim oblikom izjednačena elektronička priopćenja koja

68 U sporu *Elefanten Shuk v. Jacqmain* ES je u odluci 150/80. stao na stanovište da se pitanje ovlaštenja za zaključenje prorogacijskog sporazuma ima cijeliti prema nacionalnom pravu države kojoj pripada sud.

69 NAGEL – GOTTWALD, *o. c.*, str. 127. – 129.

70 Prorogacijskim sporazumom može se ugovoriti nadležnost samo za one pravne stvari koje su u domeni Konvencije. Europski Sud je o ovome zauzeo stav u jednom konkretnom radnopravnom sporu, bilo je postavljeno pitanje važenja prorogacijskog sporazuma i Sud je zauzeo stav da je on primjenjiv ako ispunjava propisane uvjete.

71 EUGH 14. 12. 1976., Rs 24/76 – Colzani, Slg 1976. Vidi BRENN, *o. c.*, str. 29. – 31.

72 Sl. List EZ, 1978, L 304., str. 1.

73 Sl. List EZ, 1989., L 285., str. 1.

74 Vdii BABIĆ, *o. c.*, str. 80.

omogućavaju trajni zapis sporazuma.⁷⁵ Oblik ugovora o prorogaciji⁷⁶ uređen je autonomno, primjenjuju se pravila *legis fori, legis fori prorogati* ili bilo kojeg drugog prava o obliku ugovora o prorogaciji⁷⁷. Prema praksi Suda, formalne pretpostavke za sklapanje sporazuma o prorogaciji služe utvrđivanju stvarne suglasnosti stranaka o nadležnom sudu.⁷⁸ Sporazum koji ne udovoljava tim pretpostavkama ne proizvodi nikakve pravne učinke.⁷⁹ Sporazum o prorogaciji se smatra sklopljenim u pisanom obliku u smislu čl. 23. Uredbe, ako su sve ugovorne stranke u pisanom obliku očitovale svoju volju da nadležni budu sudovi određene države.⁸⁰ Očitovanja volje izražena u pisanom obliku mogu biti takve da stranke potpišu jedinstvenu ispravu ili da razmjene svoja pisana očitovanja koja ne moraju biti potpisana.⁸¹ Pod razmjenom pisama podrazumijeva se razmjena poštanskih pošiljki, ali i telegrama, telefaksa, teleksa ili drugih telekomunikacijskih sredstava koji omogućuju pisani trag o sporazumu o nadležnosti. Uredba Brisel I 1215 u čl. 25. St. 2. kao što je Uredba Brisel I u čl. 23. St. 2. izjednačava s pisanim tragom trag dostupan na ekranu,⁸² što znači da izjednačava elektroničke zapise⁸³ o sporazumu s pisanim tragom, jer se isti po potrebi mogu tiskati na papiru (elektronička pošta).⁸⁴ I prema čl. 17. Bruxelleskoj Konvencije pisanu formu treba

75 Uredba je isto kao i Konvencija i Lugano konvencija u pogledu prorogacije nadležnosti privilegirala osobe koje imaju prebivalište u Luksemburgu. Prema odredbama čl. 63. st. 2. Uredbe, ako su konačno mjesto isporuke robe ili pružanja usluga nalazi u Luksemburgu, sporazum o nadležnosti je valjan ako je prihvaćen u pisanom obliku ili usmeno s pisanom potvrdom u smislu čl. 23. st. 1. Uredbe. U tim slučajevima se vrijede pravila o "omekšanom" pisanom obliku iz. Čl. 23. st. 1. podstavak b. I c. Povlašteni položaj u pogledu nadležnosti Luksemburžani su opravdali činjenicom da, zahvaljujući maloj površini Luksemburga, osobe koje tamo prebivaju sklapaju puno više pravnih poslova s međunarodnim obilježjem čime su nerazmjerno više izložene mogućnosti da budu podvrgnute nadležnosti stranog suda. Ovo rješenje je isteklo 1. ožujka 2008. I nije se primjenjivalo na ugovore o pružanju financijskoj usluga.

76 Vidi SCHMIDT, o. c., str. 25.

77 Vidi RECHBERGER, W. – KODEK, G., *Kluwer Law International*, Austria, 2005., (dalje – **RECHBERGER – KODEK**), str. 32.

78 Vidi C-24/76, Estatas Salotti di Colzani Aimo et Gianmario Colzani v Ruwa Polstereimaschinen GmbH, (1976) ECR 1831., 14. Prosinca 1976., C-25/76, Segoura v Rahim Bonakdaria, (1976) ECR 1851., 14. Prosinca 1976.

79 Odredba čl. 23. Uredbe ne rješava pitanje služe li pravila o obliku sporazuma o prorogaciji samo tome da se osigura primjeren dokaz o sporazumu stranaka (*forma ad probationem*) ili sporazum o nadležnosti ne može biti sklopljen ako te pretpostavke nisu ispunjene (*forma ad solemnitatem*).

80 Vidi BABIĆ, o. c., str. 81.

81 Vidi odluku austrijskog Vrhovnog suda JBI (2001.), str. 117.

82 BURGSTALLER – NEUMAYR – RITZBERGER, o. c., str. 21.

83 Temeljno je pravilo predviđeno Smjernicom 2000./ 31. Jest pravilo da zemlje članice ne mogu svojim propisima lišiti ugovore pravne valjanosti samo iz razloga što su zaključeni elektroničkim putem. Vidi PETRIĆ, S., *O problemima električne trgovine*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 40. (69 – 70)," Split, 2003., str. 109. – 141.

84 Obrazloženje prijedloga Komisije, COM 1999. (348), final. Sl. List EZ, C376 E, 28. Prosinca 1999., tekst uz čl. 23. Uredbe prema stavu Komisije, ova odredba ostvaruje ciljeve naveden u Direktivi o elektroničkom poslovanju (Direktiva 2000./31/EZ od 8. Lipnja 2000. O određenim pravnim aspektima usluga informacijskog društva, posebice elektroničke trgovine na unutrašnjem

shvatiti tako da su obje stranke svoju volju pismeno izrazile.⁸⁵ Odredbe čl. 25. Uredbe Brisel I 1215 kao što je bilo u Odredbi čl. 23. Uredbe Brisel I ne traže da u pisanom očitovanju stranaka, volja da se ugovori nadležnost nekog suda, bude izričito očitovana, dovoljno bi bilo da sporazum sadrži izričitu uputu na neku ispravu-opće uvjete⁸⁶poslovanja.⁸⁷

Uredba Brisel I 1215 u čl. 25. st. 1. kao što je I u Uredba Brisel I u čl. 23. st. 1.(a) priznaje valjanost sporazuma o nadležnosti kod kojih postoji pisano očitovanje samo jedne stranke kojim se potvrđuje suglasnost stranka o prorogaciji. Ugovor koji se potvrđuje pisanim očitovanjem može biti sklopljen usmeno, ali i prešutno, ako suglasnost volja stranaka jasno proizilazi iz okolnosti slučaja. Prema odredbi podstavak a) sporazum stranaka mora se odnositi upravo na sudsku nadležnost. Sadržaj pisane potvrde mora odgovarati sporazumu koji su stranke u stvarnosti postigle.⁸⁸ Zbog toga sklapanje ugovora konkludentnim prihvatom pisane ponude, koje je često u međunarodnoj trgovini, ne udovoljava pretpostavkama iz podstavka a). Prema praksi Suda EZ, za valjanost prorogacije ne traži se da pisana potvrda potječe od stranke protiv koje se prorogacija ističe.⁸⁹ Pisana potvrda mora uslijediti u razumnom roku nakon usmenog skapanja sporazuma. Što se tiče drugih pitanja vezanih uz oblik potvrde vrijedi sve ono što vrijedi i za sporazum o nadležnosti koji

tržištu. Sl. List EZ 2000. L 178, str. 1.

85 Pogledaj EUROPSKO GRAĐANSKO PROCESNO PRAVO, str. 122. Vidi KRUGER, o. c., str. 221.

86 Dominantna značajka suvremenog poslovanja je gotovo napuštanje ugovora koji nastaju individualnim pregovaranjima o svakoj klauzuli ugovora. Posljednjih stotinjak godina razvoja poslovnog prometa obilježavaju standardizirani ugovori, koji se javljaju najprije u oblasti prijevoza robe i ljudi, potom u djelatnosti pružanja bankarskih usluga i usluga osiguranja, da bi danas postali gotovo jedini način sklapanja ugovora u svim oblastima poslovanja. Formulirani ili standardizirani ugovori su ugovori čiji tekst unaprijed određuje jedna strana ugovarateljica i nudi ga kao obrazac za zaključenje ugovora, u pravilu velikom broju budućih suktrahenata. Pretežiti dio ili čitav sadržaj formularnog ugovora čine opće uvjete poslovanja sastavljača ugovora, bilo da su inkorporirana u tekst ugovora, bilo da se ugovor na njih poziva. Vidi PETRIĆ, S., *O nepravilnim klauzulama općih uvjeta u pravu Europske unije*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, godina 39. (65-66)", Split, 2002., str. 59. – 80.

87 Prema tumačenju Suda izričita uputa na opće uvjete poslovanja koji sadrži sporazum o nadležnosti potreban je i onda kada se ona nalazi na poledini papira koji su stranke potpisale. C-24/76, Colzani v. Ruwa (1976.) ECR 1831, 14. prosinca 1976. Tako i u predmetu Russ v. Nova iz 1984. Sud je odlučio da sporazum o nadležnosti nije valjano sklopljen, ako je prorogacijska klauzula sadržana na poledini teretnice bez uputa na prednjoj strani. Prema stavu Suda, time nije pruženo dovoljno jamstvo da je druga strana doista pristala na klauzulu kojom se derogira nadležnost prema ostalim odredbama Konvencije. U praksi Suda riješeno je i pitanje udovoljava li pretpostavkama za prorogaciju klauzula sadržana u statutu dioničkog društva. Prema tumačenju Suda u predmetu Powell Duffryn iz 1992., odredba statuta dioničkog društva usvojena u skladu s mjerodavnim nacionalnim pravom koja upućuje na nadležnost suda neke države članice za sporove između tog društva i njegovih dioničara smatra se sporazumom o nadležnosti u smislu čl. 23. Uredbe. Formalna pretpostvka za sklapanje prorogacije je udovoljena ako je klauzula o nadležnosti sklopljena u statutu koji je pohranjen u javnom registru ili na drugom mjestu koji je dioničaru dostupan. U ovom slučaju Sud EZ favorizira stranačku autonomiju.

88 Pogledaj LINKE, o. c., str. 79.

89 Vidi BABIĆ, o. c., str. 82.

se sklapa u pisanom obliku.⁹⁰ Je li ugovor, koji se odnosi na nadležnost zaključen u obliku usmenog ugovora, gdje prodavatelj naknadno šalje pisani ugovor o prodaji, koji također treba služiti kao račun (dostavnica) koji sadrži suprotnu klauzulu koja se odnosi na nadležnost, kao dio uvjeta prodaje. BGH je odlučio da izvršavanje obveze na plaćanje, kao ostatak tržišne cijene koju traži tužitelj je u Francuskoj, gdje je sjedište tuženika. Prema žalbenom sudu stranke su se složile da tužitelj ima obvezu izvršiti dostavu u sjedište tuženika tj. u ovom slučaju Francusku. Kao rezultat prema čl. 5. Bruxelleske konvencije jest mjesto plaćanja ili izvršenje obveze.⁽²⁾⁹¹ Pristupnom konvencijom iz San-Sebastiona iz 1989., odredbi čl. 17. Bruxelleske konvencije dodana je odredba podstavka b) po kojoj se uvodi još jedan oblik zaključivanja sporazuma o nadležnosti – oblik koji odgovara praksi koju su stranke međusobno uspostavile.⁹² Time je doslovno preuzet tekst čl. 17.(1)(b) Luganske konvencije iz 1988. Koji je zapravo kodificirao tumačenje Suda EZ na temelju izvornog teksta Bruxelleske konvencije iz predmeta Segoura iz 1976. Sud je utvrdio da su formalne pretpostavke za prorogaciju ispunjene ako je usmeni sporazum sastavni dio trajnog trgovačkog odnosa⁹³ između stranaka, a utvrđeno je da je praksa⁹⁴ koju su stranke uspostavile u cjelini uređena općim uvjetima poslovanja⁹⁵ stranke koja daje pisanu potvrdu, a ti uvjeti sadrže klauzulu o nadležnosti.⁹⁶ Pristupanjem Velike Britanije, pristupnom konvencijom

90 U dosadašnjoj praksi Suda EZ nije razmotrio pitanje kakav je učinak prigovora koji bi druga strana dala na potvrdu o sklapanju ugovora. Prema njemačko-belgijskoj konvenciji o priznanju sudskih odluka iz 1958., koja je bila polazište za uređenje odredbe čl. 17. Bruxelleske konvencije, prorogacija je bila valjana samo ako pisanu potvrdu nije osporila druga strana. Pream nekim autorima i odredbe Bruxelleske konvencije odnosno uredbe trebalo bi tumačiti u tom smislu. Vidi predmet *berghoefer*, Sud EZ je ostavio ovo pitanje otvorenim utvrdivši da u tom konkretnom slučaju nije bilo nužno odlučiti o tome mogu li se i u kojoj mjeri pri odlučivanju o valjansoti sporazuma o nadležnosti uzeti u obzir prigovori koje daje druga strana na pisanu potvrdu usmenog ugovora.

91 Vidi *The European Legal Forum, Forum iuris communis Europea*, B 14635., 2-2004, pp77-152, 4th Year/March/April, 2004., str. 122. – 133.

92 Ugovori o potrošačkim, gotovinskim i ostalim oblicima kreditiranja zaključuju se u skladu s uobičajenom praksom banaka, odnosno davatelja kredita, tj. Na unaprijed pripremljenim obrascima koji sadrže opće uvjete poslovanja davatelja kredita. Vidi PETRIĆ, S., *Zaštita potrošača u bankarskim kreditnim poslovima u hrvatskom pravu u odnosu na pravo EU*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, godina 39, (65-66)", Split, 2002., str. 116.

93 Ugovorne strane su vezane običajem koji je široko poznat i koji ugovorne strane u odnosnoj struci redovno poštuju izuzev kada primjena takvog običaja ne bi bila razumna. Vidi *Načela europskog ugovornog prava*, "Europski centar za mir i razvoj CEPD, Univerzitet za mir Ujedinjenih naroda", Beograd, 2003.

94 Sud je smatrao da sporazum koji se odnosi na nadležnost ipak ne može konstituirati iz prakse utemeljene između stranaka prema čl. 17. Konvencije. Osvrćući se na odluku ECI, BGH izjavljuje da za sporazum koji se odnosi na nadležnost koja se temelji na praksi uspostavljenoj među strankama kao preduvjet zajedničkog dogovora koji se odnosi na zaključak takvog sporazuma koji se treba ispuniti. *The European legal forum* 2004.

95 Ugovorne strane su vezane običajima sa kojima su se suglasile, kao i s praksom uspostavljenom među njima. Vidi *UNIDROIT načela Međunarodnih trgovinskih ugovora*, "Europski centar za mir i razvoj CEPD) Univerzitet za mir Ujedinjenih naroda", Beograd, 2003., str. 4.

96 Predmet *Russ v. Nova* iz 1984. Sud je utvrdio da sporazum o nadležnosti udovoljava formalnim pretpostavkama. Vidi predmet *C-71/83., Russ v. Nova* (1984.) ECR 2417, 19. lipnja 1984, paragrafi

iz 1978. po prvi put je prihvaćeno sklapanje sporazuma o nadležnosti prema običajima o međunarodnoj trgovini.⁹⁷ Ovaj oblik je usvojen zbog nezadovoljstva krutim pravilima i prorogacija sklopljena u obliku koji odgovara međunarodnim trgovačkim običajima. Prema odredbi čl. 25. Uredbe Brisel I 1215 kao što je bilo i u čl. 23. Uredbe Brisel I temelji se na neoborivoj presumpciji da su se stranke suglasile o nadležnosti nekog suda, i u tom ova odredba odstupa od načela da je za prorogaciju potreban stvarni sporazum stranka. Trgovački običaj je pojam koji predstavlja autonoman pojam koji pripada pravu Zajednice.⁹⁸ Odredbe čl. 23. Uredbe Brisel I propisuju subjektivnu pretpostavku prema kojoj se običaj primjenjuje ako je strankama bio poznat ili im je morao biti poznat. Na nacionalnim sudovima je da u konkretnom slučaju utvrde postojanje određenog običaja. Zahvaljujući odredbi čl. 25. Podstavka c) Uredbe Brisel I 1215 isto kao što je bilo i u čl. 23. podstavka c) Uredbe Brisel I prihvaćanje valjanosti sporazuma o nadležnosti sadržanog u pismu potvrde jedne strane na koje je druga strana reagirala šutnjom ili konkludentnom radnjom. Sporazum o nadležnosti može biti zaključen i šutnjom ili konkludentnim radnjama. To su slučajevi plaćanja računa koje je izdala druga strana koji sadrže uputu na prorogacijsku klauzulu ili na neki drugi način koji nije predviđen Uredbom. Prema praksi nacionalnih sudova ovakvo sklapanje ugovora smatra se trgovačkim običajem prihvaćenim u međunarodnoj trgovini.⁹⁹

2.5. Ograničenje stranačke autonomije

Stranačka autonomija u pogledu sporazuma o nadležnosti¹⁰⁰ ograničena je odredbama čl. 24. Uredbe Brisel I 1215 kao što je bilo propisano i u čl. 22. Uredbe Brisel I o isključivoj nadležnosti.¹⁰¹ Ako su sudovi neke države članice

18. I 19.

97 Vidi NAGEL – GOTTWALD, *o. c.*, str. 132.

98 Prema odluci u predmetu Castelletti iz 1999. trgovački običaj ne treba biti objavljen. Ako neke stručne udruge ili organizacije objavljuju standardne obrasce koje sadrže prorogacijske klauzule, to može pomoći u dokazivanju običaja, ali se običaj može dokazati i drugim sredstvima. Vidi C-159/97. *Transporti Castelletti Spedizioni Internazionali Spa v. Hugo Trumpy Spa* (1999.9 ECR-I-1597., 16. Ožujka 1999.

99 Općeprihvaćeno je da je prema običaju u međunarodnom pomorskom prometu prorogacijska klauzula sadržana u teretnici valjana bez obzira na to je li krcatelj potpisao teretnicu.

100 Ako usporedimo arbitražni sporazum vidjet ćemo da ne mora biti sadržan u jednoj ispravi. To je rješenje koje je općenito usvojeno i sadržano u mnoštvu nacionalnih propisa. On može biti sadržan u odvojenim ispravama u kojima je izražena volja stranaka. Očitovanje mora biti pisano, ali i praksi je prihvaćeno da suglasnost može biti dana i konkludentnim radnjama – podnošenjem zahtjeva za arbitražu. Sporazum glede nadležnosti može biti sadržan u ugovoru kojim su stranke u sporu regulirale svoja druga prava i obveze, ali može biti sadržan i u posebnom ugovoru, koji ne mora nužno predstavljati jednu ispravu. Vidi KUNŠTEK, E., *Arbitražna nadležnost ICSID, (Međunarodni centar za rješavanje ulagačkih sporova između država i državljana drugih država, Rijeka, 2002., str. 200.*

101 Prema čl. 22. Uredbe bez obzira na prebivalište, isključivo su nadležni: 1. Za tužbe kojima

isključivo nadležni,¹⁰² ne može se prorogirati nadležnost sudova neke druge države članice, a ako se prorogirala, ti sudovi se moraju po službenoj dužnosti oglasiti nenadležnim prema čl. 28. Uredbe Brisel I 1215 na isti način što je bilo propisano čl. 25. Uredbe Brisel I.¹⁰³ Neovisno od toga je li prorogacija izvršena u vidu jurisdikcijskog sporazuma ili jurisdikcijske klauzule, izvjesno je da se traži postizanje sporazuma konsezusom.¹⁰⁴ U literaturi je sporno je li sporazum o nadležnosti suda države članice dopušten, ako se u državi, koja nije članica Unije zasniva isključiva nadležnost (ako su predmet spora stvarna prava na nekretninama koje se nalaze u Rusiji). Postoji više stavova, prema jednom isključiva nadležnost trećih država ne utječe na primjenu europskih pravila o nadležnosti – doslovno tumačenje odredaba čl. 23. Uredbe. Brisel I.¹⁰⁵ Prema drugom širem tumačenju, odredba čl. 24. Uredbe Brisel I 1215 (čl. 22. Uredbe Brisel I) o isključivoj nadležnosti ima tzv. povratno djelovanje, tako da se sudovi država članica ne mogu oglasiti nadležnim, ako bi primjenom te odredbe sud treće države bio isključivo nadležan.¹⁰⁶ Radi zaštite određene kategorije osoba, Uredba Brisel I 1215 primjenjuje ograničenja stranačke autonomije u pogledu ugovaranja nadležnosti za pojedine vrste sporova. Riječ je potrošačkim sporovima, radnim sporovima i sporovima iz ugovora o osiguranju. Uredba ne propisuje nikakve dodatne pretpostavke u pogledu valjanosti sporazuma o prorogaciji, primjerice mane volje ili zlouporaba prava.¹⁰⁷ U literaturi se predlaže da bi se kroz praksu

su predmet stvarna prava na nekretninama, sudovi države članice gdje leže nekretnine. Međutim, za tužbe kojima je predmet najam ili zakup nekretnina što je zaključen za privremeno korištenje najviše za neprekinutih šest mjeseci, sudovi države članice u kojoj tuženik prebiva također su nadležni, ako je najmoprimac/zakupoprimac fizička osoba te najmodavac /zakupodavac i najmoprimac/zakupoprimac prebivaju u istoj državi. 2. Za tužbe kojima je predmet valjanost, ništavost ili prestanak trgovačkog društva ili druge pravne osobe ili udruženja fizičkih ili pravnih osoba, ili valjanost odluka njihovih tijela, sudovi države članice na čijem području trgovačko društvo, pravna osoba ili udruženje ima sjedište. Radi utvrđivanja tog sjedišta, sud primjenjuje svoja pravila međunarodnog privatnog prava. 3. Za tužbe kojima je predmet valjanost upisa u javne registre, sudovi države članice na čijem području se vode ti registri. 4. Za tužbe kojima je predmet valjanost patenata, žigova, uzoraka modela ili sličnih prava, koja treba položiti ili registrirati, sudovi države članice na čijem području je zatraženo ili izvršeno polaganje ili registriranje ili se smatra da je izvršeno na osnovi instrumenata Zajednice ili međunarodnog ugovora. 5. Za tužbe vezane uz prisilno izvršavanje odluka, sudovi države članicama čijem se području ovrha treba provesti ili gdje je ovrha provedena. Vidi MEĐUNARODNO PRIVATNO PRAVO, o. c., str. 515.

102 Šire o tome RECHBERGER- SIMOTTA, o. c., str. 59.

103 Sud države članice proglašava se po službenoj dužnosti (*of its own motion*) nenadležnim, ako je pred njim pokrenut postupak radi spora za koji su osnovani čl. 22 isključivo nadležni sudovi druge države članice. Vidi MEĐUNARODNO PRIVATNO PRAVO, str. 515. – 517.

104 Sudeći po jednoj odluci Europskog Suda suglasnost volje izražena pri zaključenju prorogacijskog sporazuma tumači se ne kao autonomni pojam već kao univerzalni, sporazum mora biti izraz volje objiju stranka, volja izjavljena i jasna.

105 Izvještaj M. De Almeida Cruz /M. Desantes Real /P. Jenard uz Konvenciju od 26. Svibnja 1989. (Sl. List EZ, 1990., C189, str. 35., paragraf 25.

106 U interesu međunarodne pravosudne suradnje treba se prikloniti ovom mišljenju, osobito ako su sudovi treće države isključivo nadležni prema vlastitom pravu.

107 U predmetu *Elefanten Schuh* iz 1981., neovisni odvjetnik Gordon Slynn, pozivajući se na

Suda EZ trebala stvoriti materijalnoppravna načela uz čiju bi se pomoć mogla ocjenjivati valjanost sporazuma o prorogaciji.¹⁰⁸

2.6. Učinci sporazuma o prorogaciji

Prema čl. 25 Uredbe Brisel I 1215 (čl. 23. Uredbe Brisel I) nadležnost prorogiranog suda može biti isključiva ili izberiva, koja je uobičajena u common law krugu država gdje stranke mogu pokrenuti postupak pred izabranim sudom, ali i pred sudovima koji su nadležni po nekoj drugoj osnovi.¹⁰⁹ Prema tekstu Bruxellesko Konvencije nije izričito spomenuta izberiva prorogacija, ali se mogla ugovoriti. Uredba Brisel I I Brisel I 1215 izberivu prorogaciju izričito uređuju. Prema čl. 25. Uredbe Brisel I 1215 (čl.23. st. 1. Uredbe Brisel I) nadležnost prorogiranog suda je isključiva, ako se stranke nisu drukčije sporazumjele, namjera mora biti jasna.¹¹⁰ Ako su se stranke sporazumjele o nadležnosti sudova neke države članice, a da nisu odredili koji će sud biti mjesno nadležan, mjesna nadležnost određuje se prema pravilima unutarnjeg prava. Stvarna nadležnost sudova nije uređena Uredbom Brisel I 1215, nego unutarnjim pravom.¹¹¹ Ako je prorogacija isključiva, sudovi drugih država članica moraju se oglasiti nenadležnim po službenoj dužnosti, osim ako su ispunjene pretpostavke za prešutnu prorogaciju propisane odredbom čl. 26. Uredbe Brisel I 1215 (čl. 24. Uredbe Brisel I), tj ako se tuženik upustio u raspravljanje o meritumu spora bez osporavanja nadležnosti. U tom slučaju se

potrebu zaštite pravne sigurnosti, predložio je rješenje prema kojemu se valjanost prorogacije u pogledu pitanja koja nisu izričito rješena u čl. 17. Konvencije treba ocjenjivati prema pravu izabranog suda (*forum prorogatum*). Sud se o tom prijedlogu nije izričito očitovao, no budući da iz odluka Benincasa iz 1997. i Casteletti iz 1999. proizilazi da je prorogacija u cijelosti uređena odredbama uredbe o prorogaciji, treba zaključiti da se materijalna valjanost ne može rješavati prema unutarnjem pravu. Vidi BABIĆ, o. c., str. 80.

108 Prema mišljenju izraženom u njemačkoj doktrini, Sud EZ bi trebao širim tumačenjem odredaba čl. 23. Uredbe. Razviti standarde o tome kad se treba prorogacija smatrati ništavom radi zlouporabe prava. U Njemačkoj se to pitanje pojavljuje u vezi s općim uvjetima poslovanja. Zaštita propisana njemačkim Zakonom o općim uvjetima poslovanja (AGB Gesetz) ne primjenjuje se na prorogacijske klauzule uređene europskim pravom, jer se na te klauzule primjenjuju samo pretpostavke koje propisuje čl. 23. Uredbe. Sud EZ još se nije očitovao o tome je li spreman prihvatiti ovakvo šire tumačenje odredaba o prorogaciji.

109 Europski Sud je u slučaju Meeth v. Glacetal Sarl (case 23/78.) (1978.) ECR 2133 odlučio da se prorogacijske klauzule pod uvjetom da se stranke mogu tužiti na sudovima država članica spada unutar čl. 17. Konvencije. Unatoč riziku da dvije države mogu imati isključivu nadležnost. Ova odluka je primijenjena u slučaju Kurz v. Stella Musical Veranstaltungen GmbH (1992.), gdje se smatralo da klauzula kojom obje stranke imaju pravo izbora suda u Engleskoj ili Njemačkoj je efektivna prema čl. 17. Konvencije. Ovo može biti uspoređeno sa slučajem Dresser UK Ltd v. Falcongate Freight Management Ltd (1992.), gdje je žalbeni sud primijenio ugovornu interpretaciju općih uvjeta poslovanja. Vidi SIME, S., A practical approach to Civil Procedure, str.116. – 118.

110 Ovakvo rješenje je kritizirano, ali je nalazilo uporište u mogućnosti stranka da autonomijom volje odlučuju o nadležnosti.

111 Vidi BABIĆ, o. c., str. 85.

uzima da su naknadnom prešutnom prorogacijom stranke sporazumno odustale od ranije izričito ugovorene prorogacije.

3. INSTITUT LITISPENDENCIJE U EUROPSKOM GRAĐANSKOM PROCESNOM PRAVU PREMA UREDBI BRISEL I I UREDBI BRISEL I 1215

Prema odredbi čl. 27. st. 1. Uredbe Brisel I ako su pred sudovima raznih država članica podnesene tužbe o istom zahtjevu između istih stranaka, sud kojem je kasnije podnesena tužba prekida postupak po službenoj dužnosti sve do trenutka dok se ne utvrdi nadležnost suda pred kojim je prethodno podnesena tužba.¹¹² Prema odredbi čl. 27. st. 2. Uredbe Brisel I čim se utvrdi nadležnost suda kojem je prethodno podnesena tužba, sud kojem je kasnije podnesena tužba proglašava se nenadležnim u korist navedenog suda.¹¹³ Ovo pravilo o dvostrukoj litispendenciji primjenju se i onda kada se nadležnost suda pred kojim je kasnije pokrenut postupak temelji na sporazumu stranaka.¹¹⁴ Komisija je 2009. godine usvojila izvješće o primjeni Uredbe Brisel I te je utvrđeno je da je općenito provođenje ove uredbe zadovoljavajuće, ali da je poželjno poboljšati primjenu određenih njezinih odredbi.¹¹⁵ Komisija je sugerirala određene izmijene jer je prema ocjeni Komisije moglo proći nekoliko mjeseci, pa čak i godina prije nego što sud pred kojim je prvo pokrenuta parnica donese odluku o nenadležnosti uzimajući u obzir složenost predmeta i efikasnost pravosuđa date države.¹¹⁶ Prema odredbi čl. 29. st. 1. Uredbe Brisel I. 1215 određeno je, ne dovodeći u pitanje čl. 31. st. 2., ako su pred sudovima različitih država članica pokrenuti postupci u pogledu istog predmeta spora između istih stranaka, svaki sud, osim onoga koji je prvi pokrenuo postupak, po službenoj dužnosti zastaje s postupkom sve dok se ne utvrdi nadležnost suda koji je prvi pokrenuo postupak.¹¹⁷ Prema odredbi čl. 29. st. 2. Uredbe Brisel I 1215 u slučajevima iz st. 1., na zahtjev suda pred kojim

112 Prema odredbi čl. 21. st. 1. Konvencije kada su pred sudovima različitih Država Ugovorenica pokrenuti postupci između istih stranaka i o istom predmetu spora, svi sudovi osim onoga pred kojim je započet postupak moraju prekinut postupak po službenoj dužnosti dok se ne utvrdi nadležnost suda pred kojim je postupak prvo započeo.

113 Prema odredbi čl. 21. st. 2. Konvencije kad se utvrdi nadležnost suda pred kojim je prvo započet postupak, svi ostali sudovi moraju se odreći nadležnosti u korist tog suda.

114 Ovo rješenje omogućuju nelojalnom dužniku da podnošenjem negativne deklaratorne tužbe pred sudom koji nije nadležan ometa vjerovnika u ostvarivanju pravosudne zaštite pred prorogiranim sudom. Vidi kod HAUBRICH-PROROGACIJA, o. c., str. 145.

115 Vidi na <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=celex:32012R1215>. Vidi i DICKINSON, A. – LEIN, E., *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Universitx Press, 2015., str. 1. – 54., vidi na stranici www.oup.com/academic/pdf/.../chapter1.pdf.

116 Vidi kod LAZIĆ, V., *Revizija pravila o litispendenciji u Uredbi Brisel I.*, pogledaj rad i knjizi - BABIĆ I OSTALI – EUROSPKO GRAĐANSKO PROCESNO PRAVO, o. c., str. 105.

117 Vidi kod SOPTICA, N., *Brussels Ia Regulation –Lis pendens provisions*, Pogledaj na stranici www.academia.edu/.../Brussels_la_Regulation_lis_pendens_provision

je pokrenut postupak povodom spora, svaki drugi sud pred kojim je pokrenut postupak bez odgode obavješćuje prethodni sud o datumu pokretanja postupka u skladu s čl. 32. Prema odredbi čl. 29. st. 3. Ako se utvrdi nadležnost suda koji ji prvi pokrenuo postupak, svaki sud osim tog suda se proglašava nenadležnim u korist tog suda. U odnosu na odredbe čl. 27. Uredbe Brisel I možemo reći da revidirana Uredba ne donosi promjene.¹¹⁸ Prema odredbi čl. 30. st. 1. Uredbe Brisel I 1215 ako povezani postupci teku pred sudovima različitih država članica, svaki sud osim suda koji je prvi pokrenuo postupak može zastati s postupkom. Prema odredbi čl. 30. st. 2. Uredbe Brisel I 1215 ako teče postupak pred sudom koji je prvi pokrenuo postupak koji je prvostupanjski sud, svaki drugi sud može također, na zahtjev jedne od stranaka, odbiti nadležnost ako sud koji je prvi pokrenuo postupak nadležan u stvarima o kojima je riječ te ako njegovo pravo omogućuje spajanje postupaka. Prema odredbi čl. 30. st. 3. Uredbe Brisel I 1215 za potrebe ovog članka, postupci se smatraju povezanim ako među njima postoji toliko bliska veza da postoji interes da se odvijaju zajedno i da bude donesena jedna sudska odluka, kako bi se izbjegla opasnost donošenja proturječnih sudskih odluka zbog vođenja odvojenih postupaka. Iako je Komisija predlagala promjene u tekstu u st. 2. kako bi se ukinula mogućnost spajanja postupaka prema odredbama nacionalnog prava država članica Unije, kada je riječ o parnicama koje teku u više država članica Europske unije u pogledu predmeta spora koji nisu identični, ali su međusobno povezani nijedan po prijedloga Komisije nije usvojen tako da odredba čl. 30. Uredbe Brisel I 1215 ostala neizmijenjena u odnosu na odredbu čl. 28. Uredbe Brisel I.¹¹⁹

3.1. Revizija lis pendens pravila s ciljem povećanja djelotvornosti prorogacijskih klauzula

Prema odredbi čl. 31. st. 1. Uredbe Brisel I 1215 ako je za odlučivanje isključivo nadležno više sudova, svaki sud osim suda koji je prvi započeo postupak proglašava se nenadležnim u korist tog suda.¹²⁰ Tijekom reforme Uredbe Brisel I Komisija je sugerirala kroz svoje dokumente na potrebu povećanja djelotvornosti sporazuma o nadležnosti te na zlouporabe pokretanjem parnica pred sudom čija

118 Pogledaj i kod HAUBRICH, V. – POPOVIĆ, V., *Litispendencija i koneksni postupci prema Uredbi EU br. 4472001. O sudskoj nadležnosti, priznanju i ovrši odluka u građanskim i trgovačkim predmetima*, "Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar, 2013., str. 358. – 367.

119 Vidi Prijedlog Komisije od 14. 12. 2010. Proposal of 14 December 2010 for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, COM (2010)748 final 2010/0383 (COD). Vidi Nacrt Izvještaja Eurospkog parlamenta od 28. 6. 2011. European Parliament Draft Report of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and comercial matters COM (2010) 0748-C7-0433/2010.

120 Vidi kod A. SOPTICA, V., *Lis pendens after Brussels Recast*, vidi na stranici www.academia.edu/.../Lis_pendens_after_Brussels_Recast posjećena 17. 2. 2017.

nadležnost nije ugovorena.¹²¹ Izuzetak od općeg pravila *lis pendens* u korist prvenstva odlučivanja o nadležnosti ugovorenog suda donose odredbe čl. 31. st. 2. – 4- Uredbe Brisel 1215. Na taj se način daje prednost ugovorenom sudu.¹²² Sud čija je nadležnost ugovorena može nastaviti postupak neovisno je li sud pred kojim je prvo pokrenut postupak odlučio o svojoj nadležnosti. Prema odredbi čl. 31. st. 2. Uredbe Brisel I 1215 ne dovodeći u pitanje čl. 26., ako postupak pokrene sud države članice kojem je sporazumom iz čl. 25. dodijeljena isključiva nadležnost, svaki sud druge države članice prekida postupak do trenutka kada se sud koji je pokrenuo postupak na temelju sporazuma proglasi nenadležnim temeljem sporazuma. Prema odredbi čl. 25. Uredbe Brisel I 1215 nadležnost prorogiranog suda je isključiva, ako se stranke nisu drugačije sporazumjele.¹²³ Osiguranje djelovanja prorogacijskog sporazuma koje je bilo od prioriteta Komisije svoje podrijetlo vuče iz presude Gasser u kojem je zauzet rigidan stav da sud države članice pred kojim je kasnije započeta parnica, bez obzira na postojanje prorogacijskog sporazuma u njegovu korist, mora zaustaviti svoje postupanje dok se sud pred kojim je parnica prvenstveno počela teći ne oglasi nenadležnim. U predmetu Gassar stranke, jedna sa sjedištem u Austriji, a druga sa sjedištem u Italiji, sklopile su sporazum o izboru austrijskog suda kao nadležnog za sve sporove iz njihova ugovora o kuporodaji. Kada je nastao spor, jedna je stranka, unatoč valjanoj prorogacijskoj klauzuli pokrenula postupak pred talijanskim sudom. Nakon što je druga strana pokrenula postupak pred izabranim austrijskim sudom, austrijski je sud Sudu EU uputio pitanje o odnosu između autonomije stranaka prilikom izbora suda i primjeni pravila o litispendenciji. Jedna je strana ustrajala na strogoj primjeni pravila o litispendenciji, a druga se pozivala na prorogacijsku klauzulu. Sud je donio odluku kojoj je odbacio mogućnost da autonomija stranaka izražena sporazumom o izboru nadležnog suda prevagne kao iznimka od primjene pravila o litispendenciji. Sud je donio odluku primjenjujući strogo pravilo o litispendenciji koristeći se pravilom prvenstva podnošenja tužbe.¹²⁴ Na ovaj način Sud je uveo mogućnost korištenja neprihvatljivog odugovlačenja postupka jer u ovom slučaju koji je omogućio korištenje “talijanskog torpeda” to jest suđenja koja traju dugo po talijanskom pravu kad je riječ o predmetima u kojima

121 Vidi o tome kod Vidi kod LAZIĆ, V., *Revizija pravila o litispendenciji u Uredbi Brisel I*. pogledaj rad i knjizi - BABIĆ I OSTALI – EUROSPKO GRAĐANSKO PROCESNO PRAVO, o. c., str. 105.

122 Vidi kod HUSEINBEGOVIĆ, A. – HAUBRICH, V., *Litispendencija prema građanskom procesnom pravu Europske unije*, “Revija za pravo i ekonomiju, Zbornik s II. Međunarodne naučne konferencije Pravni i ekonomski aspekti procesa integracije Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju”, Mostar, 2017. , str. 9. – 29.

123 – Sud EU, C-116/02, Gasser/MISAT, 2003., I-14693. Vidi kod VRBLJANAC, D., *Litispendencija u europskom međunarodnom privatnom pravu i njezin odnos s odredbom o prorogacijom nadležnosti*, Pravo i porezi, br. 5, 2014., str. 81. – 88.

124 Vidi kod DICKINSON, A. – LEIN, E., *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Universitix Press, 2015., str. 1. – 54., vidi na stranici www.oup.com/academic/pdf/.../chapter1.pdf. posjećena 31. 1. 2017

postoji prorogacija nadležnosti.¹²⁵ ‘‘Talijanski torpedo’’ je izraz koji je za potrebe prava intelektualnog vlasništva prvi put uporabio talijanski odvjetnik, a kasnije se preuzima i u drugim područjima kao vrsta procesne taktike odugovlačenja postupka, kojom se u ovom slučaju kombinira strogo pravilo o litispendenciji s činjenicom da sudovi nekih država članica poput Italije sudske postupke vode izuzetno dugo pa tako neopravdano dugo odlučuju i o nadležnosti.¹²⁶ Pored predmeta Gasser još dva predmeta Turner¹²⁷ i Owuse¹²⁸ su svojim napadima na prorogaciju i doveli i do izmjena Uredbe i trenutne regulacije i odnosa *lis pendens pravila* i prorogacije.¹²⁹ Promjene su bile nužne jer su ove presude uzrokovale nekoliko nepovoljnih procesnih posljedica za stranke (pravnu nepredvidljivost, povećanje troškova postupka, vođenje postupka protivno načelu dobre volje, te slabeći institut sporazuma o izboru suda koji je trebao biti zajmačen Uredbom Brisel I na tak način se ruši kredibilitet država članica EU kao poželjnih mjesta za suđenje te autonomije stranaka kao modernog mehanizma međunarodne trgovine.¹³⁰ Jednostrani i strogi pristup doveo je svoje nuspojave u obluku utrke za sudove.¹³¹ Taj problem se počeo nazivati torpedo ako anomalija prethodnog uređenja.¹³² Zbog ovakve zlouporabe prava, prvesnstvenim započinjanjem parnice pred drugim sudom zbog njegove tromosti, blokira se druga ugovorna stranka, savjesna koja se drži prorogacijskog sporazuma.¹³³ Prema odredbama Uredbe Brisel I 1215 pravila

125 Talijanskom sudu je trebalo deset godina da donese odluku o pitanju valjanosti sporazuma o izboru suda u predmetu Transporti Castelleti v. Higo Trumy, C-159/97 (1999) ECR I 1597

126 Vidi kod RADELJA, M. – ZGRABLJIĆ ROTAR, D., *Novela pravila o litispendenciji prema Uredbi Bruxelles I. na snazi od 10. Siječnja 2015. godine*, ‘‘Hrvatska pravna revija, br. 2., Zagreb, 2016., (dalje – RADELJA – ZGRABLJIĆ – ROTAR), str. 58.

127 Gregory Paul Turner v. Felix Faread Ismail Grovit, Harada Itd and Chagepoint SA, C-159/02 (2004) ECR I-3565

128 Andrew Owuse v. NB Jackson, trading as 00Villa Holidays bal-Inn Villas’’ and Others , C-281/02, (2005) ECR I-1383

129 Ova dva predmeta su stvorila važne procesne posljedice koje onemogućavaju ispravljanje problema ‘‘talijanskog torpeda’’ nastalog predmetom Gasser. Ova tri predmeta se često u procesnoj literaturi nazivaju zloglasnom trilogijom.

130 Vidi kod RADELJA – ZGRABLJIĆ – ROTAR, o. c., str. 59.

131 Vidi kod EKATARINA, I., *Choice of Court Clauses and Lis Pendens under Brussels I Regulation*, Merkourios, Utrecht Journal of International and European Law, European Contract Law, Vol. 27/71., Merkourios, 2010., str. 12. – 16. Vidi na stranici www.utrechtjournal.org/article/download/ posjećena dana 16. 2. 2017.

132 Riječ je o praksi koja je nastala pred talijanskim sudovima, a počiva na okolnosti da pokretanje parnice pred sudom jedne države članice blokira pokretanje procedure pred drugim sudom, između istih stranaka, povodom iste pravne stvari. Vidi kod ŠAGO, D. – MIŠIĆ RADOVANOVIĆ, N., *Prorogacija nadležnosti u hrvatskom pravu i pravu Europske unije*, ‘‘Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 53, br. 4’’, Split, 2016., (dalje – ŠAGO – MIŠIĆ RADOVANOVIĆ), str. 1053.-1078.

133 Sud pred kojim je prvo započet postupak dobiva monopol o odlučivanju o nadležnosti i isključuje sve druge sudove pred kojim je započet postupak ili pred kojim je trebao početi postupak na temelju prorogacije. Pogledaj BOGDAN, M., *The Brussels/Lugano Lis Pendens Rule and the ‘‘Italian Torpedo’’*, *Scandinavian Studies in Law*, 1999. – 2012., str. 92. – 93. Na stranici www.scandinavianlaw.se/pdf/51-4/pdf posjećena dana 14. 2. 2017.

o zabrani litispendencije proširena su ovlaštenjem izabranog suda da sam odluči o svojoj nadležnosti i nastavljanju parnice, bez obzira je li pred njim započeo prvi postupak. Ovo rješenje je prihvatljivije zaštitu autonomiji volje i dogovoru stranaka te sprječava naknadnu zlouporabu postupanja stranaka.¹³⁴ Prema odredbi čl. 31. st. 4. Uredbe Brisel I 1215 stavci 2. i 3. ne primijenjuju se na stvari iz odjeljaka 3., 4. i 5., ako je tužitelj ugovratelj osiguranja, osiguranik, korisnik ugovora o osiguranju, oštećena stranka, potrošač ili zaposlenik, te ako sporazum nije valjan prema odredbama iz ovih odjeljaka.¹³⁵ Ovom odredbom određuje se da se iznimka od pravila o litispendenciji neće primjenjivati u slučaju kada se radi o sporzumu o izboru suda koji se odnosi na spor koji proizilazi iz ugovora u kojima je jedna strana slabija, a to su ugovori o osiguranju, potrošački ugovori i pojedinačni ugovori o radu, u slučaju kada je slabija strana tužitelj, a ugovor nije valjan prema posebnim pravilima Uredbe koji se odnose na te ugovore.¹³⁶ Ovdje je riječ o posebnim ograničenjima autonomije volje za određene ugovore s ciljem zaštite slabije strane.¹³⁷

4. ZAKLJUČAK

U modernim tekovinama, globalnom tržištu na međunarodnom, ali europskom pravnom prostoru nužno je poznavanje instituta prorogacije nadležnosti. Poznavanje europskog građanskog prava kao dijela *acquis communautaire* je nužno je za pravničku struku u Bosni i Hercegovini. Prorogacija nadležnosti (lat. Prorogatio - Produživanje)¹³⁸ predstavlja sporazum stranka o mjesnoj nadležnosti, to jest određenje nadležnosti koje obilježava autonomija volje stranka, a ne kruta zakonska norma. Mnoštvo je životnih situacija u kojima se nalaze akteri materijalnog građanskog prava, koji ukoliko dođe do povrede ili ugrožavanja zaštićenih subjektivnih građanskih prava traže zaštitu predviđenu građanskim procesnim pravom. Uobičajeno je da stranke prilikom sklapanja

134 Vidi kod RADONČIĆ, DŽ. – MEŠKIĆ, Z., *Uredba (EU) br. 1215/2012. Evropskog parlamenta i Savjeta od 12. Decembra 2012 godine o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima*”, Nova pravna revija, Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, br. 1/13.”, Sarajevo, 2013. str. 51, - 53.

135 Opširnije o tome kod LAZIĆ, V., *Procedural Justice for „Weaker Parties“ in Cross-Border Litigation under the EU Regulatory Scheme*, Utrecht Law Review, vidi na stranici www.utrechtlawreview.org/volume10.issue4/2014/ posjećena dana 14. 2. 2017.

136 Posbice je i regulirana prorogacija nadležnosti za odrđene vrste ugovora. Vidi više o tome kod HAUBRICH –PROROGACIJA, o. c., str. 147. – 150.

137 Svrha posebnih pravila u tim predmetima je u tome da bi prikladniji sud bio dostupan slabijoj stranci, za koju se smatra da joj je potrebna zaštita. U većini slučajeva ta stranka može pokrenuti postupak na svom domicilnom sudu te postupak protiv te stranke može biti pokrenut samo na tom sudu. Vidi zdržene predmete Pammer protiv Reederei Karl Schluter GmbH&Co KG (C585/08) i Hotel Alpenhof GesmbH protiv Oliver Heller (C 144/09). Vidi kod ŠAGO– MIŠIĆ RADOVANOVIĆ, o. c., str. 1070.

138 Vidi KLAJČ, B., *Rječnik stranih riječi*, “Nakladni Zavod matice hrvatske”, Zagreb, 2002., str. 1101.

ugovora, ugovaraju nadležnost suda za rješavanje eventualnih sporova, koji se mogu javiti u međusobnim odnosima, povodom nastanka prava i obveza predviđenih ugovorom, u koji se ugrađuje prorogacijska klauzula. Osim ovakvog načina ugovaranja mjesno nadležnog suda, stranke mogu zaključiti autonoman sporazum o određenju mjesno nadležnog suda za nastali spor ili sporove koji bi mogli nastati u odnosu na određeni građanskopravni odnos. Postoji i prešutna prorogacija, gdje stranke nemaju sporazum o prorogaciji ili prorogacijsku klauzulu, ali upuštaju se prešutno u meritum stvari bez pravovremene reakcije u pogledu mjesne nenadležnosti. Institut prorogacije nadležnosti široko je prihvaćen kako u nacionalnom, tako i u međunarodnom i europskom građanskom procesnom pravu. Iako su pravila građanskog procesnog prava *ius cogens*, postoje i pravila dispozitivne prirode, a jedno od njih je i sporazum o mjesnoj nadležnosti. Cilj parničnog postupka je okončati nastali spor i donijeti pravičnu odluku, pa temeljem toga svaki sporazum, pa i onaj o nadležnosti predstavlja dobru vodilju ka mirnom i ekonomičnijem rješavanju nastalog spora. U okrilju Europske unije, još od usvajanja izvornog teksta Bruxelleske konvencije iz 1968., europski sustav međunarodne nadležnosti široko prihvaća sporazume o međunarodnoj nadležnosti. U pravopolitičkom smislu prihvaćanje stranačke autonomije u pogledu nadležnosti svakako je opravdano i razvoj pravila o prorogaciji u europskom sustavu međunarodne nadležnosti uvelike odražava tenziju između nastojanja da se s jedne strane promovira stranačka autonomija, a s druge strane zaštite stranke od primjene prorogacijskih klauzula na koje nisu pristale. Od izvornog teksta Bruxelleske konvencije do donošenja Uredbe Brisel I pravila o prorogaciji su u nekoliko navrata mijenjana, tako da se olakšaju formalne pretpostavke za prorogaciju. Ključnu ulogu u razvoju prorogacije imao je Europski sud pravde. Temeljno načelo koje je u pogledu sadržaja prorogacije Sud dosljedno slijedio je da se na prorogaciju na koju se primjenjuju europska pravila o nadležnosti ne primjenjuje niti jedno unutarnje pravo, već je ona cjelovito i autonomno uređena Uredbom, odnosno Konvencijom. Razmatrajući odredbe revidirane Uredbe Brisel I 1215 vidimo da se mijenja ovaj članak te prema odredbi čl. 25. st. 1. revidirane Uredbe Brisel I 1215 ako su se stranke neovisno o njihovu domicilu, sporazumjele da sud ili sudovi države članice imaju nadležnost u rješavanju sporova koji su nastali ili mogu nastati u vezi određenog pravnog odnosa, taj sud ili sudovi je nadležan/su nadležni, osim ako je sporazum ništav u pogledu njegove materijalne valjanosti prema pravu te države članice. Vidimo da se proširuje krug osoba na koje se primjenjuje ova uredba, više se ne traži domicil stranaka ili jedne stranke. Nadalje se mijenjaju odredbe koje reguliraju vezu prorogacije i litispendencije. Vođenje identičnih parnica pred sudovima različitih država u nacionalnim zakonodavstvima i u teorijskoj obradi karakteriziraju se različitim zakonskim rješenjima i teorijskim rezultatima.. Dvostruka litispendencija otvara mogućnost donošenja različitih pa i kontradiktornih presuda što nije poželjno u uvjetima modernog međunarodnog pravosudnog poretka, te za sobom povlači i

pitanje priznanja i ovrhe stranih sudskih odluka.¹³⁹ Temelj pravila o litispendenciji jeste uvažavanje ranije zasnovane identične parnice pred sudom druge države ugovorenice te sprječava donošenje kontradiktornih odluka te ovakvo rješenje omogućava efektivno međusobno priznanje i ovrha sudskih odluka u okviru EU. Uvažavanjem ranije zasnovane identične parnice osigurava se sigurnost pravne zaštite u okviru EU. Uredba Brisel I, a prije nje Konvencija uređuje institut litispendencije sve u cilju ujednačavanja propisa o litispendenciji u državama na koje se odnosi da bi se osigurala pravna sigurnost i omogućilo nesmetano priznanje i ovrha sudskih odluka u Europskoj uniji. Odredbe Uredbi Brisel I strogo su postavljala pravila o litispendenciji uvažavajući tradicijsko kontinentalno pravo. Ovakav pristup je preispitivan zbog sporosti i tromosti određenih pravnih sustava. Tijekom reforme Uredbe Brisel I Komesija je sugerirala na potrebu povećanja djelotvornosti sporzuma o nadležnosti. Uredba Brisel I 1215 donosi i određene izmjene od općeg pravila *lis pendens* u korist prorogacije nadležnosti uz ispunjenje određenih pretpostavki. Praksa Suda EU je doprijnjela ovim izmjenjama. Predmeti Gasser, Turner I Owuse su svojim napadima na prorogaciju su i doveli do izmjena Uredbe. Prema odredbama Uredbe Brisel I 1215 pravila o zabrani litispendencije proširena su ovlaštenjima izabranog suda da sam odluči o svojoj nadležnosti te se na ovaj način štiti autonomija stranaka i sprječavaju zlouporabe stranaka.

LITERATURA

1. BABIĆ, D., *Prorogacija međunarodne nadležnosti u europskom pravu*, "Hrvatska pravna revija god, VI", Zagreb, 2006.
2. BELOVIĆ, J., *Priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka pravila Brisel I.Regulative 44/2001.*, "Zbornik radova Načela i vrijednosti pravnog sustava-norma i praksa", Istočno Sarajevo, 2012.
3. BGH (D) 30. October 2003.-I ZR 59/00., *The European Legal Forum, forum iuris communis Europae*, 2-2004., str.128.
4. BOGDAN, M., *The Brussels/Lugano Lis Pendens Rule and the 'Italian Torpedo'*, *Scandinavian Studies in Law*", 1999. – 2012., str. 92. – 93. Na stranici www.scandinavianlaw.se/pdf/51-4/pdf
5. BRENN, C., *Europäischer Zivilprozess, Leitfaden für das grenzüberschreitende Verfahren in Österreich*, Wien, 2005.
6. BURGSTALLER, A. – NEUMAYR, A. – RITZBERGER, W., *Internationales Zivilverfahrensrecht, EuGVO-Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil und handels-sachen*, 2002.
7. Council Regulation (EC) No 44/2001. Of 22 Decembre 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters , Službeni list EU, 2001., L 12,
8. CZERNICH, D. – TIEFENTHALER, S. – KODEK, G. – HEISS, H.,

139 Vidi GRADANSKO PROCESNO PRAVO EUROPSKE UNIJE, o. c., str. 137. – 138.

- Kurzkomentar Europaisches Gerichtsstandes – und Vollstreckungsrecht, EUGVO und LUGANO – UBEREINKOMMEN*, ‘Lexisnexis ARD Orac’, Wien, 2003.,
9. DICKINSON, A. – LEIN, E., *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Universitx Press, 2015. www.oup.com/academic/pdf/.../chapter1.pdf.
 10. EKATARINA, I., *Choice of Court Clauses and Lis Pendens under Brussels I Regulation*, Merkourios, Utrecht Journal of International and European Law, European Contract Law, Vol. 27/71., Merkourios, 2010., str. 12. – 16. Vidi na stranici www.utrechtjournal.org/article/download/
 11. GARAŠIĆ, J., *Uvod u europsko građansko procesno pravo*, rad u knjizi BABIĆ, D. – ČULINOVIĆ – HERC, E. – GARAŠIĆ, J. – GORANIĆ, I. – GRKOVIĆ, N. – HAU, W. – KENGYEL, M. – KUNŠTEK, E. – RIJAVEC, V. – STURNER, M. – ŽUPAN, M., *Europsko građansko procesno pravo*, Zagreb 2013., (
 12. GAVELA, N. – ALINČIĆ, M. – HRABAR, D. – GLIHA, I. – JOSIPOVIĆ, T. – KOREAĆ, A. – BARETIĆ, M. – NIKŠIĆ, S., *Europsko privatno pravo*, ‘Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu’, Zagreb, 2002., (dalje GAVELA, EUROPSKO PRIVATNO PRAVO), str. 7. – 9. Vidi HARTLEY, T. C., *Temelji prava Europske zajednice*, ‘Pravni fakultet u Rijeci’, Rijeka, 2004.
 13. HAUBRICH, V., *Prorogacija nadležnosti u parničnom postupku u pravu Europske unije i Bosne i Hercegovine*, Magistarski rad, Mostar, 2009.
 14. HAUBRICH, V., *Prorogacija nadležnosti u parničnom postupku u pravu Europske unije*, ‘Mostariensia, časopis za humanističke znanosti’, Mostar, br. 31., 2010.
 15. HAUBRICH, V., *Prorogacija međunarodne nadležnosti*, ‘Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 7.’, Mostar, 2009
 16. HAUBRICH, V. – POPOVIĆ, V., *Litispencijska i koneksni postupci prema Uredbi EU br. 4472001. O sudskoj nadležnosti, priznanju i ovrši odluka u građanskim i trgovačkim predmetima*, ‘Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 11.’, Mostar, 2013
 17. HUSEINBEGOVIĆ, A. – HAUBRICH, V., *Litispencijska prema građanskom procesnom pravu Europske unije*, ‘Revija za pravo i ekonomiju, Zbornik s II. Međunarodne naučne konferencije Pravni i ekonomski aspekti procesa integracije Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju’, Mostar, 2017
 18. <http://curia.europa.eu/index.htm>
 19. <http://curia.europa.eu/index.htm>
 20. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=celex:32012R1215>
 21. <http://www.europa.eu.int/eur-lex>
 22. KLAJČ, B., *Rječnik stranih riječi*, ‘Nakladni Zavod matice hrvatske’, Zagreb, 2002.,
 23. KOCH, H. – DIEDRICH, F., *Kluwer Law International*, The Hague – London

- Boston, 1997.
24. KROPHOLLER, J., *Europaischt Zivilprozeßrecht*, 8.Auflage, "Recht der Internationalen Wirtschaft", Frankfurt - Main, 2005.
 25. KUNŠTEK, E., *Arbitražna nadležnost ICSID*, (Međunarodni centar za rješavanje ulagačkih sporova između država i državljana drugih država, Rijeka, 2002.
 26. LAZIĆ, V., *Procedural Justice for „Weaker Parties“ in Cross-Border Litigation under the EU Regulatory Scheme*, Utrecht Law Review,
 27. LAZIĆ, V., *Revizija pravila o litispendenciji u Uredbi Brisel I.*, pogledaj rad i knjizi - BABIĆ I OSTALI – EUROSPKO GRAĐANSKO PROCESNO PRAVO
 28. LINKE, H., *Internationales Zivilprozessrecht*, Koln, 2006.
 29. Luganska konvencija o sudskoj nadležnosti i ovrsi sudskih odluka usvojena je 30. listopada 2007. godine (Sl. list EU, L 147, 2009.).
 30. MAYR, P. – CZERNICH, D., *Europaisches Zivilprozessrecht*, Wien, 2006.
 31. *Načela europskog ugovornog prava*, "Europski centar za mir i razvoj CECPD, Univerzitet za mir Ujedinjenih naroda", Beograd, 2003.
 32. NAGEL, H. – GOTTWALD, P., *Internationales Zivilprozessrecht*, 6. Auflage, Koln, 2007.
 33. PETRIĆ, S., *O nepravničnim klauzulama općih uvjeta u pravu Europske unije*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, godina 39. (65-66)", Split, 2002.
 34. PETRIĆ, S., *O problemima električne trgovine*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 40. (69 – 70).", Split, 2003.
 35. PETRIĆ, S., *Zaštita potrošača u bankarskim kreditnim poslovima u hrvatskom pravu u odnosu na pravo EU*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, godina 39, (65-66)", Split, 2002.
 36. RADELJA, M. – ZGRABLIĆ ROTAR, D., *Novela pravila o litispendenciji prema Uredbi Bruxelles I. na snazi od 10. Siječnja 2015. godine*, "Hrvatska pravna revija, br. 2., Zagreb, 2016.,
 37. RADONČIĆ, DŽ. – MEŠKIĆ, Z., *Uredba (EU) br. 1215/2012. Evropskog parlamenta i Savjeta od 12. Decembra 2012 godine o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima*, Nova pravna revija, Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, br. 1/13.", Sarajevo, 2013.
 38. RECHBERGER, W – KODEK, G, *Kluwer law international*, Austria, 2005.
 39. RECHBERGER, W. H. – SIMOTTA, D.-A., *Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren*, Wien, 2003.
 40. SCHACK, H., *Internationales Zivilverfahrensrecht 4. Auflage*, "Juristische Kurz – lehrbücher", Munchen, 2006.,
 41. Schlosser, P., *EU – Zivilprozessrecht Kommentar, EuGVVO, EuEheVO, AVAG, HZU, Euzvo, HBU, EuBVO*, Munchen, 2003.
 42. SCHMIDT, U., *Europaaisches Zivilprozessrecht, Das 11. Buch der ZPO*, "Aktuelles Recht fuer die Praxis", Munchen, 2004.

43. SL EU 2012., br. L351,
44. SOPTICA, N., *Brussels Ia Regulation –Lis pendens provisions*, www.academia.edu/.../Brussels_Ia_Regulation_lis_pendens_provision
45. SOPTICA, V., *Lis pendens after Brussels Recast*, vidi na stranici www.academia.edu/.../Lis_pendens_after_Brussels_Recast
46. STANIVUKOVIĆ, M., *Građansko procesno pravo Europske unije*,
47. STANIVUKOVIĆ, M., *Nadležnost sudova u ugovorenim sporovima s inostranim elementom u pravu Europske unije*, "Pravni život, br. 5-6", Beograd,
48. STURNER, M., *Sporazumi o nadležnosti i mjestu ispunjenja obveze u europskom građanskom procesnom pravu*, BABIĆ, D. – ČULINOVIĆ – HERC, E., GARAŠIĆ, J. – GORANIĆ, I. – GRKOVIĆ, N. – HAU, W. – KENGyel, M. – KUNŠTEK, E. – LAZIĆ, V. – MARTINY, D. – MELLER – HANNICH, C. – RIJAVEC, V. – STURNER, M. – ŽUPAN, M., *Europsko građansko procesno pravo –izabrane teme*, Zagreb, 2013
49. ŠAGO, D. – MIŠIĆ RADOVANOVIĆ, N., *Prorogacija nadležnosti u hrvatskom pravu i pravu Europske unije*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 53, br. 4", Split, 2016
50. *The European Legal Forum, Forum iuris communis Europea*, B 14635., 2-2004, pp77-152, 4th Year March/April, 2004.
51. *UNIDROIT načela Međunarodnih trgovinskih ugovora*, "Europski centar za mir i razvoj CEPD) Univerzitet za mir Ujedinjenih naroda", Beograd, 2003.
52. VRBLJANAC, D., *Litispencija u europskom međunarodnom privatnom pravu i njezin odnos s odredbom o prorogaciji nadležnosti*, *Pravo i porezi*, br. 5, 2014.
53. VUKOVIĆ, Đ. – KUNŠTEK, E., *Međunarodno građansko postupovno pravo*, "Zbombić&Partneri", Zagreb, 2005.

Victoria Haubrich, Ph.D., Assistant professor

Faculty of Law, University of Mostar

Ernest Rechner, a Graduate Study Law student

Faculty of Law, University of Mostar

REVISION OF THE PROROGATION OF JURISDICTION ADOPTED BY THE REGULATION (EU) NO 1215/2012 ON JURISDICTION, RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF JUDGMENTS IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS

Abstract: In this paper the authors deal with the prorogation of jurisdiction in

the European Union. The paper deals with the prorogation agreement parties, the court(s) determined by prorogation agreement, the subject and the form of prorogation agreement and the relationship with litigation. The authors in this paper deal with the Institute of the prorogation of jurisdiction regulated by Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Regulation Brussels I). The authors analyze the revision of these provisions and the change of rules on the prorogation of jurisdiction and the relationship between litigation and the prorogation of jurisdiction adopted by Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels I Regulation 1215/2012).

Key words: prorogation of jurisdiction regulated by Brussels I Regulation and Brussels I Regulation 1215/2012., relationship between the litigation and the prorogation of jurisdiction under the Brussels I Regulation and Brussels I Regulation 1215/2012

Dr.sc Ivona Šego-Marić, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru
Dr.sc. Marija Vidić, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru
Mag.iur. Petar Čavar

POVIJESNOPRAVNI RAZVOJ AUTORSKOG PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI I USKLAĐIVANJE SA EUROPSKIM PRAVOM

Sažetak: Autorsko pravo je skup pravnih pravila kojima se uređuju pravni odnosi glede intelektualnih tvorevina sa književnog, znanstvenog i umjetničkog područja. U subjektivnom smislu autorsko pravo je i najveća privatnopravna vlast apsolutnog djelovanja koja nositelja ovlašćuje da ima privatnu vlast nad autorskim djelima te da svakoga spriječi u zadiranju u njih. Tijekom povijesti autorsko pravo je prolazilo različite faze u svojem razvoju. Autori u ovom radu analiziraju povijesnu genezu nastanka ovog prava općenito, počevši od starog Rima do osvrta na moderno autorsko pravo u Bosni i Hercegovini. Autorsko pravo u Bosni i Hercegovini se počelo razvijati u vrijeme austrougarske uprave. Autori će obraditi razvoj autorskih prava u prvoj i drugoj Jugoslaviji kroz analizu tadašnjih zakonskih rješenja, te konačno u modernoj Bosni i Hercegovini. Autori će u radu dati osvrt na autorsko pravo u Europskoj uniji te ukazati na potrebu usklađivanja nacionalnog prava sa *acquis communautaire*.

Ključne riječi: autorsko pravo, autorska prava kroz državnopravnu povijest BiH, EU

1. Uvod

Autorsko pravo je u objektivnom smislu skup pravnih pravila kojima se uređuju pravni odnosi glede intelektualnih tvorevina s književnoga, znanstvenoga i umjetničkog područja.¹ U subjektivnom smislu autorsko pravo je najveća privatnopravna vlast izravnog djelovanja koja daje izravnu vlast nad autorskim djelom.² Bosanskohercegovački Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima, autorsko djelo definira kao „individualnu duhovnu tvorevinu iz oblasti književnosti, znanosti i umjetnosti bez obzira na vrstu, način i oblik izražavanja“.³

1 *Pravni leksikon*, “Leksikografski zavod Miroslav Krleža”, Zagreb, 2007., str.62- dalje PRAVNI LEKSIKON

2 Ibid.

3 Vidi čl.4.st.1.Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima, “Službeni glasnik Bosne i Hercegovine”, br.63/10,

Sam pojam autorskog djela nije oduvijek bio jasno određen, stoga se javljaju brojne teorije koje različito definiraju njegov pojam kao i sadržinu. Postoje monistička, dualistička i trijalistička teorija o autorskom djelu. Bosanskohercegovački Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima prihvaća dualističku teoriju odnosno rješenje da su za postojanje autorskog djela potrebna dva elementa: ideja kao *animus* i oblik izražavanja kao *corpus*.⁴

Subjektivno autorsko pravo je pravo koje štiti autora povodom njegovog autorskog djela, ono štiti moralne i imovinske interese autora u vezi sa njegovim određenim autorskim djelom.⁵ Autorsko pravo traje ograničeno vrijeme pa je tako opći rok trajanja autorskog prava u Bosni i Hercegovini život autora i 70 godina nakon njegove smrti.⁶

Europskokontinentalni sustav prava u koje spadaju pravni poreci nacionalnih država kontinentalne Europe, latinske Amerike, nekih afričkih i azijskih država temeljen je na rimskom pravu.⁷ Prateći razvoj rimskog prava primjećujemo da se u rimskom pravu mogu naći neka temeljna načela autorskog prava. Naravno da Rimljani nisu razvili koncept autorskog prava, međutim, autorsko pravo usvojilo je neka načela rimskoga prava, kao što je nepovrjedivost privatnog vlasništva. Rimski koncept stvari (*res*) obuhvaćao je sve stvari s ekonomskom vrijednosti, a primarno se odnosio na materijalnu imovinu (*res corporales*). Međutim, rimsko pravo počelo je vremenom priznavati i vrijednost nematerijalne imovine (*res incorporales*). Prvi koji je pisao o nematerijalnoj imovini bio je rimski pravnik Gaius⁸ u svoje djelo *Institutiones* oko 161. godine.⁹

Prepoznavanje koncepta nematerijalne imovine predstavljalo je veliki značaj za razvoj prava. Prva nematerijalna imovina kojoj je rimsko pravo pružilo zaštitu bile su zemljišne služnosti – *iter, via, actus, aqueductus*. U rimskom pravu postojale su i osobne služnosti, nevezane za zemlju. Primjerice, *operae servorum* bila je osobna služnost koja je ovlašćivala treću stranu da koristi usluge nečijega roba.¹⁰

4 Više o samim teorijama vidi: Janić Miodrag, *Industrijska svojina i autorsko pravo*, "Novinska ustanova Službeni list SFRJ", Beograd, 1973., str. 269.

5 Marković Slobodan M- Popović Dušan V, *Pravo intelektualne svojine*, "University press –izdanja Magistrat", Sarajevo, 2015., str. 39.

6 Ibid.

7 Više o povijesnom nastanku europskokontinentalnog sustava prava vidi: Košutić Budimir P., *Uvod u velike pravne sisteme današnjice*, "Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu", Beograd, 2008., str.32.-86.

8 Gaius (117. – 180.), jedan od najistaknutijih rimskih pravnika čija su se mišljenja smjela citirati pred sudovima kao pravno obvezujuća. Njegovo najvažnije djelo su *Institutiones* (Institucije) koje prikazuju rimsko privatno pravo podijeljeno u tri cjeline: osobno (*personae*), imovinsko (*res*) i procesno (*actiones*). Na temelju ove trodiobe izrađen je *Corpus iuris civilis* cara Justinijana te mnogobrojni moderni građanski zakonici. Više o tome: PRAVNI LEKSIKON, str.366.

9 Steeg Ver, Russ: „The Roman Law Roots of Copyright“, u: Maryland Law Review, "University of Maryland Francis King Carey School of law", Baltimore, 2000, Vol 59, br. 2, str. 530. – 531.

10 Steeg, op.cit.,str. 532.Usp. Šarac Mirela, Lučić Zdravko, *Rimsko privatno pravo*, "Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu", Sarajevo, 2006., str.151.

Autorsko pravo, kao nematerijalna imovina, ima sličnosti sa zemljišnim služnostima. Iako je autorsko pravo nevezana za zemlju, ona se ipak veže za neke materijalne objekte.¹¹

Korištenje zaštićenih radova ima sličnosti i sa rimskim institutom *ususfructus*, koji je definiran u Justinijanovim *Institutes* kao „*ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*“. Naime, javnost može koristiti i uživati radove koji su pod zaštitom autorskih prava i „ubirati plodove“ istih, sve dokle se takvi „plodovi“ smatraju samo idejama, a ne kao izrazi rada koji se mogu štititi.¹²

Također, Rimljani su prvi razvili koncept da neke vrste imovine trebaju biti odvojene u javno vlasništvo, te onemogućiti vlasništvo nad takvom imovinom od strane pojedinca; takve stvari potpadaju pod javno vlasništvo. Rimsko pravo imalo je dva pravna koncepta koja imaju sličnosti s modernim javnim vlasništvom – *res communes* i *res publicae*. *Res communes* su stvari, po riječima Gaja, „zajedničkog uživanja, dostupna svim živim osobama po njihovom postojanju, te su stoga nepodobne za privatno prisvajanje...“, a takve su primjerice, zrak, more, plaže. S druge strane, *res publicae* nisu pripadale čovječanstvu, nego državi – *populusu*. One obuhvaćaju ceste, mostove, luke. Uvjet njihovog uživanja bilo je stanovanje u državi. Još jedan koncept rimskog prava ima sličnosti s modernim javnim vlasništvom, a to je *usucapio*, odnosno ovlaštenje osobe da stekne vlasništvo na stvari kada ju je njezin izvorni vlasnik napustio. U modernom zakonodavstvu, načelo *usucapia* potiče osobe da na produktivan način koriste imovinu, a na neki način kažnjava neiskorištavanje prava, da bi spriječilo da produktivna imovina propadne.¹³

2. Autorsko pravo u BiH u vrijeme austrougarske uprave: Zakon o autorskom pravu u pogledu književnijeh, umjetničkih i fotografskih djela iz 1895. godine

Donošenje zakona u Bosni i Hercegovini u vrijeme austrougarske uprave od 1878. do 1918 bilo je složeno i ovisilo je od rješenja njenog državnopravnog položaja. Budući da se taj problem nije mogao brzo riješiti, u razdoblju od 1878. do donošenja bosanskohercegovačkog Ustava 1910. godine, najjednostavnije rješenje se nametnulo da se cjelokupna zakonodavna vlast preda austrougarskom caru i kralju, kao apsolutnom nositelju vlasti u Reichslandu.¹⁴ Sva zakonodavna vlast je pripadala isključivo caru, te je s tim u svezi svaka carska naredba sve do donošenja Ustava 1910. godine imala snagu obveznog zakona.¹⁵ Sam postupak donošenja zakona ili naredbe do njegovog podnošenja caru na sankcioniranje bio

¹¹ Steeg op.cit., str. 532. – 533.

¹² Ibid., str. 534.

¹³ Ibid., str. 534. – 535.

¹⁴ Imamović Mustafa, *Pravni položaj i unutrašnje-politički razvitak BiH od 1878. do 1914*, „Magistrat i Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu“, Sarajevo, 2007., str. 46.

¹⁵ Ibid.

je veoma složen i bio je vezan za odnos tendencija unutar Monarhije kao i za međunarodnu situaciju pri čemu se pazilo na očuvanje ravnoteže kako austrijskih tako i ugarskih interesa.¹⁶

Pravni sustav u Bosni i Hercegovini u vrijeme austrougarske uprave bio je poseban i razlikovao se od pravnog sustava Austrije i Ugarske. Iako do 1910 godine, odnosno do donošenja Ustava, Bosna i Hercegovina nije mogla učestvovati u oblikovanju svog pravnog sustava, a od 1910 godine je imala vrlo ograničen utjecaj, pravni sustav u Bosni i Hercegovini se sastojao od dvije komponente, stare osmanske i nove austrijske, što je utjecalo na specifičnost pravnog poretka i na činjenicu da je pravni sustav u vrijeme austrougarske uprave u Bosni i Hercegovini ostao nedograđen i da je ponekad bio u raskoraku sa društvenim odnosima na koje se morao primjenjivati.¹⁷ U takvim okolnostima složenog pravnog sustava, donošenja kao i primjene zakona pratimo razvoj autorskog prava u Bosni i Hercegovini. U Austro-Ugarskoj Monarhiji autorsko pravo bilo je uređeno Carskim patentom o zaštiti književnog i umjetničkog vlasništva iz 1846. godine te potom Zakonom o autorskom pravu u pogledu književnijeh, umjetničkih i fotografskih djela iz 1895. godine.¹⁸

Prije donošenja Zakona iz 1895.godine, autorsko pravo na području Austro-Ugarske Monarhije, pa tako i Bosne i Hercegovine nakon 1878., uređivao je austrijski Carski patent o zaštiti književnog i umjetničkog vlasništva donesen 19. listopada 1846. godine.¹⁹

Austrijski je Zakon o autorskom pravu u pogledu književnijeh, umjetničkih i fotografskih djela primjenjivan na području Bosne i Hercegovine na snagu stupio 26. prosinca 1895. godine, te je njegovom primjenom derogiran Carski patent.²⁰

¹⁶ Ibid

¹⁷ Imamović Mustafa, *Pravni položaj i unutrašnje-politički razvitak BiH od 1878. do 1914.*, str.47.-48.

¹⁸ *Zakon 26.decembra 1895, o autorskom pravu u pogledu književnijeh, umjetničkih i fotografskih djela*, "List državnih zakona za kraljevine i zemlje, zastupane u Carevinskom vijeću", br. 197/1895. (dalje **Zakon iz 1895.**)

¹⁹ Prema ovom Patentu a u suglasnosti sa propisima o vlasništvu austrijskog Općeg građanskog zakona iz 1811 godine, priznato je autoru književnog ili umjetničkog djela isključivo pravo da može svoje djelo iskorištavati (Spajić Vojislav, *Teorija autorskog prava i autorsko pravo SFRJ*, "Akademija nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine", Sarajevo, 1969.,str.28.). Usp. Ovaj Patent davao je zaštitu književnim i umjetničkim djelima u razdoblju autorovog života i 30 godina nakon njegove smrti, te glazbenim i dramskim djelima tijekom autorovog života i 10 godina nakon njegove smrti. Da bi se zaštitila djela Richarda Wagnera (koji je umro 1883.) od potpadanja pod javno vlasništvo, donesen je Privremeni Zakon o autorskom pravu 26. travnja 1893., kojim se zaštita glazbenim i dramskim djelima produžava s 10 na 30 godina poslije autorove smrti. (Copinger, Walter Arthur: *The Law of Copyright*, "Stevens and Haynes", London, 1915., str. 394.)

²⁰ "List državnih zakona", br. 197/1895

Prema § 1. navedenog zakona pod zakonskom zaštitom su književna, umjetnička i fotografska djela kojih je autor austrijski državljani, bilo da su ta djela izašla :...”u našoj zemlji ili inostranstvu ili da uopće nisu izašla”.²¹

Zakonom iz 1895 proširen je broj zaštićenih autorskih djela.²² Za razliku od Carskog patenta o zaštiti književnog i umjetničkog vlasništva iz 1846. godine, austrijski Zakon iz 1895. godine sadržavao je definiciju autora i autorskog djela.

Prema odredbama Zakona iz 1895 autorom objavljenog djela se smatra... ”dok se ne dokaže protivno, onaj čije se pravo ime navede kao ime autorovo, kada djelo izađe”.²³

Pod autorskim djelima, u smislu Zakona iz 1895. godine smatrale su se knjige, brošure, časopisi, zbirke pjesama, dramska djela, predavanja, crteži, karte, slike, glazbena djela s tekstem ili bez teksta kao i djela iz područja umjetnosti i fotografije.²⁴ Svaki put prilikom objave, prikazivanja ili izlaganja djela moralo se navesti ime autora. Glede fotografija, autorska prava pripadala su obrtu koji ih je izrađivao, a kod naručenih portreta naručitelju.²⁵ Djela arhitekture, kao ni zakoni, naredbe, javni spisi, govori, predavanja, objave i upute za upotrebu nisu smatrana autorskim djelima. U slučaju suautorskih djela, autorsko djelo pripadalo je „zajednički i nerazdijeljeno“ svim tim osobama, s tim da su mogli dogovorno raspolagati samo u pogledu djela (izdanje, snimanje, prikazivanje), a svaki je imao pravo podnijeti tužbu zbog vrijeđanja autorskog prava. Zakon također spominje i složena autorska djela te navodi autorsko pravo na takva djela u cjelini pripada izdavaču, a na pojedinim priložima autorima.²⁶

Prema Zakonu iz 1895. godine, autorsko pravo obuhvaćalo je „isključivo pravo da se djelo izdaje, razmnožava, raspačava i prevodi“,²⁷ dok su kao vidovi kršenja autorskog prava navedeni sljedeći postupci: 1) izdavanje djela koje još nije izašlo; 2) izdavanje zbirke pjesama bez privole autora pisama ili njegovih baštinka; 3) izdavanje izvoda ili prerade, što samo ponavlja tuđe djelo ili njegove dijelove, a nema svojstvo izvornog djela; 4) novo tiskanje djela što ga priredi autor ili nakladnik protiv nakladnog ugovora; 5) priređivanje većeg broja egzemplara s nakladnikove strane nego li mu je dopušteno.²⁸ Autorsko pravo u pogledu književnih i umjetničkih djela traje 30 godina nakon autorove smrti.²⁹ Prema odredbama §48 Zakona iz 1895 ...”autorsko pravo u pogledu fotografskih

21 §1. Zakona iz 1895.

22 Spaić, Vojislav: *Teorija autorskog prava i autorsko pravo u SFRJ*, “Akademija nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine”, Sarajevo, 1969., str. 28.

23 §10 Zakona iz 1895.

24 §4 Zakona iz 1895.

25 Velagić, Zoran; Hocenski, Ines: „Autorstvo u hrvatskim zakonima o autorskom pravu od 1846. do 2007. godine“, u: *Libellarium- časopis za povijest pisane riječi, knjige i baštinskih ustanova*, tom 7, Zadar-Osijek, 2014., str. 235. – 236.

26 Velagić, Hocenski, *op.cit.*, str. 236.

27 §23. Zakona iz 1895.

28 §24 Zakona iz 1895.

29 §43 Zakona iz 1895.

djela svršava deset godina , pošto postane matica koja je neposredno priregjena po originalu”.³⁰

Kao i kod Carskog patenta o zaštiti književnog i umjetničkog vlasništva o autorskom pravu iz 1846. godine, i ovim je zakonom bilo dopušteno citiranje, uvrštavanje skica i crteža, s tim da posuđeni komad nije smio biti veći od jednog tiskanog tabaka od djela iz kojeg je izvađen. Posuđivač je bio dužan navesti ime autora ili upotrijebljeni izvor.

Djela iz oblasti glazbene i likovne umjetnosti štitila su se kao i prethodna djela. Zanimljivo je da se Zakonom o autorskom pravu iz 1895. godine posebno uređuje snimanje i reproduciranje snimaka umjetnina, što je moguće samo uz dopuštenje nositelja autorskog prava. Odredba svjedoči o razvoju fotografske umjetnosti. Fotografska se djela štite slično kao i kod mađarskog Zakona o autorskom pravu iz 1884. godine, ali je trajanje prava produljeno na deset godina.³¹

3. Kraljevina Jugoslavija: Zakon o zaštiti autorskog prava iz 1929. godine

Nakon stvaranja Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca (od 1929. godine Kraljevina Jugoslavija) poslije Prvog svjetskog rata 1918. godine, pristupilo se donošenju jedinstvenog zakona o autorskom pravu, na što su novonastalu državu obvezivali i mirovni ugovori: čl. 264. Senžermenskog i čl. 257. Trianonskog ugovora.³² Prvi nacrt zakona o autorskom pravu bio je završen 1922. godine, međutim nije bio usvojen kako nije odgovarao suvremenom shvaćanju autorskog prava, niti je bio u suglasju s načelima Bernske konvencije.³³ Tadašnji ministar prosvjete Svetozar Pribićević, dao je 27. prosinca 1924. godine nalog za izradu zakona o autorskom pravu.³⁴ Drugi nacrt zakona o autorskom pravu bio je završen i razmatran tijekom 1927. godine, no ni on nije prošao zakonski postupak kako je u međuvremenu sazvana Međunarodna konferencija za reviziju Bernske konvencije

30 “List državnih zakona”, br.197/1895.

31 Velagić, Hocenski, *op.cit.*, str. 236.

32 *Santgermanski* ugovor stupio je na snagu 16.X.1920 sklopljen je između pobjedničkih sila I.svjetskog rata i novostvorene Republike Austrije. Ugovorom se Austrija odrekla znatnih dijela svojih dotadašnjih područja. Tako su Južni Tirol s Brennerom, Gorička, Trst, Istra, neki dalmatinski otoci i pokrajina Furlanija- Julijska krajina bili predani Italiji, Bukovina Rumunjskoj, dok je Čehoslovačkoj pripao dio Šleske,a Kraljevini SHS Kranjska, Južna Štajerska, Dalmacija i Bosna i Hercegovina. Sadržaj ugovora bio je dopunjen odredbama Trianonskog ugovora) PRAVNI LEKSIKON, str.1430. Usp. Isto., str.1630.

33 Spaić, *op. cit.*, str. 28. Usp. Bernska konvencija za zaštitu književnih i umjetničkih djela je prvi i najznačajniji višestrani međunarodni ugovor o autorskom pravu. Potpisana u Bernu 1886., do 1979 je revidirana i dopunjivana 8 puta. Tom je konvencijom stvorena Bernska unija u kojoj je strancima u državama članicama osiguran nacionalni tretman uz poštovanje minimalnih konvencijskih moralnih i imovinskih prava, uživanje kojih nije vezano ni uz kakve formalnosti. Konvencija sadržava i administrativne odredbe o Bernskoj uniji i niz završnih klauzula (PRAVNI LEKSIKON, str. 87.)

34 Misailović, Mirjana: „Pojam, nastanak i razvoj autorskog prava“, u: *Pravo – teorija i praksa*, tom 33, br. 10-12.” Zavod za udžbenike”, Beograd, 2016., str. 25.

održana u Rimu 1928. godine. Trebalo je sačekati njezine rezultate kako bi se napravile promjene na nacrtu zakona. Poslije izvršenih izmjena na Bernskoj konvenciji 2. lipnja 1928. godine, pristupilo se odgovarajućim izmjenama na nacrtu zakona o autorskom pravu, čime je konačno nacrt zakona bio usuglašen s rimskim tekstom Bernske konvencije. U najznačajnije izmjene spada uvođenje odredbi o zaštiti moralnih autorskih prava.³⁵

Nacrt jugoslavenskog zakona o autorskom pravu izražavao je posljednje znanstvene rezultate o zaštiti intelektualnog stvaralaštva, pa je tako smatran najmodernijim u svoje vrijeme. To je bio jedan od razloga zašto je Međunarodna književna i umjetnička udruga (*L'association litteraire et artistique internationale*) održala 1928. godine u Beogradu svoj Kongres, na kojem je jedna od glavnih točaka rasprave bila rasprava o nacrtu jugoslavenskog zakona o autorskom pravu. Nacrt je bio rađen po ugledu na suvremena zakonodavstva iz ove materije (njemačko, švicarsko, austrijsko).³⁶

Ovaj nacrt konačno je prošao zakonski postupak 26. prosinca 1929. godine, a na snagu je stupio idući dan.³⁷ Bio je to prvi i jedini zakon koji se odnosio na autorska prava u Kraljevini Jugoslaviji.³⁸

Sastojao se od četiri dijela: općih propisa, sadržaja autorskog prava, trajanja zaštite autorskog prava i povrede autorskog prava.³⁹ U isto vrijeme poduzeti su koraci kako bi Jugoslavija pristupila Bernskoj konvenciji, što je i učinjeno 17. lipnja 1930. godine, iako je sama Konvencija bila ratificirana ranije Zakonom od 22. ožujka 1930. godine, što govori o uvažavanju međunarodnog iskustva i tadašnje međunarodne prakse.⁴⁰ Jugoslavija je ovoj Konvenciji pristupila prema Berlinskom tekstu od 13. studenoga 1908. godine, s Bernskim dodatnim protokolom od 20. ožujka 1914. godine, koji je tada bio na snazi. Spomenutom Rimskom tekstu od 2. lipnja 1928. godine Bernske konvencije Jugoslavija je pristupila 1. kolovoza 1931. godine.⁴¹

Bitno je istaknuti kako je Jugoslavija tada Bernskoj konvenciji pristupila s rezervom u odnosu na pravo prijevoda, što joj je omogućavao članak 25. Bernske konvencije.⁴²

35 Spaić, op. cit., str. 28. Usp. Bernskom konvencijom za zaštitu književnih i umjetničkih djela 9. rujna 1886 utemeljena je Unija za zaštitu književnih i umjetničkih djela. Konvencija je dopunjena u Parizu 4. svibnja 1896., revidirana u Berlinu 13. studenoga 1908, dopunjena u Bernu 20. ožujka 1914., revidirana u Rimu 2. listopada 1928, u Bruxellesu 26. lipnja 1948., u Stockolmu 14. Srpnja 1967., i u Parizu 24. srpnja 1971. (Čizmić Jozo, *Ogledi iz prava industrijskog vlasništva*” Pravni fakultet Mostar- KIZ “Tin Ujević” Split, Mostar, 1999., str.127.)

36 Ibid.

37 Ibid.

38 Zakon o zaštiti autorskog prava “Službene novine Kraljevine SHS”, br. 304/1929 (dalje **Zakon o zaštiti autorskog prava iz 1929.**)

39 Velagić; Hocenski, op. cit., str. 236.

40 Misailović, op. cit., str. 25.

41 Spaić, op. cit., str. 29.

42 Ibid.

Na samom početku Zakona o zaštiti autorskog prava iz 1929., određena su djela koja se štite, a to su sva književna i umjetnička djela državljana Jugoslavije neovisno od toga jesu li djela izašla u Jugoslaviji ili u inozemstvu ili uopće nisu izašla, kao i svako djelo stranog državljanina koje je objavljeno na „srpsko-hrvatsko-slovenskom jeziku“ u inozemstvu.⁴³ Glede književnih i umjetničkih djela stranih državljanina koja su izašla u inozemstvu, u ovom Zakonu o zaštiti autorskog prava iz 1929., se navodi da se na njih odnose propisi međunarodnog prava, a u odsustvu takvih ugovora vrijede načela ovog Zakona samo u slučaju uzajamnosti.⁴⁴

Prema odredbama koja su definirana u § 3. pod kategoriju „književnih i umjetničkih djela sadaju...“ djela književnosti, predavanja, govori, propovijedi, glazbena djela (s tekstem), koreografska i pantomimska djela, idejne skice, nacrti, planovi, zemljopisne karte, globusi, djela likovne umjetnosti (slikarstvo, graviranja, kovine, drvo, proizvodi grafičke umjetnosti), fotografije te kinematografska djela.⁴⁵ Razumljivo je, uzimajući u obzir tehnološki razvoj te razvoj u teoriji autorskog prava, da je u usporedbi sa Zakonom iz 1895. godine popis zaštićenih djela veći te su dodana i nova djela.

Zakon o zaštiti autorskog prava iz 1929. godine prvi je uredio i zaštitu kinematografskog djela, te prvi spomenuo radio-elektronski način reprodukcije djela. Za zaštitu kinematografskog djela tražio se originalan karakter djela, dok je ono bez takvog karaktera uživalo zaštitu fotografskog djela.⁴⁶

Ovaj Zakon o zaštiti autorskog prava iz 1929., obuhvaća sva djela u cijelosti i pojedine dijelove istih. Smatra se da je djelo objavljeno kada u originalu ili reprodukciji postane javno autorovom ili voljom ovlaštenika autorskog prava. Izvan zaštite Zakona bili su tekstovi zakona, naredbi, službenih odluka i rješenja, spisi, poslovne odluke, katalozi, cjenici, upute, predavanja i govori. Također, autor je imao isključivo pravo na ponovno izdavanje djela, prijevod, preradu, izvedbu glazbenog djela, prijenos djela na instrumente, javno izvođenje, prijenos i javno izvođenje književnih i umjetničkih djela radio-elektronskim putem, na izložbe te na reprodukciju kinematografskih djela.⁴⁷

Što se tiče sadržaja prava autora ili riječima Zakona o zaštiti autorskog prava iz 1929., onoga „tko je djelo stvorio“, on obuhvaća njegovo pravo da svoje djelo stavlja u promet, objavljuje, iznosi javno na predavanjima, reproducira i umnožava. Dok djelo nije objavljeno, autoru pripada isključivo pravo da o njemu obavještava javnost.⁴⁸

Zakon o zaštiti autorskog prava iz 1929. godine također navodi dopuštene

43 §1 Zakona o zaštiti autorskog prava, u: “Zbirka zakona i uredbi”, VII, br.193.-277, Zagreb, 1930. (dalje **ZZAP 1929.**), str. 785.

44 §2 **ZZAP**, str.785

45 §. 3. Ibid

46 §. 4. Ibid

47 §. 22.**ZZAP 1929.**, str.787.

48 § 21. Ibid.

načine korištenja djela bez kršenja autorskog prava u §26, § 27, §28, §29, § 30, §31, §32, §33§34, §35, §36, §37, pa je tako dopušteno citiranje, korištenje manjih književnih djela u svrhu obrazovanja, fotografska i likovna djela dopušteno je uvrstiti u udžbenike i prikazivati putem kinematografije.⁴⁹

Prema odredbama § 38 spomenutog zakona autorsko pravo traje tijekom života autora te 50 godina nakon njegove smrti. Anonimna djela i ona pod pseudonimom imala su jednaku zaštitu kao i druga djela iz oblasti književnosti i umjetnosti. Iznimke su fotografija – gdje je razlika bila ta što se autorsko pravo štitilo 20 godina nakon autorove smrti; i kinematografsko djelo – gdje je duljina zaštite nakon smrti autora ovisila o tome je li se konkretno djelo treba smatrati književnim, likovnim ili fotografskim djelom.⁵⁰

Zakon o zaštiti autorskog prava iz 1929., je poznavao samo kazneni vid zaštite autorskog prava. Zbog kršenja i pokušaja kršenja odredbi Zakona kažnjavalo se novčano i zatvorski.

U §51 nabrojani su vidovi kršenja odredbi ovog Zakona o zaštiti autorskog prava iz 1929., uz navođenje visine novčane odnosno zatvorske kazne predviđene za svako kazneno djelo.⁵¹

Za odlučivanje o kazni i vođenje postupka nadležni su bili prekršajni sudovi prema Kaznenom zakonu. Pravo na podizanje tužbe zastarijevalo je protekom dvije godine od dana povrede autorskog prava, dok je pravo na podizanje tužbe za naknadu štete zastarijevalo protekom tri godine od dana autorovog saznanja za izvršitelja djela i nastalu štetu.⁵²

U postupku utvrđivanja krivnje i štete koju je pretrpio autor sudjelovalo je Ministarstvo prosvjete koje je na zahtjev suda davalo stručna mišljenja i objašnjenja. U tu svrhu nastao je i Savez stručnjaka sastavljen od književnika, umjetnika i pravnika.⁵³

4. Socijalistička Jugoslavija

4.1. Zakon o zaštiti autorskog prava iz 1946. godine

Nakon završetka Drugog svjetskog rata došlo je do korijenite promjene u društveno-ekonomskim odnosima. Novi pravni poredak zasnivao se na odlukama i zakonskim aktima AVNOJ-a i Privremene narodne skupštine, uz načelni raskid sa pravnim sustavom predratne Jugoslavije⁵⁴ Zakonom o nevažnosti

49 **ZZAP 1929.**, str.788.-789.

50 §44,§45, **ZZAP 1929.**, str.789-790.

51 **ZZAP 1929.**, str.790.

52 § 65., **ZZAP 1929.**, str.792.

53 §77., **ZZAP 1929.**, str.793.

54 Imamović Mustafa, *Historija države i prava Bosne i Hercegovine*, “Magistrat-Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu”, Sarajevo, 2003., str.372.

pravnih propisa donesenih prije 6.travnja 1941.godine i za vrijeme neprijateljske okupacije, pravni propisi Kraljevine Jugoslavije su izgubili pravnu snagu i više nisu vrijedili.⁵⁵S obzirom na nove postulate o izgradnji novog pravnog poretka u Federativnoj Narodnoj Republici Jugoslaviji (FNRJ) 25.svibnja 1946 godine donesen je Zakon o zaštiti autorskog prava.⁵⁶Budući da FNRJ nije bila članica Bernske konvencije bez obzira na pravila međunarodnog prava prema kojima je postojao pravni kontinuitet između Kraljevine Jugoslavije i FNRJ, novi Zakon o zaštiti autorskog prava FNRJ iz 1946 je odstupao od Bernske konvencije.⁵⁷

Zakon o zaštiti autorskog prava iz 1946. godine sadržavao je ustanovu *domaine public payant* pod kojom se podrazumijeva da istekom rokova ustanovljenih u korist autora i njegovih nasljednika, za iskorištavanje djela na kojima više ne postoje imovinska prava, državi ili nekom državnom fondu plaća se posebna naknada. U ovom Zakonu, ova ustanova imala je još značajnije posljedice, jer poslije smrti autora, odnosno njegovih nasljednika, kao nositelj autorskog prava pojavljivala se država. Bez autorizacije države i bez plaćanja naknade nije se moglo koristiti nijednim tzv. „slobodnim“ djelom. Polovica tako ostvarenih prihoda pripadala je državi, dok se druga polovica dodjeljivala autorskim savezima radi podmirivanja njihovih potreba.⁵⁸

1.2. Zakon o autorskom pravu iz 1957. godine

Socijalistička Jugoslavija pristupila je Bernskoj konvenciji prema Briselskom tekstu od 26. lipnja 1948. godine Ukazom o ratifikaciji od 23. lipnja 1951. godine, s rezervom da u pogledu na isključivo pravo autora na prevođenje njegovog djela na jezike naroda Jugoslavije treba i dalje važiti članak 5. Bernske konvencije po Pariškom tekstu iz 1896. godine, po kojem to pravo traje samo 10 godina. Na ovaj način Jugoslavija je izbjegla primjenu Briselskog teksta Bernske konvencije prema kojem pravo prijevoda traje za vrijeme života autora i još 50 godina nakon autorove smrti.⁵⁹

Nakon što je Jugoslavija pristupila Bernskoj konvenciji, Zakon o zaštiti autorskog prava iz 1946. godine našao se u opreci s načelima ove konvencije. Bernska konvencija autorima pruža minimum međunarodne zaštite, a ukoliko nacionalna zakonodavstva ne bi predviđala takvu razinu zaštite, onda bi se na strane autore izravno primjenjivala Bernska konvencija, što ujedno znači da se strani državljani stavljaju u povoljniji položaj od domaćih. Kako bi se to zaobišlo, nacionalna zakonodavstva trebaju se uskladiti s Bernskom konvencijom. Zbog toga su od 1954. godine u Jugoslaviji počele ozbiljne pripreme za usuglašavanje novog zakona o autorskom pravu s Bernskom konvencijom. Ove pripreme otežavala

55 "Službeni list FNRJ", br. 86/1946., 105/1946.

56 "Službeni list FNRJ",br.45/1946.

57 Spaić, op. cit., str. 29.

58 Ibid., str. 33.

59 Spaić, op. cit str. 29.

je nerazvijenost jugoslavenske znanosti, siromaštvo sudske prakse i odsustvo tradicije u ovoj oblasti. S druge strane, promjene u društveno-ekonomskim odnosima u Jugoslaviji temeljno su izmijenile položaj i ulogu autora književnih, umjetničkih i znanstvenih djela. Ideal socijalističke države bio je da se intelektualne tvorevine ne tretiraju kao roba, već bi trebale imati kulturne i društvene funkcije, uvjetovane slobodom intelektualnog stvaranja. Socijalistička država trebala je pružiti autorima potpunu zaštitu intelektualnog stvaranja, osiguravajući im tako bolje uvjete za razvoj njihovih kreativnih sposobnosti. Novi zakon o autorskom pravu stoga je trebao istovremeno štiteći njihove pojedinačne interese dovesti ih u suglasnost s općim interesima društvene zajednice, kako bi funkcija autora imala društveni karakter. U ovom razdoblju tehnološki razvoj, primarno pojava vizualne i sonične registracije, omogućio je i novi oblik intelektualnog stvaranja koji je također trebao zaštitu. To je dovelo do globalnog sukoba s autorima književnih i umjetničkih djela, s radio-difuznim ustanovama. Takvi sukobi bili su prisutni i u Jugoslaviji. Stoga novi zakon o autorskom pravu nije mogao ostati indiferentan prema ovim sukobima i morao je dati rješenja i za uređivanje novih odnosa. Sve ovo otežavalo je donošenje novog zakona o autorskom pravu.⁶⁰

Postojala su tri prednacrtu novog zakona o autorskom pravu. Posljednji prednacrt iz 1956. godine temeljno je pretresen tijekom 1956. godine s primjedbama od preko 30 nadležstava, ustanova i društvenih organizacija. Institut za usporedno pravo u Beogradu tijekom rujna 1956. organizirao je uspješne i dinamične rasprave povodom ovog prednacrtu.⁶¹

U usporedbi s ranijim Zakonom o zaštiti autorskog prava iz 1946. godine, Zakon o autorskom pravu od 10. srpnja 1957. godine predstavljao je napredak u organiziranju zaštite intelektualnog stvaralaštva.⁶²

Temeljna ideja novog Zakona o autorskom pravu bila je uz ranije spomenuto usuglašavanje pojedinačnih interesa autora s interesima društvene zajednice, jačanje pravnog položaja autora. Zakon o autorskom pravu iz 1957. godine napustio je ustanovu *domaine public payant* koji je karakterizirao raniji Zakon o zaštiti autorskog prava iz 1946. godine.⁶³

Međutim, relikti ove ustanove mogu su se pronaći u odredbi čl. 43, stavak 1 Zakona o autorskom pravu iz 1957., koji je predviđao da se prilikom iskorištavanja narodnih književnih i umjetničkih tvorevina putem izvođenja plaća naknada fondu za unapređivanje kulturnih djelatnosti.⁶⁴ Bitno je spomenuti i usuglašavanje Zakona o autorskom pravu iz 1957. godine s Bernskom konvencijom, čime je jugoslavensko zakonodavstvo harmonizirano s međunarodnim obvezama Jugoslavije.⁶⁵

60 Ibid., str. 29. – 30.

61 Ibid., str. 30.

62 “Službeni list FNRJ”, br.36/1957.

63 Spaić, op. cit., str.30.

64 “Službeni list FNRJ”, br.36/1957.

65 Spaić, op. cit str 30.

Primijenjena zakonodavna tehnika bila je na zavidnoj razini. Zakon o autorskom pravu iz 1957. godine služio se standardnim odredbama, trudeći se da po karakteru budu što opširnije, a izbjegavajući, gdje god je to bilo moguće, uređivanje konkretnih slučajeva. Na ovaj način sud je dobio najopćenitije upute za rješavanje konkretnih autorskopравnih sporova i time se potpomogla njegova stvaralačka aktivnost. Sustavnost Zakona o autorskom pravu iz 1957. godine je vrlo pregledna. Zakon je bio podijeljen u osam glava (Uvodne odredbe, autorsko djelo i autor; Sadržaj, korištenje i prenošenje autorskog prava; Trajanje autorskog prava; Zaštita autorskog prava; Ostvarivanje autorskog prava; Prava na dnevnicima, privatnim pismima i portretima; Prijelazne i završne odredbe).⁶⁶

Donošenjem Zakona o autorskom pravu iz 1957. godine riješen je čitav niz kontroverzi koje je u svojoj primjeni izazivao Zakon o zaštiti autorskog prava iz 1946. godine.⁶⁷

Zakon o autorskom pravu iz 1957. godine dao je čvrst pravni temelj za zaštitu prava autora na njihovim intelektualnim tvorevinama. U svojoj primjeni, ovaj se Zakon pokazao dobrim i nije ukazivao na neke osobite nedostatke koji bi zahtijevali izmjenu osnovnih postavki na kojima je počivao. Međutim, protekom vremena, došlo je do novih shvaćanja u teoriji autorskog prava koja su rezultirala novim rješenjima u drugim nacionalnim zakonodavstvima s ciljem usavršavanja i pojačavanja autorskopравne zaštite. Tadašnja Jugoslavija nije mogla ostati indiferentna prema globalnim kretanjima u teoriji autorskog prava, a koja su bila u suglasnosti s tadašnjim jugoslavenskim ustavnim načelom da autori uživaju moralna i materijalna prava na svojim intelektualnim tvorevinama. (čl. 45. Ustava SFRJ).⁶⁸

Instrumenti za prijenos imovinskopравnih ovlaštenja autorskog prava su ugovori koji su morali biti zaključeni u pismenoj formi. Ukoliko ovakvi ugovori ne bi bili zaključeni u pismenoj formi, bili bi apsolutno ništavni i ne bi proizvodili pravne posljedice. Zakon o autorskom pravu iz 1957. godine nije sadržavao odredbe o autorskim ugovorima, kao što to čine današnja zakonodavstva.⁶⁹

Zakon o autorskom pravu iz 1957. godine predviđao je dva režima u odnosu na pravo prevođenja. Prvi je bio opći režim, predviđen u čl. 29., koji daje ovlaštenja autoru, odnosno nositelju autorskog prava, da daje odobrenje za prijevod djela na strani jezik. Prema ovom Zakonu, ovo autorovo pravo trajalo je tijekom zaštitnog roka autorskog prav, sve dok djelo u smislu ovog Zakona

66 Spaić, op. cit., str. 31.

67 Ibid.

68 Ibid.

69 "Autorska imovinska prava na cjelokupnom djelu ili na pojedinim njegovim djelovima mogu se prenositi na pojedince i pravne osobe, u cjelini ili djelomično, za sve vrijeme trajanja autorskog prava ili za određeno kraće vrijeme, za određeno područje, kao i za izdavanje ili prikazivanje na određenim jezicima. Za pravovaljanost ugovora o prenošenju imovinskih autorskih prava potrebno je da ugovor bude zaključen u pismenom obliku. Ugovor o prenošenju imovinskih autorskih prava koji nije zaključen u pismenom obliku ne proizvodi pravni učinak" (čl.44. Zakona o autorskom pravu "Službeni list FNRJ", br.36/1957.- dalje **ZAP 1957.**)

nije postalo slobodno. Za dano odobrenje za prevođenje autor je imao pravo na naknadu. Prevoditelj je bio dužan prilikom prevođenja djela u potpunosti poštovati sva autorova ovlaštenja koja proizlaze iz autorskog prava.⁷⁰

Drugi poseban režim predviđen je u čl. 52. Zakona o autorskom pravu iz 1957. godine, koji je omogućavao prevođenje djela bez autorovog odobrenja. Naime, Jugoslavija je Bernskoj konvenciji pristupila s rezervom glede isključivog prava autora na prevođenje djela na jezike naroda Jugoslavije, pa je za nju i dalje vrijedio čl. 15. Bernske konvencije po Pariškom tekstu iz 1896. godine, po kojem pravo prijevoda traje samo 10 godina od objavljivanja izvornog djela. Jugoslavija je na ovaj način izbjegla primjenu čl. 8. Briselskog teksta te Konvencije iz 1948. godine, prema kojem pravo prijevoda traje tijekom života autora i 50 godina poslije njegove smrti.⁷¹

1.3. Zakon o autorskom pravu iz 1968. godine

Tijekom priprema za reviziju Bernske konvencije za zaštitu književnih i umjetničkih djela, predložene su mnogobrojne izmjene koje su pojačavale zaštitu autorskih djela na međunarodnoj razini. Ove izmjene uglavnom su bile usvojene od Diplomatske konferencije za reviziju Bernske konvencije održavane u Stockholmu između 11. lipnja i 14. srpnja 1967. godine. To je imalo utjecaj i na Jugoslaviju, koja je bila članica Bernske konvencije te je potpisala i Štokholmski tekst Bernske konvencije. Jugoslavija je, također, iduće godine ratificirala Univerzalnu konvenciju za zaštitu autorskog prava, pa se pojavila potreba da se jugoslavenski Zakon o autorskom pravu dovede u suglasnost s osnovnim načelima na kojima se temelji ova Konvencija. Društveno-ekonomski odnosi su se, uvođenjem samoupravnog socijalizma tijekom ovog razdoblja, znatno izmijenili, pa su mnoge odredbe Zakona o autorskom pravu iz 1957. godine prevladane. Jačanjem samoupravnih prava neposrednih proizvođača, koja su pravno izražena u Ustavu SFR Jugoslavije iz 1963. godine, jačala su i prava intelektualnih tvorca i neka rješenja jugoslavenskog Zakona o autorskom pravu iz 1957. godine su došla u očito proturječje s ustavnim načelima. Zbog navedenih problema pravni teoretičari i stručnjaci iz oblasti autorskog prava bili su ponukani kritički razmotriti Zakon o autorskom pravu iz 1957. godine. Institut za uporedno pravo u Beogradu organizirao je niz raspravnih sastanaka posvećenih pitanjima reforme autorskog prava, na kojima su sudjelovali najistaknutiji stručnjaci iz ove pravne oblasti. Sastanci su trebali pomoći da se odredi pravac razvoja jugoslavenskog autorskog prava. Usvojeno je da su se ispunili uvjeti da se pristupi temeljnoj reviziji Zakona o autorskom pravu iz 1957. godine. Raniji Savezni sekretarijat za obrazovanje i kulturu formirao je stručnu Komisiju, kojoj je predsjedao Vojislav Spaić. Cilj

70 Čl.29. **ZAP 1957.**

71 “Kad autor djela objavljenog na stranom jeziku ne prevede to djelo na koji od jezika jugoslavenskih naroda u roku 10 godina po objavljivanju djela ili ne dopusti drugome da ga prevede, takvo djelo se može prevesti na jezike jugoslavenskih naroda i bez autorova odobrenja. To vrijedi i za djela objavljena na jeziku jednog od jugoslavenskih naroda” (čl.52. **ZAP 1957.**)

Komisije bio je proučiti sve probleme u vezi reforme autorskog prava i izraditi „predosnovu“ novog zakona o autorskom pravu. Nakon obavljenog zadatka, Komisija je uputila nacrt svim zainteresiranim tijelima i organizacijama na razmatranje. Nakon razmatranja svih primljenih primjedbi, mišljenja i prijedloga, Komisija je izradila novi prednacrt zakona s kojim se usuglasilo i Savezno izvršno vijeće, s tim da služi kao osnova za daljnji rad na izradi novog zakona.⁷²

Istovremeno, Savezna skupština obrazovala je Međuodborsku komisiju Prosvjetno-kulturnog vijeća i Saveznog vijeća, koja je imala zadatak izraditi prijedlog novog zakona. Na bazi Predosnove, ova Komisija je nakon jednogodišnjeg rada, izradila Prijedlog zakona o autorskom pravu, kojeg je Savezna skupština usvojila na sjednici na sjednici Prosvjetno-kulturnog vijeća 17. srpnja te Saveznog vijeća 19. srpnja, a ozakonjen je 20. srpnja 1968. godine.⁷³

Među pitanjima kojima je novi Zakon o autorskom pravu iz 1968. godine poklonio naročitu pažnju nalazi se kinematografsko djelo. Kinematografsko djelo postavljalo je mnogobrojne probleme, a među njima su se isticali: pitanje autora kinematografskog djela, njihov odnos prema filmskom producentu, položaj skladatelja filmske glazbe i odnos kinematografskog djela prema televiziji.

U pogledu autora kinematografskog djela, Zakon o autorskom pravu iz 1957. godine usvojio je pluralističku teoriju, držeći kako autorsko pravo na kinematografskom djelu, kao nedjeljivo, pripada samo onim osobama koja su sudjelovala u intelektualnom stvaranju kinematografskog djela. Zakon o autorskom pravu iz 1957. godine taksativno nabroja autore dovršenog kinematografskog djela i kao takve smatra samo: scenarista, skladatelja, redatelja i glavnog snimatelja, a Zakon o autorskom pravu iz 1968., koji je usvojio također pluralističku teoriju, ipak smanjuje broj taksativno određenih autora kinematografskog djela i takvima smatra scenarista i redatelja, a kod crtanog filma i glavnog crtača.⁷⁴

Isto tako ni skladatelj filmske glazbe ne smatra se uvijek koautorom kinematografskog djela. Oni imaju autorsko pravo na svoju glazbu, ali su lišeni autorstva na kinematografskom djelu. Kao i glavni snimatelj slike, scenograf filma, slikar kostima i maske te skladatelj ovakve filmske glazbe zadržava autorsko pravo na svojim doprinosima.⁷⁵

Međutim, ukoliko u kinematografskom djelu glazba predstavlja bitan element, čini bit kinematografskog djela (opera, opereta, balet, glazbeni film) onda će se i skladatelj smatrati autorom takvog kinematografskog djela.⁷⁶

Zakon o autorskom pravu iz 1968. godine na vrlo elastičan i originalan način rješava pitanje autora kinematografskog djela. Ovakvo rješenje nije postojalo u drugim nacionalnim zakonodavstvima. Obzirom na to da je tada jugoslavenski crtani film imao veliki značaj i vrijednost u svijetu te ulogu glavnog crtača u

⁷² Spaić, op. cit., str. 31. – 32.

⁷³ „Službeni list SFRJ”, br. 30/1968

⁷⁴ Spaić, op. cit. str. 32.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Spaić, op. cit., str. 32. – 33.

stvaranju istog, Zakon o autorskom pravu iz 1968. godine dao mu je autorstvo nad ovim djelom. To je bio prvi slučaj u usporednom zakonodavstvu da se glavni crtač smatra autorom kinematografskog djela.⁷⁷

Brojne rasprave bile su posvećene pitanju treba li u jugoslavenski pravni sustav ponovno uvesti ustanovu „*domaine public payant*“, koji je bio poznat Zakonu o zaštiti autorskog prava iz 1946. godine.⁷⁸ Zakon o autorskom pravu iz 1968. godine uveo je ovu ustanovu, ne u smislu produženja zaštitnih rokova na tzv. „slobodna“ djela, što bi bilo u suprotnosti s čl. 18, st. 2. Bernske konvencije,⁷⁹ nego kao obvezu na plaćanje posebne interne takse u korist zajednice za iskorištavanje djela na kojima više ne postoji imovinsko pravo, bez potrebe prethodnog traženja autorizacije.⁸⁰

Prema Zakonu o autorskom pravu iz 1968. godine, ostavljena je bila mogućnost da se republičkim propisima može odrediti uvođenje plaćanja posebnog doprinosa za iskorištavanje „slobodnog“ autorskog djela, kao i način plaćanja i korištenja ovim doprinosom.⁸¹

Zakon o autorskom pravu iz 1968. godine posvećuje autorskopравnim ugovorima posebno poglavlje i tako popunjava onu prazninu koja je postojala u Zakonu o autorskom pravu iz 1957. godine. Ovime se dao čvrst temelj praksi za uređivanje autorskopравnih odnosa, koji su po svojoj naravi vrlo delikatni.⁸²

Usvojeno je shvaćanje da u jugoslavenskom pravnom sustavu treba usvojiti kompromisno rješenje između anglosaksonskog i istočnoeuropskog režima po pitanju autorskopравnih ugovora. Stoga su u Zakonu o autorskom pravu iz 1968. godine određena izvjesna osnovna načela u čijim se okvirima integriraju autorskopравni ugovori, dok se slobodnim sporazumom stranaka određuju pojedinosti. Opća pravila građanskog prava primjenjivala su se supsidijarno.⁸³

Također, trebalo se riješiti i pitanje je li potrebno uređivati od pojedinačnih ugovora samo klasične autorskopравne ugovore ili je potrebno istovremeno obuhvatiti i nove tipove ugovora (ugovor o kinematografskom djelu, ugovor o emisiji djela putem radio-difuzije i televizije, ugovor o snimanju djela pomoću instrumenata za snimanje zvukova i ugovor o adaptaciji djela, ugovor o prijevodu). Prevladalo je mišljenje da ovi ugovori nisu sazreli za kodifikaciju kako obuhvaćaju odnose koji se još nalaze u razvoju i njihova preuranjena kodifikacija imala bi negativan utjecaj na njihov pravilan razvoj. Razumljivo je

77 Ibid., str. 33.

78 Ibid.

79 „Međutim, ako neko djelo time što je isteklo trajanje zaštite koje mu je ranije bilo priznato postane javno dobro zemlje z kojoj se zaštita traži, takvo djelo ne može biti ponovno u njoj zaštićeno.“, čl. 18, st. 2. Bernske konvencije. (Svjetska organizacija za intelektualno vlasništvo: Bernska konvencija o zaštiti književnih i umjetničkih djela. Svjetska organizacija za intelektualno vlasništvo, Ženeva, 1982.)

80 Spaić, op. cit., str. 34.

81 Ibid.

82 Ibid.

83 Spaić, op. cit. str. 34.

onda zašto Zakon o autorskom pravu iz 1968. godine uređuje samo tri najvažnija autorskopravna ugovora: izdavački ugovor, ugovor o prikazivanju i izvođenju te ugovor o kinematografskom djelu (ugovor o scenariju, ugovor o filmskoj režiji, ugovor o filmskoj glazbi, ugovor s glavnim crtačem i ugovor o pojedinim autorskim doprinosima kinematografskom djelu).⁸⁴

Kako je Jugoslavija 1967. godine ratificirala Univerzalnu konvenciju o autorskom pravu iz 1952. godine, u Zakonu o autorskom pravu iz 1968. godine uveden je i treći posebni režim u pogledu prava prijevoda kojim je omogućena primjena zakonske licencije na osnovi čl. V Univerzalne konvencije. Naime, u pogledu autorovog prava na prevođenje svoga djela, Univerzalna konvencija odstupa od Bernske konvencije jer predviđa da, ako autor u roku od 7 godina od prvog objavljivanja svog djela nije isto djelo preveo ili dao odobrenje za prijevod na nacionalni jezik neke ugovorne države, svaki državljanin te države može, nakon ispunjenja formalnih uvjeta, to djelo prevesti i bez odobrenja autora. Autor i dalje zadržava pravo na odgovarajuću naknadu. Da bi se ovakvo djelo moglo prevesti, potrebno je ispunjenje sljedećih uvjeta: prevoditelj mora zatražiti odobrenje od nadležnih tijela svoje države i dokazati da nije mogao dobiti odobrenje za prijevod od nositelja autorskog prava ili da ga nije mogao pronaći. U drugom slučaju prevoditelj mora dostaviti prijepis tog traženja izdavaču čije je ime navedeno na djelu i diplomatskom ili konzularnom predstavništvu države čiji je državljanin nositelj prava prijevoda. Odobrenje za prijevod ne može biti dano ako je autor povukao primjerke djela iz opticaja. Ovaj režim važi samo u odnosu na djela čiji je autor državljanin neke od država potpisnica Univerzalne konvencije, pod uvjetom da ta država nije istovremeno i potpisnica Bernske konvencije, jer u tom slučaju glede prava prijevoda primjenjivat će se u poglavlju o Zakonu o autorskom pravu iz 1957. godine ranije opisani drugi režim.⁸⁵

U Zakonu o autorskom pravu iz 1968. godine usavršen je režim autorskog djela stvorenog u radnom odnosu ili po narudžbi i cijela ova ustanova koja obiluje nizom posebnosti dovedena je u suglasnost s novonastalim samoupravnim odnosima.⁸⁶

Pri izradi Zakona o autorskom pravu iz 1968. godine pitanje ostvarivanja autorskih prava izazvalo je žustre rasprave. Naime, pojavio se problem strukture i organizacije ustanova za zaštitu autorskih prava, kao i problem sudjelovanja autora u njihovom upravljanju. Zakon o autorskom pravu iz 1968. godine usvojio je, uglavnom, prethodni režim ostvarivanja autorskog prava: autor može ostvarivati sam svoja prava ili preko zastupnika, kao i da ostvarivanje autorskog prava mogu vršiti, na osnovi punomoći autora, i organizacije autora, kao i sve ustanove i organizacije koje se registriraju za zaštitu autorskih prava.⁸⁷

Zakon o autorskom pravu iz 1968. godine nije predviđao sudjelovanje

84 Ibid., str. 35.

85 Ibid., str. 36.

86 Ibid.

87 Ibid.

autora u upravljanju ustanovom koja za njih nije ostvarivala autorska prava. Svi odnosi između ustanove i organizacije autora koje su je osnovale uređivali su se ugovorom.⁸⁸

U Zakonu o autorskom pravu iz 1968. godine sistematika je izmijenjena u izvjesnom smislu. Zakon se dijelio u deset poglavlja: uvodne odredbe; autorsko djelo i autor; sadržaj i iskorištavanje autorskog prava; prenošenje autorskog prava; trajanje autorskog prava; korištenje autorskog djela po isteku imovinskih prava; ostvarivanje autorskog prava; zaštita autorskog prava; posebna prava na dnevnik, privatna pisma i portrete; prijelazne i završne odredbe.⁸⁹

1.4. Zakon o autorskom pravu iz 1978. godine

Zakon o autorskom pravu iz 1978. godine objavljen je u „Službenom listu SFRJ“ 14. travnja 1978. godine, a sadržavao je 8 poglavlja.⁹⁰ Ovaj Zakon prvi je uređivao pitanje prava umjetnika izvođača.⁹¹ Prema odredbama u članku 8. Zakona o autorskom pravu iz 1978, autorom se smatra ona osoba čije je „ime i prezime ili pseudonim na djelu označen, dok se protivno ne dokaže“.⁹² Nositelj autorskih prava može biti i osoba kojoj na temelju...”zakona, oporuke ili ugovora pripadaju sva ili pojedina autorskopravna ovlaštenja“.⁹³

Uvodne odredbe ovog Zakona navode da autori književnih, znanstvenih i umjetničkih djela imaju autorsko pravo glede svojih tvorevina. Zakon štiti sva djela državljana SFR Jugoslavije bez obzira jesu li objavljena u zemlji ili inozemstvu, a jednaku zaštitu uživala su i neobjavljena djela.⁹⁴ Osim novine navedene u prethodnom paragrafu koja se odnosi na računarske programe, Zakon o autorskom pravu iz 1978. godine štiti ista djela navedena u prethodnim zakonima.

Zakonom je autorsko djelo definirano kao „tvorevina s područja književnosti, znanosti i umjetnosti i drugih područja stvaralaštva, bez obzira na vrstu, način i oblik izražavanja“.⁹⁵ Kao i u prethodnim zakonima, bez promjena se navode uvjeti pod kojima se štite zbirke djela, prijevodi, glazbene obrade, naslovi autorskih djela i ostalo.⁹⁶

Ovaj Zakon doživio je dvije izmjene i dopune. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o autorskom pravu usvojen je 1986. godine, međutim, nije imao veći značaj na autorsko pravo Jugoslavije jer se izmjene nisu odnosile na

⁸⁸ Spaić, op. cit.str.36.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Zakon o autorskom pravu ‘Službeni list SFRJ’, br.19/1978 (dalje **ZAP 1978.**)

⁹¹ Misailović, op. cit., str. 26.

⁹² Čl. 8. **ZAP 1978.**

⁹³ Čl.12. **ZAP 1978.**

⁹⁴ Čl.2. **ZAP 1978.**

⁹⁵ Čl.3. **ZAP 1978.**

⁹⁶ Velagić-Hocenski, op.cit., str.240.

ključne koncepcije i odredbe.⁹⁷ Drugi Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o autorskom pravu o autorskom pravu iz 1990. godine značajan je iz razloga što se pod zaštitu autorskog prava uveo i računarski program.⁹⁸

4. Moderno bosanskohercegovačko autorsko pravo i autorsko pravo Europske unije

Nakon raspada Jugoslavije, u Bosni i Hercegovini na snazi je bio Zakon o autorskom pravu iz 1978. godine. Novi zakon donesen je 2002. godine, s promijenjenim nazivom Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima, tako da naziv više odgovara sadržaju samog zakona.⁹⁹ Ovakav naziv prisutan je u zakonodavstvima nekih država članica Europske unije i susjednih država.¹⁰⁰

U suvremenoj Bosni i Hercegovini Zakon o autorskom i srodnim pravima, kojim se uređuje autorsko pravo donesen je 2002. godine. Donošenjem ovog Zakona harmonizirano je autorskopravno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine sa Sporazumom o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva Svjetske trgovinske organizacije. Međutim, ova oblast ostala je neusklađena s direktivama Europske unije iz ove oblasti. Bosna i Hercegovina potpisala je 16. lipnja 2008. godine Ugovor o stabilizaciji i pridruživanju s Europskom unijom, čime je prihvaćanje zakonodavstva Europske unije – *acquiscommunautaire* – postala obveza. Ovo je ujedno oblast kojem se danas posvećuje najviše pažnje u državama Zapadne Europe i Svijeta. Ova pažnja manifestirala se u sve većem broju direktiva Europske unije koje su se počele donositi od 1991. godine te međunarodnim ugovorima u okviru Svjetske trgovinske organizacije posvećenim ovoj oblasti.¹⁰¹

Stoga je bilo nužno da bosanskohercegovačko zakonodavstvo podigne razinu ove oblasti na onu koju je postavila Europska unija i Svjetska trgovinska organizacija. No i razvoj tehnologije, ili preciznije načini masovnog nezakonitog korištenja autorskih djela, zahtijevao je modernizaciju autorskopravne oblasti.

Sama Europska unija nema zakonodavnu nadležnost u oblasti intelektualnog vlasništva, pa se usklađivanje autorskog prava vrši radi funkcioniranja zajedničkog tržišta. Kako bi se uskladilo autorsko pravo doneseno je nekoliko direktiva, u

97 "Službeni list SFRJ", br. 24/1986

98 "Službeni list SFRJ", br. 21/1990

99 Duraković-Jug, Mia: „Pregled razvoja autorskog prava u Republici Hrvatskoj s naglaskom na promjene uvjetovane usklađivanjem s pravnom stečevinom EU“, u: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 46, 3/2009, Split 2009., str. 614.

100 Tako primjerice u Crnoj Gori (*Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima*, „Službeni list Crne Gore“, br. 37/11); Hrvatskoj (*Zakon o autorskim i srodnim pravima*, „Narodne novine“ br. 167/2003), Njemačkoj (*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, „Bundesgesetzblatt“, br. 51, 16.9.1965.) Poljskoj (*Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, „Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej“ br. 24, 1994.) i Srbiji, (*Zakon o autorskom i srodnim pravima*, „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 104/2009).

101 Vignjević, Lidija, *Autorsko i srodna prava u Bosni i Hercegovini*, "Institut za intelektualno vlasništvo Bosne i Hercegovine", Sarajevo 2011., str. 5.

odnosu na koje postoji obveza država članica za njihovim primjenjivanjem kroz unutarnje zakonodavstvo. Donesene smjernice uređuju pojedine dijelove autorskog prava, no međusobno se nadovezuju i dopunjuju, stoga je nemoguća njihova zasebna implementacija, već se moraju skupno implementirati. S ciljem usklađivanja autorskog prava donesene su sljedeće direktive:¹⁰²

- Direktiva 91/250/EEZ o pravnoj zaštiti računalnih programa od 14. svibnja 1991. godine;¹⁰³
- Direktiva 93/83/EEZ o koordiniranju određenih pravila o autorskom pravu i srodnim mu pravima koja se primjenjuju u satelitskoj radiodifuziji i kablskoj transmisiji od 27. rujna 1993. godine;¹⁰⁴
- Direktiva 93/98/EEZ o harmonizaciji trajanja zaštite autorskog prava i određenih srodnih prava od 29. listopada 1993. godine;¹⁰⁵
- Direktiva 96/9/EZ o pravnoj zaštiti baza podataka od 11. ožujka 1996. godine;¹⁰⁶
- Direktiva 2001/84/EZ o pravu slijeđenja u korist autora originalnih umjetničkih djela od 27. listopada 2001. godine;¹⁰⁷
- Direktiva 2006/115/EZ o pravu iznajmljivanja i pravu posudbe te o određenim autorskom pravu srodnim pravima u području intelektualnog vlasništva od 12. prosinca 2006. godine.¹⁰⁸

Drugi korak radi usklađivanja autorskog prava u EU odnosi se na stvaranje i razvoj informatičkog društva koje karakterizira globalna digitalizacija i predstavlja tzv. inicijativu druge generacije usklađivanja izraženu Zelenom knjigom o autorskom pravu i srodnim pravima u informatičkom društvu iz 1995. godine i njezinim nastavkom iz 1996. godine.¹⁰⁹ U tom pogledu donesena je Direktiva 2001/29/EZ o usklađivanju određenih aspekata autorskog prava i srodnih prava u informatičkom društvu od 22. svibnja 2001. godine.¹¹⁰ Ovom direktivom ustanovljeno je više prava, uključujući ona koja se odnose na digitalne prijenose; te iznimke koje se odnose na prava autora, izvođača, proizvođača fonograma, proizvođača filmova i organizacija za emitiranje.¹¹¹

Treći korak odnosi se na donošenje Zelene knjige o borbi protiv krivotvorenja i neovlaštenog umnožavanja na zajedničkom tržištu iz 1998. godine, 102 Duraković, op. cit., str. 616. – 617.

103 SL L 122 17.5.1991.; više nije na snazi, zamijenjena Direktivom 2009/24/EZ (SL L 111, 5.5.2009.), o kojoj će biti više riječi dalje u tekstu.

104 SL L 248, 6.10.1993.

105 SL L 290 24.11.1993.; više nije na snazi, zamijenjena Direktivom 2006/116/EZ (SL L 372, 27.12.2006.), o kojoj će biti više riječi dalje u tekstu.

106 SL L 77, 27.3.1996.

107 SL L 272, 13.10.2001.

108 SL L 376, 27.12.2006.

109 Duraković, op. cit., str. 617.

110 SL L 167, 22.6.2001., vidi: Duraković, op. cit., str. 617.

111 Martin-Prat, Maria: „The Future of Copyright in Europe“, u: Columbia Journal of Law&the Arts, tom 29, “Columbia Law School”, New York City 2014., str. 31.

a koja je donesena radi djelotvornijeg ostvarivanja prava na zajedničkom tržištu.¹¹² U sklopu ove inicijative donesena je Direktiva 2004/48/EZ o provedbi zaštite prava intelektualnog vlasništva od 29. travnja 2009. godine.¹¹³ Bitno je spomenuti i Direktivu 2000/31/EC od 8. lipnja 2000. godine¹¹⁴ koja pruža određenu zaštitu pružateljima internetskih usluga i u slučajevima kršenja autorskog prava.¹¹⁵

Radi postizanja gore navedenih ciljeva, Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine usvojila je novi Zakon o autorskim i srodnim pravima te Zakon o kolektivnom ostvarivanju autorskog i srodnih prava, koji su stupili na snagu 11. kolovoza 2010. godine.¹¹⁶

Glavni razlog donošenja Zakona o autorskom i srodnim pravima od 2010. godine bilo je potpuno usklađenje bosanskohercegovačkog autorskog prava s onim Europske unije te važećih međunarodnih konvencija i ugovora koje je BiH ratificirala (Bernska konvencija o zaštiti književnih i umjetničkih djela; Međunarodna konvencija za zaštitu umjetnika izvođača, proizvođača fonograma i organizacija za radiodifuziju; Konvencija o zaštiti proizvođača fonograma od neovlaštenog umnožavanja njihovih fonograma; Konvencija o distribuciji signala putem satelita; WIPO Ugovor o autorskom pravu; WIPO Ugovor o izvedbama i fonogramima te ranije navedeni Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva).¹¹⁷

Zakon o autorskom i srodnim pravima usklađen je sa sljedećim direktivama:¹¹⁸

- Direktiva 91/250/EEZ Europskog vijeća o pravnoj zaštiti računalnih programa od 14. svibnja 1991.¹¹⁹
- Direktiva 93/83/EEZ Europskog vijeća o koordiniranju određenih pravila o autorskom pravu i srodnim mu pravima koja se primjenjuju u satelitskoj radiodifuziji i kablskoj transmisiji od 27. rujna 1993. godine;¹²⁰
- Direktiva 93/98/EEZ Europskog vijeća o harmonizaciji trajanja zaštite autorskog prava i određenih srodnih prava od 29. listopada 1993. godine;¹²¹
- Direktiva 96/9/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o pravnoj zaštiti baza podataka od 11. ožujka 1996. godine;¹²²

112 Duraković, op. cit., str. 617.

113 SL L 157, 30.4.2004., vidi: Duraković, op. cit., str. 617.

114 SL L 178, 17.7.2000.

115 Martin-Prat, Maria, op. cit., str. 31.

116 Vignjević, op. cit., str. 5.

117 Ibid, str. 7.

118 Ibid.

119 SL L 122 17.5.1991.; više nije na snazi, zamijenjena Direktivom 2009/24/EZ (SL L 111, 5.5.2009.), o kojoj će biti više riječi dalje u tekstu.

120 SL L 248, 6.10.1993.

121 SL L 290 24.11.1993.; više nije na snazi, zamijenjena Direktivom 2006/116/EZ (SL L 372, 27.12.2006.), o kojoj će biti više riječi dalje u tekstu.

122 SL L 77, 27.3.1996.

- Direktiva 2001/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata autorskog prava i srodnih prava u informatičkom društvu od 22. svibnja 2001. godine.¹²³
- Direktiva 2001/84/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o pravu slijeđenja u korist autora originalnih umjetničkih djela od 27. listopada 2001. godine;¹²⁴
- Direktiva 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o provedbi zaštite prava intelektualnog vlasništva od 29. travnja 2009. godine.¹²⁵
- Direktiva 2006/115/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o pravu najma i pravu posudbe i o određenim pravima srodnim autorskom pravu u polju intelektualnog vlasništva od 12. prosinca 2006. godine;¹²⁶
- Direktiva 2006/116/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o trajanju zaštite autorskog prava i određenih srodnih prava od 12. prosinca 2006. godine.¹²⁷

Radi prilagođavanja tehnološkom razvoju, na razini Europske unije donesen je niz direktiva kojima se uređuje oblast autorskog prava. Njihova je primjena izravna, što znači da će Bosna i Hercegovina u aspektu pristupanja Europskoj uniji morati osigurati njihovu takvu primjenu, kao što je učinjeno s nekoliko direktiva prilikom usvajanja Zakona o autorskom i srodnim pravima iz 2010. godine. Pored gore navedenih, Bosna i Hercegovina morati će osigurati izravnu primjenu sljedećih direktiva:

- Direktiva 2006/123/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća o uslugama na unutarnjem tržištu od 12. prosinca 2006. godine¹²⁸ – koja za cilj ima ostvariti pravni okvir za slobodno uspostavljanje i slobodno kretanje usluga između država članica.¹²⁹
- Direktiva 2009/24/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća o pravnoj zaštiti računalnih programa (kodificirana verzija) od 23. travnja 2009. godine.¹³⁰ Ova direktiva sadrži odredbe koje se odnose na korisnike zaštite, isključiva prava držača autorskog prava koja se odnose posebno na računalne programe, iznimke od isključivih prava, te slučajeve i uvjete kada korisnici mogu dekompilirati zaštićeni program.¹³¹
- Direktiva 2011/77/EU Europskoga parlamenta i Vijeća o izmjeni Direktive 2006/116/EZ o trajanju zaštite autorskoga prava i određenih

123 SL L 167, 22.6.2001.

124 SL L 272, 13.10.2001.

125 SL L 157, 30.4.2004.

126 SL L 376, 27.12.2006.

127 SL L 372, 27.12.2006.

128 SL L 376, 27.12.2006.

129 Lodder, Arno- Murray, Andrew, *EU Regulation of E-Commerce: A Commentary*, "Edward Elgar Publishing", Cheltenham 2017., str. 292.

130 SL L 111, 5.5.2009

131 Katulić, Tihomir: „Protection of Computer Program sin European and Croatian Law – Current issues and Development Perspective“, u: Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 54, (2), Zagreb 2015., str. 256.

srodnih prava od 27. rujna 2011.¹³² Cilj ove direktive je jačanje položaja izvođača istovremeno produžujući rok zaštite i jamčeći im naknadu na duže razdoblje. U tu svrhu urađene su promjene na dva polja: dužini trajanja prava izvođača kada su njihove izvedbe fiksirane u fonogramima i dužine trajanja prava proizvođača fonograma. Također, ova direktiva uređuje određene posljedice koje produžena zaštita prava može imati, kao i prava koja steknu treće stranke.¹³³

- Direktiva 2012/28/EU Europskoga parlamenta i Vijeća o određenim dopuštenim korištenjima djela siročadi (*orphanworks*) od 25. listopada 2012. godine.¹³⁴ Ova direktiva uređuje određene aspekte korištenja djela siročadi od strane javno dostupnih knjižnica, obrazovnih ustanova, muzeja, kao i arhiva, ustanova filmskog ili zvukovnog nasljeđa, te javnih organizacija za emitiranje u državama članicama Europske unije radi postizanja ciljeva u interesu javnosti.¹³⁵
- Direktiva 2019/790/EU Europskog parlamenta i Vijeća o autorskom i srodnim pravima na jedinstvenom digitalnom tržištu i izmjeni direktiva 96/9/EZ i 2001/29/EZ od 17. travnja 2019. godine.¹³⁶

5. Zaključak

Autorsko pravo u Bosni i Hercegovini svoje začetke dobilo je tijekom austro-ugarske uprave (1878. – 1918.). Ova grana prava dosegla je zavidnu razinu 1929. godine, kada je tadašnji Zakon o zaštiti autorskog prava Kraljevine Jugoslavije stupio na snagu, prateći tehnološki razvoj i suvremenu teorijsku misao o autorskom pravu, pa je kao takav smatran jednim od najsuvremenijih zakona koji su uređivali ovu oblast.

Promjenom društveno-političkog sustava nakon Drugog svjetskog rata, odnosno uspostavljanjem socijalističkog sustava donesen je drugačiji Zakon o zaštiti autorskog prava iz 1946. godine. Autorsko pravo ostalo je zaštićeno, no njegovo značenje promijenjeno je u skladu sa shvaćanjima ondašnjeg političkog sustava, pa je autorsko pravo bilo vrlo ograničeno u korist države. Međutim, prelaskom na samoupravni sustav, autorsko pravo donekle se vratilo tradiciji europskog kontinentalnog prava, pa su u skladu s tim doneseni i slobodniji zakoni koji uređuju ovu materiju 1957., 1968. i konačno 1978. godine. Posljednji Zakon o autorskom pravu iz 1978. godine usvojen je i u države nasljednice, pa tako i

132 SL L 265, 11.10.2011.

133 Stamatoudi, Irini; Torremans Paul: *EU Copyright Law: A Commentary*, “Edward Elgar Publishing”, 2014., Cheltenham, str. 268.

134 SL L 299, 27.10.2012.

135 Katulić, op. cit., str. 256.

136 SL L 130, 17.5.2019

Bosnu i Hercegovinu, gdje je važio do 2002. godine.

Bosna i Hercegovina po prvi puta je kao samostalna država dobila Zakon o autorskom i srodnim pravima 2002. godine. No u skladu s nastojanjima pridruživanja Europskoj uniji donesen je novi Zakon o autorskom i srodnim pravima kao i Zakon o kolektivnom ostvarivanju autorskih i srodnih prava 2010. godine.

Bosna i Hercegovina je donošenjem novih zakona iz oblasti autorskog prava u 2010. godini učinila veliki korak ka usklađivanju bosanskohercegovačkog autorskog prava s pravnom stečevinom Europske unije. Međutim, autorsko pravo vrlo je dinamičan segment društvenih odnosa, naročito u modernom vremenu digitalnog društva, pa je u skladu s tim u Europskoj uniji od 2010. godine doneseno nekoliko novih direktiva koje će morati biti implementirane i u bosanskohercegovačko zakonodavstvo.

Implementacija novih direktiva u bosanskohercegovačko zakonodavstvo ne će biti nužna samo iz aspekta pridruživanja Europskoj uniji, već i s aspekta zadržavanja i stjecanja povjerenja ulagača u unutarnje tržište Bosne i Hercegovine, a s tim u vezi i privlačenja ulaganja u inovacije i stvaralaštvo.

Budućnost autorskog prava u Bosni i Hercegovini veže se uz Europsku uniju, pa će tako ova grana prava u Bosni i Hercegovini biti usklađena s drugim državama članicama Europske unije, čime bi se, barem po pitanju autorskog prava, Bosna i Hercegovina konačno trebala (ponovno) vezati za europsku kontinentalnu pravnu tradiciju.

Literatura

- Copinger, Walter Arthur, *The Law of Copyright*, “Stevens and Haynes”, London, 1915.;
- Čizmić Jozo, *Ogledi iz prava industrijskog vlasništva*” Pravni fakultet Mostar- KIZ “Tin Ujević” Split, Mostar, 1999.;
- Duraković-Jug, Mia, „Pregled razvoja autorskog prava u Republici Hrvatskoj s naglaskom na promjene uvjetovane usklađivanjem s pravnom stečevinom EU“, u: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 46, 3/2009. Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 2009.
- Imamović Mustafa, *Historija države i prava Bosne i Hercegovine*, “Magistrat-Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu”, Sarajevo, 2003.:
- Imamović Mustafa, *Pravni položaj i unutrašnje-politički razvitak BiH od 1878. do 1914*, “Magistrat i Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu”, Sarajevo, 2007.;
- Janić, Miodrag, *Industrijska svojina i autorsko pravo*, “Novinska ustanova Službeni list SFRJ”, Beograd, 1973.;
- Katulić, Tihomir: „Protection of Computer Programs in European and Croatian Law – Current issues and Development Perspective“, u: Zbornik

Pravnog fakulteta u Zagrebu, 54, (2), 2015., Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2015.

- Košutić Budimir P., *Uvod u velike pravne sisteme današnjice*, "Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu", Beograd, 2008.;
- Lodder, Arno; Murray, Andrew, *EU Regulation of E-Commerce: A Commentary*, "Edward Elgar Publishing", Cheltenham 2017.;
- Marković Slobodan M. - Popović Dušan V., *Pravo intelektualne svojine*, "University press –izdanja Magistrat", Sarajevo, 2015.;
- Martin-Prat, Maria: „The Future of Copyright in Europe“, u: *Columbia Journal of Law & the Arts*, tom 29.: Columbia Law School, New York City 2014.
- Misailović, Mirjana: „Pojam, nastanak i razvoj autorskog prava“, u: *Pravo – teorija i praksa*, tom 33, br. 10-12, "Zavod za udžbenike", Beograd, 2016.;
- *Pravni leksikon*, "Leksikografski zavod Miroslav Krleža", Zagreb, 2007.,
- Spaić, Vojislav: *Teorija autorskog prava i autorsko pravo u SFRJ*, "Akademija nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine", Sarajevo, 1969.;
- Steeg Ver, Russ: „The Roman Law Roots of Copyright“, u: *Maryland Law Review*, tom 59, br. 2. "University of Maryland School of Law", Baltimore, 2000.;
- Stamatoudi, Irini; Torremans Paul, *EU Copyright Law: A Commentary*, "Edward Elgar Publishing", Cheltenham 2014.
- Stim, Richard: *Copyright Law*, "Cengage Learning", Boston, 1999.
- Šarac Mirela, Lučić Zdravko, *Rimsko privatno pravo*, "Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu", Sarajevo, 2006.;
- Velagić, Zoran; Hocenski, Ines: „Autorstvo u hrvatskim zakonima o autorskom pravu od 1846. do 2007. godine“, u: *Libellarium*, tom 7, "Odjel za informacijske znanosti, Sveučilište u Zadru; Odjel za informacijske znanosti, Filozofski fakultet, Sveučilište u Osijeku", 2014.;
- Vignjević, Lidija: *Autorsko i srodna prava u Bosni i Hercegovini*, "Institut za intelektualno vlasništvo Bosne i Hercegovine", Sarajevo, 2011.

Konvencije

- Svjetska organizacija za intelektualno vlasništvo: Bernska konvencija o zaštiti književnih i umjetničkih djela. Svjetska organizacija za intelektualno vlasništvo, Ženeva, 1982

•

Zakoni

- Zakon 26.decembra 1895, o autorskom pravu u pogledu književnijeh, umjetničkih i fotografskih djela, "List državnih zakona za kraljevine i zemlje, zastupane u Carevinskom vijeću", 1895
- Zakon o zaštiti autorskog prava, "Zbirka zakona i uredaba", svezak VII., Zagreb 1930.

- Zakon o zaštiti autorskog prava, "Službeni list FNRJ", br.45/1946
- Zakon o autorskom pravu, "Službeni list FNRJ" br.36/1957
- Zakon o autorskom pravu, "Službeni list SFRJ", br.30/1968
- Zakon o autorskom pravu, "Službeni list SFRJ", br.19/1978
- Zakon o autorskom i srodnim pravima "Službeni list Bosne i Hercegovine", br. 63/10.
- Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima, „Službeni list Crne Gore“, br. 37/11
- Zakon o autorskim i srodnim pravima, „Narodne novine“ br. 167/2003
- Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, „Bundesgesetzblatt“, br. 51, 16.9.1965.
- Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, „Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej“ br. 24, 1994.
- Zakon o autorskom i srodnim pravima, „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 104/2009

Direktive

- Direktiva 91/250/EEZ Europskog vijeća o pravnoj zaštiti računalnih programa od 14. svibnja 1991. (SL L 122 17.5.1991)
- Direktiva 93/83/EEZ Europskog vijeća o koordiniranju određenih pravila o autorskom pravu i srodnim mu pravima koja se primjenjuju u satelitskoj radiodifuziji i kabelskoj transmisiji od 27. rujna 1993. godine (SL L 248, 6.10.1993.)
- Direktiva 93/98/EEZ Europskog vijeća o harmonizaciji trajanja zaštite autorskog prava i određenih srodnih prava od 29. listopada 1993. godine (SL L 290 24.11.1993)
- Direktiva 96/9/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o pravnoj zaštiti baza podataka od 11. ožujka 1996. godine (SL L 77, 27.3.1996.)
- Direktivu 2000/31/EC od 8. lipnja 2000. godine (SL L 178, 17.7.2000.
- Direktiva 2001/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata autorskog prava i srodnih prava u informatičkom društvu od 22. svibnja 2001. godine. (SL L 167, 22.6.2001.)
- Direktiva 2001/84/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o pravu slijeđenja u korist autora originalnih umjetničkih djela od 27. listopada 2001. godine (SL L 272, 13.10.2001.)
- Direktiva 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o provedbi zaštite prava intelektualnog vlasništva od 29. travnja 2009. godine. (SL L 157, 30.4.2004.)
- Direktiva 2006/115/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o pravu najma i pravu posudbe i o određenim pravima srodnim autorskom pravu u polju intelektualnog vlasništva od 12. prosinca 2006. godine; (SL L 376, 27.12.2006.)
- Direktiva 2006/116/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o trajanju zaštite

autorskog prava i određenih srodnih prava od 12. prosinca 2006. godine. (SL L 372, 27.12.2006.)

- Direktiva 2006/123/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća o uslugama na unutarnjem tržištu od 12. prosinca 2006. godine (SL L 376, 27.12.2006.)
- Direktiva 2009/24/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća o pravnoj zaštiti računalnih programa (kodificirana verzija) od 23. travnja 2009. godine. (SL L 111, 5.5.2009)
- Direktiva 2011/77/EU Europskoga parlamenta i Vijeća o izmjeni Direktive 2006/116/EZ o trajanju zaštite autorskoga prava i određenih srodnih prava od 27. rujna 2011. (SL L 265, 11.10.2011.)
- Direktiva 2012/28/EU Europskoga parlamenta i Vijeća o određenim dopuštenim korištenjima djela siročadi (*orphanworks*) od 25. listopada 2012. godine. (SL L 299, 27.10.2012.)
- Direktiva 2019/790/EU Europskog parlamenta i Vijeća o autorskom i srodnim pravima na jedinstvenom digitalnom tržištu i izmjeni direktiva 96/9/EZ i 2001/29/EZ od 17. travnja 2019. godine (SL L 130, 17.5.2019)

Ivona Šego-Marić, PhD, Assistant Professor

Fakulty of Law, University of Mostar

Marija Vidić, PhD, Assistant Professor

Fakulty of Law, University of Mostar

Petar Ćavar, MA

HISTORICAL AND LEGAL DEVELOPMENT OF COPYRIGHT LAW IN BOSNIA AND HERZEGOVINA AND ITS HARMONISATION WITH THE EUROPEAN LAW

Abstract: Copyright law is a set of legal rules governing legal relationships regarding intellectual creations from the literary, scientific and artistic domains. In a subjective sense, copyright law is also the largest private-law power of absolute action that authorizes the holder to have private authority over the works of art and to prevent anyone from invading them. Throughout history, copyright law has gone through various phases in its development. The authors in this article analyze the historical genesis of this law in general, starting with the ancient Rome, to a review of modern copyright law in Bosnia and Herzegovina.

Copyright law in Bosnia and Herzegovina began to evolve at the time of Austrian-Hungarian administration. The authors will deal with the development of copyright law in the first and second Yugoslavia, and ultimately in modern Bosnia and Herzegovina. In this paper, the authors will also deal with the regulation of the copyright law in the European Union and point to the need to align the national law with the *acquis communautaire*.

Key words: Copyright law, copyright law throughout the history of law and state Bosnia and Herzegovina, European Union

PRETHODNO SAOPĆENJE

Dr. sc. Maja Čolaković, izvanredna profesorica
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru
Dr. sc. Marko Bevanda, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

OSVRT NA PRESUDU SUDA EUROPSKE UNIJE U PREDMETU C-621/15 (*N.W. I DR. PROTIV SANOFI PASTEUR*)

Sažetak: Predmet analize u ovom radu je presuda Suda Europske unije u predmetu C-621/15 (*N.W. I DR. PROTIV SANOFI PASTEUR*) iz lipnja 2017. godine. U tom predmetu razmatrana je odgovornost francuskog proizvođača cjepiva (protiv hepatitisa B) za štetu izazvanu cjepivom (obolijevanje od multipla skleroze), kao posljedicu njegove neispravnosti.

U pravu Europske unije ne postoji poseban sustav odgovornosti za neispravna cjepiva već se na to pitanje primjenjuju odredbe Direktive 85/374/EEZ o odgovornosti za neispravne proizvode. Sukladno njenim odredbama, teret dokazivanja postojanja uzročne veze između neispravnog cjepiva i prouzročene štete leži na oštećenom (osobi koja je primila cjepivo), što oštećenog dovodi u znatno nepovoljniji položaj u odnosu na proizvođača cjepiva. Stav Suda Europske Unije iznesen u presudi *Sanofi Pasteur*, prema kojem upotreba ozbiljnih, preciznih i dosljednih presumpcija u dokazivanju uzročnosti nije protivna odredbama Direktive 85/374/EEZ, predstavlja glavni oslonac za uspostavljanje ravnoteže između položaja oštećenog na jednoj i proizvođača cjepiva na drugoj strani.

Ključne riječi: cijepljenje, odgovornost za štetu, teret dokazivanja, uzročna veza, Direktiva 85/374/EEZ

I. Uvod

Obvezno cijepljenje (aktivna imunizacija) posljednjih je godina izuzetno aktualno medicinsko i pravno pitanje kako u Bosni i Hercegovini, tako i zemljama Europske unije i drugim dijelovima svijeta. Ono pobuđuje opsežnu i burnu raspravu ne samo među medicinskim i pravnim stručnjacima već i među laicima, odnosno unutar šire javnosti. Brojne informacije o negativnim posljedicama cijepljenja plasirane putem medija, posebno Interneta, dovoljno ili nedovoljno utemeljene na znanstveno utvrđenim činjenicama, izazivaju kontroverze i utječu na polarizaciju javnog mnijenja na pristalice i protivnike cijepljenja.¹ Negativni stavovi o cijepljenju

¹ Ovo su, radi ilustracije, samo neki od medijskih osvrti na problem obveznog cijepljenja: *Cijepljenje – da ili ne? Prof. Janoš Terzić: Ne nasjedajte na laži o autizmu, informirajte se i shvatite*

posljednjih godina rezultiraju sve većim smanjenjem procenta procijepljenosti² i ponovnom pojavom nekih zaraznih bolesti u pojedinim evropskim zemljama koje su odavno iskorijenjene.³

Najčešći argumenti koje navode pripadnici tzv. antivakcinacijskog (*antivax*) pokreta⁴ jesu moguće pojave rijetkih, ali za život i zdravlje pogubnih reakcija na cjepivo⁵ te uvjerenje da farmaceutska industrija daje primat ostvarenju profita u odnosu na zaštitu zdravlja građana. Problem je posebno osjetljiv imajući u vidu da su osobe na kojima se redovito i obvezno provodi cijepljenje – djeca,⁶ neposredno nakon rođenja pa tokom njihovog daljeg rasta i razvoja.⁷ O pravu djeteta na zdravlje i obveznom cijepljenju djece naspram pravu roditelja da sami odlučuju o tome hoće li svoju djecu podvrgnuti imunizaciji, odnosno ustavnosti zakona o obveznoj

– *cijepljenje je prava blagodat našeg vremena i nema alternative*, Zadarski.hr, <https://zadarski.slobodnadalmacija.hr/zadar-plus/clanak/id/456469/cijepljenje--da-ili-ne-prof-janos-terzic-ne-nasjedajte-na-lazi-o-autizmu-informirajte-se-i-shvatite--cijepljenje-nema-alternative> (3. 5. 2019.); *Vakcinacija – zaštita ili opasnost po zdravlje*, AlJazeeraBalkans, <http://balkans.aljazeera.net/vijesti/vakcinacija-zastita-ili-opasnost-po-zdravlje> (3. 5. 2019.); *Vakcinacija djece: Izbor roditelja ili zakonska obaveza?*, N1, <http://ba.n1info.com/Vijesti/a145476/Vakcinacija-djece-Izbor-roditelja-ili-zakonska-obaveza.html> (3. 5. 2019.); *The Truth About The Evils Of Vaccination*, Antiantivax, <https://ba.voanews.com/a/vaccine-virusi-oboljenja-/3670709.html>; <https://antiantivax.flurf.net/> (3. 5. 2019.); *Antivax parents sue to keep unvaccinated kids in school during outbreak*, Arstechnica, <https://arstechnica.com/science/2019/03/anti-vax-parents-sue-to-keep-unvaccinated-kids-in-school-during-outbreak/> (3. 5. 2019.).

2 DRAŠKIĆ, Marija, Obavezna vakcinacija dece: pravo pacijenata ili interes javnog zdravlja, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina LXVI, 3/2018., str. 7-9.

3 Broj oboljelih od visoko zarazne bolesti u Europi dosegao rekordnu razinu, najviše umrlih kod naših susjeda, Dnevnik.hr, <https://dnevnik.hr/vijesti/svijet/broj-oboljelih-od-ospica-u-europi-dosegao-rekordnu-razinu-srbija-zabilježila-najviše-smrtnih-slucajeva---527646.html> (3. 5. 2019.).

4 Protivnici cijepljenja postoje onoliko dugo koliko postoje cjepivo i cijepljenje. Otpor koji je cijepljenju protiv malih boginja pružao antivax pokret u Engleskoj u 19. stoljeću, utjecao je na tamošnjeg zakonodavca da uvede prisilnu imunizaciju, ali je ova mjera bila kontraproduktivna, izazvavši dodatni otpor i formiranje organiziranih pokreta protiv (obveznog) cijepljenja. Detaljnije o povijesti razvoja antivakcinacijskog pokreta vidjeti na: <https://www.historyofvaccines.org/content/articles/history-anti-vaccination-movements> (3. 5. 2019.).

5 Mogućnost pojave ovakvih reakcija vezuje se za sastav cjepiva, koje uz aktivne komponente – bakterijski ili virusni antigeni ili inaktivirani toksini, sadrži i konzervanse, stabilizatore, aditive te druge komponente upotrijebljene u pripremi i pohrani cjepiva, a čija se (ne)škodljivost ne može s potpunom sigurnošću predvidjeti. Vidi: TURKALJ, Mirjana, ERCEG, Damir, Alergijske reakcije na cjepiva, Liječnički vjesnik, vol. 134., no. 5-6., 2012., str. 174.

6 Vidi: PRELOŽNJAK, Barbara, ŠIMOVIĆ, Ivica, European Experiences and Croatian Perspectives of Compensation Programs in Case of Childhood Vaccine Injury, InterEULawEast, vol. 5., no. 1., 2018., str. 15-35.

7 Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, (Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, br. 29/05.) i Pravilnik o načinu provedbe obvezne imunizacije, imunoprofilakse i kemoprofilakse protiv zaraznih bolesti te osobama koje se podvrgavaju toj obvezi Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, br. 68/16.); Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 90/17.) i Pravilnik o načinu sprovođenja imunizacije i hemoprofilaksi protiv zaraznih bolesti Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 2/19.).

imunizaciji, već su odlučivali sudovi u više zemalja, među njima Hrvatskoj,⁸ Srbiji⁹ i Sloveniji,¹⁰ kao i Europski sud za ljudska prava (Europska komisija za ljudska prava).¹¹

Premda dugotrajan i složen proces ispitivanja i odobravanja cjepiva te dopunske kontrole koje se provode nakon što određeno cjepivo bude pušteno u promet garantiraju visoku razinu njegove sigurnosti, ipak ne postoji apsolutno djelotvorno cjepivo niti je moguće potpuno eliminirati rizik njegove upotrebe.¹² Jedan od mogućih uzroka štete izazvane upotrebom cjepiva jeste njegova neispravnost, što vodi ka pitanju odgovornosti proizvođača.

Sustav građanskopravne odgovornosti za neispravan proizvod na području Europske unije uređen je odredbama Direktive 85/374/EEZ o odgovornosti za neispravne proizvode, izmijenjene i dopunjene Direktivom 1999/34/EZ (u daljnjem tekstu: Direktiva 85/374/EEZ).¹³ Te se odredbe odnose i na odgovornost proizvođača neispravnih cjepiva, budući da u Europskoj uniji ne postoje posebna pravila koja reguliraju ovo pitanje.¹⁴ U slučaju kad je šteta posljedica neispravnosti cjepiva, kao oštećeni se javlja osoba kojoj je cjepivo dato.

8 Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-I-5418/2008 i dr., od 30. siječnja 2014., Narodne novine, br. 22/14.; Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-III-1095/2014 od 21. rujna 2017., Narodne novine, br. 22/14.

9 Rešenje Ustavnog suda IYз 48/2016. od 26. listopada 2017.; Više o odluci: DRAŠKIĆ, Marija, op. cit., str. 20-21.

10 Predmet br. U-I-127/01, Uradni list RS, št. 25/04 od 19.3.2004.

11 DRAŠKIĆ, Marija, op. cit., str. 17-20.

12 Rizici koji se pojavljuju prilikom upotrebe cjepiva, odnosno popratne reakcije mogu se manifestirati u vidu kratkotrajnih, blagih reakcija ili dugotrajnih posljedica za pacijentovo zdravlje. Za neke štetne posljedice pouzdano je utvrđeno da su neposredno povezane s primjenom cjepiva, dok za druge nije dokazana jasna uzročna veza s određenim cjepivom (npr. pojava autizma i upalnih bolesti crijeva nakon cijepljenja cjepivom Mo-Pa-Ru protiv morbila, parotitisa i rubele, autoimunskih bolesti nakon cijepljenja protiv hepatitisa itd.). Vidjeti: Nuspojave cijepljenja u Hrvatskoj u 2016. godini, Hrvatski zavod za javno zdravstvo, Zagreb, 2017., <https://www.hzjz.hr/wp-content/uploads/2017/05/nuspojave-2016-za-web.pdf> (3. 5. 2019.).

13 Direktiva Vijeća 85/374/EEZ od 25. srpnja 1985. o približavanju zakona i drugih propisa država članica u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode, Službeni list EU L 210., 7. 8. 1985., str. 29.-33. (Službeni list, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 15., svezak 22., str. 3.-7.). Direktiva 1999/34/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 10. svibnja 1999. o izmjeni Direktive 85/374/EEZ o usklađivanju zakona i drugih propisa država članica u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode (Službeni list EU L 141, 4. 6. 1999., str. 20.-21.) (Službeni list, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 15., svezak 12., str. 43.-44.).

14 Predmetno polje primjene Direktive 85/374/EEZ određeno je u čl. 2., koji propisuje da „za potrebe ove Direktive „proizvod“ znači sve pokretne stvari, osim primarnih poljoprivrednih proizvoda i divljači, čak i ako su ugrađene u neku pokretnu ili nepokretnu stvar“ (kasnijim izmjenama – obuhvaćeni su (primarni) poljoprivredni te stočarski proizvodi, proizvodi ribarstva i divljač – Direktiva 1999/34/EZ, kojom je izmijenjena i dopunjena Direktiva 85/374/EEZ). Budući da su lijekovi i njihovi sastavni dijelovi pokretne stvari i da temeljni unijski propisi na području lijekova (Uredba 726/2004/EZ kojom se reguliraju postupci odobravanja i nadzora nad primjenom lijekova koji se rabe u humanoj i veterinarskoj medicini te uspostavi Europske agencije za lijekove, Službeni list EU, L 136/1, od 31. ožujka 2004. i Direktiva 2001/83/EZ o zakoniku Zajednice o lijekovima za humanu primjenu, Službeni list EU, L 311, 28. studenog 2011., u daljnjem tekstu:

Direktiva 85/374/EEZ propisuje da teret dokazivanja postojanja uzročne veze između neispravnog proizvoda (u ovom slučaju – cjepiva) i prouzročene štete leži na oštećenom,¹⁵ što njegov položaj u odnosu na proizvođača neispravnog cjepiva znatno otežava.¹⁶

S ovog aspekta veoma je značajna i zanimljiva presuda Suda Europske Unije (u daljnjem tekstu: Sud EU-a) u predmetu C-621/15 (*N.W. i dr. protiv Sanofi Pasteur*),¹⁷ koja je pobudila veliki interes javnosti, bivajući pritom u medijima i dijelu javnosti pogrešno interpretirana i shvaćena.¹⁸ U pitanju je slučaj utvrđivanja odgovornosti za štetu izazvanu cjepivom, odnosno utvrđivanje i razjašnjavanje kriterija za ustanovljavanje postojanja uzročne veze između primljenog cjepiva (protiv hepatitisa B) i nastalog oboljenja (multipla skleroza).

II. Slučaj *Sanofi Pasteur*

II.1. Činjenično stanje¹⁹

Pacijent J.W. je u tri navrata (26. prosinca 1998., 29. siječnja i 8. srpnja 1999.) primio po jednu injekciju cjepiva protiv hepatitisa B. Cjepivo je proizvelo društvo *Sanofi Pasteur MSD SNC*, čije se sjedište nalazi u Lionu, Francuska. J.W. je u kolovozu 1999. počeo osjećati različite tegobe, zbog kojih je nešto kasnije podvrgnut medicinskim pretragama. U studenome 2000. godine dijagnosticirana mu je multipla skleroza.

Zbog ovog oboljenja od 20. siječnja 2001. više nije bio sposoban obavljati svoju profesionalnu djelatnost, što su konstatirali i sudski vještaci 1. ožujka 2005. Njegovo zdravstveno stanje nakon početka 2001. godine konstantno se progresivno pogoršavalo, da bi nedugo potom došao u stanje 90-postotnog funkcionalnog invaliditeta. To je iziskivalo stalnu pomoć i njegu, koju mu je treća osoba pružala sve do njegove smrti, 30. listopada 2011.

J. W. je zajedno s još troje članova svoje obitelji (kao *W. i dr.*), 2006. godine

Direktiva 2001/83/EZ ne sadrže posebna pravila o odgovornosti za štete prouzročene lijekovima, to se i na lijekove te cjepiva (koja ulaze u krug imunoloških lijekova, shodno čl. 1. st. 4. Direktive 2001/83/EZ) primjenjuju pravila Direktive 85/374/EEZ.

15 „Oštećena osoba mora dokazati štetu, neispravnost i uzročnu vezu između neispravnosti i štete“ (čl. 4. Direktive 85/374/EEZ).

16 Vidi: RAJNERI, Eleonora, BORGHETTI, Jean-Sébastien, FAIRGRIEVE, Duncan, ROTT, Peter, Remedies for Damage Caused by Vaccines: A Comparative Study of Four European Legal Systems', Eleonora Rajneri, Duncan Fairgrieve, Peter Rott, European Review of Private Law, vol. 26., issue 1., 2018., str. 57–95.

17 Presuda Suda EU-a od 21. lipnja 2017. godine, N.W. i dr. protiv Sanofi Pasteur MSD SNC i dr., C-621/15, EU:C:2017:484. (u daljnjem tekstu: *Sanofi Pasteur*).

18 Vidjeti više: KARANIČIĆ MIRIĆ, Marija, Odgovornost proizvođača vakcine u praksi Evropskog suda pravde, Srpska politička misao, br. 4/2017., godina XXIV, sveska 58., str. 138-140.

19 Točke 1-17. Presude *Sanofi Pasteur*.

podnio tužbu protiv *Sanofi Pasteura* Regionalnom sudu u Nanterreu (*Tribunal de grande instance de Nanterre*), utemeljenu na članku 1386-1. i daljim člancima Građanskog zakonika Francuske. U njoj su zahtijevali utvrđivanje odgovornosti ove kompanije i naknadu štete koja je svakom od njih nastala uslijed cijepljenja J. W.-a predmetnim cjepivom. U prilog svojim zahtjevima naveli su kako kratko vremensko razdoblje od cijepljenja do pojave multipla skleroze, kao i nepostojanje prethodnih naznaka te bolesti u osobnoj anamnezi J.W. i članova njegove obitelji vodi ka ozbiljnim, preciznim i dosljednim presumpcijama da je cjepivo bilo neispravno i da između ubrizgavanja tog cjepiva i nastanka navedene bolesti postoji uzročna veza.

Tužitelji su se u argumentaciji referirali i na praksu Kasacijskog suda Francuske (*Cour de cassation*), koji dozvoljava da se do dokaza o neispravnosti cjepiva i uzročnoj vezi između neispravnog cjepiva i nastale štete dođe na temelju diskrecijske ocjene suca o ozbiljnim, preciznim i dosljednim presumpcijama. I sam Kasacijski sud potvrdio je takvu svoju praksu upućujući Sudu EU-a prethodno pitanje.²⁰ Suci ovog suda u nekoliko su slučajeva, koji su prethodili slučaju *Sanofi Pasteur*, ustanovili temeljem svoje ovlasti na diskrecijsku ocjenu da činjenice koje je tužitelj dokazao (veoma kratko razdoblje između cijepljenja i nastanka bolesti; osobna anamneza i anamneza članova pacijentove obitelji, koje ukazuju na nepostojanje ranijih simptoma određene bolesti) predstavljaju ozbiljne, precizne i dosljedne presumpcije koje mogu dokazati neispravnost cjepiva i uzročnu vezu između cjepiva i dotične bolesti, bez obzira na to što znanstvena istraživanja nisu utvrdila vezu između cijepljenja i nastanka te bolesti.

Regionalni sud u Nanterreu usvojio je tužbu protiv *Sanofi Pasteura* 2009. godine, ali je tu presudu dvije godine poslije ukinuo Žalbeni sud u Versaillesu (*Cour d'appel de Versailles*) zauzevši stav da su činjenice na koje su se tužitelji pozvali mogli dovesti do ozbiljnih, preciznih i dosljednih presumpcija o uzročnoj vezi, ali na temelju njih nije mogao biti izveden zaključak o neispravnosti navedenog cjepiva.

Ovu presudu potom je preispitivao Kasacijski sud 2012. godine te je ukinuo, s argumentom da versajski sud nije naveo pravni temelj za svoju odluku.

U daljem sudskom postupku slučaj je došao pred Žalbeni sud u Parizu (*Cour d'appel de Paris*) koji je presudom 2014. godine ukinuo presudu Okružnog suda u Nanterreu i odbio tužbeni zahtjev. Pariški sud je u prilog svom stavu naveo nekoliko argumenata: kao prvo, ne postoji znanstveni konsenzus o tome da između cjepiva protiv hepatitisa B i nastanka multipla skleroze postoji uzročna veza, o čemu su suglasna sva nacionalna i međunarodna zdravstvena tijela; drugo, iz više medicinskih studija proizlazi da je etiologija multipla skleroze trenutačno nepoznata; treće, u nedavno objavljenom medicinskom radu zaključeno je da fiziopatološki proces vjerojatno počinje nekoliko mjeseci, odnosno godina, prije pojave prvih simptoma multipla skleroze; četvrto, epidemiološke studije su pokazale da 92 do 95 % osoba oboljelih od multipla skleroze nije imalo nikakvih ranijih simptoma u obiteljskoj anamnezi. S obzirom na sve navedeno,

20 Infra.

Sud je zaključio da kriteriji vremenske veze između cijepljenja i prvih simptoma multipla skleroze kao i nepostojanje ranijih simptoma te bolesti u osobnoj ili obiteljskoj anamnezi, što su bili argumenti tužitelja, ne mogu, ni zajedno niti odvojeno predstavljati ozbiljne, precizne i dosljedne presumpcije koje mogu dokazati uzročnu vezu između cijepljenja i dotične bolesti.

Nakon što su *W. i dr.* protiv ove presude podnijeli novu žalbu Kasacijskom sudu Francuske, ovaj Sud je donio odluku o prekidu postupka da bi Sudu EU-a postavio tri prethodna pitanja:²¹

1. Jesu li pravila o dokazivanju u francuskom pravu, prema kojima sudac koji odlučuje u meritumu na osnovu svoje diskrecijske ovlasti može uzeti da činjenice na koje se poziva tužitelj predstavljaju ozbiljne, precizne i dosljedne presumpcije koje mogu dokazati neispravnost cjepiva i postojanje uzročne veze između cjepiva i bolesti, bez obzira na to što medicinsko istraživanje nije dokazalo vezu između cjepiva i nastanka bolesti, suprotna članku 4. Direktive 85/374?
2. Ako je odgovor na prvo pitanje negativan, je li članku 4. Direktive 85/374 protivan sustav presumpcija prema kojem se postojanje uzročne veze između neispravnosti koja se pripisuje cjepivu i štete koju je pretrpio oštećeni uvijek smatra dokazanim ako postoje određene indicije uzročnosti?
3. U slučaju potvrdnog odgovora na prvo pitanje, treba li članak 4. Direktive 85/374 tumačiti u smislu da se dokaz o postojanju uzročne veze između neispravnosti koja se pripisuje cjepivu i štete koju je on pretrpio, koji pada na teret oštećenog, može smatrati pruženim samo ako je ta veza znanstveno dokazana?

II.2. Odluke Suda EU koje su prethodile presudi *Sanofi Pasteur*

Da bi se razumjela presuda Sud EU-a *Sanofi Pasteur* nužno se ukratko osvrnuti na sudsku praksu i mišljenja nezavisnih odvjetnika koja su joj prethodila. Dvije presude Suda EU-a na određeni način su prokrčile put pravilu koje je stvorio Sud EU-a u presudi *Sanofi Pasteur*.²² Riječ je presudi Suda EU-a od 20. studenoga 2014. u predmetu C-310/13 *Novo Nordisk Pharma GmbH protiv S*,²³ te presudi od 15. ožujka 2015. u spojenim predmetima *Boston Scientific Medizintechnik GmbH protiv AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse (C-503/13)*, *Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13)*.²⁴

U predmetu *Novo Nordisk Pharma*, Sud EU-a je odlučivao povodom zahtjeva

²¹ Zahtjev za prethodnu odluku koji je 23. studenog 2015. uputio *Cour de cassation* (Francuska), *W i dr. protiv Sanofi Pasteur MSD SNC*, Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine, Caisse Carpinko, predmet C-621/15, Službeni list EU C 48, 8. 2. 2016.

²² Vidi: VERHEYEN, Thomas, Full Harmonization, Consumer Protection and Products Liability: A Fresh Reading of the Case Law of the ECJ, *European Review of Private Law*, vol. 26., issue 1., 2018., str. 126-133.

²³ EU:C:2014:2385.

²⁴ ECLI:EU:C:2015:148.

za prethodnu odluku koji je uputio Savezni vrhovni sud Njemačke u postupku farmaceutske kompanije *Novo Nordisk Pharma GmbH protiv gospođe S*²⁵ u kojem traži odgovor na pitanje o naknadi štete koja je prouzročena neispravnim farmaceutskim proizvodom, odnosno o zahtjevu gospođe S. za pribavljanje podataka koji se tiču neželjenih i drugih učinaka lijeka koji je proizvodio navedeni farmaceutski proizvođač. Zahtjev za prethodnu odluku se odnosio na tumačenje članka 13. Direktive 85/374/EEZ koji glasi: „Ova Direktiva nema utjecaja ni na koja prava koja bi oštećena osoba mogla imati u skladu sa zakonskim propisima o ugovornoj ili drugoj odgovornosti ili posebnim sustavom odgovornosti koji je postojao u trenutku kada je ova Direktiva priopćena.“ Pitanje je treba li ovaj članak tumačiti u smislu da se protivi nacionalnom propisu koji uspostavlja poseban sustav odgovornosti u smislu spomenutog članka 13. (kakav je u konkretnom slučaju njemački sustav odgovornosti za farmaceutske proizvode) i koji predviđa, nakon izmjene tog propisa nakon datuma priopćenja te direktive dotičnoj državi članici, da potrošač ima pravo tražiti od proizvođača farmaceutskog proizvoda podatke o neželjenim učincima tog proizvoda. S obzirom na to da sukladno pravilu iz čl. 4. Direktive 85/374/EEZ oštećena osoba mora dokazati štetu, neispravnost i uzročnu vezu između neispravnosti i štete, postavlja se pitanje je li postojanje prava na pribavljanje podataka prema propisima države članice takve prirode da dovodi u pitanje raspodjelu tereta dokazivanja ili je samo instrument koji ne uzrokuje promjenu tereta dokazivanja, a koji bi oštećenom trebao olakšati dokazivanje neispravnosti farmaceutskog proizvoda za koji postoji sumnja da je uzrokovao štetu koju je pretrpio.

U razdoblju od 2004. godine do lipnja 2006., gospođi S., koja boluje od dijabetesa, bio je prepisan lijek Levemir kojeg je proizvela farmaceutska kompanija *Novo Nordisk Pharma*. Pacijentica S. je koristila navedeni lijek koji joj je izazvao lipoatrofiju, tj. stanjivanje potkožnog adipoznog tkiva u području ubrizgavanja. Pacijentica je pokrenula postupak pred Općinskim sudom u Berlinu (*Landgericht Berlin*), radi naknade štete i kako bi, u skladu s člankom 84.a Zakona o farmaceutskim proizvodima, od *Novo Nordisk Pharme* pribavila podatke o neželjenim i drugim učincima spomenutog lijeka, u mjeri u kojoj se ti učinci tiču lipoatrofije. Općinski sud u Berlinu donio je presudu kojom prihvaća zahtjev S. Budući da je Općinski žalbeni sud u Berlinu (*Kammergericht Berlin*) odbio žalbu *Novo Nordisk Pharme* protiv te presude, to je društvo podnijelo zahtjev za reviziju pred Saveznim vrhovnim sudom Njemačke, koji je uputio zahtjev Sudu EU-a. Sud koji je uputio zahtjev izlaže da sudbina zahtjeva za reviziju koji mu je podnesen, o pravu na pribavljanje podataka navedenom u članku 84. a AMG-a, ovisi o tome je li takva odredba povrijedila Direktivu 85/374/EEZ ili ne. U tim je uvjetima *Oberster Gerichtshof* odlučio prekinuti postupak i postaviti Sudu EU-a prethodno pitanje.²⁶

25 Zahtjev za prethodnu odluku odnosio se na tumačenje članka 13. Direktive 85/374/EEZ.

26 Točke 14-18. Presude.

Nezavisni odvjetnik Macieja Szpunara u Mišljenju²⁷ od 11. lipnja 2014. u ovome predmetu podsjeća da Direktiva 85/374/EEZ postavlja niz načela na kojima se moraju temeljiti pravila odgovornosti proizvođača za štetu koja je prouzročena njihovim neispravnim proizvodima, koja ne ovisi o krivnji (kauzalna odgovornost), od kojih nacionalna zakonodavstva država članica ne smiju, osim u slučajevima koji su izričito predviđeni Direktivom 85/374/EEZ, odstupiti, niti primijeniti odredbe koje su više ili manje restriktivne za neku skupinu osoba na koje se odnosi.²⁸ Međutim, funkcioniranje tih pravila odgovornosti istodobno zahtijeva primjenu nacionalnih propisa (što je nekada i neizbježno), koji su izvan područja usklađenja.²⁹ Prema tome, načela postavljena Direktivom 85/374/EEZ „dopunjuju se i preciziraju na temelju pravnih pravila koja vrijede u državama članicama, koja proizlaze kako iz zakonodavstva tako i iz sudske prakse“.³⁰

U svojoj presudi Sud EU-a ističe da se Direktiva 374/85/EEZ treba tumačiti u smislu da se ne protivi nacionalnom propisu koji uspostavlja poseban sustav odgovornosti u smislu članka 13. te Direktive, koji predviđa, nakon izmjene tog propisa nakon datuma priopćenja te direktive dotičnoj državi članici, da potrošač ima pravo tražiti od proizvođača farmaceutskog proizvoda podatke o neželjenim učincima tog proizvoda. Sud smatra da pravo potrošača tražiti od proizvođača proizvoda podatke o neželjenim učincima konkretnog proizvoda ne ulazi u pitanja koja uređuje Direktiva 85/374 i posljedično, izvan je njezinog područja primjene. Također, nacionalni propis koji predviđa pravo oštećene osobe da pribavi podatke o neželjenim učincima dotičnog proizvoda može joj pomoći u podnošenju dokaza potrebnih za pozivanje proizvođača na odgovornost, s tim da takav nacionalni propis nije takve prirode da dovodi do prebacivanja tereta dokazivanja koji pada na oštećenu osobu i ne narušava učinkovitost sustava odgovornosti predviđenog Direktivom 85/374 i ciljeve kojima zakonodavac Unije teži tim sustavom.³¹

U slučaju *Boston Scientific Medizintechnik* zahtjev za prethodnu odluku uputio je Savezni vrhovni sud Njemačke (*Bundesgerichtshof*). Taj sud pita treba li članak 6. stavak 1. Direktive 85/374³² tumačiti tako da utvrđenje moguće neispravnosti proizvoda koji pripadaju istoj skupini ili istoj proizvodnoj seriji, (poput srčanih stimulatora ili kardioverter defibrilatora za ugradnju), omogućuje kvalifikaciju takvih proizvoda kao neispravnih bez potrebe za utvrđivanjem da taj proizvod ima takvu neispravnost. Nezavisni odvjetnik Bot u Mišljenju³³ povodom slučaja

27 ECLI:EU:C:2014:1825.

28 Točka 23. Mišljenja.

29 Vidi: točka 24. Mišljenja.

30 Točka 42. Mišljenja.

31 Točke 26-30. presude.

32 Članak 6. stavak 1. Direktive 85/374 propisuje: „Proizvod je neispravan kad ne pruža sigurnost koju osoba ima pravo očekivati, obzirom na sve okolnosti, uključujući: (a) predstavljanje proizvoda; (b) uporabu proizvoda, tj. način na koji bi bilo razumno očekivati da bi se proizvod mogao koristiti; (c) vrijeme kada je proizvod stavljen na tržište.“

33 Mišljenje nezavisnog odvjetnika Yvesa Bota od 21. listopada 2014. u spojenim predmetima C-503/13 i C-504/13, EU:C:2014:2306.

Boston Scientific Medizintechnik smatrao je da se pojam „sigurnosti“ proizvoda mora razumjeti na način da se odnosi na proizvod koji predstavlja rizike kojima se ugrožava sigurnost njegova korisnika te je neuobičajen, nerazuman i prelazi normalne rizike svojstvene njegovoj uporabi. Nedostatak sigurnosti ne počiva stoga na opasnosti koju uporaba proizvoda može imati, jer proizvod može biti opasan a da pritom ne pokazuje nedostatak sigurnosti, nego na neuobičajenim mogućnostima za nastanak štete koju proizvod može uzrokovati osobi ili na stvarima svojeg korisnika, odnosno neispravnost je rizik od nastanka štete takvog stupnja težine da negativno utječe na legitimno očekivanje javnosti u pogledu sigurnosti.³⁴ U zaključku (toč. 76.) Mišljenja nezavisnog odvjetnika Bota stoji: „Medicinski proizvod ugrađen u tijelo pacijenta mora se smatrati neispravnim, u smislu članka 6. stavka 1. Direktive Vijeća 85/374/EEZ od 25. srpnja 1985. o približavanju zakona i drugih propisa država članica u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode, kada ima iste značajke kao i drugi proizvodi kod kojih je dokazano da postoji značajno viši rizik kvara od uobičajenog ili kada je kod njega već došlo do kvarova u značajnom broju. Naime, pripadnost određenog proizvoda skupini neispravnih proizvoda dopušta zaključak da on sam ima potencijala da se pokvari što nije u skladu s opravdanim očekivanjem u pogledu sigurnosti pacijenata.“ Takvo stajalište prihvatio je u Sud EU-a. U svojoj presudi od 5. ožujka 2015. u slučaju *Boston Scientific Medizintechnik* Sud EU-a smatra da utvrđenje moguće neispravnosti medicinskih proizvoda koji pripadaju istoj skupini ili proizvodnoj seriji, omogućuje da se takav medicinski proizvod kvalificira kao neispravan bez potrebe za dokazivanjem navedene neispravnosti tog proizvoda. U toč. 42. presude Sud EU-a ističe da je takvo tumačenje u skladu s ciljevima koje je postavio zakonodavac Unije. Riječ je, između ostalog, o osiguranju pravedne raspodjele rizika svojstvenog modernoj tehnološkoj proizvodnji između oštećene osobe i proizvođača.

II.3. Mišljenje nezavisnog odvjetnika i odluka Suda EU-a u predmetu *Sanofi Pasteur*

Presuda Suda EU-a *Sanofi Pasteur* utemeljena je na opsežnom Mišljenju koje je u ovom predmetu iznio nezavisni odvjetnik Michal Bobek.³⁵ Bobek smatra da u području odgovornosti farmaceutskih laboratorija za cjepiva koja proizvode, metoda dokazivanja prema kojoj sudac koji odlučuje o meritumu može, u izvršavanju svoje isključive diskrecijske ovlasti da ocjenjuje činjenice, smatrati da činjenice na koje se poziva tužitelj stvaraju ozbiljne, precizne i dosljedne presumpcije koje mogu dokazati neispravnost cjepiva i postojanje uzročne veze između cjepiva i bolesti, bez obzira na to što medicinska istraživanja nisu dokazala uzročnu vezu između cjepiva i nastanka bolesti, nije protivna članku 4. Direktive

³⁴ Točka 30. Mišljenja.

³⁵ Mišljenje nezavisnog odvjetnika Michala Bobeka, od 7. ožujka 2017., predmet C-621/15, ECLI:EU:C:2017:176.

85/374/EEZ. Za razliku od Suda EU-a koji u presudi nije detaljnije obrazlagao uvjete koje moraju zadovoljiti spomenute presumpcije kako ne bi bile protivne odredbama Direktive 85/374/EEZ, Bobek u svom Mišljenju navodi kako iste presumpcije moraju zadovoljavati nekoliko uvjeta. Naime, moguća je primjena samo presumpcija koje se temelje na dokazima koji su relevantni i dovoljno čvrsti da potkrijepe donesene zaključke; koje su oborive i ne ograničavaju neopravdano slobodnu ocjenu dokaza koju nacionalni sud provodi, osobito tako što ga sprečavaju da, neovisno o općim nacionalnim pravilima o dopuštenosti dokaza, uzme u obzir relevantne dokaze, ili tako što ga obvezuju da određene dokaze tretira kao pouzdan dokaz da su jedan ili više uvjeta iz članka 4. ispunjeni, neovisno o tome koji su drugi dokazi podneseni; te nacionalne sudove ne sprečavaju da, neovisno o nacionalnim pravilima o dopuštenosti dokaza, uzmu u obzir eventualna relevantna medicinska istraživanja koja su tim sudovima predložena, ili koje ne predviđaju kao apsolutni zahtjev da je potrebno predložiti medicinska istraživanja kako bi se dokazalo postojanje neispravnosti ili uzročne veze.³⁶ Nezavisni odvjetnik Bobek prepoznaje tri scenarija u kojima bi se mogao javiti slučaj da presumpcija „nije dovoljno utemeljena”, i to: 1. nedostatak bilo kakvog dokaznog temelja za presumpciju; 2. presumpcija utemeljena na irelevantnim dokazima i 3. relevantni, ali „slabi” dokazi.³⁷

U odgovoru na prvo pitanje francuskog Kasacijskog suda vezano za nacionalna pravila o dokazivanju i njihovu usklađenost s odredbama Direktive 85/374/EEZ, Sud je zauzeo stav da je teret dokazivanja na oštećenom, te da ni članak 4. ni druge odredbe Direktive 85/374/EEZ ne uređuju druge aspekte koji se odnose na izvođenje dokaza, pa je u tim okolnostima na unutarnjem pravnom poretku svake države članice da na temelju načela procesne autonomije, pod uvjetom da je poštovano načelo ekvivalentnosti i načelo djelotvornosti, odredi načine izvođenja dokaza, dopuštena dokazna sredstva pred nadležnim nacionalnim sudom ili načela koja uređuju ocjenu tog suda dokazne snage dokaza koji su mu podneseni, kao i zahtijevanu razinu dokaza (točke 24. i 25.). Sud je naglasio da nacionalna pravila o izvođenju i ocjeni dokaza ne smiju biti takve naravi da narušavaju podjelu tereta dokazivanja kakva je predviđena člankom 4. Direktive 85/374/EEZ (čl. 27.).

U vezi s ovim pitanjem Sud EU-a je zaključio da članak 4. Direktive 85/374 treba tumačiti na način da mu se ne protivi nacionalni sustav dokazivanja, kao što je onaj o kojemu je riječ u glavnom postupku na temelju kojeg sudac koji odlučuje o meritumu, kada se pred njim vodi postupak povodom tužbe kojom se dovodi u pitanje odgovornost proizvođača cjepiva zbog njegove navodne neispravnosti, pri izvršavanju diskrecijske ovlasti koja mu je u tom pogledu dodijeljena, može smatrati, unatoč zaključku da medicinskim istraživanjem nije utvrđena niti pobijena uzročna veza između primanja cjepiva i nastanka bolesti od koje oštećeni boluje, da su određeni činjenični elementi koje tužitelj navodi ozbiljne, precizne i dosljedne indicije na temelju kojih se može zaključiti da je cjepivo neispravno

³⁶ Točka 101. Mišljenja (zaključak).

³⁷ Točke 62-75. Mišljenja.

i da postoji uzročna veza između te neispravnosti i navedene bolesti.³⁸ Ipak, nacionalni sudovi moraju paziti da pri njihovoj konkretnoj primjeni navedenog sustava dokazivanja ne dođe ni do kršenja pravila o teretu dokazivanja uvedenog navedenim člankom 4. ni do ugrožavanja djelotvornosti sustava odgovornosti uvedenog tom Direktivom (točke 43. i 57.).

U odgovoru na drugo pitanje Sud EU-a je zaključio da članak 4. Direktive 85/374/EEZ treba tumačiti na način da mu se protivi sustav dokazivanja koji počiva na presumpcijama prema kojem će se, kada medicinskim istraživanjem nije utvrđena niti pobijena veza između primanja cjepiva i nastanka bolesti od koje oštećeni boluje, uzročna veza između neispravnosti koja se pripisuje cjepivu i štete koju je oštećeni pretrpio uvijek smatrati utvrđenom, ako postoje određene unaprijed utvrđene činjenične indicije o uzročnosti (točke 55. i 57.).

Sud EU-a nije odgovarao na treće pitanje iz zahtjeva za prethodnu odluku, budući da je ranije utvrdio kako je moguće dokazivanje temeljem sustava presumpcija (točka 56.).

Važno je naglasiti da nakon ove presude Suda EU-a, tužitelji u sporu protiv *Sanofi Pasteur* ipak nisu uspjeli ostvariti pravo na popravljivanje štete.³⁹ Naime, Kasacijski sud Francuske u svojoj odluci od 18. listopada 2017. zauzeo je stav da tužitelji nisu uspjeli dokazati uzročnu vezu između cijepljenja protiv hepatitisa B (tri injekcije cjepiva) koje je proizvelo društvo *Sanofi Pasteur* i nastanka bolesti.⁴⁰

III. Zaključak

Direktiva EU-a o odgovornosti za neispravan proizvod sastavni je dio pravnog okvira EU-a koji postoji kako bi se osiguralo funkcioniranje jedinstvenog tržišta EU-a, odnosno spriječila rascjepkanost jedinstvenog tržišta i narušavanje tržišnog natjecanja, promicalo inovacije i rast tehnološki neutralnim sigurnosnim pravilima, zaštitila sigurnost i dobrobit potrošača, ali i postigla ravnotežu između interesa oštećenih osoba i proizvođača.⁴¹ Ona predstavlja prvi zakonodavni akt EU-a kojim je u europsko odštetno pravo izričito uvedena odgovornost proizvođača neispravnog proizvoda po načelu kauzaliteta (objektivna odgovornost). Dakle, odgovornost proizvođača neispravnog proizvoda neovisna je o krivnji. Objektivna

38 Vidi: KNOL RADOJA, Katarina, Naknada štete prouzročene cijepljenjem Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 39, br. 1, 2018., str. 514. i 515.

39 RIZZI, Marco, A Dangerous Method: Correlations and Proof of Causation in Vaccine Related Injuries, Journal of European Tort Law, Vol. 9, Issue 3, 2018., str. 13., dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=3275946> (12. 4. 2019).

40 Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 18 octobre 2017, 14-18.118, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000035851158> (26. 4. 2019.).

41 Izvješće Komisije Europskom parlamentu, Vijeću i Europskom gospodarskom i socijalnom odboru o primjeni Direktive Vijeća o približavanju zakona i drugih propisa država članica u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode (85/374/EEZ) {SWD(2018) 157 final} - {SWD(2018) 158 final}, COM(2018) 246 final, Bruxelles, 7.5.2018.

odgovornosti obvezuje odgovornu osobu (proizvođača) na popravljjanje štete bez obzira na njegovu krivnju, pod uvjetom da ta šteta ima porijeklo u neispravnom proizvodu. Na prvi pogled, pravni položaj oštećenog je jako povoljan, jer se ne ispituje krivnja odgovorne osobe. Oštećena osoba mora dokazati uzročnu vezu između neispravnosti proizvoda i štete. U određenim slučajevima odgovornosti za neispravan proizvod, kakvo je cjepivo, vrlo je teško dokazati uzročnost. Razlog pravičnosti, težina i specifičnost dokazivanja kauzaliteta između neispravnosti cjepiva i štete zahtijeva ispitivanje mogućnosti olakšanja dokazivanja uzročne veze, naravno, uvijek u okvirima građanskopravne odgovornosti. To je moguće postići posredstvom elastičnog i proširenog dokazivanja uzročnosti pomoću pretpostavki o uzročnosti koje olakšavaju položaj oštećenog, te pružaju mogućnost da štetu ne snosi on, nego „vjerojatni“ uzročnik. Kako se vidi iz gore navedenih presuda, Sud EU-a je olakšao položaj oštećene osobe, prihvatanjem nacionalnih pravila kojima se potrošačima daje pravo da od proizvođača proizvoda zahtijevaju informacije o štetnim učincima proizvoda, ako se time ne ugrožava pravilo o teretu dokazivanja uzročne veze sadržano u čl. 4. Direktive 85/374. Sud postavlja pravilo da utvrđenje moguće neispravnosti (medicinskih) proizvoda koji pripadaju istoj skupini ili proizvodnoj seriji, omogućuje da se takav medicinski proizvod kvalificira kao neispravan bez potrebe za dokazivanjem navedene neispravnosti tog proizvoda. Također je stvorio pravilo da nacionalni sud može smatrati da određeni činjenični elementi predstavljaju ozbiljne, precizne i dosljedne indicije neispravnosti proizvoda te predstavljaju uzročnu vezu sa štetom, unatoč zaključku da znanstvenim medicinskim istraživanjem nije utvrđena niti pobijena uzročna veza između primanja cjepiva i nastanka bolesti od koje oštećeni boluje. Ovo je pravilo iz presude Suda EU-a u slučaju *N.W. i dr. protiv Sanofi Pasteur*. Iako je izazvala veliku, ali neopravdanu uznemirenost brojnih sudionika na jedinstvenom tržištu EU-a (posebice farmaceutskih proizvođača), presuda Suda EU-a *Sanofi Pasteur* će imati iznimno važan i pozitivan utjecaj na daljnji razvoj europskog odštetnog prava. Posebice će utjecati na uspostavljanje ravnoteže između interesa oštećenih osoba i proizvođača lijekova. Nedvojbeno je da stajališta Suda EU-a ni na koji način ne sugeriraju nacionalnim sudovima da teret dokazivanja uzročne veze prebace na proizvođača. Dakle, ova presuda ne čini strožim pravila o odgovornosti proizvođača (cjepiva), već osigurava ispunjenje ciljeva Direktive 85/374/EEZ.

Literatura

DRAŠKIĆ, Marija, Obavezna vakcinacija dece: pravo pacijenata ili interes javnog zdravlja, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LXVI, 3/2018.

KARANIKIĆ MIRIĆ, Marija, Odgovornost proizvođača vakcine u praksi Evropskog suda pravde, *Srpska politička misao*, br. 4/2017., godina XXIV, sveska 58.

KNOL RADOJA, Katarina, Naknada štete prouzročene cijepljenjem *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 39, br. 1, 2018.

PRELOŽNJAK, Barbara, ŠIMOVIĆ, Ivica, European Experiences and Croatian Perspectives of Compensation Programs in Case of Childhood Vaccine Injury, *InterEULawEast*, vol. 5., no. 1., 2018.

RAJNERI, Eleonora, BORGHETTI, Jean-Sébastien, FAIRGRIEVE, Duncan, ROTT, Peter, Remedies for Damage Caused by Vaccines: A Comparative Study of Four European Legal Systems', Eleonora Rajneri, Duncan Fairgrieve, Peter Rott, *European Review of Private Law*, vol. 26., issue 1., 2018.

RIZZI, Marco, A Dangerous Method: Correlations and Proof of Causation in Vaccine Related Injuries, *Journal of European Tort Law*, Vol. 9, Issue 3, 2018., str. 13., dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=3275946> (12. 4. 2019).

TURKALJ, Mirjana, ERCEG, Damir, Alergijske reakcije na cjepiva, *Liječnički vjesnik*, vol. 134., no. 5-6., 2012.

VERHEYEN, Thomas, Full Harmonization, Consumer Protection and Products Liability: A Fresh Reading of the Case Law of the ECJ, *European Review of Private Law*, vol. 26., issue 1., 2018.

Maja Čolaković, Ph.D, Associate professor
Faculty of Law, University of “Džemal Bijedić” Mostar
Marko Bevanda, Ph.D, Associate professor
Faculty of Law, University of Mostar

**REVIEW OF THE JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE
EUROPEAN UNION IN CASE C-621/15 (*N.W. AND OTHERS AGAINST
SANOFI PASTEUR*)**

Abstract: This paper analyzes the judgment of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in case C-621/15 (*N.W. et al. v. SANOFI PASTEUR*) which was issued in June 2017. In this case the CJEU considered the liability of the French vaccine manufacturer (vaccine against *hepatitis B*) for the damage caused by the vaccine (*multiple sclerosis*) as consequence of its malfunction.

There is no specific system of liability for defective vaccines in the European Union law but the provisions of Directive 85/374 / EEC on liability for defective products apply. In accordance with its provisions, the burden of proving the existence of a causal link between the defective vaccine and the resulting damage lies on injured party (the person who is vaccinated), which leads that person to a worse position in relation to the vaccine manufacturer. The CJEU's ruling in the *Sanofi Pasteur* is that the use of serious, precise and consistent presumption of causality is not contrary to the provisions of Directive 85/374/ EEC. Such attitude is the main support for balance between the position of the injured person and the vaccine manufacturer on the other.

Key words: vaccination, liability for damage, burden of proof, causal link, Directive 85/374 / EEC

NOVA PRAVNA REGULATIVA TURISTIČKIH PAKET ARANŽMANA

Sažetak: U radu se analizira europski pravni okvir zaštite putnika, od kojih su većina potrošači, usluga putovanja spojenih u paket aranžman uspostavljen Direktivom (EU) 2015/2302 Europskog parlamenta i Vijeća o putovanjima u paket aranžmanima i povezanim putnim aranžmanima. Dvogodišnji rok za transponiranje Direktive u nacionalna zakonodavstva istekao je 1.1.2018. godine, a njezina primjena na unutarnjem tržištu započela je 1.7.2018. godine. Posebno se analizira struktura, područje primjene i ciljevi Direktive, te ukazuje na ključne novine koje donosi naspram ukinute Direktive 90/314/EEZ. Zaštita i poboljšanje pravne sigurnosti potrošača stalni je zadatak Europske unije o čemu svjedoče brojne direktive ciljane maksimalne harmonizacije usvojene posljednju deceniju na području europskog ugovornog prava. Moderniziranje pravnih rješenja, odnosno hvatanje koraka sa suvremenim razvojem tržišta i visoka razina zaštite potrošača razlozi su za donošenje i nove Direktive o paket aranžmanima. Budući da se radi o vrlo opesežnoj i složenoj Direktivi to će naglasak biti na promjenama koje donosi.

Ključne riječi: Direktiva (EU) 2015/2302, paket aranžmani, povezani putni aranžmani, potrošač, putnik.

1. Uvod

U zemljama članicama EU od 1.7.2018. godine u primjeni je Direktiva (EU) 2015/2302 o turističkim paket aranžmanima,¹ kojom se uspostavlja osuvremenjeni pravni okvir na području usluga putovanja u paket aranžmanima i povezanim putnim aranžmanima prilagođen *online* poslovnom okruženju. Novom Direktivom stavljena je van snage Direktiva 90/314/EEZ o turističkim paket aranžmanima,² koja je bila direktiva minimalne harmonizacije i kao takva bila je predmet revizije i preispitivanja u cilju modernizacije rješenja,³ otklanjanja pravnih praznina, eliminiranja nepoštene poslovne prakse i unaprjeđenja sigurnosti potrošača.

1 Direktiva (EU) 2015/2302 Europskog parlamenta i Vijeća od 25.11. 2015. o putovanjima u paket aranžmanima i povezanim putnim aranžmanima, o izmjeni Uredbe (EZ) br. 2006/2004 i Direktive 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća te o stavljanju van snage Direktive Vijeća 90/314/EEZ, OJ L 326/1.

2 Direktiva Vijeća 90/314/EEZ od 13.6.1990. o putovanjima, odmorima i kružnim putovanjima u paket aranžmanima, OJ L 158, 23.6.1990.

3 *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis*, COM(2006) 744 fin., Brussels, 8.2.2007.

Direktiva (EU) 2015/2302 još jedna je u nizu direktiva nove generacije usvojena u oblasti ugovornog potrošačkog prava, kojom se nastavlja trend osnaživanja potrošača putem proširenja obaveze predugovornog informiranja. No, tu su i druga vrlo značajna prava formulirana s obzirom na specifičnosti ugovora o putovanju u paket aranžmanu, posebno u domenu odgovornosti organizatora i trgovca u slučaju povrede ugovorne obaveze i mehanizmi zaštite u slučaju insolventnosti. Primjerice, sada je povećanje cijene predmeta ugovora moguće samo ako je to izričito ugovoreno i ograničeno je u većini slučajeva do 8%, o svakom povećanju cijene potrebno je obavijestiti putnika najkasnije 20 dana prije početka izvršenja usluga putovanja uključenih u paket aranžmana. Podrobno je uređeno pravo putnika na raskid ugovora. Nova Direktiva proširuje pojam „paket aranžman“ kako bi uključila i dinamične paket aranžmane, ali isključuje npr. poslovne paket aranžmane kupljene na osnovu okvirnog sporazuma s trgovcem.

Ustavnopravni osnov za donošenje direktiva, pa time i onih kojima se štite potrošači jeste čl. 114. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (UFEU), po čemu ni Direktiva (EU) 2015/2302 nije izuzetak. Što znači da se radi o mjeri koja za predmet ima uspostavljanje i funkcioniranje unutarnjeg tržišta. Potom vidljiv je i njezin drugi cilj, a to je da mjera usvojena na temelju čl. 114. UFEU treba doprinositi ostvarivanju visoke razine zaštite potrošača.⁴ Odredba čl. 114. UFEU postala je okosnica za harmonizaciju nacionalnih zakonodavstava, kako zbog vrste zakonodavnog postupka, tako zbog činjenice da je pravna osnova i za usvajanje uredbi, pa tako je čl. 114. UFEU unijskom zakonodavcu vrlo pogodna osnova za usvajanje direktiva maksimalne harmonizacije.⁵ Opći cilj Direktive jeste pridonijeti boljem funkcioniranju unutarnjeg tržišta u sektoru putovanja u paket aranžmanima i postići visoku razinu zaštite potrošača.

2. Osvrt na Direktivu (EU) 2015/2302 o paket aranžmanima

1.1. Razlozi usvajanja Direktive (EU) 2015/2302

Direktiva (EU) 2015/2302 je vrlo opsežna i složena, to je vidljivo već po broju točaka preambule gdje su sadržana obrazloženja za odredbe koje dolaze u nastavku. Naravno, u preambuli nezaobilazni su gospodarski, tržišni i pravno-politički razlozi koji su opredijelili EU zakonodavca za usvajanje jedne ovakve mjere, na koje ćemo skrenuti pažnju, posebno analizirajući problem pravne neusklađenosti kroz klauzulu maksimalne harmonizacije.

Od donošenja Direktive 90/314/EEZ pa do usvajanja nove direktive prošlo je 25 godina, za to vrijeme tržište usluga putovanja je evoluiralo, što uslijed pojave novih kanala komuniciranja, oglašavanja i sklapanja ugovora kao što je internet, što uslijed potreba i želja potrošača, čije su se navike u organiziranju putovanja

⁴ Čl. 169. st. 1. i st. 2. točka a) UFEU.

⁵ Meškić, Z., Samardžić, D., *Pravo Evropske unije I*, TDP/GIZ/BMZ, Sarajevo, 2012., str. 121.

i provođenju odmora promijenile. Tradicionalni, unaprijed pripremljeni paket aranžmani više nisu zadovoljavali potrebe potrošača. To je potvrdilo i istraživanje, prema kojem sve je manje putnika koji se odlučuju na kupovinu paket aranžmana, a s druge strane povećao se broj onih koji svoje odmore i putovanja samostalno organiziraju putem online rezervacija različitih usluga putovanja.⁶ Pojeftinjenje avio prijevoza pojavom niskobudžetnih prijevoznika, razvoj i dostupnost interneta kao medija kojim se oglašavaju, rezerviraju i prodaju usluge putovanja utjecali su na to da potrošači sve češće odabiru i kombiniraju usluge putovanja više različitih davatelja i tako kreiraju odmor ili putovanje po vlastitoj mjeri.⁷ Ovi tzv. „dinamični paket aranžmani“ (*Dynamic Travel Packages*), gdje potrošač sam odlučuje koje će usluge putovanja biti uključene u paket aranžman i koji često imaju više od jednog davatelja usluga, a koji pri tome nisu međusobno ni pravno ni ekonomski povezani, nisu bili uključeni u polje primjene Direktive 90/314/EEZ.⁸ Modalitet dinamičnog paket aranžman postoji primjerice kada internet stranica namijenjena rezervaciji leta, istovremeno omogućava potrošaču da ugovori i druge usluge kao što je smještaj, iznajmljivanje vozila, organiziranje izleta sl. Ugovori o uslugama putovanja su samostalni i odvojeni, a zbog toga što internet stranica jednog davatelja upućuje na stranice drugih, potvrđuje da između njih postoji ekonomska veza, međutim i za ove putne aranžmane nije bilo jasno ulaze li u polje zaštite Direktive 90/314/EZ, bez obzira na pozitivnu praksu Suda EU.⁹ Pojava velikog broja novih turističkih proizvoda nastalih kao rezultat inovativne poslovne prakse i tehnološkog razvoja, a sve u cilju zadovoljenja potreba i navika suvremenog potrošača, utjecali su na proširenje predmetnog polja primjene Direktive (EU) 2015/2302 i evoluciju pojma paket aranžman.¹⁰ Mnoga rješenja iz Direktive

6 Vidi: Flash Eurobarometer 414, *Preferences of Europeans towards tourism*, March 2015, p. 4., dostupno na http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/flash/fl_414_en.pdf

7 Npr. u 2011. godini 73% domaćinstava u EU imalo je pristup internetu. Skoro 2/3 stanovnika EU koristila se internetom barem jednom tjedno. Više od polovine korisnika interneta bili su redovni korisnici koji svaki dan ili skoro svaki dan pretražuju internet. Usluge putovanja najpopularnija su kategorija proizvoda koja se kupuje putem interneta. Vidi: Radni dokument Komisije, *Sažetak procjene učinaka Prijedloga direktive europskog parlamenta i vijeća o putovanjima u paket aranžmanima i potpomognutim putnim aranžmanima, o izmjeni Uredbe (EZ) br. 2006/2004 i Direktive 2011/83/EU te o stavljanju izvan snage Direktive 90/314/EEZ*, SWD (2013) 264 final, Bruxelles, 9.7.2013., str. 4. (dalje: *Procjena učinaka Prijedloga direktive*).

8 Dinamični paket aranžmani (ili kombinirani ili prilagođeni putni aranžmani) bili su novi proizvod na tržištu usluga putovanja, koji su zbog fleksibilnosti počeli potiskivati klasične paket aranžmane, naročito u određenim državama članicama (Irska, Švedska, Italija, Slovenija). Poslovna praksa je oblikovala različite oblike dinamičnih paket aranžmana, međutim uslijed nejasnog i neujednačenog pravnog okvira, jer novi oblici ugovora o putnim aranžmanima nisu eksplicitno ulazili u polje primjene Direktive 90/314/EEZ, to su potrošači u praksi trpili negativne posljedice i štetu, što je analizirano u posebnoj Studiji o šteti koju trpe potrošači u području dinamičnih paket aranžmana. *Study on Consumer Detriment in the Area of Dynamic Packages*, London Economics, November 2009., <https://londoneconomics.co.uk/wp-content/uploads/2011/09/28-Study-on-Consumer-Detriment-in-the-area-of-Dynamic-Packages.pdf>

9 Ovdje je značajna odluka Suda EU u slučaju C-400/00 *Club Tour, Viagens e Turismo SA/Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido i Club Med Viagens Lda*, ECLI:EU:C:2002:272.

10 U tom smislu kombinirani putni aranžmani podrazumijevali su kombinacije usluga putovanja

90/314/EEZ više nisu odgovarala novom digitalnom dobu, detektirana su kao zastarjela i neprimjenjiva, jer se tržište usluga putovanja iz realnog, temeljenog uglavnom na brošurama turističkih agencija istaknutim u poslovnim prostorijama, premjestilo u virtualni svijet. Nekada su građani odlazili u putničku agenciju kako bi uplatili svoj odmor, a obično se radilo o detaljnim ponudama spremnim za korištenje bez ikakvih izmjena. Prema podacima za 2014. godinu 36% ispitanika odlučilo se za kupovinu paket aranžmana koji nije all-inclusive, 30% ispitanika odlučilo se za all-inclusive odmor, ipak 41% ispitanika otišlo je barem na jedan odmor u godini, gdje su različiti dijelovi tog odmora kupljeni odvojeno.¹¹ Ranije provedena istraživanja pokazala su također da je 23% putnika iz EU kupovalo tradicionalne paket aranžmane, dok je više bilo onih koji su uplatili odvojeno razne elemente svog putovanja (54 % europljana koji su otišli na odmor u 2011.) ili su uplatili prilagođene paket aranžmane, koje su kombinirali jedan ili više ekonomski povezanih trgovaca prema potrebama i ukusu putnika. Takvi „kombinirani paket aranžmani” činili su 23% tržišta usluga putovanja ili oko 118 mil. putovanja godišnje.¹²

Sljedeći motiv za usvajanje Direktive (EU) 2015/2302 jeste i taj što tržište usluga putovanja zauzima značajno mjesto u sektoru turizma, koje opet ima važnu ulogu kada se sagleda ukupna gospodarska slika EU, jer putovanja, turizam i povezani sektori čine oko 10% GDP EU.¹³ U ovom sektoru posluje oko 1,8 mil. poduzetnika, većinom malih i srednjih poduzeća, te zapošljava oko 5,2% ukupnog broja radnika u EU. EU je i dalje prva turistička destinacija na svijetu s 400 mil. međunarodnih dolazaka u 2012. godini, isto tako europljani su u 2011. godini

u kojima su najmanje dvije različite usluge, kao npr. let, boravak u hotelu ili iznajmljivanje auta, kupljene za jedno putovanje ili odmor od istog trgovca ili od trgovaca koji primjenjuju postupke povezanog online rezerviranja i u kojima potrošač može prema svom ukusu birati različite usluge putovanja (posebno prilagođene). Za razliku od unaprijed pripremljenih paket aranžmana, kombinirani putni aranžmani po svojoj su prirodi *dinamični* i mogu se podijeliti u dvije glavne potkategorije:

a) *Paket aranžmani „jednog trgovca”*, gdje potrošači mogu na web stranici ili u poslovnici putne agencije prilagoditi sadržaj putovanja ili odmora vlastitim potrebama pri čemu tijekom postupka rezerviranja mogu slobodno birati različite sastavne dijelove putnih usluga. Ove putne aranžmane sastavlja jedan trgovac (uključujući na zahtjev putnika), a nude se i prodaju na način tipičan za paket aranžmane, npr. nude se, prodaju ili naplaćuju po jedinstvenoj cijeni, prodaju se u okviru istog postupka rezerviranja, obuhvaćeni su jednim ugovorom, ili oglašavaju se ili prodaju pod nazivom „paket aranžman“ ili pod sličnim nazivom.

b) *Paket aranžmani „više trgovaca”*, kojese sastavlja nekoliko trgovaca s tim da aranžman ima najmanje jednu od karakteristika tipičnu za paket aranžmane „jednog trgovca”, uključujući i slučaj kada se ime putnika ili podaci koji su potrebni za provođenje transakcije u vezi s rezerviranjem prenose od jednog do drugog trgovca najkasnije kad je potvrđena rezervacija prve usluge. Vidi: *Procjena učinaka Prijedloga direktive*, str. 3.

11 Flash Eurobarometer 414, p. 39.

12 Vidi: European Commission Communication *Bringing the EU package travel rules into the digital age*, COM(2013), 513 fin, 9.7.2013., p. 5 i dalje, (dalje: *Communication 2013*).

13 European Commission Communication *Europe, the world's No 1 tourist destination - a new political framework for tourism in Europe*, COM(2010) 352 final, 30.6.2010.

napravili više od 1 mlrd turističkih putovanja, od čega gotovo 80% u zemlje EU.¹⁴ Pravna regulacija tržišta putovanja na način da istovremeno zadovoljava interese i poduzetnika i potrošača bila je imperativ za zakonodavca.

1.2. Maksimalna razina harmonizacije

Od svih motiva bitnih za donošenje Direktive (EU) 2015/2302 ključni je ipak bio otklanjanje problema pravne neusklađenosti na unutarnjem tržištu. Zbog čega se zasniva na klauzuli ciljane maksimalne harmonizacije, prema kojoj *države članice u svom nacionalnom pravu ne smiju zadržati niti u njega uvesti odredbe koje odstupaju od odredaba utvrđenih u ovoj Direktivi, uključujući strože ili manje stroge odredbe kojima bi se osigurala različita razina zaštite putnika, osim ako u ovoj Direktivi nije drugačije predviđeno*.¹⁵ Promjena kursa harmonizacije sa minimalne na maksimalnu dogodila se tijekom 2000-tih godina, s tim da je izabra srednji put, a to je ciljana maksimalna harmonizacija, koja je postala jedno od obilježja europskog prava potrošača.¹⁶ Ovaj model harmonizacije znači da su države članice obavezne preuzeti određene odredbe direktive substantivno identičnog sadržaja. Ciljevi postavljeni direktivom mogu se ostvariti samo ako sve države članice u istom stupnju i na sadržajno isti način (različitim metodama i sredstvima implementacije) osiguraju na svom području ostvarivanje ciljeva direktive.¹⁷ Pri tome nije nužno da su sve odredbe u direktivi odredbe maksimalne harmonizacije,¹⁸ što znači da za neke odredbe i dalje vrijedi načelo minimalne harmonizacije.¹⁹

Argumenti koji se navode u preambuli Direktive (EU) 2015/2302, koji opravdavaju klauzulu maksimalne harmonizacije iz pravno-političkih i gospodarskih razloga već su na određeni način dobro poznati, a to su otklanjanje prepreka koje proizlaze iz partikularizma nacionalnih propisa, te izgradnja stvarnog unutarnjeg tržišta. Maksimalna razina usklađenosti neophodna je za otklanjanje mozaika nacionalnih prava nastalog uslijed slobode država članica da odstupaju od minimalnih standarda propisanih Direktivom 90/314/EEZ,²⁰ što

¹⁴ *Communication 2013*, p. 2.

¹⁵ Čl. 4. Direktive (EU) 2015/2302.

¹⁶ Mak, V., *Review of the Consumer Acquis—Towards Maximum Harmonisation?*, Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law, Working Paper No. 2008/6., (dostupno na SSRN).

¹⁷ Josipović, T., *Izazovi harmonizacije građanskog prava putem direktiva*, Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu, Cavtat, 2010., Knjiga I, Beograd 2010, str. 292.

¹⁸ *Ibid.*, str. 294.

¹⁹ U Direktivi (EU) 2015/2302 načelo minimalne harmonizacije primjenjuje se npr. na čl. 2. st. 2. kojim se ostavlja mogućnost državama članicama da prošire primjenu Direktive i na one ugovore koje su isključeni, čl. 12. st. 5. ostavlja mogućnost državama članicama uvođenje *cooling off* period za ugovore o paket aranžmanu sklopljene izvan poslovnih prostorija, zatim čl. 13. st. 1. prema kojem države članice mogu održati ili uvesti u svoje nacionalno pravo odredbe o odgovornosti prodavca za izvršenje paket aranžmana, čl. 14. st. 4. kojim se ostavlja prostor za ograničenje visine naknade štete koju je dužan platiti organizator.

²⁰ Svrha Direktive 90/314/EEZ bila je uspostaviti minimalne zajedničke standarde u tadašnjih 13 država članica u pogledu predugovornog informiranja potrošača, formalnih zahtjeva ugovora o

će u konačnici rezultirati stvaranjem realnog unutarnjeg tržišta u ovoj oblasti.²¹ Pravni partikularizam nikako nije poželjan, jer neusklađena pravila dovode do većih troškova za poduzeća i prepreka su onima koji žele prekogranično poslovati, čime se potrošačima ograničava izbor.²² Stoga, dodatni motiv jeste unaprjeđenje prekograničnog sklapanja ugovora, koji za predmet imaju usluge putovanja, jer prekogranični potencijal tržišta putovanja trenutačno nije potpuno iskorišten. Neusklađena pravila o zaštiti putnika na razini EU, putnike iz jedne države članice odvraća od kupnje paket aranžmana u drugoj državi članici, te isto tako odvraća trgovce u jednoj državi članici od prodaje takvih usluga u drugoj državi članici, a utječe i na cijenu usluga i konkurentnost.²³

Pravna nauka također obiluje razlozima za i protiv minimalne i maksimalne harmonizacije, ali jedinstvenog stava glede ovog pitanja nema.²⁴ Čak se stječe dojam da je zbog toga pravo zaštite potrošača na prekretnici i da treba novu arhitekturu.²⁵ Decenijskim preuzimanjem značajnog opusa potrošačkih direktiva države članice su neminovno mijenjale i vlastito ugovorno pravo, koje se uslijed toga europeiziralo. No, istovremeno mogućnost odstupanja od sadržaja direktiva rezultirala je stvaranjem sivih pravnih područja,²⁶ što se odrazilo na potpunu pravnu fragmentarnost unutarnjeg tržišta. Harmonizirana pravna područja su se i dalje značajno razlikovala, tako da je faktički postajalo onoliko pravnih sistema zaštite potrošača koliko i država članica.²⁷

paket aranžmanu, obaveznih pravila o otkazu, izmjeni ugovora, odgovornosti za štetu organizatora i trgovca za slučaj povrede ugovora, efikasne zaštite potrošača u slučaju insolventnosti organizatora i/ili trgovca. U *Izveštaju o implementaciji Direktive 90/314/EEZ* iz 1999. već su evidentirani nedostaci i pravni diverziteti u implementaciji minimalnih standarda, što se neminovno odražavalo i na primjenu direktive u praksi. Posebno je to naglašeno kod transponiranja i primjene čl. 7. kojim se uređuje problem insolventnosti organizatora putovanja. Vidi: *Report on the Implementation of Directive 90/314/EEC on Package Travel and Holiday Tour in the Domestic Legislation of EC Member States*, SEC (1999) 1800 final, 19.11.1999.

21 Točka 5. preambule Direktive (EU) 2015/2302.

22 Točka 4. preambule Direktive (EU) 2015/2302. Npr. procijenjeno je da prosječni troškovi usklađivanja za poduzeća koja žele poslovati u drugim državama članicama iznose 10,5 - 12,5€ po paket aranžmanu. *Procjena učinaka Prijedloga direktive*, str. 4.

23 Točka 6. preambule Direktive (EU) 2015/2302.

24 O tome vidi: Schulte-Nölke, H., *The Brave New World of EU Consumer Law – Without Consumers, or Even Without Law?*, 4/2015, Eu CML, pp.135-137. (dostupno na SSRN); Loos, M., *Full harmonisation as a regulatory concept and its consequences for the national legal orders: The example of the Consumer rights directive*, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series, 2010. (dostupno na SSRN); Smits, J., *Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights*, *European Review of Private Law*, 1/2010, pp. 8-10.

25 Micklitz, H. W., *Do Consumers and Businesses Need a New Architecture of Consumer Law? A Thought Provoking Impulse*, (August 1, 2012), EUI Working Papers LAW No. 2012/23, pp. 12-17. (dostupno na SSRN).

26 Twigg-Flesner, C., *The Europeanization of Contract Law: Current controversies in law*, Routledge-Cavendish, London & New York, 2008., p. 105.

27 Sefton-Green, R., *Multiculturalism, Europhilia and harmonization: harmony or disharmony?*,

Nesporno je da načelo minimalne harmonizacije nije adekvatan metod usklađivanja prava, ali i načelo maksimalne harmonizacije trpi niz prigovora.²⁸ Preuzimanje direktiva ciljane maksimalne harmonizacije, sada je to već i potvrđeno, ne može otkloniti sve neusklađenosti. Iz razloga što direktiva istovremeno za određena pitanja ostavlja regulatorne mogućnosti državama članicama, odnosno daje im prostor da propišu drugačija pravila. Nadalje, države članice imaju različitu pravnu tradiciju, pa slijedom toga i terminologiju, a ponekad i potpuno različita pravna rješenja istog pravnog pitanja, pa i preuzimanje sadržajno identičnih odredaba direktive ne znači nužno ujednačeno pravo. To posebice dolazi do izražaja kod transponiranja direktive, ukoliko pojmovi sadržani u istoj nisu dovoljno precizni i mogu imati višestruko značenje. Problem su i praznine koje postoje unutar direktive, a popunjavaju se upućivanjem na primjenu nacionalnog ugovornog prava.²⁹ Ovo su samo neke slabosti direktiva ciljane maksimalne harmonizacije, po čemu ni Direktiva (EU) 2015/2302 nije izuzetak.

1.3. Struktura i odabrane odredbe Direktive (EU) 2015/2302

Promjene koje su dogodile na tržištu turističkih usluga odrazile su se i na strukturu, opseg i sadržaj Direktive (EU) 2015/2302. Predmetno polje primjene značajno je prošireno jer su obuhvaćeni novi oblici paket aranžmana, preciznije i kvalitetnije, ali sada i puno složenije u tehničkom smislu, regulirana su prava putnika, primjerice pravo na predugovorno informiranje, sadržaj ugovora, povećanje cijene i izmjena ostalih uvjeta ugovora, prestanak ugovora, odgovornost za neizvršenje, zaštita u slučaju insolventnosti i dr. Direktiva (EU) 2015/2302 u svojoj strukturi ima 54 točke preambule, 31 odredbu situiranu u VIII poglavlja, te tri priloga. Dva priloga sadrže primjere informacijskih obrazaca za određene oblike ugovora o putovanju u paket aranžmanu, kako bi se organizatorima i trgovcima olakšalo ispunjenje obaveze predugovornog informiranja, dok treći prilog sadrži korelacijsku tablicu odredaba ukinute i nove direktive.

Strukturu Direktive (EU) 2015/2302 čine sljedeća poglavlja i odredbe:

I predmet, polje primjene, definicije i razina harmonizacije (čl. 1-4)

II obaveza predugovornog informiranja i sadržaj ugovora o putovanju u paket aranžmanu (čl. 5-8)

III izmjene ugovora o putovanju u paket aranžmanu prije početka paket aranžmana (čl. 9-12)

IV izvršenje paket aranžmana (čl. 13-16)

V zaštita u slučaju insolventnosti (čl. 17-18)

VI povezani putni aranžmani (čl. 19)

Utrecht Law Review, 6:3/2010, pp. 54-57.

28 Opširnije: Reich., N., *Crisi or Future of European Consumer Law?*, in: Parry, D., Nordhausen, A., Howells, G., Twigg-Flesner, C., (ed.), *The Yearbook of Consumer Law 2009*, Ashgate Publishing, 2008., p. 40 et seq.

29 Čl. 2. st. 3. Direktive (EU) 2015/2302.

VII *opće odredbe* (čl. 20-27)

VIII *završne odredbe* (čl. 28-31)

Na prvi pogled može izgledati da je Direktiva (EU) 2015/2302 oskudna, ipak treba imati na umu da se radi o voluminoznim odredbama, u pravnom i tehničkom smislu vrlo složenima, što za prosječnog putnika³⁰ može implicirati i problem stvarnog razumijevanja. Direktiva sadrži listu od 16 definicija od kojih će neke biti detaljnije analizirane u nastavku. Kako se navodi u čl. 1. Direktive (EU) 2015/2302 njezina *svrha je doprinijeti pravilnom funkcioniranju unutarnjeg tržišta i ostvarivanju visoke i što jedinstvenije razine zaštite potrošača približavanjem određenih aspekata zakona i drugih propisa država članica u vezi s ugovorima između putnika i trgovaca o putovanjima u paket aranžmanu i povezanim putnim aranžmanima*. Iz predmeta je već jasno da, mada počiva na klauzuli maksimalne harmonizacije, potpuna ujednačenost nacionalnih zakonodavstava, iz ranije pomenutih razloga, nije moguća, pa tako i Direktiva (EU) 2015/2302 teži ostvarivanju što *jedinstvenije* razine zaštite. Nacionalni pravni poreci u ovoj oblasti i dalje će se razlikovati, zbog svih modifikacija koje transpozicija neminovno uzrokuje, ali intencija je da razlike budu minimalne. No, ono što slijedi nakon transponiranja Direktiva (EU) 2015/2302 jeste zamrzavanje ovog pravnog područja u državama članicama, a sve eventualne promjene moraju dolaziti od strane unijskog zakonodavca.

1.3.1. Predmetno polje primjene

Temeljna novina jeste proširenje predmetnog polja primjene Direktive (EU) 2015/2302, modificiranjem i proširenjem ranije definicije paket aranžman, kako bi istom bili obuhvaćeni novi oblici dinamičnih ili prilagođenih paket aranžmana, te uvođenje po prvi put definicije povezani putni aranžman.

Kako bi se ukazalo na proširenja potrebno je krenuti od ukinute definicije. U čl. 2. t. 1) Direktiva 90/314/EEZ pod „paket aranžmanom” podrazumijevala je *unaprijed utvrđenu kombinaciju najmanje dvije pojedinačne usluge ako se prodaju ili nude na prodaju po cijeni koja uključuje razne usluge koje se pružaju u vremenu dužem od dvadeset četiri sata ili uključuju smještaj i noćenje*, a radi se o uslugama a) prijevoza, b) smještaja i c) ostalim turističkim uslugama koje nisu pomoćne usluge prijevoza ili smještaja, a predstavljaju znatan dio paket aranžmana. Riječ je, dakle, o unaprijed pripremljenom paket aranžmanu, koji uključuje najmanje dvije različite pojedinačne usluge (a, b ili c), koje se prodaju po ukupnoj unaprijed utvrđenoj cijeni (paušalna cijena) a pružaju se u vremenu dužem od dvadeset četiri sata ili kraće ako uključuju smještaj i noćenje.³¹ Ostale turističke usluge (c) kao npr.

30 Detaljnije o konceptu prosječnog potrošača vidi: Petrović, A., Bikić, E., *Pravo zaštite potrošača: Obaveza informiranja i pravo na odustanak*, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli, Tuzla, 2018., str. 87-89.

31 Paket aranžmani uključuju različite kombinacije pojedinačnih usluga npr. putovanje, smještaj i ishrana u hotelu. Zatim, to može biti putovanje i smještaj u apartmanu, bez ishrane, ili putovanje do i od mjesta za odmor, te izleti, a potrošač je odgovoran za smještaj i ishranu, potom primjerice paket

ugostiteljske usluge, izleti, obilazak u pratnji turističkog vodiča, iznajmljivanje vozila, wellness usluge, ulaznice na javne manifestacije i sl., mogu se kombinirati u paket aranžman samo pod pretpostavkom da to nisu pomoćne usluge prijevozu i smještaju (npr. prijevoz od aerodroma do hotela, korištenje bazena u hotelu i sl.), i da čine znatan dio vrijednosti u paket aranžmanu.³²

Države članice su različito transponirale ovu definiciju. Neke su npr. obuhvatile ugovore koji sadrže samo jednu uslugu, druge su obuhvatile i kombinaciju usluga putovanja koje se pružaju kraće od 24 sata ili ne uključuju noćenje tzv. „mali paket aranžmani“ (npr. prijevoz i obilazak grada bez noćenja), neke da *ostale turističke usluge* različite od prijevoza i smještaja ne moraju činiti znatan dio paket aranžmana.³³ Upravo ove i slične razlike otvorile su mnoga problemska pitanja u vezi tumačenja nedovoljno određenih pojmova u definiciji paket aranžman na što je u konačnici odgovor dao i Sud EU. U slučaju *Club-Tour* Sud EU je zauzeo stav da pojam paket aranžman treba tumačiti na način da uključuje i putovanja koja je pripremila putnička agencija, na zahtjev i po specifikaciji potrošača ili grupe potrošača.³⁴ U istoj odluci Sud je odlučio da „unaprijed utvrđenu kombinaciju usluga“ treba tumačiti tako da obuhvaća i kombinacije turističkih usluga koje su zajedno utanačili potrošač i putnička agencija najkasnije u trenutku sklapanja ugovora.³⁵ Na ovaj način relativiziran je jedan od uvjeta iz definicije paket aranžman, jer prema mišljenju Suda ne bi smjelo biti važno kombiniraju li se usluge putovanja prije bilo kakvog kontakta s putnikom ili se to čini na njegov zahtjev. Ista načela trebalo bi primjenjivati neovisno o tome je li rezervacija obavljena putem trgovca u poslovnicu ili *online*. Međutim, ostalo je neriješeno pitanje prodaje usluga putovanja putem interneta od strane različitih davatelja, iako potrošač plaća ukupnu paušalnu cijenu za sve usuge. Nesporno je da svrha putovanja nije bila uvjet zaštite pa su tako ulazila i putovanja u poslovne svrhe, jer neposlovne svrhe su se svakako podrazumijevale. Na ovom tragu ostaje i Direktiva (EU) 2015/2302. Npr. u presudi *AFS Finland*³⁶ Sud EU je odlučio da međunarodna razmjena studenata u svrhu obrazovanja, u trajanju od oko šest mjeseci ili godine, tijekom koje je student smješten besplatno u obitelji domaćina kao da je njezin član nije paket aranžman u smislu Direktive 90/314/EEZ, jer se smještaj u obitelji ne može smatrati *smještajem* u smislu čl. 2. t.1.sl. b). Isto tako ovaj tip smještaja kao i posjeta obrazovnim ustanovama u zemlji domaćinu ne može se podvesti ni pod *ostale turističke usluge* u smislu čl. 2. t. 1. sl. c).

koji uključuje smještaj i ulaznice za koncert ili utakmicu, bez putovanja i dr. kombinacije.

32 O pojmu paket aranžman vidi: Tot, I., *Paket-aranžman i potpomognuti putni aranžman*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka, v. 36, br. 1 (2015), str. 493 i dalje.; Radončić, Dž., *Analiza transpozicije Direktive 90/314 u zakonodavstva Bosne i Hercegovine, Republike Hrvatske i Republike Srbije*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, 8/2008, str. 243 i dalje.

33 Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, C., Ebers, M., (ed.), *EC Consumer Law Compendium, The Consumer Acquis and its transposition in the Member State*, Sellier, Munich, 2008., pp. 238 et seq. (dalje: EC Compendium).

34 Case C-400/00 *Club-Tour*, par. 11, 12.

35 Ibid., par. 17, 18.

36 Case C-237/97 *AFS Intercultural Programs Finland ry* [1999] ECR 1999 I-00825, par. 28-33.

Kako pravila Direktive 90/314/EEZ putnicima nisu pružala zaštitu koja im je bila potrebna pri kupovini novih kombinacija usluga putovanja³⁷, kao što je npr. online povezivanje pojedinačnih usluga različitih davatelja u jedan proizvod (dinamični paket aranžmani), to je uvedena sveobuhvatna definicija paket aranžmana.

Nova definicija paket aranžmana obuhvaća: prethodno pripremljene (ili tradicionalne) paket aranžmane (*pre-arranged packages*) o kojima je već bilo riječi, prilagođene (ili dinamične) paket aranžmane (*customised packages*), gdje npr. putnik izabire različite usluge putovanja sa jedne prodajne točke bilo *offline* ili *online*, povezane (ili potpomognute) putne aranžmane (*linked travel arrangements*), gdje putnik npr. rezervira let na jednoj web stranici koja ga zatim upućuje na drugu stranicu na kojoj može rezervirati hotel, s tim da druga rezervacija mora biti obavljena unutar 24 sata, ili, pak situacija, gdje putnik kupuje usluge putovanja na jednoj prodajnoj točki, ali kroz odvojene postupke rezervacija. Iz ovog je jasno da se unijski zakonodavac nije odrekao pojma „paket“ u smislu da sve ugovore o putovanju regulira jedinstveno, nego i dalje postoje *paket aranžmani*, ali sada puno šire definirani i drugi *povezani putni aranžmani*, koji se međusobno razlikuju po nivou zaštite putnika.

Prema čl. 3. t. 2. Direktive (EU) 2015/2302 „paket aranžman” *podrazumijeva kombinaciju najmanje dvije različite vrste usluga putovanja*³⁸ *za potrebe istog putovanja ili odmora ako:*

- (a) *te usluge kombinira jedan trgovac, između ostalog na zahtjev ili u skladu s izborom putnika, prije nego što je sklopljen jedinstveni ugovor o svim uslugama; ili*
- (b) *neovisno o tome jesu li sklopljeni zasebni ugovori s pojedinačnim*

37 Npr. 67% građana EU pogrešno je smatralo da im pri kupovini „novih paket aranžmana” pripada zaštita potrošača. S druge strane, ovi kupci su bili puno izloženiji problemima u odnosu na korisnike klasičnih unaprijed pripremljenih paket aranžmana. Ako bi nastao problem prosječan trošak za kupca iznosio bi skoro 600€, dok za tradicionalne paket aranžmane taj je trošak bio manji od 200€. Ukupni gubitak za kupce „novih paket aranžmana” u EU bio je veći od 1 mlrd € godišnje. Prema: *Communication 2013*, p. 7.

38 Pod „uslugom putovanja” podrazumijeva se: a) *prijevoz putnika*, b) *smještaj koji nije neodvojiv dio prijevoza putnika i nije u boravišne svrhe*, c) *iznajmljivanje auta i drugih motornih vozila*, d) *bilo koja druga turistička usluga koja nije neodvojivi dio usluge putovanja u smislu točaka (a), (b) ili (c)*, čl. 3. t. 1. Direktive (EU) 2015/2302. Ova definicija je u odnosu na onu iz Direktive 90/314/EEZ proširena uvođenjem točke c) *iznajmljivanje auta i drugih motornih vozila*, također, pojam smještaj iz točke b) je preciziran na način da smještaj nije sastavni dio usluge prijevoza putnika bez obzira o kojem prijevoznom sredstvu se radi (npr. mogućnost noćenja u kupeu vlaka, broda i dr. ne može se smatrati smještajem u smislu Direktive, osim noćenja na kruzerima koji se smatra smještajem u smislu Direktive) i da nije u boravišne svrhe (npr. smještaj u boravišne svrhe, između ostalog za dugotrajne tečajeve stranog jezika, ne bi trebalo smatrati smještajem u smislu ove Direktive). Osim toga, pod *ostalim turističkim uslugama* iz točke d) ne bi trebalo smatrati usluge koje su sastavni dio neke druge usluge putovanja, koja je nesumnjivo glavna usluga. To uključuje, npr. prijevoz prtljage u okviru prijevoza putnika, manje usluge prijevoza, kao što su prijevoz putnika kao dio razgledavanja s vodičem ili transferi između hotela i aerodroma ili željezničke stanice, obroke, pića i čišćenje u okviru smještaja, ili pristup objektima na istoj lokaciji poput bazena, saune, prostora za wellness ili teretane za goste hotela. Nadalje, financijske usluge poput putnih osiguranja ne bi također trebalo smatrati uslugama putovanja.

davateljima usluga putovanja, ako se te usluge:

- i. *kupuju na jednoj prodajnoj točki i ako su odabrane prije nego što je putnik pristao platiti;*
- ii. *nude, prodaju ili naplaćuju po paušalnoj ili ukupnoj cijeni;*
- iii. *oglašavaju ili prodaju pod nazivom „paket aranžman” ili pod sličnim nazivom;*
- iv. *kombiniraju nakon sklapanja ugovora kojim trgovac putniku daje pravo da bira između različitih vrsta usluga putovanja; ili*
- v. *kupuju od pojedinačnih trgovaca putem povezanih postupaka online rezerviranja kada trgovac s kojim je sklopljen prvi ugovor dostavlja ime putnika, podatke o plaćanju i adresu e-pošte drugom trgovcu ili trgovcima, a ugovor s drugim trgovcem ili trgovcima sklopljen je najkasnije 24 sata nakon potvrde rezervacije prve usluge putovanja.*

Kombinacija usluga putovanja kada se najviše jednu vrstu usluga putovanja, kako je navedeno u točki 1.točkama (a), (b) i (c), kombinira s jednom ili više turističkih usluga, kako je navedeno u točki 1. točki (d), nije paket aranžman ako zadnje navedene usluge:

(a) ne čine znatan dio vrijednosti kombinacije, nisu oglašavane kao bitno obilježje kombinacije niti na neki drugi način predstavljaju bitno obilježje kombinacije; ili (b) su odabrane i kupljene tek nakon što je počelo izvršenje usluge putovanja, kako je navedeno u točki 1.točkama (a), (b) ili (c).

Radi lakšeg razumijevanja ove opsežne definicije istu ćemo analizirati u segmentima. Tako i dalje paket aranžman podrazumijeva kombinaciju najmanje dvije različite pojedinačne usluge putovanja kombinirane u jedinstven pravni proizvod za potrebe istog putovanja ili odmora, a za čije pravilno izvršenje odgovornost preuzima organizator.³⁹ S obzirom na potpunu slobodu spajanja usluga putovanja sasvim je sada nebitno je su li te usluge unaprijed pripremljene, dakle, bez sudjelovanja putnika ili ih je trgovac pripremao prema zahtjevu ili izboru putnika, nakon čega se sklapa jedinstven ugovor za sve usluge (točka a).

Nadalje, u točki b) definicija paket aranžmana obuhvaća i kombinaciju najmanje dvije različite vrste usluga putovanja kombinirane za potrebe istog putovanja ili odmora kada nije sklopljen jedinstven ugovor o svim uslugama putovanja sa jednim trgovcem kao u prethodnom slučaju, već je sklopljeno više pojedinačnih ugovora sa različitim davateljima usluga putovanja, ali samo ako te kombinacije usluga ispunjavaju jedan od pet propisanih kriterija. U točki b) propisani su *objektivni alternativni kriteriji*⁴⁰ uvedeni iz razloga otklanjanja nejasnoća koje su postojale na tržištu, a odnosile su se na pitanje mogu li se određene usluge putovanja s obzirom na način na koji se nude, oglašavaju, rezerviraju, prodaju, naplaćuju i sl., smatrati paket aranžmanom ili ne? Putnici su često bili u zabludi pogrešno smatrajući da im pripada zaštita propisana Direktivom 90/314/EEZ, jer su bili uvjerenja da kupuju klasični paket aranžman, dok u poslovnoj

³⁹ Točka 8. preambule Direktive (EU) 2015/2302.

⁴⁰ Točka 10. preambule Direktive (EU) 2015/2302.

praksi ti novi proizvodi slični paket aranžmanima, pa čak i oglašavani i prodavani pod tim nazivom, to nisu bili. U ovim alternativnim kriterijima mogu se prepoznati elementi iz ranije definicije paket aranžmana, tako primjerice jedan od alternativnih kriterija da bi se radilo o paket aranžmanu jeste da za sve usluge putovanja koje nude ili prodaju različiti davatelji putnik plaća *jedinstvenu ili paušalnu cijenu*. Sljedeći alternativni kriterij jeste da su različite vrste usluga putovanja kupljene na jednoj *prodajnoj točki*,⁴¹ a te su usluge odabrane prije nego što ih putnik pristane platiti, odnosno u okviru istog postupka rezerviranja. Još jedan od alternativnih kriterija za postojanje paket aranžmana je da se usluge putovanja oglašavaju ili prodaju pod nazivom „paket aranžman” ili pod sličnim nazivom koji ukazuje na blisku povezanost između različitih usluga putovanja (npr. „kombinirana ponuda”, „sve uključeno u cijenu” ili „aranžman u koji je sve uključeno” i sl.).⁴² Paket aranžmanom prema četvrtom alternativnom kriteriju smatra se i slučaj kada se usluge putovanja kombiniraju nakon sklapanja ugovora kojim trgovac putniku daje pravo da bira usluge putovanja, npr. to su paket aranžmani koji se nude kao poklon-paketi, gdje trgovac dozvoljava putniku da po svom izboru kombinira različite usluge putovanja nakon što je sklopljen ugovor o putovanju u paket aranžmanu.⁴³ Prema zadnjem alternativnom kriteriju paket aranžmanom smatra se i kombinacija različitih vrsta usluga putovanja koja se kupuje od različitih trgovaca putem povezanih postupaka *online* rezerviranja, kada prvi trgovac s kojim je zaključen ugovor prosljeđuje podatke putnika i to njegovo ime, mail adresu i broj kartice drugom trgovcu ili trgovcima, a drugi ugovor je sklopljen najkasnije 24 sata nakon potvrde rezervacije prve usluge putovanja.⁴⁴ Svi prethodno opisani

41 „Prodajna točka” znači svaki maloprodajni objekt, bilo nekretnina ili pokretnina, ili internetska stranica za maloprodaju ili sličan online sistem za prodaju, između ostalog kad se internetske stranice za maloprodaju ili online sistemi za prodaju putnicima predstavljaju kao jedinstven sistem, uključujući telefonsku službu. Čl. 3. t. 15. Direktive (EU) 2015/2302.

42 Točka 10. preambule Direktive (EU) 2015/2302.

43 Točka 11. preambule Direktive (EU) 2015/2302.

44 Ibid. U kontekstu povezanih postupaka rezerviranja značajan je i stav Suda EU u slučaju C-478/12 *Armin Maletic, Marianne Maletic v. lastminute.com GmbH, TUI Österreich GmbH*, ECLI:EU:C:2013:735. Supružnici Maletic sa prebivalištem u Austriji rezervirali su i platili na web stranici lastminute.com putovanje u Egipat u paket-aranžmanu po cijeni od 1.858€ u razdoblju od 10-24.1.2012. Na svojoj web stranici društvo lastminute.com, sa sjedištem u Münchenu naznačilo je da djeluje kao putnički agent te da putovanje organizira TUI, društvo sa sjedištem u Beču. Rezervacija tužitelja odnosila se na hotel Jaz Makadi Golf & Spa u Hurghadi. Rezervaciju je potvrdio lastminute.com te ju je prosljedio TUI-ju. Zatim su supružnici Maletic od TUI-ja dobili „potvrdu/račun” dana 5.1.2012., koji je uz podatke o putovanju *preuzete iz rezervacije* lastminute.com spominjao ime drugog hotela - Jaz Makadi Star Resort Spa, Hurghada. Tek po dolasku u Hurghadu tužitelji su primijetili pogrešku u vezi sa hotelom te su platili dodatak na cijenu od 1.036€ kako bi se mogli smjestiti u hotel koji su izvorno rezervirali na web stranici lastminute.com. Sud EU je u par. 29. zaključio da čak i ako bi se jednokratna radnja poput rezervacije kojom su supružnici Maletic rezervirali i platili putovanje u paket-aranžmanu na web stranici lastminute.com mogla razdvojiti na dva različita ugovorna odnosa, s jedne strane s lastminute.com online putničkom agencijom i s druge strane s TUI-jem kao organizatorom putovanja, ovaj drugi ugovorni odnos ne može se ocijeniti kao „isključivo domaći” jer je zbog činjenice da je ostvaren posredstvom putničke agencije iz druge države članice neodvojivo povezan s prvim ugovornim odnosom.

slučajevi su modaliteti dinamičnih ili kombiniranih paket aranžmana koji su sada dobili pravnu regulaciju i zaštitu.

Važno je naznačiti da paket aranžman ne zahtijeva sklapanje jedinstvenog ugovora za kombinaciju različitih vrsta usluga putovanja sa jednim trgovcem, već se za kombinaciju različitih vrsta usluga putovanja može sklopiti više pojedinačnih ugovora sa različitim trgovcima, ako ta kombinacija usluga putovanja zadovoljava neki od gore navedenih alternativnih kriterija. U čl. 3. t. 3. Direktiva (EU) 2015/2302 definira „ugovor o putovanju u paket aranžmanu” kao *ugovor o paket aranžmanu kao cjelini ili, ako se paket aranžman pruža u okviru zasebnih ugovora, svi ugovori koji obuhvaćaju usluge putovanja uključene u paket aranžman*. Navedno znači da se paket aranžman može realizirati izvršenjem jednog ugovora, ali isto tako izvršenjem više zasebnih ugovora.

Međutim, kombinacija usluga putovanja kada se najviše jedna vrsta usluga putovanja kao što je a) *prijevoz*, b) *smještaj* ili c) *iznajmljivanje vozila*, kombinira s jednom ili više d) *drugih turističkih usluga*⁴⁵, nije paket aranžman ako *druge turističke usluge*: a) ne čine znatan dio vrijednosti kombinacije usluga, odnosno nisu oglašavane kao bitno obilježje kombinacije, niti na neki drugi način predstavljaju bitno obilježje kombinacije; ili, b) ako su *druge turističke usluge* odabrane i kupljene tek nakon što je počelo pružanje usluge putovanja prijevoza, smještaja ili iznajmljivanja vozila. Tako npr. ne radi se o paket aranžmanu ako se uz uslugu smještaja kombinira *druga turistička usluga*, npr. obilazak grada u pratnji vodiča, zato što u ovoj kombinaciji druga turistička usluga po svojoj vrijednosti ne čini znatan dio vrijednosti kombinacije usluga. Kako bi se izbjegle nedoumice što se smatra *znatnim dijelom vrijednosti* paket aranžmana, ako se druge turističke usluge kombiniraju s jednom od usluga putovanja, u točki 18. preambule Direktive sadržano je objašnjenje. Naime, ako udio drugih turističkih usluga u vrijednosti kombinacije iznosi 25% ili više, trebalo bi smatrati da te usluge predstavljaju znatan dio vrijednosti paket aranžmana ili povezanog putnog aranžmana (pod a).⁴⁶ No, u slučaju npr. kada se nakon dolaska putnika u hotel, gdje je smještaj rezerviran kao pojedinačna usluga, druge turističke usluge naknadno dodaju, neće se raditi o paket aranžmanu (pod b). U ovakvim situacijama treba biti oprezan jer može doći do zaobilaženja ove Direktive na način da organizatori ili prodavci putniku unaprijed ponude izbor dodatnih turističkih usluga, a potom mu sklapanje ugovora za te usluge ponude tek nakon što je počelo izvršenje prve usluge putovanja. Kombinacija samo dviju *drugih turističkih usluga*, bez da se one kombiniraju s uslugom prijevoza,

45 Direktiva konkretizira šta se smatra pod *drugim turističkim uslugama* koje nisu neodvojiv dio prijevoza putnika, smještaja ili iznajmljivanja vozila, to su npr. ulaznice za koncerte, sportske događaje, izlete, zabavne parkove, razgledavanje s vodičem, propusnice za skijališta, iznajmljivanje sportske opreme, wellness tretmani i sl.

46 Radit će se o paket aranžmanu, ako se npr. uz prijevoz kombinira ulaznica na nogometnu utakmicu kao druga turistička usluga, jer vrijednost potonje može premašiti vrijednost prve usluge, ili nogometna utakmica u odnosu na prijevoz predstavlja bitno obilježje, odnosno glavnu uslugu u toj kombinaciji jer je kao takva oglašavana.

smještaja ili iznajmljivanja vozila nije paket aranžman.⁴⁷

Po prvi put predmetom zaštite postaju i *povezani putni aranžmani*. U čl. 3. t. 5. Direktiva (EU) 2015/2302 definira „povezani putni aranžman” kao *najmanje dvije različite vrste usluga putovanja kupljene za potrebe istog putovanja ili odmora koje ne predstavljaju paket aranžman, i koji za posljedicu imaju sklapanje zasebnih ugovora s pojedinačnim pružateljima usluga putovanja, ako trgovac:*

(a) *prilikom jednog posjeta svojoj prodajnoj točki ili jednog kontakta s njome putnicima omogućuje zaseban odabir zasebno plaćanje svake usluge putovanja; ili*
(b) *omogućuje ciljanu kupnju najmanje jedne dodatne usluge putovanja od drugog trgovca ako je ugovor s tim drugim trgovcem sklopljen najkasnije 24 sata nakon potvrde rezervacije prve usluge putovanja.*

Ako je kupljena najviše jedna vrsta usluge putovanja, kako je navedeno u točki 1. točkama (a), (b) ili (c) i jedna ili više turističkih usluga, kako je navedeno u točki 1. točki (d), one ne predstavljaju povezani putni aranžman ako zadnje navedene usluge ne čine znatan dio kombinirane vrijednosti usluga i nisu oglašavane kao bitno obilježje kombinacije niti na neki drugi način predstavljaju bitno obilježje putovanja ili odmora.

Povezani putni aranžman jeste alternativni poslovni model u odnosu na paket aranžman, koji je također oblik dinamičnog putnog aranžmana u kojem sudjeluje više davatelja usluga, razlika je u tome što svaki od njih odgovara za pravilno izvršenje ugovora o usluzi putovanja koju pruža, dok kod paket aranžmana za pravilno izvršenje svih usluga putovanja odgovara jedan organizator. Zbog velike sličnosti sa paket aranžmanima, a ipak različitog nivo zaštite koju uživaju putnici, trgovci su obavezni na jasan i lako uočljiv način, prije nego što putnik pristane platiti, navesti nude li im *paket aranžman* ili *povezani putni aranžman*, te pružiti informacije o odgovarajućoj razini zaštite.⁴⁸ Od država članica se očekuje da vode računa o istinitosti izjava trgovca o pravnoj prirodi proizvoda iz područja usluga putovanja koje nude putnicima.⁴⁹ Zbog velike sličnosti upravo jasna i transparentna izjava trgovaca ključna je putnicima za razlikovanje ova dva turistička proizvoda.

Povezani putni aranžmani, kao i paket aranžmani, sastoje se od kombinacije najmanje dvije različite usluge putovanja sa liste iz čl. 3. st. 1. kupljene za potrebe istog putovanja ili odmora,⁵⁰ za koje se sklapaju posebni ugovori sa svakim od davatelja tih usluga. Bitna je razlika da povezani putni aranžmani nemaju obilježja propisana u čl. 3. st. 2. b) za paket aranžmane. Stoga bi u svrhu transparentnosti paket aranžmane trebalo razlikovati od povezanih putnih aranžmana kod kojih *online* trgovci ili trgovci u poslovnici putnicima omogućuju

⁴⁷ Tot, I., *op. cit.*, str. 503.

⁴⁸ Putnici koji koriste povezane putne aranžmane ne uživaju sva ona prava koja imaju putnici u paket aranžmanu, opseg prava im je sveden na predugovorno informiranje te ograničenu zaštitu u slučaju insolventnosti. Vidi tako Aneks II Direktive (EU) 2015/2302.

⁴⁹ Točka 16. preambule Direktive (EU) 2015/2302.

⁵⁰ Vidi: točku 17. preambule Direktive (EU) 2015/2302.

(tj. pomažu, olakšavaju) kupnju usluga putovanja što dovodi do toga da putnik sklapa ugovore s različitim davateljima usluga putovanja, između ostalog putem povezanih postupaka rezerviranja.⁵¹ Prema tome da bi se radilo o povezanom putnom aranžmanu potrebno je da se ispuni jedan od dva uvjeta, a to je: (a) da trgovac prilikom jednog posjeta svojoj prodajnoj točki ili jednog kontakta s njome putnicima omogućava poseban odabir i posebno plaćanje svake usluge putovanja, ili (b) omogućava ciljanu kupovinu najmanje jedne dodatne usluge putovanja od drugog trgovca ako je ugovor s tim drugim trgovcem sklopljen najkasnije 24 sata nakon potvrde rezervacije prve usluge putovanja.⁵²

U prvom slučaju (pod a) radi se o tome da trgovci prilikom istog posjeta ili kontakta s njihovom prodajnom točkom, bilo da je ona *offline* npr. u poslovnici ili *online*, pomažu putnicima pri sklapanju posebnih ugovora sa pojedinačnim davateljima usluga putovanja, gdje se svaka usluga putovanja posebno plaća, odnosno ne plaća se ukupna paušalna cijena kao što je to slučaj kod paket aranžmana. Naime, ako nakon rezervacije i plaćanja ili pristanka na plaćanje jedne usluge putovanja trgovcu, putnik odluči tijekom istog posjeta ili kontakta s tim trgovcem, rezervirati putem njega i druge usluge putovanja za potrebe istog odmora, onda će te usluge putovanja postati dio povezanog putnog aranžmana. Ovdje je riječ o odvojenim postupcima rezervacija i plaćanja naknade za svaku uslugu putovanja, koju putnik odabire uz asistenciju trgovca prilikom iste posjete njegovoj poslovnici ili mu njegova internet stranica to omogućava.

U drugom slučaju (pod b) radi se o tome da trgovci putem povezanih postupaka rezervacija ciljano omogućuju putnicima kupovinu najmanje jedne dodatne usluge putovanja od drugog trgovca, s tim da ugovor s drugim trgovcem mora bit sklopljen u roku od 24 sata nakon potvrde rezervacije prve usluge putovanja. Ovdje su obuhvaćene i *online* i *offline* rezervacije, npr. putnik rezervira jednu uslugu putovanja, informira se o drugoj, koju rezervira sutra dan, ali u roku od 24 sata. Razlog zbog kojeg jedan trgovac omogućava putniku kupovinu dodatnih usluga putovanja od drugog trgovca jest komercijalna veza između njih, koja uključuje neki vid naknade. Ovo je npr. slučaj kada uz potvrdu rezervacije prve usluge putovanja, poput leta ili putovanja vlakom, putnik dobije i poziv da rezervira dodatnu uslugu putovanja dostupnu na odredištu, npr. smještaj u hotelu, s poveznicom na web stranicu za rezervaciju drugog davatelja usluga ili posrednika.⁵³ Da bi se radilo o povezanom putnom aranžmanu ugovor o dodatnoj

51 Točka 9. preambule Direktive (EU) 2015/2302.

52 Povezani putni aranžman u radnim dokumentima označavan je kao *potpomognuti putni aranžman* i radi se o podvrsti dinamičnog putnog aranžmana „više trgovaca“. Potpomognuti putni aranžmani „više trgovaca“ su kombinacije usluga putovanja u kojima jedan trgovac ciljano olakšava pribavljanje usluga putovanja od drugog trgovca za vrijeme jednog posjeta prodajnoj točki ili povezanim postupcima rezerviranja na internetu. U tim slučajevima s odgovarajućim pružateljima usluga potrošači sklapaju odvojene ugovore i ne postoji nijedan element uobičajen za paket aranžmane. Vidi: *Procjena učinaka Prijedloga direktive*, str. 3.

53 Ovdje velika sličnost postoji sa paket aranžmanom, gdje se i kod paket aranžmana i povezanih putnih aranžmana kombinacija usluga putovanja kupuje od različitih trgovaca putem *povezanih postupaka online rezervacija*. Međutim, kod paket aranžmana trgovac sa kojim je sklopljen prvi

usluzi (smještaj u hotelu) mora biti sklopljen u roku od 24 sata od potvrde rezervacije prve usluge (leta).⁵⁴ Povezane putne aranžmane karakterizira *povezani postupak rezervacija* različitih usluga putovanja u roku od 24 sata, po čemu se i razlikuju od usluga putovanja koje putnici rezerviraju pojedinačno, često u različito vrijeme, pa čak za potrebe istog putovanja ili odmora. Npr. usluga prijevoza, smještaja ili iznajmljivanja vozila koja je kupljena kao samostalni proizvod, odnosno zasebno i koja nije ponuđena u kombinaciji s drugim turističkim uslugama, čak i ako se putnik koristi raznim uslugama putovanja za isto putovanje ili odmor.⁵⁵ Kako se dalje objašnjava u točki 12. preambule, isto tako *online* povezane putne aranžmane trebalo bi razlikovati od povezanih web stranica čiji cilj nije sklapanje ugovora, kao i od poveznica putem kojih se putnike tek općenito informira o daljnjim uslugama putovanja, npr. kad hotel ili organizator koncerta na svojoj web stranici navede popis svih operatera koji nude usluge prijevoza do hotela ili mjesta koncerta neovisno o bilo kojoj rezervaciji, ili ako se za oglašavanje na web stranicama upotrebljavaju kolačići i meta podaci.

Ranija direktiva kao jedan od uvjeta da bi se radilo o paket aranžmanu tražila je da se prethodno dogovorena kombinacija usluga putovanja pruža u vremenu dužem od 24 sata ili u kraćem vremenu ako uključuje uslugu smještaja sa noćenjem. Države članice su različito transponirale ovaj kriterij, s tim u vezi nova Direktiva ovu vremensku determinantu izbjegla je u definiciji paket aranžmana. To ipak ne znači da se Direktiva (EU) 2015/2302 primjenjuje na sve paket aranžmane i sve povezane putne aranžmane bez ikakvih ograničenja. U čl. 2. st. 2. propisano je da se ne primjenjuje na:

- (a) *paket aranžmane i povezane putne aranžmane koji obuhvaćaju razdoblje kraće od 24 sata osim ako je uključeno noćenje;*
- (b) *paket aranžmane i povezane putne aranžmane koji se omogućuju povremeno i na neprofitnoj osnovi i to samo ograničenoj skupini putnika;*
- (c) *paket aranžmane i povezane putne aranžmane kupljene na temelju općeg sporazuma za organiziranje poslovnih putovanja između trgovca i druge fizičke ili pravne osobe koja djeluje u svrhe povezane sa svojom trgovačkom, poslovnom, obrtničkom ili profesionalnom djelatnošću.*

Iz polja primjene Direktive isključeni su putni aranžmani koji traju kraće

ugovor o usluzi putovanja proslijeđuje ime, mail adresu putnika i druge podatke u vezi plaćanja drugom trgovcu i putnik ih ne mora ponovno unositi, dok kod povezanih putnih aranžmana prvi trgovac ne proslijeđuje podatke putnika drugom trgovcu, već poveznicom upućuje na stranicu drugog trgovca s kojim putnik može sklopiti ugovor o dodatnoj usluzi putovanja unoseći ponovno tražene podatke. Da bi postupci *online* rezervacija usluga različitih trgovaca ipak bili *povezani* moraju uslijediti u periodu od 24 sata. Ovisno o tome kako je trgovac kreirao postupak rezervacija usluga uveliko ovisi i to da li putnicima nudi paket aranžman ili povezani putni aranžman ili prodaje pojedinačne usluge putovanja.

54 Točka 13. preambule Direktive (EU) 2015/2302.

55 Ovdje se radi o *neovisnim putnim aranžmanima* koji ne ulaze u polje zaštite Direktive (EU) 2015/2302. U točki 15. preambule se navodi da samostalna kupovina usluge putovanja kao pojedinačne usluge putovanja ne bi trebala predstavljati niti paket aranžman niti povezani putni aranžman.

od 24 sata i ne uključuju noćenje, npr. jednodnevna putovanja, posjete i sl. S obzirom da su to kratka putovanja to je i potreba za zaštitom putnika manja, pa kako bi se izbjeglo nepotrebno opterećenje za trgovce isključeni su iz polja primjene. Isti razlog isključenja odnosi se na paket aranžmane i povezane putne aranžmane koji se povremeno i na neprofitnoj osnovi nude ili omogućuju i to samo ograničenoj skupini putnika. Npr. to su putni aranžmani koje humanitarne organizacije, sportski klubovi ili škole organiziraju za svoje članove ne više od nekoliko puta godišnje i to bez da ih nude javno.⁵⁶ I kao treće isključenje navode se poslovni putni aranžmani, ali samo oni koji su kupljeni na temelju okvirnog ugovora s trgovcem specijaliziranim za organiziranje poslovnih putovanja.

1.4. Personalno polje primjene

Direktiva (EU) 2015/2302 ne koristi pojam potrošač, već se opredijelila za pojam *putnik*, no to je ni u kom slučaju ne isključuje iz *consumer acquisa*. Naime, i ukinuta Direktiva 90/314/EEZ koristila je pojam potrošač, ali samo u tehničkom smislu, jer je zaštitu pružala puno širem krugu subjekata nego su to potrošači kako su ih definirale druge potrošačke direktive.⁵⁷

Prema čl. 2. st. 4. Direktive 90/314/EEZ „potrošač” je *osoba koja uzima ili je suglasna uzeti paket aranžman („glavni ugovarač”) ili bilo koja druga osoba u čije je ime glavni ugovarač pristao kupiti paket aranžman („ostali korisnici”) ili bilo koja druga osoba na koju glavni ugovarač ili ostali korisnici prenesu paket aranžman („osoba na koju se ugovor prenosi”)*. Definicija potrošača nije bila jedinstvena, već se sastojala iz tri segmenta, odnosno predviđala je zaštitu za tri vrste potrošača. Na prvom mjestu je *glavni ugovarač*, u smislu druge ugovorne strane, zatim tu je i *beneficijar* koji nije ugovorna strana, ali u čiju korist je ugovor o paket aranžmanu zaključen, te *bilo koja druga osoba* na koju prva dva subjekta prenesu prava i obaveze iz ugovora o paket aranžmanu (prijemnik-u slučaju ustupanja ugovora).⁵⁸ Personalno polje primjene Direktive 90/314/EEZ nije bilo ograničeno na potrošače u smislu europskog prava zaštite potrošača, već je zaštitu pružala i osobama koje ugovor sklapaju u poslovne svrhe (poslovni paket aranžmani), kao i onima koji kombiniraju putovanje u poslovne i privatne svrhe. Pored toga zaštitu su uživale i pravne osobe, tj. *svaka osoba* koja kupuje paket aranžman. Zaštitu nije uživala samo osoba koja stvarno i putuje, jer to može biti

56 Točka 19. preambule Direktive (EU) 2015/2302.

57 Detaljnije vidi: Radović, V., *Pojam potrošača kod ugovora o organizovanju putovanja*, Jačanje zaštite potrošača u Srbiji, (ur.) Bourgoigne, T., Jovanić, T., Beograd, 2013., str. 126 i dalje.

58 Ako se analizira transpozicija Direktive 93/314/EEZ u državama članicama, vidljiva je prava raznolikost. Mnoge države nisu se uopće opredijelile za pojam potrošač, kako bi izbjegle stvaranje konfuzije u temeljnim pojmovima u odnosu na druge potrošačke direktive, to su „potrošača” iz Direktive 93/314/EEZ označavala pojmom „putnik”, „turist”, „kupac”, „klijent” i sl. Zatim postojalo je i sadržajno odstupanje od definicije, na način da određene države nisu preuzele sva tri elementa definicije pojma potrošač, već dva ili jedan, pa je u nekima „potrošač” bio samo „glavni ugovarač”, dotle da određene države nisu uopće preuzele ovu pravnu definiciju. Vidi: EC Compendium, pp. 220-226.

samo fizička osoba, već i „glavni ugovarač“, a to može biti i osoba različita od putnika, uključujući poduzetnika koji zaključi ugovore o paket aranžmanima za poslovna putovanja svojih zaposlenika.

Direktiva (EU) 2015/2302 slijedi isti put na način da zaštitu osigurava najširem krugu osoba, s tom razlikom što se ne ograničava više na pojam potrošač, već se ispravno opredjeljuje za pojam „putnik.“ Zadržan je *ekstenzivan pristup* pojmu potrošač⁵⁹ i poljem zaštite obuhvaćene su sve fizičke osobe, bez obzira na svrhu sklapanja ugovora, čime su obuhvaćeni i ugovori kombinirane svrhe, te pravne osobe.

Prema čl. 3. st. 6. „putnik” znači svaka osoba koja želi sklopiti ugovor u okviru područja primjene ove Direktive ili koja ima pravo putovati na temelju ugovora sklopljenog u okviru područja primjene ove Direktive. Iz ove pojednostavljene definicije vidljivo je da su se izgubile tri kategorije potrošača iz Direktiva 90/314/EEZ (više dakle nema „glavnog ugovarača“, „ostalih korisnika“ i „prijemnika“). Direktiva (EU) 2015/2302 pojam putnika svela je na dvije kategorije osoba, i to na: osobe koje namjeravaju zaključiti ugovor o putovanju u paket aranžmanu ili povezanom putnom aranžmanu (potencijalni putnici) i na osobe koje imaju pravo putovati na osnovu zaključenog ugovora (korisnici putovanja).⁶⁰ U prvu kategoriju *putnika* ulaze fizičke i pravne osobe koje *sklapaju ugovor* o paket aranžman ili povezani putni aranžman bez da pri tome trebaju biti i stvarni putnici⁶¹, dok u drugu kategoriju *putnika* ulaze samo fizičke osobe koje *moгу putovati* na osnovu sklopljenog ugovora o paket aranžmanu ili povezanom putnom aranžmanu. Pružajući zaštitu svim osobama, fizičkim, bez obzira na svrhu putovanja⁶², i pravnim, kao mogućim sukontrahtentima, Direktiva (EU) 2015/2302 je *species* u odnosu na druge direktive potrošačkog *acquisa*.

S obzirom da su iz polja primjene Direktive (EU) 2015/2302 prema čl. 2. st. 2. točka c) isključeni ugovori o poslovnim paket aranžmanima koji se sklapaju na osnovu okvirnog ugovora sa trgovcem specijaliziranim za organiziranje poslovnih putovanja, to se ni fizičke osobe, koje putuju u poslovne svrhe, i pravne osobe, koje ugovaraju takve putne aranžmane ne smatraju *putnicima* u smislu čl. 3. st. 6. Postoje, naime, poduzeća ili organizacije koje organiziraju putne aranžmane na temelju općeg sporazuma, koji je često sklopljen za brojne putne aranžmane ili za

59 Udaljavanje od restriktivnog pojma potrošač tendencija je prisutna još od ranije u državama članicama (vidi: EC Compendium, str. 760-763), tako npr. i Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača slijedi taj trend i ostavlja mogućnost *proširene ili autonomne harmonizacije* na način da države članice pojam potrošač mogu protegnuti i na pravne osobe poput neprofitnih udruženja, nevladinih organizacija, SMEs i sl. (točka 13. preambule Direktive 2011/83/EU).

60 Radović, V., *op. cit.*, str. 134.

61 Pravna osoba ne može putovati, ali može ugovoriti paket aranžman, ranije svojstvo glavnog ugovarača.

62 Kako se i objašnjava u točki 7. preambule većina putnika će bez sumnje i biti potrošači u smislu europskog prava zaštite potrošača, ali isti nivo zaštite je potreban i osobama koje putuju u poslovne svrhe, jer nije uvijek jednostavno razlikovati potrošače od predstavnika malih poduzeća ili osoba koje putovanja povezana sa svojom poslovnom ili profesionalnom djelatnošću rezerviraju istim kanalima kao i potrošači.

određeno razdoblje, npr. s putničkom agencijom. Za ovu vrstu putnih aranžmana nije potrebna razina zaštite koja je namijenjena potrošačima. Stoga, bi se ova Direktiva trebala primjenjivati na osobe na poslovnim putovanjima, uključujući osobe koje se bave slobodnim zanimanjima ili samozaposlene osobe ili druge fizičke osobe, kad oni ne organiziraju takve putne aranžmane na temelju općeg sporazuma.⁶³

2. Zaključak

Moderniziranje potrošačkog prava u posljednje dvije decenije nije zaobišlo ni turističku djelatnost, čiji dalji razvoj više nije bilo moguće zamisliti bez autonomije putnika da putem interneta odabiru, rezerviraju i sklapaju usluge putovanja u pakete po svojoj mjeri, te da pri tome uživaju maksimalnu zaštitu svojih prava. Usvajanje Direktive (EU) 2015/2302 odgovor je na pojavu velikog broja novih turističkih proizvoda i potrebu širenja zaštite potrošača u ovoj oblasti. Mnoga rješenja iz Direktive 90/314/EEZ više nisu odgovarala suvremenom internet dobu, postala su zastarjela i neprimjenjiva, jer je tržište usluga putovanja u odnosu na ono kakvo je bilo 90-tih godina značajno evoluiralo.

Direktiva (EU) 2015/2302 donosi nova rješenja, prošireno je polje primjene uvođenjem ekstenzivne definicije paket aranžmana ali i, po prvi put, definicije povezani putni aranžman. Pored proširenja opsega primjene, Direktiva (EU) 2015/2302 inovira i druge definicije, od kojih su mnoge postale složenije u pravnom i tehničkom smislu, što će zasigurno otvoriti određena pitanja i nejasnoće kako prilikom transponiranja direktive tako i u primjeni.

Direktiva (EU) 2015/2302 vrlo opsežno i temeljito uređuje i druga pitanja, kao što je obaveza predugovornog informiranja, sklapanje i sadržaj ugovora o putovanju u paket aranžmanu, izmjene ugovora prije početka paket aranžmana, izvršenje usluga paket aranžmana, zaštita u slučaju insolventnosti, zahtjevi u vezi sa informiranje za povezane putne aranžmane, s tim da analiza istih može biti predmet nekih budućih istraživanja, jer uveliko bi premašili zadane okvire ovog rada. Cilj rada bio je upoznati domaću javnost sa usvajanjem nove Direktive (EU) 2015/2302, razlozima koji su to potaknuli, te ključnim novinama u predmetnom i personalnom polju primjene, jer usklađivanje sa pravnom stečevinom EU obaveza je koju ne bi smio ignorirati ni domaći zakonodavac.

Literatura

1. Josipović, T., *Izazovi harmonizacije građanskog prava putem direktiva*, Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu, Cavtat, 2010., Knjiga I, Beograd 2010.
2. Loos, M., *Full harmonisation as a regulatory concept and its consequences*

63 Točka 7. preambule Direktive (EU) 2015/2302.

- for the national legal orders: The example of the Consumer rights directive*, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series, 2010.
3. Mak, V., *Review of the Consumer Acquis—Towards Maximum Harmonisation?*, Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law, Working Paper No. 2008/6.
 4. Meškić, Z., Samardžić, D., *Pravo Evropske unije I*, TDP/GIZ/BMZ, Sarajevo, 2012.
 5. Micklitz, H. W., *Do Consumers and Businesses Need a New Architecture of Consumer Law? A Thought Provoking Impulse*, (August 1, 2012), EUI Working Papers LAW No. 2012/23
 6. Parry, D., Nordhausen, A., Howells, G., Twigg-Flesner, C., (ed.), *The Yearbook of Consumer Law 2009*, Ashgate Publishing, 2008.
 7. Petrović, A., Bikić, E., *Pravo zaštite potrošača: Obaveza informiranja i pravo na odustanak*, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli, Tuzla, 2018.
 8. Radončić, Dž., *Analiza transpozicije Direktive 90/314 u zakonodavstva Bosne i Hercegovine, Republike Hrvatske i Republike Srbije*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, 8/2008
 9. Radović, V., *Pojam potrošača kod ugovora o organizovanju putovanja*, Jačanje zaštite potrošača u Srbiji, (ur.) Bourgoigne, T., Jovanić, T., Beograd, 2013.
 10. Schulte-Nölke, H., *The Brave New World of EU Consumer Law – Without Consumers, or Even Without Law?*, Eu CML, 4/2015
 11. Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, C., Ebers, M., (ed.), *EC Consumer Law Compendium, The Consumer Acquis and its transposition in the Member State*, Sellier, Munich, 2008.
 12. Sefton-Green, R., *Multiculturalism, Europhilia and harmonization: harmony or disharmony?*, Utrecht Law Review, 6:3/2010
 13. Smits, J., *Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights*, European Review of Private Law, 1/2010
 14. Tot, I., *Paket-aranžman i potpomognuti putni aranžman*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka, v. 36, br. 1 (2015)
 15. Twigg-Flesner, C., *The Europeanization of Contract Law: Current controversies in law*, Routledge-Cavendish, London & New York, 2008.

Anita Petrović, Ph.D., Associate professor
Faculty of Law, University of Tuzla

NEW LEGAL REGULATIONS OF TOURIST PACKAGES ARRANGEMENTS

Abstract: In this paper, the author analyzes the new European legal framework in the field of package travel established by Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements. The two-year deadline for transposing the Directive into national legislation expired on 1 January 2018 and its application in the internal market started on 1 July 2018. The paper analyzes in particular the structure, scope and objectives of the Directive, and points out the key novelties it brings in relation to the repealed Directive 90/314/EEC. The protection and improvement of legal certainty for consumers is a permanent task of the European Union, as evidenced by the numerous directives of the targeted maximum harmonization adopted in the last decade in the area of European contract law. Modernizing legal rules, ie catching up with the recent market developments and a high level of consumer protection are the reasons for the adoption of the new Package Travel Directive. Since this is a very comprehensive and complex directive, the emphasis will be on the changes it brings.

Key words: Directive (EU) 2015/2302, package, linked travel arrangements, consumer, traveller.

Dr. sc. Aida Mulalić, docentica

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

Dr. sc. Enis Omerović, docent

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

COMPREHENSIVE TRADE AGREEMENT (CETA) – INSTITUCIONALIZIRANI PRISTUP EU RJEŠAVANJU MEĐUNARODNIH INVESTICIONIH SPOROVA

Sažetak: Međunarodna (javnopravna) arbitraža svoj osnov pronalazi u ugovoru o podvrgavanju spora arbitraži koji se najčešće naziva kompromisom ili arbitražnim sporazumom. Volja stranaka da se međunarodni spor riješi upravo putem arbitraže je obično izražena u tome međunarodnome ugovoru, koji je od iznimne važnosti, budući da se nadležnost arbitražnoga tribunala definira u odnosu na odredbe toga ugovora.

Investiciona arbitraža je svojevrsni presedan u vansudskom rješavanju sporova međunarodnog karaktera. Ovo dijelom zbog subjekata koji su involvirani, te s tim povezanim otklonom i nerijetko kontraverzama generiranim delegiranjem širokih kompetencija arbitražnim tribunalima. S druge strane, pravne posljedice arbitražnih odluka teško da su zanemarljive u kontekstu javnog interesa involvirane države u koju se investira. Odatle i stalno nastojanje u ovom polju relevantnih međunarodnih organizacija i institucija da se iznađe prihvatljiv modus operandi kojim bi se izbalansirali po prirodi stvari međusobno isključivi interesi suverena i onih koji to nisu.

U tom je smislu CETA ili Sveobuhvatni ekonomski i trgovački sporazum zaključen između Europske unije, članica Europske unije i Kanade kao najrecentnij pokušaj inoviranja investicione arbitraže polučio zanimljivim reprekusijama po unutrašnje pravne sisteme potpisnika. Tako, za Kanadu pregovori oko zaključenja CETA ubrzali su potpisivanje tzv. *Canadian Free Trade Agreement* odnosno doprinijeli su uklanjanju barijera slobodnoj trgovini među kanadskim provincijama. Za Europsku uniju CETA predstavlja test nadležnostima Unije u domenu međunarodnih ulaganja i izraz kontinuirane potrebe država članica da stupaju u tzv. mješovite sporazume u okviru trgovačkih sporazuma EU.

Ključne riječi: investicije, arbitraža, međunarodni ugovor, investicioni spor, Europska unija, nadležnost, međunarodni javnopravni aspekti arbitraže

1. Uopćeno o međunarodnim ugovorima

Temeljem čl. 38 Statuta Međunarodnoga suda, međunarodni ugovori predstavljaju jedan od najvažnijih formalnih izvora međunarodnoga prava.¹ Najčešći način stvaranja međunarodnih pravila leži u zaključivanju sporazuma.² Pod izrazom „ugovor“ označava se „međunarodni sporazum koji je u pismenom obliku sklopljen između država i uređen međunarodnim pravom i bez obzira na njegov posebni naziv.“³ Radi se o dvostranim, višestranim ili mnogostranim pravnim poslovima kojima subjekti međunarodnoga prava uređuju međusobne odnose. Ugovor je suglasnost volja između dva ili više subjekata međunarodnoga prava s ciljem da bude obavezujući i koji sadržava pravila ponašanja po međunarodnome pravu za najmanje jednu stranu.⁴ Iako mogu postojati terminološke razlike, suština je ista – svi oni uključuju suglasnost volja dva ili više međunarodnih subjekata za svrhe reguliranja njihovih interesa putem međunarodnih pravila.⁵ Međunarodni ugovor ima za svoju svrhu da postigne određeni učinak po međunarodnome pravu, „stvarajući odnos prava i dužnosti između njegovih stranaka.“⁶ Ponekada subjekti međunarodnoga prava mogu zaključiti sporazume koji ne spadaju u međunarodno pravo, već u domaće pravne sisteme – tako, npr. ukoliko jedna država želi steći pravo vlasništva nad nekretninom u stranoj državi, za potrebe svoga diplomatsko-konzularnoga predstavništva u toj državi prijema, takav ugovor će uobičajeno potpadati pod domaće (nacionalno) pravo.⁷ Prema praksi međunarodnoga ugovaranja, nesumnjivo je da države imaju slobodu odabrati domaće ili međunarodno pravo kao mjerodavno ukoliko je predmet sporazuma trgovačke prirode, tj. koji se odnosi na zajmove, razmjena dobara, najam zgrada ili razmjena patenata (lat. *pacta iure gestionis*).⁸ Međutim, pitanje je da li su

1 „Sud, kojemu je zadaća da njemu podnesene sporove rješava po međunarodnom pravu, primjenjuje: a) međunarodne konvencije bilo opće ili posebne, koje ustanovljuju pravila, izrijeком priznata od država u sporu; b) međunarodni običaj kao dokaz opće prakse, prihvaćene kao pravo; c) opća načela prava, priznata od civiliziranih naroda; d) uz rezervu odredbe čl. 59, sudske odluke i naučavanja najpozvanijih publicista različitih naroda kao pomoćno sredstvo za utvrđivanje pravih pravila. 2. Ova odredba ne dira u ovlast Suda da odlučuje *ex aequo et bono*, ako se stranke o tome sporazumiju.“ Statut Suda sastavni je dio Povelje Ujedinjenih nacija iz 1945.

2 A. Cassese, *International Law*, 2. izd, Oxford University Press, Oxford, 2005, 170.

3 Čl. 2. Bečke konvencije o pravu ugovora (eng. *Vienna Convention on the Law of Treaties*) usvojena 1969, stupila na snagu 1980. Odnosi se samo na ugovore između država. Na ugovore kojima su stranke i međunarodne organizacije odnosi se Bečka konvencija o pravu ugovora između država i međunarodnih organizacija ili između međunarodnih organizacija iz 1986 (još nije stupila na snagu). Za više vid. J. Andrassy *et al*, *Međunarodno pravo 2*, Školska knjiga, Zagreb, 2012, 70, 71; V. Crnić-Grotić, *Pravo međunarodnih ugovora*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2002, 7 *et seq.*

4 R. Bernhardt, *Treaties*, u: R. Dolzer *et al* (ur.), *Encyclopedia of Public International Law*, knjiga 7, North Holland, Amsterdam, New York, Oxford, 1984, 460.

5 A. Cassese, 170.

6 V.Đ. Degan, *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 2011, 113.

7 R. Bernhardt, 460.

8 O. Dörr, K. Schmalenbach (ur.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2. izd,

države u pravnoj obavezi podvrgnuti svoje sporazume međunarodnome pravu ukoliko oni utječu na „suverenu sferu“ strana ugovornica ili sadrže transakcije „suverenoga karaktera“ (lat. *pacta iure imperii*).⁹ U literaturi se mogu pronaći gledišta da „ugovor o zajmu koji neposredno zaključuje dvije države predstavlja međunarodni ugovor u pravom smislu te riječi, što pokazuje da ovdje nije riječ o kvalifikaciji sadržine takvih ugovora, već o svojstvu subjekta međunarodnoga prava njegovih ugovornica.“¹⁰

Da bi jedan ugovor ostvarivao svoje učinke po međunarodnome pravu potrebno je da ispuni više uvjeta: 1) sve stranke toga pravnoga posla moraju biti subjekti međunarodnoga prava; 2) njegov predmet ne smije biti pravno nedopustiv; 3) izražena volja stranaka u ugovoru odgovara njihovoj stvarnoj volji; 4) opće međunarodno pravo ne propisuje nikakav određeni oblik (formu) ugovora.¹¹

U pogledu subjekata ovoga pravnoga posla: to su oni koji posjeduju međunarodnopravnu osobnost, što su u prvome redu države¹², međunarodne (među) vladine organizacije, ustanici u nekom oružanom sukobu. Zapravo, u pogledu određivanja drugih međunarodnopravnih subjekata s ugovornom sposobnošću, valja razlikovati originalne sporazume koji stvaraju takvu sposobnost i izvedene sporazume.¹³ Izvedena dodjela ugovornoga kapaciteta može biti učinjena putem međunarodnoga ugovora ili u jednostranome (npr. državnome) aktu.¹⁴ Federalne jedinice neke složene države također imaju ugovornu sposobnost, no ograničene naravi, a što će u najvećem broju slučajeva ovisiti prvenstveno o ustavnim rješenjima, odn. o domaćem pravu države. „Ali nema pravila međunarodnoga prava koje bi zabranjivalo da članice federacije budu opskrbljene vlašću sklapanja ugovora s trećim suverenim državama.“¹⁵

Međutim, u međunarodnome se pravu uvijek polazi od presumpcije da su subjekti međunarodnoga prava zapravo države i da samo one, u odnosu na svoje federalne jedinice, imaju sposobnost međunarodnoga ugovaranja. Uzima se da federalne jedinice, kao takve, nisu neovisne i suverene i da, shodno tome, nisu ovlaštene izlaziti „prema vani“ tj. izvan državne granice. Međutim, ukoliko ustavna i zakonska rješenja neke složene države, kakva je Bosna i Hercegovina, odnosno ukoliko međunarodnougovorna sposobnost proizilazi „iz ustavne prakse federacije potvrđene kao pravo“¹⁶, otuda i federalna jedinica ima, istina u većini slučajeva Springer, Berlin, 2018, 39.

9 *Ibid.*

10 M. Bartoš, *Ugovorno pravo. Međunarodno javno pravo*, 2. izd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2012, 87.

11 Prema: V.Đ. Degan, 113, 114.

12 Usp. čl. 6. Bečke konvencije o pravu ugovora. O državama kao stranama ugovornicama i njihovoj ugovornoj sposobnosti vid. O. Dörr, K. Schmalenbach (ur.), 24-27. Jednako tako, vid. V. Crnić-Grotić, 8.

13 O. Dörr, K. Schmalenbach (ur.), 58, 59.

14 *Ibid.*, 59, 60.

15 V.Đ. Degan, 122.

16 *Ibid.*

iznimno ograničenu, ugovornu sposobnost s trećim suverenim državama, koja se ima shvatiti kao preuzimanje međunarodnih ugovornih obaveza u svoje ime i za svoje područje u jednoj saveznoj državi. Primjeri su kantoni Švicarske Konfederacije te njemačke savezne države. S druge strane, postoje ustavi saveznih država koji ne dopuštaju federalnim jedinicama međunarodni ugovorni kapacitet, poput Sjedinjenih Američkih Država, Kanade, Australije.

U državama koje dozvoljavaju da i njezine niže razine vlasti sklapaju međunarodne ugovore, predviđeni su uglavnom određeni uvjeti koji se moraju ispuniti da bi se neki međunarodni ugovor doista mogao tako i nazivati i da bi se na njega mogla primijeniti pravila Bečke konvencije o pravu ugovora iz 1969¹⁷, a koja su danas postala izrazom općega običajnog međunarodnog prava. Potonje praktički znači da ovaj međunarodnopravni dokument obavezuje i one države koje nisu njegove ugovorne stranke, ali po običajnoj osnovi.

Da bi neka federalna jedinica mogla sklopiti punovažan međunarodni ugovor, traži se da njezin ustav ne smije biti protivan saveznom ustavu, u smislu poštivanja nadležnosti. Ovo znači da federalna jedinica ne može sklapati dvostrani pravni posao s trećom državom iz isključive nadležnosti države. Prema članu III(2)(d) Ustava Bosne i Hercegovine pristaje se na ovakvo rješenje s traženjem da entiteti moraju pribaviti suglasnost Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine: „Svaki entitet može također sklapati sporazume s državama i međunarodnim organizacijama uz suglasnost Parlamentarne skupštine.“¹⁸ No, da li se ova odredba može razumjeti da se suglasnost državnoga zakonodavnoga organa treba dati unaprijed? Slijedom ove ustavne odredbe, načinjen je i član 3. državnoga Zakona o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora iz 2000, koji *inter alia* stipulira da „Parlamentarna skupština može zakonom predvidjeti da za određene vrste sporazuma takva suglasnost nije potrebna.“ No, postoji li uopće takav zakon koji bi nudio rješenje *pro futuro*?

S druge strane, ne radi se o međunarodnome ugovoru ukoliko država sklopi ugovor „s pravnom osobom iz druge države“¹⁹ (npr. sa stranom bankom ili investicijskim fondom) – to uopće ne znači da se takav ugovor ne primjenjuje, već se samo ne radi o međunarodnome ugovoru u smislu međunarodnog prava budući da druga strana ugovornica nije međunarodnopravni subjekt. Dakle, „ugovori o zajmu koje države sklope sa stranim bankama nemaju karakter međunarodnih ugovora. Takav stav zauzeo je i Stalni sud međunarodne pravde

17 Ovaj mnogostrani međunarodni ugovor izvršio je kodifikaciju navedene materije. (Više u: V. Crnić-Grotić, 1-7). Bosna i Hercegovina je stranka Konvencije temeljem sukcesije. Tekst objavljen u: „Službeni list SFRJ“ - Međunarodni ugovori br.: 30/1972, budući da je država prednica Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija bila njezina strana ugovornica.

18 Jednaku odredbu nalazimo i u čl. 3, st. 3. Zakona o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora („Sl. Glasnik BiH“, br. 29/2000). Za pregovaranje i zaključivanje međunarodnih ugovora kojima Bosna i Hercegovina preuzima kreditne i druge finansijske obaveze (tzv. kreditni ugovori) vid. Zakon o izmjeni i dopunama Zakona o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora („Sl. Glasnik BiH“, br. 32/13 od 29. aprila 2013).

19 V.Đ. Degan, 113.

u sporu o dugovima Srbije francuskim porterima.²⁰ Ako tekst ugovora države sa stranim investicijskim fondom „ne upućuje na unutarnje pravo neke od stranaka ili neke treće države kao mjerodavno, riječ je o „transnacionalnome kontraktu“ na koji se izravno primjenjuju opća načela prava [...]. Katkad i države međusobno sklapaju transakciju u obliku privatne pogodbe koju podvrgavaju unutarnjem pravu neke države kao mjerodavnom.“²¹ Ni ovdje se ne radi o međunarodnim ugovorima. U anglo-iranskome sporu o petroleju, koji je Ujedinjeno Kraljevstvo iznijelo pred Međunarodni sud na rješavanje, postavilo se i pitanje kvalifikacije ugovora o koncesiji koji je Iran zaključio 1933. s anglo-perzijskom (kasnije iranskom) petrolejskom kompanijom.²² Ugovor je doista posjedovao izvjesne oznake međunarodnoga ugovora u smislu da je nosio naziv „konvencija“ te da je u slučaju spora predviđao arbitražu kao jedno od sredstava za mirno rješavanje međunarodnih sporova. Ipak, Međunarodni je sud odredio da je ta konvencija predstavljala samo ugovor u privatnopravnome smislu „o koncesiji između jedne vlade i jedne strane korporacije“.²³ Sud nije mogao prihvatiti gledište da kontrakt potpisan između iranske vlade i anglo-perzijske petrolejske kompanije posjeduje dvostruki karakter: 1) da je to koncesijski kontrakt između vlade jedne države i kompanije; 2) da se istovremeno radi o međunarodnome ugovoru između dvije države.²⁴ „Poučeni opasnošću koju za strani kapital predstavlja jurisprudencija Međunarodnoga suda [...] o nepriznavanju za međunarodni ugovor konvencija zaključenih između država i inozemnih privatnih kompanija, nositelji financijskih monopola pristupili su tzv. dvostrukome ugovaranju“ s ciljem da npr. „zajam gubi privatnopravni karakter i postaje javni dug“.²⁵

U pogledu podjele međunarodnih ugovora, zadržaćemo se samo na jednoj, a koja je izvršena na temelju njihova sadržaja „Već se odavna zapazilo da neki ugovori određuju konkretne činidbe i da su se izvršenjem te činidbe konzumirali. Nasuprot tome, drugi ugovori uređuju ponašanje stranaka na dugo vrijeme, te uvode trajna pravila toga ponašanja.“²⁶ Otuda razlikovanje na ugovore-pogodbe (pravni poslovi, eng. *contractual treaties*, fr. *traités-contrat*) i ugovore-zakone (eng. *law-making treaties*). Kod ovih prvih, očitovanja ili djelovanje stranaka ima različit sadržaj, ali smjeraju na istu svrhu, dok se kod drugih teže zadovoljiti zajednički interesi

20 Vid. *Publications de la Cour*, Série Ab, No. 34, p. 42. Nav. prema: M. Bartoš, 87. Radi se o predmetu: *Payment of Various Serbian Loans Issued in France (Fr. v. Yugo.)*, 1929 P.C.I.J. (ser. A) No. 20 (July 12).

21 V.Đ. Degan, 113.

22 M. Bartoš, 88.

23 *Anglo-Iranian Oil Co. case (jurisdiction)*, Judgment of July 22nd, 1952: I. C. J. Reports 1952, p. 93. na str. 112. Nav. prema: M. Bartoš, 88.

24 *Anglo-Iranian Oil Co. case (jurisdiction)*, Judgment of July 22nd, 1952: I. C. J. Reports 1952, p. 93. na str. 112.

25 M. Bartoš, 88.

26 J. Andrassy, B. Bakotić, B. Vukas, *Međunarodno pravo 1*, reprint prvog izd, Školska knjiga, Zagreb, 1998, 17.

stranaka.²⁷ Ugovori kontrakti su najčešće dvostrani²⁸, dok su ugovori-zakoni uobičajeno međunarodne konvencije. U literaturi se kao primjer prvoga često navodi ugovor o cesiji, dok kao primjer drugih mogu biti različite međunarodne konvencije iz oblasti zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda te međunarodni ugovori koji sadrže opća pravila o pravnome režimu nekoga prostora (iz područja objekata u međunarodnome pravu). No, možda bi najsvrsishodnije valjalo napisati da ovakva podjela međunarodnih ugovora i nema neki veliki praktični značaj. Jednostavno nije moguće povući jasnu liniju između ove dvije kategorije.²⁹ I najsitnija je pogodba „pravno pravilo koje se uklapa u postojeći pravni poredak.“³⁰ Radi se o podjeli koja za osnovu razlikovanja ima kvalitet obaveza.³¹ Posebna stavka među međunarodnim ugovorima prepoznaje se u obliku ugovora o prijateljstvu, trgovini i plovidbi, čija je značajka u tome što država ima pravo regulirati pravnu situaciju stranaca i stranih kompanija unutar svoga državnoga područja. Cilj ovakvih ugovora je bio „proširiti prava onih stranaca i stranih kompanija koji su državljani strana ugovornica iznad minimuma koje zahtjeva međunarodno pravo [...]“.³² Međunarodni ugovori ovoga tipa počeli su se razvijati u Sjedinjenim Američkim Državama³³ i poznati su po upotrebi izraza „*national treatment*“ and „*most-favoured-nation treatment*“. Između ostaloga, uređivali su pitanja zaštite stranaca, ekonomske aktivnosti, stjecanja imovine i njihovo raspolaganje, zaštite imovine i eksproprijaciju. Danas je opadajuća relevantnost ovakvih ugovora. Činjenica da su Sjedinjene Američke Države početkom 1980tih godina sklopile ugovore s Egiptom i Panamom koji nisu slijedili model tradicionalnih ugovora o prijateljstvu, trgovini i plovidbi, nego su radije oslikavali investicijske ugovore koji su zaključeni u drugoj polovici XX stoljeća od europskih država³⁴, predstavlja pokazatelj začetaka novih međunarodnih ugovora u ovome području uređenja međudržavnih odnosa.

2. Međunarodna arbitraža

Raspravljajući o pojmovnome određenju arbitraže, nalazimo da je međunarodna arbitraža ili izabrano sudovanje rješavanje sporova „između država i drugih međunarodnih subjekata odlukom arbitara koje su strane izabrale i koji izriču

²⁷ *Ibid*, 18.

²⁸ S. Đorđević, *Uvod u međunarodno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Javno preduzeće „Službeni glasnik“, Beograd, 2007, 169.

²⁹ R. Bernhardt, 461.

³⁰ J. Andrassy, B. Bakotić, B. Vukas, 18.

³¹ O. Dörr, K. Schmalenbach (ur.), 33.

³² D. Blumenwitz, *Treaties of Friendship, Commerce and Navigation*, u: R. Dolzer *et al* (ur.), 485.

³³ Dana 6. februara 1778. Sjedinjene Američke Države odlučuju sklopiti dva ugovora s Francuskom: ugovor o savezu i ugovor o prijateljstvu i trgovini. (D. Blumenwitz, 484). Od toga vremena javlja se praksa navedene države u pogledu zaključivanja ovih međunarodnih ugovora.

³⁴ D. Blumenwitz, 489, 490.

obaveznu i u pravilu konačnu presudu.³⁵ „Arbitraža ima za cilj rješavanje sporova između država od strane izabranih sudija na bazi poštivanja prava.³⁶ Pretpostavlja se da svako pribjegavanje arbitraži podrazumijeva obavezu izvršavanja arbitražne presude (odluke) *bona fide* – zbog toga i pripada sredstvima koja dovode do obavezujuće presude.³⁷ Slijedom navedenoga, ističemo konstitutivne elemente arbitraže: „a) arbitraža je izabrani sud; b) sporovi koji se iznesu pred arbitražu rješavaju se na bazi međunarodnoga prava; c) arbitražna presuda je obavezna za strane u sporu.“³⁸ Osnovna funkcija arbitraže je rješavanje sporova između država – tj. arbitraže su na temelju međunarodnoga prava nadležne rješavati sporove između izvornih i najstarijih subjekata ovoga prava. No, u praksi ovo pravilo nije tako strogo postavljeno poput onoga o *ratione personae* Međunarodnoga suda. U praksi je bilo slučajeva kada su se kao strane međunarodne arbitraže nalazile države i političko-administrativne jedinice druge države³⁹, ali je bilo sporova i između država i međunarodnih organizacija⁴⁰. Rješavanju sporova putem arbitraže na temelju međunarodnoga prava podvrgnule su se države i privatne korporacije.⁴¹ Ipak, iako pojedini pisci naznačuju da je arbitraža moguća između bilo koja dva subjekta (npr. između dviju pravnih osoba iz različitih država ili između neke države i inozemne pravne osobe), u ovom se potonjem slučaju ne radi o međunarodnoj već o tzv. transnacionalnoj arbitraži.⁴²

Međunarodna (javnopravna) arbitraža svoj osnov pronalazi u ugovoru o podvrgavanju spora arbitraži koji se najčešće naziva „kompromisom (pristatnom pogodbom)“⁴³. „Kompromis je obično ugovor o arbitraži i mirnom rješavanju

35 V.Đ. Degan, 717.

36 Čl. 37. Haške konvencije o mirnome rješavanju sporova iz 1907 (Prva haška konvencija). Nav. prema: M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, 10. izd, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2018, 723.

37 Arbitražna komisija Mirovne konferencije o Jugoslaviji, poznatija kao Badinterova komisija, donosila je mišljenja koja nisu bila pravno obavezujuća. (J. Klabbbers, *International Law*, 2. izd, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, 158).

38 M. Kreća, 723.

39 Npr. spor između Afganistana i Lahorea. Prema: M. Kreća, 729.

40 Na osnovu Sporazuma o konačnom i potpunom rješenju pitanja reparacija od Njemačke iz 1930. Banka za međunarodna plaćanja se mogla pojaviti kao stranka pred Arbitražnim sudom. Prema: M. Kreća, 729. Inače, Sporazum predstavlja međunarodni ugovor između Njemačke, Belgije, Velike Britanije i Sjeverne Irske, Kanade, Australije, Novoga Zelanda, Unije Južne Afrike, Indije, Francuske, Grčke, Italije, Japana, Poljske, Portugala, Rumunije, Čehoslovačke i Jugoslavije sklopljenoga u Den Haagu, 20. januara 1930.

41 Primjer je Ugovor o koncesiji između SSSR i The Lena Goldfields kompanije (London) iz 1925. Arbitražni postupak u predmetu *Lena Goldfields Limited v. USSR* završen je arbitražnom odlukom 2. septembra 1930, dosudom velikoga finansijskoga iznosa (odn. *award*) engleskoj kompaniji. Slučaj je jedan od poznatijih u historiji međunarodne arbitraže. Za više vid. A. Nussbaum, *Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government*, 36 *Cornell L. Rev.* 31 (1950), 31-53; V.V. Veeder, *The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas*, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 47, No. 4 (Oct., 1998), 747-792.

42 Tako, V.Đ. Degan, 717.

43 J. Andrassy *et al*, 70.

sporova.⁴⁴ Volja stranaka da se međunarodni spor riješi upravo putem arbitraže je obično izražena u kompromisu odn. posebnome sporazumu, koji je od iznimne važnosti, budući da se nadležnost arbitražnoga tribunala definira u odnosu na odredbe toga ugovora.⁴⁵ Pored kompromisa, osnov arbitraže može biti i određeni mnogostrani međunarodni ugovor (konvencija) koji predviđa arbitražu kao sredstvo za rješavanje međunarodnoga spora među strankama te konvencije, a koji uobičajeno proizilazi iz njezina različitoga tumačenja i/ili primjene.

Moderna arbitraža u međunarodnome pravu ima svoje korijenje u odredbama *Jay Treaty-a* (Ugovora o prijateljstvu, trgovini i plovidbi), zaključenoga u Londonu 1794. između britanske kraljice i Sjedinjenih Američkih Država, prema kojem bi se određeni sporovi između strana ugovornica rješavali od tročlane miješane komisije, odn. petočlanoga panela.⁴⁶ Sljedeći važan korak u razvoju i poimanju arbitraže u međunarodnome pravu dolazi s *Alabama Claims* arbitražom⁴⁷ između Sjedinjenih Američkih Država i Velike Britanije u 1872, a koja se temeljila na Washingtonskom ugovoru iz 1871.⁴⁸ Ubrzo će na Prvoj haškoj mirovnoj konferenciji 1899. biti osnovan Stalni arbitražni sud (eng. *PCA*), koji, uprkos svojem nazivu, zapravo nije sud, već međunarodna organizacija. Od poznatijih sporova između država koji su bili riješeni temeljem arbitraže preko ovoga Suda, valja istaknuti predmet *Island of Palmas*, koji je riješio arbitar pojedinac Max Huber 1928.⁴⁹ Današnja vrlo važna komponenta Stalnoga arbitražnoga suda jeste da se preko ovoga međunarodnoga tijela često rješavaju investicijski zahtjevi između kompanije i države.⁵⁰ U tu svrhu PCA je usvojio Opciona pravila za arbitriranje sporova između dvije strane od kojih je samo jedna država (eng. *Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two Parties of Which Only One is a State*).⁵¹

3. Pravni okvir nakon TFEU

Budući da okvir za rješavanje investicionih sporova sadržan u Ugovoru o enegetskoj povelji (ECT) nije bio kompatibilan Ugovoru o funkcioniranju EU (TFEU) u pogledu pitanja prenosa nadležnosti EU u domenu direktnih stranih investicija, to je EU pristupila dizajniranju nove investicione politike. Usvojena su nova interna

44 S. Đorđević, 173.

45 Za više u: M.N. Shaw, *International Law*, 6. izd, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 1051.

46 Vid. M.N. Shaw, 1048.

47 *Alabama claims of the United States of America against Great Britain*, 14 September 1872, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XXIX, United Nations, 2012, 125-134.

48 J. Klabbers, 157.

49 *Island of Palmas case* (Netherlands, USA), 4 April 1928, Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, United Nations, 2006, 829-871.

50 J. Klabbers, 157.

51 S učinkom od 1993.

pravila i pristupilo se pregovorima o određenju uslova pod kojima se protiv EU može pokrenuti arbitražni spor u skladu sa međunarodnim investicionim sporazumima čija je EU potpisnica. U tom je smislu donešena i Uredba 912/2014 s ciljem reguliranja pitanja finansijske odgovornosti proizašle iz međunarodnih investicionih sporova.⁵² Njome je određeno u kojim slučajevima EU ili države članice mogu imati pasivnu legitimaciju prema međunarodnim investicionim sporazumima čija je EU potpisnica. Regulativom se, međutim ne zadire u podjelu nadležnosti između EU i članica onako kako su one specificirane u TFEU.⁵³

Uredbom se pravi razlika između međunarodne i finansijske odgovornosti EU: *„Kada Unija, kao subjekt s pravnom osobnošću, ima međunarodnu odgovornost za tretman koji se pruža, od nje se prema međunarodnom pravu očekuje da plati bilo kakav iznos utvrđen u za nju nepovoljnom pravorijeku i snosi troškove bilo kakvog spora. Međutim, nepovoljan pravorijek može proizaći kako iz tretmana koji pruža sama Unija tako i iz tretmana koji pruža država članica. Stoga bi bilo nepravilno da se iznosi utvrđeni pravorijekom i troškovi arbitraže isplaćuju iz proračuna Unije ako je tretman pružala država članica, osim ako je predmetni tretman propisan pravom Unije. Zbog toga je prema pravu Unije potrebno, a na temelju kriterija uspostavljenih ovom Uredbom, raspodijeliti finansijsku odgovornost između same Unije i države članice odgovorne za tretman koji se pruža.“*⁵⁴

I pored ovakvog deklarativnog razdvajanja pomenutih odgovornosti, prilično je kontraverzno povezivanje pitanja međunarodne odgovornosti koje je po definiciji predmetom međunarodnog prava s pitanjem određivanja finansijske odgovornosti između EU i njenih članica, što spada u domen unutrašnjeg prava Unije.⁵⁵

Glavni kriterij kako pri određivanju finansijske odgovornosti i tako i pri određivanju pasivne legitimacije u investicionim sporovima jeste da li se konkretni spor tiče tretmana koji pruža EU posredstvom svojih institucija, organa, agencija ili tretmana koji pruža država članica.⁵⁶

Pozicija EU ili države članice kao tužene strane u investicionom sporu samo je okvirno određena u međunarodnim investicionim sporazumima EU, na način da ukoliko zahtjev za pokretanje arbitražnog spora referira na tretman neke države članice, ta se država ima smatrati pasivno legitimisanom, odnosno ako zahtjev referira na instituciju, organ ili agenciju EU tada se EU ima smatrati pasivno legitimisanom u arbitražnom sporu. Ovakva alokacija odgovornosti isključuje mogućnost da se kao pasivno legitimisane zajednički pojave država

52 Regulation (EU) No 912/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-to-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party.

53 *Ibid.*, čl. 1.

54 *Ibid.*, alineja 5 Preambule Uredbe.

55 C. Kovács, „*Attribution in International Investment Law*“, Chapter 9: Attribution Issues in EU Investment Agreements, International Arbitration Law Library, Volume 45, Kluwer Law International 2018, 315.

56 Vid. čl. 3. Uredbe.

članica i EU. Ovim sporazumima nije obuhvaćeno ni pitanje normativne kontrole u slučaju implementiranja mjera EU od strane države članice, kao ni pitanje da li EU određuje pasivnu legitimaciju i u korelaciji sa odredbama Uredbe broj 912/2014, koja (Uredba) inače ima dejstvo *res inter alios acta*.⁵⁷ Ova svojevrsna pravna praznina ostavlja eventualni prostor tumačenju da EU ima nadležnost određivanja pasivne legitimacije i u ovom slučaju, čime se pomenuta Uredba izdiže u rang norme međunarodnog javnog prava s obzirom na obavezujući efekat jednostranog dodjeljivanja prava na određenje pasivne legitimacije Uniji kroz njene međunarodne investicione sporazume.⁵⁸

TFEU propisuje da zajednička trgovinska politika obuhvata i direktne strane investicije, te se progresivno proklamira napuštanje restriktivnog odnosa prema ovoj vrsti ulaganja.⁵⁹ Tumačenjem ovih odredbi TFEU dolazi se do zaključka da forme stranih ulaganja koje se ne mogu kvalifikovati kao direktna strana ulaganja nisu obuhvaćena zajedničkom trgovinskom politikom i kao takva ostaju izvan eksternih nadležnosti Unije. Ovo nadalje otvara problem definiranja pojma direktnih stranih ulaganja koji je nešto drugačiji u pravu EU u odnosu na međunarodno investiciono pravo.

Uz neke izuzetke, velika većina bilateralnih investicionih sporazuma definiira pojam investicije dosta široko samo indikativno navodeći šta se ima smatrati investicijom. Najčešće se pod investicijom smatra svaka vrsta imovine, kao što su vlasništvo, prava i interesi bilo koje prirode koji proizilaze iz investicije. Tako na primjer, US Model BIT iz 2004. godine investiciju definiira kao: „*svaku imovinu u vlasništvu ili pod neposrednom ili posrednom kontrolom investitora, a koja ima obilježja investicije kao što su na primjer, ulaganje kapitala ili drugih sredstava, očekivanje dobiti/profita, predviđanje rizika*.”⁶⁰ Oblici investiranja prema ovom model sporazumu obuhvataju tradicionalne oblike direktnih investicija (uključujući i one indirektno kontrolirane), portfolio investicija i prava intelektualnog vlasništva.

Čak i odredbe sporazuma koji sadrže tzv. zatvorenu listu investicija formulirane su tako da se u definiciju investicija mogu uključiti gotovo sve moguće forme investiranja. Tako na primjer, ukinuti NAFTA sporazum je predviđao iscrpnu listu oblika investiranja kao što su: poslovni subjekti, osiguranje imovine i dugova poslovnih subjekata, zajmovi, interes u poslovnom subjektu koji vlasniku daje pravo na udio u dobiti poslovnog subjekta, interes u poslovnom subjektu koji vlasniku daje pravo da udio u imovini poslovnog subjekta u stečaju, nepokretna imovina ili druga imovina, materijalna ili nematerijalna, stečena ili korištena u očekivanju ekonomske dobiti ili u druge poslovne svrhe, interes od ulaganja kapitala ili drugih izvora u svrhu obavljanja ekonomske aktivnosti na teritoriju

57 C. Kovács, 317.

58 Csaba Kovács, 317.

59 Odredbe čl. 207 (1) i čl. 206 TFEU.

60 Preambula US Model BIT 2004, <https://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>, (20.3.2019.)

države potpisnice kao što su ugovori koji uključuju prisustvo imovine investitora na teritoriju države potpisnice, uključujući ugovore o građenju, koncesije, ugovore „ključ u ruke“, ugovore u okviru kojih naknada u bitnome zavisi o proizvodnji, prihodima ili profitu poslovnog subjekta.⁶¹

Uključivanjem investicija indirektno kontroliranih od strane investitora otvara se prostor proširenju zaštite predviđene u bilateralnim investicionim sporazumima i na intermedijarne holding kompanije što se ne mora nužno poklapati sa intencijama države u koju se investira. U takvim okolnostima jedini način da se odredbe takvih sporazuma održe provodivim jeste prepostavka kako su svi investitori obuhvaćeni najvišim standardima zaštite bilo kojeg bilateralnog investicionog sporazuma koji je na snazi u državi domaćinu. Činjenica da je strani kapital sklon seljenju utiče na nužnost šireg tumačenja smisla definicija investitora i investicije u pravcu poimanja nominalno dvostranih obaveza bilateralnih investicionih sporazuma kao obaveze koju država domaćin mora smatrati potencijalno primjenjivom na sve investitore.“⁶² Obuhvat zaštite investicija u bilateralnim investicionim sporazumima ide tako daleko da i lokalne kompanije pod kontrolom stranog investitora mogu pokrenuti investicioni spor, što je posebnost investicionog prava. Suprotno, međunarodno javno pravo ne dozvoljava diplomatsku zaštitu lokalnim podružnicama pod stranom kontrolom. Ova je barijera u investicionom pravu prevaziđena inkorporiranjem člana 25(2)(b) ICSID konvencije koji dozvoljava lokalnoj podružnici status stranog investitora ukoliko su se stranke usaglasile da postoji strana kontrola i ukoliko takva kontrola *de facto* i postoji.⁶³

Uži dijapazon zaštite u međunarodnom javnom pravu derivira iz instituta diplomatske zaštite. Ovaj je pravni institut revitaliziran 2006. godine kada je ILC (International Law Commission) usvojila Nacrt Sporazuma o diplomatskoj zaštiti (Draft Articles on Diplomatic Protection) prema kojem samo država u ime svojih državljana može pokrenuti spor protiv druge države čime država manifestira svoje pravo kao suverena i nastupa kao tužilac, te se kao takva i tretira pred međunarodnim tribunalima.⁶⁴ U međunarodnom investicionom pravu ovaj institut zaživio je mnogo kasnije i ne u punom kapacitetu. Naime, dugo je u ovoj grani prava preovladavao stav da stranci u odnosima sa državama dobrovoljno preuzimaju rizik poslovanja i implicitno se podvrgavaju lokalnoj vlasti i lokalnom sudskom sistemu. Ova je prezumpcija naročito bila izražajna u investicionim odnosima između SAD i Latinske Amerike kada su strane investicije i instrumenti zaštite stranih investitora posredstvom međunarodnog javnog prava smatrani načinom na koji su SAD mogle ostvariti ekonomsku dominaciju u zemljama Latinske Amerike. Nakon sticanja nezavisnosti su i zemlje Afrike i Azije bile

61 Čl. 1139 NAFTA.

62 S.P. Subedi, *International Investment Law, Reconciling Policy and Principle*, 2nd ed., Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012, 59.

63 UNCTAD, *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, United Nations, New York-Geneva, 2005, 16.

64 R. Wallace, F. Janeczko, K. Wylie, *Nutshells International Law*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, 2013, 98.

kategorično protiv ekstendiranja zaštite stranih investitora posredstvom instituta odgovornosti države, tako da osim na bilateralnom nivou nema koncenzusa po ovom pitanju između razvijenih i zemalja u razvoju.⁶⁵

Osim pomenutih članova, direktne strane investicije su u pravu EU obuhvaćene i članom 64. TFEU u kontekstu slobode kretanja kapitala. Međutim, nema konkretne definicije direktnih stranih investicija te se značenje ovog pojma za potrebe prava EU izvodi iz sekundarnih pravnih izvora, odnosno iz sudske prakse Suda pravde EU (CJEU). U predmetima koji se tiču povrede pomenute slobode, CJEU se konstantno poziva na nomenklaturu koja sublimira oblike kretanja kapitala, a koja nomenklatura čini aneks Direktive 88/361/EEC. Tako, pod direktnim investicijama smatraju se sva ulaganja od strane pravnih osoba ili ulaganja u obliku trgovačkog, industrijskog, finansijskog poduzetništva, a koja su namijenjena uspostavljanju i održavanju direktne i dugoročne veze između onih koji obezbjeđuju kapital i poduzetnika kojima je kapital namijenjen u svrhu obavljanja ekonomske aktivnosti.

Dakle, smisao direktnih investicija u pravu EU bitno ne odstupa od onog u međunarodnom kontekstu jer se direktnim investicijama smatraju formalni i neki neformalni oblici učešća u poduzetništvu uz uslov da postoji dugoročna veza između gore pomenutih subjekata i neki vid kontrole nad investicijama. I pored toga što Direktiva 88/361/EEC određene oblike kretanja kapitala ne kvalificira kao investicije (kao što je slučaj sa ulaganjem u nekretnine), smisao direktnih investicija u vezi sa članom 2017(1) i vanjskim nadležnostima Unije trebalo bi tumačiti šire i u skladu sa postojećom međunarodnom praksom.⁶⁶

Ovo se posebno odnosi na portfolio investicije, a u kontekstu zajedničke trgovinske politike Unije koja između ostalog eksplicitno obuhvata samo direktne strane investicije. S obzirom da optiranje za investicione ugovore koji bi uključivali samo direktne investicije nije optimalno rješenje za EU s aspekta međunarodne prakse, to bi obuhvatanje portfolio investicija podrazumijevalo posebnu vrstu kombiniranih investicionih ugovora s obzirom na nepostojanje isključive vanjske nadležnosti EU u domenu portfolio investicija. Navedenom u prilog govori i činjenica da stav Komisije EU o *ekskluzivnoj* impliciranoj nadležnosti u ovom domenu koja proizilazi iz odredbi TFEU o slobodi kretanja kapitala, nije apsolutno prihvaćen, pogotovo ne u teoriji. Prije bi se moglo govoriti o impliciranoj podijeljenoj nadležnosti Unije.⁶⁷

U svojoj odluci u slučaju *Achmea* donešenoj u martu 2018. godine Sud pravde Europske unije je odredbe o načinu rješavanja investicionih sporova, sadržane u bilateralnom investicionom sporazumu između Holandije i Čehoslovačke iz 1991. godine, okvalificirao inkompatibilnim sa odredbama TFEU. Ovaj slučaj

65 M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004, 143-146.

66 T. Fecak, *International Investment Agreements and EU Law*, „Chapter 3: EU Investment Agreements“, Kluwer Law International, 2016, 183.

67 Šire u *ibid*, 185-192.

otvorio je svojevrsnu dilemu po pitanju primjenjivosti člana 351 TFEU na bilateralne investicione sporazume između država članica EU, a prema kojem članu države članice moraju usaglasiti svoje međunarodne sporazume zaključene prije pristupanja Uniji sa pravom EU. Ovo bi podrazumijevalo otvaranje ponovnih međunarodnih investicionih pregovora za države članice ili raskid takvih investicionih sporazuma. U ovom posljednje slučaju, to bi značilo da investitori mogu tražiti zaštitu svojih prava samo pred sudovima država članica, što opet proširuje dijapazon problema kao što je suočavanje sa nefunkcionalnim, korumpiranim pravosuđem i pravosuđem koje nije neovisno. Pored navedenog, ovaj slučaj imaće efekte i na bilateralne investicione sporazume koje su države članice zaključile sa zemljama izvan EU, čime se problem nadležnosti dodatno potencira s obzirom da tribunali u ovakvoj konstelaciji odnosa mogu tumačiti ili primijeniti pravo EU bez prethodne odluke Suda pravde EU (ukoliko je tužena strana neka od država članica EU).⁶⁸

4. Poglavlje 8 CETA

Poglavlje 8 CETA posvećeno je investicijama i ono što je karakteristično za ovaj sporazum jeste terminološka preciznost i detaljno definiranje pojmova, a u cilju obezbjeđenja konzistentnosti i predvidljivosti u odnosima između investitora, EU i država potpisnica.⁶⁹

Investicija je svaka vrsta imovine čiji je investitor vlasnik ili koju kontrolira, direktno ili indirektno, *a koja ima karakteristike investicije* što bi uključivalo određeno vremensko trajanje, ulaganje kapitala ili drugih sredstava, očekivanje dobiti/profita ili preuzimanje rizika.⁷⁰ Oblici investiranja su:

poduzetništvo, udjeli, dionice i drugi oblice vlasničke participacije u poslovanju, obveznice, zadužnice i drugi dužnički instrumenti, zajam poslovnom subjektu, druge vrste interesa u poslovnom subjektu;⁷¹

Interesi koji proizilaze iz koncesija dodijeljenih prema pravu države potpisnice ili prema ugovoru,⁷² uključujući pravo na istraživanje, kultiviranje, ekstrakciju i eksploataciju prirodnih resursa; ugovori „ključ u ruke“, ugovori o građenju, o

68 N. Lavranos, T. Singla, „*Achmea: Groundbreaking or Overrated?*“, in J. Risse, G. Pickrahn *et al.* (eds), *SchiedsVZ | German Arbitration Journal*, Kluwer Law International; Verlag C.H. Beck oHG 2018, Volume 16, Issue 6, 350-351.

69 J.A. Bischoff, M. Wüler, „The Notion of Investment“, u: M.M. Mbengue, S. Schacherer, *Foreign Investments Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, *Studies in European Economic Law and Regulation*, 15/2019, 19.

70 Odredba čl. 8.1. CETA.

71 Terminološka konstrukcija „*any other kind of interest in enterprise*“ upućuje na širok obuhvat interesa koji po svojoj prirodi trebaju biti ekonomski, ali bez kvantitativnih ograničenja što je, kako smo napomenuli ranije, bitna distinkcija između direktnih stranih i portfolio investicija.

72 Šire u: A. Mulalić, „Međunarodni kontekst i specifičnosti investicionih ugovora“, *Analiz Pravnog fakulteta u Zenici*, 21/18, 100-106.

proizvodnji i podjeli dobiti; drugi slični ugovori; prava intelektualnog vlasništva; druga pokretna imovina, materijalna i nematerijalna, nepokretna imovina i prava koja iz istih proizilaze; novčana potraživanja i zahtjevi za izvršenjem ugovora.⁷³ Međutim, novčana potraživanja koja proizilaze iz ugovora o kuporodaji robe ili pružanju usluga, domaći oblici finansiranja takvih ugovora, te naredbe, sudske ili arbitražne odluke s tim u vezi, nemaju kvalifikaciju investicija.

Dakle, CETA slijedi tzv. imovinski pristup u definiranju investicija optirajući za otvorenu listu oblika u kojima se one mogu pojaviti. U ovom domenu nema nekih značajnih odstupanja od većine međunarodnih investicionih sporazuma. Daljni uslov da bi se nako ulaganje moglo okvalificirati kao investicija u smislu CETA jeste da se radi o tzv. pokrivenoj investiciji, čijem utvrđivanju opet služe određeni parametri kao što su trajanje ulaganja, vlasništvo, kontrola, teritorij na kojem je ulaganje izvršeno, te primjenjivo pravo u skladu s kojim je ulaganje izvršeno.⁷⁴ Niti u ovom segmentu nema neke posebne razlike u odnosu na većinu međunarodnih investicionih sporazuma, osim u dijelu koji se odnosi na primjenjivo pravo. Naime, CETA propisuje da investiranje mora biti izvršeno u skladu sa primjenjivim pravom koje je važno u vrijeme investiranja ali ne sadrži odredbe koje bi upućivale na pravo koje bi se imalo primijeniti u slučaju sukoba zakona. Arbitražni tribunali obično ograničavaju učinak ovakvih odredbi na ispitivanje činjenice da li je investiranje izvršeno u skladu sa pravom zemlje domaćina. Ovo je međutim manevar koji preispituje, uslovno rečeno, lagalitet investiranja, a ne činjenicu postojanja same investicije. Primjena prava zemlje domaćina može imati drastične posljedice po investitora. Odluka o osnovanosti zahtjeva ili postojanju ptava investitora trebala bi derivirati isključivo iz investicionog sporazuma uzimajući u obzir opća pravna načela. Na taj način bi se i analiza tribunala fokusirala na vrijednosti koje proizilaze iz investicija za zemlju domaćina čime bi se opravdao smisao investicionih sporazuma i zaštita investitora nezavisno o kvalifikaciji investicije prema pravu zemlje domaćina.⁷⁵

Što se tiče procesnih aspekata CETA dozvoljava investitoru iniciranje arbitražnog postupka po osnovu kršenja određenih standarda zaštite čemu prethodi obavezni period konsultacija.⁷⁶ Arbitražni postupak može se voditi prema pravilima ICSID konvencije, Dodatnim ICSID institucionalnim pravilima (ICSID Additional Facility Rules), UNCITRAL arbitražnim pravilima ili arbitražnim pravilima koja su strane u sporu ugovorile. I dok u pogledu broja arbitara ovaj sporazum sadržajno slijedi ostale međunarodne investicione sporazume (obično se odlučuje u vijeću konstituiranom od tri arbitra), dotle daje mogućnost tužitelju da predloži da o zahtjevu odlučuje jedan arbitar koji prijedlog tuženi treba razmotriti sa posebnim razumijevanjem pogotovo ako je tužitelj mali ili srednji poslovni

⁷³ Odredba čl. 8.1. CETA.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ J.A. Bischoff, M. Wüler, 31-32.

⁷⁶ Odredba čl. 8.19. CETA.

subjekt ili su tužbeni zahtjevi za naknadu štete (kompenzaciju) relativno niski.⁷⁷ Naime, ovo predstavlja manifestaciju slobode pristupa sudu s obzirom na relativno visoke naknade arbitrima u ovakvoj vrsti sporova. Posebno se ističe odredba o obavezujućem profesionalnom kodeksu za arbitre u skladu sa IBA smjernicama o sukobu interesa u međunarodnoj arbitraži (International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration).⁷⁸

CETA sadrži još jedan procesni mehanizam čiji je cilj povećanje efikasnosti samog arbitražnog postupka. Radi se o ovlaštenju tribunala da odbaci svaki zahtjev koji je očigledno bez pravnog osnova i to već na prvoj raspravi (obično par sedmica nakon imenovanja arbitražnog vijeća). Tribunal je također obavezan da raspravi o svakom prigovoru tuženog kao o prethodnom pitanju ukoliko odluka tribunala ne bi mogla biti u korist tužitelja čak i ako tribunal utvrdi da su činjenice na kojima tužitelj temelji tužbeni zahtjev istinite.⁷⁹ Navedena rješenja data su po uzoru na član 41(5) ICSID Arbitražnih pravila i američkih investicionih sporazuma kao što je DR-CAFTA.⁸⁰

Također, akcenat je stavljen i na zabranu vođenja paralelnih postupaka, te je kao preduslov za pokretanje arbitražnog postupka prema CETA sporazumu propisana obaveza prekida postupaka koji se vode pred nekim drugim domaćim ili međunarodnim sudom/tribunalom. Uvedena je i kontemplacija nivoa koordinacije između procesnih odredbi CETA i drugih međunarodnih sporazuma, te ako bi eventualni arbitražni zahtjev podnesen prema pravilima drugog međunarodnog sporazuma mogao bitno uticati na postupak koji se vodi prema CETA sporazumu, tribunal će obustaviti postupak ili na drugi način osigurati da pravila drugog postupka uvaži u vlastitim odlukama. Ovo je jedinstveno rješenje koje ima za cilj usklađivanje različitih pristupa rješavanju arbitražnih sporova, te podupire argumente bazirane na principima *lis pendens* i *res judicata*.⁸¹

5. Zaključak

Na temelju iznesenog ne bismo mogli dati jedan opći zaključak o, uslovno rečeno, korisnosti CETA sporazuma kao novog investiciono-arbitražnog mehanizma. Ovo zbog međunarodno-pravnog ambijenta u kojem ovaj sporazum tek treba da nađe svoje opredmećenje. S druge strane, efikasnost CETA sporazuma u dijelu o investicijama opredijeljena je i kompleksnošću investicionih odnosa koji u sebi sublimiraju nerijetko suprotstavljene interese subjekata tih odnosa. Međutim, ne može se zanemariti potreba koja je generirala ideju o prilagođenom arbitražnom

⁷⁷ *Ibid*, odredba čl. 8.27.9.

⁷⁸ *Ibid*, odredba čl. 8.30. Dost. na: https://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_July_2008_ENews_ArbitrationMultipleLang.aspx, (17.4.2019.)

⁷⁹ *Ibid*, odredba čl. 8.32 i 8.33.

⁸⁰ Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement, prema D. Nyer, „The Investment Chapter of the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement“, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, Vol. 32, Issue 6, 2015, 707-708.

⁸¹ *Ibid*, 708.

institutu u investicionim relacijama između Europske unije i njenih članica čija realizacija predstavlja kompromisno rješenje imajući u vidu pravnu poziciju Europske unije u eventualnim međunarodnim investicionim sporovima.

Izvori i literatura:

1. A. Cassese, *International Law*, 2. izd, Oxford University Press, Oxford, 2005
2. A. Mulalić, „Međunarodni kontekst i specifičnosti investicionih ugovora“, *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, 21/18
3. A. Nussbaum, Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government, *36 Cornell L. Rev.* 31 (1950)
4. *Alabama claims of the United States of America against Great Britain*, 14 September 1872, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XXIX, United Nations, 2012
5. *Anglo-Iranian Oil Co. case (jurisdiction), Judgment of July 22nd, 1952: I. C. J. Reports 1952*, p. 93
6. Bečka konvencija o pravu ugovora iz 1969, „Službeni list SFRJ“ – Međunarodni ugovori br.: 30/1972
7. Bečka konvencija o pravu ugovora između država i međunarodnih organizacija ili između međunarodnih organizacija iz 1986
8. C. Kovács, „*Attribution in International Investment Law*“, Chapter 9: Attribution Issues in EU Investment Agreements, International Arbitration Law Library, Volume 45, Kluwer Law International, 2018
9. D. Nyer, „The Investment Chapter of the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement“, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, Vol. 32, Issue 6, 2015
10. Haška konvencija o mirnom rješavanju sporova iz 1907
11. https://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_July_2008_ENews_ArbitrationMultipleLang.aspx.
12. *Island of Palmas case* (Netherlands, USA), 4 April 1928, Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, United Nations, 2006
13. J. Andrassy *et al*, *Međunarodno pravo 2*, Školska knjiga, Zagreb, 2012
14. J. Andrassy, B. Bakotić, B. Vukas, *Međunarodno pravo 1*, reprint prvog izd, Školska knjiga, Zagreb, 1998
15. J. Klabbers, *International Law*, 2. izd, Cambridge University Press, Cambridge, 2017
16. J.A. Bischoff, M. Wüler, „The Notion of Investment“, u: M.M. Mbengue, S. Schacherer, *Foreign Investments Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Studies in European Economic Law and Regulation, 15/2019
17. M. Bartoš, *Ugovorno pravo. Međunarodno javno pravo*, 2. izd, Pravni

- fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2012
18. M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, 10. izd, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2018
 19. M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004
 20. M.N. Shaw, *International Law*, 6. izd, Cambridge University Press, Cambridge, 2008
 21. N. Lavranos, T. Singla, „*Achmea: Groundbreaking or Overrated?*“, in J. Risse, G. Pickrahn *et al.* (eds), *SchiedsVZ | German Arbitration Journal*, Kluwer Law International; Verlag C.H. Beck oHG 2018, Volume 16, Issue 6
 22. O. Dörr, K. Schmalenbach (ur.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2. izd, Springer, Berlin, 2018
 23. *Payment of Various Serbian Loans Issued in France (Fr. v. Yugo.)*, 1929 *P.C.I.J. (ser. A) No. 20 (July 12)*
 24. R. Bernhardt, *Treaties*, u: R. Dolzer *et al* (ur.), *Encyclopedia of Public International Law*, North Holland, Amsterdam, New York, Oxford, 1984
 25. R. Wallace, F. Janeczko, K. Wylie, *Nutshells International Law*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, 2013
 26. Regulation (EU) No 912/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-to-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party
 27. S. Đorđević, *Uvod u međunarodno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Javno preduzeće „Službeni glasnik“, Beograd, 2007
 28. S.P. Subedi, *International Investment Law, Reconciling Policy and Principle*, 2nd ed., Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012
 29. Sporazum o konačnom i potpunom rješenju pitanja reparacija od Njemačke iz 1930
 30. Statut Međunarodnog suda
 31. T. Fecak, *International Investment Agreements and EU Law*, „Chapter 3: EU Investment Agreements“, Kluwer Law International, 2016
 32. UNCTAD, *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, United Nations, New York, Geneva, 2005
 33. US Model BIT 2004, <https://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>
 34. V. Crnić-Grotić, *Pravo međunarodnih ugovora*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2002
 35. V.Đ. Degan, *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 2011
 36. V.V. Veeder, *The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of*

Three Ideas, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 47, No. 4 (Oct., 1998)

37. Zakon o izmjeni i dopunama Zakona o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora („Sl. Glasnik BiH“, br. 32/13 od 29. aprila 2013).
38. Zakon o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora („Sl. Glasnik BiH“, br. 29/2000)

Aida Mulalić, Ph.D, Assistant professor
Faculty of Law, University of Zenica
Enis Omerović, Ph.D, Assistant professor
Faculty of Law, University of Zenica

COMPREHENSIVE TRADE AGREEMENT (CETA) - institutionalized approach to EU resolution of international investment disputes

Abstract: International arbitration is based on a dispute settlement agreement usually referred to as compromise or arbitral agreement. The parties' wish to resolve the international dispute through arbitration is usually expressed in that arbitral agreement, which is of utmost importance since the jurisdiction of an arbitral tribunal is defined in relation to the provisions of that treaty.

Investment arbitration is a kind of milestone in the out-of-court settlement of international disputes. This is partly due to the subjects involved as well as the distaste and controversies generated by the delegation of broad competences to arbitration tribunals. On the other hand, the legal consequences of arbitral decisions are hardly negligible in the context of the public interest of the state involved. Hence, there exists the effort of relevant international organizations and institutions to establish an acceptable *modus operandi* for balancing the different interests, of those who are sovereign powers and those who are not.

As such, CETA or Comprehensive Economic and Trade Agreement signed by the European Union, the European Union member states and Canada, is the latest attempt at innovating investment arbitration, which has resulted in some interesting consequences for the internal legal systems of the signatory states. Thus, the CETA negotiation process, led to the quickened signing of the so-called Canadian Free Trade Agreement and somewhat contributed to establishing free trade between the Canadian provinces. For the European Union CETA is a test of EU competencies in the field of international investment and an expression of the continued need of member states to enter into so-called mixed agreements within the EU trade system.

Key words: investment, arbitration, international treaty, investment dispute, European Union, jurisdiction, international public-law aspects of arbitration

Dr. sc. Džamna Duman, docentica

Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

Dr. sc. Midhat Izmirlija, docent

Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

PRAVO NA IME-BOSANSKOHERCEGOVAČKA PRAKSA I EVROPSKI PRAVNI PRINCIPI

Sažetak: Savremene teorije ljudskih prava uticale su na pravno reguliranje nadijevanja imena i njegovih promjena u različitim okolnostima u dvadesetom stoljeću. Te promjene nije moguće shvatiti izvan promjena u razumijevanju roditeljske odgovornosti, a u skladu sa evropskim pravnim vrijednostima. Roditeljima su data velika prava u nadijevanju imena. Ali, ta prava nisu neograničena. Moguće je govoriti o interesu roditelja u nadijevanju imena djetetu i interesu djece u tome. U idealnom odnosu ta dva interesa su usklađena. Ali postoje i slučajevi kada nisu. U tom smislu u radu će biti predstavljena i analizirana bosanskohercegovačka i evropska praksa. U procesu pridruživanja Evropskoj Uniji, bosanskohercegovačko zakonodavstvo morat će se prilagoditi utvrđenim standardima te svoju praksu uskladiti evropskoj.

Ključne riječi: Pravo, ime, pravo na ime, roditeljska odgovornost, država, proces pridruživanja, Evropska Unija

1. Uvod

Savremena društva su sve više religijski pluralna, pa je pitanje imena psihološki, društveno, religijski i pravno sve zamršenije. Neka od imena koja u jednoj sredini imaju jedno značenje dobivaju posve druga značenja u drugoj sredini. Zato su pitanja o davanju, nošenju i mijenjanju imena sve važnija u svijetu ubrzanih kretanja stanovništva, povećanja broja stanovnika gradova, inter-religijskih i intra-religijskih odnosa, te proširenja svih ljudskih odnosa u cyber prostor.

Budući da uglavnom roditelji daju imena svojoj djeci, stanje njihovog razumijevanja razloga i svrhe života odražena su u tim imenima. Moguće je prema imenima koja ljudi nose odrediti duševna i društvena stanja njihovih roditelja, te njihova pripadanja i nepripadanja. Odnos roditelja i djece je ključan za razumijevanje ljudskog trajanja u vremenu pa i očuvanja vrijednosti koje su u središtu njihovog pripadanja.

Davanje imena djeci odražava, prema rečenom, uvjerenja i shvatanja odnosa čovjeka prema drugim ljudima, društvu, svijetu i Bogu. Briga o važnosti i ulozi danih imena mijenja se od jednog do drugog naraštaja. Kada narodi ili zajednice

zapadaju u duševne i društvene krize, kada su prožeti nerazriješenim strahovima i traumama, pa nastoje svoju kulturu vidjeti kao uzroke te slabosti, događa se odustajanje od imena koja su davali ili nosili preci, te nastojanje da se oponašaju imena drugih moćnijih, koja su spojiva sa vladajućom kulturom i vladajućim slikama svijeta. Tada se imena shvataju kao oznake kojima su pojedinci i skupine prokazani kao društveno nepoželjni, pa ih njihovi članovi nastoje odbaciti ili promijeniti tako da njihov identitet bude skriven.

Savremene teorije ljudskih prava uticale su na pravno reguliranje nadijevanja imena i njegovih promjena u različitim okolnostima u dvadesetom stoljeću. Te promjene nije moguće shvatiti izvan promjena u razumijevanju roditeljske odgovornosti, a u skladu sa evropskim pravnim vrijednostima. Roditeljima su data velika prava u nadijevanju djece. Ali, ta prava nisu neograničena. Moguće je govoriti o interesu roditelja u nadijevanju imena djetetu i interesu djece u tome. U idealnom odnosu ta dva interesa su usklađena. Ali postoje i slučajevi kada nisu. U tom smislu u radu će biti predstavljena i analizirana bosanskohercegovačka i evropska praksa. U procesu pridruživanja Evropskoj Uniji, bosanskohercegovačko zakonodavstvo morat će se prilagoditi utvrđenim standardima te svoju praksu uskladiti evropskoj.

2. Imena u tradicijskim slikama svijeta

U tradicijskim slikama svijeta, te kulturama i filozofijama koje su sa njima povezane, početak svijeta i stvaranje čovjeka su neodvojivi od imena. Prema tradicijskoj i klasičnoj metafizici, imena su prije onog što imenuju, što znači prije onog što dobiva oblik i trajanje. Ona su, prema platonskoj filozofiji i mnogim tradicijskim učenjima vječna, te ih pojave samo obznanjaju. Svakoj pojavi koja dopije u postojanje, odgovara njeno ime. Na to upućuju poznata kazivanja iz Tore, prve knjige jevrejske Biblije,¹ kao iste mitske priče kazane u Kur'anu².

Religijska pluralnost je najbitniji sadržaj bosanskog trajanja u vremenu dužem od jednog milenija. Nikada bosansko društvo nije bilo religijski jedinstveno. Razlučenost u religijske zajednice je okvir i pluralnosti tradicija koje su povezane sa imenovanjem djece. Na bosanskim prostorima kršćanstvo je dobilo tri svoja i povezana i razdvojiva oblika - istočno pravoslavlje, rimsko katoličanstvo i bosansko krstjanstvo. Sa ta tri oblika kršćanske tradicije i dijahronijski i sinhronijski povezana je i muslimanska tradicija. Budući da Isus Krist (Isus Hristos, IsaMesih) jest pojava koju nije moguće razumjeti izvan njene uključenosti u jevrejsko naslijeđe, te da ona prima univerzalne sadržaje, u bosanskom religijskom naslijeđu moguće je odrediti povezanost jevrejskog svetog naslijeđa s njegovim produženjima u kršćansku tradiciju. Tako je i s muslimanskim naslijeđem.³

1 Vidjeti *Postanak*, 2:19

2 Vidjeti Kur'an, 2:30-33

3 Vidjeti više u Mahmutćehajić, Rusmir (2011). *Hval i Djeva, I-III*, Sarajevo: Dobra knjiga

Za prikaz tog odraza religijske pluralnosti u pluralnosti oblika jednog i istog imena može biti slučaj već spomenutog Božijeg imenovanja vjesnika Jahjaa. On je u hebrejskom Yohanan, u grčkom Ioannes,⁴ u staroslavenskom Jovan. To jedno ime koje Bog daje sinu vjesniku Zekerijaa u Bosni se javlja kao Jahja, Jovan i Ivan, te kao Jaho, Jovo i Ivo. Gotovo neizbrojivo je mnoštvo sličnih primjera za ključna imena različitih vjerskih tradicija u njihovoj bosanskoj predaji. Roditelji ta imena mogu preuzimati iz manje ili više jasne svijesti o svom pripadanju, o njihovom značenju i odrazu čovjekove usmjerenosti prema cilju koja takva imena sadrže.

Bosanska religijska pluralnost je preinačena u etničku. Brojna imena koja su izvorno opisna, u kojima su jasno sadržana značenja proistekla iz odgovarajućih nazora, preinačena su u jednostavnu oznaku osobe, pa je na osnovi njih moguće odrediti zajednicu ili narod kojima njihovi nositelji pripadaju. Moguće je govoriti o pravoslavnim, katoličkim, muslimanskim, romskim i drugim imenima. U nekim slučajevima granice su posve jasne. U drugim nisu. To što vrijedi za razlučenost i prepoznatljivost imena u bosanskoj religijskoj pluralnosti ne vrijedi za ta ista imena u slučaju nekih drugih naroda. Među portugalskim katolicima vrlo često ime je Fatima. Ali to je ime isključivo muslimansko u bosanskom slučaju. Postoje i zajednička imena, pa preko njih nije moguće odrediti iz koje zajednice potiče njegov nositelj. Tako je i s brojnim bosanskim prezimenima.

Sve to što može biti smatrano bosanskim iskustvom kroz stoljeća postaje u savremenom svijetu sve očitije i zamršenije. Savremena društva su sve više religijski pluralna, pa je pitanje imena psihološki, društveno, religijski i pravno sve zamršenije. Neka od imena koja u jednoj sredini imaju jedno značenje dobivaju posve druga značenja u drugoj sredini. Zato su pitanja o davanju, nošenju i mijenjanju imena sve važnija u svijetu ubrzanih kretanja stanovništva, povećanja broja stanovnika gradova, inter-religijskih i intra-religijskih odnosa, te proširenja svih ljudskih odnosa u *cyber* prostor i uticaja na *digital age*.

Davanje imena djeci odražava, prema rečenom, uvjerenja i shvatanja odnosa čovjeka prema drugim ljudima, društvu, svijetu i Bogu. Briga o važnosti i ulozi danih imena mijenja se od jednog do drugog naraštaja. Kada narodi ili zajednice zapadaju u duševne i društvene krize, kada su prožeti nerazriješenim strahovima i traumama, pa nastoje svoju kulturu vidjeti kao uzroke te slabosti, događa se odustajanje od imena koja su davali ili nosili preci, te nastojanje da se oponašaju imena drugih moćnijih, koja su spojiva sa vladajućom kulturom i vladajućim slikama svijeta. Tada se imena shvataju kao oznake kojima su pojedinci i skupine prokazani kao društveno nepoželjni, pa ih njihovi članovi nastoje odbaciti ili promijeniti tako da njihov identitet bude skriven.

O toj vrsti otuđenja od kulturnog trajanja brigu su vodile organizirane narodne elite, crkve i nacijske organizacije. Ali i borba protiv naslijeđenih nazora i vrijednosti nerijetko je bila usmjerena protiv imena koja su odražavala pripadanje

4 Myers C., Allen (1975). *The Eerdmans Bible Dictionary*. Michigan: Willliam B. Eerdmans Publishing Company, p. 587.

ili nepripadanje. Preko promjene imena, uz odustajanje od jednih i usvajanje drugih, moguće je pratiti stanja narodnih zajednica kroz historiju.

U spomenutom bosanskom trajanju dužem od jednog milenija moguće je također poznati trajanje i čuvanje nekih imena u jednom vremenu, te njihovo ostavljanje u drugom. U nekim vremenima su tradicijska imena imala veći značaj pa se činilo da je neupitna uloga roditelja da izaberu neko od raspoloživih imena njihovih predaka u kojima su urizničeni opći ideali zajednice. Uz afirmiranje individualnih sloboda u modernim dobima, roditeljima se činilo da je veće njihovo pravo da izaberu imena svoje djece koja su izvan tradicijskih matrica, ali koja odražavaju njihove posebne ideale. Tako nastaje moderna pluralnost imena u kojima su odraženi različiti i često suprotstavljeni nazori o čovjeku, društvu, svijetu i Bogu. Čovjekovo ime u najužem smislu tog značenja je ono koje mu je dano dolaskom u svijet. Dijete u tom davanju imena ne sudjeluje. Ono mu biva dodijeljeno bez njegove volje. Roditelji imaju pravo da daju ime. Njihovom pravu se dijete ne može suprotstaviti pa je odgovornost roditelja također potpuna. Imena u tradicijskom odnosu prema rođenom djetetu označavaju redovito obavezu roditelja da krajnji razlog i krajnju svrhu rođenog djeteta dodjeljuju Bogu, a da sebe vide potpunim slugama u toj potpunoj teleologiji. Ali, takvu zadaću roditelji mogu ozbiljiti jedino u idealnom slučaju. Okviri koje nameću rodno, društveno i religijsko pripadanje ograničava roditelja, jer ime ima presudna značenja za njegovog nositelja. Na osnovu njega dijete je smještno u prostor i vrijeme, u rodnu, jezičnu i religijsku zajednicu, te uključeno u društvene promjene koje mu ne oduzimaju ni subjektivitet ni mogućnost razvoja.

3. Nadijevanje imena u Bosni - tradicija i pravo

Da bi dijete u odnosu prema drugim ljudima imalo potpunu odredljivost, uz njegovo ime je u tradicijskim kulturama semitskog kruga dodavano i ime njegovog oca – Jakob sin Ishakov (Jakov sin Isakov, Jakub sin Ishakov). Takva određenja imenima su osnovna kroz gotovo cijeli srednji vijek. Uz njih su mogla biti dodavana i druga prema svojstvima osobe, zanimanju, položaju, mjestu porijekla, i tome slično. Tek poslije nastat će prezimena. Njima je dodatno određivano rodno porijeklo i to najčešće prema imenu ili nadimku nekog muškog pretka ili prema naslovu koji je nosio.

U srednjovjekovnoj Bosni Markov sin Petar dodavao je uz svoje ime oznaku Marković u značenju Markovog potomka. Djeca tog istog Petra imenovali su se Petrovićima. U administracijskim dokumentima turskog razdoblja korištena su gotovo isključivo imena osobe i njenog oca, što je u skladu s već navedenom preporukom vjesnika Muhammeda.⁵ Prezimena su ustaljena tek u posljednjim

5 O tome vidjeti u: Mujezinović, Mehmed (1974, 1977, 1982). *Islamska epigrafika Bosne i Hercegovine, I-3*, Sarajevo: Veselin Masleša; Bašeskija, Mula Mustafa (1968). *Ljetopisi*. Sarajevo: Veselin Masleša, prev. Mehmed Mujezinović; Mula, Muhamed & Mestvica, Vrcanija (1970). *Popis*

stoljećima. Moguće je govoriti o cijelom spektru odstupanja od navedenog pravila. Takva odstupanja nametali su slučajevi nepoznatih roditelja, pa se susreću prezimena koja su i matronimi i prezimena usvojitelja.⁶

uzajamnog jamčenja stanovništva u Sarajevu iz 1841, Sarajevo: Muzej Grada Sarajeva; Šabanović, Hazim (1964). *KrajišteIsa-bega Ishakovića. Zbirni katastarski popis iz 1455. godine*. Sarajevo: Orijentalni institut u Sarajevu, Monumenta TurcicaHistoriamSlavorumMeridionaliumIllustrantia, Tomussecundus, Serija II, Defteri, knjiga 1; HazimŠabanović, Hazim (1964). *Turski izvori za istoriju Beograda. Knjiga prva, sveska prva. Katastarski popis Beograda i okoline 1476-1566*. Beograd: Istorijski arhiv; Đurđev, Branislav & Hadžiosmanović, Lamija (1973). *Dva deftera Crne Gore iz vremena Skender-bega Crnojevića. Druga sveska*. Sarajevo: ANUBiH, Posebna izdanja IX/2, Odjeljenje društvenih nauka 2/2; *Oblast Brankovića. Opširni katastarski popis iz 1455. godine*. Priredili: Hamid Hadžibegić, AdemHandžić i Ešref Kovačević. Orijentalni institut u Sarajevu, Monumenta TurcicaHistoriamSlavorumMeridionaliumIllustrantia, Tomustertius, Serija II, Defteri, knjiga 2, sv. 1, Sarajevo 1972.; *Oblast Brankovića. Opširni katastarski popis iz 1455. godine. (Faksimili)* Priredili: Hamid Hadžibegić, AdemHandžić i Ešref Kovačević. Orijentalni institut u Sarajevu, Monumenta TurcicaHistoriamSlavorumMeridionaliumIllustrantia, Tomustertius, Serija II, Defteri, knjiga 2, sv. 2, Sarajevo 1972.; Branislav Đurđev i LamijaHadžiosmanović, *Dva deftera Crne Gore iz vremena Skender-bega Crnojevića. Druga sveska*.ANUBiH, Posebna izdanja IX/2, Odjeljenje društvenih nauka 2/2, Sarajevo 1973.; Dušanka Bojanić-Lukač, *Fragmenti jednog zbirnog i jednog opširnog popisa Vidinskog sandžaka iz druge polovine XV veka*, Istorijski institut, Beograd 1973.; Ahmed S. Aličić, *Turski katastarski popisi nekih područja zapadne Srbije XV i XVI vek, deo I, II, III*.Istorijski arhiv Kraljevo, Međuopštinskiistorijski arhiv Čačak, Istorijski arhiv Titovo Užica, Čačak 1984-85.; Ešref Kovačević, *Muhimmedefteri – Dokumenti o našim krajevima*. Orijentalni institut u Sarajevu, Monumenta TurcicaHistoriamSlavorumMeridionaliumIllustrantia, Tomusquartus, Serija III, Muhimmedefteri, knjiga 1, sv. 1, Sarajevo 1985.; Ahmed S. Aličić, *Poimenični popis sandžaka vilajeta Hercegovina*. Orijentalni institut u Sarajevu, Monumenta TurcicaHistoriamSlavorumMeridionaliumIllustrantia, Tomussexstus, Serija II, Defteri, knjiga 3, Sarajevo 1985.; Momčilo Stojaković, *Braničevski tefter: poimenični popis pokrajine Braničevo iz 1467. godine*, Istorijski institut, Beograd 1987.; *Opširni popis Bosanskog sandžaka iz 1604. godine*, sv. I/1. Obradio AdemHandžić. Bošnjački institut Zürich, Odjel Sarajevo i Orijentalni institut u Sarajevu, Monumenta TurcicaHistoriamSlavorumMeridionaliumIllustrantia, Tomusseptimus, Serija II, Defteri, knjiga 4, Sarajevo 2000.; *Opširni popis Bosanskog sandžaka iz 1604. godine*, sv. I/2. Obradio AdemHandžić. Bošnjački institut Zürich, Odjel Sarajevo i Orijentalni institut u Sarajevu, Monumenta TurcicaHistoriamSlavorumMeridionaliumIllustrantia, Tomusoctavus, Serija II, Defteri, knjiga 4, Sarajevo 2000.; *Opširni popis Bosanskog sandžaka iz 1604. godine*, sv. II. Obradila Snježana Buzov. Priredila Lejla Gazić. Bošnjački institut Zürich, Odjel Sarajevo i Orijentalni institut u Sarajevu, Monumenta TurcicaHistoriamSlavorumMeridionaliumIllustrantia, Tomusnonus, Serija II, Defteri, knjiga 4, Sarajevo 2000.; *Opširni popis Bosanskog sandžaka iz 1604. godine*, sv. III. Obradila Amina Kupusović. Bošnjački institut Zürich, Odjel Sarajevo i Orijentalni institut u Sarajevu, Monumenta TurcicaHistoriamSlavorumMeridionaliumIllustrantia, Tomusdecimus, Serija II, Defteri, knjiga 4, Sarajevo 2000.; *Popis sandžaka Požega 1579. godine*. Prevela Mr. sc. FaziletaHafizović, Državni arhiv u Osijeku, Osijek 2001.; *Opširni popis Kliškog sandžaka iz 1550. godine*. ObradioFehimDž. Spaho i Ahmed S. Aličić. Priredila Behija Zlatar. Orijentalni institut u Sarajevu, Monumenta TurcicaHistoriamSlavorumMeridionaliumIllustrantia, Tomusduodecimus, Serija II, Defteri, knjiga 5, Sarajevo 2007.; *Sumarni popis sandžaka Bosna iz 1468/69. godine*. Dešifrirao i sa osmansko-turskog jezika preveo, naučno obradio i za štampu priredio Ahmed S. Aličić, Islamski kulturni centar Mostar, Mostar 2008. ; AdemHandžić, *Dva prva popisa Zvorničkog sandžaka (iz 1519. i 1533.)*.ANUBiH i SANU, Građa knj. XXVI, Odjeljenje društvenih nauka knj. 22, Sarajevo 1986.; Tatjana Katić, *Opširni popis prizrenskog sandžaka iz 1571. godine*, Istorijski institut, Beograd 2010.; U izdanju Arhiv na Makedonija, Skopje, u seriji *Turski dokumenti za istorijata na makedonskiot narod* objavljena je cijela serija popisnih deftera iz 15. i 16. stoljeća, koje su obradili većinom MetodijaSokoloski i Aleksandar Stojanovski.

6 Oporijeklu i oblicima prezimena na južnoslavenskim prostorima vidjeti: Zirojević, Olga

Pitanje o pravnoj osnovi reguliranja načina davanja imena, te pravima i odgovornostima roditelja, imaju različite odgovore ovisno o religijskoj zajednici. Knjige rođenih vođene su u religijskim zajednicama u skladu s poretom koji je u to vrijeme vladao. Nakon afirmiranja modernog evropskog prava, naročito nakon Francuske revolucije i usvajanja *Code Civile*,⁷ u susjedstvu Bosne, pa posljedično i u Bosni prodiru moderne ideje o zakonskom reguliranju i pitanja o imenu. Prvi zakon u modernom značenju tog pojma donijet je 1947. godine.⁸ Usporedo s njime primjenjivano je u području porodičnog prava, pa tako i u području prava i odgovornosti u vezi s imenom, šerijatsko pravo za koji su nadležni bili šerijatski sudovi.⁹

Odmah nakon rođenja djeteta stiče pravo da mu bude dano ime. Prema Konvenciji o pravima djeteta¹⁰, član 7 i 8, određeno je:

Dijete će biti registrirano odmah nakon rođenja i imaće od rođenja pravo na ime, pravo da stekne državljanstvo, i, koliko je to moguće, pravo da poznaje svoje roditelje i da se oni brinu za njega.

Države-potpisnice će osigurati implementaciju tih prava u skladu sa svojim nacionalnim zakonima i svojim obavezama prema relevantnim međunarodnim instrumentima u ovoj oblasti, naročito tamo gdje bi dijete bilo bez državljanstva.

Države-potpisnice će poštovati pravo djeteta da sačuva svoj identitet, uključujući državljanstvo, ime i porodične odnose koje priznaje zakon, bez nezakonitog uplitanja.

Tamo gdje je dijete nezakonito lišeno nekih ili svih elemenata svoga identiteta, države-potpisnice će pružiti odgovarajuću pomoć i zaštitu da bi se što prije uspostavio djetetov identitet.

Roditelji su odgovorni za davanje imena. Njihova odgovornost je potpuna jer se

(2001). *Konvertiti, kako su se zvali*. Podgorica: Almanah; Zirojević, Olga (2003). *Islimizacija na južnoslovenskom prostoru — dvoverje*, Srpskigenealoškicentar; Smajlović, Ismet (1977). *Muslimanska imena orijentalnog porijekla u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo: Institut za jezik i književnost; Trako, Salih (1995). *Izbor imena bosanskih muslimana*, Visoko: Medresa Osman-efendija Redžović; Hopić, Jasmina (1996). *Bošnjačka imena orijentalnog porijekla*, Travnik: Kulturno društvo Muslimana Preporod; Agić, Senad (1990). *Muslimanska lična imena sa etimologijom, etimološkom grafijom i semantikom*, Sarajevo: Starješinstvo islamske zajednice el-kalem; Kemura, Ibrahim (2000). *Muslimanska lična imena i njihova značenja*, Sarajevo: Rijaset islamske zajednice u Bosni i Hercegovini Općenito o imenima i prezimenima u Evropi vidjeti Herring, Jonathan (2009). „The Shaming of Naming: Parental Rights and Responsibilities in the Naming of Children“ in Probert, Rebecca, Gilmore, Stephen, Herring, Jonathan (eds.) *Responsible Parents & Parental Responsibility*, Oregon-Oxford-Portland: Hart Publishing, pp. 105-123.

7 Code Civile (1827) <https://archive.org/details/codenapoleonorf00spengooq>

8 Mladenović, Marko (1981). *Porodično pravo, knjiga 1*. Beograd: Privredna štampa

9 Vidjeti više u: Karčić, Fikret (1990). *Društveno-pravni aspekt islamskog reformizma*, Sarajevo: Islamski teološki fakultet; Karčić, Fikret (1997). *Studije o šerijatskom pravu*, Zenica: Bemust; Bušatlić, Abdullah (1927). *Šerijatsko-sudski postupak s formularima*. Izdanje piščevo, Sarajevo: Islamska dionička štamparija

10 Konvencija o pravima djeteta (1989) koja u Bosni i Hercegovini važi temeljem Zakona o ratifikaciji Konvencije UN-a o pravima djeteta („Službeni list R BiH“ broj 2/92 i 13/94)

dijete ne može suprotstaviti njihovoj volji. Zato je i pravo djeteta na ime potpuno. U slučaju da to ime ne odgovara njegovom shvatanju kada je njegov nositelj stekao poslovnu sposobnost, on ga može promijeniti. Takvu promjenu mogu zahtijevati i postići i roditelji u vremenu kada su odgovorni za realiziranje prava svog djeteta. Roditelji mogu provesti promjenu imena djeteta na osnovi saglasnih volja. Ako su njihove volje u vezi s tim suprotstavljene, predviđene su mogućnosti pokretanja sudskog postupka, za realiziranje zahtjevanje promjene ili za njeno spriječavanje. Mnogi slučajevi sporova o prezimenu uključuju borbu nad tim da li bi dijete trebalo biti uključeno u novu porodicu uzimanjem prezimena, koje je usvojila majka i njena nova porodica ili bi trebalo koristiti očevo prezime radi održavanja veze djeteta i oca. Nadležni organi su prihvatili dokaze da prezime podržava važnu vezu s biološkim ocem, ali mnogo manja pažnja je dodijeljena ulozi koju ono može imati u uključivanju djeteta u novu porodicu. Općenito govoreći, slabe veze djeteta i oca smatrane su dokazom koji podržava promjenu imena djeteta.¹¹ Ostvarivanje roditeljske odgovornosti često je smatrano suštinski privatnim pitanjem s vrlo malim značajem izvan porodice. Ali, prihvaćeno je da su prezimena društveno vrlo važna. Kroz stoljeća je uobičajeno da udata žena uzima prezime svoga muža te da ga nose i njihova djeca. Prezimena su korištena, a tako je i danas, kao način održavanja patronimije, koja često odražava i jača rodne stereotipe. Patronimijom je žena simbolički natjerana na položaj egzistencijalne izvednosti, ovisnosti i potčinjenosti. To da žena i djeca uzimaju ime supruga, odnosno oca, može se smatrati porukom da je muž domaćin, a da su žena i djeca potčinjeni njegovoj upravi, i da žena uzimanjem muževog prezimena postaje postavljena iza njegovog identiteta.

Postoje različita viđenja te činjenice. Muž, žena i djeca čine cjelinu u kojoj je uspostavljena simbolička hijerarhija tako da otac simbolizira cjelinu. Usvajanje njegovog prezimena odražava kontinuitet i postojanost porodice. S obzirom na to da žena, kada ulazi u bračnu zajednicu, ostavlja prezime svog oca te pristaje da i njezina djeca nose prezime njenog muža može biti tumačeno kao drugorazredni položaj u toj hijerarhiji. Kada se razvede, žena može ponovo uzeti prezime svog oca ili neko drugo. Ponuđena rješenja te prividne dihotomije ne mogu se smatrati otklanjanjem navedene simboličke hijerarhije radi usvajanja nečeg boljeg.

Brojni su razlozi koji mogu spriječiti roditelje u ispunjavanju navedene odgovornosti u vezi s imenom – međusobna nesaglasnost, neodredljivost, nesposobnost, i tome slično. Predvidljive su različite okolnosti i slučajevi u kojima je pitanje o imenu složeno, pa ga nije moguće uvesti u okvir tradicijskog porodičnog prava. Pitanja o takvim slučajevima su izazovi pred pravnicima koja tek treba istraživati i rješavati. Među njima su, na primjer, slučajevi kada roditelji pri stupanju u bračnu zajednicu zadrže ili promijene svoja prezimena, te imena i prezimena promijene naknadno; slučajevi kada je dijete usvojeno, a da se pri tome ne znaju njegovi biološki roditelji; i kada je dijete rođeno u postupcima koji nisu

11 Vidjeti slučaj Re P (1997) <http://coramchambers.co.uk/barrister-case-detail/christine-sheldrake/re-p-parental-responsibility-1997-2-flr-722-ca>

poznati u tradicijskom pravu.

Određivanje i upis imena djeteta u tim različitim okolnostima, te moguća pokretanja postupka za promjenu imena, mogu biti osnova nesporazuma i spora između roditelja ili nositelja roditeljske odgovornosti. Porodičnim zakonima Federacije Bosne i Hercegovine¹², Republike Srpske¹³ i Distrikta Brčko¹⁴ i Zakonima o ličnom imenu Federacije Bosne i Hercegovine¹⁵, Republike Srpske¹⁶, Distrikta Brčko¹⁷ regulirana su pitanja u vezi s davanjem imena i mogućim postupcima.

Uobičajeno je, a tako i određeno navedenim zakonima, da roditelji sporazumno, ili u drugačijim okolnostima, nositelji roditeljske odgovornosti, daju ime djetetu. Kada je moguće, stav djeteta treba uvažiti, ali kada nadležni organ odlučuje o tome prevagnut će uzimanje u obzir dobrobiti djeteta. U procjenjivanju prihvatljivosti ili neprihvatljivosti zahtjeva djeteta potrebno je uzeti u obzir ime po kojem je neka osoba poznata je, prije svega, osobno pitanje od svakodnevne važnosti. Interesi djece u tome kako ih drugi zovu moraju biti smatrani važnijim od interesa roditelja. To je pitanje kada djeca ne mogu pretrpjeti štetu uslijed korištenja prava da izaberu svoje ime, osim u izuzetnim slučajevima. Neki su tumači, što je razumljivo, zabrinuti dopuštanjem djeci da sama biraju, tamo gdje će ta odluka narušiti njihovu dobrobit.¹⁸ Ali, vrlo je mala vjerovatnost da će se takvo pitanje pojaviti.

Ilustrativan primjer narušavanja prava djeteta u Bosni i Hercegovini sa pravom na ime je slučaj kada dječak, koji u svom imenu ima slovo „X“ nije dobio svjedočanstva škole na ime koje je upisano u matičnu knjigu rođenih. Naime, problemi sa „imenom“ su počeli još u Osnovnoj školi „Sveti Sava“ a nastavljeni su i u srednjoj školi „Nikola Tesla“ u Bosanskom Brodu. Naime, dječak u svom imenu ima slovo „X“, i prilikom prijavljivanja rođenja djeteta nadležnoj matičnoj službi, dijete je nazvano A. (sa „X“). Svih ovih godina rođenja nije imao problema sa „imenom“ od strane nadležnih organa uprave, odnosno u svim važećim dokumentima njegovo ime je pisano na latiničnom pismu, ali u školama se insistira na ćirilichnom pismu i mijenjaju ime djeteta u A. sa slovom „H“ (u svim svjedočanstvima osnovne škole), odnosno „X“ latinično pređe u „H“ ćirilichno. U preporuci Ombudsmana za ljudska prava konstatovano je da je škola, odnosno direktor škole nakon konsultacija sa pravnicima, matičarima i lingvistima,

12 Porodični zakon, Službene novine Federacije BiH, broj 35/05, Zakon o izmjenama i dopunama PZ F BiH, Službene novine Federacije BiH, broj 35/14

13 Porodični zakon, Službeni glasnik RS, broj 54/02 Zakon o izmjenama i dopunama PZ RS, Službeni glasnik RS 41/08 i 63/14

14 Porodični zakon, Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, broj 3/07

15 Zakon o ličnom imenu, Službene novine Federacije BiH, broj 7/12

16 Zakon o ličnom imenu, Službeni glasnik RS, broj 15/00

17 Zakon o ličnom imenu, Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, broj 8/02; 29/05

18 Vidjeti npr: Herring, Jonathan (2009). „The Shaming of Naming: Parental Rights and Responsibilities in the Naming of Children“ in Probert, Rebecca, Gilmore, Stephen, Herring, Jonathan (eds.) *Responsible Parents & Parental Responsibility*, Oregon-Oxford-Portland: Hart Publishing, pp. 105-123

dostavio sljedeća pojašnjenja:

Problem nije nastao u osnovnoj školi, već prilikom upisa u matičnu knjigu rođenih i problem se ne ogleda u imenu djeteta, već je problem u načinu pisanja ovog imena na dva službena pisma i tri službena jezika u Bosni i Hercegovini.

Slovo ili slovni znak x ne postoji u službenim pismima Bosne i Hercegovine, odnosno ovakav slovni znak egzistira u ćirilicom pismu i njegovom upotrebom u izvornom obliku drastično se mijenja suština njegove predmetne namjene.

Slovo ili slovni znak x vuče porijeklo iz nekih stranih jezika i čita se kao „ks“ ili „iks“, zavisno u kom kontekstu se upotrebljava.

Škola je, nakon obavljenih razgovora sa podnositeljicom žalbe, po pismenom zahtjevu majke počela i na služben način da rješava spor i majka djeteta je na traženje škole dostavila rodni list iz matičnog ureda Grada Doboja. Ovlašteni matični službenik izdao je rodni list prezime i ime djeteta – J. A. (sa x).

Direktor osnovne škole je naglasio da je prihvatio ovaj zvanični dokument, kao pokriće i uporište, s obzirom da je izdat od nadležnog organa, iako smatra da dokument nije u skladu sa službenim pismima u Bosni i Hercegovini.

Također direktorica srednje škole navodi da:

Prema Zakonu o službenoj upotrebi jezika i pisma u Republici Srpskoj u službenoj upotrebi je srpski jezik i pismo ćirilica, s tim da svako ima pravo zahtijevati upotrebu svog jezika i pisma, pri tome misleći na jezike i pisma konstitutivnih naroda i nacionalnih manjina na teritoriji Republike Srpske.

Direktorica srednje škole u svom aktu ističe da latinično pismo nema slovo x i smatra da je neispravno pisati ime djeteta sa slovom x. Međutim, s obzirom da je podnositeljica žalbe – majka djeteta, objavila nevažećim originalna svjedočanstva učenika iz osnovne škole izdata na ćirilici i donijela duplikate svjedočanstva na latinici, škola će izvršiti upis kako stoji u svjedočanstvima iz osnovne škole.¹⁹

4. Pravo na ime - artikuliranje zajedničkih evropskih standarda

U posljednja tri stoljeća svjetske historije Evropa je bila najvažnije i najutjecajnije područje promjena i razvoja u svim područjima života. Današnju sliku svijeta i čovjeka nije moguće razumjeti bez uzimanja u obzir tih evropskih procesa. U njima je moguće vidjeti dijalektiku historijskih promjena određenih sukobima najgore vrste, ali i težnjama integracije kakvih do sada nije bilo. To što je danas imenovano Evropskom Unijom je najvažniji svjetski proces integriranja

¹⁹ Predmet Ž-BL-01-754/15 od 28.04.2016.

nacionalnih država, što znači različitih historijskih iskustava u politici, kulturi i ekonomiji u harmoniziranu političku, kulturnu i ekonomsku zajednicu, pri čemu bi svaki od činitelja tog procesa davao toj integraciji i primao od nje.

Ovdje je od naročitog interesa pitanje o uticaju tih procesa za razumijevanje i reguliranje odnosa u porodici, među porodicama i naročito u razvoju prava roditeljske odgovornosti koje nesporno uključuje i nadijevanje imena djetetu. S tim u vezi, moguće je odabrati različite teorijske i praktične parametre za procjenu tih promjena koje odlučuju o budućnosti evropskog integracijskog projekta.

Sve donedavno porodično pravo je smatrano određenim kulturom i o njoj ovisnim. U teoretskim pristupima porodičnom pravu priznavana je njegova ograničenost kulturnim uvjetima pojedinačnih država i područja. Zato je smatrano da su komparativna istraživanja porodičnih prava složen i izazovan naučni cilj. A harmoniziranje tih pojedinačnih porodičnih prava dugo vremena se činilo gotovo posve nerješivim zadatkom.

Ali, važno je priznati postojanje zajedničkih napora radi artikuliranja zajedničkih standarda u nekim sadržajima porodičnog prava, i to preko evropskog prava i konvencija. Danas su neosporivi sadržaji tih evropskih društvenih procesa te nužno praktičnih i teoretskih promjena u pravu koje na uvjerljiv način označavaju - uvažavanje porodičnog života, jednakost muška i ženska, bračne i vanbračne djece, prava djeteta, te priznanje odluka o razvodu, izdržavanju i staranju. Prema pravu EU-a, pravo na ime obrađeno je iz perspektive slobode kretanja. Prema Evropskom sudu pravde sloboda kretanja državama članicama EU-a zabranjuje odbijanje priznavanja prezimena djeteta registriranog u drugoj državi članici čiji je dijete državljanin ili u kojoj je dijete rođeno i prebivalo.

Polazeći od navedene potrebe da porodična prava pojedinih država budu uspoređena, te u svakom od njih određeni oni sadržaji koje je moguće tretirati kao zajedničku osnovu i polazište harmoniziranja, 21. septembra 2001. godine organizirana je Komisija za evropsko porodično pravo (The Commission on European Family Law, CEFL). Očekuje se da bi ti principi mogli utjecati na dugoročni proces harmoniziranja porodičnih prava, ali u procesu reformi svakog od njih, i to tako da bude osigurana konvergencija s obzirom na te principe i prema njima.

Ta Komisija je odlučila da se na početku svoga rada usredsrijedi na razvod i izdržavanje, jer u tome području je sve veće konvergiranje nacionalnih porodičnih prava. Činilo se da je harmoniziranje materijalnog bračnog prava i izdržavanja na dohvat. Tri godine nakon uspostavljanja Komisija je napravila i objavila nacrt Principi evropskog porodičnog prava u vezi s razvodom i izdržavanjem među bivšim supružnicima (Principles on Divorce and Maintenance Between Former Spouses). Potom Komisija je pokrenula drugi projekt Principi evropskog porodičnog prava u vezi s roditeljskim odgovornostima (Principles on Parental Responsibilities), koji su objavljeni 2007. godine.

U artikuliranju Principa Komisija je pokušala da bude vezana uglavnom za evropsku perspektivu. Tako je Komisija odredila 39 principa, pa ih razvrstala u 9

poglavlja. Termin „roditeljske odgovornosti“ - korišten u množini radije nego u jednini, kako je uobičajeno – je osnovan na principu 18 Bijele knjige o principima koji se tiču uspostavljanja i pravnih posljedica roditeljstva Vijeća Evrope (White paper on Principles concerning the establishment and legal consequences of parentage), a definicija Vijeća Evrope usvojena je kao radna definicija. U toj Bijeloj knjizi govori se o „skupu dužnosti i ovlasti čiji cilj je osiguranje moralne i materijalne dobrobiti djece“. To obuhvaća naročito brigu i zaštitu, održavanje roditeljskih odnosa, osiguranje obrazovanja, zakonsko zastupanje, određenje stanovanja i upravljanje imovinom.

U preambulu Principa su uključena opća razmatranja i shvaćene zajedničke želje građana Evropske Unije. Temeljni principi Evropske Unije su glavne smjernice te preambule - prava i dobrobit djeteta, te slobodno kretanje ljudi. U preambuli je naznačena vizija koja sadrži te principe:

Priznajući da - ne poričući postojanje razlika među sistemima nacionalnih porodičnih prava – ipak postoji sve veća konvergentnost prava; Priznajući da je slobodno kretanje ljudi u Evropi ometano postojećim razlikama; Želeći doprinijeti zajedničkim evropskim vrijednostima u vezi s pravima i dobrobit djeteta; Želeći doprinijeti harmonizaciji porodičnog prava u Evropi te dodatno olakšati slobodno kretanje ljudi u Evropi, Komisija ze evropsko porodično pravo predlaže slijedeće principe.²⁰

Prema pravu Vijeća Evrope, odbijanje upisa rođenja djeteta moglo bi pokrenuti pitanje kršenja prava garantiranih članom 8. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. U vezi s tim uputan je slučaj *Johansson v. Finland*²¹ iz 2007. godine pred Evropskim sudom za ljudska prava.

Tužitelji su rođeni 1970. i 1967. godine i žive u Rajamäki. Imaju sina rođenog 2. maja 1999. godine. Roditelji su odabrali ime „Axl Mick“. Nadležna služba je 8. jula 1999. godine odbila zahtjev tužitelja da upiše to ime prema odjeljku 32b i pododjeljku 2(1) i 3(2) Zakona o imenima budući da taj oblik pisanja nije u skladu s finskom praksom davanja imena. Tužitelji su se onda obratili nadležnom sudu. Dokazivali su da je ime „Axl“ uobičajeno u Danskoj i Norveškoj te da je također korišteno u Australiji i Sjedinjenim Američkim Državama. Moguće ga je izgovoriti u finskom jeziku, te nije neusklađeno s finskom praksom davanja imena. Postojale su barem tri osobe s tim imenom upisane u zvanične registre u Finskoj. U svojoj predstavi sudu Savjetodavni odbor za imena smatrao je da predloženo ime nije u skladu s finskom praksom davanja imena, te da tužitelji nisu naveli odgovarajuće razloge za njihov izbor imena.

U odgovoru na ta zapažanja tužitelji su ustrajali na tome da im se treba dopustiti da svome djetetu daju ime „Axl“, budući da su već u registar upisana različita druga imena kakva su „Minja“, „Tertra“, „Jonina“ i

20 Principles on Parental Responsibilities (2007) <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>

21 Johansson v. Finland (2007) <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1179289&Site=COE>

„Dersim“ koja su, prema mišljenju tužitelja, bila modificirana imena i suprotna finskoj praksi davanja imena.

Sud je odbio njihovu žalbu 3. oktobra 2000. godine. Sud se pozvao na Zakon o imenima prema kojem ime može biti prihvaćeno, iako nije u skladu s domaćom praksom davanja imena, ako je ta osoba na osnovi državljanstva, porodičnih veza ili neki drugih naročitih okolnosti imala vezu sa stranom državom te je predloženo ime usklađeno s praksom davanja imena u toj državi. To ime moglo bi biti prihvaćeno i s obzirom na druge valjane razloge. Sud je zaključio da dokazi koje su tužitelji predstavili nisu dovoljni za dopuštenje upisa stranog imena. Tužba je upućena Evropskom sudu za ljudska prava koji je prihvatio da je javni interes zaštita djeteta od neodgovarajućeg imena, kakva su podrugljiva i zajedljiva, te i očuvanje nacionalne prakse davanja imena. Sud je istakao da domaće vlasti imaju široko diskreciono pravo u primjeni Zakona o imenima u svakom pojedinačnom slučaju. Također, sud je iznio stav da je ime „Axl“ bez ikakvih poteškoća korišteno u porodičnom krugu sve od rođenja njihovog sina 1999. godine. Za izabrano ime „Axl“ ne može se smatrati da se znatno razlikuje od imena koja su uobičajeno korištena u Finskoj kakva su „Alf“ i „Ulf“. Ime nije ni podrugljivo ni zajedljivo, niti je vjerovatno da će štetiti djetetu, a nije to ni učinilo. Izgovorljivo je u finskom jeziku. A korišteno je i u drugim zemljama. Da jedan samoglasnik nije izostavljen ime bi automatski bilo zvanično upisano. Prema tome to ime ne može biti smatrano neprikladnim za dijete. Zato je očito da je to ime već prihvaćeno u Finskoj i nije utvrđeno da je imalo bilo kakve negativne posljedice za očuvanje kulturnog i jezičkog identiteta Finske. U skladu s tim Sud je našao da je prekršen član 8. Evropske Konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda.

U drugom predmetu Evropski sud za ljudska prava je razmatrao slučaj *Cusan i Fazzo v. Italije*²² u kojem su podnositelji zahtjeva supružnici koji su nadležnom matičnom uredu podnijeli prijavu za upis rođenja djeteta pod majčinim prezimenom. Prijava je odbačena, a dijete je upisano u matičnu knjigu rođenih pod očevim prezimenom.

Supružnici su podnijeli žalbu protiv navedene odluke navodeći kako unutar talijanskog zakonodavstva ne postoji odredba koja bi onemogućavala da dijete nosi majčino prezime. Nadležni sud je odbio žalbu navodeći da iako u okviru talijanskog zakonodavstva ne postoji takva odredba, navedeno pravilo proizlazi iz načela ukorijenjenih u društvenoj svijesti i talijanskoj tradiciji. Nadalje, nadležni sud ističe kako prilikom sklapanja braka supruge uzimaju muževljevo prezime pa se stoga djeca upisuju u matičnu knjigu rođenih pod očevim prezimenom kojeg zajednički nose oba roditelja.

Žalbeni sud je potvrdio navedenu odluku ističući stav Ustavnog suda prema kojem nemogućnost upisa djeteta u matičnu knjigu rođenih

pod majčinim prezimenom ne predstavlja povredu moralne ni pravne jednakosti supružnika, kao ni povredu jednakosti građana zajamčene Ustavom. Kasacijski sud prekinuo je postupak navodeći kako navedeni slučaj predstavlja ustavno pitanje te uputio predmet Ustavnom sudu na odlučivanje.

Ustavni sud je 2006. godine donio odluku kojom je navedeni zahtjev proglašen nedopuštenim. U svom obrazloženju, Ustavni sud navodi kako odluke nadležnih tijela koja su odlučivala u navedenom predmetu, proizlaze iz patrijarhalnog poimanja porodice. Prema stavu Ustavnog suda, navedeno nije u skladu s Ustavom zajamčenim pravom na jednakost spolova. Međutim, Ustavni sud ističe kako jedino Parlament može odlučiti pod kojim prezimenom će se djeca upisivati u matičnu knjigu rođenih.

Evropski sud je mišljenja kako je u predmetnom slučaju postojala različitost u postupanju prema supružnicima po pitanju određivanja prezimena njihovog djeteta. Unatoč zajedničkoj odluci, majci je za razliku od oca, uskraćena mogućnost da se dijete u matičnu knjigu rođenih upiše pod svojim prezimenom.

U skladu sa sudskom praksom, Sud ističe važnost zaštite jednakosti spolova i iskorjenjivanja svih oblika diskriminacije po osnovi spola kada se odlučuje o izboru prezimena. Sud je mišljenja kako tradicionalni razlozi prema kojima je uobičajeno dodjeljivanje očevog prezimena svim članovima porodice, ne opravdavaju diskriminatorno ponašanje prema ženama.

U predmetnom slučaju, odabir prezimena pod kojim će dijete biti upisano u matičnu knjigu rođenih, izvršen je isključivo po osnovu spola roditelja s obzirom da je mjerodavni zakon predviđao upis djeteta isključivo pod očevim prezimenom, bez obzira na drugačiji zahtjev roditelja. Sud smatra kako postojanje pravila prema kojemu se djeca u matičnu knjigu rođenih upisuju pod očevim prezimenom, sama po sebi nije u suprotnosti s Konvencijom. Međutim nemogućnost odstupanja od navedenog pravila ukazuje na pretjerano strogo pravilo koje predstavlja diskriminaciju prema ženama. Slijedom navedenog, Sud je u ovom predmetu ustanovio kako je došlo do povrede člana 14., u vezi sa članom 8. Konvencije.

Okvirna konvencija Vijeća Evrope za zaštitu nacionalnih manjina²³ u članu 11. utvrđuje da svaka osoba koja pripada nacionalnoj manjini ima pravo na korištenje svog prezimena i imena na svom manjinskom jeziku, kao i pravo da ono bude službeno priznato, uz zadržavanje polja slobodne procjene države. Također, valja napomenuti da se članom 11. st. 3. revidirane Evropske konvencije o usvojenju djece²⁴ državama daje mogućnost zadržavanja izvornog prezimena usvojenog djeteta shodno pravu djeteta na saznanje istine o vlastitom porijeklu.

23 Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c10cf>

24 Evropska konvencija o usvojenju <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/202.htm>

5. Zaključak

U skladu s iznijetim, osnovan je zaključak da se ustanovljene promjene u porodičnom pravu, promjene koje se tiču odnosa roditelja i djece, više tiču stavova onih koji direktno ili indirektno u tim odnosima sudjeluju nego samog sadržaja. Taj sadržaj je perenijalna vrijednost pri čemu su moguća pomjeranja naglaska na jednu ili drugu stranu spomenutog odnosa te u predstavama činitelja političkog i pravnog poretka u kojem se one zbivaju.

Koliko god je nadijevanje imena važno onome koji na njega ima pravo, toliko je i važno i djetetu koje ga prima. Iako je nadijevanje imena uglavnom smatrano privatnim pitanjem, ono odražava i učvršćuje šire društvene stavove te ima šire društvene posljedice. Postavka da su te vrednote neovisne o kulturnim razlikama je bitan sadržaj prava čovjeka kao takvog – što znači prava svakog pojedinca na nepovredivost njegovog dostojanstva i njegovo realiziranje u svim područjima njegovog života.

U slučaju spora sud mora uzeti u obzir šire društvene posljedice svoje odluke. Nadijevanje imena je uvijek uvjetovano društvenim kretanjima. Imena kojima je dijete naznačeno na drugačiji način od većine u kojoj raste, pa je tako obilježeno, mogu imati negativne psihološke posljedice, te uzrokovati štetu djetetu. Iako je moguće poznati različite pristupe tim sadržajima u nacionalnim pravima, danas preovlađuje stanovište da su temeljni sadržaji prava roditelja univerzalni, te da je potrebno i moguće usmjeriti razvoj nacionalnih prava prema tim univerzalnim sadržajima roditeljske odgovornosti.

Literatura

Knjige:

Biblija.

Bušatlić, Abdulah *Šerijatsko-sudski postupak s formularima*. Izdanje piščevo, Islamska dionička štamparija, Sarajevo, 1927.

Herring, Jonathan (eds.) *Responsible Parents & Parental Responsibility*, Hart Publishing, Oregon-Oxford-Portland, 2009.

Hopić, Jasmina *Bošnjačka imena orijentalnog porijekla*, Kulturno društvo Muslimana Preporod, Travnik, 1996.

Karčić, Fikret *Društveno-pravni aspekt islamskog reformizma*, Islamski teološki

Ova Konvencija je zamijenila European Convention on the Adoption of Children (1967) jer su njene odredbe zastarile i u suprotnosti sa praksom Evropskog suda za ljudska prava.

fakultet, Sarajevo, 1990.

Kur'an.

Mahmutćehajić, Rusmir *Hval i Djeva, I-III*, Dobra knjiga, Sarajevo, 2011.

Mladenović, Marko *Porodično pravo, knjiga 1*, Privredna štampa Beograd, 1981.

Myers C., Allen *The Eerdmans Bible Dictionary*, William B. Eerdmans Publishing Company, Michigan, 1975.

Smajlović, Ismet *Muslimanska imena orijentalnog porijekla u Bosni i Hercegovini*, Institut za jezik i književnost, Sarajevo, 1977.

Zirojević, Olga *Konvertiti, kako su se zvali*, Podgorica, 2001.

Propisi

Code Civile

Evropska konvencija o usvojenju (2008)

Konvencija o pravima djeteta (1989)

Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina (1995)

Porodični zakon Brčko DBiH, Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, broj 3/07

Porodični zakon FBiH, Službene novine Federacije BiH, broj 35/05

Porodični zakon RS, Službeni glasnik RS, broj 54/02

Principles on Parental Responsibilities (2007)

Zakon o izmjenama i dopunama PZ FBiH, Službene novine Federacije BiH, broj 35/14

Zakon o izmjenama i dopunama PZ RS, Službeni glasnik RS 41/08 i 63/14

Zakon o ličnom imenu Brčko D BiH, Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, broj 8/02; 29/05

Zakon o ličnom imenu FBiH, Službene novine Federacije BiH, broj 7/12

Zakon o ličnom imenu RS, Službeni glasnik RS, broj 15/00

Slučajevi

Cusan i Fazzo v. Italy (2014)

Johansson v. Finland (2007)

Re P (1997)

Ž-BL-01-754/15 od 28.04.2016

Dummy Duman, Ph.D., Assistant professor

Faculty of Law, University of Sarajevo

Midhat Izmirlija, Ph.D., Assistant professor

Faculty of Law, University of Sarajevo

THE RIGHT TO NAME-BOSNIAN AND HERZEGOVINIAN PRACTICE AND EUROPEAN LEGAL PRINCIPLES

Abstract: Legal regulation of naming the child have been influenced by contemporary human rights theories and different social circumstances in the twentieth century. These changes cannot be understood beyond the change in understanding of parental responsibility in line with European legal values. Parents have been given great rights in naming the child. But these rights are not unlimited. Parent have interest in naming the child as well as child. In the ideal relationship these two interests are aligned. But there are times when they are not. In this paper overview of selected cases of Bosnian authorities will be presented and analysed as well as practice of the European Court of Human Rights. In the accession process to the European Union Bosnia and Herzegovina has to adjust to standards which are established by the European Court of Human Rights.

Keywords: Right, name, right to name, parentalresponsibility, state, accessionprocess, Eur

CONFISCATION OF ASSETS ACQUIRED BY CRIMINAL ACTIVITY IN THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Abstract: The development of international criminal-political initiatives, which have intensified over the past decade, has substantially upgraded, innovated and adapted the institute of confiscation of assets, placing it in a whole new context of more efficient suppression of all forms of property-motivated crime. However, some solutions, such as extended confiscation, constitute, in reality, a reduction in the standard of evidence that is applied during the determination of the unlawful origin of the assets, and the inversion or division of burden of proof. Therefore, the presumption of innocence, as well as the rules on the burden of proof it represents, does not prevent the legislator from anticipating the forms of expanded confiscation of property gain obtained through a criminal offense, with the reduction of the procedure of proving and sharing the burden of proof. The application of this measure, and the deviation from the usual standards that have long been applied in criminal and criminal procedural law, is certainly justified when it comes to criminal offenses in the field of organized crime, corruption and other particularly serious forms of crime. On the other hand, the application of these new measures should be performed quite carefully, they should be applied extremely selectively in cases where they are undoubtedly justified. Only in this way can it be ensured that these necessary measures remain within the framework of the rule of law, which implies respecting the guaranteed standards of human rights protection, both internally and internationally. This paper gives an overview of the decisions, and in these contains the views on the application of provisional measures of insurance and confiscation of assets acquired in criminal activity in the judiciary of the European Court of Human Rights in Strasbourg. The criteria set by the court in several analyzed cases represent the guidelines for the regulation and implementation in national legislation regarding the confiscation of assets obtained by a criminal offense, which also applies to Bosnia and Herzegovina as a member of the Council of Europe and a signee of the European Convention on Human Rights and Freedoms.

Key words: confiscation of assets acquired by crime, expanded confiscation of assets acquired by crime, presumption of innocence, burden of proof, right to a fair trial

1. Introduction

The modern society is faced with an increase of crime geared towards acquiring property. When mentioning this type of crime, the initial thought lays with organized crime, in which making profits is both the driving force and main motive of its existence; but this can also imply to other property-gain motivated crimes. One of the tools used to counteract to this type of crime is confiscation of assets acquired by the criminal activity, which has been hailed as an effective means of stopping such crimes by experts and academics alike. In judicial systems, the Institute of asset forfeiture (confiscation of proceeds acquired by criminal activities) appears as a type of a criminal sanction, a legal consequence of a verdict¹ or as a criminal measure *sui generis*, which enables the achieving of one of the base legal principles, which is that nobody can keep hold of assets gained through a crime. The regulation and application of this institute on a national, as well as an international level, has countless effects. With this institute, a prevention of crimes motivated by property gain is conducted, the infiltration of illegal incomes in an economy is being stopped, means for the future perpetration of crimes are being eliminated, as well as supporting the rule of law and moral principles that no one can profit from crime.

The development of international criminal-political initiatives, which have been intensified in the last decade, in a reasonable measure has updated, innovated and adapted the Institute of confiscation of proceeds acquired by criminal activities, placing it in a whole different context regarding the effective suppression of all forms of organized crime. Considering this, it can be said that the normative arrangement of the Institute of confiscation of proceeds acquired by criminal activities in the margins of national legislature is in a significant measure determined by international development in this area, which came to actualization by the adoption of a great number of international agreements, which in their articles contain matter concerning this subject area.² These sources of international law have approached the process of norming the matter of confiscation of proceeds acquired by criminal activities in a new and innovative way, which for a consequence has the fact that the national legislators are being obliged to fulfil duties such as: prescribing temporary measures of securing the confiscation, securing the tools for an effective international cooperation, as well as measures of confiscation of proceeds acquired by criminal activities, which can vary in volume and extent.

1 „The legal consequences of the verdict are not criminal sanctions, but special criminal law measures that, which by force of law as a consequence of the conviction for a criminal offense, affect the convict in such a way as to limit his particular rights or impose certain prohibitions on him.“ Bačić, F., *Krivično pravo – opći dio*, Informator, Zagreb, 1995, pg. 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, pg. 19.

Some of those solutions certainly imply: (1) that the confiscation of proceeds acquired by criminal activities is more governed as an *in rem* (that is an objective procedure in which guilt is not a requirement for the application of this measure) action of institutions of the criminal justice system that handle the detection, securement, confiscation and management of the seized assets, which were prior acquired through crime, (2) that expanded confiscation of proceeds acquired by crime is introduced into national legislature along with the reduction of the process of proving guilt as well as the division of burden of proving guilt, (3) that requests for a heightened level of efficiency are being set before authorized institutions which deal with the identification, tracking and securement of proceeds acquired by crime, (4) that the mutual cooperation between these institutions is elevated to a higher level on a national, regional and universal level, etc. All of this points to how the sources of international law which govern the subject matter are an unavoidable factor in the analyses of the efficiency of domestic legislation in the domain of the application of confiscation of proceeds acquired by crime.

In the Bosnian-Herzegovinian legal system, the institute for the confiscation of assets obtained by criminal offense under the legal theory and according to legal systematization categorizes the *sui generis* criminal justice measure whose purpose is the achievement of the principle of justice. Therefore, this measure is not a criminal sanction, since it does not confiscate or limit a good belonging to the perpetrator of the criminal offense, rather it refers to what certainly does not belong to the perpetrator, something he has acquired through the act of a criminal offense. In BiH, confiscation of assets obtained by criminal activity is regulated in the criminal and criminal procedure codes on a national level, on the level of the entities and the Brčko District.

The legislature at the Entity level and at the level of the BD BiH decided to regulate the issue of the confiscation of assets obtained by criminal activity with more specific laws. The first special law was adopted in the RS, and this is the Law on confiscation of assets gained through the commission of a criminal offense in the RS³, whose application began on 1.7.2010. In the meantime, a new Law on confiscation of assets gained from the commission of a criminal offense⁴ in the RS (ZOPIKD RS or special law of the RS) was adopted, and the previous law ceased to be effective due to the new law coming into effect. In FBiH, the Law on the confiscation of illegally acquired assets by a criminal offense⁵ (ZONSIKD FBiH or special FBiH law) was adopted in 2014 and came into effect on March 1, 2015.⁶ At the level of the BD BiH, a new Law on confiscation of illegally acquired

3 The Law on the confiscation of assets gained through the commission of a criminal offense („Službeni glasnik RS“, nr. 12/2010).

4 The Law on the confiscation of assets originating from the execution of a criminal offense („Službeni glasnik Republike Srpske“, nr. 66/18).

5 The Law on the confiscation of illegally acquired assets by a criminal offense („Službene novine FBiH“, nr. 71/14).

6 The law was adopted in the Federation of BiH in a set of so-called anti-corruption laws, as one of the tools in decisive opposition to corruption. Implementation of the Basic Law on Combating

assets⁷ (ZONSI BD or special law of the BD BiH) was also adopted, and it started to apply from January 2017.

All special laws provide for the possibility of confiscating assets in situations where there is a suspicion that the assets had been acquired through the commission of a criminal offense, and the suspect is not available to the prosecuting authorities, due to death or escape; foresee the possibility of expanded confiscation of assets in situations where the plaintiff provides sufficient evidence that it is reasonably believed that such assets have been obtained by the commission of a criminal offense, and the perpetrator does not provide evidence that the assets were obtained legally, i.e. they foresee the possibility of temporary confiscation of the assets.

In this piece a display of verdicts is presented, as well as the standpoints contained in these verdicts on the application of temporary measures of securement and confiscation of proceeds acquired by crime in the judiciary of the European Court of Human Rights in Strasbourg (in the further text referred to as ECtHR). The criteria that this court has set in a dozen analyzed cases represent pointers for governing and application in national legislature for confiscation of proceeds acquired by crime, which also applies to Bosnia and Herzegovina as a member of the Council of Europe as well as a signing member of the European Convention of Human Rights and Freedoms (in further text referred as ECHR).

2. The practice of the European Court of Human Rights

The ECtHR in Strasbourg has in multiple cases considered the question of alignment of national legislatures with the directives set by the ECtHR, related to the topic of confiscation of proceeds acquired by crime. This mostly entails cases in which ECtHR assessed the alignment of the conducted confiscation of proceeds acquired by crime with the following conventional directives: the right to a fair trial from article 6, paragraph 1 of the ECHR, presumption of innocence from article 6, par. 2 of the ECHR, the principle that there is no penalty without law from article 7, par. 1 of the ECHR, the right to protection of property from article 1 of the Protocol along with the ECHR⁸ (Protocol 1), as well as the right not to be tried and punished twice for the same crime (*ne bis in idem*) from article 4 of the Protocol along with the ECHR (Protocol 7).

2.1. On the interpretation of terms by the ECtHR

Corruption and Organized Crime in the FBiH, establishing the Special Departments of the Federal Prosecutor's Office of the FBiH and the Supreme Court of the FBiH, has not yet begun because material and technical conditions have not been met.

7 The Law on confiscation of illegally acquired assets („Službeni glasnik BD BiH“, nr. 29/16).

8 The Protocol along with the ECHR was made on the 20.03.1952 in Paris, and it came to power on the 18.05.1954.

One of the characteristics of the interpretation of the ECHR is the fact that some of the terms used in this international agreement are considered as “terms with a special autonomous meaning, which is not related to the meaning which the identical or similar can have in domestic laws of the member countries, and sometimes it does not even correspond with them”⁹. The importance of this way of interpreting is manifold and is reflected in the setting up of specific requests before the national legislatures in the sense of accessibility, predictability of the law or the absence of arbitrariness, that is it stops the national legislatures to by using different terms than those required by the ECHR limit basic human rights and freedoms. The concept of autonomous interpretation of certain terms included in the ECHR at the same time adds to the efficiency in the application of the conventional rights.

The ECHR in its text uses terms such as criminal charge in ar. 6 and penalty in ar. 7. Thereby, the terms “penalty” and “criminal charge” can be considered autonomous concepts of the ECHR. Thus, during the evaluation, if during the procedure for the expanded confiscation of proceeds acquired by crime the submitter was charged for a crime, in the sense of ar. 6 par. 2, the ECtHR takes into consideration three different criteria: the classification of the procedure accordant to the national legislature, the nature of the procedure itself as well as the type and magnitude of the sanction in question.¹⁰ During the assessing if the measure of extended confiscation of proceeds acquired through crime represents a penalty the ECtHR takes into consideration if the given measure was sentenced after the sentencing for the crime, but also other factors that may be taken into account as relevant in this connection are the nature and purpose of the measure in question; its characterization under national law; the procedures involved in the making and implementation of the measure; and its severity.¹¹

2.2. The right to a fair trial

The first sentence of article 6, par. 1 ECHR states: “In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.”. Whether the conventional rights from ar. 6, par. 1 is valid depends on whether during the confiscation of proceeds acquired by crime, the suspect was accused of a crime. The reasoning behind this is that ar. 6, par. 1 of the ECHR is applied to a crime during the “deciding” on the “criminal charge”, which might not be the case compared to preventive or temporary measures.¹²

9 Van Dijk, P., Van Hoof, G.J.H. and others, *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Müller, Sarajevo, 2001, pg. 70.

10 *Phillips v the United Kingdom*, application no. 41087/98, verdict on the 05.06.2001, par. 31.

11 *Welch v the United Kingdom*, application no. 17440/90, verdict on the 09.02.1995, par. 28.

12 Confiscation of property on the basis of a guilty verdict is analog to the process of determining

In the case of *Phillips v the United Kingdom*, Mr. Phillips was found guilty for importing a large amount of cannabis in the country and he was given the prison sentence for the duration of nine years. Based on the Drug Trafficking Act of 1994, an investigation was conducted on the available funds of the accused. After a conducted investigation, and since the accused did not take the obvious, basic and simple steps to disprove the claims of the prosecutor on his illegal assets, the court issued an order for the confiscation in the amount of 91.400 GBP which the accused had to pay in three years, and in the case of not paying the sum, the court would then add two additional years to his prison sentence.

The ECtHR declined the claims of the appellant that his rights to a fair trial, including the right to not say anything which “could be considered incriminating”, was violated by the fact that he had to declare on the origin of his assets which he had in the previous six years. The ECtHR concluded that a system in which assumptions are used contains enough protection to ensure a fair trial. The assumption that the assets originate from criminal activity, could have been rebutted if the accused had proven, again based on plausibility, that the assets were gained in a different manner and not by the act of illegal drug trafficking. It has been especially highlighted that the court had the discretionary right to not apply that assumption if its use could lead to a serious danger – the non-execution of justice.¹³

In the case of *Grayson & Barnham v United Kingdom*¹⁴ both applicants claimed that the burden of proof, that the worth of their assets is lesser than the assessed amount of the property which they gained by illegal drug trafficking, demonstrates a violation of their right to a fair trial. The ECtHR, in its decision, emphasizes that it is not incompatible with a fair discussion during a criminal proceeding if the burden of proof was on each of the accused to provide a convincing explanation for their current financial situation. According to ECtHR, since it has been proven that the applicants were involved in complex and profitable positions connected to drug trafficking, it was not unreasonable to expect from them to provide an explanation for what happened with the money they had owned, that is to prove the legitimacy of the origin of their income.¹⁵

2.3. Presumption of innocence

Presumption of innocence, as one of the base principles on which the modern

a penalty and it is connected to the penalty naturally so that the criminal part of the art.6 par. 1 applicable (see: *Phillips v the United Kingdom*). However, when the process does not include the determination of guilt and has no implication to the criminal record of the individual, it is less probable that they will call upon the criminal segment (see: *DASSA Foundation v Lichtenstein*, application no. 696/05, verdict on the 10.07.2007).

¹³ *Phillips v the United Kingdom*, par. 44.

¹⁴ *Grayson & Barnham v the United Kingdom*, application no. 19955/05 and 15085/06, verdict on the 23.09.2008.

¹⁵ *Grayson & Barnham v the United Kingdom*, *op. cit.*, par. 49.

criminal procedure is based upon, is proclaimed in article 6, par. 2 of the ECHR and in it is explicitly stated that “*Everyone charged with a criminal offense shall be presumed innocent until proved guilty according to law*”. As a result, the ECtHR has clearly stated that the presumption of innocence requires, among others, that the representatives of the Court, when doing their duty, must not go forward with the pre-formulated perception that the accused had committed the crime of which they are accused, the burden of proof is on the prosecution and that the doubt should always go in favor of the accused.¹⁶ As well as that, the presumption of innocence entails the fact that the accused as the right to silence, to offer evidence of their own, as well as the privilege against self-incrimination.¹⁷

The presumption of innocence, as one of the unique elements of the term “fair trial”, includes the rule on the burden of proof, according to which the accused is not legally obliged to present his/her defense or prove their innocence, that is the burden of proof in the criminal procedure always lays on the prosecutor.¹⁸ According to what was previously said, the key question which is asked about the presumption of innocence does the judicature of ECtHR allows the division that is the shifting of the burden of proof from the prosecutor to the accused. As we will see from the following analysis, the burden of proof can be shifted on to the accused in the case of two specific circumstances. Firstly, in case of the accused attempting to provide a certain type of defense, or secondly, in case of the national legislature allowing specific legal or factual assumptions. It is important in this context to discern that the ECtHR “cannot judge on the abstract legality of legal assumptions or the shifting of the legal duty of proof, for its judicial practice is limited to concrete circumstances of a specific case”.¹⁹

The problem of the permissibility of shifting the burden of proof onto the accused in the context of the presumption of innocence was considered by the ECtHR in the case of *Salabiaku v France*,²⁰ which many consider being the turning point regarding confiscation of proceeds acquired by crime in the context of protecting human rights. When considering this case, the ECtHR accentuated that the factual or legal assumptions which exist in the national criminal justice system on their own are not contradictory to the accused’s presumption of innocence, under the requirement that the signing states “*do not cross sensible boundaries, taking into consideration the importance of roles and preserving the right to a defense*”. This attitude of the ECtHR was the basis for implementing measures for the extended confiscation of assets in the national criminal legislature, with the application of the reversed burden of proof. That said, this leads to the introduction of a lawful

16 *Barbera, Masegüe, and Jabardo v Spain*, verdict on the 06.12.1988, series A, no. 146, par. 77.

17 *Funke v France*, verdict on the 25.02.1993, series A, no. 256-A, par. 28

18 Krapac D., *Kazneno procesno pravo, četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Narodne novine, Zagreb, 2010, pg. 391.

19 The right to a fair trial according to the ECHR (ar. 6), *Handbook for lawyers*, Interights, 2006, pg. 44.

20 *Salabiaku v France*, application no. 10519/83, verdict on the 07.10.1988.

assumption that certain property (which is not proportional to the legal income) is gained through criminal activity. A consequence of such a legal solution is the reduction of the standard for evidence, which is applied during the determination of the illegal origin of property and the division of burden of proof between the prosecutor and the suspect that is the accused. Thereby this shifting of the burden of proof from the prosecutor to the suspect, i.e. the accused is not contradictory with the presumption of innocence. On the other hand, the suspect, i.e. the accused has the possibility to prove the legal origin of the property.

In the case of *Phillips v the United Kingdom*, the ECtHR concluded that the right to the presumption of innocence is valid until an individual is found guilty, but is not applicable during the process of making the following verdict unless new charges against the accused are presented.²¹ In this specific case the aim of the procedure of estimating the value of the objects of confiscation was to enable the national court to estimate the amount which would be required in the warrant for confiscation, although by the opinion of the ECtHR it was too similar to the judicial procedure of determining a monetary or prison sentence which is given to a person who is legally found guilty. Thereby the ECtHR stated that the guaranteed rights of the defense must be respected, and that: a) the accused must have the possibility to rebut the legal assumption on the criminal origin of property by proving otherwise, and b) the court has the discreet right not to apply the legal assumption if it considers that doing that would put in danger the fairness of the process.

However, in the case of *Geerings v the Netherlands*²² the ECtHR concluded that there was a violation of article 6, par. 2 of the ECHR because of the confiscated property which came from the criminal process.²³ The ECtHR concluded that the presumption of innocence was encroached, for after the final exculpatory verdict even having doubts on the accused's innocence is deemed to be not acceptable. By the evaluation of the ECtHR, in this case two circumstances were deemed relevant. Firstly, it was never proven to the applicant that he possesses assets for which he could not provide a satisfactory explanation of its origin. Secondly, the confiscation included property for which was not proven that it was owned by the applicant, thereby the measure applied to the property gain and from crimes for which the applicant was found to be exculpated from. Therefore, if it is not determined that an individual did not commit the crime and if it cannot be proven that by doing the crime a certain property gain was reached, the confiscation cannot be based purely on the assumption of guilt, which was the case in the

21 *Phillips v the United Kingdom*, par. 35.

22 *Geering v the Netherlands*, application no. 30810/03, verdict on the 01.03.2003.

23 The applicants were convicted on several charges for theft, burglary, as well as attempted burglary, as well as calculated transactions with stolen goods and for a membership in a criminal organization. The verdict was later overturned in the appeal process and the applicant received an exculpatory verdict on all charges apart one theft. Nevertheless, the court still issued the warrant for the confiscation, claiming that there are strong indications that the applicant had performed the claimed crimes.

Geerings v the Netherlands case, therefore the ECtHR concluded that there was a violation of the presumption of innocence from ar. 6, par. 2 of the ECHR.²⁴

2.4. Is confiscation of proceeds acquired by crime a penalty?

In the previous text it has already been concluded that the process of confiscation of proceeds acquired by crime is considered as a part of the term criminal charge. However, does not imply that the confiscation of property gain can be considered a penalty in every sense of the term. Not all measures that are imposed after the criminal charges can be considered a penalty. The question whether the confiscation of proceeds acquired by crime is a penalty can have a many-fold significance, among others in correlation to the prohibition on the double jeopardy from the ECHR protocol 7, ar. 4 par. 1 and the prohibition on retroactive application of laws from the ECHR ar. 7 par. 1.

Although confiscation of proceeds acquired by crime in a certain national legislature is not considered a penalty that is not the deciding factor in regard to the ECHR. The decision whether something is a penalty depends on the interpretation of the term penalty in article 7. Considering that the ECtHR gives the term of penalty an autonomous meaning, the legal nature of confiscation of proceeds acquired by crime can be questioned, along with the possibility of its retroactive application.

In the case of *Welch v the United Kingdom* a question whether the decision to confiscate in this specific case had the characteristics of a penalty was asked.²⁵ In this case Welch was found guilty on the 24th of August of 1987 on five charges and was sentenced to a prison sentence in the duration of twenty-two years. The crimes he was charged for were executed in the time period of January-November of 1986. Along with the prison sentence, the court issued a warrant for confiscation, on the basis of *Drug Trafficking Act*²⁶ published in 1986, in the amount of 66.941 GBP. In the case of the accused not paying the amount, he would have to serve an additional two-year prison sentence.

After the finished process in the *Welch v the United Kingdom*, the ECtHR concluded that there was a violation of the principle on the prohibition of retroactivity, from ar. 7, par. 1 of the ECHR. In its decision the ECtHR had the viewpoint that during the determination of the nature of the confiscation measure we should look over its declarative purpose and focus on its real effects, if in the specific case the magnitude and extent of the application identify it as a penalty. Thereby, the ECtHR does not doubt its two-fold character, that is, it does not deny the fact that, along with the repressive, and this measure also has certain preventive effects.²⁷ However, based on the previously mentioned criteria, the

²⁴ *Geering v the Netherlands*, par. 47.

²⁵ More: Harris, D.J., O'Boyle, M., Bates, E.P., Buckley, C.M., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2009, pg. 336-338.

²⁶ The operational regulations of the Drug Trafficking Act came to power on the 12th of January 1987.

²⁷ *Welch v the United Kingdom*, par. 23.

ECtHR concluded that the confiscation in this concrete case has the features of a penalty. It originates from the legal assumption on the criminal origin of the property which the accused accumulated in the period of six years before the criminal charges were raised, unless proven differently, as well as from the fact that the order on the confiscation was not limited to accumulated property, but also on the means used in the drug trafficking. Furthermore, the judge had a discretionary clearance to take into consideration the level of guilt of the accused during the making of the verdict, and on top of this, there was a possibility of a prison sentence if the accused was not to pay the sum stated by the confiscatory warrant.²⁸ It must not be forgotten that the ECtHR wanted to accentuate that the previous conclusion is only applicable on the retroactive application of relevant regulations, as well as not disputing the authorization for confiscation which courts possess to use as a tool against drug trafficking.²⁹

2.5. The right to protect your property

Article 1 of Protocol 1 of the ECHR states *“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.” (par. 1). “The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties. (par. 2).”*

According to the jurisprudence of the ECtHR it is stated that the acknowledged article of the ECHR contains three different rules. The first rule, which can be found in the first sentence of the paragraph, is of a general nature and it expresses the principle of a peaceful enjoying of private property. The second rule, is contained in the second sentence of the same paragraph, states that deprivation of property can be performed only under very specific circumstances. The third rule, contained in the second paragraph of the same article, allows the states to have a right, among others, to control the use of property accordant to the general interest. All three of the mentioned rules are connected and are not in mutual contradiction, and the second and the third rule only apply to specific cases where the state meddled with the right to a peaceful enjoyment of private property.³⁰ In other words, interfering with peaceful enjoyment of private property cannot be forced on by a legal directive, which follows the condition of the rule of law and serves to a legitimate cause to the public interest, but must maintain a reasonable proportionality between the used means and the goal which they are trying to achieve with any possible measure that confiscates or limits the property. The

²⁸ *Ibid.*, par. 33.

²⁹ *Ibid.*, par. 36.

³⁰ *Holy Monasteries v Greece*, verdict on the 09.12.1994, series A, no. 301-A, pg. 29, par. 51.

evaluation of proportionality between the used means and the goal which is trying to be achieved helps answer the question whether the measures are taken respect the legal balance and whether they present too heavy of a burden to the applicant.³¹

In this sense, the measures of confiscation and the temporary measures of the seizure of property are discussed in the margins of the ECtHR. In the verdicts it is highlighted that preventive measures of the seizure of property, seizure and confiscation, are proportional, when taking in consideration the importance of the fight against organized crime. Videlicet, the ECtHR considers such measures necessary in a democratic society for the purpose of upholding public order and stopping crime. On the other hand, confiscation of property is justified only if it is foretold by a precise and predictable law, if it serves a legitimate cause and if it is proportional.³²

In the cases of temporary and permanent confiscation of property the most troublesome debates arise from the issue of proportionality. The means that are used in the confiscation must be proportional to the goal which is attempted to be achieved.³³ Thereby there are certainly relevant factors which must be taken into consideration during the evaluation of whether the measure of confiscation was proportional in a specific case. The factors that are related to the measure, such as nature or the effect of the confiscation (while taking into consideration the behavior of the applicant)³⁴ must be compared to factors that are related to the purpose of the specific law.³⁵ The application of proportionality states: *“the court must establish whether a lawful balance is established between the public interest and the interest of the individual/s.”* During the determination of whether there is a lawful balance the ECtHR finds that the state is allowed to have quite a wide area of personal evaluation in how it chooses the means of execution, as well as

31 *The constitutional court believes that is in the country's public interest to sanction the doers of crime. By sanctioning the crimes, the state acts restrictively on the one who had committed the crime and hopefully preventive to other possible committers. The constitutional court concludes that the regulation form ar. 110 of the Criminal Code of BiH regulates an obligatory confiscation of property acquired by crime from the committer of the crime, and the aim of this regulation is to stop the individuals to “enjoy the results” of a crime, that is the property gain acquired through the crime. Thus, on the basis of the presented what followed was the fact that the appellant property was seized in the public interest. As well as that, the constitutional court notices that in this specific case, the burden which being put on the appellant, which is reflected in the confiscation of the property, proportionate to the goal which is strived towards, thereby only the property which the courts determined was obtained through a crime was confiscated from the appellant”.* (The decision of the constitutional court of Bosnia and Herzegovina in the case no AP- 3388/06, from 17.03.2009, against the verdict of the Court of BiH K-71/05 i Kž-45/06, par. 46).

32 *Baklanov v Russia*, application no. 68443/01, verdict on the 09.06.2005.

33 *Air Canada v the United Kingdom*, application no. 18465/91, verdict on the 05.05.1995, par. 36

34 *AGOSI v the United Kingdom*, application no. 9118/80, verdict on the 24.10.1986, par. 54.

35 For example, if the aim is the suppression of drug trafficking (*C.M. v France*, application no. 28078/95, the verdict on the 26.06.2001 and *Butler v the United Kingdom*, application no. 41661/98, verdict on the 27.06.2002) it is more plausible that the measure will be more proportionate, than if the aim was a suppression of a much less serious crime (*Ismayilov v Russia*, application no. 30352/03, verdict on the 06.04.2009).

the determination whether the consequences of the execution are justifiable for the public interest and in the purpose of achieving a certain goal, i.e. a law.³⁶

It is more plausible for a balance to be achieved, as well as for the applied measure to be proportional, if there are certain protection measures in favor of the accused. These include the following:³⁷

- a) That the discretion in issuing the measure is unlimited
- b) That the issuing of the measure is subjected to the control of the court
- c) That the competent authority must represent the case based on evidence
- d) That all the applied assumptions can be countermand
- e) That the accused person can submit evidence
- f) That the court evaluates all the evidence regularly
- g) Avoiding excessive prolongation (every inquiry in someone's rights cannot last for very long)
- h) That the law predicts effective legal remedies (whether they are used or not).

In the aforementioned case of *Salabiaku v France* the ECtHR made the verdict that states that the tendency of democracy is that private property must be protected, only under the condition that it is not against public interest, that there is a legitimate request from the public authorities and that the owner proves the origin of the property. The appeal of the applicant was denied with the justification that the private property must be transparent, because transparency itself is a precondition for the protection of property.

Similar to that, in the case of *Phillips v the United Kingdom* the ECtHR concludes that the issuing of a warrant for confiscation functions as a means of discouragement for those who think about joining the drug trafficking world, as well as a way for a person to be stripped from the property gain it acquired from drug trafficking and to eliminate the value of the gain, that is to eliminate the possibility of the further usage in drug trafficking.³⁸ In accordance to that, obstructing the right of the accused to peacefully enjoy his property was proportionate and reasonable relationship of proportionality between the used means and the achieved goal was achieved.

On the eventual existence of the violation of the right to protect private property in connection to the application of temporary measures of securement and confiscation of property gain, the ECtHR decided in the case of *Raimondo v Italy*³⁹. During the criminal process against the applicant, which was charged for being a member of a mafia organization, on the request of the prosecutor, the court issued a warrant for sequestration (temporary confiscation) of real-estate and vehicles which the accused had, in the purpose of securement for later permanent

36 *AGOSI v the United Kingdom*, par. 52.

37 See verdicts from cases: *Butler v the United Kingdom* and *Air Canada v the United Kingdom*

38 *Phillips v the United Kingdom*, par. 52.

39 *Raimondo v Italy*, application no. 12954/87, verdict made on the 22.02.1995.

confiscation.⁴⁰ The applicant, who was in the meantime found innocent because of a lack of evidence, disputed the legality of the sequestration and the confiscation of his property as well as the duration of the mentioned measures.

The ECtHR concluded that the measure of sequestration represents a security that the income from an illegal activity would be taken away if that was necessary. Such a measure can be justified in the interest of public interest, and having in consideration the extremely dangerous economic power of such an “organization” such as the Mafia, it can be claimed that undertaking such a measure in this phase of the criminal process is proportional to the goal it strives to achieve.⁴¹ Therefore, the application of the sequestration itself does not represent a violation of the right to protect the private property of ar. 1 Protocol 1 of the ECHR.

Regarding the confiscation, the ECtHR concluded that its use can be in accordance to the regulation of article 1 of the Protocol 1 from the ECHR under the following assumption:

- a) If it strives towards achieving the goal which is in the public interest, that is if the confiscation was directed to ensuring that by using that property does not create gain to the applicant or the criminal organization which the applicant is suspected to be a part of, which would cause harm to the wider societal community;
- b) If the confiscation is proportionate to the goal which too is achieved, if it does not contain prior restrictions in comparison to sequestration as a temporary measure;
- c) If the unpostponable application of the confiscation is justified by its preventive purpose, no matter the possibility of appeals.⁴²

A violation of conventional standards appears when the confiscation of the property continues after the domestic court had ordered its retrieval. In this specific show the confiscation which lasted much longer, despite there being a court order for restitution, was not justified with either the law or the necessary supervision in the public interest, so the ECtHR established a violation of regulation from ar. 1 Protocol 1 of the ECHR. In that sense, in the judiciary of the ECtHR the application of the temporary measures of securement in principle is not controversial. However, the application of those measures is connected to the criminal process and in that sense those measures can only last as long as the criminal process they were prescribed in.⁴³

In the case of *Arcuri and others v Italy*⁴⁴ unlike the case of *Raimondo v Italy*,

40 The court ordered the sequestration a total of sixteen real-estates and six vehicles, which seemed to be available to the applicant. The court later retracted the order on seizure on certain property which owned to a third party, but a confiscation of vehicles for which were not proven to originate from legal profit was ordered. See: *Raimondo v Italy*, para. 13.

41 *Raimondo v Italy*, para. 27

42 *Ibid.*, para. 29.

43 Ivičević-Karas, E., *Komentar Zakona o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem*, Narodne novine, Zagreb, 2011, pg. 31.

44 *Arcuri and others v Italy*, application no. 52024/99, verdict made on the 05.07.2001.

the warrant for the confiscation was not directly connected to the criminal process against the applicant. In that case, a series of confiscation warrants were issued for the property of a bigger number of members of the Arcuri family and it was based on the “gap between the financial means of the first applicant and his legal business activity and his reported incomes”.⁴⁵ In relation to him, Italian courts had proven that he had been convicted multiple times for fraud, inducement to prostitution, assault, illegal arrest, etc. as well as finding evidence that point to him being in contact with individuals that are connected to organized crime for an extensive period of time.

According to the evaluation of the ECtHR, in this specific case, the Italian courts have carefully analyzed the financial situation of the other applicants, as well as the nature of their relationship with the first applicant, and that they have concluded that the confiscated means could only be gained by reinvesting the profit which the first applicant gained illegally, as well as the fact that he was *de facto* managing those assets.

On the topic of non-conviction based confiscation the ECtHR debated in the case of *Silickiene v Latvia*. This case was started on the request of a widow whose property was confiscated by the Latvian courts, which regarded that the property was illegally gained by her husband, during the time he worked as an official in the customs office, by committing multiple crimes as a member of a criminal group. Because of the prosecutor’s suggestion, the court decided to impose measures of confiscation on the property of the accused (the husband), his wife and his mother, to secure the lawful confiscation of property gain. In comparison to the accused’s, the criminal process was stopped, while the other accused were found guilty. The cantonal court in Kaunas issued an order for the confiscation of certain property, considering it was obtained as a result of the criminal activity of the accused, specifically the property of the accused and his mother. The applicant accentuated in her report that by these actions her rights from ar.6 par. 1 of the ECHR was violated, considering the fact that the no criminal process was held against the husband, so the applicant could not prove the legal origin of the confiscated property. Besides that, the applicant highlighted that such confiscation is not in accordance with ar. 6 par. 2 of the ECHR. When deciding on the request of the applicant, the ECtHR concluded that there were no violation of the mentioned rights considering the fact that the applicant had the chance to prove if the property was gained in a legal manner.

3. Conclusion on the practice of the ECtHR

45 The president of the division of the County Court in Torino, which is specialized in preventive measures, ordered the seizure of the aforementioned property, which included eight vehicles, a few pieces of land and apartments, stocks in two private firms and many documents.

When considering the questions on the fairness of the procedure related to the confiscation of proceeds acquired by crime, the ECtHR evaluates them as *in concreto*, as well as taking into consideration that the specific criminal process must be fair, which implies that the application of national legal regulations in different cases does not always have to receive a positive evaluation of the fairness from the ECtHR. In the context of the permissibility of restricting the presumption of innocence of the accused, the attitudes that originate from the ECtHR's judiciary are deemed important, which allows states to a certain extent to put in place restrictions of the presumption of innocence. These restrictions are reflected through the possibility of creating real and legal fiction in reasonable boundaries and in accordance with the principle of proportionality. So, even according to the judiciary of the ECtHR, the reduction of the evidential standard and inversions, that is the division of the burden of proof in the process of the confiscation of property gain, by their nature are not against the principle of the presumption of innocence.

According to the judiciary of the ECtHR, in special processes in which the property gain is confiscated from a third party the guarantees that provide the right to a fair trial are not applied (thus, the presumption of innocence is not valid), because a procedure is not conducted against them "in the case of an indictment" in the sense of ar. 6 par. 1 of the ECHR, hence *ad personam*, a *in rem* procedure is conducted.⁴⁶

When answering the question whether the confiscation of property gained through crime is a penalty, the ECtHR has on multiple occasions reiterated that the term penalty represents an autonomous concept according to the ECHR. Thereby, the starting point in any evaluation of the existence of a penalty is if the given measure was issued after the guilty verdict. Other factors which can be taken into consideration as relevant are the nature and the purpose of the given measure, its qualification in the national law, actions of the making and the implementation of the measure, as well as its seriousness.⁴⁷

In the cases where the confiscation of property gain was ordered as a measure and not as a criminal sanction, the ECtHR takes the standpoint that it is an allowed and retroactive application of the laws regarding the confiscation of property gain. The ECtHR has taken the position which implies that the process of confiscation of proceeds acquired by crime in these situations should be considered as a separate entity to the main criminal process. Thereby, the purpose of the process of confiscation of proceeds acquired by crime is not a guilty verdict or an exculpatory verdict, but an evaluation of whether the property owned by the appellant illegal.⁴⁸

Considering the importance of the causes which are strived for during the

46 *Air Canada v the United Kingdom*, par. 50-55 and 60-62.

47 See: *Welch v the United Kingdom*, par. 28 and *DASSA Foundation v Lichtenstein*, application no. 696/05, the verdict from 10.07.2007.

48 The ECtHR had such an attitude in the cases of: *Phillips v the United Kingdom*, *Welch v the United Kingdom*, *Grayson & Barnham v the United Kingdom*.

confiscation of property and the wide area for evaluation that states enjoy in the sense of coming up and executing such measures, it is not so surprising that the ECtHR in its practice very rarely concludes that such is disproportionate, that is that there was a violation of the right to protect private property. Finally, we can conclude that according to the judiciary of the ECtHR the application of temporary measures of securement in principle is not so controversial. However, the application of those measures relates to the criminal process, in the sense that those measures can only last as long as the criminal process they were based upon.

Bibliography:

1. **Bačić, F.**, *Krivično pravo – opći dio*, Informator, Zagreb, 1995.
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.
3. **Dyrnes, A.M.**, *Inndragning – hva må gjøres?*, Ciceron forlag, Oslo, 2004.
4. **Harris, D.J., O'Boyle, M., Bates, E.P., Buckley, C.M.**, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2009.
5. **Ivičević-Karas, E.**, *Komentar Zakona o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem*, Narodne novine, Zagreb, 2011.
6. **Krapac, D.**, *Kazneno procesno pravo, četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Narodne novine, Zagreb, 2010.
7. *Pravo na pravično suđenje sukladno Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima (čl. 6.)*, *Priručnik za odvjetnike*, Interights, 2006.
8. **Van Dijk, P., Van Hoof, G.J.H. and others**, *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Müller, Sarajevo, 2001.

Verdicts:

1. *AGOSI v the United Kingdom*, application nr. 9118/80, verdict from the 24. October 1986.
2. *Air Canada v the United Kingdom*, application nr. 18465/91, verdict from the 5. May 1995.
3. *Arcuri et.al. v Italy*, application nr. 52024/99, verdict from the 5. July 2001.
4. *Baklanov v Russia*, application nr. 68443/01, verdict from the 9. June 2005.
5. *Barbera, Masegüe and Jabardo v Spain*, verdict from the 6. December 1988.
6. *Butler v the United Kingdom*, application nr. 41661/98, verdict from the 27. June 2002.

7. *Ismayilov v Russia*, application nr. 30352/ 03, verdict from the 6. April 2009.
8. *C.M. v France*, application nr. 28078/95, verdict from the 26. June 2001.
9. *DASSA Foundation v Lichtenstein*, application nr. 696/05, verdict from the 10. July 2007.
10. *Funke v France*, application from the 25. February 1993, series A, nr. 256-A.
11. *Geering v the Netherlands*, application nr. 30810/03, verdict from the 1. March 2003.
12. *Grayson & Barnham v the United Kingdom*, application nr. 19955/05 and 15085/06 verdict from the 23. September 2008.
13. *Holy Monasteries v Greece*, verdict from the 9. December 1994, series A, number 301-A.
14. *Phillips v the United Kingdom*, application nr. 41087/98, verdict from the 5. June 2001.
15. *Raimondo v Italy*, application nr. 12954/87 verdict from the 22. February 1995.
16. *Salabiaku v France*, application nr. 10519/83 verdict from the 7. October 1988.
17. *Welch v the United Kingdom*, application nr. 17440/90, verdict from the 9. February 1995.

ODUZIMANJE IMOVINSKE KORISTI PRIBAVLJENE KRIVIČNIM DJELOM U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Sažetak: 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 imovinski motivisanog kriminala. Međutim, pojedina rješenja, poput proširenog oduzimanja imovinske koristi, predstavlja zapravo redukciju dokaznog standarda koji se primjenjuje prilikom utvrđivanja nezakonitog porijekla imovine, te inverziju ili podjelu tereta dokazivanja. Dakle, pretpostavka nevinosti, kao i pravila o teretu dokazivanja koja ona predstavlja, ne sprečavaju zakonodavca da predvidi oblike proširenog oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, uz redukciju postupka dokazivanja i podjelu tereta dokazivanja. Primjena ove mjere, i odstupanje od uobičajnih standarda koji već dugo važe u krivičnom i krivičnom procesnom pravu, svakako je opravdana kada su u pitanju krivična djela iz oblasti organizovanog kriminala, korupcije i drugih posebno teških oblika kriminala. S druge strane, u primjeni tih novih mjera treba biti krajnje oprezan, treba ih primjenjivati krajnje selektivno u slučajevima kada se one nesumnjivo opravdane. Samo na taj način može se osigurati da ove neophodne mjere ostanu u okvirima pravne države, a to znači poštovanje zagarantovanih standarda zaštite ljudskih prava, kako na unutrašnjem, tako i na međunarodnom nivou. U ovom radu dat je prikaz odluka, te u njima sadržanih stajališta o primjeni privremenih mjera osiguranja i oduzimanja imovinske koristi u judikaturi Evropskog suda za ljudska prava u Strasbourgu. Kriteriji koje je taj sud postavio u nekoliko analiziranih predmeta predstavljaju smjernice za uređenje i primjenu u nacionalnim zakonodavstvima oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, što se odnosi i na BiH kao članicu Vijeća Evrope i stranku Evropske konvencije o ljudskim pravima i slobodama.

Ključne riječi: oduzimanje imovinske koristi, prošireno oduzimanje imovinske koristi, pravo na pravičan postupak, presumpcija nevinosti, teret dokazivanja

UREĐIVANJE STANJA ZEMLJIŠNOKNJIŽNE EVIDENCIJE NA PODRUČJU FEDERACIJE BIH

Sažetak: Zemljišnoknjižno pravo, kao jedan od temeljnih sastavnih dijelova pravnog režima nekretnina u svakoj državi, čini jednu od onih oblasti koje su tradicionalno u nadležnosti nacionalnih organa, pa dosad nije bilo predmetom mjera harmonizacije prava u okviru EU, zbog čega u ovoj oblasti postoje značajne razlike kako u uređenju sistema registracije nekretnina, tako i u pravnoj snazi i funkciji samog registra prilikom sticanja stvarnih prava na nekretninama. To pri tome ne umanjuje interes institucija EU za ovu oblast, imajući u vidu da dobro uređen sistem registracije nekretnina u jednoj državi direktno doprinosi nivou transparentnosti i pravne sigurnosti koji u njoj vlada, njenoj konkurentnosti i privlačnosti investitorima, te pozitivnom poslovnom ambijentu. Učestali prekogranični promet nekretninama i druge prekogranične transakcije koje se tiču nekretnina, pred sve zemlje članice postavljaju kompleksne izazove. Osim toga, doba digitalizacije koje podstiče sveopći trend registracije i prikupljanja podataka, ali i zaštite tih podataka također nameće potrebu za određenim univerzalnim standardima kvaliteta u oblasti registara nekretnina i prava na njima.

U Federaciji BiH postoje zemljišne knjige germanskog tipa, koje bi, po svojoj ulozi u pravnom sistemu, a koja se ogleda u instrumentu publikacije (stvarno) pravnih odnosa na nekretninama kao temelju zaštite povjerenja u pravnom prometu nekretninama, trebale predstavljati kičmeni stub pravnog režima nekretnina. U FBiH bi dobro uređen sistem registracije nekretnina pretpostavljao funkcionirajuću zemljišnu knjigu koja se bazira na simbiotskom odnosu i sinergiji katastra zemljišta i zemljišne knjige, a koji prvenstveno pretpostavlja ažurnu i harmoniziranu, te po mogućnosti digitaliziranu odnosno elektronsku evidenciju. Nažalost u FBiH, a jednako vrijedi za cjelokupno područje Bosne i Hercegovine unatoč razlikama u regulativi i sistemima evidencije među entitetima i Distriktu Brčko BiH, zemljišnoknjižna evidencija nije ni ažurna, ni harmonizirana sa katastarskom, pa samim tim ni sistem registracije nekretnina nije dovoljno funkcionalan da bi ispunio dodijeljeni mu ulogu. Mnogobrojni su uzroci ovakvog stanja, a mnogobrojne i raznorodne mjere koje mogu doprinijeti poboljšanju ove nezadovoljavajuće situacije. Da je ovaj problem prepoznat i od strane institucija Evropske Unije svjedoči i činjenica da je reforma zemljišne administracije obuhvaćena Strategijom za reformu sektora pravde u Bosni i Hercegovini za 2014.-2018. godinu kao dio pretpristupne strategije između BiH i EU. Pored zakonodavnih reformi i koncipiranja uloge notara u pravnom režimu nekretnina, još jedan od značajnijih sistemskih pokušaja sređivanja stanja zemljišnoknjižne

evidencije jeste projekat registracije nekretnina koji se od 2013. godine pod okriljem Svjetske Banke provodi na području oba entiteta. Ovaj rad ima za cilj da ukaže na važnost navedenih mjera u cilju optimizacije zemljišnoknjižne evidencije u Federaciji BiH i oslovi neka pitanja koja se u ovom kontekstu otvaraju.

Ključne riječi: pravni promet nekretnina, harmonizacija podataka zemljišne knjige i katastra, pravna sigurnost, notarska služba, rasterećenje pravosuđa

1. Uvod

U okviru zemalja članica Evropske Unije postoji nekoliko sistema evidencije nekretnina, koji se razlikuju kako po obliku registra, nadležnosti za njegovo vođenje, tako i po pravnoj ulozi i značaju.¹ Ova činjenica uz različite stvarnopravne režime sticanja stvarnih prava na nekretninama je već odavno identificirana kao smetnja prekograničnom prometu nekretnina, prekograničnom kreditnom poslovanju i prekograničnom izvršenju, drugim riječima kao smetnja ostvarenju sloboda na kojim počiva sama Evropska Unija. Ipak nije realno očekivati da će u ovoj oblasti, barem u dogledno vrijeme, doći do unifikacije ili harmonizacije, jer je upravo pravni režim nekretnina tvrdo jezgro svakog nacionalnog privatnopravnog poretka, gdje tradicionalno i pravila međunarodnog privatnog prava ne odstupaju od pravila *lex rei sitae* uvijek upućuju na primjenu prava one države na čijem teritoriju se nekretnina nalazi.² Radikalnije promjene ustrojstva sistema evidencije nekretnina pojedinih država članica u smislu njihovog približavanja bi bile izrazito skupe i imale dalekosežne posljedice po cjelokupni nacionalni pravni poredak, pa se postavlja pitanje opravdanosti i provodivosti takvih zahvata, čak i kada bi oni bili ocijenjeni kao poželjni u evropskom kontekstu. U tom smislu se u ovoj oblasti više preporučuje posezanje za tzv. najboljom praksom – *best practices*.³

1 Za pregled sistema registracije nekretnina u evropskim zemljama vidi npr. Josipović T., Zemljišnoknjižno pravo, Informator, Zagreb, 2001, str. 37 i dalje.

2 Unatoč tome na nivou EU postoje inicijative koje ciljaju lakšem pristupu informacijama o registrima nekretnina u pojedinim državama, lakšem saznanju o načinu njihovog funkcioniranja, ali i lakšem pristupu samim podacima nekretninama. U tom smislu se ističe evropski informacijski sistem nekretnina – European land information system EULIS – www.eulis.eu. Iscrpo o nastanku, svrsi, ciljevima i načinu funkcioniranja EULIS-a: Kanceljak I. Europski zajednički informacijski sustav o nekretninama – EULIS, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 10, Mostar, 2012, str. 480-489. Treba spomenuti i napore nevladine organizacije ELRA – European Land Registry Assotiation, uspostavljene 2004. godine u okviru koje djeluju 33 organizacije predstavnici nacionalnih registara nekretnina iz 26 zemalja članica. Bosna i Hercegovina u okviru ELRA-e ima status posmatrača. Osnovni cilj ELRAe je razvoj i međusobno razumijevanje uloge registara nepokretnosti na tržištu nekretnina i tržištu kapitala. Osim na web stranici organizacije www.elra.eu, informacije o sistemima registracije nekretnina u pojedinim zemljama članicama posredstvom ELRA-e dostupne su i u okviru portala e-justice: https://e-justice.europa.eu/content_land_registers_in_member_states-109-de.do.

3 Hügel S., Das Zusammenspiel von deutschem Grundbuch- und Sachenrecht unter besonderer Berücksichtigung der Tätigkeit des Notars zur Gewährleistung der Grundbuchfunktionen, u Wudarsky A., (Hrsg.) Das Grundbuch im Europa des 21. Jahrhunderts, str. 127.

Neovisno, međutim, od toga koji sistem registracije postoji u određenoj zemlji, moderno doba razvijenih tehnologija u kojem živimo, pred sve vrste registara postavlja određene nove izazove i zahtijeva prilagodbe u smislu digitalizacije i elektronizacije, umrežavanja, olakšanja pristupa krajnjim korisnicima, ali i eventualno pitanja zaštite podataka. Osim toga, svaki tip registra pretpostavlja i postojanje određenog stepena javnog povjerenja u tačnost registarskih podataka. Bosna i Hercegovina, u kojoj je tradicionalno prisutan tzv. zemljišnoknjižni sistem germanskog tipa, od kojeg se u međuvremenu u Republici Srpskoj odstupilo, se u ovom kontekstu, uz sve izazove procesa evropskih integracija, izazove digitalnog doba, dodatno suočava i sa izazovima tranzicije i sa određenim „duhovima prošlosti“ koji su posebno intenzivno prisutni upravo u zemljišnoj knjizi. Jedan od najkrupnijih problema zemljišnoknjižne evidencije jeste nepodudarnost stvarnog stanja nekretnine sa stanjem u zemljišnoj knjizi i katastru, kao i nesaglasnost između same zemljišnoknjižne i katastarske evidencije, što narušava funkciju zemljišne knjige kao ogledala pravnih odnosa na nekretninama. U tom smislu se ažuriranje zemljišne knjige javlja kao izuzetno bitan pravno politički cilj. Značaj uređivanja ovih evidencija je nepobitan za transparentan i siguran promet nekretninama, za garanciju prava vlasništva, privlačenje investitora i stvaranje povoljnog poslovnog ambijenta, što su ključni preduslovi za uspješnost procesa evropskih integracija. Iz navedenih razloga reforma zemljišne administracije čini dio Strategije za reformu sektora pravde u Bosni i Hercegovini za 2014.-2018. godinu, koja čini dio pretpristupne strategije između BiH i EU.

Niz je uzroka nezadovoljavajućeg stanja evidencije nekretnina i prava na njima, kao i mogućih aktivnosti i mjera kojima se ovaj problem može prevazići, iako se zasigurno radi o kompleksnom, dugotrajnom i skupom procesu, što će se nastojati prikazati u ovom radu. Radi boljeg razumijevanja, ali i kompletnosti ovog prikaza, prvo će biti predstavljen razvoj sistema evidentiranja odnosno publiciranja nekretnina u Bosni i Hercegovini od samog uvođenja zemljišne knjige do danas, sa težištem na prekretnicama i reformama te njihovim dosadašnjim učincima, naročito u tranzicijskom periodu nakon 1995. do danas. Iako je o ovim pitanjima već na nekoliko mjesta pisano⁴, ipak su se u skorije vrijeme otvorila određena

4 Povlakić M. Roll-back u nekim oblastima privatnog prava u Federaciji BiH, u Medić D./Povlakić M., Aktuelna pitanja i problemi prava nekretnina u Bosni i Hercegovini, Specijalni prilog petogodišnjeg izdanja časopisa Nova pravna revija, Sarajevo, 2015, str. 13-15; Povlakić M., Die Bedeutung des Grundbuchs im Transformationsprozess in Bosnien und Herzegowina, u Wudarski A. (Hrsg.), Das Grundbuch im Europa des 21. Jahrhunderts, Duncker&Humlot Berlin, 2016, str. 497. i dalje; Povlakić M., Reforma zemljišnoknjižnog prava kao dio ukupne reforme građanskog prava, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 1. Mostar, 2003., str. 229 i dalje; Medić D., Mišljenje o sistemu javnih registara u pogledu nekretnina u Republici Srpskoj, Specijalni prilog petogodišnjeg izdanja časopisa Nova pravna revija, Sarajevo, 2015str. 59 i dalje; Povlakić M., Die Bedeutung des Grundbuchs im Transformationsprozess in Bosnien und Herzegowina, str. 497 i dalje; Gotovuša E., Zakon o katastru Republike Srpske: Političko poigravanje sa pravom na imovinu, Sveske za javno pravo, 7/2012 str. 1-15; Živković M., Registri nepokretnosti, u: Rakić Vodinelić V. (ur.), Promene stvarnog prava u Srbiji, Beograd, 2004., str. 93-102; Orlić M., Uvođenje i obnavljanje zemljišnih knjiga, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1-6, 2000, str. 19.

dodatna pitanja koja još nisu u dovoljnoj mjeri obrađivana u pravnoj literaturi. Prevashodno se misli na pitanja zemljišnoknjižne provedbe transformacije prava na nekretninama izvršene prelaznim i završnim odredbama Zakona o stvarnim pravima FBiH⁵, a u okviru toga i zemljišnoknjižnu provedbu prelaska na novi koncept etažnog vlasništva, te na organizirani tj. sistemski postupak harmonizacije podataka zemljišne knjige i katastra u okviru projekta registracije nekretnina u FBiH koji se implementira u velikom dijelu katastarskih općina na području FBiH.

2. Stanje zemljišnoknjižne evidencije u FBiH

2. 1. Kratki osvrt na razvoj sistema registracije nepokretnosti u Bosni i Hercegovini

U Bosni i Hercegovini zemljišne knjige potiču iz doba kada je ona bila u sastavu Austro-Ugarske monarhije, kada je 1884. godine na temelju Gruntovničkog zakona izvršen prvi geodetski premjer teritorije i na osnovu njega uspostavljen katastar i zemljišna knjiga po uzoru na austrijsku, a u načelu, taj kontinuitet, sa određenim prekidima i modifikacijama, barem na teritoriju FBiH postoji do danas. Čak se današnja zemljišna knjiga još uvijek vodi prema podacima tadašnjeg premjera, tzv. stari premjer, o čemu će još u nastavku biti riječi. Kontinuitet sa austrijskim zemljišnoknjižnim pravom je održan kroz doba Kraljevine Jugoslavije kada je usvojen paket od tri zemljišnoknjižna zakona 1930./1931. godine, koji su predstavljali recipirano austrijsko pravo.⁶ Unatoč prekida pravnog kontinuiteta sa „starom“ Jugoslavijom donošenjem Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6.4.1941. godine i za vrijeme okupacije⁷, set zemljišnoknjižnih zakona iz 1930. i 31. godine je i dalje mogao biti primjenjivan temeljem člana 4. istog Zakona, u vidu tzv. pravnih pravila, čime je faktički očuvan kontinuitet zemljišnoknjižnog prava i to sve do donošenja entitetskih zakona o zemljišnim knjigama 2002./2003. godine. Novi entitetski zakoni su izričito isključili primjenu starih zemljišnoknjižnih zakona kao pravnih pravila⁸, ali zemljišne knjige uspostavljene po tim propisima nisu zamijenjene novima, nego su se na postojeće zemljišne knjige počeli primjenjivati novi propisi⁹, koji su, iako skromijeg obima, zadržali austrijsku tradiciju uz neke elemente koji potiču iz njemačkog prava.¹⁰

5 Službene novine FBiH 66/13, 100/13.

6 Zakon o zemljišnim knjigama 1930. godine, Zakon o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga iz 1930. godine, Zakon o zemljišno-knjižnim diobama, otpisima i pripisima iz 1931. godine.

7 Službeni list DFJ, br. 84/46.

8 Član 87. ZZK FBiH, što je u principu šteta, jer je već po samom obimu novi ZZK daleko skromnijeg obima i ne sadržava rješenja povodom određenih pitanja na koja bi bilo zgodno primjenjivati prava pravila iz starih zemljišnoknjižnih zakona.

9 Član 87. ZZK FBiH.

10 Detaljniju uporedbu starih pravnih pravila zemljišnoknjižnog prava i entitetskih zakona o

Ovaj zemljišnoknjižni sistem austrijsko-njemačkog tipa na našim područjima, unatoč opisanom kontinuitetu, nije bio neosporavan. Čak je u jednom trenutku donesena odluka o napuštanju ovog sistema i prelasku na sistem jedinstvene evidencije nekretnina pri općinskim organima uprave. Na području bivše SFR Jugoslavije je, prvenstveno u onim dijelovima u kojim nije nikada ni postojala zemljišna knjiga austrijsko-njemačkog tipa¹¹, postojalo nastojanje za uvođenjem ovakve jedinstvene evidencije, a tome se, unatoč otporu dijela predstavnika pravne nauke¹², priključila i Bosna i Hercegovina, te je 1984. godine usvojen Zakon o premjeru i katastru koji je predviđao ukidanje zemljišne knjige i spajanje evidencija katastra i zemljišne knjige u jednu, za koju bi bili nadležni organi koji su prethodno bili nadležni za katastar. Međutim, implementacija ovog zakona je išla jako sporo, te je konačno prekinuta ratnim dejstvima, zbog čega je uspostavljena u vrlo malom broju općina u BiH, dok su u ostatku zemlje zadržane postojeće zemljišne knjige.

Diskusija vezana za sistem evidencije nekretnina i prava na njima je ponovo otvorena po završetku agresije na BiH u okviru tranzicijskih reformi zakonodavstva, kao jedna od prioritetnih reformi u svakoj tranzicijskoj državi.¹³ Privremeno je ta diskusija bila okončana u korist zemljišne knjige austrijsko-njemačkog tipa, u skladu sa pravnom tradicijom, a protiv jedinstvene evidencije, i to odlukom Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu kojom su proglašena dva potpuno harmonizirana entitetska zakona o zemljišnim knjigama.¹⁴ Distrikt Brčko je u pogledu reforme vlasničkopravnih odnosa, uključujući i oblast evidencije na nekretninama imao svoju vlastitu putanju. Tu je još 2001. godine, paralelno sa usvajanjem Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima BD BiH¹⁵ usvojen Zakon o registru zemljišta i prava na zemljištu¹⁶, koji je, međutim, također slijedio pravnu tradiciju i bazira se na rješenjima starog zemljišnoknjižnog prava austrijskog porijekla.

Početak milenija je, dakle, na nivou entiteta postojalo reformirano i potpuno

zemljišnim knjigama iz 2002. i 2003. godine daje Povlakić u Povlakić M., *Reforma zemljišnoknjižnog prava kao dio ukupne reforme građanskog prava*, str. 232 i dalje.

11 To se prvenstveno odnosi na veće dijelove Srbije, Kosovo, Crnu Goru i Makedoniju.

12 Vidi npr. Krneta S., *Primjedbe povodom Nacrta zakona o premjeru i katastru nekretnina*, Advokatura BiH, godine IX, broj 33-36, 1983, str. 10-21., Mandić M., *O nekim uzrocima nesklada zemljišno-knjižnog i stvarnog stanja na području svojinskih odnosa, vezano za Nacrt zakona o premjeru i katastru nekretnina*, Advokatura BiH, godine IX, broj 33-36, 1983, str. 22-29; Georgijevski S., *Evidencija nepokretnosti*, Naša zakonitost, 10-11. 1984, str. 1177-1186, Kučeković V., *O koncepciji evidencije na nekretninama u SR Hrvatskoj*, Naša zakonitost, 10-11. 1984, str. 1194-1202.

13 O prioritetima i toku reformi u okviru tranzicije i značaju zemljišnoknjižnog prava u tom kontekstu vidi: Povlakić M., *Reforma zemljišnoknjižnog prava kao dio ukupne reforme građanskog prava*, str. 230.

14 Zakon o zemljišnim knjigama Federacije BiH, Službene novine FBiH 58/2002, 19/03, 54/04, Zakon o zemljišnim knjigama Republike Srpske, Službeni glasnik RS 74/02.

15 Službeni glasnik BD BiH 11/01, 8/03, 40/04, 19/07.

16 Službeni glasnik BD BiH 11/01

usklađeno zemljišnoknjižno pravo, nešto kasnije¹⁷ je uvedena također harmonizirana notarska služba¹⁸ kao još jedan neizostavan dio pravnog režima nekretnina u BiH, ali ove reforme usljed izostanka reforme vlasničkih odnosa nisu mogle postići pune efekte. Tako npr. dio odredbi zakona o zemljišnim knjigama koji se odnosi na način upisa etažnog vlasništva i prava građenja, te odredbe koje su se odnosile na zemljišni dug, nisu mogle biti primjenjivane do stupanja na snagu entitetskih Zakona o stvarnim pravima, niti su notari mogli sudjelovati u osnivanju i prenosu ovih prava, a što se desilo značajno kasnije. Tek su Zakoni o stvarnim pravima, koji su također u velikoj mjeri harmonizirani na nivou entiteta, stvorili materijalnopravnu podlogu za primjenu ovih odredbi Zakona o zemljišnim knjigama i proširili tj precizirali nadležnosti notara. Zakoni o stvarnim pravima su u još nekim vrlo važnim aspektima modificirali, pa i derogirali pojedine norme zemljišnoknjižnih zakona, o čemu će još biti riječi u ovom tekstu. Tek je niz godina kasnije dakle, u Republici Srpskoj 2009. godine¹⁹, u FBiH 2014. godine zaokružen sistem koji čine zakoni o stvarnim pravima, zakoni o zemljišnim knjigama i zakoni o notarima, koji predstavlja pravni režim nekretnina i koji je trebao biti uspostavljen od samog početka kako bi polučio odgovarajućim efektom koji proizlazi iz sinergije i paralelnog važenja ovih propisa koji su jedni s drugim u neposrednoj vezi i koji su izvorno izrađivani sa istim ciljem i uvažavajući međusobna rješenja.

Nažalost je ova sinergija bila kratkog daha. U Republici Srpskoj je 2012. godine donesen Zakon o premjeru i katastru nekretnina²⁰, čime je u ovom entitetu napušten sistem zemljišne knjige i usvojen sistem jedinstvene evidencije u okviru katastra nekretnina. Odredbe ovog zakona mahom ne vode računa o odredbama Zakona o stvarnim pravima RS, čime su značajno osujećeni efekti reforme,²¹ a i okončan kratki period postojanja reformiranog i usaglašenog pravnog režima na nekretninama u entitetima, što je bio jedan od osnovnih postulata prema nadležnim organima u BiH u okviru procesa evropskih integracija još davne 2000. godine.²² Ovaj potez unosi nesigurnost u ovako važnu oblast kao što je promet

17 Zakoni koji su regulirani notarijat usvojeni su u periodu od 2002.-2004. godine, ali su notari svoju djelatnost počeli tek 2007. godine u FBiH i BD BiH, odnosno 2008. godine u RS.

18 Zakon o notarima FBiH, Službene novine FBiH, 45/02, Zakon o notarima BD BiH, Službeni glasnik BD BiH, 9/03, 17/06, Zakon o notarima RS, Službeni glasnik RS, 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11.

19 Zakon o stvarnim pravima RS, Službeni glasnik RS 124/2008, 3/2009, 58/2009. 95/2011, 60/2015, 18/2016.

20 Službeni glasnik RS 6/12. Ovom zakonu je 2011. prethodio Zakon o katastru (Službeni glasnik RS 60/11) čija je primjena međutim obustavljena zbog postupaka pred Ustavnim sudovima RS i BiH u vezi sa ovim zakonom. O prvenstveno političkoj pozadini donošenja ovog zakona vidi: Gotovuša E., Zakon o katastru Republike Srpske: Političko poigravanje sa pravom na imovinu, Sveske za javno pravo, 7/2012 str. 1-15.

21 Detaljno vidi: Povlakić M., Roll-back u nekim oblastima privatnog prava u Federaciji BiH, str. 23 i dalje.

22 Potreba donošenja novih usaglašenih entitetskih propisa iz oblasti zemljišnoknjižnog prava je potertana Aneksom uz Deklaraciju Vijeća za implementaciju mira iz Brisela 2000. godine. Vidi

neketnina. Različita rješenja u istoj državi stvaraju probleme i domaćim i stranim državljanima i narušavaju jedinstvo tržišta.

Sličan scenarij kao u RS, u smislu napuštanja austrijsko-njemačkog tipa zemljišne knjige prijetio je i u Federaciji BiH, gdje je sredinom 2014. godine u parlamentu ovog entiteta usvojen Nacrt Zakona o premjeru i registraciji nekretnina²³, koji također predviđa uvođenje jedinstvene evidencije nekretnina, premda nešto drugačije nego što je to uređeno u Republici Srpskoj, koji međutim nije usvojen kao zakon. U ovom entitetu je međutim konačno i mukotrpno postignuta sinergija reformskih propisa u ovoj oblasti recentno narušena na jedan drugi način, Presudom Ustvnog suda FBiH br. U 22/16²⁴o čemu će još biti riječi kasnije u ovom radu.

Kako, imajući u vidu sve navedeno, postoji značajno razilaženje između entiteta u oblasti registracije zemljišta, ovaj će se rad dalje bazirati na trenutnom stanju u Federaciji BiH.

2. 2. Razlozi neažurnosti zemljišne knjige

Da samo ustrojstvo zemljišne knjige tj. zemljišnoknjižni sistem ne može biti uzrokom vrlo lošeg stanja evidencije nekretnina koje vlada na području FBiH, iako se kritike često upućuju upravo prema samom sistemu²⁵, dokazuje činjenica da taj isti sistem besprijekorno funkcioniše u drugim državama poput Njemačke i Austrije.²⁶ Izuzetno loše stanje evidencije je najvećim dijelom nasljeđeno iz perioda socijalizma i sustavnog zapostavljanja i neodržavanja zemljišne knjige. Što duže taj period traje, to se vremenom jaz između stanja u zemljišnoj knjizi i stanja na terenu samo produbljava, čime se destabilizira zemljišna knjiga i njena opravdanost dovodi u pitanje. Trenutno stanje je akumulacija niza uzroka pogrešne prakse, nepoštivanja pravnih propisa, i proteka vremena, što sređivanje zemljišno knjižne evidencije čini izrazito kompleksnim zadatkom koje iziskuje brojne resurse. Reforma propisa o evidenciji nekretnina je dakle nesporno bila neophodna, međutim problem nikad i nije ležao u nepostojanju ili neadekvatnosti zakonskog uređenja same evidencije, nego u vanjskim faktorima i okolnostima nastalim djelovanjem drugih pravnih propisa i njihove (ne)primjene u praksi, te je u cilju popravljanja ovakvog stanja pored reforme zemljišnoknjižnog prava, trebalo izmijeniti i cijeli niz drugih propisa, te intenzivno raditi na uspostavljanju drugačije prakse.

Jedan od najvećih, do danas aktuelnih problema neažurnosti, koji je pri

Povlakić M., Reforma zemljišnoknjižnog prava kao dio ukupne reforme građanskog prava, str. 231.

23 Nacrt broj 02-02-458/14 od 9.4.2014. godine.

24 Službene novine FBiH 32/19.

25 Ove su kritike upravo i dovele do svojevremenog prelaska na sistem jedinstvene evidencije 1984. godine.

26 Povlakić M., Reforma zemljišnoknjižnog prava kao dio ukupne reforme građanskog prava, str. 232.

tome pretežno tehničkog karaktera, leži u neusaglašenosti katastarskih i zemljišnoknjižnih podataka, te neusaglašenosti jedne od ovih, ili čak obje ove evidencije sa stanjem na terenu. Po prirodi stvari bi, imajući u vidu da je u katastar tehnička podloga zemljišnoj knjizi, katastar i zemljišna knjiga morali biti u stalnoj saglasnosti. Kod nas su se ove dvije evidencije u pogledu identifikacije nekretnina počele razilaziti još početkom pedesetih godina prošlog vijeka, kada su započete aktivnosti na novom katastarskom premjeru teritorije. Tako je postepeno, kako je veći dio teritorije bivao obuhvaćen novim premjerom, zemljišna knjiga, koja se još uvijek bazira na starom premjeru, postajala netačna. Ovaj problem je istican još početkom osamdesetih godina prošlog vijeka²⁷, ali je danas zapravo još akutniji. Tako su npr. parcele koje se u zemljišnoj knjizi vode kao neizgrađene, a na terenu su izgrađene i tako se vode i u katastru su u pogledu primjene odredbi ZSP FBiH o pretvorbi izazvale mnoštvo problema (vidi *infra* II.2.1. b)). Iako je u najvećem broju katastarskih općina prisutan navedeni problem neusaglašenosti zemljišne knjige sa katastrom²⁸, uz to postoji i određeni broj katastarskih općina u kojim uopće ne postoji zemljišna knjiga, ili ne postoji ni katastar zemljišta.²⁹ Nakon što je osamdesetih godina donesena odluka o napuštanju zemljišne knjige i uspostavljanju katastra nekretnina, pa se onda 2002. godine ponovo vratilo tradicionalnom zemljišnoknjižnom sistemu, kao da je između katastra i zemljišne knjige probuđen svojevrsni rivalitet i konkurentski odnos, koji je krajnje neprimjeren. Ova dva organa su dva jednako važna, međusobno zavisna čimbenika u cjelokupnom sistemu između kojih treba vladati uska saradnja. Razilaženju između knjižnog i vanknjižnog stanja još u doba SFRJ doprinijelo je neprovođenje ostavina, zbog čega su djelomično kao titulari zemljišnoknjižnih prava upisana još uvijek lica koja su upisana prilikom uspostavljanja zemljišnih knjiga, ili su pak ostavine generacijama provođene na način da su upisivani samo idealni dijelovi koji su iskazani u takvim razlomcima da je evidentno da to ne odgovara stvarnom stanju.³⁰ Kontingent vanknjižnih titulara rastao je i zbog izbjegavanja plaćanja poreza na promet nepokretnosti, te zbog mogućnosti konvalidacije usmenih ugovora o prenosu prava na nekretninama, koja je jedno vrijeme postojala u BiH. Veliki je broj i ugovora koji su zadovoljavali propisanu formu (pismena forma uz ovjeru potpisa), ali koji su bili neprovođivi u zemljišnoj knjizi zbog npr. nedovoljne identifikacije nekretnine.³¹ S obzirom na konstitutivnost upisa samo za sticanje temeljem pravnog posla, postojao je cijeli niz mogućnosti vanknjižnih sticanja koja nisu provođena u zemljišnoj knjizi. Problem, međutim,

27 Vidi Krneta S., op. cit., str. 10- 11.

28 To je slučaj u oko 50% katastarskih općina u BiH. Vidi: Latinović V., Bonić A., Zamjena zemljišne knjige, organizirani pristup, II. Kongres o katastru u BiH, Mostar, 2011, dostupno na: <https://gdhb.ba/149-ii-kongres-o-katastru-u-bih-ilid%C5%BEa-28-09-30-09-2011-hotel-hollywood-radovi.html> (maj 2019.)

29 Na području države postoje različiti modeli katastra: popisni katastar, austro-ugarski katastar, katastar zemljišta i katastar nekretnina.

30 Vidi Mandić M., op. cit., str. 22-23.

31 Ibid.

ne leži u mogućnostima vanknjižnog sticanja³² nego u načinu regulisanja zaštite povjerenja u zemljišne knjige i primjene ovog načela u praksi (vidi *infra* III. 1.). I u pogledu različitih oblika neprivatnog vlasništva u socijalističkom periodu primjetno je aljkavo postupanje kod provođenja upisa prava na nekretninama. Čak se u literaturi ističe kako je evidencija najmanje ažurna baš u odnosu na društveno vlasništvo na nekretninama.³³ Brojne promjene u vlasničkim odnosima koje su nastupale npr. kao posljedica postupaka eksproprijacije, arodnacije ili komasacije nisu nikad provedene u zemljišnim knjigama, iako je postojala zakonska obaveza društvenopravnih subjekata da provedu ove upise.

2. 2. 1. Posebno o upisu etažnog vlasništva i pretvorbi prava vlasništva kao razlozima neažurnosti zemljišne knjige

a) Etažno vlasništvo

Vrlo značajan uzrok neažurnosti i praktično jedan od najvećih izazova u pogledu sređivanja zemljišne knjige, predstavlja pitanje provedbe upisa etažnog vlasništva.³⁴ I ovaj problem baštinimo još iz perioda SFRJ, on je stupanjem na snagu ZSP FBiH samo dobio jednu dodatnu dimenziju.

S obzirom da su u bivšoj državi stanovi većinom bili u društvenom odnosno državnom vlasništvu sa stanarskim pravom, etažno vlasništvo je predstavljalo institut marginalnog značaja, zbog čega knjiga etažnog vlasništva, tzv. knjiga E, predviđena članom 21. Zakona svojini na posebnim dijelovima zgrade³⁵, kao svojevrsni pandan zemljišnoj knjizi za upise etažnog vlasništva, nikad nije uspostavljena. Još od ranije je u pogledu upisa etažnog vlasništva u zemljišnim knjigama u praksi vladalo šarenilo. Način upisa je, između ostalog, zavisio od pitanja da li se posebni dio zgrade nalazio u zgradi u privatnom ili u društvenom vlasništvu i u kojem je vlasničkom režimu bilo zemljište. U svakom slučaju su upisi odražavali nepostojanje pravnog jedinstva nekretnine. Negdje su stanovi upisivani u B list zemljišne knjige gdje je bila upisana zgrada u kojoj se stan nalazi, mahom bez elaborata o etažiranju, ili su pojedini stanovi bili upisani u A listu kao posebna zemljišnoknjižna tijela, dok su se njihovi vlasnici upisivali u

32 To jasno pokazuju trenutna rješenja Zakona o stvarnim pravima FBiH koja ponovo predviđaju konstitutivnost upisa samo za sticanje na temelju pravnog posla, dok sticanje po drugim osnovima nije vezano za upis u zemljišnu knjigu, ali se ipak primijeti značajan pomak u ažurnosti zemljišne knjige, što će kasnije u tekstu biti detaljnije obrađeno.

33 Georgievski S., op. cit., str. 1180.

34 Problem upisa etažnog vlasništva u zemljišnu knjigu se i u Hrvatskoj smatra jednom od najlabijih tačaka hrvatskog zemljišnoknjižnog sistema. Vidi: Kontrec D., Povezivanje zemljišnih knjiga i knjige položenih ugovora i upis vlasništva posebnog dijela nekretnine – nova uloga upravitelja nekretnina, Pravo u gospodarstvu, vol 50, no. 1, 2011, str. 74.

35 Zakon o svojini na dijelovima zgrade, Službeni list FNRJ 16/59 bio je savezni zakon koji je na cjelovit način uredio etažno vlasništvo u SFRJ. Ovaj zakon je kasnije preuzet kao republički propis – Zakon o svojini na posebnim dijelovima zgrade SRBiH (Službeni list SR BiH 35/77), koji je kod nas primjenjivan sve do donošenja ZSP FBiH. Vidi Povlakić M., Transformacija stvarnog prava u BiH, str. 169.

list B, otvaranjem onoliko vlasničkih listova koliko je bilo stanova.³⁶ Najveći broj etažnih jedinica ustvari uopšte nije ni bio upisan u zemljišne knjige, a velikim dijelom ni same zgrade nisu bile uplanjene u katastru, pa samim tim ni u zemljišnoj knjizi.

Kada je 1996.-1997. godine, gotovo preko noći, kroz otvaranje mogućnosti otkupa stanova na kojim postoji stanarsko pravo predviđene Zakonom o prodaji stanova na kojim postoji stanarsko pravo³⁷, porastao interes za sticanje vlasništva na posebnim dijelovima zgrade, rješenje za one nekretnine koje nisu bile upisane u zemljišnu knjigu, a što je bila većina, nađeno je u uspostavljanju knjige položenih ugovora.³⁸ Ovaj zakon je, kao *modus acquirendi*, umjesto upisa u zemljišnu knjigu predvidio polaganje ugovora u knjigu položenih ugovora. Ti su stanovi upisivani bez povezivanja sa katastarskom česticom na kojoj se nalaze, što je ponovo odraz nepostojanja pravnog jedinstva nekretnine u to vrijeme.³⁹ Iako je knjiga položenih ugovora zamišljena kao privremena mjera⁴⁰ koja je trebala *ad hoc* riješiti gorući problem privatizacije stanova, još uvijek nije provedeno planirano povezivanje knjige položenih ugovora i zemljišne knjige, iako se na tome radi (vidi *infra* III. 2). Vremenom su propisi o knjigama položenih ugovora mijenjani u smislu proširivanja njihove primjene od prvobitno stanova koji se otkupljuju u okviru privatizacije, na druge neupisane posebne dijelove zgrade, dakle stanove koji su sticani na drugi način, kao i poslovne prostore.⁴¹ Koliko god knjige položenih ugovora predstavljale svrsishodno rješenje u praksi, ipak ima i problematičnih situacija. Misli se prvenstveno na situacije u kojim je u zemljišnoj knjizi bila upisana zgrada koja nije etažirana, a pojedini stanovi su se upisivali u knjigu položenih ugovora. Tako su postojala dva upisa u dvije paralelne evidencije bez međusobnog upućivanja, što je omogućavalo odvojeno raspolaganje, npr. stanovi su prodavani upisom u knjigu položenih ugovora, a na zemljištu sa zgradom je upisana hipoteka. Pri tome obje evidencije uživaju javno povjerenje što je apsurdno i pravno nedopustivo.⁴²

Pored postojanja knjige položenih ugovora, nakon stupanja na snagu Zakona o zemljišnim knjigama FBiH, su se u nekim zemljišnoknjižnim uredima

36 Kontrec D., Povezivanje zemljišnih knjiga i knjige položenih ugovora i upis vlasništva posebnog dijela nekretnine – nova uloga upravitelja nekretnina, *Pravo u gospodarstvu*, 11/2011, str. 82-83.

37 Službene novine FBiH 27/97.

38 Član 27. Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo. Na temelju ove odredbe doneseni su kantonalni propisi o formiranju i vođenju knjiga položenih ugovora. Detaljnije vidi: Povlakić M., Transformacija stvarnog prava u BiH, Sarajevo, 2009., str. 182.

39 Vidi: Weike J., Tajić L. Komentar zakona o zemljišnim knjigama, Privredna štampa, Sarajevo 2005, str. 123.

40 Zakonom o zemljišnim knjigama FBiH je u čl. 94. predviđeno da knjige položenih ugovora ostaju na snazi sve dok se ne ispune pretpostavke za upis vlasništva na posebnim dijelovima u skladu sa odredbama tog zakona.

41 Vidi npr. Uredba o obrazovanju i vođenju knjige položenih ugovora Kantona Sarajevo, Službene novine KS, 16/02, 18/02, 11/08.

42 Tako i Povlakić, Transformacija stvarnog prava u BiH, str. 185.

posebni dijelovi zgrade upisivali u skladu sa članom 30. ovog zakona. ZZK FBiH je, anticipirajući rješenja budućeg stvarnog prava, predvidio način upisa novog koncepta etažnog vlasništva, ali time ovaj koncept nije uveden, nego samo regulirana tehnika njegovog zemljišnoknjižnog provođenja *pro futuro*. U nedostatku materijalnopravne podloge u vidu Zakona o stvarnim pravima FBiH, koji je usvojen tek dvanaest godina kasnije, ova je odredba ZZK FBiH bila neprimjenjiva. Ipak je ta odredba u nuždi i nedostatku drugog rješenja⁴³ primjenjivana, kako se u literaturi ističe na stvaralački kreativan način i faktički *contra legem*.⁴⁴

Problem provedbe upisa etažnog vlasništva je dodatno dobio i na aktuelnosti i na kompleksnosti uvođenjem novog koncepta etažnog vlasništva kroz ZSP FBiH 2014. godine i u prelazim i završnim odredbama predviđeni postupak „prelaska sa starog na novi koncept“. S obzirom da je prema novom stvarnom pravu zemljište (i pravo građenja) jedina nekretnina, te da je uspostavljeno pravno jedinstvo nekretnine, koncept etažnog vlasništva koji je polazio od vlasništva na posebnom dijelu zgrade kao primarnog prava praćenog sporednim pravima na zemljištu i zajedničkim dijelovima zgrade je postao neodrživ. Novi koncept etažnog vlasništva nužno polazi od prava suvlasništva na zemljištu kao (pravno) primarnog prava, sa kojim se neodvojivo povezuje vlasništvo na posebnom dijelu nekretnine.⁴⁵

Način upisa ovog koncepta je predviđen već spomenutim članom 30. ZZK FBiH. Za objekte izgrađene nakon stupanja na snagu ZSP FBiH ne bi trebalo biti većih problema u pogledu knjiženja, jer je pravni okvir kompletiran.⁴⁶ U pogledu starijih objekata ZSP FBiH u članu 349. st. 3. uvodi pravnu fikciju prema kojoj se svi dosadašnji upisi etažnog vlasništva smatraju upisima prava vlasništva na posebnom dijelu nekretnine prema novom konceptu. Ovakva pravna fikcija je bila neophodna kako se ne bi ugrozio pravni promet, ali je zakonodavac predvidio rok u kojem se ova fikcija ima pretvoriti u stvarnost. Čl. 352. ZSP FBiH predviđa rok od pet godina od početka primjene zakona za prevođenje upisa na novi koncept etažnog vlasništva. Ovaj rok je protekao 6.3.2019. godine, a da na ovom polju još nije učinjen značajniji pomak.

Ovo i ne čudi jer ovaj prelazak pretpostavlja provođenje kompleksnog niza radnih koje zahtijevaju i vrijeme i novac. Pri tome nije potpuno jasno ko je ovlašten inicirati ove postupke, niti na čiji teret padaju njegovi troškovi. Naime,

43 Ovo je većinom slučaj u onim kantonima u kojim propisi koji reguliraju Knjigu položenih ugovora, predviđaju samo upis stanova koji se otkupljuju u okviru privatizacije, dok za druge stanove i poslovne prostore ne postoji evidencija – vidi Povlakić M., Transformacija stvarnog prava u BiH, str. 188.

44 Vidi detaljno i kritički Povlakić M., Transformacija stvarnog prava u BiH, str. 188-189.

45 Detaljno o novom konceptu etažnog vlasništva vidi: Povlakić M., Transformacija stvarnog prava u BiH, str. 195. i dalje.

46 Ipak u pogledu izgleda elaborata o etažiranju postoje različite prakse, također u pogledu obaveze zatvaranja osnovnog zemljišnoknjižnog uložka, nakon što se otvore posebni ulošci za svaki posebni dio nekretnine postoje određene nedoumice u praksi.

u velikom broju slučajeva etažiranju zgrade treba prethoditi postupak upisa te zgrade u katastar, što pretpostavlja prethodno izdavanje upotrebne dozvole za zgradu. Ovo bi moglo predstavljati problem imajući u vidu da osobe na koje glasi građevinska dozvola koja je svojevremeno izdata više ne postoje i nije moguće utvrditi ni njihove pravne sljednike.⁴⁷ Određeno olakšanje u ovom kontekstu se može vidjeti u odredbama člana 347. ZSP FBiH kojim se vrši pravno sjedinjenje zemljišta i neupisane zgrade. Ovim članom vlasnici zgrade, tj. vlasnici posebnih dijelova nekretnine štiku (su)vlasništvo na zemljištu. Ako u korist vlasnika zgrade nije upisano neko od prava korištenja koje se sticalo na gradskom građevinskom zemljištu, a što je u ovim situacijama pravilo, vlasništvo na zemljištu se može upisati i na temelju konačnog općinskog rješenja o dodjeli prava korištenja u svrhu izgradnje s rješenjem o oduzimanju građevinskog zemljišta iz posjeda prijašnjeg vlasnika ili korisnika, te obavijesti nadležnog organa da je na građevinskoj čestici izgrađena zgrada u skladu sa propisima.⁴⁸ Po tome se pristupa izradi elaborata o etažiranju, sačinjenju ugovora o diobi i uknjižbi vlasništva na pojedinačnim posebnim dijelovima nekretnine. Zakonom je dato u nadležnost Vlade FBiH da donese provedbeni propis kojim će se utvrditi pretpostavke pod kojim će organi vlasti snositi troškove izrade elaborata o etažiranju, notarske obrade ugovora o diobi, a sve to u cilju utvrđivanja odgovarajućih suvlasničkih udjela i njihovog povezivanja sa posebnim dijelovima nekretnine, što se do danas nije desilo. Zakon predviđa da etažni vlasnici, srazmjerno vrijednosti njihovih posebnih dijelova nekretnine snose troškove upisa prava vlasništva u zemljišnu knjigu.⁴⁹

Sami etažni vlasnici nisu naročito motivirani da provedu proceduru vezanu za „prevođenje“ postojećih upisa iz knjige položenih ugovora na novi koncept etažnog vlasništva i upis u zemljišnu knjigu, jer oni i prema sadašnjem stanju stvari ne trpe nikakve negativne posljedice. Njihovo vlasništvo je zaštićeno, oni svojim posebnim dijelovima nekretnine mogu nesmetano raspolagati u pravnom prometu⁵⁰ bez ikakve obaveze da prilikom takvih raspolaganja moraju preći na novi koncept. Na taj način, ova odredba iz njihove perspektive izgleda kao bespotrebno izlaganje dodatnim troškovima, U Hrvatskoj se ovaj problem pokušao riješiti ovlaštenjem upravitelja zgrada za pokretanje i provođenje ovog postupka, a postoje i tumačenja da se troškovi istog mogu pokrivati iz zajedničke rezerve etažnih vlasnika.⁵¹ Određen pomak u pravcu prelaska na novi koncept etažnog vlasništva u zemljišnim knjigama kod nas se može očekivati u okviru

47 Vidi Povlakić, u: Babić et al., Komentar zakona o stvarnim pravima FBiH, Privredna štampa, Sarajevo, 2014., str. 872.

48 Vidi Povlakić, Komentar zakona o stvarnim pravima str. 874.

49 Čl. 349. st. 5-7.

50 U tom smislu i: Kontrec D., Povezivanje zemljišnih knjiga i knjige položenih ugovora i upis vlasništva posebnog dijela nekretnine – nova uloga upravitelja nekretnina, Pravo u gospodarstvu 1/2011, str. 90.

51 Vidi Kontrec D., Povezivanje zemljišnih knjiga i knjige položenih ugovora i upis vlasništva posebnog dijela nekretnine – nova uloga upravitelja nekretnina, Pravo u gospodarstvu 1/2011, str. 92 i dalje.

projekta registracije nekretnina i postupka uspostave zemljišne knjige na području FBiH, o čemu će još biti riječi kasnije u ovom radu.

Osim u slučaju etažnih vlasnika, gdje je zakonodavac, predviđevši rok u kojem treba biti okončan postupak prelaska sa starih na nova zakonska rješenja, na još jednom mjestu u prelaznim i završnim odredbama predvidio opću obavezu upisa stvarnih prava u zemljišnu knjigu u datom roku. I u ovim odredbama dolazi do izražaja intencija zakonodavca da utiče na sređivanje stanja zemljišne knjige. Prema članu 361., svi nosioci vanknjižnih prava imaju obavezu da u roku od tri godine od dana početka primjene Zakona pokrenu postupak za upis prava i svih promjena na njima u zemljišnu knjigu. U drugom stavu istog člana posebno se daje u nadležnost pravobranilaštvima da u roku od tri godine pokrenu postupke za upis stvarnih prava na nekretninama gdje se kao titular javlja Federacija, kantoni, odnosno jedinice lokalne samouprave, kao i za upis općih i javnih dobara. Ovi rokovi su odmjereni nerealno kratko, a i da nisu, obaveze propisane na ovakav način nisu naročito efikasne mjere. Zakonodavac se u FBiH nije odlučio da zbog nesređenosti zemljišnih knjiga i dalekosežnih posljedica striktno primjene načela povjerenja, suspenduje ovo načelo na određeno vrijeme, kao što je to bio slučaj u RS, gdje je istovjetan član 346. sadržavao još jedan stav 3. prema kojem je u korist upisa do kojih dođe u roku od tri godine odgođena primjena načela povjerenja u istinitost i potpunost zemljišne knjige. Činjenica da je ovaj stav izostavljen u ZSP FBiH odredbama prethodna dva stava bitno oduzima na značaju (vidi *infra* III.1.).

b) Implementacija prelaznih i završnih odredbi ZSP FBiH o pretvorbi

Prelaznim i završnim odredbama ZSP FBiH je u ovom entitetu konačno izvršena pretvorba društvenog/državnog vlasništva i raznih njihovih inačica i izvedenica u pravo vlasništva koje je jedno i jedinstveno za sve subjekte. Unazad zadnjih dvadesetak godina je bilo nekoliko parcijalnih, dijelom i potpuno neuspjelih pokušaja pretvorbe⁵², ali je tek Zakonom o stvarnim pravima ovo izvršeno sveobuhvatno sistemski. Ovo je samo po sebi problematično, jer je ovaj zakon došao prekasno, te su već stvorene određene činjenice na terenu, zbog čega se implementacija odredi kojima se dovršava transformacija odvija izrazito sporo, uz niz problema i djelomično veliki otpor. Vrlo često se neprovođenje pretvorbe u praksi opravdava pozivanjem na odredbe drugih propisa koji predstavljaju *lex specialis*. Prvenstveno se misli na odredbe Zakona o građevinskom zemljištu FBiH⁵³, pri čemu ZSP FBiH daje dovoljno materijala za prevazilaženje pitanja proturječnosti pojedinih odredbi ova dva zakona u smislu davanja prednosti odredbama ZSP FBiH. ZSP FBiH propisuje obavezu usklađivanja ZGZ FBiH sa odredbama ZSP FBiH⁵⁴, te potcrtava namjeru zakonodavca da bez izuzetka provede načelo jednovrsnosti prava vlasništva i pravnog jedinstva nekretnine,

⁵² Prevenstveno su te mjere bile usmjerene na pretvorbu prava na gradskom građevinskom zemljištu. Detaljan pregled daje Povlakić u Povlakić M., Transformacija stvarnog prava u BiH, str. 145 i dalje.

⁵³ Službene novine FBiH, 25/03, u daljem tekstu: ZGZ FBiH.

⁵⁴ Član 371. st. 2. ZSP FBiH.

propisujući da se odredbe drugih pozitivnopravnih propisa koji drugačije uređuju ova pitanja imaju tumačiti i primjenjivati u skladu sa djelovanjem načela jednovrsnosti prava vlasništva i pravnog jedinstva nekretnine.⁵⁵ Često se odbijanje provedbe transformacije obrazlaže i pozivanjem na Zakon o privremenoj zabrani raspolagnja državnom imovinom⁵⁶, a u vezi sa čl. 364 ZSP FBiH. ali i ovdje prvenstveno treba imati u vidu da akt raspolaganja pretpostavlja pravni posao usmjeren na prenos vlasništva, a da transformacija prava prema članovima 338. i 339. ZSP FBiH ne predstavlja raspolaganje nego transformaciju po sili zakona, pretvorbu prava određenog subjekta iz jednog u drugo pod zakonom propisanim pretpostavkama, pa time ne potpada pod navedena ograničenja u vezi sa zaštitom državne imovine, te primjeni ovih zabrana nema mjesta.

S obzirom na neusaglašenost zemljišne knjige i katastra, česta je situacija da se određena građevinska parcela u zemljišnoj knjizi vodi kao neizgrađena, a da na terenu i u katastru postoji zgrada. U tom smislu je moguće da prema stanju u zemljišnoj knjizi titular nekog od prava korištenja podnese zahtjev za pretvorbu tog prava u pravo vlasništva na temelju člana 339. ZSP FBiH koji regulira pretvorbu prava korištenja neizgrađenog građevinskog zemljišta. Iz teksta odredbi ovog člana proizlazi da su se prava korištenja na neizgrađenom građevinskom zemljištu u društvenom/državnom vlasništvu stupanjem na snagu ZSP FBiH pretvorila u pravo vlasništva titulara tog prava korištenja ili njegovog pravnog sljednika, a upis prava korištenja se smatra kao upis prava vlasništva. Odredba je načelno jasna i iz nje je samo moguće zaključiti da se transformacija prava korištenja u pravo vlasništva desila po sili zakona, već njegovim stupanjem na snagu⁵⁷, da se upis u zemljišnoj knjizi ima smatrati upisom prava vlasništva, što znači da je zemljišna knjiga postala netačna i treba ju ispraviti. Naše zemljišnoknjižno pravo ne regulira provođenje upisa po službenoj dužnosti. Iako su promjene nastupile po sili zakona, njihova zemljišnoknjižna provedba pretpostavlja inicijativu upisanog titulara. U pogledu postupka kako se ta ispravka vrši, relevantan je član 343. ZSP FBiH. Prema tome se upis prava vlasništva u koje se pretvorilo pravo korištenja upisuje po pravilima zemljišnoknjižnog prava, osim ako zakonom nije propisano drugačije, što se u sljedećem stavu upravo čini. Izričito je propisano da će zemljišnoknjižni sud dopustiti brisanje društvenog vlasništva i prava korištenja i upisati pravo vlasništva u korist osobe koja je kao nosilac prava korištenja bila upisana u zemljišnoj knjizi na zahtjev osobe koja za to ima pravni interes. Iz ove odredbe ne proizlazi obaveza prilaganja bilo kakvih dodatnih dokumenata i dokaza zemljišnoknjižnom sudu, osim zahtjeva za brisanje državnog vlasništva i prava korištenja i upis prava vlasništva. Ipak u praksi često nije postupano po ovakvim zahtjevima. Razlozi za neprovođenje ovih upisa su brojni. Tako se u praksi nalaze slučajevi u kojima je zemljišnoknjižni referent zahtijevao podnošenje dodatnih dokaza, prvenstveno uvjerenja iz katastra da se u datom slučaju radi

⁵⁵ Član 372. ZSP FBiH.

⁵⁶ Službene novine FBiH, 20/05.

⁵⁷ Preciznosti radi treba reći početkom primjene, s obzirom na izmjene i dopune ZSP 100/13.

o neizgrađenom zemljištu, pa ukoliko podnosilac zahtjeva za pretvorbu nije naknadno priložio ovo ovjerenja, zahtjev za upis prava vlasništva je odbacivan. Kad je podnosilac zahtjeva za pretvorbu u pravo vlasništva bio titular prava korištenja radi građenja, a od momenta upisa tog prava je prošao već duži niz godina, često se zahtjev odbijao sa obrazloženjem da je pravo korištenja radi građenja prestalo, pozivajući se na odredbe ZGZ FBiH. Pri tome ZGZ FBiH jasno propisuje pod kojim uslovima prestaje pravo građenja, u smislu da je nakon proteka propisanih rokova, potrebno rješenje, te brisanje iz zemljišne knjige,⁵⁸ u suprotnom pravo korištenja nije prestalo iako su bili ispunjeni preduslovi za to.

U ovim slučajevima su zemljišnoknjižni referenti vodili računa o stanju na terenu, ali ipak njihovo postupanje u nije utemeljeno u zakonu. Neki dodatni uslovi su se mogli predvidjeti podzakonskim aktima, ali se to nije desilo. Mora se poći od toga da je i sam zakonodavac prilikom donošenja ZSP FBiH bio svjestansituacije na terenu, a ipak se odlučio pretvorbu regulirati na izloženi način.

I u pogledu primjene ostalih odredbi ZSP FBiH kojima se provodi transformacija u praksi postoji niz problema koji na ovom mjestu ne mogu biti detaljno prikazivani, te navedeni primjeri ilustriraju kompleksnost problema zemljišnoknjižne provedbe ovih odredbi ZSP FBiH. Mnoga lutanja koja su nastala u praksi su dijelom odraz nepoznavanja starih propisa i sistema, pogrešnog tumačenja pozitivnopravnih propisa, (prividnog) sukoba ZSP FBiH sa drugim pozitivnopravnim propsima⁵⁹, ali i svojevrsnog straha.⁶⁰ Ukoliko bi izvršenom pretvorbom u skladu sa zakonom došlo do povrede nečijeg prava, ostaje put parnice, a zemljišnoknjižni referenti ne bi trebali strahovati od posljedica postupanja u skladu sa slovomzakona. Neprovođenje transformacije društvenog/državnog vlasništva pri tome usporava i otežava pravni promet nekretninama, nastavlja postojanje upisa neshvatljivih i neprihvatljivih stranim investitorima, odaje dojam samovoljnosti postupanja, što se u ukupnosti izrazito nepovoljno odražava na poslovni ambijent u državi.

3. Aktivnosti i mjere u cilju sređivanja stanja zemljišne knjige

3.1. Pretpostavke sticanja stvarnih prava i načelo povjerenja u zemljišnu knjigu

58 Čl. 49. i 50. ZGZ FBiH.

59 Prvenstveno se misli na odredbe ZGZ FBiH, pri čemu ZSP FBiH daje dovoljno materijala za prevazilaženje pitanja proturječnosti pojedinih odredbi u ova dva zakona u smislu davanja prednosti odredbama ZSP FBiH. Često se odbijanje provedbe transformacije obrazlaže i pozivanjem na odluke o zabrani raspolaganja državnom imovinom, ali i ovdje prvenstveno treba imati u vidu da se kod transformacije ne radi o raspolaganju, nego o pretvorbi jednog prava u drugo koja se dešava *ex lege*, primjeni ovih zabrana nema mjesta.

60 Nažalost je za očekivati da će novija praksa Ustavnog suda BiH poput odluke u predmetu AP 994/17 dodatno zakomplicirati provedbu prelaznih i završnih odredbi ZSP FBiH kojima se vrši transformacija društvenog/državnog vlasništva.

Prvi u nizu reformskih propisa koji reguliraju pravni režim nekretnina, bio je Zakon o zemljišnim knjigama. Iz nekoliko odredbi ovog zakona je vidljiva intencija zakonodavca da smanji jaz između knjižnog i vanknjižnog stanja. To proizlazi prvenstveno iz pooštrenja djelovanja načela konstitutivnosti upisa. Naše ranije pravo je upis u zemljišnu knjigu kao konstitutivni element tj. *modus acquirendi* za sticanje (prenos i prestanak) stvarnih prava na nekretninama predviđalo samo za sticanje temeljem pravnog posla.⁶¹ Svi ostali osnovi sticanja – originarno sticanje tj. sticanje na temelju zakona, sticanja temeljem odluka nadležnih organa, te temeljem nasljeđivanja nisu pretpostavljala upis u zemljišnu knjigu, te su se dešavala vanknjižno, dok je upis u tim slučajevima imao samo deklaratorno dejstvo. Članom 5. ZZK FBiH je obaveza upisa u zemljišnu knjigu kao pretpostavke sticanja proširena na sve osnove sticanja osim nasljeđivanja.⁶² Ovo je potcrtano članom 8. koji predviđa obavezu upisa prava na nekretninama i svih promjena koje se tiču podataka u zemljišnoj knjizi. Iako na području građanskog prava vlada dispozitivnost, te se nametanje obaveze upisa može posmatrati kao ograničavanje te dispozitivnosti, odredba člana 8. je unesena u zakonski tekst upravo u cilju podsticanja titulara stvarnih prava da ta svoja prava upišu u zemljišnu knjigu i da se spriječe vanknjižna raspolaganja koja su bila izrazito česta u praksi.⁶³ Ove mjere međutim nisu polučile naročite efekte. S jedne strane je intencija zakonodavca da disciplinira pravne subjekte osujećena drugim odredbama istog zakona, prvenstveno odredbom člana 89., kojim je izričito dozvoljen nastavak postojanja vanknjižnog vlasništva stečenog dosjelošću prije stupanja na snagu ZZK FBiH, a još više nepredviđanjem nikakve vrste sankcije, pa ni indirektna za neispunjavanje ove obaveze. Motivacija vanknjižnih vlasnika da svoja prava upišu u zemljišne knjige raste ukoliko im u suprotnom prijeto određena opasnost po njihovo pravo. U tom smislu je ključan način uređenja djelovanja načela povjerenja u zemljišnu knjigu. U tom dijelu ZZK FBiH nije bio dovoljno precizan, odnosno nije uzeo u obzir dugogodišnju pravnu praksu na ovim područjima. Sadržaj zemljišne knjige se prema članu 9. ZZK FBiH smatra tačnim za treća lica koja stiču na osnovu pravnog posla, ukoliko sadržaj zemljišne knjige nije osporen putem prigovora⁶⁴, ili ukoliko je trećoj osobi poznata netačnost zemljišne knjige, ili joj zbog grube nepažnje nije poznata. I prije stupanja na snagu ZZK FBiH je kod nas, barem formalno, vrijedilo načelo povjerenja u zemljišne knjige. Zbog notornog raskola između knjižnog i vanknjižnog stanja je međutim domaća sudska praksa bila na stanovištu da treće lica, da bi se moglo smatrati savjesnim sticateljem koje načelo povjerenja štiti, mora istražiti i vanknjižno stanje.⁶⁵ Smisao načela

61 Član 33. ZOSPO (Službeni glasnik RBiH 37/95), član 38. ZOVO (Službene novine FBiH,

62 Izuzetak kod nasljeđivanja kao osnova sticanja stvarnih prava leži u djelovanju načela neposredne univerzalne sukcesije koje bi bilo narušeno propisivanjem konstitutivnošću upisa nasljednikovog sticanja.

63 Vidi: Weike J., Tajić L., Komentar zakona o zemljišnim knjigama, str. 42., također: Velić u: Babić et al., Komentar zakona o stvarnim pravima FBiH, str. 269.

64 Ovdje se radi o nespretnoj formulaciji zakonodavca i trebalo bi glasiti putem zabilježbe.

65 Umjesto mnogih: Stanković O., Orlić M., Stvarno pravo, Beograd, 1986., str. 536.

povjerenja međutim leži u tome da se savjesni sticatelj nekog stvarnog prava na nekretnini može pouzdati u zemljišnu knjigu i onda kada ono ne odgovara stvarnom stanju. Obaveza istraživanja vanknjižnog stanja zato obezvrjeđuje ovo načelo, a time dovodi u pitanje opravdanost održavanja zemljišne knjige.⁶⁶ Iako iz odredbe člana 9. ZZK FBiH ne proizlazi obaveza istraživanja vanknjižnog stanja, praksa je dijelom nastavila tumačiti da ova obaveza postoji, iako se u posljednje vrijeme počela ocrtavati i sudska praksa koja veći značaj pridaje načelu povjerenja i ne štiti vanknjižnog titulara više nego savjesnog sticatelja.⁶⁷

Stupanjem na snagu ZSP FBiH su neke odredbe ZZK FBiH dopunjene, dok su druge derogirane. ZSP FBiH se ponovo vratio starom rješenju prema kojem upis u zemljišnu knjigu ima konstitutivno dejstvo samo za sticanje na osnovu pravnog posla, a ne i za ostale osnove sticanja, te je predvidio da sticatelji po drugim pravnim osnovima, osim pravnim poslom imaju pravo, a ne obavezu da svoja prava upišu u zemljišnu knjigu, pri čemu se odmah naglašava da se njihova neupisana prava ne mogu suprotstaviti trećim savjesnim licima.⁶⁸ Time su derogirane odredbe članova 5. i 8. ZZK FBiH.⁶⁹ Član 55. ZSP detaljnije regulira zaštitu povjerenja u zemljišne knjige i dopunjava odredbe člana 9. ZZK FBiH. Nakon stupanja na snagu ZSP FBiH u pogledu pretpostavki pod kojim se sticalac stvarnog prava na nekretnini ima smatrati savjesnim više nema nikakve dileme, jer je izričito propisano da se za savjesnost ne zahtijeva istraživanje vanknjižnog stanja.⁷⁰ Tek je na ovaj način postalo suviše riskantno za vanknjižne nosioce stvarnih prava na nekretninama, ne upisati ta prava u zemljišnu knjigu, jer je tek ovakvim uređenjem načela povjerenja nastala realna opasnost od gubitka takvih neuknjiženih prava protiv savjesnog sticaoca koji stiče od upisanog lica koje nije vlasnik i to na osnovu povjerenja u zemljišnu knjigu. Tek ovako stroga primjenja načela povjerenja može doprinijeti ažuriranju zemljišne knjige.⁷¹

Zakonodavac se u FBiH nije odlučio da zbog nesređenosti zemljišnih knjiga i dalekosežnih posljedica striktno primjene načela povjerenja, suspenduje ovo načelo na određeno vrijeme, kao što je to bio slučaj u RS⁷², a posebno u Hrvatskoj.⁷³ Ipak se nastojalo voditi računa o nesaglasnosti između zemljišnoknjižne i katastarske

66 Umjesto mnogih: Stanković O., Orlić M., Stvarno pravo, Beograd, 1986., str. 531.

67 Detaljniji prikaz geneze novije sudske prakse u pogledu primjene načela povjerenja daje npr. Dragičević F., Raspolaganje bračnom stečevinom i zaštita povjerenja u zemljišne knjige u praksi Ustavnog suda BiH, NPR, 2/2017, str. 9 i dalje.

68 Čl. 52. ZSP FBiH.

69 Određenu obavezu upisa ZSP predviđa u članu 361. vidi supra II.2.1. a).

70 Član 55. st. 3. ZSP FBiH.

71 Tako i Povlakić M., komentar zakona o stvarnim pravima, str. 287.

72 Član 346 st. 6. ZSP RS odgađa primjenu načela povjerenja na tri godine od stupanja na snagu ZSP RS.

73 U Hrvatskoj je prvobitna odgoda primjene načela povjerenja predviđena Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima RH i iznosila je pet godina od stupanja na snagu ovog Zakona 1.1.1997. Nakon toga je višestruko produžavan ovaj rok, čak u trajanju od ukupno 20 godina. Odgoda načela povjerenja je u Hrvatskoj prestala tek 1.1.2017. godine.

evidencije, pa je propisano da zemljišna knjiga uživa povjerenje samo u pogledu pravnog stanja nekretnine, dok se to povjerenje proteže na tehničke podatke u vezi sa opisom nekretnine, samo u slučajevima kada je zemljišna knjiga uspostavljena prema novom premjeru.⁷⁴

Pored ZZK i ZSP, u okviru zakonodavnih mjera koje su doprinijele ažuriranju zemljišne knjige, neizostavno je spomenuti i Zakon o notarima FBiH. Upravo su ZNot FBiH i ZZK FBiH, do donošenja i početka primjene ZSP FBiH, regulirali pravni režim sticanja i prenosa prava vlasništva na nekretninama. ZNot FBiH je članom 73. utvrdio notarski obrađenu ispravu kao *iustus titulus* u smislu *forme ad solemnitatem* za sticanje i prenos stvarnih prava na nekretninama, a kasnije ZSP FBiH kao propis u kojem je prirodno mjesto ovoj odredbi o pretpostavkama sticanja prava vlasništva na nekretninama, preuzeo ovo rješenje.⁷⁵ Uvođenje notarijata latinskog tipa⁷⁶, čiju srž čini postupak notarske obrade isprave⁷⁷ je ocijenjeno nužnim s obzirom na izrazito nizak stepen pravne sigurnosti koji je vladao na tržištu nekretnina zbog čestih vanknjižnog raspolaganja, višestrukog otuđenja iste nekretnine, zaključenja ugovora koji su neprovodivi u zemljišnoj knjizi i sl. Osim toga je uvođenje notarske službe smatrano pogodnim sredstvom za rasterećenje pravosuđa i povećanje efikasnosti pravosuđa i cjelokupnog privatnopravnog sistema.⁷⁸ Uvođenje notarske službe je nesumnjivo polučilo efektima na tržištu nekretnina u smislu povećanja stepena pravne sigurnosti, a posredno i u pogledu sređivanja stanja zemljišne knjige. U 2008. godini je broj zahtjeva za uknjižbu u odnosu na 2006. godinu porastao čak za 92%.⁷⁹ Imajući u vidu da su 2007. godine notari počeli sa svojim radom, zasluge za ovaj porast zasigurno se mogu pripisati notarskoj službi.⁸⁰ Slučajevi višestrukog otuđenja su zahvaljujući isključivoj nadležnosti notara da sačinjavaju ugovore o kupoprodaji nekretnina i široku upotrebu predbilježbe⁸¹ u cilju osiguranja obje ugovorne strane, u vidu garancije kupcu da će biti uknjižen kao vlasnik, te garancije prodavcu da će mu biti isplaćena kupoprodajna cijena, su iščezli iz prakse.⁸²

Ove navode o interrelaciji između materijalnog stvarnog prava, zemljišne knjige i notarske službe, potvrđuju i iskustva iz SR Njemačke, odakle je uostalom i

74 Čl. 55. st.1.

75 Čl. 53 st.2. ZSP FBiH

76 O ovom tipu notarijata vidi npr. Seger Ch., *Lex est quod notamus*: O uvođenju latinskog notarijata u tranzicijskim zemljama istočne i jugoistočne evrope, NPR, 1-2 2010, str. 21-30.

77 O postupku notarske obrade isprave: Softić V., u: Povlakić M, Schalast Ch., Softić V., Komentar Zakona o notarima, Sarajevo, 2009., str. 142 i dalje.

78 Radi se o preporukama Evropske Komisije u okviru strukturirani dijaloga o pravosuđu između Bosne i Hercegovine i Evropske Unije, www.dei.gov.ba.

79 Izvještaj o provedbi projekta Svjetske banke za zemljišnoknjižnu administraciju u BiH i projekta registracije nekretnina za četvrti kvartal 2010. godine, dostupno na www.fmp.gov.ba, str. 24.

80 Vidi: Povlakić M., Roll-back u nekim oblastima privatnog prava u Federaciji BiH, str. 19.

81 Vidi: Povlakić M., u: Babić et. al., Komentar zakona o stvarnim pravima FBiH, str. 275 i dalje.

82 Vidi: Škaljić M., Uloga i značaj latinskog tipa notarijata u oblasti stvarnih prava u Bosni i Hercegovini, u: Šarčević E., (ur.), Notarijat i pravna država, CJP, Sarajevo, 2013, str. 137-138.

preuzet model notarijata koji je uveden kod nas, kao i neka od rješenja stvarnog prava u vezi sa sticanjem prava vlasništva na nekretninama. Prema njemačkim autorima je djelatnost notara neophodna kako bi zemljišna knjiga mogla ispuniti svoje funkcije u pravnom prometu, jer je postupak notarske obrade garant za besprijekornost isprave koja služi kao podloga za upis u zemljišnu knjigu.⁸³ Notar u postupku notarske obrade savjetuje i instruiira, unaprijed otklanja moguće buduće sporove upozoravajući stranke na moguće izvore eventualnih sporova, pa u tom smislu pribavlja saglasnosti neuknjiženog bračnog partnera za raspolaganje nekretninom koja čini bračnu stečevinu, pribavlja izjave titulara neupisanog prava preče kupovine da ne namjerava konzumirati to svoje pravo, provjerava postojanje neizmirenih poreskih obaveza koji se odnose na nekretninu, i sl. Na ovaj je način kroz djelatnost notara smanjen broj tabularnih isprava koje nisu podobne za provedbu u zemljišnu knjigu zbog određenih nedostataka, kao i broj brisanja već provedenih upisa usljed naknadnih poništenja pravnih poslova koji su činili pravnu osnovu upisa, a koji su bili ništavi ili pobojni.

Ovi pozitivni efekti koji su posljedica sinergije između materijalnog stvarnog prava, notarijata i zemljišne knjige bi mogli biti značajno osujećeni u skorijoj budućnosti.

15.5.2019. godine objavljena je presuda Ustavnog sud FBiH u predmetu U-22/16⁸⁴ povodom zahtjeva za ocjenu ustavnosti odredbi niza zakona, među kojima i Zakona o stvarnim pravima FBiH i Zakona o zemljišnim knjigama i drugih, koji za određene pravne poslove predviđaju notarsku obradu isprave kao *formu ad solemnitatem*, a čiji je pravni osnov za donošenje bio član 73. ZNot FBiH koji je ranije, presudom ovog suda u predmetu U -15/10 proglašen neustavnim.⁸⁵ Ustavni sud je našao da velika većina osporenih odredbi nije u skladu sa Ustavom, te u prelaznom roku, ne dužem od šest mjeseci od dana objavljivanja odluke u službenim novinama naložio zakonodavcu da uskladi odredbe koje su proglašene neustavnim sa Ustavom FBiH. Iz obrazloženja u najkraćem proizlazi da je Sud našao da se odredbe posebnih zakona čija je ustavnost ocjenjivana upravo baziraju na član 73. ZNoT FBiH koji je proglašen neustavnim, zbog čega trebaju slijediti istu pravnu sudbinu. Sud smatra da je zakonodavac uvođenjem latinskog tipa notarijata sa ekskluzivnim nadležnostima notara da u postupku notarske obrade sačinjavaju pravne poslove u određenim oblastima, između ostalog u oblasti sticanja i prenosa stvarnih prava na nekretninama, na nesrazmjeran i previše oštar način ograničio autonomiju volje građana postavljajući se u svojevrstu ulogu staratelja, potpuno onemogućivši izbor u pogledu forme zaključenja pravnog posla. Takvim faktičkim monopolskim položajem notara je, osim toga, po mišljenju Suda, dovedeno u pitanje pravo na jednakost pred zakonom onih subjekata koji

83 Hügel S., Das Zusammenspiel von deutschem Grundbuch- und Sachenrecht unter besonderer Berücksichtigung der Tätigkeit des Notars zur Gewährleistung der Grundbuchfunktionen, str. 126.

84 Službene novine FBiH, 32/19.

85 Detaljnije o presudi U 15/10: Delić D., Odluka Ustavnog suda Federacije BiH o neustavnosti Zakona o notarima, Sveske za javno pravo, br. 25, 7/2016, str. 33-43.

unatoč svojim kvalifikacijama, verifikovanim znanjima i vještinama ne mogu više raditi ono što su kao stručnjaci ranije mogli.

Iako se presude Ustavnih sudova nesumnjivo moraju poštovati i implementirati, argumentaciji Ustavnog suda slijeđenoj u obrazloženju ove presude se može iznijeti niz zamjerki, jednako kao i u pogledu obrazloženja presude br. U 15/10, koja je već bila predmet kritike u stručnoj literaturi.⁸⁶ U ovom radu ova presuda ne može biti detaljnije analizirana, ali je evidentno da ova presuda na određeni način poništava efektemukotrpno postignute reforme pravnog režima nekretnina i nalaže iznalaženje nekog novog, drugačijeg rješenja za uređenje notarske službe i notarskih nadležnosti. Ova presuda nameće ponovno i drugačije uređenje pretpostavki za sticanja i prenosa stvarnih prava na nekretninama, pri čemu je postojeći sistem funkcionirao i pokazao mjerljive pozitivne efekte u smislu povećanja pravne sigurnosti na tržištu nekretnina. Ovo FBiH vraća nekoliko koraka unazad. Donošenje novih propisa i njihova implementacija u praksi će zahtijevati vrijeme i novac. Česte i radikalane promjene u ovako važnim oblastima prava suizrazito nepoželjne i uvode pravnu nesigurnosti neizvjesnost. Također se između rješenja u entitetima i BD BiH uvodi masivan disbalans, sa dijelom nesagledivim posljedicama.

Upravo je uloga notara kakva je koncipirana trenutnim zakonskim okvirom koji je ocijenjem neustavnim ključna za pravnu sigurnost u prometu nekretnina. Između notarijata i javnih registara poput zemljišne knjige postoji izrazita funkcionalna povezanost, a ta povezanost se u literaturi ističe kao posebna odrednica notarske službe.⁸⁷ Zajedničko djelovanje materijalnog stvarnog prava, zemljišnoknjižnog prava i notarske službe imaju vrlo pozitivne efekte u pogledu postizanja funkcija zemljišne knjige⁸⁸, a koji bi implementacijom presude US FBiH nažalost mogli biti u velikoj mjeri osujećeni. Ovakav razvoj će zasigurno imati negativne posljedice na reformski, a time i na evropski put Bosne i Hercegovine.

3. 2. Uskladjivanje podataka između katastra, zemljišne knjige i stanja na terenu

U pravilu bi poslije svakog novoizvršenog katastarskog premjera ili tehničke reambulacije, trebala uslijediti i obnova zemljišne knjige u smislu usaglašavanja podataka u A listu zemljišnoknjižnog uložka sa novim katastarskim podacima. U našoj praksi je jedan od najvećih problema upravo masivna nesaglasnost između katastra i zemljišne knjige u pogledu broja, izgrađenosti, površine i drugih podataka u vezi sa česticom, nastala na način da nove premjere nisu pratile i izmjene

⁸⁶ Vidi: Delić D., op. cit., str. 40.

⁸⁷ Vidi i: Ernst H./Josipović T., Javni bilježnici i javni registri, Zbornik pravnog Fakulteta u Zagrebu 59 (6) 2009, str. 1117.

⁸⁸ Hügel S., op. cit., str. 101 i dalje.

podataka u zemljišnoj knjizi koji se preuzimaju od katastra.⁸⁹ Iako ZZK predviđa da se zemljišna knjiga vodi po podacima novog premjera⁹⁰, usaglašavanje se u prošlostigotovo nije vršilo po službenoj dužnosti, što je vjerovatno uzrokovano velikim troškovima i drugim resursima, ovaj postupak izaziva, s obzirom na njegovu dugotrajnost i kompleksnost koja pretpostavlja odgovarajuću kadrovsku opremljenost.⁹¹

ZZK FBiH u poglavlju VIII (čl. 63.-72.) koje nosi naslov „Novo uspostavljanje, zamjena i postupak uspostavljanja zemljišne knjige“ i koje, zajedno sa s njime povezanim odredbama članova 73. i 88., određuje postupak zamjene i novog uspostavljanja zemljišne knjige. Zakonski tekst je terminološki neprecizan, jer, iako se u naslovu poglavlja govori o postupcima novog uspostavljanja i zamjene, dalje se određuje samo pojam i postupak uspostavljanja zemljišne knjige, dok je nejasno u kojim se slučajevima radi zamjena. Iz teksta ZZK proizlazi da se o uspostavi zemljišne knjige radi u slučajevima da ista uopće ne postoji ili da je postojala, ali je uništena dijelom ili u cjelosti.⁹² O zamjeni bi se onda trebalo raditi u slučajevima kada se postojeća zemljišna knjiga vođena po podacima starog premjera, u skladu sa članom 88. zamjenjuje novom koja se vodi po podacima novog premjera, premda i ovdje ZZK FBiH govori o postupku uspostave (čl. 88.st.2.).⁹³ Osim ovih terminoloških nepreciznosti je okvir koji ZZK FBiH, uz određenu razradu u Pravilniku o postupanju u zemljišnoknjižnim stvarima⁹⁴, čl.13.-18., pruža za provođenje ovog postupka vrlo skroman, što dovodi do različitih tumačenja i različitih postupanja u praksi.

Zahvaljujući kreditnim sredstvima Svjetske Banke, već preko 12 godina je u fazama u toku projekat Registracije nekretnina⁹⁵, koji, između ostalog, pretpostavlja sistemsku harmonizaciju podataka zemljišne knjige i katastra po službenoj dužnosti. Projektom su obuhvaćene ukupno 243 katastarske općine u urbanim sredinama⁹⁶, te je zahvaljujući provođenju ovog projekta u praksi zaživio

89 Formulaciju novi premjer treba uzeti sa rezervom jer se radi o premjeru vršenom osamdesetih godina. U tom smislu se nastoji zemljišna knjiga usaglasiti sa katastrom koji je i sam već zastario i zahtijeva obnovu.

90 Član 63. st. 4 ZZK FBiH, a i Pravilnik o postupanju u zemljišnoknjižnim stvarima (Službene novine FBiH 5/03, 10/07) u članu 41. regulira obavezu međusobnog obavještanja o promjenama između katastra i zemljišne knjige.

91 Sa ovim problemom se susreće i Republika Hrvatska, te je posljednjih nekoliko izmjena Zakona o zemljišnim knjigama RH upravo ciljalo na postizanje veće efikasnosti postupaka obnove zemljišne knjige i u pojedinačnim i u sistemskim postupcima. Vidi npr.

92 Čl. 63. ZZK

93 Ovdje bi preciznije terminološko određenje bilo jasnije. U Hrvatskoj se govori o postupku osnivanja, obnove i dopune zemljišne knjige, te je puno jasnije u kojim slučajevima se provodi koji postupak. Vii: Šago D., Uređivanje zemljišnoknjižnog stanja posebnim ispravnim postupkom, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 39, br. 1., 2018., str. 575.

94 Službene novine FBiH 5/03.

95 Projekt registracije nekretnina za period od 2013.-2018. godine je nastavak projekta registracije zemljišta koji se provodio u periodu od 2007.-2012. godine.

96 Obradović Ž., Izgradnja kapaciteta i izazovi sektora zemljišne administracije u FBiH, Zbornik

postupak novog uspostavljanja i zamjene zemljišne knjige te su stečena dragocjena praktična iskustva u primjeni ovih odredbi.

Problem sa neusaglašenošću između katastra, zemljišne knjige i stanja na terenu je prisutan i u Hrvatskoj. Sličan program ažuriranja zemljišne knjige provodi se u Hrvatskoj od 2003. godine, a te aktivnosti još uvijek nisu okončane⁹⁷. Hrvatski zakon o zemljišnim knjigama⁹⁸ je višestruko mijenjan, a novele, naročito one iz 2013. i 2017. godine su ciljale na optimizaciju odredbi koje uređuju postupke sistemskog ažuriranja zemljišne knjige u vidu postupka osnivanja, obnove i dopune zemljišne knjige za cijelu katastarsku općinu ili njen dio, odnosno individualnog ažuriranja u okviru tzv. pojedinačnog ispravnog postupka za pojedinačne zemljišnoknjižne uloške.⁹⁹

U dosadašnjoj praksi implementacije projekta harmonizacije u FBiH, najčešći, a ujedno i najkompleksniji slučaj je onaj u kojem se podaci iz popisnog lista zemljišne knjige razlikuju od katastarskih podataka, koja je obuhvaćena članovima 88.ZZK FBiH, koji predstavlja izrazito štur okvir za ovako kompleksnu problematiku. Cijeli proces se odvija u dvije faze. Prva faza se dešava po službenoj dužnosti i izrazito je tehničkog karaktera. Ona cilja na usaglašavanje zemljišne knjige i katastra, preuzimanjem u zemljišnu knjigu katastarskih podataka novog premjera. Krajnji cilj je izrada prijavnog lista na temelju kojeg se formira A list zemljišnoknjižnog uloška. U drugoj fazi se usaglašavaju podaci iz B i C lista zemljišne knjige sa stvarnim stanjem na terenu.

U praksi se u prvoj fazi prijavni listovi razlikuju u zavisnosti od toga na koju se članom 88. definisanu situaciju odnose. Član 88. st. 1. regulira jednostavniju situaciju u kojoj parcela po starom premjeru odgovara jednoj ili više parcela po novom premjeru i gdje su osobe upisane u B listu zemljišne knjige, istovjetne sa osobama evidentiranim u katastru. U ovim se slučajevima izrađuje prijavni list koji se preuzima u zemljišnoj knjizi u vidu promjena u A listu zemljišnoknjižnog uloška, dok se preuzimaju postojeći podaci iz B i C listova zemljišnoknjižnog uloška i tu se okončavaju obje faze postupka.

Komplikovaniju proceduru pretpostavlja usaglašavanje u situacijama obuhvaćenim članom 88.st.2. ZZK FBiH, kada jedna ili više parcela starog premjera odgovara jednoj ili više parcela novog premjera, ali se kao vlasnici u zemljišnoj knjizi pojavljuju osobe različite od onih upisanih u katastar. Tada se, zbog nemogućnosti povezivanja pravnih odnosa na nekretninama nalaže obaveza zatvaranja tog zemljišnoknjižnog uloška i uspostavljanja novog, prema proceduri predviđenoj

radova: III. kongres o katastru u BiH, Mostar, 2015. god., dostupno na: <https://www.gdhh.ba/176-3-kongres-o-katastru-u-bosni-i-hercegovini-s-me%C4%91unarodnim-sudjelovanjem-mostar-02-do-04-prosinca-2015-godine.html>, str. 3.

97 Radi se o programu Vlade RH pod nazivom Nacionalni program sređivanja zemljišnih knjiga i katastra – Uređena zemlja.

98 Narodne novine 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13, 60/13, 108/17.

99 Vidi: Šago D., op. cit.

članovima 63.-72.¹⁰⁰ u ovim slučajevima uspješnost druge faze postupka u velikoj mjeri zavisi od aktivnog uključivanja građana kao titulara knjižnih prava u ovaj postupak, što se u dosadašnjoj implementaciji projekta pokazalo kao jedna od najslabijih tačaka.¹⁰¹

Postupajući zemljišnoknjižni referent dužan je upisati vlasnika odnosno titulara nekog drugog knjižnog prava i kada po javnom pozivu niko nije prijavio prava na nekretnini i to izvođeci dokaze po službenoj dužnosti, na osnovu kojih upisuje osobu za koju je utvrdio da je vlasnik ili titular nekog drugog prava, ili pak osobu koju prema izvedenim dokazima smatra najvjerovatnijim vlasnikom odnosno titularom drugog prava. Čl. 64. ZZK FBiH sadržava otvorenu listu mogućih dokaznih sredstava, dajući široku slobodu u cilju što pouzdanijeg utvrđivanja stvarnih pravnih odnosa na nekretnini¹⁰². Na taj način se nastoji očuvati smisao glavnih ciljeva zamjene zemljišne knjige koji se sastoji u usaglašavanju zemljišnoknjižnog sa faktičkim stanjem. Ipak, prikupljanje dokaza po službenoj dužnosti, bez učešća zainteresiranih stranaka u praksi teško i rijetko ide dalje od samih zemljišnoknjižnih podataka, te pribavljanja katastarskih podataka o upisanom posjedniku na osnovu kojih se odlučuje koja od upisanih osoba je, po datumima upisa vjerovatniji vlasnik i pristupa se upisu te osobe u B list novouspostavljenog zemljišnoknjižnog uložka.

U okviru ovog sistemskog usaglašavanja podataka kroz projekat registracije nekretnina se također provodi preuzimanje podataka iz knjige položenih ugovora u zemljišnu knjigu, za šta je u određenom broju slučajeva neophodna i izrada sanacijskih planova, koji ujedno zamjenjuju donošenje rješenja kojim se određuje zemljište za redovnu upotrebu zgrade.¹⁰³ U okviru ovog projekta se za zgrade koje su djelomično ili u potpunosti upisane u KPU izrađuju elaborati o etažiranju i u konačnici upisuju posebni dijelovi nekretnine u skladu sa članom 30. ZZK iz projektnih sredstava i po službenoj dužnosti. Ovo je enormna olakšica u pogledu ranije u tekstu izloženog problema prevođenja starog koncepta etažnog vlasništva na novi.

Pored sistemskog uspostavljanja zemljišne knjige za područja cijelih katastarskih

100 Više o načinu postupanja i koracima u postupku usaglašavanja katastra i zemljišne knjige: Lesko I., Usklađivanje zemljišne knjige i katastra zemljišta – pojedinačni pristup, Pravni savjetnik, 1/2012, str. 96-103.

101 Podaci dobijeni iz razgovora sa uposlenicima Federalne geodetske uprave koji rade na implementaciji projekta registracije nekretnina.

102 Više o prikupljanju dokaza u postupku uspostavljanja zemljišne knjige: Aličić D., Prikupljanje dokaza, utvrđivanje činjenica i utvrđivanje prava na nekretninama u postupku uspostave/zamjene zemljišne knjige, Zbornik radova: III. kongres o katastru u BiH, Mostar, 2015. god., dostupno na: <https://www.gdhh.ba/176-3-kongres-o-katastru-u-bosni-i-hercegovini-s-me%C4%91unarodnim-sudjelovanjem-mostar-02-do-04-prosinca-2015-godine.html>.

103 Sanacijski planovi se izrađuju kada parcele koje su zahvaćene određenom zgradom na terenu ne korespondiraju sa stanjem u katastru. Lesko I., Dujić G., Prijelazno rješenje za uskladihvane katastra zemljišta zasnovanog na novoj izmjeri i zemljišnih knjiga, Zbornik radova II Kongres o katstru u BiH, Mostar, 2011, dostupno na: <https://www.gdhh.ba/149-ii-kongres-o-katastru-u-bih-ilid%C5%BEa-28-09-30-09-2011-hotel-hollywood-radovi.html>, str. 3.

općina, ZZK FBiH omogućava i pojedinačno uspostavljanje zemljišnoknjižnog uložka. Ovaj postupak pokreće zainteresirano lice o vlastitom trošku i neovisno o usaglašavanju ostalih zemljišnoknjižnih uložaka u jednoj katastarskoj općini, a sam postupak je isti kao u okviru sistemskog postupka. Ovo je mogućnost da osobe čije nekretnine ili prava nekretninama nisu upisane u zemljišnu knjigu, ili koje su zainteresirane da se usaglase podaci između zemljišne knjige i katastra, individualno za svoje nekretnine usaglase knjižno i vanknjižno stanje. Ovajput se međutim izuzetno rijetko koristi u praksi, te treba razmisliti o načinima da se on približi građanima i učini atraktivnijom. Prvenstveno u zakonu treba biti preciznije određeno u kojim se slučajevima može podnijeti zahtjev za pojedinačno uspostavljanje zemljišnoknjižnog postupka. Poželjno je ovu mogućnost koristiti u slučajevima gdje ne postoji zemljišna knjiga, ili ona postoji, ali data nekretnina nije upisana, što je npr. u izvršnom postupku čak i zakonska obaveza. Ukoliko se želi provesti izvršenje na neupisanoj nekretnini članom 113. Zakona o izvršnom postupku FBiH¹⁰⁴, tražiocu izvršenja se nameće obaveza uspostavljanja pojedinačnog zemljišnoknjižnog uložka za tu nekretninu, kako se kupcu u izvršnom postupku ne bi dosudila neuknjižena nekretnina. Ova odredba ZIP FBiH izazvala je brojne probleme u praksi.¹⁰⁵

Smatramo da bi se pojedinačno uspostavljanje zemljišnoknjižnog uložka moglo zahtijevati i u slučaju nesaglasnosti knjižnog i vanknjižnog pravnog stanja nekretnine. U slučaju kada vanknjižni titular svoje sticanje može dokazati ili barem učiniti vjerovatnim odgovarajućim ispravama, koje pri tome ne ispunjavaju pretpostavke za uknjižbu, nameće se provođenje postupka uspostavljanja zemljišnoknjižnog uložka.¹⁰⁶ Ovaj zemljišnoknjižni postupak bi u velikom broju slučajeva mogao zamijeniti parnični postupak. Umjesto provođenja parničnog postupka za utvrđivanje sticanja vlasništva dosjelošću, mogao bi se koristiti zemljišnoknjižni postupak prema čl. 63.-72. i na taj način upisati stvarnog vlasnika u zemljišnu knjigu. Na taj bi se način doprinijelo rasterećenju sudova, a ujedno bi se postupak upisa vanknjižnih titulara ubrzao i deformalizirao. Uz to se postupak uspostavljanja odnosno zamjene zemljišnoknjižnog uložka se odvija uz uključenje javnosti. U ovom segmentu mogu pomoći iskustva iz Hrvatske, gdje je intervencijama u ZZK RH tzv. pojedinačni ispravni postupak postao rutinski postupak.¹⁰⁷

Šteta je i što se u svakomdevnom prometu nekretnina po pojedinačnim transakcijama ujedno ne vrši i usklađivanje podataka. Kad god se prometuje nekretninom tamo gdje postoji katastar zasnovan na novom premjeru, susreće se sa identifikacijom nekretnine prema dvostrukoj, zemljišnoknjižnoj i katastarskoj evidenciji, sa dvostrukim oznakama za jednu te istu parcelu. Podaci iz katastra se

104 Službene novine FBiH 32/2003, 52/2003, 33/2006, 39/2006, 39/2009, 35/2012 i 46/2016 i 42/2018.

105 Vidi i Povklakić M., Transformacija stvarnog prava u BiH, str. 270-276.

106 Šago D., op. cit., str. 579.

107 Ibid.

baziraju na novom premjeru koji se upoređuju sa starim premjerom iz zemljišne knjige, ali se zadržavaju oznake nekretnine po oba premjera.¹⁰⁸ Ova praksa je ustvari odraz prividnog sukoba člana 63. st. 4., prema kojem se zemljišna knjiha ima voditi prema podacima novog premjera, i člana 10. ZZK, prema kojem se nekretnine u pravnom prometu označavaju prema podacima iz zemljišne knjige. Član 10. ZZK je opet u svojevrsnom sukobu sa članom 55. st. 1 ZSP FBiH, prema kojem se u pogledu činjeničnog stanja nekretnine načelo povjerenja u zemljišnu knjigu primjenjuje samo kada je zemljišna knjiha uspostavljena prema podacima novog premjera. Kako je saglasnost između katastra i zemljišne knjige ustvari pretpostavka funkcionalnog zemljišnoknjižnog sistema, a ovi članovi su, ako se polazi od normalnog stanja stvari, potpuno usklađeni. Sukob je izazvan devijacijom sistema u vidu nepodudarnosti katastarskih i zemljišnoknjižnih podataka. Daleko efikasnije bi bilo kada bi se u zemljišnu knjigu po pojedinačnoj transakciji upisali podaci novog premjera, što je i zakonska obaveza¹⁰⁹, a ne nastavili zadržavati podaci starog premjera, čime se zadržava komplikovano stanje dvojnih oznaka i narušavaju naponi u vezi sa usklađivanjem podataka.¹¹⁰ Ovo bi bilo izvodivo barem u slučajevima koje pokriva član 88. st. 1., gdje je moguća identifikacija parcela po starom i novom premjeru i gdje se pravno stanje slaže, pa se faktički koriguje samo list A podacima novog premjera, te se ne uspostavlja novi zemljišnoknjižni uložak sa postupkom dokazivanja pravnog stanja kao u situaciji iz člana 88. st. 2. Trebalo bi razmisliti o izmjenama postupanja u zemljišnoknjižnim stvarima kako bi se usaglašavanje u svakodnevnim transakcijama olakšalo.

4. Zaključak

U posljednje gotovo dvije decenije postepeno je ostvaren značajan napredak u pogledu uređenosti zemljišnoknjižne evidencije nizom mjera koje su ili direktno bile usmjerene na sređivanje stanja zemljišne knjige, ili je to bila njihova indirektna posljedica. Napredak je vidljiv i prema podacima iz izvještaja Svjetske banke *Doing business*. Dok je u izvještaju iz 2010. godine, prije početka implementacije projekta registracije zemljišta u pogledu registracije nekretnina BiH bila na 139. mjestu¹¹¹, 2016. godine je napredovala za 42 pozicije, na 97. mjesto¹¹², koje je zadržala i prema posljednjem izvještaju.¹¹³ Napredak se međutim prevashodno

108 Lesko I. Usklađivanje zemljišne knjige i katastra zemljišta – pojedinačni pristup, Pravni savjetnik, br. 1, 2012, str. 99.

109 Član 63. ZZK.

110 Tako i: Lesko I., op. cit., str. 97.

111 Doing business 2010, str. 109. dostupno na: <http://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB10-FullReport.pdf>

112 Doing business 2016, str. 190, Dostupno na: <http://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2018-Full-Report.pdf><http://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf>

113 Doing business 2018, str. 149, dostupno na:

vezuje za proces digitalizacije, tj. preoblikovanja ručno vođene zemljišne knjige u elektronski vođenu zemljišnu knjigu, a ne toliko za ažurnost zemljišne knjige, ali je digitalizacija ujedno pretpostavka za postizanje većeg stepena usaglašenosti i od neposrednog značaja za uspješno provođenja postupka uspostavljanja odnosno zamjene zemljišne knjige.

Ipak, još uvijek je neophodan ustrajan i mukotropan rad, kako bi se postigao cilj cjelokupne reforme zemljišne administracije u FBiH koji bi se mogao svesti na jednu rečenicu, a to je postizanje međusobno usaglašenih evidencija katastra i zemljišne knjige koje odgovaraju stanju na terenu.¹¹⁴ Između ostalog je od velikog značaja podizanje svijesti o značaju ovog procesa i to kako u stručnim krugovima, tako i u društvu općenito. Nesređena zemljišna knjiga je masivan generator sporova, kočnica ekonomskog napretka i kočnica na putu Bosne i Hercegovine u Evropsku Uniju. Usaglašavanje podataka zemljišne knjige i katastra sa vanknjižnim stanjem, zbog direktnog uticanja na pravnu sigurnost i zbog velikog privrednog značaja, predstavlja aktivnost u javnom interesu čije provođenje ima mjerljiv pozitivan učinak na društveno-ekonomski život lokalnih zajednica¹¹⁵, pa su sve aktivnosti koje ciljaju na postizanje ažurnog i pouzdanog zemljišnoknjižnog sistema od prioritetnog značaja za cijelo društvo. Primarno se ovaj proces zato treba provoditi sistemski i to kroz zemljišnoknjižni postupak zamjene (uspostave) zemljišne knjige, te bi pravni okvir trebao biti dodatno razrađen i pronađen pouzdan i održiv način finansiranja i nakon isteka aktuelnih projekata podrške, donatorskih sredstava i sličnih izvora. Pošto sistemski pristup uspostavljanja za cijelu katastarsku općinu zahtijeva i nekoliko godina po katastarskoj općini, aktivnosti na sistemskom sređivanju zemljišne knjige trebaju biti praćene i razradom i pojednostavljenjem pravnog okvira za ažuriranje dijelova katastarskih općina, te individualno ažuriranje zemljišne knjige po privatnoj inicijativi, uz aktivnu promociju i obuku involviranih organa, da primarno koriste ovaj pravni put. Upravo u postupku individualne uspostave odnosno zamjene zemljišne knjige leži veliki potencijal za doprinos konačnom cilju.

Uz ove aktivnosti treba nastaviti jačati zemljišnoknjižni sistem kroz jačanje načela povjerenja u istinitost i potpunost zemljišne knjige. Trenutno postojeći pravni okvir za sticanje i prenos stvarnih prava na nekretninama i način na koji je regulirano načelo povjerenja u istinitost i potpunost zemljišne knjige koji je uspostavljen interrelacijom između odredbi ZSP FBiH, ZZK FBiH i ZNot FBiH zaslužuje pozitivnu ocjenu, što potvrđuje i praksa. S toga je od velike važnosti

114 Lesko I., Dujčić G., Prijelazno rješenje za usklađivanje katastra zemljišta zasnovanog na novoj izmjeri i zemljišnih knjiga, str. 2.

115 Istraživanje na području jedne zadarske katastarske općine Vrsa na čijem području je okončan postupak obnove katastra i zemljišne knjige pokazalo je da je broj transakcija nekretninama porastao čak za šest puta, što je direktno uticalo i na porast prihoda budžeta po osnovu poreza na promet nekretnina. Broj parnica dobijen preko broja zabilježbi spora upisan u zemljišnoj knjizi iznosio je samo 0,2% u odnosu na ukupni broj katastarskih čestica koje su obnovljene, njih 6928. Vidi: Bitanga M., Javoran N., Utjecaj obnove zemljišne knjige na društveno-gospodarski život lokalne zajednice, Hrvatska pravna revija, travanja 2010, str. 19-24.

da zakonodavac prilikom implementacije presude Ustavnog suda FBiH U-22/16 postupi sa velikom pažnjom kako nova zakonska rješenja u segmentu pravne sigurnosti u prometu nekretnina i doprinosa ostvarenju funkcije zemljišne knjige ne bi značila korak nazad i poništila postignute efekte.

Bibliografija:

Aličić D., Prikupljanje dokaza, utvrđivanje činjenica i utvrđivanje prava na nekretninama u postupku uspostave/zamjene zemljišne knjige, Zbornik radova: III. kongres o katastru u BiH, Mostar, 2015. god., dostupno na: <https://www.gdhh.ba/176-3-kongres-o-katastru-u-bosni-i-hercegovini-s-me%C4%91unarodnim-sudjelovanjem-mostar-02-do-04-prosinca-2015-godine.html>.

Babić et al., Komentar Zakona o stvarnim pravima FBiH. Privredna štampa, Sarajevo, 2014,

Belaj V., Etažno vlasništvo: zasnivanje i upis u zemljišne knjige, Pravo u Gospodarstvu 2009, 48(1),

Bitanga M., Javoran N., Utican obnove katastra i zemljišne knjige na društveno-gospodarski život lokalne zajednice, Hrvatska Pravna Revija 2010, X(4),

Dominković F., Pojedinačni zemljišnoknjižni ispravni postupak, Pravo i Porezi 2010, XIX(11),

Došen M. Ispravni postupak unutar posebnog zemljišno-knjižnog postupka obnove zemljišne knjige: dan otvaranja obnovljene zemljišne knjige koja je do tada bila u uporabi, te otvaranje i trajanje ispravnog postupka: aktualnosti sudske prakse: Hrvatska Pravna Revoja 2005, V(6),

Dragičević F., Raspolaganje bračnom stečevinom i zaštita povjerenja u zemljišne knjige u praksi Ustavnog suda BiH, NPR, 2/2017,

Ernst H./Josipović T., Javni bilježnici i javni registri, Zbornik pravnog Fakulteta u Zagrebu 59 (6) 2009,

Georgijevski S., Evidencija nepokretnosti, Naša zakonitost, 10-11. 1984,

Golub A., Osnivanje, obnova i dopuna zemljišnih knjiga nakon novele Zakona o zemljišnim knjigama iz 2017., Hrvatska Pravna Revija 2018, XVIII(1),

Golub A., usklađivanje evidencije nekretnina povezivanjem zemljišne knjige i knjige položenih ugovora, Pravo u Gospodarstvu, 2014, 53(5),

Gotovuša E., Zakoni o katastru Republike Srpske: političko poigravanje pravom na imovinu, Sveske za javno pravo, 2012, 3(7),

Hügel S., Das Zusammenspiel von deutschem Grundbuch- und Sachenrecht unter besonderer Berücksichtigung der Tätigkeit des Notars zur Gewährleistung der Grundbuchfunktionen, u Wudarsky A., (Hrsg.) Das Grundbuch im Europa des 21. Jahrhunderts, Duncker Humblot Berlin, 2016,

Josipović T., Zemljišnoknjižno pravo, Informator, Zagreb, 2001

Kanceljak I. Europski zajednički informacijski sustav o nekretninama – EULIS,

Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 10, Mostar, 2012

Kontrec D., Dvojbe u primjeni zemljišnoknjižnih propisa, Pravo u gospodarstvu, 2015 54(5),

Kontrec D., Osnivanje (obnova) zemljišnih knjiga: rad katastarskog i zemljišnoknjižnog povjerenstva (de lege lata, de lege ferenda), Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2008, 50(1),

Kontrec D., Povezivanje zemljišnih knjiga i knjige položenih ugovora i upis vlasništva posebnog dijela nekretnine – nova uloga upravitelja nekretnina, Pravo u gospodarstvu 2011, 50(1),

Krneta S., Primjedbe povodom Nacrta zakona o premjeru i katastru nekretnina, Advokatura BiH, godine IX, broj 33-36, 1983

Kučeković V., O koncepciji evidencije na nekretninama u SR Hrvatskoj, Naša zakonitost, 10-11. 1984

Latinović V., Bonić A., Zamjena zemljišne knjige, organizirani pristup, II. Kongres o katastru u BiH, Mostar, 2011, dostupno na: <https://gdhb.ba/149-ii-kongres-o-katastru-u-bih-ilid%C5%BEEa-28-09-30-09-2011-hotel-hollywood-radovi.html> (maj 2019.)

Lesko I., Usklađivanje zemljišne knjige i katastra zemljišta – pojedinačni pristup, Pravni savjetnik 2012, I(1),

Lesko I., Dujić G., Prijelazno rješenje za usklađivanje katastra zemljišta zasnovanog na novoj izmjeri i zemljišnih knjiga, Zbornik radova II Kongres o katastru u BiH, Mostar, 2011, dostupno na: <https://www.gdgb.ba/149-ii-kongres-o-katastru-u-bih-ilid%C5%BEEa-28-09-30-09-2011-hotel-hollywood-radovi.html>

Mandić M., O nekim uzrocima nesklada zemljišno-knjižnog i stvarnog stanja na području svojinskih odnosa, vezano za Nacrt zakona o premjeru i katastru nekretnina, Advokatura BiH, godine IX, broj 33-36, 1983

Matuško Antonić L., Povezivanje knjige položenih ugovora i zemljišne knjige, Pravo i Porezi, 2013, XXII(11),

Matuško Antonić L., Povezivanje zemljišne knjige i knjige položenih ugovora te upis vlasništva posebnog dijela nekretnine, Pravo i Porezi 2010, XIX(10),

Medić D., Mišljenje o sistemu javnih registara u pogledu nekretnina u Republici Srpskoj, Specijalni prilog petogodišnjeg izdanja časopisa Nova pravna revija, Sarajevo, 2015

Obradović Ž., Izgradnja kapaciteta i izazovi sektora zemljišne administracije u FBiH, Zbornik radova: III. kongres o katastru u BiH, Mostar, 2015. god., dostupno na: <https://www.gdgb.ba/176-3-kongres-o-katastru-u-bosni-i-hercegovini-s-me%C4%91unarnodnim-sudjelovanjem-mostar-02-do-04-prosinca-2015-godine.html>

Orlić M., Uvođenje i obnavljanje zemljišnih knjiga, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1-6, 2000

Povlakić M., Transformacija stvarnog prava u BiH, Sarajevo, 2009.

Povlakić M. Roll-back u nekim oblastima privatnog prava u Federaciji BiH, u Medić D./Povlakić M., Aktuelna pitanja i problemi prava nekretnina u Bosni i

Hercegovini, Specijalni prilog petogodišnjeg izdanja časopisa Nova pravna revija, Sarajevo, 2015

Povlakić, Die Bedeutung des Grundbuchs im Transformationsprozess in Bosnien und Herzegowina u: Wudarski A. (Hrsg.), Das Grundbuch im Europa des 21. Jahrhunderts, Duncker&Humlot Berlin, 2016,

Povlakić M., Reforma zemljišnoknjižnog prava kao dio ukupne reforme građanskog prava, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 1. Mostar, 2003.

Povlakić M, Schalast Ch., Softić V., Komentar Zakona o notarima, Sarajevo, 2009.

Seger Ch., *Lex est quod notamus*: O uvođenju latinskog notarijata u tranzicijskim zemljama istočne i jugoistočne evrope, NPR, 1-2 2010,

Stanković O., Orlić M., Stvarno pravo, Beograd, 1986,

Šago D., Uređivanje zemljišnoknjižnog stanja posebnim ispravnim postupkom, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 39, br. 1., 2018,

Škaljić M., Uloga i značaj latinskog tipa notarijata u oblasti stvarnih prava u Bosni i Hercegovini, u: Šarčević E., (ur.), Notarijat i pravna država, CJP, Sarajevo, 2013,

Weike J., Tajić L., Komentar Zakona o zemljišnim knjigama, Privredna štampa, Sarajevo, 2005

Živković M., Registri nepokretnosti, u: Rakić Vodinelić V. (ur.), Promene stvarnog prava u Srbiji, Beograd, 2004

THE RESTORATION OF THE LAND REGISTRIES IN FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Abstract: The regulation of land registration as one of the core elements of the real-estate legal regime of each country, is one of those legal areas that are traditionally in exclusive national jurisdiction, and has not been subject of harmonisation measures within the EU yet. According to this, there are significant differences regarding the organisation of the registration system, the legal effects and the function of the registry within the system of acquisition of property rights on immovables. This however does not diminish the interest of EU institutions for this area, having in mind that a proper registration system directly contributes to the level of transparency and legal security in the respective country, its competitiveness, attractiveness to investors and the improvement of the business environment in general. The frequent cross-boarder transactions regarding immovables present a complex challenge for all member states. Additionally, the era of digitalisation that advances the general trend of registration and collection of data, as well as the protection of this data, also implies the need for certain universal standards and best practices in the area of land registries and rights on immovables.

In Federation of Bosnia and Herzegovina there is a german type of land registration system, which, according to its role in the legal system, as an instrument of publication of legal relations regarding immovables as the foundation of the protection of public faith in transactions involving immovables, should represent the backbone of the real-estate legal regime. A proper system would suppose a functioning land book based on a simbyotic relationship between the cadaster and the land book, that primarily presumes a harmonised and up to date register. Unfortunately in FBuH, and the same applies to all Bosnia and Herzegovina despite the differences in the legal regulations and the systems of registration between the entities and Brčko Distrikt BaH, the land registers are neither up to date nor harmonised with the cadaster, thus they are not capable to fulfill their assigned role. There are various reasons for this unsatisfactory situation. This problem has been recognised by the european institutions and the reform of land administration constitutes a part of the Strategy of the reform of the legal sector in BaH for the period 2014-2018, as part of the pre-accession strategy between BaH and EU. Beside legal reforms and the introduction of notaries and their role in real-estate transactions, one further significant effort of systematic improvement of land registries is the land registration project which is implemented in both entities since 2013 thanks to financial support of the World Bank. This paper is aimed at indicating the importance of the beforementioned measures for optimisation of the land registration in FBaH and to raise some questions in this context.

Key words: real-estate transactions, harmonisation between land book and cadaster, legal security, notary service, unburdening of the courts

Mr. Sunčica Hajdarović, viša asistentica

Pravni fakultet Univerzitet „Džemal Bijedić“ u Mostaru

INSTITUT NUŽNE ODBRANE U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM I EVROPSKOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU – PRAVCI HARMONIZACIJE

Sažetak: Autorica se u radu bavi institutom nužne odbrane, kao jednim od najstarijih instituta krivičnog prava, koji preko isključenja pojma protupravnosti isključuje postojanje krivičnog djela. U radu je prikazan historijski razvoj ovog instituta, prikazana su zakonska rješenja instituta nužne odbrane u Bosni i Hercegovini u komparativnom prikazu sa rješenjima koja regulišu ovaj institut u uporednom zakonodavstvu, ukazujući na sličnosti i razlike. Rad se također, bavi analizom odredbe o prekoračenju granica nužne odbrane u kontekstu mogućih poboljšanja i harmonizacije sa krivičnim zakonodavstvom Evropske unije dajući prijedloge *de lege ferenda*.

Ključne riječi: nužna odbrana, srazmjernost, prekoračenje granica nužne odbrane, afektivna stanja

UVOD

Prema savremenim shvatanjima država ima pravo i dužnost da štiti subjektivna prava građana i druge pravne vrijednosti od napada pojedinaca ili skupina koje te vrijednosti ugrožavaju ili povređuju. Nastali sukob između pojedinačnog i kolektivnog društvenog interesa može se riješiti samo primjenom pravne norme na odgovarajući način. Međutim, iako organizirana državna pravna zaštita datira još od ranih početaka državnih organizacija, nije oduvijek bilo tako.

Razvijanjem krivičnog prava kao posebne grane prava, razvijao se pojam krivičnog djela, i njegovih konstitutivnih elemenata, kao što su protupravnost, društvena opasnost, krivična odgovornost, radnja, posljedica, sankcija.

Za postojanje krivičnog djela, dakle, potrebno je da postoji djelo, tj. neka radnja koja se sastoji u činjenju ili nečinjenju (odnosno propuštanju da se nešto učini), i da je ta radnja dovela do zabranjene posljedice (do povrede zaštićenog dobra ili stvaranja opasnosti za to zaštićeno dobro). Pored radnje i posljedice potrebno je da postoji i društvena opasnost, što znači da je djelo opasno za određeno društvo u određeno vrijeme, te na kraju traži se da je djelo protupravno u smislu da se protivi nekoj pravnoj normi pravnog sistema određene države i da je to djelo kao krivično djelo previđeno u zakonu.

Međutim, postoje situacije u kojima sud može da ispita da li određeno ponašanje pojedinca u konkretnom slučaju, ispunjava sva obilježja određenog

krivičnog djela, pa se preko količine neprava izražene kroz stepen društvene opasnosti dovodi u pitanje i sama protupravnost, te se može postaviti pitanje da li se tu radi uopće o krivičnom djelu. Uzima se da krivičnog djela nema jer postoji neki osnov koji isključuje njegovo postojanje.

Problematika osnova isključenja protupravnosti spada u veoma dinamično područje krivičnog prava. U ovom dijelu krivičnog prava ima dosta otvorenih pitanja, te navođenje njihovog potpunog popisa je gotovo nemoguće. Društveni procesi su dinamični, i stalno smo svjedoci brzog napretka u mnogim društvenim segmentima. Zahvaljujući tome, ljudi dolaze u različite situacije u kojima mogu biti u sukobu različite pravne vrijednosti.

U domaćoj krivičnopravnoj teoriji je sporno da li i takvim situacijama za postojanje krivičnog djela nedostaje društva opasnost ili protupravnost, ili i jedno i drugo. U literaturi se u tom smislu govori o osnovima koji isključuju krivično djelo. Međutim, možemo zauzeti stav da krivičnog djela uopće nema ako postoji neki osnov koji dozvoljava takvo ponašanje zbog toga što taj osnov isključuje protupravnost.

Opći osnovi koji preko isključenja protupravnosti isključuju postojanje krivičnog djela se dijele u dvije grupe, u zavisnosti od toga da li su propisani u krivičnom zakonu ili prozilaze iz teorije, sudske prakse ili nekog drugog zakona. U našem krivičnom pravu u prvu grupu spadaju beznačajno djelo, nužna odbrana, krajnja nužda i apsolutna sila. Ova četiri navedena osnova koja preko isključenja protupravnosti isključuju postojanje krivičnog djela, se nalaze u općem dijelu krivičnog zakona, predstavljaju opće institute i nisu vezani za neko posebno krivično djelo. Za ova četiri instituta zajedničko je to što formalno postoje sva zakonom predviđena obilježja krivičnog djela, ali djelo ipak ne postoji. Pored ovih općih zakonskih osnova, postoje i posebni zakonski osnovi koji preko isključenja protupravnosti isključuju i postojanje krivičnog djela, a koji su predviđeni samo kod nekih krivičnih djela.

U ovom radu ćemo se baviti institutom nužne odbrane kao jednim od najstarijih instituta u ovoj oblasti prava, kojeg poznaju sve zemlje svijeta i spominje se u svim pravnim porecima kroz historiju, pa sve do danas, kao pojam i osnov za nekažnjavanje.

1. Historijski razvoj instituta nužne odbrane

1. 1. Nužna odbrana u evropskokontinentalnom pravnom sistemu

Svakodnevno smo svjedoci sve bržeg razvoja nauke, tehnike i tehnologije. Samim tim dolazi i do potrebe reformisanja prava, jer pravo slijedi društvene promjene, i mora da ide „u korak“ sa svim modernim dostignućima savremene civilizacije i prilagođavanju novonastalim potrebama i shvatanjima društva. Postoje pravni instituti koji su prisutni od samog početka nastanka ljudskog roda,

kroz nastanak i razvoj prvih gradova – država, i kontinuirano i dan danas slijede razvoj i napredak civilizacije. Jedan od takvih pravnih instituta je i institut nužne odbrane. Za ovaj institut možemo reći da je dio prirodnog prava, jer je prirodni nagon čovjeka nagon za saodržanjem i samozaštitom. Prema mišljenjima pojedinih autora, porijeklo instituta nužne odbrane ne trebamo tražiti u zakonima stvorenim ljudskom rukom, nego u prirodnom pravu, jer je to najčistije od svih prava, te ga zbog toga nisu mogli stvoriti pravnici.¹

Da bismo shvatili mjesto i značaj ovog instituta u današnjem, savremenom krivičnom pravu, potrebno je kratko se osvrnuti na njegov razvoj u prošlosti.

Temeljnu ideju nužne odbrane možemo naći u tvrdnji da pravo ne treba i ne smije ustupiti pred nepravom. Zapravo, kod nužne odbrane se i radi o koliziji prava i neprava. Država je preuzela na sebe obavezu i jedina ima pravo na kažnjavanje (*ius puniendi*), međutim pojedinac se često može naći u situaciji da mora sam da štiti svoja pravna dobra, jer država, u tom momentu, iz bilo kojeg razloga, ne može da mu pruži takvu zaštitu. U savremenoj krivičnopravnoj literaturi opravdanje instituta nužne odbrane uglavnom se koncentriše oko ideje samozaštite, prema kojoj niko nije dužan da trpi povredu vlastitog dobra, kao i ideje potvrđivanja pravnog poretka.

Institut nužne odbrane ima razmjerno velika ovlaštenja, ali isto tako ovaj institut trpi i određena ograničenja. I jedno i drugo proizilazi iz postepenog historijskog razvoja ovog instituta i njegovog prilagođavanja društvenim promjenama. Prikaz historijskog razvoja svakog instituta, pa tako i instituta nužne odbrane, od suštinskog je značaja, iz razloga što samo na taj način možemo u potpunosti shvatiti smisao i značaj pojedinog instituta.

Ranije smo istakli kako se nužna odbrana od samog početka nastanka i razvoja smatrala prirodnim ljudskim pravom. Općenito stanje nužde, iz kojeg je nastao i razvio se institut nužne odbrane, spominje se od najranijih vremena. Stanje nužde nalazimo u drevnim zakonima kao što su Zakon XII pločica, zatim u Rimu 450. g. p. n. e., itd. Rimsko pravo nije imalo razvrstano u posebnim glavama institute koje je poznavalo, kako institute krivičnog prava, tako ni nekih drugih grana prava. Ali, iako institut nužne odbrane nije bio sistematiziran, bio je dosta potpun. Naime, nužna odbrana se mogla isčitati iz pojedinih citata, i ustvari kroz te citate je izvedena iz prirodnog prava.² U rimskom pravu je postojala i izreka koja govori o nužnoj odbrani: „*Protiv opasnosti prirodni razum dopušta braniti se.*“ Iako je rimsko pravo nužnu odbranu izvelo iz prirodnog prava, oni nisu dozvoljavali da se nužna odbrana zloupotrebljava. Domašaj nužne odbrane, za to vrijeme i prilike, je bio racionalno ograničen. Rimljani su dozvoljavali nužnu odbranu samo ako je ona bila srazmjerna sa postojećom opasnošću koja je prijetila ili slijedila direktno iz napada. Međutim, ta srazmjernost je i u rimskom pravu, kao i današnjem savremenom pravu, bila faktičko pitanje koje se procjenjivalo u svakom konkretnom slučaju, ali je rimsko pravo dopuštalo i primjenu krajnjih

1 Sangero, B., *Self – Defence in Criminal Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2006., 6.

2 Cassuy je pisao: „Silom sili odbiti slobodno je, također, prirodno pravo to u sebi sadrži.“

sredstava za odbranu. O nužnoj odbrani u rimskom pravu ne možemo govoriti kao o pravu napadnutog, jer je nužna odbrana predstavljala samo nekažnjivu radnju. Što se tiče granica nužne odbrane i njenog intenziteta, važno je pravilo kao i danas. Postojala je odredba po kojoj se od napadača koji je došao sa oružjem, takav napad mogao oružjem i odbiti. Iz ove odredbe se može zaključiti da je pravo na odbranu postojalo samo dok je napad trajao ili direktno predstojao. Osveta nije bila dozvoljena, i postojala je jasna razlika između osвете i odbrane. To se da zaključiti iz pravilo koje je glasilo : „*boriti se ne po razmaku, već u produženju djela.*“³

Dakle, iz odredbi koje su bile propisane u rimskom periodu, da se zaključiti da je uslov za postojanje nužne odbrane, bilo postojanje protupravnog napada. Svi teoretičari, koji su se bavili institutom nužne odbrane za vrijeme rimskog perioda, dijele mišljenje da je protupravni napad morao prethoditi odbrani. Međutim, ono oko čega kod teoretičara nastaju mimoilaženja u razmišljanjima, jeste objekt napada. Jedni smatraju da je objekt zaštite kod nužne odbrane mogao da bude samo život čovjeka, odnosno ličnost, dok drugi smatraju da su to mogla da budu i neka druga dobra uključujući i imovinu. Pristalice shvatanja da je rimsko pravo dopuštalo nužnu odbranu samo pri postojanju protupravnog napada na ličnost, izvode iz činjenice što silu (*vis*) tumače samo kao napad na ličnost. Prihvatljivim se čini ipak shvatanje teoretičara poput J. Đ. Avakumovića, koji u svom djelu *Nužna odbrana* iz 1883. godine navodi da je pojam sile (*vis*) u rimskom pravu imao sveobuhvatnije značenje. Pod „*vis*“ se smatrala samovoljna, protuzakonista radnja pojedinca i označavala je „protuzakonit napad na ma koje čovjekovo pravo.“ Ako se krene od šireg značenja pojma „*vis*“ može se zaključiti da je nužna odbrana bila dozvoljena i kada se radilo o nepokretnim stvarima.⁴

Nakon rimskog prava, razvilo se kanonsko pravo koje je poznavalo nužnu odbranu također kao prirodno pravo, međutim, kao ni u rimskom pravu, tako ni u kanonskom pravu, obim nužne odbrane nije bio do kraja određen. Ovo se, smatraju neki teoretičari, može pripisati različitoj organizaciji vlasti. Tako su npr. italijanski gradovi imali statute i u tim statutima pravo na nužnu odbranu je bilo priznato u neograničenom obimu. Nužna odbrana je uspostavljena na način da se svako pravno dobro ili interes njome morao štiti.⁵ Po kanonskom pravu kazna se smatrala samo kao „*sredstvo za popravku zločina i kao način da se izmire čovječija sloboda i božanstvena volja.*“⁶ Crkveno pravo je, dakle, nužnu odbranu smatralo nekažnjivom, pod uslovom ako motiv, odnosno pobuda napadnutog nije posljedica zloupotrebe navodne nužne odbrane.⁷

Opojavi instituta nužne odbrane možemo govoriti i u srednjem vijeku, kada

3 Tomanović, M., *Nužna odbrana i krajnja nužda*, Novinsko – izdavačka ustanova, Službeni list SRJ, Beograd, 1995., 13 -15.

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*, 16.

6 Avakumović, J. Đ., *Nužna odbrana*, Štampara zadruge štamparskih radnika, Beograd, 1883., 90.

7 Tomanović, M., *op. cit.*, 17.

se smatrala prirodnim pravom čovjeka, koje ne zahtijeva detaljno obrazloženje. Već u srednjem vijeku možemo naći izvore istaknutih hrvatskih pravnika iz 13. i 14. stoljeća koji govore o ovom institutu.⁸ Najpoznatiji srednjovjekovni kontinentalni pravni izvor, *Constitutio Criminalis Carolina* iz 1532. godine, propisivao je da je napadnuti u odbijanju oružanih napada mogao usmrtiti napadača ako nije mogao uzmaknuti bez ugrožavanja ili povrijeđivanja svog života, tijela ili časti, i u tom slučaju on nije postupao skrivljeno.⁹ Za engleski *Common Law* sistem, u periodu između 13. i 16. stoljeća, karakterističan je institut koji se nazivao *se defendendo*. U situacijama kada bi napadnuti ubio napadača, a prije toga je uzmicao sve dok nije morao da upotrijebi odbrambenu silu, *se defendendo* ga je spašao od egzekucije, a nije dolazilo ni do primjene drugih krivičnopравnih učinaka, kao što je npr. gubitak imovinskih dobara, jer se radilo o razlogu isključenja krivice koji se temeljio na učiniočevoj nekontrolisanoj reakciji u strahu od smrti.

Evropsko – kontinentalni pristup nužnoj odbrani u 19. stoljeću karakteriše proširenje ovog instituta na zaštitu svih pravnih dobara, napuštanje supsidijarnosti nužne odbrane (njene primjene tek ako napadnuti nije mogao uzmaknuti ili zaštititi svoj dobra uz pomoć tijela i vlasti) i zahtijeva srazmjernosti između prijetee i počinjene štete.¹⁰

Značaj i smisao nužne odbrane dolazi do izražaja tek u njemačkom pravu, stupanjem na snagu Kaznenog zakonika iz 1871. godine. Na početku samog razvoja krivičnog prava u Njemačkoj, ovaj institut je bio shvaćen na način da je svaka osoba čije je pravo povrijeđeno ili ugroženo, imala pravo da se bez ikakve sudske odluke stavi u ulogu djelioca pravde, što znači da je bila dozvoljena zaštita bez ikakvih ograničenja.¹¹ Kasnije je ova privatna osveta postajala ograničenija, i taj proces ograničavanja privatne osvete u njemačkom pravu nije tekao brzo. Tek nakon što su rimsko i kanonsko pravo počeli da dobijaju prevagu nad germanskim

8 Vinodolski zakonik iz 1288. godine propisivao je da se počinitelj neće osuditi za ubistvo razbojnika zatečenog u noćnoj krađi. Korčulanski statut iz 1214. godine sadržavao je odredbu o nekažnjavanju za ubistvo počinjeno u samoodbrani, a isto tako i za udarac mačem. Posebno je zanimljiva odredba Splitskog statuta iz 1312. godine gdje stoji: „Isto tako određeno je i naredeno u pogledu svih zločina što se spominju u ovom zborniku statutarnih odredaba, ako neko nekoga povrijedi u samoodbrani ili u odbrani svojih, pa to učini namah u trenutku dok se još (prema njemu ili njegovima) vrši zločin, a ne prijeđe granice opravdane odbrane, to jest ako upotrijebi isto oružje i istu silu, pa se to na propisani način dokaže, ne smije nipošto biti kažnjen, jer se pretpostavlja da je s pravom postupio svako ko brani svoj vlastiti život, a svi zakoni i sva prava dopuštaju silu silom odbiti.“; Bojanić, I., *Prekoračenje granica nužne obrane*, Kaznenopravno – kriminalistička biblioteka Vladimir Bayer, Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, 1999., 4.

9 *Ibid.*, fn 14.

10 *Ibid.*, fn 16.

11 Do koje mjere je njemačko pravo omogućavalo samozaštitu najbolje govori i činjenica, odnosno pravilo po kojem nije bilo kažnjivo ako bi vlasnik oduzete (ukradene) stvari lišio života lice koje je sa oduzetom stvari bilo u bjekstvu. Dovoljno je bilo da za izvršeno ubistvo položi zakletvu da je tako bilo kako on predstavlja. Inače se zaštititi imovine u njemačkom pravu pridavala velika pažnja, pa je tako bilo dozvoljeno lišiti života lice koje je drugome nanijelo štetu na poljoprivrednim zasadima, voću i povrću; Tomanović, M., *op. cit.*, 19.

pravom, institut nužne odbrane je počeo da dobija postepena ograničenja. Bitno je naglasiti međutim, da je njemačko pravo poznavalo pojam prekoračenja granica nužne odbrane, gdje bi osoba koja prekorači te granice, bila kažnjena. Staro germansko pravo poznavalo je elemente nužne odbrane (napad i odbranu), koje poznaju i današnja savremena krivična zakonodavstva. O savremenim oblicima instituta nužne odbrane, kao i o poređenju bosanskohercegovačkog krivičnog zakonodavstva sa njemačkim krivičnim zakonodavstvom i drugim savremenim zakonodavstvima koja regulišu ovaj institut, biće više riječi u nastavku ovog rada.

1. 2. Nužna odbrana u anglosaksonskom pravnom sistemu

Za razliku od evropskokontinentalnog pravnog sistema, anglosaksonski pravni sistem uglavnom ne sadrži pisane odredbe o nužnoj odbrani. Naime, slučajevi nužne odbrane u Engleskoj se rješavaju putem *Common Law-a*, ili je određivanje ovog instituta prepušteno doktrini ili se ponekad ovaj institut predviđa kao procesnopravni institut.¹² Anglosaksonsko učenje pojam *defence* u pravom smislu vezuje za situacije kada su pristuni svi konstitutivni elementi krivičnog djela (i objektivni i subjektivni elementi) ali se iz određenih razloga smatra da je učiniteljevo ponašanje ili opravdano i društveno prihvatljivo, ili kada to nije slučaj, da nedostaje razlog da se učiniocu uputi prijekor za učinjeno.¹³ *Criminal Law Act* iz 1967. godine je predviđao da „lice može da upotrijebi silu u mjeri u kojoj je to razumno s obzirom na okolnosti slučaja, zakonitog hapšenja ili pomaganja u hapšenju učinilaca ili osumnjičenih ili lica koja su postupala u velikoj mjeri nezakonito.“ Ali bitno je na ovom mjestu istaći činjenicu da je englesko pravo precedentno pravo i da sudije nisu vezane odredbama *Criminal Law Acta*. Naime, u engleskoj sudskoj praksi sudije se često odlučuju na primjenu nužne odbrane kao osnov isključenja postojanja krivičnog djela, umjesto na promjenu kvalifikacije krivičnog djela. Tako *murder* kvalifikuju kao ubistvo iz nehata. Pored toga, u slučajevima putativne nužne odbrane, sudska praksa u engleskoj postupa liberalnije, jer zabluda o postojanju opasnosti ne mora biti razumna.¹⁴

Ono što je karakteristično za englesko precedentno krivično pravo i institut nužne odbrane, jeste činjenica da ne postoje uslovi, odnosno ne postoje elementi koji čine sastavni dio ovog instituta, dakle nema definisanih elemenata napada i odbrane. Teoretičari smatraju da je suština nužne odbrane u razumnom odgovoru na silu ili predstojeću prijetnju silom.¹⁵ Međutim, uobičajeno je u odnosu na institut nužne odbrane, razlikovanje tri konstelacije slučajeva. Kako se u anglosaksonskoj pravnoj terminologiji za ovaj institut upotrebljava izraz

12 Cetinić, M., „Pogled na nužnu odbranu i evrokontinentalnom i anglosaksonskom sistemu krivičnog prava“, *Analiz*, Godina LIV, Broj 2, 2006., 173.

13 Đokić, I., *Opšti pojam krivičnog dela u anglo – američkom pravu*, Konstitutivni elementi i osnovi isključenja, Beograd, 2016., 115, fn 523.

14 Cetinić, M., *op. cit.*, 173.

15 Jefferson, M., *Criminal law*, Schiffeld, 2001., 324.

samoodbrana, tradicionalno se pod njim podrazumijeva ne samo odbrana svog dobra, već i tzv. nužna pomoć, tj. odbrana dugog. Uslovi za tako shvaćenu nužnu odbranu određeni su pravilima *Common Law-a*. Dakle, samoodbrana i nužna pomoć predstavljaju dva vida nužne odbrane u anglosaksonskom pravnom sistemu. Treća varijanta nužne odbrane je tzv. prevencija kriminala ili zločina (*prevention of crime*), novijeg je porijekla (uvedena *Criminal Law Act* - om iz 1967. godina), i za nju se upotrebljava izraz *public defence*.¹⁶

Kada se sagleda cjelokupno englesko krivično pravo koje se odnosi na institut nužne odbrane, onda se može pouzdano tvrditi da postoji niz neriješenih pitanja kada se radi o ovom institutu. Naime, u Engleskoj postoje teoretičari koji zastupaju stav da je upravo nužna odbrana osnov za isključenje postojanja krivičnog djela. S druge strane, sudije se prilikom rješavanja slučajeva nužne odbrane koriste i odredbama *Criminal Law Acta*. To dovodi do široke interpretacije ovog instituta u anglosaksonskom pravnom sistemu. Dakle, u odnosu na pitanja koja nisu zakonima strogo određena i dalje se primjenjuju pravila koja je razvila sudska praksa, tako da *Common Law* u ovoj oblasti i dalje važi.

Dio anglosaksonskog pravnog poretka su i Sjedinjene Američke Države (SAD). Interesantno je da su samo u nekim državama SAD-a u krivične zakone su uvedene odredbe koje se odnose na institut nužne odbrane, odnosno odredbe koje se odnose na primjenu fizičke sile.¹⁷

Historijski dakle, gledano, nužna odbrana je poznata od davnina, još prije samog postanka države. Kroz dugu historiju čovječanstva, nužna odbrana je pretrpjela razna shvatanja i na osnovu toga su nastajale i smjenjivale se različite koncepcije o ovom institutu. Svoje korjene institut nužne odbrane je imao u prirodnom pravu, nakon toga u običajnom pravu i na kraju u zakonskim propisima. Njen obim, oblici ispoljavanja kao i sankcije za prekoračenja su bili različiti u pojedinim državnim uređenjima i nejednaki kod različitih društveno – ekonomskih formacija u kojem je ovaj institut egzistirao. Bilo kako bilo, ovaj institut je uspio da opstane do dan danas, i dalje je neiscrpan izvor posmatranja i komentiranja od strane kako teoretičara tako i praktičara krivičnog prava. Zbog toga ćemo u nastavku rada izložiti zakonske odredbe ovog instituta na području Bosne i Hercegovine (BiH), te sličnosti i razlike zakonskih odredbi ovog instituta u BiH i u pojedinim evropskim zemljama, kako bismo u konačnici ponudili prijedloge *de lege ferenda*, i dali smjernice za što efikasniju harmonizaciju bosanskohercegovačkog i evropskog krivičnog zakonodavstva kada je u pitanju institut nužne odbrane.

2. Nužna odbrana u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu

¹⁶ Đokić, I., *op. cit.*, 124.

¹⁷ Zakonik države New York sadrži opću odredbu o nužnoj odbrani. Ovaj Zakonik je i najbliži principima, institutima i pojmovima evropskokontinentalnog pravnog sistema. Neke države (poput npr. Alabame, Kalifornije, Floride, Oklahome, Utah, Kentakija, itd.) ne sadrže odredbu o nužnoj odbrani, a često ni neke druge opće odredbe evropskokontinentalnog zakonodavstva.

Nužna odbrana je pravo koje proizilazi iz samog zakona. To je pravo svakog lica da se u datim okolnostima i pod određenim uvjetima samo brani od protupravnog napada. Pravo na nužnu odbranu se i izvodi iz načela samozaštite i načela potvrđivanja ili afirmacije prava, jer se priznavanjem prava na nužnu odbranu osigurava prevlast prava nad nepravom. U nužnoj odbrani je sadržana poruka da pravo ne smije ustupiti pred nepravom, ono mora biti iznad neprava.¹⁸

Kao institut općeg dijela krivičnog prava nužna odbrana je normirana u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. S obzirom da u BiH imamo trenutno na snazi četiri krivična zakona, tako je institut nužne odbrane normiran u svakom od tih zakona u općem dijelu. Krivični zakon Bosne i Hercegovine¹⁹ u članu 24. stavu 1. propisuje da „*nije krivično djelo ono koje je učinjeno u nužnoj odbrani*.“ Istu odredbu sadrži i Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine²⁰ u članu 26. stav 1., te Krivični zakonik Republike Srpske²¹ u članu 26. stav 1. i Krivični zakon Brčko Distrikta²² isto u članu 26. stav 1. Dakle, sva četiri važeća krivična zakona na teritoriji BiH propisuju da se preko isključenja protupravnosti isključuje i postojanje krivičnog djela. Radi se o situaciji kada djelo učinioca, koje ima sve elemente krivičnog djela, ipak ne predstavlja krivično djelo jer mu nedostaje jedan bitan element, a to je protupravnost djelovanja.

Međutim, važeći krivični zakoni u BiH, kada je u pitanju definisanje instituta nužne odbrane se razlikuju. Naime, odredba kojom se definiše institut nužne odbrane je ista u KZ- u BiH, KZ-u FBiH i KZ-u BD²³, dok se ta odredba u KZ-u RS-a razlikuje. Prema novim izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika RS-a, a koje su stupile na snagu objavljivanjem u Službenom glasniku Republike Srpske broj 64/17, odredbi koja definiše institut nužne odbrane nedostaje elemenat „srazmjernosti“.²⁴

Naime, nužna odbrana kao institut ima svoje osnovne elemente. Prije svega u te elemente spadaju napad i odbrana. Da bismo uopće govorili o pravu na

18 Tomić, Z., *Krivično pravo I*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008., 363.

19 Krivični zakon Bosne i Hercegovine (KZ BiH), Službene novine br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10 i 47/14

20 Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (KZ FBiH), Službene novine br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10 i 42/11, 59/14, 76/14, 46/16 i 75/17

21 Krivični zakonik Republike Srpske (KZ RS), Službeni glasnik Republike Srpske br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12, 67/13 i 64/17

22 Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (KZ BD), Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH, br. 10/03, 6/05, 21/10, 47/11, 52/11, 33/11, 9/13, 33/13, 47/14, 26/16, 13/17 i 50/18

23 „Nužna je ona odbrana koja je neophodno potrebna da učinilac od sebe ili drugog odbije istovremeni ili direktno predstojeći protupravni napad, a koja je srazmjerna napadu.“ Član 24. stav 2. KZ BiH, član 26. stav 2. KZ FBiH i član 26. stav 2. KZ BD.

24 Članom 26. stav 2. KZ-a RS propisano je: „Nužna odbrana je ona odbrana koja je neophodno potrebna da se od svog dobra ili od dobra drugog odbije istovremeni ili neposredno predstojeći protupravni napad.“

nužnu odbranu prvo mora postojati napad, tj. radnja koja je usmjerena na povredu nekog pravno zaštićenog dobra. Napad se po pravilu vrši činjenjem, ali postoje situacije i kada se napad može vršiti nečinjenjem, odnosno propuštanjem određene dužnosti. Da bi se u krivičnom pravu radilo o institutu nužne odbrane, gdje se preko nepostojanja protupravnosti isključuje i postojanje krivičnog djela, napad mora da ispunjava sljedeće uslove:

- a) da je napadač čovjek, tj. da se radi o voljnoj djelatnosti čovjeka
- b) napad mora da bude upravljen protiv nekog pravno zaštićenog dobra
- c) da je napad protupravan, tj. protivi se nekoj normi krivičnog pravnog poretka, odnosno nije zasnovan na nekom zakonskom ovlaštenju
- d) da se radi o napadu koji je istovremen ili koji neposredno predstoji
- e) da je napad stvaran (u suprotnom bi se radilo o tzv. *putativnoj* ili umišljenoj nužnoj odbrani)

S druge strane, odbrana kao drugi element koji određuje postojanje instituta nužne odbrane, podrazumijeva takve radnje ili postupke preduzete od napadnutog, ili neke druge osobe koji su usmjereni na odbijanje napada, a kojim se ugrožava ili povređuje neko napadačevo dobro. Uvjeti koji se moraju ispuniti na strani odbrane, da bi postojala nužna odbrana, su sljedeći:

- a) da je odbranom ostvareno biće nekog krivičnog djela
- b) da je odbrana upravljena protiv napadača
- c) da je odbrana istovremena sa napadom
- d) da je odbrana neophodno potrebna za odbijanje napada, tj. da se napad nije mogao odbiti ni na koji drugi način
- e) i posljednji uslov koji sadrže KZ BiH, KZ FBiH i KZ BD, a ne sadrži KZ RS-a, jeste srazmjernost, tj. da je odbrana srazmjerna napadu

Na ovom mjestu ćemo se zadržati i pokušati objasniti pojam srazmjernosti. Srazmjernost između napada i odbrane je zapravo srazmjernost između vrijednosti napadnutog dobra i napadačevog dobra. Međutim, ovako postavljen uvjet srazmjernosti ne treba shvatiti u smislu apsolutne ekvivalencije između dobara. Dakle, nužna odbrana se može prihvatiti i kada se radi o manjoj nesrazmjeri između napadnutog dobra i napadačevog dobra. Ukoliko je vrijednost povrijeđenog napadačevog dobra znatno veća od vrijednosti dobra koje je napadnuto, onda se radi o očitijoj nesrazmjeri između vrijednosti tih dobara. Da li je u nekom konkretnom slučaju ispunjen uvjet srazmjernosti je faktičko pitanje koje se mora rješavati u svakom konkretnom slučaju zavisno od svih okolnosti koje su vezane za taj slučaj.²⁵ Zakonodavac u BiH, FBiH i BD zastupa stav prema kojem je za primjenu nužne odbrane neophodno utvrditi određenu srazmjernost vrijednosti dobra koje se brani i napadačevog dobra koje je ugroženo ili povrijeđeno odbranom. Teoretičari koji zastupaju ovakav stav smatraju da nije etički dozvoliti učiniocu da liši života npr. dijete koje krade trešnje, samo zato što nije postojao drugi način na koji bi se spriječila nedozvoljena radnja koju dijete preduzima.²⁶

²⁵ Tomić, Z., *op. cit.*, 370.

²⁶ Lenckner, T., „Gebotensein“ und Erforderlichkeit“ der Notwehr, GA 1/1968, Hamburg, 5.

Međutim, novim izmjenama i dopunama KZ- a RS-a pojam *srazmjernosti* je izostavljen. U njemačkoj literaturi zastupljena je tzv. individualnopravna koncepcija nužne odbrane, prema kojoj „*odnos vrijednosti zaštićenog i povrijeđenog pravnog dobra ne igra nikakvu ulogu*“, što znači da se imovina može štiti povredom tjelesnog integriteta napadača, pa čak i lišavanjem života.²⁷ Sličan stav zauzimaju i španski autori koji ističu „*imovina se može braniti čak i po cijenu života lica koje preduzima protupravni napad*“, međutim, autori koji zastupaju ovo mišljenje ipak priznaju da ono nije nesporno, i da kritičari ovakvog stava kao argument protiv ističu zaštitu osnovnih ljudskih i građanskih prava, prije svega prava na život.²⁸

Dakle, u teoriji i praksi je sporno da li se imovina može štititi od protupravnih napada na račun života, tj. da li, pozivajući se na odredbe o nužnoj odbrani, napadnuti može lišiti života napadača koji je napao njegovu imovinu? Ova dilema se još više javlja zbog činjenice da Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda²⁹ u svom članu 2. stavu 2. propisuje da je lišenje života koje je proizašlo iz upotrebe sile koja je bila neophodno potrebna, dopušteno samo pri odbrani života, tjelesnog integriteta i slobode. Iz ovog se može izvesti jasan zaključak da nije dozvoljena nužna odbrana kojom bi se napadač lišio života kako bi se zaštitila imovina. Međutim, na ovom mjestu njemački teoretičari odredbu EKLJP tumače na način da njeno ograničenje vrijedi samo kada je u pitanju država i njeno zahvatanje u prava pojedinaca, ali ne i između samih građana.³⁰ Na ovom mjestu je potrebno istaknuti i vrijednost koju određeno pravno dobro ima za napadnutu osobu, tzv. subjektivni kriterij. Zbog toga neki teoretičari krivičnog prava smatraju npr. da žena koja liši života napadača koji pokušava silovanje, ima pravo da se pozove na nužnu odbranu.³¹ Napominjemo ponovo da je ovo faktičko pitanje koje procjenjuje sud u svakom konkretnom slučaju, te se sudu ostavlja mogućnost da kao pomoćni kriterij uzme i vrijednost koju pravno dobro ima za napadnutog.³²

Kazneni zakon Republike Hrvatske³³, poput KZ-a RS-a, također ne sadrži pojam *srazmjernosti*. Kada je u pitanju zahtjev *srazmjernosti*, kao element za postojanje nužne odbrane, onda možemo naći argumente i za i protiv postojanja ovog elementa u zakonskom definisanju instituta nužne odbrane. Ukoliko se

27 Risimović, R., *Nužna odbrana u našem krivičnom zakonodavstvu*, Doktorski rad, Beograd, 2009., 208., fn 1064.

28 Ibid., fn 1066.

29 Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP), Rim, 4. novembra 1950. godine

30 Babić, M., Marković, I., *Krivično pravo, Opšti dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, Banja Luka, 2015., 162.

31 Delpino, L., *Diritto Penale – Parte generale*, Napoli, 2006., 358 – 359.

32 Lukić, S., „O proporcionalitetu dobara kao rekvizitu instituta nužne odbrane“, NZ 1- 2/1959, Zagreb, 139 – 140.

33 Kazneni zakon Republike Hrvatske (KZ RH), Narodne novine broj 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, na snazi od 4.1.2019. godine

zakonodavac odluči da u zakonski tekst instituta nužne odbrane ne unese zahtjev srazmjernosti između vrijednosti napadačevog dobra i dobra napadnutog, onda se smatra da su nužnom odbranom pokrivene i one povrede napadača koje su po svojoj vrsti ili jačini veće od povreda koje je napadač svojim napadom htio nanijeti. Ovo se obrazlaže shvatanjem da bi u suprotnom onaj ko je napadnut, i koji svoje dobro manje vrijednosti može odbraniti samo povredom napadačevog dobra veće vrijednosti, bio prisiljen da trpi povredu svog dobra, pa bi u takvim slučajevima pravo moralo da ustupi pred nepravom.³⁴

Pravni poredak pred počinioca stavlja vrlo tešku zadaću, a to je da prilikom nužne odbrane, unatoč postojanja napada, mora odabrati najblaže sredstvo odbrane. Radi se zapravo o zapovijedi očuvanja promišljenosti, opreza i vjernosti pravnom poretku u situaciji u kojoj se vrlo lahko može izgubiti samokontrola. Razumijevanje za počinioca u takvim situacijama zakonodavac je pokazao kroz uvođenje ublažavanja kazne za prekomjerno postupanje, a taj je pravni učinak uveden još u 19. vijeku.³⁵

O prekoračenju granica nužne odbrane i kažnjavanju učinioca koji postupao u prekoračenju, u nastavku ovog rada će biti više govora.

3. Prekoračenje granica nužne odbrane

Nesporna je činjenica da nužna odbrana, kao ona odbrana koja je neophodno potrebna da učinilac od sebe ili drugog odbije direktno predstojeći protupravni napad, preko isključenja protupravnosti isključuje postojanje krivičnog djela. Radi se o situacijama u kojima dopuštajuća ili permissivna norma poništava učinak zabranjujuće ili prohibitivne norme, uz postojanje jednog uvjeta, a to je da napadnuti postupao sa odbrambenom voljom. Dakle, postupanje u granicama nužne odbrane oduzima protupravnoj radnji karakter krivičnog djela. Međutim, postoje situacije u kojima dolazi do prekoračenja tih granica, pa će krivično djelo postojati, sud će donijeti osuđujuću presudu i učinioca djela u prekoračenju granica nužne odbrane, proglasiti krivim. Na ovom mjestu ćemo pokušati objasniti šta tačno znači prekoračiti granice nužne odbrane i kako se kažnjava učinilac koji prekorači granice nužne odbrane.

Definicija prekoračenja granica nužne odbrane ne postoji, odnosno zakonodavac u BiH ne daje niti u jednom od četiri važeća zakona tu definiciju. Zakonodavac ne opisuje ni ponašanje počinioca koje bi udovoljavalo smislu te odredbe, nego samo određuje pravni učinak, i to dvostruki pravni učinak: mogućnost ublažavanja kazne i mogućnost oslobođanja od kazne, (prekoračenje granica nužne odbrane predstavlja u bosanskohercegovačkom krivičnom

³⁴ Tomić, Z., *op. cit.*, 371.

³⁵ Herceg Pakšić, B., „Zakonska regulacija i pravna priroda prekoračenja granica nužne odbrane kao ispričavajućeg razloga *de lege lata et de lege ferenda*“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 22, broj 1/2015. Zagreb, 2015., 127.

zakonodavstvu opći fakultativni osnov za ublažavanje kazne i opći fakultativni osnov za oslobođenje od kazne). Ovakav dvostruki pravni učinak prisutan je kod sva četiri važeća krivična zakona na području BiH.

Neodređeno zakonsko definisanje pojma prekoračenja granica nužne odbrane nije rijetkost. Ni KZ RH ne daje definiciju prekoračenja nužne odbrane, nego samo određuje dvostruki pravni učinak. Ista situacija je u i Njemačkoj i u Švicarskoj u pogledu pobližeg određenja prekoračenja granica nužne odbrane. Austrijski Krivični zakonik daje određene smjernice: radi se o „prekoračenju opravdane odbrane“ ili „korištenju očigledno neprikladne odbrane“.³⁶ Međutim, krivični zakoni u Evropskoj uniji (EU), za razliku od bosanskohercegovačkih krivičnih zakona, propisuju dvostruki pravni učinak koji se odnosi na mogućnost ublažavanja kazne i na isključenje krivice.

Kod prekoračenja granica nužne odbrane postoje danas dvije moguće situacije, tzv, intenzivni i ekstenzivni eksces. Bilo kojoj od ove dvije situacije da je riječ ne postoji isključenje protupravnosti, nego ova ekscesna ponašanja počinioca imaju različite pravne učinke. Kod prekoračenja granica nužne odbrane, za kažnjavanje učinioca od velike je važnosti postojanje afektivnog stanja jake razdraženosti. U BiH ako počinilac prekorači granice nužne odbrane može se blaže kazniti, a ako je prekoračenje učinio zbog jake razdraženosti može se i osloboditi od kazne. Ovakvo zakonsko rješenje postojalo je ranije u mnogim zakonodavstvima u EU, ali danas postoje izvjesne razlike koje se odnose na to da više nema mogućnosti oslobođenja od kazne. Nova zakonska rješenja u EU jakoj razdraženosti daju karakter ispričavajućeg (opravdavajućeg) razloga koji isključuje postojanje krivičnog djela jer nema krivice. Krivičnopravna teorija i praksa poznaju dvije vrsteprekoračenja granica nužne odbrane, a to su ekstenzivno prekoračenje (ekstenzivni eksces) i intenzivno prekoračenje (intenzivni eksces). Na ovom mjestu ćemo se više pozabaviti pitanjem intenzivnog prekoračenja granica nužne odbrane, tj. situacijama kada se napadnuti brani na način koji nije neophodan ili se koristi sredstvima koja nisu neophodna za odbijanje napada.

3.1. Intenzivni eksces

Intenzivni eksces se sastoji u prekoračenju mjere dopuštene odbrane (*moderamen inculpatae tutelae*). Ta mjera određuje granicu prijeko potrebne odbrane, tj. odbrane koja je potrebna, ali i dovoljna za uspješno odbijanje napada. Njeno utvrđivanje se s pravom smatra osnovnim, ali i najtežim pitanjem u praktičnoj primjeni instituta nužne odbrane, jer se radi o postupku u kojem treba povući crtu razgraničenja između prava i neprava. Da li je odbrambena radnja u konkretnom slučaju bila prijeko potrebna ili je napadnuti prekoračio mjeru opravdane odbrane faktičko je pitanje koje se procjenjuje u svakom konkretnom slučaju (*quaestio facti*). Ovo pitanje treba rješavati na osnovu ocjene svih okolnosti napada i odbrane, intenziteta napada, opasnosti napadača i njegovih postupaka,

³⁶ *Ibid.*

te sredstava odbrane koji napadnutom stoje na raspolaganju.³⁷ Ustvari, radi se o problemu određivanja granice između prava i neprava. Ako sud utvrdi da je intenzitet poduzete odbrambene radnje srazmjeran intenzitetu napada, ponašanje napadnutog nije protupravno. Suprotno tome, ako je odbrana preintenzivna, protupravnost nije isključena i ponašanje napadnutog postaje protupravni napad protiv kojeg prvobitni napadač ima pravo na nužnu odbranu.³⁸ Mjera dopuštene odbrane ocjenjuje se objektivno i *ex ante*. Mjerovadno je kako bi u položaju napadnutog postupila razborita treća osoba u vrijeme napada.³⁹

S obzirom da je procjenjivanje prekoračenja granica nužne odbrane faktičko pitanje, za postojanje intenzivnog ekscesa potrebno je da se ispune četiri preduvjeta, a to su: postojanje protupravnog napada, odbrana koja nije prijeko potrebna, atsenički afekt⁴⁰ određene vrste, i uzročno – posljedična veza između afekta i ekscesa.⁴¹

Bosanskohercegovačka krivična rješenja propisuju da se učinilac koji prekorači granice nužne odbrane može blaže kazniti, a ako je prekoračenje učinio zbog jake razdraženosti ili prepasti izazvane napadom, može se i osloboditi od kazne.⁴² Zakonodavac dakle, ima u vidu da osoba koja je napadnuta, s obzirom na stanje u kojem se nalazi u trenutku napada i kratkoće vremena koje ima na raspolaganju, nije uvijek u mogućnosti da pravilno procijeni granice neophodno potrebne i dozvoljene odbrane, pa se sudu ostavlja mogućnost ublažavanja kazne za te slučajeve pogrešne procjene. S druge strane, zakonodavac je sudu ostavio mogućnost i oslobođenja od kazne ako dođe do prekoračenja granica nužne odbrane zbog jake razdraženosti ili straha izazvanog napadom. Ovdje se uzimaju u obzir tzv. afektivna stanja koja mogu dovesti do isključenja krivične odgovornosti zbog neuračunljivosti. Ne traži se da je učinilac u tom stanju i stvarno bio neuračunljiv, nego su dovoljna i takva blaža psihička stanja koja su slična stanjima neuračunljivosti, ali se od njih razlikuju po svom intenzitetu i moraju biti izazvana napadom. Postoje dvije vrste afektivnih stanja; tzv. stenički afekt u koji spadaju bijes i jaka razdraženost, i astenički afekt u koji spadaju strah, prepast, bojazan.⁴³

U našem krivičnom pravu jaka razdraženost ili prepast su dva alternativna

37 Bojanić, I., *Prekoračenje granica nužne odbrane*, Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu, Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, 1999., 17.

38 Bojanić, I., Vuksan, J., „Prekoračenje granica nužne odbrane zbog ispričive jake prepasti“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, vol. VIII, broj 1/2017, 71.

39 Novoselec, P., Bojanić, I., *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013., 173.

40 „Afekti predstavljaju treći segment emocionalnog života čovjeka (pored emocija i rapoloženja), koji zbog svojih određenih svojstava i uticaja na cjelokupni psihički život čovjeka u bitnoj mjeri mogu uticati na reakcije ličnosti i njeno ponašanje.“; Čirić, Z., „Sudsko – psihijatrijski aspekt afektivnih stanja“, *Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru*, LXII, 2012., Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj, Niš, 2012., 147.

41 Herceg Pakšić, B., *op. cit.*, 128.

42 Član 24. stav 2. KZ BiH, član 26. stav 2. KZ FBiH, član 26. stav 2. KZ RS, član 26. stav 2. KZ BD

43 Tomić, Z., *op. cit.*, 375.

osnova za oslobođenje od kazne. Zakonodac je očigledno imao u vidu stav psihijatrije o dejstvu afekta na svijest, odnosno na volju čovjeka. Jaki afekti mogu dovesti do sužavanja obima svijesti različitog intenziteta, kao i pomućenja svijesti, dok je s druge strane sasvim poznato stimulativno i destimulativno dejstvo afekata na voljne procese, kao i na sistem odlučivanja.⁴⁴ Svaki od ovih afekata, bilo da je riječ o steničkom ili asteničkom afektu, treba cijeliti objektivno, što znači da subjektivni stav osobe koja je prekoračila granice nužne odbrane odbijajući na taj način napad, nema utjecaja na kvalifikaciju djela. Prema tome, ukoliko se neko zbog preosjetljivosti ili neznatnog povoda nađe u stanju jake razdraženosti ili prepasti, primjena odredbe o oslobađanju od kazne nije moguća.⁴⁵

Razdraženost je tzv. pozitivni afekt (stenički) koji pojačava tjelesnu i duševnu aktivnost, dok prepast spada u tzv. negativna afektivna stanja (astenički), tj. ona koja ih sputavaju.⁴⁶ Prepast se definiše kao jedan od oblika afekta straha tj. „izmijenjeno i kratkotrajno stanje velike napetosti koje izaziva osjećanje postojećih ili predstojećih opasnosti po integritet ličnosti“.⁴⁷ Na samom početku, kada osoba osjeti prepast, javlja se ukočenost, a kasnije osoba prelazi u napad ili u bjekstvo. Način izvršenja djela često sudu može ukazati na ostvarenje krivičnog djela u afektivnom stanju (npr. višestruko udaranje nožem).⁴⁸

Kada pristupimo gramatičkom tumačenju odredbi o nužnoj odbrani u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu, onda možemo zaključiti da samo stanje jake razdraženosti ili prepasti izazvane napadom ostavlja mogućnost sudu da učinioca oslobodi od kazne. Na ovom mjestu treba podcrtati stav psihijatrije koja poznaje: a) povišenu emocionalnu uzbuđenost ili razdraženost i b) patološki afekt ili jaku razdraženost.⁴⁹ Zakoni u BiH ne zahtijevaju izričito određen intenzitet afekta kod stanja prepasti, međutim, smatramo da je i u ovom slučaju kao uslov za oslobađanje od kazne potreban stepen jake prepasti. Veoma važnu ulogu kod određivanja intenziteta razdraženosti i prepasti imaju vještaci koji trebaju da u svom nalazu i mišljenju daju jasno i nedvosmisleno obrazloženje o kojoj vrsti afektivnog stanja se radilo u svakom konkretnom slučaju, jer je sudskoj praksi jako teško da razgraniči stanje jake od obične razdraženosti. Na osnovu nalaza i mišljenja vještaka sud donosi konačnu odluku, što znači da je zadatak vještaka da opiše afektivno stanje i njegov utjecaj na ponašanje.⁵⁰

44 Krstić, B., *Psihijatrijsko veštačenje afektivnih stanja*, Beograd, 1999., 165 – 166.

45 Risimović, R., *op. cit.*, 223.

46 Jeftić, D., *Sudska psihopatologija*, Beograd, 1960., 37.

47 Marić, J., *Veštačenje afektivnih stanja kod ubistava, Ubistva i samoubistva u Jugoslaviji – telesne povrede*, Srpsko udruženje za krivično pravo, Beograd, 1998., 68.

48 Risimović, R., *op. cit.*, 223.

49 Marić, J., *op. cit.*, 71.

50 Iz stava sudske prakse: „U konkretnom slučaju vještačenjem je utvrđeno da su raniji sukobi kod optuženog stvorili napetost i stres. Rafalna paljba koju je optuženi ispalio, bila je pod utjecajem snažnog afekta. U samom momentu izvršenja krivičnog djela došlo je do naglog i eksplozivnog (impulsivnog) pražnjenja pod utjecajem afekta jakog intenziteta kojeg nije mogao da prevaziđe jer je bio u stanju jake razdraženosti uz suženje svijesti, a opasnost je još uvijek postojala, što je u

Za razliku od našeg krivičnog zakonodavstva (koje, dakle, u slučaju stanja jake razdraženosti ili prepasti ostavlja sudu mogućnost za oslobođenje od kazne), uporedno krivično zakonodavstvo Evropske unije (EU) nudi drugačija rješenja. Tako, primjera radi, KZ RH izmjenama koje su se desile 2011. godine, a stupile na snagu 1. januara 2013. godine (NN 125/2011), počinitelj koji prekorači granice nužne odbrane zbog asteničkog afekta „nije kriv“. Ranije krivičnopravne odredbe hrvatskog Kaznenog zakona o prekoračenju granica nužne odbrane propisivale su, kao naše sadašnje zakonodavstvo, da je za počinioca koji prekorači granice nužne odredbe propisana mogućnost ublažavanja kazne, dok je za slučaj kada je do prekoračenja došlo zbog jake razdraženosti ili prepasti izazvane napadom, bilo propisano fakultativno oslobođenje od kazne. Novi KZ RH, dakle, više ne propisuje mogućnost oslobođenja od kazne, nego propisuje da učinilac koji prekorači granice nužne odbrane zbog ispričive jake prepasti pruzrokovane napadom, nije kriv.⁵¹ Isključenje krivnje nije moguće kod prekoračenja nužne odbrane uzrokovane steničkim afektom jake razdraženosti. U tom slučaju moguće je samo ublažavanje kazne.⁵² Hrvatski zakonodavac se opredjelio za dosljednu provedbu normativnih teorija krivnje u hrvatskom krivičnom pravu.⁵³ Bit krivnje prema normativnim teorijama, očituje se u „prekorljivosti oblikovanja volje“ (*Vorwerfbarkeit der Willensbildung*), a prema vladajućem mišljenju, u njemačkoj teoriji „kompleksni pojam krivičnopravne krivnje“ obuhvata normativno razumljive pozitivne i negativne elemente krivnje. U pozitivne elemente ubrajaju se sposobnost za krivnju, oblici krivnje (umišljaj i nehat) i svijest o protupravnosti, dok je negativno obilježje nedostatak ispričavajućih razloga.⁵⁴ Pojam ispričavajućih (opravdavajućih) razloga vuče svoje korijene iz njemačkog krivičnog prava. U njemačkoj krivičnopravnoj literaturi, teoriji i praksi, uobičajeno je razlikovanje razloga isključenja krivnje i opravdavajućih (ispričavajućih) razloga. U razloge isključenja krivnje spadaju: nesposobnost za krivnju (neuračunljivost) i neotklonjiva zabluda o protupravnosti, dok u ispričavajuće razloge spadaju kranja nužda i prekoračenje granica nužne odbrane zbog asteničkih afekata. Kod razloga isključenja krivnje riječ je o nedostatku pretpostavki koje utemeljuju krivnju, a kod ispričavajućih razloga riječ je o tome da oni samo djeluju na značajno smanjenje sadržaja neprava i krivnje počinjenog djela, tako da zakonodavac pokazuje obzir i odustaje od upućivanja prijekora jer još nije dosegnuta donja granica kažnjivosti.⁵⁵ Uzimajući u obzir razvoj normativnih teorija krivnje, većinom se smatra da se ispričavajući razlozi mogu svesti na ideju o nemogućnosti očekivanja drugačijeg

konačnici dovelo do redukcije svijesti, odnosno do stepena bitno smanjene uračunljivosti.“ Presuda Kantonalnog suda u Mostaru, HNK, broj K – 5/05 od 31.3.2005. godine

51 Član 21. stav 4. KZ RH

52 Član 21. stav 3. KZ RH

53 Bojanić, I., Mrčela, M., „Konceptija krivnje u novom Kaznenom zakonu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 19:2, 2012., 396.

54 Bojanić, I., Vuksan, J., *op. cit.*, 62.

55 Novoselec, P., *op. cit.*, 221 – 222; Kühl, K., *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, München, 2013., 338.

(u skladu sa pravom) ponašanja.⁵⁶

3.2. Prekoračenje granica nužne odbrane u pojedinim državama zapadne Evrope

Pored Republike Hrvatske, čije zakonodavstvo predviđa obligatorno oslobođenje od kazne za počinioca koji prekorači granice nužne odbrane zbog ispričive jake prepasti prouzrokovane napadom, zbog toga što je došlo do isključenja krivnje počinioca, moramo se osvrnuti i na krivično zakonodavstvo pojedinih država zapadne Evrope, kao što su Njemačka, Austrija i Švicarska (StGB) čije je zakonodavstvo zapravo bilo i uzor hrvatskom zakonodavcu da izmijeni Kazneni zakon RH.

a) Njemačka

Njemački zakonodavac ne propisuje pojmovno određenje prekoračenja granica nužne odbrane, ali za razliku od hrvatskog zakonodavstva njemački StGB navodi više asteničkih afekata i u svom članu 32. stavu 2. propisuje da „*se neće kazniti počinitelj koji prekorači granice nužne odbrane zbog smetenosti, straha ili užasa*“. Naime, hrvatski KZ jasno određuje pravnu prirodu prekoračenja nužne odbrane zbog asteničkog afekta propisujući da počinitelj nije kriv, a iz odredbi o sastojcima krivnje može se zaključiti da je riječ o ispričavajućem razlogu. Nasuprot hrvatskom KZ-u njemački StGB koristi neutralnu formulaciju „neće se kazniti“, što je otvorilo prostor različitim tumačenjima pravne prirode ekscesa nužne odbrane zbog asteničkog afekta.⁵⁷

Još jedna razlika između njemačke i hrvatske odredbe o nužnoj odbrani ogleda se i u tome što hrvatski zakonodavac u članu 21. stavu 3. propisuje sljedeće: „*počinitelj koji prekorači granice nužne odbrane može se blaže kazniti*“, dakle ublažavanje kazne je dozvoljeno u svim slučajevima osim onih koji spadaju u ispričavajući razlog, dok StGB nema takvu odredbu. Iz ovoga proizilazi da njemački StGB kada je riječ o intenzivnom prekoračenju granica nužne odbrane propisuje potpunu nekažnjivost ukoliko se radi o postojanju nekog od asteničkih afekata (smetenost, strah ili užas), ili da kažnjava počinioca u punom obimu.

b) Austrija

Austrijski StGB također ima značajne sličnosti i razlike i sa hrvatskim i sa bosanskohercegovačkim zakonodavstvom.⁵⁸ Naime, austrijski StGB u svom članu 3. stavu 1. propisuje da „*ponašanje počinioca nije protupravno ako se poslužio odbranom koja je nužna da bi od sebe ili drugog odbio istovremen ili direktno predstojeći protupravni napad na život, zdravlje, tjelesnu cjelovitost, slobodu ili imovinu*.“ Iz navedene odredbe vidimo da austrijski zakonodavac propisuje ograničen krug dobara koja se štite, što ni naš ni hrvatski zakonodavac nije propisao. S druge strane, austrijski zakon, poput hrvatskog KZ-a, a za razliku

⁵⁶ Jescheck, H. H., Weigend, T., Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin, 1996., III.1

⁵⁷ Bojanić, I., Vuksan, J., *op. cit.*, 64.

⁵⁸ Član 3. austrijskog StGB: „Ponašanje učinioca nije

od naših važećih KZ-a, nema klauzulu srazmjernosti.

U stavu 2. istog člana austrijskog StGB-a sadržane su odredbe o prekoračenju granica nužne odbrane.⁵⁹ Kod prekoračenja granica nužne odbrane, kažnjivost je moguća zbog više asteničkih afekata, a ne samo zbog jake razdraženosti ili prepasti. Austrijski zakonodavac polazi od pretpostavke da se kod napadnutog često javljaju duševna uzbuđenja koja otežavaju „hladnu“ procjenu pravog stanja stvari i odmjeravanje opravdane odbrane, te shodno tome i prekoračenje granica nužne odbrane može biti ponašanje koje ne zaslužuje prijekor.⁶⁰ Posebno je dakle, zanimljiva austrijska odredba o nužnoj odbrani koja se tiče kažnjivosti za nehatno prekoračenje nužne odbrane. Naime, iz zakonske odredbe proizilazi da će postojati kažnjivost za nehatno prekoračenje nužne odbrane, onda kada u konkretnom slučaju postoji nehatna radnja, odnosno nehatni delikt, a prekoračenje je utemeljeno na tom nehatu. Austrijski StGB ne govori o ublažavanju kazne. Namjerno prekoračenje, kao i u njemačkom zakonu, samtra se ispričavajućim razlogom. Ukoliko su zadovoljeni svi predviđeni kriteriji, tada će doći do nekažnjivosti namjernog delikta, ali postoji mogućnost kažnjavanja kroz dvostruko uvjetovanu nehatnu odgovornost (*doppelt bedingte Fahrlässigkeitshaftung*).⁶¹ Ovdje se fokus stavlja na počinioča djela u prekoračenju granica nužne odbrane na način da se od njega traži da savlada svoje strahove i da ne dozvoli da ga afekti obuzmu, što smatramo krajnje strogom odredbom. Naime, zakon dopušta nekažnjivost namjernog delikta ako su ispunjeni svi uvjeti (postojanje straha, prepasti, užasa), a s druge strane zakone ne opravdava i kažnjava učinioca u situacijama kada nije mogao savladati i ograničiti na dopuštenu odbranu. Ovu austrijsku odredbu kritikuju i neki austrijski autori.⁶²

c) Švicarska

Na kraju, odredbe švicarskog StGB-a o nužnoj odbrani njenom prekoračenju, su najbližnje odredbama bosanskohercegovačkog krivičnog zakonodavstva kada je u pitanju ovaj institut. Smatramo da je upravo švicarski StGb polsužio kao uzor našem zakonodavcu. Naime, švicarsko zakonodavstvo predviđa ublažavanje kazne zbog prekoračenja granica nužne odbrane u svom članu 15., s tim da je ublažavanje kazne propisano obligatorno, za razliku od našeg krivičnog zakonodavstva gdje je ublažavanje kazne fakultativno. Smatramo da je naše rješenje u ovom slučaju bolje, jer se vrednuje činjenica da je učinilac prekoračio granice nužne odbrane zbog protupravnog napada koji je prethodio od strane napadača (sada žrtve), ali u nekim specifičnim situacijama učinitelj možda i ne zaslužuje blagost, pa s obzirom da je to faktičko pitanje koje sud cijeni u svakom slučaju, dobro je da je sudu ostavljena mogućnost ublažavanja kazne, a

⁵⁹ „Počinilac koji je prekoračio opravdanu mjeru odbrane ili se poslužio očito neprimjerenom odbranom, kad se to dogodilo isključivo zbog prepasti, straha ili užasa, kažnjiv je samo ako se prekoračenje temelji na nehatu, a nehatna je radnja zapriječena kaznom.“

⁶⁰ Fuch, H., Strafrechts, Allgemeiner Teil I, *Grundlagen und Lehre von der Straftat*, Wien, 2016., 236.

⁶¹ Herceg Pakšić, B., *op.cit.*, 130.

⁶² *Ibid.*

ne da se sud obaveže na obligatorno ublažavanje kazne. S druge strane, odredba koja se tiče prekoračenja granica nužne odbrane zbog opravdane (ispričive) jake razdraženosti ili prepasti (član 16.), predviđa da u takvim situacijama postupanje napadnutog nije skrivljeno. Dakle, isto kao u hrvatskom KZ-u, isključena je krivnja, dok u našem krivičnom zakonodavstvu učinioca koji je prekoračio granice nužne odbrane zbog jake razdraženosti ili prepasti izazvane napadom, sud može osloboditi od kazne (opći fakultativni osnov). Na ovaj način naš zakonodavac pokazuje jednako razumijevanje za asteničke i steničke afekte, dok npr. hrvatski zakon pokazuje veće razumijevanje za jedan astenički afekt, jaku prepast, njemački i austrijski krivični zakoni pokazuju veće razumijevanje za više asteničkih afekata, dok švicarski KZ prihvata i stenički i astenički afekat.

Prekoračenje granica nužne odbrane, u zakonodavstvu i literaturi evropskokontinentalnog pravnog sistema predstavlja najspornije pitanje, pogotovo kada ne nastupi kažnjavanje zbog isključenja krivnje, a došlo je do manifestovanja zabranjene radnje u vanjskom svijetu, i do ispunjenja bića krivičnog djela. Međutim, treba imati na umu nekoliko stvari: prvo, počinitelj u situacijama prekoračenja granica nužne odbrane povređuje tuđe pravno dobro, ali to čini da bi zaštitio svoje pravno dobro; drugo, pravo ne smije ustupiti pred nepravom; i treće, astenički afekti otežavaju normalno oblikovanje volje kod čovjeka.

Zaključak

U modernoj krivičnopravnoj literaturi, posebno ako se dublje posmatra njemačko krivično pravo, može se zaključiti da postoji dualističko shvatanje instituta nužne odbrane, tj. da se pravo na nužnu odbranu temelji na dva načela: načelu samozaštite i načelu potvrđivanja prava. Institut nužne odbrane je jedan svojevrsan zaštitni mehanizam krivičnog materijalnog prava, koji pravi balans, jer s jedne strane stabilizuje pravni poredak, a s druge strane osigurava prevlast prava nad nepravom. Ovakva dualistički pristup institutu nužne odbrane je vladajući, ali u zadnje vrijeme postoje i mišljenja pojedinih teoretičara koji osporavaju „kombinaciju načela“ i zagovaraju monističko shvatanje prema kojem pravo nužne odbrane služi samo zaštiti individualnih interesa. Načela opravdanja nužne odbrane važna su za tumačenje tog instituta i posebno dolaze do izražaja kod socijalnoetički utemeljenih ograničenja prava na nužnu odbranu koja pravo na nužnu odbranu ili posve isključuju ili ga znatno ograničavaju time što od napadnutog zahtijevaju najveću moguću štedljivost prema napadaču.⁶³

Bilo kako bilo, nužnoj odbrani se ne može oduzeti njen značaj koji je imala kroz historiju i koji i dan danas ima. Rješavanju brojnih nedoumica koje postoje kada je u pitanju ovaj institut uvijek treba pristupati na način da se na umu ima činjenica da je riječ o koliziji prava i nepravda i da prednost treba dati pravu, odnosno zaštititi interese osobe koja je izložena protupravnom napadu.

⁶³ Bojanić, I., Vuksan, J., *op. cit.*, 75.

Ali, postavlja se pitanje usaglašavanja normativnog uređenja ovog instituta kako unutar BiH, tako i sa krivičnim zakonodavstvom EU. Upravo zbog toga je kroz je rad je dat prikaz bosanskohercegovačkog uređenja instituta nužne odbrane u komparaciji sa uređenjima tog instituta u pojedinim zemljama Evropske unije. Kroz analizu su uočene sličnosti i razlike i na osnovu toga se mogu donijeti određeni zaključci i prijedlozi *de lege ferenda*.

Naime, bosanskohercegovačko zakonodavstvo ne prati moderne krivičnopravne trendove, i ne razdvaja steničke i asteničke afekte, nego predviđa da se učinilac koji je prekoračio granice nužne odbrane zbog jake razdraženosti (stenički afekt koji ukazuje na snagu i agresivnost) ili straha (astenički afekt koji ukazuje na slabost učinioca) izazvanog napadom, može osloboditi od kazne (opći fakultativni osnov za oslobađanje od kazne), dok u uporednom evropskom krivičnom zakonodavstvu, kod postojanja asteničkog afekta, se predviđa da sud mora učinioca osloboditi od kazne (opći obligatorni osnov za oslobođenje od kazne), zbog toga što je došlo do isključenja krivice kao subjektivnog elementa bića krivičnog djela. Razlozi nekažnjivosti prekoračenja granica nužne odbrane zbog asteničkog afekta, su važni za tumačenje obilježja instituta nužne odbrane. Na ovom mjestu je jako bitno, prilikom normiranja ovog instituta, odvojiti asteničke od steničkih afekata (snaga, nadmoć, agresivnost) i privilegirati samo asteničke koji su izraz straha, prepasti i slabosti. Strah ili prepast, kao astenički afekt, kod prekoračenja granica nužne odbrane, treba više cijiniti, odnosno dati mu prednost u odnosu na steničke afekte, kada je u pitanju zakonsko propisivanje (ne)kažnjavanja.

Na sudskoj praksi ostaje da u svakom konkretnom slučaju odredi koji intenzitet straha će uvažiti za primjenu takve odredbe, jer pitanje da li je odbrambena radnja u konkretnom slučaju bila neophodno (prije)ko potrebna, ili je napadnuti prekoračio mjeru opravdane odbrane, predstavlja faktičko pitanje (*questio facti*) koje sud ocjenjuje u svakom konkretnom slučaju.

Pored usaglašavanja sa krivičnim zakonodavstvima EU, zakonodavac u BiH mora prije svega harmonizirati odredbe krivičnih zakona u BiH, s obzirom da i u tom dijelu postoji neusaglašenost. Naime, krivično zakonodavstvo BiH, kao i FBIH i BD BiH, u zakonskoj odredbi normira da odbrana mora biti srazmjerna napadu, dok moderna krivična zakonodavstva, a po uzoru na njih i krivično zakonodavstvo RS-a, taj dio odredbe izostavljaju, jer proporcionalnost napada i odbrane ne treba shvatiti kao potpunu ekvivalenciju kolidirajućih dobara. U tom dijelu potrebno je izvršiti harmonizaciju domaćeg krivičnog zakonodavstva, pa onda ići korak dalje sa harmonizacijom u odnosu na krivična zakonodavstva EU.

Bosna i Hercegovina je na putu da postane članica Evropske unije, te je zbog toga jako bitna njena normativna usaglašenost sa krivičnim zakonodavstvima EU, jer kada jednom postane članica EU to povlači za sobom i druga pitanja iz krivičnopravne oblasti (kao npr. pitanje priznavanje strane sudske presude u krivičnim stvarima), što će biti olakšano ukoliko su materijalne odredbe krivičnog prava harmonizirane.

Literatura:

a) Knjige:

1. Avakumović, J. Đ., *Nužna odbrana*, Štampara zadruge štamparskih radnika, Beograd, 1883.
2. Babić, M., Marković, I., *Krivično pravo, Opšti dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, Banja Luka, 2015.
3. Bojanić, I., *Prekoračenje granica nužne odbrane*, Kaznenopravno – kriminalistička biblioteka Vladimir Bayer, Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, 1999.
4. Bojanić, I., *Prekoračenje granica nužne odbrane*, Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu, Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, 1999.
5. Delpino, L., *Diritto Penale – Parte generale*, Napoli, 2006.
6. Đokić, I., *Opšti pojam krivičnog dela u anglo – američkom pravu*, Konstitutivni elementi i osnovi isključenja, Beograd, 2016.
7. Jefferson, M., *Criminal law*, Schiffeld, 2001.
8. Jeftić, D., *Sudska psihopatologija*, Beograd, 1960.
9. Krstić, B., *Psihijatrijsko veštačenje afektivnih stanja*, Beograd, 1999.
10. Marić, J., *Veštačenje afektivnih stanja kod ubistava, Ubistva i samoubistva u Jugoslaviji – telesne povrede*, Srpsko udruženje za krivično pravo, Beograd, 1998.
11. Novoselec, P., Bojanić, I., *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013.
12. Sangero, B., *Self – Defence in Criminal Law*, Oxford and Portlan, Oregon, 2006. Tomanović, M., *Nužna odbrana i krajnja nužda*, Novinsko – izdavačka ustanova, Službeni list SRJ, Beograd, 1995., 13 -15.
13. Tomić, Z., *Krivično pravo I*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008.

b) Članci

1. Bojanić, I., Mrčela, M., „Konceptija krivnje u novom Kaznenom zakonu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 19:2, 2012.
2. Bojanić, I., Vuksan, J., „Prekoračenje granica nužne odbrane zbog ispričive jake prepasti“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, vol. VIII, broj 1/2017
3. Cetinić, M., „Pogled na nužnu odbranu i evrokontinentalnom i anglosaksonskom sistemu krivičnog prava“, *Anali*, Godina LIV, Broj 2, 2006., 173.
4. Ćirić, Z., „Sudsko – psihijatrijski aspekt afektivnih stanja“, *Zaštita*

- ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, LXII, 2012., Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj, Niš, 2012.
5. Fuch, H., Strafrechts, Allgemeiner Teil I, *Grundlagen und Lehre von der Straftat*, Wien, 2016.
 6. Herceg Pakšić, B., „Zakonska regulacija i pravna priroda prekoračenja granica nužne odbrane kao ispričavajućeg razloga *de lege lata et de lege ferenda*“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 22, broj 1/2015. Zagreb, 2015.
 7. Jescheck, H. H., Weigend, T., Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin, 1996., III.1
 8. Kühl, K., *Strafrech*, Allgemeiner Teil, München, 2013.
 9. Lenckner, T., „Gebotensein“ und Erforderlichkeit“ der Notwehr, GA 1/1968, Hamburg
 10. Lukić, S., „O proporcionalitetu dobara kao rekvizitu instituta nužne odbrane“, NZ 1- 2/1959, Zagreb

c) Doktorske disertacije

1. Risimović, R., *Nužna odbrana u našem krivičnom zakonodavstvu*, Doktorski rad, Beograd, 2009

d) Zakoni i konvencije

1. Krivični zakon Bosne i Hercegovine (KZ BiH), Službene novine br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10 i 47/14
2. Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (KZ FBiH), Službene novine br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10 i 42/11, 59/14, 76/14, 46/16 i 75/17
3. Krivični zakonik Republike Srpske (KZ RS), Službeni glasnik Republike Srpske br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12, 67/13 i 64/17
4. Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (KZ BD), Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH, br. 10/03, 6/05, 21/10, 47/11, 52/11, 33/11, 9/13, 33/13, 47/14, 26/16, 13/17 i 50/18
5. Kazneni zakon Republike Hrvatske (KZ RH), Narodne novine broj 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, na snazi od 4.1.2019. godine
6. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP), Rim, 4. novembar 1950. godine

e) Sudska praksa

1. Presuda Kantonalnog suda u Mostaru, HNK, broj K – 5/05 od 31.3.2005. godine

Sunčica Hajdarović, LL.M., Senior assistant

Faculty of Law, Dzemal Bijedic University of Mostar

INSTITUTE OF NECESSARY DEFENSE IN BOSNIAN AND EUROPEAN CRIMINAL LEGISLATION - DIRECTIONS OF HARMONIZATION

Abstract: The author deals with the Institute of Necessary Defense as one of the oldest institutes of Criminal law, which excludes the existence of a criminal offense through the exclusion of the notion of unlawfulness. The paper presents the historical development of this institution. The legal solutions of the institute of the necessary defense in Bosnia and Herzegovina are presented in a comparative overview of the solutions that regulate this institute in comparative legislation, pointing to similarities and differences. This paper deals with the analysis of the provision on exceeding the boundaries of the necessary defense in the context of possible improvements and harmonization with the criminal legislation of the European Union, giving suggestions *de lege ferenda*.

Key words: necessary defense, proportionality, overrun of the boundaries of the necessary defense, affective states

PREGLEDNI NAUČNI RADOVI

POKAJNIČKI PROGRAM KOD RESTRIKTIVNIH SPORAZUMA¹

Sažetak: Pokajnički program predstavlja kontroverzno pitanje iz razloga postojanja protivurečnih efekata samog programa i efekata tužbe za naknadu štete usled sprovođenja restriktivnih sporazuma. Iako na prvi pogled sasvim opravdana, primena pokajničkog programa u sadejstvu sa institutom tužbe za naknadu štete u sferi prava konkurencije može destimulisati pojedine članove da prijave postojanje restriktivnog sporazuma čiji su akteri. Naime, unapređenje privatnopravne zaštite konkurencije umanjuje delotvornost pokajničkog programa dok, sa druge strane, stvaranje optimalnog programa nije moguće bez oslobađanja pokajnika od građanskopravne odgovornosti. U radu se ukazuje na mehanizme delovanja pokajničkog programa, probleme u njegovoj primeni i načine za njihovo prevazilaženje.

Ključne reči: pokajnički program, naknada štete, pravo konkurencije, restriktivni sporazum.

1. UVOD

Konkurencija, u pravnom i političkom kontekstu Evropske unije, obuhvata pravila i mehanizme institucionalnog delovanja kojima se obezbeđuje njena zaštita na tržištu, putem sankcionisanja kartela i zloupotrebe dominantnog položaja, kontrole koncentracija, kao i pravila o ograničavanju državne pomoći učesnicima na tržištu.² Razlozi za ovakvo pozicioniranje leže u njenoj specifičnoj prirodi, koja istovremeno treba da obezbedi nesmetano funkcionisanje unutrašnjeg tržišta, ali i da interveniše putem mehanizama njegove zaštite od netržišnih ponašanja država članica. U vezi s tim, politika konkurencije predstavlja paradigmu relacije između ključnih stubova savremenog demokratskog poretka – slobodnog tržišta i pravne države. Balans između slobode tržišta, s jedne strane, i intervencije na njemu, putem regulacije ili sankcionisanja povreda tržišta radi njegove zaštite, sa druge strane, jeste *sedes materiae* u oblasti konkurencije.³ Relativno snažna

1 Rad je rezultat istraživanja na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ (br. 179046), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije (2019).

2 Protić, D., *Politika konkurencije u Srbiji: u čemu je problem?* - Centar za evropske politike, Beograd, 2015, str. 96.

3 Jacobs, F. G., *The Evolution of the European Legal Order*, *CML Rev.*, 41(2004), p. 310; Craig, P., De Burca, G., *EU Law: texts, cases and materials*, Oxford University Press,

međuzavisnost proizvođača na oligopolskom tržištu homogenih proizvoda, koja se ogleda u tome da promena tržišne cene usled izmene u obimu proizvodnje bilo kog proizvođača stvara direktan efekat na profit svim ostalim proizvođačima, može dovesti do stvaranja njihove koalicije u formi kartela. Kartel predstavlja grupu direktnih konkurenata, koja se međusobno sporazumela da se ponaša kao individualni monopolista u cilju maksimizacije ukupnog profita. On predstavlja restriktivni sporazum koji se ogleda u ograničavanju konkurencije, odnosno konkurentskog pritiska koji bi trpeo svaki član u situaciji kada takav dogovor ne bi bio postignut. Sprečavanje konkurencije nastaje kao posledica dosluha, tj. izričitog ili prećutnog dogovora neposrednih tržišnih takmaca oko najvažnijih parametara poslovanja – cene, količine i geografske podele tržišta.⁴

Kada su u pitanju EU pravila o konkurenciji, njihova primena je nakon stupanja na snagu Uredbe broj 1/2003,⁵ opredeljena posebnim odnosom koji postoji između nacionalnih i nadnacionalnih organa zaduženih za njihovu implementaciju i decentralizaciju. U prethodnom periodu se smatralo da propisi o zaštiti konkurencije spadaju u javnopravni domen i da čine deo javnog poretka kojima se štite opšti interesi, pa su za njihovu primenu bili zaduženi državni ili paradržavni organi. Javnopravni karakter prava konkurencije je opredelio prirodu i svrhu kazne koja se izriče u slučaju kad je utvrđeno postojanje povrede. Tako su u slučaju postojanja zabranjenog kartelnog sporazuma ili nedozvoljene koncentracije predviđene izuzetno visoke kazne koje su uplaćivane u korist države.⁶ Zbog toga se dugo vremena u Evropi smatralo da se svrha propisa o konkurenciji iscrpljuje u zaštiti konkurencije kao poželjnog tržišnog stanja, a ne u zaštiti konkurenata ili potrošača (kupaca ili korisnika usluga) koje su uplaćivane u korist države kao zaštitnika javnih interesa.⁷ Uredba broj 1/2003, podstiče privatnopravnu primenu EU pravila o zaštiti konkurencije i zaštitu individualnih subjektivnih prava tako što obavezuje države članice da omoguće da pred nacionalnim sudovima budu pokrenuti postupci za naknadu štete nastale povredom prava konkurencije.⁴

Povredom prava konkurencije EU ugrožava se ostvarivanje ne samo opštih ili javnih interesa, već se dovodi u pitanje ostvarivanje prava i interesa pojedinaca. Postojanje privatnopravne i javnopravne primene prava nije karakteristično samo za propise o zaštiti konkurencije, već i za propise iz drugih grana EU, kao što je pravo potrošača ili ekološko pravo, i odražava “fundamentalne ideje o odnosu između države i građana i njihove uloge koju imaju u implementiranju prava

2008, p. 950-951.

4 Werden, G., Hammond, S., Barnett, B., Deterrence and detection of cartels: Using all the tools and sanctions, *Antitrust Bulletin* 2/2011, p. 223;

5 Član 16. Uredbe o kontroli koncentracije

6 Propisane kazne su se kretale i do 10% od ukupnog prometa ostvarenog u prethodnoj godini i uplaćivane na račun budžeta.

7 Lianos, I., The Principle of Effectiveness, Competition Law Remedies and the Limits Adjudication, *CLES Research Paper Series* 6/2014, 5; dostupno na: www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series

kao takvog.”⁸ Sagledano u širem kontekstu, pod privatnopravnom primenom se podrazumevaju postupci koje pokreću privatne strane (fizička lica, preduzetnici i kompanije) kao tužioci ili intervenijenti, tužbama ili kontra tužbama protiv učesnika na tržištu zbog navodne povrede prava konkurencije.⁹ Prema ovom kriterijumu presudan je status tužioca, a ne organ pred kojim se pokreće postupak (Komisija, nacionalna regulatorna tela, sudovi).¹⁰ Donošenjem Zelene knjige, dati su prvi konkretni predlozi kako se može kvantifikovati šteta koju pojedinci trpe usled nekorektnog i neprihvatljivog konkurencijskog ponašanja drugih na tržištu, kao i modeli kako se onim koji trpe štetu ona može nadoknaditi.¹¹ Narednim dokumentom oličanim u Beloj knjizi, učinjeni su predlozi za ostvarivanje efikasnijeg mehanizma obeštećenja,¹² i naglašena kompenzatorna uloga privatnopravne zaštite oštećenih lica. Komisija je u Beloj knjizi ponudila rešenja za brojna pitanja, koja se odnose na: pravo indirektnih kupaca da traže naknadu štete (kolektivnim ili reprezentativnim tužbama), pristup dokazima, obavezujuće dejstvo odluka NRT, krivicu kao elemenat građanske odgovornosti, pojam i izračunavanje štete, prevlađivanje troškova, zastarelost, troškove postupka po tužbama za naknadu, odnos između “pokajničkog ponašanja” i štete.¹³ U generalnom smislu, cilj usvajanja Bele knjige je bio da se nađe mehanizam koji bi osigurao svim licima potpunu naknadu štete koja je nastala zbog povrede EU prava konkurencije.

2. EFEKTI PRIMENE POKAJNIČKOG PROGRAMA

8 Assimakis Komninos, B., *The Relationship between Public and Private Enforcement: Quod Dei Deo, Quod Caesaris Caesari*, 2011; dostupno na: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1870723> ili <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1870723>, str. 141. Pristupljeno 11.05. 2019.

9 Za razliku od stava zakonodavaca EU, koji smatraju da težište zaštite normi prava konkurencije treba da bude na javno-pravnoj zaštiti, koju će sprovoditi Evropska komisija i nacionalna tela nadležna za poslove zaštite konkurencije, u SAD je zaštita antikartelnih normi, pre svega, na nivou privatnopravne zaštite i sprovodi se kroz sudske postupke koje pokreću oštećena lica. Mnoga normativna rešenja prvog antimonopolskog zakona tzv. Šermanovog akta (*The Sherman Antitrust Act*, 2 July 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. 1-722) važe i danas, pa se o 90% sporova vezanih za primenu antikartelnog prava odlučuje u privatnim, građanskim parnicama. Svake godine evidentira se preko 2.000 novih privatnih sudskih postupaka.

10 Uredbom se uspostavlja složen odnos između nacionalnih regulatornih tela i Evropske komisije. To znači da su Nacionalna regulatorna tela u obavezi da pisanim putem obaveste Komisiju bez odlaganja, tj. pre donošenja same odluke.

11 Ilkić, Z., Izuzeća i pravna zaštita oštećenih lica u vezi sa kartelnim sporazumima u osiguranju u Evropskoj uniji, *Evropska revija za pravo osiguranja* 1/2017, str.56.

12 Commission of the European Communities, *White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM(2008) 165 final, Brussels, 02.04.2008, 1-11; Becker, R., Bessot, N., Smijter, E.D. *The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, *Competition Policy Newsletter*, 2/2008, 5, dostupno http://www.ec.europa.eu/competition/speeches/text/2008_2_4_en.pdf,

13 Werden, G., Hammond, S., Barnett, B., p. 225.

Iako je pokajnički program (*leniency program*), kao institut prava konkurencije raspostranjen u praksi velikog broja zemalja, on ipak predstavlja relativno nov fenomen. Ovaj program predstavlja element prava konkurencije čija je primarna svrha da doprinese identifikovanju i prikupljanju inkriminišućih dokaza o jednom od najvećih izazova sa kojim se suočavaju antimonopolske agencije – kartelskim praksama.¹⁴ Ekonomski interes članova kartela koji ih motiviše na odabir nekooperativne strategije, kao i relativno slabe unutrašnje veze ovih koalicija, dodatno pojačane argumentom da je u takvim okolnostima tipsko rezonovanje članova kartela kako je najbolje da on bude taj koji će prvi narušiti kartelski sporazum, što implicira da je endogeno rasformiranje kartela samo pitanje vremena, predstavljaju glavne argumente na koje se zakonodavac oslanja prilikom predviđanja efekata uspešnosti primene pokajničkog programa.¹⁵ Ovaj program, kao mehanizam putem kojeg zakonodavac nastoji da dodatno osnaži ponašanje zasnovano na logici „slepeg putnika” u kartelskim sporazumima, podrazumeva ponudu amnestije u vidu potpunog oslobađanja (ili umanjjenja) od izricanja mere zaštite konkurencije¹⁶ onom članu ili članovima kartela koji nadležnom telu za zaštitu konkurencije dostave pravno valjane informacije o njegovom postojanju i funkcionisanju.

Pokajnički program u pravu konkurencije, kao program oslobađanja od novčane kazne i umanjjenja novčane kazne učesnicima koji prijave restriktivni sporazum u kojem učestvuju, smatra se jednim od najznačajnijih elemenata politike prema restriktivnim sporazumima i najjednostavnijim instrumentom za otkrivanje i dokazivanje ovih sporazuma. Pravilima o pokajničkom programu ostvaruje se istovremeno i važna preventivna uloga, jer ova pravila predstavljaju značajan mehanizam generalne prevencije, tj. odvrćanja učesnika na tržištu od

14 Spagnolo, G., *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, in: *Handbook of Antitrust Economics*, 2008, MIT Press, p. 259–304;

15 Aubert, C. et al, *The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels*, *International Journal of Industrial Organization*, 2006, Vol. 24, No. 6, pp. 1241–1266; Tešić, N., *Pokajnički program u pravu konkurencije – razlozi uvođenja, mehanizmi delovanja i problemi u primeni*, *Ekonomске ideje i praksa*, 2018, br. 29, str. 94.

16 Kako naš ZZK, po ugledu na evropski, predviđa izricanje isključivo novčane kazne učesnicima horizontalnih restriktivnih sporazuma, sledi da je jedino oslobađanje (u potpunosti ili delimično) od plaćanja novčane kazne, ono što pokajnički program može ponuditi u zamenu za insajderske informacije o kartelu. Sa druge strane, u SAD, pored izricanja novčane kazne postoji mogućnost iniciranja i krivičnog postupka protiv direktora, službenika i radnika određene kompanije ukoliko oni, u sklopu korporativnog priznanja, nisu priznali svoje učešće u nezakonitim monopolskim aktivnostima. Mada je Krivični zakon RS prepoznao određene radnje povrede konkurencije, tek krajem 2016. godine je došlo do uskađivanja propisa iz ove dve oblasti, tako da je u Krivični zakonik (Službeni glasnik RS, br. 94/2016) uneta odredba kojom se definiše odgovornost lica koje je u ime firme kao privrednog subjekta uzelo učešće u formiranju restriktivnog sporazuma (dužina kazne lišenja slobode je od 6 meseci do 5 godina), uz mogućnost izricanja i novčane kazne (član 229). Odgovorna lica u kompaniji koja je učesnik pokajničkog programa su izuzeti od primene navedenih sankcija u Zakoniku. Više o tome vidi: Tešić, N., nav. delo, str. 94.

zaključivanja restriktivnih sporazuma (*deterrent effect*). Pokajnički program ima dakle dvostruku ulogu: ne samo što služi otkrivanju i dokazivanju restriktivnih sporazuma, već se njime otežava, odnosno umanjuje verovatnoća zaključivanja novih restriktivnih sporazuma.¹⁷

Učesnici u restriktivnom sporazumu suočeni su sa protivurečnim podsticajima, tako da restriktivne sporazume karakteriše inherentna nestabilnost: s jedne strane, učesnici su motivisani da se usaglašavaju kako bi izbegli konkurenciju i ostvarili veći profit od profita koji bi ostvarili bez dosluha, a s druge strane, imaju podsticaj da izigraju dosluh i povećaju obim proizvodnje (uz istovremeno smanjenje cena) kako bi maksimizovali sopstveni profit. Zbog toga svaki učesnik ima inherentni podsticaj da prvi izigra dosluh i tako izbegne situaciju u kojoj će on biti izigran, jer je svestan da svi učesnici u dosluhu razmišljaju na istovetan način. Pokajnički program počiva na ideji da se stvaranjem dodatnih podsticaja učesnicima u restriktivnom sporazumu da prijave taj sporazum zapravo „podstakne” nestabilnost dosluha i unese nepoverenje između tržišnih učesnika koji učestvuju u dosluhu (prema načelu *divide et impera*)¹⁸, kako bi se uvećala verovatnoća otkrivanja restriktivnih sporazuma i kažnjavanja tržišnih učesnika koji su povredili propise o zaštiti konkurencije. Osnovu takve politike prema restriktivnim sporazumima čini stvaranje verodostojne pretnje da će nedozvoljeni dosluh između učesnika na tržištu biti otkriven, čime se istovremeno preventivno deluje s ciljem otežavanja postizanja dosluha.¹⁹ Zato se prilikom analize pokajničkog programa u stvari utvrđuje kako on utiče na stvaranje podsticaja za dosluh, odnosno na stvaranje podsticaja za izigravanje dosluha.

Otkrivanje i sankcionisanje kartelskih dosluha nije ni brzo niti jeftino. Otuda je namera zakonodavca prilikom uvođenja pokajničkog programa u zakonski okvir zaštite konkurencije upravo bila dvojaka: sa jedne strane bilo je potrebno pojednostaviti (i posledično ubrzati) proceduru koje se pridržava telo zaduženo za zaštitu konkurencije u postupku istrage, dok je sa druge trebalo pojačati podsticaje individualnih članova kartela ka nekooperativnom ponašanju. Imajući u vidu ove protivurečne podsticaje sa kojima se suočavaju individualni članovi kartela, raskorak između njihovih sopstvenih interesa i saradnje, može se zaključiti da karteli *per se* sadrže svojstvo nestabilnosti.²⁰ Nakon što određeni član kartela naruši postignuti sporazum, ostatak članstva mora samostalno da iznađe suptilne mehanizme kojim bi kaznili onoga ko je odlučio da se ponaša nekooperativno. Uzrok takve situacije u kojoj su članovi kartela prepušteni sami sebi u nadgledanju, otkrivanju i kažnjavanju „neposlušnih” članova je činjenica da kartel ne proizvodi

17 Rakić, I., Pokajnički program i odgovornost za štetu zbog povrede prava konkurencije, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2014, str. 244.

18 Spagnolo, G., *Divide et Impera: Optimal Leniency Programs*, 2005, <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/rnic/papers/GiancarloSpagnolo.pdf>

19 Rakić, I., *op. cit.*, str. 246.

20 Broder, D., *U. S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction*, Oxford University Press, 2010, p. 184-187.

pravno dejstvo, obzirom da je u većini zemalja on pravno ništav sporazum. To znači da, ukoliko određeni članovi kartela podlegnu iskušenju, preostali članovi ne mogu zahtevati od nadležnog državnog organa da zaštiti njihova prava.

Ovakvo ponašanje učesnika u dosluhu i postojanje protivurečnih podsticaja objašnjava se primerom koji je u teoriji igara (*theory of games*) poznat kao zatvorenikova dilema (*prisoner's dilemma*). Igrati igru „zatvorenikove dileme” je isto što i donositi odluku o tome da li izigrati postignuti kartelski sporazum ili ne. Modelom „zatvorenikova dilema” opisane su one situacije koje karakteriše odabir strategije „slepog putnika” od strane igrača (ili strategije varanja kao dominantne strategije), koje oslikavaju nastanak problema vezanih za sprovođenje kolektivne akcije.²¹ Tragajući za zadovoljenjem vlastitog interesa (maksimizacijom profita), igrači završavaju u ravnoteži koja im daje striktno manju isplatu u odnosu na onu koju bi mogli ostvariti da su igrali kooperativno. Imajući u vidu da su kartelski dogovori, barem načelno, zabranjeni u svim tržišnim privredama (jer je njihov cilj ograničavanje konkurencije), otvara se pitanje iznalaženja načina na koji karteli mogu prevazići navedeni problem, tj. ostvariti koordinaciju aktivnosti vlastitih članova.

3. OGRANIČAVAJUĆI FAKTORI POKAJNIČKOG PROGRAMA

Pokajnički program nije se pokazao efikasnim onoliko koliko je mogao biti kada je reč o destabilizaciji postojećih kartela. Objašnjenje za ovakav rezultat pronalazi se u odredbama zakona koje nisu striktno garantovale potpuno oslobađanje od plaćanja kazne, čak ni za prvu kompaniju koja dostavi informacije o postojanju dosluha u kojem i sama učestvuje, te kao takve nisu percipirane kao pouzdan partner od strane potencijalnih doušnika u otkrivanju dosluha.²² Naime, argumenti u prilog institucionalizacije pokajničkog programa, dok se ne dovedu u vezu sa drugim važnim elementom privatnopravnog izvršenja prava konkurencije, deluju sasvim logično, opravdano i samim tim prihvatljivo. Naime, ukoliko je kartelskim kompanijama, rešenjem nadležnog antimonopolskog tela, izrečena mera zaštite konkurencije, one, prema zakonskim propisima o odgovornosti za nanetu štetu, automatski postaju izložene mogućnosti pokretanja prateće tužbe za naknadu štete

21 Zane, P., Price Fixer's Dilemma: Applying Game Theory to the Decision of Whether to Plead Guilty to Antitrust Crimes, *Antitrust Bulletin* 1/2003, p. 6–17.

22 Program je predviđao da se prvoj kompaniji koja dostavi informacije o kartelu pre nego što je pokrenut postupak od strane Evropske Komisije obezbedi smanjenje kazne od 75–100 %, dok je u situacijama u kojima je postupak već pokrenut, za presudne informacije kazna bila umanjena za 50–75 %. Videti: *Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases* (1996). Zbog toga je EU dva puta (2002. i 2006.) reformisala svoj pokajnički program. Prema najnovijoj verziji (takođe i prema onoj iz 2002. god.) na koju se, kako smo već naglasili ugledao i naš zakonodavac, potpuno oslobađanje od plaćanja kazne dobija prva kompanija koja dostavi informacije o kartelu. Videti: *Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases* (2006).

od strane oštećenih tržišnih učesnika, koju im je njihova radnja prouzrokovala (pre svega je reč o udruženjima potrošača pod pretpostavkom da ona poseduju moć pokretanja takve tužbe u cilju kolektivne zaštite sopstvenih interesa).²³

Kada je reč o podnošenju zahteva od strane učesnika kartela u cilju oslobađanja od obaveze plaćanja novčane kazne, nacionalna zakonska rešenja dopuštaju dve mogućnosti: zahtev za potpunim oslobađanjem i zahtev za delimičnim oslobađanjem. Osnovni uslovi koje učesnik restriktivnog sporazuma mora da ispuni kako bi u potpunosti bio oslobođen od obaveze plaćanja novčanog iznosa kazne su: a) da je prvi koji je prijavio sporazum Komisiji za zaštitu konkurencije; b) da Komisija nije imala saznanja o postojanju kartela ili ih je imala, ali nije posedovala dovoljno dokaza da pokrene postupak; c) da su dostavljeni dokazi dovoljni da Komisija donese rešenje o povredi konkurencije.²⁴ Sa druge strane, zakonske odredbe takođe omogućavaju i smanjenje visine iznosa novčane kazne, ukoliko: a) učesnici dosluha podnesu relevantni zahtev u toku samog postupka ispitivanja povrede konkurencije; b) dostavljeni dokazi budu dovoljni da Komisija okonča postupak, kao i donese rešenje kojim se izriče mera zaštite konkurencije učesnicima restriktivnog sporazuma. Učesnici koji to prvi učine imaju mogućnost umanjavanja kazne za 30–50 %, drugi za 20–30 %, dok treći i svaki sledeći ima pravo na 20 % umanjavanja.²⁵

Posebno značajan uslov koji učesnik pokajničkog programa mora da ispuni, bez obzira da li je reč o podnosiocu zahteva za potpuno ili delimično oslobađanje od novčane kazne, jeste da on nije taj koji je inicirao zaključenje restriktivnog sporazuma ili koji je prinudio ili podstrekavao druge učesnike na njegovo zaključenje i/ili sprovođenje.²⁶ Ovo je posebno važan uslov i u kontekstu analize zloupotrebe prava konkurencije, s obzirom da upravo takvo zakonsko rešenje, kojim se glavni inicijator ne može uključiti u program amnestije od učinjenog dela povrede konkurencije, navodi na zaključak o nemogućnosti zloupotrebe pokajničkog programa od strane učesnika kartela. Ipak, pretpostavimo za trenutak da se zakonodavac iz određenog razloga odlučio za suprotno rešenje. U takvim okolnostima bi nesumnjivo došlo do otvaranja ogromnog prostora za zloupotrebu pokajničkog programa kao elementa antimonopolske politike, s obzirom da bi tada svaki konkurent koji želi da umani konkurentski pritisak, imao mogućnost da pozove ostale tržišne učesnike na strani ponude na formiranje koluzionog

23 Prema Zakonu o zaštiti potrošača (Službeni glasnik RS, br. 62/2014 i 6/2016 – dr. zakon) udruženja potrošača imaju mogućnost pokretanja postupka za naknadu štete pred nadležnim sudom (član 145, stav 1, tačka 1 i član 153).

24 Videti: član 69, stav 1 i 2 ZZK; član 2, stav 1, tačka 1 i 2 i član 3 Uredbe o uslovima za oslobađanje obaveze plaćanja novčanog iznosa mere zaštite konkurencije (u daljem tekstu Uredba) (Službeni glasnik RS, br. 50/2010); Smernice za primenu člana 69. Zakona o zaštiti konkurencije i Uredbe o uslovima za oslobađanje obaveze plaćanja novčanog iznosa mere zaštite konkurencije od 30.08.2010. godine (u daljem tekstu Smernice).

25 Videti: član 69, stav 3 ZZK; za dodatne uslove videti Smernice.

26 Videti: član 69, stav 4 ZZK; član 2, stav 1, tačka 3 i 4 Uredbe.

dosluga, a potom ih prijavi nadležnom telu za zaštitu konkurencije. Glavnom učesniku bi bio odobren imunitet, dok bi ostali trpeli sankcije.

Uspešnost efekata pokajničkog programa, čija struktura odražava logiku podsticaja zasnovanu na kažnjavanju po sistemu „štapa i šargarepe”, ukazuje da postoji ozbiljna pretnja da će kartel u relativno blizjoj budućnosti biti otkriven, odnosno da će protiv njega biti pokrenut postupak radi utvrđivanja povrede konkurencije, te izrečena mera zaštite konkurencije.²⁷ Efekti pokajničkog programa će biti ograničeni ukoliko članovi kartela, sa izvesnom dozom sigurnosti, ne očekuju da će biti procesuirani. U praksi, učesnik koji prijavi restriktivni sporazum u opasnosti je da poverljive informacije na osnovu kojih je dokazan restriktivni sporazum budu otkrivene trećim licima, pa bi zbog tog priznanja morao da nadokadi eventualnu štetu koja višestruko premašuje iznos novčane kazne od koje je oslobođen.²⁸ Povrh toga, imajući u vidu da je reč o monopolskim praksama koje su često van domašaja primene prava konkurencije verovatnoća njihovog procesuiranja svodi se na minimum.

Dodatni način na koji se mogu ograničiti efekti pokajničkog programa proizlazi iz građanskopravne odgovornosti učesnika u tom programu. Argumenti koji govore u prilog institucionalizacije pokajničkog programa, deluju sasvim logično, opravdano i prihvatljivo, sve dok se ne dovedu u vezu sa drugim važnim elementom privatnopravnog izvršenja prava konkurencije, tužbom za naknadu štete.²⁹ Naime, ukoliko je kartelskim kompanijama, rešenjem nadležnog antimonopolskog tela, izrečena mera zaštite konkurencije, one se, prema zakonskim propisima o odgovornosti za nanetu štetu, automatski izlažu mogućnosti pokretanja prateće tužbe (*follow on action*) za naknadu štete od strane oštećenih tržišnih učesnika, koju im je njihova radnja prouzrokovala (pre svega je reč o udruženjima potrošača pod pretpostavkom da ona poseduju moć pokretanja takve tužbe u cilju kolektivne zaštite njihovih interesa).

Procesni položaj oštećenog znatno zavisi od toga da li su Evropska komisija ili nadležno regulatorno telo za zaštitu konkurencije već sprovedli postupak i utvrdili antikonkurencijsku praksu, ili nisu. Ukoliko je kršenje već konstatovano, oštećeno lice će podneti tzv. prateću tužbu (*follow on action*), po kojoj neće morati da dokazuje odgovornost počinioaca za povredu pravila konkurencije, već samo uzročno-posledičnu vezu između samog dela i štete koju je pretrpeo, kao i njenu visinu. Ako organ javne vlasti o povredi još nije doneo odluku ili postupak nije ni pokrenut, oštećeni je u značajno težem procesno-pravnom položaju. On će morati da pokrene postupak tzv. samostalnom tužbom (*stand alone action*) i da u

27 Dunne, N., *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p.112.

28 Broder, D., *U. S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction*, Oxford University Press, 2010, p. 64.

29 Canenbley, C., Steinvorth, T., *Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?*, *Journal of European Competition Law and Practice* 2/2011, p. 320–322;

sudskom postupku, osim uzročnosti i kvantifikacije štete, dokazuje i da je tuženik učinio navedeno delo i povredio pravila fer konkurencije.³⁰

Iako, generalno posmatrano, tužba za naknadu štete može destimulisati formiranje kartelskih sporazuma, imajući u vidu da se u očekivanu vrednost novčane kaznene mere zaštite konkurencije, mora uračunati i iznos očekivane naknade štete, takva tužba u uslovima postojanja pokajničkog programa proizvodi suprotne efekte.³¹ S obzirom da učešće u pokajničkom programu samo po sebi podrazumeva priznanje učesnika kartela o vlastitom udelu u restriktivnom sporazumu, te da se rešenje o povredi konkurencije u parničnom postupku uzima kao dato i odmah pristupa proceni štete, destimulacija pojedinačnih članova kartela da prijave postojanje sporazuma, postaje gotovo izvesna.

Koncept pokajničkog programa i prateća tužba za naknadu štete uzrokuju protivurečne podsticaje učesnicima kartela. Potencijalno rešenje za ovaj problem je, na prvi pogled, vrlo jednostavno: potrebno je osloboditi učesnika pokajničkog programa od odgovornosti, odnosno obaveze da učestvuje u naknadi štete u parničnom postupku. Međutim, aboliranje od građanskopravne odgovornosti za nanetu štetu uskraćuje pravo na naknadu iste, odnosno pravo na zaštitu kupcima ili potencijalnim rivalima, koji u takvim uslovima imaju pravo na potraživanja i od samog pokajnika. Oštećenim licima se takvim rešenjem delimično uskraćuje zaštita, s obzirom na to da tada ne bi mogli da nadoknade štetu od jednog ili više učesnika koji su prijavili sporazum, već samo od onih učesnika koji ne učestvuju u pokajničkom programu.³² U takvim okolnostima, ukoliko nije došlo do insolventnosti ostalih učesnika kartela nakon izrečene mere zaštite konkurencije, kupci (kao i potencijalni konkurenti) bi i dalje mogli da nadoknade štetu od preostalih članova u dosluhu: iznos štete ostaje isti, samo se smanjuje broj onih koji plaćaju odštetu. Pravo na naknadu štete nije uskraćeno, iako kupci ostaju lišeni prava da pozovu na odgovornost sve učesnike restriktivnog sporazuma. Zakon koji sadrži odredbe pokajničkog programa, i koji predviđa mogućnost naknade štete nakon što rešenje o povredi konkurencije postane pravosnažno, nesumnjivo postaje inherentno protivurečan, u smislu signala koje šalje kartelizovanim tržišnim učesnicima.³³ Drugim rečima, kada jedna odredba zakona ograničava potencijalnu delotvornost druge, kontradiktorni podsticaji sa kojima se suočavaju

30 K. Hüschelrath, S. Peyer, *Public and Private Enforcement of Competition Law - A Differentiated Approach*, Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH, 2013, 5, <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp13029.pdf>, pristupljeno 11.05.2019.

31 Cauffman, C., The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages, *Competition Law Review*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 181i dalje; Joshua P. Davis, Robert H. Lande, Defying Conventional Wisdom: the Case for Private Antitrust Enforcement, *Georgia Law Review* 1/2013, p. 70

32 Wouter P. J. W., The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages, 2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1296458, 2014, p. 31.

33 Tešić, op.cit, str. 98.

tržišni učesnici postaju neminovnost. Čini se da bi optimalno rešenje bilo da se ne uskratiti oštećenim licima pravo na naknadu štete, s tim da se ono ograniči samo na učesnike restriktivnog sporazuma koji ne učestvuju u pokajničkom programu. To bi istovremeno bio podsticaj za učesnike da sporazum prijave, a oštećena lica bi zadržala pravo na naknadu štete. Puni smisao pokajničkog programa ostvario bi se samo ukoliko bi se učesnici koji ga prijave oslobodili građanskopravne odgovornosti, što bi se neposredno odrazilo i na zaštitu tržišne konkurencije.

4. ZAKLJUČAK

Pokajnički program, kao i tužba za naknadu štete nalaze se u funkciji zaštite konkurencije. Mada se za svaki od ovih pojmova mogu navesti argumenti u prilog neophodnosti njihove institucionalizacije, pokazalo se da predočene mogućnosti za privatno-pravno izvršenje propisa kojim se štiti konkurencija mogu imati i svoju tamnu stranu. Analiza procesa privatno-pravnog izvršenja prava konkurencije kroz prizmu delovanja kartela je svakako kompleksna, što se pokazalo i kroz kohabitaciju ovih instituta. Iako na prvi pogled sasvim opravdana, primena pokajničkog programa u sadejstvu sa institutom tužbe za naknadu štete, u sferi prava konkurencije, može dovesti do protivurečnih efekata. Naime, unapređenje privatnopravne zaštite konkurencije uruštava koncept pokajničkog programa time što umanjuje njegovu delotvornost. S druge strane, opimalni pokajnički program nije moguće realizovati ukoliko se pokajnik ne oslobodi građanskopravne odgovornosti, što je nepravilno sa aspekta oštećenih lica. Ukoliko se učesnici u restriktivnom sporazumu budu suočavali sa pretnjom tužbom za naknadu štete koja bi se protiv njih mogla podneti, oni će biti demotivisani da takav sporazum prijave, a to će se negativno odraziti i na zaštitu tržišne konkurencije. Oslobođenje odgovornosti za štetu učesnicima koji prijave restriktivni sporazum stvorila bi im dodatni podsticaj i doprinela jačanju pokajničkog programa, a oštećena lica bi pravo na nadoknadu štete ostvarila od ostalih učesnika sporazuma. Prilikom konačnog rešavanja ovog problema trebalo bi uzeti u obzir navedene okolnosti.

LITERATURA

Assimakis Komninos, B., *The Relationship between Public and Private Enforcement: Quod Dei Deo, Quod Caesaris Caesari* (June 23, 2011). Dostupno na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1870723> ili na <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1870723>.

Aubert, C. et al, The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels, *International Journal of Industrial Organization*, 2006, Vol. 24, No. 6.

Becker, R., Bessot, N., Smijter, E.D., The White Paper on damages actions for

breach of the EC antitrust rules, *Competition Policy Newsletter*, 2/2008, 5; dostupno na http://www.ec.europa.eu/competition/speeches/text/2008_2_4_en.pdf.

Broder, D., *U. S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction*, Oxford University Press, 2010.

Canenbley, C., Steinvorth, T., Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?, *Journal of European Competition Law and Practice* 2/2011.

Cauffman, C., The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages, *Competition Law Review*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 181i dalje;

Craig, P., De Burca, G., *EU Law: texts, cases and materials* (4th ed.), Oxford University Press, 2008.

Commission of the European Communities, *White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM(2008) 165 final, Brussels, 02.04.2008.

Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases (2006).

Dunne, N., *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Hüschelrath, K., Peyer, S., *Public and Private Enforcement of Competition Law - A Differentiated Approach*, Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH, 2013, 5, <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp13029.pdf>.

Ilkić, Z., Izuzeća i pravna zaštita oštećenih lica u vezi sa kartelnim sporazumima u osiguranju u Evropskoj uniji, *Evropska revija za pravo osiguranja* 1/2017.

Jacobs Francis G., The Evolution of the European Legal Order, *CML Rev.*, 41(2004).

Joshua P., Davis, Robert H. Lande, Defying Conventional Wisdom: the Case for Private Antitrust Enforcement, *Georgia Law Review* 1/2013.

Krivični zakonik (Službeni glasnik RS, br. 94/2016.

Lianos, I., The Principle of Effectiveness, Competition Law Remedies and the Limits Adjudication, *CLES Research Paper Series* 6/2014, 5; dostupno na: www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series

Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases (1996).

Protić, D., *Politika konkurencije u Srbiji: u čemu je problem?* - Centar za evropske politike, Beograd, 2015.

Rakić, I., Pokajnički program i odgovornost za štetu zbog povrede prava konkurencije, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2014.

Spagnolo, G., *Divide et Impera: Optimal Leniency Programs*, 2005, <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/rnic/papers/GiancarloSpagnolo.pdf>

Spagnolo, G., *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, in: *Handbook of Antitrust Economics*, 2008, MIT Press.

Tešić, N., Pokajnički program u pravu konkurencije – razlozi uvođenja, mehanizmi delovanja i problemi u primeni, *Ekonomске ideje i praksa*, 2018, br. 29.

The Clayton Act, Section 4, 1914, <http://teachingamericanhistory.org/library/document/clayton-antitrust-act/>, 16.01.2018.

Werden, G., Hammond, S., Barnett, B., Deterrence and detection of cartels: Using all the tools and sanctions, *Antitrust Bulletin* 2/2011.

Whish, R., *Competition Law* (6th ed.), Oxford University Press, 2009.
Wouter P. J. W, *The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, 2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1296458, 2014

Zane, P., Price Fixer's Dilemma: Applying Game Theory to the Decision of Whether to Plead Guilty to Antitrust Crimes, *Antitrust Bulletin* 1/2003.

Zakon o zaštiti potrošača (*Službeni glasnik RS*, br. 62/2014 i 6/2016

Uredbe o uslovima za oslobađanje obaveze plaćanja novčanog iznosa mere zaštite konkurencije (*Službeni glasnik RS*, br. 50/2010)

Prof. Milena Jovanović Zattila, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

LENIENCY PROGRAM IN RESTRICTIVE AGREEMENTS

Abstract: The leniency program is a controversial issue because it entails contradictory effects of the program itself and the effects of the lawsuit for compensation of damage resulting from the use of restrictive agreements. Although the use of the leniency program may *prima facie* seem quite justified, its application in conjunction with the institute of compensation claim in the field of competition law may demotivate some actors from reporting the conclusion of a restrictive agreement. On the one hand, developments in the private-law aspect of competition protection undermine the effectiveness of the leniency program. On the other hand, the appropriate leniency program may not be put in place without exempting the wrongdoer from civil liability in case of disclosing such information to the regulatory authority. The paper presents the mechanisms underlying the operation of the leniency program, the issues encountered in its application, and the ways to resolving these problems.

Key words: leniency program, compensation for damage, competition law, restrictive agreement.

DIGITALNA EKONOMIJA I EUROPSKI REGULATORNI OKVIR ZAŠTITE OSOBNIH PODATAKA - IZAZOVI I PERSPEKTIVE U PRIMJENI

Sažetak: Digitalna ekonomija i stvaranje jedinstvenog digitalnog tržišta temeljne su odrednice razvoja gospodarstva Europske unije. Na tom tragu temeljni preduvjet razvoja predstavlja slobodan i siguran protok podataka u Uniji što je osigurano donošenjem europskog regulatornog okvira zaštite osobnih podataka: Opće uredbe o zaštiti podataka 2016/679 (GDPR). Sami ciljevi uvođenja Uredbe su zaštita osobnih podataka svih građana EU, jačanje prava pojedinca koji nakon uvođenja Uredbe imaju veću kontrolu i bolje mehanizme zaštite svojih osobnih podataka, usklađivanje zakona za zaštitu osobnih podataka u svim državama članicama te obavezu prilagođavanja Uredbi svim poduzećima koja žele posloovati na njenom području, kao i one koje posluju izvan područja EU, ali za svoje poslovanje koriste osobne podatke građana EU zbog nuđenja roba i usluga unutar Unije ili praćenja njihovog ponašanja unutar EU.

Autorica u ovom radu daje prikaz primjene GDPR-a u okruženju digitalne ekonomije s posebnim osvrtom na izazove i perspektivu provedbe Uredbe u Republici Hrvatskoj.

Ključne riječi: digitalna ekonomija, Europska unija, GDPR, nove tehnologije, osobni podaci, privatnost, regulatorni okvir, zaštita

1. Uvod

Oddavnina se čovjek domišlja o kakou naprijediti poslovanje, povećati produktivnost, proširiti tržište te istodobno smanjiti troškove i ostvariti veću dobit. Pomaci u tome pogledu stoljećima su bili iznimno mali, i zbog jezičnih i prostornih ograničenja, i zbog niskoga stupnja tehnološkoga razvoja koji nije omogućavao da se te granice nadiđu. Tek su industrijska revolucija i razvoj informacijskih tehnologija (s naglaskom na razvoj visokih tehnologija) omogućili razvoj novih oblika poslovne komunikacije, organizacije i suradnje, te samu pojavu novih vrste usluga, a time i unapređenje tradicionalnoga poslovanja.¹ Novi, interaktivni način komuniciranja

¹ U ekonomskoj krizi sedamdesetih godina ustroj vodeće tržišne ekonomije i kapitalističkoga društva još se jednom počeo transformirati na temeljima državnoga investiranja u (pretežno vojnu) komunikacijsku i informacijsku tehnologiju, proširen teorijama postindustrijskoga društva Tourainea i Bella, programima poput „Johoka Shakai“ (jap. informacijsko društvo), koji je okosnica japanske developmentalističke države, a osamdesetih godina jača i utjecaj neoklasične ekonomske doktrine na čelu s Manuelom Castellsom. Industrijalistički modus razvoja, čiji su tehnološki procesi usmjereni maksimizaciji „proizvoda“, ustupa mjesto informacionalizmu, u kojem je glavna značajka

koji ne poznaje prostorna i vremenska ograničenja omogućio je nastanak i razvoj novih oblika komunikacije i poslovanja i njihovo češće uvođenje u svakodnevni rad u gotovo svim područjima djelovanja. Takvo poslovanje pak ne isključuje tradicionalne oblike i načine rada i poslovanja, naprotiv, ono ih nadopunjuje i unapređuje. Tako razvoj i primjena visokih tehnologija postaju strateškim ciljem i opredjeljenjem svakoga naprednog društva, a njihova implementacija u poslovne procese uvjet gospodarskoga i svakoga drugog napretka koji definira suvremenu *digitalnu ekonomiju*.² Razvoj modernih tehnologija, računala, globalizacijom komunikacija i tržišta te povezivanjem računala u mrežne sustave uz djelovanje elektroničkog poslovanja koje vodi metodologija „poslovanja brzinom misli“³ utjecao je na relativizaciju pojma *individualnosti*; bilo na razini pojedinca bilo na razini nacionalnosti. Internetske tehnologije i sam razvoj svjetske računalne mreže – Interneta, ne poznaju nacionalne okvire i uvelike omogućavaju najširem krugu ljudi globalno komuniciranje te razvoj *transnacionalnih globalnih digitalnih ekonomija (korporacija)* koje preuzimaju moć vođenja i odlučivanja.⁴ Pritom upravo informacijsko-komunikacijske tehnologije utječu neposredno i na ugrožavanje zaštite ljudskih prava i sloboda, prava na privatnost i prava na pristup informacijama, jer svojom *informacijskom i komunikacijskom infrastrukturom* nadilaze nacionalne okvire i postaju medijem globalnoga informacijskog društva.⁵

2. Utjecaj razvoja novih informacijskih tehnologija na stvaranje i razvoj digitalne ekonomije i digitalnog tržišta

Nova, digitalna ekonomija na svjetskoj je razini nastala zadnjih desetljeća 20-oga stoljeća. Naziva se *digitalnom, informacijskom* ili *globalnom* da bi se ustanovila njezina temeljna razlikovna obilježja i dodatno istaknulo njihovo

tehnoloških procesa akumulacija znanja i povećanje razine kompleksnosti obrade informacije. Tehnologije proizvodnje znanja, prerade informacija i komunikacije simbola više nisu samo ključan element proizvodnoga procesa, nego su i glavni izvor produktivnosti. U Japanu je 1960.g. nastao izraz *Johoka Shakai* ili informacijsko društvo, koji postaje prihvaćenim nazivom za sociološku pojavu koja prati razvoj suvremene informacijske ekonomije. Šire o tome: MILARDOVIĆ, A., *Globalno selo, Sociologija informacijskog društva i cyber kulture*, Centar za politološka istraživanja, Zagreb, 2010., str. 58. Vidi i CASTELLS, M., *The information age: economy, society and culture, Vol. II: Power of identity*, Cambridge: Blackwell Publishers, 2000., str. 76.

2 Tako i šire DRAGIČEVIĆ, A., DRAGIČEVIĆ, D., *Doba kiberkomunizma, Golden marketing*, Zagreb, 2003., str. 358.

3 „Svaka organizacija, služba ili tvrtka najbolje djeluje ako se može pouzdati u digitalni nervni sustav koji će neprekidno slati informacije ondje gdje su u danom trenutku potrebne. Poslovanje brzinom misli pokazuje kako digitalni nervni sustav može ujediniti sve sustave i postupke te kako proizvesti rijeku informacija koja će omogućiti tvrtki da učini kvantni skok u učinkovitosti, rastu i dobiti.” Usp. GATES, B., HEMINGWAY, C., *Poslovanje brzinom misli – uporaba digitalnog nervnog sustava*, Izvori sutrašnjice, Zagreb, 1999., str. 4.

4 Više o tome: PAIĆ, Ž. *Politika identiteta: kultura kao nova ideologija*, Biblioteka Antibarbarus, 2005., str. 81.

5 DRAGIČEVIĆ, A., DRAGIČEVIĆ, D., *op. cit.*, str. 381.

prožimanje. Ona je *digitalna* jer se razvija usporedno s nastankom „digitalnog“ signala koji je omogućio digitalizaciju tehnologija i ubrzani prijenos informacija kroz infrastrukturu interneta. Ona je *informacijska* zato što produktivnost i konkurentnost jedinica ili faktora (neovisno o tome je li riječ o tvrtkama, regijama ili nacijama) u osnovi ovise o njihovoj sposobnosti da učinkovito stvaraju, obrađuju i primjenjuju informaciju zasnovanu na znanju.⁶ Ona je *globalna* zato što su srž aktivnosti proizvodnje, potrošnje i cirkulacije te njihove komponente (kapital, radna snaga, sirovine, menadžment, informacije, tehnologije, tržišta) organizirane na globalnoj razini, bilo izravno bilo mrežom veza među ekonomskim faktorima. Ona je informacijska i globalna zato što se u novim povijesnim uvjetima produktivnost stvara i konkurencija iskorištava u globalnoj mreži interakcije. A nova je ekonomija nastala u zadnjoj četvrtini dvadesetoga stoljeća jer *revolucija informacijske tehnologije* stvara neophodnu, materijalnu osnovu za takvu novu vrstu ekonomije. Ona je povijesni spoj ekonomije zasnovane na znanju i informaciji, njezina globalna dosega i revolucije informacijske tehnologije koja rađa nov, osobit ekonomski sustav.⁷ Kompleksnost stvorenu primjenom većega broja navedenih strategija uspješno savladavaju (jedino) računalne mreže. Stvara se organizacijski oblik karakterističan za informacijsku/globalnu ekonomiju, takozvano *mrežno poduzeće*, koje se definira kao „specifičan oblik poduzeća čiji je sustav sredstava strukturiran od presjeka segmenata autonomnih sustava ciljeva”.⁸

Dakle, temelj produktivnosti i konkurentnosti tvrtki u digitalnoj ekonomiji ovisi o njihovoj mogućnosti stvaranja, obrade i primjene informacija utemeljenih na znanju, a oslanja se na intenzivnu uporabu informacijske tehnologije.⁹ Također, pri široj definiciji valja naglasiti da je digitalna ekonomija prvenstveno globalna, visokoproduktivna i uključuje profit koji proizlazi iz brzine inovacija. Sam utjecaj informacijsko-tehnološke revolucije očituje se u pojavi *elektroničke trgovine*, to jest poslovnih transakcija koje se koriste *elektroničkom komunikacijom* i *digitalnom tehnologijom*. Suvremene telekomunikacijske tehnologije proširuju zajednički prostor na elektronički (virtualni) prostor, što omogućava komunikaciju na velikim udaljenostima i na neki način ukida fizičku dimenziju prostora. Suvremeno svjetsko gospodarstvo postaje sve ovisnije o računalnim mrežama. Takva ovisnost postaje toliko jakom da suvremena ekonomija, nakon izraza *informacijska era*

6 Nova uloga informacije i nematerijalnoga i emocionalnoga rada i proizvoda izuzetno jača povezanost proizvodnih snaga s kulturom. Organizacijski oblici poduzeća i sama organizacijska doktrina također su se transformirali. Osim na informacijskim tehnologijama restrukturiranje se zasniva i na specifičnim kulturnim modelima, na zanimljivoj mješavini državnoga usmjeravanja, dogmatičnoga ekonomskog liberalizma i površne aplikacije ideja komunitarizma. Za detaljnije pojašnjenje vidi: BELL, D., *Communitarianism and its critics*, Claredon Press, Oxford, 1995., str. 4.

7 Tako i šire: CASTELLS, M., *The Rise of the Network Society, The Information Age: Economy, Society and Culture*, Vol. I. Cambridge, Massachusetts; Oxford, UK: Blackwell, 1996., str. 99.

8 Vidi CASTELLS, M., *The Power of Identity, The Information Age: Economy, Society and Culture*, Vol. II. Cambridge, Massachusetts; Oxford, UK: Blackwell, 1997., str. 187.

9 Usp. KUMAR, K., *From Post-Industrial to Post-Modern Society*, Blackwell Publishing, 2005. str. 30.

(engl. *information age*) ili *digitalna ekonomija* (engl. *information economy*), stječe nov naziv: *mrežna ekonomija* (engl. *networking economy*). Mreža (engl. *network*) postaje temeljnom infrastrukturom koja omogućava izmjenu informacija i znanja, glavnoga resursa informacijskoga društva. Ekonomika informacija fundamentalno se razlikuje od ekonomike „stvari“. Kada se proda fizički proizvod, on se više ne posjeduje, dok se nakon prodaje informacija zadržava vlasništvo i ona se može dalje prodavati. Fizička se stvar može kopirati, no takvo što stoji gotovo jednako kao proizvodnja „originala“. S druge pak strane troškovi multipliciranja informacija veoma su niski, uz uvažavanje inicijalnih troškova istraživanja, razvoja, eksperimentiranja i testiranja. Dok se stvari vremenom troše i habaju, informacije mogu zastarjeti, ali mogu i korištenjem postati vrjednije. Evidentno je da opipljivi proizvodi postoje u vremenu i prostoru, pa se mogu pronaći, kvantificirati ili držati u zalihama, dok se informacije mogu naći „bilo gdje i u bilo koje vrijeme“.¹⁰

Da bismo razumjeli kompleksnost tehnologije valja je promatrati u odnosu prema gospodarstvu, industriji i drugim kategorijama društvene organizacije, uključujući i kulturu. Kada govorimo o novim informacijskim tehnologijama, odnosno *informacijsko-komunikacijskim tehnologijama* (u daljnjem tekstu: **ICT**), govorimo o društvenoj dimenziji definiranih tehnika. Dvostruki proces uvođenja tehnološke logike u društvenu sferu i društvene logike u tehničku sferu u srcu je tehnološke dinamike i direktno utječe na kulturni identitet i društva i pojedinca. Nove informacijske tehnologije odlučujuće utječu na društvenu, političku i sociokulturnu razinu društva. Nova tehnološka revolucija prvenstveno je bazirana na ICT-u, koji određuje i mijenja temeljne odrednice suvremenoga društva, koje u svim svojim aspektima postaje sve više globalno i međuzavisno, te je stoga nemoguće govoriti o razvoju određenih segmenata a da se ne uspostave poveznice s trendovima u drugim segmentima.¹¹ Tehnologija i društvo međusobno su isprepleteni i formiraju osnovu novoga informacijskog društva koje se temelji na *interaktivnosti, umrežavanju i individualizmu* koji postaju ključ razvojnih trendova u sferi *virtualne komunikacije* utemeljene na novoj *organizacijskoj kulturi, menadžmentu znanja i takozvanoj učećoj ekonomiji*.¹²

S pojavom novih komunikacijskih tehnologija paralelno se javlja i *informacijska revolucija*. Razvoj računala, računalnih mreža, elektroničkoga poslovanja i elektroničkoga izdavaštva ostavilo je dubok trag na ljudskim pravima. Tomu su posebno pridonijeli razvoj Interneta i njegovo širenje. Za razliku od drugih informacijskih tehnologija Internet je davno nadišao nacionalne granice koristeći već postojeću *ICT infrastrukturu* i omogućavajući najširemu krugu ljudi diljem svijeta *globalno komuniciranje*. Njemu često možemo zahvaliti to što se svijest

10 Šire o tome: RUŽIĆ, D., *E-marketing*, Sveučilište J.J. Strossmayera u Osijeku, Ekonomski fakultet, Osijek, 2003. str. 4. Vidi i: WORLD INVESTMENT REPORT 1998: *Trends and Determinants*, United Nations, New York, 1998. str. 3.

11 Vidi: MEŠTROVIĆ, M. *Raspršenje smisla: doktrinarni svijet na izmaku?*, Hrvatska sveučilišna naklada, 2007. str. 86.

12 Usp. AMIN, A., *Post-Fordism: a reader*, Wiley-Blackwell, 1994., str. 17.

o ugrožavanju ljudskih prava i sloboda sve više širi i izvan granica nacionalnih država. Naime, potencijal Interneta da postane *temeljnomo infrastrukturo* i *medijem globalnoga informacijskog društva* počiva upravo na tome da Internet nadilazi nacionalne granice suverenih država i kontrole dominantnih utjecaja njihovih vlasti¹³. Njegova obilježja – *globalnost, otvorenost, dostupnost, decentraliziranost i neovisnost o posebnoj infrastrukturi* – čine taj medij jedinstvenim i bitno drugačijim od drugih. Budući da je Internet istodobno i sredstvo masovnoga interaktivnog komuniciranja i sredstvo javnoga priopćavanja, taj je medij nezamjenjiv kada je riječ o promicanju i ostvarivanju slobode izražavanja i informiranja te zaštite privatnosti.¹⁴

3. Negativan utjecaj razvoja informacijsko-komunikacijskih tehnologija na zaštitu osobnih podataka na digitalnom tržištu

Intenzivan razvoj i brzina nastanka i primjene informacijskih tehnologija premašili su očekivanja, namjere i ideje čak i njihovih tvoraca. Poznato je stajalište da je navedeni trend cijena napretka u svijetu u kojem dobro i zlo idu s istim pojavama i procesima te ih je nemoguće unaprijed predvidjeti i na vrijeme spriječiti.¹⁵ Nažalost, sve su brojnije zloupotrebe koje izlaze iz tih okvira, pa negativne prateće posljedice postaju neizbježnim suputnikom suvremenoga razvoja. Prvotni cilj Interneta kao takvoga bio je osiguravanje što lakšega i bržega pristupa informacijama kako bi one bile dostupne svima unutar mreže bez ikakvih ograničenja. Iako je to odgovaralo potrebama toga vremena, danas se to pokazuje kao jedna od najvećih slabosti Interneta, a osobito kada je riječ o njegovu korištenju u komercijalne svrhe i za potrebe državnih institucija. U digitalnome vidu komunikacije, kakav nudi Internet, treba imati na umu to da su se prvo razvile tehnologije prijenosa različitih vidova poruka, a tek poslije razvili su se i ekvivalenti zaštitnih mehanizama, što je u praksi dovelo do *neželjenih*, a prilično čestih slučajeva *zloupotrebe*, čime se dovodi u pitanje status Interneta kao globalne komunikacijske infrastrukture. Sveukupno poslovanje 21. stoljeća poznato je pod nazivom *digitalna ekonomija* zato što su *ново znanje i informacija postali najvažnijom robom na digitalnom tržištu*, a Internet se kao sredstvo razmjene istoga nametnuo kao osnovna infrastruktura društva koja omogućava razmjenu podataka prostorno veoma udaljenih sudionika, a ujedno i onih koji su spremni

13 Tako i šire: PERRITT, H., H., „Cyberspace and State Sovereignty“, Journal of International Legal Studies, sv. 3., br. 2, 1997., str. 157. Vidi i: PERRITT, H., H., „The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet’s Role in Strengthening National and Global Governance“, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol 5, 1998., str. 430. Usp. WEINSTOCK, N. N., *Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View form Liberal Democratic Theory*, California Law Review vol. 395, 2000., str. 497.

14 Više o tome: PERRITT, H. H., *Towards a Hybrid Regulatory Scheme for the Internet*, University of Chicago Legal Forum, 2001., str. 215.

15 Op. cit., DRAGIČEVIĆ, A., DRAGIČEVIĆ, D., str. 417.

zloupotrijebiti sve što im je globalnom mrežom dostupno.¹⁶ Nakon prvih nekoliko napada uslijedilo je eksponencijalno širenje prijevара i zloupotreba, odnosno razvoj različitih programskih virusа i paketa programa za neovlašten pristup podacima koji putuju mrežom. Zbog lakšegа i bržegа pristupa te automatske identifikacije i autorizacije pristupa moguće je između dvaju računalnih sustava na Internetu ili među više njih uspostaviti međusobnu vezu „povjerenja“. Kako je već prikazano u ranijem poglavlju postojanje i korištenje *World Wide Weba*, poznatijegа kao *WWW* otvorilo je nove mogućnosti mrežnih napada i zloupotreba. Sve su češći slučajevi da se na tim stranicama predstavljaju razni neonacistički, rasistički, pornografski, pedofilski i drugi nemoralni, nezakoniti i štetni sadržaji. Internetom se koriste i razni kriminalci koji na taj način komuniciraju, nude robu do koje su došli na nezakonit način te čine druga kaznena djela u cilju pribavljanja neke materijalne koristi. Nerijetko se događa da su ciljevi napada i *osobni podaci građana*, bez obzira na to nalaze li se oni na osobnim računalima ili u prijenosu komunikacijskim kanalima u obliku elektroničke pošte, te važni i povjerljivi poslovni podaci različitih organizacija koje u svakodnevnoj djelatnosti koriste informatičku tehnologiju. Upravo u okruženju digitalne ekonomije, stvaranjem tehničke osnovice, stasala je i nova generacija mladih ljudi koji su prihvatili i usvojili sve blagodati koje pružaju nove tehnologije, ali i generacija onih kojima to nije dovoljno i koji se iz raznoraznih pobuda žele njome koristiti u ostvarivanju svojih nečasnih, nemoralnih, koristoljubivih i drugih štetnih ciljeva.¹⁷ Da bi ostvarili svoj cilj, počinitelji se koriste svim mogućim sredstvima, od onih koja su zakonski dopuštena do nezakonitih, a ovisno o vrsti napada razlikuju se mogući počinitelji, metode njihova otkrivanja i dokazi koje treba prikupiti.

Bez obzira na sve prednosti koje nam donose nove tehnologije i tehnološki napredak očekivana je pojava negativnih posljedica. Snažno otvaranje naših lokalnih i nacionalnih okolina utjecajima iz raznih dijelova svijeta ponekad ostavlja osjećaj nemoći i gubitka kontrole nad vlastitom okolinom i događanjima. Ključni negativni utjecaj u kontekstu globalizacije i ICT-a, usko shvaćanje pojma razvoja kao ekonomskoga razvoja – koji nije uključivao kulturnu dimenziju, doveo je do gubitka identiteta i osjećaja pripadnosti zajednici. Stoga ne čudi da je kulturni identitet postao važna tema istraživanja i rasprava. Neki drže da osim onoga što je već spomenuto negativne posljedice također prozlaзе iz sljedećegа: 1. brzine u selektivnosti širenja informacijske tehnologije; 2. informacijskoga stresa i informacijskoga onečišćenja; 3. računalnoga i kibernetičkoga kriminaliteta;

16 O izazovima i razvoju digitalne ekonomije vidi: MALECKI, E. J., MORISET, B., *The digital economy: business organization, production processes, and regional developments*, Taylor & Francis, 2008., str. 13.–17. Vidi i: KOGUT, B., (ed.) *The global internet economy*, MIT Press, Massachusetts Institute of Technology, 2004., str. 1.–41.

17 Mogućnosti nove tehnologije ubrzo su uvidjeli i kriminalci, otkrivajući u računalu sredstvo kojim će s daleko manjim naporima ostvariti ciljeve i koji će im omogućiti veću korist i mogućnost da ostanu neotkriveni. O tome vidi šire u: PIPKIN, D. L., *Halting the Hacker*, Prentice Hall PTR, New Jersey, 1997., str. 13.

4. informacijskoga ratovanja i kibernetičkoga terorizma.¹⁸ Ključno pitanje koje se time nameće odnosi se na to kako postići *kontrolirani razvoj*, odnosno kako osigurati da se *ekspanzivni tehnološki razvoj* kreće u uvriježenim *etičkim, pravnim i kulturološkim okvirima* za dobrobit ljudskoga društva?

Nove informacijske i komunikacijske tehnologije već su umrežile stotine milijuna ljudi na digitalnom tržištu. Vijesti se masovnim medijima brzo šire i dolaze do svih kutaka zemlje, pa tako nekoć posve nepoznata mjesta ulaze u svakodnevni rječnik udaljenih zajednica.¹⁹ Imati *pravu informaciju u pravo vrijeme na pravome mjestu – postaje poput oružja što dovodi do jednoga od najopasnijih negativnih suputnika informacionalističkoga razvoja – kibernetičkoga terorizma*. Povreda zaštite podataka i njihova zloupotreba u ovome aspektu terorizma dovodi u pitanje nacionalnu sigurnost te osobnu i fizičku zaštitu osoba. Aktivnim kriptiranim pristupom podacima prenose se informacije kojima se planira ugrožavanje života građana i otvara se sasvim nova era – *era informacijskoga ratovanja*. Upravo na ovim temeljima, s ciljem zaštite podataka i privatnosti građana Europske unije, donesena je Uredba (EU) 2016/679 SL EU L119 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ odnosno Opća uredba o zaštiti podataka (engl. *General Data Protection Regulation*) ili skraćeno **GDPR**.²⁰

4. Primjena Opće uredbe o zaštiti osobnih podataka – „GDPR“ u Republici Hrvatskoj²¹

4.1. Nova definicija pojma osobnih podataka i područje primjene GDPR-a

Nova Opća uredba o zaštiti podataka 2016/679 (GDPR) donosi bitne promjene u pravilima koja definiraju osobne podatke i samu obradu podataka u cjelini. Zbog brzog tehnološkog razvoja i globalizacije pojavili su se novi izazovi u zaštiti osobnih podataka. Opseg prikupljanja i razmjene osobnih podataka značajno se povećava. Tehnologijom se privatnim društvima i tijelima javne vlasti omogućuje

18 Op. cit. DRAGIČEVIĆ, A., DRAGIČEVIĆ, D, str. 417.

19 Više o tome: LÉVY P., *Collective intelligence: mankind's emerging world in cyberspace*, Plenum Trade, 1997., str. 60.

20 Cjeloviti tekst Uredbe (EU) 2016/679 SL EU L119 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ - Opća uredba o zaštiti podataka (GDPR) dostupan je na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=celex%3A32016R0679> (19. 5. 2019.)

21 Učinak Opće uredbe o zaštiti podataka je i ranije obrađen u radu u kojem je autorica zajedno s koautorom prof. dr. sc. Jozom Čizmićem obradila ovu temu. U ovom poglavlju su citirani su i prošireni dijelovi rada koji se odnose na općeniti sadržaj Uredbe i primjenu na digitalnom tržištu.. Usporedi i vidi šire primjenu pravnih sredstava i učinka uredbe u pravnoj praksi u ČIZMIĆ, J., BOBAN, M., *Učinak nove EU Uredbe 2016/679 (GDPR) na zaštitu osobnih podataka u Republici Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 39, br. 1, 2018., str. 377-410

uporaba osobnih podataka u dosada nedosegnutom opsegu radi ostvarenja njihovih djelatnosti. Pojedinci svoje osobne informacije sve više čine dostupnima javno i globalno. Tehnologija je preobrazila i gospodarstvo i društveni život te bi trebala dalje olakšavati slobodan protok osobnih podataka u Uniji i prijenos trećim zemljama i međunarodnim organizacijama, osiguravajući pri tome visoku razinu zaštite osobnih podataka. (GDPR, Preambula, točka 6.) Sami ciljevi uvođenja Uredbe su zaštita osobnih podataka svih građana EU, jačanje prava pojedinca koji će nakon uvođenja Uredbe imati veću kontrolu i bolje mehanizme zaštite svojih osobnih podataka, usklađivanje zakona za zaštitu osobnih podataka u svim državama članicama te obavezu prilagođavanja Uredbi svim kompanijama i organizacijama koje žele poslovati na njenom području, kao i one koje posluju izvan područja EU, ali za svoje poslovanje koriste osobne podatke građana EU zbog nudi roba i usluga unutar Unije ili praćenja njihovog ponašanja unutar EU. Važno je napomenuti da je zaštita osobnih podataka podignuta na razinu temeljnih ljudskih prava. Prema Uredbi „Zaštita pojedinaca s obzirom na obradu osobnih podataka temeljno je pravo. člankom 8. stavkom 1. Povelje Europske unije o temeljnim pravima („Povelja”) te člankom 16. stavkom 1. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (UFEU) utvrđuje se da svatko ima pravo na zaštitu svojih osobnih podataka.“ (GDPR, Preambula, točka 1.) Nadalje Uredba navodi da obrada osobnih podataka bi trebala biti osmišljena da bude u službi čovječanstva. Pravo na zaštitu osobnih podataka nije apsolutno pravo. Ono se mora razmatrati u vezi s njegovom funkcijom u društvu te ga treba ujednačiti s drugim temeljnim pravima u skladu s načelom proporcionalnosti. U Uredbi se također navodi poštivanje privatnog i obiteljskog života, što je temelj za razvitak i zaštitu prava na privatnost uz već napomenutu zaštitu osobnih podataka koje se međusobno nadopunjuju. (GDPR, Preambula, točka 4.)

Podsjetimo, prvi Zakon o zaštiti osobnih podataka (NN, 103/03, 118/06, 41/08, 130/11, 106/12 – dalje ZZOP) u Hrvatskoj je donesen još 2003. godine (zadnje izmjene i dopune 2012.), a ova je Uredba prvi odmak u zakonskoj definiciji na razini Europske unije još 1995. godine. Iscrpna pravna definicija osobnog podatka dana je u ZZOP-u prema kojem: *“osobni podatak predstavlja svaka informacija koja se odnosi na identificiranu fizičku osobu ili fizičku osobu koja se može identificirati odnosno osoba čiji se identitet može utvrditi izravno ili neizravno, posebno na osnovi jednog ili više obilježja specifičnih za njezin fizički, psihološki, mentalni, gospodarski, kulturni ili socijalni identitet”* (ZZOP, čl. 2. st. 1.). Nova Uredba dodaje izrijeком dopunu pravne definicije prema kojem je osobni podatak svaki podatak kojim se *“osoba može identificirati izravno ili neizravno, osobito uz pomoć identifikatora kao što su ime, identifikacijski broj, podaci o lokaciji, mrežni identifikator ili uz pomoć jednog ili više čimbenika svojstvenih za fizički, fiziološki, genetski, mentalni, ekonomski, kulturni ili socijalni identitet tog pojedinca;”* (GDPR, čl. 4. st. 1.). Odnosno definicija izravno uvodi pojam *mrežni identifikator* te se nadalje u tekstu Uredbe po prvi put definiraju (i zakonski uređuju!) *genetski podaci*” i *biometrijski podaci kao osobni podaci*. Naime,

genetski podaci predstavljaju osobne podatke “koji se odnose na naslijeđena ili stečena genetska obilježja pojedinca koja daju jedinstvenu informaciju o fiziologiji ili zdravlju tog pojedinca, i koji su dobiveni osobito analizom biološkog uzorka dotičnog pojedinca; (GDPR, čl. 4. st. 13.) dok se pod pojmom. biometrijski podaci podrazumijevaju se “osobni podaci dobiveni posebnom tehničkom obradom u vezi s fizičkim obilježjima, fiziološkim obilježjima ili obilježjima ponašanja pojedinca koja omogućuju ili potvrđuju jedinstvenu identifikaciju tog pojedinca, kao što su fotografije lica ili daktiloskopski podaci”. (GDPR, čl. 4. st. 14.).

GDPR se primjenjuje samo na osobne podatke. Ostali podaci koji se ne smatraju „osobnim podacima“ zaštićeni su nacionalnim zakonodavstvom država članica. Postoje iznimke u vidu obrade podataka u kontekstu zaposlenja ili u svrhu nacionalne sigurnosti koji i dalje mogu podlijezati zasebnim propisima kod svake od država članica.²² (GDPR, čl. 2. st. 2. i GDPR, čl. 82.) Podaci se smatraju osobnima ako se iz njih s velikom vjerojatnošću može otkriti identitet pojedinca. Sam opseg podataka koje GDPR pokriva nije se značajno promijenio, osim dodavanja mrežnih identifikatora koji se smatraju osobnim podacima. GDPR se ne primjenjuje ni na anonimizirane podatke dok se za podatke koji se koriste u znanstvene svrhe ili za daljnju obradu mora provesti „pseudonimizacija“²³ što podrazumijeva obradu osobnih podataka na način da se osobni podaci više ne mogu pripisati određenom ispitaniku bez uporabe dodatnih informacija, pod uvjetom da se takve dodatne informacije drže odvojeno te da podliježu tehničkim i organizacijskim mjerama kako bi se osiguralo da se osobni podaci ne mogu pripisati pojedincu čiji je identitet utvrđen ili se može utvrditi. (GDPR, čl. 4, t. 5) Što se samog dizajniranja sustava tiče, poduzimanje određenih tehničkih i organizacijskih zaštitnih mjera (engl. *Privacy by design*) je postao standard. Time se naglašava da je potrebno paziti na zaštitu podataka od samog početka planiranja i dizajniranja sustava kako bi on bio što zaštićeniji od zlouporaba još u samom nastanku. Potrebno je unaprijed misliti na sve moguće slabe točke sustava i na vrijeme poduzeti sve potrebite mjere za zaštitu osobnih podataka koje se na njima nalaze. Voditelj obrade u tome ima važnu ulogu te bi trebao imati kompetencije provođenja tehničkih i organizacijskih mjera zaštite kako ne bi došlo do kršenja Uredbe a posljedično i sankcija. (GDPR, čl. 25.).²⁴

22 Uredba o zaštiti podataka (GDPR) ne odnosi na obradu osobnih podataka: (a) tijekom djelatnosti koja nije obuhvaćena opsegom prava Unije; (b) koju obavljaju države članice kada obavljaju aktivnosti koje su obuhvaćene područjem primjene glave V. poglavlja 2. UEU-a; (c) koju provodi fizička osoba tijekom isključivo osobnih ili kućnih aktivnosti; (d) koju obavljaju nadležna tijela u svrhu sprečavanja, istrage, otkrivanja ili progona kaznenih djela ili izvršavanja kaznenih sankcija, uključujući zaštitu od prijetnji javnoj sigurnosti i njihova sprečavanja. (GDPR, čl. 2 st. 2.)

23 O pseudonimizaciji vidi više u SHARMA, A., DESHKAR, N., WADHAWAN, K., KEARNS-MANOLATOS, D., NANGLA, A., SEOLIKAR, A., YEUNG, S., DAS, S., PATIL R., „*Privacy & GDPR for Digital Platforms*“, Synechron Inc, 2018., str. 27

24 O oblicima zaštite informacijskih sustava u poslovanju i obvezama prema GDPR- u vidi GOBEO, A., FOWLER, C., BUCHANAN, W. J., „*GDPR and Cyber Security for Business Information Systems*“, River Publishers, 2018., str. 70. Vidi i TANKARD, C., „*What the GDPR means for businesses*“, Network Security 2016(6):5-8, June, 2016.

4.2. Teritorijalno područje primjene GDPR-a

Ključna izmjena u odnosu na raniju Direktivu i nacionalne zakone jest činjenica da se Uredba primjenjuje na obradu osobnih podataka koju obavlja voditelj obrade koji nema poslovni nastan u Uniji, već u mjestu gdje se pravo države članice primjenjuje na temelju međunarodnog javnog prava. (GDPR, čl. 3. st. 3.) Nadalje, Uredba se odnosi na obradu osobnih podataka u okviru aktivnosti poslovnog nastana voditelja obrade ili izvršitelja obrade u Uniji, neovisno o tome obavlja li se obrada u Uniji ili ne. (GDPR, čl. 3. st. 1.)²⁵ Odnosno, ova se Uredba primjenjuje na obradu osobnih podataka ispitanika u Uniji koju obavlja voditelj obrade ili izvršitelj obrade bez poslovnog nastana u Uniji, *ako su aktivnosti obrade povezane s: (a) nuđenjem robe ili usluga takvim ispitanicima u Uniji, neovisno o tome treba li ispitanik izvršiti plaćanje; ili (b) praćenjem njihova ponašanja dokle god se njihovo ponašanje odvija unutar Unije.* (GDPR, čl. 3. st. 2.) Veliki broj organizacija koje posluju na području Europske unije a bez poslovnog nastana u Europskoj uniji, započeo je proces usklađivanja s obzirom na visoke kazne koje Uredba propisuje.²⁶

4.3. Uvjeti privole obrade podataka

Pretpostavka ispunjenja uvjeta obrade osobnih podataka jest činjenica da se obrada temelji na privoli odnosno voditelj obrade mora moći dokazati da je ispitanik dao privolu za obradu svojih osobnih podataka. (GDPR, čl. 7. st. 1.) U članku 7. st. 1. GDPR-a jasno je definirano kako “zahtjev za privolu mora biti predložen na način da ga se može jasno razlučiti od drugih pitanja, u razumljivom i lako dostupnom obliku uz uporabu jasnog i jednostavnog jezika čime se dokazuje da je osoba dala privolu u vidu pisane izjave koja se odnosi i na druga pitanja. Novost prema Uredbi jest da svaki dio takve izjave koji predstavlja kršenje ove Uredbe nije obvezujući. (GDPR čl. 7. st. 2.) Naime, osoba ima pravo u svakom trenutku povući svoju privolu te njeno povlačenje ne utječe na zakonitost obrade na temelju privole prije njezina povlačenja. Prije davanja privole, ispitanika se o tomu obavještuje kao i o samom postupku povlačenja privole koji mora biti jednako jednostavan kao i njezino davanje. (GDPR, čl. 7. st. 3.) Nadalje, 32. uvodnom izjavom Opće Uredbe navedeno je da bi se privola trebala davati jasnom potvrdnom radnjom kojom se izražava dobrovoljan, poseban, informiran i nedvosmislen pristanak ispitanika

25 Više o primjeni GDPR-a vidi u FORS, P., „GDPR Compliance“, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2018. Vidi i FERNANDEZ, P. C., „Flexibility Clauses in the General Data Protection Regulation: The “Swiss Cheese” of EU Data Protection Law? A Study of the Flexibility Clauses Within the GDPR and the Possibility of Them Hampering the Attainment of the Objectives of the Regulation“, 2016.

26 O usklađivanju europskog i američkog zakonodavstva u području zaštite podataka vidi u CALDER, A, *EU GDPR & EU-US Privacy Shield: A Pocket Guide*, IT Governance Ltd, 2017., str. 76-80

na obradu osobnih podataka koji se odnose na njega, poput pisane izjave, uključujući elektroničku, ili usmene izjave. To bi moglo obuhvaćati označavanje polja kvačicom pri posjetu internetskim stranicama, biranje tehničkih postavaka usluga informacijskog društva ili drugu izjavu ili ponašanje koje jasno pokazuje u tom kontekstu da ispitanik prihvaća predloženu obradu svojih osobnih podataka. Štjnja, unaprijed kvačicom označeno polje ili manjak aktivnosti stoga se ne bi smjeli smatrati privolom. Uredba predviđa i postupak procjene dobrovoljnosti davanja privole kod kojeg se u najvećoj mogućoj mjeri uzima se u obzir je li, među ostalim, izvršenje ugovora, uključujući pružanje usluge, uvjetovano privolom za obradu osobnih podataka koja nije nužna za izvršenje tog ugovora. (GDPR, čl. 7. st. 4.)

4.4. Uvjeti koji se primjenjuju na privolu djeteta u odnosu na usluge informacijskog društva

Posebna su kategorija upravo osobni podaci djece gdje je ponajprije postavljena dobna granica 16 godina ali i mogućnost predviđanja niže dobne granice za davanje privole za obradu osobnih podataka djece i do 13 godina.²⁷ Države članice mogu u te svrhe zakonom predvidjeti nižu dobnu granicu, pod uvjetom da takva niža dobna granica nije niža od 13 godina. (GDPR, čl. 8. st. 1.) Postoje dodatni uvjeti koje treba zadovoljiti kada se zahtjev za brisanje odnosi na osobne podatke djece, osobito u mrežnom okruženju. Osobito je važan element “privole” – kada je osoba kao dijete dala privolu za obradu podataka, no nakon nekoliko godina je zatražila brisanje. Osoba ima opravdani razlog za brisanje podataka, jer kao dijete, tijekom davanja privole, nije mogla biti u potpunosti biti svjesna rizika koji su uključeni u proces obrade.²⁸ Ovo se osobito odnosi na društvene mreže i internetske forume.²⁹

4.5. Pravo na brisanje („pravo na zaborav”)

Najvažniji iskorak jest *pravo na brisanje*, poznato i kao *pravo na zaborav* (engl. *Right to be forgotten*), sukladno čl. 17. GDPR-a. Načelo ovog prava je omogućiti pojedincima da zatraže brisanje ili uklanjanje osobnih podataka ako nema uvjerljivog razloga za njihovu obradu. Sukladno čl. 17. st. 1. GDPR-a osoba ima

27 Sukladno čl. 8. GDPR-a pod nazivom Uvjeti koji se primjenjuju na privolu djeteta u odnosu na usluge informacijskog društva u st. 1. „Kada se primjenjuje članak 6. stavak 1. točka (a), u pogledu nuđenja usluga informacijskog društva izravno djetetu, obrada osobnih podataka djeteta zakonita je ako dijete ima najmanje 16 godina. Ako je dijete ispod dobne granice od 16 godina takva je obrada zakonita samo ako i u mjeri u kojoj je privolu dao ili odobrio nositelj roditeljske odgovornosti nad djetetom.“ (čl. 8 st. 1. GDPR)

28 U tom slučaju, sukladn Uredbi, „Voditelj obrade mora uložiti razumne napore u provjeru je li privolu u takvim slučajevima dao ili odobrio nositelj roditeljske odgovornosti nad djetetom, uzimajući u obzir dostupnu tehnologiju.“ (čl. 8. st. 3. GDPR)

29 Šire o tome vidi u RAGHENO, N. (dir.), Collectif, *Data Protection & Privacy: Le GDPR dans la pratique - De GDPR in de praktijk*, Anthemis, 2017.

pravo ishoditi od voditelja obrade: *brisanje osobnih podataka koji se na njega odnose bez nepotrebnog odgađanja te voditelj obrade ima obvezu obrisati osobne podatke bez nepotrebnog odgađanja ako je ispunjen jedan od sljedećih uvjeta: (a) osobni podaci više nisu nužni u odnosu na svrhe za koje su prikupljeni ili na drugi način obrađeni; (b) ispitanik povuče privolu na kojoj se obrada temelji u skladu s člankom 6. stavkom 1. točkom (a) ili člankom 9. stavkom 2. točkom (a) i ako ne postoji druga pravna osnova za obradu; (c) ispitanik uloži prigovor na obradu u skladu s člankom 21. stavkom 1. te ne postoje jači legitimni razlozi za obradu, ili ispitanik uloži prigovor na obradu u skladu s člankom 21. stavkom 2.; (d) osobni podaci nezakonito su obrađeni; (e) osobni podaci moraju se brisati radi poštovanja pravne obveze iz prava Unije ili prava države članice kojem podliježe voditelj obrade; (f) osobni podaci prikupljeni su u vezi s ponudom usluga informacijskog društva iz članka 8. stavka 1. (GDPR, čl. 17. st. 1.)* Primjenjuje se ako osobni podaci više nisu potrebni u svrhu za koju su se prikupljali/koristili, kada ispitanik povuče suglasnost, kada se ispitanik protivi obradi i ne postoji legitiman razlog za nastavak obrade, ako su podaci protupravno obrađeni, ukoliko se osobni podaci moraju izbrisati kako bi se udovoljilo zakonskoj obvezi te ako se radi o osobnim podacima koji se odnose na djecu u svezi s ponudom usluga informacijskog društva. U slučaju ako je voditelj obrade javno objavio osobne podatke i dužan je u skladu sa stavkom 1. obrisati te osobne podatke, uzimajući u obzir dostupnu tehnologiju i trošak provedbe, voditelj obrade poduzima razumne mjere, uključujući tehničke mjere, kako bi informirao voditelje obrade koji obrađuju osobne podatke da je ispitanik zatražio od tih voditelja obrade da izbrišu sve poveznice do njih ili kopiju ili rekonstrukciju tih osobnih podataka. (GDPR, čl. 17. st. 2.). Također, u članku 16. Uredba predviđa i *pravo na ispravak* tako da osoba može zatražiti ispravak³⁰ i/ili brisanje osobnih podataka ako su podaci nepotpuni, netočni ili neažurni.

Nadalje, zakonodavac je postavio i uvjete prema kojima zahtjev za brisanjem može biti odbijen i to u slučajevima kada se podaci obrađuju da bi se ostvarilo pravo na slobodu izražavanja i informiranja, da bi se udovoljilo zakonskoj obvezi obavljanja zadaća od javnog interesa ili službenih ovlasti, u svrhe javnog zdravstva a u interesu javnosti, za arhiviranje u svrhu javnog interesa, znanstvenog/povijesnog istraživanja ili u statističke svrhe te u svrhu postavljanja, ostvarivanja ili obrane pravnih zahtjeva. (GDPR, čl. 3 st. 17.)

Predviđena je i *obveza izvješćivanja u vezi s ispravkom ili brisanjem osobnih podataka ili ograničenjem obrade* koja voditelju obrade nalaže priopćivanje svakog ispravka ili brisanja osobnih podataka ili ograničenje obrade provedeno u skladu s člankom 16., 17. stavkom 1. i člankom 18. svakom primatelju kojem su otkriveni osobni podaci, osim ako se to pokaže nemogućim ili zahtijeva nerazmjeran napor. Nadalje, voditelj obrade obavješćuje osobe o tim primateljima

³⁰ Sukladno čl. 16. GDPR-a Pravo na ispravak: *Ispitanik ima pravo bez nepotrebnog odgađanja ishoditi od voditelja obrade ispravak netočnih osobnih podataka koji se na njega odnose. Uzimajući u obzir svrhe obrade, ispitanik ima pravo dopuniti nepotpune osobne podatke, među ostalim i davanjem dodatne izjave.* (čl. 16. GDPR)

ako to osoba zatraži. (GDPR, čl. 19.) To u praksi znači kako GDPR pojačava *pravo na brisanje* pojašnjavanjem - *organizacije u mrežnom okruženju koje javno objavljuju osobne podatke trebaju obavijestiti druge organizacije koje obrađuju osobne podatke za brisanje veza, kopiranja ili replikacije osobnih podataka o kojima je riječ.*

4.6. Pseudonomizacija

Osim brisanja tu je i pitanje obveze *pseudonimizacije* podataka što znači obrada osobnih podataka na način da se osobni podaci više ne mogu pripisati određenom ispitaniku bez uporabe dodatnih informacija, pod uvjetom da se takve dodatne informacije drže odvojeno te da podliježu tehničkim i organizacijskim mjerama kako bi se osiguralo da se osobni podaci ne mogu pripisati pojedincu čiji je identitet utvrđen ili se može utvrditi. (GDPR, čl. 4. st. 5.) Načela zaštite podataka trebala bi se primjenjivati na sve informacije koje se odnose na pojedinca čiji je identitet utvrđen ili se može utvrditi. Osobne podatke koji su pseudonimizirani, a koji bi se mogli pripisati nekom pojedincu uporabom dodatnih informacija trebalo bi smatrati informacijama o pojedincu čiji se identitet može utvrditi. Kako bi se odredilo može li se identitet pojedinca utvrditi, trebalo bi uzeti u obzir sva sredstva, primjerice selekcije, koju voditelj obrade ili bilo koja druga osoba mogu po svemu sudeći upotrijebiti u svrhu izravnog ili neizravnog utvrđivanja identiteta pojedinca. Kako bi se utvrdilo je li izgledno da se upotrebljavaju sredstva za utvrđivanje identiteta pojedinca, trebalo bi uzeti u obzir sve objektivne čimbenike, kao što su troškovi i vrijeme potrebno za utvrđivanje identiteta, i tehnologiju dostupnu u vrijeme obrade i tehnološki razvoj. (Preambula, točka 25)³¹ Ovaj postupak do sada nije bio zakonski zahtjev i predstavlja iznimni trošak za velike organizacije a naročito može biti izazov, ako obrađujete osobne podatke online, na primjer na društvenim mrežama, forumima ili web stranicama. Organizacije u javnom i privatnom sektoru moraju prema Uredbi udovoljiti tim zahtjevima inače ih očekuju velike kazne.³²

4.7. Službenik za zaštitu podataka

Kako bi se osigurala usklađenost organizacije potrebni su stručnjaci koji razumiju zahtjeve GDPR-a i koji su dobro obučeni za planiranje, implementaciju i održavanje usklađenosti organizacije prema samoj Uredbi.³³ Na tom tragu, stupanjem GDPR-a na snagu, javne ustanove ali i mnoge tvrtke imaju obvezu

31 Sukladno tekstu preambule Uredbe. Vidi GDPR, t. 25., str. 5

32 Tako i šire ČIZMIĆ, J., BOBAN, M., *Učinak nove EU Uredbe 2016/679 (GDPR) na zaštitu osobnih podataka u Republici Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 39, br. 1, 377-410 (2018)

33 Zadaće službenika za zaštitu podataka prema GDPR-u detaljno su opisane u KOLAH, A., „*The GDPR Handbook: A Guide to the EU General Data Protection Regulation*“, Kogan Page, Limited, 2018. Vidi šire i u TAYLOR, S., „*Data Protection Officer (DPO)*“, Independently Published, 2018.

imenovanja kvalificiranog službenika za zaštitu podataka (engl. *Data Protection Officer* – DPO) koji će izravno odgovarati Upravi.³⁴ (GDPR, čl. 37.) Također, službenik za izvršavanje djeluje neovisno u izvršenju svojih obveza i odgovara izravno upravi kako je i izrečeno u čl. 38 GDPR-a.³⁵ Nadalje, grupa poduzetnika može imenovati jednog službenika za zaštitu podataka pod uvjetom da je službenik za zaštitu podataka lako dostupan iz svakoga poslovnog nastana. (GDPR, čl. 37. st. 2.) Isto tako ako je voditelj obrade ili izvršitelj obrade tijelo javne vlasti ili javno tijelo, za nekoliko takvih vlasti ili tijela može se imenovati jedan službenik za zaštitu podataka, uzimajući u obzir njihovu organizacijsku strukturu i veličinu. (GDPR, čl. 37. st. 3.)³⁶ Vezano uz kvalifikacije službenika za zaštitu podataka Uredba propisuje kako se službenik za zaštitu podataka imenuje na temelju stručnih kvalifikacija, a osobito stručnog znanja o pravu i praksama u području zaštite podataka te sposobnosti izvršavanja zadaća iz članka 39 GDPR-a. (GDPR, čl. 37. st. 5.) Isto tako, službenik za zaštitu podataka može biti član osoblja voditelja obrade ili izvršitelja obrade ili obavljati zadaće na temelju ugovora o djelu. (GDPR, čl. 37. st. 6.)

Uz osnovno razumijevanje procesa i klasifikacije službenik za zaštitu podataka obavlja najmanje sljedeće zadaće: (a) informiranje i savjetovanje voditelja obrade ili izvršitelja obrade te zaposlenika koji obavljaju obradu o njihovim obvezama iz ove Uredbe te drugim odredbama Unije ili države članice o zaštiti podataka; (b) praćenje poštovanja ove Uredbe te drugih odredaba Unije ili države članice o zaštiti podataka i politika voditelja obrade ili izvršitelja obrade u odnosu na zaštitu osobnih podataka, uključujući raspodjelu odgovornosti, podizanje svijesti i osposobljavanje osoblja koje sudjeluje u postupcima obrade te povezane revizije; (c) pružanje savjeta, kada je to zatraženo, u pogledu procjene učinka na zaštitu podataka i praćenje njezina izvršavanja u skladu s člankom 35.; (d) suradnja s nadzornim tijelom; (e) djelovanje kao kontaktna točka za nadzorno tijelo vezano uz pitanje obrade, što uključuje i prethodno savjetovanje iz članka 36. te savjetovanje, prema potrebi, o svim drugim pitanjima. (GDPR, čl. 39. st. 1.) Službenik za zaštitu podataka pri obavljanju svojih zadaća vodi računa o riziku

34 Sukladno čl. 37. st. 1. GDPR-a voditelj obrade i izvršitelj obrade imenuju službenika za zaštitu podataka i to: u svakom slučaju u kojem: (a) obradu provodi tijelo javne vlasti ili javno tijelo, osim za sudove koji djeluju u okviru svoje sudske nadležnosti, (b) osnovne djelatnosti voditelja obrade ili izvršitelja obrade sastoje se od postupaka obrade koji zbog svoje prirode, opsega i/ili svrha iziskuju redovito i sustavno praćenje ispitivanja u velikoj mjeri, ili (c) osnovne djelatnosti voditelja obrade ili izvršitelja obrade sastoje se od opsežne obrade posebnih kategorija podataka na temelju članka 9. i osobnih podataka u vezi s kaznenim osudama i kažnjivim djelima iz članka 10. Prema GDPR, čl. 37. st. 1.

35 Prema članku 38. st. 3. GDPR-a: *Voditelj obrade i izvršitelj obrade osiguravaju da službenik za zaštitu podataka ne prima nikakve upute u pogledu izvršenja tih zadaća. Voditelj obrade ili izvršitelj obrade ne smiju ga razriješiti dužnosti ili kazniti zbog izvršavanja njegovih zadaća. Službenik za zaštitu podataka izravno odgovara najvišoj rukovodećoj razini voditelja obrade ili izvršitelja obrade.* (GDPR, čl. 38. st. 3.)

36 O obvezi pristupa informacijama i pravu na pristup informacijama vidi šire u BHATIA; P., „*Intro to GDPR: A Plain English Guide to Compliance*“, Advisera Expert Solutions Limited, 2018.

povezanom s postupcima obrade i uzima u obzir prirodu, opseg, kontekst i svrhu obrade. (GDPR, čl. 39. st. 2.)

4.8. Integrirana zaštita podataka

Mjere tehničke i integrirane zaštite podataka (čl. 25.) propisuju primjenu zaštitnih mjera u sam postupak razvoja procedura, proizvoda i usluga. Treba od početka primijeniti visoku razinu mjera za zaštitu privatnosti, a voditelj obrade mora osigurati da tehničke i proceduralne mjere budu dostatne i u skladu s propisima za vrijeme cjelokupnog trajanja postupaka obrade. Voditelji obrade trebaju primijeniti mehanizme kojima bi se spriječila obrada osobnih podataka, osim ako je to potrebno za svaku od određenih svrha.³⁷ Izvješće Agencije Europske unije za mrežnu i informacijsku sigurnost objašnjava što je potrebno da se usvoje metode integrirane i tehničke zaštite podataka. U izvješću se navodi kako se aktivnosti enkriptiranja i dekriptiranja moraju odvijati lokalno, a ne na udaljenom poslužitelju, jer ključevi moraju biti u posjedu voditelja obrade ako je cilj zaštita privatnosti podataka.³⁸ Također se navodi da je korištenje usluga za pohranu podataka, poput onih u oblaku, praktično i relativno sigurno u slučaju da samo vlasnik podataka, ali ne i pružatelj usluge u oblaku, ima pristup ključevima za dekriptiranje.³⁹ Evidencija o aktivnostima obrade mora se voditi,⁴⁰ a treba uključivati svrhu obrade, kategorije podataka koje se obrađuju i procijenjene vremenske rokove trajanja obrade i držanja podataka. Zapisi se na zahtjev trebaju pružiti nadzornome tijelu. (GDPR, čl. 30.)

4.9. Povrede podataka i sankcije

Prema GDPR-u, voditelj obrade dužan je o povredi obavijestiti nadzorno tijelo,

37 O tehničkim i organizacijskim mjerama integrirane zaštite podataka vidi više u GERTZ, M., GULDENTOPS, E., STROUS, L., (ed.), „*Integrity, internal control and security in information systems: connecting governance and technology*“, IFIP TC11/WG11.5 Fourth Working Conference on Integrity and Internal Control in Information Systems, November 15-16, 2001, Brussels, Belgium. Springer, 2002.

38 O enkripciji i kriptografiji kao mjerama zaštite vidi šire u ČIZMIĆ, D., BOBAN, M., ZLATOVIĆ, D., „*Nove tehnologije, intelektualno vlasništvo i informacijska sigurnost*“, Sveučilište u Splitu Pravni fakultet, Split, 2016.

39 Izvješće Agencije Europske unije za mrežnu i informacijsku sigurnost dostupno na <https://www.enisa.europa.eu/publications/privacy-and-data-protection-by-design> (22. 04. 2019.)

40 Obveze iz stavaka 1. i 2. čl. 30 GDPR-a ne primjenjuju se na poduzeće ili organizaciju u kojoj je zaposleno manje od 250 osoba, osim ako će obrada koju provodi vjerojatno prouzročiti visok rizik za prava i slobode ispitanika, ako obrada nije povremena ili obrada uključuje posebne kategorije podataka iz članka 9. stavka 1. ili je riječ o osobnim podacima u vezi s kaznenim osudama i kažnjivim djelima iz članka 10. (GDPR, čl. 30. st. 5.) Odnosno, izuzeća su slučajevi koji slijede nisu pokriveni uredbom: zakonito presretanje podataka, državna sigurnost, vojska, policija, pravosuđe, obrada u statističke i znanstvene svrhe (u nekim slučajevima), podaci umrlih (za njih važe nacionalni propisi), odnosi između poslodavaca i zaposlenika reguliraju se dodatnim zakonima i obrada osobnih podataka od strane fizičke osobe u osnovne svrhe ili za potrebe kućanstva.

osim ako je malo vjerojatno da bi povreda mogla negativno utjecati na prava i slobode pojedinaca Rok za prijavu povrede je 72 sata od saznanja o povredi. Ako povreda ima negativan utjecaj na ispitanike, o tome ih se mora obavijestiti (GDPR, čl. 33. i 34.). Ispitanike nije potrebno obavijestiti o povredi ako je voditelj obrade poduzeo odgovarajuće tehničke i organizacijske mjere zaštite podataka, osobito one koje osobne podatke čine nerazumljivima bilo kojoj osobi koja im nije ovlaštena pristupiti, kao što je enkripcija (GDPR, čl. 34.).⁴¹ Nadzorno tijelo u smislu odredbe članka 51. Opće uredbe o zaštiti podataka u Republici Hrvatskoj je Agencija za zaštitu osobnih podataka (*dalje AZOP*). Agencija za zaštitu osobnih podataka je pravna osoba s javnim ovlastima, koja samostalno i neovisno obavlja poslove u okviru djelokruga i nadležnosti utvrđenih Zakonom o provedbi Opće uredbe o zaštiti podataka („Narodne novine“, broj 42/18) kojim se osigurava provedba Uredbe (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. 04. 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka (Opće uredbe o zaštiti podataka). Agencija je uspostavljena i djeluje samostalno i neovisno o izvršnoj i zakonodavnoj vlasti, ne primajući upute i naloge od bilo kojeg državnog tijela. Neovisnost tijela za zaštitu osobnih podataka propisuje osim toga i Konvencija za zaštitu osoba glede automatizirane obrade osobnih podataka (Konvencija 108 Vijeća Europe) i Dodatni protokol uz Konvenciju za zaštitu osoba glede automatizirane obrade osobnih podataka u vezi nadzornih tijela i međunarodne razmjene podataka. Hrvatski sabor je zakonom potvrdio Konvenciju za zaštitu osoba glede automatizirane obrade osobnih podataka i Dodatni protokol uz Konvenciju za zaštitu osoba glede automatizirane obrade osobnih podataka u vezi nadzornih tijela i međunarodne razmjene podataka.⁴²

41 Vidi BUTTI, G., PIAMONTE, „*A GDPR: nuova privacy. La conformità su misura*“, Iter (Milano), 2017.

42 Agencija za zaštitu osobnih podataka je pravna osoba s javnim ovlastima, koja samostalno i neovisno obavlja poslove u okviru djelokruga i nadležnosti utvrđenih Zakonom o provedbi Opće uredbe o zaštiti podataka („Narodne novine“, broj 42/18) kojim se osigurava provedba Uredbe (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. 04. 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka (Opće uredbe o zaštiti podataka). Agencija je uspostavljena i djeluje samostalno i neovisno o izvršnoj i zakonodavnoj vlasti, ne primajući upute i naloge od bilo kojeg državnog tijela. Neovisnost tijela za zaštitu osobnih podataka propisuje osim toga i Konvencija za zaštitu osoba glede automatizirane obrade osobnih podataka (Konvencija 108 Vijeća Europe) i Dodatni protokol uz Konvenciju za zaštitu osoba glede automatizirane obrade osobnih podataka u vezi nadzornih tijela i međunarodne razmjene podataka. Hrvatski sabor je zakonom potvrdio Konvenciju za zaštitu osoba glede automatizirane obrade osobnih podataka i Dodatni protokol uz Konvenciju za zaštitu osoba glede automatizirane obrade osobnih podataka u vezi nadzornih tijela i međunarodne razmjene podataka. Glavni zadaci Agencije za zaštitu osobnih podataka su učinkovito djelovanje na ispunjavanje svih prava i obaveza iz područja zaštite osobnih podataka koje se Republici Hrvatskoj nameću kao punopravnoj članici Europske unije i Vijeća Europe, povećanje odgovornosti svih sudionika u procesu obrade osobnih podataka vezano za primjenu propisa koji su obuhvaćeni zakonskim okvirom zaštite osobnih podataka u Republici Hrvatskoj uz odgovarajuću primjenu mjera informacijske sigurnosti. Trajna zadaća Agencije je podizanje razine svijesti dionika i svih ciljanih javnosti, o važnosti zaštite osobnih podataka i o njihovim pravima i obvezama, predlaganje mjera za stručno osposobljavanje i usavršavanje službenika za zaštitu osobnih podataka kao i ukupna provedba svih upravnih i stručnih poslova koji proizlaze iz Opće uredbe i Zakona o provedbi Opće uredbe o zaštiti podataka. Vidi više o Agenciji na: <http://azop.hr/djelatnost-agencije> (12. 05.

AZOP izriče upravne novčane kazne za povrede odredaba Opće uredbe o zaštiti podataka i Zakona o provedbi Opće uredbe o zaštiti osobnih podataka, sukladno članku 83. Opće uredbe o zaštiti podataka. (ZPOUZP, čl. 44, st. 1.) Ako se upravna novčana kazna izriče protiv pravne osobe s javnim ovlastima ili protiv pravne osobe koja obavlja javnu službu, izrečena upravna novčana kazna ne smije ugroziti obavljanje takve javne ovlasti ili javne službe. (ZPOUZP, čl. 44, st. 2.) AZOP kao nadzorno tijelo u Republici Hrvatskoj sukladno GDPR-u može izreći sankcije kako slijedi: pismeno upozorenje u slučaju nenamjernog prekršaja (za prvi prekršaj) redovne revizije i preglede mjera zaštite podataka

- administrativne kazne u iznosu do 10 milijuna eura ili do 2% ukupnog godišnjeg prometa na svjetskoj razini za prethodnu godinu u slučaju poduzetnika, što god je veće, ako je došlo do kršenja sljedećih odredbi (GDPR, čl. 83. st. 4.):
 - obveza voditelja obrade i izvršitelja obrade u skladu s člancima 8., 11., od 25. do 39., te 42. i 43.;
 - obveza certifikacijskog tijela u skladu s člancima 42. i 43.;
 - obveza tijela za praćenje u skladu s člankom 41. stavkom 4.;
- administrativne kazne u iznosu do 20 milijuna eura ili do 4 % ukupnog godišnjeg prometa na svjetskoj razini za prethodnu godinu u slučaju poduzetnika, što god je veće, ako je došlo do kršenja sljedećih odredbi (čl. 83. st. 5. i 6.):
 - osnovnih načela za obradu, što uključuje uvjete privole u skladu s člancima 5., 6., 7. i 9.;
 - prava ispitanika u skladu s člancima od 12. do 22.;
 - prijenosa osobnih podataka primatelju u trećoj zemlji ili međunarodnoj organizaciji u skladu s člancima od 44. do 49.;
 - svih obveza u skladu s pravom države članice donesenim na temelju poglavlja IX.;
- nepoštovanja naredbe ili privremenog ili trajnog ograničenje obrade ili suspenzije protoka podataka nadzornog tijela u skladu s člankom 58. stavkom 2. ili uskraćivanje pristupa kršenjem članka 58. stavka 1.⁴³

Sukladno Zakonu o provedbi Opće uredbe o zaštiti podataka AZOP može kazniti upravnom novčanom kaznom u iznosu do 50.000,00 kuna:

- voditelje obrade i izvršitelje obrade koji ne označe objekt, prostorije, dijelove prostorije te vanjsku površinu objekta na način propisan člankom 27. ZPOUZP,
- voditelje obrade i izvršitelj obrade koji ne uspostave automatizirani sustav zapisa za evidentiranje pristupa snimkama videonadzora, sukladno članku 28. stavku 4 ZPOUZP,

2019.)

43 Usp. IT Governance, „GDPR Enforcement and Penalties“, dostupno na IT Governance <https://www.itgovernance.co.uk/dpa-and-gdpr-penalties> (23. 04. 2019.)

- osobe iz članka 28. stavka 1. ZPOUZP koje snimke iz sustava videonadzora koriste suprotno članku 28. stavku 2. ZPOUZP (ZPOUZP, čl. 51)

4.10. Digitalno tržište i primjena GDPR-a na privole u obradi osobnih podataka

Jedno od ključnih pitanja u obradi osobnih podataka u primjeni na digitalnom tržištu jest treba li voditelj obrade prikupljati nove privole ispitanika s obzirom na početak primjene Opće Uredbe ili su do sada prikupljene privole dostatne. U prvom redu, u svrsi tumačenja, u 171. uvodnoj izjavi Opće Uredbe navodi da, ako se obrada temelji na privoli na temelju Direktive 95/46/EZ te ako je način na koji je ta privola dana u skladu s uvjetima iz Opće Uredbe, nije potrebno da ispitanik ponovno daje svoju privolu kako bi se voditelju obrade omogućio nastavak takve obrade nakon datuma početka primjene Opće Uredbe te se od primjene GDPR-a definicija privole, uvjeti za davanje privole i načelo transparentnosti tumače sukladno zahtjevima Opće Uredbe koja se primjenjuje od 25. svibnja 2018. godine.

Opća Uredba u članku 4., stavku 11. definira privolu ispitanika kao svako dobrovoljno, posebno, informirano i nedvosmisleno izražavanje želja ispitanika kojim on izjavom ili jasnom potvrdnom radnjom daje pristanak za obradu osobnih podataka koji se ne njega odnose. (GDPR, čl. 4. st. 11). Kod primjene na digitalnom tržištu, najčešće nailazimo na pogreške u primjeni stoga je važno naglasiti da bi privola bila valjana kod digitalnog dokumenta putem web stranice ili web kataloga za primjerice primanje „newslettera“, za voditelja obrade nije dovoljno za ispitanika samo staviti opciju da ispitanik mora polje označiti kvačicom ako ne želi da ga voditelj obrade povremeno informira o novostima u ponudi, akcijama i pogodnostima. To je u suprotnosti sa odredbama Opće Uredbe glede privole. Ispitanik privolu mora dati jasnom potvrdnom radnjom, dakle, mora označiti polje ukoliko želi da ga voditelj obrade povremeno informira o novostima u ponudi, akcijama i pogodnostima. Dakle, Opća Uredba za davanje privole traži opciju „*opt-in*“, a ne „*opt-out*“. Dalje, privola bi trebala obuhvatiti sve aktivnosti obrade koje se obavljaju u istu svrhu ili svrhe. Kada obrada ima višestruke svrhe, privolu bi trebalo dati za sve njih. Ako se privola ispitanika treba dati nakon zahtjeva upućenog elektroničkim putem, taj zahtjev mora biti jasan, jezgrovit i ne smije nepotrebno ometati upotrebu usluge za koju se upotrebljava. Također, 42. uvodnom izjavom Opće Uredbe propisano je da bi, ako se obrada temelji na privoli ispitanika, voditelj obrade trebao moći dokazati da je ispitanik dao privolu za postupak obrade. Zaštitnim mjerama, posebno u kontekstu pisane izjave o drugom pitanju, trebalo bi se osigurati da je ispitanik svjestan činjenice da daje privolu i do koje mjere se ona daje. U skladu s Direktivom Vijeća 93/13/EEZ o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima, izjavu o privoli koju je unaprijed sastavio voditelj obrade trebalo bi ponuditi u razumljivom i lako dostupnom obliku, uz upotrebu jasnog i jednostavnog jezika te u njoj ne bi smjelo biti nepoštenih uvjeta. Da bi ispitanik mogao dati privolu informiran, trebao bi

barem znati identitet voditelja obrade i svrhe obrade za koju se upotrebljavaju osobni podaci. Ne može se smatrati da je privola dana dobrovoljno ako ispitanik nema istinski ili slobodan izbor ili ako nije u mogućnosti odbiti ili povući privolu bez posljedica. (GDPR, Preambula, t. 42) U 43. uvodnoj izjavi Opće Uredbe navodi se da se smatra da privola nije dana dobrovoljno ako se njome ne omogućuje davanje zasebne privole za različite postupke obrade podataka, unatoč tome što je primjerena pojedinačnom slučaju ili ako izvršenje ugovora, među ostalim i pružanje usluge, ovisi o privoli i ako takva privola nije nužna za takvo izvršenje. (GDPR, Preambula, t. 43)

Glede načela transparentnosti, Opća Uredba u članku 12., stavku 1., propisuje da voditelj obrade poduzima odgovarajuće mjere kako bi se ispitaniku pružile sve informacije iz članaka 13. (informacije koje treba dostaviti ako se osobni podaci prikupljaju od ispitanika) i 14. (informacije koje se trebaju pružiti ako osobni podaci nisu dobiveni od ispitanika) i sve komunikacije iz članaka 15. do 22. (pravo na pristup, pravo na ispravak, pravo na zaborav, pravo na ograničenje obrade, obveza izvješćivanja u vezi s ispravkom ili brisanjem osobnih podataka ili ograničenjem obrade te pravo na prenosivost podataka) i članku 34. (obavješćivanje ispitanika o povredi) u vezi s obradom u sažetom, transparentnom, razumljivom i lako dostupnom obliku, uz uporabu jasnog i jednostavnog jezika, osobito za svaku informaciju koja je posebno namijenjena djetetu. Informacije se pružaju u pisanom obliku ili drugim sredstvima, među ostalim, ako je prikladno, elektroničkim putem. Ako to zatraži ispitanik, informacije se mogu pružiti usmenim putem, pod uvjetom da je drugim sredstvima utvrđen identitet ispitanika. (GDPR, čl. 12 – čl. 22) Prema 58. uvodnoj izjavi Opće Uredbe navodi se da načelo transparentnosti zahtijeva da svaka informacija namijenjena javnosti ili ispitaniku bude sažeta, lako dostupna i razumljiva, da se upotrebljava jasan i jednostavan jezik te da se usto, prema potrebi, koristi vizualizacijom. (GDPR, Preambula, t. 58.) Prema mišljenju AZOP-a, takva bi se informacija također mogla dati u elektroničkom obliku, na primjer na internetskim stranicama, kada je namijenjena javnosti. To je osobito bitno u situacijama u kojima zbog velikog broja sudionika i tehnološke složenosti prakse ispitaniku nije lako prepoznati i razumjeti prikupljaju li se osobni podaci o njemu, tko ih prikuplja i u koju svrhu, kao što je slučaj internetskog oglašavanja. Imajući u vidu da djeca zaslužuju posebnu zaštitu, svaka informacija i komunikacija, u slučaju da je obrada usmjerena prema djetetu, trebale bi biti na jasnom i jednostavnom jeziku koji dijete lako može razumjeti.⁴⁴ Također, člankom 12., stavkom 6. Opće Uredbe propisano je da se informacije koje treba pružiti ispitanicima u skladu s člancima 13. i 14. mogu pružiti u kombinaciji sa standardiziranim ikonama kako bi se na lako vidljiv, razumljiv i jasno čitljiv način pružio smislen pregled namjeravane obrade. Ako su ikone prikazane elektroničkim putem, one moraju biti strojno čitljive. (GDPR, čl. 12. st. 6.) U tom slučaju, s obzirom na uvjete obrade osobnih podataka ispitanika na digitalnom

⁴⁴ Mišljenje AZOP-a za uvjete privole i primjenu u praksi dostupno je na <https://azop.hr/obavijesti/detaljnije/misljenje-azop-a-odnosno-na-privole-ispitanika-gdpr> (20. 04. 2019.)

tržištu koji se najčešće prikupljaju u svrhu marketinga i prodaje (primjerice u svrhu ranije navedenog newsletter-a), značajno je obratiti pažnju i na članak 13. Opće Uredbe. Sukladno istom, voditelj obrade u trenutku prikupljanja osobnih podataka ispitaniku mora pružiti sve sljedeće informacije:

- a) identitet i kontaktne podatke voditelja obrade i, ako je primjenjivo, predstavnika voditelja obrade;
- b) kontaktne podatke službenika za zaštitu osobnih podataka, ako je primjenjivo;
- c) svrhe obrade radi kojih se upotrebljavaju osobni podaci kao i pravnu osnovu za obradu;
- d) ako se obrada temelji na članku 6., stavku 1., točki f), legitimne interese voditelja obrade ili treće strane;
- e) primatelje ili kategorije primatelja osobnih podataka, ako ih ima; i
- f) ako je primjenjivo, činjenicu da voditelj obrade namjerava osobne podatke prenijeti trećoj zemlji ili međunarodnoj organizaciji te postojanje ili nepostojanje odluke Komisije o primjerenosti, ili u slučaju prijenosa iz članaka 46. ili 47. ili 49., stavka 1., drugog podstavka upućivanje na prikladne ili odgovarajuće zaštitne mjere i načine pribavljanja njihove kopije ili mjesta na kojem su stavljanje na raspolaganje. (GDPR, čl. 13.)

Člankom 13., stavkom 2. propisano je da, osim informacija iz stavka 1., voditelj obrade u trenutku kada se osobni podaci prikupljaju pruža ispitaniku sljedeće dodatne informacije potrebne kako bi se osigurala poštena i transparentna obrada:

- a) razdoblje u kojem će osobni podaci biti pohranjeni ili, ako to nije moguće, kriterije kojima se utvrdilo to razdoblje;
- b) postojanje prava da se od voditelja obrade zatraži pristup osobnim podacima i ispravak ili brisanje osobnih podataka ili ograničavanje obrade koji se odnose na ispitanika ili prava na ulaganje prigovora na obradu takvih te prava na prenosivost podataka;
- c) ako se obrada temelji na članku 6., stavku 1., točki (a) ili članku 9., stavku 2., točki (a), postojanje prava da se u bilo kojem trenutku povuče privola, a da to ne utječe na zakonitost obrade koja se temeljila na privoli prije nego što je ona povučena;
- d) pravo na podnošenje prigovora nadzornom tijelu;
- e) informaciju o tome je li pružanje osobnih podataka zakonska ili ugovorna obveza ili uvjet nužan za sklapanje ugovora te ima li ispitanik obvezu pružanja osobnih podataka i koje su moguće posljedice ako se takvi podaci ne pruže;
- f) postojanje automatiziranog donošenja odluka, što uključuje izradu profila iz članka 22. stavaka 1. i 4. te, barem u tim slučajevima, smislene informacije o tome o kojoj je logici riječ, kao i važnost predviđene posljedice takve obrade za ispitanika. (GDPR, čl. 13)

Kako bi se osigurala transparentnost nadzorna tijela za obradu osobnih podataka preporučuje objavu politika privatnosti na internetskim stranicama tvrtki što predstavlja jedan od modaliteta za ostvarivanje načela transparentnosti obrade osobnih podataka. U svakom slučaju, privola mora biti jasno dana i dobrovoljna

te se moram moći dokazati u svrhu upita ispitanika ili nadzora AZOP-a inače ulazi u kategoriju povrede privatnosti koja se prema GDPR-u kažnjava sukladno predviđenim sankcijama. Konkretni način na koji će voditelji obrade ispuniti svoje zakonske obveze u pogledu obavješćivanja ispitanika o njihovim pravima ostaje na njima, naravno, uz obvezu ispunjavanja svih gore navedenih uvjeta propisanih Općom Uredbom.⁴⁵

5. Zaključak

Razvojem novih informacijskih i komunikacijskih tehnologija kao i novim načinima obrade osobnih podataka na digitalnom tržištu postalo je nužno donošenje novoga europskog regulatornog okvira koji će osigurati zaštitu prava i temeljnih sloboda pojedinaca u vezi s obradom njihovih osobnih podataka. Uredba o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnome kretanju takvih podataka (GDPR) predstavlja značajan iskorak u tom pogledu te predstavlja reformu zaštite osobnih podataka u Europskoj uniji. Sam učinak Opće uredbe ponajprije se ogleda u činjenici da se njenim donošenjem osigurava ujednačeno i jednoobrazno postupanje nadzornih tijela za zaštitu osobnih podataka, što dovodi do jednostavnije i jednake zaštite prava svih pojedinaca u Europskoj uniji ali i omogućava njihov nadzor nad svim tvrtkama koje posluju na području Europske unije i koje obrađuju osobne podatke građana EU. Također, uvedene su i nove definicije osobnog podataka, uvodi se pojačana zakonska zaštita biometrijskih i genetskih podataka, preciznije se opisuju postojeći pojmovi, jačaju prava ispitanika te se smanjuju i pojednostavljuju pojedine administrativne obveze voditelja zbirke osobnih podataka, jačaju nadzorne ovlasti te mogućnost izricanja kazni od tijela za zaštitu osobnih podataka. Najveća novost u smislu obrade podataka na digitalnom tržištu jest definicija uvjeta za davanje privole i načelo transparentnosti sukladno Općoj Uredbi. Opća Uredba u članku 4., stavku 11. definira privolu ispitanika kao svako dobrovoljno, posebno, informirano i nedvosmisleno izražavanje želja ispitanika kojim on izjavom ili jasnom potvrdnom radnjom daje pristanak za obradu osobnih podataka koji se ne njega odnose. (GDPR, čl. 4, st. 11.) Dakle, svaki voditelj obrade mora ispuniti svoje zakonske obveze u pogledu obavješćivanja ispitanika o njihovim pravima što, naravno, uz obvezu ispunjavanja svih uvjeta propisanih Općom Uredbom mora moći i dokazati uz uvjete pristupa osobni podataka osobi o čijim se podacima radi kao i u slučaju nadzora koje provodi nadzorno tijelo, u Hrvatskoj Agencija za zaštitu osobnih podataka.

Nezaustavljivi trend digitalnog društva unaprjeđuje kvalitetu komunikacija, oplemenjuje razvoj tehnologija, ali ima važan zadatak – uspostavljanje modela zaštite podataka, osobito zaštite osobnih podataka, najvrjednijega dijela osobnosti i koncepta individualnosti nasuprot globalnoj univerzalnosti, kao jednog od

⁴⁵ Ibidem.

ključnih ciljeva reforme regulatornog okvira zaštite osobni podataka GDPR-a koja je stupila na snagu 27. travnja 2016. godine a primjenjuje se od 25. svibnja 2018. godine. Iz svega navedenog nužno je zaključiti kako je temeljni cilj Uredbe determinirati granice i maksimalno zaštititi protok podataka jedinstvenog digitalnog tržišta s naglaskom na obradu osobnih podataka građana Europske unije bez obzira jesu li registrirani u Europskoj uniji budući da se odnosi na sve koji obrađuju podatke građana Europske unije. Na taj način perspektiva primjene i provedbe GDPR-a odnosno europskog regulatornog okvira zaštite osobnih podataka jest uskladiti sve koji posluju na području Europske unije odnosno posredno cijelo svjetsko digitalno tržište.

Literatura

- 1) AMIN, A., *Post-Fordism: a reader*, Wiley-Blackwell, 1994.
- 2) BELL, D., *Communitarianism and its critics*, Claredon Press, Oxford, 1995.
- 3) BHATIA, P., „*Intro to GDPR: A Plain English Guide to Compliance*“, Advisera Expert Solutions Limited, 2018.
- 4) BUTTI, G., PIAMONTE, „*A GDPR: nuova privacy. La conformità su misura*“, Iter (Milano), 2017.
- 5) CALDER, A., *EU GDPR & EU-US Privacy Shield: A Pocket Guide*, IT Governance Ltd, 2017., str. 76-80
- 6) CASTELLS, M., *The information age: economy, society and culture, Vol. II: Power of identity*, Cambridge: Blackwell Publishers, 2000.
- 7) CASTELLS, M., *The Power of Identity, The Information Age: Economy, Society and Culture*, Vol. II. Cambridge, Massachusetts; Oxford, UK: Blackwell, 1997.
- 8) CASTELLS, M., *The Rise of the Network Society, The Information Age: Economy, Society and Culture*, Vol. I. Cambridge, Massachusetts; Oxford, UK: Blackwell, 1996.
- 9) ČIZMIĆ, D., BOBAN, M., ZLATOVIĆ, D., „*Nove tehnologije, intelektualno vlasništvo i informacijska sigurnost*“, Sveučilište u Splitu Pravni fakultet, Split, 2016.
- 10) ČIZMIĆ, J., BOBAN, M., *Učinak nove EU Uredbe 2016/679 (GDPR) na zaštitu osobnih podataka u Republici Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 39, br. 1, 377-410 (2018)
- 11) DRAGIČEVIĆ, A., DRAGIČEVIĆ, D., *Doba kiberkomunizma*, Golden marketing, Zagreb, 2003.
- 12) FORS, P., „*GDPR Compliance*“, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2018. Vidi i FERNANDEZ, P. C., „*Flexibility Clauses in the General Data Protection Regulation: The “Swiss Cheese” of EU Data Protection Law? A Study of the Flexibility Clauses Within the GDPR and*

the Possibility of Them Hampering the Attainment of the Objectives of the Regulation“, 2016.

- 13) GATES, B., HEMINGWAY, C., *Poslovanje brzinom misli – uporaba digitalnog nervnog sustava*, Izvori sutrašnjice, Zagreb, 1999.
- 14) GERTZ, M., GULDENTOPS, E., STROUS, L., (ed.), „*Integrity, internal control and security in information systems: connecting governance and technology*“, IFIP TC11/WG11.5 Fourth Working Conference on Integrity and Internal Control in Information Systems, November 15-16, 2001, Brussels, Belgium. Springer, 2002.
- 15) GOBEO, A., FOWLER, C., BUCHANAN, W. J., „*GDPR and Cyber Security for Business Information Systems*“, River Publishers, 2018., str. 70. Vidi i TANKARD, C., „*What the GDPR means for businesses*“, Network Security 2016(6):5-8, June, 2016.
- 16) IT Governance, „GDPR Enforcement and Penalties“, dostupno na IT Governance <https://www.itgovernance.co.uk/dpa-and-gdpr-penalties>
- 17) Izvješće Agencije Europske unije za mrežnu i informacijsku sigurnost dostupno na <https://www.enisa.europa.eu/publications/privacy-and-data-protection-by-design>
- 18) KOGUT, B., (ed.) *The global internet economy*, MIT Press, Massachusetts Insitute of Technology, 2004., str. 1.–41
- 19) KOLAH, A., „*The GDPR Handbook: A Guide to the EU General Data Protection Regulation*“, Kogan Page, Limited, 2018.
- 20) KUMAR, K., *From Post-Industrial to Post-Modern Society*, Blackwell Publishing, 2005; RUŽIĆ, D., *E-marketing*, Sveučilište J.J. Strossmayera u Osijeku, Ekonomski fakultet, Osijek, 2003.
- 21) LÉVY P., *Collective intelligence: mankind's emerging world in cyberspace*, Plenum Trade, 1997.
- 22) MALECKI, E. J., MORISET, B., *The digital economy: business organization, production processes, and regional developments*, Taylor & Francis, 2008., str. 13.–17.
- 23) MEŠTROVIĆ, M. *Raspršenje smisla: doktrinarni svijet na izmaku?*, Hrvatska sveučilišna naklada, 2007. str. 86.
- 24) MILARDOVIĆ, A., *Globalno selo*, Sociologija informacijskog društva i cyber kulture, Centar za politološka istraživanja, Zagreb, 2010.
- 25) Opća uredba o zaštiti podataka (GDPR) - Uredba (EU) 2016/679 SL EU L119 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ - dostupan je na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>
- 26) PAIĆ, Ž. *Politika identiteta: kultura kao nova ideologija*, Biblioteka Antibarbarus, 2005.
- 27) PERRITT, H. H., *Towards a Hybrid Regulatory Scheme for the Internet*,

- University of Chicago Legal Forum, 2001., str. 215.
- 28) PERRITT, H., H., „The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet’s Role in Strengthening National and Global Governance“, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol 5, 1998.
- 29) PERRITT, H., H., „Cyberspace and State Sovereignty“, *Journal of International Legal Studies*, sv. 3., br. 2, 1997.
- 30) PIPKIN, D. L., *Halting the Hacker*, Prentice Hall PTR, New Jersey, 1997., str. 13.
- 31) RAGHENO, N. (dir.), Collectif, *Data Protection & Privacy: Le GDPR dans la pratique - De GDPR in de praktijk*, Anthemis, 2017.
- 32) SHARMA, A., DESHKAR, N., WADHAWAN, K., KEARNS-MANOLATOS, D., NANGLA, A., SEOLIKAR, A., YEUNG, S., DAS, S., PATIL R., „*Privacy & GDPR for Digital Platforms*“, Synechron Inc, 2018.
- 33) TAYLOR, S., „*Data Protection Officer (DPO)*“, Independently Published, 2018.
- 34) WEINSTOCK, N. N., *Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View form Liberal Democratic Theory*, *California Law Review* vol. 395, 2000., str. 497.
- 35) WORLD INVESTMENT REPORT 1998: *Trends and Determinants*, United Nations, New York, 1998.

Maria Boban, Ph.D., Associate professor
Faculty of Law, University of Split

DIGITAL ECONOMY AND THE EUROPEAN REGULATORY FRAMEWORK FOR PERSONAL DATA PROTECTION - CHALLENGES AND PERSPECTIVES IN THE APPLICATION

Abstract: Digital economy and the creation of the digital single market are the main determinants of development of the economy of European Union in whole. The basic prerequisite for this development is the free and secure flow of data in the European Union, which is ensured by the adoption of the Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) The objectives of the Regulation are aimed to protect the personal data of all EU citizens, to strengthen the rights of individuals who, after the introduction of the Regulation, have greater control and better mechanisms for protection of their personal data. The harmonization of data protection laws has been taken in force in all Member States and the obligation to adapt to the Regulation is mandatory to all companies doing business on the territory of European union, as well as those that operate outside the EU, but use their personal information about EU citizens for the purpose of providing goods and services within the Union or monitoring their behavior within the EU.

The author in this paper presents the application of GDPR in the digital economy environment with a special focus on the challenges and perspectives of applying the Regulation in the Republic of Croatia and the European Union in general.

Key words: digital economy, European Union, GDPR, new technologies, personal data, privacy, regulatory framework, protection

MEĐUNARODNI, EVROPSKI I BOSANSKOHERCEGOVAČKI PRAVNI OKVIR, STANDARDI I PRAKSA U OBLASTIMA ZABRANE DISKRIMINACIJE I RODNE RAVNOPRAVNOSTI

Sažetak: Osnovno načelo savremenog prava ljudskih prava jeste jednakost. Prihvatanje nejednakosti ljudi ruši, zapravo, cijeli koncept i suštinu ljudskih prava. Ustav Bosne i Hercegovine, kao i entitetski ustavi (Ustav Federacije Bosne i Hercegovine i Ustav Republike Srpske) te Statut Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, garantuju najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava. Princip zabrane diskriminacije, jednakog tretmana i jednakih mogućnosti za žene i muškarce i ravnopravnosti spolova posebno je važan za pristup BiH Evropskoj uniji. Urođjavanje predstavlja ugradnju prioriteta i potreba žena i muškaraca u sve zakone, strategije planove, programe i akcije društva radi postizanja jednakosti spolova, uzimajući u obzir, na nivou planiranja, posljedice koje će ove akcije imati na žene i muškarce.

U radu će biti dat i analiziran rezimirani prikaz međunarodnog, evropskog i bosanskohercegovačkog pravnog okvira, standarda i prakse u oblastima zabrane diskriminacije i rodne ravnopravnosti, uz osvrt na najznačajnije relevantne zakonske i podzakonske akte, javne politike, akcione planove i strategije u Bosni i Hercegovini.

Ključne riječi: zabrana diskriminacije, rodna ravnopravnost, međunarodna ljudska prava, međunarodni, evropski i bosanskohercegovački pravni okvir, standardi i praksa u oblastima zabrane diskriminacije i rodne ravnopravnosti

1. Uvod

Poštovanje i primjena načela jednakosti podrazumijeva nediskriminaciju. 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) predstavlja, dakle, povredu ljudskih prava. Ljudska prava koja su se nalazila u ustavima zapadnoevropskih zemalja dobila su međunarodni karakter i postala zajednička baština čovječanstva usvajanjem Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, na Generalnoj skupštini Ujedinjenih nacija 10. decembra 1948. godine, Rezolucijom 217 (III).

Načelo nediskriminacije je u samoj osnovi Povelje UN i svih savremenih instrumenata o ljudskim pravima¹ i formulisano je na skoro identičan način, koji

¹ Najznačajniji dokumenti koji čine međunarodni i evropski pravni okvir za ostvarivanje zabrane

polazi od člana 2. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima: Svakom pripadaju sva prava i slobode proglašeni u ovoj Deklaraciji bez ikakvih razlika u pogledu rase, boje, pola, jezika, vjeroispovjesti, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili društvenog porijekla, imovine, rođenja ili drugih okolnosti. Također, član 7. navedene Deklaracije normira: Svi su pred zakonom jednaki i imaju pravo bez ikakve razlike na podjednaku zaštitu zakona. Svi maju pravo na jednaku zaštitu protiv bilo kakve diskriminacije kojom se krši ova Deklaracija i protiv svakog podsticanja na ovakvu diskriminaciju.

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) predstavlja, dakle, povredu ljudskih prava.

Ustav Bosne i Hercegovine, kao i entitetski ustavi (Ustav Federacije Bosne i Hercegovine i Ustav Republike Srpske) te Statut Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, garantuju najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava. Ustav BiH se već u preambuli poziva na Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i Deklaraciju o pravima lica koja pripadaju nacionalnim ili etničkim, vjerskim i jezičkim manjinama, kao i na druge instrumente o ljudskim pravima. Također, Ustav Bosne i Hercegovine propisuje da će Bosna i Hercegovina, kao i oba entiteta, osigurati najviši stepen međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda, te predviđa da se prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenim protokolima direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini, kao i da će imati prioritet nad drugim zakonima (član 2. stav 2. Ustava BiH).

Uživanje prava i sloboda predviđenih u članu 2. Ustava ili u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovog Ustava (Aneks I na Ustav BiH sadrži dodatne sporazume o ljudskim pravima koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini), osigurano je svim licima u BiH bez diskriminacije po bilo kom osnovu kao što su

diskriminacije i ravnopravnost spolova su: Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948), Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966), Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966), Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena - CEDAW (1979), Opća preporuka 19 UN-ovog Komiteta za suzbijanje svih oblika diskriminacije nad ženama (1992), Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (1969), Konvencija o pravima djeteta (1989), Deklaracija Ujedinjenih nacija o uklanjanju nasilja nad ženama - DEVAW (1993), Pekinška deklaracija s Platformom za akciju (1995), Milenijumski razvojni ciljevi (1990-2015)/Milenijumska deklaracija UN-a (2000), [Program za održivi razvoj do 2030. godine \(Sustainable Development Goals - SDG\)](#), Konvencija o pravima osoba s invaliditetom (UN, 2006), Rezolucija UN-a 1325 Žene, mir i sigurnost (2000), Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950) i dodatni protokoli, Evropska socijalna povelja (1961, 1966), Konvencija Vijeća Evrope o zaštiti djece od seksualnog izrabljivanja i seksualnog zlostavljanja (2007), Konvencija Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i porodičnog nasilja (CAHVIO, Istanbul, 2011), Evropska konvencija za prevenciju torture, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, Deklaracija o ravnopravnosti žena i muškaraca Vijeća Evrope (1988), Preporuke Vijeća Evrope iz oblasti ravnopravnosti žena i muškaraca, EU Gender Roadmap 2006-2010, Preporuka Rec 2002/05 o zaštiti od nasilja nad ženama, Preporuka Vijeća Evrope (2007) 17 o standardima i mehanizmima ravnopravnosti spolova.

spol, rasa, boja, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno i socijalno porijeklo, povezanost s nacionalnom manjinom, imovinom, rođenje ili drugi status. Odredbe istog značenja sadržane su u ustavima oba entiteta i Statutu Brčko distrikta Bosne i Hercegovine. Međunarodni pravni instrumenti koje je Bosna i Hercegovina ratificirala i koji su sastavni dio Ustava BiH i entitetskih ustava čine dio pravnog poretka.

Zakon o zabrani diskriminacije BiH usvojen u julu 2009. godine, izmjenjen i dopunjen 2010. godine, definiše diskriminaciju kao "svako različito postupanje, uključujući svako isključivanje, ograničavanje ili davanje prednosti utemeljeno na stvarnim ili pretpostavljenim osnovama prema bilo kojem licu ili grupi lica..." na osnovu njihovih ličnih karakteristika/identiteta. Razlikuje neposrednu ("namjernu"), posrednu ("pokrivenu") diskriminaciju, zatim uznemiravanje, spolno uznemiravanje, mobing, segregaciju, izdavanje naloga za vršenje diskriminacije te podsticanje na diskriminaciju kao oblike diskriminacije.

Zakon o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini² normira: „Diskriminacija po osnovu spola je svako stavljanje u nepovoljniji položaj bilo koje osobe ili grupe osoba zasnovano na spolu zbog kojeg se osobama ili grupi osoba otežava ili negira priznavanje, uživanje ili ostvarivanje ljudskih prava ili sloboda. U svojim oblicima diskriminacija može biti direktna, indirektna, uznemiravanje, seksualno uznemiravanje, poticanje na diskriminaciju i nasilje po osnovu spola.“

Princip zabrane diskriminacije, jednakog tretmana i jednakih mogućnosti za žene i muškarce i ravnopravnosti spolova posebno je važan za pristup BiH Evropskoj uniji.

Amsterdamski ugovor nalaže obavezu Evropskoj zajednici da promoviše, u svim svojim politikama i aktivnostima, jednakost žena i muškaraca i da se zalaže za eliminisanje svih nejednakosti na osnovu spola. Ovaj Ugovor uvodi koncept korištenja *gender mainstreaming*-a i uvođenje specijalnih mjera za borbu protiv svih vidova diskriminacije (seksualno uznemiravanje na radnom mjestu i van njega, jednakost žena i muškaraca u poslovima zapošljavanja i zanimanja i drugo). Amsterdamski ugovor povezan je sa ranije donesenim dokumentima u ovoj oblasti.

Amsterdamski sporazum dodatno sadrži novi, član 13, kojim se Savjet ministara ovlašćuje da, na osnovu odluke donešene jednoglasno, poduzme "odgovarajuće akcije" u borbi protiv diskriminacije po osnovu spola, rasnog i etničkog porijekla, religije ili vjerovanja, onesposobljenja, dobi ili seksualne orijentacije, iako su do sada usvojeni jedino okvir rada i direktiva o rasnoj diskriminaciji, na osnovu općih antidiskriminacijskih odredbi.

Pored primarnog i sekundarnog zakonodavstva, postoji također i sudska praksa Evropske unije koja, zajedno s pet programa i različitim zakonima, ukazuje na to da je ravnopravnost spolova visoko na političkoj agendi Evropske unije.

Urođnjavanje predstavlja ugradnju prioriteta i potreba žena i muškaraca u sve

² Zakon o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini - prečišćeni tekst („Službeni glasnik BiH“ br. 32/10)

zakone, strategije planove, programe i akcije društva radi postizanja jednakosti spolova, uzimajući u obzir, na nivou planiranja, posljedice koje će ove akcije imati na žene i muškarce.³

U tu svrhu, važno je da se pitanje ravnopravnosti polova shvati kao međusobno uvažavanje, podrška i saradnja svih žena i muškaraca na dobrobit cijelog društva.

2. Rod, spol, zabrana diskriminacije i ravnopravnost spolova

Rod se odnosi na društveno konstruisane identitete, attribute i uloge za žene i muškarce, te društveno i kulturno značenje koje se veže za biološke razlike između žena i muškaraca koji

rezultiraju u hijerarhijskim odnosima između žena i muškaraca, te u neravnopravnoj raspodjeli moći i prava koji favorizuju muškarce i obespravljuju žene.

Rodne uloge i osobine ne postoje odvojeno, ali se definišu u međusobnom odnosu i kroz odnos između žena i muškaraca, djevojčica i dječaka. Iako su pol i povezane biološke funkcije genetski programirane, rodne uloge i odnosi moći koje oni odražavaju su društveni konstrukt - oni se razlikuju među kulturama i vremenom, a time su podložni promjenama (CEDAW GR 28, MWIA 2002).

Pol se odnosi na biološke i fiziološke razlike između muškaraca i žena. Istovremeno, nije uvijek moguće utvrditi pol samo putem dihotomne linije muškaraca i žena, kao što je evidentno kod interseksualnih pojedinaca (CEDAW, GR 28, MWIA 2002).

Diskriminacijom se smatra svako različito postupanje uključujući svako isključivanje, ograničavanje ili davanje prednosti utemeljeno na stvarnim ili pretpostavljenim osnovama prema bilo kojem licu ili grupi lica i onima koji su s njima u rodbinskoj ili drugoj vezi na osnovu njihove rase, boje kože, jezika, vjere, etničke pripadnosti, invaliditet, starosna dob, nacionalnog ili socijalnog porijekla, veze s nacionalnom manjinom, političkog ili drugog uvjerenja, imovnog stanja, članstva u sindikatu ili drugom udruženju, obrazovanja, društvenog položaja i spola, seksualne orijentacije, rodnog identiteta, spolnih karakteristika, kao i svaka druga okolnost koja ima za svrhu ili posljedicu da bilo kojem licu onemogući ili ugrožava priznavanje, uživanje ili ostvarivanje na ravnopravnoj osnovi, prava i sloboda u svim oblastima života.⁴

Načelo nediskriminacije, kao ne samo osnovni i najbitniji element svih drugih ljudskih prava, već i ljudsko pravo samo po sebi, princip je koji se razlikuje se od ranije prakse, nerijetko utemeljene na pozitivnom pravu da se samo nekim ljudima, grupama ili slojevima, odnosno njihovim pripadnicima priznaju neka prava, a da se ta prava ne priznaju ostalim ljudima, pa čak ni ostalim članovima političke zajednice (države).

3 Četvrta svjetska konferencija o ženama, Peking 1995.godine

4 Zakon o zabrani diskriminacije, "Službeni glasnik BiH", br. 59/09, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zabrani diskriminacije, "Službeni glasnik BiH", br. 66/16

Diskriminacija je uzrokovana je brojnim stereotipima i predrasudama koje se temelje u historiji, kulturi, ponašanju ljudi koje se nekad proteže i vjekovima unazad, prisutna je u svim društvima, u većoj ili manjoj mjeri, i uslovljena je ne samo stepenom demokratskog razvoja samog društva, već i mjerama koje se poduzimaju u cilju spriječavanja i sankcionisanja diskriminatornih ponašanja te je stoga uspostavljanje funkcionalnog i primjerenog pravnog okvira za borbu protiv diskriminacije, kao i implementacija tog pravnog okvira smatra najvažnijim korakom u cilju suzbijanja ove izrazito negativne i štetne društvene pojave. Poseban dodatni podstrek u borbi protiv diskriminacije u jednom društvu čine preventivne mjere, odnosno konstantna edukacija u cilju uklanjanja predrasuda i stereotipa koje pojedinci stvaraju pod utjecajem okoline.

Rodno zasnovano nasilje je kršenje ljudskih prava žena i oblik diskriminacije nad ženama, te predstavlja istovremeno uzrok i posljedicu nejednakih odnosa moći među muškarcima i ženama.

Rodno zasnovano nasilje je “bilo koji štetni čin počinjen protiv volje neke osobe te se temelji na društveno pripisanim razlikama između muškog i ženskog spola”.⁵ Rodno zasnovano nasilje dolazi u mnogim oblicima, uključujući fizičko, seksualno, psihološko i ekonomsko nasilje. Ima veći utjecaj na žene i djevojke, jer su one najčešće žrtve i trpe veću štetu od muškaraca.⁶

Rodno zasnovano nasilje je strukturni problem koji je duboko ukorijenjen u nejednakim odnosima moći između muškaraca i žena. Takvo nasilje je ovjekovječeno štetnim društvenim i kulturnim očekivanjima o rodnim ulogama koje se obično povezuju s činjenicom da je osoba žena ili muškarac, djevojčica ili dječak. Djeluje kao mehanizam za ostvarivanje i održavanje rodne nejednakosti. Žene i djevojke koje su izložene nasilju primaju poruku da su one manje vrijedne od drugih, te da nemaju kontrolu nad svojim životima i tijelima. To ima direktne posljedice na njihovo zdravlje, zapošljavanje i učešće u društvenom i političkom životu.⁷

3. Međunarodni i evropski pravni okvir, standardi i praksa u oblastima zabrane diskriminacije i rodne ravnopravnosti

Međunarodna zajednica, ali i same države, preduzimale su i preduzimaju značajne korake u cilju stvaranja adekvatnog pravnog okvira koji se odnosi na ovu problematiku. Pod okriljem Ujedinjenih naroda doneseni su brojni međunarodni pravni akti koje odnose ne samo na generalnu zabranu diskriminacije kao što je slučaj sa Poveljom UN-a i Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima, već i

5 IASC, Vodič za intervenciju u humanitarnim misijama u slučajevima rodnog nasilja.

6 Mary Ellsberg and Lori Heise, “Researching Violence Against Women: A Practical Guide for Researchers and Activists” (Washington, DC: World Health Organization, PATH, 2005).

7 Jačanje odgovora zdravstvenog sistema na rodno zasnovano nasilje u Istočnoj Evropi i Centralnoj Aziji, Resursni paket, UNFPA-WAVE, prevod na BHS jezike, 2014, str. 17. i 18.

na zabranu diskriminacije u pojedinim oblastima i u odnosu na posebne kategorije lica (Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966 godine sa dodatnim protokolima iz 1966 i 1989. godine, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine, Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz 1965, Međunarodna konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena 1979. godine, Konvencija protiv diskriminacije u obrazovanju iz 1960 i dodatni protokoli, Konvencija o pravima djeteta iz 1969, Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom iz 2006.).

Postojeći međunarodni instrumenti Ujedinjenih nacija u oblasti diskriminacije uglavnom su prihvaćeni od strane skoro svih savremenih država koje putem svojih ustava ali i ostalih pravnih akata pravno uređuju ovo pitanje. Značajnu ulogu u pravnoj regulaciji diskriminacije ima i Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda koja pored generalne zabrane diskriminacije u uživanju prava i sloboda predviđenih tom konvencijom, zabranu diskriminacije proširuje i na „uživanje svih prava predviđenih zakonom“.

Član 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima normira: Uživanje prava i sloboda predviđenih ovom konvencijom obezbjeđuje se bez diskriminacije po bilo kojem osnovu, kao što su: spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili status.

Protokol 12. uz Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda koji je Bosna i Hercegovina ratificirala 29.7.2003. godine stupio je na snagu 1. aprila 2005. godine i propisuje opću zabranu diskriminacije:

1. Uživanje svih prava određenih zakonom osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status.

2. Nikoga ne smiju diskriminirati javna tijela na bilo kojoj osnovi, kako je i navedeno u stavu 1.

Za razliku od člana 14. Konvencije, on ne zavisi od veze sa drugim materijalnim pravom zajemčenim Konvencijom. Sud je potvrdio da je definicija diskriminacije u ovom Protokolu identična onoj iz člana 14. te da važe ista načela.

Formulacija člana 14 ukazuje na to da je on ograničen na diskriminaciju koju neko doživi u vezi sa nekim drugim materijalnim pravom zajemčenim Konvencijom.

To znači da se podnosilac predstavke ne može na njega pozvati i tvrditi da je žrtva diskriminacije kao povrede same po sebi, već da on mora biti vezan za neko drugo zaštićeno pravo. Žena koja je spriječena da javno govori zbog svog spola, dakle, može da tvrdi ne samo da joj je povrijeđeno pravo na slobodu govora iz člana 10 već i njeno pravo na zaštitu od diskriminacije iz člana 14 u vezi sa članom 10. Međutim, žena koja je spriječena da se zaposli kao profesor u srednjoj školi ne može tvrditi da je u njenom slučaju prekršen član 14 jer Konvencija ne jemči pravo na zaposlenje u državnoj službi (*Glasenapp protiv FRNJ*, presuda izrečena

1986. godine.).⁸

Sud, međutim, široko tumači član 14, smatrajući da je dovoljno da se *radi o* nekom drugom materijalnom pravu iz Konvencije i da ono ne mora da bude prekršeno da bi on utvrdio povredu člana 14, čime mu daje nezavisniji efekat nego što bi on inače mogao da ima. Na primjer, Sud je utvrdio da se radilo o članu 8 (pravu na porodični i privatni život) u jednom predmetu u kojem je podnositeljica predstavke bila spriječena da umjesto udatog prezimena u zvaničnim ispravama zadrži svoje djevojačko prezime (*Unal Tekeli protiv Turske*, presuda izrečena 2004. godine.). Sud je zatim razmatrao član 14. u vezi sa članom 8. i utvrdio da razlika u postupanju prema muškarcima (koji su zadržavali svoje prezime) i ženama (koje su bile prinuđene da uzmu prezime svog supruga) očigledno predstavlja diskriminaciju po osnovu spola. Nakon što je to zaključio, Sud je smatrao da nije neophodno da razmatra da li je prekršen i član 8 sam za sebe.⁹

Unaprjeđenje ravnopravnosti spolova evidentno predstavlja značajan cilj Vijeća Evrope. Iz prakse Evropskog suda za ljudska prava uočljivo je da moraju postojati izuzetno značajni razlozi za razliku u postupanju po osnovu spola da bi ona bila opravdana shodno Konvenciji. To je načelo ustanovljeno u presudi u predmetu *Abdulaziz, Cabales i Balkandi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (*Abdulaziz, Cabales i Balkandi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda izrečena 1985. godine) u kojem je nekoliko ljudi osporavalo imigraciona pravila Velike Britanije, po kojima je muškarcima bilo lakše da dovedu svoje supruge u Veliku Britaniju nego ženama da dovedu svoje muževe. Sud je utvrdio povredu člana 14. u vezi sa članom 8. i zauzeo stav da moraju postojati izuzetno značajni razlozi kako bi se mogla opravdati razlika u postupanju koja je isključivo ili u odlučujućoj mjeri zasnovana na spolu. Sud je taj stav potvrđivao i u svojim kasnijim odlukama (*Van Raalte protiv Holandije*, presuda izrečena 1997. godine).

Nepostojanje zajedničkih standarda navodi Sud da neko pitanje smatra pitanjem koje potpada pod polje slobodne procjene države. U jednom predmetu koji se odnosio na pitanje da li davanje naknade za porodijsko odsustvo samo majkama, a ne i očevima, predstavlja diskriminaciju, Sud je utvrdio da država ima široko polje slobodne procjene, s obzirom na odsustvo zajedničkih standarda o porodijskom odsustvu širom Vijeća Evrope, iako je razlika u postupanju bila zasnovana na spolu (*Petrovic protiv Austrije*, presuda izrečena 1998. godine). Sud je stoga zaključio da nije prekršen član 14 u vezi sa članom 8. Sličnu je odluku donio i u presudi u predmetu o mogućoj povredi člana 14 u vezi sa članom 1. Protokola br. 1 (pravo na uživanje imovine) zbog različitih starosnih granica za penzionisanje muškaraca i žena.

Međutim, noviji razvoj događaja svjedoči u prilog evoluciji zajedničkih standarda u analizi diskriminacije koju je Sud nedavno sproveo u vezi sa pritužbom

⁸ Zabrana diskriminacije prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, Priručnik o sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava, autori: Emma Fenelon, Adam Weiss, Faris Vehabović (predgovor), Kuća štampe, 2016., str. 10.

⁹ Isto.

jednog podnosioca predstavke. Ovom podnosiocu predstavke, pripadniku ruske vojske, nije odobreno roditeljsko odsustvo zato što se ono odobrava samo pripadnicama vojske (*Konstantin Markin protiv Rusije*, presuda izrečena 2012. godine). Iako je Sud potvrdio da države imaju široko polje slobodne procjene u oblasti nacionalne bezbjednosti i prihvatio da prava pripadnika vojske mogu biti ograničena u većoj mjeri od prava običnih civila, činjenica da podnosilac predstavke u ovom predmetu nije posjedovao posebne vještine neophodne za propisno funkcionisanje vojske i zaštitu nacionalne bezbjednosti navela je Sud da zaključi da je diskriminacija neopravdana, te da utvrdi povredu člana 8 u vezi sa članom 14. Veliko vijeće je u svojoj presudi ponovilo da pozivanje na tradiciju, opšte pretpostavke i preovlađujuće društvene stavove u određenoj zemlji (na primjer, na tradiciju koja proističe iz tradicionalne podjele uloga spolova u porodici) ne predstavljaju dovoljno opravdanje za različito postupanje po osnovu spola.¹⁰

Nasilje u porodici predstavlja još jednu oblast u kojoj se ESLJP bavio diskriminacijom po osnovu spola.

Nasilje u porodici (porodično nasilje) označava svako djelo fizičkog, seksualnog, psihičkog ili ekonomskog nasilja do kojeg dođe u porodici ili domaćinstvu, odnosno između bivših ili sadašnjih supružnika odnosno partnera, neovisno od toga da li počinitelj dijeli ili je dijelio isto domaćinstvo sa žrtvom (*član 3b, Vijeće Evrope: Konvencija o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, Istanbul, 2011*).

Izraz “rodno zasnovano nasilje” se često koristi naizmjenice s pojmom “nasilje nad ženama”.

Termin se, također, koristi da se ukaže na dimenzije u okviru kojih se događa nasilje nad ženama: podređen status žena (ekonomski i društveni) čini ih osjetljivijima na nasilje i “doprinosi atmosferi u kojoj se prihvata, opravdava, pa čak i očekuje nasilje nad ženama”.¹¹

Rodno zasnovano nasilje je oblik diskriminacije kojim se ozbiljno ugrožava sposobnost žene da uživa u pravima i slobodama na bazi jednakosti s muškarcima, prema UN Konvenciji o eliminaciji svih oblika diskriminacije nad ženama (CEDAW), Opća preporuka broj 19. o nasilju nad ženama, član 1. U ovoj oblasti upravo je Opća preporuka broj 19., iz 1992. godine, bila ključna referenca i alat za zagovaranje za sisteme i organizacije koje se bave pitanjima diskriminacije i nasilja nad ženama. Uzimajući u obzir razvoj događaja u posljednjih 25 godina, Komitet za eliminaciju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW Komitet) je razmatrao efekte primjene Konvencije i izdatih preporuka. Slijedom analiza, CEDAW Komitet je u julu 2017. godine usvojio novu Generalnu preporuku, koja

¹⁰ Isto, str. 10. i 11.

¹¹ Lori Heise, et al., “Ending Violence Against Women,” Population Reports XXVII, no. 4, series L, no. 11 (1999), as cited in Myra Betron and Elizabeth Doggett, Linking Gender-Based Violence Research to Practice in East, Central and Southern Africa: A Review of Risk Factors and Promising Interventions (Washington, DC: USAID, 2006)

se nastavlja na prethodni ključni dokument Opće preporuke broj 19.

Nova Opća preporuka broj 35 (GR 35) potvrđuje posvećenost UN-a svijetu bez nasilja za sve žene i djevojke. Tako GR 35 definira „rodno zasnovano nasilje“ kao socijalni problem, koji zahtijeva sveobuhvatne odgovore i “jedno od osnovnih društvenih, političkih i ekonomskih sredstava kojima se podstiče podređeni položaj žena u odnosu na muškarce i njihove stereotipne uloge”. Nasilje nad ženama je “kritična prepreka za postizanje suštinske jednakosti između žena i muškaraca i kršenje ženskih ljudskih prava”. Ona se manifestuje u beskonačnosti višestrukih, međusobno povezanih i ponavljanih oblika, uključujući kršenje ženskog seksualnog i reproduktivnog zdravlja i prava, podržanih od strane mnogobrojnih faktora, među kojima su i ideologija muškog prava i privilegija nad ženama.

GR 35 prepoznaje i nove oblike nasilja nad ženama i djevojčicama, redefinirane kroz “tehnološki-vođenu” sredinu, kao što su savremeni oblici nasilja koji se javljaju na internetu i digitalnim prostorima”.

Nasilje nad ženama je bilo kakav akt nasilja koje se temelji na rodu i spolu, a koji kao posljedicu ima, ili je vjerojatno da će imati, fizičku, seksualnu ili psihološku štetu ili patnju žena, uključujući prijetnje takvim radnjama, prisilu ili samovoljno lišavanje slobode, bilo u javnom ili privatnom životu (*Deklaracija Ujedinjenih nacija o uklanjanju nasilja nad ženama – DEVAW, 1993*).¹²

Pojmovi rodno zasnovano nasilje i nasilje nad ženama se često koriste naizmjenično, jer je većina nasilja nad ženama rodno zasnovano, a većina rodno zasnovanog nasilja je nanesena od strane muškaraca prema ženama i djevojkama.

¹² Nasilje nad ženama podrazumijeva, ali se ne ograničava na sljedeće:

Fizičko nasilje: namjerna primjena fizičke sile s mogućnosti smrtnog ishoda, ozljede ili nanošenja štete. Ono uključuje, ali nije ograničeno na, grebanje, guranje, odguravanje, bacanje, hvatanje, ujedanje, gušenje, potresanje, podbadaње, čupanje za kosu, šamaranje, udaranje pesnicom, spaljivanje, korištenje kontrole ili tjelesne mase, odnosno snage protiv druge osobe, te korištenje ili prijetnja korištenjem oružja.

Seksualno nasilje: Svaki seksualni čin, pokušaj ostvarivanja seksualnog čina, neželjeni seksualni komentar ili prijedlog, ili djela u vezi trgovine, ili neki drugi način usmjeren protiv seksualnosti osobe, koristeći prisilu, od strane bilo koje osobe, bez obzira na njihov odnos sa žrtvom, u bilo kojoj situaciji, uključujući, ali ne ograničavajući se na kuću i posao (SZO 2002, citirano u SZO 2013. godine). To podrazumijeva mnogo različitih oblika nasilja nad ženama i djevojkama, kao što je nasilje koje počinu intimni partner, seksualno nasilje koje počinu osoba koja nije partner, trgovina, te štetne prakse kao što je žensko obrezivanje.

Psihološko nasilje: Ponašanje koje ima za cilj zastrašivanje i proganjanje, a javlja se u obliku prijetnje napuštanjem ili zlostavljanjem, zatočenja u kući, praćenjem, prijetnje oduzimanjem starateljstva nad djecom, uništavanjem objekata, izolacijom, verbalnom agresijom i stalnim ponižavanjem, omalovažavanjem, umanjujući osjećaj vlastite vrijednosti/samopoštovanja pojedinca.

Ekonomsko nasilje: djela poput uskraćivanja sredstava, odbijanja da finansijski doprinosi, uskraćivanje hrane i osnovnih potreba, kontrola pristupa zdravstvenoj zaštiti i/ili zapošljavanju, uzrokujući/ili pokušaj da dovede do situacije gdje pojedinac postaje finansijski ovisan o drugoj osobi, opstruira njihov pristup ili ima kontrolu nad resursima i ili neovisnoj ekonomskoj aktivnosti. Ostale klasifikacije oblika nasilja nad ženama uzimaju u obzir kontekst/mjesto gdje se nasilje javlja: u porodici, u lokalnoj zajednici, te nasilje koje je počinjeno ili tolerirano od strane države, neovisno o tome gdje se dešava (*član 2. DEVAW*).

Sud je u jednom ključnom predmetu, u kojem je podnositeljica predstavke tvrdila da država nije zaštitila nju i njenu majku od teškog nasilja njenog muža, utvrdio da je reakcija države bila „očigledno neadekvatna” i, ono što je značajno, da su podnositeljica predstavke i njena majka trpjele rodno zasnovano nasilje, čime je prekršen član 14 u vezi sa članovima 2 i 3. (*Opuz protiv Turske, presuda izrečena 2009. godine*). Bio je to prvi put da je ESLJP donio takvu odluku, pri čemu je imao u vidu Konvenciju Ujedinjenih nacija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena i Opštu preporuku br. 19 Komiteta koji prati njeno sprovođenje, a koji rodno zasnovano nasilje smatra oblikom diskriminacije prema ženama. Sud je, pored toga, uzeo u obzir izjavu Komisije za ljudska prava UN, koja je izričito prepoznala vezu između rodno zasnovanog nasilja i diskriminacije, istakavši u rezoluciji 2003/45 „da se svi oblici nasilja nad ženama dešavaju u kontekstu de iure i de facto diskriminacije žena i nižeg statusa koje društvo dodjeljuje ženama i da su pogoršani preprekama sa kojima se žene često suočavaju u potrazi za zadovoljenjem od države”.

Sud je u jednom skorijem predmetu vezanom za nasilje u porodici utvrdio povredu Konvencije u okolnostima u kojima je (za razliku od gore navedenog predmeta) država usvojila zakonodavni okvir koji joj je omogućavao da preduzima mjere protiv lica optuženih za nasilje u porodici i preduzela veći broj koraka kako bi zaštitila podnositeljicu predstavke i njene kćeri od nasilja njenog supruga, policajca (*Eremia i drugi protiv Moldavije, presuda izrečena 2013. godine*). Sud, je, međutim, i u tom predmetu utvrdio povredu Konvencije, jer te mjere nisu bile djelotvorne, te je zaključio da država nije ispunila svoju pozitivnu obavezu iz člana 3.

Pored toga, Sud je uzeo u obzir i odbijanje domaćeg suda da ubrza postupak po zahtjevu za razvod koji je podnositeljica predstavke podnijela, pritisak koji su policajci na nju vršili da povuče prijavu, isključivanje njenog advokata sa sastanaka i činjenicu da je njen suprug zapravo bio zaštićen od svake odgovornosti, te je zauzeo stav da ova kombinacija faktora dokazuje da postupci vlasti nisu predstavljali njihov puki propust da zaštite podnositeljicu predstavke ili njihovo kašnjenje u pružanju te zaštite, već odobravanje tog nasilja.¹³

U novije vrijeme, sve značajniju ulogu u pravnoj regulaciji ove materije preuzima i Evropska unija koja putem svojih direktiva pokušava utjecati na pravnu regulaciju ove materije. Zemlje Evropske unije, ali i zemlje regiona opredijelile su za jedan novi pristup u pravnoj regulaciji ove materije, te su u skladu sa već spomenutim direktivama Evropske unije pristupile donošenju posebnih antidiskriminacijskih zakona koji donose značajne novine kako u pogledu preciznog određenja diskriminacije i njenih pojava oblika, tako i u pogledu procesne zaštite žrtava diskriminacije (Direktiva Vijeća 2000/43/EZ od 29.6.2000. godine o primjeni načela jednakog postupanja prema osobama neovisno o rasnom ili etničkom porijeklu, Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27.11.2000. godine o općem okviru

13 Vidjeti: Zabrana diskriminacije prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, Priručnik o sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava..., str. 12.

za jednako postupanje pri zapošljavanju i odabiru zvanja, Direktiva Vijeća EU 75/117/EC od 10 februara 1975. o usklađivanju zakona država članica u pogledu principa jednake plaće za žene i muškarce, Direktiva Vijeća EU 2004/113/EC od 1. decembra 2004, kojom se primjenjuje princip jednakog postupanja prema ženama i muškarcima u pristupu i dobivanju dobara i usluga, Direktiva Vijeća EU 97/80/EC od 15. decembra 1997. o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije po osnovu spola.

4. Bosanskohercegovački pravni i strateški okvir, standardi i praksa u oblastima zabrane diskriminacije i rodne ravnopravnosti

Zakon o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini¹⁴ (uz Zakon o zabrani diskriminacije te međunarodne dokumente) uređuje, promovira i štiti ravnopravnost spolova, garantira jednake mogućnosti i ravnopravan tretman svih osoba bez obzira na spol, u javnoj i u privatnoj sferi društva, te uređuje zaštitu od diskriminacije na osnovu spola.

U skladu sa članom 3. stav 1. Zakona, diskriminacija po osnovu spola je svako stavljanje u nepovoljniji položaj bilo koje osobe ili grupe osoba zasnovano na spolu zbog kojeg se osobama ili grupi osoba otežava ili negira priznavanje, uživanje ili ostvarivanje ljudskih prava ili sloboda. Kao oblik diskriminacije Zakon je članom 6. stav 1. definirao i nasilje po osnovu spola i predstavlja svako djelovanje kojim se nanosi ili može biti nanijeta fizička, psihička, seksualna ili ekonomska šteta ili patnja, kao i prijetnja takvim djelovanjem koje sputavaju osobu ili grupu osoba da uživa u svojim ljudskim pravima i slobodama u javnoj i privatnoj sferi života. Prema članu 6. stav 3. Zakona nasilje na osnovu spola uključuje, ali se ne ograničava, na nasilje koje se dešava u porodici ili domaćinstvu, nasilje koje se dešava u široj zajednici, nasilje koje počinje ili tolerišu organi vlasti i drugi ovlašteni organi i pojedinci i nasilje po osnovu spola u slučaju oružanih sukoba. Prema članu 6. stav 4. nadležne vlasti obavezne su preduzeti odgovarajuće mjere radi eliminacije i sprečavanja nasilja po osnovu spola u javnoj i privatnoj sferi života, te osigurati instrumente pružanja zaštite, pomoći i naknade žrtvama.

Zakon daje definicije direktne i indirektne diskriminacije, te dozvoljava uspostavljanje specijalnih mjera s ciljem promovisanja jednakosti polova i uklanjanja postojećih praksi diskriminacije. Kao direktnu diskriminaciju zakon definiše da diskriminacija po osnovu spola postoji kada je osoba ili grupa osoba bila tretirana, tretira se ili može biti tretirana nepovoljnije u odnosu na drugu osobu ili grupu osoba u istoj ili slučajnoj situaciji. Indirektna diskriminacija po osnovu spola postoji kada prividno neutralna pravna norma, kriterij ili praksa jednaka za sve je dovođila, dovodi ili bi mogla dovesti u nepovoljniji položaj osobu ili grupu osoba jednog pola u poređenju sa osobom ili grupom osoba drugog pola.

¹⁴ Zakon o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini, „Službeni glasnik BiH“, br. 32/10 - Prečišćeni tekst

Posebno je važno istaknuti da u oblasti borbe protiv rodno zasnovanog nasilja i mijenjanja tradicionalnih rodni uloga u društvu, Zakon u članu 6. stav 5. prepoznaje obavezu edukativnog djelovanja i podizanja svijesti stanovništva radi eliminacije predrasuda, običaja i svih drugih praksi baziranih na ideji inferiornosti ili superiornosti bilo kojeg spola, kao i na stereotipnim ulogama muškaraca i žena. Također, Zakon u čl. 10. do 24. zabranjuje diskriminaciju po osnovu spola i utvrđuje prava i obaveze u pristupu i uživanju svih prava i usluga utvrđenih važećim zakonima unutar BiH u svim oblicima društvenog života (obrazovanje, zapošljavanje, rad i pristup svim oblicima resursa, socijalna zaštita, zdravstvena zaštita, sport i kultura, javni život, mediji, statističke evidencije, sudska zaštita, te obaveze nadležnih organa vlasti).

Posebno je propisano da nadležni organi vlasti preduzimaju posebne mjere u cilju zaštite i unapređenja reproduktivnog zdravlja žena (član 18. st. 3.). Zakon propisuje obavezu za nadležne organe na svim nivoima vlasti u Bosni i Hercegovini da poduzmu sve odgovarajuće i potrebne mjere radi provođenja odredbi Zakona o ravnopravnosti spolova, te mjera i aktivnosti iz Gender akcionog plana Bosne i Hercegovine (član 24.).

Gender akcioni plan Bosne i Hercegovine¹⁵ je važan strateški dokument u BiH za ostvarivanje ravnopravnosti spolova u svim oblastima društvenog života i rada, u javnoj i privatnoj sferi, a koji je predviđen Zakonom o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini. Ovaj strateški dokument sadrži sve oblasti društvenog života, ali su utvrđene prioritete i transferzalne („cross-cutting“) oblasti, kao i oblasti koje se odnose na jačanje sistema, mehanizama i instrumenata za postizanje ravnopravnosti spolova, te jačanje saradnje i partnerstva. Na taj način jasnije su definirane obaveze institucionalnih mehanizama za ravnopravnost spolova, te obaveze i odgovornosti resornih ministarstva u svakoj prioritetoj oblasti. Kao poseban program definirano je „Sprječavanje i suzbijanje nasilja po osnovu spola, uključujući nasilje u porodici kao i trgovinu osobama“.

Saglasno ustavnoj podjeli nadležnosti u BiH, zakonodavstvo u ovoj oblasti zaštite od nasilja u porodici je na entitetskom nivou.¹⁶

15 Gender akcioni plan Bosne i Hercegovine za period 2013.-2017. godine, „Službeni glasnik BiH“, br. 98/13

16 Značajne pravne akte i strateški okvir čine: Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije BiH“, br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 i 76/14, Krivični zakonik Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 64/17, Zakon o zaštiti od nasilja u porodici Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije BiH“, br. 22/05 i 51/06, Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije BiH“, br. 35/05, 41/05 i 31/14, Krivični zakonik Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 63/17., Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 102/12, 108/13 i 82/15, Porodični zakon Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 54/02, 41/08 i 63/14, Strateški plan za prevenciju i borbu protiv nasilja u porodici u Federaciji Bosne i Hercegovine – 2009.-2010, „Službene novine Federacije BiH“, broj 77/08), Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, „Službene novine Federacije BiH“, broj 20/13), Zakon o krivičnom postupku, „Službene novine Federacije BiH“, br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14, Strategija za sprečavanje i borbu protiv nasilja u porodici (2013-

Tokom 2013. godine donesen je novi Zakon o zaštiti od nasilja u porodici¹⁷ uz određene novine koje se ogledaju u preciziranju pojma nasilja u porodici, propisivanju hitnog postupka u izricanju zaštitnih mjera imajući u vidu njihovu svrhu zaštite žrtve nasilja, propisivanje drugih oblika zaštite žrtve nasilja, kao što su: utvrđivanje izvora finansiranja sigurnih kuća, donošenje programa mjera na federalnom i kantonalnom nivou za prevenciju, zaštitu i borbu protiv nasilja u porodici, obaveza uspostave referalnih mehanizama za postupanje u postupku zaštite žrtve nasilja u svakoj lokalnoj zajednici i obavezu multidisciplinarnog pristupa u pružanju zaštite žrtvi nasilja, uključujući i obavezu vođenja statističkih podataka o prijavljenim slučajevima nasilja.

Osnov održivosti rada na implementaciji međunarodnih i domaćih pravnih akata, te prevenciji i borbi protiv nasilja nad ženama s akcentom na nasilje u porodici garantovan je kroz član 36. Zakona o zaštiti od nasilja u porodici kojim je predviđena obaveza donošenja strateškog dokumenta u ovoj oblasti. S tim u vezi Vlada Federacije BiH je donijela Strategiju za sprečavanje i borbu protiv nasilja u porodici (2013-2017)¹⁸ kroz koju se implementiraju i obaveze iz međunarodnih dokumenata. Poglavljem 8. Strategije definiran je način izrade godišnjih akcionih planova i izvještaja prema vladi što je omogućilo kontinuirano planiranje, realizaciju aktivnosti i izvještavanje prema Vladi Federacije BiH. Aktivnosti predviđene Strategijom postaju sastavni dijelovi planova rada nadležnih ministarstava, te se na taj način osiguravaju i sredstva za implementaciju ovog dokumenta. Strategija će se provoditi do 2021. godine, jer je važenje dokumenta produženo posebnom Odlukom Vlade Federacije BiH (zbog novih propisa o strateškom planiranju na nivou Federacije BiH). Vlada Federacije BiH izrađuje Akcione planove za provedbu i praćenje Strategije.

5. Zaključna razmatranja

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) predstavlja povredu ljudskih prava.

Osnovno načelo savremenog prava ljudskih prava jeste jednakost. Prihvatanje nejednakosti ljudi ruši, zapravo, cijeli koncept i suštinu ljudskih prava.

Ustav Bosne i Hercegovine, kao i entitetski ustavi (Ustav Federacije Bosne i Hercegovine i Ustav Republike Srpske) te Statut Brčko distrikta Bosne i

2017), „Službene novine Federacije BiH“, br. 95/13, Strategija za suzbijanje nasilja u porodici Republike Srpske (2014-2019), „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 63/14, Akcioni plan za implementaciju UNSCR 1325 u Bosni i Hercegovini za period 2014–2017. godine, „Službeni glasnik BiH“, br. 89/14 te pravni i strateški dokumeti iz oblasti pristupa pravdi – posebno, prava na besplatnu pravnu pomoć.

17 Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, „Službene novine Federacije BiH“, br. 20/13

18 Strategija za sprečavanje i borbu protiv nasilja u porodici (2013-2017), „Službene novine Federacije BiH“, br. 95/13.

Hercegovine, garantuju najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava. Uživanje prava i sloboda predviđenih u članu 2. Ustava ili u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovog Ustava (Aneks I na Ustav BiH sadrži dodatne sporazume o ljudskim pravima koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini), osigurano je svim licima u BiH bez diskriminacije po bilo kom osnovu kao što su spol, rasa, boja, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno i socijalno porijeklo, povezanost s nacionalnom manjinom, imovinom, rođenje ili drugi status. Odredbe istog značenja sadržane su u ustavima oba entiteta i Statutu Brčko distrikta Bosne i Hercegovine. Međunarodni pravni instrumenti koje je Bosna i Hercegovina ratificirala i koji su sastavni dio Ustava BiH i entitetskih ustava čine dio pravnog poretka.

Princip zabrane diskriminacije, jednakog tretmana i jednakih mogućnosti za žene i muškarce i ravnopravnosti spolova posebno je važan za pristup BiH Evropskoj uniji.

U Deklaraciji Vijeća Evrope o jednakosti žena i muškaraca (Istanbul 1997.), rodna ravnopravnost je definisana kao jedan od osnovnih kriterijuma demokratije.

Deklaracija definiše četiri polja iz politike rodne ravnopravnosti, a to su: politički i javni život, ekonomski i profesionalni život, usklađivanje privatnih/porodičnih obaveza sa političkim i profesionalnim životom, promovisanje jednakosti u demokratskom društvu i uloge muškaraca u rodnoj ravnopravnosti.

Amsterdamski ugovor nalaže obavezu Evropskoj zajednici da promoviše, u svim svojim politikama i aktivnostima, jednakost žena i muškaraca i da se zalaže za eliminisanje svih nejednakosti na osnovu spola. Ovaj Ugovor uvodi koncept korištenja *gender mainstreaming*-a i uvođenje specijalnih mjera za borbu protiv svih vidova diskriminacije.

Brojne su direktive EU koje tretiraju oblast ravnopravnosti polova, od kojih su svakako najznačajnije i najbrojnije iz oblasti zapošljavanja i socijalne zaštite.

Ključne tačke za politiku rodne ravnopravnosti su: jednakost u ekonomskoj nezavisnosti, jednako plaćanje za isti rad, jednakost u odlučivanju, borba protiv rodno zasnovanog nasilja i rodna ravnopravnost.

EU Povelja osnovnih prava, iz 2000. godine, potvrđuje zabranu diskriminacije i obavezu osiguranja ravnopravnosti muškaraca i žena u svim oblastima.

Urođnjavanje predstavlja ugradnju prioriteta i potreba žena i muškaraca u sve zakone, strategije planove, programe i akcije društva radi postizanja jednakosti spolova, uzimajući u obzir, na nivou planiranja, posljedice koje će ove akcije imati na žene i muškarce.

Evropska unija je 2006. godine donijela Mapu puta za postizanje ravnopravnosti između žena i muškaraca. Glavne oblasti koje su izložene u ovom dokumentu su: jednaka ekonomska nezavisnost za žene i muškarce, usklađivanje profesionalnog, privatnog i porodičnog života, ravnopravna zastupljenost polova prilikom donošenja odluka, iskorjenjivanje svih vrsta nasilja zasnovanih na polu, eliminacija svih stereotipa u društvu zasnovanih na polu, promoviranje ravnopravnosti polova izvan EU.

Za Bosnu i Hercegovinu, posebno je važno istaći da se u posljednjem poglavlju navodi sljedeće:

„... zemlje koje ulaze u Evropsku uniju moraju prihvatiti osnovne principe ravnopravnosti žena i muškaraca. One su dužne osigurati i dosljedno urediti zakonodavstvo uz odgovarajuće administrativne mjere i pravne sisteme. Nadziranje prelaza, provedbe i uvođenje zakonodavstva Evropske unije vezanog uz rodnu ravnopravnost je prioritet u budućim procesima uključivanja“.

Gender akcioni plan BiH za period 2018 – 2022. godine sadrži mjere koje će biti provedene radi realizacije tri strateška cilja usmjerena na izradu, provođenje i praćenje programa mjera za unapređenje ravnopravnosti spolova u institucijama vlasti po prioritetnim oblastima (posebno: sprečavanje i suzbijanje nasilja na osnovu spola, uključujući nasilje u porodici i trgovinu osobama, rad, zapošljavanje i pristup ekonomskim resursima, javni život i donošenje odluka te daljnje jačanje saradnje na regionalnom i međunarodnom nivou), izgradnju i jačanje sistema, mehanizama i instrumenata za postizanje ravnopravnosti spolova, kao i uspostavljanje i jačanje saradnje i partnerstva.

Literatura:

Akcioni plan za implementaciju UNSCR 1325 u Bosni i Hercegovini za period 2014–2017. godine, „Službeni glasnik BiH“, br. 89/14

Četvrta svjetska konferencija o ženama, Peking 1995.godine

Deklaracija o ravnopravnosti žena i muškaraca Vijeća Evrope (1988),

Deklaracija Ujedinjenih nacija o uklanjanju nasilja nad ženama - DEVAW (1993),

Pekinška deklaracija s Platformom za akciju (1995),

EU Gender Roadmap 2006-2010,

Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950) i dodatni protokoli,

Evropska konvencija za prevenciju torture, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja,

Evropska socijalna povelja (1961, 1966),

Gender akcioni plan Bosne i Hercegovine za period 2013.-2017. godine, „Službeni glasnik BiH“, br. 98/13

IASC, Vodič za intervenciju u humanitarnim misijama u slučajevima rodnog nasilja.

Jačanje odgovora zdravstvenog sistema na rodno zasnovano nasilje u Istočnoj

Evropi i Centralnoj Aziji, Resursni paket, UNFPA-WAVE, prevod na BHS jezike, 2014.

Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena - CEDAW (1979),

Konvencija Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i porodičnog nasilja (CAHVIO, Istanbul, 2011),

Konvencija Vijeća Evrope o zaštiti djece od seksualnog izrabljivanja i seksualnog

zlostavljanja (2007),
 Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije BiH“, br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 i 76/14,
 od nasilja u porodici Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije BiH“, br. 22/05 i 51/06,
 Krivični zakonik Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 63/17,
 Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 102/12, 108/13 i 82/15,
 Lori Heise, et al., “Ending Violence Against Women,” Population Reports XXVII, no. 4, series L, no. 11 (1999), as cited in Myra Betron and Elizabeth Doggett, Linking Gender-Based Violence Research to Practice in East, Central and Southern Africa: A Review of Risk Factors and Promising Interventions (Washington, DC: USAID, 2006)
 Mary Ellsberg and Lori Heise, “Researching Violence Against Women: A Practical Guide for Researchers and Activists” (Washington, DC: World Health Organization, PATH, 2005).
 Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (1969),
 Konvencija o pravima djeteta (1989),
 Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966),
 Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966),
 Milenijumski razvojni ciljevi (1990-2015)/Milenijumska deklaracija UN-a (2000), [Program za održivi razvoj do 2030. godine \(Sustainable Development Goals - SDG\)](#), Konvencija o pravima osoba s invaliditetom (UN, 2006),
 Opća preporuka 19 UN-ovog Komiteta za suzbijanje svih oblika diskriminacije nad ženama (1992),
 Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije BiH“, br. 35/05, 41/05 i 31/14,
 Porodični zakon Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 54/02, 41/08 i 63/14,
 Preporuka Rec 2002/05 o zaštiti od nasilja nad ženama,
 Preporuka Vijeća Evrope (2007) 17 o standardima i mehanizmima ravnopravnosti spolova,
 Preporuke Vijeća Evrope iz oblasti ravnopravnosti žena i muškaraca,
 Rezolucija UN-a 1325 Žene, mir i sigurnost (2000),
 Strategija za sprečavanje i borbu protiv nasilja u porodici (2013-2017), „Službene novine Federacije BiH“, br. 95/13,
 Strategija za suzbijanje nasilja u porodici Republike Srpske (2014-2019), „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 63/14,
 Strateški plan za prevenciju i borbu protiv nasilja u porodici u Federaciji Bosne i Hercegovine – 2009.-2010, „Službene novine Federacije BiH“, broj 77/08,
 Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948),
 Zabrana diskriminacije prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, Priručnik

o sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava, autori: Emma Fenelon, Adam Weiss, Faris Vehabović (predgovor), Kuća štampe, 2016.

Zakon o krivičnom postupku, „Službene novine Federacije BiH”, br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14,

Zakon o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini - prečišćeni tekst, „Službeni glasnik BiH“ br. 32/10

Zakon o zabrani diskriminacije, „Službeni glasnik BiH”, broj 59/09,

Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zabrani diskriminacije, „Službeni glasnik BiH”, broj 66/16

Rebeka Kotlo, Ph.D.

Faculty of Law "Džemal Bijedić" University of Mostar

THE INTERNATIONAL, EUROPEAN AND BIH LEGAL FRAMEWORK, STANDARDS AND PRACTICE IN THE FIELDS OF PROHIBITION OF DISCRIMINATION AND GENDER EQUALITY

Abstract: The basic principle of contemporary human rights law is equality. Accepting inequality of people actually destroys the whole concept and essence of human rights. The Constitution of Bosnia and Herzegovina, as well as the entity constitutions (the Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Constitution of the Republika Srpska) and the Statute of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina, guarantee the highest level of internationally recognized human rights. Principle of prohibition of discrimination, equal treatment and equal opportunities for women and men and gender equality is especially important for BiH's accession to the European Union. Gender mainstreaming is embedding the priorities and needs of women and men in all laws, strategies, plans, programs and actions of society to achieve gender equality, taking into account the consequences of these actions on women and men.

The paper will present and analyze the summarized overview of the international, European and BiH legal framework, standards and practices in the areas of prohibition of discrimination and gender equality, with reference to the most relevant relevant laws and by-laws, public policies, action plans and strategies in Bosnia and Herzegovina.

Key words: prohibition of discrimination, gender equality, international human rights, international, European and Bosnian legal framework, standards and practice in the areas of prohibition of discrimination and gender equality

EVROPSKA GRAĐANSKA INICIJATIVA - NOVA PRAVILA I PROCEDURE

Sažetak: Evropska građanska inicijativa (EGI) predstavlja važan oblik participativne demokratije u Evropskoj uniji kojim se omogućava da milion građana EU- a sa boravištem u barem jednoj četvrtini država članica zatraži od Evropske komisije da podnese prijedlog pravnog akta radi provedbe Ugovora EU- a. U skladu sa članom 24. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, pravila i postupci kojima se reguliše primjena ovog instrumenta utvrđeni su Uredbom broj 211/2011, a dodatno dopunjeni Provedbenom uredbom Komisije br. 1179/2011. kojom su utvrđene tehničke specifikacije za sisteme uinternetskog prikupljanja potpisa u skladu sa Uredbom. Primjena Uredbe u proteklom periodu, ukazala je na brojne probleme u primjeni ovog instrumenta, a koji su se javljali u fazi registracije evropske građanske inicijative, prilikom prikupljanja potpisa, što je u praksi i rezultiralo izuzetno malim brojem prihvaćenih inicijativa. U tom smislu Komisija je preduzela brojne mjere u cilju otklanjanja određenih nedostataka. Međutim te mjere, poduzimane u okviru postojećeg pravnog okvira, nisu ostvarile očekivane rezultate, zbog čega je Komisija pokrenula postupak revizije postojeće Uredbe, odnosno podnijela prijedlog nove Uredbe koju su Evropski parlament i Vijeće usvojio 27.3.2019. godine. Nova Uredba donosi nova pojednostavljena pravila i procedure putem kojih bi se u konačnici i trebao ostvariti puni demokratski potencijal evropske građanske inicijative, kao izuzetno značajnog instrumenta koji stoji na raspolaganju građanima EU.

Ključne riječi: građani EU, evropska građanska inicijativa, revizija uredbe, Komisija, Evropski parlament

Uvod

Jedna od najzačajnijih institucionalnih novina koju je donio Ugovor iz Lisabona je Evropska građanska inicijativa kojom je prvi put omogućeno ostvarivanje neposredne demokratije na transnacionalnom nivou. Uvođenjem ovog instituta, oblika neposredne demokratije, građani Evropske unije su dobili mogućnost da se direktno uključe u proces donošenja odluka, odnosno stekli su pravo podnošenja prijedloga zakonodavnog akta Komisiji u onim oblastima u kojima postoji nadležnost Komisije. Evropska građanska inicijativa u proteklim godinama podnosila se u skladu sa pravilima koja su utvrđena Uredbom o građanskoj

inicijativi, čija je primjena na prostoru EU počela 1. aprila 2012 godine.¹ Sam postupak podnošenja evropske građanske inicijative normiran ovom Uredbom pokazao se vrlo složenim i komplikovanim. U svom prvom Izvješčaju o primjeni Uredbe (EU) br. 211/2011, koji je Komisija podnijela Evropskom parlamentu i Vijeću² ukazano je na niz problema sa kojima se podnosioci evropskih građanskih inicijativa susreću prilikom pokretanja i realizacije evropske građanske inicijative, u prve tri godine njene primjene. Ti problemi uočeni su u svim fazama postupka podnošenja evropske građanske inicijativa, prilikom osnivanja građanskih odbora, u fazi registracije građanske inicijative, a posebno u fazi postupka prikupljanja izjava o potpori.

U svom izvješčaju Komisija se obavezala da će provesti mjere u cilju poboljšanja funkcionisanja instrumenata EGI i daljnje analize učinaka tih izazova. Komisija je zato proteklih godina pokrenula niz tehničkih studija u cilju analize tih izazova i pitanja,³ te poduzela niz nezakonodavnih mjera kako bi uvela praktična poboljšanja u provedbi EGI-ja. U tom smislu organizatorima je osigurala besplatne usluge udomljavanja za sisteme internetskog prikupljanja, pojačala savjetovanje i potporu potencijalnim organizatorima, prilagodila računalni program za internetsko prikupljanje koji organizatori mogu koristiti te odlučila djelimično registrirati inicijative kada je to bilo primjereno.

I druge institucije EU, tijela i dionici civilnog društva također su ispitivali i cijenili taj instrument, te dali svoje mišljenje o načinu njegovog funkcionisanja i problemima sa kojima se susreću organizatori prilikom pokretanja građanskih inicijativa.

Aktivnosti Komisije poduzete u cilju poboljšanja postojećeg pravnog okvira donijele su određena poboljšanja, ali nisu uspjele osigurati punu djelotvornost i pristupačnost instrumenata EGI, zbog čega je i pokrenut postupak revizije, odnosno podnesen prijedlog nove Uredbe o evropskoj građanskoj inicijativi koji je Evropski parlament i Vijeće usvojio u martu ove godine.

S obzirom da je osnovni cilj donošenja nove Uredbe otklanjanje problema i nedostataka koji su nastajali kao posljedica postojeće pravne regulative, u nastavku rada ćemo analizirati sam institut evropske građanske inicijative, uslove i načine podnošenja iste u skladu sa još uvijek važećom Uredbom broj 211/2011, a zatim ukazati na nova pravila i procedure koja predviđa nova Uredba koja bi se trebala početi primjenjivati od 2020. godine.

1 Uredba broj 211/2011 koju su Evropski parlament i Vijeće donijeli u februaru 2011. godine. Ova Uredba je dopunjena Provedbenom uredbom Komisije broj 17179/2011 od 17. novembra 2011 kojom su regulisane tehničke specifikacije za sisteme online prikupljanja potpisa.

2 Član 22. Uredbe broj 211/2011 predviđa da Komisija svake tri godine Evropskom parlamentu i Vijeću podnosi izvješčaj o primjeni te uredbe.

3 Komisija je uz studiju o učincima informacijskih i komunikacijskih tehnologija u okviru Uredbe o evropskoj građanskoj inicijativi naručila i tri druge studije i to o zahtjevima u pogledu podataka o potpisnicima, o upotrebi elektroničke provjere identiteta (eID) i o sistemima internetskog prikupljanja i tehničkim specifikacijama. Te su studije dostupne na stranici o reviziji Uredbe na web-mjestu EGI-ja.

1. Evropska građanska inicijativa (European Citizens Initiative – ECI)

Građansku inicijativu kao svojevrsan instrument neposredne demokratije poznaju skoro sve savremene države. U tim državama građanska/narodna inicijativa predstavlja pravo građana- birača da predlažu zakonodavnom tijelu, promjenu ili donošenje ustava, odnosno promjenu ili donošenje zakona.⁴ Narodnu inicijativu, koja se najčešće formulira kao peticija sa potpisom određenog broja građana birača, predstavničko tijelo mora uzeti u razmatranje. Zakonodavna/gradžanska inicijativa je oblik općeg ostvarivanja prava građana da se obraćaju organima vlasti, te da između ostalog, upućuju prijedloge koji se odnose na donošenje ili izmjene zakona.⁵

Evropska građanska inicijativa ima dosta sličnosti sa narodnom inicijativom koju susrećemo u nacionalnim pravnim sistemima. Međutim, postoje i značajne razlike koje su uvjetovane samom organizacijom i pravnom prirodnim zakonodavnog postupka pred institucijama EU. Evropska građanska inicijativa je prvi transnacionalni instrument neposredne demokratije u Evropskoj uniji kojim se omogućava da milion građana i građanki Evropske unije iz najmanje sedam zemalja članica pozove Evropsku Komisiju da donese prijedlog zakonodavnog akta o pitanjima koja su u nadležnosti Komisije.

2. Pravni osnov Evropske građanske inicijative

Pravo podnošenja evropske građanske inicijative ugrađeno je u glavu II. Ugovora o Evropskoj uniji (UEU)⁶, koji nosi naziv Odredbe o demokratskim načelima. U okviru navedenog dijela Ugovora nalazi se i član 11. stav 4. kojim je propisano da „Najmanje jedan milijun građana, državljana znatnog broja država članica, može na svoju inicijativu pozvati Evropsku komisiju da u okviru svojih ovlasti podnese odgovarajući prijedlog o pitanjima za koja građani smatraju da je potreban pravni akt Unije u svrhu provedbe Ugovorâ.“ Navedenim članom uspostavljen je osnovni pravni okvir za ostvarivanje ovog prava., a sami postupci i uvjeti koji se zahtijevaju za takvu građansku inicijativu određeni su članom 24. stavom 1. Ugovora o Evropskoj uniji.⁷ Član 24.stav 1. predviđa da Evropski parlament i Vijeće, uredbama u skladu sa redovnim zakonodavnim postupkom, usvajaju odredbe za postupak i uvjete potrebne za inicijativu građana u smislu člana 11.

4 Nurko Pobrić, Ustavno pravo, Slovo, Mostar, 2000., str. 173

5 Vidjeti više, Lejla Balić, Izvršna i zakonodavna vlast u procesu demokratizacije Evropske unije, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerzitetu u Sarajevu, str 128.

6 Prečišćeni tekst Ugovora o Evropskoj uniji dostupan na https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1_0011.01/DOC_2&format=PDF, pristupljeno 22.4.2019.godine

7 Prečišćeni tekst Ugovora o funkcioniranju Evropske unije dostupana na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A12016ME%2FTXT>, pristupljeno 22.4.2019. godine

Ugovora o Evropskoj uniji, uključujući minimalan broj država članica iz kojih ti građani moraju dolaziti.

U cilju pripremanja prijedloga akta kojim bi pravno uredilo ovo pravo, odnosno instrument neposredne demokratije, Evropska Komisija je otvorila široku javnu debatu o evropskoj građanskoj inicijativi. Organizovala je javne debate i diskusije, tražila mišljenje građana, nevladinih organizacija i institucija, te u konačnicu u skladu sa predviđenim postupkom 31. marta 2011. godine usvojila prijedlog regulative o Evropskoj građanskoj inicijativi namjenjen Evropskom parlamentu i Vijeću kojim su regulisani detalji implementacije novog instrumenta neposredne demokratije. Na osnovu navedenog prijedloga 16. februara 2011. godine usvojena je Uredba o Evropskoj građanskoj inicijativi broj 211/2011⁸, kojom su precizirani primarnopravni uslovi za pokretanje inicijative, postupak sakupljanja glasova, te obaveze Komisije. Stupila je na snagu 1. aprila 2011. godine, ali se zbog brojnih tehničkih prilagodbi koje su bile nužne na nivou država članica u cilju uspostavljanja usklađenog postupka provjere potpisa počela primjenjivati tek godinu dana kasnije.

3. Uredba o Evropskoj građanskoj inicijativi 211/2011

Uredba o evropskoj građanskoj inicijativi definiše sam pojam evropske građanske inicijative, pojam potpisnika i organizatora, te postupak i uslove koji trebaju biti ispunjeni da bi evropska građanska inicijativa bila prihvaćena

3.1. Definicija pojmova

U skladu sa članom 2, stav 1. Uredbe, građanska inicijativa „znači inicijativu podnesenu Komisiji, u skladu sa ovom Uredbom; koja poziva Komisiju da u okviru svojih ovlasti iznese svaki primjereni prijedlog o pitanjima za koja građani smatraju da je za provedbu Ugovora potreban pravni akt Unije, te koja je dobila potporu najmanje jednog miliona prihvatljivih potpisnika iz najmanje jedne četvrtine svih država članica“. U skladu sa navedenim članom jasno je da se inicijativa mora odnositi na područje djelovanja Komisije. S obzirom da Komisija ima ovlasti u gotovo svim političkim oblastima u EU, dovoljno je da predmet građanske inicijative spada u nadležnost EU.⁹ Organizatori građanske inicijative su fizičke osobe koje čine građanski odbor odgovoran za pripremu građanske inicijative i njeno podnošenje Komisiji, a njeni potpisnici su građani Unije koji su podržali danu građansku inicijativu ispunjavanjem obrasca izjave o potpori za

⁸ Uredba broj 211/2011 koju su Evropski parlament i Vijeće donijeli u februaru 2011. godine dostupna na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:02011R0211-20150728&from=HR>

⁹ Vidjeti više, Zlatan Meškić, Darko Samardžić, Pravo Evropske unije I, TDP Sarajevo, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Otvoreni Regionalni Fond za jugoistočnu Evropu, Sarajevo 2012, str. 259.

tu inicijativu.¹⁰

3.2. Postupak pokretanja Evropske građanske inicijative u skladu sa Uredbom 211/2011.

3.2.1. Osnivanje građanskog odbora

Organizatori evropske građanske inicijative, građani Evropske unije koji imaju dovoljan broj glasova da bi mogli glasati na izborima za Evropski parlament, ukoliko žele da pokrenu postupak trebaju osnovati organizacijski odbor nazvan „građanski odbor“.¹¹ Taj građanski odbor mora se sastojati od najmanje sedam osoba sa boravištem u barem sedam različitih država članica (ali ne nužno različitih nacionalnosti). Odbor mora imenovati jednog predstavnika i njegovog zamjenika¹² koji će govoriti i djelovati u ime odbora.

3.2.2. Registracija inicijative

Građanski odbor u skladu sa članom 4. Uredbe mora registrirati inicijativu kod Komisije. Registracija obuhvata podnošenje dokumenata sa nazivom, temom i kratkim opisom inicijative, zajedno sa predloženom pravnom osnovom za pravno sredstvo, informacije o članovima odbora, te svim izvorima potpore za predloženu inicijativu i njezino finansiranje.¹³ Organizatori mogu u prilogu pružiti i dodatne informacije o predmetu ciljevima i pozadini predložene građanske inicijative. U konačnici mogu ako to žele podnijeti nacrt predloženog pravnog akta.

Komisija u svrhu registracije inicijativa daje na raspolaganje internetski registar za unošenje traženih informacija na jednom od službenih jezika Unije. Odluku o registraciji evropske građanske inicijative Komisija donosi u roku od dva mjeseca od primitka traženih informacija. Inicijativa neće biti registrovana ukoliko ne ispunjava uvjete postupka, odnosno ako je van područja u kojem ovlasti ima Komisija. Također, do registracije neće doći ukoliko je inicijativa očigledno banalna, uvredljiva ili zlonamjerna ili u suprotnosti sa vrijednostima Evropeксе unije navedenim u članu 2 UEU-a.

O odbijanju registracije Komisija obavještava organizatore navodeći razloge odbijanja i pravne lijekove koje im stoje na raspolaganju.

¹⁰ Član 2, stav 2 i 3. Uredbe broj 211/2011.

¹¹ U najmanji potreban broj organizatora odbora ne mogu ući organizatori koji su članovi Evropskog parlamenta

¹² Osobe za kontakt koja povezuje građanski odbor i institucije EU

¹³ Podaci o načinu registriranja evropske građanske inicijative sadržani su u Prilogu II koji je sastavni dio Uredbe 211/2011. U skladu sa navedenim prilogom, prilikom registracije podnosi se naziv predložene građanske inicijative u najviše 100 znakova, predmet inicijative u najviše 200 znakova, opis ciljeva predložene građanske inicijative zbog kojih se Komisija poziva na djelovanje u najviše 500 znakova, odredbe Ugovora koje organizatori smatraju relevantnim za predloženu mjeru, puna imena poštanske adrese, državljanstva i datumi rođenja sedam članova građanskog odbora, posebno navodeći predstavnika i njegovog zamjenika te njihove adrese elektroničke pošte i telefonske brojeve, dokumenti kojima se dokazuju puna imena, poštanske adrese, državljanstva i datumi rođenja svih sedam članova građanskog odbora, svi izvori potpore i finansiranja predložene inicijative u vrijeme registriranja

Registrirane inicijative, odnosno inicijative koje su ispunile propisane uvjet, objavljuju se javno u registru na internetskoj stranici Komisije.

Nakon što je registracija potvrđena, organizatori mogu osigurati predloženu građansku inicijativu na ostalim službenim jezicima Unije radi uključivanja u registra. Prijevod predložene građanske inicijative na ostale službene jezike Unije je odgovornost organizatora.

3.2.3. Prikupljanje izjava o potpori.

Registracijom inicijative, organizatori stiču pravo prikupljanja izjava o potpori za predloženu građansku inicijativu. Organizatori izjave o potpori mogu prikupljati u papirnom obliku i u elektroničkoj formi. Ako se prikupljaju u elektroničkoj formi, relevantna državna tijela prvo moraju potvrditi sistem prikupljanja preko interneta. Internetsko prikupljanje izjava o potpori jedna je od prednosti ovog instrumenta i svakako jedan od nezaobilaznih alata organizatora inicijative koji za njih predstavlja veliki izazov. Naime, da bi prikupili izjave o potpori putem interneta oni moraju uspostaviti vlastiti sistem (uključujući računalni program i poslužitelj za usluge udomljavanja) koji mora imati potvrdu nadležnog tijela države članice u kojoj će se podaci pohranjivati. Detaljna pravila o tehničkim specifikacijama sistema za prikupljanje preko interneta određena su u Provedbenoj uredbi Komisije.¹⁴ Organizatori imaju problema prilikom pronalaženja polužitelja za udomljavanje njihovih računalnih programa, i to u troškovnom, ali prije svega u organizacijskom smislu, što rezultira kašnjenjem u pokretanju samog procesa internetskog prikupljanja. Stoga je Komisija 2012. godine odlučila organizatorima ponuditi besplatne usluge udomljavanja sistema internetskog prikupljanja na vlastitim poslužiteljima, što nadilazi njene obaveze na temelju postojeće Uredbe, Obrazac izjave o potpori prije prikupljanja izjava o potpori popunjava organizator. Obrasci su nalaze u Prilogu III Uredbe. Nakon što organizator inicijative popuni obrazac obrasci se daju na rapologanje potpisnicima koji u navedene obrasce unose lične podatke koji su potrebni radi provjere koje će vršiti države članice.¹⁵ Potpisnici izjave mogu biti svi građani EU ukoliko ispunjavaju starosnu granicu za glasanje na izborima za Evropski parlament (starosna granica za glasanje u svim državama članicama je 18 godina, osim u Austriji gdje je 16). Potpisnici izjave mogu samo jednom podržati određenu predloženu građansku inicijativu. Rok za prikupljanje potpisa o potpori je 12 mjeseci i računa se od dana registracije predložene građanske inicijative.¹⁶ U tom roku inicijativu putem izjava o potpori mora podržati najmanje milion potpisnika koji dolaze iz najmanje jedne četvrtine članica. U najmanje jednoj četvrtini država članica, broj potpisnika u dotičnoj državi mora iznositi barem 750 pomnoženo sa brojem zastupnika u Evropskom

14 Provedbena uredbom Komisije broj 17179/2011 od 17. novembra 2011. godine, kojom su regulisane tehničke specifikacije za sisteme online prikupljanja potpisa.

15 Devet država članica EU, Belgija, Danska, Estonija, Finska, Irska, Njemačka, Holandija, Slovačka i Ujedinjeno kraljevstvo, ne zahtijevaju od potpisnika izjava o potpori da prilože lične identifikacione dokumente ili brojeve. Ostale države zahtijevaju takvu vrstu identifikacije.

16 Član 5.stav 5. Uredbe o evropskoj građanskoj inicijativi broj 211/2011.

parlamentu iz te države članice. Na taj način, minimalni broj potpisnika utvrđuje se u skladu s istim sistemom opadajuće proporcionalnosti kojim se određuje raspored mjesta u Evropskom parlamentu među državama članicama.

U praksi organizatori često na raspolaganju imaju manje vremena od jedne godine, s obzirom na logističke zahtjeve pokretanja postupka prikupljanja. Mnogi organizatori ne započinju s pripremama za prikupljanje dok ne prime potvrdu da će se njihova inicijativa registrovati, iako im je na temelju Uredbe omogućeno da od nadležne države članice zatraže potvrdu sistema internetskog prikupljanja i prije registracije inicijative.

3.2.4. Provjera i potvrđivanje izjava o potpori

Organizatori, nakon prikupljanja potrebnih izjava o potpori, iste podnose relevantnim nadležnim nacionalnim tijelima radi provjere i potvrđivanja. Tijela zadužena za to određuju nacionalne države u skladu sa članom 15 Uredbe. Najčešće su to ministarstva unutarnjih poslova i izborne komisije. Ta tijela imaju rok od tri mjeseca od dana prijema zahtjeva organizatora da provjere izjave o potpori koje su podnesene na temelju odgovarajućih kontrola, u skladu sa nacionalnim pravom i praksom. Na osnovu toga organizatorima isporučuju potvrdu u skladu sa predloškom koji je utvrđen u Prilogu VI, kojom se potvrđuje broj valjanih izjava o potpori za dotičnu državu članicu. Nacionalna tijela nisu obavezna utvrditi autentičnost potpisa.

3.2.5. Podnošenje inicijative Komisiji i njeno ispitivanje

Nakon što dobiju navedene potvrde relevantnih nacionalnih tijela organizatori evropske građanske inicijative mogu podnijeti evropsku građansku inicijativu Komisiji uz priložene informacije o svakoj potpori i finansiranju koje su primili za inicijativu.¹⁷

Nakon prijema podnesene inicijative Komisija ju je obavezna bez odgode objaviti u registru, te primiti organizatora na odgovarajućoj razini kako bi im omogućila da detaljnije izlože svoje zahtjeve. Komisija u skladu sa članom 10. stav1.c Uredbe, ima rok od 3 mjeseca u kome se treba izjasniti o inicijativi odnosno treba navesti pravne i političke zaključke o inicijativi, eventualnim djelovanjima koje namjerava poduzeti i razloge poduzimanja ili nepoduzimanja djelovanja. O tome obavještava organizatore inicijative, Evropski parlament i Vijeće. Nakon razmjene mišljenja sa Komisijom organizatorima se pruža prilika da predstave svoju inicijativu na javnom saslušanju u Evropskom parlamentu. To saslušanje organizira Odbor nadležan za temu evropske građanske inicijative.¹⁸

Komisija nije dužan podnijeti zakonodavni prijedlog na temelju inicijative. Ako odluči da podnese zakonodavni prijedlog pokrenut će se redovni zakonodavni

¹⁷ Iznos potpore i financiranja primljenih iz bilo kojeg izvora, po premašivanju kojeg treba dostaviti informacije identičan je iznosu utvrđenom u Uredbi (EZ) broj 2004/2003 Evropskog parlamenta i Vijeća od 4 novembra 2003 o propisima koji uređuju političke stranke na evropskoj razini i pravilima o njihovom finansiranju. U načelu moraju se prijaviti iznosi veći od 500 eura.

¹⁸ Član 211. Poslovnika Parlamenta

postupak u pravilu Evropskom parlamentu i Vijeću. Ako bude prihvaćen, prijedlog stupa na snagu.¹⁹

Članom 22. Uredbe o Evropskoj građanskoj inicijativi predviđeno je da Komisija svake tri godine Evropskom parlamentu i Vijeću podnosi izvještaj o primjeni te uredbe.

4. Pripreme za reviziju Uredbe 211/2011.

U skladu sa Uredbom broj 211/2011 u periodu od njenog stupanja na snagu pa sve do marta 2015. godine, kada je i sačinjen prvi Izvještaj o primjeni EGI-ja, podnesen je 51 zahtjev za registraciju inicijativa. Komisija je registrovala 31 inicijativu²⁰, dok je preostalih 20 zahtjeva za registraciju odbila.²¹ Najveći broj u tom periodu podnešenih zahtjeva za registraciju je odbijen uglavnom zbog činjenice da su bile van ovlasti Komisije za predlaganje akata. Neke su povukli i sami organizatori. Zbog odbijanja zahtjeva za registraciju, šest građanskih odbora je pokrenulo postupak pred Općim sudom protiv Komisijinih odluka kojim se odbija registracija predloženih inicijativa. U četiri predmeta Opći sud je potvrdio odluke Komisije o odbijanju.²² Na dvije od četiri donesene presude Općeg suda pokrenut je žalbeni postupak pred Sudom EU-a.. Organizatori inicijativa su se žalili ne samo sudu već i Evropskom ombudsmenu.

Od ukupnog broja u ovom periodu registriranih inicijativa tri su dosegle potreban broj izjava o potpori te dostavljene Komisiji.²³

Razmatrajući do tada podnesene inicijative te aktivnosti koje su provedene u skladu sa Uredbom, u prvom Izvještaju o provedbi Uredbe Komisija je utvrdila da se evropske građanska inicijativa u potpunosti provodi.. Međutim, Komisija je zaključila da se organizatori inicijative susreću sa brojnim izazovima koji u značajnoj mjeri onemogućavaju ostvarenje punom potencijala ovog instrumenta neposredne demokratije.

Organizatori su vrlo često podnosili inicijative koje su bile van ovlasti Komisije. Međutim značajni problemi su se javili u fazi registracije i prikupljanja potpisa o potpori inicijativa koje su bile u okviru ovlasti Komisije. U skladu sa Uredbom u okviru država članica su postavljeni različiti uvjeti u pogledu podataka koje trebaju dostaviti potpisnici, što je i rezultiralo neprikupljanjem dovoljnog broja

19 Mladen Nakić, Petar Dukić, Uloga građana u suvremenom društvu i Europska građanska inicijativa (EGI) , Međunarodne studije, časopis o međunarodne odnose, vanjsku politiku i diplomaciju, VI.14. No 1., 2014 , str. 15.

20 16 registracija u 2012., devet u 2013., pet u 2014. i jedna u 2015.

21 Podaci preuzeti iz Izvještaja o primjeni Uredbe (EU) br. 211/2011 o građanskoj inicijativi, od 31.3.2015.godine. Cjelokupan tekst Izvještaja dostupan na <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2015:0145:FIN:HR:PDF>

22 Predmeti T-450/12, T 44/14, T 529/13, T 361/14

23 „Right2Water” („Pravo na vodu”) i „One of us” („Jedan od nas”). „Stop Vivisection” („Ne vivisekciji”),

izjava o podršci za neke inicijative. Provjera prijevoda predloženih inicijativa koje osiguravaju njihovi organizatori pokazala se suviše složenom. Organizatori su imali poteškoća s osiguranjem potrebne točnosti prijevoda, čak i na temelju komentara Komisije o njihovim prvim inačicama. Vremenski okvir prikupljanja potpisa također se pokazao problematičnim. Rok od 12 mjeseci, uspostava sistema internetskog prikupljanja potpisa rezultirao je skraćanjem roka koji stoje na raspolaganju organizatorima. Osim toga, nepostojanje određenog roka za podnošenje uspješne inicijative Komisiji također je dovodilo do nesigurnosti.

Izvještaj Komisije iz 2015. godine predstavljao je ključni poticaj za preispitivanje Evropske građanske inicijative. Nakon njegovog podnošenja provedene su brojne konsultacije sa različitim akterima uključenim u životni ciklus inicijative. Konsultovane su institucije i tijela EU, države članice, organizacije civilnog društva i organizatori EGI-ja. U vezi s tim Komisija je sa zanimanjem primila na znanje studiju koju je proveo Europski parlament²⁴, zaključke istraživanja europske ombudsmanice na vlastitu inicijativu²⁵ i rezultate događanja „Dani europske građanske inicijative” koje od 2012. svake godine organiziraju Europski gospodarski i socijalni odbor te partneri iz civilnog društva.²⁶ Evropski parlament je 28.10.2015. godine donio rezoluciju kojom poziva na reviziju Uredbe.

Imajući u vidu sve navedeno Komisija je 13. septembra 2017. godine donijela prijedlog nove uredbe o građanskoj inicijativi. Prijedlog nove Uredbe podnesen je u cilju ostvarenja punog potencijala EGI-ja i njegov osnovni cilj je da se evropska građanska inicijativa učini pristupačnijom. I prije podnošenja samog prijedloga nove Uredbe Komisija je poduzela niz nezakonodavnih mjera kako bi uvela praktična poboljšanja u provedbi EGI-ja. U tom smislu organizatorima je osigurala besplatne usluge udomljavanja za sisteme internetskog prikupljanja, pojačala savjetovanje i potporu potencijalnim organizatorima, prilagodila računalni program za internetsko prikupljanje koji organizatori mogu koristiti te odlučila djelimično registrirati inicijative kada je to bilo primjereno. Te promjene su donijele znatna poboljšanja, ali nisu imale zakonodavni karakter.

Vrlo brzo nakon donošenja prijedloga nove Uredbe Komisija je usvojila drugi Izvještaj o provedbi Uredbe 211/2011.²⁷ U okviru istog analizirano je stanje u ovoj oblasti u periodu od prvog Izvještaja 2015. godine pa do marta 2018. godine. Konstatovano je da su ranije usvojene nezakonodavne mjere dovele do određenih poboljšanja i učinile evropsku građansku inicijativu pristupačnijom. Donošenje odluka o registraciji predloženih građanskih inicijativa od strane Kolegija povjerenika kao i praksa djelimične registracije inicijativa omogućile su registraciju većeg broja inicijativa. U prilog tome govori i podatak da se broj

24 Europska građanska inicijativa – prva iskustva u provedbi”, vidi: [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2014\)509982](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2014)509982)

25 OI/9/2013/TN

26 <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.events-and-activities-eci-day-2014>

27 Drugi Izvještaj je usvojen 28.3.2018. godine. Tekst Izvještaja dostupan na: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/HR/COM-2018-157-F1-HR-MAIN-PART-1.PDF>

prihvaćenih zahtjeva za registraciju znatno povećao. Komisija je u periodu od aprila 2015 do marta 2018 godine primila 17 zahtjeva za registraciju, od čega je prihvaćeno njih 15. Samo dvije predložene inicijative nisu ispunile uslove za registraciju te ih Komisija nije registrovala²⁸ Osim toga, Komisija je nakon odluka Suda registrirala dvije inicijative za koje je registracija prvobitno odbijena u prethodnom trogodišnjem razdoblju.²⁹

Komisija je u svom izvještaju ukazala na preostale probleme sa kojima se susreću dionici inicijative u svim životnim ciklusima EGI-ja te navela određene prijedloge koji su uglavnom i uvršteni u ranije podnešeni prijedlog nove Uredbe.

5. Nova Uredba o evropskoj građanskoj inicijativi (Uredba broj 2019/788)

Evropski parlament i Vijeće Evropske unije uzimajući u obzir Ugovor o funkcioniranju Europske unije, a posebno njegov članak 24., te prijedlog nove uredbe o građanskoj inicijativi koji je Komisije podnijela 13.7.2018. godine, nakon proslijeđivanja nacrtu zakonodavnog akta nacionalnim parlamentima, uzimajući u obzir mišljenje Europskoga gospodarskog i socijalnog odbora³⁰, uzimajući u obzir mišljenje Odbora regija³¹, u skladu s redovnim zakonodavnim postupkom usvojilo je novu Uredbu o evropskoj građanskoj inicijativi 27.marta 2019. godine.³²

Nova Uredba donosi nova pojednostavljena pravila i procedure koje bi trebali doprinjeti ostvarivanju punog potencijala EGI-ja

Prva izmjena tiče se samog prava na podupiranje evropske građanske inicijative. U skladu sa članom 2. novousvojene Uredbe data je mogućnost državama članicama Unije da postave i nižu minimalnu dob za građane koji daju potporu inicijativi. Države članice mogu kao minimalnu dob za potporu inicijativi odrediti dob od 16 godina u skladu sa svojim nacionalnim zakonom i u tom slučaju o tome obavijestiti Komisiju.³³ Članom 2. također je uvedena obaveza državama članicama i Komisiji da osiguraju da osobe sa invaliditetom također na ravnopravnoj osnovi mogu pristupiti svim relevantnim izvorima informacija o inicijativama i ostvariti pravo na potporu inicijativama.

Potreban broj potpisnika je ostao isti. U skladu sa rješenjima iz nove Uredbe inicijativa je valjana ukoliko je dobila po potpora najmanje jednog miliona građana Unije, državljana iz najmanje jedne četvrtine članica. Potpisnici se u skladu sa

28 Stop Brexit; British friends – stay with us in EU

29 U pitanju su presude u predmetima Stop TTIP, Minority SafePack, koje je Opći sud donio 2017. godine.

30 SL C 237, 6.7.2018., str. 74.

31 SL C 247, 13.7.2018., str. 62

32 Tekst Uredbe 2019/788 o evropskoj građanskoj inicijativi dostupan na: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-92-2018-INIT/hr/pdf>

33 Ovim izmjenama trebalo bi da dođe do povećanog učešća mladih građana u demokratskom životu Unije

članom 3. stav 1. broje prema državi članici svojeg državljanstva neovisno o mjestu na kojem je potpisana izjava o potpori.

U općim odredbama nove Uredbe propisane se i značajnije obaveze Komisije u oblasti informisanja građana i organizatora. U tom smislu propisano je da Komisija građanima i skupinama organizatora treba pružati praktičnu pomoć i lako dostupne i razumljive informacije u vezi sa evropskom građanskom inicijativom, usmjeravajući ih prema odgovarajućim informacijama³⁴. Kako bi ojačala pružanje informacija i pomoći, Komisija bi također trebala staviti na raspolaganje internetsku platformu za suradnju kojom se pružaju forum za raspravu i neovisnu podršku, informacije i pravni savjeti o europskoj građanskoj inicijativi. Platformi bi trebali imati pristup građani, skupine organizatora, organizacije i vanjski stručnjaci s iskustvom u organiziranju europskih građanskih inicijativa. Platforma bi trebala biti dostupna osobama s invaliditetom. Kako bi skupine organizatora mogle upravljati svojom inicijativom tijekom cijelog postupka, Komisija bi trebala staviti na raspolaganje internetski registar za europsku građansku inicijativu. Kako bi se podigla razina svijesti i osigurala transparentnost u pogledu svih inicijativa, registar bi se trebao sastojati od javno dostupne internetske stranice s iscrpnim informacijama o europskoj građanskoj inicijativi.

Također i države članice imaju obavezu da uspostave jednu ili više kontaktnih tačaka za besplatno pružanje informacija i pomoći skupinama organizatora i građanima u vezi s europskom građanskom inicijativom.³⁵

Nova Uredba donosi određene izmjene u vezi sa samim pripremanjem evropske građanske inicijative. Kao i u trenutno važećoj Uredbi 211/2011, inicijativu organizuje skupina od najmanje sedam fizičkih lica. U taj broj i dalje ne mogu ući zastupnici u Evropskom parlamentu. Ta skupina od sedam lica čini skupinu organizatora, koji pripremaju inicijativu i njome upravljaju. Dakle raniji građanski odbor više ne postoji, već postoji skupina organizatora.. Za svaku inicijativu Komisija objavljuje imena svih članova skupine organizatora. Radi transparentnosti i neometane i učinkovite komunikacije skupina organizatora imenuje predstavnika (i njegovog zamjenika) za kontakt između skupine organizatora i institucija Unije tijekom cijelog postupka³⁶. Skupina organizatora u skladu sa novim rješenjima ima mogućnost osnovati pravnu osobu za vođenje inicijative u skladu s nacionalnim pravom. Za potrebe ove Uredbe ta bi se pravna osoba trebala smatrati skupinom organizatora. Premda odgovornost i sankcije u vezi s obradom osobnih podataka ostaju uređene na temelju Uredbe (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća, skupina organizatora može biti solidarno odgovorna, u skladu s primjenjivim nacionalnim pravom, za svaku štetu koju njezini članovi prouzročili pri organizaciji inicijative nezakonitim djelima

34 Član 4. nove Uredbe o evropskoj građanskoj inicijativi 2019/788

35 Član 4. stav 5. nove Uredbe

36 Oni se imenuje između članova skupine organizatora. Skupina organizatora može imenovati i još najviše dvije fizičke osobe, iz reda organizatora ili drugih osoba koje su ovlaštene djelovati u ime osoba za kontakt

počinjenim namjerno ili krajnjom nepažnjom. Države članice trebale bi osigurati da skupina organizatora podliježe odgovarajućim sankcijama za kršenja ove Uredbe.

Skupina organizatora podnosi zahtjev za registraciju inicijative putem registra. Pri podnošenju zahtjeva skupina mora dostaviti informacije iz Priloga II.nove Uredbe koji donosi određene novine u odnosu na ranija rješenja, ³⁷ navesti sedam članova koje treba uzeti u obzir prilikom objave u registru, te navesti da je osnovana pravna osoba ako je to u konkretnom slučaju primjenjivo.

O zahtjevu za registraciju Komisija odlučuju u roku od dva mjeseca od njegova podnošenja. Nova Uredba predviđa ne samo potpunu registraciju inicijativa koje su ispunile oslove propisane ovom Uredbom, već predviđa i mogućnost djelimične registracije onih inicijativa čiji dio, uključujući njezine glavne ciljeve, ne izlazi izričito iz okvira ovlasti Komisije, pod uvjetom da su ispunjeni svi ostali zahtjevi za registraciju.

Ukoliko se odobri djelimična registracija od strane Komisije, Komisija u registru objavljuje informacije o opsegu registrirane inicijative, a skupina organizatora osigurava obavještavanje potencijalnih potpisnika o opsegu registracije te činjenici da se izjave o potpori prikupljaju samo u odnosu na opseg koji je registriran. ³⁸

U slučaju odbijanja zahtjeva za registraciju, odnosno ukoliko je registracija samo djelimično odobrena, Komisija treba skupinu organizatora obavijestiti o razlozima, te ih upoznati sa mogućnošću korištenja vansudskih i sudskih pravnih sredstava.

Komisija registrira inicijativu pod jedinstvenim registarskim brojem, o tome obavještava skupinu organizatora, kao i Evropski parlament, Vijeće, Evropski socijalni i gospodarski odbor i Odbor regija.

Također, Komisija ima obavezu u skladu sa članom 6. stavom 7. nove Uredbe da da sve odluke o zahtjevima za registraciju, objavi u registru i na javnim internetskim stranicama o evropskoj građanskoj inicijativi.

Do značajnih izmjena došlo je i u fazi prikupljanja izjava o potpori registriranih inicijativa. Prva izmjena tiče se samog razdoblja prikupljanja. U skladu sa članom 8. nove Uredbe, sve izjave o potpori prikupljaju se opet u roku od 12 mjeseci, ali se kao početni datum tog razdoblja, odnosno roka, više ne uzima dan registracije inicijative, već datum koji odabere skupina organizatora. ³⁹Skupina organizatora, koji određuju početni datum za prikupljanje je dužna da obavijesti Komisiju o tom datumu najkasnije 10 radnih dana prije tog datuma. Komisija o tom datumu

37 U prilogu ju navedeno da se treba podnijeti: 1. naziv inicijative u najviše 100 znakova, ciljevi inicijative zbog kojih se Komisija poziva na djelovanje, u najviše 1 100 znakova bez razmaka; (prosjeck prilagođen prema jeziku); Skupina rganizatora može pružiti prilog o predmetu, ciljevima i pozadini inicijative u najviše 5 000 znakova bez razmaka; (prosjeck prilagođen prema jeziku); Skupina organizatora može pružiti dodatne informacije o predmetu, ciljevima i pozadini inicijative. Također može, ako to želi, podnijeti nacrt pravnog akta; 3. Odredbe Ugovora koje skupina organizatora smatra relevantnima za predloženu mjeru

38 Član 6.stav 7. nove Uredbe

39 Taj datum mora biti najkasnije 10 radnih dana prije tog datuma.

obavještava države članice, te u registru navodi datum početka i završetka perioda prikupljanja.

Izjave o potpori i dalje se mogu potpisati u papirnatom obliku ili putem interneta. Izjave o potpori daju se putem obrazaca koji skupina organizatora ispuni u skladu sa uslovima propisanim u Prilogu III nove Uredbe.⁴⁰ Kada su u pitanju djelimično registrirane inicijative, opseg te inicijative mora biti vidljiv. Skupina organizatora u skladu sa ovom Urebom na raspolaganju ima središnji sistem internetskog prikupljanja⁴¹ te pojedinačni sistem internetskog prikupljanja.⁴² Najkasnije 10 radnih dana prije početka razdoblja prikupljanja skupina organizatora obavještava Komisiju o tome želi li upotrebljavati središnji sistem internetskog prikupljanja ili pojedinačni te želi li učitavati papirne izjave o potpori u taj sistem.⁴³ Izjava o potpori za određenu inicijativu može se potpisati samo jednom. Skupina organizatora obavještava Komisiju o broju izjava o potpori prikupljenih u svakoj državi članici barem svaka dva mjeseca tijekom razdoblja prikupljanja te io konačnom broju prikupljenih izjava u roku od tri mjeseca od završetka razdoblja prikupljanja radi objave u registru. U slučaju neprikupljanja dovoljnog broja izjava ili u slučaju ne dostavljanja informacija u navedenom roku Komisija zaključuje inicijativu i obavijest o tome objavljuje u registru. Kada prikupi dovoljan broj izjava o potpori organizator, odnosno skupina organizatora podnosi izjave o potpori nadležnom državnom tijelu, odnosno tijelu koje u skladu sa članom 20 nove Uredbe vrši provjeru i potvrđivanje izjava o potpori koje potpisuju njezini državljani kako bi se ocijenilo je li prikupljen zahtjevani najmanji broj potpisnika koji imaju pravo podržati europske građanske inicijative. Nova uredba predviđa odvojeno dostavljanje izjava o potpori u papiranatom obliku te izjava potpisanih putem pojedinačnog sistema prikupljanja. Također obavezuje Komisiju da izjave o

40 U prilogu III nove Uredbe sadržane su dvije vrste obrazaca, čiji sadržaj ovisi od toga da li se od strane države članice čiji državljani daju izjave o potpori zatijevaju određeni identifikacijski podaci

41 Središnji sistem internetskog prikupljanja u skladu sa članom 10. nove Uredbe uspostavlja i vodi Komisija. Njegova upotreba je besplatna, pristupačna je osobama sa invaliditetom te omogućava učitanje izjava o potpori prikupljenih u papirnatom obliku.

42 Pojedinačni sistem internetskog prikupljanja u pojedinim državama vodi se za tu državu i podaci prikupljeni putem njega pohranjuju se na državnom području države članice. Moraju biti usklađeni sa zahtjevima utvrđenim stavom 4. člana 11. Pojedinačni sistemi moraju imati odgovarajuće sigurnosne i tehničke karakteristike na osnovu kojih se osigurava da izjavu o potpori može potpisati samo fizička osoba; da dostavljene informacije o inicijativi odgovaraju informacijama objavljenim u registru, da su podaci prikupljeni u skladu sa Prilogom II, te da se podaci sigurno prikupljaju i pohranjuju. U tu svrhu Komisija u suradnji s državama članicama trebala utvrđuje detaljne tehničke specifikacije za pojedinačne sustave internetskog prikupljanja. Komisija može zatražiti savjet Agencije Europske unije za mrežnu i informacijsku sigurnost (ENISA), koja pomaže institucijama Unije pri oblikovanju i provedbi politika povezanih sa sigurnošću mrežnih i informacijskih sustava. Države članice provjeravaju jesu li pojedinačni sustavi internetskog prikupljanja koje su uspostavili organizatori u skladu sa zahtjevima ove Uredbe i da izdaju dokument koji tu usklađenost potvrđuje prije početka prikupljanja izjava o potpori. Potvrđivanje pojedinačnih sustava internetskog prikupljanja mora provesti nadležno nacionalno tijelo države članice u kojoj se podaci prikupljeni putem pojedinačnog sustava internetskog prikupljanja pohranjuju.

43 Ako se opredijele za to moraju u roku od dva mjeseca o završetka razdoblja prikupljanja potpore učitati te izjave u središnji sistem

potpori prikupljene putem središnjem sistema dostavi državi članici. Nadležna državna tijela imaju rok od 3 mjeseca od dana prijema izjava o potpori da izvrše provjeru. Uzimajući u obzir potrebu da se ograniči administrativno opterećenje za države članice, takve provjere se provode na temelju odgovarajućih kontrola, koje se mogu zasnivati na nasumičnom uzorkovanju. Ukoliko utvrdi da inicijativa ima dovoljan broj valjanih izjava o potpori, nadležno državno tijelo države članice izdaje potvrdu o broju izjava potpore za državu članicu skupini organizatora.⁴⁴

Skupina organizatora nakon primitka posljednje potvrdu o broju valjanih izjava o potpori podnosi Komisiji inicijativu na obrascu iz Priloga VII.⁴⁵ Komisija u skladu sa članom 15. Uredbe u roku od mjesec dana prima skupinu organizatora, u cilju detaljnijeg obrazloženja samih ciljeva inicijative. Komisija u skladu sa Uredbom, a u cilju promicanja sudjelovanja i javne rasprave o pitanjima povezanim s inicijativama objavljuje obavijest o tome u registru i inicijativu prosljeđuje Evropskom parlamentu, Vijeću, Evropskom socijalnom i gospodarskom odboru i Odboru regija te nacionalnim parlamentima. U roku od tri mjeseca Evropski parlament održava javno saslušanje na kome skupina organizatora predstavlja inicijativu. Na tom saslušanju treba biti obezbijeđeno uravnoteženo zastupanje interesa relevantnih dionika, uključujući civilno društvo, socijalne partnere i stručnjake. I Komisija bi trebala biti zastupljena na odgovarajućoj razini. Vijeće, druge institucije i savjetodavna tijela Unije i zainteresirani dionici trebali bi imati priliku sudjelovati na saslušanju kako bi jamčili da je ono inkluzivno i kako bi doprinijeli javnom interesu.

Nakon javnog saslušanja, pred Evropskim parlamentom, a u okviru roka od 6 mjeseci od objave inicijative Komisija u komunikaciji navodi svoje pravne i političke zaključke o inicijativi, eventualne mjere koje namjerava poduzeti, te razloge za poduzimanje, odnosno nepoduzimanje mjera.

Evropska građanska inicijativa ne dopušta svojim podnositeljima da vrše izravan utjecaj na zakonodavni postupak. Ona im daje mogućnost da Komisiji kao ključnom pokretaču zakonodavnog postupka nametnu određenu temu o kojoj bi trebalo podnijeti prijedlog. Komisija taj zahtjev mora razmotriti i na njega se očitovati, ali nije dužna pokretati nikakav postupak, posebno ukoliko se radi o pitanjima izvan njenih nadležnosti i pitanjima o kojima i ne može odlučivati.⁴⁶

Komisija nema obavezu da poduzme mjere kao odgovor na inicijativu. Ne mora donijeti jedan ili više prijedloga pravnih akata. Međutim ako to namjerava, dužna je navesti odgovarajući vremenski okvir za te mjere.

6. Zaključak

44 Član 12. stav 5. nove Uredbe

45 Prilog VII predstavlja sastavni dio ove Uredbe

46 Vidjeti više, Matija Miloš, *Revolucija koje nema, izravno sudjelovanje građana u odlučivanju o „evropskim pitanjima“*, Zagrebačka pravna revija, VOL 5. no 2. str. 133-163, 2016, Tekst dostupan na. <https://hrcak.srce.hr/174776>

Od donošenja prve Uredbe o evropskog građanskoj inicijativi pa do danas čak 9 miliona građana iz 28 država članica Evropske unije dalo je svoju podršku evropskim građanskim inicijativama. Dosada su četiri uspješne inicijative prikupile dovoljan broj potpisa i Komisija se obavezala da će poduzeti daljnje mjere u pogledu njihove realizacije. Značajan broj inicijativa nije uspio ispuniti uslove za registraciju, nije dobio dovoljan broj potpisa podrške i nikada nije došao do Evropske komisije. Upravo iz tog razloga pokrenut je i postupak revizije postojećih rješenja, koji je okončan donošenjem nove Uredbe o evropskoj građanskoj inicijativi, čija primjena počinje 2020.godine. Nova Uredba donosi brojne novine u primjeni ovog vrlo važnog instrumnta neporedne demokratije u Evropskoj uniji. Smanjuje se dobna granica za pokretanje i podžavanje evropske građanske inicijative, omogućava se djelimična registracija i onih inicijativa čiji relevantni dijelovi nisu izvana područja nadležnosti Evropske komisije, uspostavljaju se novi alati koji su prilagođeni svih korisnicima. Organizatorima je data mogućnost prikupljanja potpisa potpore putem besplatne online usluge, kao i mogućnost da sami odaberu vrijeme početka prikupljanja potpore. Također preciznije su uređene obaveze Komisije i rokovi u okviru kojih Komisija treba odgovarati na prijedloge i zahtjeve organizatora. Sve navedeno trebalo bi otkloniti dosadašnje poteškoće i probleme sa kojima su se organizatori evropskih građanskih inicijativa susretali u proteklom periodu te omogućiti što većem broju građana Evropske unije da pokrenu i podrže nove evropske građanske inicijative i na taj način učestvuju u zakonodavnom procesu na nivou Evropske unije.

Literatura:

Balić Lejla, Izvršna i zakonodavna vlast u procesu demokratizacije Evropske unije, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2015.

Matija Miloš, Revolucija koje nema, izravno sudjelovanje građana u odlučivanju o „evropskim pitanjima“, Zagrebačka pravna revija, VOL 5. no 2. 2016.

Nevenko Misita, Evropska unija, osnivanje i razvoj, Revicon, Sarajevo, 2010.

Zlatan Meškić, Darko Samardžić, Pravo Evropske unije I, TDP Sarajevo, Deutsche Gesellschaft fur Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Otvoreni Regionalni Fond za jugoistočnu Evropu, Sarajevo, 2012.

Mladen Nakić, Petar Dukić, Uloga građana u suvremenom društvu i Europska građanska inicijativa (EGI), Međunarodne studije, časopis za međunarodne odnose, vanjsku politiku i diplomaciju, VI.14. No 1., 2014.

Nurko Pobrić, Ustavno pravo, Slovo, Mostar, 2000.

Radovan Vukadinović, Uvod u institucije i pravo Evropske unije, centar za pravo Evropske unije PF u Kragujevcu, Kragujevac, 2008.

Ugovor o Evropskoj uniji dostupan na https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0011.01/DOC_2&format=PDF

Ugovor o funkcioniranju Evropske unije dostupna na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A12016ME%2FTXT>,

Uredba o evropskoj građanskoj inicijativi br 211/2011. dostupna na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:02011R0211-20150728&from=HR>

Uredba 2019/788 o evropskoj građanskoj inicijativi dostupna na: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-92-2018-INIT/hr/pdf>

Prvi Izvještaj o primjeni Uredbe 211/2011 o evropskoj građanskoj inicijativi <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2015:0145:FIN:HR:PDF>

Drugi Izvještaj o primjeni Uredbe 211/2011 o evropskoj građanskoj inicijativi <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/HR/COM-2018-157-F1-HR-MAIN-PART-1.PDF>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content>
<http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/welcome?>
<https://www.europarl.europa.eu>

EUROPEAN CITIZENS' INITIATIVE - NEW RULES AND PROCEDURES.

Abstract: The European Citizens' Initiative (ECI) is an important form of participatory democracy in the European Union, which allows millions of EU citizens with residence in at least one quarter of member states to ask the European Commission to submit a proposal for a legal act for the implementation of the EU Treaty. Pursuant to Article 24 of the Treaty on the Functioning of the European Union, the rules and procedures governing the application of this instrument are set out in Regulation No. 211/2011 and supplemented by the Commission Implementing Regulation no. 1179/2011. which established the technical specifications for the systems of online acquisition of signatures in accordance with the Regulation. The application of the Regulation in the past period pointed to numerous problems in the application of this instrument, which appeared at the stage of registration of the European Citizens' Initiative, when collecting signatures, which in practice resulted in an extremely small number of accepted initiatives. In this regard, the Commission has taken a number of measures to remedy certain deficiencies. However, these measures, undertaken within the existing legal framework, did not achieve the expected results, and the Commission initiated the process of revision of the existing Regulation, or submitted a proposal for a new Regulation adopted by the European Parliament and the Council on 27 March 2019. The new Regulation brings new simplified rules and procedures through which ultimately the full democratic potential of the European Citizens' Initiative should be realized, as an exceptionally important instrument available to EU citizens.

Key words: EU citizens, European citizens' initiative, revision of the regulation, Commission, European Parliament

Dr. sc. Zlatan Meškić, vanredni profesor

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

Dr. sc. Alaudin Brkić, docent

Ekonomski fakultet Univerziteta u Zenici

Alem Merdić, viši asistent

Ekonomski fakultet Univerziteta u Zenici

UREĐENJE KOMANDITNIH DRUŠTVA U KOMPANIJSKOM PRAVU U BOSNI I HERCEGOVINI¹

Sažetak: U ovom radu početna misao o razradi pozicije komanditnih društava je jednim dijelom rukovodena praktičnim potrebama, a drugim dijelom doktrinarnim potrebama, kako bi se na jednom mjestu prikazale sve specifičnosti i deficiti vođenja poduzeća odabirom ove organizacione forme poslovanja u privrednopravnom sistemu BiH. Unazad nekoliko decenija komanditna društva u BiH su imala skroman praktični značaj u usporedbi sa drugim evropskim kompanijskim uređenjima i poslovnom praksom. Nakon posljednje reforme entitetskog kompanijskog prava u BiH malo toga vezano za uređenje komanditnih društva se suštinski promijenilo u poslovnoj praksi. Međutim, međusobna usporedba usvojenih entitetskih kompanijskih zakona u BiH sa drugačijim rješenjima usvojenim u uporednom kompanijskom pravu i poslovnoj praksi je ostavila i dalje dovoljno prostora za izvođenjem suprotnih zaključaka u odnosu na jedno generalno postavljeno pitanje: da li je ponuđeni pravni okvir uređenja komanditnih društava uopće potreban i kao takav usaglašen s stvarnim potrebama razvoja domaće privrede ako je vođenje preduzeća u ovoj organizacionoj formi poslovanja svedeno danas na jednu puku slučajnost? Tim povodom u ovom radu je zacrtana i jedna cjelovita analiza, koja započinje s pružanjem odgovora na mnoštvo otvorenih pitanja, počev od osnivanja i internih i eksternih odnosa članova komanditnih društava, pa sve do pitanja odgovornosti članova i prestanka komanditnih društava.

Ključne riječi: komanditor, komplementar, osnivački akt, ulog, udjel, zabrana konkurencije, upravljanje, poslovanje, raspodjela dobiti, snošenje gubitaka, raspolaganje udjelom, zastupanje, ograničena i neograničena solidarna odgovornost, likvidacija, promjena oblika.

¹ Rad je nastao kao rezultat istraživanja u okviru realizacije odobrenog projekta Federalnog ministarstva obrazovanja i nauke iz 2018.g. pod naslovom: "Prednosti i nedostaci vođenja preduzeća u formi društava lica u privrednopravnom sistemu BiH".

1. Korjen nastanka komanditnih društva

Komanditno društvo svoje porjeklo duguje srednjovjekovnoj ugovornoj ustanovi *commenda* kao načinu organizovanja pomorske trgovine.² Za neke autore *commenda* je bio oblik pomorskog zajma *faenus nauticum*.³ Finansijski investitor je prepuštao novac ili robu vlasniku broda ili trgovcu za pomorski poduhvat, uz ograničen rizik do vrijednosti učešća i s pravom na dobit iz tog poduhvata.⁴ Vlasnik broda ili trgovac je vršio prodaju robe predate na prevoz u svoje ime i snosio punu odgovornost prema kupcima.⁵ Ako bi poduhvat rezultirao dobiti, zajmodavac ili vlasnik robe je vraćao posuđeni iznos i vrijednost robe uz podijelu dobiti s vlasnikom broda ili trgovcem. Često je dobijao i kamatu po unaprijed određenoj stopi.⁶ Ako bi brod i teret bili izgubljeni, onda mu je investicija propadala.⁷ Budući da je podjela dobiti i kamata funkcioniralo kao naknada za rizike, pomorski zajam nije bio zabranjen od strane crkve. Takav položaj finansijera je naročito bio pogodan za plemiće, oficire i sveštenike koji nisu mogli biti trgovci, jer su na ovaj način mogli preko drugih lica učestvovati u različitim trgovačkim poslovima.⁸ Tako su i plemići u svojim nastojanjima da se bave trgovinom, a da za to niko ne zna, davali određene sume novca trgovcima da u svom, ali i njihovom interesu zaključuju određene trgovačke poslove s trećim licima.⁹ S jedne strane, plemići su imali pravo na podjelu dobiti iz tih poslova ako oni budu uspješni, ali su snosili i odgovornost za propast sredstava ako budu neuspješni, a s druge strane, trgovci su imali pravo na dobit, ali su snosili i odgovornost za preuzete obaveze iz tih poslova cjelokupnom svojom imovinom.¹⁰ U francuskoj teoriji se zbog toga

2 Cahn, A., Donald, D.C., *Comparative Company Law, Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge University Press, 2010, s. 31; Vasiljević, Z., *Kompanijsko pravo (pravo privrednih društava Srbije i EU)*, drugo izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2007, Rn. 226, s. 186; Trifković, M., Simić, M., Trivun, V., Silajdžić, V., Mahmutčehajić-Novalija, F., *Poslovno pravo – uvod u pravo, osnovi obligacija i privredna društva*, Ekonomski fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 2014, s. 385 (u daljem tekstu: Trifković, M., et al.); Stefanović, Z., *Kompanijsko pravo*, peto izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2010, Rn. 976, s. 361; Arsić, Z., *Komanditna društva*, Zbornik radova Pravni fakultet Novi Sad, vol. 25. 1991, s. 326.

3 Šire: Zimmermann, R.: *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, s. 181-182; Momčilović, M., *Mutuum u rimskom i savremenom pravu* (master rad), Pravni fakultet u Nišu, 2015, s. 37.

4 Zimmermann, R., o. c., s. 182-183; Vasiljević, Z., o. c., Rn. 226, s. 186.

5 Momčilović, M., o. c., s. 38.

6 Zimmermann, R., o. c., s. 182 (fus. 174).

7 Momčilović, M., o. c., s. 37.

8 Lange, K., W., Vasiljević, Z., o. c., Rn. 226. s. 187; Stefanović, Z., o. c., Rn. 976, s. 361.

9 Jankovec, I., *Privredno pravo*, četvrto izmjenjeni i dopunjeno izdanje, Službeni list SRJ, Beograd, 1999, s. 71.

10 Jankovec, I., o. c., s. 71.

nerijetko isticalo i da je to bila pogodna forma da se bogati sloj društva na mjesto davanja zajmova prinudi na bavljenje određenim trgovačkim poslovima.¹¹

2. Zakonsko definiranje komanditnih društava

U Zakonu o privrednim društvima Federacije Bosne i Hercegovine (skraćeno: ZPD FBiH)¹² komanditno društvo je definirano kao privredno društvo u kojem jedan ili više članova odgovara za obaveze društva neograničeno solidarno cjelokupnom svojom imovinom (komplementari), a jedan ili više članova odgovara za obaveze društva samo do iznosa uloga upisanih u registar društava (komanditori).¹³ S druge strane, Zakonom o privrednim društvima Republike Srpske (skraćeno: ZPD RS)¹⁴ komanditno društvo je definirano kao privredno društvo koje osnivaju dva ili više fizičkih i/ili pravnih lica u svojstvu osnivača-članova, radi obavljanja određene djelatnosti, pod zajedničkim poslovnim imenom, od kojih najmanje jedno lice odgovara neograničeno za njegove obaveze (komplementar), a najmanje jedno lice snosi rizik do visine ugovorenog uloga (komanditor).¹⁵ U usporedbi s ZPD FBiH primjetno je da je ponuđena definicija ZPD RS sveobuhvatnija u pogledu isticanja karakterističnih obilježja za ovaj pravno dopušteni oblik poslovanja u privrednopravnom sistemu BiH. Komanditno društvo po pretežnom mišljenju pravne literature spada u društva lica, iako se radi o takvoj mješovitoj formi poslovanja koja predstavlja modifikaciju društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću s isticanjem i nekih dodatnih elemenata karakterističnih za društva kapitala (mješovito društvo), prvenstveno društva sa ograničenom odgovornošću.¹⁶ To najbolje ilustruje različitost uređenja statusa dvije vrste članova komanditnog društva.¹⁷ S jedne strane, komplementari za obaveze komanditnog društva odgovaraju jednako članovima društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću i/ili ortačkog društva odgovaraju,¹⁸ dakle neograničeno i solidarno

11 Vasiljević, Z., o. c., Rn. 226, s. 187.

12 Zakon o privrednim društvima FBiH iz 2015.g. ("Sl. nov. FBiH", br. 81/2015) je derogirao prethodni Zakon o privrednim društvima iz 2000.g. ("Sl. nov. FBiH", br. 23/99, 45/00, 2/02, 6/02, 29/03, 68/05, 91/07, 84/08, 88/08, 7/09, 63/10 i 75/13).

13 V. čl. 94. st. 1. ZPD FBiH.

14 Zakon o privrednim društvima RS iz 2008.g. ("Sl. Glasnik RS" br. 127/08, 58/09, 100/11 i 67/13) je derogirao prethodni Zakon o preduzećima RS iz 1998 g. ("Sl. gl. RS", br. 24/98, 62/02, 66/02, 38/03, 97/04 i 34/06).

15 V. čl. 85. ZPD RS.

16 Lange, K.W., Grundzüge des Rechts der KG, Juristische Ausbildung, 10/2015, s. 1018; Čović, Š., Poslovno pravo-statusno pravo i pravo privrednih društava, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2003, s. 213; Vasiljević, Z., o. c., Rn. 232, s. 190; Velimirović, M., Privredno pravo, Istočno Sarajevo, 2001, s. 68; Trifković, M., et al., o. c., s. 386.

17 Velimirović, M., o. c., s. 68; Vasiljević, Z., o. c., Rn. 230, s. 189.

18 V. čl. 86. st. 2. ZPD RS.

cjelokupnom svojom imovinom,¹⁹ a s druge strane, komanditori za obaveze komanditnog društva odgovaraju jednako članovima društva sa ograničenom odgovornošću, tj. samo do visine ugovorenog (ZPD RS) ili registriranog uloga (ZPD FBiH) u imovini komanditnog društva.

Međutim, statusni položaj komanditora nije u svemu jednak i s statusnim položajem članova društva sa ograničenom odgovornošću, jer komanditori u pravilu ne vrše funkciju upravljanja, poslovanja i zastupanja u komanditnom društvu, nego to čine komplementari uz određene izuzetke.²⁰ Ovakav način definiranja komanditnog društva u kompanijskom pravu u BiH, s obzirom na njegove dvije bitne osobine (odgovornost članova i upravljanje), prihvaćen je i u većini država Evropske Unije.²¹ U njemačkom pravu i praksi komanditno društvo je poseban oblik trgovačkog partnerstva u kojem su komplementari odgovorni za vođenje poslova i imaju neograničenu odgovornost, dok su komanditori isključeni iz upravljanja i zastupanja društva.²² To društvo egzistira i u Francuskoj i Engleskoj, mada nije tako široko rasprostranjen oblik poslovanja, kao u njemačkoj organizaciono-poslovnoj praksi.²³ U njemačkom kompanijskom pravu komanditno društvo je definirano na sličan način kao i u kompanijskom pravu u BiH.²⁴ Osim posebnih pravila,²⁵ na njemačka komanditna društva se također primjenjuju pravila koja važe i za trgovačka partnerstva.²⁶ To je slučaj i u francuskom kompanijskom pravu,²⁷ ali i u kompanijskom pravu u BiH, jer osim posebnih pravila koja važe za komanditna društva na ista primjenu nalaze i pravila koje važe za društva sa neograničenom odgovornošću i/ili ortačka društva.²⁸ Međutim, ono po čemu se uređenje komanditnog društva u njemačkom, ali i engleskom kompanijskom pravu razlikuje od francuskog kompanijskog prava, kao i kompanijskog prava u BiH, jeste što ovaj pravnoorganizacioni oblik poslovanja nema svojstvo pravnog lica, iako je podvrgnut upisu u odgovarajuće registre.²⁹ U njemačkom kompanijskom pravu nasuprot francuskom kompanijskom pravu komanditno društvo predstavlja specifičnu pravnu figuru bez pravnog subjektiviteta koja se smatra zajednicom

19 V. čl. 5. st. 1. ZPD FBiH.

20 V. čl. 98-100. ZPD FBiH; i čl. 95-97. ZPD RS.

21 V. čl. 161. njemačkog Trgovačkog zakonika (Handelsgesetzbuch, u daljem tekstu: HGB); čl. L 222-1 i 6. francuskog Trgovačkog zakonika (Code de commerce, u daljem tekstu: C.com), čl. 594. st. 1. švicarskog Zakona o obligacijama i dr.

22 Lange, K.W., o. c., s. 1017.

23 Adenas, M., Woldridge, F., *European Comparative Company Law*, Comparative Company Law, Cambridge University Press, 2009, s. 152-153; Woldridge, F., *The German limited and silent partnerships*, *Amicus Curiae*, Issue 80, Winter, 2009, s. 29.

24 V. čl. 161. HGB.

25 V. čl. 161-177a HGB.

26 V. čl. 161 st. 2. koji upućuje na primjenu čl. 105.-160. HGB koji se odnosi na trgovačka partnerstva.

27 V. čl. L 222-2. C.com. koji upućuje na čl. L 221-17.

28 V. čl. 94. st. 2. ZPD FBiH; i čl. 86. st. 1. ZPD RS.

29 Čović, Š., o. c., s. 213; Vasiljević, Z., o. c., Rn. 228, s. 188.

zajedničkih vlasnika, s tim što su joj priznata i neka svojstva pravnog lica, npr. istupanje u pravnom prometu i sticanje imovine.³⁰

Jednako francuskom kompanijskom pravu, to nije slučaj i u kompanijskom pravu u BiH, jer je komanditno društvo definirano kao privredno društvo s pravnim subjektivitetom, a što je inače slučaj i za sve druge zakonom predviđene oblike privrednih društava. Teorijski gledano, komanditna društva se svrstavaju u društva lica.³¹ To stajalište nailazi i na jednu širu podršku domaće pravne literature s iznošenjem argumentacije kako na komanditno društvo po slovu zakona nalaze svoju primjenu i odredbe koje važe za društvo sa neograničenom solidarnom odgovornošću i/ili ortačko društvo.³² U pogledu osnivanja komanditnog društva interes članova društva može bit različit. Vlasnici slobodnih novčanih sredstava (komanditori) su ponekad zainteresirani da unesu određene uloge u imovinu komanditnog društva računajući na njihov povrat u vidu isplate dobiti, a da pri tome ostanu anonimni i lišeni bilo kakvih upravljačkih funkcija, za razliku od drugih članova komanditnog društva (komplementari) kojim su ta sredstva potrebna, jer ih nemaju raspoloživim, da bi istim mogli upravljati s ciljem obavljanja određene djelatnosti i sticanja dobiti.³³ Tajni članovi (komanditori) snose ograničen rizik do visine unesenih (ugovorenih ili registriranih) uloga u imovinu komanditnog društva, a javni članovi (komplementari) snose neograničeni rizik cjelokupnom svojom imovinom za obaveze komanditnog društva.

3. Osnivači komanditnog društva

U kompanijskom pravu u BiH određen je zakonski minimum članova komanditnog društva, a to su najmanje dva člana s različitim statusom od kojih jedan mora biti u svojstvu komanditora, a drugi u svojstvu komplementara. Komplementar odgovara za obaveze društva cjelokupnom svojom imovinom, a komanditor snosi samo poslovni rizik do visine uloga u društvo. U slučaju da društvo broji dva člana od kojih je jedan komplementar, a drugi komanditor, tada sjedinjenjem obje kategorije članova u jednom licu nakon početnog osnivanja društva, prestaje postojati i samo društvo ako ne bude transformisano u neki drugi zakonom dopušteni oblik poslovanja. Iz ovoga proizilazi, da je kod komanditnog društva potrebno da postoje minimalno dva člana s različitim statusom - najmanje jedan član u ulozi komplementara i najmanje jedan član u ulozi komanditora.

Iako maksimalan broj članova nije određen zakonom, u domaćoj privrednoj praksi komanditna društva su do sada bila ionako rijetka pojava i uglavnom su egzistirala

30 Trifković, M., et al., o. c., s. 386-387; Lange, K.W., o. c., s. 1017; Woldridge, F., o. c. s. 29; Stefanović, Z., o. c., Rn. 977, s. 361.

31 Vasiljević, Z., o. c., Rn. 232, s. 189-190, s. 188; Stefanović, Z., o. c., Rn. 975, s. 361.

32 Stefanović, Z., o. c., Rn. 976, s. 361.

33 Jankovec, I., o. c., s. 71; Vasiljević, Z., o. c., Rn. 227, s. 187.

s jednim relativno skromnim brojem članova.³⁴ U odnosu na društva kapitala, npr. dionička društva, broj članova kod ovih društva je redovito skromniji,³⁵ s obzirom na postojanje između članova jednog izrazitog odnosa uzajamnog povjerenja, ličnih veza i poznanstva—intuitu personae.³⁶ Također, složena priroda odnosa koja postoji između članova komanditnog društva je nešto što unaprijed odvraća potencijalne investitore da se odluče za osnivanje ovog tipa društava s ciljem obavljanja određene djelatnosti. Osim toga, potencijalni osnivači ne mogu računati da će osnivanjem komanditnog društva jednako osnivanju društava kapitala moći obavljati sve privredne djelatnosti (npr. u tom obliku nije dopušteno obavljanje bankarskih ili osiguravajućih poslova).³⁷ Ovaj tip privrednog društva u uporednoj poslovnoj praksi se danas najčešće koristi za obavljanje slobodnih profesija, te porodičnog biznisa s ciljem zaštite interesa uskog familijarnog kruga članova.³⁸ U njemačkoj poslovnoj praksi kao članovi ovog društva se pojavljuju fizička lica i korporacije koje imaju pravnu sposobnost, ali i personalističke asocijacije kao što su društva s ograničenom odgovornošću (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, GmbH).³⁹ U ulozi komanditora, ali i komplementara se također nerijetko pojavljuju i građanskopravni ortakluci.⁴⁰ S druge strane, u svojstvu članova komanditnog društva u kompanijskom pravu u BiH, kako komplementara, tako i komanditora, se danas također mogu pojaviti i fizička ili pravna lica, što ranije nije bio slučaj, jer su samo fizička lica za vrijeme važenja Zakona o preduzećima FBiH iz 1995.g. (skraćeno: ZOP FBiH)⁴¹ mogla biti u ulozi komanditora,⁴² nasuprot Zakona o preduzećima RS iz 1998.g. (ZOP RS)⁴³ koji je predviđao da se u toj ulozi mogu pojaviti samo komplementari.⁴⁴

34 Trifković, M., et al., o. c., s. 387.

35 Vasiljević, Z., o. c., Rn. 229, s. 189.

36 Milenović D., Komanditno društvo, "Pravo i privreda", br. 3-6/95, Beograd, 159; Vasiljević, Z., o. c., Rn. 232, s. 190.

37 Vasiljević, Z., o. c., Rn. 233, s. 188.

38 Woldridge, F., o. c. s. 29; Lange, K.W., o. c., s. 1018; Trifković, M., et al., o. c., s. 387.

39 Arsić, Z., o. c., s. 49; Lange, K.W., o. c., s. 1017.

40 Lange, K.W., o. c., s. 1017; Woldridge, F., o. c. s. 29.

41 Zakona o preduzećima FBiH iz 1995.g (Sl. n. FBiH⁴, br. 2/95, 2/96, 8/96) je derogirao ranije preuzeti Zakon o preduzećima SFRJ iz 1988.g. („Sl. l. SFRJ, br. 77/88, 40/89, 46/90 i 61/90), te je bio na snazi sve dok nije donesen Zakon o privrednim društvima FBiH iz 1999.g. („Sl. nov. FBiH⁴, br. 23/99, 45/00, 2/02, 6/02, 29/03, 68/05, 91/07, 84/08, 88/08, 7/09, 63/10 i 75/13). Ovaj propis iz 1999.g. je važio sve do 2015.g. kad je donesen novi Zakon o privrednim društvima FBiH (trenutno na snazi).

42 V. čl. 63. ZOP FBiH.

43 Zakon o preduzećima RS iz 1998 g. („Sl. gl. RS“, br. 24/98, 62/02, 66/02, 38/03, 97/04 i 34/06) je derogirao ranije preuzeti Zakon o preduzećima SFRJ iz 1988.g. („Sl. l. SFRJ, br. 77/88, 40/89, 46/90 i 61/90). Ovaj propis iz 1998.g. je važio do 2008.g. kad je donesen novi Zakon o privrednim društvima RS (trenutno na snazi).

44 V. čl. 164. ZOP RS.

4. Zabrana konkurencije članovima komanditnog društva

Ograničenje iz ranijeg ZOP FBiH/RS gdje komplementari ili komanditori nisu mogla biti fizička lica ne nalazi svoju primjenu i u novom kompanijskom pravu u BiH. Međutim, postoje neka druga ograničenja, kao što je ono o zabrani konkurencije komplementarima.⁴⁵ Jednako članovima društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću opća zakonska zabrana konkurencije važi i za komplementare kod komanditnog društva,⁴⁶ jer oni ne mogu biti članovi društva sa neograničenom solidarnom niti se u tom svojstvu pojaviti u drugom komanditnom društvu koje je u konkurentnom odnosu s djelatnošću prvog komanditnog društva. To isto ne važi i u slučaju kad je riječ o komanditorima, jer oni u komanditnom društvu ne vrše funkciju upravljanja niti poslovanja ili zastupanja.⁴⁷ Međutim, nije isključeno ni da se komanditori nađu u određenom sukobu interesa, npr. postanu kontrolni članovi ili članovi s većinskim udjelom u komanditnom društvu. Tada je primjereno da se ugovorom o osnivanju ako to prethodno nije određeno, proširi i na njih zabrana konkurencije.⁴⁸ U njemačkom kompanijskom pravu je također prisutna zabrana konkurencije u odnosu na komplementare, nasuprot komanditora kojim nije zabranjeno da se natječu s komanditnim društvom osim ako ugovorom o osnivanju nije određeno drugačije.⁴⁹ Međutim, takve klauzule kojima se ograničava konkurencija ipak moraju biti u skladu s njemačkim propisima o tržišnom natjecanju i pravom EU.⁵⁰

5. Osnivački akt i ugovor članova komanditnog društva

U kompanijskom pravu u BiH komanditno društvo se osniva ugovorom o osnivanju koji mora biti sačinjen u formi notarski obrađene isprave.⁵¹ To je značajna razlika u odnosu na neka uporedna kompanijska prava u kojim ugovor o osnivanju ne mora biti sačinjen u posebnoj pismenoj formi (*ad solemnitatem*), osim ako predmet uloga nisu nekretnine.⁵² U kompanijskom pravu u BiH ugovor o osnivanju je opšti i jedini osnivački akt, jer komanditno društvo ne donosi statut. To je inače tipična odlika i kod osnivanja društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću i/ili ortačkog društva.

Ugovor o osnivanju kao osnivački akt komanditnog društva obavezno sadrži sljedeće elemente: a) firmu i sjedište društva; b) ime, prezime i adresu prebivališta,

45 V. čl. 40. i 87. na čiju primjenu upućuje čl. 94. st. 2. ZPD FBiH; i čl. 36. ZPD RS.

46 V. čl. 87. ZPD FBiH.

47 Lange, K.W., o. c., s. 1020.

48 Čović, Š., o. c., s. 222.

49 Woldridge, F., o. c. s. 30; Čović, Š., o. c., s. 221; sup.: Lange, K.W., o. c., s. 1020.

50 Woldridge, F., o. c. s. 30.

51 V. čl. 7. st. 1 i 3. ZPD RS.

52 Čović, Š., o. c., s. 215.

odnosno firmu i sjedište članova; c) određenje koji članovi su komplementari a koji komanditori; d) vrstu i iznos uloga svakog člana; i e) djelatnost komanditnog društva.⁵³ Osim obaveznih elemenata, osnivači u ugovoru o osnivanju mogu navesti i neke druge elemente koji su značajni za njihove unutrašnje i vanjske odnose, kao i funkcionisanje samog društva (npr. upravljanje, poslovanje, zastupanje, raspodjela dobiti i snošenje gubitaka, prenos udjela, prestanak članstva, izmjene i dopune ugovora o osnivanju, trajanje i raskid ugovora o osnivanju, klauzule o konkurenciji, rješavanju sporova, mjerodavnom pravu, itd).⁵⁴ U slučaju da neke od takvih fakultativnih odredbi omaškom ili propustom osnivača ne nađu svoje mjesto u ugovoru o osnivanju, tada je izlaz na sva otvorena sporna pitanja potrebno potražiti s pozivom na primjenu pravila kojim se reguliše ugovor o ortakluku, jer ugovor o osnivanju po svojoj pravnoj prirodi i nije ništa drugo nego ugovor o ortakluku (ovaj ugovor nije reguliran u ZOO FBiH/RS, pa se na njega i dalje primjenjuju pravna pravila Austrijskog građanskog zakonika (*Österreichische Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB) pod uslovom da nisu u suprotnosti sa načelima domaćeg pravnog poretka.⁵⁵ Primjetna razlika između kompanijskog prava entiteta BiH je što ZPD RS osim ugovora o osnivanju kao osnivačkog akta komanditnog društva nasuprot ZPD FBiH predviđa i mogućnost zaključenja jednog drugog ugovora koji nije osnivački akt društva, a to je pismeni ugovor između članova komanditnog društva.⁵⁶ Kako se na komanditno društvo prema ZPD RS primjenjuju pravila koja važe za ortačko društvo, tako se i na ugovor između članova komanditnog društva ponavljaju ista posebna pravila koja važe i kod zaključenja pismenog ugovora između članova ortačkog društva.⁵⁷

Ugovor između članova komanditnog društva kao i ugovor između članova ortačkog društva reguliše unutrašnje odnose između članova i odnose članova prema ortačkom društvu, za razliku od ugovora o osnivanju kao osnivačkog akta koji reguliše odnose društva prema trećim licima. Ugovor između članova

53 V. čl. 95. st. 1. ZPD FBiH; i čl. 87. st. 1. ZPD RS.

54 V. čl. 87. st. 2. ZPD RS. Isto je dozvoljeno i s pozivom na primjenu čl. 95. st. 1. ZPD FBiH.

55 V. čl. 4. Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. aprila 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije ("Službeni list FNRJ", br. 86 od 25. oktobra 1946.g.) koji je na ugovor o poklonu, posudbi i ortakluku u nedostatku pravila sadržanih u Zakonu o obligacionim odnosima SFRJ iz 1978.g ("Sl. l. SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89. i 57/89.) omogućio nastavak primijene pravila ABGB u pogledu regulacije ovih ugovora. Inače, ZOO SFRJ je u pravni poredak RBiH preuzet na temelju Uredbe sa zakonskom snagom Predsjedništva RBiH ("Sl. list RBiH", br. 2/92, 13/93 i 13/94), dok je u RS preuzet Ustavnim zakonom za provođenje Ustava RS ("Sl. gl. RS", br. 21/92). U svrhe ispunjenja preuzetih obaveza BiH iz potpisanog sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju sa EU od 16.06.2008.g. i afirmacije ekonomskih sloboda unutar jedinstvenog ekonomskog prostora BiH do danas je bilo više pokušaja za usaglašenim reformisanjem oblasti obligacionih odnosa na nivou države BiH. Međutim, politički razlozi su uspjeli zasjeniti i vrijednost prve inicijative od 16.06.2003.g. sa predstavljenim Nacrtom ZOO FBiH/RS, kao i one druge od 10.12.2009.g sa javnosti dostupnim prijedlogom ZOO na nivou BiH.

56 V. čl. 7. st. 5. i čl. 89. ZPD RS.

57 V. čl. 51. ZPD RS.

komanditnog društva nije konstitutivan za osnivanje društva, nego ugovor o osnivanju, pa se ovaj jedino i prilaže registru. U slučaju kolizije odredbi ugovora o osnivanju i ugovora između članova komanditnog društva, prednost u primjeni imaju odredbe ugovora o osnivanju. Za izmjene ugovora o osnivanju prema ZPD FBiH i ZPD RS potrebna je saglasnost svih članova komanditnog društva.⁵⁸ To važi ako ugovorom o osnivanju nije određeno drugačije (npr. može biti određeno da nije potrebna saglasnost svih članova komanditnog društva, nego saglasnost svih komplementara i/ili većine komanditora po broju ili kapitalu, ili po broju i po kapitalu).⁵⁹ Međutim, izmjene ugovora o osnivanju komanditnog društva, kojim se povećavaju ili utvrđuju nove obaveze članova društva utvrđene ugovorom o osnivanju društva nisu moguće primjenom drugačijeg modela odlučivanja kojim bi se isključivala saglasnost svih članova komanditnog društva na koje se takve promjene odnose.⁶⁰

6. Ulozi osnivača (članova) i osnovni kapital komanditnog društva

Ulozi članova komanditnog društva prema ZPD FBiH mogu biti u novcu, stvarima, pravima i izvršenim uslugama, dok prema ZPD RS pored navedenog mogu biti i u izvršenom radu.⁶¹ Za vrijeme važenja ZOP FBiH ono što je bilo dopušteno komplementarima u smislu unošenja uloga u imovinu komanditnog društva to je bilo zabranjeno komanditorima (ulozi su mogli biti samo u novcu).⁶² S druge strane, ZOP RS je predviđao nešto drugačije rješenje, jer je komanditorima dozvoljavao da u imovinu društva unesu uloge u novcu stvarima i pravima, a komplementarima osim toga i u obliku pružanja usluga ili rada,⁶³ s obzirom da su ovi posljednji ionako odgovarali za obaveze društva cjelokupnom svojom imovinom.⁶⁴ Dok su komanditori bili ulagači kapitala koji su snosili rizik do visine uloženog u imovinu društva bez prava na upravljanje, posloводство i zastupanje društva, dotle su komplementari bili ulagači rada i poslovnih usluga, za koje se smatralo da svojim ličnim angažovanjem i sposobnošću u vođenju upravljanja, posloводства i zastupanja društva mogu samo povećati početnu imovinu društva. Takva ograničenja u pogledu vrste uloga su sada otpala, jer ulozi, kako komanditora, tako i komplementara mogu biti i u novcu, stvarima i pravima, kao i u izvršenim uslugama ili radu, iako ovo posljednje (izvršenim uslugama ili radu) važi samo za ZPD RS, a ne i ZPD FBiH, jer ovaj govori samo o izvršenim uslugama. S druge

58 V. čl. 96. st. 1. ZPD FBiH; i čl. 88. st. 1. ZPD RS.

59 Vujisić, D., Vršenje funkcije organa preduzeća u društvima lica, Pravni život, br. 11/2002, s. 357.

60 Vujisić, D., o. c., s. 357. Na to uostalom izričito ukazuje i čl. 88. st. 2. ZPD RS za razliku od ZPD FBiH koji se o tome ne izjašnjava.

61 Usp.: čl. 79. na čiju primjenu upućuje čl. 94. st. 2. ZPD FBiH i čl. 91. st. 1. ZPD RS.

62 V. ex. čl. 65. ZOP FBiH.

63 V. ex. čl. 167. ZOP RS.

64 Čović, Š., o. c., s. 214.

strane, u francuskom pravu je izričito naglašeno da ulog komanditora ne može biti u uslugama.⁶⁵ U pravnoj teoriji su prisutna različita mišljenja u pogledu toga da li ulozi komanditora mogu biti i u izvršenim uslugama ili radu. Neki autori danas brane stajalište usvojeno u ZPD RS da ulog komanditora nije moguć u pružanju budućih usluga ili radu, nego samo u izvršenim uslugama ili radu. Isto stajalište je također usvojeno i u njemačkom kompanijskom pravu, a zasniva se na argumentaciji kako društvo za svoje obaveze ne može odgovarati s onim što kao ulog nije novčano izraženo u njegovoj imovini ili glavnici, jer društvo primarno može odgovarati trećim licima samo s onim što ima, a to je ono što reprezentuje i udjele njegovih članova. Imovina društva u slučaju njegovog pozitivnog poslovanja je redovito veća od početnog (osnovnog) kapitala društva, ali ipak početni kapital društva mora biti zasnovan i na nekoj materijalnoj vrijednosti kako bi ona bila stavljena u funkciju ostvarenja ciljeva društva i zaštite povjerioca, neovisno o tome što osim društva za obaveze društva odgovaraju i komplementari cjelokupnom svojom imovinom. Čak i ako komplementari u imovinu društva nastoje da unose uloge u izvršenim uslugama ili radu, koji možda u trenutku registracije društva nisu materijalno opipljivi, to u svakom slučaju prije registracije društva ne bi trebalo biti dozvoljeno i komanditorima. Ulozi komanditora bez obzira na vrstu moraju biti takvi da formiraju makar simboličnu vrijednost početnog kapitala, kako bi društvo moglo otpočeti svoj siguran ekonomski i pravni život. I pored toga, u kompanijskom pravu u BiH je kao što je prethodno naglašeno, usvojeno suprotno stajalište da ulozi komanditora mogu biti i u izvršenim uslugama ili radu, ali s tom razlikom što je ZPD FBiH dozvolio komanditorima unošenje uloga samo u vidu izvršenih usluga (ne i budućih usluga), a ZPD RS osim toga i u izvršenom radu (ne i budućem radu). U kompanijskom pravu u BiH nije propisan zakonski minimum osnivačkog kapitala ili glavnice komanditnog društva, nego se on, kao i vrsta uloga, te način i vrijeme unošenja uloga određuje ugovorom o osnivanju.⁶⁶ Svi nenovčani ulozi članova komanditnog društva moraju biti izraženi u novcu, a na temelju izvršene procjene članova komanditnog društva ili u slučaju spora ovlaštenih procjenitelja.⁶⁷

Ulozi komplementara, kao i članova društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću i/ili ortačkog društva mogu, a i ne moraju biti jednaki. U pravilu ulozi komplementara su jednaki, ali ugovorom o osnivanju komanditnog društva može biti predviđeno i suprotno da ulozi, a time i udjeli komplementara u komanditnom društvu budu nejednaki, jer pravilo o jednakosti uloga, kao i kod osnivanja društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću nije imperativne, nego dispozitivne naravi.⁶⁸ Osnovni kapital komanditnog društva je podjeljen na udjele koji osnivači stiču unošenjem odgovarajućih uloga prije registracije

65 V. čl. L. 222-1. reč. 3. C.com.

66 V. čl. 79. st. 2. na koji upućuje čl. 94. st. 2. ZPD FBiH i čl. 88. st. 1. ZPD RS.

67 V. čl. 45. st. 1 i 2. ZPD FBiH i čl. 14. st. 2. i 3. ZPD RS.

68 V. čl. 79. st. 3. na koji upućuje čl. 94. st. 2. ZPD FBiH; i čl. 54. st. 2. na koji upućuje čl. 86. st. 1. ZPD RS.

komanditnog društva,⁶⁹ osim ako ugovorom o osnivanju nije određeno da te uloge mogu unijeti i nakon registracije, a što je inače predviđeno kao dodatna mogućnost prema ZPD FBiH gdje stoji da to trebaju učiniti najkasnije dva mjeseca nakon registracije komanditnog društva.⁷⁰ Komanditno društvo se osniva na simultan način gdje zaključenjem ugovora o osnivanju, osnivači preuzimaju obavezu da unesu uloge u imovinu društva u ugovorenom ili zakonom propisanom roku s eventualnim snošenjem i odgovarajućih posljedica ako to ne učine na vrijeme i saglasno u svemu što je određeno ugovorom o osnivanju (npr. mogu biti dužni da plate zatezne kamata kod kašnjenja s unošenjem novčanih uloga ili ugovornu kaznu kod kašnjenja s unošenjem nenovčanih uloga).⁷¹ Dok komplementari prema ZPD RS ugovoreni ulog u imovinu komanditnog društva moraju unijeti u cijelosti najkasnije do momenta registracije komanditnog društva,⁷² jer komanditno društvo nakon toga mora imati neku, pa makar i simboličnu početnu imovinu da bi moglo otpočeti svoje poslovanje, dotle komplementari prema ZPD FBiH ugovoreni ulog u imovinu komanditnog društva mogu unijeti i nakon registracije komanditnog društva u ugovorenom roku određenom sukladno ugovoru o osnivanju (najkasnije dva mjeseca),⁷³ a što se opravdava time da oni ionako odgovaraju za obaveze komanditnog društva neograničeno i solidarno cjelokupnom svojom imovinom. Također, stvari stoje nešto drugačije i u pogledu izvršenja obaveze unošenja uloga komanditora, jer ZPD FBiH govori o registriranom ulogu,⁷⁴ a ZPD RS o ugovorenom ulogu komanditora.⁷⁵

Slijedom toga, ZPD FBiH otvara i jednu dodatnu mogućnost da registrirani ulog komanditora bude veći od ugovorenog uloga, a što može povući za sobom i određene posljedice ukoliko komanditori u cijelosti ne unesu ugovorene uloge prije registracije komanditnog društva. Komanditori su dužni unijeti ugovorene uloge u imovinu komanditnog društva do ugovorenog ili propisanog roka sukladno ugovoru o osnivanju, i oni se te obaveze ne mogu osloboditi u cjelini ili djelimično, niti je odložiti.⁷⁶ Stoga je ništav svaki sporazum kojim se komanditori oslobađaju od obaveze izvršenja (u cjelini ili djelimično) unošenja ugovorenih uloga ili odlaganja njenog izvršenja.⁷⁷ Ako komanditori ugovoreni ulog ne unese u cijelosti i na vrijeme do ugovorenog ili propisanog roka sukladno ugovoru o osnivanju, tada se izlažu dvostrukom riziku: 1) ostali članovi komanditnog društva i samo

69 V. čl. 13. st. 1. i 2. na koji upućuje čl. 86. st. 1. ZPD RS.

70 V. čl. 79. st. 4. na koji upućuje čl. 94. st. 2. ZPD FBiH (izuzetak od općeg pravila iz čl. 45. st. 2. ZPD FBiH).

71 V. čl. 55. st. 1. na koji upućuje čl. 86. st. 1. ZPD RS.

72 V. čl. 13. st. 1. na koji upućuje čl. 86. st. 2. ZPD RS.

73 V. čl. 79. st. 4. na koji upućuje čl. 94. st. 2. ZPD FBiH.

74 V. čl. 94. st. 1. ZPD FBiH.

75 V. čl. 91. st. 2. ZPD RS.

76 Velimirović, M., o. c., s. 70.

77 Čović, Š., o. c., s. 217.

društvo može ih tužiti i tražiti unošenje ugovorenog uloga u imovinu komanditnog društva;⁷⁸ i 2) solidarno snose odgovornost povjericima komanditnog društva društva zajedno s društvom do visine ugovorenog uloga kojeg nisu unijeli u imovinu komanditnog društva.⁷⁹ Navedeni rizici su predviđeni kao zakonske mogućnosti u ZPD RS za razliku od ZPD FBiH, jer ih ovaj prepušta autonomnoj regulaciji ugovora o osnivanju, tj. primjenjuju se pravila obligacionog prava na neizvršenje preuzetih obaveza iz ugovora o osnivanju od strane osnivača i kasnijih članova komanditnog društva.

7. Pravni subjektivitet komanditnog društva

U kompanijskom pravu u BiH, a što je bio slučaj i za vrijeme važenja ranijeg ZOP FBiH/RS,⁸⁰ usvojena je koncepciju iz francuskog kompanijskog prava, prema kojoj komanditno društvo, kao i svako drugo privredno društvo, predstavlja pravno lice koje pravni subjektivitet stiče momentom upisa u sudski registar.⁸¹ Nakon zaključenja ugovora o osnivanju i izvršenja obaveza na unošenje uloga s ciljem formiranja početne imovine komanditnog društva, osnivači potpisuju prijavu o registraciji koja se podnosi nadležnom općinskom sudu radi upisa (registracija) komanditnog društva u registar privrednih društava.⁸² Izvršena registracija u registru ima konstitutivan značaj za sticanje pravne, poslovne i deliktne sposobnosti komanditnog društva jednako slučaju izvršene registracije društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću i/ili ortačkog društva. Ta prijava o registraciji između ostalog sadrži podatke o komanditnom društvu (firma, sjedište i djelatnost) i članovima komanditnog društva (ime ili firma komanditora kao i ime ili firma komplementara, te vrsta i visina uloga kako komanditora, tako i komplementara). Firma komanditnog društva je personalna firma i u nju se unose imena svih, nekolicine, ili samo jednog komplementara- javnih članova, dok se ne unose i imena ili firma komanditora- tajnih članova.⁸³ U firmu komanditnog društva potrebno je unijeti makar firmu ili ime jednog od komplementara, a sve radi obavještanja trećih lica da u komanditnom društvu između ostalih postoji i taj član komanditnog društva koji odgovara za njegove obaveze neograničeno, solidarno cjelokupnom svojom imovinom. U slučaju ako se u firmu društva osim komplementara unese i ime ili firma nekog od komanditora, tada se mijenja i priroda odgovornosti tog člana društva, jer on za obaveze društva više ne odgovara kao komanditor do iznosa svog uloga, nego isto, kao da je komplementar u tom

78 V. čl. 13. st. 3. 7. i 10. ZPD RS.

79 V. čl. 12. st. 1. ZPD RS.

80 V. čl. 63 u vezi s čl. 68. ZOP FBiH i čl. 164. u vezi s čl. 166. ZOP RS.

81 V. čl. 2. st. 1., čl. 3. st. 1. tač. c) i čl. 4. st. 1. ZPD FBiH; čl. 2. st. 1. i 2. i čl. 8. ZPD RS.

82 V. čl. 97. ZPD FBiH; čl. 9. ZPD RS.

83 V. čl. 12. st. 2. ZPD FBiH; čl. 18. ZPD RS.

društvu, tj. neograničeno cjelokupnom svojom imovinom.⁸⁴ Iza imena ili firme jednog ili više komplementara se redovito dodaje i skraćena oznaka k.d. koja ukazuje na oblik i prirodu odgovornosti ovog oblika privrednih društva u pravnom prometu. Također, firma komanditnog društva treba da sadrži, i djelatnost i sjedište društva, a što proizilazi iz opštih odredabi o firmi koje su inače sadržane u opštem dijelu kompanijskih zakona u BiH. Za komanditore se nerijetko kaže da su to tajni članovi, a da su komplementari javni članovi društva. Međutim, takve tvrdnje ipak treba držati i sa jednom ozbiljnom rezervom, jer je registar privrednih društava javni registar u kojem su između ostalog nakon registracije komanditnog društva sadržani i određeni podaci koji se tiču komanditora (npr. ime ili firma, uključujući i visinu uloga), a do kojih uvidom vrlo jednostavno mogu doći sva treća lica koja imaju pravni interes, te nastaviti svoja daljnja istraživanja u različite svrhe.⁸⁵ U njemačkom kompanijskom pravu komaditno društvo se također upisuje u trgovački registar koji vodi lokalni trgovački sud i tom društvu se mora dati firma iza koje slijedi oznaka koji pokazuje njegov pravni oblik.⁸⁶ Međutim, komanditno društvo nastaje nakon što je upisano u ovaj registar, ali time ne stiče i pravni subjektivitet.⁸⁷ U slučaju da društvo obavlja određene poslove prije registracije, a ima sva obilježja privrednog društva, takvi poslovi obvezuju društvo i treća lica.⁸⁸ Međutim, sasvim drugačiji pristup važi onda i kada relevantni poslovi nisu komercijalne prirode i kada nisu obavezujući. Ako se komanditor složi s početkom poslovanja prije registracije, tada preuzima na sebe i neograničenu odgovornost za poslove zaključene prije registracije, osim ako relevantni povjerioci znaju da je on član komanditnog društva koji snosi samo ograničen poslovni rizik, tj. odgovara do visine svog ugovorenog uloga.⁸⁹ U kompanijskom pravu u BiH također komanditor odgovara neograničeno za obaveze komanditnog društva nastale prije registracije, ali s tom razlikom što je znanje trećih lica irelevantno.⁹⁰

8. Interni odnosi članova komanditnog društva

8.1. Organizacija i vršenje funkcije upravljanja i poslovanja

Komanditno društvo jednako, kao i društvo sa neograničenom solidarnom odgovornošću i/ili ortačko društvo nema neke svoje posebne organe,⁹¹ nego članovi komanditnog društva na samostalno ili zajednički obavljaju funkcije upravljanja i

84 V. čl. 12. st. 2. ZPD FBiH; čl. 97. st. 1. ZPD RS.

85 V. čl. 60. i 61. ZPD FBiH; čl. 10. ZPD RS.

86 V. čl. 123. (1) i (3) u vezi s čl. 16. (2) HGB.

87 Woldridge, F., o. c. s. 29.

88 V. čl. 123 (2) HGB.

89 V. čl. 176 (1) HGB.

90 V. čl. 4. st. 4. ZPD FBiH; čl. 12. st. 1. ZPD RS.

91 Vujisić, D., o. c., s. 355-356; Vasiljević, Z., o. c., Rn. 239, s. 195.

posloводства s ciljem obavljanja registrovane privredne djelatnosti komanditnog društva. Kako komanditno društvo ima dvije kategorije članova sa različitim statusom, to posebno dolazi do izražaja i u pogledu vršenju sadržaja pomenutih funkcija upravljanja i posloводства u komanditnom društvu. Pravo upravljanja i vođenja poslova komanditnog društva imaju javni članovi komplementari, a ne i tajni članovi komanditori,⁹² jer za njih u ovom dijelu važi zakonska zabrana. Dok komplementari imaju pravo i obavezu da upravljaju i vode poslove komanditnog društva u skladu sa ugovorom o osnivanju, dotle komanditori nemaju pravo niti obavezu da vrše takve funkcije u komanditnom društvu.⁹³ U uporednoj literaturi se zbog toga položaj komanditora često opisuje i metafore „spavajući članovi komanditnog društva“.⁹⁴ Za razliku od komanditora, položaj komplementara u pogledu upravljanja i vođenja poslova komanditnog društva je naprosto izjednačen u svemu i sa položajem članova društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću.⁹⁵

Sve što važi za članove društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću važi i za komplementare u komanditnom društvu. Od toga koliki je broj komplementara ovisi i broj članova komanditnog društva koji imaju pravo na upravljanje i vođenja poslova komanditnog društva. Tako svi, nekolicina ili samo jedan član u svojstvu komplementara mogu biti s pravom na upravljanje, kao i s pravom na vođenje poslova komanditnog društva.⁹⁶ Obje funkcije najčešće su sjedinjenje u istim licima-komplementarima društva.⁹⁷ Međutim, nije isključeno ni da budu razdvojene na način da samo neki komplementari imaju pravo na upravljanje, a drugi samo pravo na vođenje poslova komanditnog društva, i obrnuto. Također, funkciju upravljanja komanditnim društvom komplementari jednako članovima društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću i/ili ortačkog društva mogu povjeriti i nekom trećem licu uz svoju saglasnost.⁹⁸ S druge strane, komanditorima je izričito zabranjeno u kompanijskom pravu u BiH da vrše funkciju upravljanja, kao i funkciju vođenja poslovanje u komanditnom društvu. Osim toga, komanditori nemaju pravo ni da se suprotstave odlukama komplementara koje se tiču redovnog poslovanja komanditnog društva, a što nije slučaj i kad se radi o odlukama komplementara koje se tiču vanrednog poslovanja komanditnog društva, jer je tada potrebna saglasnost svih članova komanditnog društva, tj. i komanditora i komplementara.⁹⁹ U njemačkom pravu su također komanditori

92 V. čl. 98. st. 1. ZPD FBiH; i čl. 95. ZPD RS.

93 Trifković, M., et al., o. c., s. 397; Čović, Š., o. c., s. 219.

94 Barbić, J., Osobe koje vode poslove kao odgovorne osobe i određenje predstavnika pravne osobe po zakonu o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 10, br. 2/2003, s. 806.

95 V. čl. 80-84. ZPD FBiH; i čl. 59-65. ZPD RS.

96 Vujisić, D., o. c., s. 356.

97 Trifković, M., et al., o. c., s. 399; Vujisić, D., o. c., s. 358.

98 Vujisić, D., o. c., s. 365; Trifković, M., et al., o. c., s. 398-399.

99 Čović, Š., o. c., s. 219.

isključeni iz vođenja redovnih poslova komanditnog društva,¹⁰⁰ s tim što je njihov pristanak na vanredne poslove komanditnog društva obavezan. Iz ugla promatranja kompanijskog prava BiH analogna primjena pravila o društvu sa neograničenom solidarnom odgovornošću i/ili ortačkom društvu na komanditna društva ima za rezultat da se komanditorima priznaje i pravo na obavljanje funkcije posloводства u pogledu preduzimanja vanrednih poslova komanditnog društva. Međutim, takav rezultat isključuje primjena i posebnih pravila o komanditnim društvima, jer se istim zabranjuje da komanditori vrše ikakvu funkciju posloводства u komanditnim društvima. Tako posebna pravila koja važe za komanditna društva imaju prednost u primjeni u odnosu na upućujuća pravila koja važe za društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću. I pored toga, smatramo da bi pomenutu zabranu trebalo shvatiti restriktivno.

Dok komanditori nemaju pravo sudjelovati zajedno s komplementarima u donošenju odluka o preduzimanju redovnih poslova komanditnog društva niti pravo izraziti svoje neslaganje-protivljenje s odlukama o njihovom preduzimanju koje donose isključivo komplementari, dotle komanditori imaju pravo izraziti svoje protivljenje s odlukama o preduzimanju vanrednih poslova komanditnog društva koje donese isključivo komplementari, a nemaju pravo sudjelovati zajedno sa komplementarima i u donošenju odluka o njihovom njihovom preduzimanju.¹⁰¹ Takav ishod konkurencije između ovih sadržajno različitih pravila i nije stvar neke izrazite jasnoće, jer po logici stvari on može biti takav i da se komanditorima prizna pravo na protivljenje, a ne i na sudjelovanje zajedno s komplementarima u donošenju odluka o preduzimanju vanrednih poslova komanditnog društva. Kako se na ovaj način zaobilazi generalna zabrana da komanditori vode poslove komanditnog društva, to otkriva pozadinu i zašto ona u pogledu vođenja vanrednih poslova komanditnog društva nije imperativne prirode u toj mjeri kao i kad se radi o slučaju vođenja redovnih poslova komanditnog društva. U uporednom pravu postoje i nešto drugačija rješenja kao odgovor na pitanje vođenja vanrednih poslova komanditnog društva, jer se komanditorima osim prava na protivljenje priznaje i pravo na sudjelovanje zajedno s komplementarima u donošenju odluka o preduzimanju vanrednih poslova komanditnog društva.¹⁰² Tako komanditori zbog povrede obaveze komplementara na zajedničko donošenje odluke s komanditorima o preduzimanju nekog vanrednog posla komanditnog društva, kao i povrede obaveze komplementara na lojalnost prema komanditorima i samom društvu, mogu protiv komplementara podnijeti tužbu s negativnim tužbenim zahtjevom na nepreduzimanje nekog vanrednog posla, pa čak podnijeti i tužbu za naknadu štete ako su komplementari već preduzeli neki vanredni posao kojim je prouzrokovana određena šteta komanditnom društvu. Međutim, oni ne mogu sprečiti učinak nekog vanrednog posla prema trećim licima ako je on preduzet

100 V. čl. 164 HGB.

101 Čović, Š., o. c., s. 219.

102 Cahn, A., Donald, D.C., o. c., s. 32; Lange, K.W., o. c., s. 1019.

bez njihovog sudjelovanja, osim u slučaju koluzije, tj. zloupotrebe ovlaštenja.¹⁰³ S druge strane, komplementari mogu tužiti komanditore ako neopravdano uskrate saglasnost za preduzimanje nekog vanrednog posla u interesu komanditnog društva kako bi se usaglasili s njegovim preduzimanjem, a uz to protiv komanditora zbog povrede obaveze na lojalnost po tom osnovu mogu podnijeti i tužbu za naknadu štete prouzrokovane komanditnom društvu.¹⁰⁴

Neka uporedna prava idu čak toliko daleko da komanditorima priznaju i pravo na vođenje redovnih poslova komanditnog društva zajedno s komplementarima uz daljnje pravo i na protivljenje.¹⁰⁵ Tu komanditori u odnosu na ono što je propisano zakonom mogu ugovorom o osnivanju steći i šira ili uža ovlaštenja na vođenje redovnih poslova komanditnog društva. Pri tome, sloboda uređivanja funkcije posloводства omogućava u dopuštenim okvirima da se ugovorom o osnivanju bez isključenja komplementara ovlaste svi ili samo neki komanditori na vođenje redovnih poslova ili da se ugovorom o osnivanju ovlaste svi ili samo neki komanditori na vođenje redovnih poslova, a da se istovremeno isključe svi ili samo neki komplementari od vođenja redovnih poslova komanditnog društva.¹⁰⁶ Dakle, komplementari imaju zakonsko ovlaštenje na vođenje redovnih i vanrednih poslova komanditnog društva, osim ako od toga nisu isključeni ugovorom o osnivanju, a što može biti u korist jednog ili više komanditora. U nekim uporednim pravima (npr. njemačko kompanijsko pravo) ugovorom o osnivanju je dopušteno da svi ili samo neki komanditori imaju ovlaštenje da daju upute ili instrukcije komplementarima u vođenju redovnih poslova komanditnog društva (pojedinačno ili donošenjem zajedničke odluke).¹⁰⁷ Pri tome, komanditori nemaju puna ovlaštenja na vođenje redovnih poslova komanditnog društva, nego pomažu komplementarima samo da se ti redovni poslovi obave u najboljem interesu komanditnog društva.¹⁰⁸ Međutim, svako ovlaštenje koje pripada komanditorima na vođenje redovnih poslova komanditnog društva, pa čak i ovo koje se u nekim uporednim pravima ograničava unutar komanditnog društva na davanje određenih uputa ili instrukcija komplementarima je redovito povezano sa ulaganjem nekog njihovog rada radi ostvarenja zajedničkog cilja komanditnog društva.¹⁰⁹ Za takav rad komanditori mogu imati pravo i na određenu naknadu jednako komplementarima ovlaštenim na vođenje poslova komanditnog društva ako je ista predviđena ugovorom o osnivanju, a nije isključeno ni da se ugovorom o osnivanju predvidi da komanditori imaju pravo na posebnu naknadu u preduzimanja onih poslova komanditnog društva na koje se taj njihov rad odnosi,

103 Barbić, J., o. c., s. 807.

104 Barbić, J., o. c., s. 807.

105 Trifković, M., et al., o. c., s. 400.

106 Trifković, M., et al., o. c., s. 400; Barbić, J., o. c., s. 808.

107 Woldridge, F., o. c. s. 30; Arsić, Z., Društva lica, Privreda i pravo, br. 3-6/1993, s. 51; Vasiljević, Z., o. c., Rn. 239, s. 195.

108 Arsić, Z., o. c., s. 332.

109 Barbić, J., o. c., s. 808.

pa čak i da se ovaj izrazi u novcu kao njihov ulog u samom društvu. Sve što je intenzivniji angažman komanditora u vođenju poslova komanditnog društva na temelju ovlaštenja proizašlih iz ugovora o osnivanju, to je veća i njihova obaveza na lojalno postupanje prema drugim članovima komanditnog društva.

U uporednom pravu kad komanditorima i pripada neko ovlaštenje iz ugovora o osnivanju na vođenje poslova komanditnog društva to ne znači samo po sebi i da oni jednako komplementarima trebaju odgovorati povjericima komanditnog društva. Naprotiv, odgovornost komanditora i tada stoji ograničena samo na vrijednost ugovorenog uloga na koji su se obavezali unijeti u imovinu komanditnog društva. Da bi komanditori odgovarali isto kao i komplementari traže se druge pretpostavke izvan vođenja poslova komanditnog društva. Međutim, u kompanijskom pravu u BiH usvojeno je sasvim drugačije rješenje. Komanditori odgovaraju isto kao i komplementari ako neki posao preduzmu samostalno unatoč propisane zabrane vođenja poslova komanditnog društva.¹¹⁰ U uporednom pravu kod vođenja poslova komanditnog društva nije isključeno ni da komanditori snose neograničenu odgovornost, ali ona nije posljedica povrede zakonske zabrane komanditora na vođenje poslova komanditnog društva, nego zloupotrebe datih ovlaštenja ugovorom o osnivanju na vođenje poslova komanditnog društva. Ako komanditori zloupotrebe data ovlaštenja ugovorom o osnivanju na vođenje poslova komanditnog društva, tada im ista mogu biti oduzeta iz tih, ali i nekih drugih predviđenih razloga na način određen ugovorom o osnivanju. U slučaju da oduzimanje ovlaštenja nije predviđeno ugovorom o osnivanju, a komanditorima su data ugovorom o osnivanju, tada ostali članovi komanditnog društva mogu protiv komanditora podnijeti tužbu s traženjem da im se ista oduzmu u interesu komanditnog društva. Iz ovog šarolikog uporednopravnog prikaza nasuprot kompanijskog prava BiH nameće se misao kako je ugovorom o osnivanju dopušteno svim članovima komanditnog društva, a posebno komanditorima u odnosu na komplementare da se predvide i različiti modaliteti vođenja redovnih i vanrednih poslova unutar komanditnog društva, tj. malo toga je zakonom postavljeno za komanditore u odnosu na komplementare na takav način da im je zabranjeno ili u svemu propisano. Shodno tome, svi članovi društva bez razlike imaju široku slobodu da daju različite odgovore na mnoštvo otvorenih pitanja u svom ugovoru o osnivanju na putu ostvarenja zajedničkog cilja društva, ako pri tome žele osigurati sebi efektivniju zaštitu unaprijed zacrtanih interesa. U kompanijskom pravu u BiH komplementari ovlašteni na poslovanje nisu dužni obavjestiti komanditore niti im podnositi odgovarajući izvještaj o preduzetim redovnim radnjama ili poslovima, ali su zato dužni to učiniti i prema komplementarima koji nisu ovlašteni na vođenje poslova komanditnog društva.¹¹¹

U ZPD FBiH nasuprot ZPD RS komanditorima je također priznato pravo i na uvid u poslovne knjige i isprave društva, te godišnji finansijski izvještaj komanditnog

110 V. čl. 100. st. 2. ZPD FBiH; i čl. 99. st. 2 u vezi s čl. 95. st. 2. ZPD RS.

111 V. čl. 84. st. 2. na čiju primjenu upućuje čl. 94. st. 2. ZPD FBiH; i čl. 59. st. 2., čl. 60. st. 3. u vezi s čl. 95. st. 2. ZPD RS.

društva.¹¹² To pravo u okviru nadzora zajedno s pravom na protivljenje predstavlja odlučujući mehanizam zaštite komanditora naspram donesenih odluka komplementara u pogledu vođenja vanrednih poslova komanditnog društva.¹¹³ Sličan pristup usvaja i francusko kompanijsko pravo gdje komanditori imaju pravo najmanje dvaput godišnje ostvariti uvid u knjige i dokumenata komanditnog društva, te postavljati pismena pitanja o upravljanju komanditnim društvom, na koje se također moraju dati i pismeni odgovori.¹¹⁴

8.2. Raspodjela dobiti i snošenje gubitaka

Iznos udjela članova u kapitalu komanditnog društva određuje njihovo sudjelovanje i u dobiti i/ili likvidacionom višku komanditnog društva. Udjeli komanditora i komplementara u komanditnom društvu mogu, a i ne moraju biti jednaki po svom iznosu. Svaki član komanditnog društva ima pravo na dobit, ali je dužan i da snosi gubitke u slučaju negativnog poslovanja komanditnog društva. Na kraju poslovne godine usvaja se godišnji obračun i izvještaj o poslovanja komanditnog društva s prikazom aktive i pasive i ostvarene dobiti ili gubitaka. U slučaju pozitivnog poslovanja, dobit komanditnog društva se sukladno ZPD FBiH dijeli na dva dijela, i to u omjeru utvrđenom ugovorom o osnivanju. Ako ugovorom o osnivanju nije određeno drugačije jedan dio dobiti namijenjen komplementarima se dijeli između njih na jednake dijelove, a drugi dio dobiti namijenjen komanditorima se dijeli između njih srazmjerno njihovim (unesenim) ulozima.¹¹⁵ U ZPD FBiH ne postoji posebno pravilo o snošenju gubitaka članova komanditnog društva, ali se po analogiji može zaključiti da pomenuto posebno pravilo o raspodjeli dobiti komanditnog društva važi i za regulaciju tog otvorenog pitanja.¹¹⁶ S druge strane, ZPD RS određuje da članovi komanditnog društva i komanditori i komplementari učestvuju u dobiti i snošenju gubitaka srazmjerno svojim ulozima u komanditnom društvu, ako ugovorom o osnivanju ili ugovorom članova komanditnog društva nije određeno drugačije.¹¹⁷

Dakle, ZPD RS pretpostavlja primjenu realnog principa raspodjele dobiti i snošenja gubitaka u odnosu na sve članove komanditnog društva, dok ZPD FBiH osim realnog principa za komanditore pretpostavlja i primjenu personalnog principa za komplementare. Utvrđivanje ukupnog udjela komplementara u dobiti društva u odnosu na ukupan udio komanditora može biti različito određeno i po mišljenju nekih autora je to jedino moguće primjenom kapitalnog principa sukladno ugovoru o osnivanju.¹¹⁸ Drugi autori smatraju da veličina udjela članova

112 V. čl. 98. st. 2. ZPD FBiH; i čl. 99. st. 2 u vezi s čl. 95. st. 2. ZPD RS.

113 Lange, K.W., o. c., s. 1019; Vujisić, D., o. c., s. 365-366; Čović, Š., o. c., s. 220.

114 V. čl. L. 222-7. C.com.

115 V. čl. 101. ZPD FBiH.

116 Čović, Š., o. c., s. 220.

117 V. čl. 93. ZPD RS.

118 Jankovec, I., o. c. s. 72; Čović, Š., o. c., s. 220; Trifković, M., et al., o. c., s. 394.

društva ne smije biti jedini način raspodjele dobiti i snošenja gubitaka, s obzirom na različit statusni položaj komplementara u odnosu na komanditore i znatno veći angažman prvih u odnosu na druge članove komanditnog društva. Tragom toga oni se zalažu za upotrebu i određenih pravnih standarda u ugovoru o osnivanju („raspodjela dobiti i gubitaka po srazmjeri koja odgovara prilikama“).¹¹⁹ Takav pristup je usvojen u njemačkom pravu gdje svaki član komanditnog društva ako ugovorom o osnivanju nije drugačije određeno ima pravo učešća u dobiti 4% od njegovog udjela u komanditnom društvu,¹²⁰ dok se preostali dio dobiti, zajedno s bilo kojim gubitkom, raspoređuje u srazmjeri koja odgovara „prilikama“.¹²¹ To znači da komplementari mogu u većem ili pretežnom dijelu zbog tog svog statusa i sa njim povezanog aktivnog djelovanja na poslovnu politiku komanditnog društva računati da će im ta preostala dobit pripasti u odnosu na komanditore. Iz ugla promatranja pozicije kompanijskog prava BiH jasno je da su sva pomenuta pravila o raspodjeli dobiti i snošenju gubitaka dispozitivne prirode i da ugovorom o osnivanju mogu biti potisnuta u sasvim drugi plan. Tako članovi komanditnog društva u okviru načela dispozitivnosti imaju slobodu ugovaranja da pitanje raspodjele dobiti i snošenja gubitaka regulišu u svom ugovoru o osnivanju na način koji će maksimalno uvažiti njihove konkretne interese u komanditnom društvu. Visina učešća komanditora u dobiti komanditnog društva ovisi od visine ugovorenog uloga (ne i uplaćenog ili unesenog uloga) u imovini komanditnog društva. Komanditoru se isplaćuje dobit ako je u cijelosti uplatio ili unijeo ugovoreni ulog u imovinu komanditnog društva. U protivnom, dobit mu se ne isplaćuje, nego se pripisuje njegovom ulogu sve dok ovaj ne dostigne ugovoreni iznos njegovog uloga u imovini komanditnog društva.¹²² Nakon toga, dobit se nastavlja komanditoru isplaćivati na posebno otvoren personalni račun pod pretpostavkom da postoji jedan trend pozitivnog poslovanja komanditnog društva. Što se tiče snošenje gubitaka u slučaju negativnog poslovanja komanditnog društva, komanditori u istim učestvuju onako kako inače odgovaraju i za obaveze komanditnog društva, tj. do visine ugovorenog uloga bez obzira da li su isti uplatili ili unijeli u cijelosti. Za vrijeme negativnog poslovanja i pokrivanja gubitaka komanditnog društva, komanditori nemaju pravo ni na kakvu isplatu dobiti, a ako su pak u dobroj vjeri i nešto primili na ime isplate dobiti unatoč gubitaka komanditnog društva to neće biti dužni vratiti.¹²³ U njemačkom kompanijskom pravu svi gubici komanditnog društva pripisuju se vrijednosti udjela članova komanditnog društva.¹²⁴ Ako vrijednost udjela komanditora padne ispod vrijednosti njihovih izvornih uloga ili postane negativna, tada se ista mora vratiti na prvobitni

119 Trifković, M., et al., o. c., s. 394; Vasiljević, Z., o. c., Rn. 238, s. 194.

120 Woldridge, F., o. c. s. 30.

121 V. čl. 168 (2) HGB.

122 Velimirović, M., o. c., s. 70.

123 Velimirović, M., o. c., s. 70; Vasiljević, Z., o. c., Rn. 238, s. 194; Woldridge, F., o. c. s. 30.

124 Woldridge, F., o. c. s. 30.

iznos prije nego što bude izvršena bilo kakva isplata dobiti komanditorima.¹²⁵ U konačnici, komanditori su dužni platiti sve nepodmirene iznose na ime svojih uloga sa prestankom komanditnog društva.

9. Raspolaganje udjelima članova komanditnog društva

U komanditnom društvu udjeli svih članova društva i komanditora i komplementara se formiraju kao i udjeli članova društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću i/ili ortačkog društva na osnovu unesenih uloga u imovinu komanditnog društva. Međutim, komanditno društvo ima i određene specifičnosti, jer u istom figuriraju dvije kategorije članova koje imaju bitno drugačije uređen statusni položaj (komanditori i komplementari), pa je stoga izjednačavanje moguće i prisutno samo između članova društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću i/ili ortačkog društva i komplementara. U komanditnom društvu i komanditori i komplementari imaju odgovarajući udio koji je izražen u imovini komanditnog društva. Međutim, imovinska i upravljačka prava koja proizilaze iz udjela komanditora i komplementara su takva da ne odgovaraju njihovim članskim pravima.¹²⁶ Dok udjel komplementara u pravilu reprezentuje obim njegovih imovinskih i upravljačkih prava u komanditnom društvu, dotle udjel komanditora u pravilu reprezentuje samo obim njegovih imovinskih prava u komanditnom društvu.¹²⁷ Sve to je odraz složene prirode unutrašnjih i vanjskih odnosa koji vladaju između članova komanditnog društva (komanditora i komplementara) u pogledu obavljanja najvažnijih funkcija (upravljanja i zastupanja) komanditnog društva.

Visina udjela članova komanditnog društva se određuje u ugovoru o osnivanju i to je stvar ugovorne autonomije, a što znači da udjeli članova komanditnog društva mogu, a i ne moraju biti jednaki, kako unutar jedne, tako i unutar druge kategorije članova. U pogledu prijenosa udjela potrebno je razlikovati interni prijenos udjela unutar iste ili različite kategorije članova komanditnog društva od eksternog prijenosa udjela s jedne ili druge kategorije članova komanditnog društva na treća lica.¹²⁸ U ZPD FBiH je određeno da je interni prijenos udjela u cjelini ili djelomično unutar iste ili različite kategorije članova (npr. prijenos s komanditora na komplementare i obrnuto s komplementara na komanditore) moguć samo uz saglasnost svih članova komanditnog društva.¹²⁹ U ZPD RS to isto pravilo važi za interni prijenos udjela komplementara u cjelini ili djelomično, dok je interni prijenos udjela komanditora u cjelini ili djelomično određen u pravilu kao slobodan.¹³⁰ U uporednoj praksi je najčešće slučaj da je interni prijenos udjela

125 V. čl. 169 (1) HGB.

126 Vasiljević, Z., o. c., Rn. 240, s. 196.

127 Vasiljević, Z., o. c., Rn. 240, s. 196.

128 Vasiljević, Z., o. c., Rn. 241, s. 196.

129 To proizilazi iz određenja čl. 96. st. 2 ZPD FBiH (drugo lice obuhvata članove, kao i treća lica).

130 V. čl. 91. st. 1. i 2. ZPD RS.

članova komanditnog društva određen slobodnim ako ugovorom o osnivanju nije određeno drugačije,¹³¹ a što znači da je ugovorom o osnivanju moguće ustanoviti i različita pravila za potpuni ili djelomični prijenos udjela unutar iste ili različite kategorije članova komanditnog društva.¹³² Tako je slobodu raspolaganja udjelima u cjelini ili djelomično unutar iste kategorije članova komplementara ili komanditora dopušteno ugovorom o osnivanju i ograničiti s uvođenjem određenih formalnosti, npr. postojanje saglasnosti svih komplementara ili po broju i kapitalu komplementara ili po broju i po kapitalu komplementara ako se prenos odvija unutar ove kategorije članova, a također isto predvidjeti odvojeno i da važi za komanditore ako se prenos odvija unutar ove kategorije članova komanditnog društva. Slobodan prijenos udjela je prihvatljivo rješenje za sve članove komanditnog društva, jer se time ne mijenja njihova pozicija. Učinak potpunog prijenosa udjela je takav da komplementar ili komanditor gubi svojstvo komplementara ili komanditora u komanditnom društvu. Udjel dotadašnjeg člana komanditnog društva komplementara ili komanditora prelazi na sve ili samo na neke komplementare ili komanditore, a na način i u obimu kako je to predviđeno pravnim poslom prijenosa. Nakon potpunog prijenosa udjela postojeći broj članova komanditnog društva iz kategorije komplementara ili komanditora se smanjuje, dok u slučaju djelomičnog prijenosa on ostaje nepromijenjen.

Na isti način je ugovorom o osnivanju poželjno tretirati i slučaj prijenosa udjela u cjelini ili djelimično s komplementara na komanditore, iako se tu radi o različitim kategorijama članova komanditnog društva, jer se tada u svakom slučaju broj komplementara povećava, a smanjuje (potpuni prijenos) ili ostaje nepromijenjen (djelomični prijenos) broj komanditora, što bitnije ne utiče i na poziciju povjerioca.¹³³ Dakle, imovinska osnovica odgovornosti komanditnog društva prema povjeriocima ostaje nepromijenjena, dok se povećava broj članova komanditnog društva koji odgovaraju neograničeno za obaveze komanditnog društva. Sve navedeno također može biti predviđeno i za slučaj djelimičnog prijenosa udjela s komplementara na komanditore, jer se i tada povećava postojeći broj komplementara. Tim djelomičnim prijenosom udjela komanditor od komplementara može steći samo imovinska prava, a uz to i upravljačka prava, što bitnije utiče i na njegov statusni položaj u onom dijelu u kojem se on nakon tog djelomičnog sticanja osim zadržanog statusa komanditora javlja i u drugoj ulozi komplementara. Međutim, stvari stoje bitno drugačije i kad je riječ o potpunom prijenosu udjela s komplementara na komanditore, jer je tada ugovorom o osnivanju poželjno ustanoviti i znatno strožiji režim (npr. saglasnost svih članova komanditnog društva ili saglasnost svih komplementara i većine komanditora po kapitalu ili po kapitalu i po broju komanditora), s obzirom da komplementar izlazi iz dalje neograničene odgovornosti za obaveze društva, a

¹³¹ Arsić, Z., o. c., s. 333.

¹³² Vasiljević, Z., o. c., Rn. 241, s. 196-197.

¹³³ Vasiljević, Z., o. c., Rn. 242, s. 197.

na njegovo mjesto u tom svojstvu stupa komanditor.¹³⁴ S povratkom na pravila kompanijskog prava u BiH potrebno je u nastavku dati odgovor i na sljedeće pitanje: kako je uređen eksterni prijenos udjela članova komanditnog društva na treća lica? U ZPD FBiH eksterni prijenos u cjelini ili djelomično, kako udjela komanditora, tako i udjela komplementara na treća lica, je uređen na isti način kao i gore prikazani interni prijenos udjela unutar iste ili različite kategorije članova društva, tj. oba vida prijenosa su uslovljeni saglasnošću svih članova komanditnog društva (komanditora i komplementara).¹³⁵ U ZPD RS to isto važi i za eksterni prijenos udjela komplementara, za razliku od eksternog prijenosa udjela komanditora koji je određen u pravilu kao slobodan ako ugovorom o osnivanju nije određeno drugačije.¹³⁶ Dakle, ZPD FBiH uvodi jedno opšte pravilo kojim ne pravi razliku između internog prijenosa udjela unutar iste ili različite kategorije članova komanditnog društva i eksternog prijenosa udjela različite kategorije članova na treća lica, a što je suprotno usvojenom pristupu ZPD RS gdje postoje dva sadržajno različita pravila: jedno za interni i eksterni prijenos udjela komplementara, a drugo za interni i eksterni prijenos udjela komanditora i to pod pretpostavkom da ugovorom o osnivanju nije određeno šta drugo. Pri tome, važno je istaći da je opšte pravilo o eksternom prijenosu udjela komanditora iz ZPD FBiH moguće i omekšati ugovorom o osnivanju na način da se predvidi da za to nije potrebna saglasnost svih članova komanditnog društva, a što nije moguće i kad je riječ o eksternom prijenosu udjela komplementara, s obzirom da su oni izjednačeni u svemu i s položajem koji imaju članovi društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću u pogledu eksternog prijenosa udjela. S druge strane, prema ZPD RS je ugovorom o osnivanju je moguće i pooštriti u pravilu slobodno određen eksterni prijenos udjela komanditora s uvođenjem određenih formalnosti (npr. tražiti saglasnost svih članova komanditnog društva ili samo saglasnost svih komplementara ili pak većine komanditora po broju ili kapitalu ili većine komanditora po broju i po kapitalu). U pogledu eksternog prijenosa udjela komplementara ZPD FBiH daje isti odgovor kao i ZPD RS, a što zatvara svaku mogućnost da se ugovorom o osnivanju on promjeni u suprotnom smjeru, tj. da se ne traži saglasnosti svih članova komanditnog društva. U francuskom pravu je također usvojeno slično rješenje kao i u ZPD FBiH, jer eksterni prijenos udjela i komplementara i komanditora zavisi od pribavljene saglasnosti svih članova komanditnog društva,¹³⁷ s tim što je data mogućnost i da se ugovorom o osnivanju predvidi eksterni prijenos udjela komanditora uz saglasnost svih komplementara ili većine po broju i kapitalu komanditora.¹³⁸ Takva mogućnost stoji otvorena u francuskom pravu i za eksterni prijenos udjela

134 Vasiljević, Z., o. c., Rn. 242, s. 197.

135 V. čl. 89. st. 4. na koji upućuje čl. 94. st. 2. ZPD FBiH.

136 V. čl. 92.st.1. i 2. ZPD RS.

137 Arsić, Z., o. c., s. 333.

138 V. Adenas, M., Woldridge, F., o. c., s. 154; Čović, Š., o. c., s. 231; čl. L 222-8 reč. 1. i reč. 2; tač. 2. C.com.

komplementara na treća lica, kao i interni prijenos udjela komplementara na komanditore, s obzirom da je interni prijenos udjela s komplementara na druge komplementare određen kao slobodan.¹³⁹ U kompanijskom pravu u BiH je također jednako članovima društva sa neograničenom odgovornošću i/ili ortačkog društva priznato i članovima komanditnog društva u slučaju eksternog prijenosa udjela bez razlike da li su komanditori ili komplementari tzv. pravo preče kupovine ili pravo prečeg sticanja pod određenim pretpostavkama sukladno ugovorom o osnivanju.¹⁴⁰ Iz prikazanih rješenja kompanijskog prava u BiH nameće se samo po sebi i jedno dodatno pitanje na koje je potrebno dati prethodni odgovor: koliko je savremenim poslovnim potrebama prilagođeno to da samo jedan režim važi za sve članova komanditnog društva u ZPD FBiH ako je on strožiji ili blaži nasuprot dva odvojena režima koji važi za različite kategorije članova komanditnog društva komanditore i komplementare u ZPD RS ako se pri tome ne pravi razlika i između toga da li je riječ o internom ili eksternom prijenosu udjela niti da li je riječ o potpunom ili djelomičnom prijenosu udjela članova komanditnog društva? U kompanijskom pravu u BiH je primjerenije bilo prirodi odnosa i različitom statusnom položaju članova komanditnog društva odrediti suprotno da je interni i eksterni prijenos udjela komanditora slobodan, a da je interni i eksterni prijenos udjela komplementara vezan za pribavljenje saglasnosti svih komplementara, a ne uz to i saglasnosti svih komanditora. Prirodi odnosa više odgovara da komplementari znaju koja su to još lica koja se nalaze u tom položaju, nego komanditorima koji su u sasvim drugačijem statusnom položaju, jer komanditori niti kreiraju poslovnu politiku komanditnog društva niti se njihova ovlaštenja osim interesa za dobiti protežu i na međusobne odnose ili ovlaštenja komplementara u komanditnom društvu.¹⁴¹ Kako se komanditori ne pitaju u pogledu toga kojim će licima biti povjereno pravo na vođenje posloводства ili ovlaštenje na zastupanje komanditnog društva, tako isto se ne bi trebali pitati ni u pogledu toga ko će sve biti u ulozi komplementara u komanditnom društvu.¹⁴² U konačnici, najbolji korektiv i jednom i drugom gore predloženom rješenju za izmjenama kompanijskog prava u BiH bi mogao biti sadržan u korištenju standardne formule „ako ugovorom o osnivanju nije predviđeno drugačije“.

10. Eksterni odnosi članova komanditnog društva

10.1. Organizacija i vršenje funkcije zastupanja

U kompanijskom pravu u BiH komanditno društvo u pravilu zastupaju svi komplementari na način kako je vršenje funkcije zastupanja organizirano

139 V. čl. L 222-8 reč. 2; tač. 3. C.com.

140 Čović, Š., o. c., s. 219; Velimirović, M., o. c., s. 70-71.

141 Stefanović, Z., o. c., Rn. 984, s. 363.

142 Stefanović, Z., o. c., Rn. 985, s. 364.

sukladno ugovoru o osnivanju.¹⁴³ Između komplementara se pretpostavlja pojedinačno zastupanje ako ugovorom o osnivanju nije predviđeno zajedničko zastupanje.¹⁴⁴ Međutim, ugovorom o osnivanju može biti predviđeno i formiranje nekog posebnog organa ovlaštenog za zastupanje (zbor skup ili sastanak komplementara) na kojem komplementari odluke o preduzimanju poslova zastupanja komanditnog društva mogu donositi jednoglasno ili određenom većinom glasova po broju ili kapitalu ili po broju i po kapitalu ovlaštenih komplementara na zastupanje društva. Pri tome, ugovorom o osnivanju nije isključeno predvidjeti i kombinovani model odlučivanja u kojem komplementari odluke o nekim poslovima zastupanja komanditnog društva donose jednoglasno, a o drugim poslovima zastupanja komanditnog društva većinom glasova po broju ili kapitalu ili po broju i po kapitalu. S druge strane, komanditori su ex lege isključeni od vršenja funkcije zastupanja u komanditnom društvu. Međutim, ZPD FBiH za razliku od ZPD RS dopušta da se ugovorom o osnivanju predvidi i da komanditori zastupaju komanditno društvo zajedno sa komplementarima, kao i da su neki komplementari budu isključeni od zastupanja (to mora biti naznačeno u registru), a da drugi budu ovlašteni na obavljanje poslova zastupanja u ime i za račun komanditnog društva. Osim toga, komplementari ovlašteni na zastupanje mogu ovlastiti i druge neovlaštene komplementare da preduzimaju određene poslove zastupanja putem posebno izdate punomoći.¹⁴⁵ I najzad, svi članovi komanditnog društva, dakle i komplementari i komanditori neovisno o tome da li su ili ne ovlašteni da vode poslove zastupanja mogu uz zajedničku saglasnost da ovlaste komanditore ili neka treća lica koja nisu članovi komanditnog društva, da se pojave u ulozi punomoćnika ili prokuriste putem posebno izdate punomoći ili prokure.¹⁴⁶ Kad je riječ o komanditorima, najčešće je ugovorom o osnivanju predviđeno da poslove zastupanja u ime i za račun komanditnog društva mogu obavljati kao punomoćnici ili prokuriste temeljem posebnog ovlaštenja izdatog uz saglasnost svih članova komanditnog društva.¹⁴⁷ U tom slučaju komanditori se u pravnom prometu ne pojavljuju u svom članskom svojstvu kao komanditori nego u svojstvu punomoćnika ili prokuriste. I naravno, komanditori tada odgovaraju samo ograničeno za obaveze iz posla koji zaključe za komanditno društvo s trećim licima u svojstvu punomoćnika ili prokuriste. U protivnom, ako bez takvog ovlaštenja istupaju u poslovima koje zaključuju za komanditno društvo s trećim licima, tada preuzimaju na sebe i odgovornost za obaveze iz tih poslova jednako komplementarima.¹⁴⁸ Također, komanditori i u njemačkom kompanijskom pravu

143 V. čl. 99. ZPD FBiH; i čl. 96. i čl. 68. st. 1. na čiju primjenu upućuje čl. 86. st. 2. ZPD RS.

144 V. čl. 85. st. 1. i 2. na čiju primjenu upućuje čl. 94 st. 2. ZPD FBiH; i čl. 68. st. 2 i 3. na čiju primjenu upućuje čl. 86. st. 2. ZPD RS.

145 Trifković, M., et al., o. c., s. 400.

146 Čović, S., o. c., s. 223; Vujisić, D., o. c., s. 367; Lange, K.W., o. c., s. 1020.

147 Vasiljević, Z., o. c., Rn. 243, s. 198; Čović, S., o. c., s. 223.

148 Čović, S., o. c., s. 223; Velimirović, M., o. c., s. 71; Vujisić, D., o. c., s. 367.

nemaju pravo da zastupaju komanditno društvo.¹⁴⁹ Međutim, oni jednako ZPD FBiH mogu dobiti punomoć (*Handlungsbevollmacht*) ili prokuru (*Prokura*) da zastupaju komanditno društvo u poslovima s trećim licima,¹⁵⁰ ali tada isto ne nastupa i transformacija njihove ograničene u neograničenu odgovornost, osim u slučaju neovlaštenog nastupa prema trećim licima ispred komanditnog društva.¹⁵¹ To rješenja svakako odstupa od onog usvojenog u francuskom kompanijskom pravu, jer se komanditori tamo ne mogu uopće pojaviti u svojstvu punomoćnika ili prokuriste prema trećim licima,¹⁵² nego mogu učestvovati samo u pripremnim radnjama za preduzimanje određenih pravnih poslova od strane komplementara prema trećim licima.¹⁵³ Ako komanditori postupe protivno navedenoj zabrani,¹⁵⁴ tada snose zajedničku odgovornost sa komplementarima za bilo kakve dugove i obveze komanditnog društva koji nastanu iz tih zabranjenih radnji ili poslova (prema broju i veličini, mogu biti proglašeni zajednički odgovornim za sve ili samo neke obveze komanditnog društva).¹⁵⁵ U kompanijskom pravu u BiH dakle, svi komplementari su zakonski zastupnici društva neovisno o tome da li su ovlašteni upravljati i voditi poslove komanditnog društva. Istovremeno, komplementari mogu biti ovlašteni na upravljanje i vođenje poslova, kao i na zastupanje komanditnog društva, ali ne treba isključiti i suprotne slučajeve kad oni nemaju nikakva ili kad imaju samo neka od tih ovlaštenja. Prema tome, komplementari mogu biti isključeni od zastupanja komanditnog društva, a istovremeno biti ovlašteni na upravljanje i vođenje poslova komanditnog društva, i obrnuto. Da bi komplementari bili isključeni od zastupanja komanditnog društva, to je svakako nužno i da bude upisano u registar privrednih društava koji vodi nadležni sud.

10.2. Odgovornost članova i komanditnog društva u pravnom prometu

Komanditno društvo odgovara za zakonske, ugovorne i vanugovorne obaveze komanditnog društva cjelokupnom svojom imovinom. Komanditno društvo ne odgovara za lične obaveze svojih članova niti može opterećavati svoju imovinu za osiguranje njihovih ličnih obaveza putem zaloga, jamstva ili nekih drugih oblika garancija.¹⁵⁶ Ta odgovornost komanditnog društva za svoje obaveze koje nastanu u pravnom prometu je zakonska, samostalna i neograničena. Osim primarne odgovornosti komanditnog društva, za obaveze komanditnog društva također odgovaraju i njegovi članovi (komanditori i komplementari).¹⁵⁷ Međutim, statusni

149 V. čl. 170. HGB.

150 V. čl. 48. HGB.

151 Woldridge, F., o. c. s. 30.

152 V. L 222-6. reč. 1. C.com

153 Vasiljević, Z., o. c., Rn.243, s. 197-198.

154 V. L 222-6. reč. 2. i 3. C.com

155 Adenas, M., Woldridge, F., o. c., s. 154.

156 Trifković, M., et al., o. c., s. 401.

157 Lange, K.W., o. c., s. 1021; Velimirović, M., o. C., s. 71.

položaj komanditora i komplementara u komanditnom društvu nije isti, a što ima svog odraza i na obim njihove odgovornosti za obaveze komanditnog društva. U pravilu komanditori snose ograničen poslovni rizik za poslovanje društva do visine uloga u osnovni kapital ili imovinu komanditnog društva sukladno ugovoru o osnivanju. Odgovornost komanditora izvan toga za obaveze komanditnog društva ne postoji ličnom imovinom ako ugovoreni ulog unesu u cijelosti u osnovni kapital ili imovinu komanditnog društva.¹⁵⁸

S druge strane, komplementari odgovoraju neograničeno solidarno cjelokupnom svojom imovinom za obaveze komanditnog društva. Odgovornost komplementara je jednaka odgovornosti članova društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću i/ili ortačkog društva. Imovinska osnovica odgovornosti komplementara nije sadržana samo u onome što su komplementari unijeli kao ulog u imovinu društva sukladno ugovoru o osnivanju, nego i u onome što se izvan toga nalazi u njihovoj ličnoj imovini. U nekim slučajevima odgovornost komanditora može biti jednaka neograničenoj solidarnoj odgovornosti komplementara. To se dešava u sljedećim slučajevima: 1) kad je komanditor saglasan da preuzme obavezu poslovanja prije upisa komanditnog društva u registar (preddruštvo);¹⁵⁹ 2) kad je komanditor saglasan da njegovo ime bude uneseno u firmu komanditnog društva;¹⁶⁰ 3) kad je komanditor neku pravnu radnju ili posao preduzeo protivno zakonskoj zabrani upravljanja i vođenja poslova komanditnog društva;¹⁶¹ i 4) kad je komanditor neku pravnu radnju ili pravni posao preduzeo prema trećim licima bez ovlaštenja (falsus procurator), a da treća lica za to u njegovom nastupu ispred komanditnog društva nisu znala.¹⁶² U navedenim slučajevima odgovornost komanditora nije neograničena u tom smislu da se jednako komplementarima ona odnosi i na sve obaveze komanditnog društva. S izuzetkom slučaja pod 2) unošenja imena komanditora u firmu komanditnog društva kad komanditor u svemu odgovara isto kao i komplementar, odgovornost komanditora je solidarno neograničena u svim drugim slučajevima, ali s tom razlikom što je solidarno neograničena samo za neke obaveze komanditnog društva, i to najčešće one koje su nastale njihovim djelovanjem iz određenih zabranjenih pravnih radnji ili poslova komanditnog društva. Za razliku od navedenih slučajeva neograničene solidarne odgovornosti komanditora jednako komplementarima, postoje i slučajevi ograničene solidarne odgovornosti komanditora. Komanditor koji ne unese ugovoreni ulog u cijelosti odgovara solidarno za obaveze komanditnog društva, s tim što njegova odgovornost ograničena do visine neizmirenog ugovorenog uloga. Ono što predstavlja zajedničku crtu i neograničene i ograničene solidarne odgovornosti komanditora jeste da pogađa cjelokupnu ličnu imovinu komanditora u svrhe ispunjenja

158 Čović, Š., o. c., s. 223.

159 V. čl. 5. ZPD FBiH; i čl. 12. st. 1. ZPD RS.

160 V. čl. 12. st. 2. ZPD FBiH; i čl. 97. st. 1. ZPD RS.

161 V. čl. 98. st. 1. ZPD FBiH; i čl. 97. st. 2. ZPD RS.

162 V. čl. 100. st. 2. ZPD FBiH; i čl. 96. ZPD RS.

pojedinačnih obaveza komanditnog društva. Međutim, ograničena odgovornosti komanditora je ipak znatno blaža u odnosu na neograničenu solidarnu odgovornost komanditora, jer cjelokupna lična imovinu komanditora čak i ako postane predmet izvršenja u svrhe ispunjenja nekih obaveza komanditnog društva, to može biti samo do visine neizmirenog ugovorenog uloga, a ne i do visine onoga što povjerioci traže od komanditora.¹⁶³ Kako je iznos uloga komanditora relativno skroman, takav isti će biti i zahvat povjerioca u ličnu imovinu komanditora. Kod neograničene solidarne odgovornosti komanditora stvari stoje drugačije, jer je odlučujuća visina potraživanja povjerioca koja zahvata ličnu imovinu komanditora, a što može varirati od slučaja do slučaja, pa čak zahvatiti i cijelu imovinu komanditora. Uspješnost namirenja povjerioca na ličnoj imovini komanditora nakon bezuspješnog pokušaja namirenja na imovini komanditnog društva ovisi od iznosa neizmirenog ugovorenog uloga komanditora koji može biti manji ili veći u odnosu na ukupno traženi iznos potraživanja povjerioca. Ako iznos osnovnog kapitala komanditnog društva i druge imovine nije dovoljan da se namire povjerioci, to znači da je istopljena i imovinska osnovica odgovornosti komanditnog društva, a samim tim i ograničena solidarna odgovornost komanditora, jer njihov ugovoreni ulog čak i ako nije bio sadržan u imovini komanditnog društva, na mjesto toga svakako mora biti prepušten povjeriocima u svrhe namirenja njihovih potraživanja. Kad osnovnog kapitala i imovine komanditnog društva društva, to znači da nema više i ograničene solidarne odgovornosti komanditora, jer ona počinje i završava tamo gdje počinje i završava imovinskoppravna odgovornost komanditnog društva. U tom slučaju povjericima komanditnog društva ne preostaje ništa drugo nego isticanje zahtjeva za namirenjem na ličnoj imovini komplementara. Neograničena solidarna odgovornost komplementara je supsidijarna i dolazi do izražaja na njihovoj ličnoj imovini tek onda i kada povjerioci nisu uspjeli primarno da se namire iz imovine komanditnog društva.¹⁶⁴ U mjeri u kojoj je imovina komanditnog društva nedovoljna da odgovori zahtjevima povjerioca za ispunjenje obaveza komanditnog društva u toj mjeri može biti zahvaćena i lična imovina komplementara. Lični povjerioci komplementara, a i komanditora ne mogu tražiti ispunjenje svojih potraživanja iz imovine komanditnog društva, dok povjerioci komanditnog društva mogu tražiti ispunjenje obaveza komanditnog društva na imovini komanditnog društva, a ako u tome ne uspiju mogu se namiriti i na ličnoj imovini komplementara. Odgovornost komplementara za obaveze komanditnog društva je supsidijarna u odnosu na odgovornost društva.¹⁶⁵ Osim toga, ona je solidarna i u međusobnim odnosima komplementara.¹⁶⁶ Svi komplementari odgovaraju solidarno za potpuno ispunjenje obaveza komanditnog društva svojom ličnom imovinom. Odgovornost komplementara prema povjericima komanditnog

163 Vasiljević, Z., o. c., s. Rn. 244, s. 198-199.

164 Čović, Š., o. c., s. 223.

165 Čović, S., o. c., s. 233.

166 Trifković, M., et. al., o. c., s. 402.

društva je zakonska i istu nije moguće ugovorom o osnivanju niti bilo kojim drugim aktom članova komanditnog društva isključiti. Na unutrašnje odnose komplementara važe ista pravila koja važe i za solidarne obaveze,¹⁶⁷ a što znači da komplementari teret snošenja odgovornosti nakon ispunjenja obaveze komanditnog društva dijele srazmjerno svojim udjelima u komanditnom društvu ili na jednake dijelove ako je to određeno ugovorom o osnivanju. Unutrašnji odnosi između komplementara se ne tiču povjerioca i mogu biti različito regulirani. Dakle, svi komplementari prema vani imaju jednak i jedinstven položaj u odnosu na povjerioce komanditnog društva, dok unutar komanditnog društva nakon ispunjenja obaveza prema povjeriocima komanditnog društva mogu imati i različit položaj u smislu snošenja i međusobne raspodjele tereta odgovornosti. Kad jedan od više komplementara ispuni neku obavezu komanditnog društva, on unutar komanditnog društva ne snosi cijeli teret odgovornosti, nego ima pravo regresa za onaj dio ispunjenja koji otpada na ostale komplementare srazmjerno njihovim udjelima. To znači da ispunjenjem obaveza komanditnog društva ne nastupa subrogacija, jer komplementar od ostalih komplementara ne može zahtijevati sve ono što je dao i na ime tog ispunjenja povjeriocima komanditnog društva. Za razliku od toga, odgovornost komanditora nije supsidijarna niti solidarna. Komanditori snose samo rizik poslovanja do visine ugovorenog uloga, osim gore navedenih slučajeva kad postoji njihova neograničena i ograničena solidarna odgovornost. To važi i kod naknadne promjene članstva i ulaska u komanditno društvo novog člana u svojstvu komanditora, jer ovaj odgovara za obaveze komanditnog društva do visine ugovorenog uloga od trenutka sticanja članskog statusa komanditora, dok ne odgovara i za nastale obaveze komanditnog društva prije sticanja članskog statusa komanditora.¹⁶⁸ Različit položaj komanditora u odnosu na komplementare je razlog zašto je na komanditore u ovom dijelu isključena i analogija s odgovornošću novih članova koji pristupaju društvu sa neograničenom odgovornošću i/ili ortačkom društvu.¹⁶⁹ Isti pristup važi i kod promjene postojećeg statusa članova u komanditnom društvu. Ako komplementar promijeni postojeći status i postane komanditor, on tada odgovara kao komplementar neograničeno solidarno cjelokupnom svojom imovinom za nastale obaveze komanditnog društva do izvršene registracije i publicirane promjene statusa u komplementara, dok za nastale obaveze komanditnog društva nakon izvršene registracije ne odgovara, jer snosi samo poslovni rizik s svojim statusom komanditora do visine ugovorenog uloga.¹⁷⁰ U protivnom, ako komanditor promijeni status i postane komplementar, on tada odgovara kao i komplementar neograničeno solidarno cjelokupnom svojom imovinom za nastale obaveze društva nakon izvršene registracije i publicirane promjene statusa u komplementara,

167 V. čl. 1014. ZOO FBiH/RS.

168 Vasiljević, Z., o. c., s. Rn. 244, s. 199.

169 V. čl. 88. na koji upućuje čl. 94. st. 2. ZPD FBiH; i čl. 72. na koji upućuje primjena čl. 86. st. 1. ZPD RS.

170 Vasiljević, Z., o. c., Rn. 244, s. 199.

dok za nastale obaveze komanditnog društva prije toga ne odgovora, jer je bio u statusu komanditora.¹⁷¹

11. Prestanak članstva i prestanak komanditnog društva

U komanditnom društvu promjena članstva može nastupiti iz voljnih i nevoljnih razloga. Komanditnom društvu mogu pristupiti novi članovi u svojstvu komanditora ili komplementara ako postojeći članovi komanditnog društva izraze saglasnost da unesu odgovarajuće uloge u imovinu komanditnog društva sukladno ugovoru o osnivanju. Također, novi članovi komanditnog društva mogu steći članski status komanditora ili komplementara i ako steknu udjele postojećih članova društva, npr. poslovima prodaje ili poklona. Za ove operacije u kompanijskom pravu u BiH potrebna je saglasnost svih članova društva ako komplementari raspolažu udjelima eksterno. Međutim, kada komanditori raspolažu udjelima tada postoji razlika između ZPD FBiH i ZPD RS, jer prvi entitetski propis traži saglasnost svih članova društva ako ugovorom o osnivanju nije određeno drugačije, dok drugi entitetski propis određuje da je takav prijenos slobodan ako ugovorom o osnivanju nije određeno drugačije.¹⁷² U svakom slučaju prestanak članstva postojećih članova i ulazak novih članova u komanditno društvo, kako u svojstvu komanditora, tako i u svojstvu komplementara nužno zahtjeva izmjene i osnivačkog akta uz saglasnost svih članova komanditnog društva.¹⁷³ Od ovog slučaja eksternog raspolaganja udjelima i prestanka članstva postojećih članova komanditnog društva, a stjecanja članstva novih članova kao komanditora ili komplementara potrebno je ipak razlikovati slučajeve potpunog ili djelomičnog prijenosa udjela između postojećih članova komanditnog društva unutar iste ili različite vrste članstva. Prestanak članstva jednog ili više komplementara iz društva u slučaju potpunog prijenosa udjela na jednog ili više komanditora, može značiti i prestanak komanditnog društva ako ono nakon toga ostane i bez jednog člana u svojstvu komplementara. Isto važi i obrnuto ako komanditno društvo ostane i bez jednog člana u svojstvu komanditora. U prvom slučaju kad komanditno društvo ostane i bez jednog člana u svojstvu komplementara, tada se gasi osim ako ne bude transformisano i u društvo sa ograničenom odgovornošću, dioničko društvo ili ne nastavi svoju djelatnost kao poduzetnik. U drugom slučaju kad društvo ostane i bez jednog komanditora, tada ono bez pristupanja novih članova kao komanditora može biti transformisano i u društvo sa neograničenom solidarnom odgovornošću ako u istom figuriraju minimalno dva komplementara. U protivnom, svoju djelatnost može nastaviti

171 Vasiljević, Z., o. c., s. Rn. 244, s. 199; sup.: Trifković, M., et. al., s. 403.

172 V. čl. 96. st. 2. ZPD FBiH i čl. 92.st. 2. ZPD RS (komanditori); čl. 89. st. 4. na koji upućuje čl. 94. st. 2. ZPD FBiH i čl. 92. st.1. ZPD RS (komplementari)

173 V. čl. 96. st. 1. ZPD FBiH; i čl. 88.st. 1. ZPD RS (ako ugovorom o osnivanju nije određeno drugačije).

samo kao poduzetnik. I u jednom (nepostojanje komplementara) i u drugom slučaju (nepostojanje komanditora) odluka o eventualnoj (statusnoj) promjeni forme poslovanja donosi se saglasnošću svih preostalih članova društva.¹⁷⁴ Osim toga, članovi komanditnog društva nisu ničim spriječeni iz opravdanih razloga (npr. ako su spriječeni da izvršavaju svoje obaveze ili ako im komanditno društvo nameće nesrazmjerne obaveze ili prouzrokuje određenu štetu, itd) da dobrovoljno i istupe iz komanditnog društva s podnošenjem pismenog obavještenja ostalim članovima komanditnog društva najmanje šest mjeseci prije isteka poslovne godine ili u roku određenom ugovorom o osnivanju. U pogledu obeštećenja, odgovornosti za obaveze i raspodjele udjela na ostale članove kod istupanja postojećih članova komanditnog društva analogno se primjenjuju odredbe koje regulišu istupanje članova društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću i/ili ortačkog društva. Također, članstvo u komanditnom društvu može prestati i iz nevoljnih razloga, a što se dešava u slučaju smrti ili prestanka postojanja nekog člana komanditnog društva, kao i njegovog isključenja iz komanditnog društva sukladno uslovima, razlozima i postupku određenim u ugovoru o osnivanju. U kompanijskom pravu u BiH određeno je da komanditno društvo ne prestaje u slučaju smrti ili prestanka postojanja komanditora, izuzev stečaja ili likvidacije komanditora – pravno lice, jer tada nema nikakvog pravnog sljednika.¹⁷⁵ Pri tome, ZPD FBiH za razliku od ZPD RS određuje i još neke slučajeve koji također ne utiču na prestanak komanditnog društva, kao što je npr. gubitak ili ograničenje poslovne sposobnosti komanditora, izvršenje na imovini komanditora.¹⁷⁶ Međutim, oba entitetska propisa na ovom mjestu ipak ne daju odgovor i na pitanje kakav sve uticaj na prestanak komanditnog društva ima smrt ili prestanak postojanja komplementara. I pored toga, analogijom bi trebalo uzeti da na komplementare važi sve ono što je određeno i za komanditore. U protivnom analogna primjena pravila vezana za društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću i/ili ortačkog društva bi ovdje mogla dovesti do nekih apsurdnih rezultata na preostale članove komanditnog društva u svojstvu komanditora.¹⁷⁷ Nakon smrti ili prestanka postojanja nekog od članova u komanditnom društvu, ne postoje zakonske prepreke ni da ono nastavi sa svojim radom u tom obliku ako ima najmanje dva člana od koji je jedan komplementar i jedan komanditor. Međutim, ako komanditno društvo nakon smrti ili prestanka postojanja nekog člana komanditnog društva ostane i bez jednog člana u svojstvu komanditora ili komplementara, jer nasljednici ili pravni sljednici tog člana nisu prihvatili njegovo mjesto komanditora ili komplementara i unatoč jednoglasno donesene odluke ostalih članova komanditnog društva (isto važi i obrnuto kad preostali članovi komanditnog društva donesu odluku kojom uskraćuje nasljednike ili pravne sljednike da stupe na mjesto komanditora ili komplementara koji je umro ili prestao postojati, bez obzira na to da li oni

174 V. čl. 65. st. 1. ZPD FBiH; i čl. 430-432. ZPD RS.

175 V. čl. 104. ZPD FBiH; i čl. 98. st. 1. ZPD RS; isto čl. 177. HGB.

176 V. čl. 104. ZPD FBiH.

177 V. čl. 90-92 FBiH; i čl. 82-83. ZPD RS.

prihvataju ili ne članstvo u komanditnom društvu), kao i zbog toga što komanditnom društvu nakon toga nisu pristupili novi članovi u svojstvu komanditora ili komplementara (ZPD RS određuje rok od 90 dana od dana smrti posljednjeg komanditora ili komanditora, dok ZPD FBiH ništa ne određuje, a što znači i da to prepušta regulaciji ugovora o osnivanju),¹⁷⁸ tada na osnovu zajedničke odluka preostalih članova komanditno društvo mora biti transformisano u neki drugi pravno dopušteni pravni oblik poslovanja da bi moglo nastaviti obavljati svoju djelatnost. Prema ZPD RS donošenje takve odluke je vezano za rok od 90 dana koji se računa od dana isteka gore pomenutog roka od 90 dana,¹⁷⁹ a što je suprotno ZPD FBiH, koji to pitanje prepušta regulaciji ugovora o osnivanju i to sukladno *lex specialis* propisima o stečaju i likvidaciji. Ako komanditno društvo u zakonom propisanim rokovima ne osigura minimalno članstvo (jednog komanditora i jednog komplementara) za nastavak svog rada u tom obliku ili se ne transformiše u neki drugi dopušten pravni oblik, tada ono prestaje dobrovoljno ili prinudno likvidacijom. U slučaju da nasljednici umrlog člana komanditnog društva nisu zainteresirani postati članovima komanditnog društva ili ako se tome protive preostali članovi komanditnog društva, tada imaju pravo u ostavinskom postupku istaknuti zahtjev prema komanditnom društvu za isplatom vrijednosti udjela umrlog člana komanditnog društva prema stanju u kojem se on nalazio u trenutku njegove smrti, dok pravni sljednici člana komanditnog društva koji je prestao postojati mogu istaknuti odvojen zahtjev prema komanditnom društvu za isplatom vrijednosti udjela prema stanju u kojem se on nalazio u trenutku njegovog prestanka. S druge strane, ako preostali članovi komanditnog društva ne donesu odluku o prihvatu nasljednika ili pravnih sljednika člana komanditnog društva koji je umro ili prestao postojati, niti odluku o pristupanju novih članova, niti odluku o transformaciji komanditnog društva u neki drugi pravno dopušteni oblik, tada komanditno društvo prestaje likvidacijom, a na osnovu jedinstvene odluke preostalih članova o pokretanju i sprovođenju postupka dobrovoljne likvidacije komanditnog društva. U protivnom, ako nema jedinstvene odluke preostalih članova komanditnog društva postupak likvidacije može pokrenuti i sud na osnovu svoje odluke (prinudna likvidacija). Međutim, pravno gledano, na ovom mjestu je ipak važno dodati i to da komanditno društvo ne prestaje ni pokretanjem ni okončanjem postupka dobrovoljne ili prinudne likvidacije, nego tek brisanjem iz registra. Nakon sprovođenja postupka dobrovoljne ili prinudne likvidacije svaki član komanditnog društva sukladno ZPD FBiH ima pravo na srazmjeran udio u ostatku imovine komanditnog društva.¹⁸⁰ Međutim, ostatak imovine komanditnog društva nakon povrata uloga ako ugovorom o osnivanju nije drugačije određeno dijeli se između članova komanditnog društva u istom omjeru koji je utvrđen i za raspodjelu dobiti. U tom postupku se također mogu pojaviti i nasljednici i pravni sljednici člana komanditnog društva koji je umro ili prestao postojati ako im prije

178 V. čl. 98. st. 2. ZPD RS.

179 V. čl. 98. st. 3. ZPD RS.

180 V. čl. 102. ZPD FBiH.

toga od strane komanditnog društva nije bila izvršena isplata vrijednosti udjela člana komanditnog društva koji je umro ili prestao postojati. Prema ZPD FBiH ako likvidacioni ostatak imovine nije dovoljan da se izvrši povrat uloga uplaćenih ili unesenih uloga članova u komanditno društvo, tada komanditori imaju pravo prvenstva na povrat svojih uloga. Takvo rješenje stoji u koliziji s prethodno iznesenim da članovi komanditnog društva imaju pravo na srazmjernan udio u ostatku imovine komanditnog društva, a što može negativno i da se odrazi na poziciju komplementara. Takvo rješenje bi svakako trebalo izmijeniti u narednom periodu. U nekim uporednim pravima društvo može prestati i otkazom ličnih povjerilaca nekog člana komanditnog društva.¹⁸¹ To se dešava kad lični povjerioci nekog člana komanditnog društva nisu u mogućnosti da se namire na njegovoj pokretnoj imovini, pa preusmjere realizaciju svoje pravosnažne presude i izvršnim naslovom izdejstvovane pljenidbe na ono što bi njemu trebalo pripasti kao likvidacioni udjel u slučaju prestanka komanditnog društva.¹⁸² Potraživanja ličnih povjerilaca nekog člana komanditnog društva se namiruje iz njegovog likvidacionog udjela na način što on na kraju poslovne godine istupa iz komanditnog društva ako preostali članovi odluče nastaviti s radom komanditnog društva. U nekim uporednim pravima stečaj nad imovinom fizičkog lica kao člana komanditnog društva također u pravilu vodi i stečaju samog komanditnog društva i obrnuto, a što je suprotno drugim uporednim pravima gdje se lični povjerioci članova društva ne mogu namiriti na imovini komanditnog društva, nego imaju pravo da se izvrše na udjelima člana komanditnog društva.¹⁸³ Drugi pristup je usvojen u našem pravu. U slučaju da član komanditnog društva ne uplati ili unese ugovoreni ulog u cijelosti u ugovorenom roku sukladno ugovoru o osnivanju niti u naknadno ostavljenom roku, on može biti isključen iz komanditnog društva, a na osnovu donesene odluke svih članova društva u čijem donošenju taj član društva ne učestvuje. Isto važi i kad član komanditnog društva ne izvrši obavezu plaćanja dodatnih uplata. Ova dva razloga su najčešće u praksi predviđena ugovorom o osnivanju kao razlozi za isključenje člana komanditnog društva. Ako sukladno ugovoru o osnivanju neki član komanditnog društva odlukom ostalih članova iz navedenih razloga bude isključen iz komanditnog društva, tada se njegov udio raspoređuje na ostale članove komanditnog društva srazmjerno njihovim udjelima. Isključeni član komanditnog društva ima pravo na nadoknadu vrijednosti udjela u odnosu na ono što je uplatio ili unijeo kao ulog u imovinu komanditnog društva. Međutim, isključeni član u interesu namirenja povjerilaca komanditnog društva ostaje i dalje u obavezi komanditnom društvu nakon svog isključenja da uplati ili unese neizmireni dio ugovorenog uloga, a također i u obavezi da izvrši dodatnu uplatu u cijelosti ili u neuplaćenom dijelu ako se to komanditnom društvu prethodno obavezao. U nekim uporednim pravima na isključenje komanditora odlukom članova komanditnog društva se primjenjuju odredbe koje važe za

181 Vasiljević, Z., o. c., Rn. 247, s. 200.

182 Vasiljević, Z., o. c., Rn. 247, s. 200.

183 Vasiljević, Z., o. c., s. Rn. 247, s. 200.

isključenje članova društva sa ograničenom odgovornošću, a na isključenje komplementara odredbe koje važe za isključenje članova društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću. Osim isključenja članova društva na osnovu odluke ostalih članova komanditnog društva, neka uporedna prava predviđaju i isključenje člana komanditnog društva odlukom suda na osnovu tužbe društva iz zakonom opravdanih razloga, ali i drugih opravdanih razloga navedenih u ugovoru o osnivanju (npr. proboj pravne ličnosti, nepoštovanje zabrane povrata uloga, prikrivanje činjenice da je isključeni član bio osuđivan za krivična djela iz oblasti privrede, itd.). Za posljedice isključenja člana komanditnog društva na osnovu sudske odluke važi pa gotovo sve što je prethodno rečeno u odnosu na posljedice isključenja člana odlukom članova komanditnog društva. Od gore iznesenog ipak treba razlikovati slučajeve i u kad dolazi do transformacije komanditnog društva u društvo sa ograničenom odgovornošću ili dioničko društvo iz kojeg istupaju svi komplementari ili kad se to isto dešava, a komanditno društvo ima obje kategorije preostalih članova (komanditore i komplementare). U prvom slučaju komanditno društvo se može pretvoriti u društvo sa ograničenom odgovornošću ili dioničko društvo (novo društvo), kada postoji odluka jednog ili više preostalih članova komanditora o transformaciji komanditnog društva koja je donesena na način predviđen ugovorom o osnivanju. Ta odluka jednog ili više komanditora je osnov za donošenje osnivačkog akta o formiranju društva sa ograničenom odgovornošću ili dioničkog društva. Međutim on može biti i jedinstven akt zajedno sa osnivačkim aktom. Prema tome da li je komanditno društvo svedeno na jednog ili više komanditora ovisi i osnivački akt koji komanditori moraju donijeti da bi uslijedila transformacija komanditnog društva u novo društvo sa ograničenom odgovornošću ili dioničko društvo (društva kapitala). Ako komanditno društvo ima samo jednog komanditora, osnivački akt o formiranju novog društva sa ograničenom odgovornošću ili dioničkog društva je odluka o osnivanju, a ako komanditno društvo ima više preostalih komanditora osnivački akt o formiranju novog društva sa ograničenom odgovornošću ili dioničkog društva je ugovor o osnivanju.¹⁸⁴ I jedan i drugi osnivački akt moraju biti sačinjeni u formi notarski obrađene isprave. U odluci o transformaciji komanditnog društva i vezi s njom donesenim osnivačkim aktom o formiranju novog društva sa ograničenom odgovornošću ili dioničkog društva (zbog uštede troškova odluka i osnivački akt mogu biti sadržani u jednom jedinstvenom dokumentu koji će biti notarski obrađena isprava) potrebno je odrediti i visinu osnovnog kapitala i visinu uloga koje će komanditori iz imovine ranijeg komanditnog društva prijeniti u imovinu novog društva sa ograničenom odgovornošću ili dioničkog društva. Ti ulozi u novom društvu se evidentiraju prema stanju u kojem su se nalazili kad su izašli iz imovine komanditnog društva. U novom društvu visina osnovnog kapitala određuje se osnivačkim aktom i odgovara neto vrijednosti imovine komanditnog društva koja je navedena u odluci o njegovoj transformaciji. Pri tome, komanditori moraju voditi računa da je

¹⁸⁴ V. čl. 304 i čl. 108. st. 1. i 4. ZPD FBiH; čl. 99. st. 1. u vezi s čl. 101. i čl. 179. st. 1. u vezi s čl. 180. ZPD RS.

zakonom propisan i minimalan iznos osnovnog kapitala u novcu za osnivanje društva sa ograničenom odgovornošću ili dioničkog društva. To znači da komanditori bez dodatnih uplata uloga moraju obezbijediti iz neto imovine komanditnog društva najmanje zakonski minimum osnovnog kapitala u novcu ako žele osnovati društvo sa ograničenom odgovornošću ili dioničko društvo. Osnovni kapital dioničkog društva je podjeljen na dionice, dok je osnovni kapital društva sa ograničenom odgovornošću podjeljen na udjele. Također, zakonom je određen i minimalan iznos udjela i minimalan iznos dionica - donja granica ispod koje nije moguće izdavati ni udjele ni dionice. Osim osnivačkog akta raniji članovi komanditnog društva - komanditori su dužni u zakonom propisanom roku donijeti i statut kao najviši organizacioni pravni akt u novom društvu sa ograničenom odgovornošću ili dioničkom društvu, te izvršiti promjenu firme ranijeg komanditnog društva i upisati to novo društvo u sudski registar. U novom društvu raniji članovi komanditnog društva (komanditori) su dužni pod određenim zakonskim pretpostavkama formirati i određene organe korporativnog upravljanja (skupština, nadzorni odbor i uprava društva). Nakon izvršene transformacije, komanditno društvo se briše iz registra, dok dotadašnji članovi komanditori mijenjaju svoj pravni položaj, jer postaju članovi (i vlasnici udjela) bilo upisanog društva sa ograničenom odgovornošću ili dioničari (imaoci dionica) upisanog dioničkog društva u registru. Novoupisano društvo postaje pravni sljednik svih prava i obaveza ranijeg komanditnog društva. Komanditno društvo može biti transformisano na isti gore opisani način i u drugom slučaju kad ima obje kategorije članova i komanditore i komplementare. Iako komanditno društvo ispunjava sve zakonske uslove da posluje u tom obliku, komanditori i komplementari mogu sukladno ugovoru o osnivanju donijeti jedinstvenu odluku o njegovoj transformaciji, a s tim u vezi donijeti i ugovor o osnivanju (on jedino može biti osnivački akt) u kojem će izraziti svoju namjeru ka formiranju nekog novog društva, tj. društva sa ograničenom odgovornošću ili dioničkog društva. Ako ispune sve gore opisane formalnosti za osnivanje društva sa ograničenom odgovornošću ili dioničkog društva, tada svi članovi komanditnog društva i komplementari i komanditori postaju na mjesto toga vlasnicima udjela u novoformiranom društvu sa ograničenom odgovornošću ili dioničari- imaoci dionica u novoformiranom dioničkom društvu. Nakon transformacije komanditnog društva na dionice, komplementari sada vlasnici udjela ili dioničari snose samo rizik poslovanja za obaveze novog društva do visine onoga što su uplatili ili unijeli kao ulog u njegovu imovinu, dok za ranije obaveze komanditnog društva odgovaraju na isti način kao što su i ranije odgovarali, tj. kao komplementari neograničeno solidarno cjelokupnom svojom imovinom. S druge strane, komanditori u novom društvu kao vlasnici udjela ili dioničari ostaju u istom položaju kao i u ranijem komanditnom društvu, tj. snose samo ograničen poslovni rizik. U obrnutom slučaju kad iz komanditnog društva izađu dobrovoljno ili prinudno svi komanditori, tada komanditno društvo može biti transformisano u društvo sa neograničenom solidarnom odgovornošću i/ili ortačko društvo ako ima

najmanje dva preostala komplementara, dok u protivnom svoj rad može nastaviti kao poduzetnik. Nakon transformacija komanditnog društva položaj komplementara se ne mijenja i kad oni postanu članovi novog društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću i/ili ortačkog društva u smislu prava obaveza i odgovornosti. U pogledu formiranja osnovnog kapitala, unošenja uloga i formalnosti vezanih za sačinjavanja ugovora o osnivanju društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću i/ili ortačkog društva primjenjuju se pravila propisana za ove organizacione oblike poslovanja u kompanijskom pravu u BiH.

12. Zaključak

Zakonsko uređenje komanditnih društava u kompanijskom pravu u BiH pokazuje više sličnosti nego razlika u dijelu određenja pravnog tretmana ove organizacione forme poslovanja u domaćoj poslovnoj praksi. Međutim, primjetne su i određene razlike koje ukazuju da je pozicija komanditnih društava detaljnije regulisana ZPD RS u odnosu na ZPD FBiH. Tako ZPD RS pored osnivačkog akta dopušta zaključenje i ugovora između članova komanditnog društva dok ZPD FBiH takvu mogućnost ne predviđa, nego to pitanje drži u sferi ugovorne autonomije. Dok je zabrana konkurencije u oba entitetska kompanijska propisa postavljena na isti način i odnosi se samo na komplementare, dotle nije isključeno ni da se osnivačkim aktom ona proširi na komanditore. Ulozi članova komanditnog društva prema ZPD FBiH mogu biti u novcu, stvarima, pravima i izvršenim uslugama, dok prema ZPD RS pored navedenog mogu biti i u izvršenom radu. Isto stajalište je usvojeno i u njemačkom kompanijskom pravu, za razliku od francuskog kompanijskog prava gdje je izričito naglašeno da ulog komanditora ne može biti u uslugama. Prema ZPD RS komplementari ugovoreni ulog u imovinu društva moraju unijeti u cijelosti najkasnije do trenutka registracije društva, a što nije slučaj i u ZPD FBiH gdje komplementari ugovoreni ulog u imovinu društva mogu unijeti i nakon registracije društva u ugovorenom roku određenom sukladno ugovoru o osnivanju (najkasnije dva mjeseca). Također, stvari stoje nešto drugačije i u pogledu izvršenja obaveze unošenja uloga komanditora, jer ZPD FBiH govori o registriranom ulogu, a ZPD RS o ugovorenom ulogu komanditora. S tim u vezi, ZPD FBiH dopušta da registrirani ulog komanditora bude veći od ugovorenog uloga, a što za sobom povlači i određene posljedice u slučaju kad komanditori u cijelosti ne unesu ugovorene uloge prije registracije društva. U kompanijskom pravu u BiH je usvojena koncepciju iz francuskog kompanijskog prava, prema kojoj komanditno društvo, kao i svako drugo privredno društvo, predstavlja pravno lice koje pravni subjektivitet stiče momentom upisa u sudski registar. U njemačkom kompanijskom pravu se također komanditno društvo upisuje u trgovački registar koji vodi lokalni trgovački sud. Međutim, ovaj upis ne znači za komanditno društvo i sticanje pravnog subjektiviteta. Komanditno društvo jednako, kao i društvo sa neograničenom solidarnom odgovornošću i/ili ortačko društvo nema svoje organe,

nego članovi društva vrše funkcije upravljanja i posloводства s ciljem obavljanja određene djelatnosti i sticanja dobiti. Pravo upravljanja i vođenja poslova komanditnog društva je priznato javnim članovima komplementarima, a ne i tajnim članovima komanditorima (zakonska zabrana). U njemačkom kompanijskom pravu su također komanditori isključeni iz vođenja redovnih poslova komanditnog društva, s tim što je njihov pristanak na vanredne poslove komanditnog društva obavezan. Iz ugla promatranja kompanijskog prava BiH analogna primjena na komanditna društva pravila koja važe za društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću i/ili ortačka društva vodi ka tome da se komanditorima priznaje pravo i na obavljanje funkcije posloводства u pogledu preduzimanja vanrednih poslova komanditnog društva. Međutim, takav rezultat isključuje primjena posebnih pravila o komanditnim društvima, jer se istim zabranjuje da komanditori vrše ikakvu funkciju posloводства u komanditnim društvima. Tako posebna pravila koja važe za komanditna društva imaju prednost u primjeni u odnosu na upućujuća pravila koja važe za društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću. I pored toga, mišljenja smo da bi pomenutu zabranu trebalo shvatiti restriktivnije. Dok komanditori nemaju pravo sudjelovati zajedno s komplementarima u donošenju odluka o preduzimanju redovnih poslova komanditnog društva niti pravo izraziti svoje neslaganje-protivljenje s odlukama o preduzimanju redovnih poslova komanditnog društva koje donose isključivo komplementari, dotle komanditori imaju pravo izraziti svoje protivljenje s odlukama o preduzimanju vanrednih poslova komanditnog društva koje donese isključivo komplementari, a nemaju pravo sudjelovati zajedno i sa komplementarima u donošenju odluka o preduzimanju vanrednih poslova komanditnog društva. Ovaj ishod sukoba između sadržajno različitih pravila ipak nije stvar izrazite jasnoće, jer po logici stvari on može biti takav i da se komanditorima prizna pravo na protivljenje, a ne i pravo na sudjelovanje zajedno s komplementarima u donošenju odluka o preduzimanju vanrednih poslova komanditnog društva. Kako se na ovaj način zaobilazi generalna zabrana da komanditori vode poslove društva, to otkriva pozadinu i zašto ona u pogledu vođenja vanrednih poslova komanditnog društva nije imperativne prirode u toj mjeri kao i kad se radi o slučaju vođenja redovnih poslova komanditnog društva. Dakle, analogna primjena pravila o društvima sa neograničenom solidarnom odgovornošću i /ili ortačkih društva na uređenje komanditnih društava u oba entitetska kompanijska propisa stvara niz protivrječnih rješenja i u pružanju odgovora na otvorena, a posebno neregulisana pitanja kod uređenja komanditnih društava. To je posebno primjetno onda, kada se na komanditore nastoji u određenim slučajevima proširiti primjena nekih pravila koja važe za članove društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću i /ili ortačkih društva. Nasuprot komanditora za komplementare je to manje sporno, jer analogna primjena pravila koja važe za članove društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću i /ili ortačkih društva na komplementare, po logici stvari ne odstupa u značajnom od one pozicije koju bi oni trebali imati u komanditnim društvima i

da za njih postoje neka posebna ustanovljena pravila u području isključive regulaciju komanditnih društava. Ovdje se važnim čini dodati i kako je ovaj oblik analogije predviđen samo u ZPD RS. U pogledu otvorenog pitanja raspodjele dobiti i snošenja gubitaka komanditnog društva, ZPD FBiH određuje primjenu realnog principa za komanditore, a personalnog principa za komplementare, dok ZPD RS pretpostavlja primjenu samo realnog principa u odnosu na sve članove komanditnog društva. U pogledu odgovora na pitanje kako se odvija interni prijenos udjela u komanditnom društvu, ZPD FBiH zastupa stav da je interni prijenos udjela u cjelini ili djelomično unutar iste ili različite kategorije članova (npr. prijenos s komanditora na komplementare i obrnuto s komplementara na komanditore) moguć samo uz saglasnost svih članova komanditnog društva. Isti odgovor daje i ZPD RS u odnosu na komplementare, s tom razlikom što se u odnosu na komanditore predviđa slobodan transfer. Kada je riječ o eksternom prijenosu udjela, ZPD FBiH jednako internom prijenosa udjela unutar iste ili različite kategorije članova društva reguliše i pitanje eksternog prijenosa udjela u cjelini ili djelomično komanditora i komplementara na treća lica, tj. traži saglasnost svih članova komanditnog društva. S druge strane, ZPD RS usvaja isti pristup samo za eksterni prijenos udjela komplementara, jer u pogledu eksternog prijenosa udjela komanditora važi slobodan prijenos udjela komanditora pod pretpostavkom da ugovorom o osnivanju nije određeno drugačije. U francuskom pravu je također usvojeno slično rješenje kao i u ZPD FBiH, jer eksterni prijenos udjela i komplementara i komanditora zavisi od pribavljene saglasnosti svih članova komanditnog društva, s tim što je data mogućnost da se ugovorom o osnivanju predvidi i da je eksterni prijenos udjela komanditora moguć uz saglasnost svih komplementara ili većine po broju i kapitalu komanditora. Takva mogućnost u francuskom kompanijskom pravu je otvorena i za eksterni prijenos udjela komplementara na treća lica, ali i interni prijenos udjela komplementara na komanditore, s obzirom da je interni prijenos udjela s komplementara na druge komplementare u pravilu slobodan. U kompanijskom pravu u BiH svi komplementari su zakonski zastupnici društva neovisno o tome da li su ovlašteni da upravljaju i da vode poslove komanditnog društva. Istovremeno, komplementari mogu biti ovlašteni na upravljanje i na vođenje poslova, kao i na zastupanje komanditnog društva, ali ne treba isključiti ni suprotne slučajeve kad nemaju nikakva ili kad imaju samo neka od tih ovlaštenja. Prema tome, komplementari mogu biti isključeni od zastupanja komanditnog društva, a da su istovremeno ovlašteni da upravljaju i da vode poslove komanditnog društva, i obrnuto. S druge strane, komanditori su ex lege isključeni od vršenja funkcije zastupanja u komanditnom društvu. Međutim, ZPD FBiH za razliku od ZPD RS dopušta da se ugovorom o osnivanju predvidi i da komanditori zastupaju komanditno društvo zajedno sa komplementarima, kao i da su neki komplementari isključeni od zastupanja (to mora biti naznačeno u registru), a drugi ovlašteni na obavljanje poslova zastupanja u interesu komanditnog društva. Osim toga, komplementari ovlašteni na zastupanje mogu ovlastiti i druge neovlaštene komplementare da

preduzimaju određene poslove zastupanja putem posebno izdate punomoći. I najzad, svi članovi komanditnog društva, dakle i komplementari i komanditori neovisno o tome da li su ili ne ovlašteni voditi poslove zastupanja mogu uz zajedničku saglasnost ovlastiti i komanditore ili neka treća lica koja nisu članovi komanditnog društva da se pojave u ulozi punomoćnika ili prokuriste putem posebno izdate punomoći ili prokure. Kad je riječ o komanditorima, najčešće je ugovorom o osnivanju predviđeno da komanditori poslove zastupanja u interesu komanditnog društva mogu obavljati samo kao punomoćnici ili prokuriste temeljem posebno izdatog ovlaštenja (punomoć ili prokura) uz saglasnost svih članova komanditnog društva. U tom slučaju komanditori u pravnom prometu se ne pojavljuju u članskom svojstvu komanditora, nego u svojstvu punomoćnika ili prokuriste. I naravno, komanditori odgovaraju ograničeno za obaveze iz poslova koji zaključuju za komanditno društvo s trećim licima u svojstvu punomoćnika ili prokuriste. U protivnom, ako bez takvog ovlaštenja istupaju u poslovima koje zaključuju za komanditno društvo s trećim licima, tada preuzimaju na sebe odgovornost za obaveze iz tih poslova jednako komplementarima. Također, komanditori i u njemačkom kompanijskom pravu nemaju pravo zastupati komanditno društvo. Međutim, oni jednako ZPD FBiH mogu dobiti punomoć ili prokuru da zastupaju komanditno društvo u poslovima s trećim licima, s tim što tada isto ne nastupa i transformacija njihove ograničene u neograničenu odgovornost, osim slučajeva neovlaštenog istupanja ispred komanditnog društva prema trećim licima. To rješenja svakako odstupa od onog koje je usvojeno u francuskom kompanijskom pravu, jer komanditori ne mogu istupati u svojstvu punomoćnika ili prokuriste prema trećim licima, nego mogu učestvovati tek u pripremnim radnjama za preduzimanje određenih pravnih poslova od strane komplementara prema trećim licima.

Literatura:

1. Cahn, A., Donald, D.C., Comparative Company Law, Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA, Cambridge University Press, 2010.
2. Vasiljević, Z., Kompanijsko pravo (pravo privrednih društava Srbije i EU), drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2007.
3. Trifković, M., Simić, M., Trivun, V., Silajdžić, V., Mahmutčehajić-Novalija, F., Poslovno pravo – uvod u pravo, osnovi obligacija i privredna društva, Ekonomski fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 2014.
4. Stefanović, Z., Kompanijsko pravo, peto izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2010.
5. Arsić, Z., Komanditna društva, Zbornik radova Pravni fakultet Novi Sad, vol. 25. 1991.

6. Zimmermann, R.: The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press, 1996.
7. Momčilović, M., Mutuum u rimskom i savremenom pravu (master rad), Pravni fakultet u Nišu, 2015.
8. Jankovec, I., Privredno pravo, četvrto izmenjeni i dopunjeno izdanje, Službeni list SRJ, Beograd, 1999.
9. Lange, K.W., Grundzüge des Rechts der KG, Juristische Ausbildung, 10/2015.
10. Čović, Š., Poslovno pravo-statusno pravo i pravo privrednih društava, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2003.
11. Velimirović, M., Privredno pravo, Istočno Sarajevo, 2001.
12. Adenas, M., Woldridge, F., European Comparative Company Law, Comparative Company Law, Cambridge University Press, 2009.
13. Woldridge, F., The German limited and silent partnerships, Amicus Curiae, Issue 80, Winter, 2009.
14. Milenović D., Komanditno društvo, "Pravo i privreda", br. 3-6/95.
15. Vujisić, D., Vršenje funkcije organa preduzeća u društvima lica, Pravni život, br. 11/2002.
16. Barbić, J., Osobe koje vode poslove kao odgovorne osobe i određenje predstavnika pravne osobe po zakonu o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 10, br. 2/2003.
17. Arsić, Z., Društva lica, Privreda i pravo, br. 3-6/1993.

Zlatan Meškić, PhD., Associate professor

Faculty of Law of the University of Zenica

Alaudin Brkić, PhD., Assistant professor

Faculty of Economics of the University of Zenica

Alem Merdić, Senior asisstant

Faculty of Economics of the University of Zenica

REGULATION OF LIMITED PARTNERSHIPS IN COMPANY LAW IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Abstract: In this paper, the initial thought about the development of the position of limited partnerships is only partly handled by practical needs, and partly by the doctrinal needs, in order to show in one place all the specifics and deficits of managing of the company by choosing this organizational form of business in the BiH legal system. For several decades, limited partnership in BiH has had a modest practical significance in comparison to other European company regulations and business practices. After the last entity company law reform in BiH, not much about the development of limited partnerships has substantially changed in business practice. However, the mutual comparison of the adopted entity company laws in BiH with different solutions adopted in comparative company law and business practice left still enough space for the performing of contrary conclusions in relation to one generally asked question: Is the offered legal framework for the development of limited partnerships necessary and harmonoized with the real needs of the development of the domestic economy if the running of the company in this organizational form of business is today reduced to a single coincidence? On this occasion, in this paper a complete analysis is outlined, which begins with providing answers to many open questions, starting from the establishment and internal and external relations of the members of the limited partnership, as well to the questions of responsibilities of members and the termination of limited partnerships.

Key words: commander, complementary, founding act, stake, share, prohibiton on competition, management, business, distribution of profit, bear the losses, disposal of shares, representation, limited and unlimited solidarity liability, liquidation, changes of form.

Dr. sc. Boris Krešić, vanredni profesor

Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

Mr sci. Ervina Halilović

Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

NASLJEDNOPRAVNI POLOŽAJ BRAČNOG/VANBRAČNOG PARTNERA U BOSNI I HERCEGOVINI

Sažetak: Nasljednopravni položaj bračnog i vanbračnog partnera u istoriji Bosne i Hercegovine prati primjena vjerskog i običajnog prava.

U radu se analiziraju pozitivnopravni propisi kojima se reguliše nasljedno pravni položaj bračnog i vanbračnog partnera. Iako je u pozitivnom pravu Bosne i Hercegovine zastupljena ravnopravnost bračnih partnera, primjetni su ostaci rimskog, običajnog i vjerskog prava, koji i danas utiču na njihov nasljednopravni položaj. Različit nasljednopravni položaj bračnog, a naročito vanbračnog partnera, dovodi do diskriminacije u pogledu nasljeđivanja čime se dovodi u pitanje poštivanje evropskog principa o zabrani diskriminacije a u vezi sa pravom na imovinu.

Kako bi BiH ispunila svoje obaveze u kontekstu procesa integracije Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju neophodno je u pozitivnopravnim propisima koji uređuju pitanje nasljednog prava u potpunosti ispoštovati principe zabrane diskriminacije i prava na imovinu.

Ključne riječi: bračni partner, vanbračni partner, nasljedno pravo, zabrana diskriminacije.

1. Uvod

Razvoj nasljednog prava kroz istoriju Bosne i Hercegovine podijeljen je u nekoliko faza. Sve do donošenja pozitivno pravnih propisa nasljedno pravo regulisano je običajnim i vjerskim pravom. Pravila vjerskog prava koja regulišu nasljedno pravni položaj stavljaju u neravnopravan položaj muške i ženske nasljednike. Osim toga, cijeli taj period prisutan je i uticaj običaja prema kojem muški nasljednici treba da nasljeđuju nekretnine. Ženski nasljednici bi u tom slučaju nasljeđivali pokretne stvari ili stvari u obliku miraza koji se smatrao njihovim nasljednim dijelom.

Donošenjem pozitivnopravnih propisa u oblasti nasljeđivanja nakon 1955. godine a kasnije i 1974. godine, prestaje primjena vjerskih i običajnih pravila, te dolazi do ravnopravnog položaja bračnih partnera bez obzira na spol. U bivšoj Socijalističkoj Federativnoj Republici Jugoslaviji (u daljem tekstu: SFRJ) su bila općeprihvaćena rješenja prema kojima se bračni drug nalazio u prvom zakonskom nasljednom

redu u kojem je nasljeđivao na jednake dijelove sa djecom. Ipak ni donošenje novih pozitivnopravnih propisa u Socijalističkoj Republici Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu: SR BiH), odnosno Zakona o nasljeđivanju SR BiH¹ iz 1980. godine, nije dovelo u jednakopravan položaj bračnog i vanbračnog partnera. Raspadom SFRJ u BiH, na njenoj cjelokupnoj teritoriji, primjenjuje se Zakon o nasljeđivanju SR BiH sve do 2009. godine kada se donosi Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske (u daljem tekstu: ZN RS), a kasnije 2014. godine Zakon o nasljeđivanju Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: ZN FBiH), te 2017. godine Zakon o nasljeđivanju Brčko distrikta BiH (u daljem tekstu: ZN BDBiH). Donošenjem tri navedena zakona materija nasljednog prava u BiH postaje neharmonizirana a što ima uticaja na pravni položaj bračnog/vanbračnog partnera. Posljedica donošenja tri zakona o nasljeđivanju jeste neujednačenost propisa i stavljanje u neravnopravan položaj pojedinih nasljednika u zavisnosti od entiteta, odnosno distrikta u kojem žive. Zapravo decentralizovan politički sistem sasvim sigurno je plodno tlo za različito regulisanje mnogih bitnih ili manje bitnih aspekata života. Samim time mjesto prebivališta je, s obzirom na uređenje države, predviđeno kao određujući faktor i može biti osnov za diskriminaciju. Svaki entitet i distrikt svojim aktima mogu predviđati različita rješenja za istovjetne situacije, kao npr. za pojedine nasljednike, te u svakom konkretnom slučaju postoji mogućnost drugačijeg rješavanja, što građane može dovesti u neravnopravan položaj.

U daljem radu će se analizirati pravni položaj bračnog/vanbračnog partnera u rimskom pravu, za vrijeme primjene vjerskih i običajnih pravila, u vremenu važenja ZN SR BiH i pozitivnopravni propisi.

2. Nasljednopravni položaj bračnog partnera kroz historiju Bosne i Hercegovine

U srednjovjekovnoj Bosni nisu postojali pisani zakoni o nasljeđivanju, već su se ti odnosi regulisali običajnim pravom. Na nasljeđe su pozivani najprije muški descendenti. Ako nema ni muškog nasljednika niti njegovih muških potomaka ženski descendenti su dobijali nasljedni dio. Dakle u svim nasljednim redovima postojalo je načelo muškog prioriteta. Osim toga žena nije imala mogućnosti naslijediti svoga muža, ali se njoj u slučaju smrti muža vraća miraz koji je smatran njenim vlasništvom.²

Za vrijeme Osmanskog carstva u Bosni i Hercegovini prestaje važenje običajnog prava u regulisanju privatno pravnih odnosa, te dolazi do primjene vjerskog prava različitih vjerskih skupina na takve odnose, pa i na nasljedno pravo.³ Dolaskom

1 Zakon o nasljeđivanju SR BiH, „Sl. list SRBiH“, br. 22/73,22/75,38/78, i prečišćeni tekst Zakona „Sl. list SR BiH“, br. 7/80.

2 Vojislav Spaić, Nasljedno pravo u srednjovjekovnoj Bosni, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, I, 1953, Sarajevo.

3 Vidjeti više: Mustafa Imamović, Historija države i prava Bosne i Hercegovine, Sarajevo,

Austro Ugarske na ove prostore, odnosno okupacijom, a kasnije i proglašenom aneksijom, doneseno je nekoliko odluka koje pokazuju prisutan kontinuitet u primjeni prava. Kada je u pitanju nasljedno pravo i primjena propisa u ostavinskim raspravama i podjeli ostavine nasljednika, važno je za muslimane šerijatsko pravo, dok je za katoličko i pravoslavno stanovništvo bilo neophodno ustanoviti lokalno običajno nasljedno pravo.⁴ Bilo je jako teško ustanoviti običajno pravo, posebno s obzirom na činjenicu da takvo pravo nije bilo zapisano te da stranke od kojih se takvo pravo trebalo doznati, nisu ni imali interesa da se takvo pravo sačuva. Rezultat toga najčešće je bilo da se na takve slične slučajeve u prošlosti primjenjivalo šerijatsko nasljedno pravo, pa je samim tim uslijedilo njegovo ponovno primjenjivanje.⁵

Neravnopravnost prema šerijatskim propisima postoji između veličine dijela muža i žene. Po šerijatskom pravu bračni partneri smatrali su se nasljednicima prvog zakonskog nasljednog reda. Nasljedni dio muža iznosio je jednu polovinu ostavine žene ukoliko je ona imala djecu, a jednu četvrtinu ukoliko nije imala djece. Nasljedni dio žene iznosio je jednu četvrtinu kada muž nije imao djece, a jednu osminu ukoliko je imao djece.⁶ Kroz analizu određenog broja spisa iz ostavinskih postupaka Kotarskog ureda kao šerijatskog suda u Donjoj Tuzli, može se zaključiti da su žene dobijale manji nasljedni dio od svog muža, dok su s druge strane muževi kao nasljednici iza ranije umrle žene dobijali veći nasljedni dio. Osim toga ni kćeri i sinovi nisu dobijali jednake nasljedne dijelove. Kćerka je dobijala dio koliko bi pripadao dvojici muških nasljednika.⁷

Iako nije bilo propisano vjerskim niti pravnim propisima, ženski bračni partner kao i kćerke, odnosno ženski nasljednici prema običajnim pravilima nisu dobijali

Magistrat, 2003.; Mustafa Imamović, Uvod u historiju i izvore bosanskog prava, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006.

4 Naredba zemaljske vlade od 14. aprila. 1885, Zbornik Zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Sarajevo, Tisak Zemaljske tiskare, Sarajevo, 1885.)

5 Michael Zobkow, Primjenjivanje Austrijskog građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini, preštampano iz Mjesečnika, Tisak Tipografija grafičko nakladni zavod, Zagreb, 1921.14

6 Vidjeti više Sladović Eugen, Islamsko pravo u Bosni i Hercegovini, Beograd, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, 1926.; Ćerimović Mehmed, Šerijatsko nasljedno pravo, Državna štamparija u Sarajevu, Sarajevo, 1936.

7 600/94 – Kotarski ured kao šerijatski sud u Donjoj Tuzli Iza umrlog ostavioca I.V. po nacionalnosti musliman ostala je ostavina i to pokretna i nepokretna imovina, mulk i mirijska imovina. Ostavilac nije sačinio testament te se imovina nakon provedene ostavinske rasprave podijelila po zakonskom nasljednom pravu. Interesantno je da u cijelom spisu nije u donošenju odluka suda pozivano ne odredbe nekog zakona ili šerijatskih propisa. Mulak imovina podijeljena je između nasljednika ostavitelja, i to zakonita supruga 1/8 dijela te udata kćerka 7/8 dijela. Mirijsko zemljište je u cijelosti dodijeljeno kćerki ostavitelja. 3692/02 Kotarski ured kao šerijatski sud u Donjoj Tuzli. Iza umrlog ostavioca H.S. po nacionalnosti muslimanka, mulk i mirijska imovina podijeljena je između nasljednika ostavitelja, i to pokretnu i nepokretnu mulk imovinu suprug 11/32, sin 6/32, sin 6/32, sin 6/32, kći 3/32. Mirijsko zemljište podijeljeno na pet jednakih dijelova i djeci i supruhu. (Arhiv Tuzlanskog kantona)

nasljedni dio. Ustaljen je običaj da muška djeca treba da dobiju nasljedni dio od oca, i to najčešće nekretnine dok su ženski nasljednici prihvatili pokretne stvari ili čak bile zadovoljne obećanim i predanim mirazom. Miraz je na taj način dobijao karakter nasljednog dijela ženskih nasljednika. Pravdao se takav običaj činjenicom da ženske nasljednice, udate ili ne, ne treba da učestvuju u podjeli porodičnih nekretnina jer bi dobijeni nasljedni dio „iznijele“ iz porodične imovine.⁸ Takav običaj rezultirao je i odricanjem žene ili drugih ženskih nasljednika najčešće kćeri od svog nasljednog dijela u ostavinskim postupcima.⁹

U kraljevini Jugoslaviji od 1918. godine postojala je tendencija unifikacije građanskog materijalnog prava, uključujući i nasljedno pravo. Zbog objektivnih razloga unifikacija nije izvršena te je u primjeni i dalje bilo partikularno nasljedno pravo, odnosno važenje ranijih propisa u svim državama koje su ušle u sastav Kraljevine Jugoslavije. Tek je 1955. godine donesen jedinstven Zakon o nasljeđivanju. Dalji razvoj nasljednog prava išao je u pravcu prenošenja zakonodavne nadležnosti iz oblasti nasljednog prava na republike i pokrajine.¹⁰

3. Nasljednopravni položaj bračnog i vanbračnog partnera prema Zakonu o nasljeđivanju SR BiH

Donošenjem Zakona o nasljeđivanju SR BiH zastupa se načelo ravnopravnosti i univerzalnosti, kojim se dosljedno provodi ravnopravnost među spolovima, među bračnim partnerima, a takođe i između bračnih i vanbračnih srodnika. U Zakonu se ne koristi termin muž ili žena, već se govori o bračnom partneru (radi ujednačenosti kompletnog teksta u nastavku rada umjesto termina „drug“ koji se koristio prema tadašnjoj terminologiji, korist će se termin „partner“) podrazumijevajući pod tim potpuno jednako muža ili ženu. To znači, da muž nasljeđuje ženu pod jednakim

8 Mirela Krešić, Zakonsko nasljeđivanje bračnih drugova prema Općem građanskom zakoniku na hrvatsko-slavonskom pravnom području, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol.60.No.2, 2010, 1095-1117, 1111.

9 Maj 1899 Kotarski ured kao sud u Maglaju. Iza umrlog ostavioca D.I. po nacionalnosti pravoslavac ostala je ostavina i to pokretna i nepokretna mulk i mirijska imovina. Interesantno je da u cijelom spisu nije u donošenju odluka suda pozivano ne odredbe nekog zakona ili običajnog prava. Udovica, odnosno žena ostavitelja dala je nasljedničku izjavu u svoje ime kojom se odriče svog nasljednog dijela, dok kao tutorica svoje malodobne djece prihvata njihov nasljedni dio. Mulc i mirijska imovina podijeljena je između nasljednika ostavitelja, i to pokretnu i nepokretnu mulc imovinu sin 2/7, sin 2/7, sin 2/7, kćerka 1/7. Mirijsko zemljište sva djeca na jednake dijelove.

Maj 1899 Kotarski ured kao šerijatski sud u Maglaju iza umrlog ostavioca S.G. po nacionalnosti pravoslavac ostala je ostavina i to pokretna i nepokretna mulc imovina. Udovica, odnosno žena ostavitelja dala je nasljedničku izjavu u svoje ime da se odriče prava nasljedstva u korist svojih sinova, njih trojice. Tri sina daju nasljedničku izjavu o prihvatanju nasljedstva, a dvije kćerke izjavu o odricanju od nasljedstva.

10 Slavko Marković, Nasledno pravo, Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SFRJ, Beograd 1981, 27-36.

uslovima pod kojima žena nasljeđuje muža, njihovi zakonski nasljedni redovi su jednaki.¹¹ Možemo reći da je već u ovom periodu došlo do prihvatanja principa nediskriminacije između bračnih partnera.

Bračni partner postaje „pravi“ nasljednik, on više ne nasljeđuje pravo uživanja nekretnine. On se javlja kao nasljednik prvog zakonskog nasljednog reda i na nasljedstvo konkuriše sa potomcima ostavioca.¹² Bračni partner dobiva položaj prvostepenog potomka ostavioca, te na nasljedstvo dolazi po ličnom osnovu, odnosno po osnovu bračne veze. Zastupljeno je opredjeljenje prema kojem bračni partner u prvom nasljednom redu ima *filia loco*, odnosno položaj u kojem je izjednačen sa djecom ostavioca (bračnom, vanbračnom, usvojenom).¹³ Nadživjeli bračni partner dobija jednak dio sa svakim djetetom ostavioca.¹⁴ Ukoliko bračni partneri nisu imali potomaka, bračni partner konkuriše na nasljedstvo sa roditeljima ostavioca.¹⁵ Bračni partner je ulazio u krug nužnih nasljednika i spadao je u kategoriju apsolutnih nužnih nasljednika.¹⁶ Njegov nužni dio iznosio je jednu polovinu od zakonskog dijela.

U drugom zakonskom nasljednom redu vrijedi pravilo da bračni partner nasljeđuje jednu polovinu zaostavštine a drugu polovinu nasljeđuju roditelji ostavioca.¹⁷ Ukoliko iza ostavioca nisu ostali roditelji ostavioca, niti su oni iza sebe ostavili potomke, bračni partner ne prelazi u treći zakonski nasljedni red već nasljeđuje cjelokupnu imovinu.¹⁸ Bračni partner nije prelazio u treći zakonski nasljedni red i nije konkurisao na nasljedstvo sa nama/babama i djedovima.

Bračnom partneru koji nije imao nužnih sredstava za život, a bio je pozvan na nasljeđe sa nasljednicima prvog ili drugog nasljednog reda sud je mogao, na njegov zahtjev, odlučiti, da on naslijedi i jedan dio onog dijela zaostavštine koji bi po zakonu trebalo da naslijede ostali nasljednici, a mogao je i odlučiti da bračni partner naslijedi cijelu zaostavštinu, ako je ona tako male vrijednosti da bi njenom podjelom, bračni partner zapao u oskudicu.¹⁹ Na ovaj način zakonskom nasljeđu se daje alimentacioni karakter. Nasljeđe se ne dijeli uvijek na jednake dijelove, već se ono može dijeliti shodno prilikama i potrebama u kojima se nalaze pojedini nasljednici.

Nadživjeli bračni partner i ostaviteljevi potomci koji su živjeli sa ostaviteljem u istom domaćinstvu imali su pravo na izdvajanje predmeta domaćinstva koji služe za zadovoljavanje njihovih svakodnevnih potreba, kao što su pokućstvo,

11 Ibid., str. 134.

12 Član 10. stav 1. Zakona o nasljeđivanju SR BiH.

13 Povlakić Meliha, Reforma zakonskog nasljeđivanja u BiH i regionu, VII savjetovanje iz oblasti građanskog prava, Jahorina, 2012., str. 60.

14 Član 10. stav 2. Zakona o nasljeđivanju SR BiH.

15 Član 12. stav 1. Zakona o nasljeđivanju SR BiH.

16 Član 28. stav 1. Zakona o nasljeđivanju SR BiH.

17 Član 12. stav 2. Zakona o nasljeđivanju SR BiH.

18 Član 15. Zakona o nasljeđivanju SR BiH.

19 Član 23. Zakona o nasljeđivanju SR BiH.

namještaj, posteljina i slično, ali ne ako su ovi predmeti bili znatnije vrijednosti.²⁰ Tako izdvojeni predmeti nisu se uzimali u obzir pri izračunavanju nužnog dijela, niti su se uračunavali nasljedniku njegov nasljedni dio.

Bračni partner gubio je pravo na nasljeđe ako je ostavilac bio podnio tužbu za razvod braka, a poslije smrti ostaviočeve se utvdi da je tužba bila osnovana, ako njegov brak sa ostaviocem bude oglašen za nepostojeći, ili bude poništen, poslije smrti ostaviočeve, iz uzroka za čije je postojanje nadživjeli bračni drug znao u vrijeme zaključenja braka i ako je njegova zajednica života sa ostaviocem bila trajno prestala njegovom krivicom ili u sporazumu sa ostaviocem.²¹ Kako su i u pozitivnom pravu ovi uslovi ostali identični isti će biti objašnjeni u dijelu rada koji se odnosi na nasljednopravni položaj bračnog partnera u pozitivnom pravu BiH. U zakonu o nasljeđivanju SRBiH vanbračni partner nije ulazio u krug zakonskih nasljednika. Članom 4. normiralo se da je vanbračno srodstvo izjednačeno u pogledu nasljeđivanja sa bračnim, a srodstvo potpunog usvojenja sa srodstvom po krvi. Prema navedenoj odredbi zakonski su nasljednici vanbračni srodnici (djeca ostavioca) a ne vanbračni partner. U skladu sa navedenim odredba člana 4. nije normirala da je vanbračni partner zakonski nasljednik, već se ovom odredbom izjednačavaju bračni i vanbračni srodnici. U ovom periodu vanbračni partneri nisu imali pravo na nasljeđivanje, te se može govoriti o diskriminaciji između bračnih i vanbračnih partnera, a što će biti objašnjeno u dijelu koji se odnosi na nasljednopravni položaj vanbračnog partnera u pozitivnom pravu.

4. Nasljednopravni položaj bračnog partnera u BiH

Nasljedno pravo u BiH je sadržano u različitim pravnim aktima donesenim na različitim nivoima političko teritorijalne organizacije. Nadležnost za donošenje zakona o nasljeđivanju je na nivou entiteta BiH. Tako u BiH postoje tri zakona o nasljeđivanju: Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske²², Zakon o nasljeđivanju Federacije Bosne i Hercegovine,²³ te Zakon o nasljeđivanju Brčko distrikta BiH.²⁴ U daljem izlaganju analizirat će se samo odredbe navedenih zakona koje se odnose na pitanje bračnog i vanbračnog partnera.

a. Bračni partner kao zakonski nasljednik

Postojanje braka između ostavitelja i drugog lica predstavlja osnov određivanja prava na nasljeđe. Bračni partner se pojavljuje kao nasljednik prvog zakonskog

20 Član 36. stav 1. Zakona o nasljeđivanju SR BiH.

21 Član 22. Zakona o nasljeđivanju SR BiH.

22 Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske, "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 1/2009, 55/2009 - ispravka i 91/2016.

23 Zakon o nasljeđivanju Federacije BiH, "Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine", br. 80/14.

24 Zakon o nasljeđivanju Brčko distrikta BiH, "Sl. glasnik Brčko distrikta BiH", br. 36/2017.

nasljednog reda i na nasljeđe konkuriše zajedno sa potomcima ostavioca.²⁵ U sva tri zakona o nasljeđivanju u prvom zakonskom nasljednom redu ostalo je pravilo koliko glava toliko dijelova, odnosno dioba *per capite* tj. dioba po glavama (više glava - manji dio, i obratno). Pravilo o jednakim dijelovima ne odnosi se na unuke ostavioca i njihove dalje potomke, već samo na djecu i bračnog partnera ostavioca. U ZN FBiH i ZN BD dolazi do jačanja položaja bračnog partnera. Dolazi do promjena u smislu da ako se nasljedstva odreknu ostali nasljednici prvog nasljednog reda bračni partner ostaje u prvom nasljednom redu.²⁶ Odnosno on više, u slučaju odricanja nasljednika prvog nasljednog reda, ne konkuriše na nasljeđe sa nasljednicima drugog zakonskog nasljednog reda. Ovom odredbom favorizira se bračni partner u odnosu na nasljednike drugog zakonskog nasljednog reda. U literaturi se navodi da je ovakvo rješenje pravedno, jer se može dogoditi da se ostali nasljednici prvog nasljednog reda iz nekih drugih razloga, a ne u cilju pomoći bračnom partneru, odreknu nasljeđa, pa bi u slučaju nepostojanja ovakvog rješenja bračni partner dijelio ostavinu s nasljednicima drugog nasljednog reda, a to često nisu ni sami roditelji ostavitelja već njihovi prvostepeni ili drugostepeni potomci.²⁷ Danas je u evropskim zemljama primjetna tendencija horizontalne zaštite nasljednika koja se uglavnom ogleda u brizi za nasljedna prava preživjeloga bračnog partnera. To znači da se njegova nasljedna prava proširuju, a nasljedna prava potomaka često su, bilo *de iure* ili *de facto*, smanjena ili odgođena do smrti drugog bračnog partnera (odnosno njihovih roditelja).²⁸ U nekim pravnim sistemima nasljednopravni propisi predviđaju i posebna pravila u pogledu položaja preživjelog bračnog druga u odnosu na porodičnu kuću odnosno stan. Odnosno daje se pravo stanovanja sve do smrti drugog bračnog partnera.²⁹

U odnosu na rješenja sadržana u ZN SRBiH položaj bračnog partnera u drugom zakonskom nasljednom redu nije se mijenjao. Bračni partner i dalje konkuriše u dva zakonska nasljedna reda, tj. u prvom i drugom zakonskom nasljednom redu. Ako nema potomaka ostavioca, bračni partner prelazi u drugi zakonski nasljedni red i

25 Član 10. stav 1. ZN FBiH, Član 9. stav 1. ZN RS, Član 10. stav 1. ZN BD BiH.

26 Član 163. st 5. ZN FBiH, Član 168. stav 5. ZN BD.

27 Maja Čolaković, Bračni partner kao zakonski nasljednik u zakonu o nasljeđivanju Federacije BiH, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 15, Mostar, 2017., str. 361.

28 S takvim su promjenama otišli su jako daleko, primjerice, u Belgiji, a posebice u Nizozemskoj gdje bračnom partneru, kad je otvoreno nasljedstvo na temelju zakona u prvom nasljednom redu, pripada cjelokupna ostavina, a potomcima samo pojedinačna (odgođena) obvezna prava. Viktorija Žnidarišić Skubic, Nasljeđivanje u braku i izvanbračnim zajednicama, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske. ISSN 1847-7615. - Vol. 8, pos. br. (2017), str. 121.

29 U Austriji postoji ustanova tzv. "Vorausver - mächnis" (čl. 758 ABGB). To je privilegija preživjeloga bračnog partnera da ostane stanovati u porodičnoj kući/stanu s pokuštvom, nastavljajući time život u onim okolnostima i u skladu sa standardom na koji je navikao, bez obzira na to s kojim drugim nasljednicima ostavitelja konkurira. Ovo pravo se ne uračunava u nasljedni dio i nije ovisno o činjenici da li je preživjeli bračni partner testamentarni, zakonski ili nužni nasljednik. Darja Softić Kadenić, Novo nasljedno pravo u entitetima Bosne i Hercegovine de lege lata i de lege ferenda, Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, broj 2/2011, str 36.

konkuriše na nasljeđe ne samo sa roditeljima ostavioca već i njihovim potomcima. U drugom zakonskom nasljednom redu bračni partner ostavioca nasljeđuje jednu polovinu ostavine a roditelji ostavioca drugu polovinu na jednake dijelove.³⁰ U literaturi se navodi da rješenje prema kojem bračni partner u drugom zakonskom nasljednom redu konkuriše na nasljeđe ne samo sa potomcima roditelja ostavioca (braćom i sestrama ostavioca) nego i sa njihovim unučadima i praunučadima u praksi dovodi do nepravednih situacija.³¹ U doktrini se kao argument u prilog potrebi jačanja zaštite nasljednopravnog položaja bračnog partnera u drugom nasljednom redu navodi to da on najčešće konkurira na nasljeđivanje s braćom i sestrama ostavitelja ili njihovim prvostepenim potomstvom, koji u većini slučajeva nemaju nikakvo razumijevanje prema novonastalom položaju bračnog partnera izazvanog smrću ostavitelja, za razliku od situacije u prvom nasljednom redu, kada konkurira na nasljeđe prvenstveno sa svojom djecom ili unučadi.³² Za razliku od bosanskohercegovačkog rješenja zakonodavac u Republici Hrvatskoj je normirao da bračni partner u slučaju smrti roditelja ostavioca nasljeđuje cjelokupnu ostavinu.³³

Zakonodavac je, izgleda u ZN FBiH nehotice izostavio odredbu prijašnjeg člana 15. Zakona o nasljeđivanju SR BiH u kojoj je stajalo da: „Ako su oba roditelja ostaviočeva umrla prije ostavioca a nisu ostavili nijednog potomka, cijelu ostavinu nasljeđuje nadživjeli bračni drug ostaviočev“. Navedena odredba ukazivala je na činjenicu da bračni partner, ukoliko ostane sam u drugom zakonskom nasljednom redu ne prelazi u treći zakonski nasljedni red i ne konkuriše na zaostavštinu sa djedovima i nenama/babama ostavioca, već cjelokupnu zaostavštinu nasljeđuje sam. Ipak analognom primjenom člana 15. ZN FBiH može se zaključiti da bračni partner ne prelazi u treći zakonski nasljedni red. Naime članom 15. je normirano da ostavitelja koji nije ostavio ni potomke, ni bračnog partnera, ni roditelje, niti su ovi ostavili nekog potomka, nasljeđuju njegovi djedovi i nene/bake. Za razliku od ZN FBiH u ZN RS i ZN BD BiH normirano je da ako su oba roditelja ostaviočeva

30 Član 12. stav 1. ZN FBiH, Član 11. stav 1. ZN RS, Član 12. stav 2. ZN BD BiH.

31 „Događa se da osobe, koje ostavitelju uopće nisu bile bliske niti su s njim održavale redovne kontakte, nakon njegove smrti naslijede ostavinu ravnopravno s njegovim bračnim partnerom, koji je s njim dugi niz godina ostvarivao bračnu zajednicu u punom smislu te riječi, odnosno s kojim je ostavitelj i doslovno „dijelio i dobro i zlo“. U odnosu na ovakve, rjeđi su slučajevi u praksi da je bračna zajednica trajala kratko i da su odnosi u njoj bili poremećeni, pa da potomci roditelja ostavitelja zbog toga „zaslužuju“ dobiti dio ostavine više nego sam bračni partner cjelokupnu ostavinu“. Maja Čolaković, op. cit. str. 366

32 Ibid.

33 Član 11., Zakon o nasljeđivanju RH, Zakon o nasljeđivanju pročišćeni tekst zakona NN 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15, 14/19 na snazi od 15.02.2019.

Istovjetno rješenje sadržava i Zakon o nasljeđivanju Slovenije. Ako preživjeli bračni drug nasljeđuje u drugom nasljednom redu, prema pravilu dobiva pola ostavine, a druga polovica pripada roditeljima ili njihovim potomcima prema načelu predstavljanja, odnosno reprezentacije. Ako roditelja ili njihovih potomaka nema, odnosno (iz raznih razloga) ne nasljeđuju, cijelu ostavinu dobiva ostaviteljev bračni drug. Viktorija Žnidaršič Skubic, Nasljeđivanje u braku i izvanbračnim zajednicama, str. 117-127.

umrla prije ostavioca, a nisu ostavili nijednog potomka, cijelu zaostavštinu nasljeđuje nadživjeli bračni partner ostaviočev.³⁴

U pogledu nužnog nasljeđivanja bračni partner je ostao apsolutni nužni nasljednik i njegov dio ostaje jedna polovina od onoga što bi po zakonu naslijedio.³⁵

Princip ravnopravnosti bračnih partnera u novim zakonima o nasljeđivanju u BiH je zadržan. Zakonodavac ne spominje muškog i ženskog bračnog partnera već koristi termin bračni partner, tako da se pitanje diskriminacije na osnovu spola ne može postaviti. Međutim očigledno je da postoje različita rješenja koja se odnose na bračne partnere, kao što je poboljšanje nasljednopravnog položaja bračnog partnera u FBiH i BD, a koja zavise od mjesta prebivališta bračnog partnera. Naime mjesna nadležnost u ostavinskom postupku se određuje prema mjestu prebivališta.³⁶ Možemo se zapitati da li je dozvoljeno da se veći nivo zaštite može prosto usloviti promjenom mjesta prebivališta ili postoji obaveza države da obezbijedi da svi njeni građani, bez obzira na mjesto prebivališta uživaju ravnopravnost.

b. Gubitak prava na nasljeđivanje bračnog partnera

Zakonima o nasljeđivanju normiraju se istovjetni slučajevi u kojima bračni partner ne nasljeđuje. Pravo nasljeđivanja bračnog partnera prestaje ne samo razvodom braka, već i u situacijama kada brak pravno egzistira, ali je on faktički već prestao. Pravo nasljeđivanja na osnovu zakona između bračnih partnera prestaje razvodom braka ili poništenjem braka.³⁷

Bračni partner ne nasljeđuje ako je ostavilac bio podnio tužbu za razvod braka, a poslije smrti ostaviočeve se utvrdi da je tužba bila osnovana.³⁸ Polazeći od načela efektivnosti braka u pravnom i faktičkom pogledu, zakonodavac je izveo pravilo da preživjeli bračni partner ne može da koristi jednu slučajnost, odnosno događaj, koji nije u vezi sa brakom, ili sporost suda u vođenju brakorazvodne parnice, kao osnov svog zakonskog nasljednog prava.³⁹ U ovom slučaju lica sa nasljednopravnom interesom, mogu nastaviti postupak u cilju utvrđivanja osnova tužbe i dokazivanja da bi sud brak razveo samo da je tužilac (ostavilac) doživio taj moment. Ako se pravosnažnom presudom utvrdi da je tužbeni zahtjev osnovan i da bi sud razveo brak, onda preživjeli bračni partner nema pravo na nasljeđe. U literaturi se ukazuje na dilemu da li je u ovom slučaju bitna činjenica koji je bračni partner bio kriv za nastanak uzroka za razvod braka. Prema Porodičnom zakonu Federacije BiH⁴⁰ (u daljem tekstu: PZ FBiH) uzrok za razvod braka je teška i

34 Član 15 ZN BD BiH, Član 14 ZN RS.

35 Član 28 stav 1 ZN FBiH, Član 30 stav 1 ZN RS, Član 32 stav 1 ZN BD BiH.

36 Član 201. stav 1. ZN FBiH, Član 91 Zakona o vanparničnom postupku RS, Član 206. ZN BD BiH.

37 Član 25. stav 1. ZN FBiH, Član 24 stav 1 ZN RS, Član 26 stava 1 ZN BDBiH.

38 Član 25. stav 2. tačka 1. ZN FBiH, član 24. stav 2. tačka a. ZN RS, član 26. stav 2. tačka a. ZN BD BiH.

39 Slavko Marković, op.cit., str. 143.

40 Član 41. Porodičnog zakona FBiH, "Službene novine Federacije BiH", br. 35/05, 41/05 i

trajna poremećenost bračnih odnosa,⁴¹ dok je u Porodičnom zakonu RS (u daljem tekstu: PZ RS) uzrok za razvod braka teška i trajna poremećenost, uslijed čega je zajednički život postao nepodnošljiv.⁴² Iz odredbi porodičnog zakona jasno je da uzrok za razvod braka nije krivica bračnog partnera, te ona nije relevantna za gubitak prava za nasljeđivanje bračnog partnera. Odnosno nije relevantno koji je bračni partner kriv za nastanak teške i trajne poremećenosti bračne zajednice. Zbog toga krivica bračnog partnera nije relevantna ni u slučaju kada se primjenjuje odredba ZN FBiH-a o gubitku zakonskog nasljednog prava bračnog partnera, nakon što se utvrdi da je postojao brakorazvodni uzrok, odnosno da je tužba za razvod braka bila osnovana, preživjeli bračni partner gubi pravo da naslijedi, neovisno o činjenici što on nije bio kriv za nastanak teške i trajne poremećenosti bračnih odnosa.⁴³

Bračni partner ne nasljeđuje ni u slučaju ako njegov brak sa ostaviocem bude oglašen za nepostojeći, ili bude poništen, poslije smrti ostaviočeve, iz uzroka za čije je postojanje nadživjeli bračni partner znao u vrijeme zaključenja braka.⁴⁴ Nasljedno pravo bračnog partnera u ovom slučaju zavisi od toga da li je bračni partner savjestan ili nije. Nije važno da li je poništenje braka ili proglašenje braka nepostojećim pokrenuo ostavilac ili neko drugo lice ili je postupak pokrenut poslije smrti ostavioca. Postupak za poništenje braka može pokrenuti bračni partner, organ starateljstva i lica koja imaju neposredan pravni interes. Prema porodičnim zakonima tužbu za poništenje braka mogu pokrenuti lica koja imaju neposredan pravni interes u slučaju postojanja bračnosti i sklapanja braka bez cilja vođenja zajednice života.⁴⁵ Nasljednici u dva navedena slučaja mogli podići tužbu za poništenje određenog braka, pod uvjetom da dokažu kako za to imaju neposredan pravni interes.⁴⁶ Tužbu za poništenje braka mogu pokrenuti i roditelji ostavioca u slučaju da je maloljetnik sklopio brak bez dozvole suda.⁴⁷ Ovakva mogućnost postojat će samo ako je maloljetnik sklopio brak sa 16 godina života i umro do svoje 18 godine života. Ovo iz razloga što roditelji gube aktivnu legitimaciju nakon što maloljetnik postane punoljetan.

31/14.

41 Istovjetna odredba je i u Porodičnom zakonu BD BiH, „Sl. glasnik Brčko distrikta BiH”, br. 23/2007.

42 Član 52. stav 1. Porodični zakon RS, „Sl. glasnik RS”, br. 54/2002, 41/2008 i 63/2014.

43 Maja Čolaković, Bračni partner kao zakonski nasljednik u zakonu o nasljeđivanju Federacije BiH, str. 361.

44 Član 25. stav 2. tačka 2. ZN FBiH, Član 24. stav 2. tačka b. ZN RS, Član 26. stav 2. tačka b. ZN BD BiH.

45 Član 36. stav 1. PZ FBiH, Član 34. stav 1. PZ BD BiH. U PZ RS članom 47. propisano je da pravo na tužbu za poništenje braka iz razloga navedenih u čl. 29 (brak nije valjan ako nije zaključen u cilju zajednice života bračnih supružnika), 30 (zabluda i pretnja), 31. (bračnost) i 34. (odredba se odnosi na uslove zaključenja vanbračne zajednice) ovog zakona pripada bračnim supružnicima, svakom licu koje ima pravni interes da brak bude poništen i organu starateljstva.

46 Maja Čolaković, op. cit., str. 362.

47 Član 39. stav 1. PZ FBiH, Član 51. stav 1. PZ RS, Član 38. stav 1. PZ BD BiH.

Oglašenje braka nepostojećim također vodi gubitku prava bračnog partnera da naslijedi. Zapravo, pošto nepostojeći brak ne proizvodi nikakve posljedice, to ni osobe koje su sklopile brak pri čijem zaključenju nije bio ispunjen neki od uvjeta nužnih za njegovo zaključenje⁴⁸ nisu postale bračni partneri. Zakon o nasljeđivanju FBiH izjednačio je u pogledu nasljeđivanja bračnog i vanbračnog partnera te bi eventualno osobe koje su sklopile nepostojeći brak i živjele u takvom „braku“ određeni vremenski period, ispunivši pritom uslove za postojanje vanbračne zajednice, mogli naslijediti kao vanbračni partneri. Navedena situacija ne bi bila moguća u RS iz razloga što vanbračni partner prema ZN nije zakonski nasljednik. Bračni partner neće naslijediti ni u slučaju ako je njegova zajednica života sa ostaviocem bila trajno prestala njegovom krivicom ili u sporazumu sa ostaviocem.⁴⁹ Trajni prestanak zajednice života između bračnih partnera ne mora značiti i obavezno odvojeno stanovanje. Bračna zajednica je trajno prestala i u slučaju kada je to jedan bračni partner sam, ili sporazumno sa drugim, tako odlučio, ali stanuje još u istom stanu, jer ne može odmah da nađe novi stan i preseli svoje stvari.⁵⁰ Nadživjeli bračni partner nema pravo na nasljeđivanje samo ako je do trajnog prestanka zajednice života došlo njegovom krivicom ili u sporazumu sa ostaviocem.⁵¹ Ako je do prekida bračne zajednice došlo sporazumno, nije bitno da li je prije prekida postojao uzrok za prekid zajednice života i čijom krivicom je došlo do prekida. Sporazum treba shvatiti kao jasnu manifestaciju volje jednog bračnog partnera da raskine zajednicu života i jasno ponašanje drugog bračnog partnera koji pokazuje da se on sa ovim saglašava. Odvojeni život bračnih partnera, za koje je vrijeme svaki bračni partner samostalno ostvarivao sredstva za život i za koje vrijeme nijedan od bračnih partnera nije vodio računa o drugom bračnom partneru u smislu uzajamnog pomaganja, niti je pokazivao na bilo koji način volju da se zajednica života nastavi, se treba cijeniti kao faktičko pitanje o postojanju

48 Uvjeti za postojanje braka određeni su u članu 8. PZ FBiH, član 14. PZ RS i članu 6. PZ BD BiH. Uvjeti za postojanje braka identični su u sva tri porodična zakona. Za postojanje braka potrebno je: a) da su budući bračni partneri različitog spola, b) da su budući bračni partneri izjavili pristanak za sklapanje braka, c) da je pristanak izjavljen pred matičarom.

49 Član 25. stav 2. tačka 3. ZN FBiH, Član 24. stav 2. točka v. ZN RS, član 26. stav 2. točka c. ZN BD BiH.

50 Prestanak zajednice života u sporazumu sa ostaviocem pretpostavlja sporazumnu odluku jednog i drugog bračnog partnera da njihova zajednica života trajno prestane, o kojoj se sudi na osnovu dokazanih činjenica, ponašanja kojim se ispoljava i potvrđuje ta sporazumna odluka, kao rezultat njihove izričite i slobodne volje. U slučaju sumnje u postojanje takvog sporazuma mora se uzeti da nije nastao gubitak prava nasljeđivanja (Presuda Vrhovnog suda Federacije BiH, broj: 58 o P 018861 09 Rev od 15.12.2009. godine.).

Ne gubi pravo na nasljeđivanje preživjela supruga koja je privremeno ostala u inostranstvu kod svoje djece iz ranijeg braka, u odsustvu sporazumne odluke o trajnom prestanku zajednice života, ako su bračni partneri nastavili održavanje uzajamnih prava i obaveza u vidu povremenog dolaska i zajedničkog boravka supruge u domaćinstvu ostavioca, donoseći pri tome poklone ostaviocu, kao i organizovanjem i isplatom troškova njegove sahrane (Viši sud u Subotici, Gž. 1406/89).

51 Kao krivica se smatra ponašanje bračnog partnera koje je nedopušteno s obzirom na uzajamna prava i dužnosti bračnih partnera, a bračni partner je prema svim okolnostima mogao i morao biti svjestan da to nedopušteno ponašanje vodi trajnom prestanku zajednice života nasljeđivanja (Presuda Vrhovnog suda Federacije BiH, broj: 58 o P 018861 09 Rev od 15.12.2009. godine.).

sporazuma za trajni prestanak zajednice života bračnih partnera.⁵²

c. Povećanje nasljednog dijela bračnog partnera

U sva tri zakona o nasljeđivanju zadržano je pravo bračnog partnera na povećanje nasljednog dijela. Bračni partner koji nema nužnih sredstava za život pozvan na nasljeđuje sa nasljednicima prvog ili drugog nasljednog reda sud može, na zahtjev bračnog partnera, odlučiti, da bračni partner naslijedi i jedan dio onog dijela ostavine koji bi po zakonu trebalo da naslijede ostali nasljednici, a može odlučiti i da bračni partner naslijedi cijelu ostavinu, ako je ona tako male vrijednosti da bi njenom podjelom, bračni partner zapao u oskudicu.⁵³ Bračni partner mora dokazati da ni diobom ostavine on neće biti materijalno obezbjeđen i da nema nužnih sredstava za život, a da određeni nasljednik stiće više nego što mu je potrebno. Ukoliko je ostavina male vrijednosti sud može odlučiti da bračni partner dobije cijelu ostavinu. Odlučujući o zahtjevu bračnog partnera, odnosno o povećanju njegovog nasljednog dijela sud će uzeti u obzir sve okolnosti, a naročito imovinske prilike i sposobnosti za privređivanje bračnog partnera, trajanje bračne zajednice, imovinske prilike ostalih nasljednika i njihovu sposobnost za privređivanje i vrijednost ostavine. Prema tome zadržan je alimentacioni karakter nasljeđivanja.

d. Mogućnost zaključenja ugovora o nasljeđivanju.

Donošenjem novog ZN FBiH i ZN BD BiH ugovor o nasljeđivanju, pored zakona i testamenta, postaje treći osnov pozivanja na nasljedstvo. U odnosu na testament i zakon ugovor o nasljeđivanju ima prednost nad druga dva osnova pozivanja na nasljeđe.⁵⁴

Ugovor o nasljeđivanju dozvoljen je samo između budućih bračnih partnera, bračnih ili vanbračnih partnera.⁵⁵ Ugovorom o nasljeđivanju se ugovorne strane međusobno određuju za nasljednike ili jedna strana drugu određuje za svog nasljednika što ova strana prihvata.⁵⁶ Odnosno jedan bračni ili vanbračni partner može odrediti za svog nasljednika drugog bračnog ili vanbračnog partnera ili se bračni, odnosno vanbračni, partneri međusobno postavljaju za nasljednike. Postavljanje bračnog partnera za nasljednika ne znači da se on unaprijed i prihvatio nasljeđa.⁵⁷ Bračni partner koji je postavljen za nasljednika ima mogućnost da se u ostavinskom postupku odrekne od nasljeđa.

Zaključenje ugovora o nasljeđivanju treba da ima za posljedicu učinak vezanosti bračnog partnera za učinjena ugovorna raspolaganja.⁵⁸ Ovdje je potrebno obratiti

52 U današnje vrijeme postoje zaključeni bračni ugovori iz kojih nedvosmisleno proizlazi da bračni partneri ne žele zajednicu života ali radi djece takođe ne žele ni prolaziti kroz postupak razvoda braka. U ovim bračnim ugovorima postoji sporazum o podjeli bračne stečevine i uređuje se da od dana zaključenja bračnog ugovora svaki bračni partner stiće posebnu imovinu a ne bračnu stečevinu.

53 Član 26. ZN FBiH, Član 25. ZN RS, Član. 27 ZN BD BiH.

54 Član 129. stav 1. ZN FBiH, Član 133. stav 1. ZN BD BiH.

55 Član 126. ZN FBiH, Član 130. ZN BD BiH.

56 Član 127. stav 1. ZN FBiH, Član 131. ZN BD BiH.

57 Iva Tuhtan Grgić, Ugovor o nasljeđivanju, Doktorski rad, Sveučilište u Zagrebu, Zagreb 2013, str. 199.

58 Ibidem.

pažnju na činjenicu da li se radi o pravnim poslovima *mortis causa* ili o pravnim poslovima *inter vivos*. Ukoliko je riječ o pravnim poslovima *mortis causa* onda bi bračni partner trebao biti u potpunosti vezan za ugovor o nasljeđivanju. Bračni partner je ugovorom o nasljeđivanju sebe obavezao da kasnijim raspolaganjima neće imenovati druge osobe za nasljednike, kao i da poslovima *mortis causa* neće raspolagati ugovorenim imovinom. Ukoliko je ugovarač raspolagao istom stvari i u testamentu i u ugovoru o nasljeđivanju prednost će imati ugovor o nasljeđivanju. U teoriji se pravi razlika između testamenta koji je sastavljen prije i nakon ugovora o nasljeđivanju.⁵⁹

Zakonodavac je odredio da se zaključenjem ugovora o nasljeđivanju ne ograničava mogućnost raspolaganja imovinom za života.⁶⁰ Ovo znači da i pored zaključenog ugovora o nasljeđivanju bračni partneri mogu slobodno raspolagati svojom imovinom pravnim poslovima *inter vivos*. Bračni partner koji je odredio drugog bračnog partnera za nasljednika nije dužan brinuti se o očuvanju svoje imovine, on ima mogućnost da svoju imovinu besplatno ili naplatno otuđi, umanjiti joj vrijednost ili ih uništi, a ugovorni nasljednik prema njemu ne može postaviti zahtjev za naknadu.⁶¹ Ugovorni nasljednik nema prije otvaranja nasljedstva nasljedno, niti koje drugo pravo, već samo nadu da će, ukoliko se ispune sve pretpostavke za to, naslijediti ugovornog ostavitelja.⁶² Ukoliko bračni partner želi izvršiti upis zabilježbe otuđenja ili opterećenja nekretnine on će nekretninu morati identificirati prema podacima iz zemljišne knjige. Naime ako je u ugovoru navedeno da će ugovorni nasljednik naslijediti cjelokupnu imovinu (sadašnju i buduću), bez određenja nepokretnosti onda ugovorni nasljednik neće moći izvršiti zabilježbu zabrane otuđenja ili opterećenja.⁶³ Nemogućnost zabilježbe proizlazi iz odredbe člana 10. Zakona o zemljišnim knjigama u Federaciji Bosne i Hercegovine⁶⁴ kojom je normirano da se u pravnom prometu nekretnina označava prema podacima iz zemljišne knjige, pa bi za upis zabilježbe na nekretnini u ugovoru bilo potrebno istu i označiti. Pored oznake nekretnine, da bi upis u zemljišne knjige bio moguć, u ugovoru o nasljeđivanju neophodna je i klauzula *in tabulandi*⁶⁵ kojom ugovorni ostavitelj pristaje da se izvrši upis, odnosno da se

59 Ibid, str. 202 – 205. Ukoliko je testament sastavljen prije ugovora o nasljeđivanju isti će proizvoditi pravno dejstvo ukoliko nije u suprotnosti sa odredbama ugovora o nasljeđivanju. Raspolaganje sa određenom stvari, koja je bila predmet testamentalnog zavještaja, u ugovoru o nasljeđivanju ima se smatrati opozivom zavještaja.

60 Član 127. stav 3. ZN FBiH, Član 131. stav 3. ZN BD BiH.

61 Iva Tuhtan Grgić, op. cit. str. 201.

62 Ibid.

63 O pravu upisa zabilježbe na bračnoj stečevini u zemljišnim knjigama vidi šire: Boris Krešić, Melisa Čatić, Zaštita bračnog partnera neupisanog vlasnika bračne stečevine u zemljišnim knjigama sa osvrtom na porodični dom, Zbornik radova - četvrti međunarodni naučni skup "Dani porodičnog prava", Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić, Mostar, 2016.

64 Zakon o zemljišnim knjigama u Federaciji Bosne i Hercegovine, „Sl. novine FBiH“, br. 19/03, 54/04.)

65 Clausula intabulandi (njem. Einschreibende Klausel) je izričita i strogo formalna izjava volje knjižnog prednika – osobe čije se zemljišnoknjižno pravo ukida, ograničava ili opterećuje, da

izvrši zabilježba otuđenja ili opterećenja nekretnine.⁶⁶

U zakonu o nasljeđivanju RS ovaj ugovor nije dozvoljen. Možemo postaviti pitanje zaključenja ovog ugovora između bračnih partnera koji imaju različito mjesto prebivališta⁶⁷ (jedan bračni partner je u FBiH a drugi u RS), kao i pitanje njegovog izvršenja ukoliko postoje nekretnine na teritoriji RS. Ukoliko se ugovor o nasljeđivanju zaključi u FBiH a prvi umre bračni partner sa prebivalištem u RS, on neće biti izvršiv u RS. Prema praksi Evropskog suda za ljudska prava razlika u postupanju predstavlja diskriminaciju ukoliko nema razumno obrazloženje, odnosno ukoliko nije uvedena kako bi se ostvario neki legitiman cilj, ili ukoliko nema dovoljno razumne proporcionalne veze između korištenog sredstva i cilja koji se nastoji postići.⁶⁸ Da li u navedenom slučaju postoji razumno obrazloženje i legitiman cilj za ne priznavanje ugovora o nasljeđivanju u RS teško je unaprijed dati odgovor. Konačna ocjena o dozvoljenom razlikovanju u tretmanu s obzirom na pripadnost entitetu ili distriktu se neće moći dati prije nego sudovi kažu svoje u pogledu što je moguće većeg broja predmeta koji bi razmatrali različito postupanje po teritorijalnom osnovu. A do tada, nažalost, čini se da će građani bitne životne odluke morati da donose uvodeći novu kategoriju u mobilnost stanovništva u BiH: tražeći bolje prebivalište u bjekstvu od diskriminacije.

5. Nasljednopravni položaj vanbračnog partnera u BiH

Zakoni o nasljeđivanju FBiH i Zakon o nasljeđivanju BD BiH u članu 9. stav 1. navode da na osnovu zakona ostavitelja nasljeđuje i njegov vanbračni partner koji je u pravu nasljeđivanja izjednačen s bračnim. Normiranjem da i vanbračni partner ima pravo na nasljeđivanje, na teritoriji jednog entiteta i BD, prekinuto je dugogodišnje negiranje vanbračnog partnera kao zakonskog nasljednika. Vanbračnom zajednicom u smislu zakona o nasljeđivanju smatra se zajednica života žene i muškarca u skladu s odredbama zakona koji uređuje porodične odnose, a koja je prestala ostaviteljevom smrću.⁶⁹ Prema Porodičnom zakonu FBiH i BD BiH vanbračna zajednica je definirana kao zajednica života žene i muškarca koji nisu u braku ili vanbračnoj zajednici sa drugim licem, koja traje najmanje tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete.⁷⁰ Kako je

pristaje na uknjižbu ili predbilježbu. Radi se dakle o pristanku na upis.

⁶⁶ U skladu sa članom 41. Zakona o zemljišnim knjigama FBiH, upis u zemljišnu knjigu je dozvoljen samo uz suglasnost osobe koja je u vrijeme podnošenja zahtjeva upisana u zemljišnu knjigu kao nositelj prava vlasništva ili nekog drugog stvarnog prava koje se prenosi, mijenja, ograničava ili briše.

⁶⁷ Zajedničko mjesto prebivalište ne predstavlja uslov za postojanje ili punovažnost braka.

⁶⁸ Vidi presudu Evropskog suda za ljudska prava: Karlheinz Schmidt v. Germany, aplikacija br. 13580/88.

⁶⁹ Član 9. stav 2. ZN FBiH i ZN BD BiH.

⁷⁰ Član 3. stav 1. PZ FBiH i Član 5. stav 1. PZ BD BiH.

vanbračni partner u pravu nasljeđivanja izjednačen sa bračnim, sva pitanja koja su prethodno obrađena u vezi bračnog partnera odnose se i na vanbračnog partnera. U Zakonu o nasljeđivanju RS vanbračni partner i dalje nije prepoznat kao zakonski nasljednik. U nastavku će se obrazložiti samo pitanja koja su karakteristična za vanbračnu zajednicu.

Jedno od spornih pitanja jeste, a uzimajući u obzir da je Ustavni sud BiH donio presudu da postoji diskriminacija u pogledu ograničavanja prava na nasljeđe vanbračnom partneru, da li je vanbračni partner ima nasljedna prava na cijeloj teritoriji BiH. Ustavni sud Bosne i Hercegovine u plenarnom sazivu, u predmetu broj AP 4207/13 odlučivao je o pitanju nasljednopravnog položaja vanbračnog partnera.⁷¹ Predmet je pred Općinskim sudom bio pokrenut u vrijeme važenja Zakona o nasljeđivanju SRBiH a Odluka ustavnog suda je donesena nakon stupanja na snagu Zakona o nasljeđivanju FBiH. Ustavni sud smatra da primjena ZON-a iz 1980. godine na način kako su to uradili sudovi u osporenim odlukama nije imala razumno i objektivno opravdanje. Zbog toga je apelant na diskriminirajući način lišen mogućnosti sticanja statusa zakonskog nasljednika prvog nasljednog reda i učestvovanja u ostavinskom postupku iza ostaviteljice.⁷² Osim toga, u situaciji kada je novi ZN FBiH sa istim tim ciljem donesen tek skoro 10 godina kasnije, Ustavni sud smatra da apelant ne može snositi štetne posljedice toga što relevantni zakoni nisu ranije harmonizirani kako bi se provelo dosljedno opredjeljenje zakonodavca da otkloni diskriminaciju u tretmanu vanbračnih i bračnih partnera i u nasljednim odnosima.⁷³ Iz odluke Ustavnog suda BiH može se izvesti zaključak da su vanbračni partneri u RS diskriminirani u pogledu prava na nasljeđivanje. Odluka US BiH nije formalno obavezujuća, odnosno da ne stvara implicitno (direktno) obavezu za entitetske zakonodavne organe vlasti i zakonodavni organ Brčko Distrikta. Odnosno ona ne stvara obavezu da se i u

71 Presudom Općinskog suda u Živinicama broj 33 0 P 000492 07 P od 19. augusta 2009. godine, odbijen je apelantov tužbeni zahtjev kojim je tražio da se utvrdi da je, po osnovi vanbračne zajednice, „zakonski nasljednik drugog nasljednog reda“. Sporno je bilo pitanje da li apelant ulazi u krug zakonskih nasljednika iza ostaviteljice. U odgovoru na ovo pitanje, Općinski sud je naveo da je apelant postavljeni tužbeni zahtjev temeljio na odredbi člana 3. Porodičnog zakona Federacije BiH (u daljnjem tekstu: PZ FBiH) kojim je propisano da je vanbračna zajednica ona koja traje najmanje tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno dijete. Međutim, Općinski sud je smatrao da se „pravilnim tumačenjem ove odredbe nikako ne može izvesti zaključak da je ova zajednica u svemu izjednačena sa bračnom zajednicom“, već samo „u pogledu određenih prava“. Općinski sud je naveo da to konkretno znači da su „vanbračnim partnerima priznata određena prava iz ove zajednice kao u bračnoj zajednici, kao što su prava međusobnog izdržavanja, u pogledu sticanja vanbračne stečevine“, ali da „nisu ipak izjednačeni u svim pravima, pogotovo u pogledu nasljeđivanja“. Kantonalni sud u Tuzli je naveo da je pravilan zaključak Općinskog suda da vanbračna zajednica ne utiče na zakonsko nasljeđivanje, odnosno da „sama po sebi ona nije osnov za nasljeđivanje“. Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine je zaključio da su nižestepeni sudovi pravilno primijenili materijalno pravo, pa je naročito naglasio da je apelantov tužbeni zahtjev „nejasan i neprecizan, ali i neosnovan jer tužitelj kao vanbračni partner umrle, prema važećim zakonskim propisima, nema pravo da naslijedi“ ostaviteljicu, zato što ne ulazi u krug zakonskih nasljednika „nijednog od nasljednih zakonskih redova predviđenih Zakonom o nasljeđivanju Federacije Bosne i Hercegovine“.

72 Para. 35. Odluke Ustavnog suda broj AP 4207/13.

73 Para 34. Odluke Ustavnog suda broj AP 4207/13.

entitetu RS izmjeni Zakon o nasljeđivanju u smislu prepoznavanja vanbračnog partnera kao zakonskog nasljednika. No, u svakom slučaju odluka u predmetu AP 4207/13 ima prejudicirajuće dejstvo, odnosno predstavlja svojevrsan izvor prava, te kao takva predstavlja relevantan pravni osnov za eventualno pokretanje novih postupaka pred redovnim (i ustavnim) sudovima u Bosni i Hercegovini.⁷⁴

Jedno od spornih pitanja koje se može postaviti jeste i dokazivanje nastanka vanbračne zajednice. Teško je utvrditi da li je vanbračna zajednica trajala tri godine ili dvije godine i deset mjeseci, što je vrlo važno ukoliko se postavi pitanje prava na nasljeđivanje vanbračnog partnera.⁷⁵ Ukoliko je rođeno dijete u vanbračnoj zajednici onda nije od presudne važnosti njeno vremensko trajanje da bi se priznalo pravo na nasljeđivanje vanbračnog partnera. U pravu Bosne i Hercegovine ne postoji mogućnost registrovanja vanbračne zajednice a samim tim ne postoji ni mogućnost raskida iste normirano je da vanbračni partner nema pravo na nasljeđe samo u jednom slučaju. Vanbračni partner nema pravo na nasljedstvo ako je njegova zajednica života s ostavitelem bila trajno prestala prije ostaviteleva smrti.⁷⁶ Pitanje trajnog prestanka zajednice života sa ostaviocem rješavat će se u svakom konkretnom slučaju.

Ugovor o nasljeđivanju mogu zaključiti i vanbračni partneri. Prilikom zaključivanja ugovora o nasljeđivanju između vanbračnih partnera potrebno je da se ispune uslovi određeni u članu tri Porodičnog zakona FBiH, odnosno člana 5 Porodičnog zakona BD BiH. Dokazivanje vanbračnog statusa predstavlja preduvjet za zaključenje ugovora o nasljeđivanju. Budući da je u sudskoj praksi zauzet stav da se za dokazivanje postojanja vanbračne zajednice ne može podnijeti utvrđujuća (deklaratorna) tužba, niti se ovo pitanje može razmatrati kao prethodno (prejudicijelno)⁷⁷, opravdano se može postaviti pitanje na koji način će notari dokazati postojanje vanbračne zajednice. Ovdje je potrebno naglasiti da notari nisu stvarno nadležni organ koji utvrđuje ispunjenje uslova za postojanje vanbračne zajednice. Notari, prilikom sastavljanja notarski obrađene isprave, imaju obavezu da provjere da li su stranke sposobne i ovlaštene za sklapanje pravnog posla.

74 Boris Krešić, Dženeta Omerdić, Izjednačavanje prava vanbračnih i bračnih partnera – Analiza presude Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Zbornik radova – šesti međunarodni naučni skup Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić, Mostar, 2018, str: 273 i 283.

75 Za razliku od našeg zakonodavca, zakonodavac u RH je u odredbi čl. 8. st. 2. ZN-a propisao da: “Na temelju zakona ostaviteља nasljeđuje i njegov izvanbračni drug koji je u pravu nasljeđivanja izjednačen s bračnim drugom. Izvanbračnom zajednicom u smislu ovoga Zakona smatra se životna zajednica neudane žene i neoženjenog muškarca koja je trajala dulje vrijeme a prestala ostaviteљevom smrću, pod uvjetom da su bile ispunjene pretpostavke koje se traže za valjanost braka.” Zapravo zakonodavac je u Zakonu o nasljeđivanju, kao zakonu *lex specialis* definirao vanbračnu zajednicu i to na drugačiji način od onoga kako je ona normirana u Obiteljskom zakonu.

76 Član 25. stav 3. ZN FBiH, Član 26. stav 3. ZN BD BiH.

77 Ramajana Demirović, Novi pravci u pravnom regulisanju vanbračne zajednice u bosanskohercegovačkom pravu, Zbornik radova – Naučni skup “Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog”, Mostar, 21. 12. 2012. godine, str. 129.

6. Zaključak

Nasljednopravni položaj žene kroz historiju Bosne i Hercegovine karakteriše kontinuitet u primjeni običajnog i vjerskog prava. Na osnovu analize odluka Kotarskih sudova možemo zaključiti da je doista postojao običaj da se ženski nasljednici odriču svog nasljednog dijela u korist muških nasljednika. Osim toga vidljivo je i da su nasljedni dijelovi muških i ženskih nasljednika bili različiti.

Tek prestankom važenja običajnih i vjerskih pravila, tj. donošenjem republičkih zakona o nasljeđivanju u SFRJ dolazi do primjene principa ravnopravnosti između bračnih partnera. Vanbračni partneri i dalje ostaju izvan prava na nasljeđivanje, tako da možemo reći da u ovom periodu postoji diskriminacija između bračnih i vanbračnih partnera.

Donošenjem novih zakona o nasljeđivanju diskriminacija između bračnih i vanbračnih partnera se eliminiše u FBiH i BD, dok vanbračni partneri i dalje ostaju diskriminirani u području entiteta RS. Različito uređenje prava bračnog partnera u prvom zakonskom nasljednom redu, kao i omogućavanja zaključenja ugovora o nasljeđivanju, u entitetima i distriktu BiH može dovesti do diskriminacije na osnovu mjesta prebivališta. Takođe je vidljiv, iako još uvijek u neznatnoj mjeri, napredak u jačanju položaja bračnog partnera u odnosu na ostale nasljednike što je i intencija velikog broja evropskih država.

I na kraju zabrinjavajuća je činjenica što propisi o nasljeđivanju nisu harmonizirani, tako da prava bračnih i vanbračnih partnera zavise od činjenice koji će se zakon o nasljeđivanju na njih primijeniti, a što dovodi do pravne nesigurnosti i neravnopravnosti građana BiH.

Literatura

1. Boris Krešić, Dženeta Omerdić, Izjednačavanje prava vanbračnih i bračnih partnera – Analiza presude Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Zbornik radova – šesti međunarodni naučni skup Dani porodičnog prava, Mostar, 2018.
2. Boris Krešić, Melisa Ćatić, Zaštita bračnog partnera neupisanog vlasnika bračne stečevine u zemljišnim knjigama sa osvrtom na porodični dom, Zbornik radova - četvrti međunarodni naučni skup "Dani porodičnog prava", Mostar, 2016.
3. Ćerimović Mehmed, Šeriatsko nasljedno pravo, Državna štamparija u Sarajevu, Sarajevo, 1936.
4. Darja Softić Kadenić, Novo nasljedno pravo u entitetima Bosne i Hercegovine de lege lata i de lege ferenda, Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, broj 2/2011, str 36.
5. Iva Tuhtan Grgić, Ugovor o nasljeđivanju, Doktorski rad, Sveučilište u Zagrebu, Zagreb 2013, str. 199.

6. Maja Čolaković, Bračni partner kao zakonski nasljednik u zakonu o nasljeđivanju Federacije BiH, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 15, Mostar 2017.
7. Marković Slavko, Nasledno pravo, Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SFRJ, Beograd 1981.
8. Michael Zobkow, Primjenjivanje Austrijskog građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini, preštampano iz Mjesečnika, Tisak Tipografija grafičko nakladni zavod, Zagreb, 1921.
9. Mirela Krešić, Zakonsko nasljeđivanje bračnih drugova prema Općem građanskom zakoniku na hrvatsko slavonskom pravnom području, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol.60.No.2, 2010.
10. Mustafa Imamović, Historija države i prava Bosne i Hercegovine, Sarajevo, Magistrat, 2003.
11. Povlakić Meliha, Reforma zakonskog nasljeđivanja u BiH i regionu, VII savjetovanje iz oblasti građanskog prava, Jahorina, 2012.
12. Radosav Momčilović, Milorad Živanović, Nasljedno pravo – treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd – Banja Luka, 2003.
13. Ramajana Demirović, Novi pravci u pravnom regulisanju vanbračne zajednice u bosanskohercegovačkom pravu, Zbornik radova – Naučni skup “Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog”, Mostar, 21. 12. 2012. godine.
14. Sladović Eugen, Islamsko pravo u Bosni i Hercegovini, Beograd, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, 1926.
15. Viktorija Žnidaršič Skubic, Nasljeđivanje u braku i izvanbračnim zajednicama, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske. ISSN 1847-7615. - Vol. 8, pos. br. (2017).
16. Vojislav Spaić, Nasljedno pravo u srednjovjekovnoj Bosni, Godišnjak Pravnog fakulteta u sarajevu, I, 1953, Sarajevo.

Boris Krešić, Ph.D., Associate professor

Faculty of Law, University of Tuzla

Ervina Halilović, LL.M.

Faculty of Law, University of Tuzla

POSITION OF MARITAL/COMMON LAW PARTNER IN INHERITANCE LAW IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Abstract: The position of marital and common law partners in inheritance law through the history of Bosnia and Herzegovina (BiH) is related to the application of religious law and common law.

This paper brings the analysis of inheritance issues for marital and common law partners from the perspective of Roman law and current positive legislation in BiH. Although positive law of BiH recognizes equality of marital partners, there is evidence of the remnants of Roman, common, and religious law that significantly affect the legal-inheritance position of these partners. Different legal status of marital and common law partner in particular, leads to discrimination in terms of inheritance, which may contest the respect of the European principle of non-discrimination regarding property rights.

In order to fulfill its obligations in the context of BiH integration to the European Union, positive legislation that regulates the issues of inheritance rights need to fully secure the principles of non-discrimination and property rights.

Key words: marital partner, common law partner, inheritance law, prohibition of discrimination.

IZBOR, IMENOVANJE I RAZRJEŠENJE STEČAJNOG UPRAVITELJA U HRVATSKOM PRAVU: MODEL ZA PRAVNU RECEPCIJU?

Sažetak: Analizirajući iz povijesne perspektive Republika Hrvatska te Bosna i Hercegovina imaju dugu tradiciju „*nadzornika stečajne mase*“. Stoga, iz povijesne perspektive, takav institut nije *terra incognita* u njihovim zakonodavstvima. Proučavanjem položaja stečajnog upravitelja u pozitivnom pravu navedenih zemalja dolazimo do zaključka kako u oba zakonodavna uređenja upravitelj ima na sličan način reguliran položaj. On otvaranjem stečajnog postupka (tzv. pravilo nultog sata) postaje zastupnik stečajnog dužnika i tijelo stečajnog postupka. U funkciji ovog tijela stečajnog postupka objedinjene su, s jedne strane, ovlasti izvansudskog tijela stečajnog postupka i, s druge strane, zakonskog zastupnika dužnika i upravitelja imovine stečajnog dužnika koji imovinom upravlja u ime i za račun vjerovnika. On predstavlja središnje operativno tijelo stečajnog postupka koji ima ulogu „nadzornika“ kojem sud i vjerovnici povjeravaju zadatak skrbi o stečajnoj masi dužnika. Stoga su i naša nastojanja u ovom radu usmjerena u pravcu analize hrvatskih rješenja u pogledu izbora, imenovanja i razrješenja stečajnog upravitelja, a sve radi usporedbe i mogućih prijedloga *de lege ferenda* za bosansko-hercegovačkog zakonodavca jer su u tijeku sveobuhvatne reforme propisa uvjetovane prije svega postupkom usklađivanja bosansko-hercegovačkih propisa s propisima EU (temeljem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju). Smatramo bitnim istaknuti kako prostor koji ovdje imamo, ne dopušta detaljnu raščlambu nov(i)je hrvatske insolventne regulative, pa smo prinuđeni ograničiti se isključivo, po mišljenju autora, samo na aspekte koje smatramo ključnim za potencijalnu funkcionalizaciju stečajno-upraviteljske pozicije.

Ključne riječi: reforma stečajnih propisa, stečajni upravitelj, pravna recepcija.

1. UMJESTO UVODA

Iz hrvatske perspektive, provedbu stečajnog postupka detaljno uređuje Stečajni zakon kao *lex generalis* propis.¹ U pravnom smislu, stečaj je izvanparnični *sui generis* sudski postupak, tzv. generalna ovrha, u kojem se vrši kolektivno namirenje svih vjerovnika iz imovine insolventnog dužnika bilo kroz likvidacijski stečajni postupak ili kroz neki model reorganizacije (stečajni plan ili predstečajni

¹ NN, br. 71/15, 104/17.

postupak). Kako je Stečajni zakon od 1996. bio mijenjan više puta, zakonodavac se odlučio za donošenje novog Zakona 2015., ali u pogledu stečajnog postupka riječ je samo o izmjenama postojećeg zakona dok je predstečajni postupak znatnije promijenjen.²

2. ODABRANA PRAVNA PITANJA O POLOŽAJU STEČAJNOG UPRAVITELJA

U pogledu pravila o stečajnim upraviteljima došlo je 2015. do znatnih izmjena. Kako je ranije naznačeno, složenost njegove funkcije najbolje ilustrira činjenica da bi - u namjeri da se dosljedno analizira institut stečajnog upravitelja - bilo potrebno analizirati i komentirati cjelokupan zakonski tekst, što autor u ovom tekstu nije u mogućnosti napraviti. Ipak treba naznačiti kako su reformom 2015. uvedene promjene u način izbora i imenovanja stečajnih upravitelja, u uvjetima za imenovanje stečajnih upravitelja, brisanju s liste stečajnih upravitelja te je uvedena stručna obuka i stručno usavršavanje stečajnih upravitelja s ciljem poboljšanja kvalitete njihovog rada te je uvedeno stalno usavršavanje za stečajne upravitelje.³

2.1. Liste stečajnih upravitelja

Kako je gore navedeno, pravila o imenovanju stečajnoga upravitelja doživjela su također znatne promjene. Tako je određeno da se za stečajnoga upravitelja može imenovati osoba upisana na listi stečajnih upravitelja za područje nadležnog suda. Ministar pravosuđa će za područje nadležnosti svakog suda utvrditi listu A stečajnih upravitelja i listu B stečajnih upravitelja, koje se mogu dopunjavati, a jedna osoba može biti na listi za područje jednog ili više sudova.⁴ Na navedeni način otklonjena je mogućnost, primjerice, da Trgovački sud u Zagrebu za stečajnog upravitelja imenuje osobu koja ima prebivalište u Rijeci, ako ta osoba ne želi obavljati službu stečajnoga upravitelja na području drugih sudova osim suda u Rijeci (čl. 77. i 78.). Rješenje o upisu i brisanju s liste stečajnih upravitelja donosi ministar nadležan za poslove pravosuđa. Navedena rješenja su upravni akti protiv kojih nije dopuštena žalba, ali postoji mogućnost

2 Nažalost, možemo konstatirati da se modeli tzv. reorganizacije nisu pokazali uspješnim kao u europskom okruženju. Vidi, Bodul, D., Vuković, A., (Još jedna) reforma stečajnog zakonodavstva: funkcionalizacija stečajno pravne zaštite ili placebo efekt, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 36, 2015., no. 1, str. 181.-213.

3 Vidi, Hrastinski Jurčec, Lj., Pravni položaj stečajnog upravitelja u stečajnim postupcima, Zbornik radova: Ovrha i stečaj – aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse, Inženjerski biro, Zagreb, 2007., 80. et seq.

4 Prva lista stečajnih upravitelja napravljena je odmah po stupanju na snagu novog SZ-a, a morala bi se voditi ažurno, što je trajan i zahtjevan posao. Stoga je u praksi uočena neažurnost pa čak i nakon smrti stečajnog upravitelja, on nije nekoliko mjeseci brisan s liste stečajnih upravitelja te je mrtva osoba imenovana za stečajnog upravitelja u većem broju slučajeva. Čuveljak, J., Iskustva u primjeni pravila o izboru stečajnoga upravitelja metodom slučajnog odabira, Pravni portal IUS INFO, 2018.

pokretanja upravnog spora (čl. 83.).⁵

Na listu A može biti upisana fizička osoba koja ima poslovnu sposobnost, koja ima završeni diplomski sveučilišni studij, odnosno završeno visoko obrazovanje s najmanje 300 ECTS bodova, koja ima položen stručni ispit za stečajnoga upravitelja te koja je nakon položenog stručnog ispita obavljala stručnu obuku u trajanju od jedne godine, koja ima sklopljenu policu osiguranja od profesionalne odgovornosti te koja je dostojna za obavljanje poslova stečajnoga upravitelja s tim da zakon određuje koja osoba nije dostojna. Smatrati će se da nije dostojna osoba protiv koje je pokrenut kazneni postupak za kazneno djelo za koje se kazneni progon pokreće *ex offio*;⁶ zatim osoba koja je osuđena za kazneno djelo za koje se postupak pokreće *ex offio*; potom koja je brisana s liste stečajnih upravitelja zbog ne postupanja prema rješenju o vraćanju onoga što je primio dok ne prođu tri godine od dana brisanja,⁷ koja je razriješena dužnosti stečajnoga upravitelja zbog neurednog obavljanja dužnosti u više od dva stečajna postupka u tijeku tri godine, dok ne prođu tri godine od dana brisanja i ponovno ne položi ispit za stečajnoga upravitelja⁸ te osoba koja je nesposobna za plaćanje (čl. 79.).⁹ Ipak, s obzirom na to da stari Stečajni zakon nije predviđao stručnu

5 Iako je prema Pravilniku o utvrđivanju liste stečajnih upravitelja ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa dužno voditi službenu evidenciju stečajnih upravitelja i to u obliku popisa stečajnih upravitelja koja se objavljuje na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča trgovačkih sudova, a koja sadrži ime i prezime stečajnog upravitelja, naznaku liste i trgovačkog suda, naznaku suda i poslovni broj predstečajnih, prethodnih i stečajnih postupaka u kojima su stečajni upravitelji imenovani kao povjerenici, privremeni stečajni upravitelji, stečajni upravitelji i stečajni povjerenici uz naznaku svojstva imenovanja, način izbora stečajnog upravitelja, naznaku dužnika, naznaku suca koji vodi postupak, naznaku razrješenja i razloga razrješenja te naznaku izrečenih novčanih kazni - takva se lista još uvijek ne vodi. Vidi, loc. cit.

6 Bez detaljne analize ove odredbe, ali i relevantnih odredbi Zakona o kaznenom postupku (NN, br. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17.) možemo zaključiti da je ovo i ustavno dvojbeno rješenje jer čl. 28. Ustava RH (NN, br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14) kao i praksa u vezi s čl. 6. Europske konvencije (NN-MU, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.) propisuju da je svatko nedužan i nitko se ne smije smatrati krivim za kazneno djelo dok mu se pravomoćnom sudskom presudom ne utvrdi krivnja. Riječ je o zahtjevu koji se, načelno, sam po sebi čini umjesnim i opravdanim, ali koji će u praksi omogućiti stečajnim sucima relativno veliku, zapravo nekontrolabilnu diskreciju pri izboru stečajnih upravitelja što može stvoriti dojam pristranosti i neobjektivnosti sudstva. Nadalje, ovaj uvjet dovodi u opasnost stečajne upravitelje da ne mogu biti imenovani ako je pokrenut kazneni postupak, primjerice, za kazneno djelo ispuštanja onečišćujućih stvari s plovnog objekta (čl. 194. Kaznenog zakona, NN, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17.).

7 Doktrina navodi kako zakonodavac nije jasno odredio može li se naložiti vraćanje onoga što je stečajni upravitelj primio samo na temelju nagrade za obavljanje poslova ili se može naložiti vraćanje i troškova koje je primio te smatra da je zakonodavac odredio da sud može naložiti vraćanje nagrade ili dijela nagrade koju je stečajni upravitelj primio tijekom postupka za obavljene poslove. Tako i detaljnije, Željko, Š., Omazić, I., Tijela stečajnog postupka, Pravosudna akademija, Zagreb, 2016., str. 24.

8 Slažemo se sa stajalištem doktrine koja navodi kako nije jasno zašto je određeno ponovno polaganje ispita za stečajnoga upravitelja jer uredno i uspješno obavljanje dužnosti najčešće nije u vezi sa stručnošću stečajnoga upravitelja. Dovoljna kazna je da stečajni upravitelj ne može biti na listi A stečajnih upravitelja tri godine od dana brisanja s liste. Tako i detaljnije, loc. cit.

9 Doktrina smatra budući da osoba nesposobna za plaćanje nije dostojna za obavljanje poslova

obuku stečajnih upravitelja nakon položenog stručnog ispita, novi Stečajni zakon je u prijelaznim odredbama unio odredbu prema kojoj se smatra da osobe koje su upisane na listu stečajnih upravitelja na dan stupanja novog Stečajnog zakona ispunjavaju pretpostavku iz čl. 79. st. 1. t. 4. Stečajnog zakona, ako su obavljale dužnost stečajnoga upravitelja u više od deset otvorenih stečajnih postupaka u kojima se stečajni postupak provodio ili ako su obavljale dužnost stečajnog upravitelja najmanje tri godine (čl. 440., st. 1. SZ).

Na listu B stečajnih upravitelja može biti upisana fizička osoba koja ispunjava gotovo sve pretpostavke za listu A (da ima poslovnu sposobnost; da ima završen diplomski sveučilišni studij, odnosno završeno visoko obrazovanje s najmanje 300 ECTS bodova; da ima položen stručni ispit za stečajnoga upravitelja; da ima sklopljenu policu osiguranja od profesionalne odgovornosti te da je dostojna za obavljanje poslova stečajnoga upravitelja), osim što nema nakon položenog stručnog ispita stručnu obuku u trajanju od jedne godine (čl. 80.).

Dakle, temeljna razlika stečajnih upravitelja s liste A i liste B je u činjenici da stečajni upravitelji s liste A mogu biti birani i imenovani u svim stečajnim postupcima, a stečajni upravitelji s liste B stečajnih upravitelja mogu biti birani i imenovani samo u skraćenim stečajnim postupcima (čl. 432.) i u postupcima u kojima se stečajni postupak ne provodi (čl. 132.). Osoba ne može biti upisana istovremeno na listu A i listu B stečajnih upravitelja. Donošenjem rješenja o upisu na listu A listu stečajnih upravitelja, stečajni upravitelj briše se s liste B stečajnih upravitelja *ex offio*.¹⁰

2.1.1. Brisanje stečajnih upravitelja s liste

Osoba koja se nalazi na listi stečajnih upravitelja brisat će se s liste stečajnih upravitelja: na osobni zahtjev te po službenoj dužnosti. S u k l a d n o odredbama Pravilnika o utvrđivanju lista stečajnih upravitelja¹¹ rješenje o brisanju s liste stečajnih upravitelja donosi ministar nadležan za poslove pravosuđa (čl. 83. SZ). Brisanje osobe s liste stečajnih upravitelja odnosi se na liste svih trgovačkih sudova na koje je stečajni upravitelj bio upisan.

stečajnoga upravitelja trebalo bi isti kriterij propisati kao razlog za brisanje s liste stečajnih upravitelja. Naime, u važećem de lege lata uređenju osoba koja je nesposobna za plaćanje u trenutku odlučivanja o zahtjevu za upis na listu stečajnih upravitelja nije dostojna za obavljanje poslova stečajnoga upravitelja. S druge strane, ako osoba koja je upisana na listu stečajnih upravitelja postane nesposobna za plaćanje ona i dalje može obavljati dužnost stečajnoga upravitelja iako nije dostojna za obavljanje poslova stečajnoga upravitelja jer nesposobna za plaćanje nije legislativni razlog za brisanje s liste stečajnih upravitelja. Tako i detaljnije, *ibid.*, str. 25.

10 Daljnji problem uočava se i u slučaju ulaska novih osoba na listu A stečajnih upravitelja, jer im ova metoda automatske nasumične dodjele u kratkom roku dodjeli veliki broj predmeta odnosno odmah ih izravna s postojećim stečajnim upraviteljima. To u praksi znači da nove osobe naprosto fizički ne mogu izvršiti sve obveze koje imaju kao stečajni upravitelji, pa ili traže razrješenje ili neadekvatno obavljaju dužnost. Čuveljak, J., Iskustva u primjeni pravila o izboru stečajnoga upravitelja metodom slučajnog odabira, Pravni portal IUS INFO, 2018.

11 NN, br. 104/15.

Ex offio se briše: a) ako je protiv nje pokrenut kazneni postupak za kazneno djelo za koje se postupak pokreće po službenoj dužnosti ili ako je osuđena za kazneno djelo za koje se postupak pokreće po službenoj dužnosti; b) ako je razriješena dužnosti stečajnoga upravitelja zbog neurednog obavljanja dužnosti iz čl. 91. st. 2. SZ-a u više od dva stečajna postupka u tijeku tri godine; c) ako nije postupila po rješenju suda iz čl. 91. st. 6. SZ-a, odnosno ako odbije ispuniti nalog suda u vezi s predajom dužnosti, ako odbije ili nepotrebno odgađa predaju dokumentacije ili ako ne postupi prema nalogu suda za dostavu izvješća o određenim pitanjima; d) ako ne dostavi dokaz da ima sklopljenu policu osiguranja od profesionalne odgovornosti; e) ako svake dvije godine od dana upisa ne dostavi dokaz o provedenom stručnom usavršavanju nakon položenog stručnog ispita;¹² f) smrću stečajnoga upravitelja (čl. 81.).

2.2. Izbor stečajnih upravitelja

Izbor stečajnoga upravitelja u stečajnom postupku obavlja se metodom slučajnog odabira s liste A stečajnih upravitelja za područje nadležnog suda s ciljem da se otklone dvojbe u subjektivnost stečajnog suca prilikom imenovanja stečajnog upravitelja.¹³ Jedino u slučaju skraćenog stečajnog postupka izbor stečajnog upravitelja obavlja se metodom slučajnoga odabira s liste A i s liste B stečajnih upravitelja za područje nadležnog suda (čl. 432. SZ). Ministar nadležan za poslove pravosuđa propisao je Pravilnikom pretpostavke i način izbora stečajnih upravitelja metodom slučajnog odabira¹⁴ po kojem se algoritam odabira stečajnoga upravitelja pokreće korištenjem jedne od funkcionalnosti unutar sustava *e-Spis*.¹⁵

12 Naime, stečajni upravitelji dužni su se stručno usavršavati nakon položenog stručnog ispita radi upotpunjavanja i usavršavanja stečenih znanja za obavljanje dužnosti stečajnog upravitelja. Stručno usavršavanje obavlja se u stručnim radionicama. Stečajni upravitelji dužni su godišnje sudjelovati u najmanje dvije stručne radionice u ukupnom trajanju od najmanje 15 sati. Mentori (stečajni upravitelji upisani na A listi stečajnih upravitelja) oslobođeni su obveze sudjelovanja u jednoj stručnoj radionici. Stručne radionice organizira i provodi ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa, a za voditelje radionica mogu se odrediti suci, stečajni upravitelji upisani na listi A stečajnih upravitelja, članovi ispitnog povjerenstva te nastavnici pravnih i ekonomskih fakulteta koji predaju predmete koji se polažu za stručni ispit (čl. 82.). Podrobnije, Pravilnik o polaganju stručnog ispita, obuci i usavršavanju stečajnih upravitelja, NN, br. 104/15, 17/17.

13 Metoda slučajnog odabira stečajnih upravitelja može posebice biti problem kod prekograničnih stečajnih odnosno insolventijskih postupaka, gdje se zahtijeva i poznavanje stranog jezika, a posebice u slučaju kada se pored glavnog otvorio i tzv. partikularni ili sekundarni insolventijski postupak. U tom slučaju nova Uredba o insolventijskim postupcima zahtijeva suradnju domaćeg i stranog suda u imenovanju stečajnih odnosno insolventijskih upravitelja tih postupaka (čl. 42. st. 3. sl. a) Uredbe (EU) 2015/848 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2015. o insolventijskim postupcima (reforma), Sl. list EU, br. L 141. od 5.6.2015., str. 19.-72. Vidi, Garašić, J., Reforma Europske uredbe o insolventijskim postupcima, u: Kuzmić, M. (ur.), Reforma hrvatskog insolventijskog prava – Novi Stečajni zakon, Inženjerski biro, Zagreb, 2015., str. 34-76.

14 NN, br. 106/15.

15 Prvostupanjski sud smatra da izbor stečajnog upravitelja metodom slučajnog odabira s liste A stečajnih upravitelja za područje nadležnog suda, sam po sebi pretpostavlja izbor koji uzima u obzir težinu svih postupaka u kojim su stečajni upravitelji imenovani. Slijedom navedenog prvostupanjski

U prethodnom postupku izbor privremenoga stečajnog upravitelja obavlja se prije donošenja rješenja o pokretanju prethodnoga postupka, a izbor stečajnoga upravitelja obavlja se prije donošenja rješenja o otvaranju stečajnog postupka. Na taj način, smatra doktrina, sve osobe s liste stečajnih upravitelja teoretski imaju jednaku priliku da budu izabrane za stečajnoga upravitelja.¹⁶ Iznimno, ako sud smatra da stečajni upravitelj izabran metodom slučajnog odabira ne raspolaže potrebnom stručnošću ili poslovnim iskustvom potrebnim za vođenje stečajnog postupka, za stečajnog upravitelja može se izabrati druga osoba s liste A stečajnih upravitelja za područje nadležnog suda.¹⁷ Novina Novele iz 2017. dopušta da stečajni upravitelj može podnijeti zahtjev ministarstvu nadležnom za poslove pravosuđa da ga se privremeno izuzme od izbora za stečajnog upravitelja. U tom slučaju može nastaviti obavljati dužnost u postupcima u kojima je imenovan, ali ga se izuzima od izbora za stečajnog upravitelja u novim predmetima u razdoblju od dvije godine od dana isteka godine u kojoj je zatražio svoje izuzimanje (čl. 84.). Ipak i dalje je ostao faktični problem, budući da na listi stečajnih upravitelja u pravilu ima malo osoba koje se bave samo poslom stečajnog upravitelja, već istovremeno rade i na drugim radnim mjestima. Pored toga, budući da ne postoji dobna granica za obavljanje posla stečajnoga upravitelja, neki stečajni upravitelji poodmakle životne dobi prije su samo povremeno preuzimali neke jednostavnije slučajeve, no, sada im sustav dodjeljuje predmete automatski, kao i ostalim osobama na listi stečajnih upravitelja.

2.3. Imenovanje stečajnog upravitelja

Na temelju izbora stečajnoga upravitelja, sud imenuje stečajnoga upravitelja rješenjem o otvaranju stečajnoga postupka.¹⁸ Obrazloženje odluke

sud nalazi da uređujući sudac nema ni zakonske osnove ni objektivnih podataka kojima bi mogao po zahtjevu imenovanog stečajnog upravitelja naknadno, a po izvršenom izboru metodom slučajnog odabira, odlučivati o razrješenju tako izabranog stečajnog upravitelja, a zbog preopterećenosti. Visoki trgovački sud RH, Pž-3271/17 od 28. 6. 2017.

16 Uočeno je da se pojavljuje velika neravnomjernost u dodjeli predmeta. Tako su neki stečajni upravitelji imenovani u svega par postupaka u Republici Hrvatskoj dok je jedan stečajni upravitelj imenovan u 1154 stečajna postupka. Čuveljak, J., Iskustva u primjeni pravila o izboru stečajnoga upravitelja metodom slučajnog odabira, Pravni portal IUS INFO, 2018.

17 Drugu osobu sud također izabire metodom slučajnog odabira s liste stečajnih upravitelja za područje nadležnoga suda. Međutim, doktrina opravdano postavlja pitanje na koji način sud utvrđuje da izabrani stečajni upravitelj ne raspolaže potrebnom stručnošću. Osoba koja podnese zahtjev za upis na listu A stečajnih upravitelja može biti upisana samo ako ima potrebnu stručnost (osoba ima završen diplomski studij, položen stručni ispit za stečajnoga upravitelja i obavljala je stručnu obuku nakon položenog stručnog ispita u trajanju od jedne godine.) Slijedom toga, potrebna stručnost postoji kod osoba koje su upisane na listu A stečajnih upravitelja pa će sud u pravilu izabrati drugu osobu ako osoba koja je izabrana metodom slučajnog odabira nema poslovno iskustvo potrebno za vođenje stečajnoga postupka. Tako i detaljnije, Željko, Š., Omazić, I., op. cit., str. 26.

18 Rješenjem Trgovačkog suda u Zagrebu uskraćeno je odobrenje imenovanja M.J. stečajnim upraviteljem u stečajnom postupku nad stečajnim dužnikom P.d.d. u stečaju. Imajući u vidu nespornu

o imenovanju stečajnoga upravitelja mora sadržavati način izbora stečajnoga upravitelja i razloge ako je izabran drugi stečajni upravitelj, odnosno sud mora obrazložiti zbog čega smatra da prvotno izabrani stečajni upravitelj nema potrebnu stručnost ili poslovno iskustvo potrebno za vođenje stečajnoga postupka. Iznimno, ako je u predstečajnom postupku koji je prethodio stečajnom postupku imenovan povjerenik ili je u stečajnom postupku imenovan privremeni stečajni upravitelj, sud će povjerenika, odnosno privremenoga stečajnog upravitelja, imenovati stečajnim upraviteljem, a obrazloženje odluke o imenovanju mora sadržavati način izbora stečajnoga upravitelja i razloge ako je izabran izvan automatskog odabira.¹⁹

činjenicu da je P. c. d.o.o. dužnik stečajnog dužnika, jasno je kako su stečajni dužnik i P. c. d.o.o. u dužničko-vjerovničkom odnosu iz čega proizlazi odnos suparništva ove dvije pravne osobe. S obzirom na to da je M. J. imenovan povjerenikom predstečajne nagodbe društva P. c. d.o.o. odnosno isti je tijelo postupka predstečajne nagodbe nad navedenom pravnom osobom koja je u odnosu suparništva sa stečajnim dužnikom, ni činjenica pravomoćnog okončanja postupka predstečajne nagodbe nad P. c. d.o.o. na što upire žalitelj, imajući u vidu sadržaj odredbe čl. 20. st. 3. SZ-a ne može utjecati na to da je M. J. bio povezan s društvom P. c. d.o.o. kao tijelo predstečajne nagodbe, zbog čega ne može obnašati dužnost stečajnog upravitelja u ovom stečajnom postupku, na što pravilno ukazuje prvostupanjski sud, a koje razloge prihvata i ovaj sud. Visoki trgovački sud RH, Pž-4911/2016, 12. 7. 2016.

Nisu odlučni žalbeni navodi osobe ovlaštene za zastupanje dužnika do dana otvaranja stečajnog postupka kojima ističe da je novi stečajni upravitelj Z. Č. član i direktor društva M. d.o.o. koje je registrirano za istu djelatnost kao i stečajni dužnik te predsjednik nadzornog odbora Z. R. d.o.o. Prema odredbi čl. 77. st. 2. SZ-a za stečajnog upravitelja ne može biti imenovana osoba koja bi morala biti izuzeta kao sudac u stečajnom postupku, osobito: osoba koja je bila zaposlena kod stečajnog dužnika ili je bila član nekog njegova tijela; bliski srodnik suca, osoba odgovornih za obveze u stečajnom postupku, članova uprave i drugih tijela dužnika, vjerovnika te osoba koje su u odnosu suparništva sa stečajnim dužnikom. Navodi koje iznosi žalitelj ne predstavljaju niti jedan od razloga za izuzeće suca (i stečajnog upravitelja) iz čl. 71. ZPP-a u vezi s čl. 10. SZ-a, kao i niti jedan od posebno navedenih razloga u čl. 77. st. 2. SZ-a. Visoki trgovački sud RH, Pž-8115/16 od 8. 12. 2016.

19 Neosnovano osoba ovlaštena za zastupanje dužnika do dana otvaranja stečajnog postupka smatra da je sud morao imenovati M.B., kao povjerenika u postupku predstečajne nagodbe, za stečajnog upravitelja primjenom odredbe čl. 85. st. 2. SZ-a. Navedenom odredbom propisano je da iznimno od st. 1. toga članka, ako je u predstečajnome postupku koji je prethodio stečajnom postupku imenovan povjerenik ili je u stečajnom postupku imenovan privremeni stečajni upravitelj, sud će povjerenika odnosno privremenog stečajnog upravitelja imenovati stečajnim upraviteljem. Iz spisa proizlazi da se prije pokretanja ovog stečajnog postupka nad dužnikom vodio postupak predstečajne nagodbe prema pravilima iz Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (NN. br. 108/12, 144/12, 81/13 i 112/13 (71/15, 78/15.)) dalje: ZFPPN), a ne predstečajni postupak uređen odredbama Stečajnog zakona. Radi se o postupcima koji su uređeni različitim pravnim propisima, na različit način te su i pretpostavke za imenovanje povjerenika u postupku predstečajne nagodbe iz ZFPPN različite od pretpostavki za imenovanje povjerenika u predstečajnom postupku iz Stečajnog zakona, a također različita su i tijela koja imenuju povjerenika. U postupku predstečajne nagodbe povjerenika ne imenuje sud, već ga imenuje nagodbeno vijeće sukladno odredbi čl. 34. st. 1. ZFPPN-a, a članove nagodbenog vijeća imenuje ministar financija prema odredbi čl. 33. st. 2. ZFPPN-i. U predstečajnom postupku povjerenika imenuje sud sukladno odredbi čl. 22. t. 2. SZ-a, a na određivanje povjerenika primjenjuju se odredbe tog Zakona o stečajnom upravitelju (čl. 23. st. 3. SZ-a). Odredbom čl. 85. st. 2. SZ-a određeno je da će sud imenovati povjerenika za stečajnog upravitelja samo u slučaju kada je stečajnom postupku prethodio predstečajni postupak u kojem je imenovan povjerenik, dakle postupak uređen odredbama Stečajnog zakona u kojem je i povjerenika

Zakon izrijekom određuje da se odluka o imenovanju stečajnoga upravitelja može pobijati žalbom protiv rješenja o otvaranju stečajnog postupka.²⁰ Slijedom toga, odluka o imenovanju stečajnoga upravitelja ne može se pobijati posebnom žalbom već samo žalbom protiv rješenja o otvaranju stečajnog postupka. Pravo na žalbu protiv rješenja o otvaranju stečajnog postupka ima osoba ovlaštena za zastupanje dužnika po zakonu do dana nastupanja pravnih posljedica otvaranja stečajnoga postupka i dužnik pojedinac. Posljedica navedenog je da samo prijašnji dužnikov zastupnik po zakonu i dužnik pojedinac mogu pobijati odluku o imenovanju stečajnoga upravitelja.²¹ Doktrina naznačuje kao je primijećeno da se protiv rješenja o otvaranju stečajnog postupka žalbu podnese i stečajni upravitelj koji je izabran metodom slučajnog odabira, a sud ga nije imenovao za stečajnoga

imenovao sud. U slučaju kada je stečajnom postupku prethodio postupak predstečajne nagodbe iz ZFPPN-a, tada sud nije dužan imenovati za stečajnog upravitelja povjerenika kojeg je u tom postupku imenovalo nagodbeno vijeće. Visoki trgovački sud RH, Pž-8115/16 od 8. 12. 2016.

20 U pravovremenoj dopuni žalbe je istaknuo da je stečajni upravitelj imenovan automatskim odabirom osoba koja je pravomoćno kazneno osuđena i koja je jedini stečajni upravitelj kojem je oduzeta licenca za obavljanje djelatnosti stečajnog upravitelja od strane Ministarstva pravosuđa Republike Slovenije. U pogledu ovog navoda, sud prvog stupnja je rješenjem od 10. 11. 2016. temeljem čl. 85. st. 5. SZ-a razriješio imenovanog stečajnog upravitelja i odredio novoga metodom slučajnog odabira s liste A stečajnih upravitelja za područje Trgovačkog suda u Pazinu i to Z.Č. iz Rijeke, Gnambova 2/10, OIB 74095088079. Kako je raniji stečajni upravitelj Š.R. razriješen dužnosti, ovaj sud nije raspravljao o dijelu žalbe koji se tiče osobe stečajnog upravitelja, a koji se nalazi na listi A stečajnih upravitelja za područje Trgovačkog suda u Pazinu. Visoki trgovački sud RH, Pž-7779/16 od 23. 11. 2016.

Nije osnovan niti žalbeni navod glede izbora stečajne upraviteljice, već je sud pravilnom primjenom odredbe čl. 85. st. 2. Stečajnog zakona imenovao stečajnu upraviteljicu koju je ranije imenovao privremenom stečajnom upraviteljicom sukladno odredbi čl. 84. st. 1. Stečajnog zakona. Visoki trgovački sud RH, Pž-7705/16 od 30. 11. 2016.

Prema odredbi čl. 85. st. 4. SZ-a odluka o imenovanju stečajnog upravitelja može se pobijati žalbom protiv rješenja o otvaranju stečajnog postupka. Prema odredbi čl. 128. st. 8. SZ-a protiv rješenja o otvaranju stečajnog postupka nad pravnom osobom žalbu može podnijeti osoba koja je bila zastupnik po zakonu dužnika pravne osobe do dana nastupanja pravnih posljedica otvaranja stečajnog postupka i dužnik pojedinac. Dakle, osoba koja je bila povjerenik predstečajne nagodbe nema pravo žalbe protiv rješenja o otvaranju stečajnog postupka pa tako niti protiv odluke o imenovanju stečajnog upravitelja. Kako iz žalbe nedvojbeno proizlazi daju je podnijela osoba koja nije zastupnik dužnika po zakonu, predmetna žalba nije dopuštena. Visoki trgovački sud RH, Pž-2354/17 od 19. 4. 2017.

21 Iz spisa proizlazi da je rješenjem prvostupanskog suda od 28. 10. 2016. otvoren stečajni postupak nad dužnikom T.d.d. i za stečajnog upravitelja imenovan je Š.R. primjenom metode slučajnog odabira s liste A stečajnih upravitelja sukladno odredbi čl. 84. st. 1. SZ-a. Osoba ovlaštena za zastupanje dužnika žalbom protiv rješenja o otvaranju stečajnog postupka pobijala je odluku o imenovanju stečajnog upravitelja navodeći da se radi o slovenskom državljaninu koji je u R.S. pravomoćno osuđen za kazneno djelo za koje se postupak pokreće po službenoj dužnosti. Prvostupanski sud je povodom te žalbe razriješio stečajnog upravitelja i imenovao novog stečajnog upravitelja Z. Č. (...) Prvostupanski sud pravilnom primjenom navedenih odredaba, povodom žalbe na rješenje o otvaranju stečajnog postupka, imenovao je novog stečajnog upravitelja s liste A stečajnih upravitelja, ocijenivši da činjenica što je Š. R. u R. S. pravomoćno osuđen za kazneno djelo za koje se postupak pokreće po službenoj dužnosti predstavlja okolnost koja ukazuje da on ne raspolaže potrebnom stručnošću za vođenje stečajnog postupka. Visoki trgovački sud RH, Pž-8115/16 od 8. 12. 2016.

upravitelja. Primjenjujući na odgovarajući način pravila parničnoga postupka sud će žalbu odbaciti uz obrazloženje da žalbu nije podnijela osoba koja je ovlaštena za podnošenje žalbe.²² Ako se žalbom protiv rješenja o otvaranju stečajnoga postupka pobija i odluka o imenovanju stečajnoga upravitelja, prvostupanjski sud može povodom žalbe donijeti odluku o imenovanju novoga stečajnoga upravitelja u roku od tri dana. Zakon propisuje da je protiv rješenja suda o imenovanju novoga stečajnog upravitelja dopuštena žalba (čl. 85.).²³

Prije prihvatanja dužnosti imenovani stečajni upravitelj pred sudom će dati izjavu da će savjesno, držeći se Ustava, zakona i pravnoga poretka RH, obavljati dužnost.²⁴ Nakon davanja izjave, sud će stečajnom upravitelju predati potvrdu o imenovanju u kojoj je navedeno da je rješenjem o otvaranju stečajnoga postupka ili drugim rješenjem imenovan za stečajnoga upravitelja određenoga stečajnog dužnika. Stečajni upravitelj dužan je odmah nakon prestanka obavljanja dužnosti vratiti sudu potvrdu o imenovanju (čl. 86.).²⁵

2.3.1. Imenovanje drugog stečajnog upravitelja

Na prvom ili kojem kasnijem ročištu nakon imenovanja stečajnoga upravitelja, skupština vjerovnika može umjesto stečajnoga upravitelja kojeg

22 Doktrina ukazuje da budući da osoba koja je izabrana metodom slučajnog odabira, a nije imenovana za stečajnoga upravitelja, nema pravo na žalbu pa teoretski postoji opasnost od mogućnosti nastanka situacija da osoba upisana na listi A stečajnih upravitelja u jednom sudu ne bude nikada imenovana za stečajnoga upravitelja iako je metodom slučajnoga odabira izabrana za stečajnoga upravitelja. Tako i detaljnije, Željko, Š., Omazić, I., op. cit., str. 27.

23 Zakonodavac je u ovom slučaju trebao propisati tko ima pravo na žalbu protiv rješenja o imenovanju novoga stečajnog upravitelja. Doktrina polazeći od činjenice da prijašnji zastupnik po zakonu ima pravo na žalbu protiv odluke suda o imenovanju stečajnoga upravitelja a sud povodom te žalbe donese novu odluku o imenovanju novoga stečajnog upravitelja jedini zaključak je da ista osoba ima pravo i na žalbu protiv odluke o imenovanju novoga stečajnog upravitelja. Tako i detaljnije, ibid., str. 28.

24 Prvenstveno, pobijano rješenje u točki XII. izreke (kojim je naloženo stečajnom upravitelju bez odgode pristupiti sudu radi davanja izjave o prihvatanju dužnosti i primitka potvrde o imenovanju) po svom sadržaju predstavlja zaključak u smislu odredbe čl. 18. st. 2. Stečajnog zakona (NN, br. 71/15; dalje: SZ), koji se u konkretnom slučaju primjenjuje. Naime, zaključkom sud izdaje nalog službenoj osobi ili tijelu u postupku za obavljanje pojedinih radnji te odlučuje o upravljanju postupkom i o drugim pitanjima kada je to izrijekom određeno tim Zakonom (čl. 18. st. 2. SZ-a). Protiv zaključka nije dopuštena žalba (čl. 19. st. 7. SZ-a), slijedom čega je ovaj sud sukladno odredbi čl. 380. t. 1. Zakona o parničnom postupku u vezi s čl. 10. SZ-a odbacio dužnikovu žalbu podnesenu protiv točke XII. izreke pobijanog rješenja kao nedopuštenu. Visoki trgovački sud RH, Pž-2483/17 od 26. 4. 2017.

25 Doktrina ukazuje da se može postaviti pitanje kada stečajni upravitelj prestaje obavljati dužnost budući da je nakon zaključenja stečajnog postupka stečajni upravitelj dužan zastupati stečajnu masu (čl. 89., st. 1., t. 13. SZ). Nadalje, Zakon izrijekom propisuje da stečajni upravitelj može i nakon obustave i zaključenja stečajnoga postupka u ime stečajnoga dužnika, a za račun stečajne mase nastaviti s unovčenjem imovine dužnika i s ostvarenim sredstvima postupiti prema odredbi iz čl. 133. st. 1. SZ-a (čl. 293., st. 4.) Također, zakon propisuje da obveza stečajnoga upravitelja na upravljanje i unovčenje stečajne mase postoji i nakon podnošenja prijave o nedostatnosti stečajne mase (čl. 294., st. 3. SZ). Tako i detaljnije, Željko, Š., Omazić, I., op. cit., str. 28. i 29.

je imenovao sud, izabrati drugoga stečajnog upravitelja s liste A stečajnih upravitelja.²⁶ Smatrat će se da je skupština vjerovnika donijela odluku o izboru drugoga stečajnog upravitelja ako je zbroj iznosa tražbina stečajnih vjerovnika koji su glasovali za odluku viši od zbroja iznosa tražbina vjerovnika koji su glasovali protiv odluke.²⁷ Sud donosi rješenje kojim potvrđuje imenovanje drugoga stečajnog upravitelja. Ako sud ne donese rješenje u roku od tri dana, smatrat će se da je potvrdio imenovanje stečajnoga upravitelja. Također, sud ne može odbiti potvrditi imenovanje stečajnoga upravitelja kojeg je izabrala skupština.²⁸ Novoimenovanom stečajnom upravitelju sud će predati potvrdu o imenovanju nakon davanja izjave da će savjesno, držeći se Ustava, zakona i pravnoga poretka RH, obavljati dužnost. Predajom potvrde o imenovanju prestaju ovlaštenja prijašnjem stečajnom upravitelju (čl. 87.).

26 Dakle, skupština vjerovnika ovlaštena je imenovati drugog stečajnog upravitelja na izvještajnom ili svakom kasnijem ročištu, a posljedica imenovanja novog stečajnog upravitelja je prestanak ovlasti ranijeg stečajnoga upravitelja, dok se na skupštini može donijeti samo jedna odluka i to odluka da se, umjesto stečajnog upravitelja kojeg je imenovao stečajni sudac, imenuje drugi stečajni upravitelj. Međutim, skupština vjerovnika nema ovlast donijeti samostalnu odluku o razrješenju stečajnog upravitelja. Skupština vjerovnika može podnijeti zahtjev stečajnom sucu da razriješi stečajnog upravitelja i to na način i pod uvjetima uređenim u čl. 27. st. 2. Stečajnog zakona. Točno je da prema odredbi čl. 38.c Stečajnog zakona, skupštinu vjerovnika vodi stečajni sudac te je predmetno stečajni sudac bio dužan upozoriti skupštinu vjerovnika na sadržaj navedenih zakonskih odredaba, kako skupština vjerovnika ne bi donijela predmetnu nezakonitu odluku. Međutim, žalbeni sud prihvaća i nalazi osnovanim razloge pobijanog rješenja za ukidanje (nezakonite) odluke skupštine vjerovnika nezavisno od navedenog, a o navedenom su skupština vjerovnika i stečajni sudac dužni voditi računa u nastavku ovog stečajnog postupka. *Visoki trgovački sud RH, Pž-3228/17 od 6. 6. 2017.*

27 Doktrina naznačuje kako nije isključena mogućnost da stečajni upravitelj kojeg je izabrala skupština ne može biti imenovan za stečajnoga upravitelja iz određenih razloga (npr. izabrani stečajni upravitelj bio je zaposlen kod stečajnoga dužnika ili je bio član njegova tijela; bliski srodnik suca i slično). U takvoj situaciji sud bi mogao na zahtjev stečajnog vjerovnika, stečajnoga upravitelja ili po službenoj dužnosti ukinuti odluku skupštine vjerovnika ako je protivna zajedničkom interesu stečajnih vjerovnika (čl. 108.). Odluka kojom je izabran stečajni upravitelj koji ne može biti stečajni upravitelj sigurno je protivna zajedničkim interesima stečajnih vjerovnika. Međutim, doktrina nadalje navodi što ako nitko od osoba koje mogu zahtijevati ukidanje odluke skupštine vjerovnika ne stavi zahtjev za ukidanje odluke o izboru novoga stečajnoga upravitelja na skupštini vjerovnika, a sud nije imao saznanje o postojanju razloga koji priječe imenovanje izabranog stečajnoga upravitelja? Doktrina predlaže izlaz iz moguće situacije na način da sud po službenoj dužnosti u roku od tri dana ukine odluku skupštine vjerovnika o izboru novoga stečajnoga upravitelja. Drugo rješenje bilo bi da sud u roku od tri dana odbije donijeti rješenje o imenovanju izabranoga stečajnog upravitelja čime bi nastala presumpcija da je sud potvrdio imenovanje stečajnoga upravitelja. Nakon što je nastupio učinak presumpcije o potvrdi imenovanja stečajnoga upravitelja sud bi mogao po službenoj dužnosti ili na zahtjev odbora vjerovnika rješenjem razriješiti imenovanog stečajnoga upravitelja iz drugih važnih razloga (čl. 91.). Tako i detaljnije, Željko, Š., Omazić, I., op. cit., str. 29.

28 Osnovano se žalitelj u žalbi poziva na odredbu čl. 87. st. 4. SZ-a jer sukladno toj zakonskoj odredbi sud ne može odbiti potvrditi imenovanje stečajnog upravitelja kojeg je izabrala skupština vjerovnika. Iz Zapisnika sa sjednice skupštine vjerovnika održane 3. 10. 2017. proizlazi da je odluka o imenovanju novog stečajnog upravitelja donesena potrebnom većinom sukladno čl. 105. st. 2. SZ-a. *Visoki trgovački sud RH, Pž-6565/17 od 8. 11. 2017.*

2.4. Razrješenje stečajnih upravitelja

Na zahtjev odbora vjerovnika ili skupštine vjerovnika sud će razriješiti stečajnoga upravitelja istekom godine i pol dana od dana održavanja izvještajnoga ročišta ako nije unovčio imovinu koja ulazi u stečajnu masu tako da može pristupiti završnoj diobi. Sud ne može *ex offio* razriješiti stečajnoga upravitelja iz navedenoga razloga.²⁹ Ipak može *ex offio* ili na zahtjev odbora vjerovnika ili skupštine vjerovnika razriješiti stečajnoga upravitelja i prije isteka roka od godinu i pol dana od održavanja izvještajnoga ročišta ako svoju dužnost ne obavlja uspješno ili iz drugih važnih razloga³⁰, osobito ako ne postupa po nalogu suda. Prije donošenja odluke sud će omogućiti stečajnom upravitelju da se očituje,

29 Tu je zanimljiva presuda: Prvostupanjski sud razriješio je dužnosti stečajnog upravitelja Š.R. zbog sumnji u njegovu podobnost za vođenje ovog stečajnog postupka (čl. 91. Stečajnog zakona, NN, br. 71/15; dalje: SZ). Prvostupanjski sud je utvrdio da je Š. R. u R.S.i oduzeta licenca zbog počinjenja kaznenog djela za koje je pravomoćno osuđen. Primjenom odredbe čl. 84. SZ-a prvostupanjski sud je imenovao novog stečajnog upravitelja. Protiv ovog rješenja razriješeni stečajni upravitelj Š.R. podnio je žalbu, navodeći da ne postoje razlozi za njegovo razrješenje. Žalba razriješena stečajnog upravitelja Š.R. iz Zagreba nije dopuštena. Odredbom čl. 91. st. 4. SZ-a propisano je da protiv rješenja o razrješenju stečajnog upravitelja pravo na žalbu imaju samo stečajni vjerovnici. Prema tome, ranije razriješeni stečajni upravitelj Š.R. nema pravo na žalbu protiv pobijanog rješenja. Visoki trgovački sud RH, Pž-540/17 od 15.2.2017.

30 Razrješenje stečajnog upravitelja zbog zdravstvenih razloga: U slučaju postojanja opravdanih zdravstvenih razloga za razrješenje dužnosti, stečajni upravitelj treba dostaviti liječničku dokumentaciju ili potvrdu iz koje je vidljivo da barem kroz određeno vrijeme ne može obnašati dužnost stečajnog upravitelja. Rješenjem suda prvog stupnja odbijen je zahtjev Z. M. za njegovo razrješenje dužnosti stečajnog upravitelja. Protiv tog rješenja žali se stečajni upravitelj Z. M., bez navođenja zakonom propisanih žalbenih razloga, a iz sadržaja žalbe proizlazi da se žali zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja i pogrešne primjene materijalnog prava. Žalba nije osnovana. Ovaj sud nije našao da bi bila počinjena bitna povreda odredaba parničnog postupka propisana odredbom članka 354. st. 2. toč. 2., 4., 8., 9., 11., 13. i 14. Zakona o parničnom postupku (NN, br. 148/11 - proć. tekst, 25/13 i 89/14 - u nastavku teksta: ZPP), u svezi s odredbom članka 10. Stečajnog zakona (NN, br. 71/15 - u nastavku teksta: SZ), a na koje povrede pazi po službenoj dužnosti (čl. 365. st. 2. ZPP-a). Odredbom članka 91. st. 5. SZ-a propisano je da sud može razriješiti stečajnog upravitelja na osobni zahtjev. Dakle, sud prvog stupnja ovlašten je procjenjivati opravdanost razloga stečajnog upravitelja za razrješenje s dužnosti stečajnog upravitelja. Sud prvog stupnja odbio je zahtjev stečajnog upravitelja za razrješenje jer iz medicinske dokumentacije ne proizlazi indikacija za bolničko liječenje, iz anamneze povijesti bolesti proizlazi da se subjektivno dobro osjeća, a kontrola endokrinologa preporučena je tek za mjesec i pol dana. Iz priložene povijesti bolesti (list 34. spisa) nije vidljivo da bi stečajnom upravitelju bila preporučeno mirovanje, a niti da ne može obavljati poslove stečajnog upravitelja. Sud nije stručan tumačiti medicinski nalaz kao sastavni dio povijesti bolesti, a iz zaključka ordinirajućeg liječnika ne predlaže se mirovanje, već redovita tjelesna aktivnost radi bolje regulacije šećerne bolesti pa, za sada, stečajni upravitelj nije učinio vjerojatnim da privremeno nije sposoban obavljati dužnost stečajnog upravitelja. Zbog navedenog stečajni upravitelj žalbenim navodima nije doveo u sumnju pravilnost utvrđenog činjeničnog stanja, pa je stoga sud prvog stupnja pravilno primijenio odredbu članka 91. st. 5. SZ-a kada je zahtjev za razrješenje dužnosti stečajnog upravitelja odbio. Potrebno je napomenuti da u slučaju postojanja opravdanih zdravstvenih razloga za razrješenje dužnosti, stečajni upravitelj treba dostaviti liječničku dokumentaciju ili potvrdu iz koje je vidljivo da barem kroz određeno vrijeme ne može obnašati dužnost stečajnog upravitelja. Slijedom navedenoga, valjalo je, na temelju odredbe članka 380. toč. 2. ZPP-a, a u svezi s odredbom članka 10. SZ-a, odlučiti kao u izreci ovog drugostupanjskog rješenja. Vidi, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Pž-5526/17 od 02.09.2017.

osim ako važni razlozi ne zahtijevaju da se drukčije postupi. Protiv rješenja o razrješenju stečajnoga upravitelja pravo na žalbu imaju samo stečajni vjerovnici.

U pravilima o razrješenju stečajnih upravitelja na osobni zahtjev istaknuto je da stečajni upravitelj može tražiti razrješenje na osobni zahtjev³¹ zbog opravdanih razloga te da protiv rješenja o odbijanju osobnoga zahtjeva za

31 Automatska dodjela predmeta ne uzima u obzir ni činjenicu udaljenosti određenih područja, kao i njihovu eventualnu lošu prometnu povezanost, čak i kada stečajni upravitelj prebivaju na području određenog trgovačkog suda, pa su stečajni upravitelji stavljali i zahtjev za razrješenje jer se dužnik nalazi na području koje im je teško dostupno. Tu je bitno i pitanje troškova jer se postavilo pitanje naknade troška odnosno ima li stečajni upravitelj pravo na naknadu troškova prijevoza ako ima prebivalište izvan područja sjedišta suda koji provodi stečajni postupak u kojemu je imenovan za stečajnoga upravitelja. Stajališta su oprečna. Prema jednom pravnom shvaćanju stečajni upravitelj čije je prebivalište izvan područja sjedišta nadležnog suda nema pravo na naknadu putnih troškova u vezi s dolaskom u sjedište suda odnosno sjedište stečajnog dužnika. Drugo pravno shvaćanje, polazi od toga da je stečajni upravitelj imenovan stečajnim upraviteljem u predmetu iz nadležnosti trgovačkog suda uz njegovu prethodnu suglasnost da će dužnost stečajnog upravitelja obavljati i u trgovačkim sudovima koji imaju sjedište izvan njegova prebivališta, a svojom suglasnošću na obavljanje poslova stečajnog upravitelja izvan njegova prebivališta nije dao suglasnost da će te poslove obavljati o vlastitom trošku (pa i kada je riječ o troškovima prijevoza u sud njegova sjedišta). Materijali dostupni kod autora.

razrješenje pravo na žalbu ima samo stečajni upravitelj.^{32 33}

32 Prvostupajski sud je zahtjev stečajnog upravitelja zbog navedenih osobnih razloga (provođenje istrage) odbio kao u točki I. izreke rješenja, a u točki II. izreke odlučio je razriješiti stečajnog upravitelja po službenoj dužnosti temeljem odredbe čl. 91. st. 2. SZ-a.... Budući je žalba podnesena sukladno odredbi čl. 91. st. 5. SZ-a protiv točke I. izreke rješenja prvostupajnskog suda za razrješenje dužnosti stečajnog upravitelja na osobni zahtjev ovdje žalitelja koji je taj zahtjev i podnio. Stoga je ovaj sud odlučio o žaliteljevoj žalbi sukladno odredbi čl. 91. st. 5. SZ-a, te je ocijenio da je prvostupajski sud pravilno odbio zahtjev za razrješenje stečajnog upravitelja na osobni zahtjev jer razlozi zbog kojih žalitelj podnosi osobni zahtjev za razrješenje (rješenja o provođenju istrage) nisu razlozi zbog kojih bi bio prihvaćen. Osim toga, žalitelj se neosnovano poziva na razloge za razrješenje stečajnog upravitelja iz točke II. izreke pobijane odluke, a budući da u smislu odredbe čl. 91. st. 4. SZ-a pravo žalbe na rješenje o razrješenju stečajnog upravitelja imaju samo stečajni vjerovnici. Visoki trgovački sud RH, Pž-3781/2017 od 5.7.2017. Pobijanim rješenjem je odbijen zahtjev za razrješenje privremenog stečajnog upravitelja P.G., od 4. 10. 2016. Tako je prvostupajski sud odlučio jer, prema odredbi čl. 91. st. 5. SZ-a, sud može razriješiti stečajnog upravitelja na osobni zahtjev, a gramatičkim tumačenjem te odredbe lako je zaključiti kako sud može, ali i ne mora udovoljiti zahtjevu za razrješenje stečajnog upravitelja. Naime, stav je suda prvog stupnja kako se zahtjevu stečajnog upravitelja za razrješenje ne udovoljava automatski - čim se takav zahtjev podnese, nego je sud prilikom donošenja odluke po tom zahtjevu dužan cijeniti okolnosti svakog konkretnog slučaja. Osim toga, cilj zakonskog načina izbora stečajnih upravitelja metodom slučajnog odabira s liste stečajnih upravitelja za područje nadležnog suda (čl. 84. SZ) bio je izbjeći bilo kakvu subjektivnost stečajnog suca kod imenovanja stečajnog upravitelja. Ne spekulirajući u motive zahtjeva za izuzeće, stav je suda prvog stupnja kako je stečajni upravitelj koji se prihvatio uvrstiti na listu stečajnih upravitelja određenog suda profesionalac, zainteresiran i motiviran za obavljanje poslova stečajnog upravitelja. Pri tome je nemogućnost preuzimanja pojedinačnog predmeta samo iznimka skopčana s opravdanim razlozima, a ne pravilo. Ako stečajni upravitelj ne može prihvatiti imenovanje bilo bi logično da stavi zahtjev za svoje brisanje s liste stečajnih upravitelja. U konkretnom slučaju, navodi koji se spominju u zahtjevu za razrješenjem od 4. 10. 2016., a za koje nisu dostavljeni dokazi, mogli bi imati za posljedicu nemogućnost obavljanja poslova privremenog i stečajnog upravitelja, te daljnju posljedicu razrješenje dužnosti stečajnog upravitelja po njegovu zahtjevu. Međutim, stečajni upravitelj nije dokazao postojanje niti jednog od navoda iz zahtjeva za razrješenjem od 4. 10. 2016. koji bi ga priječili u obavljanju poslova privremenog stečajnog upravitelja. Osim toga, ako privremeni ili stečajni upravitelj nije u mogućnosti obavljati stečajno-upraviteljsku službu, u skladu s odredbom čl. 83. SZ-a, dužan se obratiti Ministarstvu pravosuđa koje će donijeti odgovarajuće rješenje. Pravilno stoga prvostupajski sud drži i da bi stečajni upravitelji koji ne mogu ili ne žele prihvaćati njihov izbor u stečajnim postupcima metodom slučajnog odabira, trebali podnijeti zahtjev za brisanje s liste stečajnih upravitelja jer zahtjevi pojedinih stečajnih upravitelja za njihovim razrješenjem u pojedinim stečajnim postupcima dovode stečajne upravitelje u neravnotežan položaj, a što je upravo suprotno cilju donošenja odredbe čl. 84. st. 1. SZ-a. S tim u vezi, žalitelj i sam u žalbi ističe da je iz istih razloga već podnosio zahtjeve za razrješenjem te da zapravo uopće nije niti zainteresiran za obavljanje novih poslova stečajnog upravitelja. Visoki trgovački sud RH, Pž-7414/2016 od 9. 11. 2016.

33 Prema listi stečajnih upravitelja objavljenoj na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova stečajni upravitelj V.S. 1/1 je upisan na listi stečajnih upravitelja /a područje nadležnosti prvostupajnskog suda i to na listi A. Ovaj sud podupire stajalište prvostupajnskog suda da postoji anticipirana suglasnost stečajnog upravitelja za svojim imenovanje metodom slučajnog odabira u svim stečajnim predmetima određenog trgovačkog suda za kojeg je stečajni upravitelj stavio zahtjev za upis sve do donošenja odluke ministra nadležnog za poslove pravosuđa o brisanju stečajnog upravitelja sa liste stečajnih upravitelja. Podneskom od 10. 10. 2016. privremeni stečajni upravitelj obavijestio je sud da iz osobnih razloga ne može prihvatiti ulogu stečajnog upravitelja, te da mu je 24. 8. ove godine istekla polica obveznog osiguranja stečajnih upravitelja koju ne kani obnavljati, kao i da se dalje ne misli baviti poslom stečajnog upravitelja, te smatra da su ispunjeni uvjeti za

Sud može razriješenom stečajnom upravitelju rješenjem naložiti vraćanje onoga što je tijekom postupka primio (nagradu), a osobito ako odbije ispuniti nalog

brisanje s liste stečajnih upravitelja u smislu čl. 81. st. 4. Stečajnog zakona. Pobijanim rješenjem, na temelju ovlasti iz čl. 76. 1. 3. SZ-a prvostupanjski sud je odbio kao neosnovan zahtjev za razrješenje dužnosti privremenog stečajnog upravitelja ocjenjujući da navedeni razlog isteka police obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti jest razlog za brisanje stečajnog upravitelja s liste stečajnih upravitelja po službenoj dužnosti (čl. 7. st. 1. podst. 2. t. 4. Pravilnika), ali ne i razlog da sud imenuje drugu osobu s liste A stečajnih upravitelja za područje nadležnog suda. Naime, u pravu je prvostupanjski sud kada navodi da sve dok se stečajni upravitelj ne briše s liste stečajnih upravitelja, kandidira za stečajnog upravitelja metodom slučajnog odabira (čl. 84. st. 1. SZ-a) i na njega se odnose prava i dužnosti stečajnog upravitelja propisana Stečajnim zakonom jer se pretpostavlja da je kao profesionalac dao pristanak na to. Pravni je temelj brisanja stečajnog upravitelja s liste stečajnih upravitelja rješenje ministra nadležnog za poslove pravosuđa (čl. 8. st. 1. SZ-a), a ne činjenica isteka police osiguranja. Isto tako, sve dok se nalazi na listi stečajnih upravitelja ne može se prihvatiti argumentacija stečajnog upravitelja da se ne misli baviti poslom stečajnog upravitelja budući da se nalazi na predmetnoj listi i to nakon što ga je sud sukladno odredbama važećeg Zakona i Pravilnika imenovao. Pobijanom odlukom sud prvog stupnja je s pravilnim obrazloženjem koje prihvaća i ovaj sud i upućuje na njega, odbijanjem neosnovanog zahtjeva potencirao procesnu disciplinu sudionika u sudskim postupcima. Visoki trgovački sud RH, Pž-7471/2016 od 16. 11. 2016.

Pobijanim rješenjem je odbijen kao neosnovan osobni zahtjev za razrješenje dužnosti privremenog stečajnog upravitelja V. S. od 18. 10. 2016. Prema obrazloženju pobijanog rješenja razvidno je da je sud u ovom stečajnom postupku rješenjem od 14. 10. 2016. postavio V. S. za privremenog stečajnog upravitelja dužniku S. R d.o.o., Z., sa zadaćom utvrditi iznos predviđenih troškova prethodnog i stečajnog postupka, imovinu dužnika te ispitati mogu li se imovinom dužnika namiriti troškovi postupka. Nadalje, privremeni stečajni upravitelj V. S. iz V. izabran je metodom slučajnog odabira s liste A stečajnih upravitelja, a sve sukladno odredbi čl. 84. st. 1. u vezi s čl. 118. st. 2. t. 1. SZ-a. Nadalje, podneskom od 18. 10. 2016. privremeni stečajni upravitelj obavijestio je sud kako „ne može prihvatiti ulogu stečajnog upravitelja” budući da mu je istekla polica obaveznog osiguranja stečajnih upravitelja, koju nije obnovio. (...) Prema listi stečajnih upravitelja, objavljenoj na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova, stečajni upravitelj V. S. iz V. upisan je na listi stečajnih upravitelja za područje nadležnosti prvostupanjskog suda i to na listi A. Ovaj drugostupanjski sud u cijelosti prihvaća ocjenu prvostupanjskog suda da postoji unaprijed dana suglasnost stečajnog upravitelja za svojim imenovanje, metodom slučajnog odabira, u svim stečajnim predmetima određenog trgovačkog suda za kojeg je stečajni upravitelj stavio zahtjev za upis sve do donošenja odluke ministra nadležnog za poslove pravosuđa o brisanju stečajnog upravitelja s liste stečajnih upravitelja. Stečajni upravitelj V. S. izabran je metodom slučajnog odabira s liste A stečajnih upravitelja, a sve sukladno određenju iz čl. 84. st. 1. u vezi s čl. 118. st. 2. t. 1. SZ-a, te je imenovan rješenjem od 14. 10. 2016. Nadalje, navedeni stečajni upravitelj je podneskom od 18. 10. 2016. obavijestio sud da se ne može prihvatiti uloge stečajnog upravitelja navodeći da mu je 24. 8. 2016. istekla polica obaveznog osiguranja koju nije obnovio, a što predstavlja razlog za brisanje s liste stečajnih upravitelja po službenoj dužnosti u smislu čl. 81. st. 4. SZ-a. Ocjena je ovoga vijeća da je sud prvog stupnja donoseći pobijano rješenje pravilno ocijenio da navedeni razlog isteka police obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti je razlog za brisanje stečajnog upravitelja s liste stečajnih upravitelja po službenoj dužnosti (čl. 7. st. 1. podst. 2. t. 4. Pravilnika o utvrđivanju liste stečajnih upravitelja, NN, br. 104/15), međutim ne i razlog da sud imenuje drugu osobu s liste A stečajnih upravitelja za područje nadležnog suda. Stoga pravilno prvostupanjski sud navodi da sve dok se stečajni upravitelj ne briše s liste stečajnih upravitelja, kandidira za stečajnog upravitelja metodom slučajnog odabira (čl. 84. st. 1. SZ-a) i na njega se odnose prava i dužnosti stečajnog upravitelja propisana Stečajnim zakonom budući da se pretpostavlja da je kao profesionalac dao pristanak na to. Brisanje stečajnog upravitelja s liste stečajnih upravitelja je u nadležnosti ministra nadležnog za poslove pravosuđa (čl. 8. st. 1. SZ-a). Visoki trgovački sud RH, Pž-7463/16 od 20.12.2016.

suda u vezi s predajom dužnosti, ili nepotrebno odgađa predaju dokumentacije ili ako ne postupi po nalogu suda za dostavu izvješća o određenim pitanjima. Ako razriješeni stečajni upravitelj ne bi postupio po nalogu iz rješenja odnosno ako bi odbio vratiti nagradu za koju mu je naloženo vraćanje, može se kazniti novčanom kaznom do 10.000,00 kn. Rješenjem o razrješenju stečajnoga upravitelja sud će donijeti odluku o imenovanju novoga stečajnog upravitelja kojega će izabrati metodom slučajnoga odabira. To će u pravilu biti ako je stečajni upravitelj razriješen na zahtjev odbora vjerovnika, po službenoj dužnosti ili na osobni zahtjev. Skupština vjerovnika može izabrati neku drugu osobu za stečajnoga upravitelja. Međutim, ako je stečajni upravitelj razriješen na zahtjev skupštine vjerovnika, u pravilu skupština vjerovnika istovremeno donesi i odluku o odabiru novoga stečajnoga upravitelja. U takvoj situaciji sud će u roku od tri dana potvrditi imenovanje novoga stečajnog upravitelja. Pravomoćnošću rješenja o brisanju s liste stečajnih upravitelja stečajnom upravitelju prestaje dužnost, što će sud utvrditi rješenjem u kojem će odmah imenovati novoga stečajnog upravitelja (čl. 91.).

3. ODABRANA PITANJA O IZBORU, IMENOVANJU I RAZRJEŠENJU POVJERENIKA U PREDSTEČAJNOM POSTUPKU

Predstečajni postupak, kao mogućnost, se pokreće u slučaju postojanja predstečajnog razloga. Cilj je po uzoru na europska zakonodavstva pomoći subjektima koji su u osnovi financijski zdravi i imaju poslovnu perspektivu, ali im je glavna prepreka za dalji napredak nepovoljan odnos u bilanci. Iako se u ovakvom osvrtnu vidi određena različitost, on upućuje na dva osnovna cilja stečaja, a to je namirenje vjerovnika i ostvarivanje njihovih imovinskih zahtjeva, ali i gašenje poslovnog subjekta koji nije u mogućnosti izvršavati svoje obveze (čl. 2. SZ). Tijela predstečajnoga postupka su sud i povjerenik.

Povjerenik je dužan ispitati poslovanje dužnika, ispitati popis imovine i obveza dužnika, ispitati vjerodostojnost prijavljenih tražbina, osporiti tražbine ako na temelju priopćenja vjerovnika ili iz nekog drugog razloga posumnja u njihovo postojanje; nadzirati poslovanje dužnika, osobito financijsko poslovanje dužnika, stvaranje obveza prema trećim osobama, izdavanje sredstava osiguranja plaćanja te poslovanje u prodaji roba, odnosno usluga, pazеći pri tome da se ne oštećuje imovina dužnika, podnijeti prijavu sudu ako dužnik postupa protivno pravilima o dopuštenim plaćanjima, izdati naloge i potvrde o tražbinama koje se mogu prisilno naplaćivati i tijekom predstečajnog postupka nadzirati pravodobnost i potpunost namirenja troškova predstečajnog postupka te obavljati druge poslove (čl. 24.). Pretpostavke za njegovo imenovanje iste su kao i pretpostavke za imenovanje stečajnoga upravitelja odnosno na određivanje povjerenika,³⁴ nadzor nad njegovim

34 Budući da dužnost povjerenika može prestati i odlukom vjerovnika otvara se pitanje kada i na koji način vjerovnici mogu donijeti takvu odluku. U predstečajnom postupku nema skupštine vjerovnika kao tijela predstečajnog postupka. U predstečajnom postupku održavaju se dva ročišta: a) ročište radi ispitivanja tražbina i b) ročište za glasovanje o prijedlogu plana restrukturiranja. Mogu li

radom,³⁵ odgovornost te nagradu i naknadu troškova za rad³⁶ na odgovarajući način primjenjuju odredbe o stečajnom upravitelju (čl. 23.). Dakle, povjerenika imenuje sud u rješenju o otvaranju predstečajnog postupka ako smatra da je imenovanje potrebno (čl. 33.). Doktrina navodi da ako sud ne imenuje povjerenika u rješenju o otvaranju predstečajnog postupka, nema zakonske zapreke da povjerenika imenuje naknadno, ali da to može u velikoj mjeri usporiti predstečajni postupak i dovesti u pitanje poštivanje rokova u kojima se postupak mora okončati. Ipak ako sud ne bi imenovao povjerenika, njegove dužnosti bi trebao obavljati sud pa je malo vjerojatno da povjerenik neće biti imenovan u rješenju o otvaranju predstečajnog postupka. Isti prestaje obavljati dužnost na dan donošenja rješenja o potvrdi predstečajnoga sporazuma odnosno na dan otvaranja stečajnoga postupka ili odlukom vjerovnika.

4. ODABRANA PITANJA O IZBORU, IMENOVANJU I RAZRJEŠENJU POVJERENIKA U POSTUPKU STEČAJA POTROŠAČA

Početkom 2016. na snagu je stupio novi Zakon o stečaju potrošača.³⁷ Isti je izmijenjen 2018. s pravilima koja su stupila na snagu 01. siječnja 2019.

Sukladno pravilima potrošačkog insolventijskog postupka, cilj je ovog specifičnog izvanparničnog postupka poštenog potrošača osloboditi od obveza koje preostanu nakon unovčenja njegove imovine i raspodjele prikupljenih sredstava vjerovnicima (oslobođenje od preostalih obveza). Dakle, kod potrošačkog stečaja razlikujemo materijalno-pravni cilj koji se odnosi samo na potrošača i predstavlja upravo differntia specifica u odnosu na korporativni stečaj.

vjerovnici na tim ročištima donijeti i odluku o razrješenju povjerenika ? Budući da je zakon propisao o čemu se odlučuje na tim ročištima, vjerovnici ne mogu na njima donositi odluku o prestanku dužnosti povjerenika. Jedini izlaz iz navedene situacije je da sud na prijedlog vjerovnika odredi posebno ročište radi odlučivanja o prestanku obavljanja dužnosti povjerenika. Drugo je pitanje koji je broj vjerovnika potreban za prijedlog sazivanja ročišta radi donošenja odluke. Mišljenja smo da bi bila potrebna ona većina vjerovnika koja je potrebna za sazivanja skupštine vjerovnika (čl. 104., st. 1. SZ). Sud bi bio dužan održati ročište u roku od 30 dana od primitka prijedloga. Protiv rješenja o određivanju ročišta žalba ne bi bila dopuštena, ali bi bila dopuštena ako je sud odbio zakazati ročište. Pravo na žalbu imali bi podnositelji prijedloga. Tako i detaljnije Šimić, Ž., Omazić, I., Predstečajni postupak, Pravosudna akademija, Zagreb, 2018., str. 25.

35 U stečajnom postupku nadzor nad radom stečajnog upravitelja je zadatak suda, odbora vjerovnika i skupštine vjerovnika. Kao što je navedeno u predstečajnom postupku nema odbora vjerovnika i skupštine vjerovnika pa nadzor nad radom povjerenika obavlja sud. Sud je ovlašten u svako doba zatražiti obavijesti ili izvješće povjerenika o tijeku predstečajnog postupka i drugim činjenicama koje su odlučne za vođenje i tijek postupka (npr. postupa li dužnik u skladu sa zakonom; da li obavlja samo nužna plaćanja za redovno poslovanje i slično). Ako povjerenik ne postupi po nalogu suda, sud ga može kazniti novčanom kaznom do 10.000,00 kn (čl. 90. st. 2. u vezi s čl. 23. st. 2. SZ-a). Tako i detaljnije loc. cit.

36 Uredbom o kriterijima i načinu obračuna i plaćanja nagrade stečajnim upraviteljima određena je jednokratna nagrada povjerenika u predstečajnom postupku u iznosu od 3.000,00 kn do 20.000,00 kn ovisno o složenosti poslova koje je obavio. Nagrada se isplaćuje na teret dužnika (čl. 3. Uredbe).

37 NN, br. 100/15. i 67/18. stupila na snagu 01.01.2019., dalje: ZSP.

Kao i kod drugih modela stečajnog postupka, uspješnost stečajnog postupka u mnogome ovisi od preraspodjele uloga sudionika u samom postupku. Stečajni postupak nad imovinom potrošača je postupak u čijem provođenju osim sudskog tijela (sudac pojedinac općinskog suda) sudjeluju i izvansudska „tijela“ (posrednik, FINA odnosno tzv. savjetovališta te povjerenik). Mišljenja smo kako je utvrđivanje pojmova potrebno radi stjecanja uvida kako utječe te kako se cilj ZSP ostvaruje prema svakom od sudionika postupka.

Položaj povjerenika kao tijela postupka je veoma značajan (čl. 29. ZSP). On obavlja javnu funkciju te operativno provodi postupak pod nadzorom i uz suradnju suda. Za povjerenika može se imenovati osoba upisana na listu povjerenika za područje nadležnoga suda dok ne može biti imenovana osoba koja bi morala biti izuzeta kao sudac u postupku stečaja potrošača, osobito: osoba koja je bila zaposlena kod potrošača ako je obavljao ili obavlja samostalnu djelatnost ili blizak srodnik suca, potrošača, vjerovnika te osobe koje su u odnosu suparništva s potrošačem (čl. 31. ZSP). Listu povjerenika za područje nadležnosti svakoga suda utvrđuje ministar pravosuđa. Osoba može biti upisana na listu povjerenika za područje nadležnosti jednog ili više sudova. Liste povjerenika mogu se dopunjavati i objavljuju se na mrežnoj stranici e-oglasna ploča sudova (čl. 32. ZSP). Na listu povjerenika može biti upisana fizička osoba: koja ima poslovnu sposobnost, završeni diplomski sveučilišni studij, odnosno završeno visoko obrazovanje s najmanje 300 ECTS bodova, položen stručni ispit za povjerenika i koja je dostojna za obavljanje poslova povjerenika (čl. 33. ZSP.). Osoba koja se nalazi na listi povjerenika može biti brisat će se s liste povjerenika na osobni zahtjev ili po službenoj dužnosti (čl. 34. ZSP). Stručni ispit za povjerenika sastoji se od općeg i posebnog dijela. Uvjet za polaganje stručnog ispita ispunjava osoba: koja je obavila stručnu obuku u trajanju od jedne godine ili koja je upisana na listu A stečajnih upravitelja (čl. 35. ZSP). Izbor povjerenika u postupku stečaja potrošača obavlja se metodom slučajnoga odabira (kroz sustav e-Spis) s liste povjerenika za područje nadležnoga suda (čl. 37. ZSP). Rješenjem o otvaranju postupka stečaja potrošača sud imenuje povjerenika izabranog metodom slučajnoga odabira (čl. 38. ZSP).³⁸ Ipak novela iz 2018. je uvela određene novine. Naime, jedan od većih problema predstavlja nedostatak povjerenika, tj. osoba koje su voljne biti povjerenicima u postupku stečaja potrošača. Trenutno je na listi povjerenika upisano samo dvoje povjerenika jer ne postoji (ekonomski) interes za obavljanje navedene dužnosti. Stoga se novelom ZSP planira riješiti problem nedostatka osoba koje bi se upisale na listu povjerenika na način da se olakšava upis na listu povjerenika (omogućava se odvjetnicima, stečajnim upraviteljima, ovlaštenim revizorima i poreznim savjetnicima da obavljaju poslove povjerenika bez potrebe polaganja stručnog ispita), ali i propisuje mogućnost imenovanja stečajnih upravitelja umjesto povjerenika, čime se osigurava adekvatna primjena Zakona o stečaju potrošača (čl. 33., 35. i 37. ZSP).

38 Vidi, Marković, N., Baran, N., Zakon o stečaju potrošača, Pravosudna akademija, Zagreb, 2016.

5. UMJESTO ZAKLJUČKA

Želeći se osvrnuti na dio grane prava kao što je stečajno-pravna regulativa te što u njoj najuočljivije obilježava bosansko-hercegovačku normativu, tj. koji su njeni glavni smjerovi, utjecaji koje ona vrši, ali i trpi te njen „susret“ sa europskom pravnom mišlju³⁹ u davanju odgovora na tezu iz naslova prvi i nužan korak je „iscrtavanje“ pravnog okvira i problema. Kada govorimo o stečajnim propisima, analizirajući članak III Ustava BiH, (koji je prilog Općem okvirnom sporazumu za mir u Bosni i Hercegovini (tzv. Dejtonski sporazum) i koji je usvojen 1995.,⁴⁰ te koji BiH definira kao suverenu državu s decentraliziranom politikom i administrativnom strukturom, kao i s više nivoa političkog upravljanja), vidimo kako je on u cjelini posvećen nadležnostima i odnosima između državne i entitetske razine, a u točki dva istog članka pod naslovom „*Nadležnosti entiteta*“ utvrđuju se neka specifična prava entiteta, uz navođenje i njihovih obveza. To rezultira zaključkom da su statusni položaji pravnih subjekata, u što ulazi materija stečaja i likvidacije, u nadležnosti entiteta.⁴¹ Ovomu treba dodati i specifičnu ustavnopravnu poziciju Distrikta Brčko koji ima nadležnost da, kao i entiteti, uređuje status svojih poslovnih subjekata.⁴² Nizom reformi, pravna regulacija iz područja stečaja usklađena je s stečajnom legislativom zapadno-europskih zemalja te su stvoreni normativni preduvjeti za funkcionalizaciju stečajno-pravne zaštite (kraće trajanje stečajnog postupka, veće namirenje tražbina vjerovnika te niže troškove postupka).⁴³ Time je unaprijeđen pravni okvir u kojem posluju subjekti.⁴⁴ Koristeći svoje ustavne, a Distrikta Brčko i statutarne nadležnosti, ove političko teritorijalne jedinice Bosne i Hercegovine donijele su zakonske propise kojima reguliraju materiju stečaja i likvidacije. U Republici Srpskoj donesen je

39 Vidi Preporuka Komisije od 12.3.2014. o novom pristupu stečaju i nesolventnosti poduzeća.

40 Podrobnije, Steiner, C., N. Ademović, N., Komentar Ustava Bosne i Hercegovine, Konrad Adenauer Fondacija (izd.), Sarajevo, 2010.

41 Tako i podrobnije, Hogić, E., Novine stečajnog zakona u Federaciji BiH te Rajčević, M., Zakonska regulativa stečaja ili likvidacije u Bosni i Hercegovini, u: Das Ohrider Symposium: Beiträge zur Reform des Insolvenzrechts in den Staaten Südosteuropas/Simpozijum u Ohridu: prilozi reformi stečajnog prava u zemljama južne Evrope/Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) (Hrsg.), Bremen: Edition Temmen, 2006., str. 73-77. i 93-103.

42 Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, Modul 3 – Reorganizacija stečajnog dužnika, Sarajevo, 2007., str. 1-108.

43 Rajčević, M., Zakonska regulativa stečaja i likvidacije u Bosni i Hercegovini, Zbornik radova, Drugo međunarodno savjetovanje, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Neum, 4., 5. i 6. lipnja 2004. te Rizvanović, E., Vidić, M., Štrbac, D., Novine stečajnog zakonodavstva Federacije Bosne i Hercegovine, Zbornik radova - Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet, 2017., str. 216. et seq.

44 Vidi, Rajčević, M., Opcije stečajnog plana, Zakonodavstvo i praksa, Zbornik radova sa regionalne konferencije o stečaju, Banja Luka 14. i 15. 2. 2008. te Popović, V., Novine u stečajnom pravu Republike Srpske, Zbornik radova Trinaestog međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2015.

Zakon o stečajnom postupku⁴⁵ kao i Zakon o likvidacionom postupku.⁴⁶ Zakone s istovjetnim nazivima donijela je i Federacija Bosne i Hercegovine (Zakon o stečajnom postupku⁴⁷ i Zakon o likvidacionom postupku).⁴⁸ U Distriktu Brčko, za razliku od entitetskih propisa, donijet je Zakon kojim se u jednom tekstu regulira materija stečaja, prinudnog poravnjanja i likvidacije (Zakon o stečaju, prinudnom poravnanju i likvidaciji).⁴⁹ Oni su, načelno, koncepcijski istovjetni njemačkom Insolvenzijskom zakonu (njem. *Insolvenzordnung*) iz 1999. Ipak, pravni sistem u BiH predstavlja najsloženiji i najdecentralizovaniji federalni sistem među današnjim europskim zemljama gdje rascjepkanost zakonskih rješenja vezanih za stečaj po entitetima i Brčko distriktu te njihova raznolikost, kao i nepostojanje jasnijeg normativnog uređenja na razini države uvelike onemogućava smislenije reguliranje stečajnog postupka. Dakle, iz praktične perspektive, iako je ostvaren određeni normativni i infrastrukturni napredak u domeni stečajnih propisa, doktrina upozorava kako je nužno učiniti vjerodostojnije napore pa i u domeni regulacije položaja stečajnog upravitelja. Trenutno normativno stanje nalaže da stečajnog upravitelja na području FBiH s Liste stečajnih upravnika Federalnog ministarstva pravde imenuje stečajni sudac s mogućnošću da na prvoj skupštini vjerovnika koja uslijedi nakon postavljanja stečajnog upravitelja, skupština može izabrati drugog stečajnog upravitelja kome je potrebno postavljenje od stečajnog suca. Izbor drugog stečajnog upravitelja može predložiti najmanje pet vjerovnika koji zajedno predstavljaju najmanje petinu prijavljenih iznosa potraživanja. Stečajni sudac može odbiti postavljanje izabranog stečajnog upravitelja ako postoje razlozi koji upućuju na to da je on pristran ili nepodoban ili ako ne ispunjava uvjete iz članka 23. Zakona o stečajnom postupku FBiH. Ipak ciljno stanje, odnosno ono koje bi trebalo biti namjeravani rezultat implementiranih promjena, trebalo bi otkloniti sumnju u „povezanost“ suca i stečajnoga upravitelja na način da je izbor stečajnih upravitelja potpuno transparentan te da sve osobe s liste stečajnih upravitelja imaju jednaku priliku biti izabrani za stečajnog upravitelja. Pri tomu jasna orijentacija na već postojećem hrvatskom modelu sa, u većoj mjeri, pozitivnim iskustvom u praksi može biti smislena, iz razloga što takva situacija omogućava korištenje judikature i stručne literature kao pomoćnog sredstva u rješavanju problema koji se javljaju u primjeni zakona. Naravno to ne znači da se rješenja mogu samo prepisati već se takav nomotehnički postupak mora provesti na način koji je suglasan s nacionalnim specifičnostima.

BIBLIOGRAFIJA

45 Sl. glasnik Republike Srpske, br. 16/16.

46 Sl. glasnik Republike Srpske, br. 64/02.

47 Sl. novine FBiH, br. 29/03, 32/04, 42/06, 4/17 - odluka US i 52/18.

48 Sl. novine Federacije BiH, br. 29/03.

49 Sl. glasnik Distrikta Brčko, br. 1/02.

Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN-MU, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

Pravilnik o polaganju stručnog ispita, obuci i usavršavanju stečajnih upravitelja, NN, br. 104/15, 17/17.

Pravilnik o pretpostavkama i načinu izbora stečajnih upravitelja metodom slučajnog odabira, NN, br. 106/15.

Pravilnik o utvrđivanju lista stečajnih upravitelja, NN, br. 104/15.

Stečajni zakon, NN, br. 71/15, 104/17.

Uredba (EU) 2015/848 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2015. o insolventijskim postupcima (reforma), Sl. list EU, br. L 141. od 5. 6. 2015., str. 19.-72.

Uredba o utvrđivanju kriterija i načina obračuna i plaćanja nagrade povjerenicima u postupku stečaja potrošača, NN, br. 13/16.

Zakon o kreditnim institucijama, NN, br. 159/13., 19/15., 102/15. i 15/18.

Zakon o stečaju potrošača, NN, br. 100/15. i 67/18.

Zakon o finansijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, NN, br. 108/12, 144/12, 81/13, 112/13, (71/15, 78/15.).

Zakon o stečajnom postupku, Sl. glasnik Republike Srpske, br. 16/16.

Zakon o likvidacionom postupku, Sl. glasnik Republike Srpske, br. 64/02. Zakon o stečajnom postupku: Sl. novine FBiH, br. 29/03, 32/04, 42/06, 4/17 - odluka US i 52/18.

Zakon o likvidacionom postupku: Sl. novine Federacije BiH, br. 29/03.

Zakon o stečaju, prinudnom poravnanju i likvidaciji, Sl. glasnik Distrikta Brčko, br. 1/02.

Zakon o kaznenom postupku, NN, br. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17.

Stečajni zakon, NN, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06., 116/10., 25/12. i 133/12.

Zakon o stečajnom postupku, Sl. novine Federacije BiH, br. 29/03, 32/04, 42/06 i 52/18.

Ustav RH, NN, br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

Kazneni zakona, NN, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17.

Bodul, D., Vuković, A., (Još jedna) reforma stečajnog zakonodavstva: funkcionalizacija stečajno pravne zaštite ili placebo efekt, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 36, 2015., no. 1, str. 181.-213.

Čolović, V., Opšti pojmovi o međunarodnom stečaju (stečajnom postupku sa elementom inostranosti), Aktuelna pitanja stečajnog prava, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2008., str. 289-359.

Čuveljak, J., Iskustva u primjeni pravila o izboru stečajnoga upravitelja metodom slučajnog odabira, Pravni portal IUS INFO, 2018.

Čuveljak, J., Komentar Stečajnog zakona, Narodne novine, Zagreb, 2018. (Izvor za odabranu presudu).

Dika, M., Insolventijsko pravo, Pravni fakultet, Zagreb, 1998.

Evropska komisija za demokratiju kroz pravo (Venecijanska komisija), Mišljenje o pravnoj sigurnosti i nezavisnosti pravosuđa u Bosni i Hercegovini, Usvojila Venecijanska komisija na 91. plenarnoj sjednici, (Venecija, 15.-16.06.2012.), Strasbourg, 18.6.2012., Mišljenje br. 648/11, str. 8.

Garašić, J., Reforma Europske uredbe o insolventijskim postupcima, u: Kuzmić, M. (ur.), Reforma hrvatskog insolventijskog prava – Novi Stečajni zakon, Inženjerski biro, Zagreb, 2015., str. 34-76.

Hogić, E., Novine stečajnog zakona u Federaciji BiH te Rajčević, M., Zakonska regulativa stečaja ili likvidacije u Bosni i Hercegovini, u: Das Ohrider Symposium: Beiträge zur Reform des Insolvenzrechts in den Staaten Südosteuropas/ Simpozijum u Ohridu: prilozi reformi stečajnog prava u zemljama južne Evrope/ Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) (Hrsg.), Bremen: Edition Temmen, 2006., str. 73-77. i 93-103.

Hrastinski Jurčec, Lj., Pravni položaj stečajnog upravitelja u stečajnim postupcima, Zbornik radova: Ovrha i stečaj – aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse, Inženjerski biro, Zagreb, 2007.

Marković, N., Baran, N., Zakon o stečaju potrošača, Pravosudna akademija, Zagreb, 2016.

Popović, V., Novine u stečajnom pravu Republike Srpske, Zbornik radova Trinaestog međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2015.

Preporuka Komisije od 12.3.2014. o novom pristupu stečaju i nesolventnosti poduzeća.

Rajčević, M., Opcije stečajnog plana, Zakonodavstvo i praksa, Zbornik radova sa regionalne konferencije o stečaju, Banja Luka 14. i 15. 2. 2008.

Rajčević, M., Zakonska regulativa stečaja i likvidacije u Bosni i Hercegovini, Zbornik radova, Drugo međunarodno savjetovanje, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Neum, 4., 5. i 6. lipnja 2004.

Rizvanović, E., Vidić, M., Štrbac, D., Novine stečajnog zakonodavstva Federacije Bosne i Hercegovine, Zbornik radova - Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet, 2017., str. 216. et seq.

Steiner, C., N. Ademović, N., Komentar Ustava Bosne i Hercegovine, Konrad Adenauer Fondacija (izd.), Sarajevo, 2010.

Šimić, Ž., Omazić, I., Predstečajni postupak, Pravosudna akademija, Zagreb, 2018.

Šimić, Ž., Omazić, I., Tijela stečajnog postupka, Pravosudna akademija, Zagreb, 2016.

Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, Modul 3 – Reorganizacija stečajnog dužnika, Sarajevo, 2007., str. 1-108.

Visoki trgovački sud RH, Pž-7471/2016 od 16. 11. 2016.
Visoki trgovački sud RH, Pž-7463/16 od 20. 12. 2016.
Visoki trgovački sud RH, Pž-3271/17 od 28. 6. 2017.
Visoki trgovački sud RH, Pž-4911/2016, 12. 7. 2016.
Visoki trgovački sud RH, Pž-8115/16 od 8. 12. 2016.
Visoki trgovački sud RH, Pž-7779/16 od 23. 11. 2016.
Visoki trgovački sud RH, Pž-7705/16 od 30. 11. 2016.
Visoki trgovački sud RH, Pž-2354/17 od 19. 4. 2017.
Visoki trgovački sud RH, Pž-8115/16 od 8. 12. 2016.
Visoki trgovački sud RH, Pž-2483/17 od 26. 4. 2017.
Visoki trgovački sud RH, Pž-3228/17 od 6. 6. 2017.
Visoki trgovački sud RH, Pž-6565/17 od 8. 11. 2017.
Visoki trgovački sud RH, Pž-757/08 od 19. 2. 2008.
Visoki trgovački sud RH, Pž-540/17 od 15. 2. 2017.
Visoki trgovački sud RH, Pž-3781/2017 od 5. 7. 2017.
Visoki trgovački sud RH, Pž-7414/2016 od 9. 11. 2016.
Visoki trgovački sud RH, Pž-1968/07 od 21. 11. 2007.
Visoki trgovački sud RH, Pž-5526/17 od 02. 9. 2017.

Dejan Bodul, Ph.D, Assistant professor
Faculty of Law, University of Rijeka

**ELECTION, APPOINTMENTS AND REVOCATION OF THE
BANKRUPTCY TRUSTEE IN CROATIAN LAW: a model for legal
reception?**

Abstract: From the historical perspective, the Republic of Croatia and Bosnia and Herzegovina have a long tradition of “bankruptcy supervisors”. Hence, from a historical perspective, such an institute is not *terra incognita* in their legislations. By examining position *de lege lata* of the bankruptcy trustee in the aforementioned countries, we come to the conclusion that in both national legislatures, the manager has a similarly regulated position. By opening of the bankruptcy proceedings (the so-called, zero hour rule) he becomes a representative of the bankruptcy debtor and the body of the bankruptcy proceedings. In the function of this body of bankruptcy proceedings, are embodied, on the one hand, the powers of the out-of-court body of bankruptcy proceedings and, on the other hand, the legal representative of the debtor and the manager of the assets of the bankruptcy debtor (who is managing the property on behalf of and for the creditors account). He is the central body of the bankruptcy proceedings, and has the role of “supervisor” to which the court and creditors entrusted the task of managing the debtor’s bankruptcy assets. Therefore, our efforts in this paper are focused towards the analysis of Croatian solutions regarding the election, appointments and revocation of the bankruptcy trustee, all for comparison and possible suggestions *de lege ferenda* for the Bosnian-Herzegovinian legislator, because they are in the process of comprehensive reform of regulations, due to the harmonization of regulations with EU *acquis communautaire* (based on the Stabilization and Association Agreement). We consider it important to point out that the length of the paper does not allow for a detailed analysis of the new(er) Croatian insolvency regulations, so we are forced to restrict ourselves only to the aspects that we consider crucial for the potential functionalization of the bankruptcy trustee position in Bosnian-Herzegovinian law.

Key words: reform of bankruptcy regulations, bankruptcy trustee, legal reception.

Dr. sc. Sedad Dedić, docent

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

Dr.sc. Šukrija Bakšić¹

ULOGA DRŽAVE U NORMIRANJU EKONOMSKIH PROCESA U OKVIRU INTEGRACIJA BIH U EVROPSKU UNIJU

Sažetak: Ustavnopravna uloga države u regulisanju ekonomskog ambijenta i ekonomskih procesa, te normativna i praktična zadaća nosioca ekonomske politike dobijaju posebnu važnost i kompleksnost usljed neminovnosti integracionih procesa koji nas kao vir vode izdefinisanim i nemilosrdnim tokovima tržišnih pravila koja kreiraju i često oktroiraju veliki tržišni igrači prema svojim potrebama i interesima. Važna je uloga promišljenog i vizionarskog normiranja tih odnosa od strane odgovornih nosioca vlasti u Bosni i Hercegovini koja kao zemlja u tranziciji ulazi u ekonomske i normativne integracije na način koji će poštovati ustavnopravne okvire u BiH i koji neće negativno uticati na slobodno tržište, ali će štiti vladavinu prava i pravnu sigurnost u skladu sa ustavnopravnim okvirom u BiH. Pitanje ekonomskog i ustavnopravnog suvereniteta države u okviru integracijski procesa zanimljivo je, nezaobilazno i uvijek aktivno pitanje u savremenom svijetu. Navedeno je važno posebno zbog činjenice da svaka promjena i usklađivanje normativnog okvira ekonomskog ambijenta i ekonomskih procesa ima direktne kratkoročne i dugoročne implikacije na svakodnevni život i standard građana Bosne i Hercegovine. Ekonomski smisao borbe za ulazak u ekonomski prostor Evropske unije će biti ostvaren kroz maksimalno iskorištavanje benefita koje ta zajednica nudi. U isto vrijeme jedinstvenost i usklađenost domaćeg političkog i ekonomskog prostora značilo bi korištenje postojeće društvene energije i sredstava za unapređenje ekonomskog položaja i standarda građana Bosne i Hercegovine umjesto na prevazilaženje unutrašnjih nelogičnosti. Sve prethodno navedeno nalazi se u vrlo jasnoj vezi sa uspješnim ostvarivanjem temelja tržišne privrede, a to je ambijent za efikasno i konkurentno djelovanje privatnog poduzetništva i drugih ekonomskih procesa čiji su važni preduslovi upravo politička stabilnost, pravna izvjesnost i jedinstveni ekonomski prostor koji olakšava i povećava protok rada, roba, kapitala, usluga i kretanja lica.

Ključne riječi: Vladavina prava, pravna sigurnost, ekonomska efikasnost, normativna integracija, ekonomska integracija, ustavnopravni okvir.

¹ Duži niz godina radio kao profesor ustavnog prava na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu i Pravnom fakultetu Univerzitet u Zenici.

1. UVOD

Joseph Stiglitz, dobitnik Nobelove nagrade za ekonomiju definiše globalizaciju na sljedeći način: „Globalizacija je težnja integracija zemalja i ljudi svijeta... do koje dovodi ogromno smanjenje troškova saobraćaja i veza i rušenje vještačkih prepreka tokovima dobara, usluga, kapitala, znanja i ljudi preko granica“.²

Pravni osnov ekonomskih integracija postoji u formi međunarodnog ugovora, koji je klasičan oblik zasnivanja uzajamnih prava i obaveza i to ne samo u privrednim i obligacionim odnosima nego i međunarodnim odnosima. Pravni osnov koji podupire ovakav način udruživanja, svjetskih i regionalnih integracija, nalazi se u glavi VII Povelje UN-a koja nosi naslov „Regionalni sporazumi“, zbog čega se može reći da su Ujedinjene nacije stvorile pravni osnov za prevazilaženje graničnih barijera u poslovnom svijetu³.

Usljed razvoja tehnologije i sredstava komunikacije u XX vijeku počeo je ubrzani proces globalizacije. Na ekonomskom planu, počeo je, može se reći, sa liberalizacijom međunarodne trgovine u okviru STO. Šta to znači? Znači da se sa snižavanjem carina i uklanjanjem drugih barijera međunarodna trgovina razvijala, i razvija, mnogo brže nego li privreda u svijetu. Konkretnije, znači da jedna zemlja sve veći procenat svog domaćeg bruto proizvoda ostvaruje putem izvoza. (Naravno, povećava se i uvoz, jer su ove veličine međuzavisne i treba da budu u ravnoteži.) Dakle, izlaz na svjetsko tržište je uslov opstanka i razvoja svake zemlje. Pri tome, moraju se uvažavati pravila i standardi koji važe na tom tržištu. Oдавde proističe nužnost opšteg usaglašavanja i harmonizacije, pa i harmonizacije prava po pitanju zaštite slobodne konkurencije kao neophodnog uslova za kvalitetan i efikasan razvoj ekonomskih procesa i unapređenja privrede.⁵ Integracioni procesi su dosegli takvu razvijenost, širinu i kompleksnost da je danas vrlo malo pitanja koja se mogu smatrati unutrašnjim pitanjima jedne države, a posebno razvijenim segmentom integracionih procesa možemo smatrati područje prava privatnog poduzetništva koje svoju ekspanziju doživljava upravo na efektima integracionih procesa koji olakšavanjem i poticanjem kretanja ljudi, protoka roba i usluga raznih vrsta, zatim harmonizacijom propisa kao jednom od važnih elemenata pravne sigurnosti,

2 B. Begović et al., *Od siromaštva ka prosperitetu: Tržišna rješenja za privredni rast*, JP Službeni glasnik, CLDS, Beograd 2009., 73.

3 Prošla su vremena međusobnih podjela privrednih sistema na članice Savjeta za uzajamnu ekonomsku saradnju, zemlje tržišne privrede, grupe 77 i dr. U toj podjeli zemlje razvijenog zapada su 1949. godine osnovale koordinacioni komitet za kontrolu izvoza na istočno tržište/Jugoslavija i zemlje CEB-a/-COCOM. Njegov je zadatak bio da prati da li neko poduzeće sa zapada izvozi, u zemlje socijalističkog lagersa, robu visoke tehnologije. Zbog toga je japanska firma Toshiba bila kažnjena sa dvije godine zabrane izvoza u SAD. O tome: R. Kasagić, „Svjetski tokovi ekonomske integracije“, *Srpska pravna misao*, 1-4/2001, Pravni fakultet u Banja Luci, Centar za publikacije, Banja Luka 2001., 252. fn. 1.

4 *Ibid.*, 255-256.

5 V. Serjević/ V. Serjević, „Zaštita konkurencije – Harmonizacija sa pravom EU“, Međunarodna naučna konferencija „Funkcionisanje pravnog sistema Republike Srbije“, Pravni fakultet u Nišu, Niš 2006., 298.

pravne predvidljivosti i ekonomske efikasnosti. Naravno integracioni procesi kao kompleksan i dinamičan proces mogu se posmatrati i kroz destabiliziranje malog i srednjeg poduzetništva koje, posebno u zemljama u tranziciji, nije u stanju nositi se sa nametnutim standardima iz razvijenijih zemalja.

2. Odnos države prema ekonomskim procesima

Ekonomska historijsko iskustvo, analize i istraživanja koje predstavljaju dijelove ekonomske historije su otklonile dilemu da li vlada, tj. nosioci ekonomske politike trebaju učestvovati u tržišnim tokovima. Integracijski i globalizacijski ekonomski procesi naglašavaju jedan novi sistem regulacije koji će biti ekskluzivno globalnog karaktera. U ovom smislu uloga vlada mora biti redefinirana i spremna da adekvatno prati potrebe svoje privrede u kontinuirano novim okolnostima.⁶

Naime, model normativne integracije i konstitucionalizacije Evrope u suštini odgovara engleskom tipu emergentnih konstitucionalnih i normativnih poredaka. Taj oblik poretka odgovara historijskoj logici evropskih integracija, koje su nastajale postepeno, prije svega na području ekonomskih odnosa i tržišta.⁷ Tako npr. iako, Evropska unija još nema usvojen ustav na komunitarnom nivou možemo reći da ECJ svojom praksom i odlukama vrši određene ustavne nadležnosti i stvaranje ustavnih standarda EU. Tako su države članice bile prinuđene da iz svojih nacionalnih propisa uklone norme za koje su nadležni sudovi ustanovili da predstavljaju prepreku nesmetanom kretanju dobara, lica, usluga i kapitala.⁸

EU nastoji da na nadnacionalnom nivou uredi pitanja osnivanja, poslovanja privatnog poduzetništva i privrednih društava općenito, odgovornosti članova, kao i pitanja usklađivanja računovodstvenih i revizijskih standarda, a sve u cilju uspostavljanja i funkcionisanja jedinstvenog tržišta i konkurentnosti privrednih društava u državama članicama.⁹

Integracija domaćeg finansijskog tržišta u svjetsko (evropsko) finansijsko tržište uslovljava usklađivanja monetarne i fiskalne politike te politike kursa i kamata sa zemljama partnerima (OECD, EU, EFTA). Na komercijalnom nivou to znači uspostavljanje kratkoročnih kreditnih linija, dobijanje avansa, robnih kredita u obliku repromaterijala, opreme i infrastrukture. Pri tome valja podržati širenje

6 Dž. Đonlagić/M. Kršo, "The Strategic Tendencies for New Regulated Framework of Global Financial System", *Economic Development Perspectives of SEE Region in the Global Recession Context*, u V. Trivun et al. (ur.), School of Economics and Business, University of Sarajevo, Sarajevo, 2010., 2.

7 N. Pobrić, „Višestruki konstitucionalizmi Evrope“, *Revija za pravo i ekonomiju*, god. 12. br.1., Pravni fakultet Mostar, Univerzitet u Mostaru, Mostar 2011., 62.

8 D. Popović/ G. Ilić-Popov, "Pravo Evropske unije o direktnim porezima i treće države: eksterna dimenzija slobode kretanja kapitala", *Anal. Pravnog fakulteta u Beogradu*, br.2 god. LIX, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2011., 25.

9 S. Sremčev, „Pitanja harmonizacije prava privrednih društava Srbije sa pravom Evropske Unije“, *Pravni Život* 12/08, Udruženje pravnika Srbije, Beograd 2008., 165.

direktnih ulaganja stranih investitora na osnovi vlastitih razvojnih projekata, na programu privatizacije, u obliku dokapitalizacije i sl. Državne obveznice velikih korporacija te investicijskih fondova instrumenti su razvijenijeg tržišta kapitala, pa odgovarajuće institucije i instrumente je važno osnivati, razvijati i upotrijebiti.¹⁰ Jedna od posljedica integracionih procesa po pravo na privatno poduzetništvo jeste i frekventnost promjena na integralnom tržištu uzrokovanih globalnim kretanjem, nepredvidivost ponašanja tržišnih takmičara čime se povećavaju šanse za pojavu tržišnih anomalija zbog čega dolazi do potrebe za aktivnijim angažmanom države u regulaciji tržišta i zaštitom principa tržišne ekonomije.¹¹ Angažman države treba poštovati princip osiguranja vladavine prava i pravne sigurnosti za sve učesnike na tržištu kao i princip efikasnosti tržišta što znači između ostalog i neometanu prohodnost ljudi, roba, kapitala i usluga.

Proces globalizacije svjetske privrede i njene organizacione i strukturalne harmonizacije primorava državu da sve češće ustupa dijelove svojih neotudivih ovlaštenja nadnacionalnim organizacijama. Budući da bi formalno ovo bilo moguće samo ukoliko se nadnacionalna organizacija sama proglasi državom (odnosno konfederacije i državne članice), što je obično povezano sa različitim preprekama, onda bi se prenošenje ovih ovlaštenja također moglo podvesti pod okvir ove funkcije države kao novog privrednog faktora. Naime, uvođenje eura u EU je države članice lišilo jednog tradicionalnog obilježja suverene države, da izdaje sopstveni novac. Članstvo u svjetskoj trgovinskoj organizaciji obavezuje članice da spoljnoekonomsku politiku podvrgnu kontroli i saglasnosti međunarodne zajednice. Članstvo u vojnopoličkim savezima ima isti efekat na nacionalne odbranbene snage. Članstvo u MMF ima uticaj na slobodu države da sama formuliše svoju fiskalnu i monetarnu politiku. Državne funkcije u privredi zato danas sve više shvatamo kao skup pravnih i institucionalnih rješenja kojima se prevazilaze tradicionalni nomotehnički instituti i jasna podjela na sferu vlasti i sferu privatnog, dakle kao civilizacijski noviju pojavu u kojoj se mješaju tradicionalno izdiferencirani, ponekad i konflikti ciljevi.¹² Isticanje uloge države kao specifičnog makropreduzetnika ili makromenadžera je posljedica činjenice što se moderna država u svijetu koji je sastavljen iz nadnacionalnih privrednih prostora, zona slobodne trgovine, zajedničkih ili jedinstvenih tržišta, sve više pretvara u nosioca mezo-odlučivanja^{13 14}

Kao posljedica integracionih procesa pojavljuje se i nezaobilazna ili nametnuta harmonizacija modaliteta na međunarodnom nivou uz činjenicu da su manje razvijene privrede, odnosno male države „prinudene“ da prihvataju modele

10 I. Vajić (ur.), *Menadžment i poduzetništvo, 1000 programa ulaganja za mala i srednja poduzeća*, Centar za poduzetništvo, Mladost Zagreb, Zagreb 1994., 14.

11 K. Imamović-Čizmić, “Modaliteti pravne regulacije tržišne konkurencije i njihova veza sa ekonomskom ulogom države”, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu LV-2012*, Sarajevo 2012., 280.

12 S. Taboroši, *Ekonomsko pravo*, Autorska izdavačka zadruga, Beograd 2003., 111.

13 Mezo nivo je srednji nivo između mikro i makro nivoa.

14 *Ibid.*, 110.

nametnute od strane „velikih“ država bez obzira što ti modeli vrlo često imaju štetne efekte po privatno poduzetništvo nerazvijenih ekonomija.¹⁵ Implementacija rješenja formiranih na nivou EU u nacionalna prava, vodi prema nekim mišljenjima, ka jednom univerzalnom ili svjetskom pravu. Govoreći o promjenama u području prava na privatno poduzetništvo ipak se postavlja pitanje u kom obimu i u kojoj dimenziji implementirati rješenja EU, a posebno anglosaksonskog prava, u nacionalna zakonodavstva. S jedne strane, nesumnjiva je potreba da se rješenja u području prava na privatno poduzetništvo i privrednih društava općenito i prava konkurencije harmonizuju kako bi se razvilo jedinstveno, funkcionalno i efikasno tržište koje ima kapacitet i nudi privredi adekvatan prostor za razvoj u skladu sa stalno rastućim potrebama modernog društva i životnog standarda ljudi. S druge strane treba uzeti u obzir različit stepen razvoja raznih zemalja i njihove razvojne mogućnosti.¹⁶ Jasna je poruka da države prilikom ulaska u međunarodne ekonomske organizacije trebaju učiniti sve da svoj ustavnopravni i normativni sistem, svoju privredu i svoju ekonomsku politiku koja daje podršku i pravi ambijent za privredu maksimalno pripreme za optimalno iskorištavanja benefita konkretnog članstva i u isto vrijeme da zaštite pozicije svoje privrede u odnosu na očekivane negativne posljedice i opasnosti koje proizilaze iz članstva i korištenja ponude u određenoj međunarodnoj ekonomskoj, odnosno finansijskoj organizaciji.

Neki interesi i zadaci države Bosne i Hercegovine u normiranju ekonomije u integracijskim procesima

Autorica Kovačević-Kuštrimović upozorava da nakon što je borba za poštovanje ljudskih prava, pravdu, pravičnost i demokratiju završena normativno, kao i težnja za poštovanjem prirodnih prava slijedi borba za ograničavanje moći subjekata koji ove vrijednosti tumače u vlastitom interesu¹⁷ što bi značilo legalno nametanje interesa jačih subjekata. Razmatrajući prethodno navedeno u kontekstu položaja ekonomskih procesa, a posebno prava na privatno poduzetništvo možemo ukazati na obavezu nadležnih organa svake države, a posebno Bosne i Hercegovine da moraju aktivno raditi na analizama realnih potreba domaće privrede i prijedloga za adekvatnu normativnu regulaciju koja prati promjene potreba privrede, istovremeno donosi dovoljno fleksibilnosti i pravne sigurnosti za osnivanje i funkcionisanje privrednih subjekata. Također država ima zadatak da uspostavi kapacitirane nosioce ekonomske politike koji će blagovremeno i adekvatno raditi na pripremi domaće privrede prije i nakon stupanja u međunarodne organizacije kako bi se izbjegle negativne posljedice i optimalno iskoristili benefiti.

Kako to navodi autor Rizvanović privreda i tržište danas se prezentiraju kao rezultat okvira sugerisanog izvana i domaće sadržine. Jedan zanimljiv pristup gdje stranci, svojim sredstvima i iskustvom, vide budući ekonomski sistem BiH na način koji

15 K. Imamović-Čizmić (2012), 281.

16 S. Sremčev, 174-175.

17 R. Kovačević-Kuštrimović, “Od ideje prirodnog prava do Evropske konvencije o ljudskim pravima”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu LVIII*, Pravni fakultet u Nišu, Centar za publikacije, Niš 2011.,53.

više odgovara njihovim interesima, a manje domaćem realitetu. Ne vjerujemo da u momentu svakovrsne razorenosti privrede jednostrana rješenja poput: liberalizacije vanjskotrgovinskih odnosa, privatizacije pod svaku cijenu (kratki rok, bez restitucije), udaljavanja države od izgradnje tržišta i od pomaganja istog, promoviranja “nevidljive ruke” u uslovima nepostojanja tržišnih mehanizama, i nepodsticajnog karaktera državnog djelovanja, mogu biti modus uspješne obnove i razvoja Bosne i Hercegovine. S druge strane, domaće aktere često odlikuje nedostatak vizije o prioritetima razvoja i modusima ostvarenja ciljeva, ali i hronična neodgovornost za (ne)preduzete mjere.¹⁸

Savremeni integracijski procesi se ne mogu posmatrati samo sa aspekta regionalne integracije privreda pojedinih zemalja u manje ili više institucionaliziranom okviru, već znatno šire, kroz integraciju pojedinih društveno ili ekonomski komplementarnih regiona. Stoga fenomen integracije zahvaća sve segmente društvenog, političkog, duhovnog i ekonomskog življenja savremenog čovjeka reducirajući ograničenja njegovog individualnog položaja u prostoru i vremenu u kojem živi.¹⁹ Kako vrijeme odmiče, integracijski procesi se brže odvijaju, to je dokaz da regioni postaju sve samostalniji i Evropu vodi ka Evropi regija u kojoj će regije imati tendenciju da potpuno zamijene tradicionalne države. Stoga interregionalna saradnja, posebno između pograničnih regija pojedinih tranzicijskih zemalja u evropskom prostoru je sve više prisutna u različitim oblicima, a osnovni ciljevi su prije svega zajedničko rješavanje nagomilanih interregionalnih strukturnih problema kao što su granski, infrastrukturni i drugi, a opet sve sa ciljem podržavanja privrednog razvoja i poboljšanja standarda stanovništva. To su procesi koji imaju za cilj formiranja posebnih regionalnih identiteta i kreiraju, uz odgovarajuće instrumente i mehanizme regionalne ekonomske politike, specifične regionalne konkurentne prednosti. Preduslov za to je svakako sinhronizovana lokalna regionalna i makroekonomska politika na nivou pojedinih zemalja u tranziciji, kao što je Bosna i Hercegovina.²⁰ Možemo zaključiti da jedan od glavnih elemenata integracionih procesa jeste i uspostavljanje zajedničkog ekonomskog prostora kao jednog od važnih uslova za dalju uspješnu integraciju. Zajednički ekonomski prostor implicira harmonizaciju propisa iz oblasti prava na privatno poduzetništvo u cilju ostvarivanja pravne sigurnosti i olakšavanja protoka roba i usluga na definisanom prostoru. Harmonizacija propisa pretežno znači unifikaciju propisa koja često ima negativne posljedice zbog činjenice da različite države imaju različite privredne uslove koji traže prilagođena rješenja tako da slabije ekonomije pored nezaštićenosti od puno snažnijih konkurenata, usljed postojanja tzv. zona slobodne trgovine, imaju i problem sa obavezom prihvatanja normativnih rješenja za koja privrede ekonomski slabijih zemalja nisu dovoljno pripremljene što posebno ima destabilizirajući

18 E. Rizvanović, *Državna pomoć u zemljama Evropske unije iskustva za BiH*, Štamparija Fojnica d.o.o., Fojnica 2005., 252.

19 K. Hodžić/S. Omerbegović/S. Agović, „Globalni tržišni poredak i pozicija Bosne i Hercegovine“, *Tranzicija časopis za ekonomiju i politiku tranzicije*, god. VI br.16, Ekonomski institut, Tuzla 2005., 11.

20 *Ibid.*, 11.

efekat za malo i srednje poduzetništvo koje nema dovoljno akumuliranog kapitala i dovoljno snažne konkurentske sposobnosti. Imajući u vidu prethodno navedeno evropski odgovor u razvoju regulative koja tretira pravo na privatno poduzetništvo u svim njegovim segmentima mora biti davanje veće slobode slobodi volje ograničenoj zakonom od zloupotrebe prava, kao i davanje većeg prostora zakonom zaštićenoj konkurentnosti i slobodi izbora, što će svakako imati za rezultat izbor najkonkretnijih zakonodavstava i na toj osnovi harmonizaciji „odozdo“ privatnom voljom, a ne nametnutom voljom zakonodavca i harmonizaciji „odozgo“.²¹

Posebnu zadaću odgovorni i nadležni nosioci ekonomske politike u Bosni i Hercegovini imaju u obezbjeđenju reciprociteta u poziciji bh proizvođača u zemljama uvoznici u Bosnu i Hercegovinu. Neophodno je da se kontinuiranim, pravovremenim i adekvatnim normativnim unapređenjima koja korespondiraju sa stalnim izmjenama uslova i odnosa na domaćem i međunarodnom tržištu koriste svi instrumenti koji su na raspolaganju nadležnim državnim institucijama.

Jedan od važnih načina jeste i da ovi važni procesi ne budu prepušteni „dobroj volji“ ili „dobroj namjeri“ odgovornih nosioca vlasti nego da se propiše obavezna redovna komunikacija nosioca izvršne vlasti i predstavnika zakonodavne vlasti sa predstavnicima privrednika. Važno je da predmetno normiranje obezbijedi jednostavan, efikasan i kvalitetan okvir za proces uočavanja slabosti i prilika za unapređenje privrednog ambijenta i da se javnost i privrednici informišu o mogućnostima sugerisanja potreba za izmjenama i putem predstavnika udruženja privrednika, ali i da svaki privredni subjekt ima mogućnost i pravo direktne komunikacije i predlaganja potrebnih unapređenja normativnog okvira za ekonomske procese u Bosni i Hercegovini.

Ustavnopravna uloga države u regulisanju ekonomskog ambijenta i ekonomskih procesa, te normativna i praktična zadaća nosioca ekonomske politike dobijaju posebnu važnost i kompleksnost usljed neminovnosti integracionih procesa koji nas kao vir vode izdefinisanim i nemilosrdnim tokovima tržišnih pravila koja kreiraju i često oktroiraju veliki tržišni igrači prema svojim potrebama i interesima. Važna je uloga promišljenog i vizionarskog normiranja tih odnosa od strane odgovornih nosioca vlasti u Bosni i Hercegovini koja kao Zemlja u tranziciji ulazi u ekonomske i normativne integracije na način koji će poštovati ustavnopravne okvire u BiH i koji neće negativno uticati na slobodno tržište, ali će štiti vladavinu prava i pravnu sigurnost u skladu sa ustavnopravnim okvirom u BiH. Pitanje ekonomskog i ustavnopravnog suvereniteta države u okviru integracijski procesa zanimljivo je, nezaobilazno i uvijek aktivno pitanje u savremenom svijetu, a koje nadležne i odgovorne institucije imaju obavezu posmatrati, tretirati i realizirati sa namjerom i rezultatima koji donose optimalnu poziciju interesa domaće privrede. Navedeno je važno posebno zbog činjenice da svaka promjena i usklađivanje normativnog okvira ekonomskog ambijenta i ekonomskih procesa ima direktne kratkoročne i dugoročne implikacije na svakodnevni život i standard građana Bosne i Hercegovine.

21 M. Vasiljević, „Prilog raspravi o karakteru regulative kompanijskog prava“, *Pravna riječ broj 16/2008*, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka 2008., 20.

Ekonomski smisao borbe Bosne i Hercegovine za ulazak u ekonomski prostor Evropske unije i svake druge ekonomske zajednice će biti ostvaren kroz maksimalno iskorištavanje benefita koje ta zajednica nudi.

3. ZAKLJUČAK

Na kraju možemo zaključiti da unatoč internacionalizaciji i globalizaciji, tradicionalni koncept državnog suvereniteta se još uvijek doživljava kao temelj institucionalnog sistema vježbe snaga u regionalnoj i svjetskoj ekonomiji. Bez obzira na smanjenje autonomije država u globaliziranom svijetu, država je još uvijek tretirana u pravnoj teoriji kao suverena sa nezavisnim kapacitetom da regulira predmete koji spadaju pod njenu jurisdikciju. Međutim, prisiljeni smo prepoznati kao stvarnu činjenicu da je u globaliziranoj ekonomiji, mreža djelovanja države prilično ograničena.²² Neka bilo koja država usvoji norme koje utiču na privredu (postavka, na primjer, od minimuma plaće, sigurnih radnih uslova, strogih ekoloških propisa, i tako dalje), a pri tome da se ne uzima u obzir što je učinjeno u konkurentskoj državi, tada će poduzeća locirana na njezinom teritoriju biti u nepovoljnom konkurentskom položaju na globalnim tržištima i/ili će promijeniti lokaciju i naći na drugim mjestima povoljnije pravne norme. Bojeći se ove negativne posljedice regulatorne aktivnosti, u državama se obično sprječava usvajanje nezavisne norme, kroz podržavanje otvorene ekonomije, koja, stoga, države ograničava. U tradicionalnoj pravnoj analizi, ova situacija je samo činjenica koja nema uticaja na attribute suverene vlasti da regulira putem zakona institucija države. Neophodno je prihvatiti da gubitak efektivne moći države, ostaje bez posljedica za tradicionalno razumjevanje pravnog poretka, za koje država ostaje "suverena" bez obzira na njenu nesposobnost da ostvari svoju formalnu nadležnost.²³ Usljed nesistematičnog i neaktivnog odnosa prema privrednim tokovima Bosna i Hercegovina vrlo često zanemaruje nova rješenja koja se odvijaju u susjednim-konkurentskim državama, a koja tretiraju pravo na privatno poduzetništvo i druge ekonomske procese na efikasniji način i nude bolje uslove kako domaćim tako i stranim investitorima. Ovakvom realnošću se smanjuje konkurentnost bh tržišta i motivacija poduzetničke aktivnosti. Zbog navedenog mnoge poduzetničke, razvojne i investicione šanse bivaju iskorištene negdje drugo, a ne u Bosni i Hercegovini.

Ekonomске integracije, a samim tim i neophodan proces normativne integracije treba da doprinesu slobodnom kretanju lica, protoku rada, kapitala i usluga. Bosna i Hercegovina u periodu koji slijedi ima imperativ integracije u različitim međunarodnim područjima i nivoima i kontinuiranog unapređenja svog unutrašnjeg političkog i ekonomskog prostora kako bi bila primljena u Evropsku uniju i druge

22 J.P. Robe, „Enterprises and the Constitution of the World Economy“, u F. Macmillan (ur.), *International corporate law Annual Volume 2 · 2002*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2003., 45.

23 *Ibid.*, 48.

integracione okvire,²⁴ i ono što možemo smatrati mnogo bitnijim, i kako bi bio ostvaren smisao rada za ulazak u ekonomski prostor EU kroz maksimalno iskorištavanje benefita koje ta zajednica nudi. U isto vrijeme jedinstvenost i usklađenost političkog i ekonomskog prostora značilo bi korištenje postojeće društvene energije i sredstava za unapređenje ekonomskog položaja i standarda građana Bosne i Hercegovine umjesto na prevazilaženje unutrašnjih nelogičnosti. Sve prethodno navedeno nalazi se u vrlo jasnoj vezi sa uspješnim ostvarivanjem prava na privatno poduzetništvo i drugih ekonomskih procesa čiji su važni preduslovi upravo politička stabilnost, pravna izvjesnost i jedinstveni ekonomski prostor koji znači unapređenje pravne sigurnosti i olakšava i povećava protok rada, roba, kapitala, usluga i kretanja lica. Posebnu zadaću odgovorni i nadležni nosioci ekonomske politike u Bosni i Hercegovini imaju u obezbjeđenju reciprociteta u poziciji bosanskohercegovačkih privrednika i proizvođača u zemljama uvoznicima u Bosnu i Hercegovinu. Neophodno je da se kontinuiranim, pravovremenim i adekvatnim normativnim unapređenjima koji korespondiraju sa stalnim izmjenama uslova i odnosa na domaćem i međunarodnom tržištu koriste svi instrumenti koji su na raspolaganju nadležnim državnim institucijama.

Važna normativna uloga i zadatak države jeste i da ovi važni procesi ne budu prepušteni „dobroj volji“ ili „dobroj namjeri“ odgovornih nosioca vlasti nego da se propiše obavezna redovna komunikacija nosioca izvršne vlasti i predstavnika zakonodavne vlasti sa predstavnicima privrede. Važno je da predmetno normiranje obezbijedi jednostavan, efikasan i kvalitetan okvir za proces uočavanja slabosti i prilika za unapređenje privrednog ambijenta i da se javnost i privrednici informišu o mogućnostima sugerisanja potreba za izmjenama i putem predstavnika udruženja privrednika, ali i da svaki privredni subjekt ima mogućnost i pravo direktne komunikacije i predlaganja potrebnih unapređenja normativnog okvira za ekonomske procese u Bosni i Hercegovini kao državi koja se nalazi i državi koja će se, poput cijelog savremenog svijeta, u budućnosti uvijek nalaziti u stalnim i različitim integracijskim fazama i područjima normativnih i ekonomskih integracija i promjena.

Literatura:

Knjige:

1. B. Begović et al., *Od siromaštva ka prosperitetu: Tržišna rješenja za privredni rast*, JP Službeni glasnik, CLDS, Beograd 2009.
2. E. Rizvanović, *Državna pomoć u zemljama Evropske unije iskustva za BiH*, Štamparija Fojnica d.o.o., Fojnica 2005.
3. I. Vajić (ur.), *Menadžment i poduzetništvo, 1000 programa ulaganja za mala i srednja poduzeća*, Centar za poduzetništvo, Mladost Zagreb, Zagreb

24 S. Kurtčehajić/O. Ibrahimagić, *Politički sistem Bosne i Hercegovine-Knjiga treća*, Autori, Sarajevo 2007., 389.

1994.

4. S. Kurtčehajić/O. Ibrahimagić, *Politički sistem Bosne i Hercegovine-Knjiga treća*, Autori, Sarajevo 2007.

Članci:

1. D. Popović/ G. Ilić-Popov, "Pravo Evropske unije o direktnim porezima i treće države: eksterna dimenzija slobode kretanja kapitala", *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu*, br.2 god. LIX, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2011.
2. Dž. Donlagić/M. Kršo, "The Strategic Tendencies for New Regulated Framework of Global Financial System", *Economic Development Perspectives of SEE Region in the Global Recession Context*, u V. Trivun et al. (ur.), School of Economics and Business, University of Sarajevo, Sarajevo, 2010.
3. J.P. Robe, „Enterprises and the Constitution of the World Economy“, u F. Macmillan (ur.), *International corporate law Annual Volume 2 · 2002*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2003.
4. K. Hodžić/S. Omerbegović/S. Agović, „Globalni tržišni poredak i pozicija Bosne i Hercegovine“, *Tranzicija časopis za ekonomiju i politiku tranzicije*, god. VI br.16, Ekonomski institut, Tuzla 2005.
5. K. Imamović-Čizmić, "Modaliteti pravne regulacije tržišne konkurencije i njihova veza sa ekonomskom ulogom države", *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu LV-2012*, Sarajevo 2012.
6. M. Vasiljević, „Prilog raspravi o karakteru regulative kompanijskog prava“, *Pravna riječ broj 16/2008*, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka 2008.
7. N. Pobrić, „Višestruki konstitucionalizmi Evrope“, *Revija za pravo i ekonomiju*, god. 12. br.1., Pravni fakultet Mostar, Univerzitet u Mostaru, Mostar 2011.
8. R. Kasagić, "Svjetski tokovi ekonomske integracije", *Srpska pravna misao*, 1-4/2001, Pravni fakultet u Banja Luci, Centar za publikacije, Banja Luka 2001.
9. R. Kovačević-Kuštrimović, "Od ideje prirodnog prava do Evropske konvencije o ljudskim pravima", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu LVIII*, Pravni fakultet u Nišu, Centar za publikacije, Niš 2011.
10. S. Sremčev, „Pitanja harmonizacije prava privrednih društava Srbije sa pravom Evropske Unije“, *Pravni Život* 12/08, Udruženje pravnika Srbije, Beograd 2008.
11. V. Serjević/ V. Serjević, „Zaštita konkurencije – Harmonizacija sa pravom EU“, *Međunarodna naučna konferencija „Funkcionisanje pravnog sistema Republike Srbije“*, Pravni fakultet u Nišu, Niš 2006.

Sedad Dedić, Ph.D., Assistant professor
Faculty of Law, University of Zenica
Šukrija Bakšić, Ph.D.

ROLE OF STATE IN REGULATION OF ECONOMIC PROCESSES IN THE FRAMEWORK OF B&H'S INTEGRATION INTO THE EUROPEAN UNION

Abstract: Constitutional role of state in regulation of economic processes and economic environment, also normative and practical duty of responsible authorities of economic policy will get special importance with obligatory integration processes which bring us through defined and merciless flows of market rules that create and often omit big market players according to their needs and interests. The role of a thoughtful and visionary standardization of these relations by the responsible authorities in Bosnia and Herzegovina, which as a country in transition enters into economic and normative integration in a manner that respects the constitutional framework in B&H and which will not negatively affect the free market, will protect the rule of law and legal security in line with the constitutional framework in B&H. The issue of the economic and constitutional legal sovereignty of the state within the integration process is an interesting, unavoidable and always interesting issue in the contemporary world. This is especially important due to the fact that any change and harmonization of the economic environments' normative framework and economic processes' normative framework have direct short-term and long-term implications for the everyday life and standard of the citizens of Bosnia and Herzegovina. The economic sense of the struggle to enter the economic space of the European Union will be achieved through the maximum exploitation of the benefits that this community offers. At the same time, the uniqueness and consistency of the domestic political and economic space would mean the use of existing means to improve the economic position and standards of citizens of Bosnia and Herzegovina instead of overcoming internal illogicalities. All of aforementioned is in clear relation to the successful support for the foundations of a market economy, as an optimal environment for the efficient and competitive functioning of entrepreneurship and other economic processes whose important preconditions are political stability, legal certainty and a unique economic space that facilitates and increases the flow labor, goods, capital, services and movement of persons.

Key words: rule of law, legal security, economic efficiency, normative integration, economic integration, constitutional framework.

Dr. sc. Nerma Čolaković-Prguda, docentica

Pravni fakultet Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru

Dr. sc. Suzana Dimić, docentica

Pravni fakultet Univerziteta u Prištini, Kosovska Mitrovica

MJESTO PORESKOG SISTEMA U PROCESU EVROPSKIH INTEGRACIJA

Sažetak: Kako je stvaranjem Evropske unije, kao ekonomske i monetarne unije, uređenje poreskog sistema i vođenje poreske politike ostalo u nadležnosti država članica, harmonizacija poreza se pokazala neophodnom, jer je postojala opasnost da različita pravna pravila mogu negativno utjecati na funkcionisanje zajedničkog tržišta. Otuda se u poreskoj harmonizaciji najdalje otišlo u domenu posrednih poreza. U protekle dvije decenije zemlje koje su postale članice EU, kao i zemlje koje se nalaze u procesu integracije i koje su formalno pravno gledano ispunile uslov za ulazak u članstvo, harmonizovale su svoja pravna pravila u pogledu poreza na dodanu vrijednost i akciza sa pravom EU.

Mada je u domenu neposrednih poreza drugačija situacija, jer se među državama članicama razlikuju pravna rješenja, mogu se uočiti određene tendencije u oporezivanju dohotka fizičkih lica i oporezivanju dobiti. U balansiranju između oblikovanja ovih poreza po uzoru na zemlje članice EU i potreba vođenja razvojne poreske politike, pred zemljama Zapadnog Balkana je težak zadatak sa ciljem dostizanja evropskih standarda u ovoj oblasti.

Analiza normativnog okvira poreza na dohodak i poreza na dobit u nekoliko zemalja Zapadnog Balkana trebalo bi da pokaže koliko su postojeća pravna rješenja u funkciji unaprjeđenja konkurentnosti ovih zemalja. Međutim, ma koliko značajno, davanje prioriteta ekonomskom razvoju u oblikovanju pojedinačnih poreza i poreskog sistema kao cjeline otvara neka sporna pitanja, o kojima bi prilikom formulisanja zakonskih rješenja trebalo voditi računa. Jedno od tih je i pitanje poreskog tretmana domaćih privrednika u nekima od ovih zemalja. Naravno, podsticajno poresko okruženje za strane investitore je poželjno, ali njime ne bi trebalo destimulativno djelovati na domaće preduzetnike i pravna lica.

Ključne riječi: poreski sistem, Evropska unija, posredni porezi, porez na dohodak, porez na dobit, PDV.

1. U V O D

U sklopu privrednih reformi, zemlje sa ovih prostora pristupile su modernizaciji svojih poreskih sistema, uvođenjem poreskih oblika koji su već decenijama bili prisutni u razvijenim državama. Do toga je došlo, ne samo kao potreba za uključivanjem ovih država u međunarodne tržišne tokove, već i kao neminovnost prelaska na tržišnu privredu.

Potpisivanjem Rimskog ugovora 1957. godine i stvaranjem Evropske ekonomske zajednice (EEZ) započeo je proces harmonizacije fiskalnih sistema država - članica. Preduzete su brojne mjere i donijete brojne direktive u cilju uklanjanja barijera i stvaranja uslova za nesmetano kretanje roba, usluga, radne snage i kapitala, jer je razlog stvaranja EEZ (sada Evropske unije) uspostavljanje zajedničkog, a kasnije i jedinstvenog tržišta. Usaglašavanje carina predstavljalo je prvi korak, tako što su države - članice postupno ukinule unutrašnje carine između sebe i uspostavile zajedničku tarifu za spoljne carine. Ipak, najviše pažnje u harmonizaciji fiskalnih sistema posvećeno je porezu na promet. Na prijedlog Komisije za fiskalna i finansijska pitanja, osnovane 1960. godine, kojom je rukovodio univerzitetski profesor Fritz Neumark, Vijeće EEZ je donijelo odluku da se u poreske sisteme zemalja članica uvede porez na dodanu vrijednost, umjesto dotadašnjeg svefaznog bruto poreza na promet. Bazičnim zakonom EU u oblasti PDV smatrala se Direktiva 77/388/EEC o harmonizaciji zakona o porezu na promet zemalja članica, poznata pod nazivom Šesta direktiva. Osnovni zadatak procesa harmonizacije je bio da se višestopni sistemi poreza na dodanu vrijednost što više približe po broju stopa, ali i po visini osnovne i snižene poreske stope.¹ Korak dalje u harmonizaciji učinjen je donošenjem nove direktive 2006. godine - Direktive 112/2006, koja je u potpunosti zamijenila Šestu direktivu i integrisala sve njene izmjene i dopune. Zaokruženo ovom direktivom proces harmonizacije u oblasti poreza na promet dostigao je stepen usklađenosti u pogledu osnovnih elemenata ovog poreza, kao što su poreska osnovica, poreski obveznik, poreska oslobođenja, dok se u pogledu poreske stope propisuje raspon u kome se one mogu kretati. Usklađivanje poreza ima dvostruko značenje. Kao prvo, može se posmatrati kao jedan vid saradnje zemalja članica i kao drugo, radi se standardizacija poreskih sistema u pogledu načina, vrste, stope oporezivanja i oslobađanja od plaćanja poreza.²

U skladu sa opredjeljenjem za pristupanje članstvu EU, zemlje sa ovih prostora su preuzele obavezu da svoja unutrašnja prava harmonizuju sa pravom EU. U tom cilju preduzele su odgovarajuće mjere u oblasti poreskog prava. Posebno mjesto u procesu evropskih integracija imala je harmonizacija PDV, jer se radi o porezu koji je, pored poreza na dohodak fizičkih lica, dominantan u

1 Rizvanović, E., *Fiskalne finansije i fiskalni sistem Bosne i Hercegovine*, Ekonomski fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“, Mostar, 2016., str. 128.

2 Hadžiahmetović, A., *Ekonomija Evrope*, Ekonomski fakultet, Sarajevo, 2005., str. 177., prema: Coffey, P., *Main Economic Policy Areas of the EEC*, 1983.

savremenim poreskim strukturama. Pored toga, u domenu ovog poreza postignut je najveći stepen harmonizacije u okviru EU, te je za zemlje koje pretenduju za ulazak u članstvo, formalno pravno gledano, obaveza da u svoj poreski sistem uvedu tzv. evropski model PDV. Međutim, proces evropskih integracija za zemlje sa ovih prostora nije ni lak ni jednostavan, zbog specifičnog privrednog i društvenog ambijenta. Proces tranzicije i uključenja u globalno svjetsko tržište, sa kojim su započele ulaskom u ukupnu privrednu i društvenu reformu, uticao je da i sama reforma poreskog sistema bude uslovljena konkretnim okolnostima koje su se razlikovali od zemlje do zemlje. Pred svakom od njih ponaosob stajale su određene prednosti, koje je trebalo da iskoriste u pokretanju privrednog rasta ali i određeni nedostaci postojećeg ambijenta, koji su otežavali uspješnu izgradnju tržišnog načina privređivanja i približavanje po ekonomskim parametrima razvijenim državama. Dodatni problem većini zemalja bilo je suočavanje sa pratećim ekonomskim i socijalnim problemima.

2. UTICAJ PROCESA EVROPSKIH INTEGRACIJA NA INDIREKTNE POREZE

Kao rezultat rada na unapređenju poreskog sistema, države sa ovih prostora su pristupile uvođenju PDV-a³, čime je on postao jedan od najvažnijih oblika u njihovim poreskim strukturama. Sam postupak uvođenja u Srbiji je trajao nekoliko godina, zbog pratećih problema. Postojala je potreba za uspostavljanjem povoljnog privrednog ambijenta, kao i ispunjavanje određenih uslova na strani poreske administracije, kako u pogledu njene organizacije, stručne osposobljenosti tako i informaciono tehnološke opremljenosti. Zemljama koje su ga uvele, primjena PDV-a olakšava učešće u međunarodnoj trgovini. Proizvodi koji se izvoze se oslobađaju plaćanja poreza, da bi se, u skladu sa principom odredišta, opteretili PDV-om u zemlji odredišta. Harmonizacija sa pravom EU trebalo bi da doprinese većoj efikasnosti, poveća konkurentnost na stranom tržištu i interesovanje stranih investitora za ulaganje.⁴

Kao posljedica posebnog načina raspodjele ustavnih nadležnosti Bosne i Hercegovine, entiteti (Federacija Bosne i Hercegovine i Republika Srpska), kao i Brčko Distrikt stekli su svoje poreske suverenitete, a time i pravo na zakonsko regulisanje poreza. Pomak je nastao uspostavljanjem jedinstvenog sistema indirektnog oporezivanja, kao i zakonskim regulisanjem PDV-a na nivou Bosne i Hercegovine.⁵ Uvođenje PDV-a na nivou Bosne i Hercegovine se postavilo kao bitan uslov za uspostavljanje i funkcionisanje jedinstvenog tržišta na cijeloj

3 Trebalo bi napomenuti da ideja o uvođenju ovog poreza datira još iz vremena SFRJ. Krajem oktobra 1988. godine Institut za javne finansije u Zagrebu zajedno sa OECD je organizovao Konferenciju o porezu na dodatu vrijednost i fiskalnom federalizmu u Jugoslaviji.

4 Paović-Jeknić, G., *Poreski sistem Crne Gore*, Pravni život br.12/2009, tom IV, str.110.

5 Zakonom o sistemu indirektnog oporezivanja BiH ("Služb.glasnik BiH", br.44/03 i 52/04) i Zakonom o uplatama na jedinstveni račun i raspodjeli prihoda ("Služb.glasnik BiH", br. 55/04).

teritoriji.⁶ Efikasan poreski sistem podrazumijeva da se mora voditi računa o tome da porezi ne smiju biti prepreka za efikasno tržište. Uvođenje nekog poreza mora biti u funkciji obezbjeđivanja slobodnog kretanja dobara i faktora proizvodnje.⁷ Pored toga, uspostavljanje ovog poreza je bilo važno i sa aspekta smanjenja mogućnosti za izbjegavanje plaćanja poreza, jer su te mogućnosti bile znatno veće u prethodnom sistemu zbog naplaćivanja poreza na promet dobara i usluga na entiteskom nivou. Uvođenje obaveze izdavanja računa i mogućnosti da samo uz priloženi račun može se ostvariti pravo na odbitak prethodnog poreza na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine, predstavljalo je dobru osnovu za onemogućavanje različitih vidova evazije.⁸

Harmonizacija sa pravom EU u oblasti PDV-a je očekivana, imajući u vidu opredjeljenje zemalja Zapadnog Balkana za ulazak u članstvo EU. Pomenutim direktivama uređuju se osnovni elementi ovog poreza, s tim da se državama članicama ostavlja da same regulišu poreske stope ali u okvirima propisanog raspona visine stope.⁹ Postojeća razlika u pogledu poreskih stopa PDV-a kod država članica reflektovala se i na države koje pretenduju da postanu članice ove zajednice. U Srbiji su propisane dvije stope, opšta stopa, koja se primjenjuje na promet svih dobara i usluga, kao i uvoz dobara, i snižena stopa, koja se primjenjuje na promet zakonom utvrđene liste dobara i usluga.¹⁰ Razlozi za postojanje dvije poreske stope prilikom uvođenja PDV-a u poreski sistem Srbije pravdani su potrebom ublažavanja regresivnog dejstva PDV-a, kao i potrebom zaštite životnog standarda stanovništva. Za razliku od većine zemalja u okruženju, sistem PDV-a u Bosni i Hercegovini poznaje samo jednu poresku stopu u visini od 17%. Mogućnost data državama članicama, kao i državama koje pretenduju da to postanu, da samostalno određuju broj i visinu poreskih stopa svojim unutrašnjim zakonodavstvom praćena je brojnim teorijskim raspravama koje su se vodile u zemljama sa naših prostora prilikom uvođenja PDV-a, kao i u godinama koje su uslijedile. Ona grupa teoretičara koja se zalagala za primjenu samo jedne stope iznosila je brojne argumente u prilog tom stavu, kao što su neutralnost, jednostavnost primjene, niži administrativni troškovi i sl.¹¹ U Hrvatskoj se PDV temeljio na jednostopnom sistemu oporezivanja u trenutku uvođenja, jer je kratak vremenski period bila u primjeni samo jedna poreska stopa.

6 Daubašić, I., *Porez na dodanu vrijednost*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, I”*Služb. glasnik XLV-2002*, str.132.

7 Radić, D., *Nužnosti porezne reforme u Bosni i Hercegovini i uvođenje poreza na dodanu vrijednost*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Mostaru, br. XV, 2002, str.109.

8 Dautbašić, I., op.cit. str.132.

9 Odredbe Direktive 112/2006 koje se odnose na poresku stopu propisuju raspon u kome se one mogu kretati. Osnovna (standardna) stopa ne može biti niža od 15%, dok jedna ili više sniženih stopa ne mogu biti niže od 5% (art.97, art.99 Council Directive 2006/112/EC).

10 Zakon o porezu na dodatu vrednost Republike Srbije (“*SL.glasnik RS*”,br.84/04, 86/04,61/05, 61/07, 93/12, 108/13, 6/14, 68/14, 148/14, 5/15, 83/15, 5/16, 108/16, 7/17, 113/17, 13/18, 30/18, 4/19).

11 PDV nije podesan za selektivno oporezivanje proizvoda u prometu (vid.: Jelčić Božidar, Jelčić Barbara, *Porez na promet proizvoda u teoriji i praksi*, Zagreb, 1977, str.56.).

Sniženim stopama je obuhvaćena određena grupa proizvoda i usluga (kao što su hrana, snabdijevanje vodom, lijekovi, medicinska sredstva i sl.), sa ciljem zaštite minimuma socijalne izdržljivosti najugroženijeg stanovništva. Poseban poreski tretman se daje i određenoj grupi proizvoda i usluga iz oblasti turizma i poljoprivrede, u cilju pružanja podsticaja privrednim subjektima iz ovih grana. Takođe, Aneks III Direktive 112/2006 dozvoljava primjenu sniženih stopa za određene proizvode i usluge u domenu kulture i umjetnosti (npr. obezbjeđivanje knjiga, pristup predstavama, koncertima, usluge pisaca i drugih umjetnika i sl.). U sistemu PDV-a Bosne i Hercegovine ne postoji snižena stopa, ali je propisana tzv. nulta stopa za izvoz određenih proizvoda i usluga.¹² Pored ovog termina, zakonodavac za ove slučajeve koristi i termin poresko oslobođenje. Pošto u kasnijim odredbama predviđa pravo na odbitak ulaznog poreza, može se zaključiti da se ovdje radi o poreskom oslobođenju sa pravom na poreski odbitak.¹³

Pored PDV-a, na nivou EU preduzete su mjere i u domenu akciza, gdje je donošenjem većeg broja direktiva postignuta harmonizacija u znatnoj mjeri. Zajedničkim sistemom akciza propisani su obavezni akcizni proizvodi, kao što su alkoholna pića, duhanski proizvodi i naftni derivati, dok se u pogledu drugih akciznih proizvoda državama članicama ostavlja mogućnost uvođenja. Takođe se na nivou EU propisuje određivanje poreske osnovice i oslobođenja od plaćanja akcize. U pogledu stopa akciza propisane su minimalne stope, što znači da države članice ne mogu svojim internim zakonodavstvom propisivati niže od ovih stopa predviđenih pravom EU. Bosna i Hercegovina i Srbija¹⁴, kao zemlje koje su se opredijelile za ulazak u članstvo, nalaze se u postupku harmonizacije akciza sa standardima EU.¹⁵

3. DIREKTNI POREZI U PROCESU EVROPSKIH INTEGRACIJA

Za razliku od PDV-a koji u pravom smislu predstavlja “evropski” porez, u domenu oporezivanja dohotka fizičkih lica situacija je potpuno drugačija. Ovaj porez se nalazi u isključivoj nadležnosti država članica, tako da je malo

12 Čl. 23 Zakona o porezu na dodatu vrijednost, (“Službeni glasnik BiH”, br.09/05, 35/05, 100/08, 33/17).

13 Za razliku od poreskog oslobođenja bez prava na poreski odbitak, kod koga poreski obveznik, koji ne obračunava PDV prilikom prometa dobara i usluga, jer je oslobođen plaćanja PDV, nema pravo da mu se odbije prethodni porez. Dozvoljavanjem odbitka ulaznog poreza (zakonodavac ga tako naziva) omogućava se poreskom obvezniku da odbije porez koji je plaćen u prethodnoj fazi prometa dobara i usluga, odnosno, onaj koji je plaćen pri uvozu dobara, čime teret prethodnog poreza kroz uvećanu nabavnu cijenu dobara, odnosno, usluga, neće snositi.

14 Zakon o akcizi Republike Srbije (“Služb.glasnikRS”, 93/12, 108/13, 6/14, 68/14, 148/14, 5/15, 83/15, 5/16, 108/16, 7/17, 113/17, 13/18, 30/18 i 4/19); Zakon o akcizi Bosne i Hercegovine (“Služb.glasnik BiH, br.49/09, 49/14, 60/14, 91/17).

15 Detaljnije o promjenama koje će biti potrebne u akciznom sistemu Srbije u cilju potpunog usklađivanja sa sistemom akciza u EU (Saša Randelović, *Uticao pridruživanja Evropskoj uniji na poresku politiku Srbije*, “Pod lupom”, Kvartalni monitor 50/2017, FREN, Beograd, str.51-52).

postignuto u njegovoj harmonizaciji. Razlika u poreskoj harmonizaciji ova dva poreza, koja zauzimaju dominantno mjesto u savremenim poreskim sistemima, postoji kako u pogledu pravnog osnova, tako i u pogledu razloga za harmonizaciju. Harmonizacija za indirektne poreze predviđena je samim osnivačkim aktom, jer je propisano da Savjet, odlučujući jednoglasno, u skladu sa odgovarajućom zakonodavnom procedurom, nakon konsultacije sa Evropskim parlamentom, Ekonomskim i socijalnim komitetom, donosi odredbe za usklađivanje zakonodavstva o porezu na promet, akcizama i ostalim oblicima indirektnih poreza u mjeri u kojoj je takvo usklađivanje nužno da bi se obezbijedilo uspostavljanje i funkcionisanje unutrašnjeg tržišta i izbjeglo narušavanje tržišne konkurencije.¹⁶ Proces harmonizacije u oblasti direktnih poreza započinje u prvoj polovini 90-ih godina prošlog stoljeća. Najveći dio aktivnosti u tom periodu bio je usmjeren ja oporezivanju dobiti preduzeća.¹⁷ Za pravni osnov harmonizacije direktnih poreza u literaturi se najčešće uzima čl.94 Ugovora o funkcionisanju EU, kojim se uređuje usklađivanje zakonskih i drugih propisa država članica koji neposredno utiču na uspostavljanje i funkcionisanje unutrašnjeg tržišta. Prema tom tumačenju, ovaj član pruža osnov za usklađivanje u domenu direktnih poreza ali samo u onoj mjeri u kojoj je neophodno za funkcionisanje zajedničkog tržišta.¹⁸ Na nivou EU u pogledu poreza na dohodak donesena je jedna direktiva i dvije preporuke. Sa ciljem da se eliminiše dvostruko ekonomsko oporezivanje prihoda od štednje u formi kamate isplaćene u jednoj državi članici licu koje je rezident druge države članice donesena je Direktiva o oporezivanju prihoda od štednje u obliku kamate.¹⁹ Umjesto razmjene podataka na zahtjev uvodi se automatska razmjena podataka, po kojoj zemlja članica u kojoj je isplaćena kamata automatski pruža informacije zemlji rezidenstva primaoca kamate u kojoj će se oporezovati. Dvije preporuke, koje za razliku od direktive nemaju obavezujući karakter, odnose se na poreski tretman nerezidentnih lica i poreski tretman malih i srednjih preduzeća. Preporuka o poreskom tretmanu nerezidentnih lica propisuje da nerezidenti koji ostvaruju veći dio svog ukupnog dohotka, najmanje 75% uživaju isti poreski tretman kao rezidentni te države.²⁰ Preporuka o poreskom tretmanu malih i srednjih preduzeća uvodi mogućnost prava opcije ovih preduzeća da se oporezuju porezom na dohodak. Ovim se otklanja nepostojanje neutralnosti prilikom oporezivanja ovih preduzeća, jer su ona kao društva lica u odnosu na društva kapitala podvrgnuta

16 Čl.93 Ugovora o funkcionisanju EU, odnosno čl.113 Prečišćenog teksta Ugovora o EU i Ugovora o funkcionisanju EU (Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union).

17 Rizvanović, E., op.ct., str. 94.

18 Terra, B.J.M., Water, P.J., *European Tax Lsw*, Kluwer Law, 2005, str.247.

19 Council Directive 2003/48/Ec on taxation of savings income in the form of interest payments, *Official Journal* L 157, 26.6.2003.

20 Commission Recommendation 94/79/EC of 21 December 1993 on the taxation of certain items of income received by non-residents in a Member State other than in which they are resident, *Official Journal* L039 of 10 February 1994.

porezu na dohodak, koji se češće primjenjuje sa progresivnim stopama.²¹

Za razliku od PDV-a, gdje postoji visok stepen harmonizacije, u oblasti oporezivanja dohotka primjenjuju se različiti modeli poreza na dohodak, kao i brojne varijante ovih modela. Pored tradicionalnog razlikovanja na sintetički i cedularni sistem oporezivanja dohotka, u prvim decenijama 21. vijeka javljaju se tzv. alternativni modeli. Kod cedularnog sistema oporezivanja dohotka svaki prihod fizičkog lica se oporezuje posebnim porezom primjenom, po pravilu, proporcionalne stope. Time se omogućava diferencirani poreski tretman pojedinih kategorija prihoda. Kod sintetičkog poreza svi prihodi poreskog obveznika, ostvareni u određenom vremenskom periodu, obuhvaćeni su jednim sveobuhvatnim porezom uz primjenu, po pravilu progresivne stope. Prilikom utvrđivanja visine poreske obaveze se vodi računa o ukupnoj ekonomskoj snazi poreskog obveznika. Takođe, i o njegovim ličnim i porodičnim prilikama, jer se oduzimanjem standardnih i nestandardnih odbitaka dobija oporezivi dohodak, koji predstavlja osnovicu za oporezivanje. Primjenom progresivne poreske stope omogućava se ostvarivanje vertikalne pravičnosti oporezivanja, koja podrazumijeva da poreski obveznici sa većom ekonomskom snagom plaćaju veći iznos poreza. Upravo zbog toga porez na dohodak je pogodan za ostvarivanje socijalno političkih ciljeva oporezivanja. U savremenim uslovima uloga socijalne države je usmjerena ne na ukidanje, nego ublažavanje socijalnih nejednakosti. Putem instituta egzistencijalnog minimuma, kao jednog od standardnih odbitaka, izuzima se od oporezivanja ona visina dohotka poreskog obveznika koja je potrebna za zadovoljavanje njegovih minimalnih egzistencijalnih potreba. Takođe, primjena progresivnih stopa je pogodna za ublažavanje regresivnog dejstva poreza na promet (odnosno PDV-a). Zbog smanjene mogućnosti za poresku evaziju (primjenom metoda fakture), kao i velike izdašnosti, jer je, zbog svoje manje uočljivosti prihvatljiviji poreskom obvezniku, PDV je zauzeo važno mjesto u poreskoj strukturi savremenih država. Međutim, problem predstavlja njegovo veliko regresivno dejstvo, jer se prilikom raspodjele njegovog poreskog tereta ne vodi računa o ekonomskoj snazi poreskog obveznika, pa sva lica prilikom kupovine određenog proizvoda ili korišćenja određenih usluga plaćaju isti nominalni iznos poreza, pa dolazi do toga da bogatiji obveznici procentualno plaćaju manji porez od obveznika sa nižom ekonomskom snagom.

Umjesto opšteprihvaćene sveobuhvatne S-H-S (Šanc-Hejg-Simonsov) koncepcije dohotka, dualni porez i flat-tax, kao alternativni modeli sintetičkom sistemu oporezivanja dohotka, odvojeno oporezuju prihode od rada od prihoda od kapitala. Dualni porez prihode od rada oporezuje progresivnim stopama, a prihode od kapitala proporcionalnim porezima, pri čemu, po pravilu, najniža stopa iz progresivne skale kojom se oporezuju prihodi od rada jednaka proporcionalnoj stopi po kojoj se oporezuju prihodi od kapitala. Takođe, stopa poreza na kapital, po pravilu, jednaka je stopi poreza na dobit. *Flat tax* (proporcionalni porez)

21 Commission Recommendation 94/390/EC of 25 May 1994 concerning the taxation of small and medium sized enterprises, *Official Journal* L177 of 9 July 1994.

je takav model oporezivanja dohotka koji obuhvata samo prihode od rada a ne i prihode od kapitala. Nastao iz ideje o potrošnom konceptu oporezivanja dohotka, uz brojne varijante, među kojima je najpoznatiji oblik Hal-Rabuškin model, gotovo ni u jednoj državi koja ga je uvela ne primjenjuje se u čistom obliku, već su samo neki prihodi od kapitala izuzeti od oporezivanja. Promjena u konceptu oporezivanja dohotka nastala je uslijed izuzetne pokretljivosti kapitala kao posljedice globalizacijskih tokova. Zbog potrebe privlačenja stranog kapitala, kao što su tranzicijske zemlje uvele flat tax, odnosno zadržavanja kapitala unutar svojih granica, kako su skadinavske zemlje uvele dualni porez, sintetički porez na dohodak je ustupio svoje mjesto alternativnim modelima koji obezbjeđuju povoljniji poreski tretman prihodima od kapitala. Klasičan *trade off* između pravičnosti i ekonomske efikasnosti, kao dva važna principa oporezivanja, čini se ovdje je riješen u korist ekonomske efikasnosti. Teoretičari, kao i kreatori poreske politike favorizujući ova dva modela, stavljajući porez na dohodak u funkciju razvojne ekonomske politike. U takvim uslovima tradicionalni zahtjev za pravičnošću oporezivanja gubi na značaju. Oba alternativna modela ukazuju na udaljavanje od *ability-to-pay* principa.²²

Mada ne postoji obaveza država članica u pogledu izbora modela oporezivanja dohotka, u žiži interesovanja se nalazi dualni porez. Među nekim teoretičarima ovom modelu se pridaje važnost kao modelu koji bi postigao harmonizaciju poreza na dohodak u EU.

Na teritoriji Bosne i Hercegovine, kao posljedica raspodjele fiskalnih ovlašćenja, nastali su različiti sistemi oporezivanja dohotka. Entiteti (Federacija Bosne i Hercegovine i Republika Srpska), kao i Brčko Distrikt donijeli su svoje zakone kojima je regulisana materija oporezivanja dohotka. U Federaciji Bosne i Hercegovine zbog širokih ovlašćenja kantoni su imali svoje zakone, kojima su na različite načine regulisali osnovne elemente poreza na dohodak. Na primer, razlika je postojala u pogledu obuhvata poreske osnovice (odnosno vrste prihoda koja se oporezivala), visine poreskih stopa (koja se kretala od 10% do 30%) i sl. Od 2009. godine u primjeni je zakon koji na jedinstveni način reguliše oporezivanje dohotka na nivou cijele Federacije Bosne i Hercegovine.²³ U Republici Srpskoj primjena novog zakona od 2007. godine imala je za cilj uvođenje sintetičkog poreza.²⁴ U primjeni su bile dvije progresivne stope (od 10% i 15%) uz neoporezivani iznos i priznavanje standardnih odbitaka za izdržavane članove porodice. Brojne izmjene, kao što je bilo propisivanje proporcionalnih stopa (čiji su se iznosi mijenjali), ukidanje neoporezivog iznosa ličnog odbitka, predstavljale su udaljavanje od sintetičkog oporezivanja. Izmjenama zakona iz 2015. godine dividende i udjeli od dobiti su oslobođeni plaćanja poreza na dohodak. Brčko Distrikt je, kao i Federacija Bosne i Hercegovine, svojim porezom na dohodak

22 Tanzi, V., *Globalization, tax competition and the future of tax systems*, IMF Working Paper 96/141, str.11.

23 Zakon o porezu na dohodak "Služ. novine FBiH", br.10/08, 9/10, 44/11.

24 Zakon o porezu na dohodak "Služ. glasnik RS", br.91/06, 128/06, 120/08, 71/10, 1/11.

obuhvatilo od prihoda od kapitala samo kamate od zajmova.²⁵ Oslobođanjem dividende i udjela u dobiti od plaćanja poreza na dohodak u Republici Srpskoj, postignuto je ujednačavanje poreskog tretmana ovih prihoda na teritoriji Bosne i Hercegovine. Time je problem dvostrukog ekonomskog oporezivanja riješen primjenom metode izuzimanja dividendi. Pored toga, postignuta je usaglašenost ova tri poreska sistema i u pogledu poreske stope poreza na dohodak, jer se svuda plaća po stopi od 10%.

U Srbiji, reforma započeta početkom 90-tih godina 20. vijeka sa ciljem uvođenja sintetičkog poreza, po uzoru na iskustvo drugih zemalja, nije završena. Poslije nekoliko godina odustalo se od njegovog uvođenja, a ostao je da se primjenjuje kao privremeno rješenje mješoviti sistem. Uz grupu cedularnih poreza postoji i korektivni, godišnji porez na dohodak građana, model sličan porezu na ukupan čist prihod iz perioda SFRJ. Brojni nedostaci takvog sistema, kao što je nepravičnost u oporezivanju dohotka, mali fiskalni značaj ovog poreza, administrativna složenost i neekonomičnost (zbog toga što povlači velike troškove a daje male prihode, jer ga plaća veoma mali broj građana) dugi niz godina nameću potrebu njegove reforme, do koje još uvijek nije došlo.

U pogledu poreza na dobit postoje razlike među državama članicama EU, ali je prisutan trend sniženja poreskih stopa. Upravo se niže poreske stope javljaju kao jedan od poreskih podsticaja u sistemu poreza na dobit. Stopa poreza na dobit u Srbiji je proporcionalna i jednoobrazna i po važećem zakonu²⁶ iznosi 15%, mada je doživljavala česte izmjene. Opšta karakteristika poreske politike Srbije u oporezivanju dobiti u proteklom periodu su česte promjene propisa i nedosljednost u definisanju ekonomskih ciljeva. Od brojnih poreskih podsticaja ostali su podsticaji kod velikih ulaganja, potom oslobođenja nedobitnih organizacija i oslobođenja preduzeća za radno osposobljavanje, profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje invalidnih lica. Od 2003. godine smatralo se da treba započeti sa intenzivnijim podsticajem investitora, uvođenjem tzv. tax holiday, koji predstavlja podsticaj za velika investiciona ulaganja u privredu. Dalje, neko vrijeme se smatralo da je potrebno putem određenih poreskih mjera podsticajno djelovati na strana ulaganja, a potom je došlo do stava da poreski tretman domaćih i stranih preduzeća treba biti jednak. Promjenljiva poreska politika vodila se i u pogledu novoosnovanih preduzeća i radnji. Određeno vrijeme je preovladavao stav da im se u početku poslovanja daju poreske olakšice, po uzoru na rješenja u drugim zemljama. Na teritoriji Bosne i Hercegovine postignuta je usaglašenost sva tri poreska sistema i u pogledu stope kod poreza na dobit i iznosi, kao i stopa poreza na dohodak fizičkih lica - 10%.²⁷

25 Zakon o porezu na dohodak Brčko Distrikt "*Služb.glasnik BDBiH*", br.60/10).

26 Zakon o porezu na dobit pravnih lica ("*Služb.glasnik RS*", br.25/01, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 113/12, 47/13, 108/13, 68/14, 142/14, 81/15, 112/15, 113/17 i 95/18).

27 Zakon o porezu na dobit Federacije Bosne i Hercegovine ("*Služb.novine Federacije BiH*", br.15/10); Zakon o porezu na dobit Republike Srpske ("*Služb.glasnik RS*", br.94/15, 1/17) i Zakon o porezu na dobit Brčko Distrikt ("*Služb.glasnik*", br.100/10, 57/11 i 33/12).

4. ZAKLJUČAK

Za razliku od oporezivanja prometa, gdje je na nivou EU ustanovljen obavezujući modela, države članice, kao i države koje pretenduju da to postanu imaju slobodu izbora u pogledu poreza na dohodak. Međutim, najnoviji trendovi u oporezivanju dohotka time što favorizuju prihode od kapitala utiču na oblikovanje ovog poreza u zemljama koje se nalaze u procesu evropskih integracija.

U prilog primjeni dualnog poreza i *flat tax* su razlozi ekonomske efikasnosti, jer se pružanjem povlašćenog poreskog tretmana prihodima od kapitala postižu povoljni efekti na štednju i investicije. Takođe, *flat tax*, zbog primjene niskih proporcionalnih stopa, povoljno utiče na radni napor, smanjenjem fiskalnog opterećenja rada. Glavni nedostaci ova dva modela, međutim, odnose se na ostvarivanje pravičnosti oporezivanja, jer predstavljaju *per se* pomjeranje težišta oporezivanja od pravičnosti ka ekonomskoj efikasnosti. Mada za države članice, kao i za one države koje su se opredijelile za članstvo u EU ne postoji obaveza u pogledu izbora modela oporezivanja dohotka, treba skrenuti pažnju da se kao mogući model harmonizacije poreza na dohodak u EU, u brojnim teorijskim razmatranjima, pojavljuje dualni porez.

Pred Srbijom, u kojoj se dugo godina najavljuje i očekuje reforma sistema poreza na dohodak, nalazi se dilema odabira pravaca reforme. I pored aktuelnosti ova dva alternativna modela zadržala se među teoretičarima i opcija uvođenja sintetičkog poreza, prisutna još od početka poreske reforme 90-ih godina 20. vijeka. Kao jedan od glavnih razloga navodi se njegova prednost da upravo za razliku od ova dva alternativna modela vodi računa o pravičnosti oporezivanja. Uvođenje jednog od ova dva alternativna modela jeste, svakako, u funkciji obezbjeđenja razvojne poreske politike, ali imajući u vidu nepravličnost postojećeg poreskog sistema, prilikom izbora kombinacije osnovnih principa oporezivanja trebalo bi obezbijediti pravičniji pristup oporezivanju dohotka.

Opšti trend snižavanja poreskih stopa u sistemu oporezivanja dobiti, koji ima za cilj stvaranje podsticajnog ambijenta, odrazio se i na Bosnu i Hercegovinu i Srbiju. U primjeni su vrlo niske stope, posebno u Bosni i Hercegovini, gdje je postignuta usaglašenost sa visinom stope kod oporezivanja dohotka. Takođe, postignuta je ujednačenost poreskog tretmana prihoda od kapitala u sistemu poreza na dohodak, jer su dividende i udjeli u dobiti oslobođeni plaćanja poreza u sva tri poreska sistema na teritoriji Bosne i Hercegovine. Ovakvim zakonskim rješenjima u obje države, može se zaključiti, stvorene su uslovi za podsticajno poresko okruženje za investitore. Međutim, u Srbiji su za podsticanje velikih ulaganja definisani takvi uslovi koji faktički stavljaju u nejednak položaj domaće u odnosu na strane investitore. Radi se o takvim visokim iznosima ulaganja koja može da ostvari mali broj domaćih investitora, jer velike investicije, po pravilu, potiču od stranih investitora. Upravo je nedostatak velikog domaćeg kapitala jedan od gorućih problema država sa ovih prostora. Zbog toga bi podsticajnim

zakonodavstvom trebalo omogućiti poreske podsticaje domaćim investitorima, snižavanjem kriterijuma koju su potrebni za ulaganje u privredu ili definisanjem nekih drugih modela poreskih podsticaja kojima bi se pružila podrška na primer početnicima u poslovanju i sl.

L i t e r a t u r a :

Daubašić I., *Porez na dodanu vrijednost*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, I”Služb.glasnik XLV-2002, str.121-134.

Hadžiahmetović, A., *Ekonomija Evrope*, Ekonomski fakultet, Sarajevo, 2005.

Jelčić B., Jelčić B., *Porez na promet proizvoda u teoriji i praksi*, Zagreb, 1977.

Paović-Jeknić, G., *Poreski sistem Crne Gore*, Pravni život br.12/2009, tom IV, str.109-122.

Radić, D., *Nužnosti porezne reforme u Bosni i Hercegovini i uvođenje poreza na dodanu vrijednost*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Mostaru, br. XV, 2002, str.107-115.

Randelović,S., *Uticaj pridruživanja Evropskoj uniji na poresku politiku Srbije*, “Pod lupom”, Kvartalni monitor 50/2017, FREN, Beograd, str.48-56.

Rizvanović, E., *Fiskalne finansije i fiskalni sistem Bosne i Hercegovine*, Ekonomski fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“, Mostar, 2016.

Tanzi, V., *Globalization, tax competition and the future of tax systems*, IMF Working Paper 96/141.

Terra, B.J.M., Water, P.J., *European Tax Lsw*, Kluwer Law, 2005.

Nerma Čolaković-Prguda, PhD, assistant professor
Faculty of Law, University of „Džemal Bijedić“ Mostar
Suzana Dimić, PhD, assistant professor
Faculty of Law, University of Priština

THE PLACE OF TAX SYSTEM IN THE EUROPEAN INTEGRATION PROCESS

Abstract: Regulation of the tax system and conduct of tax policy, within the European Union as economic and monetary union, remained under the competence of the member states. Because of that, harmonization of taxes was necessary, as there was a danger that different legal rules could negatively affect the functioning of the common market. Hence, in fiscal harmonization, the best results are made in domain of indirect taxes. Over the past two decades, the countries that have become members of the EU, as well as the countries that are in the process of integration and which have formally legally fulfilled the conditions for membership, have harmonized their legal rules regarding value added tax and excise with EU law. Although there is a different situation in the domain of direct taxes, as legal solutions differ among Member States, certain trends in taxation of income of individuals and income taxation of economic entities can be noticed. In trying to achieve balance between the formation of these taxes, considering the EU Member States and the need to guide development tax policy, it is a very difficult task for the Western Balkan countries to achieve European standards in this area. The analysis of the normative framework for income tax and profit tax in several Western Balkan countries should indicate how much the existing legal solutions are in the function of improving the competitiveness of these countries. However, no matter how important, giving priority to economic development in the creation of individual taxes and the tax system as a whole opens some controversial issues that should be taken into account when formulating legal solutions. One of these is also the issue of tax treatment of domestic businessmen in some of these countries. Naturally, an incentive tax environment for foreign investors is desirable, but it should not be destimulative for domestic entrepreneurs and legal entities.

Key words: tax system, European Union, direct taxes, income tax, corporation tax, value added tax.

PRAVILA U KOMUNIKACIJAMA I ZLOUPOTREBA MEDIJA

Sažetak: Svako društvo, organizacija, zajednica ili preduzeće moraju imati određena pravila i odnose kako bi mogli funkcionirati. Kvalitet odnosa u jednoj zajednici i njena efikasnost zavise od mnogo faktora a glavni uvjet čini komunikacija članova zajednice.

Način komuniciranja i komunikacioni kanali, pravila komuniciranja mogu biti određeni manje ili više detaljno i strogo definirani u dobro organiziranim zajednicama ali samo od ljudi ili pojedinaca ovisi hoće li dobrom međusobnom komunikacijom ostvariti harmoniju odnosa i bolju efikasnost zajednice.

Proces komunikacije uključuje sve medije, novinare, društvo, politiku i građane.

Ključne riječi: Komunikacija, pravila, društvo, mediji, organizacija.

1. UVOD

Život danas u velikoj mjeri ovisi o informacijama i komuniciranju. Ljudi žive i djeluju na osnovu onoga što pouzdano znaju tj. svoga iskustva, ali se ljudska svakodnevnica i momentalne spoznaje o svijetu oko nas baziraju na informacijama koje dobijemo putem medija. Mi koliko god to ne željeli priznati vjerujemo medijima i oslanjamo se na informacije koje oni plasiraju. Međutim velikim dijelom ostaje nerazjašnjeno ko te informacije stvara, te da li se pri tom procesu zadovoljavaju osnove novinarske etike i morala uopće. Preciznije rečeno moramo se zapitati koji mehanizmi određuju šta je vijest a šta nije. Neophodno je napomenuti da je prošlo stoljeće bilo svojevrсна revolucija u povijesti komuniciranja uopće, pa tako i u povijesti samih medija. Suština značenja riječi medij je posredništvo tj. objektivno prenošenje informacija. Danas međutim, mediji sve manje imaju onu posredničku ulogu, prenošenja informacija do recipijenata, a sve više ulogu kreatora javnog mišljenja. Vladajuća elita veoma je brzo otkrila da mediji ne moraju nužno biti samo posrednici pri prenosu informacija, nego da oni mogu biti ključni mehanizam u kreiranju mišljenja i navika kod ljudi. Također je neizostavna uloga medija pri kreiranju potrošačkih navika. To je većinom zato što veliki medijski konglomerati imaju određene interese u korporativnim kompanijama i obratno. Novinarstvo se svodi velikom većinom na zabavu i reklamiranje određenih proizvoda ili usluga. Objektivno prenošenje informacija i

istraživačka funkcija novinarstva uvelike se zanemaruju. U ovome radu pokušat ćemo da objasnimo šta je to objektivno novinarstvo i koji novinarski standardi moraju biti zadovoljeni da bi se rad novinara mogao nazvati objektivnim, te da ukažemo koji su to najučestaliji modeli zloupotrebe medija i novinarskog posla uopće.

2. PREDMET NOVINARSTVA

Novinarstvo kao društvena djelatnost ima značajan utjecaj kako na ljudsko ponašanje, tako i na njegov razvitak. Ono se može promatrati na dva načina: šire - kao izuzetno značajan dio masovnog komuniciranja, što je predmet nauke o komuniciranju (komunikologije), i uže tj. kao proizvod ili oblik u kojem se ispoljava, a to je novinarska informacija. Ovakav aspekt novinarstva predmet je teorije i tehnike novinarstva koje proučavaju oblike novinarskog izražavanja, njihove specifičnosti i utvrđuju opće zakonitosti novinarskog stvaralaštva. Da bismo utvrdili značaj informacije i objektivnog novinarstva prvo moramo postaviti nekoliko glavnih odrednica kako o formi, tako i o suštini novinarstva uopće. Novinarstvo je prije svega društvena djelatnost proizišla iz određenog povijesnog konteksta, i nastala u određenom periodu razvoja čovječanstva. Njegov nastanak veže se prije svega za nastanak štampe. Ono je prije svega način, oblik i sredstvo komuniciranja putem sredstava javnog informisanja, te medija masovnog komuniciranja. Posmatrajući kroz povijest vladajuće elite su veoma brzo i efikasno uvidjele moć ovakvog oblika komuniciranja, te njegovu propagandnu funkciju koja u biti nije ništa drugo nego promoviranje vladajućih ideologija. Prema tome lako je zaključiti da je postojanje nezavisnog novinarstva veoma složena pojava koja zahtjeva stručnu analizu medijskog sadržaja. Sloboda i objektivnost novinarskog posla ovisi u biti od cjelokupnog sistema informisanja pojedine države, vlasničke strukture medija, te nivoa slobode izražavanja u toj državi. Mediji su biznis ne manji od bilo kojeg drugog biznisa koji želi uvećati do najvišeg stepena vlastiti profit.¹ Novinarstvo, kao društvena djelatnost, odredilo je i položaj novinara. Novinar je dakle osoba koja se profesionalno bavi prikupljanjem prikupljanjem, obradom, klasifikacijom i širenjem informacija putem sredstava masovnog komuniciranja.² Novinar u biti ima zadatak prenošenja informacija u njihovom izvornom obliku, ne mješajući pri tome svoja mišljenja, stavove i ubjeđenja sa sadržajem informacije. Glavna odrednica mu je zadovoljenje potrebe javnosti za novim saznanjima i spoznajama. Međutim to nikako ne znači prenošenje informacija isključivo zbog zadovoljenja ljudske znatiželje, nego i pomaganje pri razmjeni iskustava i spoznaja neophodnih za ljudsku egzistenciju.

1 Robert W. McChesney, *Bogati mediji, siromašna demokracija - Komunikacijske politike u mutnim vremenima*, TDK Šahinpašić za Office of Public Affairs of the United States Embassy in Sarajevo, Sarajevo, 2008., str. 14.,

2 Dušan Slavković, *Biti novinar*, NIRO Radnička štampa, Beograd, 1981., str. 9.

To pojednostavljeno znači uočavanje društvenih kretanja i promjena, kao i njihov utjecaj na javnost. Prema tome neophodno je razumijevanje društvene odgovornosti koju novinarski posao nosi sa sobom, te razumijevanje informacije u njezinoj suštini, jer pisati za javnost jedan je od najodgovornijih oblika ljudskog djelovanja.

2.1. Informacija kao društvena kategorija

Informacija je pojam koji etimološki znači što i novo obavještenje, novostečeno saznanje.³ Izraz potječe od latinske riječi in-formare, što znači staviti nešto u neki oblik. Informacija je u biti stavljanje elemenata neke pojave u određeni red i smisao. Ona mora da bude izražena kroz neko novo saznanje, te kao takva da stimuliše ljudsko ponašanje. Informacija mora dakle u sebi sadržati elemente nekog novog saznanja uobličenog u odgovarajuću formu. Novinarske informacije karakteristične su zbog njihove sveobuhvatnosti tj. domena novinarskog izražavanja, koje obuhvata sve oblasti ljudskog djelovanja. Samim time informacija kao i novinarstvo postaju društvene kategorije, jer obrađuju promjene u društvu i o njima obavještavaju javnost. Informacija je i srž osnovnog novinarskog izražavanja tj. vijesti. Ako nema informacije ili novog saznanja onda nema niti vijesti. Između mnoštva definicija vijesti najrječitija je ona koja kaže da je vijest svaka blagovremeno objavljena informacija.⁴ Razvojem sredstava medijskog informisanja razvio se i potpuno novi sistem klasifikacije informacija prema njihovoj važnosti. Upravo u ovom dijelu procesa selekcije do izražaja dolazi potreba za objektivnim prenošenjem informacije kao osnove medijskog djelovanja.

2.2. Istraživačko novinarstvo

Odrednica istraživanje u novinarstvu odnosi se uglavnom na onu novinarsku aktivnost kojoj je cilj produbljenje, temeljitije i svestranije tumačenje nekog događaja, pojave ili ličnosti.⁵ Jedni ga smatraju vrhuncem novinarskog umijeća, dok drugi tvrde daje to tek pomodni naziv za dobro, staro, temeljno, objektivno novinarstvo. Činjenica je da istraživačko novinarstvo postoji, a ono što ga čini posebnim je konstantno traganje za neobjavljenim informacijama, dok je obično novinarstvo samo neutralno prenošenje informacija. Novinari istraživači na temelju postojećih tragova otkrivaju što se dogodilo. Ovakav vid novinarskog izražavanja je, zanimljiv, zahtjevan i traži puno vremena, no nije ništa drugo nego otkrivanje onoga što neke osobe, tvrtke ili vladine organizacije ne žele da javnost

3 Šemso Tucaković, *Leksikon mas - medija*, Prosperitet d.d. Sarajevo, Sarajevo 2004., str. 115

4 *Kako pisati za medije*, N. Kurtić, S. Malović, M. Nuhić, R. Veljanovski, L. Radonjić, M. Dedović, Prosperitet d. d. Sarajevo, Sarajevo, 2005., str. 15.

5 Šemso Tucaković, ISTO, str. 129.

sazna. Kada se novinar odluči na istraživanje, potrebno je najprije utvrditi staje to što se želi istražiti i zašto, te potom isplanirati kako i na koji način će to učiniti. Zatim slijedi rad, i konstantno vrednovanje prikupljenog materijala. Novinar mora biti spreman na mijenjanje priče u skladu s informacijama koje su prikupljene, i najvažnije provjerene. Novinarsko istraživanje složeni je rezultat novinarskog rada, jer ono može sadržavati elemente izvijesti, reportaže, komentara, izjava, intervju, a ponekad i drugih žanrova. Na prostoru Ex Jugoslavije ovakav vid novinarstva nije nikada u potpunosti zaživjeo. Jedan od glavnih razloga je taj što istraživačko novinarstvo, koje ima za cilj da razotkriva korupciju, nezakonitosti i ostale aktivnosti koje su u suprotnosti sa javnim interesima, ne predstavlja tradicionalnu praksu među novinarima zemalja postsocijalizma.⁶ Možda kao najgori primjer zloupotrebe medija i sputavanja i gušenja objektivnog istraživačkog novinarstva, a samim time i objektivnog informisanja javnosti može da nam posluži primjer Srbije za vrijeme vladavine Slobodana Miloševića, i tadašnjeg odnosa prema medijima koji nisu bili pod državnom kontrolom. Dolaskom na vlast Milošević počinje da na ključna mjesta u medijima postavlja svoje poslušnike. Pojedine novinske kuće se zatvaraju, a one koje uspijevaju opstati neovisno o podršci režima pivaju stigmatizirane. Počinje doba neviđene cenzure i gušenja javne misli. Novinari koji kritički pišu o režimu Slobodana Miloševića bivaju zatvarani ili čak stavljeni na crne liste, i označavani kao državni neprijatelji. Samo mediji u službi države imali su pravo da se slobodno bave svojim poslom, ali to su radili propagirajući i veličajući režimsku politiku. Nasuprot medijima koji su bili pod direktnom kontrolom vlasti, nekoliko rijetkih neovisnih sredstava informiranja pokrivalo je tek nešto više od desetine nacionalnog medijskog prostora.⁷ Glavni razlog toleriranja tih medija - zanemarivog značaja - bili su, kako se čini, interesi vanjske politike, što će reći kako je Srbija te medije pokazivala sa ciljem da pred međunarodnom zajednicom ostavi utisak demokratičnosti.

3. NOVINARSKA ETIKA

Novinarstvo koje nije etično teško da uopće zavređuje da nosi to ime. To može biti neka druga profesija ili zanat, neka druga možda korisna i profitabilna djelatnost, ali to svakako nije pravo profesionalno novinarstvo. Jer, pravo profesionalno novinarstvo se od tih drugih i drugačijih djelatnosti, koje se katkada predstavljaju pod imenom novinarstva, izdvaja prije svega po etičkim, ali i upotrebnim vrijednostima na kojima je sazdan osnovni novinarski proizvod. Najlakše se testira traženjem odgovora na pitanje - kome, ili čemu, služi to što je objavljeno? Ako služi isključivo čitaocima, slušaocima i gledaocima,

⁶ M. Miroslavljević, G. Vilović, M. Kunczik, *Istraživačko novinarstvo*, Amosgraf d.o.o. Fridrich-Ebert-Stiftung., Sarajevo, 2009., str. 8

⁷ Izveštaj Komisiji Evropske unije, *Položaj medija u bivšoj Jugoslaviji*, AIM, Pariz, mart 1995., str. 1.

zadovoljenju njihovih interesa, i olakšava ostvarivanje njihovih ljudskih i ostalih prava, onda je svakako riječ o novinarstvu. Međutim, ako je to što je objavljeno sročeno ili sačinjeno s namjerom da obraduje i zadovolji nekog drugog, ako to treba prvenstveno da posluži nekim drugim i drugačijim posebnim ciljevima i interesima, političkim, komercijalnim i sličnim, onda je to već nešto sasvim drugo. Zakon provjeravanja novinara ne odnosi se samo na provjeravanje činjenica; novinar mora stalno da provjerava da li je izabrao najbolji put do utjecaja. Zato on sebi mora da postavlja 5 pitanja kojima provjerava svoje postupke: Da li je to tačno? Da li je to dobro? Da li je dovoljno? Da li je potrebno? Da li je to u redu?⁸

3.1. Međunarodna deklaracija o principima postupanja novinara

Ova međunarodna deklaracija obznanjuje se kao standard profesionalnog postupanja novinara, čiji je posao da prikupljaju, prenose, šire i komentiraju vijesti i informacije, i opisuju događaje.

1. Prva i najvažnija obaveza novinara jeste da poštuje istinu i pravo javnosti da zna istinu.

2. Ispunjavajući tu obavezu, novinar će uvijek braniti principe slobode poštenog prikupljanja i objavljivanja vijesti, i prava na korektan komentar i kritiku.

3. Novinar će izvještavati samo u skladu sa činjenici cima čiji je izvor njemu poznat. Novinar neće skrivati bitne informacije niti falsifikovati dokumente.

4. Novinar će se koristiti samo časnim sredstvima u pribavljanju informacija, fotografija i dokumenata.

5. Novinar će učiniti sve što je moguće da bi se ispravila objavljena informacija za koju se utvrdi da zbog netačnosti može nekoga da povrijedi ili da mu nanese štetu.

6. Novinar će poštovati profesionalnu tajnu i neće otkriti izvor informacije koji je zahtijevao da ostane anoniman.

7. Novinar mora biti svjestan opasnosti od diskriminacije koju mogu da šire mediji, i učinit će sve da izbjegne takvu diskriminaciju zasnovanu, pored ostalog, na rasi, spolu, seksualnom opredjeljenju, jeziku, vjeri, političkom i drugom mišljenju, nacionalnom ili društvenom porijeklu.

8. Novinar će ozbiljnim prekršajem profesionalnih pravila smatrati sljedeće: plagijat, zlonamjerno izvrtanje činjenica, vrijeđanje, kaljanje ugleda, klevetu, neosnovane optužbe, primanje mita u bilo kojem obliku da bi se nešto objavilo ili da bi se spriječilo objavljivanje.

9. Novinari dostojni tog imena smatraće svojom obavezom da se vjerno pridržavaju navedenih principa. Poštujući važeće zakone, novinari će u onome što se tiče njihove profesije priznavati samo sud svojih kolega, isključujući svako mješanje vlasti ili bilo koga drugog.

Ova deklaracija usvojena je na Drugom zasjedanju Svjetskog kongresa

8 Dušan Durić, *Novinarska radionica*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva Beograd, Beograd, 1987., str. 96.

Međunarodne federacije novinara, aprila 1954, sa amandmanima usvojenim na XVIII zasjedanju Međunarodne federacije, juna 1986.⁹

3.2. Minhenska deklaracija o pravima i obavezama novinara Evropske unije

a) Deklaracija o dužnostima

Suštinske obaveze novinara, angažovanog na prikupljanju, priređivanju i komentiranju vijesti, su:

1. da poštuje istinu, ma kakve bile posljedice po njega, zbog prava javnosti da istinu dozna;

2. da brani slobodu informisanja, komentara i kritike;

3. da iznosi samo činjenice iz njemu znanog izvora; da ne zataškava bitne informacije i ne mijenja tekstove i dokumente;

4. da se ne služi nečasnim metodama radi privabljanja vijesti, fotografija ili dokumenata;

5. da poštuje privatnost drugih lica;

6. da ispravi svaku objavljenu informaciju za koju se pokaže daje netačna;

7. da poštuje profesionalnu tajnu i ne odaje izvor informacija dobijenih u poverenju;

8. da teškim povredama profesije smatra sljedeće: plagiranje, blaćenje, uvredu, klevetu i neosnovane optužbe, primanje mita svake vrste, bilo radi objavljivanja ili zataškavanja informacije;

9. da nikad ne mješa profesiju novinara s profesijom prodavca oglasa ili propagandiste i da odbija sve direktne ili indirektne naloge oglašivača;

10. da se opire svakom pritisku i da uređivačke naloge prima samo od nadležnih lica iz redakcijskog sastava.

b) Deklaracija o pravima

1. Novinari polažu pravo na slobodan pristup svim izvorima informacija, kao i pravo da slobodno istražuju sva događanja od uticaja na javni život. Stoga, tajne koje se tiču javnih ili privatnih poslova (povezanih s javnim životom) mogu se pred novinarima skloniti samo u izu-zetnim slučajevima i uz jasno naznačen motiv.

2. Novinar ima pravo da odbije potčinjavanje bilo čemu što je protivno općoj politici organa informisanja čiji je on saradnik, onome što je u njegovom ugovoru o zapošljavanju pismeno navedeno i inkorporisano, ili tom opštom politikom jasno obuhvaćeno.

3. Novinar se ne može prisiliti na profesionalni čin ili izražavanje mišljenja protivno svojim ubjedenjima i savjesti.

4. Redakcijski sastav mora biti informisan o svim važnim odlukama koje mogu utjecati na život preduzeća. Kao minimum, treba da bude konsultovan prije donošenja konačne odluke o stvarima koje se tiču sastava redakcije, tj. angažovanja, otpuštanja, restrukturisanja i unapređenja.

⁹ S. Nikšić, A. Davičo, *Etika novinarstva*, CPM, Beograd, 2004., str. 13.

5. S obzirom na svoju funkciju i odgovornost, novinar ima prava ne samo na prednosti koje proističu iz kolektivnih sporazuma nego i na individualni ugovor s poslodavcem koji mu obezbeđuje materijalnu i moralnu sigurnost za rad, kao i mjesto u platnom sistemu koje odgovara njegovom socijalnom položaju, i garantuje njegovu ekonomsku nezavisnost.¹⁰

4. PROPAGANDNA FUNKCIJA MEDIJA

Pojam propaganda je latinskog porijekla, a propagandna aktivnost stara je koliko i samo čovječanstvo. Prvi put kao organizovana djelatnost spominje se za vrijeme Pape Grgura XIV koji je u Vatikanu 1622. god. osnovao „Bratstvo za širenje vjere” (*Sacra congregatio de propaganda fide*).¹¹ Propaganda u današnjem vremenu s obzirom na svoju funkcionalnu polivalentnost opravdano se tretira kao društveni fenomen savremenog doba. Posmatrajući sa aspekta praktičnog značenja riječi propaganda je svjesna, planski organizovana komunikacijska aktivnost usmjerena ka mjenjanju i modeliranju mišljenja, stavova i ponašanja ljudi ili društvenih grupa prema interesima i zamislima onog ko propagandu organizuje i realizuje shodno unaprijed određenom cilju.¹² Važan elemenat u širenju propagandnog sadržaja je poruka, koja se šalje putem medija do recepijenata tj. do ciljane grupe kojoj je poruka namijenjena. Propagandna poruka ostvaruje jako mali utjecaj na već strukturisane grupe u društvu i na visoko obrazovane ljude, dok na pojedince ostvaruje fascinirajući učinak. Propaganda je ujedno i komunikološka disciplina koja se bavi pitanjima utjecanja na ljude u procesu interakcije tj. komunikacije kako bi se oni pridobili za realizaciju određenih ciljeva bilo oni političke, vojne, vjerske, ekonomske ili kulturne prirode.¹³ Propaganda sama po sebi nije ni dobra ni loša već ovisi o komunikatoru tj. pošiljaocu propagandnog sadržaja.

Zbog negativnog prizvuka same riječi kroz povijest se propaganda spominje u negativnom kontekstu. Općenito govoreći, o propagandi govorimo onda kada se radi o utjecaju na javno mišljenje kako bi ga se navelo da usvoji određene političke i društvene ideje, kao i da podržava određenu politiku, vlast ili predstavnika. Služeći se specifičnim tehnikama, propaganda ima za cilj utjecaj na osnovni stav pojedinca: u tom smislu, ona je pokušaj utjecanja na mišljenje i ponašanje zajednice sa ciljem da pojedinci usvoje određeno mišljenje i ponašanje.

Tehnike koje omogućuju takav utjecaj bitno su napredovale zajedno sa razvojem tehnologije i nauke. U XX st. dogodio se kvantitativni i kvalitativni iskorak u tom pogledu: fotografija, kinematografija, novine a naročito radio i kasnije, televizija, zamijenili su tradicionalne nositelje propagande kao što su muzika, govorništvo, poezija. Novi mediji, odnosno materijalna sredstva političke

10 S. Nikšić, A. Davičo, ISTO str. 14.-15.

11 Šemso Tucaković, ISTO str. 265.

12 Šemso Tucaković, ISTO str. 263-264.

13 Šemso Tucaković, ISTO str. 264.

propagande, danas se obraćaju i dopiru do daleko većeg broja pojedinaca, čemu posebno pomaže fenomen globalizacije sa novim tehnikama (trenutno prenošenje zvuka i posebno slike), čime se u prvi plan stavlja emocija a ne dokazivanje i teži se sugerisanju a ne objašnjavanju. Pronalazak štamparije prije svega je doprinijeo da se propagandno djelovanje uzdigne na viši nivo. U XX. st. nastaju tri modela propagandnog djelovanja. Komunistički model agit-prop informisanja gdje su posebno određene institucije i pojedinci (agitatori propagande) usmjeravanjem propagandnog djelovanja nastojale osigurati podršku javnosti i održavanje komunističke partije na vlasti.

Ovakav model uz neke izmjene zadržao se sve do raspada Sovjetskog saveza. Fašistički model propagande kojeg je 1924. utemeljio Mussolini, a razradio Goebels, koji je počivao na fašističkoj doktrini „krvi i tla”. Pod utjecajem ovakve vrste propagande počinjeni su nezamislivi zločini i genocid nad jevrejskim stanovništvom i svim onima koji se nisu slagali sa takvom politikom. Koncept slobodnog informisanja i propagande utemeljen je u zapadno-europskim demokratskim društvima i SAD-u. Ovaj sistem komuniciranja kroz razne modifikacije ostao je i do danas glavno obilježje demokratskog komuniciranja. Propaganda za vrijeme hladnog rata (perioda u kojemu je negativna propaganda doživjela svoj vrhunac) odvijala se po principu crno-bijelo tj. da se sve što dolazi sa suprotne strane definira kao negativno i pogrešno.

5. ZLOUPOTREBA MEDIJA

Mediji i novinarstvo općenito podložni su zloupotrebi kako od strane pojedinaca, tako i organizovanih interesnih grupa u društvu. U nastavku ovog rada pokušat ćemo da objasnimo koji su to najčešći oblici zloupotrebe medija i novinarske prakse uopće.

5.1. Jezik mržnje

Mržnja je prije svega negativna emocija, a javlja se kao posljedica neznanja i kao posljedica indoktrinacije. Jezik mržnje je svaki oblik ispoljavanja netolerancije u formalnim i neformalnim, kanalima komunikacije (mediji, politika, kultura, umjetnost, nauka, sport itd.) To je također ispoljavanje duha netolerancije posredstvom medija (akteri novinari). Suprotan pojam: tolerancija - kao proces uzajamnog razumijevanja i uvažavanja drugog. Najprisutniji oblici govora mržnje su:

- Huškanje
 - Diskriminacija u odnosu na etničku grupu, nacionalnost, religiju, spol, seksualnu opredijeljenost
 - Pogrdni izrazi vezani za nečiji izgled, fizičku ili mentalnu bolest
- Ima i prikrivenog jezika mržnje, koji je uglavnom kontekstualni i koji se

javlja kao posljedica senzacionalizma (pa se uz, recimo, osumnjičene za krivična djela stavljaju epiteti: “vandali”, “ogrezli u kriminalu”, “lopovi”, “hladnokrvne ubice” itd.) Mediji imaju obavezu da podstiču toleranciju i suzbijaju jezik mržnje, i također, imaju obavezu da ukazuju na govor mržnje u drugim sferama (politika, ekonomija, sport ...) Mediji mogu prenijeti neku od poruka koja konotira govor mržnje, ali se od nje moraju jasno ograditi i ukazati na njenu neprihvatljivost.

5.2. Diskriminacija

Diskriminirati znači namjerno praviti razliku. Postoji mnogo definicija ove pojave, ali je suština u tome da svako neopravdano i namjerno različito tretiranje osoba ili grupe osoba koje se nalaze u istoj ili sličnoj situaciji. Osnovu za diskriminaciju čine predrasude koje oslikavaju vjerovanje da su neki ljudi manje vrijedni i da trebaju biti drugačije tretirani. Predrasude su zasnovane na stereotipima koji su u biti prethodno usvojena mišljenja ili stavovi bez provjere. Diskriminacija u medijima i danas je zastupljena u velikoj mjeri. Ona se u medijskom prostoru načešće manifestuje kroz uvrede na račun manjinskih grupa, žena, invalida...

5.3. Marginalizacija i marginalizovane grupe

Marginaliziran znači biti isključen. U kontekstu novinarskog posla marginalizirati nekoga znači isključiti ga iz medijskog prostora i samim time ne dati mu priliku da iznese svoja mišljenja, stavove, probleme... Koncept socijalne isključenosti veoma je složena pojava koju treba temeljito proučiti. Međutim na prvi pogled uvidamo da osobe ili grupe koje su dospjele na društvenu marginu također su marginalizovane i u medijskom prostoru. Pod ovakvim grupama najčešće ubrajamo: stare ljude, dugotrajno nezaposlene, jednoroditeljske porodice, osobe sa invaliditetom, strance, rasne i etničke manjine, siromašne, žene, djecu i mlade, ratne veterane, izbjeglice i povratnike, osobe oboljele od teških bolesti, LGBTIQ populaciju, beskućnike, manjinske vjerske grupe... Mediji marginaliziraju grupe ili pojedince na dva načina: prvo tako što ne izvještavaju o njima tj. fenomen nevidljivosti, i drugo senzacionalističko prikazivanje marginalizovanih grupa u medijima.¹⁴

ZAKLJUČAK

Novinarstvo od svoga nastanka pa sve do danas podložno je utjecaju vladajuće elite i moćnih pojedinaca. Međutim objektivno istraživačko novinarstvo je jedina prava odrednica prema kojoj možemo zaključiti da li se radi o novinarstvu

14 D. Dardić, M. Milojević, *Priručnik za izvještavanje o marginalizovanim grupama*, Grafid, Banja Luka, 2010., str. 18-19.

uopće ili je riječ tek o prikrivenom zastupanju nečijih interesa. Predmet novinarstva jeste i mora biti objektivna informacija koja kao društvena kategorija iako podložna utjecajima predstavlja nova saznanja bez kojih društvo kao cjelina se ne bi moglo razvijati. Život se danas temelji na komunikaciji i razmjeni informacija uopće. Shodno tome je neophodno plasirati tačne objektivne i pravovremene informacije uobličene u vijest ili neki drugi novinarski oblik. U protivnom govorimo o zloupotrebi medija i širenju negativne propagande, koja može da ima nesagledive posljedice. Slobodno i objektivno pisanje za medije odlika je demokratskih pluralističkih društava gdje su različita mišljenja i javni komentari postojećih problema pokretačka snaga promjena u tim društvima. Zaključno dakle možemo tvrditi da je razina demokracije u jednom društvu uslovljena razinom novinarske slobode i obratno. Stoga novinarstvo mora biti objektivno i prodirati u samu suštinu problema u društvu i biti svojevrsni katalizator tih problema.

LITERATURA

1. Dragana Dardić, Milkica Milojević, *Priručnik za izvještavanje o marginalizovanim grupama*, Grafid, Banja Luka, 2010.
2. Dušan Đurić, *Novinarska radionica*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva Beograd, Beograd, 1987.
3. Dušan Slavković, *Biti novinar*, NIRO Radnička štampa, Beograd, 1981.
4. Izvještaj Komisiji Evropske unije, Položaj medija u bivšoj Jugoslaviji, AIM, Pariz, mart 1995.
5. Mladen Mirosavljević, Gordana Vilović, Michael Kunczik, *Istraživačko novinarstvo*, Amosgraf d.o.o., Fridrich-Ebert-Stiftung, Sarajevo, 2009.
6. Najil Kurtić, Stjepan Malović, Muhamed Nuhić, Rade Veljanovski, Lila Radonjić, Melisa Dedović, *Kako pisati za medije*, Prosperitet d. d. Sarajevo, Sarajevo, 2005.
7. Robert W. McChesnev, *Bogati mediji, siromašna demokratija - Komunikacijske politike u mutnim vremenima*, TDK Sahinpašić za Office of Public Affairs of the United States Embassv in Sarajevo, Sarajevo, 2008.
8. Stevan Nikšić, Ana Davičo, *Etika novinarstva*, CPM, Beograd, 2004.
9. Semso Tucaković, *Leksikon mas - medija*, Prosperitet d.d. Sarajevo, Sarajevo, 2004.

Diana Gupta, PhD., Assistant Professor

Faculty of Humanities, Džemal Bijedić University of Mostar

RULES IN COMMUNICATIONS AND MISUSE OF MEDIA

Abstract: Every society, organization, community or company must have certain rules and relationships in order to be able to function. The quality of relationships in one community and its effectiveness depend on many factors, and the main requirement is the communication of community members.

The mode of communication and communication channels, communication rules can be defined more or less in detail and strictly defined in well-organized communities, but it only depends from the people or individuals whether they will achieve harmony of relationships and better efficiency of the community by good communication with each other. The communication process involves all media, journalists, society, politics and citizens.

Keywords: Communication, rules, society, media, organization.

Dr. sc. Alaudin Brkić, docent,
Ekonomski fakultet Univerziteta u Zenici
Džejna Suljević, MA, asistentica
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici
Sajdin Murtić, MA

ODGOVORNOST PO OSNOVU PRAVIČNOSTI U DOMAĆEM ODŠTETNOM PRAVU

Sažetak: U odštetnom pravu u BiH odgovornost po osnovu pravičnosti je odavno ustanovljen kao poseban oblik supsidijarne odgovornosti roditelja i maloljetnika za prouzrokovanu štetu iz pravičnih razloga kako bi se osigurala mogućnost oštećenim licima da nadoknade štetu u onim slučajevima u kojim bi prema štetnicima i odgovornim licima postali od toga uskraćeni s isključivim pozivom na primjenu klasičnih pravila o subjektivnoj i objektivnoj odgovornosti za naknadu štete.

U ovom radu predmetno istraživanje ima za cilj da se ocrtaju pozadina postojećeg kvaliteta zakonskog uređenja odgovornosti roditelja za maloljetnike do 7 godina i način prebacivanja odgovornosti roditelja na maloljetnike primjenom koncepta odgovornosti po osnovu pravičnosti, te pruže meritorni odgovori u pogledu pretpostavljenih pitanja odgovornosti roditelja po osnovu pravičnosti kod prouzrokovanja štete od strane maloljetnika sposobnih za rasuđivanje od 7 do 14 godina, kao i pitanja potencijalne odgovornosti roditelja za maloljetnike s navršених 14 godina.

Za te svrhe u ovom radu biće izvršena i analiza postojećih zakonskih rješenja kojim se razrađuje koncept odgovornosti po osnovu pravičnosti uz odgovarajući prikaz domaće sudske prakse, te izneseni i odgovarajući zaključci s formulisanim prijedlozima poboljšanja postojećeg okvira uređenja odgovornosti po osnovu pravičnosti u usporedbi sa referentnim rješenjima usvojenim u uporednom pravu.

Ključne riječi: subjektivna i objektivna odgovornost, odgovornost po osnovu pravičnosti, odgovornost za drugoga, roditelj, dužnost nadzora i odgoja, maloljetnik, nesposobnost za rasuđivanje, deliktна sposobnost, štetnik, odgovorno lice, oštećeni, pravična naknada štete.

1. Pojam pravičnosti

Pravičnost kao opći koncept smješten na granici pravde, pravičnosti i konkretnih obligacionih odnosa najčešće je predmet izučavanja pravne teorije i sudske prakse.¹

¹ Misita, N., Pravičnost i novčana naknada neimovinske štete, Godišnjak Pravnog fakulteta u

Putem pravičnosti se konkretan slučaj raspravlja sa stanovišta poimanja pravde u društvu, a ne putem zakonskog regulative.² Pravičnost je postojala još od rimskog *aequitas* pa sve do pozitivnopravnih rješenja, gdje je ovaj institut zakonodavcu služio za regulisanje složenih slučajeva u kojima nije postojalo jedinstveno rješenje.³ Pravednost i pravičnost pronalaze svoje korijene još u antičkom dobu u djelima Platona, Aristotela i Sokrata, gdje imaju nerazdvojnu supstancu sa pravom.⁴ Pravičnost podrazumijeva usklađivanje prava sa stvarnošću na način da zakon uvaži konkretni slučaj, a da se istovremeno ne naruši postulat pravne sigurnosti.⁵ Također, sud pravičnost koristi kada ne može pronaći rješenje u pozitivnim propisima, a najčešće u slučaju pravnih praznina.⁶ Iako sud na osnovu pravičnosti ima ovlaštenje da odstupi od konkretnog zakonskog teksta, ipak se to postupanje ne bi smijelo svesti i na koncept arbitraže, ili individualnog sudijskog određenja pravde, jer sud prilikom presuđivanja po osnovu pravičnosti mora dati konkretan razlog zasnovan na određenom društvenom odnosu da pravično ne bude jedini osnov donošenja presude.⁷ Pored ovoga, sud mora slučaj posmatrati i sa aspekta pravde kao specifične vrijednosti, odnosno princip pravičnosti treba rasporediti nespecifične od specifičnih pravnih odnosa koji nastaju među ljudima.⁸ Pravičnost jeste primjena vrline pravednosti koja treba biti u svakoj pravnoj normi.⁹ Međutim, norma može biti pravilno projektovana, ali da zakonodavac propusti razmotriti kakva sve posljedice njena primjena može izazvati u društvenoj stvarnosti.¹⁰ Stoga se pravičnost primjenjuje u tačno određenim situacijama gdje se mora uvažiti interes subjekta konkretnog odnosa, za razliku od načela savjesnosti i poštenja koji pronalazi primjenu na sve učesnike obligacionog odnosa podjednako.¹¹ Pravičnost kao osnov odgovornosti je različita od primjene načela pravičnosti koje predstavlja normu imperativnog karaktera i koja se primjenjuje *ex officio* od strane suda.¹² Načelo pravičnosti je predviđeno u zakonu da bi se otklonilo stanje

Sarajevu, god. 36, 1988, s. 185.

2 Misita, N., o. c., s. o. c., 186.

3 Ibid.

4 Vučetić, L., Pravednost i pravičnost u filozofiji prava, *Pravnik*, vol. 41, br. 85, 2007, s. 48.

5 Čerkić, Š. M., Koncept pravičnosti kao univerzalni model usklađivanja prava i stvarnosti, *Analisi Pravnog fakulteta u Zenici*, god. 6., br.12, 2013, s. 204.

6 Misita, N. (1988) o. c., s. o. c., 186.

7 Misita, N. (1988) o. c., s. o. c., 187.

8 Ibid.

9 Antić, O., *Obligaciono pravo*, četvrto izdanje, Službeni Glasnik, Beograd 2009, s. 466.

10 Morait, B., *Obligaciono pravo*, knjiga prva-obligacije i ugovori, knjiga drugavanugovorni obligacioni odnosi, Komesgrafika, Banja Luka, 2010, s. 408.

11 Bikić, A., *Obligaciono pravo-opći dio*, drugo izdanje, Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 2007, s. 54.

12 Vizner, B., *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, Zagreb, 1978, s. 716.

pravne nesigurnosti.¹³ Kod primjene ovog načela sud ne primjenjuje vlastito shvatanje da li je nešto pravično ili ne, nego se služi objektivnim kriterijima u odnosu na konkretni slučaj.¹⁴ Također, pravičnost se pojavljuje i u slučaju kada je potrebno nadoknaditi neimovinsku štetu gdje se određuje pravična novčana naknada štete.¹⁵ Osim toga, pravičnosti je značajna i kod određivanja naknade štete u slučajevima prisutne mogućnosti sniženja naknade štete nakon uvažavanje materijalnog stanja štetnika i odgovornog lica.¹⁶ U određivanju pojma pravičnosti nalazimo i socijalnu pravičnost koja podrazumijeva da se mora voditi računa o materijalnim mogućnostima odgovorne osobe.¹⁷ Ovakva pravičnost se odnosi na to da je pravično da se smanji visina naknade štete povjeriocu da dužnik isplatom cjelokupnog iznosa štete ne bi zapao u teško materijalno stanje.¹⁸ Pravičnost u obligacionom pravu ima značajnu ulogu i kod slučajeva dosuđivanja novčane naknade nematerijalne štete gdje sud može dosuditi pravičnu novčanu naknadu ako to smatra opravdanim.¹⁹ Prilikom odlučivanja o pravičnoj naknadi nematerijalne štete sud treba uzeti u obzir osnov odgovornosti, materijalno stanje štetnika ili odgovornog lica i oštećenika, te značaj i stepen povrijeđenog dobra.²⁰ I najzad, pravičnost se javlja i onda kada se odgovorna osoba može osloboditi od obaveze da nadoknadi štetu, tj. u situaciji kad se uskrati pomoć drugoj ugroženoj osobi bez opasnosti za sebe.²¹

1.2. Razvoj pravičnosti

Pojam pravičnosti nalazimo u djelima Aristotela koji je pravičnost smatrao

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Baretić, M., Crnić, I., Ćurković, M., Grbin, I., Kačer, H., Klarić, P., Momčinović, H., Petrović, S., Radolović, A., Sessa, Đ., Novi zakon o obveznim odnosima- najznačajnije izmjene, novi instituti, Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2005, s. 33.

¹⁶ Loza, B., Obligaciono pravo, opšti dio, 2 izdanje, Sarajevo, 1981, s. 196.

¹⁷ Radišić, J., Obligaciono pravo opšti deo, 5 izmenjeno i dopunjeno izdanje, S.A.M. Konsalting centar, Beograd, 1993, s. 298.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Za pretrpljene fizičke bolove, za pretrpljene duševne bolove zbog smanjenja životne aktivnosti, naruženost, povrede ugleda ili časti, slobode ili prava ličnosti, smrti bliske osobe te za strah, sud će ako nađe da okolnosti slučaja a osobito jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdavaju, dosuditi pravičnu naknadu, nezavisno od naknade materijalne štete, a i kad nje nema (čl. 200. ZOO st.1. ZOO). U slučaju smrti neke osobe sud može dosuditi članovima njezine uže porodice (braćni drug, djeca i roditelji) pravičnu novčanu naknadu za njihove duševne bolove (čl. 201. st. 1. ZOO). U slučaju naročito teškog invaliditeta nekog lica, sud može dosuditi njegovom braćnom drugu, djeci i roditeljima pravičnu novčanu naknadu za njihove duševne bolove (čl. 201. st. 3. ZOO). Pravo na pravičnu novčanu naknadu zbog pretrpljenih duševnih bolova ima lice koje je prevarom, prinudom ili zloupotrebom nekog odnosa podređenosti ili zavisnosti navedeno na kažnjivu obljubu ili kažnjivu bludnu radnju, kao i lice prema kome je izvršeno neko drugo krivično djelo protiv dostojanstva ličnosti i morala (čl. 202. ZOO)

²⁰ Misita, N. (1988) o. c., s. o. c., 189.

²¹ Morait, B., o. c., s. 410; v. čl. 182. ZOO.

korektivom pozitivnih zakona, te se ovaj pojam i danas nalazi u pozitivnim zakonima, kao što je Švicarski građanski zakonik iz 1907.g. gdje postoji posebno statuirana kojom se daje ovlaštenje sudovima da sude po načelu pravičnosti.²² Za Aristotela pravednost je jednakost, te kao takva može biti distributivna (*iustitia distributiva*) i komutativna (*iustitia commutativa*).²³ Distributivna pravednost je sadržana u tome da svako dobije onoliko koliko ima zasluga u zajednici, te se ovakva pravednost još naziva i položajnom pravednošću.²⁴ Zasluge u zajednici u kontekstu distributivne pravednosti odnose se na sve društvene položaje koji se smatraju zaslugom za stečene položaje.²⁵ S druge strane, komutativna pravednost podrazumijeva da svako dobije onoliko koliko je dao drugome.²⁶ Distributivna pravda je geometrijska i podrazumijeva proporcionalnu raspodjelu dobara među članovima društva, dok je komutativna pravda aritmetička i podrazumijeva povrat prava koje su prethodno nekome oduzeta.²⁷ Aristotel je pravednost izjednačavao sa zakonom držeći je sposobnošću izbora pravednog prema drugima.²⁸ S obzirom da je pozitivni zakon zbog svog uopštenog karaktera ograničen, te je neophodno da postoji jedna vrsta korekcije putem pravičnosti, samim time što pravednost polazi od općeg načela prema pojedinačnom, dok pravičnost polazi od individualnog slučaja i njegovog specifičnog karaktera.²⁹ S jedne strane, Sokrat je smatrao da pravednost treba da nadzire zakone i da ne smije biti osnovom kršenja pozitivnih zakona koji su najvažniji dio društva (opći interes i načelo zakonitosti ne smiju biti ugrožen pojedinačnim interesima), a s druge strane Platon je smatrao da se pravednost postiže onda kada neko radi ono za šta je najsposobniji.³⁰ Kako stroga zakonska norma u nekim slučajevima može dovesti do nejednakog postupanja i nepravičnih rješenja, to prepoznato i ublaženo razvojem prava od rimskog pretora pa sve do Equity sudova u Engleskoj.³¹ Koncept pravičnosti u Engleskom pravu (*equity*) u svom nastanku je podrazumijevao zaštitu prava pojedinca putem subjektivnog odnosa sudije prema pravdi.³² U daljem razvoju pravičnost u Engleskoj je bilo dopušteno da se pojedinac direktno obrati kralju nakon donošenja neke nepravedne sudske odluke koju je ovaj naknadno mogao

22 Vučetić, L., o. c., 48.

23 Distributivna i korektivna pravda potječu od Aristotela - pojmovi koje objašnjava u Nikomahovoj etici (v. Tudor, I., *Tort law from the perspective of corrective and distributive justice*, *Journal of Public Administration, Finance and Law*, 7/2015, s. 173).

24 Visković, N., *Teorija države i prava*, 2 izdanje, Birotehnika, Zagreb, 2006, s. 143.

25 Ibid.

26 Ibid.

27 Tudor, I., o. c., s. 173.

28 Vučetić, L., o. c., s. 51.

29 Vučetić, L., o. c., s. 53.

30 Vučetić, L., o. c., s. 55.

31 Mikić, M., *Odgovornost učenika za štetu*, *Pravni život*, br. 10/2005, s. 1048.

32 Čerkić, Š. M., o. c., s. 209.

ispraviti putem pravičnosti (equity).³³

Zbog prepoterećenosti takvim slučajevima kralj je odlučivanje o istim na osnovu equity prebacio na kancelare koji nisu morali pratiti redovne zakonske procedure prilikom donošenja određenih odluka.³⁴ Kako su kancelari odlučivali po svojoj volji, a zaobilazili postojeće zakonske sisteme (common law i statute law), to je u 16. vijeku doprinijelo i izdvajanju equity sistema u jedan zaseban pravni sistem.³⁵ I pored toga, suđenje po pravičnosti od strane kancelara nije značilo i da oni mogu poništiti neku odluku common law sistema, jer je postojala obaveza poštivanje zakonskog prava.³⁶

1.3. Poimanje pravičnosti u ex Jugoslaviji

U ex jugoslovenskom pravnom poretku pored distributivne i komutativne pravde postojala je i radno-solidarna pravda kao zaseban koncept u odgovoru na pitanje nejednake raspodjele dobara.³⁷ Pravičnost je bila prisutna i u slučaju naknade neimovinske štete, gdje se pravična naknada određivala prema određenim kriterijima, a koji su se sastojali od socijalnog položaja subjekta, materijalnog položaja štetnika i značaja i stepena povrede zaštićenog dobra.³⁸ Također, i u Opštem imovinskom zakoniku za Crnu Goru iz 1888.g. (skraćeno: OIZ) se spominjala pravičnost kao spona između pravde i konkretnog slučaja, gdje je sudija prilikom donošenja odluke na osnovu pravičnosti uspostavljao pravedan pravni poredak.³⁹ Pri tome, OIZ je prihvatio koncepciju odgovornosti po osnovu pravičnosti u odnosu na osobe nesposobne za rasuđivanje.⁴⁰ Osim toga, pravičnost kao osnov obvezivanja je djelovala sekundarno nakon nemogućnosti nadoknade štete putem krivice kao osnovnog osnova obavezivanja, a što je bilo suprotno i usvojenoj poziciji u uporenom pravu gdje je bila dozvoljena mogućnost obeštećenja oštećenog lica, kao i mogućnost suda da dosudi djelimično otklanjanje štete (nisu bili zanemareni ni interesi štetnika).⁴¹ Suđenje po pravičnosti je pretpostavljalo ocjenu svih relevantnih činjenica vezanih za štetni događaj, a posebno imovinski status subjekta naknade štete.⁴²

Tragom toga, OIZ je uspostavio poseban sistem odgovornosti u kojem je štetnik

33 Čerkić, Š. M., o. c., s. 212.

34 Ibid.

35 Čerkić, Š. M., Maksime engleskog prava pravičnosti, Anali Pravnog fakulteta u Zenici, god. 3., br. 6/2010, s. 200.

36 Čerkić, Š. M., o. c., 203.

37 Misita, N. (1988) o. c., s. 188.

38 Misita, N. (1988) o. c., s. 188.

39 Misita, N., Naknada štete po osnovu pravičnosti u Opštem imovinskom zakoniku, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1984, br 32, s. 104.

40 Misita, N. (1984) o. c., s. 105.

41 Misita, N. (1984) o. c., s. 106.

42 Misita, N. (1984) o. c., s. 107.

odgovarao po osnovu pravičnosti kad nije postojala odgovorna osoba ili kad nije bilo imovine iz koje bi se šteta mogla nadoknaditi, a na način da je sud mogao obavezati i štetnika da nadoknadi štetu oštećenom ako je to smatrao pravičnim rješenjem nakon ocjene imovinskog stanja štetnika i oštećenika, te stepena rasuđivanja štetnika.⁴³

1.4. Odgovornost po osnovu pravičnosti

Odgovor na pitanje zašto je pravičnost jedan od osnova obvezivanja na naknadu štete leži u tome da bi bilo nepravedno da štetu snosi oštećeni.⁴⁴ Vladajuće shvatanje pravde podrazumijeva i moralni element koji je jedan od najvažnijih činilaca prilikom određivanju društvene svijesti, a u kojem pronalazimo i pravičnost kao element obavezivanja na naknadu štete.⁴⁵ Neki autori smatraju da je pravednost samo jedan od pravnih osnova odgovornosti za štetu ili dopunski osnov putem kojeg sudija može odlučiti po svojoj savjesti.⁴⁶ Bez obzira na vladajuće poimanje pravde i moralne norme da bi nešto postalo osnovom obavezivanja to mora biti sadržano i u zakonskim formulama.⁴⁷ Osnov obavezivanja u kontekstu pravičnosti podrazumijeva moralni i pravni element iz razloga što se u samoj zakonskoj regulativi naznačuju i materijalne pretpostavke nekog prosuđivanja, a što nadalje vodi i ka etičkom prosuđivanju konkretne pravne norme, kao i zaključku da je moralna komponenta bitan faktor obvezivanja na naknadu štete.⁴⁸ Pravičnost u području odštetnog prava je postavljena na razinu zakonske norme kao poseban (korektivni) osnov odgovornosti s ciljem poboljšanja položaja oštećenog prilikom naknade štete.⁴⁹ U određenim slučajevima neke osobe mogu biti oslobođene od odgovornosti za nadoknadu štetu primjenom općih pravila o odgovornosti, a istovremeno biti pozvane na odgovornost s primjenom onih pravila koje zagovara sistem korektivne odgovornosti zasnovan na konceptu pravičnosti.⁵⁰ Dakle, odgovornost po osnovu pravičnosti je zakonom predviđena mogućnost odstupanja od propisa, kako se ne bi desilo da ugrožavanje određenih društvenih vrijednosti izigra opći koncept pravde i pravičnosti.⁵¹ Odgovornost po osnovu pravičnosti nalazi primjenu onda kada se naknada štete ne može dobiti od osoba odgovornih za vođenje nadzora nad štetnikom koji je nesposoban za rasuđivanje,

43 Misita, N. (1984) o. c., s. 110.

44 Misita, N., Prilog pojmovnog određenju elemenata obvezivanja na naknadu štete, Godišnjak pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo 1980, 212.

45 Ibid.

46 Klarić, P., Odštetno pravo, 4 izd., Narodne novine, Zagreb, 2003, s. 39.

47 Klarić, P., o. c., s. 213.

48 Misita, N. (1980) o. c., s. 214.

49 Morait, B., o. c., s. 409.

50 Ibid.

51 Gorenc, V., Belanić, L., Momčinović, H., Pešutić, A., Slakoper, Z., Vukelić, M., Vukmir, B., Komentar zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2014, s. 1742.

kao i u onim slučajevima kad se naknada štete ne može dobiti od maloljetnog štetnika koji je odgovoran za prouzrokovanu štetu.⁵² Tim povodom neki autori zastupaju mišljenje kako postoji podjela odgovornosti po osnovu pravičnosti u užem smislu koji podrazumijeva neuračunljiva lica i maloljetnike sposobne za rasuđivanje čija je odgovornost supsidijarna,⁵³ te širem smislu koji podrazumijeva komutativnu pravičnost usredotočenu na pravno dopuštena sredstva u okviru kojih oštećeni nema pravo na odbranu.⁵⁴ U Zakonu o obveznim odnosima Republike Hrvatske (skraćeno: ZOO RH)⁵⁵ ovaj institut se danas naziva zahtjev pravičnosti što pokazuje da je hrvatski zakonodavac želi potisnuti uvriježeno poimanje pravičnosti kao osnova odgovornosti, tj. da pravičnosti bude jedini osnov nečije odgovornosti.⁵⁶ U odštetnom pravu BiH odgovornost po osnovu pravičnosti je prvobitno bila regulisana u članu 169 st. 1. i 2. Zakonu o obligacionim odnosima bivše SFRJ,⁵⁷ a što se bitnije nije promijenilo ni danas, jer je ovaj propis gotovo neizmijenjene sadržine preuzet u pravni poredak entiteta BiH (skraćeno: ZOO FBiH/RS).⁵⁸ U odredbi člana 169. ZOO FBiH/RS je sadržana sljedeća formulacija: „U slučaju štete koju je prouzrokovalo lice koje za nju nije odgovorno, a naknada se ne može dobiti od lica koje je bilo dužno da vodi nadzor nad njim, sud može kad to pravičnost zahtijeva, a naročito s obzirom na materijalno stanje štetnika i oštećenika, osuditi štetnika da naknadi štetu potpuno ili djelimično. Ako je štetu prouzrokovao maloljetnik sposoban za rasuđivanje koji nije u stanju da je naknadi, sud može, kad to pravičnost zahtijeva, a naročito s obzirom na materijalno stanje roditelja i oštećenika, obavezati roditelje da naknade štetu, potpuno ili djelimično, iako za nju nisu krivi.“ Iz sadržaja citirane odredbe primjetno je da se koncept odgovornosti po osnovu pravičnosti svodi na ispunjenje određenih uslova:

- odgovorno lice ne može da nadoknadi štetu jer se oslobodilo odgovornosti, ili nema imovine da nadoknadi štetu,
- materijalno stanje neodgovornog lica je takvo da se iz njegove imovine može nadoknaditi šteta,
- materijalno stanje oštećenog je takvo da bi se izostankom naknade pričinjene štetnim događajem doveo u lošu materijalnu situaciju,
- sud može da odredi naknadu štete u punom iznosu ili djelimično zavisno od materijalne situacije štetnika i oštećenika, te sud treba da utvrdi da je pravično da neodgovorno lice nadoknadi štetu.⁵⁹

52 Ibid .

53 Radišić , J., o. c., s. 199.

54 Npr. slučajevi naknade štete usljed eksproprijacije, krajnje nužde, itd.

55 NN, 35/05, 41/08, 125/11, 78/15.

56 Puhača, M. B., Zahtjev pravičnosti kao temelj obveze naknade štete, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 31., br. 2/2010., 797.

57 Sl. I. SFRJ br. 29/78, 39/85, 46/85, 45/89, 57/89.

58 “Sl. I. RBiH“, br. 2/29, 13/93, 13/94 i „Sl. nov. FBiH“ br. 29/03. Ista odredba je bila predložena i u čl. 217. Nacrta Zakona FBiH/RS iz 2003. g., iako predložak ove reforme obligacionih odnosa u BiH nije naišao na podršku iz pravno-političkih razloga.

59 Morait, B., o. c., s. 410.

U suštini, odgovornost po osnovu pravičnosti spada u posebnu vrstu odgovornosti, jer ona ne predstavlja generalni osnov obavezivanja na naknadu štete, nego poseban sistem odgovornosti koji nije zasnovan na krivici niti na objektivnoj odgovornosti. Što se tiče razrade osnova odgovornosti zakonodavac je u članu 154. ZOO FBiH/RS za te svrhe postavio krivicu i rizik, a u zasebnom članu 169. ZOO FBiH/RS je regulisao odgovornost po osnovu pravičnosti (odjeljak odgovornosti za drugoga).⁶⁰ S tim u vezi, zakonodavac je jasno postavio osnovne oblike odgovornosti u članu 154. ZOO FBiH/RS (krivica - subjektivna odgovornost i rizik -objektivna odgovornost), kao i jedan poseban vid odgovornosti prema članu 169. ZOO FBiH/RS koji ima korektivnu ulogu naspram vladajućeg koncepta pretpostavljene krivice.⁶¹ Odgovornost po osnovu pravičnosti se nalazi u odjeljku odgovornosti za drugoga gdje se razrađuju sljedeće vrste odgovornosti: 1) odgovornost roditelja za svoju djecu koja su duševno bolesne osobe i osobe zaostale u umnom razvoju; 2) odgovornost drugih osoba za duševno bolesne osobe i osobe zaostale u umnom razvoju; 3) odgovornost roditelja za maloljetnu djecu do navršene 7 godine; 4) odgovornost drugih osoba za maloljetnike do 7 godina; 5) odgovornost roditelja za maloljetnike koji su navršili sedam godina; 6) odgovornost drugih osoba za maloljetnike koji su navršili sedam godina; 7) solidarna odgovornost, 8) posebna odgovornost roditelja.⁶² Odgovornost po osnovu pravičnosti ima širu primjenu od samog zakonskog teksta gdje se uobičajeno koristi u okviru odgovornost za drugoga.⁶³ Naime, sudska praksa je utvrdila da se pravičnost može koristiti i u slučaju kada nema osobe koja je dužna voditi nadzor nad maloljetnikom, odnosno kada ne postoji odgovorna osoba. Takvu mogućnost je posebno predvidio i Vrhovni sud RH u jednoj svojoj odluci.⁶⁴

Također, u još nekim slučajevima sudska praksa je utvrdila da štetnik, iako je neodgovaran, može po principu pravičnosti biti obavezan na naknadu štete.⁶⁵

60 Mahir, L., O porijeklu i razvoju instituta objektivne odgovornosti za štetu od dejstva stvari u odštetnom pravu u BiH, Anali Pravnog fakulteta u Zenici, god. 6. br.12, 2013, s. 289.

61 Ibid.

62 V. čl. 164-169. ZOO FBiH.

63 Puhača, M. B., o. c., s. 800.

64 "U jednom slučaju radilo se krivičnom djelu ubistva koje je počinjeno u stanju neuračunljivosti gdje samim time osoba nije bila odgovorna za to djelo. Sud je utvrdio da se radi o osobi koja je počinila štetni događaj u vremenu kada je bila nesposobna za rasuđivanje i utvrdio da je kronični alkoholizam s psihoorganskim sindromom i alkoholičskom spihozom ljubomore dugotrajni procesi koji imaju karakter trajne dušvne bolesti, dok je aktualna intoksikacija alkoholom bila prolazne naravi. Štetnik je u međuvremenu umro, te su tuženi njegovi nasljednici. S obzirom da prvostepeni i drugostepeni sudovi nisu utvrdili primjenu odgovornosti po osnovu pravičnosti prema zakonskom tekstu, Vrhovni sud RH je vratio na ponovno suđenje prvostepenom sudu (v. Rev 740/1993-2 od 25.01.1995.). U slučaju kada je štetnik umro, a bio je odgovoran, tada nasljednici odgovaraju do visne svog nasljednog dijela. Međutim, postavlja se pitanje da li je pravično da nasljednici nadoknade štetu i u slučaju kada je štetnik bio neodgovorna osoba u smislu deliktne odgovornosti (v. Puhača, M. B., o. c., Fn. 54, s. 800).

65 „Tuženik u stanju sumanutosti nesposoban shvatiti značnje svog djela u vrtu kuće automatskom pušom počeo pucati u njenom smjeru i smjeru njezinog supruga koji se nalazio s njom, pri čmu je suprug tužteljice nakon 10 dana umro, a tužteljica je pretrpjela teške tjelesne povrede. Nižestupanjski

Međutim, domaća sudska praksa još uvijek nije utvrdila i da li se pravičnost može primjeniti u slučajevima kad je oštećeni spriječen da nadoknadi štetu od neodgovornog štetnika, kao što su slučajevi nužne odbrana, krajnje nužde, dopuštene samopomoći, pristanka oštećenog, itd.⁶⁶ U tim slučajevima štetnik je neodgovoran, jer u njegovoj radnji nema protupravnosti niti postojanja subjektivnog elementa - krivice⁶⁷. Dakle, osoba može biti deliktno sposobna, a da nije odgovorna za nastalu štetu zbog postojanja jednog od navedenih osnova isključenja odgovornosti.⁶⁸ Formulacija zakonske odredbe da se naknada štete ne može dobiti od osobe koja je bila dužna voditi nadzor nad deliktno nesposobnom osobom otvara pitanje šta će se desiti sa osobom nad kojom su organi propustili odrediti nadzor, tj. kad nadzora nad uopće nije vršen.⁶⁹ U mnogim evropskim zemljama statuirana je odgovornost po osnovu pravičnosti. Odgovornost po osnovu pravičnosti postoji u Austriji,⁷⁰ Njemačkoj,⁷¹ Italiji,⁷² Portugalu,⁷³ Belgiji⁷⁴ i Švedskoj,⁷⁵ iako nisu zanemarive i određene razlike u dizajnu ovog oblika odgovornosti za naknadu štete u navedenim pravnim uređenjima.⁷⁶ U austrijskom pravu odgovornost po osnovu pravičnosti može se primjeniti ako je štetu prouzrokovala osoba do 14 godina, kao i kad je štetu prouzrokovala neuračunjiva osoba.⁷⁷ Pri tome, sud mora uzeti u obzir i materijalne mogućnosti štetnika i oštećenika prilikom izračunavanja visine

sudovi tužnika su obvezali na naknadu imovinske i neimovinske štete, imajući posebno na umu materijalno stanje štetnika kao suvlasnika nekretnina i materijalno stanje oštećene“ (v. Rev 327/06-2 od 16.05.2006., dostupno na: <http://sudskapraksa.vsrh.hr.>). “Tuženik je u stanju neubrojivosti sjekirom napao svoju snahu dok je spavala i zadao joj niz teških, po život opasnih ozljeda. Tužbeni zahtjev tužiteljice (djelomično) je usvojen primjenom čl. 169. st. 1. bivšeg ZOO, pri čemu je posebno uzeta u obzir činjenica da je štetnik vlasnik, odnosno suvlasnik velikoga broja nekretnina, dok je tužiteljica bez prihoda, prima pomoć za uzdržavanje, a utvrđeno joj je tjelesno oštećenje od 90% (Presuda dostupna na: <http://Sudskapraksa.vsrh.hr.> (v. Rev-599/07-2 od 06.06.2007., dostupno na: <http://sudskapraksa.vsrh.hr.>).

66 Puhača, M. B., o. c., s. 801.

67 Antić, O., o., c., s. 475.

68 Puhača, M. B., o. c., s. 802.

69 Puhača, M. B., o. c., s. 803.

70 V. § 1310. Austrijski građanski zakonik ABGB- (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) iz 1811., na snazi od 1.1.1812.

71 V. § 829. Njemački građanski zakonik (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) od 18.8.1896., stupio na snagu 1.1.1900. BGB je podijeljen u pet knjiga: Opći dio, Obligaciono, Stvarno, Porodično i Nasljedno pravo.

72 V. čl. 2047 Italijanski građanski zakonik (Codice Civile, c.c.)

73 V. čl. 499. Portugalski Građanski zakonik.

74 V. čl. 1386. Belgijski Građanski zakonik (Code Civil).

75 V. čl. 2. st. 4. i 5. Švedski Zakon o štetama (Skadeståndslagen).

76 Casals, M. M. (ur.), Children in Tort Law- Part I: Children as Tortfeasors, Tort and Insurance Law, vol. 17., Springer Wien NewYork, 2006, s. 430.

77 Hirsch, S., Children as tortfeasors under Austrian law, in: Casals, M. M. (ur.), Children in Tort Law- Part I: Children as Tortfeasors, Tort and Insurance Law, vol. 17., Springer Wien NewYork, 2006, s. 7.

štete.⁷⁸ Faktori koji se uzimaju u obzir su najčešće materijalno stanje štetnika i oštećenog, kao i postojanje osiguranja od odgovornosti na strani štetnika (Austrija, Njemačka, Portugal, Švedska), te postojanje osiguranja od štetnog događaja na strani oštećenog (Austrija, Njemačka, Portugal, Švedska), kao i krivice na strani maloljetnika (Belgija, Njemačka, Portugal, Švedska).⁷⁹

2. Odgovornost roditelja za maloljetnike do 7 godine

Na prostoru bivše Jugoslavije do stupanja na snagu ZOO SFRJ 1980.g. u pogledu pitanja odgovornosti roditelja za štetu prouzrokovanu od strane maloljetnika do navršene 7 godine života primjenjivala su pravna pravila sadržana u članu 1308-1310. Općeg austrijskog građanskog zakonika iz 1811.g. (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB), članu 807. Srpskog građanskog zakonika iz 1844.g. (skraćeno: SGZ) i članu 575 OIZ.⁸⁰ Prema nenoveliranom ABGB dijete do navršene 7 godine nije odgovaralo za štetu, a prema noveliranom ABGB (1914., 1915. i 1916.g.) nisu odgovarala ni djeca do navršene 14 godine.⁸¹ Ipak, oštećeni je mogao da nadoknadi štetu od onih koji su zanemarili staranje nad djecom (roditelja i staratelja). Međutim, u slučaju da oštećeni nije mogao nadoknaditi štetu od roditelja ili staraoca, tada je sudija mogao s obzirom na imovinu štetnika i oštećenika dosuditi da štetnik nadoknadi cijeli ili pravični dio štete.⁸² Slične odredbe iz nenoveliranog ABGB je sadržavao i SGZ, te OIZ, koji je u članu 575. određivao da „za štetu koju učine čeljad nezrela odgovaraju oni koji su dužni da ih paze, a ukoliko se ne može naknada dobiti od njih tada sud može osuditi i štetnika prema stanju njegovog rasuđivanja i prema imovnom stanju štetnika i oštećenika“.⁸³ S druge strane, član 1310. ABGB je dopuštao da sudija odluči da štetnik nadoknadi štetu uzevši u obzir mogućnost da je oštećenik htio poštediti štetnika zanemariivši odbranu, ili uzevši u obzir materijalne mogućnosti oštećenika i štetnika.⁸⁴ Također, paragraf 807. SGZ je koristio sličnu formulaciju: „čovjek koji učini štetu, a nije bio pri svijesti neće odgovarati“, a što je obuhvatalo i maloljetnike do navršene 7 godine života.⁸⁵ Pri tome, roditelji nisu bili navođeni konkretno da su odgovorni za postupke maloljetnika, nego se koristila opća

78 Casals, M. M., o .c., s. 431.

79 Casals, M. M., o .c., s. 433.

80 Bikić, A., o. c., fn. 373, s. 223.

81 Perović, S., Stojanović, D., Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knjiga prva, Kulturni centar Gornji Milanovac, Pravni fakultet Kragujevac, 1980, s. 512.

82 Ibid.

83 Radoman, D., Odgovornost roditelja za štetu koju njihovo dete prouzrokuje drugom licu, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, Časopis za pravnu teoriju i praksu, vol. 56, br.1/1984, s. 16.

84 Vizner, B., s. 715.

85 Radoman, D., o. c., s. 16.

formulacija „oni koji su dužni da ih čuvaju“.⁸⁶ U nedostatku jedinstvenih propisa o odgovornosti maloljetnika za štetu sudska praksa u bivšoj Jugoslaviji je bila različita, te je stoga Građansko odjeljenje Vrhovnog suda Jugoslavije utvrdilo pravne stavove o odgovornosti maloljetnika i roditelja za prouzrokovanu štetu od strane maloljetnika.⁸⁷ Tako je Vrhovni sud bivše Jugoslavije utvrdio da za štetu koju prouzrokuju maloljetnici do 14 godina odgovaraju roditelji bez obzira na krivicu.⁸⁸ Međutim, ako je maloljetnik bio sposoban za rasuđivanje, tada je on odgovorao za prouzrokovanu štetu.⁸⁹ Također, u pomenutim sudskim stavovima je bilo zauzeto mišljenje i da oštećenik u slučaju da ne dobije naknadu od lica koje je odgovorno za štetu, da tada sud može obavezati i štetnika na nadoknadu štetu uzimajući u obzir imovno stanje štetnika i oštećenika.⁹⁰ Poslije donošenja ovih pravnih stavova sudska praksa je i dalje ostalo neujednačena.⁹¹ Stoga je Vrhovni sud Jugoslavije iznova zauzeo drugačiji stav da roditelji odgovaraju za djecu do navršene 7 godine bez obzira na krivicu.⁹² Prvobitni Nacrt zakona bivše Jugoslavije o naknadi štete je uostalom predviđao i moguće oslobođenje od odgovornosti osoba koje su bile dužne da vrše nadzor nad maloljetnicima ako su pri tome primjenili svu dužnu pažnju.⁹³ Također, i Skica za zakon o obligacijama profesora Mihaila Konstantinovića je raspravljala o pitanju odgovornosti za štetu predviđajući da za maloljetnika nesposobnog za rasuđivanje odgovaraju njegovi roditelji, s daljnjom mogućnošću dosuđivanja i naknade štete s pozivom na pravičnost.⁹⁴ Ovaj stav profesora Mihaila Konstantinovića je kasnije preuzet i u ZOO SFRJ 1980.g. na način da se roditelji oslobađaju od odgovornosti za naknadu štetu koju prouzrokuju njihova djeca do 7 godine ako postoje razlozi za isključenje njihove odgovornosti prema pravilima o objektivnoj odgovornosti.⁹⁵

2.1. Pravna priroda odgovornosti po osnovu pravičnosti

Maloljetnici do navršene 7 godine života ne odgovaraju za štetu koju prouzrokuju, nego za nju odgovaraju njihovi roditelji.⁹⁶ Ova odgovornost postoji iz razloga što dijete do navršene 7 godine nema sposobnost za rasuđivanje pa samim

86 Ibid.

87 Perović, S., Stojanović, D., o. c., s. 512.

88 Radoman, D., o. c., s. 17.

89 Perović, S., Stojanović, D., o. c., s. 512.

90 Radoman, D., o. c., s. 17.

91 Perović, S., Stojanović, D., o. c., s. 513.

92 Bikić, A., o. c., s. 223.

93 Popović, M., Starateljstvo nad maloletnicima, doktorska disertacija, Beograd, 1965, s. 293.

94 Radoman, D., o. c., s. 18.

95 Perović, S., Stojanović, D., o. c., s. 513.

96 Gorenc, V., Belanić, L., Momčinović, H., Pešutić, A., Slakoper, Z., Vukelić, M., Vukmir, B., o. c., s. 1736; usp.: čl. 165. st.1. ZOO FBiH/RH i čl. 1056. st. 1. ZOO RH.

time nema ni deliktну sposobnost da bi moglo odgovarati za počinjenu štetu.⁹⁷ Odgovornost staraoca je deliktна, tj. vanugovorna.⁹⁸ Ovo stajalište je zasnovano na tome da se deliktна sposobnost stiče nakon određene životne dobi.⁹⁹ Međutim, neki autori smatraju suprotno da se deliktна sposobnost treba ocjenjivati prema stvarnoj uračunljivosti,¹⁰⁰ jer regulacija odgovornosti po godinama života ne znači vjerodostojno utvrđenje stvarnog stanja uračunljivosti,¹⁰¹ a što po njima predstavlja i argumentaciju za iznošenje prijedloga kako bi sudija u svakoj konkretnoj situaciji trebao provjeriti da li je maloljetnik imao sposobnost da shvati značaj i posljedice svojih radnji.¹⁰² U Engleskom pravu ne postoji dobna granica koja bi određivala potpunu deliktну nesposobnost maloljetnika, nego sud ocjenjuje ponašanje maloljetnika tokom štetnog događaja uzimajući u obzir maloljetnikove individualne kapacitete i okolnosti u kojim se on nalazio.¹⁰³ U Engleskom odštetnom pravu ne postoji dobna granica za odgovornost kao što to postoji u krivičnom pravu, pa tako pri odlučivanju o odgovornosti maloljetnika treba uzeti u obzir prosječno ponašanje maloljetnika koji je u istoj dobi kao i štetnik.¹⁰⁴ Da bi nastala odgovornost roditelja za djecu potrebno je postojanje samo pravnorelevantnog odnosa po osnovu činjenice međusobnog odnosa roditelj-dijete.¹⁰⁵ Da bi roditelji odgovorali za štetu potrebno je da djeca žive s roditeljima.¹⁰⁶ Dakle, odgovornost roditelja se zasniva na povredi zakonske obaveze nadzora na djecom.¹⁰⁷ Roditelji odgovaraju za djecu do navršene 7 godine po principu objektivne odgovornosti bez obzira na krivicu, što znači da se roditelji ne mogu pozivati na brižljiv nadzor nad djetetom kao mogućnost ekskulpiranja od odgovornosti.¹⁰⁸ Na ovom mjestu potrebno je ipak naglasiti kako je odgovornost roditelja izjednačena sa vlastitom odgovornošću iz razloga što se primjenjuju načela objektivne odgovornosti, tj. odgovornost se zasniva na zanemarivanju odgoja i nadzora nad djecom.¹⁰⁹ U jednom slučaju zabilježeno je kako je maloljetnik s prozora stana u kome živi sa

97 Trnavci, G., *Obligaciono pravo*, knjiga druga, Pravni fakultet Bihać, 2004, s. 77.

98 Popović, M., o. c., s. 290.

99 Blagojević, B., Krulj, V., *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, 1 izd., Savremena administracija, 1980, s. 459.

100 Ibid.

101 Vuković, M., *Odgovornost za štetu u građanskom pravu*, Školska knjiga, Zagreb, 1951, s. 10.

102 Perović, S., o. c., s. 183.

103 Cees, D., *European Tort Law*, Second edition, Oxford University Press, 2013, s. 381.

104 Owen, R., *Essential Tort Law*, III edition, Cavendish Publishing Limited, Great Britain 2000, s. 37.

105 Vizner, B., o. c., s. 704; Gorenc, V., Belanić, L., Momčinović, H., Pešutić, A., Slakoper, Z., Vukelić, M., Vukmir, B., o. c., s. 1736.

106 Klarić, P., Vedriš, M., *Građansko pravo*, 14. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2014, s. 623.

107 Vuković, M., 16.

108 Vizner, B., o. c., s. 704.

109 Sessa, Đ., *Odgovornost za drugog*, *Aktuelnosti Hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Organizator, 2009, s. 223.

roditeljima bacio eksplozivnu napravu koja je prouzrokovala teško oštećenje na strani oštećenog. S obzirom na okolnosti slučaja da je maloljetnik dva mjeseca prije nastanka štete kupio nekoliko pakovanja prskalica i dva pakovanja kapsula za pištolj, sud je utvrdio da su roditelji grubo zanemarili dužnost odgoja i nadzora, te ih obavezao na potpunu naknadu štete.¹¹⁰ U common law sistemu roditelji su ti koji su odgovorni u slučaju kad ne preduzmu sve što je u njihovom dosegu djelovanja da spriječe nanošenje štete drugome.¹¹¹ Međutim, od roditelja se ipak ne očekuje i da budu eksperti u odgajanju i nadzoru svoje djece, s obzirom da uvriženo stajalište prema kojem je potreban manji nadzor nad starijom u odnosu na mlađom djecom.¹¹² U pogledu odgovornosti roditelja za djecu do 7 godina neki autori smatraju da je zakonodavac trebao prihvatiti apsolutnu neoborivu pretpostavku o krivici roditelja.¹¹³ Iako ne postoje velike razlike u pogledu dokazivanja krivnje između ova dva instiuta ipak u sadašnjem zakonskom rješenju dijete do navršene 7 godine se može posmatrati i kao opasna stvar.¹¹⁴ Međutim, teško je prihvatiti danas ovakvo stajalište po kojem bi se djeca trebala smatrati opasnim stvarima s obzirom da su oni uvijek subjekti, a ne i objekti prava. Ako to zanemarimo ovakvo zakonsko rješenje o strožijoj odgovornosti roditelja bi se nadalje moglo obrazložiti na način da to nije slučaj odgovornosti za drugoga, nego slučaj vlastite odgovornosti roditelja zbog zanemarivanja dužnog odgoja i brige za djecu koja su u toj dobi izjednačena sa neuračunljivim licima.¹¹⁵ S druge strane, neki autori zastupaju suprotno mišljenje kako je ova odgovornost roditelja sui generis, jer je nije moguće podvesti pod uobičajeni pojam odgovornosti bez krivice.¹¹⁶ U ranijoj sudskoj praksi postojala je mogućnost da roditelji ne odgovaraju za postupke djece kada se takvo ponašanje okarakterise slučajem (casus).¹¹⁷ Odgovornost roditelja za štetu koju prouzrokuje njihovo dijete je zajednička,¹¹⁸ jer oni roditeljsko staranje vrše zajednički u takvom pravnom odnosu gdje jedan roditelj ne može biti oslobođen od odgovornosti, s obzirom da krivici jednog roditelja pretpostavlja postojanje i krivice drugog roditelja.¹¹⁹ Međutim, procesni položaj roditelja u parničnom postupku povodom nakande štete može biti i odvojen, jer se oni smatraju običnim suparničarima, što je uostalom utvrđeno i u jednoj starijoj

110 V. odluka Vrhovni sud RH, Rev 1731/92 od 3.12.1992.g., navedeno prema: Borić, Ž., *Odgovornost za drugog*, Pravo i porezi 9/10, 2010, s. 47.

111 Giliker, P., *Vicarious liability in tort: A comparative perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 200.

112 Giliker, P., o. c., s. 206.

113 Vizner, B., o. c., s. 705.

114 Ibid.

115 Vizner, B., o. c., s. 706.

116 Borić, Ž., o. c., s. 50.

117 Vidi presuda Vrhovni sud BiH, Gž 2118/74, 13. 2. 1975, Zso 1976, 501, navedeno prema: Blagojević, B., Krulj, V., o. c., s. 600.

118 Perović, S., Stojanović, D., o. c., s. 514.

119 Popović, M., o. c., s. 291.

odluci Vrhovnog suda SR BiH.¹²⁰ Ako dijete ima samo jednog roditelja, tada on u cijelosti snosi teret odgovornosti u smislu nadoknade prouzrokovane štete.¹²¹ Međutim, ako je dijete u vrijeme prouzrokovanja štete bilo pod nadzorom samo majke, tada otac ne snosi odgovornost za naknadu štetu osim ako su štetni postupci uzrokovani zanemarivanjem njihove zajedničke dužnosti nadzora i staranja nad djetetom.¹²² U slučaju kad postoji jedan roditelj koji vrši roditeljsko pravo, a drugi roditelj iz različitih razloga ne vrši staranje o djetetu (npr. roditelj je nesposoban za rasuđivanje ili mu je oduzeto staranje), tada cjelokupna odgovornost pada na roditelja koji vrši roditeljska prava nad djetetom.¹²³ Pored ovoga, ako roditelji žive odvojeno odgovornost leži na onom roditelju kod koga se dijete nalazi u vrijeme prouzrokovanja štete.¹²⁴ U francuskom pravu dva su uslova postavljena da bi roditelji bili odgovorni za postupke maloljetnika: 1) da roditeljima nije oduzeto roditeljsko staranje; i 2) da maloljetnici žive sa roditeljima. Što se tiče ovog drugog uslova ranija francuska sudska praksa je zauzela početno stajalište da roditelji nisu odgovorni ukoliko je maloljetnik tokom praznika bio sa svojim djedom i nenom.¹²⁵ Međutim, Kasacioni sud je vrlo brzo promijenio to stajalište i uzeo odlučujućim u smislu odgovornosti roditelja da li dijete živi većinu vremena sa roditeljima, tj. utvrdio je njihovu odgovornost i kad je maloljetnik povjeren drugoj osobi na kraće vrijeme.¹²⁶ U francuskom pravu roditelji su također odgovorni i ako dijete živi samo sa majkom, jer se smatra da majka ima roditeljsko pravo koje ostvaruje prenošenjem očevog roditeljskog prava na majku.¹²⁷ Međutim, otac ne ne odgovora za naknadu štete maloljetnika i onda kada je roditeljsko pravo

120 „Ako su tužbom za naknadu štete koju je počinilo dijete obuhvaćena oba roditelja kao solidarni dužnici, pa jedan od njih tokom parnice umre, parnični postupak se neće prekidati prema preostalom roditelju. Ne radi, se naime, o jedinstvenim već običnim suparničarima, čiji je procesni položaj samostalan, tako da u odnosu na živog roditelja postupak može nastaviti i donijeti odvojena presuda“ (v. Vrhovni sud BiH, br. GŽ-780/73 od 5.7.1973, navedeno prema: Hadžimusić, M., Tajić, H., Simović, V. M., *Praktikum za primjenu iz zakona o obligacionim odnosima i ugovora robnog prometa-primjeri ugovora, tužbi i sudska praksa*, Privredna štampa, Sarajevo, 2010, s. 101.). Kod običnog suparničarstva svaki suparničar je samostalna stranka u postupku, te nastaje onoliko samostalnih procesnih odnosa koliko ima stranaka u ulozi tužioca ili tuženog. Svaki od suparničara slobodno odlučuje o predmetu spora i radnje jednog od suparničara ne proizvode posljedice prema drugom. Nastanak i prestanak procesnih radnji je različit za razliku od jedinstvenog suparničarstva gdje se pravni odnos može riješiti samo na jedinstven način prema svim suparničarima (v. Čalija, B., Omanović, S., *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2000, s. 165-166).

121 Perović, S., Stojanović, D., o. c., s. 514.

122 Vidi presuda Vrhovni sud Jugoslavije, Rev, 76/68, 29. 7. 1968. Zso 1968, s. 389, navedeno prema: Blagojević, B., Krulj, V., o. c., s. 601.

123 Perović, S., Stojanović, D., o. c., s. 514.

124 Radišić, J.: o. c., s. 252.

125 Spier, J. (ur.), *Unification of tort law: Liability for damage caused by others*, Kluwer Law International, The Hague/ London/ New York, 2003, s. 88.

126 Spier, J., o. c., s. 89.

127 Bikić, A., *Naknada štete*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2010, s. 198.

sudskom odlukom (npr. razvod braka) prenešeno na majku.¹²⁸ Osim toga, roditelji odgovaraju i kada šteta nastane usljed lošeg vaspitanja ili primjera datih djetetu, jer se to pripisuje njihovoj krivici.¹²⁹ Poseban vid odgovornosti maloljetnika postoji i u slučaju kad učenik nanese štetu školi, jer je ta šteta ista kao i ona šteta nanesena trećim licima, mada je ovdje potrebno naznačiti da se ovaj vid naknade štete može socijalizovati putem uspostave određenih državnih ili školskih fondova koji će biti striktno namijenjeni za popravljjanje štete.¹³⁰ U konačnici, roditelji odgovaraju za maloljetnike i to predstavlja poseban oblik odgovornost za drugoga, jer se istim sprječava nastanak stanja da oštećeni bude uskraćen od nadoknade pripadajućeg iznosa štete s nastupom štetnog događaja, za koji je utvrđeno da niko nije kriv (ista konstrukcija se ne može primjeniti i u krivičnom pravu, jer bi time svrha krivičnog postupka koji ide ka ličnosti učinitelja krivičnog djela izgubila svaki smisao).¹³¹

2.2. Prebacivanje odgovornosti sa roditelja na maloljetnika po principu pravičnosti

U slučaju kad je roditelj prema općim pravilima o odgovornosti dužan da nadoknadi štetu, a oštećenik se ne može namiriti od roditelja tada je sud u mogućnosti po osnovu pravičnosti da obaveže štetnika da nadoknadi štetu oštećenom potpuno ili djelimično.¹³² Sud može kada to okolnosti slučaja opravdavaju da donese presudu koja je suprotna pravnoj normi, ali ne i bez zakonske ovlasti, tj, samo kada zakon to dopušta.¹³³ Ovakav vid odgovornosti postoji i u nekim drugim evropskim pravnim uređenjima državama kontinentalnoevropskog sistema¹³⁴ Da bi došlo do primjene pravičnosti potrebno je da se ispuni nekoliko uslova: 1) da je štetu prouzrokovalo neodgovorno lice; 2) da se naknada štete ne može dobiti od lica koje je odgovorno za štetu; i 3) da lice koje je prouzrokovalo štetu ima materijalnu mogućnost da nadoknadi štetu.¹³⁵ Dakle, u ovom slučaju, s jedne strane, imamo faktičkog štetnika nesposobnog za rasuđivanje i neodgovornog za prouzrokovanu štetu koji je u boljem materijalnom položaju od oštećenika,¹³⁶ a s druge strane, osobu koja je bila dužna vršiti nadzor nad faktičnim štetnikom, tzv. presumptivni štetnik.¹³⁷ U odnosu na opisano stanje, sud bi trebao obavezati faktičkog štetnika da nadoknadi

128 Bikić, A. (2010) o. c., s. 198.

129 Mikić, M., o. c., s. 1047.

130 Mikić, M., o. c., s. 1049.

131 Ćirić, J., Objektivna odgovornost u krivičnom pravu, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2008, s. 37.

132 Perović, S., Stojanović, D., o. c., s. 518.

133 Sessa, Đ., o. c., s. 228.

134 V. § 1310. ABGB, čl. 2047. CC, § 829 BGB; V. Gorenc, V., Belanić, L., Momčinović, H., Pešutić, A., Slakoper, Z., Vukelić, M., Vukmir, B., o. c., s. 1742.

135 Perović, S., Stojanović, D., o. c., s. 518.

136 Vizner, B., o. c., s. 714.

137 Ibid.

štetu po osnovu pravičnosti nakon što prethodno utvrdi da se šteta ne može namiriti od odgovornog lica.¹³⁸ S obzirom na činjenicu da se naknada ne može dobiti od odgovorne osobe, i uzimajući u obzir materijalno stanje štetnika i oštećenika, sud po načelu pravičnosti može odlučiti i da štetu u potpunosti ili djelimično nadoknadi faktički štetnik.¹³⁹ U svakom konkretnom slučaju sud odlučuje da li će biti primjenjena odgovornost po osnovu pravičnosti.¹⁴⁰ Prilikom ispitivanja okolnosti sud će naročito uzeti u obzir materijalno stanje oštećenika, ukoliko oštećenik može bez ozbiljnih materijalnih teškoća da podnese teret nadoknade štete.¹⁴¹ Pored toga, neodgovorni štetnik da bi nadoknadio štetu potrebno je da to može učiniti i bez nekih većih materijalnih teškoća.¹⁴² U pogledu određivanju visine naknade štete po osnovu pravičnosti sud može dosuditi potpunu naknadu u obimu i visini pretrpljene štete ili odrediti djelimičnu naknadu uvažavajući materijalno stanje štetnika i oštećenog.¹⁴³ Materijalna odgovornost štetnika se ocjenjuje u svakom konkretnom slučaju, pa je tako moguće da dođe do primjene pravičnosti u slučaju kada štetnik bude suvlasnik nekretnine, a oštećeni je slabog materijalnog stanja.¹⁴⁴ Ovako posmatrana odgovornost se tretira kao supsidijarna odgovornost neuračunljive osobe.¹⁴⁵ Neki autori smatraju da sud mora kada su prethodno ispunjeni svi uslovi previđeni zakonom dosuditi štetu po principu pravičnosti,¹⁴⁶ dok drugi smatraju da ta formulacija „sud može“ obuhvata tužbeni zahtjev kojim bi trebalo da bude obuhvaćeno i pored roditelja njihovo dijete koje je nesposobno za rasuđivanje.¹⁴⁷ Dakle, suđenje po osnovu pravičnosti primjenjuje

138 Loza, B., o. c., s. 209.

139 Vizner, B., o. c., s. 714.

140 “Primjena odredbe čl. 169. ZOO ima mjesta i u situaciji kada se naknada ne može dobiti od osobe koja bi bila dužna nadzirati štetnika koji je uzrokovao štetu za koju nije odgovoran, tako i u situaciji kad takva osoba ne postoji. To znači da bi oštećenik u takvoj situaciji mogao i od štetnika, koji zbog nesposobnosti rasuđivanja ne odgovara za štetu zahtijevati da mu naknadi štetu potpuno ili djelomično u slučaju kad to pravičnost zahtijeva, a osobito s obzirom na materijalno stanje štetnika i oštećenika. Ocijeni li prvostupanjski sud postojanje obveze štetnika da naknadi štetu tužitelju primjenom čl. 169. st. 1. ZOO-a, tada će, s obzirom na to da je štetnik umro, a da su tuženici njegovi nasljednici, utvrditi okolnosti iz čl 145. st. 1. i 3. Zakona o nasljeđivanju (“NN”, br. 52/71 i 47/78). Tek nakon što postupi prema navedenom, moći će prvostupanjski sud zakonito odlučiti postoji li ili ne postoje prava tužitelja na naknadu štete od tuženika kao nasljednika štetnika (v. VSRH, Rev-740/93-2 od 25.01.1995., dostupno na: <http://sudskapraks.vsrh.hr>).

141 Perović, S., Stojanović, D., o. c., s. 518.

142 Perović, S., Stojanović, D., o. c., s. 519.

143 Morait, B., o. c., s. 410.

144 U jednom slučaju „ocijenjeno je da dobro materijalno stanje štetnika (suvlasništvo nekretnina) i slabo materijalno stanje oštećenika opravdavaju primjenu odgovornosti za štetu po osnovi pravičnosti“ (v. VSRH, Rev-599/2007-2, od 06.05 2007, Izbor Odluka, br. 1/08, s. 54, navedeno prema: Gorenc, V., Belanić, L., Momčinović, H., Pešutić, A., Slakoper, Z., Vukelić, M., Vukmir, B., o. c., s. 1743.).

145 Vizner, B., o. c., s. 715.

146 Gorenc, V., Komentar zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2005. s. 1640; Crnić, I., Naknada štete: odgovornost za štetu i popravljjanje štete, Organizator, Zagreb, 1995, s. 58.

147 Sessa, Đ., o. c., s. 229.

se supsidijarno, tj. nakon što se šteta ne može nadoknaditi iz primarnih izvora.¹⁴⁸ U paragrafu 829. BGB se također navodi da osoba može tražiti naknadu štete od deliktne maloljetnika ukoliko odgovorna osoba ne može nadoknaditi štetu i ukoliko razlozi pravičnosti to nalažu.¹⁴⁹ Ova odredba BGB se inače dosta često koristi, jer postoji veća mogućnost dobivanja naknada od maloljetnika s obzirom da je maloljetnikovo osiguranje za štetu danas vrlo raširena pojava u njemačkoj osiguravajućoj praksi.¹⁵⁰ S druge strane, u italijanskom pravu prilikom naknade štete maloljetnik je dužan nakon što se ispune svi uslovi za njegovu odgovornost po osnovu pravičnosti nadoknaditi pravičan dio štete koji je manji od potpunog iznosa.¹⁵¹ I najzad, u austrijskom pravu odgovornost maloljetnika do 14 godina može biti uspostavljena tek ako su osobe koje su bile dužne voditi nadzor nad maloljetnikom postupale sa dužnom pažnjom (nisu povrijedile obavezu nadzora) i ako je utvrđeno da su odgovorni, a nisu u stanju nadoknaditi štetu.¹⁵² Dakle, maloljetnik u austrijskom pravu može biti obavezan da nadoknadi štetu ako odgovorna osoba nije u stanju da nadoknadi štetu, s tim što ga sud u tom slučaju može obavezati da isplati cjelokupnu naknadu ili samo pravičan dio naknade nakon utvrđenju da li je maloljetnik postupao skrivljeno.¹⁵³

2.3. Oslobođenje roditelja od odgovornosti za naknadu štete

Objektivna odgovornost podrazumijeva da određeno lice preuzima odgovornost na sebe bez obzira na krivicu.¹⁵⁴ Jedno od shvatanja osnova objektivne odgovornosti jeste stvoreni rizik roditelja za ponašanje djeteta do 7 godina.¹⁵⁵ Roditelji se mogu osloboditi od odgovornosti ukoliko postoji jedan od razloga za isključenje njihove odgovornosti prema pravilima o objektivnoj odgovornosti, tj. odgovornosti bez obzira na krivicu.¹⁵⁶ Odgovornost roditelja se može isključiti samo ako je šteta posljedica djelovanja više sile; ako je pričinjena krivicom trećih lica; i ako je šteta pričinjena djelovanjem samog oštećenog, što roditelji nisu mogli predvidjeti i čije posljedice nisu mogle izbjeći ili otkloniti.¹⁵⁷ U ovom posljednjem slučaju potrebno

148 Morait, B., o. c., s. 408.

149 Hellwege, P., Wittig, P., Delictual and criminal liability in Germany, in: M. Dyson (ur), Comparing tort and crime Learning from across and within Legal systems, Cambridge University Press, 2015, s. 158.

150 Ibid.

151 Comandè, G., Nocco, L., Children as tortfeasors under Italian law, in: Casals, M. M. (ur.), Children in Tort Law- Part I: Children as Tortfeasors, Tort and Insurance Law, vol. 17., Springer Wien NewYork, 2006, s. 271.

152 Hirsh, S., o. c., s. 7.

153 Hirsh, S., o. c., s. 15.

154 Radišić, J., o. c., s. 197.

155 Morait, B., o. c., s. 412.

156 Mikić, M., o. c., s. 1046; Gorenc, V., Belanić, L., Momčinović, H., Pešutić, A., Slakoper, Z., Vukelić, M., Vukmir, B., o. c., s. 1736; Perović, S., Stojanović, D., o. c., s. 513.

157 Popović, M., o. c., s. 292; Vizner, B., o. c., s. 704; Loza, B., o. c., s. 203; Trnavci, G., o. c., s. 80.

je dokazati da je šteta nastala isključivo radnjom trećeg lica ili oštećenika.¹⁵⁸ Također, roditelji ne odgovaraju i za štetu koju prouzrokuje dijete do 7 godina koje bilo povjereno drugoj osobi, a utvrdi se da je ona propustila nad njim voditi nadzor.¹⁵⁹ Ovaj stav je najprije zauzeo Vrhovni sud Jugoslavije, a zatim ga preuzeo i ZOO SFRJ iz 1980.g.¹⁶⁰ Šta se sve smatra povjeravanjem djeteta drugoj osobi u određenim slučajevima objasnila je judikatura, pa je tako utvrđeno da djetetov boravak u školi ne znači i povjeravanje djeteta drugoj osobi.¹⁶¹ Naime, povjeravanje djeteta drugoj osobi označava termin koji se može primjeniti samo na fizičke osobe kojima su roditelji povjerili svoje dijete, a ne i na društvene ustanove.¹⁶² Ipak, postoji mogućnost da roditelji odgovaraju i za odgoj svog djeteta.¹⁶³ Ako su maloljetnici preuzeti u vaspitno-popravni dom radi sprovođenja vaspitnih mjera, to ne oslobađa roditelje za štetu koju maloljetnici počine bijegom iz doma, ako su štetne radnje nastale kao posljedica njihovog lošeg odgoja.¹⁶⁴ Pored ovoga, moguće je da roditelji zajedno odgovaraju i sa osobom koja je odgovorna ukoliko su zanemarili odgoj djeteta.¹⁶⁵ Međutim, pored oslobođenja roditelja moguće su i druge situacije kada se samo jedan roditelj oslobađa od odgovornosti, gdje sudska praksa stoji na stanovištu da roditelj koji nije imao nadzor nad djetetom u vrijeme štetnog događaja nije odgovoran i za nastalu štetu, izuzev ako su štetni postupci posljedica općeg zanemarivanja obaveze nadzora i brige za dijete.¹⁶⁶ Također, jedan od roditelja može se osloboditi i od odgovornosti ako je nesposoban za rasuđivanje, zatim u slučaju ako je dijete povjereno na čuvanje samo jednom roditelju, kao i zbog nevršenja roditeljskog prava iz nekog drugog razloga.¹⁶⁷ U slučaju privremenog rada u inostranstvu taj roditelj se može osloboditi odgovornosti, ako je nadzor nad djetetom vršio drugi roditelj.¹⁶⁸ Jedan od razloga za isključenje odgovornosti jeste i viša sila.¹⁶⁹ Viša sila se može definirati kao događaj koji je vanredan i neizbježan utoliko da ga čovjek sa najvećom mogućom pažnjom nije mogao spriječiti i da je kao takav izazvan

158 Antić, A., o. c., s. 499.

159 Blagojević, B., Krulj, V., o. c., s. 600; Perović, S., Stojanović, D., o. c., s. 513.

160 Perović, S., Stojanović, D., o. c., s. 513.

161 V. odluka Vrhovni sud RH, Rev. 1217/85 od 26.09.1985., navedeno prema: Gorenc, V., Belanić, L., Momčinović, H., Pešutić, A., Slakoper, Z., Vukelić, M., Vukmir, B., o. c., s. 1737.

162 Vizner, B., o. c., s. 705.

163 Blagojević, B., Krulj, V., o. c., s. 600.

164 V. Vrhovni sud Srbije, Gzz 107/71, 16.10.1971, Zso 1971, s. 399, navedeno prema: Blagojević, B., Krulj, V., o. c., s. 600.

165 Blagojević, B., Krulj, V., o. c., s. 601.

166 V. odluka Vrhovni sud RH, Rev. 2344/83 od 18.04.1984., PSP-25/75, navedeno prema: Gorenc, V., o. c., s. 1635.

167 Perović, S., Stojanović, D., o. c., s. 514.

168 V. Vrhovni sud Hrvatske Gž 3611/ 78, 12.12.1978 Zso 1978, navedeno prema: Blagojević, B., Krulj, V., o. c., s. 601.

169 Morait, B., o. c., s. 415.

djelovanjem određenog uzroka koje nije povezano i sa ponašanjem štetnika.¹⁷⁰ Viša sila je kvalifikovan slučaj gdje spadaju slučajevi, kao što su zemljotresi, poplave ili slične vremenske nepogode.¹⁷¹ Slučaj koji predstavlja višu silu mora biti izuzetan u tom smislu da ga nije mogao predvidjeti čovjek koristeći se pažnjom „dobrog domaćina“.¹⁷² Ipak, slučajevi, kao što su tehnička greška na motoru ili poledica na putu ne mogu se okvalificirati i višom silom zato što su takve situacije predvidive i ne spadaju u događaje koji su nastale van djelovanja opasne stvari.¹⁷³ Ali, ako je šteta nastala djelovanjem više sile na opasnu stvar, tada se imalac opasne stvari može osloboditi od odgovornosti, s obzirom da je viša sila stvarni uzrok nastanka štete.¹⁷⁴ U slučaju da oštećeni isključivo sam doprinese nastanku štete, tada u potpunosti snosi i teret njene nadoknade.¹⁷⁵ Međutim, potrebno je da je radnja oštećenog nepredvidiva i da štetnik nije mogao nikako spriječiti, a što je posebno navedeno i u jednoj presudi: “Šestogodišnji dječak, koji nije u stanju shvatiti značaj svoje radnje i upravljati svojim postupcima, je iznenada istrčao pred autobus i izgubio život, gdje je utvrđeno da nepostoji odgovornost štetnika za nastalu štetu zbog njegove smrti.¹⁷⁶ Treći način oslobođenja od odgovornosti jeste da je šteta nastala isključivo radnjom trećeg lica, koja također treba biti takva da je imalac opasne stvari nije mogao predvidjeti, izbjeći ili otkloniti.¹⁷⁷ Lice koje upravlja sa opasnom stvari, odnosno pomoćnik neće se smatrati trećim licem u smislu oslobođenja od objektivne odgovornosti.¹⁷⁸ Tako je u jednom slučaju diskutirano i pitanje djelimičnog doprinosa maloljetnika i roditelja maloljetnika nastanku štetnom događaju, te načina njihovog oslobođenja od odgovornosti. U ovom slučaju „tužitelj kao maloljetnik u dobi od 7 godina se popeo na trafostanicu u voćnjaku jedne kuće gdje je zadobio teže tjelesne povrede, pri čemu je tuženi bio preduzeo određene mjere s ciljem onemogućavanja penjanja na trafostanicu postavljanjem određenih metalnih šiljaka i žičane ograde. Na osnovu takvog stanja stvari stvari sud je utvrdio da je maloljetnik pridonio nastanku štete u iznosu od 30%, a tuženi u iznosu od 70%, jer je trafostanica uzeo opasnom stvari za koju odgovara njen imalac. U konačnici, sud je zaključio i da su roditelji maloljetnika kao drugotužitelji propustili vršiti dužni nadzor nad maloljetnikom, te istim pripisao pravo na udio u 70 % naknade štete.¹⁷⁹

170 Radišić, J., o. c., s. 244; Morait, B., o. c., s. 416.

171 Bikić, A., o. c., s. 220.

172 Radišić, J., o. c., s. 243.

173 Trnavci, G., o. c., s. 89.

174 Morait, B., o. c., s. 416.

175 Ibid.

176 Bikić, A., o. c., Fn. 372, s. 220. (Odluka Vrhovnog suda Makedonije, br. Gž. 559/66 od 26.10.1966., objavljena u Biltenu Vrhovnog suda Makedonije, br. 23., 1966. s. 5.).

177 Y Ibid.

178 Morait, B., o. c., s. 416.

179 V. sudske odluke Općinskog suda u Bjelovaru od 23.06.2005. br. P-618/94; Županijskog suda u Bjelovaru od 09.02.2005. br. Gž. 899/05; i Vrhovnog suda Republike Hrvatske od 05.07.2006., br. Rev. 531/06; navedeno prema: Kaladić, I., Doprinos oštećenika sedmogodišnjeg djeteta vlastitoj

3. Odgovornost po osnovu pravičnosti kad štetu prouzrokuje maloljetnik sposoban za rasuđivanje

Prije donošenja ZOO SFRJ regulisanje odgovornosti maloljetnika i roditelja nije bilo jedinstveno riješeno, što je stvaralo ozbiljne poteškoće u sudskoj praksi. Iz tih razloga, Vrhovni sud Jugoslavije na Savjetovanju održanom 1969. g. je usvojio načelno mišljenje da postoji odgovornost roditelja za djecu do 14 godina,¹⁸⁰ bez obzira na njihovu krivicu (objektivna odgovornost),¹⁸¹ a da odgovornost maloljetnika do 14 godina postoji samo i ako su sposobni za rasuđivanje.¹⁸² Tek 1970. na održanoj sjednici Vrhovnog suda Jugoslavije donesena je i drugo načelno mišljenje kojim je razriješeno do tada sporno pitanje odgovornosti roditelja i maloljetnika do 7 godina, kao i odgovornosti maloljetnika od 7 do 14 godina, s uvođenjem jasne distinkcije između pomenutih kategorija maloljetnika.¹⁸³ U konačnici Vrhovni sud Jugoslavije je zaključio kako roditelji odgovaraju za njihovo maloljetno dijete koje je navršilo 7 godina, osim ako dokažu da je šteta nastala bez njihove krivice.¹⁸⁴

3.1. Odgovornost roditelja za maloljetnike od 7 do 14 godina

Osobe od 7 do 14 godina nisu deliktно sposobne, osim ako se dokaže da su bile sposobne za rasuđivanje u momentu prouzrokovanja štete.¹⁸⁵ Pri procjeni sposobnosti za rasuđivanje korisnom se pokazuje i jedna presuda Vrhovnog suda FBiH relativno novijeg datuma u kojoj je utvrđen doprinos maloljetnika u nastanku štete. U ovom slučaju „oštećeni je povrijeđen udarom lokomotive za vrijeme dok je prelazio prugu na frekventnoj željezničkoj stanici, na mjestu koje nije predviđeno kao pružni prolaz, te je utvrđeno i da je o doprinijeo nastanku ovog štetnog događaja, jer je u životnoj dobi od 11 godina mogao zaključiti da prelazi prugu na nedozvoljenom mjestu gdje postoji povećan rizik nastanka štete, tim više što je od osoblja škole, kao i ostalih učenika, bio upoznat i upozoravan na rizike takvog ponašanja“.¹⁸⁶ Jasno je da odgovornost za osobe ove životne dobi pada na njihove roditelje. Roditelji odgovaraju za štetu po principu pretpostavljene krivice, jer imaju mogućnost da dokažu da je šteta nastala bez njihove krivice. S

štetu: komentar sudske odluke, Hrvatska pravna revija, 6/2006, s. 59-61.

180 Radoman, D., o. c., s. 17.

181 Blagojević, B., Krulj, V., o. c., s. 465.

182 Radoman, D., o. c., s. 17.

183 Ibid.

184 Perović, S., Stojanović, D., o. c., s. 513.

185 Sessa, Đ., o. c., s. 221.

186 V. Presuda Vrhovnog suda FBiH, br. 070-0-Rev-08-001649 od 10.02.2009 - Bilten Vrhovnog suda FBiH, br. 1-2, Sarajevo, 2009, s. 41.

obzirom da se radi o oborivoj pretpostavci (*presumptio iuris tantum*) moguće je da se roditelji oslobode od odgovornosti ako dokažu da bi šteta nastala i bez njihove krivice.¹⁸⁷ Teret dokazivanja o oslobođenju od krivice pada na roditelje,¹⁸⁸ jer je njihova odgovornost subjektivna, za razliku od objektivne odgovornosti koja postoji u onim slučajevima kad se radi o maloljetnicima do navršених 7 godina života.¹⁸⁹ Da bi se uspostavila subjektivna odgovornost roditelja nije relevantno da li je maloljetnik proglašen kriv za prouzrokovanu štetu.¹⁹⁰ Dakle, u gornjem slučaju za razliku od maloljetnika do 7 godina predviđen je blaži oblik odgovornosti za roditelje prvenstveno zbog toga što se radi o osobama koje su sposobnije za rasuđivanje u smislu shvatanja značaja i posljedica svojih radnji i postupaka.¹⁹¹ Također, ako se roditelji oslobode od odgovornosti tada postoji mogućnost da se oni obavežu i po principu pravičnosti, te da nadoknade štetu djelimično ili u potpunosti, nasuprot stanja stvari i kada postoji njihova odgovornost, jer tada postoji obavezu i da nadoknade štetu u potpunosti.¹⁹² Prema tome, odgovornost roditelja za maloljetnike u životnoj dobi od 7 do 14 godina bez obzira na njihovu sposobnost za rasuđivanje je subjektivna – pretpostavljena krivica, tj. mogu se osloboditi od odgovornosti nakon uspješnog dokazivanja da je šteta nastala odsustvom njihove krivice.¹⁹³ Slične odredbe o odgovornosti maloljetnika nalaze se i u uporednom pravu, pa tako u njemačkom pravu maloljetnici do 7 godina nisu odgovorni za štetu koju pričinе drugim osobama, dok maloljetnici koji su navršili 7 godina mogu biti odgovorni ukoliko se dokaže da su bili sposobni za rasuđivanje.¹⁹⁴ Ipak, drugačije shvatanje nalazimo u francuskome pravu gdje je u članu 1383 CC propisano da su svi odgovorni za svoje štetne radnje bez obzira na dob, kao i to da li su štetnu radnju počinili namjerno ili nehatom.

187 Antić, O., o. c., s. 488.

188 V. odluka Vrhovni sud RH, Rev-168/83 od 08.02.1983. I VSRH, Rev. 211/83 od 25.08.1983, PSP-23/90., navedeno prema: Gorenc, V., Belanić, L., Momčinović, H., Pešutić, A., Slakoper, Z., Vukelić, M., Vukmir, B., o. c., s. 1737.

189 Vizner, B., o. c., s. 706.

190 Loza, B, o. c., s. 208.

191 Sessa, Đ., o. c., s. 223.

192 Puhača, M. B., o. c., s. 804.

193 Sessa, Đ., o. c., s. 224; Mikić, M., o. c., s. 1046; Crnić, I., Parnični postupak i naknada štete, Organizator, Zagreb, 2008, s. 75. Iz sudske prakse: "prema utvrđenju prvostepenog suda djetе tuženih je u vrijeme nezgode imalo 12 godina, a tuženi nisu dokazali da je šteta nastala bez njihove krivice. Odgovornost roditelja je zajednička. Odgovornost roditelja i djeteta, u smislu čl. 166. ZOO je solidarna, ako pored roditelja odgovara za štetu i djetе. U konkretnom slučaju, u smislu čl. 165. st. 4. ZOO sin tuženih bi odgovarao za štetu samo u slučaju da su ispunjena dva uslova: da je navršio 7 godina života i da njegovi roditelji dokažu da šteta nije nastala njihovom krivicom. U navedenom slučaju za štetu koju je prouzrokovao sin tuženih odgovaraju tuženi u smislu čl. 165. st. 4. ZOO, jer se radi o šteti koju je tužiteljici prouzrokovalo njihovo maloljetno djetе. Prema tome, neosnovan je žalbeni navod da tuženi nisu pasivno legitimisani i da je to trebao biti njihov sin." (v. presuda Kantonalni sud u Novom Travniku, Gž-403/03, od 30.09.2004. dostupno na: <http://www.ksudnt.ba/>).

194 Habdas, M., Tortious liability in Polish law for damage caused by minors, in: Heiderhoff, B., Zmij, G. (ur.) Tort Law in Poland, Germany and Europe, Sellier, European Law Publisher, Munich, 2009, s. 110.

Prema članu 1384 CC roditelji su zajednički i solidarno odgovorni za postupke maloljetnika koji žive sa njima, osim ako dokažu da nisu mogli spriječiti njihove štetne postupke. Pri tome, francuska teorija i sudska praksa stoji na stanovištu da su svi maloljetnici bez obzira na životnu dob odgovorni za svoje postupke, a što je posljedica usvojenog shvatanja da se štetne radnje trebaju posmatrati u objektivnom kontekstu tj. bez analize mentalnih sposobnosti štetnika.¹⁹⁵ U domaćoj pravnoj teoriji neki autori zastupaju mišljenje da je u slučaju odgovornosti roditelja za maloljetnike od 7 do 14 godina trebalo izričito naglasiti da se radi o maloljetnicima sposobnim za rasuđivanje, kako bi se napravila time razlika u odnosu na maloljetnike nesposobne za rasuđivanje.¹⁹⁶ Međutim, drugi autori takva stajališta negiraju, jer polaze od postojanje odgovornost roditelja neovisno o tome da li je maloljetnik sposoban ili ne za rasuđivanje.¹⁹⁷ Dakle, krivica maloljetnika se nikada ne pretpostavlja.¹⁹⁸ Pri tome, odgovornost roditelja i postojanje krivice na njihovoj strani je sadržano u neobavljanju odgovarajućeg nadzora nad djecom.¹⁹⁹ Odgovornost roditelja odnosi se na konkretne okolnosti u kojima dijete učestvuje, a o kojim roditelji trebaju upoznati svoje dijete i dati mu odgovarajuće vaspitanje o propisima čijim kršenjem bi mogla biti prouzrokovana šteta trećim licima. U jednom slučaju domaća sudska praksa je usvojila stajalište da roditelji odgovaraju za štetu koju prouzrokuje njihovo „11-godišnje dijete nepropisnom vožnjom bicikla ako ne dokažu i da je šteta nastala bez njihove krivice, odnosno da roditelji štetnika odgovaraju po principu pretpostavljene krivnje, ako ne obore pomenutu zakonsku presumpciju ili ne dokažu da su preduzeli sve ono što je bilo potrebno za vaspitanje maloljetnika o pridržavanju saobraćajnih propisa u pogledu vožnje biciklom“. ²⁰⁰ Pored toga, roditelji odgovaraju i ako je njihovo dijete starije od 7 godina, a duševno je bolesno.²⁰¹ Odgovornost roditelja za štetu koju prouzrokuje njihovo dijete je zajednička, te u slučaju kada jedan roditelj ne obavlja nadzor nad djetetom, jer je nesposoban za rasuđivanje, tada cjelokupnu odgovornost snosi drugi

195 Ibid.

196 Vizner, B., o. c., s. 706.

197 Sessa, Đ., o. c., s. 223-224.

198 Popović, M., o. c., s. 292.

199 „Za štetu koju su malodobna djeca učinila ispisivanjem raznih imena na pročeljima zgrada odgovaraju roditelji jer takav način oštećivanja pročelja upućuje na propuste roditelja u odgoju i nadzoru djece. Činjenica da su štetu na opisani način uzrokovali učenici čiji su roditelju tuženi, bar za sada govori o postojanju roditeljskog propusta glede brižnog nadzora nad vlastitom djecom, a ovisno o okolnostima slučaja, nije isključena ni eventualna odgovornost i onih koji su u takvom trenutku bili obvezni nadzirati djecu“ (v. odluka Vrhovni sud RH, Rev. 1561/90 od 11.12.1990. PSP-50/92., navedeno prema: Gorenc, V., o. c., s. 1634-1635).

200 V. Vrhovni sud BiH, Rev. br. 151/83 od 16.6.1983 - Bilten VSBiH, br 3/1983, s. 29, navedeno prema: Hadžimusić, M., Tajić, H., Simović, V. M., o. c., s. 101.

201 „Roditelji zbog propuštenog nadzora odgovaraju za štetu koju je počinilo njihovo duševno bolesno dijete, starije od sedam godina, za vrijeme dok se nalazilo kod roditelja, iako je inače smješteno u drugoj obitelji“ (v. VSRH, Rev. 949/90 od 06.09.1990, PSP-51/112, navedeno prema: Gorenc, V., o. c., s. 1635.).

roditelj.²⁰² U ranijoj sudskoj praksi RH je također bilo utvrđeno da je maloljetnik s 13 godina odgovoran ako je bio sposoban za rasuđivanje u trenutku prozrokovanja štete (nije isključena ni odgovornost roditelja), s tim što teret dokazivanja leži na oštećenoj strani.²⁰³ Pri tome, roditelji se mogu osloboditi odgovornosti ako povjere dijete u nadzor drugim osobama u momentu prouzrokovanja štete.²⁰⁴ Također, i čl 1384. CC,²⁰⁵ kao i paragraf 832 BGB, predviđa odgovornost roditelja za djecu koja su deliktno sposobna, a još uvijek nisu punoljetna.²⁰⁶ S druge strane, u poljskom pravu maloljetnici nisu odgovorni za štetni događaj ako u momentu prouzrokovanja štete nisu navršili 13 godina.²⁰⁷ Takva odredba u poljskom pravu je odraz shvatanja da je nemoguće očekivati od maloljetnika ove životne dobi da donosi razborite odluke i da sagledava sve efekte tih odluka, a što je inače komplementarno i dobnoj granici koja je uspostavljena za nedostatak sposobnosti za rasuđivanje kod preduzimanja radnji u ostalim pravnim poslovima.²⁰⁸

3.2. Odgovornost po osnovu pravičnosti za maloljetnike od 7 do 14 godina

U slučaju ako je maloljetnik sposoban za rasuđivanje prouzrokovao štetu koju ne može nadoknaditi, sud može, kad to pravičnost zahtijeva, a naročito s obzirom na materijalno stanje roditelja i oštećenika, obvezati roditelje da naknade štetu, potpuno ili djelomično, bez obzira što za nju nisu krivi.²⁰⁹ Ukoliko je maloljetnik sposoban za rasuđivanje i samim time odgovoran za svoje postupke postoji mogućnost da se po pravičnosti naknada štete prebaci na neodgovorne osobe -

202 Gorenc, V., o. c., s. 1634.

203 "Maloljetnik koji ima 13 godina odgovara za počinjenu štetu ako se dokaže da je u vrijeme pruzrokovanja štete bio sposoban za rasuđivanje. Tužitelji traže naknadu štete koju su pretrpjeli zbog smrti njihovog sina stradalog u nezgodi 27.09.1993.g., kada se vozeći na biciklu lijevom polovicom kolnika sudario sa mopedom kojim je upravljao maloljetnik B.P., tj. traže naknadu nematerijalne štete zbog smrti sina i materijalnu štetu za naknadu pogrebnih troškova. U dijelu presude koja se tiče odgovornosti za štetu prvotuzenika B.P., koji je u vrijeme šetnog događaja imao 13 godina, prvostupanjski sud se pravilno pozvao na odredbu ranijeg čl. 160. st. 2. ZOO RH (NN, br. 53/91, 73/91, 3/94, 7/96 i 112/99.), s tim što je izostavio navesti i razloge za zaključak o njegovoj deliktnoj sposobnosti. Naime, prema odredbi ranijeg čl. 160. st. 2. ZOO RH maloljetnik od navršene sedme do navršene četrnaeste godine ne odgovara za štetu, osim ako dokaže da je pri pruzrokovanju štete bio sposoban za rasuđivanje. Iz navedene odredbe proizlazi zaključak suprotan onome koji je zauzeo prvostupanjski sud, a to je da prvotuzenik sa 13 godina načelno ne odgovara, odnosno odgovara pod pretpostavkom da se dokaže da je bio sposoban za rasuđivanje, s napomenom da je teret dokazivanja na oštećenoj strani. Napominje se i to da se navedenom odredbom ranijeg ZOO RH ne isključuje odgovornost roditelja – čl. 165. st. 4. ZOO RH (v. odluka Županijskog suda u Zagrebu, Gž. 1466/00 od 30.10.2001, Izbor Odluka, br. 2/03, s. 34, navedeno prema: V. Gorenc, L. Belanić, H. Momčinović, A. Pešutić, Z. Slakoper, M. Vukelić, B. Vukmir, o. c., s. 1738.).

204 Morait, B., o. c., s. 405.

205 Francuski građanski zakonik (Code civil de Napoleon) usvojen 1804. g.

206 Blagojević, B., Krulj, V., o. c., s. 466.

207 Haddas, M., o. c., s. 109.

208 Haddas, M., o. c., s. 109.

209 Usp.: čl. 169. st. 2. ZOO FBiH/RS i čl. 1060. st.2. ZOO RH.

roditelje.²¹⁰ Ova vrsta odgovornosti po osnovu pravičnosti predstavlja manje odstupanje od općih pravila od odgovornosti, za razliku od prvog stava člana 169 ZOO.²¹¹ Takva mogućnost postoji ako maloljetnik nema dovoljno imovine da nadoknadi štetu; ako roditelji imaju mogućnosti da nadoknade štetu, jer se nalaze u boljoj materijalnoj poziciji, nego odgovorni maloljetnik; i ako ne postoji krivica roditelja za počinjeni delikt.²¹² Kad sud utvrdi sve okolnosti koje se tiču materijalnog položaja roditelja i maloljetnika, kao i nepostojanje krivice roditelja, tada može po principu pravičnosti obavezati roditelje i da nadokade štetu oštećenom uzimajući u obzir njihovo materijalno stanje u usporedbi sa materijalnim stanjem oštećenog.²¹³ Materijalno stanje maloljetnika treba biti takvo da je on u stanju da u razumnom roku nadoknadi štetu, a ukoliko to nije moguće, sud može po principu pravičnosti obavezati i roditelje da nadoknadi štetu.²¹⁴ Prilikom određivanja odgovornosti roditelja na osnovu pravičnosti uzima se u obzir materijalno stanje štetnika i oštećenika pa se tako u zavisnosti od konkretnog slučaja naknada štete može i smanjiti s obzirom na ocjenju njihovog materijalnog stanja.²¹⁵

Zbog toga, po mišljenju nekih autora roditelji trebaju djelovati preventivno i posvetiti znatno veći stepen brige i pažnje u podizanju i vaspitanju svoje djece.²¹⁶ Ovaj slučaj primjene pravičnosti također pokazuje da je odgovornost roditelja supsidijarna, jer naknada štete od neodgovornih roditelja nastupa tek onda kada izostane i od odgovornog maloljetnika.²¹⁷ Tim povodom možemo zaključiti i da je ovdje odgovornost maloljetnika sposobnih za rasuđivanje primarna nasuprot slučajeva u kojim je primarna odgovornosti roditelja za štetne radnje maloljetnike do navršених 7 godina života.²¹⁸

210 Sessa, Đ., o. c., s. 229.

211 Puhača, M. B., o. c., s. 804.

212 Sessa, Đ., o. c., s. 229.

213 Ibid.

214 Bilten Saveznog suda, br 23/1985, s. 35, Zbornik sudske prakse, br 52/1986, s. 46.

215 "U presudi Opštinskog suda u Guči, tuženici su obavezani da maloletnom tužiocu isplate na ime naknade materijalne i nematerijalne štete iznose navedene u izreci presude" (v. presuda Opštinski sud u Guči, br. P-467/04 od 9.5.2005.). "U presudi Okružnog suda u Čačku preinačena je prvostepena presuda tako da su tuženici obavezani da plate maloletnom tužiocu na ime naknade materijalne i nematerijalne štete iznose navedene u izreci (iznosi su smanjeni u odnosu na one navedene u prvostepenoj presudi). S obzirom na odredbu čl. 169. ZOO prvostepeni sud pravilno zaključuje, a pošto je prethodno utvrdio materijalno stanje štetnika i oštećenog i njegovih roditelja da u konkretnom slučaju tuženici nisu u prilici i da ne bi bilo pravično da naknade štetu u potpunosti, pa je stoga pravilno zaključio da naknadu koja bi predstavljala adekvatnu naknadu tužiocu za pretrpljenu štetu treba umanjiti, ali je na pravilno i potpuno utvrđeno činjenično stanje pogrešno primjenio materijalno pravo prilikom odluke kako o adekvatnoj naknadi tako i o procentu umanjenja naknade sa aspekta pravičnosti. Stoga je Okružni sud osporenu presudu preinačio i maloljetnom tužiocu dosudio ½ od adekvatne naknade koja bi mu pripala da nije primjenjena odredba čl. 169. ZOO u iznosima koji su bliže opredjeljeni u izreci ove presude" (v. presuda Okružni sud u Čačku, br. Gž-1195/05, od 12.10.2005., Izbor sudske prakse, br. 2006/4, odluka broj 63. dostupno na: <http://www.sirius.rs/praksa/19260>.).

216 Vizner, B., o. c., s. 715.

217 Ibid.

218 Ibid.

3.3. Odgovornost roditelja za maloljetnike od 14 do 18 godina

Na sjednici Savjetovanja Vrhovnog suda Jugoslavije iz 1969. usvojeno je mišljenje prema kojem roditelji odgovaraju i za onu štetu koju počine maloljetnici koji imaju 14 godina, osim ako dokažu da je šteta nastala bez njihove krivice.²¹⁹ U ranijoj sudskoj praksi je bilo doneseno mnoštvo presuda kojim je ustanovljena odgovornost roditelja, bez obzira na to što su maloljetnici bili deliktно sposobni, jer su utvrđeni propusti roditelja u pogledu pravilnog izvršavanja obaveze odgoja i vršenja nadzora nad maloljetnicima.²²⁰ U tim odlukama također izražena su stajališta i da dužnost roditelja na vaspitavanje djece traje sve do punoljetstva.²²¹ Polazeći od toga, utvrđeno je da nije potrebno zanemarivanje odgoja i nadzora, nego je dovoljno da roditelji praštaju negativno ponašanje starijim maloljetnicima, a pri tome ne dajući im potrebna znanja o pravilnom ponašanju prema ljudima, na ulici i u prometu.²²² Maloljetnik sa navršениh 14 godina je potpuno deliktно sposoban za razliku od poslovne sposobnosti koju stiče sa navršениh 18 godina.²²³ Maloljetnik s navršениh 14 godina odgovara za štetu po općim pravilima o odgovornosti.²²⁴ Dakle, odgovornost maloljetnika se prosuđuje po principu pretpostavljene krivice.²²⁵ Takva odredba kojom su maloljetnici s navršениh 14 godina deliktно sposobni proizlazi iz toga da su oni sposobni da upravljaju i da shvate značaj svojih postupaka, kao i da se uzdrže od onih postupaka kojim se drugima može prouzrokovati šteta.²²⁶ Sudska praksa stoji na stanovištu da nema odštetne odgovornosti roditelja ako je maloljetno dijete starije od 14 godina bilo smješteno u odgojno-popravni dom u vrijeme štetnog događaja.²²⁷ Ukoliko maloljetnik ne može nadoknaditi štetu zbog nedostatka imovine, ili iz drugih razloga, tada sud može primjenom pravila o odgovornosti po osnovu pravičnosti, a uzimajući u obzir materijalno stanje roditelja i oštećenog obavezati roditelje da nadoknade štetu oštećenom.²²⁸ Međutim, u slučaju kad je maloljetnik s 14 godina odgovoran za štetu, tada sud ne može primijeniti odgovornost po osnovu pravičnosti stvari ako na osnovu stanja stvari proizlazi da pored njega odgovaraju

219 Radoman, D., o. c., s. 17.

220 V. Vrhovni sud Jugoslavije, Rev. 258/63 od 05.07.1963, ZSO, s. 182., navedeno prema: Blagojević, B., Krulj, V., o. c., s. 466

221 V. Pravno mišljenje Vrhovnog suda X A 3, ZSO 1969.g., sveske III, s.109., navedeno prema: Blagojević, B., Krulj, V., o. c., s. 466.

222 V. odluke Vrhovnog suda Hrvatske, Gž. 3886/78 od 16.05. 1979.g.; i Okružnog suda Split, P-302/77 od 10.07.1978., navedeno prema: Blagojević, B., Krulj, V., o. c., s. 605.

223 Sessa, Đ., o. c., s. 221.

224 Sessa, Đ., o. c., s. 229.

225 Morait, B., o. c., s. 399.

226 Ibid.

227 V. odluke Vrhovni sud Hrvatske Rev-944/79 od 10.10.1979.g.; i Okružnog suda u Sisku, Gž. 1475/78 od 10. 01.1979.g., navedeno prema: Blagojević, B., Krulj, V., o. c., s. 605.

228 Sessa, Đ., o. c., s. 229.

i njegovi roditelji.²²⁹ Tako je u jednoj sudskoj odluci relativno starijeg datuma Vrhovni sud RH utvrdio da postoji odgovornost roditelja za štetu koju je počinilo malodobno dijete starije od 14 godina, s obzirom na utvrđenje da roditelji nisu primjetili da je iz ormara, koji su inače zaključavali, dijete više puta uzimalo i upotrebljavalo vatreno oružje kojim je nanijelo štetu drugim licima.²³⁰ Takav stav je nedugo zatim i iznova potvrdio Vrhovni sud RH kad je zaključio u drugom slučaju da roditelji mogu biti krivi i za štetu koju učini njihovo 17-godišnje dijete, s obzirom da je prethodno utvrđeno u tom slučaju da je „stariji maloljetnik u 23.00 sata u gostionici željeznom šipkom nanijeo teške povrede oštećenom“.²³¹

4. Zaključak

Pravičnost kao institut u odštetnom pravu ima prvenstveni cilj da putem uspostavljanja odgovornosti služi zaštiti oštećene osobe. Pravičnost se javlja kao poseban oblik odgovornosti iz razloga što se ne uklapa ni u jedan od postojećih oblika odgovornosti. Pravičnost u smislu filozofskog poimanja pravde ide ka tome da sa stanovišta individualnog slučaja dođe do uspostave pravednog odnosa između subjekata u nastalom pravnom odnosu. U većini slučajeva pravičnost se javlja kao načelo ili princip putem kojega se određeni odnos određuje kao pravičan, ali u obligacionom pravu pravičnost se javlja kao poseban zakonom oživotvoren sistem odgovornosti za naknadu štete. Odgovornost po osnovu pravičnosti je institut

229 “S obzirom na način i okolnosti štetnog događaja, ovaj sud prihvata utvrđenje suda prvog stupnja da su za štetu odgovorni svi tuženici. Trećetuženik usmrtio je sina tužitelja s navršenih 14 godina, pa se njegova odgovornost utemeljuje na odredbi čl. 160 st. 3. i čl. 154. ZOO. Sveukupno ponašanje 3. tuženika kao maloljetnika, o čemu postoje opširni podaci i analize u predmetu Županijskog suda Km-5/93, koji je sud prvog stupnja i izvršio uvid i utvrdio odlučno činjenično stanje, opravdavaju zaključak suda prvog stupnja o propustu I. i II tuženika kao roditelja djeteta devijantnog ponašanja da zajedničkim, konitnuiranim i adekvatnim angažmanom odgajaju i nadziru svoje dijete, a takvo ponašanje konačno je i rezultiralo štetnim događajem, pa su stoga i oni odgovorni za štetu koju je učinio njihov tada maloljetni sin (čl. 165. st. 4. ZOO). S obzirom na to da su tuženici krivi, pa time i odgovorni za štetu, ne postoje pretpostavke za odgovornost na osnovu pravičnosti s učinkom smanjenja naknade štete (čl. 169. ZOO), pa je irelevantno pozivanje na navedenu odredbu“ (v. odluka Županijski sud u Zagrebu, Gž. 1984/97 od 03.03.1998.g.).

230 V. odluka Vrhovni sud Hrvatske, Rev- 1180/88. od 21.12 1998., PSP-44/96, navedeno prema: V. Gorenc, L. Belanić, H. Momčinović, A. Pešutić, Z. Slakoper, M. Vukelić, B. Vukmir, 2014., 1737. Također, sudovi su dužni da ispituju sve činjenice koje bi bile odlučujuće pri uspostavljanju solidarne odgovornosti roditelja i maloljetnika koji ima preko 14 godina. U jednom slučaju maloljetnik koji je imao 17 godina je ispalio projektil iz prethodno repetiranog oružja kojim je usmrtio jednu osobu. Nižestepeni sudovi su zaključili da roditelju zajedno sa maloljetnikom odgovaraju solidarno. Međutim, sud višeg stepena je ukazao na nedostatke presuda nižestepenih sudova tako što je naznačio odredbu 165. i 166. Sudovi su u konkretnom slučaju propustili da utvrde da li su roditelji zanemarili nadzor nad maloljetnikom usljed čega je došlo do štetnog događaja. Dalje, sudovi nisu utvrdili kako se oružje našlo ispod sjedišta na kome se maloljetni nalazio, te čije je to oružje, da li su roditelji znali da maloljetnik, odnosno sin zna za to oružje, te da li zna sa njim da rukuje i nadalje da li je roditelj učinio sve mjere kako bi spriječio mogućnost da maloljetnik dođe u posjed oružja (v. <http://www.sirius.rs/praksa/3691>).

231 V. odluka Vrhovnog suda RH, Rev-1868/89 od 20 svibnja 1990, PSP-50/92, navedeno prema: Gorenc, V., o. c., s. 1635.

odštetnog prava koji je bio poznat i prije donošenja ZOO SFRJ. Uz određene razlike u dizajnu ovaj koncept odgovornosti danas postoji i u savremenim građanskim zakonodavstvima evropske provenijencije. Pravičnost predstavlja poseban oblik odgovornosti koji se primjenjuje supsidijarno nakon što se na osnovu općih oblika odgovornosti ne može razriješiti pitanje naknade prouzrokovane štete. Prilikom primjene pravičnosti uvijek se gleda materijalno stanje štetnika i oštećenika kada je potrebno da se uspostavi ovaj korektivni oblik odgovornosti za naknadu štete. Sam zakonski tekst koji govori o pravičnosti sastoji se od dva člana u ZOO FBiH/RS. Prvi stav člana 169. ZOO FBiH/RS odnosi se na potpuno deliktne nesposobne osobe na mjesto kojih su odgovorne za štetu osobe koje su dužne bile voditi nadzor nad njima. Međutim, primjena koncepta odgovornosti po osnovu pravičnosti podrazumijeva i da se deliktne nesposobne osobe mogu obavezati da nadoknade štetu uvažavajući materijalno stanje štetnika i oštećenika. Drugi stav člana 169. ZOO FBiH/RS govori o maloljetniku koji je sposoban za rasuđivanje, tj. odgovoran za štetne radnje i postupke. U ovom slučaju pravičnost nalaže da se na naknadu štetu mogu obavezati i roditelji ukoliko to maloljetnik nije u stanju. I pored toga, mišljenja smo da bi pravičnost trebala imati nešto širu primjenu u domaćoj praksi. Prilikom donošenja novog ZOO-a ili kroz njegove izmjene potrebno bilo razmotriti daljnju mogućnost i proširenja primjene ovog oblika odgovornosti, te obuhvatiti neke slučajeve koji su trenutno izostavljeni, a naročito uzeti u obzir ona činjenična stanja kad nepostoje osobe koje su dužne voditi nadzor nad maloljetnicima. Također, trebalo bi uzeti u obzir i proširenje odgovornosti po osnovu pravičnosti na osobe koje su prema općim pravilim građanskog prava definisane kao neodgovorne osobe (npr. krajnja nužda, nužna odbrana i sl.). Smatramo da bi u tim slučajevima moglo biti jednako postupljeno kao i prema članu 169. ZOO FBiH/RS, tj. da neodgovorne osobe odgovaraju za naknadu štete uzimajući u obzir sve okolnosti, a naročito materijalno stanje štetnika i oštećenika. Pored ovoga, drugi prijedlog bi mogao biti i da se ustanovi obaveza države kao treće osoba na nadoknadu štetu oštećenim. Odgovornost po osnovu pravičnosti iz stava 1. člana 169. ZOO ima mnogo dodirnih tačaka sa odgovornosti roditelja za maloljetnike do 7 godina. Roditelji u ovom slučaju odgovaraju po principima objektivne odgovornosti jer je maloljetnik nesposoban za rasuđivanje te mu je potreban nadzor od strane roditelja koji odgovaraju za njegove postupke. U ovom slučaju roditelji odgovaraju solidarno što znači da ukoliko je samo jedan roditelj vršio nadzor, tada samo on odgovara i za nastalu štetu. Maloljetnici do 7 godina su apsolutno deliktne nesposobni i prema općim pravilima o odgovornosti izuzeti su od obaveze naknade štete prema oštećenim licima. U domaćem pravu dobna granica je tačno određena, dok je u engleskom pravu odgovornost maloljetnika određena s obzirom na okolnosti i individualne karakteristike maloljetnika. Također, roditelji se mogu na isti način na koji odgovaraju po objektivnoj odgovornosti osloboditi i od odgovornosti za prouzrokovanu štetu. Oslobađanje od odgovornosti postoji ukoliko je šteta posljedica djelovanja više sile, ili ako je pričinjena krivicom oštećenog ili trećih lica. To podrazumijeva da se roditelji ne mogu eksculpirati od odgovornosti samo s pozivom na brižljivo obavljanje

nadzora nad djecom. Ipak, ukoliko se roditelji oslobode od odgovornosti ili ako nemaju dovoljno imovine da nadoknade štetu, tada se može primjeniti i pravičnost kao poseban oblik obvezivanja za naknadu štete. Slijedom toga, sudovi u pravilu primjenjuju osnovni oblik odgovornosti, a ako to nije moguće onda primjenjuju odgovornost po osnovu pravičnosti. Dakle, putem pravičnosti se može obavezati i maloljetnik koji je stvarni štetnik da nadoknadi štetu ukoliko ima dovoljno imovine. Pored ovih uslova potrebno je da se utvrde i materijalne mogućnosti oštećenog u odnosu na štetnika. Međutim, to se ipak jako rijetko dešava i u praksi, jer maloljetnici do 7 godina redovito nemaju dovoljno imovine iz koje bi se mogli nadoknaditi i šteta oštećenim. Za razliku od strožije odgovornosti roditelja za maloljetnike do 7 godina gdje je odgovornost objektivna, kod odgovornosti za maloljetnike od 7 do 14 godina prisutna je blaža vrsta odgovornosti. Naime, kod ove vrste odgovornosti roditelji odgovaraju po principu pretpostavljene krivice, te se mogu osloboditi od odgovornosti ako dokažu da nisu krivi, tj. ako dokažu da su nadzor nad maloljetnicima obavljali na odgovarajući način. U ovom slučaju maloljetnici mogu biti pozvani i na odgovornost ako se ispostavi da su bili sposobni za rasuđivanje. Također, moguće je da se ustanovi i njihova solidarna odgovornost zajedno s roditeljima ako se utvrdi njihova krivica za štetni događaj. Čak i kad postoji odgovornost maloljetnika, moguće je da oni nemaju imovine, ili da se oslobode od odgovornosti prema općim pravilima o odgovornosti. Međutim, pravičnost nalaže i tada da se ustanovi odgovornosti roditelja u smislu obeštećenja oštećene osobe ukoliko je materijalno stanje roditelja dovoljno za uspostavu ove vrste odgovornosti. Pored ovoga, potrebno je da ne postoji krivica roditelja za štetu koju je počinio maloljetnik. Ovaj vid odgovornosti po osnovu pravičnosti je mnogo praktičniji i može se bolje primjeniti iz razloga što roditelji imaju veću mogućnost da nadoknade štetu u odnosu na prvi vid pravičnosti gdje maloljetnici do 7 godina uglavnom nemaju vlastite imovine. Maloljetnik sa navršениh 14 godina ima potpunu deliktну sposobnost te odgovara prema općim pravilima o odgovornosti. U konačnici, smatramo kada maloljetnik ima navršениh 14 godina, a roditelji nisu krivi za počinjenu štetu, da bi roditelji i tada trebali da odgovoraju po principu pravičnosti, bez obzira što je maloljetnik potpuno deliktно sposoban.

Literatura:

1. Antić, O., Obligaciono pravo, četvrto izdanje, Službeni Glasnik, Beograd 2009.
2. Baretić, M., Crnić, I., Ćurković, M., Grbin, I., Kačer, H., Klarić, P., Momčinović, H., Petrović, S., Radolović, A., Sessa, Đ., Novi zakon o obveznim odnosima- najznačajnije izmjene, novi instituti, Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2005.
3. Bikić, A., Naknada štete, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2010.

4. Bikić, A., Obligaciono pravo-opći dio, drugo izdanje, Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 2007.
5. Blagojević, B., Krulj, V., Komentar zakona o obligacionim odnosima, 1 izd., Savremena administracija, 1980.
6. Borić, Ž., Odgovornost za drugog, Pravo i porezi 9/10, 2010.
7. Casals, M. M. (ur.), Children in Tort Law- Part I: Children as Tortfeasors, Tort and Insurance Law, vol. 17., Springer Wien NewYork, 2006.
8. Cees, D., European Tort Law, Second edition, Oxford University Press, 2013.
9. Comande, G., Nocco, L., Children as tortfeasors under Italian law, in: Casals, M. M. (ur.), Children in Tort Law- Part I: Children as Tortfeasors, Tort and Insurance Law, vol. 17., Springer Wien NewYork, 2006.
10. Crnić, I., Naknada štete: odgovornost za štetu i popravljjanje štete, Organizator, Zagreb, 1995.
11. Crnić, I., Parnični postupak i naknada štete, Organizator, Zagreb, 2008.
12. Čalija, B., Omanović, S., Građansko procesno pravo, Pravni fakultet Univerzitet u Sarajevu, Sarajevo, 2000.
13. Čerkić, Š. M., Koncept pravičnosti kao univerzalni model usklađivanja prava i stvarnosti, Anali Pravnog fakulteta u Zenici, god. 6., br.12, 2013.
14. Čerkić, Š. M., Maksimalno engleskog prava pravičnosti, Anali Pravnog fakulteta u Zenici, god. 3., br. 6/2010.
15. Ćirić, J., Objektivna odgovornost u krivičnom pravu, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2008, s. 37.
16. Giliker, P., Vicarious liability in tort: A comparative perspective, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
17. Gorenc, V., Belanić, L., Momčinović, H., Pešutić, A., Slakoper, Z., Vukelić, M., Vukmir, B., Komentar zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2014.
18. Gorenc, V., Komentar zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2005.
19. Habdas, M., Tortious liability in Polish law for damage caused by minors, in: Heiderhoff, B., Zmij, G. (ur.) Tort Law in Poland, Germany and Europe, Sellier, European Law Publisher, Munich, 2009.
20. Hadžimusić, M., Tajić, H., Simović, V. M., Praktikum za primjenu iz zakona o obligacionim odnosima i ugovora robnog prometa-primjeri ugovora, tužbi i sudska praksa, Privredna štampa, Sarajevo, 2010.
21. Hellwege, P., Wittig, P., Delictual and criminal liability in Germany, in: M. Dyson (ur), Comparing tort and crime Learning from across and within Legal systems, Cambridge University Press, 2015, s. 158.
22. Hirsch, S., Children as tortfeasors under Austrian law, in: Casals, M. M. (ur.), Children in Tort Law- Part I: Children as Tortfeasors, Tort and Insurance Law, vol. 17., Springer Wien NewYork, 2006.
23. Kaladić, I., Doprinos oštećenika sedmogodišnjeg djeteta vlastitoj šteti: komentar sudske odluke, Hrvatska pravna revija, 6/2006.
24. Klarić, P., Odštetno pravo, 4 izd., Narodne novine, Zagreb, 2003.

25. Klarić, P., Vedriš, M., Građansko pravo, 14. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2014.
26. Loza, B., Obligaciono pravo, opšti dio, 2 izdanje, Sarajevo, 1981.
27. Mahir, L., O porijeklu i razvoju instituta objektivne odgovornosti za štetu od dejstva stvari u odštetnom pravu u BiH, Anali Pravnog fakulteta u Zenici, god. 6. br.12, 2013.
28. Mikić, M., Odgovornost učenika za štetu, Pravni život, br. 10/2005.
29. Misita, N., Naknada štete po osnovu pravičnosti u Opštem imovinskom zakoniku, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1984.
30. Misita, N., Pravičnost i novčana naknada neimovinske štete, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, god. 36, 1988.
31. Misita, N., Prilog pojmovnog određenju elemenata obvezivanja na naknadu štete, Godišnjak pravnog fakulteta u sarajevu, Sarajevo 1980.
32. Morait, B., Obligaciono pravo, knjiga prva-obligacije i ugovori, knjiga druga-vanugovorni obligacioni odnosi, Komesgrafika, Banja Luka, 2010.
33. Owen, R., Essential Tort Law, III edition, Cavendish Publishing Limited, Great Britain 2000.
34. Perović, S., Stojanović, D., Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knjiga prva, Kulturni centar Gornji Milanovac, Pravni fakultet Kragujevac, 1980.
35. Popović, M., Starateljstvo nad maloletnicima, doktorska disertacija, Beograd, 1965.
36. Puhača, M. B., Zahtjev pravičnosti kao temelj obveze naknade štete, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 31., br. 2/2010.
37. Radišić, J., Obligaciono pravo opšti deo, 5 izmenjeno i dopunjeno izdanje, S.A.M. Konsalting centar, Beograd, 1993.
38. Radoman, D., Odgovornost roditelja za štetu koju njihovo dete prouzrokuje drugom licu, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, Časopis za pravnu teoriju i praksu, vol. 56, br. 1/1984.
39. Sessa, Đ., Odgovornost za drugog, Aktuelnosti Hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Organizator, 2009.
40. Spier, J. (ur.), Unification of tort law: Liability for damage caused by others, Kluwer Law International, The Hague/ London/ New York, 2003.
41. Trnavci, G., Obligaciono pravo, knjiga druga, Pravni fakultet Bihać, 2004.
42. Tudor, I., Tort law from the perspective of corrective and distributive justice, Journal of Public Administration, Finance and Law, 7/2015.
43. Visković, N., Teorija države i prava, 2 izdanje, Birotehnika, Zagreb, 2006.
44. Vizner, B., Komentar zakona o obligacionim odnosima, Zagreb, 1978.
45. Vučetić, L., Pravednost i pravičnost u filozofiji prava, Pravnik, vol. 41, br. 85, 2007.
46. Vuković, M., Odgovornost za štetu u građanskom pravu, Školska knjiga, Zagreb, 1951.

Alaudin Brkić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Economics, University of Zenica
Sajdin Murtić, LLM., Senior assistant
Džejna Suljević, LLM

LIABILITY IN EQUITY IN DOMESTIC LAW OF TORTS

Abstract: In the law of torts in Bosnia and Herzegovina liability in equity is established as a special form of subsidiary liability of parents and minors for caused damage by equity reasons in order to enable injured parties to indemnify in those cases where the tortfeasors and responsible persons would become denied from it with exclusive call for implementation of classical codes of subjective and objective liability for torts.

The objective of this paper is to outline the existing quality of the legal establishment of liability of parents for minors under the age of 7 and the way of liability transfer from parents to minors by implementation of the concept of liability in equity and to provide answers to assumed questions of liability in equity of parents when it comes to causing damage by children with the ability of judgement between the ages of 7 and 14, as well as the issues related to potential liability of parents for minors who are 14. For the purpose of this, the analysis of the existing solutions for concept of liability in equity with appropriate overview of domestic court practice will be conducted, and appropriate conclusions with suggestions for improvement of the existing frame of establishment of liability in equity, compared to reference solutions adopted in comparative law, will be presented in this paper.

Key words: subjective and objective liability, liability in equity, liability for other person, parent, responsibility for control and education, minor, inability of judgement, delict capacity, tortfeasor, responsible person, injured person, indemnity

Dr. sc. iur. Sanja Kavaz Hukić

Javna ustanova Bosanski kulturni centar Tuzlanskog kantona
Direktor

ZAŠTITA SLOBODE KRETANJA PRIVREDNIH DRUŠTAVA PRIMJENOM INSTITUTA POSLOVNOG NASTANA: EKONOMSKA INTEGRACIJA BOSNE I HERCEGOVINE U EUROPSKI EKONOMSKI PROSTOR

Sažetak: Ostvarivanje slobodnog kretanja fizičkih ili pravnih osoba, građana ili privrednih društava, na europskom tržištu među državama članicama Europske unije, odnosno među državama članicama Europskog ekonomskog prostora, osigurano je primjenom instituta poslovnog nastana. Imajući u vidu značaj koji ovaj institut ima u pravnim sistemima, kako na nacionalnom, tako i na supranacionalnom nivou, autorica u radu ukazuje na načine kojima se, a prihvatanjem *acquisa* i prakse suda Europske unije, omogućavaju takva prekogranična kretanja radi stvarnog i trajnog obavljanja privredne djelatnosti u drugoj državi članici. U tom smislu, a u sklopu integracionog procesa Bosne i Hercegovine, u radu se razmatra usklađivanje nacionalnog prava sa primarnim i sekundarnim izvorima prava Europske unije, ali i sudska praksa koja upravo, u pogledu prekogranične mobilnosti privrednih društva, kao jednu od najznačajnijih vrijednosti jedinstvenog europskog tržišta, izdvaja i tumači poslovni nastan. Donošenje i primjena odredaba o poslovnom nastanu, te razlike u nacionalnim pravnim sistemima, čine ovaj institut još interesantnijim i podložnijim i za stvaranje regulatorne konkurencije između država članica, ali i, što je mnogo važnije, za povećanje konkurentnosti privrednih društava i ostvarivanje ekonomskog rasta.

Ključne riječi: poslovni nastan, unutarnje tržište, integracijski proces, sloboda kretanja, privredna društva

Uvod

Savremeni koncept unutarnjeg tržišta nastao je kao rezultat niza procesa, instrumenata, metoda i politika kojima su se različite države sa različitim nacionalnim ekonomijama, tradicijama i suverenitetima organizirale i integrirale u jedinstven ekonomski prostor, odnosno jedinstvenu zajednicu država koja je malim i često „posvađanim“ nacionalnim ekonomijama na europskom tlu omogućila privredni rast, povećala blagostanje građana i omogućila unaprjeđenje njihove konkurentnosti na sve zahtjevnijem svjetskom tržištu. Mala, zatvorena, protekcionistička tržišta sa brojnim monopolima i privilegiranim neefikasnim

privrednim subjektima, onemogućavala su i veći razvoj nacionalnih privreda, stvaranje dobara, novih radnih mjesta, kao i razvoj međunarodne trgovine i poslovanja uopće.

Način prevazilaženja svih tih nedostataka pojedinačnih europskih ekonomija bio je uspostava zajedničkog europskog tržišta, što je u nekim aspektima tada značilo i uspostavu nacionalnih tržišnih odnosa u modernom smislu. Naime, sa osnivanjem zone slobodne trgovine, kao prvog i najnižeg stepena trajnog ukidanja carina i količinskih ograničenja u razmjeni država članica Europske unije (dalje: EU),¹ i sa uspostavljanjem carinske unije, odnosno jedinstvenog carinskog područja na kojem se ukidaju carine i utvrđuje zajednička carinska tarifa,² postavili su se temelji zajedničkog tržišta, koji će, skupa sa zajedničkim politikama rezultirati uspostavljanjem Europske ekonomske zajednice (dalje: EEZ), bliže ekonomske zajednice, koja će od njenih početaka sve do danas značiti za najviši oblik ekonomskog i društvenog zajedništva temeljenog na osnovama ekonomske i monetarne unije na europskom tlu.³ Iz svih navedenih procesa, uz kontinuiranu harmonizaciju prava nacionalnih sistema, uspostavljanje niza zajedničkih institucija, te sudski i administrativni nadzor nad poštivanjem pravila na tržištu, nastao je savremeni koncept unutarnjeg tržišta, koje obuhvata područje bez unutarnjih granica u kojem se osiguravaju slobode kretanja roba, osoba, usluga i kapitala.⁴ Sve ove slobode kretanja postavljene su u odredbama Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU),⁵ dalje su precizirane i detaljnije obrađene u brojnim sekundarnim izvorima prava EU-a, a kojima se uređuju pojedini sektori privrede, te u sudskoj praksi Suda EU, i sve se odnose na mobilnost fizičkih i pravnih osoba na tržištu EU-a temeljenoj na načelu zabrane

1 Zonu slobodne trgovine čine dva ili više carinskih područja unutar kojih su ukinute sve carine i druga trgovinska ograničenja na gotovo svu robu porijeklom iz tih područja. Za razliku od carinske unije, zemlje pristupnice zoni slobodne trgovine zadržavaju vlastitu carinsku tarifu prema trećim zemljama. Bosna i Hercegovina se Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju (16.06.2008.) obavezala na uspostavljanje zone slobodne trgovine sa Europskom unijom u periodu od pet godina. Dostupno na: <http://www.dei.gov.ba/dokumenti/default.aspx?id=4926&langTag=en-US>

2 Carinska unija EU-a, osnovana je 1968. godine, i olakšava trgovinu poslovnim subjektima iz EU-a, usklađuje carine na robu koja dolazi izvan EU-a i pomaže u zaštiti europskih građana, životinja i okoliša. U praksi Carinska unija znači da carinska tijela svih 28 zemalja EU-a zajednički djeluju kao jedno carinsko tijelo. Na robu koja se uvozi na njihovo državno područje iz ostatka svijeta primjenjuju iste tarife, a u unutarnjoj trgovini ne primjenjuju nikakve tarife. Kad je riječ o EU-u, to znači da se carine ne naplaćuju kad se roba prevozi robe iz jedne države članice u drugu. Carine na robu koja se uvozi u EU čine oko 14 % ukupnog budžeta EU-a kao dio njegovih „tradicionalnih vlastitih sredstava”. Više u Politike Europske unije – Carinska unija EU-a: štiti ljude i olakšava trgovinu, Europska komisija, Brisel, 2014.

3 Više u Mlikotin Tomić, D., Horak, H., Šoljan, V., Pecotić-Kaufman, J., Europsko tržišno pravo, Školska knjiga, Zagreb, 2006., str. 3-6 i Fairhurst, J., Law of the European union, Ninth edition, Pearson, UK, 2012, str. 3-56.

4 Član 14. stav 2., Consolidated version of the Treaty Establishing the European Community, 206, OJ C 321E

5 Ugovor o funkcioniranju Europske unije (2016/C 202/01)

diskriminacije⁶. Ostvarivanje slobodnog kretanja fizičkih ili pravnih osoba, građana ili privrednih društava, na europskom tržištu među državama članicama Europske unije, odnosno među državama članicama Europskog ekonomskog prostora, osigurano je primjenom instituta poslovnog nastana. Pravo poslovnog nastana dio je *acquis-a* kojim se osiguravaju prava građanima Europske unije da započnu samostalno ili u obliku privrednih društava trajne privredne djelatnosti u bilo kojoj od država članica Unije. Države članice moraju osigurati da pravo poslovnoga nastana za državljane EU-a i pravne osobe u bilo kojoj državi članici, i sloboda pružanja prekograničnih usluga nisu spriječeni nacionalnim zakonodavstvom, osim iznimaka navedenih u UFEU. Osim toga pravna stečevina Europske unije usklađuje i pravila vezana uz regulirane profesije kako bi osigurala uzajamno priznavanje kvalifikacija i diploma između država članice, zajednički minimalni program obrazovanja se mora poštivati za određene regulirane profesije kako bi se kvalifikacije mogle automatski priznati u nekoj državi članici EU-a, i sl. Uz to, u pogledu pružanja određenih usluga, pravna stečevina također ima za cilj otvaranje određenih sektora za konkurenciju na postupan i kontrolirani način, a u okviru regulatornog okvira koji osigurava univerzalnu uslugu.⁷

1. Razgraničenje slobode poslovnog nastana u odnosu na ostale slobode kretanja

Sloboda pružanja usluga, uz slobodu kretanja kapitala, komplementarna je slobodi poslovnog nastana, a da bi se sloboda poslovnog nastana adekvatno razumjela potrebno ju je razgraničiti u odnosu prema ostalim slobodama kretanja. Osnovna razlika između slobode pružanja usluga i slobode poslovnog nastana jeste ta što sloboda pružanja usluga, u skladu sa odredbama UFEU-a, podrazumijeva privremeno obavljanje djelatnosti, što se utvrđuje u odnosu na njeno trajanje, periodičnost, neprekidnost i redovitost, te podrazumijeva da pružatelji usluga s poslovnim nastanom u jednoj državi članici mogu u drugoj državi članici u kojoj pružaju usluge imati određenu infrastrukturu koja im je za to potrebna, dok sloboda poslovnog nastana podrazumijeva stvarno obavljanje ili privredne ili samostalne poslovne aktivnosti na stalnoj, kontinuiranoj i trajnoj osnovi putem stalnog poslovnog nastana u drugoj državi članici tokom neodređenog vremenskog razdoblja.⁸ To u osnovi znači da, za razliku od prekograničnog pružanja usluga, pri kojem se usluge pružaju privremeno u drugoj državi članici i pri čemu nema prekograničnog nastana, za poslovni nastan je karakteristično da

6 Načelo zabrane diskriminacije znači da države članice imaju obavezu da na jednak način postupaju i prema vlastitim i prema poslovnim subjektima koji dolaze iz druge države članice. No, čak i postupanje na jednak način, primjerice kod osnivanja privrednih društava, može značiti ograničenje slobode kretanja, odnosno prouzročiti tzv. nediskriminatorna ograničenja. Više u: Craig, P., De Burca, G., *EU Law-Text, Cases and Materijals*, Oxford University Press, 2007., str. 797.

7 Primjerice, poštanske usluge

8 Poglavlja 2. i 3. UFEU-a

dolazi do prekograničnog kretanja fizičke ili pravne osobe sa ciljem da stvarno i trajno obavlja privrednu aktivnost u drugoj državi članici, odnosno sa ciljem da se integriše u privredni i pravni sistem države u kojoj se poslovno nastanjuje.

Da bi moglo doći do prekograničnog poslovnog nastana, da bi se jedno privredno društvo koristilo slobodom poslovnog nastana i moglo pozvati na zaštitu koju mu pruža član 49. UFEU-a, potrebno je bude osnovano u skladu sa pravom neke države članice, odnosno da ima registrirano sjedište, središnju upravu ili glavno mjesto poslovanja unutar EU.⁹ No, iako ispune navedene uvjete, ipak može doći do ograničenja slobode poslovnog nastana privrednih društava u slučajevima zaštite javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja.¹⁰ U svojoj praksi Sud EU je razvio kriterije koje primjenjuje na ocjenjivanje mogućnosti primjene nacionalnih mjera koje bi značile ograničenje slobode kretanja u odnosu na zaštitu nacionalnog interesa. Razvijajući sudsku praksu, i na taj način određujući u kojim situacijama se mogu smatrati dopuštenim restriktivne nacionalne mjere, Sud EU-a kontinuirano pokušava držati balans između obaveze država članica da privrednim društvima ne ograničava mobilnost i slobodu poslovnog nastana, te činjenice da svaka država ipak ima poseban pravni sistem, različit u pogledu propisa o osnivanju i uređenju privrednih društava. S tim u vezi, dalje u radu će biti razmotreno niz predmeta i odluka suda u kojima Sud EU smatra prihvatljivim odnosno neprihvatljivim ograničenja slobode kretanja, u ovom konkretnom slučaju slobode poslovnog nastana.

Za razliku od slobode poslovnog nastana, kod slobode pružanja usluga prekogranični element postoji kad pružatelj usluga nema poslovni nastan u državi članici pružanja usluge ili kad primatelj usluge putuje radi korištenja usluge u drugu državu članicu u kojoj nema poslovni nastan. Prekogranični element može nastati i u slučaju kada se usluge pružaju na daljinu, a pružatelj i primatelj usluga ostaju u granicama država članica u kojima imaju poslovni nastan.¹¹ Iako je sloboda pružanja usluga garantirana u primarnom zakonodavstvu odredbama čl. 56. do 62. UFEU-a, jedan od najvažnijih izvora prava u ovom području jesu odredbe Direktive o uslugama, koja je nastala kao rezultat dugih pregovora koji su prethodili njezinom donošenju, sa ciljem ne samo da podrazumijeva iscrpno reguliranje slobode pružanja usluga, nego i slobode poslovnog nastana za pružatelje usluga.¹² Za razliku od odredbi UFEU-a o slobodi poslovnog nastana

9 Pojam privredna društva odnosi se na privredna društva koja su osnovana po pravilima građanskog ili privrednog prava, uključujući i zadruga te ostale pravne osobe uređene javnim ili privatnim pravom, osim onih koje su neprofitne. Član 54. u vezi sa članom 49. UFEU.

10 Član 52. UFEU

11 Costas, C.F., Freedom to Provide Services and Special Local Taxes in Romania, SUBB Jurisprudentia, Vol. 75, No. 2/2010., str. 77.

12 Direktiva o uslugama predstavlja ostvarenje jednog od ciljeva Lisabonske strategije kojom se kao ciljevi određuju efikasno prenošenje europskog prava na nacionalnu razinu, ukidanje svih prepreka za slobodno kretanje usluga u Europskoj uniji, dovršetak stvaranja jedinstvenog tržišta te usvajanje pravila na nivou Europske unije kojima se uklanjaju prepreke za slobodno kretanje usluga. Više u Horak, H., Dumančić, K., Problemi

koja se temelji na ideji da se privredna društva, u pravilu, moraju uskladiti sa zahtjevima države članice u koju dolaze, pružateljima usluga dopušteno je, u širokom obimu, oslanjati se na pravni okvir njihove države članice dok pružaju usluge u drugoj državi članici.¹³ Iz cjelokupnog teksta Direktive o uslugama i njene primjene u praksi, a posebno obzirom na činjenicu da privredna društva ne trebaju osnivati pravnu osobu, proizlazi da se oslobađa prostor za više rada na određeno vrijeme, što u isto vrijeme i olakšava prekogranično pružanje usluga, ali i pojačava prekogranična kretanja.¹⁴ Stoga, imajući u vidu navedeno, a analizirajući sličnosti i razlike slobode pružanja usluga i slobode poslovnog nastana, te njihovu komplementarnost, kao preduvjet za prekogranično pružanje usluga na području EU-a, jeste upravo činjenica da privredna društva koja na taj način pružaju usluge, u drugim državama EU-a, moraju pravoshodno biti osnovana i registrirana u skladu sa pravom države članice, odnosno imati poslovni nastan unutar EU-a.¹⁵ Tako pojedinci i privredna društva osnovana na teritoriju jedne države članice EU-a, uz primjenu posebnih propisa kojima se uređuju određene privredne djelatnosti i reguliraju određene profesije, mogu neposredno pružati svoje usluge i privremeno obavljati svoje djelatnosti na području drugih država članica, a bez obaveze osnivanja primjerice podružnice ili zastupništva.

2. Regulatorna konkurencija između država članica – opravdanost nacionalnih ograničenja slobodnog kretanja privrednih društava

Cilj pravila UFEU-a, i prava EU-a o slobodi poslovnog nastana jeste omogućavanje i poticanje kretanja privrednih društava, na unutarnjem tržištu, a što u konačnici ima za rezultat ne samo povećanje efikasnosti poslovanja poslovnih subjekata, nego i povećanje životnog standarda stanovništva i performansi privrede u cjelini, i na nacionalnom i na supranacionalnom nivou. Međutim, u praksi punu slobodu poslovnog nastana, odnosno mobilnosti privrednih društava nije jednostavno ostvariti. Države članice svojim propisima, odnosno djelovanjima, na razne načine mogu stvoriti prepreke slobodnom kretanju na unutarnjem tržištu, otežavajući tako pristup svom teritoriju privrednim društvima osnovanim u drugim državama članicama. Složena problematika se javlja vezano za niz pitanja, od suprotstavljenosti teorije stvarnog sjedišta slobodi poslovnog nastana, ujednačavanja zakonodavstva koje se odnosi na pitanja prijenosa sjedišta kroz postupke prekograničnih pripajanja i spajanja, podjelom društva ili na druge implementacije Direktive o uslugama u pravo RH-odustajanje od socijalnog modela na nacionalnom nivou?, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, Volume 32, Broj 2., 2011., str. 710-712.

13 Hatzopoulos, V., Liberalising trade in services: creating new migration opportunities?, European Legal Studies, College of Europe, 1/2010, str. 7.

14 Direktiva o uslugama 2006/123/EZ

15 U trećem poglavlju UFEU-a, o Uslugama, u članu 56. navodi se da su zabranjena ograničenja slobode pružanja usluga unutar EU-a, kada se radi o državljanina država članica koji su poslovni nastan ostvarili u državi članici koja nije država osobe kojoj su usluge namijenjene.

slične načine, do jednakog reguliranja pitanja poreznog režima, pitanja zaštite radnika, dioničara, vjerovnika i sl.

Način na koji Sud EU-a tumači odredbe UFEU-a o poslovnom nastanu dovodi do regulatorne konkurencije između država članica, obzirom da omogućava poslovnim subjektima odabir najpovoljnijeg pravnog uređenja za osnivanje privrednog društva u okviru unutarnjeg tržišta. Nekoliko je odluka Suda EU kojima je izražen jasan stav da restriktivnija država ne smije nametnuti „stranom“ privrednom društvu jednake uvjete kao vlastitom, jer u suprotnom dolazi do legitimnog kršenja slobode poslovnog nastana garantirane UFEU-om. Na državama članicama je, koje imaju restriktivnije pravne sisteme u pogledu osnivanja i uređenja privrednih društava (primjerice u pogledu minimalnog temeljnog kapitala i sl.) da izmjene vlastita pravila i tako motiviraju poslovne subjekte da upravo na njihovom teritoriju osnivaju privredna društva.

Nakon presuda Suda EU-a u nekim od najpoznatijih predmeta poput predmeta Centros, Überseering ili Inspire Art, došlo je do povećanja slučajeva migracije privrednih društava u zemlje sa povoljnijim pravnim uređenjima. Najprivlačnije je bilo englesko uređenje prava društava, gdje za osnivanje pojedinih vrsta privrednih društava nije bila potrebna ni uplata minimalnog temeljnog kapitala niti čak ni notar.¹⁶

Centros¹⁷ je jedan od ključnih predmeta kojim je Sud EU-a, na temelju odredaba o slobodi poslovnog nastana, jasno stavio do znanja državama sa restriktivnim mjerama da se potraga za najpovoljnijim pravnim uređenjem osnivanja i reguliranja djelatnosti privrednih društava, a kako bi se zaobišle nepovoljne norme domaćeg prava društava, ne može zabraniti niti otežati nacionalnim mjerama. Takve restriktivne mjere bi ugrozile, odnosno sasvim onemogućile slobodno kretanje privrednih društava na unutarnjem tržištu EU-a, jedne od temeljnih sloboda garantiranih pravom EU-a. U navedenom predmetu riječ je o državljanima Danske, sa prebivalištem u Danskoj, koji su, obzirom da je u Danskoj za osnivanje privrednog društva bilo potrebno uplatiti minimalan kapital od dvjesto hiljada danskih kruna, osnovali prvo u Engleskoj društvo sa ograničenom odgovornošću, za što je bilo potrebno uplatiti jednu funtu, a nakon takvog ostvarenja poslovnog nastana u Engleskoj, su zatražili i registraciju podružnice u Danskoj sa ciljem ostvarivanja sekundarnog poslovnog nastana, za što nije bila potrebna uplata kapitala. Međutim, smatrajući da je namjera danskih državljana osnivajući društvo čija bi djelatnost bila uvoz vina na dansko tržište, bila zaobilaženje danskih propisa, registracija podružnice je bila odbijena, a Centros Ltd se pozvao na pravo poslovnog nastana, navevši da se odlukom o odbijanju zahtjeva za upis podružnice u sudski registar krši pravo na sekundarni poslovni nastan garantirano UFEU-om. Sud EU-a nije prihvatio danske argumente kojima

16 Tako je primjerice u periodu od 1997.-2006- godine osnovano 41499 „njemačkih“ engleskih privrednih društava. Više vidjeti u: Ringe, W.G., Sparking regulatory competition in European company law: The impact of the Centros line of case-law and its concept of „abuse of law“, University of Oxford, Legal Research Paper Series, Paper No 2, 2009., str. 14-18.

17 Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, C-212/97, (1999)

se pravdala takva restriktivna mjera, a prema kojima je došlo do zloupotrebe prava na poslovni nastan jer je bila očita namjera danskih državljana da koristeći pravo na poslovni nastan zaobidu nepovoljne norme domaćeg prava društava. Jedan od argumenata danskih vlasti je bio i zaštita vjerovnika društva, kao i potreba sprječavanja lažnih stečaja. Razmatrajući i te argumente, Sud EU-a je naveo da nacionalne odredbe o uplati minimalnog temeljnog kapitala ne smatra značajnima u borbi protiv finansijskih prevara, te da države članice moraju naći adekvatnije načine zaštite vjerovnika, i to one koji neće negirati i ograničavati temeljne slobode na unutarnjem tržištu.

Presuda u predmetu Centros prethodila je ocjeni suprotstavljenosti teorije stvarnog sjedišta slobodi poslovnog nastana, a prema kojoj je za privredno društvo mjerodavno pravo države u kojoj privredno društvo ima stvarno sjedište, bez obzira na to gdje je društvo registrirano.¹⁸ Upravo je u predmetu Überseering sporna bila primjena teorija primjene stvarnog sjedišta privrednog društva, obzirom da je po svojim učincima bila protivna slobodi poslovnog nastana privrednih društava.¹⁹ U ovom predmetu holandsko privredno društvo Überseering BV, je steklo nekretnine u Njemačkoj, u Düsseldorfu, te je sklopilo ugovor o izvođenju određenih građevinskih radova na nekretnini sa jednim njemačkim privrednim društvom. Između navedenih stranaka je došlo do spora oko izvedenih radova te je Überseering BV podnio tužbu za naknadu štete protiv njemačkog izvođača radova. U parničnom postupku je tuženi prigovorio da tužitelj, odnosno privredno društvo Überseering BV nema pravnu sposobnost, da je istu izgubilo obzirom da su, a prije pokretanja parničnog postupka, sve poslovne udjele u tom privrednom društvu preuzele dvije fizičke osobe sa prebivalištem u Düsseldorfu, koje su postale i jedini članovi uprave društva, čime je stvarno sjedište društva premješteno u Njemačku. Prema teoriji stvarnog sjedišta, a koja je prihvaćena u njemačkom međunarodnom privatnom pravu, za privredno društvo je time postalo mjerodavno njemačko pravo, a kako društvo nije registrirano u Njemačkoj, ono bi prema njemačkom međunarodnom privatnom pravu izgubilo pravnu sposobnost. Sud EU-a utvrdio je da bi odbijanje priznavanja pravne sposobnosti pozivanjem na primjenu njemačkog prava društava, kao prava stvarnog sjedišta privrednog društva, bilo protivno slobodi poslovnog nastana. Prema tumačenju Suda EU-a, nepriznavanje pravne sposobnosti privrednom društvu koje je registrirano prema pravu druge države članice EU-a, značilo bi negaciju prava poslovnog nastana ustanovljenog UFEU-om.²⁰ Za razliku od teorije stvarnog sjedišta, koju su do

18 Prema teoriji osnivanja mjerodavno je pravo države u kojoj je privredno društvo registrirano. Više u Horak, H., Dumančić, K., Kaufman Pecotić, J., Uvod u europsko pravo društava, Školska knjiga, Zagreb, 2010., str. 111-112.

19 Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH, C-208/00, (2002)

20 Tokom postupka, njemačka vlada je upozorila na okolnost da prema UFEU kolizijska pravila o privrednim društvima tek trebaju biti harmonizirana na nivou EU-a, no Sud EU-a je konstatovao da činjenica što za sada ne postoje unificirana kolizijska pravila o privrednim društvima ne može ograničiti ostvarenje prava poslovnog nastana, te iz presude Überseering nedvosmisleno proizlazi

ovakve odluke Suda EU-a primjenjivali njemački sudovi, teorija osnivanja ne dovodi do osporavanja prava na prekogranični poslovni nastan. Naime, prema teoriji osnivanja, u ovom konkretnom slučaju, holandsko privredno društvo bi u Njemačkoj imalo procesnu sposobnost, iako mu je stvarno sjedište u Njemačkoj. Drugim riječima, sloboda poslovnog nastana, odnosno pravo kretanja i bavljenja poslovnom djelatnošću ne bi bilo dovedeno u pitanje zbog primjene nacionalnih kolizijskih normi. Sagledavajući presude u predmetima Centros i Überseering, može se doći do zaključka da Sud EU-a nužno ne zastupa niti teoriju osnivanja, gledajući iz perspektive garantiranja mogućnosti slobodnog kretanja privrednih društava na unutarnjem tržištu, nego jednostavno dolazi do stava da ona, za razliku od konkurentske teorije sjedišta, ne dovodi do ograničavanja slobode poslovnog nastana.

O manje drastičnom ograničavanju slobode poslovnog nastana Sud EU-a je odlučivao u predmetu Inspire Art²¹, u kojem su sporne bile odredbe holandskog Zakona o formalno stranim društvima iz 1997. godine, o posebnim kriterijima koje trebaju ispuniti formalno strana privredna društva koja osnivaju podružnice u Holandiji.²² Naime, ovim zakonom je Holandija, kao država članica EU-a, koja primjenjuje teoriju osnivanja, pokušala da ublaži učinke zaobilaženja domaćeg prava donošenjem posebnog propisa, kojim nameće dodatne uvjete u pitanjima osnivanja podružnica. Već je sam naziv zakona pobudio određene sumnje u odnosu na usklađenost sa pravom EU-a, a njegovim odredbama država Holandija je osim traženja dodatnih podataka koje društvo mora dostaviti pri osnivanju podružnice u drugoj državi članici, tražila i da se zadovolje pravila o minimalnom temeljnom kapitalu, odgovornosti direktora i sl., a koja se primjenjuju i u holandskom pravu društava. Takvim zakonom Holandske vlasti su navele da nastoje samo da se stranom privrednom društvu odredi nekoliko novih administrativnih obaveza, a nikako da mu se ospori pravna sposobnost niti činjenica da je za njega mjerodavno pravo njegova osnivanja. No, Sud EU-a je u presudi naveo da odredbe holandskog zakona koje se odnose na minimalni temeljni kapital i na odgovornost direktora ograničavaju slobodu poslovnog nastana i protivne su odredbama UFEU-a, i odbija u potpunosti argument da sporni holandski zakon nije protivan odredbama UFEU-a o slobodi poslovnog nastana, zbog toga što su takva strana privredna društva potpuno priznata u Holandiji i ne odbija se njihova registracija, nego im se samo nameću dodatne obaveze. S tim u vezi, niti odredbe o minimalnom

da se teorija stvarnog sjedišta ne može koristiti kao sredstvo ograničavanja prava poslovnog nastana privrednim društvima koja su osnovana prema pravu druge države članice. Babić, D, Sloboda kretanja trgovačkih društava u Europskoj uniji, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Posebni broj, 56, 2006., str. 234-235.

21 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd., C-167/01, (2003)

22 Formalno je strano društvo tim zakonom definirano kao društvo kapitala osnovano na temelju prava koje nije holandsko pravo, kao društvo koje ima pravnu osobnost, koje svoje poslovanje obavlja u potpunosti ili gotovo u potpunosti u Holandiji, a koje nema nikakve stvarne veze sa državom u kojoj se primjenjuje pravo na temelju kojega je društvo osnovano. Horak, H., Dumančić, K., Kaufman Pecotić, J., , op. cit., str. 116.

temeljnem kapitalu niti odredbe o odgovornosti direktora ako iznos temeljnog kapitala dosegne iznos određen kao minimum, niti ako taj iznos tokom postojanja privrednog društva postane manji od propisanog minimuma se ne mogu opravdati razlozima zaštite vjerovnika, borbe protiv zloupotrebe pozivanja na slobodu poslovnog nastana, niti očuvanjem poštenja privrednih odnosa ili čak učinkovite porezne inspekcije. Sva takva pravila ograničavaju ostvarivanje slobode poslovnog nastana, protivna su odredbama UFEU-a, i države članice ne mogu na taj način sprječavati zaobilaženje domaćeg prava osnivanjem privrednih društava u drugoj državi članici, odnosno biranje povoljnijeg regulatornog sistema.

3. Imigracija i emigracija privrednih društava – primjena odredbi UFEU-a na prekogranični prijenos sjedišta privrednog društva

U svim do sada analiziranim predmetima Sud EU je donio odluke u kojima smatra da je mobilnost privrednih društava zaštićena odredbama UFEU-a o slobodi poslovnog nastana, te da se ona ne može narušiti čak i kada postoje očite naznake da se radi o zaobilaženju restriktivnih pravila u pogledu prava društava u državi članici u kojoj privredno društvo zaista namjerava poslovati. Takva nacionalna ograničenja se mogu pravdati pozivanjem na razloge prisile zbog zaštite općeg interesa, odnosno javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja, ali ni u jednom do sada analiziranom predmetu Sud EU-a nije prihvatio mogućnost da razlozi na koje su se pozivale države članice mogu poslužiti kao valjano opravdanje za ograničavanje slobode poslovnog nastana. Također, zajednička karakteristika navedenih predmeta jeste da se svi oni odnose na situaciju kada privredno društvo iskorištava svoje pravo na poslovni nastan na način da želi migrirati u drugu državu članicu kako bi u njoj poslovalo poput privrednih društava u predmetima Centros i Inspire Art, ili kako bi mu bila priznata pravna odnosno procesna sposobnost kao što je to bio slučaj u predmetu Überseering.

No, mobilnost privrednog društva se može dešavati u dva smjera, u ovisnosti da li društvo imigrira ili emigrira. Razlikovanje situacija odnosno predmeta obzirom na imigraciju i emigraciju privrednog društva se može smatrati previše pojednostavljenim načinom promatranja problema primjene odredaba UFEU-a o slobodi poslovnog nastana. U predmetima Centros, Inspire Art, i Überseering, došlo je do imigracije u drugu državu članicu, u kojem slučaju je Sud EU smatrao da država članica, u koju neko privredno društvo želi ući, treba poštovati činjenicu da je privredno društvo valjano osnovano u drugoj državi članici, te da mu ne smije nametati dodatne uvjete kojima mu otežava ulazak u tu državu (Inspire Art), ili ga pak sasvim sprječavati (Centros i Überseering). Međutim, emigracija znači da privredna društva imaju namjeru emigrirati prijenosom sjedišta iz države članice u kojoj je privredno društvo osnovano, a pri tome zadržati pravnu sposobnost u državi osnivanja. U takvim slučajevima, Sud EU-a je u predmetima Cartesio i Daily Mail and General Trust, odlučio da država članica osnivanja ima pravo

zabraniti (*Cartesio*), odnosno ograničiti pravo prijenosa sjedišta (*Daily Mail and General Trust*). Iz takve prakse Suda EU-a vidljivo je da se različito tretiraju te dvije situacije, da imigraciju privrednog društva u drugu državu članicu Sud EU nedvojbeno smatra zaštićenim pravom poslovnog nastana, a emigraciju privrednog društva prekograničnim prijenosom sjedišta, ne smatra zaštićenim pravom poslovnog nastana. Vezano za imigraciju i emigraciju privrednih društava, razlike u ovim predmetima vidljive su i kad se uzme u obzir činjenica koja država članica postavlja ograničenje, pa tako u predmetima *Centros*, *Inspire Art*, i *Überseering* država članica u kojoj privredno društvo želi ostvariti svoj sekundarni poslovni nastan postavlja ograničenje (država domaćin), dok u predmetima *Cartesio* i *Daily Mail and General Trust* država članica u kojoj privredno društvo ima primarni poslovni nastan postavlja ograničenje (država osnivanja). Uz to se predmeti *Centros*, *Inspire Art*, i *Überseering* mogu promatrati kao predmeti koji se svode na pitanje regulatorne konkurencije, dok se u predmetima *Cartesio* i *Daily Mail and General Trust* ne pojavljuje pitanje regulatorne konkurencije obzirom da u njima Sud EU-a zauzima stav da nacionalna pravila, koja u različitim državama članicama različito uređuju slobodu privrednog društva da izađe iz države osnivanja, nisu protivna slobodi poslovnog nastana.²³

Prvi predmet u kojem je Sud EU odlučivao o primjeni odredbi UFEU-a na prekogranični prijenos sjedišta društva, jeste predmet *Daily Mail and General Trust*.²⁴ U ovom predmetu Sud EU-a je prednost dao primjeni nacionalnog prava države, čija su sporna restriktivna pravila bila predmetom odlučivanja, a ne odredbama UFEU-a. Sve države, u predmetima ranije navedenim, su nakon te presude bezuspješno tražile oslonac u ovoj presudi. Naime, u predmetu *Daily Mail and General Trust* radi se o britanskom privrednom društvu koje je mjesto s kojeg se upravlja društvom htjelo premjestiti iz Ujedinjenog Kraljevstva u Holandiju, a u državi osnivanja zadržati svojstvo britanske pravne osobe, što je moguće prema britanskim pravnim propisima, čime bi društvo prestalo biti britanskim a postalo holandskim poreskim obveznikom, što bi za društvo značilo znatne uštede u pogledu poreza koji treba platiti za neke transakcije koje su bile planirane nakon preseljenja u Holandiju. Međutim, svojstvo britanskog poreskog obveznika privredno društvo može izgubiti samo ako to odobri ministarstvo finansija, a u konkretnom slučaju privredno društvo to odobrenje nije uspjelo pribaviti. Stoga se u ovom predmetu postavilo pitanje može li se privrednom društvu prijenos mjesta sa kojeg se upravlja društvom u drugu državu članicu uvjetovati prethodnim odobrenjem mjerodavnog

23 U predmetima u kojima se pojavljuje regulatorna konkurencija, riječ je o spornim nacionalnim mjerama čiji je učinak obeshrabrivanje domaćih državljana, odnosno osoba sa prebivalištem u jednoj državi članici da iskoriste prava na temelju odredaba o slobodi poslovnog nastana, te osnuju društvo u drugoj državi članici koja iz perspektive osnivača ima povoljnije propise u području prava društava (država članica porijekla), a zatim težište poslovanja društva premjesti u državu čiji su državljani, odnosno u kojoj imaju prebivalište (država članica domaćin), zaobilazeći na taj način primjenu restriktivnijih propisa države članice domaćina. Ibidem.

24 *Daily Mail and General Trust plc v HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue* (1988) Case 81/87

tijela ili je to protivno odredbama UFEU-a o slobodi poslovnog nastana. Sud EU-a je jasno stao na stranu odbrane restriktivnih nacionalnih pravila smatrajući da se u konkretnoj situaciji ne primjenjuju odredbe UFEU-a o slobodi poslovnog nastana. Naime, Sud EU-a je istakao da Ujedinjeno Kraljevstvo ne sprječava dotično da u drugoj državi članici osnuje društvo kćer, podružnicu ili zastupništvo, niti ga sprječava da djelomično i u cijelosti prenese poslovanje na novonastalo društvo u drugoj državi članici, nego je riječ o premještanju mjesta s kojeg se upravlja društvom u drugu državu članicu, pri čemu društvo u prvoj državi zadržava pravnu sposobnost te i dalje postoji kao britansko privredno društvo. Mišljenje Suda EU-a je da su privredna društva tvorevine prava i da države članice svojim domaćim propisima reguliraju njihovo osnivanje i ustroj. Navedeno mišljenje je karakteristično za stav Suda EU u pogledu prekograničnog prijenosa sjedišta, a isto se nije bitno promijenilo ni u predmetu *Cartesio*, dvadeset godina kasnije. Sud u predmetu *Daily Mail and General Trust* insistira na različitosti pravnih uređenja u državama članicama, obzirom da one na različite načine uređuju pitanje može li društvo osnovano na temelju prava jedne države članice naknadno promijeniti poveznicu koja je relevantna za osnivanje društva. Sud nadalje tumači da se u UFEU-u razlike u nacionalnim propisima smatraju problemom koji nije riješen pravilima o slobodi poslovnog nastana, već ga treba riješiti donošenjem propisa ili međunarodnih sporazuma.²⁵ U takvim okolnostima odredbe UFEU-a se ne mogu tumačiti na način da društvima osnovanim na temelju prava jedne države članice daju pravo prijenosa mjesta s kojeg se upravlja društvom u drugu državu članicu uz zadržavanje statusa društva osnovanog prema propisima prve države članice.²⁶

4. Bosna i Hercegovina i usklađivanje sa pravnom stečevinom u oblasti slobode pružanja usluga i poslovno nastana

U skladu sa zaključcima Europskog vijeća u Kopenhagenu u junu 1993. godine, pristupanje EU-u zahtijeva postojanje funkcionalne tržišne ekonomije i sposobnost suočavanja sa konkurentskim pritiskom i tržišnim snagama u EU-u. Kad je riječ o unutarnjem tržištu i ekonomskim kriterijima potrebno je da praćenje ekonomskih kriterija bude promatrano u kontekstu veće važnosti

25 Sekundarnog supranacionalnog propisa koji bi uređivao pitanje prekograničnog prijenosa sjedišta nacionalnog privrednog društva nije bio u vrijeme donošenja odluke u predmetu *Daily Mail and General Trust*, ali ni u vrijeme donošenja odluke u predmetu *Cartesio*, dvadeset godina nakon toga.

26 Detaljnija objašnjenja odluke Suda EU-a u predmetu *Daily Mail and General Trust* vidjeti u Mäntysaari, P., *The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law*, Volume I: Cash Flow, Risk, Agency, Information, Springer, 2010., str. 87-88., dalje: *Lever, J., Case 81/87, The Queen v. H.M. Treasury exparte Daily Mail and General Trust PLC (Judgment of 27 September 1988 [1988] 3 CMLR 713)* (1989), 26 *Common Market Law Review*, Issue 2, str. 327-334, zatim Miller, R., A., Zumbansen, P., *Annual of German and European Law*, Volume II/III, Berghahn Books, New York-Oxford, 2004/2005, str. 141-142., kao i Brokelind, c., *Towards a Homogeneous EC Direct Tax Law, An Assessment of the Member States Responses to the ECJs Case Law*, IBFD, 2007., str 136., i dalje..

ekonomskog upravljanja u procesu proširenja.²⁷ Bosna i Hercegovina (dalje: BiH) je u ranoj fazi pripremnih aktivnosti usklađivanja nacionalnog zakonodavstva u oblasti kretanja osoba, usluga i prava poslovnog nastana. U ovoj oblasti je ostvaren određeni napredak, ali bi u narednom periodu Bosna i Hercegovina trebala posebno osigurati da entitetsko zakonodavstvo prije usvajanja sadrži sve preporuke Agencije za osiguranje Bosne i Hercegovine, čime se jača uloga Agencije u koordinaciji usklađivanja zakonodavstva i usklađivanja sa *acquis*-em EU-a, i usvojiti propise uz daljnje usklađivanje sa najnovijim *acquis*-em EU, osobito onim koji se odnosi na slobodu kretanja usluga. S tim u vezi, još uvijek nema državne strategije niti državnog zakona a kojim bi se osigurao dosljedan regulatorni okvir usklađen sa *acquis*-em koji se tiče pružanja usluga. Što se tiče samog prava poslovnog nastana, u entitetskim zakonima su usvojene izmjene i dopune Zakona o registraciji poslovnih subjekata, a kako bi se uvele efikasnije i jeftinije procedure za likvidaciju na vlastitu inicijativu za pravna lica koja nisu uskladila svoj oblik poslovnog nastana sa zakonodavstvom o privrednim društvima.²⁸

Nakon ulaska Bosne i Hercegovine u punopravno članstvo Europske unije pravne i fizičke osobe s poslovnim nastanom u državama članicama Europske unije, trebale bi da imaju mogućnost da ostvaruju svoje pravo na poslovni nastan i slobodno pružanje usluga u BiH pod jednakim uvjetima pod kojima djeluju i domaći pružatelji usluga. Isto tako bi pružatelji usluga iz BiH mogli svoje djelatnosti obavljati u svim drugim državama članicama EU-a. Kako bi se harmoniziralo nacionalno zakonodavstvo, u BiH-u bi trebalo donijeti

27 Svaka država obuhvaćena politikom proširenja jednom godišnje priprema Program ekonomskih reformi (PER), u kojem je naveden srednjoročni okvir za makro-fiskalne politike i program strukturnih reformi, sa ciljem osiguravanja konkurentnosti i inkluzivnog rasta. PER je osnova za konkretne preporuke za pojedinačne države, koje EU, Zapadni Balkan i Turska usvajaju u maju svake godine na ministarskom sastanku. Slijedeći „Smjernice za programe ekonomskih reformi“, nadležne institucije u Bosni i Hercegovini pripremile su Program ekonomskih reformi za 2019. - 2021. godinu. Ovogodišnji program je peti po redu koji se dostavlja Europskoj komisiji. Program ekonomskih reformi sadrži srednjoročni makroekonomski okvir i okvir fiskalne politike, uključujući i fiskalne mjere, te sveobuhvatan program strukturnih reformi u cilju poboljšanja rasta i konkurentnosti zemlje. Program ekonomskih reformi 2019. - 2021. godine izrađen je prema Smjernicama za izradu programa ekonomskih reformi, koje je dostavila Europska komisija. Plan aktivnosti za izradu Programa ekonomskih reformi osnovni je dokument koji regulira proces izrade Programa ekonomskih reformi i suradnju između različitih razina vlasti, Vijeća ministara BiH, Vlade Federacije BiH i Vlade Republike Srpske. Program ekonomskih reformi za 2019-2021. godinu (PER BiH 2019-2021), usvojen na 165. sjednici Vijeća ministara Bosne i Hercegovine, dostupno na http://www.vijecemini-stara.gov.ba/saopstenja/sjednice/saopstenja_sa_sjednica/default.aspx?id=29917&langTag=hr-HR

28 Vidjeti više u Izvještaju o Bosni i Bosni i Hercegovini za 2016. godinu uz dokument Saopštenje Komisije Europskom parlamentu, Savjetu, Europskom ekonomskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Saopštenje o politici proširenja EU za 2016. godinu, Europska komisija, Brisel 2016., str. 37-40., zatim legislativnim aktima Zakon o privrednim društvima Federacije BiH („Službene novine Federacije BiH“, broj: 81/15) i Zakon o privrednim društvima Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 127/08, 58/09, 100/11, 67/13 i 100/17), Zakon o registraciji poslovnih subjekata u Federaciji BiH („Službene novine Federacije BiH“, broj: 27/05, 68/05, 43/09 i 63/14) i Zakon o registraciji poslovnih subjekata u Republici Srpskoj („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 67/13 i 15/16)

primjerice krovni Zakon o uslugama, kojim bi se na jednom mjestu regulirale sve usluge i sa kojim bi bilo potrebno uskladiti sve ostale zakone koji reguliraju ove djelatnosti. Takvim jednim krovnim Zakonom o uslugama propisale bi se opće odredbe kojima se pružateljima usluga olakšava ostvarivanje prava poslovnog nastana i slobode pružanja usluga na području Bosne i Hercegovine.²⁹ Zakonom o uslugama bi se preuzele i implementirale odredbe Direktive o uslugama, uz odredbe kojima se navodi i niz usluga na koje odredbe zakona ne bi utjecale, poput liberalizacije usluga od općeg privrednog interesa rezerviranih za javna ili privatna tijela, privatizacije javnih tijela koja pružaju usluge, ukidanje monopola u području pružanja usluga, državnim pomoćima obuhvaćenim propisima Europske unije o pravu konkurencije, itd. Jedan od ciljeva Zakona o uslugama bi bio i administrativno pojednostavljenje slobode primanja i pružanja usluga i slobode poslovnog nastana, obzirom da bi se temeljem Zakona predvidjelo formiranje nadležnog upravnog tijela koje bi bilo obavezno postupati u postupcima ostvarenja prava na slobodu poslovnog nastana prema načelima zakonitosti, razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa, pomoći stranci i učinkovitosti i ekonomičnosti. Na taj način bi se Direktiva o uslugama u cijelosti implementirala, no, međutim kako postupak donošenja i tekst same Direktive o uslugama još uvijek izaziva niz nedoumica, a sudska praksa utemeljena na istoj još nije obimna, za pretpostaviti je da će i implementacija u regulatorni okvir i poslovnu praksu Bosne i Hercegovine izazvati niz problema, prvenstveno imajući u vidu pravnu neusklađenost niza entitetskih propisa, a zatim i tehničke poteškoće, budući da se radi o provedbenom propisu koji sadržava niz rješenja koje je potrebno provesti u administrativnoj praksi, a koja se odnose i na osnivanje i uređenje posebnih tijela koja Zakonom preuzimaju određene funkcije, pa do cjelokupnog funkcioniranja sistema i povezivanja pružatelja usluga, državnih tijela i potrošača.³⁰

Zaključna razmatranja

Na idealnom unutarnjem tržištu svake države, posebno u odnosu na Bosnu i Hercegovinu i njen složeni pravni sistem, i činjenicu da ista teži postati punopravnom članicom Europske unije, kao i na idealnom unutarnjem tržištu same Europske unije, vrijedila bi unificirana i harmonizirana pravila, a koja bi dopuštala potpunu mobilnost privrednih društava i uspostavljanje paralele u njihovom kretanju sa slobodom kretanja fizičkih osoba. To bi značilo da bi privredna društva mogla premještat i svoje sjedište iz mjesta u mjesto, iz države u državu, baš kao

29 Vidjeti više u: Kavaz Hukić, S., *Europski standardi regulacije javnog sektora sa posebnim osvrtom na Direktivu o uslugama na unutarnjem tržištu 2006/123/EC*, Revija za pravo i ekonomiju, Univerzitet „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Pravni fakultet, Radovi sa Druge međunarodne naučne konferencije, Pravni i ekonomski aspekti procesa integracije Bosne i Hercegovine u Europsku uniju, Godina 18., broj 1., Mostar 2017.

30 Vidjeti više o načinu i problemima implementacije Direktive o uslugama u pravo Republike Hrvatske, Horak, H., Dumančić, K., op.cit., str. 715-717.

što to mogu činiti unutar teritorija pojedine države članice, bez obzira gdje im je registarsko sjedište. No, obzirom da se privredna društva smatraju tvorevinama nacionalnog prava, čije osnivanje i uređenje podliježe normama nacionalnih prava, određena ograničenja u pogledu mobilnosti privrednih društava, odnosno slobode poslovnog nastana, predstavljaju upravo poštivanje različitosti pravnih uređenja u državama članicama. S tim u vezi privredna društva nisu uskraćena za mogućnost slobodnog poslovnog nastana u drugim državama članicama, a osnivanja novih društava, podružnica ili zastupništava države useljenja ili države primateljice ne smiju zapriječiti, no, apsolutna sloboda poslovnog nastana i kretanja privrednih društava još nije zajamčena. U konačnici, pravo EU-a je to koje u značajnoj mjeri omogućava mobilnost odnosno kretanje privrednih društava na unutarnjem tržištu, a sama povećana kretanja privrednih društava, njihove imigracije i emigracije, će dalje utjecati na razvoj prava društava u svakoj državi pojedinačno, koja se više neće moći razvijati i unaprijedivati u međusobnoj izolaciji.

Literatura

- Babić, D, Sloboda kretanja trgovačkih društava u Europskoj uniji, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Posebni broj, 56, 2006.;
- Brokelind, c., Towards a Homogeneous EC Direct Tax Law, An Assessment of the Member States Responses to the ECJs Case Law, IBFD, 2007.;
- Consolidated version of the Treaty Establishing the European Community, 206, OJ C 321E;
- Costas, C.F., Freedom to Provide Services and Special Local Taxes in Romania, SUBB Jurisprudentia, Vol. 75, No. 2/2010.;
- Craig, P., De Burca, G., EU Law-Text, Cases and Materijals, Oxford University Press, 2007.;
- Direktiva o uslugama 2006/123/EZ;
- Fairhurst, J., Law of the European union, Ninth edition, Pearson, UK, 2012;
- Hatzopoulos, V., Liberalising trade in services: creating new migration opportunities?, European Legal Studies, College of Europe, 1/2010;
- Horak, H., Dumančić, K., Problemi implementacije Direktive o uslugama u pravo RH-odustajanje od socijalnog modela na nacionalnom nivou?, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, Volume 32, Broj 2., 2011.;
- Horak, H., Dumančić, K., Kaufman Pecotić, J., Uvod u europsko pravo društava, Školska knjiga, Zagreb, 2010.;
- Izvještaj o Bosni i Bosni i Hercegovini za 2016. godinu uz dokument Saopštenje Komisije Europskom parlamentu, Savjetu, Europskom ekonomskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Saopštenje o politici proširenja EU za 2016. godinu, Europska komisija, Brisel 2016.;
- Kavaz Hukić, S., Europski standardi regulacije javnog sektora sa posebnim

- osvrtnom na Direktivu o uslugama na unutarnjem tržištu 2006/123/EC, Revija za pravo i ekonomiju, Univerzitet „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Pravni fakultet, Radovi sa Druge međunarodne naučne konferencije, Pravni i ekonomski aspekti procesa integracije Bosne i Hercegovine u Europsku uniju, Godina 18., broj 1., Mostar 2017.;
- Lever, J., Case 81/87, The Queen v. H.M. Treasury exparte Daily Mail and General Trust PLC (Judgment of 27 September 1988 [1988] 3 CMLR 713) (1989), 26 Common Market Law Review, Issue 2;
 - Mäntysaari, P., The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law, Volume I: Cash Flow, Risk, Agency, Information, Springer, 2010.;
 - Miller, R., A., Zumbansen, P., Annual of German and European Law, Volume II/III, Berghahn Books, New York-Oxford, 2004/2005;
 - Mlikotin Tomić, D., Horak, H., Šoljan, V., Pecotić-Kaufman, J., Europsko tržišno pravo, Školska knjiga, Zagreb, 2006.;
 - Predmet Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, C-212/97, (1999);
 - Predmet Daily Mail and General Trust plc v HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue, Case 81/87, (1998);
 - Predmet Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd., C-167/01, (2003);
 - Predmet Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH, C-208/00, (2002);
 - Politike Europske unije – Carinska unija EU-a: štiti ljude i olakšava trgovinu, Europska komisija, Brisel, 2014.;
 - Program ekonomskih reformi za 2019-2021. godinu (PER BiH 2019-2021), http://www.vijeceministara.gov.ba/saopstenja/sjednice/saopstenja_sa_sjednica/default.aspx?id=29917&langTag=hr-HR;
 - Ringe, W.G., Sparking regulatory competition in European company law: The impact of the Centros line of case-law and its concept of „abuse of law“, University of Oxford, Legal Research Paper Series, Paper No 2, 2009.;
 - Ugovor o funkcioniranju Europske unije (2016/C 202/01);
 - Zakon o privrednim društvima Federacije BiH („Službene novine Federacije BiH“, broj: 81/15);
 - Zakon o privrednim društvima Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 127/08, 58/09, 100/11, 67/13 i 100/17);
 - Zakon o registraciji poslovnih subjekata u Federaciji BiH („Službene novine Federacije BiH“, broj: 27/05, 68/05, 43/09 i 63/14);
 - Zakon o registraciji poslovnih subjekata u Republici Srpskoj („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 67/13 i 15/16).
 - Zone slobodne trgovine (Free Trade Area-FTA/Zone de Libre-Échange-ZLE) <http://www.dei.gov.ba/dokumenti/default.aspx?id=4926&langTag=en-US>.

Sanja Kavaz Hukić, Ph.D.,

Public institution Bosnian cultural centre of Tuzla Canton

Director

PROTECTION OF FREE MOVEMENT OF COMPANIES THROUGH FREEDOM OF ESTABLISHMENT: ECONOMIC INTEGRATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA INTO THE EUROPEAN ECONOMIC AREA

Abstract: The free movement persons, workers or companies, on the European market among the EU Member States or between the Member States of the European Economic Area, is provided and ensured by the application of the freedom of establishment. Having in mind the significance of this institute in the legal systems, both at national and supranational level, the author in this paper emphasizes the ways which can be used to, by accepting the *acquis* and the practice of the Court of Justice of the European Union, enable cross-border movements, for real and permanent performance of economic activities in another Member State. Regarding this, as a part of the integration process of Bosnia and Herzegovina, the paper deals with the harmonization of national law with primary and secondary sources of European Union law, as well as the court practice and case law which, in terms of cross-border mobility of companies, as one of the most important values of the European single market, distinguished and interpreted freedom of establishment. The adoption and application of the provisions relating to freedom of establishment, as well as differences in national legal systems, make this institute even more interesting and vulnerable, both for the creation of regulatory competition between Member States, and also, and more importantly, for increment the competitiveness of companies and the achievement of economic growth.

Key words: freedom of establishment, internal market, integration process, free movement, companies

REFORMA IZVRŠNOG POSTUPKA U BOSNI I HERCEGOVINI SA POSEBNIM OSVRTOM NA POLOŽAJ I IZVRŠITELJA U POSTUPKU IZVRŠENJA

Sažetak: Autor kroz ovaj rad istražuje postojeći način uređenja postupka izvršenja u Bosni i Hercegovini sa njegovim prednostima i nedostacima. Također naučno su istraženi postupci izvršenja u uporedno pravnim sistemima zemalja u okruženju, sa posebnim osvrtom na stadij postupka izvršenja koji je u isključivoj nadležnosti suda, kao i stadij provođenja izvršenja koji provode sudski izvršitelji. Posebno je istražen pravni položaj i uloga izvršitelja u toku provođenja postupka izvršenja. Reforma izvršnog postupka u zemljama okruženja bila je veoma aktuelna tema građansko pravne zaštite u proteklom periodu. Obzirom da su sve zemlje u okruženju pa i šire, napustile postojeće načine uređenja izvršnog postupka, te reformisale postupke izvršenja uvođenjem u potpunosti ili djelomično javne ili privatne izvršitelje u postupak izvršenja, kroz ovaj rad je naučno istražena neophodnost i nužnost reforme izvršnog postupka u Bosni i Hercegovini, koja će izvršni postupak učiniti mnogo funkcionalnijim i na taj način obezbjediti adekvatnu pravnu zaštitu licima koja crpe određena prava iz izvršnih ili vjerodostojnih isprava. Također kroz ovaj rad je naučno istražen i obrađen najoptimalniji model način uređenja budućeg postupka izvršenja u Bosni i Hercegovini, te su predložena konkretna rješenja načina uređenja izvršnog postupka kroz uvođenje javnih ili privatnih izvršitelja u postupak izvršenja.

Ključne riječi: Izvršni postupak, postupak izvršenja, provođenje izvršenja, kontrola izvršenja, javni izvršitelji, privatni izvršitelji, sudski izvršitelji.

1. Uvod

Izvršni postupak kao jedan od građanskih sudskih postupaka predstavlja veoma značajan postupak kojim se pruža pravna zaštita subjektima građanskopravnih odnosa u pogledu ostvarivanja prava koja proističu iz izvršne ili vjerodostojne isprave, na način da određeno iskrivljeno pravno stanje se uredi, te uspostavi na zakonu zasnovan pravni poredak. Izvršni postupak predstavlja realizaciju konkretnog prava koje je utvrđeno sudskom ili drugom odlukom ovlaštenog organa.¹ Izvršni postupak predstavlja niz pravno regulisanih i funkcionalno kordiniranih radnji suda, stranaka i drugih subjekata čiji je cilj prinudno

¹ N. Šarkiće, Z Vavan, *Postupak izvršenja sudskih odluka kojim je utvrđeno pravo na rentu*, Civitas 2016, str 91.(Dalje Šarkiće- Vavan)

ostvarivanje, odnosno osiguranje budućeg ostvarenja potraživanja povjerioca.² Izvršni postupak kao jedan od sudskih postupaka je posebno značajan i iz razloga što upravo navedenim sudskim postupkom se i formalno i suštinski u cijelosti okončava sporni odnos, te na taj način ostvaruje potpuna pravna zaštita povrijeđenih ili ugroženih prava iz spornog građanskopravnog odnosa, te se na taj način ostvaruje ustavnost i zakonitost u ukupnom pravnom poretku. Od načina funkcionalnosti postupka izvršenja te stepena pravne zaštite subjekata u toku postupka izvršenja, isključivo ovisi koliko je određen na zakonu zasnovan postupak izvršenja provodiv i efikasan.

2. Nastanak i razvoj izvršnog postupka kroz historiju.

Najstariji začeci postupaka izvršenja javljaju se još u periodu nastanka i razvoja Rimskog prava. U samom početku nastanka pravnih odnosa koji su uređivali postupke izvršenja u Rimskom pravnom poretku, stranka koja je imala obavezu postupiti po presudi imala je rok od trideset dana (paricijski rok) da postupi, a ukoliko ne bih ispunila u navedenom roku svoju obavezu, suprotna strana (tužitelj) je zadržavao pravo na prisilno izvršenje na ličnosti dužnika, tako što bi odvodio dužnika u svoj privatni zatvor, i u narednih šezdeset dana dužnika bi izvodio na pijacu radi prodaje kako bi se našao neko ko bi platio dug. Ukoliko takve osobe ne bih bilo, dužnik je prodavan u ropstvo, ili je bio kažnjavao smrtnom kaznom. Ovdje je bitno istaći da Rimski građanin nije mogao postati rob.³ U kasnijem periodu razvoja Rimskog prava, povjerilac nije mogao da proda dužnika ili da ga ubije u cilju namirenja svog sopstvenog potraživanja. Umesto toga on je mogao da zadrži dužnika u svom kućnom pritvoru sve dok on svojim radom ne otplati dug.⁴ Tokom vremena predmetom izvršenja sve više je bila zastupljena imovina dužnika, a slabljenje povjeriočevih prava u pogledu vrste i obima izvršenja ostvareno je putem zakona (*lex Poetelia te Lex Iulia*). Putem *lex Poetelia*, vjerovnici dužnika nisu više imali pravo ubiti, nego im je prisilnim radom dužnik morao odraditi dug, tako da je osobna ovrha koja je dovodila do ropstva ili usmrćivanja dužnika bila zamijenjena dužničkim ropstvom⁵ Postupak izvršenja po prvi put je detaljno regulisan početkom XIX veka u Napoleonovom zakonodavstvu i on je kasnije postao model pravne regulacije u većini evropskih zemalja.⁶ Na prostoru Kraljevine Jugoslavije po prvi put je donesen zakon kojim se na cjelovit način uređuje postupak prinudnog namirenja i obezbjeđenja

2 Više o tome S. Triva, V. Bjelajc, M. Dika, *Sudsko izvršno pravo – Opći dio*, Zagreb, 1980, str 6. (dalje Triva- Bjelajc-Dika)

3 Više o tome, M. Šarac, Z. Lučić, *Rimsko privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu 2006 godina str 89. (dalje Šarac- Lučić)

4 M. Ignjatović, *Evolutivni razvoj Građanskog sudskog postupka u Rimskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu broj 66, 2014. Godina str 247. (Dalje – Ignjatović)

5 A. Romac, *Rimsko pravo*, Zagreb 2002, (Dalje –Romac) str. 94.

6 N. Šarkiće- Z. Vavan, *ibid* 91

potraživanja.⁷ Do donošenja ovog zakona izvršni postupak je bio uređen tadašnjim parničnim postupkom.⁸ Zakonom iz 1978 godine,⁹ akcenat je bio stavljen na zaštitu dužnika te favorizovanju društvene svojine. Međutim u okviru ukupnih reformskih procesa koji su vođeni nakon rata u Bosni i Hercegovini, 2003 godine izvršena je reforma izvršnog postupka donošenjem zakona o izvršnom postupku, koji je u proteklom periodu pretrpio određene neznatne izmjene.¹⁰

3. Postojeći način uređenja postupka izvršenja u Bosni Hercegovini - De lege lata

U Bosni i Hercegovini izvršni postupak je uređen entiteskim zakonima te zakonom o izvršnom postupku Brčko Distrikta. U skladu sa zakonom o izvršnom postupku FBiH,¹¹ zakonom o izvršnom postupku Republike Srpske¹² te zakonom o izvršnom postupku Brčko Distrikta¹³ sudovi provode prinudno izvršenje na osnovu izvršnih i vjerodostojnih isprava. Pomenute zakonske propise Entiteti su donijeli 2003 godine a Brčko Distrikt 2013 godine. U skladu sa navedenim zakonima postupak izvršenja je još uvijek u isključivoj nadležnosti suda. U periodu od stupanja na snagu navedenih propisa pa do danas Entiteti kao i Brčko Distrikt, su izvršili određene izmjene i dopune zakona međutim te izmjene i dopune može se slobodno konstatovati su bile kozmetičke prirode. I dalje je sud ostao isključivo nadležan za provođenje postupka izvršenja uz pomoć sudskih izvršitelja. Ovakav način organizovanja i uređenja postupka izvršenja je naslijeđen kroz prošlost, pa kao takav je posljedično uzrokovao dugotrajne postupke izvršenja te stvorio ukupnu pravnu nesigurnost u pogledu ostvarivanja prava iz izvršnih ili vjerodostojnih isprava. Također nedostaci koji se javljaju u postupcima izvršenja su posljedično nepovoljni i po izvršenika. Naime praksa je pokazala da koliko god dugo trajali izvršni postupci, tražitelji izvršenja ne odustaju od tih postupaka, nego naprotiv na sve načine nastoje da u cijelosti naplate svoje glavna i sporedna potraživanja. Visina sporednih potraživanja kao što su zakonske zatezne kamate je direktno uvjetovana dužinom trajanja postupka izvršenja, zbog čega su veoma česte situacije da izvršenik u konačnici bude prinuđen da u postupku izvršenja plati mnogo veće iznose po osnovu zakonski zateznih kamata i troškova postupka, nego što je iznos glavnice po osnovu koje su i nastala sva sporedna potraživanja. Shodno navedenom može se zaključiti da adekvatan i efikasan model uređenja

7 Zakon o izvršenju i obezbjeđenju donesen 4 juna 1937 godine.

8 Više o tome vidjeti Austrijski građanski zakonik, prevod D. Arandelović, Beograd 1912, godine

9 Zakon o izvršnom postupku Sl.list SFRJ broj 20/1978, godine

10 Zakon o izvršnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09, 35/12)

11 Zakon o izvršnom postupku, Sl. novine FBiH, br. 32/03 i 33/06.

12 Zakon o izvršnom postupku, Sl. glasnik RS, br. 59/03.

13 Zakon o izvršnom postupku Brčko Distrikta BiH 39/13

postupka izvršenja u konačnici ide u prilog i izvršeniku i tražitelju izvršenja.

Kroz proteklu deceniju primjene zakona o izvršnom postupku u Bosni i Hercegovini može se konstatovati da postojeći način uređenja postupka izvršenja kroz zakonom propisane nadležnosti sudova, te kroz postojeća ovlaštenja sudskih izvršitelja je posljedično uzrokovao dugotrajne postupke, bez garancije da će lica koja crpe određena prava iz izvršne isprave, ta prava u cijelosti i ostvariti u postupku izvršenja. Dugotrajnost izvršnih postupaka te povećan broj zaostalih izvršnih predmeta posljedično su kroz protekli period bili prisutni u svim državama regiona kao i u Bosni i Hercegovini. Te posljedice sporosti i neefikasnosti izvršnog postupka su višestruke: počev od individualnog nezadovoljstva tražitelja izvršenja, zbog nemogućnosti krajnje realizacije određenog prava, pa do opšte krize pravnog sistema zbog njegove neefikasnosti i nefunkcionisanja.¹⁴ Zbog navedenih razloga izvršni postupak u zemljama regiona postao je prioritet buduće reforme, što je dovelo do toga da su gotovo sve države u regionu ili okončale ili započele temeljite reforme izvršnih postupaka u cilju otklanjanja prepreka koje onemogućuju ili otežavaju izvršenje izvršnih sudskih odluka. Za razliku od država u regionu Bosna i Hercegovina opterećena svojim društveno političkim problemima još uvijek nije reformisala svoje postupke izvršenja, a što je posljedično uzrokovalo veoma veliki broj neriješenih predmeta, što sve posljedično dovodi do ukupne pravne nesigurnosti u pogledu zaštite povrijeđenih ili ugroženih građanskih prava.¹⁵ U tom smislu, u cilju uspostave jedinstvenog pravnog i ekonomskog prostora, te u pogledu jedinstvene zaštite povrijeđenih subjektivnih građanskih prava, nužno je i neophodno u skorijem budućem periodu izvršiti temeljitu reformu izvršnog postupka i u Bosni i Hercegovini u cilju prepoznavanja i otklanjanja nedostataka, koji kao takvi, postupak izvršenja čine nefunkcionalnim, te uvođenja novih pravnih mehanizama koji će posljedično učiniti izvršni postupak u Bosni i Hercegovini mnogo funkcionalnijim, te na taj način obezbijediti kvalitetniju pravnu zaštitu lica koja polažu određena prava iz izvršnih ili vjerodostojnih isprava.

Kako bi bila izvršena kvalitetna reforma izvršnog postupka u Bosni i Hercegovini, neophodno je prethodno uraditi temeljitu analizu postojećih zakona o izvršnom postupku,¹⁶ zatim istražiti postojeća pravna rješenja u uporedno pravnim sistemima zemalja okruženja, te predložiti najprihvatljivija zakonska rješenja koja će predstavljati kvalitetnu pretpostavku za potpunu pravnu zaštitu tražilaca izvršenja koji crpe određena prava iz izvršnih ili vjerodostojnih isprava, a istovremeno da takva zakonska rješenja osiguraju minimum pravne zaštite u pogledu pravnog položaja stranaka u toku postupka izvršenja, te pravo na efikasno izvršenje sudskih odluka u smislu suđenja u razumnom roku, koja pravna

14 T. Zoroska – Kamilovska, *Reforme sistema izvršenja u državama regiona*, Zbornik Radova „Harmonizacija građanskog prava u regionu“, 2013, str.448.(Dalje - Zoroska – Kamilovska)

15 Zakon o izvršnom postupku, Sl. novine FBiH, br. 32/03 i 33/06. , Zakon o izvršnom postupku, Sl. glasnik RS, br. 59/03, Zakon o izvršnom postupku Brčko Distrikta BiH 39/13

16 Ibid

zaštita je zagarantovana ustavom i međunarodnim konvencijama.¹⁷ „Sukladno standardima pravičnog suđenja postavljenih članom 6st.1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda za učinkovito pružanje pravne zaštite u građanskim stvarima u pravilu potrebit je učinkovit sustav provedbe odluka u kojem će se izvršiti odluka donesena u građanskom sudskom postupku“.¹⁸ Uvažavajući činjenicu da je izvršni postupak više tehničkog karaktera, kao takav predstavlja jednu vrstu zakonitog upada u imovinsko pranu sferu dužnika izvršenika, što zahtijeva visok stepen pravne sigurnosti i transparentnosti.¹⁹

4. Način uređenja postupka izvršenja u skladu sa preporukama Komiteta Ministara država članica Vijeća Evrope

Pravo na efikasno izvršenje sudskih odluka (*a right to an effective enforcement*) predstavlja poseban segment prava na pravično suđenje, tačnije prava na suđenje u razumnom roku iz čl. 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima, što proizlazi iz više odluka Evropskog suda za ljudska prava.²⁰ U skladu sa navedenim odlukama svako odugovlačenje izvršnog postupka predstavlja povredu prava na pravično suđenje, preciznije prava na suđenje u razumnom roku. U mnogobrojnim presudama donesenim protiv država regiona, Evropski sud za ljudska prava zauzeo je stanovište da je država dužna kreirati takav sistem izvršenja koji omogućuje brzo i efikasno prinudno izvršenje. Jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava bila je snažan podsticaj da Komitet ministara Saveta Evrope usvoji Preporuku o izvršenju Rec (2003) 17,5 koja sadrži smjernice (*guiding principles*) koje bi države mogle slijediti na putu poboljšanja efikasnosti svoje izvršne procedure i prakse.²¹ Shodno navedenom može se konstatovati da buduća zakonska rješenja trebaju osigurati punu pravnu zaštitu u postupcima izvršenja ali istovremeno izvršni postupak učiniti maksimalno funkcionalnim. U cilju opredjeljenja strateških mjera, radi unapređenja izvršenja sudskih odluka 2002

17 Član 6 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda; 1. Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Presuda se izriče javno, ali se štampa i javnost mogu isključiti s cijelog ili s dijela suđenja u interesu morala, javnog reda ili nacionalne bezbjednosti u demokratskom društvu, kada to zahtijevaju interesi maloljetnika ili zaštita privatnog života stranaka, ili u mjeri koja je, po mišljenju suda, nužno potrebna u posebnim okolnostima kada bi javnost mogla da naškodi interesima pravde.

18 A. Uzelac Kako organizirati efikasno izvršenje nespornih tražbina, Neka komparativna iskustva , Zbornik konferencije, Kako unaprijediti izvršni postupak u BiH Sarajevo 2009. www.bib.irb.hr

19 Više o tome D. Bodul, *Neki primjeri u izvršnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine – Ovrha na nekretnini radi naplate manjih iznosa*. Zbornik radova III. Međunarodnog savjetovanja – Aktualnosti Građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća Split 2017 godina str 239.

20

21 Više o tome T. Zoroška – Kamilovska str 449.

godine od strane Vijeća Evrope pristupilo se formiranju Evropske komisije za efikasnost pravosuđa (CEPEJ), nakon čega je Vijeće Evrope komiteta ministara usvojilo preporuku o izvršnom postupku.²² Navedena preporuka sadrži smjernice koje su države članice dužne slijediti kroz reforme izvršnih postupaka, s ciljem unapređenja efikasnosti postupka izvršenja. Preporukom Komiteta ministara država članica Vijeća Evrope potvrđuje se da izvršenje sudske odluke čini sastavni dio temeljnog ljudskog prava na pravično suđenje u razumnom roku u skladu sa članom 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. U tom smislu preporuka je svim državama članicama da omoguće efikasno izvršenje sudskih odluka, odnosno drugih sudskih i vansudskih izvršnih naslova te da poduzmu mjere ka jačanju vodećih principa izvršenja navedenih u preporuci. Kada je u pitanju postupak izvršenja navedenom preporukom se nalaže da postupci izvršenja budu jasno definisani te da ih izvršitelji mogu s lakoćom obavljati. Istom preporukom se preporučuje da države članice treba da utvrde profesionalni status izvršitelja u pogledu stručnosti, moralnog standarda, poznavanja pravne oblasti, nepristrasnosti, kontinuiteta obuke, sistemu nadzora i kontroli, te odgovornosti.²³

5. Način uređenja postupka izvršenja u uporedno pravnim sistemima zemalja okruženja

Kada su u pitanju uporedno pravni sistemi, može se konstatovati da je većina zemalja u okruženju ili dovršila ili otpočela temeljitu reformu izvršnog postupka. Nakon raspada SFRJ, nove države sljednice su naslijedile sudski sistem izvršenja koji je više decenija bio prisutan na ovim prostorima, i to pod uticajem austrijskog procesnog prava. U skladu sa preuzetim zakonom o izvršnom postupku iz 1978 godine, postupak izvršenja bio je u isključivoj nadležnosti suda. Izvršni postupak bio je sudski postupak, jer je izvršenje (i obezbeđenje) određivao i sprovodio sud. Ovako preuzeti postupak izvršenja je nastavio pravno egzistirati u novim pravnim sistemima novonastalih država sljednica, međutim vremenom se pokazao kao suviše spor postupak, koji je doveo do toga da rad i aktivna uloga sudova budu ponekad onemogućeni. Zbog svih manjkavosti i nedostataka preuzetog izvršnog postupka, svaka država sljednica je prije ili kasnije pristupila reformisanju izvršnog postupka.

5.2. Reforma izvršnog postupka u Republici Sloveniji

Prva zemlja u okruženju koja je otpočela reformu izvršnog postupka je Republika Slovenija. Naime Slovenija je 1998 godine donijela Zakon o izvršenju

22 Preporuka (Rec 2003) 17 Komiteta ministara država članica o izvršnom postupku od 09.09.2003. godine predstavlja prvi korak ka standardizaciji profesije sudskih službenika u Evropi, koja je urađena u suradnji sa međunarodnom unijom sudskih službenika - službenika za izvršenje.

23 Više o tome vidjeti; *Analiza mogućnosti sistema privatnih izvršitelja u pravni sistem Bosne i Hercegovine prednosti i nedostaci*, Sarajevo 2015. Str 3- 4.

i obezbeđenju. Slovenija je donošenjem pomenutog zakona o izvršnom postupku po prvi put uvela privatne izvršitelje u postupak izvršenja. Privatne izvršitelji su nadležni za preduzimanje radnji sprovođenja izvršenja. Nadležnost privatnih izvršitelja u pogledu postupanja i poduzimanja zakonom propisanih mjera i radnji u toku postupka izvršenja je otpočinjala nakon što prethodno sud dozvoli izvršenje.²⁴ Izvršitelji su uglavnom angažovani u postupku izvršenja na pokretnim stvarima, dok su isključeni iz izvršenja na novčanim sredstvima, kao i na nepokretnostima.²⁵ Prema Slovenačkom modelu, distribuciju izvršnih predmeta na izvršitelje radi sprovođenja izvršenja vrši „okrajni“ sud, pa se tako povjerioci ne obraćaju direktno izvršiteljima.²⁶ Slovenačka procesna teorija smatra da bi bio mnogo bolji izbor, sistem u kojem bi sav postupak izvršenja bio u nadležnosti suda, ili sistem u kojem bi za izvršenje bili isključivo nadležni izvršitelji, a sud bi bio uključen samo u postupak po žalbi ili drugom pravnom sredstvu.²⁷

5.3. Reforma izvršnog postupka u Makedoniji

Nakon Slovenije, reformisanju izvršnog postupka pristupila je Republika Makedonija koja je 1997. godine donijela prvi Zakon o izvršnom postupku Makedonije.²⁸ Zakonom o izvršnom postupku iz 1997. godine je zadržana većina rješenja koja su postojala u prethodnom preuzetom saveznom Zakonu o izvršnom postupku iz 1978. godine. Međutim 2005. godine, Skupština Republike Makedonije donijela novi Zakon o izvršenju. Tim zakonom u Makedoniji je ustanovljen novi institucionalni okvir izvršenja.²⁹ Postupak izvršenja prestao je biti u nadležnosti suda, a izvršenje je povjereno izvršiteljima – licima sa javnim ovlaštenjima utvrđenim zakonom, koja sprovode izvršenje.³⁰ U skladu sa novim zakonom izvršitelj samostalno odlučuje o radnjama koje treba da preduzme u okviru svojih ovlaštenja da bi sproveo izvršnu odluku. Izvršitelja imenuje ministar pravde za područje nadležnog suda. S obzirom na to da izvršitelje imenuje država i da su oni nosioci javnih ovlaštenja, država je ograničila broj izvršiteljskih mesta (tzv. numerus clausus). Za preduzete izvršne radnje, izvršitelj ima pravo na nagradu i nadoknadu za troškove u skladu sa Tarifom o nagradi i nadoknadi troškova za rad izvršitelja. Nadzor nad radom izvršitelja vrši Ministarstvo pravde.³¹

24 Zakon o izvršbi in zavarovanju, Uradni list R. Slovenije, br. 51/98.

25 T. Zoroska – Kamilovska str 456.

26 Ibid.

27 Ibid

28 Zakon za izvršnata postapka – ZIP iz 1997, Sl. vesnik na RM, br. 53/97.

29 Zakon za izvršuvanje – ZI iz 2005, Sl. vesnik na RM, br. 35/05. Zakon se isključivo odnosi na izvršenje, ali ne i na obezbeđenje potraživanja. Zakon je propisao da će se postupak obezbeđenja urediti posebnim zakonom, a u međuvremenu primenjivaće se odredbe ZIP iz 1997. godine o obezbeđenju potraživanja. Zakon o obezbeđenju potraživanja donesen je 2007. godine, Sl. vesnik na RM, br. 87/07.

30 T. Zoroska – Kamilovska str 458.

31 Ibid

5.4. Reforma izvršnog postupka u Republici Hrvatskoj

Republika Hrvatska je svoj prvi izvršni zakon donijela još 1996. godine,³² koji je više puta bio predmet izmjena i dopuna.³³ U novom Hrvatskom građanskom postupku izvršenja, nositeljem izvršne pravozaštitne funkcije, u pravilu, može biti samo sud, jer samo sud može primjenjivati prisilu radi ostvarenja potraživanja pravnih subjekata.” Uvedeni su bili izuzeci od tog pravila, naime, „ovrha koja se određuje i provodi na temelju pristanka ovršenika uz sudjelovanje javnog bilježnika, te javnobilježničko određivanje izvršenja na temelju vjerodostojne isprave.”³⁴ Donošenjem novog zakona 2010. godine uveden je institut javnog izvršitelja,³⁵ čime je napušten sistem sudskog sprovođenja izvršenja.³⁶ Ipak, u nadležnosti sudova ostalo je izvršenje za koje je posebnim zakonom propisano da izvršenje određuje i sprovodi sud. Također u nadležnosti sudova trebalo je ostati izvršenje radi predaje djeteta roditelju i izvršenje radi ostvarivanja susreta i druženja roditelja sa djetetom, kao i određivanje izvršenja na osnovu strane sudske odluke, domaće ili strane arbitražne odluke. Bitno je napomenuti da je bio donesen Zakon o provedbi izvršenja na novčanim sredstvima, prema kojem „izvršenje na novčanim sredstvima provodi Finansijska agencija, Hrvatska narodna banka i banke”.³⁷ Naučna javnost bila zauzela stajalište da treba dati šansu prisilnoj naplati dugova putem javnih izvršitelja. Međutim Republika Hrvatska se ipak na kraju odrekla koncepta privatizacije izvršenja donošenjem zakona o izvršnom postupku iz 2012 godine i Zakona o prestanku važenja Zakona o javnim izvršiteljima.³⁸ Prema novom zakonu, „Općinski sudovi su stvarno nadležni određivati izvršenje, dok izvršenje na novčanim sredstvima i dalje je ostalo u nadležnosti Finansijske agencije.”³⁹

5.5. Reforma izvršnog postupka u Republici Srbiji

Sveobuhvatnu reformu izvršnog postupka izvršila je Republika Srbija tokom 2011. godine. Srbija, dok je bila u državnoj zajednici sa Crnom Gorom 2000.

32 Ovršni zakon, Nar. novine R. Hrvatske, br. 57/96.

33 Zakon o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, Nar. novine R. Hrvatske, br. 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05 i 67/08.

34 M Dika, *Građansko ovršno pravo I knjiga*, Opće građansko ovršno pravo Zagreb 2007, str 5.

35 Organizacija, ovlaštenja i način rada javnog izvršitelja uređena posebnim zakonom o Javnim izvršiteljima (Narodne novine R. Hrvatske broj 91/10)

36 Ovršni zakon, Nar. novine R. Hrvatske, br. 139/10.

37 Zakon o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima, Nar. novine R. Hrvatske, br. 91/10.

38 Naime 2003. godine bilježnici su stekli ovlasti u ovrsi izgubili ih 2004 godine te ponovo stekli 2005 godine. Drugi je slučaj javnih ovšitelja koji su uvedeni 2010 godine također gotovo jednoglasnom odlukom Hrvatskog sabora. Naime 10. Prosinca 2010. Godine sabor je prihvatio zakon o javnim ovršiteljima sa 111 glasova, četiri suzdržana, i bez ijednog gčasa protiv. Međutim nakon manje od dvije godine sredinom 2012 godine, njihovo je uvođenje bilo suspendirano te je na kraju i sasvim napušteno. Više o tome: A. Uzelac, *Reforma ovršnog prava putevi i stranputice*, 2017 godina, Tribina Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu str 6.

39 T. Zoroska – Kamilovska str 462.

godine je donijela Zakon o izvršnom postupku,⁴⁰ koji je zamenjen Zakonom o izvršnom postupku iz 2004. godine, s ciljem da se izvršni postupak učini bržim i djelotvornijim.⁴¹ Međutim i nakon donošenja zakona, rezultati su izostali, jer je izvršenje trajalo nedopustivo dugo. Zbog navedenog 2011. godine donesen je novi Zakon o izvršenju i obezbeđenju, koji uvodi kombinovani sistem izvršenja (sud i izvršitelj), pri čemu ostavlja sudsko izvršenje kao alternativu tzv. privatnom izvršitelju.⁴² Donošenjem zakona o izvršenju i obezbeđenju uvodi se nova pravnička profesija – privatni vansudski izvršitelj koji poslove obavlja samostalno i nezavisno kao poduzetnik ili kao član ortačkog društva.⁴³ Novim zakonom propisano je da izvršenje i obezbeđenje određuje sud, a sprovode ga sudski ili privatni izvršitelji, ovisno od izbora i volje tražitelja izvršenja.

Motivisan razlozima ekonomičnosti zakonodavac je sprovođenje izvršenja ili kompletan postupak izvršenja u određenim izvršnim stvarima prenio na privatne izvršitelje, što je posebno bilo od značaja u periodu enormnog brujanja raznih paradržavnih institucija (agencija, fondova, zavoda itd) u sferi izvršne vlasti.⁴⁴ U okviru novog postupka izvršenja, sud je i dalje organ koji odlučuje o izvršenju te određuje metode izvršenja. S druge strane, sud je isključivo nadležan za sprovođenje izvršenja odluka u vezi sa porodičnim odnosima i za izvršenje radi vraćanja zaposlenog na rad. U stvarima u kojima postoji nadležnost suda i izvršitelja za sprovođenje izvršenja, Izvršni povjerilac određuje da li će za izvršenje biti nadležan privatni izvršitelj ili sud, što znači i podrazumijeva da je isključivo diskreciono pravo tražioca izvršenja da li će provođenje izvršenja povjeriti sudu odnosno sudskim izvršiteljima, ili javnim izvršiteljima. Izvršitelj je fizičko lice koje imenuje ministar pravosuđa, za područje osnovnog suda i područje privrednog suda, i koje vrši javna ovlašćenja koja su mu povjerena zakonom u postupku izvršenja. Izvršitelj obavlja djelatnost kao preduzetnik ili kao član ortačkog društva čiji članovi mogu biti isključivo izvršitelji.

Nadzor nad zakonitošću rada izvršitelja provodi Ministarstvo pravde po službenoj dužnosti, ili na prijedlog predsjednika suda za čije područje je izvršitelj imenovan, predsjednika komore ili na inicijativu stranaka učesnika u postupku.⁴⁵ Pristup profesiji privatnih izvršitelja nije rukovođen tržišnim potrebama, već je tačno utvrđen prema kriterijumu broja stanovnika, kao i prema sudskoj nadležnosti. Izvršitelj sprovodi izvršenje u granicama rješenja o izvršenju, što znači da ne odlučuje o izvršenju, vrši druga ovlašćenja koja su mu povjerena zakonom. Izvršitelj je izuzetno, nadležan i da zaključkom odredi izvršenje u slučajevima koje

40 Zakon o izvršnom postupku, Sl. list SRJ, br. 28/00, 73/00 i 71/01.

41 Zakon o izvršnom postupku, Sl. glasnik R. Srbije, br. 125/04.

42 Zakon o izvršenju i obezbeđenju, Sl. glasnik R. Srbije, br. 31/11.

43 N Šarkić str 92.

44 G. Stanković, Ovlaštenja privatnog izvršitelja, *Aktuelnosti privredne legislative kao determinante razvoja ekonomija država u regionu.*, Zbornik radova X tradicionalnog međunarodnog naučnog savjetovanja, Novi sad str 86.

45 N. Bodiroga, Sudska kontrola rada izvršitelja, *Anali pravnog fakulteta u Beogradu* broj 2/2015 str 130.

zakon izričito propisuje – kod posebnog postupka za namirenje potraživanja po osnovu komunalnih i sličnih usluga, i u slučaju naplate troškova postupka nastalih pred izvršiteljem.⁴⁶ Procesna teorija smatra da su upravo ova ovlašćenja izvršitelja prilično kontroverzna, jer je odredbama Zakona o izvršenju i obezbjeđenju zakonodavac bez ustavnog ovlašćenja, povjerio privatnom izvršitelju vršenje sudske funkcije – odlučivanje o određivanju izvršenja za namirenje potraživanja po osnovu komunalnih i sličnih usluga, pa je time narušen i destabilizovan pravni sistem koji je predviđen Ustavom Republike Srbije, povrijeđen je princip podjele vlasti po kome sudsku vlast vrše sudovi, a ugroženo je i ustavom zagarantovano pravo na sudsku pravnu zaštitu i pravo na pravično suđenje. Privatni izvršitelji, iako su predstavnici nove pravosudne profesije, kojoj je povjereno vršenje sudske vlasti u izvršnim stvarima, nisu sudovi koji su već ustanovljeni zakonom. Ovdje je bitno istaći da u pogledu sprovođenja izvršenja sudski i privatni izvršitelji konkurišu jedni drugima, a nesporno je da obe strukture (javna i privatna) imaju sasvim drugačiju logiku interesa i funkcionisanja. Međutim praksa je pokazala da na tržištu stranke koje se pojavljuju u ulozi tražitelja izvršenja veću zainteresovanost imaju prema privatnim izvršiteljima.⁴⁷

5.6. Reforma izvršnog postupka u Crnoj Gori

Reformu izvršnog postupka izvršila je i Crna Gora pimjenjujući kombinovani model donošenjem zakona o izvršenju i obezbjeđenju. U skladu sa Zakonom o izvršenju i obezbjeđenju, sud je isključivo nadležan za određivanje i sprovođenje izvršenja sudskih odluka radi predaje i oduzimanja djeteta, vraćanja zaposlenog na rad i sudskih odluka po kojima je izvršenik dužan učiniti određenu radnju koju umjesto njega po zakonu ili pravnom poslu ne može da učini drugo lice.⁴⁸ Za sve druge slučajeve za koje nije propisana isključiva nadležnost suda, za odlučivanje u postupku izvršenja i za sprovođenje izvršenja, nadležan je javni izvršitelj, čiji je pravni status, organizacija službe i druga pitanja od značaja za obavljanje i prestanak djelatnosti uređeni posebnim zakonom.⁴⁹ Najznačajnija novina uvedena Zakonom o izvršenju i obezbjeđenju je uvođenje sistema javnih izvršitelja. Sud je nadležan i za odlučivanje u postupku po prigovoru. U svim ostalim postupcima izvršenja na osnovu izvršne isprave, kao i u svim postupcima izvršenja po osnovu vjerodostojne isprave, propisana je nadležnost javnog izvršitelja.⁵⁰ U pravilu javnog izvršitelja imenuje ministar pravosuđa i on obavlja izvršiteljsku djelatnost kao javnu službu u skladu sa zakonom, samostalno, profesionalno i kao isključivo zanimanje. Iako se, na prvi pogled, čini da je Crnogorski model sličan modelu

46 Više o tome - T. Zoroska – Kamilovska str 463.

47 Ibid 463

48 Zakon o izvršenju i obezbjeđenju, Sl. list CG, br. 36/11.

49 Zakon o javnim izvršiteljima, Sl. list CG, br. 61/11.

50 Više o tome u Analizi uticaja reforme izvršnog postupka i uvođenja notarijata na uanpređenje poslovnog ambijenta

u Srbiji, razlika u pravnom pristupu i načinu organizacije ipak postoji. Naime, prema konceptu Crne Gore, izvršitelj ne samo što sprovodi, već i određuje izvršenje – donosi rešenje o izvršenju. Izvršitelj je ovlašćen da donese rešenje o izvršenju, na osnovu izvršne isprave ili na osnovu vjerodostojne isprave. Kako je to primjećeno u procesnoj teoriji, u ovom drugom slučaju, „to praktično znači da javni izvršitelj vrši funkciju suđenja.”⁵¹ Jasnim razgraničenjem nadležnosti sudova i javnih izvršitelja, zakon je propisao da će sudovi postupati u postupku po prigovoru. U svim ostalim postupcima izvršenja na osnovu izvršne isprave, kao i u svim postupcima izvršenja po osnovu vjerodostojne isprave, propisana je nadležnost javnog izvršitelja. U teoriji je osporavano ovlaštenje izvršitelja da odlučuje o predlogu za izvršenje radi namirenja potraživanja.⁵²

6. Prijedlog načina uređenja izvršnog postupka u Bosni i Hercegovini – De lege ferenda

Analizom reformisanih postupaka izvršenja u uporedno pravnim sistemima može se konstatovati da su svi uporedno pravni sistemi kroz svoje reformisane postupke izvršenja u većem ili manjem dijelu odustali od načina uređenja postupka izvršenja koji se temelje na isključivom postupanju sudskih izvršitelja. Određeni pravni sistemi su akcenat stavili na javne izvršitelje, dok određeni pravni sistemi su veću ulogu daju privatnim izvršiteljima. Određeni pravni sistemi su čak sudsku nadležnost povjerili izvršiteljima, kao što je primjer sa postupkom izvršenja u Crnoj Gori.⁵³ Uzimajući u obzir rješenja koja su prisutna u uporedno pravnim sistemima zemalja okruženja, te posebno uzimajući u obzir preporuke Evropske unije⁵⁴ neophodno je pronaći prihvatljiva rješenja u Bosni i Hercegovini, te ista ugraditi u budući zakonski okvir, na kojem će se temeljiti budući postupak

51 Ovdje se javlja opravdana dilema da li je dobro te da li postoji i ustavni osnov da se isključivo sudska nadležnost prenese na sudskog izvršitelja.

52 Više o tome - N. Bodiroga, str. 124.

53 Najznačajnija novina uvedena Zakonom o izvršenju i obezbjeđenju je uvođenje sistema javnih izvršitelja. Jasnim razgraničenjem nadležnosti sudova i javnih izvršitelja, Zakon je propisao da će sudovi postupati u predmetima predaje i oduzimanja djeteta, vraćanja zaposlenog na rad, u predmetima po kojima je izvršni dužnik dužan da učini određenu radnju koju umjesto njega, po zakonu ili pravnom poslu, ne može da učini drugo lice, o predlogu za protivizvršenje i o zahtjevu izvršnog povjerioca za plaćanje sudskih penala. Takođe, sud je nadležan i za odlučivanje u postupku po prigovoru. U svim ostalim postupcima izvršenja na osnovu izvršne isprave, kao i u svim postupcima izvršenja po osnovu vjerodostojne isprave, propisana je nadležnost javnog izvršitelja. Viđe o tome . Više o tome u Analizi utjecaja reforme izvršnog postupka i uvođenja notarijata na uanpređenje poslovnog ambijenta

54 U preporukama Evropske unije korištena je veoma široka formulacija u pogledu pojmovnog određenja izvršitelja, po kojoj formulaciji je izvršitelj koje je od države ovlašćeno da sprovodi postupak izvršenja bez akcentiranja da li je riječ o privatnom ili javnom izvršitelju, odnosno da li je to lice postavljeno od strane države je zanimanje izvršitelja slobodno zanimanje. Više o tome N. Tešić, *Identitet predmeta izvršenja* Harmonius 215 str 254-255. (Dalje - Tešić)

izvršenja koji će biti u potpunosti efikasan u pogledu adekvatne pravne zaštite lica koja polažu određena prava iz izvršnih ili vjerodostojnih isprava

6.1. Modalitet budućeg načina uređenja Izvršnog postupka

Na osnovu dosadašnjih raspoloživih iskustava u pogledu provedenih reformi izvršnih postupaka u zemljama okruženja, neophodno je izvršiti temeljitu reformu izvršnog postupka u Bosni i Hercegovini sa jednim novim pravnim pristupom, koji se temelji na pojednostavljivanju pravila i procedura postupka izvršenja a sve u cilju što veće motivisanosti sudionika koji provode postupak izvršenja, na način da se provođenje izvršenja realizuje u što kraćem vremenskom periodu, kako bi se u konkretnom slučaju tražitelju izvršenja zbog kojeg se i pokreće izvršeni postupak na adekvatan način omogućilo pravo da bez odugovlačenja ostvari ili zaštiti svoja ugrožena ili povrijeđena subjektivna građanska prava, utvrđena izvršnom ili vjerodostojnom ispravom.

U skladu sa prethodno istaknutim, neophodno je da se budući izvršni postupak uredi kroz dva stadija, i to stadij odlučivanja o prijedlogu za izvršenje, koji stadij postupka bi bio u isključivoj nadležnosti suda. Drugi stadij izvršnog postupka se odnosi na postupak provođenja izvršenja koji bi u njegovom većem dijelu bio u nadležnosti izvršitelja organizovanih po principu javnih ili privatnih izvršitelja. Također kroz buduću reformu izvršnog postupka posebno je potrebno utvrditi u kojim postupcima izvršenja ne bi bilo niti svrsishodno niti od općeg interesa da se izvršenje povjeri izvršiteljima bilo javnim ili privatnim. Vođeni iskustvima zemalja u okruženju koje su reformisale svoje postupke izvršenja, svrsishodno je da određeni postupci izvršenja ostanu u isključivoj nadležnosti suda.

6.2. Pokretanje i provođenje postupka izvršenja

Prvi stadij izvršnog postupka koji bi bio u isključivoj nadležnosti suda, a obuhvatao bi podnošenje prijedloga za izvršenje na osnovu izvršne ili vjerodostojne isprave, odlučivanje suda o prijedlogu za izvršenje, donošenjem rješenja o izvršenju, odlučivanje o prijedlogu za promjenom predmeta i sredstva izvršenja kao i odlučivanje o prigovorima i žalbama. Nakon što rješenje o izvršenju postane pravosnažno i izvršno, prvi stadij izvršnog postupka bi bio okončan, nakon čega bi se stekle pravne pravne pretpostavke za početak drugog stadija izvršnog postupka a to je postupak provođenja izvršenja. Drugi stadij izvršnog postupka je postupak provođenja izvršenja, koji bi otpočeo dostavljanjem izvršnih rješenja o izvršenju postupajućem izvršitelju-. Dostavljanje pravosnažnog i izvršnog rješenja o izvršenju radi njegovog provođenja je u pravilu moguće na dva načina.

Prvi mogući način provođenja postupka izvršenja odvijao bi se putem suda po sistemu kruženja na način da bi sud po pravosnažnosti i izvršnosti rješenja o izvršenju dostavljao takvo rješenje na provođenje izvršitelju, na sličan način kao što je uređeno pitanje dostavljanja ostavinskih spisa notarima, radi vođenja

ostavinskog postupka. Ovakav način i model dostavljanja ima svoje nedostatke, a ti nedostaci se ogledaju u činjenici da je ovakvim pravnim pristupom zagaranтован siguran posao izvršitelju, bez obzira koliko on kvalitetno i funkcionalno brzo obavljao povjereni posao, koji način dostavljanja destimulativno djeluje na izvršitelja u pogledu blagovremenog i efikasnog provođenja izvršenja. Također ovakvim pravnim pristupom bilo bi isključeno pravo tražitelja izvršenja na slobodan izbor onog izvršitelja koji će na najbolji način zaštititi interes tražitelja izvršenja.

Drugi mogući način dostavljanja pravosnažnog i izvršnog rješenja o izvršenju podrazumijevao bi potpuno slobodno pravo tražitelja izvršenja na izbor izvršitelja (javnog -privatnog), na način da tražitelj izvršenja po pravosnažnosti i izvršnosti rješenja o izvršenju zadrži svoje dispozitivno pravo da slobodno odluči kojem od izvršitelja će povjeriti provođenje izvršenja, U konkretnom slučaju otvoreni slobodni princip izbora izvršitelja od strane tražioca izvršenja bi stvarao pretpostavku da izabrani izvršitelj profesionalno, odgovorno bez nepotrebnog odugovlačenja provede postupak izvršenja. U slučaju suprotnog postupanja izvršitelja, isti bi nosio rizik da mu tražitelj izvršenja otkáže punomoć za provođenje izvršenja. Uzimajući u obzir prethodno istaknuto, može se zaključiti da je svrsishodnije rješenje da se kao modalitet dostavljanja na provođenje prihvati model po kojem će tražitelj izvršenja po pravosnažnosti i izvršnosti rješenja o izvršenju na otvorenom tržištu zadržati dispozitivno pravo da izabere onog izvršitelja koji će na najbolji način i u najboljem interesu po tražitelja izvršenja bez odugovlačenja provesti postupak izvršenja.

7. Način organizovanja statusa i pravnog položaja izvršitelja

Kada je u pitanju drugi stadij izvršnog postupka, to jest postupak provođenja izvršenja, uzimajući u obzir uporedno pravna iskustva zemalja u okruženju, postupak provođenja izvršenja moguće je organizovati na dva načina, i to uređenjem provođenja postupka izvršenja kroz organizovanje i angažman javnih izvršitelja, ili kroz organizovanje i angažman privatnih izvršitelja. Oba načina uređenja postupka izvršenja sa sobom nose određene prednosti i nedostatke. U ovom slučaju odlučno je kako se država Bosna i Hercegovina želi postaviti kada je u pitanju uređenje ove veoma značajne pravne oblasti. Način uređenja postupka izvršenja zasnovan na angažmanu javnih izvršitelja na prvi pogled djeluje veoma dobar i siguran sistem uređenja postupka izvršenja, međutim ovakav način uređenja postupka izvršenja sa sobom nosi određene nedostatke, koji se u konačnici veoma lako mogu negativno odraziti na dužinu trajanja postupaka izvršenja, te ukupnu pravnu zaštitu lica koja polažu prava iz izvršnih ili vjerodostojnih isprava. Kada je u pitanju drugi način uređenja postupka izvršenja koji podrazumijeva angažman privatnih izvršitelja isti način uređenja postupka izvršenja obećava stvaranje

pretpostavki za brze i funkcionalne postupke izvršenja što i jeste cilj svakog izvršnog postupka, međutim ovaj modalitet načina uređenja postupka izvršenja zahtijeva pojačan strogi nadzor države nad osnivanjem i radom izvršiteljskih agencija. U konkretnom slučaju obzirom da je Bosna i Hercegovina nalazi na putu temeljite reforme izvršnog postupka odlučno je da li država Bosna i Hercegovina ima dovoljno političke volje i snage da kroz buduću reformu organizuje brze i funkcionalne postupke izvršenja, te na taj način stvori pravne pretpostavke za funkcionalan pravni poredak.

7.1. Provođenje izvršenja po sistemu organizovanja javnih izvršitelja

Ukoliko bi postupak provođenja izvršenja kroz buduću reformu izvršnog postupka bio zakonom povjeren javnim izvršiteljima, iste bi imenovao i postavljao nadležni organ države, po sličan način na koji je uređena notarska djelatnost u Bosni i Hercegovini, po principu ograničenog tačno određenog broja javnih izvršitelja, koji bi broj izvršitelja bio uvjetovan brojem stanovnika, ili određenim geografskim područjem. Prednost ovakvog načina organizovanja postupka izvršenja jeste taj što bi način osnivanja te broj izvršitelja bio u isključivoj nadležnosti države. Međutim ovakav način organizovanja izvršitelja ima svoje nedostatke, tako što ovakvim ograničenim pristupom organizovanja broja izvršitelja, javnim izvršiteljima bi bilo obezbjeđeno sigurno tržište i siguran posao te monopolistički položaj bez zdrave konkurencije. Također sistem javnih izvršitelja stvara opravdanu dilemu kako i koliko će uistinu javni izvršitelji biti motivisani da provođenje izvršenja vrše na najbolji način dovoljno vremenski prihvatljiv za tražitelja izvršenja. Javne izvršitelje je u pravilu moguće motivisati kroz visoke nagrade propisane tarifom, međutim to bi se negativno odrazilo na ukupne troškove izvršenika pa samim tim i na ukupan standard građana.

Ukoliko bi se pristupilo uređenju postupka izvršenja uvođenjem javnih izvršitelja, u tom slučaju broj javnih izvršitelja bi bio uvjetovan brojem stanovnika na određenom području. Uzimajući u obzir evropski model kao standard za određivanje broja izvršitelja, po kojem jedan javni izvršitelj dolazi na oko 25000 stanovnika, može se konstatovati da ovaj model i princip je prihvatljiv za zemlje u kojim kultura življenja se zasniva na strogom poštivanju zakonskih propisa, kao što je primjer Švedske. Uzimajući u obzir kulturu življenja građana na području Bosne i Hercegovine kao i u zemljama okruženja u kojim do izražaja dolazi do izražaja „izbjegavanje zakonskih propisa po svaku cijenu“ velika je dilema u pogledu funkcionalnosti navedenog modela, jer kultura življenja građana na području Bosne i Hercegovine je drastično suprotna kulturi življenja koja se zasniva na strogom poštivanju zakonskih propisa kao što su Skandinavske zemlje. Uzimajući u obzir navedenu činjenicu može se zaključiti da navedeni modalitet organizovanja javnih izvršitelja bi za posljedicu uzrokovao veoma spor i nefunkcionalan postupak izvršenja. Uzme li se pri tome odlučna činjenica da javni izvršitelj bi imao monopolistički položaj, te isti na principu zdrave

konkurencije ne bio motivisan da posao izvršitelja obavlja u najboljem interesu po tražioca izvršenja bez nepotrebnih odugovlačenja, pretpostavka je da provođenje izvršenja organizovano kroz sistem javnih izvršitelja, ne bih na najbolji način odgovorio izazovu u pogledu funkcionalnog i ekonomičnog provođenja postupka izvršenja. Zbog svega gore navedenog može se zaključiti da modalitet uređenja postupka izvršenja kroz sistem javnih izvršitelja za područje kao što je Bosna i Hercegovina ne predstavlja adekvatan modalitet na kojem bi se trebala temeljiti reforma izvršnog postupka.

7.2. Provođenje postupka izvršenja po sistemu organizovanja privatnih izvršitelja

Ukoliko bi postupak provođenja izvršenja bio organizovan i povjeren privatnim izvršiteljima, u tom slučaju izvršiteljsku djelatnost je potrebno organizovati na način da privatni izvršitelji u pravilu bi bila ovlaštena službena lica sa odgovarajućom stručnom naobrazbom, i položenim stručnim ispitom za izvršitelja, te registrovanom agencijom nadležnom za provođenje postupka izvršenja. Djelatnost privatnih izvršitelja bi bila u pravilu uređena na sličan način na koji je uređena advokatska djelatnost, na principu otvorenog tržišta, bez bilo kakvih ograničenja u pogledu broja privatnih izvršitelja na određenom teritorijalnom području. Nadležnost privatnih izvršitelja bi bila teritorijalno ograničena na razini entiteta što podrazumijeva da privatni izvršitelj iz Federacije Bosne i Hercegovine bi bio nadležan za provođenje izvršenja na cijelom području Federacije Bosne i Hercegovine. Broj privatnih izvršitelja na tržištu bi bio isključivo uvjetovan odnosom ponude i tražnje, što podrazumijeva da eventualno uređenje postupka izvršenja uvođenjem privatnih izvršitelja bi stvorio pravne pretpostavke za jednim otvorenim tržištem na principu ponude i tražnje koji bi princip zasigurno obezbijedio veoma brze i efikasne postupke izvršenja.

Organizovanje postupka izvršenja uvođenjem privatnih izvršitelja zahtijeva dosljednu primjenu pravnih propisa, te pojačan nadzor nad radom izvršiteljskih agencija u pogledu potpune zakonitosti rada privatnih izvršitelja. Taj nadzor u cilju kontrole zakonitosti rada izvršitelja bi se isključivo ostvarila kroz stroge pravne mehanizme zaštite u pogledu obaveznog polaganja stručnog ispita za izvršitelja, te njihovo licenciranje, zatim ispunjavanje strogih zakonom propisanih uslova u pogledu osnivanja izvršiteljskih agencija, te kontinuiran strogi nadzor nad radom tih izvršiteljskih agencija. Navedene mjere u pogledu osnivanja i nadzora su itekako nužne i neophodne upravo iz razloga da današnja lica koja se pojavljuju na sivom tržištu kao što su kamatari, lihvari ili izvjesni utjerivači dugova ne bi kroz ovakve reforme prepoznali svoju šansu i priliku te se ufiltrirali u legalne i legitimne na zakonu osnovane organe koji bi im poslužili kao paravan za njihovo dotadašnje nezakonito djelovanje.

8. Način organizovanja privatnih izvršitelja u postupku izvršenja

Privatni izvršitelji registrovanu djelatnost bi obavljali na otvorenom tržištu na principu ponude i tražnje, tako da budući posao privatnog izvršitelja te garancija sigurnog posla na tržištu bi isključivo bila uvjetovana odnosom kvalitete pružene izvršiteljske usluge u pogledu adekvatne zaštite tražitelja izvršenja, te ukupne dužine trajanja postupka izvršenja. Također pravo tražitelja izvršenja na izbor privatnog izvršitelja bi bilo apsolutno dispozitivno pravo tražioca izvršenja, što bi u svakom slučaju odgovornost privatnog izvršitelja prema povjerenim poslovima bila podignuta na najviši nivo.

U cilju potpunog nadzora u pogledu licenciranja osnivanja te nadzora nad radom privatnih izvršitelja neophodno je da se ukupna organaizacija rada privatnih izvršitelja organizuje na nivou entiteta i Brčko Distrika, kao isključivo nadležnih teritorijalnih jedinica za ovu oblast. Eventualnim spuštanjem nadležnosti na niže nivoe vlasti, uzrokovalo bi pravnu rascjepkanost pa samim tim i pravnu neujednačenost u radu, osnivanju i organizovanju privatnih izvršitelja, s druge strane takva rascjepkanost bi uzrokovala i mnogo veće troškove te ukupnu pravnu nejednakost u postupanju što bi za posljedicu kod građana stvorilo određenu pravnu nesigurnost.

9. Uslovi za imenovanje i rad privatnih izvršitelja

Lice koje ima namjeru se baviti poslovima privatnog izvršitelja bilo bi prethodno obavezno položiti stručni ispit za izvršitelja.. Nakon položenog stručnog ispita, to lice bi dobilo licencu kao dokaz o stručnoj osposobljenosti za bavljenjem poslova izvršitelja. Navedena licenca bi bila ograničenog perioda trajanja, čije produženje bi bilo uvjetovano određenom stručnom edukacijom licenciranih izvršitelja. Ukoliko bi to lice koje posjeduje (položen stručni ispit - licencu) imalo namjeru se baviti poslovima izvršitelja, prethodno bi moralo također kod nadležnog Ministarstva pravde registrovati izvršiteljsku agenciju čija djelatnost bi bila provođenje postupka izvršenja. Također nadležno Ministarstvo pravde pored licenciranja, bi vodilo registrar licenciranih izvršitelja te registrar ovlaštenih izvršiteljskih agencija. Također u nadležnosti Ministarstva pravde bi bio i nadzor nad zakonitošću rada izvršiteljskih agencija, uz obaveznu mogućnost oduzimanja licence i zabrane rada izvršiteljske agencije onim izvršiteljima koji poslove izvršitelja poduzimaju suprotno principima i načelima na kojim počivaju poslovi izvršitelja.

U cilju potpune zaštite kako izvršitelja tako i stranaka u postupku izvršenja bilo bi potrebno zakonom propisati obaveznu odgovornost izvršiteljskih agencija na zaključenje poslice osiguranja od nastupanja kao osiguranog rizika štete po stranke u postupku ili treća lica u postupku izvršenja. Ta polica osiguranja bi izvršitelje štitila od odgovornosti za eventualnu štetu pričinjenu strankama u postupku izvršenja ili

trećim licima. U cilju maksimalne profesionalnosti u radu, zakonom je neophodno propisati stalnu i kontinuiranu stručnu profesionalnu edukaciju privatnih izvršitelja organizovanu ili od strane Ministarstva pravde ili od strane strukovnog udruženja privatnih izvršitelja, a koja stručna edukacija bi predstavljala preduvjet produženja licence za obavljanjem poslova postupka izvršenja, u suprotnom, licu koje ne obavi potrebnu stručnu edukaciju ne bih bila produžena licenca, a agencija koja bi obavljala djelatnost bez licenciranog lica kao osnivača bi morala prestati sa obavljanjem te djelatnosti.

10.Pravni okvir za rad privatnih izvršitelja

Uređenjem izvršnog postupka po modalitetu angažovanja privatnih izvršitelja neophodno bi bilo prethodno zakonskom legislativom urediti postupak izvršenja, o jest potrebno je donijeti Zakon o izvršnom postupku. Pomenutim zakonom bi bio uređen izvršni postupak kroz dva stadija, i to stadij podnošenja prijedloga za izvršenje odlučivanja po takvom prijedlogu, odlučivanja po prigovorima i žalbama te odlučivanja o promjeni predmeta i sredstva izvršenja, koji stadij izvršnog postupka bi bio u isključivoj nadležnosti suda. Drugi stadij izvršnog postupka bi se odnosio na sam postupak izvršenja i isti bi bio u nadležnosti privatnog izvršitelja. Zatim potrebno je donijeti Zakon o licenciranju privatnih izvršitelja, i osnivanju izvršiteljskih agencija, osnivanju komora privatnih izvršitelja te postupanju privatnih izvršitelja. Također potrebno je donijeti i podzakonske propise kao što je Kodeks etike izvršitelja, Pravilnik kojim bi bio uređen postupak i procedura u pogledu obavezne obuke privatnih izvršitelja, stručnog ispita, disciplinske odgovornosti, te tarife o nagradi i naknadi za rad privatnih izvršitelja. Također potrebno je izvršiti intervenciju u pogledu izmjena zakona o sudovima te eventualno i drugih propisa. Također pitanje naknade i nagrade za rad privatnih izvršitelja potrebno je urediti tarifom o naknadama i nagradi izvršitelja. Navedenom tarifom bi bilo neophodno predvidjeti pravo izvršitelja na naknadu realnih i objektivnih troškova nastalih u vezi sa provođenjem postupka izvršenja. Pored naknade izvršitelju bi pripadala i nagrada u pogledu troškova izvršenja koja nagrada bi bila različito vrijednosno normirana ovisno od vrste radnje koju poduzima izvršitelj. Navedenu nagradu bi u pravilu predujmivao tražitelj izvršenja a ista bi kroz ukupne troškove postupka izvršenja u konačnici pala na teret izvršenika. Prilikom određivanja tarife izvršitelja moralo bi se voditi računa da visina pojedinih nagrada bude srazmjerna standardu stanovništva bez nepotrebnog pretjerivanja u pogledu očitog nesrazmjera u visini nagrade i težini poduzete izvršne radnje, ali isto tako neophodno je da ta nagrada bude dovoljno stimulativna za izvršitelja u njegovom svakodnevnom radu. Pored toga što bi nagrada i njena visina bila određena tarifom, svrsishodno je da se tarifom ostavi kao dopušteno slobodno ugovaranje i dodatne nagrade između tražioca izvršenja

i izvršitelja kao satisfakcije za dobro i brzo obavljen postupak izvršenja ali koja dodatna nagrada ne bih mogla u konačnici pasti na teret izvršenika.

11. Zaključak

Reformisanjem izvršnog postupka u Bosni i Hercegovni kroz uvođenje modaliteta privatnih izvršitelja efekti ovakvog načina uređenja postupka izvršenja bi bili višestruki. Nesumnjivo je da bi došlo do ukupnog smanjenja broja izvršnih postupaka. Također došlo bi do skraćivanja vremenskog perioda od podnošenja prijedloga do namirenja tražioca izvršenja. U potpunosti bi bilo obezbijeđeno pravo tražitelja izvršenja na namirenje potraživanja u najkraćem mogućem periodu koje mu pripada po osnovu izvršne ili vjerodostojne isprave. Također došlo bi do drastičnog smanjenja ukupnih troškova koji padaju na teret države. U konačnici došlo bi do pravne discipline građana u pogledu blagovremenog izvršavanja dospjelih obaveza, što i jeste cilj svakog društva. Ukoliko se uzme u obzir položaj javnih i privatnih izvršitelja te ukupna organizacija njihovog rada, kao i složenost poslova koje bi obavljali može se zaključiti da bi uvođenje privatnih izvršitelja postupak izvršenja uz pooštrene mjere i procedure osnivanja ovakvih agencija te uz strogi nadzor rada nad izvršiteljskim agencijama učinilo izvršni postupak veoma efikasnim. Ovakva predložena rješenja bi stvorila pretpostavku za jedan novi pravni pristup kada je u pitanju postupak izvršenja, i kao takva predložena rješenja bi zasigurno doprinijela da izvršni postupak bude mnogo funkcionalniji i efikasniji u pogledu kvalitetnije pravne zaštite prava tražitelja izvršenja koja su bila oduzeta ili povrijeđena, te u pogledu nepotrebnog odugovlačenja postupka izvršenja. Uporedo s tim i stepen pravne zaštite lica koja crpe određena prava iz izvršnih ili vjerodostojnih isprava bi bio zasigurno podignut na viši nivo.

Popis literature

- Šarkić, Vavan, *Postupak izvršenja sudskih odluka kojim je utvrđeno pravo na rentu*, Civitas 2016,
- Triva, Bjelajc, M. Dika, *Sudsko izvršno pravo – Opći dio*, Zagreb, 1980,
- Šarac, Lučić, *Rimsko privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu 2006 godina
- Ignjatović, *Evolutivni razvoj Građanskog sudskog postupka u Rimskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu broj 66, 2014. Godina
- Romac, *Rimsko pravo*, Zagreb 2002,

- Zoroska – Kamilovska, *Reforme sistema izvršenja u državama regiona*, Zbornik Radova „Harmonizacija građanskog prava u regionu „, 2013,
- Uzelac, *Kako unaprijediti izvršni postupak u BiH* Zbornik konferencije. Sarajevo 2009.
- Uzelac, *Reforma ovršnog prava putevi i stranputice*, 2017 godina, Tribina Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu
- Bodul, *Neki primjeri u izvršnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine – Ovrha na nekretnini radi naplate manjih iznosa*. Zbornik radova III. Međunarodnog savjetovanja
- Aktuelnosti Građanskog procesnog prava nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća Split 2017 godina
- Dika, *Građansko ovršno pravo I knjiga*, Opće građansko ovršno pravo Zagreb 2007,
- Stanković, *Ovlaštenja privatnog izvršitelja, Aktuelnosti privredne legislative kao determinante razvoja ekonomija država u regionu.*, Zbornik radova X tradicionalnog međunarodnog naučnog savjetovanja, Novi sad
- Bodiroga, *Sudska kontrola rada izvršitelja*, Anali pravnog fakulteta u Beogradu broj 2/2015
- Tešić, *Identitet predmeta izvršenja* Harmonius 215
- *Analiza mogućnosti sistema privatnih izvršitelja u pravni sistem Bosne i Hercegovine prednosti i nedostaci*, Sarajevo 2015.

REFORM OF THE ENFORCEMENT PROCEDURE IN BOSNIA AND HERZEGOVINA AND THE LEGAL POSITION AND ROLE OF THE EXECUTOR IN THE EXECUTION PROCESS

Abstract: Through this paper author explores the existing way of organizing the execution process in Bosnia and Herzegovina with its advantages and disadvantages. Procedures of execution in parallel with the legal systems of the countries in the region have also been scientifically investigated, with particular reference to the stage of the execution procedure which is in the exclusive jurisdiction of the court, as well as the stage of implementation of the execution carried out by the bailiffs. The legal position and the role of the bailiffs during the execution procedure have been specifically investigated. The reform of enforcement proceedings in the countries of the region has been topical theme of civil legal protection in the last period. Since all countries in the region and beyond have abandoned the existing ways of regulating the enforcement procedure and reformed the enforcement procedures by introducing wholly or partially public or private executors into the execution process, in this work it is scientifically investigated the necessity of the reform of the enforcement procedure in Bosnia and Herzegovina, which will make the enforcement proceedings more functional and in this way provide adequate legal protection for persons who derive certain rights from executive or authentic document. Also, through this paper author has scientifically investigated and worked out the most optimal model of regulation the future execution process in Bosnia and Herzegovina, and proposed concrete solutions to the manner of regulating the executive procedure through the introduction of public or private executors into the execution procedure.

Key words: enforcement procedure, execution process, enforcement, control over execution, public executors, private executors, bailiffs.

**OBLIGATORNO ZASTUPANJE OD STRANE KVALIFICIRANOG
PUNOMOĆNIKA U GRAĐANSKOM SUDSKOM POSTUPKU PO
REVIZIJI U KONTEKSTU PRAVA NA PRISTUP SUDU RAZVIJENOG
KROZ PRAKSU ESLJP I SUDA EU**

Sažetak:

Uvođenje obligatornog zastupanja po advokatu, odnosno licu sa položenim pravosudnim ispitom u građanskom sudskom postupku po reviziji ima jasnu logiku. Nastoji se profesionalizirati postupak pred vrhovnim sudom, tako što stranke više ne mogu sebe zastupati, osim ako nisu i same pravno kvalifikovane. Ovakvo rješenje bi u idealnom slučaju trebalo racionalizirati i podići kvalitet postupka po vanrednim pravnim lijekovima, odnosno omogućiti ostvarenje ciljeva inoviranog revizionog sistema - manje opterećenja za vrhovni sud, kao pretpostavku za veću efikasnost, ujednačavanje prava i sudske prakse, kvalitetniju zaštitu i jednakost građana pred zakonom. U radu će uvođenje obligatornog zastupanja sa pratećim finansijskim teretima građanske pravde biti analizirano s jedne strane u kontekstu zakonodavčeve intencije da se pomogne vrhovnom sudu u ostvarenju njegovih funkcija, ali i s druge strane u kontekstu prava na pristup sudu. S obzirom da je pitanje pristupa pravosudnim institucijama i zaštite prava pred tim institucijama naročito važno kada su građani suočeni sa značajnim procesnim troškovima, uključujući troškove advokatskog zastupanja, važno je voditi računa o uspostavi odgovarajućeg balansa između ograničenja pristupa vrhovnom sudu i garancija iz prava na pristup pravosuđu/sudu razvijenog kroz praksu ESLJP i Suda EU, čemu će konkretan rad i biti posvećen.

Ključne riječi: obligatorno zastupanje, revizija, pravo na pristup sudu, ESLJP, Povelja EU o osnovnim pravima

1. Uvod

Izjavljivanje revizije kao vanrednog pravnog lijeka u domaćem pravnom okviru je ograničeno brojnim uslovima u svrhu ostvarenja ekonomičnosti i sigurnosti pravne zaštite. Režim uređenja revizije, u smislu ko, kada i kako može izjaviti reviziju vrhovnom sudu, determiniše njenu funkciju i karakteristike.¹

¹ Umjesto mnogih, vidi: Triva S./ Dika M., Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004.; Dika M., Građansko parnično pravo, Pravni lijekovi, X. Knjiga, Narodne novine, Zagreb 2010, 49; Grbin I., "Pravni lijekovi u parničnom postupku", Hrvatska pravna revija, februar 2004, 88; Herzog P.E./Karlen D., "Attacks on Judicial Decisions" u Cappelletti M. (ur.), Interna-

Faktor koji može imati odlučujući uticaj na pristup vrhovnom sudu se tiče pravila o (obligatornom) zastupanju. Entiteskim parničnim zakonima je određeno da revizija nije dozvoljena, između ostalog, i ako nije izjavljena putem odgovarajućeg punomoćnika. Odgovarajući punomoćnici su unaprijed određeni i pritom moraju imati kvalitetu kvalificiranih punomoćnika.² Naime, stranka može podnijeti reviziju putem punomoćnika koji je advokat, a izuzetno može sama podnijeti reviziju ako ima položen pravosudni ispit, odnosno za nju može reviziju podnijeti kao punomoćnik osoba koja je, prema odredbama ovog ili kojeg drugog zakona, ovlaštena zastupati u tom svojstvu iako nije advokat, pod pretpostavkom da ima položen pravosudni ispit.

Predstavljenim rješenjem nastoji se profesionalizirati i racionalizirati postupak pred vrhovnim sudovima u zemlji, tako što stranke više ne mogu same sebe zastupati, osim ako nisu i same pravno kvalifikovane. Ipak, u poređenju sa pojedinim evropskim državama, ograničenja u pogledu raspravljanja i zastupanja pred vrhovnim sudom su relativno skromna, kako u BiH, tako i u regionu, Sloveniji, Srbiji³ i Hrvatskoj.⁴

U kontekstu ovog rada se diskusija ne svodi na opšte pitanje da li je obligatorno zastupanje kao takvo opravdano ili ne. Pitanje postojanja obligatornog zastupanja je ograničeno na zastupanje povodom revizije, dakle samo u odnosu na postupak pred vrhovnim sudovima i u tom kontekstu će biti razmatrano. Takvo razmatranje je na tragu komparativnih rješenja koja pokazuju da je najčešće zastupljen sistem obaveznog zastupanja po kvalifikovanom punomoćniku onaj prema kojem stranke imaju slobodu samozastupanja pred nižestepenim sudovima, a u odnosu pristup višim, naročito vrhovnim sudovima, vrijede dodatne

tional Encyclopedia of Comparative Law, Volume XIV: Civil Procedure, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014., 4. i dalje.

2 O punomoćnicima vidi više: Čizmić J., Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo: Privredna štampa, Sarajevo 2009, 870 i dalje.

3 Članovi 84. i 85. ZPP Srbije iz 2004. godine su izmijenjeni utoliko što je postulaciona sposobnost stranke još više sužena. Tako je članom 85. novog ZPP propisano da stranke mogu da preduzimaju radnje u postupku lično ili preko punomoćnika koji mora da bude advokat. "Očekuje se da će ovo biti garancija veće stručnosti u pružanju zaštite strankama i da će doprinijeti efikasnosti. Takođe se zaštićuje advokatska struka od nadripisarstva i otklanja obaveza suda da ocjenjuje da li se neko lice bavi nadripisarstvom da bi mu uskratila zastupanje. Stoga su brisane odredbe o nadripisarstvu iz člana 85. ZPP iz 2004. Izuzetak je punomoćnik pravnog lica koji mora da bude zaposlen u tom pravnom licu i da je diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom (član 85. stav 2). Stranku mora da zastupa advokat po vanrednim pravnim lijekovima, izuzev ako je sam advokat. Posljednja navedena izmjena se tičenejasnoća u ZPP iz 2004. godine koje su uticale na nedoumice u sudskoj praksi Vrhovnog suda Srbije, pa je, pomalo neobično, smatrano da i stranku koja je sama advokat mora da zastupa drugi advokat u postupku po vanrednim pravnim lijekovima. U skladu sa tim tumačenjem su odbacivane revizije kao neuredne ukoliko su ih izjavili advokati-stranke lično. Sada je nepreciznost otklonjena eksplicitnom zakonskom normom." Iz Komentara ZPP Srbije, Paragraf Co i Paragraf Lex, Beograd 2012.

4 Uzelac A./Galić A., "Changing Faces of Post-socialist Supreme Courts: Croatia and Slovenia Compared", u CH. van Rhee & Y. Fu (ur.), *Supreme Courts in transition in China and the West: Adjudication at the service of public goals*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, vol. 59, Springer 2017, Cham, pp. 207-228, 215.

restrikcije u pogledu obaveznog zastupanja po advokatu. Varijacije u sistemima su brojne, od (ne)ograničene slobode biranja advokata (bilo koji advokat registrovan unutar zemlje), preko postojanja posebnih kategorija tzv. revizijskih advokata (formalno specijalizirani i registrovani za zastupanje pred vrhovim sudovima), lokalizacije advokata koji mogu zastupati po reviziji (obavezno bavljanje advokatske djelatnosti na teritoriji suda pri kojem je advokat registrovan), pa sve do opšteg uređenja funkcije i statusa advokata u pravnom sistemu (tzv. javnopravni i privatnopravni sistem).⁵

Parnična stranka je zaista *dominus litis* (gospodar/ica parnice), od čije stranačke autonomije zavisi razvoj procesnih aktivnosti u parnici - ona sama odlučuje o zastupanju sopstvenih interesa, i poduzimanju parničnih radnji. Da li je međutim samozastupanje u najboljem interesu stranke u sudskom postupku? Advokati kao profesionalni zastupnici zbog svog formalnog obrazovanja, iskustva, stručne licence nesumnjivo mogu doprinijeti jačanju procesnog položaja stranke i zaštiti njenih pravnih interesa. S druge strane, kroz odredbu člana 301b. ZPP F BiH vidljivo je da zakonodavac nije želio advokatima dati monopol na stručnost i posjedovanje kvaliteta za uspješno zastupanje⁶ u postupku po reviziji, jer, kako se ispravno ističe u teoriji, advokati nisu jedini kvalificirani, njihov status advokata nije nužan/dovoljan razlog kvalificiranosti, niti su pak svi advokati jednako kvalificirani za zastupanje u svim slučajevima.

Nedostatak egzaktnih statističkih podataka entitetskih vrhovnih sudova o broju zaprimljenih revizija, te odluka povodom revizija (odbacivanje, usvajanje/uvažavanje, odbijanje)⁷ otežava praćenje brojčanih tendencija u vrstama revizije (da li dominiraju redovne⁸ ili tzv. vanredne revizije⁹), te ishodima postupaka po zaprimljenim revizijama. Ako je suditi po trendovima u regionu, prevashodno

5 O komparativnom pregledu stanja, vidi: Uzelac A., , „Obvezatno odvjetničko zastupanje? Prilog diskusiji o reformi hrvatskog parničnog prava – Teorijski i komparativni aspekti, Pravo u gospodarstvu, vol. 37, 1998, 149-185.

6 Vidi: Uzelac A., 1998, 155.

7 Tako, za Vrhovni sud F BiH na zvaničnoj web stranici posljednji dostupan izvještaj o radu iz 2010. godine, koji pak ne sadrži sortirane podatke o vrstama odluka donesenih povodom revizije (odbacivanje, odbijanje, usvajanje). Vidi: <https://vsud-fbih.pravosudje.ba> (pristup 30.5.2019.). Vrhovni sud RS objavljuje redovno svoje izvještaje o radu, ali takvi izvještaji ne sadrže podatke sortirane prema vrstama odluka povodom revizije, nego samo ukupan broj riješenih predmeta (bez napomene o načinu rješavanja predmeta). Vidi: <https://vsud-rs.pravosudje.ba> (pristup 30.5.2019.).

8 Inoviranim parničnim zakonodavstvom je napravljena distinkcija između presuda protiv kojih je revizija, prema vrijednosnom, kauzalnom, kauzalno-personalnom i proceduranom kriteriju, uvijek dopuštena (tzv. redovna revizija) i onih presuda protiv kojih je revizija izuzetno i ograničeno dopuštena uz ispunjenje posebnih pretpostavki (tzv. vanredna revizija). Zakoni o parničnom postupku ne prave terminološku razliku između redovne i vanredne revizije, nego se obje vrste revizije označavaju kao ‘revizija’.

9 U sporovima u kojima vrijednosni cenzus sprečava izjavljivanje revizije, zakonodavac je ipak dopušta u svim predmetima, ako sud procjeni da bi odlučivanje po reviziji bilo od značaja za primjenu prava u drugim slučajevima (čl. 237. st. 3. ZPP). Upravo zato, primjetni su i drugi termini za označavanje vanredne revizije, poput posebne revizije, revizije po dopuštenju ili po dopustivosti. Tako npr. Bratković M., Revizija po dopustivosti, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2018.

Republici Hrvatskoj¹⁰, udio odbačenih revizija u broju riješenih revizijskih predmeta generalno raste, naročito od uvođenja vanredne revizije. Kao razlozi se, od strane sudija Vrhovnog suda RH, često navode nedostatak kvalitete u advokatskim podnescima, koji ne sadrže jasno identifikovana pravna pitanja zbog kojih se revizija izjavljuje, niti sadrže detaljno obrazložene razloge zbog kojih bi revizija bila važna za osiguravanje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih pred zakonom.¹¹ Advokati s druge strane tvrde da veliki broj odbačaja revizije potiče iz nastojanja Vrhovnog suda da, kroz izrazito formalističko tumačenje kriterija dopustivosti vanredne revizije, reducira broj predmeta o kojima treba meritorno odlučivati.¹² U svakom slučaju, uloga advokata u revizijskim postupcima je nezanemariva, jednako kao što je nezanemarivo i pravilno shvatanje uloge advokata za ostvarivanje proklamovanih ciljeva, prvenstveno vanredne revizije, od strane samih advokata. Uvođenje obligatornog zastupanja ima za implicitnu svrhu filtriranje vanrednih pravnih lijekova tako da pred vrhovni sud dopiju samo oni lijekovi koji imaju realistične šanse za uspjeh ili koje sadrže određena principijelna pitanja/dileme, što predstavlja razumnu i proporcionalnu mjeru u svrhu ostvarenja pravičnog i efikasnog funkcionisanja pravosuđa.¹³

Zbog toga će nastavak rada biti posvećen analizi svrsishodnosti uvođenja instituta obligatornog zastupanja po kvalificiranom punomoćniku u slučaju izjavljivanja revizije, naročito uvažavajući okolnost da će u praksi to najčešće biti advokati, sa svim pripadajućim finansijskim teretima dostizanja pravde u građanskom postupku. Na tom tragu će, dalje, ovaka vrsta restrikcije i uslova za dopustivost revizije biti kritički analizirana u svjetlu procesnih ljudskih prava, konkretno prava na pristup sudu kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava i Evropskog suda pravde/Suda EU.

2. Obavezno zastupanje po kvalificiranom punomoćniku kao uslov za izjavljivanje revizije u domaćim parničnim postupcima

Zakon o parničnom postupku Federacije BiH (dalje: ZPPF BiH) određuje da je revizija nedozvoljena, između ostalog, i ako nije izjavljena putem punomoćnika iz člana 301b. ovog zakona.¹⁴ Spomenuti član 301b. dalje pojašnjava da stranka može podnijeti reviziju putem punomoćnika koji je advokat, a izuzetno može sama podnijeti reviziju ako ima položen pravosudni ispit. Za stranku, također,

10 Bratković M., Revizija po dopuštenju: hrvatske dvojbe i slovenska iskustva, u: Rijavec, V. et al. (ur.), Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2016.

11 Navedeno u Bratković M., “Što je važno pravno pitanje u reviziji?”, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2018, broj 6 (5-6), 855.

12 Ibid.

13 Tako i Presuda ESLJP, De Ponte Nascimento v. UK, aplikacija broj 55331/00 od 31. 1. 2002. godine.

14 Član 247. ZPP F BiH („Službene novine Federacije BiH“, broj 53/03, br. 73/05, 19/06 i 98/15).

reviziju može podnijeti kao punomoćnik i osoba koja je, prema odredbama ovog ili kojeg drugog zakona, ovlaštena zastupati u tom svojstvu iako nije advokat, ako ima položen pravosudni ispit. Osim advokata, odnosno advokatskog društva, kao punomoćnici se mogu pojaviti uposlenici službe za besplatnu pravnu pomoć, kao i za pravna lica uposlenik tog pravnog lica, a za fizička lica bračni, odnosno vanbračni partner stranke ili srodnik stranke po krvi po pravoj liniji do bilo kojeg stepena, u pobočnoj do četvrtog stepena zaključno, odnosno srodnik po tazbini zaključno do drugog stepena.¹⁵ Dakle, ne mora se nužno raditi o advokatima, nego o određenom krugu ovlaštenih punomoćnika koji moraju imati položen pravosudni ispit.

Identičnu odredbu sadrži i Zakon o parničnom postupku Republike Srpske (dalje: ZPP RS)¹⁶, dok Zakon o parničnom postupku Brčko Distrikta¹⁷ ne sadrži takva uslovljavanja izjavljivanja revizije. Zakon o parničnom postupku pred Sudom BiH također sadrži odredbu o obligatornom zastupanju u postupku po reviziji¹⁸, ali izjavljivanje revizije strankama dopušta samo putem advokata, ne i bilo kog drugog kvalificiranog punomoćnika, neovisno da li ima položen pravosudni ispit ili ne.

Nije opravdano očekivati da će većina stranaka imati položen pravosudni ispit ili da će imati (van)bračnog partnera ili srodnike koji imaju položen pravosudni ispit, iako bi to svakako bila olakšavajuća i sretna okolnost za te stranke. Zbog toga možemo analizirati usklađenost domaćeg rješenja sa pravom na pristup sudu u dijelu u kojem je određeno obavezno izjavljivanje revizije po advokatu/advokatskom društvu/uposleniku službe za besplatnu pravnu pomoć. Konkretno, šta ako stranka nema položen pravosudni ispit, niti ima van(bračnog) partnera/srodnika sa položenim pravosudnim ispitom, a nema dovoljno sredstava da samostalno plati advokata ili drugog ovlaštenog punomoćnika? Da li je u toj situaciji pravo na izjavljivanje revizije samo formalno pravo za stranku, bez potpune mogućnosti da ga faktički realizuje? S druge strane, šta je sa pravom i mogućnošću stranke da uzme aktivno učešće u postupku, ako nema ni profesionalnih znanja niti vještina? Angažovanje profesionalnih zastupnika – advokata, u pravilu povećava šanse za uspjeh u parnici, zato što je veća vjerovatnoća da će stručno lice iskoristiti sve opcije i pravna sredstva koja parničaru stoje na raspolaganju, a koja učvršćuju njegovu procesnu poziciju. Time će se suštinski ostvariti pravo na pristup sudu, jer stranka ne samo da će se obratiti sudu, nego će i njeno obraćanje biti efikasnije i profesionalnije, sa većim šansama da uspije u sporu.

Iskustva u pojedinim susjednim zemljama pokazuju da uvođenje obligatornog zastupanja po advokatu ipak nije dovelo da značajnijeg ili vidljivijeg

¹⁵ Član 300. ZPP F BiH.

¹⁶ Član 247. stav 2. ZPP RS ("Službeni glasnik Republike Srpske", br. 58/2003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 105/2008 -odluka US, 45/2009 - odluka US, 49/2009 i 61/2013).

¹⁷ Član 369. stav 2. ZPP BD ("Službeni glasnik Brčko distrikta BiH", br. 28/2018).

¹⁸ Član 241. stav 1. u vezi sa članom 241b. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH („Službeni glasnik BiH“ broj 36/04, 84/07, 58/13 i 94/16).

poboljšanja u efikasnosti postupka pred vrhovnim sudom ili strožijoj selekciji zaprimljenih revizija.¹⁹ U tom smislu treba razmotriti, pored već uvedenog obligatornog zastupanja, i potrebu uvođenja posebne kategorije advokata, specijaliziranih za postupak pred vrhovnim sudom. Različiti mogući modaliteti kreirani u cilju djelotvornijeg uređenja trećestepenog postupka neminovno zahtijevaju određeni stepen procesne zrelosti, što se ne može nadomjestiti pukom zakonodavnom reformom, ali svakako može poslužiti kao početak.

Utoliko će uvođenje obligatornog zastupanja sa pratećim finansijskim teretima građanske pravde biti analizirano s jedne strane u kontekstu zakonodavčeve intencije da se pomogne vrhovnom sudu u ostvarenju njegovih funkcija, ali i s druge strane u kontekstu prava na pristup sudu. Većina savremenih demokratski orijentisanih država ima za cilj uspostavljanje i održavanje efikasnog pravosudnog sistema uz puno uvažavanje procesnih ljudskih prava i pristupa pravdi. S obzirom da je pitanje pristupa pravosudnim institucijama i zaštite prava pred tim institucijama naročito važno kada su građani suočeni sa značajnim procesnim troškovima, uključujući troškove advokatskog zastupanja, važno je voditi računa o uspostavi odgovarajućeg balansa između ograničenja pristupa vrhovnom sudu i garancija iz prava na pristup pravosuđu/sudu iz EKLJP i Povelje o osnovnim pravima EU.

3. (Ne)opravdanost uvođenja obligatornog advokatskog zastupanja u postupku po reviziji

a. Namjeravani ciljevi i očekivani rezultati

Uvođenje obligatornog zastupanja po advokatu, odnosno licu sa položenim pravosudnim ispitom, u građanskom sudskom postupku po reviziji ima jasnu logiku. Stručno zastupanje daje svojevrstu garanciju za zaštitu interesa stranaka, racionalno korištenje vremena, kvalitetno vršenje sudske funkcije i sprečavanje nadripisarstva. Obaveza zastupanja stranaka je *ratione procedendi* ograničena na procesnu radnju izjavljivanja vanrednog pravnog lijeka – revizije pred vrhovnim sudovima. Time se direktno nastoji profesionalizirati postupak pred vrhovnim sudom, tako što stranke više ne mogu sebe zastupati, osim ako nisu i same pravno kvalifikovane. Ovakvo rješenje bi u idealnom slučaju trebalo racionalizirati i podići kvalitet postupka po vanrednim pravnim lijekovima, odnosno omogućiti ostvarenje ciljeva inoviranog revizionog sistema - manje opterećenja za vrhovni sud, kao pretpostavku, a ne krajnji cilj, za veću efikasnost, ujednačavanje prava i sudske prakse, kvalitetniju zaštitu i jednakost građana pred zakonom.

Nezanemariv broj država zapadnoevropskog pravnog sistema (Austrija, Njemačka, Francuska, Engleska itd) predviđa obligatorno zastupanje od strane advokata pred sudom, sa više ili manje restriktivnim pristupom, ostavljajući

¹⁹ Tako: Bratković M., "Reforma revizije u parničnom postupku", Hrvatska pravna revija, februar 2017, 83.

pojedine parnične radnje stranačkoj dispoziciji, a rezervirajući druge radnje za posebno kvalificirane punomoćnike.²⁰ Dugogodišnja iskustva u ovim zemljama, ali i u onim koje ne nameću obavezno advokatsko zastupanje, pokazuju da stranke svakako u četiri petine sporova sopstvenom voljom povjeravaju svoje zastupanje advokatima.²¹ Naravno, komparativne primjere treba pažljivo analizirati i još pažljivije izvoditi zaključak o adekvatnosti inkorporacije takvog, makar i uspješnog, rješenja u domaći pravni sistem. Institute stranog prava treba posmatrati i analizirati u širem društvenom i pravnom kontekstu konkretne zemlje, uz uvažavanje trendova i tendencija u razvoju njenog pravnog sistema.²²

Polazeći od funkcije i statusa advokata treba razlikovati privatnopravni i javnopravni model. Privatnopravni model polazi od advokata kao slobodnog poduzetnika, nezavisnog spram države sa registracijom unutar profesionalne organizacije, koji svoje usluge pruža na slobodnom tržištu, uslovljenog ponudom i potražnjom, dugujući svoju lojalnost svojoj stranci i sa osnovnim ciljem uspjeha u konkretnom postupku, a po cijeni dogovorenoj na osnovu slobodne pogodbe. Javnopravni model polazi od advokata kao specifičnog organa pravosuđa (nezavisnog spram stranke, sa registracijom kod suda ili drugog državnog tijela), koji svoju lojalnost duguje prvenstveno pravnom sistemu i interesima pravosuđa, zbog čega mu je osnovni cilj ostvarenje pravične i zakonite pravne zaštite, po tarifi propisanoj zakonom, uz poštivanje jedinstvenog etičkog kodeksa.²³

U BiH se teorijske analize, zasad, svode na uvedenu obavezu obligatornog zastupanja po kvalificiranom punomoćniku kao uslov za dopustivost revizije, ne kao opštu pretpostavku pokretanja/uključivanja u parnični postupak. Obligatorno zastupanje po advokatu se inače opravdava, s jedne strane, razlozima zaštite stranačkih interesa i ostvarivanjem povoljnog parničnog ishoda. Angažovanjem profesionalnih zastupnika stranka se štiti i od samih zastupnika, jer su se advokati dužni pridržavati pravila profesionalne etike, a podliježu i disciplinskim sankcijama²⁴. Međutim, nastojanje zakonodavca i državeda strankama osigura zastupanje po kvalificiranom punomoćniku u postupku po reviziji, mogla bi se ostvariti jednostavnije kroz znatno permissivniji sistem besplatne pravne pomoći ili kroz oslobađanja od troškova sudskog postupka po vanrednim pravnim lijekovima itd. Ovakva rješenja pak nisu privlačna zakonodavcima zbog povećanog finansijskog opterećenja po državu, iako u BiH postoji određeni sistem besplatne pravne pomoći, o čemu će više riječi biti u nastavku.

Čini se da u ovom slučaju preteže interes zaštite pravosudnog sistema, a ne individualne stranke. Smatra se da će se, kroz prezumirano kvalitetno zastupanje po kvalificiranom punomoćniku, doprinijeti ubrzanju i pojeftinjenju postupka

20 O zastupanju u parničnom postupku vidi šire: Čizmić J./Huseinbegović A., Zastupanje u parničnom postupku, Privredna štampa, Sarajevo 2015.

21 Uzelac A., 1998, 158.

22 Ibid., 151-153.

23 Ibid. 174. i 175.

24 Vidi, primjerice, član 11. Zakona o advokaturi F BiH.

pred sudom (kroz izbjegavanje pravno neosnovanih i ekonomski neracionalnih radnji pravnih i procesnih laika), olakšavanju posla sudu, poboljšanju kvalitete sudskog postupka i rasterećenju pravosuđa kroz smanjivanje broja sporova time što se strankama pomaže da bolje razumiju svoj procesni položaj i izbjegn timeru obijesno parničenje.

b. Finansijski tereti pravde u parničnom postupku

Okolnost da je angažman punomoćnika/advokata obavezan za izjavljivanje revizije, znači da je došlo do svojevrstnog ograničenja slobode ugovaranja (stranačke materijalne autonomije volje). Stranka koja želi izjaviti reviziju će najčešće biti u obavezi da angažuje advokata. Ipak, u tom slučaju će stranka imati pravo slobodnog izbora advokata, iako to mora biti jedan od advokata koji je ovlašten da obavlja advokatsku djelatnost u F BiH, odnosno RS.²⁵ Advokat, također samostalno odlučuje da li će prihvatiti ponudu stranke za pružanje savjeta, zastupanje ili odbranu, uz određene izuzetke i obavezu potpunog informisanja stranke o postojanju određenih okolnosti koje impliciraju sukob interesa.²⁶ Da li to znači da je time stvorena mogućnost nametanja monopolističkih uslova?²⁷ Iako su na entitetskom nivou usvojeni podzakonski akti koji uređuju advokatske tarife²⁸ i koji određuju visine nagrade koja pripada advokatima za rad u izvršavanju djelatnosti advokata, pismenim ugovorom između advokata i njegovog klijenta može biti ugovoreno drugačije. Zasad međutim nema glasnik kritika koje bi upućivale na moguće zloupotrebe u tom pravcu.

Uvođenje obaveznog angažovanja kvalificiranog punomoćnika (najčešće advokata) za izjavljivanje revizije otvara i niz pitanja vezanih za njihovo finansiranje. Djeluje razumno pretpostaviti postojanje obaveze države na snošenje troškova angažovanja kvalificiranog punomoćnika, onda kada sama država nameće obavezu angažovanja takvog punomoćnika.²⁹ Realnost ipak demantuje navedenu logiku zaključivanja. Iako je strankama dostupan određen sistem besplatne pravne pomoći, uslovljavanje besplatne pravne pomoći različitim imovinskim kriterijima, najčešće dovodi do toga da su stranke dužne same plaćati svoje punomoćnike.

Pravo na pristup sudu zahtijeva da finansijski teret građanske pravde ne stvara nepremostivu prepreku za ostvarenje ovog prava. Ekonomske barijere za pravne procedure, naročito za one subjekte koji se nalaze u lošem finansijskom

25 Primjera radi, vidi član 7. stav 1. Zakona o advokaturi Federacije BiH ("Službene novine Federacije BiH", broj 40/02, 29/03, 15/05 i 68/05).

26 Primjera radi, vidi član 22. Zakona o advokaturi F BiH.

27 Uzelac A., 1998, 155.

28 Advokatska tarifa FBiH (Tarifa o nagradama i naknadi troškova za rad advokata Federacije Bosne i Hercegovine), "Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine", broj 22/04 od 24.04.2004.godine; Tarifa o nagradama i naknadi troškova za rad advokata, "Službeni glasnik Republike Srpske", broj: 68/05.

29 Vidi, primjera radi, Uzelac A., 1998, 155.

stanju, trebaju biti eliminisane. Obezbjedenje praktičnog i djelotvornog pristupa pravdi znači također uzimanje u obzir sposobnosti pojedinca, ali i njegov finansijski status.³⁰ Finansijski teret stranke koja želi ostvariti pristup pravdi obuhvata troškove advokatskih tarifa, sudske takse, troškove prikupljanja i obezbjeđenja predloženih dokaza, troškove pojedinih radnji (primjera radi, uvida), a u slučaju gubitka spora i troškove suprotne, pobjedničke, strane.³¹ Odredbe o advokatskim tarifama i troškovima pravne pomoći su važne u odnosu između finansijskog tereta pravde u građanskim predmetima i prava na pristup pravdi. U većini evropskih zemalja postoje osnovni principi o advokatskim tarifama prema kojima naknade trebaju biti adekvatne i proporcionalne vrijednosti i složenosti slučaja; primjenjuje se plaćanje po utrošenom satu; predviđa se mogućnost zaključivanja sporazuma o fiksnom plaćanju ili o uslovnom plaćanju prema uspjehu ('nema uspjeha, nema naknade') ili plaćanja po ostvarenom rezultatu.³²

Određena društveno-pravna istraživanja ističu da, u prosjeku, manje od 10% sukoba i sporova u evropskim državama doprije pred sudiju.³³ Pitanje je šta se desi sa preostalih 90%. Neki sporovi se riješe neformalno, mimo institucionaliziranih mehanizama, dio se riješi kroz vansudske alternativne mehanizme, najveći dio vjerovatno ostane neriješen. Prepreke su često finansijske (troškovi uključivanja u formalni proces rješavanja sukoba, od sudskih troškova u vidu taksi do troškova zastupanja u vidu advokatskih tarifa), ali i socijalne, kulturološke i psihološke (informacijski deficit, nepristupačnost pravne zajednice, netransparentnost sistema).³⁴ Zbog toga su rasprave o pristupu pravosuđu i, s tim povezanim, sistemima pravne pomoći od velikog značaja za prevazilaženje predstavljenog jaza. Posljedično, u mnogim državama su pravo na pristup sudu, uopšteno, i pravo na pravnu pomoć, konkretno, prihvaćeni i prepoznati kao druga generacija ljudskih prava, tzv. socio-ekonomska prava.³⁵

U BiH, jednako kao i u većini drugih država kontinentalne Evrope, troškovi advokata mogu biti nadoknađeni, u cjelosti ili dijelom, od strane neuspješne stranke.

30 Presude ESLJP, *Kreuz v. Poland*, aplikacija broj 28249/95, tačke 60.-67.; *Podbielski i PPU Pol-Pure v. Poland*, aplikacija broj 39199/98, tačke 65-66; *Weissmann and Others v. Romania*, aplikacija broj 63945/00, tačka 45. Za drugačiji stav vidi: Presuda ESLJP, *Reuther v. Germany*, aplikacija broj 74789/01.

31 Više: *Aras Kramar S. "Are Financial Burdens Preventing Access to Justice in Southeast European Judicial Systems?"*, u *Uzelac A./C.H. van Rhee (ur.), Revisiting Procedural Human Rights: Fundamentals of Civil Procedure and the Changing Face of Civil Justice*, Intersentia, Cambridge 2017, 318 i dalje.

32 Za više informacija, vidi: *Final Report on Costs of Civil Judicial Proceedings*, CEPEJ 2007, 108-129. Dostupno putem linka: <https://www.google.com/url?sa=t&rect=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj-9av55qrbAhWyZpoKHYKaBzUQFggoMAA&url=https%3A%2F%2Fjustice.europa.eu%2FfileDownload.do%3Fid%3D99bdd781-aa3d-49ed-b9ee-beb7eb04e3ce&usg=AOvVaw0QslRRm-GHyHhhpa-s6S4> (pristup dana 29. 5. 2018.).

33 *Legal Aid in the Low Countries*, Hubeau B./Terlouw A. (ur.), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2014, 5.

34 Ibid. 5.

35 Ibid. 6.

Od principijelnog rješenja do realizacije prava i naknade troškove ponekad je duži put. Zavisi da li je pobjednička stranka platila advokata po advokatskim tarifama³⁶ ili u skadu sa posebnim sporazumom³⁷ i da li će uspjeti sa naknadom u skladu sa domaćim procesnim pravilima.³⁸ Međutim, prije meritornog okončanja postupka, “svaka stranka prethodno sama podmiruje troškove koje je prouzrokovala svojim radnjama”.³⁹ Obaveza prethodnog snošenja troškova advokata može se pokazati značajnim novčanim opterećenjem za pojedine stranke, zbog čega iste možda ne bi mogle ni iskoristiti mogućnost izjavljivanja pravnog lijeka.

Treba uzeti u obzir i pojedine specifične situacije, poput naknade troškova advokata čije je sjedište izvan područja suda, a što je bilo predmetom razmatranja Panela za ujednačavanje sudske prakse još 2014. godine⁴⁰. Osnovna dilema je bila da li se ovo pravno pitanje svodi na slobodu izbora advokata i posljedično da li se stranci u postupku ti troškovi priznaju kao potrebni, e.g. troškovi prevoza advokata, dnevnica, noćenja ili takvo stanovište treba napustiti. Nakon razmatranja u Panelu, doneseno je usaglašeno pravno shvatanje da se „Putni troškovi advokata čije je sjedište izvan područja suda pred kojim se vodila parnica priznaju samo do visine troškova koje bi stranka imala da ju je zastupao advokat čije je sjedište u mjestu suda. Izuzetno, ovi troškovi se mogu dosuditi ukoliko su isti, imajući u vidu sve okolnosti slučaja, bili opravdani sa stanovišta odredbe člana 387. stav 1. ZPP-a (član 120. stav 1. ZPP-a BD)”⁴¹.

Rješavanje pitanja s ciljem usaglašavanja prakse je bio važno, jer je Komisija za ljudska prava pri Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine u Odlukama o prihvatljivosti i meritumu⁴², zauzela stav da je nepriznavanje navedenih

36 Advokatska tarifa FBiH / Tarifa o nagradama i naknadi troškova za rad advokata (“Službene Novine Federacije Bosne i Hercegovine”, broj 22/04 od 24.04.2004. godine i 24/04 od 08.05.2004. godine) je donesena na osnovu člana 31 Zakona o advokaturi Federacije BiH i člana 41 Statuta Advokatske komore FBiH, na Skupštini Advokatske komore Federacije Bosne i Hercegovine održanoj 18.10.2003. i na osnovu odobrenja Ministarstva Pravde FBiH broj: 01-130/97 / (Sl. Novine Federacije Bosne i Hercegovine broj 22/04 od 24.04.2004 i 24/04 od 08.05.2004.)

37 Član 1. Advokatske tarife Federacije BiH: ‘Ukoliko pismenim ugovorom između advokata i njegovog klijenta nije ugovoreno drugačije, advokatu pripada nagrada za izvršeni rad po odredbama ove Tarife.’

38 Iako Zakoni o parničnom postupku koji su u primjeni na teritoriji Bosne i Hercegovine propisuju da se troškovi advokata (punomoćnika) odmjeravaju po važećoj advokatskoj tarifi, sud kod odlučivanja koje troškove stranci koju je u postupku zastupao advokat može dosuditi, vodi računa o tome koji su troškovi bili potrebni radi vođenja parnice tako što brižljivo cijeni sve okolnosti slučaja. Vidi član 387. ZPP FBiH.

39 Član 384. ZPP FBiH.

40 Pravno shvatanje usvojeno na Panelu za ujednačavanje sudske prakse iz građanske oblasti na kojem su učestvovali predstavnici Suda Bosne i Hercegovine, Vrhovnog suda Federacije BiH, Vrhovnog suda Republike Srpske i Apelacionog suda Brčko Distrikta BiH, održanom u Sarajevu 30.01.2014. godine u prostorijama Visokog sudskog i tužilačkog vijeća Bosne i Hercegovine.

41 ‘Pri odlučivanju koji će se troškovi stranci nadoknaditi, sud će uzeti u obzir samo troškove koji su bili potrebni radi vođenja parnice. O tome koji su troškovi bili potrebni, te o visini troškova odlučuje sud ocjenjujući brižljivo sve okolnosti.’

42 Predmeti broj CH/02/12468 i broj CH/03/15129.

troškova stranci u postupku u direktnoj suprotnosti sa odredbama *Tarife o nagradi i naknadi troškova za rad advokata* koja istu propisuje, članu 6. *Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda*, jer se tako onemogućava djelotvoran pristup sudu i članu I/4 *Ustava Bosne i Hercegovine*, obzirom da se time ograničava i mogućnost prometa usluga na slobodnom tržištu. Ustavni sud Bosne i Hercegovine je zauzeo unekoliko drugačiji stav⁴³ da je pravo na slobodan izbor advokata iz člana 6. stav 3-c) EKLJP, zagarantovano samo osobama u postupku utvrđivanja krivične odgovornosti, a da je izbor advokata u postupcima odlučivanja o građanskim pravima i obavezama pred sudom lični izbor stranke, pa u slučaju kada stranka za zastupanje ovlasti advokata čija je kancelarija van sjedišta suda, u pravilu, ima obavezu sama snositi troškove koji su njenom punomoćniku zbog toga prouzrokovani. Dakle, te troškove u parnici, koji u principu nisu nužni (neophodni), stranka koja izgubi parnicu nije dužna da snosi, uz izuzetak kada na području sjedišta suda u datom momentu stranka nije mogla angažovati kvalifikovanog punomoćnika za zastupanje (advokata). Ova posljednja okolnost se cijeni uzimajući u obzir kako objektivne, tako i subjektivne okolnosti (npr. na području suda nema advokata koji vrše ovu samostalnu profesionalnu djelatnost ili su svi već angažovani u postupku na suprotnoj strani ili su odbili da pružaju pravnu pomoć stranci itd).⁴⁴

I kasnija sudska praksa US BiH je na istom tragu.⁴⁵ Tumačeći odredbu člana 387. stav 1. ZPP-a, US je potvrdio da citirana odredba daje redovnim sudovima diskreciono ovlaštenje da u svakom konkretnom slučaju ocijene koji su troškovi bili potrebni radi vođenja parnice, pri čemu su dužni brižljivo ocijeniti sve okolnosti. Postupajući u okviru datog ovlaštenja, redovni sud je odlučio da ne prizna dio apelantovih troškova⁴⁶, jer oni nisu nužni troškovi potrebni za vođenje parnice.

c. Besplatna pravna pomoć u BiH

S obzirom da angažovanje advokata nije samo mogućnost, nego i potreba, odnosno obaveza u kontekstu korištenja pojedinih pravnih sredstava, poput revizije, javlja se i pitanje u kojoj mjeri država treba pokriti troškove obligatornog zastupanja. Treba navesti da je posljednjih godina, reforma sistema besplatne pravne pomoći bila jedan od prioriteta u cjelokupnim pravosudnim reformskim procesima.⁴⁷ Rezultat svega su usvojeni zakoni o besplatnoj pravnoj pomoći,

43 U Odluci broj Ap-2757/06 od 14.10.2008. godine.

44 Informacije dostupne putem linka: <https://www.pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=51601> (pristup 6. 6. 2018.).

45 Odluka Ustavnog suda BiH broj 141/12 od 26. februara 2015. godine.

46 U konkretnom slučaju to su bili troškovi zbog odsustvovanja iz kancelarije u trajanju od devet časova, kao i troškovi prevoza u iznosu od 169,74 KM.

47 Reforma sistema besplatne pravne pomoći je jedan od političkih kriterija za pristup EU, u okviru pregovaračkih poglavlja 23. (Pravosuđe i osnovna prava i poglavlja) i poglavlja 24. (Pravda, sloboda i bezbjednost).

na državnom, odnosno entitetskim nivoima, uz pretežno rezervisanje prava na besplatnu pravnu pomoć za pojedine, naročito socijalno ugrožene, kategorije.

Na nivou BiH, pri Ministarstvu pravde, uspostavljen je Ured za pružanje besplatne pravne pomoći pred tijelima i institucijama BiH.⁴⁸ Korisnici besplatne pravne pomoći su fizičke osobe koje imaju boravište na području BiH, pod pretpostavkom da ispunjavaju dodatne uslove, zavisno od statusa, odnosno kategorije kojoj pripadaju.⁴⁹ Isti principi načelnog oslobađanja troškova sudskog postupka fizičkih osoba lošeg imovnog stanja su predviđeni zakonima koji utvrđuju pravo na besplatnu pravnu pomoć, a koji su usvojeni na nivou Brčko Distrikta⁵⁰, Republike Srpske⁵¹ i određenog broja kantona u Federaciji Bosne i Hercegovine. U FBiH je za pružanje besplatne pravne pomoći predviđena nadležnost kantonalnih zavoda za besplatnu pravnu pomoć.⁵² Pravo na besplatnu pravnu pomoć u pravilu ostvaruje lice lošeg imovinskog stanja, kada to utvrdi nadležni organ. Licem lošeg imovinskog stanja smatra se lice koje, prema svom općem imovinskom stanju i stanju članova svog porodičnog domaćinstva, nema sredstava da plati punomoćnika i/ili radnje punomoćnika, te troškove postupka bez štete za nužno izdržavanje sebe i članova svog porodičnog domaćinstva.⁵³

48 Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći „Službene glasnik BiH“ broj 83/16 od 04.11.2016.

49 Pravo na besplatnu pravnu pomoć na temelju statusa ostvaruje: osoba koja prima socijalnu pomoć; dijete u skladu s Konvencijom o pravima djeteta; osoba kojoj je oduzeta poslovna sposobnost i duševno oboljela osoba; uživatelj penzije koja je niža od prosječne plaće ostvarene na nivou Bosne i Hercegovine; osoba koja je nezaposlena i nema drugih redovnih primanja i prihoda; žrtva nasilja u obitelji ili nasilja na temelju spola; tražitelj azila, osoba pod supsidijarnom ili privremenom zaštitom, osoba u postupku protjerivanja, apatrid i žrtva trgovine ljudima. Pravo na besplatnu pravnu pomoć ostvaruje i osoba lošeg imovnog stanja kada to utvrdi nadležno tijelo za pružanje besplatne pravne pomoći.

50 Zakon o Kancelariji za pravnu pomoć Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine - Zakon o Kancelariji, Sl. glasnik Brčko Distrikta BiH br. 19/07. Zakon je donesen jer je arbitražnom odlukom od 5. marta 1999. godine, kojom je uspostavljen Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine kao jedinstvena administrativna jedinica lokalne samouprave pod suverenitetom Bosne i Hercegovine, Arbitražni tribunal eksplicitno predvidio, između ostaloga, reformu pravosuđa koja obuhvata formiranje pravosuđa Distrikta, koje čine Pravosudna komisija, Apelacioni sud, Osnovni sud, Javno tužilaštvo i Kancelarija za pravnu pomoć. Kancelarija BD pruža pravne savjete i zastupa građane Distrikta lošeg imovinskog stanja na teritoriji Distrikta, odnosno pred Osnovnim sudom Brčko Distrikta BiH, Apelacionim sudom Brčko Distrikta BiH i Tužilaštvom Brčko Distrikta BiH. O analizi domaćeg okvira za pružanje besplatne pravne pomoći, vidi šire: Milenović M./Sabrihafizović Dž./Rešidović E., Sistem besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini, dostupno putem linka: <https://zbp.gov.ba/sites/zbp.gov.ba/files/analiza%20besplatne%20pravne%20pomoci%20za%20stampanje.pdf> (pristup 16.4.2019.).

51 Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći RS, „Sl. glasnik RS“, br. 120/2008, 89/2013 i 63/2014.

52 Kantonalni zavodi za pravnu pomoć su samostalne kantonalne ustanove s utvrđenim sjedištem koje su nadležne da pružaju pravnu pomoć licima lošeg imovinskog stanja na teritoriji kantona, u skladu s odgovarajućim zakonima, koji se usvajaju na kantonalnom nivou. Primjera radi, vidi čl. 19. „Zakona o kantonalnim ministarstvima i drugim tijelima kantonalne uprave Zeničko-dobojskog kantona“, Službene novine Zeničko-dobojskog kantona 13/08, 13/08, 3/10 i 6/12.

53 Uslovi za uživanje prava na besplatnu pravnu pomoć su regulirani, također kantonalnim, zakonima o besplatnoj pravnoj pomoći. Tako naprimjer, prema čl. 25. „Zakona o pružanju besplatne pravne pomoći ZDK“, (Službene novine ZDK 1/14), licem lošeg imovinskog stanja, koje ima pravo

U okviru aktivnosti projekta Razvojnog programa Ujedinjenih nacija u BiH (UNDP) *Pristup pravdi – Suočavanje s prošlošću i izgradnja povjerenja za budućnost*, usmjerenih, između ostalih, na uspostavljanje sistema koordinacije i jačanja saradnje između vladinih agencija i nevladinih organizacija koje se bave pružanjem besplatne pravne pomoći, potpisivanjem Memoranduma o razumijevanju između vladinih i nevladinih pružalaca besplatne pravne pomoći 24.1.2012. godine u Sarajevu, osnovana je Mreža za koordinaciju pružalaca besplatne pravne pomoći u BiH.⁵⁴ I dalje, gotovo 6 godina poslije, značajan teret pružanja besplatne pravne pomoći leži na organizacijama civilnog društva, prvenstveno za one kategorije građana koji ne ispunjavaju često stroge uslove za pružanje besplatne pravne pomoći.

4. Obligatorno zastupanje u kontekstu procesnih ljudskih prava: pravo na pristup sudu

a. Tumačenja Evropskog suda za ljudska prava

Izvorni tekst EKLJP nije sadržavao pravo na žalbu kao ljudsko pravo, a naročito ne pravo na reviziju kao vanredni pravni lijek. Tek je usvajanjem Protokola broj VII iz 1984. godine uvedeno konvencijsko pravo na žalbu, ali samo u krivičnim predmetima⁵⁵, a i to uz mogućnost isključenja u nekoliko slučajeva.⁵⁶

Ako već ne postoji kao izričito pravo, čak ni kroz pravo na žalbu u građanskim predmetima, nameće se pitanje, može li se pravo na reviziju razmatrati u okviru drugih konvencijskih prava. Recimo, u okviru prava na pravično (pošteno) suđenje iz člana 6. Konvencije. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) je već u ranim odlukama iz sedamdesetih godina prošlog stoljeća objašnjavao da član 6. EKLJP ne zahtijeva od država članica da uspostave određeni sistem

na besplatnu pravnu pomoć, smatra se lice čiji mjesečni prihod i ukupan mjesečni prihod članova njegovog porodičnog domaćinstva ne prelazi iznos od 30% prosječne isplaćene mjesečne neto plaće zaposlenih u Zeničko-dobojskom kantonu, u prethodnoj kalendarskoj godini za jednog člana, i po 10% za svakog narednog člana njegovog porodičnog domaćinstva, a nema nekretnine i/ili drugu imovinu koja može biti predmet izvršenja po Zakonu o izvršnom postupku koji se primjenjuje u Federaciji Bosne i Hercegovine.

54 Sporazum su, prvobitno, potpisale sljedeće organizacije: Centar ženskih prava iz Zenice (tada Centar za pravnu pomoć ženama Zenica), Udruženje Vaša prava BiH, Centar za pružanje pravne pomoći Republike Srpske, Kancelarija za pravnu pomoć Brčko Distrikta, Kantonalni zavod za pružanje pravne pomoći Tuzla, Kantonalni zavod za pružanje pravne pomoći Zenica, Županijski Zavod za pružanje pravne pomoći Odžak, Županijski Zavod za pružanje pravne pomoći Široki Brijeg, Centar informativno-pravne pomoći Zvornik, Centar za ljudska prava Mostar i Fondacija lokalne demokratije.

55 Član 2. stav 1. Protokola broj 7 uz EKLJP: 'Svako osuđen od suda za krivično djelo ima pravo od višeg suda tražiti ponovo razmatranje svoje presude ili kazne. Ostvarenje ovog prava, kao i razlozi iz kojih se ono može vršiti, uređuju se zakonom.'

56 Član 2. stav 2. Protokola broj 7, u odnosu na lakša krivična djela, kad je u prvom stepenu suđeno pred najvišim sudom i ako je osoba osuđena povodom žalbe protiv oslobađajuće presude.

žalbenih ili kasacionih sudova.⁵⁷ Svaka država članica se nalazi na polju slobodne procjene prilikom odlučivanja da li će uspostaviti takve sisteme i koliko široko (ili usko) će zagarantovati pravo na određeni vid sudske instancione kontrole.⁵⁸ U svakom slučaju, Sud je u svom rezonu bio dosljedan ističući da, ako se država članica odluči za uspostavu višestepenog sistema provjere, dužna je osigurati da se garancije iz člana 6. EKLJP poštuju u svim stadijima postupka (prvostepeno, po žalbi ili reviziji).⁵⁹

Pojednostavljeno rečeno, pravo na reviziju zapravo znači pravo za pravne subjekte da se, posredstvom određenog pravnog lijeka, obrate domaćem sudu i to ne bilo kojem sudu, nego sudu najviše instance u sistemu redovnog sudstva.⁶⁰ Dakle, ne postoji obaveza uspostavljanja revizionog suda, ali onda kada se uspostavi, da li osobe trebaju imati pravo na reviziju u svakom slučaju? Pravo na reviziju će u ovoj raspravi biti upodobljeno sa pravom na sudski/pravni lijek i razmotrit ćemo ga u kontekstu prava na pristup sudu (kao dijela prava na pravično suđenje), jer se dilema u konačnici na to i svodi. Treba li dozvoliti pristup vrhovnom sudu i ako da, na koji način?

Pravo na pravično suđenje je propisano članom II/3. e) Ustava BiH i članom 6. EKLJP. Analizirajući slučajeve pred ESLJP povodom člana 6. EKLJP protiv Bosne i Hercegovine, zasad možemo uočiti da se uglavnom radi o kršenju prava na izvršenje sudskih odluka u razumnom roku.⁶¹ Za naše razmatranje je relevantan član 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda koji glasi:

“Prilikom utvrđivanja građanskih prava i obaveza ili osnovanosti bilo kakve krivične optužbe protiv njega, svako ima pravo na pravično suđenje i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim, zakonom ustanovljenim sudom. Presuda se izriče javno, ali se novinari i javnost mogu isključiti s čitavog ili jednog dijela suđenja u interesu morala, javnog reda ili nacionalne sigurnosti u demokratskom društvu, kada to nalažu interesi

57 ESLJP, Delcourt protiv Belgije, 17. januar 1970., § 25, Series A, br. 11.

58 Uzelac A., Ustavno pravo na žalbu u građanskim stvarima: jamstvo ispravnog pravosuđenja ili relikv prošlosti Liber amicorum Mihajlo Dika: zbornik radova u čast 70. rođendana prof. dr. sc. Mihajla Dike, A. Uzelac/ J. Garašić/A. Maganić (ur.), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2013, 223.

59 Predmeti ESLJP: Tolstoy Miloslavsky protiv Velike Britanije, 13. jul 1995., §59, Series, br. 316-B; V i Andreyev protiv Estonije, 48132/07, § 68,22. novembra 2011; Mercieca i ostali protiv Malte, 21974/07, § 36, 14. jun 2011.; Dunn protiv Velike Britanije, 62793/10 (odluka o nedopuštenosti), §29, 23. oktobar 2012. godine.

60 Povezano pitanje se tiče prava na sudsku zaštitu, bez obzira na sudsku instancu. Iz historijske perspektive o tome vidi: M. Cappelletti, “General Report” u M. Cappelletti/D. Tallon (ur.), Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation, Oceana Publications, Milano 1973, 661-775.

61 Predmeti EKLJP: Đurići drugi protiv Bosne i Hercegovine, aplikacije br. 79867/12, 79873/12, 80027/12, 80182/12, 80203/12 i 115/13, 20.1.2015; Čolić i drugi protiv Bosne i Hercegovine, aplikacije broj: 1218/07, 1240/07, 1242/07, 1335/07, 1368/07, 1369/07, 3424/07, 3428/07, 3430/07, 3935/07, 3940/07, 7194/07, 7204/07, 7206/07 and 7211/07; Jeličić protiv Bosne i Hercegovine, aplikacija br. 41183/02, Strazbur, 31.10.2006.; Šekerović i Pašalić protiv Bosne i Hercegovine, aplikacija broj 5920/04 and 67396/09, 8.3.2011.

maloljetnika ili zaštite privatnog života strana u sporu, ili kada to sud smatra izričito neophodnim zato što bi u posebnim okolnostima publicitet mogao nanijeti štetu interesima pravde.”

Pravo na pravično suđenje je dosta kompleksno pravo sa brojnim sastavnim elementima, koje možemo svrstati u dvije skupine. Prvu skupinu predstavljaju prava primjenjiva na svaki postupak pred tijelom koje se može nazvati ‘sudom’, što znači da definiše načela sudskog postupka uopšte, građanskog i krivičnog.⁶² Drugu grupu čine prava koje se odnose samo na krivični postupak.⁶³ U ovom radu i u ovom dijelu ćemo se baviti samo prvim skupinom načela, koja obuhvata pravo na sud⁶⁴ (zakonom ustanovljen⁶⁵, nezavisan i nepristrasan sud) i pravo na određene vrste procesnih garancija (pravično suđenje, suđenje u razumnom roku, javno suđenje i javno proglašavanje odluke). Svi navedeni elementi su eksplicitno spomenuti u tekstu člana 6. stav 1. EKLJP.

Ono što nije izričito spomenuto, ali implicitno proizilazi iz teksta odredbe, jeste pravo na pristup sudu u ‘utvrđivanju prava i obaveza građanske prirode’. Tumačenje Evropskog suda da član 6. EKLJP posredno obuhvata i pravo na pristup sudu, u predmetu *Golder*, smatra se jednom od njegovih najkreativnijih interpretacija bilo kojeg člana Konvencije.⁶⁶ Tumačenje je nastalo povodom građanskog predmeta i dalje svoj najveći značaj demonstrira u odnosu na utvrđivanja građanskih prava i obaveza. Građanska prava i obaveze se mogu utvrđivati u postupcima između privatnih parničara ili povodom tužbe protiv države, uključujući i zahtjeve koji proističu iz odluka upravnih organa.⁶⁷ Pravo na pristup sudu nije samo formalno pravo, što znači da se mogućnost pristupa sudu vrednuje kako formalno, tako i suštinski.⁶⁸

62 Predstavljena u članu 6. stav 1. EKLJP.

63 Član 6. stav 2. i 3. EKLJP.

64 Pojam suda ne obuhvata nužno samo raspravni sud (court of law), nego također i tijela koja nisu sudovi u klasičnom smislu, ali koja mogu vršiti funkcije koje bitno utiču na građanska prava, čak i notari. Za detaljniju argumentaciju vidi: D. Bodul/S. Grbić, Kriterij prezađuženosti kao diskriminacijski element za obavljanje javnobilježničke službe: hrvatsko rješenje i europska iskustva, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2014, vol. 35., br.1, 200. Sud u materijalnom smislu određuje njegova funkcija, a to je odlučivanje o stvarima iz svoje nadležnosti na osnovu pravnih pravila i poslije postupka koji se provodi na propisani način, uz ispunjavanje drugih uslova koji se tiču nezavisnosti članova, dužinu mandata službe, nepristrasnosti, te postojanja procesnih zaštitnih sredstava. Vidi Presuda Evropskog suda za ljudska prava, Coëme i drugi protiv Belgije, 1982, tačka 99.

65 Zakonom ustanovljeni sud znači da organizacija sudstva ne ovisi o diskrecionoj ocjeni izvršne vlasti, nego je precizno regulisana zakonima, što znači da ne ovisi ni o diskrecionoj ocjeni sudske vlasti. Tako je odlučio ESLJP u predmetu Coëme i drugi protiv Belgije, 1982, tačka 33.

66 Tumačenje dato u presudi ESLJP, *Golder* protiv Velike Britanije, 1975, tačke 38-44.

67 Presuda ESLJP, *Sporrong i Lönnroth* protiv Švedske, 1982, predstave broj 7151/75; 7152/75.

68 To je vidljivo upravo iz *Golder* slučaja. Osuđeniku se odbila dati saglasnost za kontaktiranje advokata radi pokretanja građanske parnice zbog klevete protiv zatvorskeg čuvara. ESLJP je smatrao da je odbijanje davanja saglasnosti stvorilo problem u okviru člana 6. stav 1. EKLJP, zato što se ta odredba odnosila ne samo na organizaciju i provođenje sudskog postupka jednom kad se pokrene, nego i pravo na pokretanje sudskog postupka uopšte. Iako je osuđenih načelno imao

Analizirajući obrazloženja odluka o dopustivosti revizije kao vanrednog pravnog lijeka kojim se osigurava pristup vrhovnom sudu, pokazuje se da pravo na pristup sudu i dalje nije u dovoljnoj mjeri prepoznato kao samostalno ustavno i konvencijsko pravo.⁶⁹ Za razliku od ‘prava na sud’ koje je izričito priznato u članu 6. stav 1. EKLJP, ‘pravo na pristup sudu’ je implicitno pravo razvijeno kroz sudsku praksu ESLJP.⁷⁰ Prilikom tumačenja člana 6. EKLJP, Evropski sud je smatrao svrsishodnim poći od principa vladavine prava.⁷¹ U građanskim stvarima se vladavina prava teško može ostvariti ako nema mogućnosti pristupa sudu. Pristup sudu se u ovom slučaju dovodi u vezu s pravom na podnošenje građanske tužbe, kao jednim od temeljnih i općepriznatih načela prava.⁷² U slučaju o kojem mi ovdje raspravljamo nije sporno pravo na podnošenje tužbe, nego pravo na podnošenje vanrednog pravnog lijeka i eventualna ograničenja tog prava. Zato je važno da prema praksi ESLJP pravo na pristup sudu ne obuhvata samo pravo na pokretanje postupka, nego i pravo na rješavanje spora od strane suda, to jest, donošenje i provedbu konačne odluke u sudskom postupku.⁷³

Ostvarenje prava na pristup sudu pretpostavka je svih drugih garancija obuhvaćenih pravom na pravično suđenje. Rješenja iz domaćeg prava koja bi branila pristup sudu predstavljala bi možda najteži propust koji se jednom procesnom sistemu može pripisati – uskraćivanje pravosuđa (*denial of justice*).⁷⁴ Pristup sudu pruža svakome pravo da bilo koji zahtjev povezan sa njegovim/njenim građanskim pravima i obavezama bude iznesen pred sud ili tribunal.⁷⁵ U širem kontekstu, izvršenje (sudske) presude treba posmatrati kao integralni dio ‘suđenja’ za potrebe člana 6. EKLJP.⁷⁶ Shvaćeno na ovaj način, član 6. stav

mogućnost pokretanja postupka, jer ga niko i ništa formalno nije sprečavalo da podnese tužbu sudu, onemogućavanje da kontaktira advokata je suštinski ograničilo njegovo pravo na pristup sudu. Sud nije smatrao bitnim što se u konkretnom slučaju pristup odnosio na advokata, a ne na sud. Nije smatra bitnim ni to što je aplikant mogao kontaktirati advokata na druge, neformalnije načine ili što je mogao sačekati i kontaktirati advokata nakon što izađe iz zatvora, s obzirom da ne bi nastupila zastara zahtjeva. Sud je jasno stavio do znanja – djelomična ili privremena ograničenja mogu također predstavljati povredu prava na pristup sudu.

69 Tako i Šarin D., Pravo na pristup sudu u praksi Evropskog suda za ljudska prava, Pravni vjesnik, god 31, broj 3-4, 2015, 268.

70 Inače ESLJP radi osiguranja stvarne zaštite konvencijskih prava, iz pojedinih zagarantovanih prava svojim tumačenjem izvodi druga prava koje u konkretnoj konvencijskoj odredbi nije utvrđeno, ali je implicitno sadržano ili je inherentno. Vidi: D. Šarin, 275.

71 Na vladavinu prava se poziva Statut Vijeća Evrope, organizacije čija je članica svaka država potpisnica EKLJP.

72 Presuda ESLJP, Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 1975, tačka 36; Presuda ESLJP, Hornsby protiv Grčke, 1997, tačka 40; Presuda ESLJP, Kreuz protiv Poljske, 2001, tačka 52.; Presuda ESLJP, Lesjak protiv Hrvatske, 2010, tačka 35.

73 Presuda ESLJP, Hornsby protiv Grčke, 1997, tačka 40.

74 Uzelac A., “Hrvatsko procesno pravo i jamstvo ‘pravičnog postupka’ iz Evropske konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda”, op.cit. 8.

75 Vidi presudu ESLJP, Golder, 1975, tačka 36, ali i odvojeno mišljenje sudije Fitzmaurice, tačka 40.

76 Presuda ESLJP, Kyrtatos, 2003, tačka 30; Presuda ESLJP, Timofeyev, 2003, tačka 40.

1. EKLJP dobrim dijelom preuzima funkciju člana 13. koji garantuje pravo na djelotvoran pravni lijek. Član 6. ide dalje zato što implicira pravo obraćanja sudu (koji je pritom određen odgovarajućom sudačkom funkcijom: rješavanje pravnih stvari na osnovu pravnih pravila nakon procedure provedene na propisani način)⁷⁷ i zato što se primjenjuje na sva utvrđivanja građanskih prava i obaveza, a ne samo onih povezanih sa pravima i obavezama iz Konvencije.⁷⁸ Član 13. Konvencije i dalje ostaje važan za slučajeve povrede prava koja, prema praksi Evropskog suda, nisu građanska prava u smislu član 6. stav 1. EKLJP⁷⁹, ali i za slučajeve povrede člana 6. u odnosu na zahtjev suđenja u razumnom roku.⁸⁰

U odnosu na sadržaj i ostvarenje prava na pristup sudu, ključna su dva pitanja. Kome pripada to pravo, odnosno koji subjekti su titulari prava? I u kojim slučajevima postoji, odnosno koje je područje primjene prava?⁸¹ Titulari prava iz člana 6. stav 1. EKLJP su jednostavno označeni sa 'svako', pa to mogu biti kako fizička lica, tako i pravna lica, ali otvorenom treba smatrati mogućnost da se ovdje ubroje i određene tvorevine koje po domaćem pravu nemaju ni pravnu ni stranačku sposobnost. To je uostalom moguće i prema domaćem procesnom pravu.

Član 6. EKLJP se inače odnosi na slučajeve utvrđivanja građanskih prava i obaveza, onda kada se pokrenu sudski postupci. Bilo bi, ipak, pogrešno smatrati da pravo na pravično suđenje nije važno i u fazama koje prethodne pokretanju sudskog postupka, kao i u fazama koje uslijede nakon glavne rasprave i okončanja prvostepenog postupka. Tako se član 6. EKLJP primjenjuje na različite faze sudskog postupka, uključujući postupke instancione kontrole odluka kojima se utvrđuju građanska prava i obaveze (odlučivanje po žalbi i vanrednim pravnim lijekovima).⁸²

Ako je procesnim zakonom propisana mogućnost pravnog lijeka višoj instanci, onda se za svaki od tih lijekova treba osigurati pravo na pristup sudu⁸³, a strankama se mora omogućiti da smisleno koriste pravo na žalbu i druge pravne lijekove.⁸⁴ Predviđanje obligatornog zastupanja po advokatu bi potencijalno moglo smanjiti zloupotrebe pravnih lijekova, ukoliko bi advokati prihvatili profesionalnu odgovornost savjesnog procjenjivanja slučaja i ukazivanja

77 Presuda ESLJP, Geouffre de la Pradelle, 1992, tačke 36-37; Presuda ESLJP, Kipar protiv Turske, 2001, tačka 233; Presuda ESLJP, Baumann, 2001, tačka 39.

78 Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Van Dijk P./Van Hoof F./Van Rijn A./Zwaak L. (ur.) Itersentia, Antwerpen - Oxford, 2006, 559.

79 Vidi presudu ESLJP, Golder, 1975, tačka 33.

80 Presuda ESLJP, Kudla, 2000, tačke 147-149.

81 Vidi presudu ESLJP, Golder, 1975, tačke 34-35. Tako i A. Uzelac, "Hrvatsko procesno pravo i jamstvo 'pravičnog postupka' iz Evropske konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda", 9.

82 Presuda ESLJP, König protiv Njemačke, 1978, tačka 98.

83 *Brualla Gomez de la Torea protiv Španije*, 19. decembar 1997., § 37, Reports of Judgements and Decisions 1997-VIII.

84 *Hadjianastassiou protiv Grčke*, 16. Decembar 1992., §33, Series A, br. 252; *Marpa Zeeland B. V. i Metal Welding B. V. protiv Holandije*, 46300/99, §48, ECHR 2004-X.

zainteresovanim strankama na realne šanse (ne)uspjeha. Svakako, utvrđivanje načina i mehanizama za sprečavanje i sankcionisanje zloupotrebe procesnog sistema je duboko ukorijenjeno u opšte koncepte i vrijednosti koje čine temelje određenog pravnog sistema, kao i u predstave o ulogama i funkcijama različitih subjekta u obezbjeđenju efikasnog pravosuđa.⁸⁵

Postoji snažna veza između zahtjeva za djelotvornim pristupom sudu i zahtjeva za iscrpljivanjem domaćih lijekova/sredstava iz člana 35. Konvencije.⁸⁶ Ako Evropski sud zaključi da dostupni domaći pravni lijekovi nisu bili djelotvorni, to znači u isto vrijeme, za slučajeve na koje se primjenjuje član 6. stav 1. EKLJP, da aplikant nije imao djelotvoran pristup sudu.⁸⁷

Jedan od osnovnih problema koji se može javiti u kontekstu zahtjeva stranke za preispitivanjem sudske odluke se odnosi na dopustivost izjavljivanja pravnih lijekova. Kako je i sam ESLJP u par navrata istaknuo, kada ne bi bilo garancija prava na pristup sudu, karakteristike koje sudski postupak opisuju kao pravičan, ekspeditivan i javan, uopšte ne bi imale nikakvu vrijednost, jer sudski postupak ne bi ni započeo. Naravno, u razmatranju prava na reviziju, ne možemo reći da postupak nije ni započeo, jer on ne samo da je započeo, nego je i okončan, makar pred prve dvije instance. Postojanje suda treće instance znači da treba riješiti pitanje pristupa tom sudu: da li je načelno i uopšte moguće za (privatno)pravne subjekte da pristupe vrhovnom sudu, ako jeste, da li postoje određeni uslovi i na šta su usmjereni ti uslovi (materiju u kojoj se predmet rješava, vrijednost spora, značaj predmeta za pravnu praksu, razlog zbog kojeg se traži instanciona kontrola - da li se radi o činjenicama ili o pravu, postojanje vremenskog ograničenja), ko odlučuje o ispunjenosti uslova i na koji način, da li je u pitanju formalistički pristup ili sadržajna ocjena, da li treba obrazložiti odluku o ispunjenosti uslova i ako da, kakvo treba to obrazloženje biti.

Ponekad ni sama stranka neće znati ima li pristup sudu zbog pravila koji uređuju dopuštenost obraćanja, a koja mogu biti toliko kompleksna i nejasna da stvaraju pravnu nesigurnost. Takav pristup sudu nema kvalitet djelotvornosti.⁸⁸ Mogućnost podnošenja žalbe višem sudu čini domaći pravni lijek koji prethodno treba biti iscrpljen u skladu sa članom 35. EKLJP. Korištenje mogućnosti instancione kontrole je važno zato što će možda viši sud ispraviti nepravilnosti u ranijem postupku, a koje su bile u koliziji sa članom 6. EKLJP.⁸⁹ Pravo na obraćanje višem sudu nije izričito propisano niti je implicirano u članu 6. stav 1.

85 Vidi više: Taruffo M., "General Report – Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness" u Taruffo M. (ur.), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, Kluwer Law International, Hag/London/Boston 1999, 3-31.

86 Tekst člana 35. stav 1. EKLJP: 'Sud može uzeti predmet u postupak tek kada se iscrpe svi unutrašnji pravni lijekovi, u skladu sa opštepriznatim načelima međunarodnog prava, i u roku od šest mjeseci od dana kada je donijeta pravosnažna odluka.'

87 Presuda ESLJP, *Baumann*, tačka 48.

88 Presuda ESLJP, *De Geouffre de la Pradelle*, 1992, tačke 33-34.

89 Presuda ESLJP, *Edwards*, 1992, tačke 38-39; Presuda ESLJP, *De Haan*, 1997, tačka 54.

EKLJP.⁹⁰ Dakle, ne postoji obaveza za državu da osigura pravo na pravni lijek, ali onda kada to predvidi, pod pretpostavkom da viši sud može da odlučuje o građanskim pravima i obavezama, član 6. stav 1. EKLJP se primjenjuje. Ovo također znači da ako domaće pravo predviđa određeni pravni lijek onda pristup tom lijeku ne treba biti ograničen na disproportionalan način ili takav da dovodi u pitanje suštinu prava.⁹¹ U tom smislu, član 6. EKLJP je primjenjiv i na postupke povodom vanrednih pravnih lijekova, uključujući reviziju i zahtjev za ponavljanje postupka.⁹² Ipak, kao pravilo član 6. EKLJP se ne primjenjuje na same zahtjeve za reviziju ili ponavljanje postupka, dakle prije nego postupak po tom vanrednom pravnom lijeku započne.⁹³

Član 6. EKLJP ne zabranjuje državama da propišu posebne uslove za pristup žalbenom ili kasacionom sudu, pod uslovom da je svrha tih uslova dobra organizacija pravosuđa. Onda kada se član 6. EKLJP primjenjuje na postupak po pravnom lijeku, trebaju se uvažiti posebne karakteristike postupaka po redovnim ili vanrednim pravnim lijekovima.⁹⁴ Primjera radi, treba ispitati da li zahtjev javnosti suđenja ima isti temeljni značaj u žalbenom postupku i revizionom postupku, kao što ima u prvostepenom postupku.⁹⁵ Komisija je u par navrata zaključila da član 6. EKLJP nije primjenjiv na procedure odlučivanja o dopustivosti pravnog lijeka (žalbe)⁹⁶, iako je u posljednje vrijeme demonstrirala blagu promjenu u pristupu, uslijed bliske veze između odluke o dopustivosti žalbe i merituma žalbene procedure.⁹⁷

Nedosljednost u tumačenju domaćeg prava od strane različitih sudova unutar jedinstvenog sudskog sistema može ugroziti pravo na pristup sudu. Naravno da je iluzorno očekivati da će odluke svih sudova u državi biti identične ili slične, takvo što ne bi ni bilo poželjno zbog zaustavljanja razvoja prava. Različitost odluka je stoga imanentna karakteristika bilo kojeg sudskog sistema, u funkciji razvoja prava, ali bez obzira na to, Evropski sud je na stanovištu da države snose odgovornost za uspostavu efikasnog sistema pravnih lijekova i drugih sredstava za rješavanje takvih nedosljednosti.⁹⁸

90 Presuda ESLJP, *Belgijski jezički slučaj*, 1968, tačka 9; Presuda ESLJP, *Delcourt*, 1970, tačka 25; Presuda ESLJP, *Hoffmann i Sommerfeld*, 2001, tačke 65-64.

91 Presuda ESLJP, *Poitrinol*, 1993, tačke 35-38.

92 Presuda ESLJP, *S.L. Band Club*, 2994, tačke 40-48. Također, presuda ESLJP, *Jussy*, 2003, tačka 18.

93 Presuda ESLJP, *“Energia” Producers’ Cooperation*.

94 Presuda Delcourt, ali i presuda ESLJP, *Pakelli* (1983), *Pretto i ostali* (1983), *Granger* (1990), *Brualla Gomes de la Torre* (1997).

95 Presuda ESLJP, *Ekbatani*, 1988, tačke 27-28; presuda ESLJP, *Helmer, Andersson i Fejde*, 1991, tačke 36, 27 i 31. Citirano prema D. Harris/M. O’Boyle/E. Bates/C. Buckley, 566.

96 Harris D./O’Boyle M./Bates E./Buckley C., 566.

97 Ibid.

98 Presude ESLJP, *Nejdet Sahin i Perihan Sahin protiv Turske*, 2011; *Vinčić protiv Srbije*, 2009; *Iordan Iordanov i ostali protiv Bugarske*, 2009; *Stefanica i drugi protiv Rumunije*, 2010. Citirano prema Harris D./O’Boyle M./Bates E./Buckley C., 402.

Evropski sud je pojasnio da dok pravo na pristup sudu ne implicira i automatsko pravo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim postupcima, ipak može podrazumijevati obavezu za državu članicu da osobama u stanju finansijske nužde osigura pomoć od advokata.⁹⁹ Naročito onda kada se pravna pomoć pokaže kao neophodna za djelotvoran pristup sudu, bilo zato što je zastupanje po advokatu obligatorno ili zato što je opravdano kompleksnošću slučaja. Obligatorno zastupanje u postupku po reviziji, prema ZPP F BiH, se odnosi na pripremu, sačinjavanje i blagovremeno podnošenje revizije. Postupak po reviziji je pismen, pa nema potrebe da advokat odlazi na sud, prisustvuje ročištima i poduzima druge usmene radnje. Njegova uloga se iscrpljuje u sačinjavanju i podnošenju revizije. Ovo govorimo uvažavajući svu ozbiljnost i kompleksnost sačinjavanja kvalitetne revizije, što je ključno za ostvarivanje svrhe (naročito vanredne) revizije da doprinese jedinstvenoj primjeni prava i ravnopravnosti svih njegovoj primjeni¹⁰⁰. Ako stranka, za koju zamislimo da nema drugu mogućnost nego da reviziju izjavi putem advokata, također nema ni novčanih sredstava da angažuje tog advokata, da li je ugroženo pravo na pristup (trećestepenom)sudu?

Treba razmotriti da li bi država trebala osigurati besplatno pravo na zastupanje po advokatu u navedenim situacijama. Onda kada je zastupanje po stručnom licu preduslov obraćanja domaćem sudu, obaveza države da osigura pravnu pomoć zainteresovanom licu se prema praksi ESLJP posmatra i analizira u zavisnosti od nekoliko faktora. Potreba za pravnom pomoći se cijeni prema činjenicama u svakom pojedinačnom slučaju i zavisi od značaja pravne stvari o kojoj se raspravlja za stranku koja traži pravnu pomoć¹⁰¹, složenost procedure i složenost prava koje se primjenjuje u slučaju, kao i sposobnost i mogućnost stranke da sama sebe predstavlja (položen pravosudni ispit ili ne) odnosno mogućnost da sama snosi u cjelini ili dijelom troškove advokata.¹⁰² Onda kada je to opravdano okolnostima slučaja, od države se opravdano može očekivati da obezbijedi besplatnu pravnu pomoć u cjelini ili makar dijelom. Ova obaveza ipak nije apsolutna. S obzirom da se troškovi advokata u tom slučaju pokrivaju iz državnog/javnog budžeta ESLJP je pojasnio da onda kada su budžetska sredstva limitirana ili nedovoljna, moguće je predvidjeti određenu proceduru selekcije i izbora slučajeva u kojima će postojati mogućnost osiguranja besplatne pravne pomoći.¹⁰³

Država je načelno vezana rezultatom i ciljem, a slobodna izborom podesnog sredstva. Nije neophodno osigurati apstraktno pravo na bezuslovnu besplatnu pravnu pomoć, nego država može predvidjeti različite modalitete, od

99 Presuda ESLJP, *Airey*, 1979, tačke 24-26.

100 Član 237. stav 3. i 4. ZPP F BiH.

101 Recimo, nije jednak pravni značaj postupka za eksproprijaciju kuće u kojoj stranka živi i postupka koji se tiče dugovanja pretplate za javne RTV servise u minimalnom novčanom iznosu.

102 Neke od ovih dilema su predstavljene u presudi *Steel i Morris protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 2005, tačka 36.

103 Presuda ESLJP, *P, C i S protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 2002, tačka 90.

različitih šema i programa besplatne pravne pomoći do pružanja pravne pomoći u pojedinim slučajevima, po *ex gratia* principu. I po praksi Evropskog suda, besplatna pravna pomoć može biti pružena i alternativnim sredstvima (ako ne postoje programi besplatne pravne pomoći).¹⁰⁴ Država može, tamo gdje je to odgovarajuće i moguće, napustiti princip obaveznog zastupanja po advokatu i pojednostaviti procedure do te mjere da za djelotvoran pristup sudu nije neophodna advokatska pomoć.¹⁰⁵ Generalno, sistemi pravne pomoći u Evropskoj uniji¹⁰⁶, pod određenim uslovima, omogućavaju oslobađanje ili pomoć pri plaćanju sudskih troškova u cijelosti ili djelimično i asistenciju advokata koji pruža besplatnu pravnu pomoć prije pokretanja postupka i, ukoliko je to potrebno, zastupa pred sudom bez naknade ili uz minimalnu naknadu.¹⁰⁷

Da rezimiramo, pravo na pristup sudu nije i ne treba biti apsolutno pravo. Podvrgnuto je ograničenjima, jer po svojoj prirodi zahtijeva regulaciju države, koja po tom pitanju uživa određeno polje slobodne procjene. Takva ograničenja trebaju biti opravdana i ne smiju umanjiti pristup sudu na način ili u mjeri da naruše samu suštinu odnosno bit prava (*the very essence of the right*).¹⁰⁸ Ovo stoga što Konvencija garantuje prava koja su stvarna i djelotvorna, a ne prava koja su teorijska ili prividna, zbog čega se pravo na pristup sudu treba zagarantovati ne samo formalno, nego treba omogućiti da se ono stvarno i ostvari u svakom pojedinom slučaju.¹⁰⁹ Djelotvornost prava na pristup sudu, znači da subjekt prava treba imati jasnu i stvarnu mogućnost osporavanja akta kojim se narušavaju njegova prava.¹¹⁰

Pravo na pristup sudu se može ograničiti na način koji nije izričito spomenut u Evropskoj konvenciji, ali koji se nazire iz samog teksta Konvencije. Riječ je o tzv. impliciranim ograničenjima koja smiju biti postavljena dosta strogo, ali tako da ne narušavaju samu bit konvencijskog prava koje se ograničava i da nisu u suprotnosti sa bilo kojim drugim konvencijskim pravom.¹¹¹ Država ima određeno polje diskrecione procjene u određivanju ograničenja, pošto pravo na pristup sudu po svojoj prirodi zahtijeva regulaciju države, ali ta ograničenja trebaju biti takva da

104 Presuda ESLJP, *Adronicou i Constatinou v. Cipar*, odluka od 09. oktobra 1997. godine, broj aplikacije: 25052/94.

105 Presuda ESLJP, *Airey*, 1979, tačke 24-26.

106 http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_aid/legal_aid_gen_en.htm (pristup 16.4.2018.)

107 O uporedno – pravnim modalitetima servisa besplatne pravne pomoći vidjeti: Maršić M., „Pravo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim postupcima (de lege lata i de lege ferenda)“, *Pravnik*, vol. 40., br. 1, 2006 Zagreb, 136.-140. Citirano prema Latifović F., *Pravni okvir sistema besplatne pravne pomoći u građanskim postupcima u Brčko Distriktu BiH*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, 2015. Dostupno putem linka: <http://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/Analibr15-16god8/4.pdf> (pristup 16.4.2018.).

108 Presuda ESLJP, *Ashingdane protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 1985, točka 57.

109 Presuda ESLJP, *Airey protiv Irske*, 1979, tačka 24.

110 Presuda ESLJP, *Bellet protiv Francuske*, 995, tačka 36.

111 Omejec J., Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava, Strasbourški *acquis*, Novi informator, Zagreb 2013, 1121-1122.

ne obespredmete pravo na pristup sudu općenito, o čemu konačnu odluku odnosi ESLJP.¹¹² Evropski sud je protumačio da u nekim slučajevima, posebno kada su ograničenja o kojima je riječ povezana s uslovima dopuštenosti žalbe ili kada to interesi pravde zahtijevaju, moguće predvidjeti različita ograničenja u odnosu na pristup sudu i tribunalu. Dakle, i kada govorimo o ograničenjima za pristup vrhovnom sudu načelno je moguće i dozvoljeno za državu da ograniči pristup trećoj instanci, ali tako da primijenjena ograničenja ne sprečavaju niti umanjuju pristup na način koji slabi samu bit prava na pristup sudu.

Ograničenja pristupa sudu su načelno moguća, ali mogu biti takve vrste i prirode da ne ugrožavaju samu bit prava na pristup sudu. Na tom tragu su i odluke Evropskog suda da je prihvatljivo obavezati stranke da podnose pravne lijekove putem advokata¹¹³ ili da stranka plati obezbjeđenje sudskih troškova (kaucija), pod uslovom da iznos nije nesrazmjerno visok¹¹⁴, jednako kao što je prihvatljivo da stranka plati i novčana naknadu (taksu) zbog zlonamjerne žalbe¹¹⁵ ili da se zakonski ograniče iznosi naknade štete u parnici.¹¹⁶ Uprkos tome, pravo na pristup sudu traži da procesne pretpostave obraćanja sudu, koje inače mogu biti tumačene na više načina, ne budu interpretirane¹¹⁷ ili primjenjivane¹¹⁸ suviše restriktivno, čime bi spriječile parničare da se koriste dostupnim sredstvima.

Ispitivanje navodne povrede prava na pristup sudu, kao relativno zaštićenog prava, Evropski sud ne provodi tehnikom ispitivanja postojanja ravnoteže između prava na pristup sudu i javnog ili opšteg interesa (tzv. test pravedne ravnoteže), koji se primjenjuje kod navodne povrede kvalificiranog konvencijskog prava.¹¹⁹ U slučajevima ispitivanja postojanja povrede prava na pristup sudu, eSLJP će najprije, sa svrhom utvrđivanja navodne povrede prava, ispitati je li došlo do povrede same biti prava (provodi se takozvani *test of the very essence of the rights*) kroz ocjenu je li pravo na pristup sudu u konkretnom slučaju bilo zaštićeno na odgovarajući način i jesu li nametnuta ograničenja limitirala ili umanjila pristup sudu na takav način ili u tolikoj mjeri da je ugrožena sama bit tog

112 Presuda ESLJP, *Kreuz protiv Poljske*, 2001, točka 53.

113 Presuda ESLJP, *Gillow protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 1986.

114 Presude ESLJP, *Tolstoy Miloslavsky protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 1995; *Ait-Mouhoub protiv Francuske*, 1999; *Grepne protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 1990. Slično *Podbielski i PPU protiv Poljske*, 2005; *Weissman protiv Rumunije*, 2006.

115 Presuda ESLJP, *Les Travaux du Midi protiv Francuske*, 1991; presuda ESLJP, *Toyaksi i ostali protiv Turske*, 2010.

116 Presuda ESLJP, *Manners protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 1998.

117 Beles i ostali protiv Češke Republike, 2002.

118 Presuda ESLJP, *Perez de Rada Cvanilles protiv Španije*, 1998; presuda ESLJP, *Yagtzilar i ostali protiv Grčke*, 2001.

119 Kvalificirana konvencijska prava su ona prava koja države ugovornice mogu ograničavati pod određenim opštim pretpostavkama, a ne pojedinačno određenim, kao kod derogabilnih prava, pri čemu je državama članicama ostavljeno određeno polje slobodne procjene. Tu spadaju pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske (član 8. Konvencije), sloboda mišljenja, savjesti i vjeroispovjesti (član 9. Konvencije), sloboda izražavanja (član 10. Konvencije) i sloboda okupljanja i udruživanja (član 11. Konvencije).

prava.¹²⁰ Nakon toga i po potrebi, ESLJP može provesti i test proporcionalnosti, ispitujući najprije je li nametnuto ograničenje imalo legitimni cilj, a potom i je li nametnuto ograničenje bilo proporcionalno legitimnom cilju koji se nastojao ostvariti.

Što se tiče tumačenja od strane Suda EU, najprije treba naglasiti da su sve države članice EU ujedno potpisnice EKLJP, ali ne i EU. Iako se EU obavezala na pristupanje EKLJP u svoje ime¹²¹, proces je zaustavljen negativnim mišljenjem Suda EU¹²² na nacrt Ugovora koji je trebao omogućiti pristupanje EKLJP. Situacija u pogledu formalnog pristupanja ne djeluje optimistična, tako da zasad EKLJP formalno ne obavezuje Evropsku uniju. Ipak, Povelja o osnovnim pravima (dalje: Povelja)¹²³, u članu 52. stav 3. navodi da, u onoj mjeri u kojoj Povelja sadrži prava koja odgovaraju pravima koja garantuje EKLJP, njihovo značenje i obim treba da budu isti kao oni utvrđeni EKLJP. Prema objašnjenju te odredbe, značenje i obim garantovanih prava treba da budu određeni ne samo pozivanjem na tekst EKLJP, već i, između ostalog, upućivanjem na sudsku praksu ESLJP.¹²⁴

Između ESLJP i Suda EU ne postoji institucionalna hijerarhija. Čak se, umjesto strogog odnosa nadređenosti, pokazalo mogućim uspostaviti vertikalnu i horizontalnu saradnju.¹²⁵ Sud EU se često referira na praksu i tumačenja ESLJP, proširujući time značaj EKLJP i njenih interpretacija.

Osnovna ljudska prava su i prije usvajanja Povelje bila priznata od strane Suda EU kao opšta pravna načela, ali sa njenim usvajanjem 2000. godine, odnosno njenim stupanjem na snagu 2009. godine, zaštita ljudskih prava unutar EU dobiva još jednu važnu i formalno obavezujuću dimenziju. Za naše razmatranje je relevantan član 47. POP, koji uređuje pravo na djelotvoran pravni lijek i pravo na pravično suđenje. Izričito je trećim stavom naglašeno da se licima koja nemaju dovoljno sredstava odobrava pravna pomoć, “u mjeri u kojoj je ta pomoć potrebna da bi se obezbijedio djelotvoran pristup pravnoj zaštiti.”

Sud EU je u nekoliko navrata dobio priliku za tumačenje navedenog člana. Najilustrativniji je predmet *DEB*¹²⁶ u kojem je potvrdno odgovorio na pitanje da

120 Christoffersen J., *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, International studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Hag, 2009, 111.

121 Član 6. stav 2. Lisabonskog ugovora (TEU).

122 Mišljenje broj 2/13 od 14.12.2014. godine, ECLI:EU:C:2014:2454. Dostupno online: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=2DB9290D794FAB8A66213A1B-6F00C86E?text=&docid=160882&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=-first&part=1&cid=6955518> (pristup 30.5.2019.).

123 Charter of Fundamental Rights of European Union, 18.12.2000., Official Journal of the European Communities C 364/1.

124 Druga rečenica člana 52. stava 3. Povelje predviđa da prva rečenica člana 52. stava 3. ne sprječava odobravanje šire zaštite od strane prava EU. Vidi, u tom smislu, predmet C-400/10, PPU McB [2010] ECR I-0000, tačka 53.

125 Samardžić D./Meškić Z., *Pravo Evropske unije II – Povelja Evropske unije o osnovnim pravima*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica 2017, 70 i dalje.

126 Sud EU, C- 279/09, Report of cases 2010 I-13849.

ličlan 47. stav 3. obuhvata fizička i pravna lica. Prilikom tumačenja navedenog stava, Sud EU je polazio od konteksta konkretnog predmeta u “svjetlu ostalih rješenja Prava EU, prava država članica i sudske prakse ESLJP”. U konačnici se Sud EU referirao na praksu ESLJP vezanu za razmatranje prava na pristup sudu i besplatne pravne pomoći. Sud EU se poslužio sa već navedenim kriterijima ispitivanja razvijenim od strane ESLJP, a prema kojima rješavanje pitanja da li je pružanje pravne pomoći neophodno za pravično suđenje, ovisi, između ostalog, od okolnosti konkretnog slučaja, o potencijalnim gubicima i rizicima usporu po zainteresovanu stranku, kompleksnosti prava i procedure, kao i sposobnosti stranke da se sama zastupa.¹²⁷ Vezano za dostupnu pravnu pomoć dalje je Sud EU zaključio da, iako ne mora nužno biti dostupna svima, ipak procedura odabira stranaka kojima će biti dostupna ne smije biti arbitrarna, pozivajući se direktno na raniju praksu ESLJP.¹²⁸

5. Zaključna razmatranja

U oba bosanskohercegovačka entiteta je parničnim zakonodavstvom predviđeno obavezno zastupanje od strane kvalificiranog punomoćnika kao uslov dopustivosti izjavljivanja revizije. Strankama time nije nužno nametnuta obaveza angažovanja advokata, jer je propisan širi krug kategorija osoba koje imaju ovlaštenje na zastupanje. Ipak, u praksi će se najčešće raditi o advokatima. Na početku rada smo postavili pitanje da li je to najbolje rješenje u domaćem kontekstu i da li se time nameću neproporcionalne obaveze strankama koje imaju pravo i žele izjaviti reviziju u parničnom postupku? Komparativna iskustva nas uče da postoji apsolutna raznolikost uređenja zastupanja u parničnom postupku, ali da se radi o poprilično dinamičnoj oblasti u čijem srcu leži potreba određivanja istinske uloge advokata. Shvatanje uloge i funkcije advokata u pravosudnom sistemu utiče ili barem bi trebalo da utiče na konačno uvođenje instituta obligatornog zastupanja.

Cilj uvođenja obligatornog zastupanja po kvalificiranom punomoćniku je bio da se pruži garancija za kvalitetnije zastupanje stranaka u postupku po reviziji, a što bi omogućilo brže, kvalitetnije i efikasnije okončanje postupka po ovom pravnom lijeku. Za razliku od pojedinih drugih sistema koji predviđaju mandatorno zastupanje po advokatu, domaći zakonodavac je našao kompromisno rješenje dodjelivši status kvalificiranih punomoćnika i drugim stručnim licima (potencijalno profesori pravnih fakulteta, advokati i sudije u penziji, istaknuti pravnici itd) u slučaju zastupanja članova porodice ili srodnika do određenog stepena srodstva. U svakom slučaju, položen pravosudni ispit je obavezan uslov koji punomoćnik odnosno zastupnik stranke mora ispunjavati da bi izjavljivanje revizije bilo dopušteno, a što je naglašeno i kroz sudsku praksu.

Dosadašnja iskustva u susjednim zemljama pokazuju da uvođenje

¹²⁷ Ibid, tačka 46.

¹²⁸ ESLJP, *VD Diffusion SARL v. France*, broj 14565/04 od 26.8.2008. i ESLJP, *C.M.V.M.C. O'LIMO v. Spain*, broj 33732/05 od 24.11.2009. godine.

obligatornog zastupanja po advokatu nije dovelo da značajnijeg ili vidljivijeg poboljšanja u efikasnosti postupka pred vrhovnim sudom ili strožijoj selekciji zaprimljenih revizija. Uvođenje posebne kategorije advokata, specijaliziranih za postupak pred vrhovnim sudom u cilju djelotvornijeg uređenja trećestepenog postupka bi moglo doprinijeti navedenim ciljevima, ali takva izmjena zahtijeva prvenstveno određeni stepen procesne zrelosti. Motivi za moguće inoviranje zakonodavstva u tom pravcu su ključni. Ukoliko budu pretezali interesi da se prošire profesionalni monopoli i osigura tržište za usluge zastupanja za privilegovane profesionalce, promjena u sistemu neće napraviti željenu promjenu u praksi (prvenstveno smanjenje broja revizijskih predmeta tako da pred vrhovni sud pristižu predmeti koji imaju realistične šanse za uspjeh, kao i usaglašavanje i preglednost prakse vrhovnih sudova). Osnovni cilj različitih restrikcija za pristup revizijskom sudu, uključujući tu i obavezno zastupanje po kvalificiranom punomoćniku, treba biti ozbiljna i iskrena namjera da se pomogne vrhovnom sudu u ostvarenju njegovih funkcija, prvenstveno kroz institut vanredne revizije – osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni.

Kako to često biva, čisti javnopravni i privatnopravni modeli advokatskih sistema postoje u teoriji, dok se sistemi u praksi često nalaze negdje na rasponu između ove dvije krajnosti. U tom smislu, primjećujemo da domaći sistem sadrži elemente i jednog i drugog modela, što bi moglo stvarati problem u domaćoj praksi. Iako je krug ovlaštenih zastupnika za izjavljivanje revizije širi i nije uslovljen statusom advokata, nego položenim pravosudnim ispitom, kvalificirani zastupnici će najčešće biti advokati. Posmatrajući advokate kao profesionalce od povjerenja, koji trebaju poslužiti i kao filter predmeta koji povodom revizije mogu dospjeti pred vrhovni sud, obligatornim zastupanjem je moguće doprinijeti rasterećenju sudova i sprečavanju obijesnog parničenja. Međutim, ostvarivanje ovog potencijala uveliko ovisi od advokatskog profesionalnog morala, kvalitete, stručnosti i ispravnog razumijevanja funkcije (prvenstveno vanredne) revizije u domaćem pravnom sistemu.

Uvođenje obaveznog zastupanja po kvalificiranom punomoćniku neminovno predstavlja određenu vrstu ograničenja za stranku koja želi izjaviti reviziju, bez obzira da li je to u njenom interesu ili ne. U tom kontekstu, ključno je voditi računa o uspostavljanju odgovarajućeg balansa između ograničenja pristupa vrhovnom sudu i garancija iz prava na pristup pravosuđu/sudu.

Angažovanje advokata, odnosno lica sa položenim pravosudnim ispitom bi u idealnom slučaju trebalo racionalizirati i podići kvalitet postupka po vanrednim pravnim lijekovima, odnosno omogućiti ostvarenje ciljeva inoviranog revizionog sistema: manje opterećenja za vrhovni sud kao pretpostavku, a ne krajnji cilj, za veću efikasnost, ujedinjavanje prava i sudske prakse, kvalitetniju zaštitu i jednakost građana pred zakonom. Ovakve pogodnosti ipak dolaze uz određenu cijenu. Većina savremenih demokratski orijentisanih država ima za cilj uspostavljanje i održavanje efikasnog pravosudnog sistema uz puno uvažavanje procesnih ljudskih prava i pristupa pravdi. Pitanje pristupa pravosuđnim

institucijama i zaštite prava pred tim institucijama postaje naročito važno kada su građani suočeni sa značajnim procesnim troškovima.

Pristup pravdi zahtijeva da finansijski teret građanske pravde ne bude nesavladiva prepreka za ostvarenje ovog prava, što je naročito značajno u kontekstu nedavnih (i dalje prisutnih) ekonomskih kriza i zaštite prava ranjivih i marginaliziranih grupa. Nije realno očekivati da će većina stranaka imati položen pravosudni ispit ili da će imati (van)bračnog partnera ili srodnike koji imaju položen pravosudni ispit, iako bi to svakako bila olakšavajuća i sretna okolnost za te stranke. Stoga je ključno da država uspostavi održiv, pravedan i razumno pristupačan sistem besplatne pravne pomoći.

Osnovna zamjerka domaćem pravnom okviru za pružanje besplatne pravne pomoći jeste dosta strogo postavljanje uslova za pristupačnost besplatne pravne pomoći, pri čemu se u pravilu polazi od prihodovne, a ne rashodovne strane. Na taj način se uzima u obzir kolika su primanja određene osobe, odnosno njene porodice (članova domaćinstva), pri čemu se ne uvažava u dovoljnoj mjeri kakve i kolike rashode članovi te porodice eventualno imaju. Ipak, treba uvažiti i autonomiju države da programe besplatne pravne pomoći prilagodi sistemu javnih prihoda i rashoda, te da ograniči pristup programima na objektivnoj osnovi, bez ugrožavanja suštine prava na pristup sudu. S tim na umu, vodeći računa da je zastupanje po kvalificiranom punomoćniku uvedeno kao obaveza samo u postupku po reviziji i pravilno razumijevajući ulogu i funkciju, prvenstveno tzv. vanredne revizije da doprinese jedinstvenoj primjeni prava i ravnopravnosti svih građana u njegovoj primjeni, možemo konstatovati da u kontekstu ostvarenja prava na pristup sudu i dostupne besplatne pravne pomoći, Bosna i Hercegovina ne čini očiglednu povredu navedenog prava.

Popis literature

- 1) Aras Kramar S., "Are Financial Burdens Preventing Access to Justice in Southeast European Judicial Systems?", u A. Uzelac/C.H. van Rhee (ur.), *Revisiting Procedural Human Rights: Fundamentals of Civil Procedure and the Changing Face of Civil Justice*, Intersentia, Cambridge 2017;
- 2) Bodul D./Grbić S., Kriterij prezaduženosti kao diskriminacijski element za obavljanje javnobilježničke službe: hrvatsko rješenje i europska iskustva, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2014, vol. 35., br.1;
- 3) Bratković M., "Što je važno pravno pitanje u reviziji?", Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2018, broj 6 (5-6);
- 4) Bratković M., "Reforma revizije u parničnom postupku", Hrvatska pravna revija, februar 2017;
- 5) Bratković M., *Revizija po dopuštenju: hrvatske dvojbe i slovenska iskustva*, u: Rijavec, V. et al. (ur.), *Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2016;

- 6) Cappelletti M., "General Report" u M. Cappelletti/D. Tallon (ur.), *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, Oceana Publications, Milano 1973;
- 7) Christoffersen J., *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, International studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Hag, 2009;
- 8) Čizmić J., Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo: Privredna štampa, Sarajevo 2009;
- 9) Čizmić J./Huseinbegović A., *Zastupanje u parničnom postupku*, Privredna štampa, Sarajevo 2015;
- 10) Dika M., *Građansko parnično pravo, Pravni lijekovi*, X. Knjiga, Narodne novine, Zagreb 2010;
- 11) Dika M., *Građansko parnično pravo, Pravni lijekovi*, X. Knjiga, Narodne novine, Zagreb 2010;
- 12) Final Report on Costs of Civil Judicial Proceedings, CEPEJ 2007;
- 13) Grbin I., "Pravni lijekovi u parničnom postupku", *Hrvatska pravna revija*, februar 2004;
- 14) Harris D./O'Boyle M./Bates E./Buckley C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, treće izdanje, 2014;
- 15) Herzog P.E./Karlen D., "Attacks on Judicial Decisions" u Cappelletti M. (ur.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume XIV: Civil Procedure, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014;
- 16) Hubeau B./Terlouw A. (ur.), *Legal Aid in the Low Countries*, Intersentia, Cambridge-Antwer-Portland 2014;
- 17) *Komentara ZPP Srbije*, Paragraf Co i Paragraf Lex, Beograd 2012;
- 18) Latifović F., *Pravni okvir sistema besplatne pravne pomoći u građanskim postupcima u Brčko Distriktu BiH*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, 2015;
- 19) Maršić M., „Pravo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim postupcima (de lege lata i de lege ferenda)“, *Pravnik*, vol. 40., br. 1, 2006 Zagreb;
- 20) Milenović M./Sabrihafizović Dž./Rešidović E., Sistem besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini, dostupno putem linka: <https://zbpp.ks.gov.ba/sites/zbpp.ks.gov.ba/files/analiza%20besplatne%20pravne%20pomoci%20za%20stampanje.pdf>;
- 21) Omejec J., Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava, Strasbourški acquis, Novi informator, Zagreb 2013;
- 22) Samardžić D./Meškić Z., *Pravo Evropske unije II – Povelja Evropske unije o osnovnim pravima*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica 2017;
- 23) Šarin D., Pravo na pristup sudu u praksi Evropskog suda za ljudska prava, *Pravni vjesnik*, god 31, broj 3-4, 2015;
- 24) Taruffo M., "General Report – Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness" u M. Taruffo (ur.), *Abuse of Procedural*

- Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, Kluwer Law International, Hag/London/Boston 1999;
- 25) Triva S./ Dika M., *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004
- 26) Triva S./ Dika M., *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004.;
- 27) Uzelac A., “Ustavno pravo na žalbu u građanskim stvarima: jamstvo ispravnog pravosuđenja ili relikv prošlosti”, *Liber amicorum Mihajlo Dika*: zbornik radova u čast 70. rođendana prof. dr. sc. Mihajla Dike, A. Uzelac/ J. Garašić/A. Maganić (ur.), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2013;
- 28) Uzelac A., „Obvezatno odvjetničko zastupanje? Prilog diskusiji o reformi hrvatskog parničnog prava – Teorijski i komparativni aspekti, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 37, 1998;
- 29) Uzelac A./Galić A., *Changing Faces of Post-socialist Supreme Courts: Croatia and Slovenia Compared*, u CH. van Rhee & Y. Fu (ur.), *Supreme Courts in transition in China and the West: Adjudication at the service of public goals*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, vol. 59, Springer 2017;

**MANDATORY LEGAL REPRESENTATION IN A THIRD-INSTANCE
(SECOND APPEAL/REVISION) CIVIL PROCEDURE IN THE
CONTEXT OF THE RIGHT TO ACCESS TO A COURT AS DEVELOPED
WITH CASE LAW OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND
EUROPEAN COURT OF JUSTICE**

Abstract: The introduction of mandatory legal representation by a lawyer or a person with a bar exam in third-instance civil procedure has a clear logic. The overall goal is to professionalise the proceedings before the Supreme Court, so that parties can no longer represent themselves, unless they are themselves legally qualified. This solution should ideally contribute to rationalization and raising the quality of the procedure initiated by the second appeal/revision, that is, to enable the fulfilment of proclaimed goals of the innovated revision system - less burden for a supreme court, as a prerequisite for greater efficiency, unification of law and jurisprudence, better protection of and equality of citizens before the law. In this paper, the introduction of mandatory legal representation with the accompanying financial burden of civil justice will be analyzed, on the one hand, in the context of the legislator's intention to assist the supreme court in the exercise of its functions, and on the other hand, in the context of the right to access to a court. Given that the issue of access to justice and the protection of rights before judicial institutions is particularly important when citizens are faced with significant procedural costs, including lawyer's costs, it is important to establish fair balance between restricting access to the Supreme Court and respecting guarantees contained in fundamental human right to access the court, as developed by the case law of European Court of Human Rights and the European Court of Justice.

Key words: mandatory legal representation, revision/second appeal, right to access to court, ECHR, Charter of Fundamental Rights of European Union

ZAKONSKA REGULATIVA U OBLASTI ZAŠTITE OKOLIŠA U BOSNI I HERCEGOVINI

Sažetak: U ovom radu autor je skrenuo pažnju na značaj zaštite okoliša, kao i na probleme koji postoje u Bosni i Hercegovini zbog loše raspodjele ovlaštenja u oblasti okoliša, loše pozicioniranog okoliša na ljestvici prioriteta u državi, te neprovođenju donesenih propisa. Pomenuto je pravo čovjeka na zdrav okoliš, a s tim u vezi i obaveza čovjeka da ga štiti i čini ekološki prihvatljivim za život u istom.

Ciljevi zaštite okoliša su: smanjeno korištenje i zagađivanje okoliša, poboljšanje stanja okoliša; zaštita i racionalno korištenje prirodnih resursa, međunarodna saradnja u zaštiti okoliša; inicijative javnosti i učešće javnosti u aktivnostima koje imaju za cilj zaštitu okoliša i uspostava i razvoj institucija za zaštitu i očuvanje okoliša.

Takođe, u radu se ukazuje na komplikovan put za učešće javnosti u zaštiti okolišne politike u Bosni i Hercegovini, zbog postojanja velikog broja ministarstava u državi, koji su opet podijeljeni na entitete, kantone, zatim općinske i lokalne nivoe vlasti, što građane dovodi u situaciju da ne znaju kome od navedenih, uopće, treba da se obrate za dobijanje potrebnih informacija i upućivanje eventualnih prijedloga. U konačnici napravljena je usporedba domaćih propisa sa međunarodnim standardima u dijelu upravljanja otpadom.

Ključne riječi: zaštita okoliša, pravni okvir BiH, harmonizacija, učešće javnosti, čvrsti otpad.

1. Nastajanje zakonske regulative u Bosni i Hercegovini

Problemi onečišćenja zraka, zbrinjavanje otpada ili ugrožavanje ljudskog zdravlja, svima su zajednički. Ograničen resursi evropskog kontinenta, te nejednakost na ekonomskom tržištu, prisilili su Evropsku uniju da započne stvarati politiku zaštite okoliša¹.

U cilju približavanja okolišnim standardima Evropske unije, u Bosni i Hercegovini se moralo početi sa izradom zakonskih propisa koji se odnose na zaštitu okoliša. Prvi doneseni zakoni u BiH su zakoni u oba entiteta i Brčko distriktu, kako slijedi:

¹ Ljerka M. Hodak, Vidović Božena, Europska unija, LLM, Evropska politika zaštite okoliša, Mate, Zagreb, 2010.,

- Zakon o zaštiti okoliša Federacije Bosne i Hercegovine ²
- Zakon o zaštiti zraka Federacije Bosne i Hercegovine ³
- Zakon o upravljanju otpadom Federacije Bosne i Hercegovine ⁴
- Zakon o vodama Federacije Bosne i Hercegovine ⁵
- Zakon o fondu za zaštitu okoliša Federacije Bosne i Hercegovine ⁶.

Usvajanje ovih zakona, koje je odobrio Međuentitetski koordinacioni odbor za okoliš, uslijedilo je u RS-u 2002. g., u FBiH 2003. g., a u Brčko distriktu 2004. g. Zakoni se sadržajno razlikuju, ali u najvažnijim segmentima razlike su neznatne. Zakoni o okolišu u Bosni i Hercegovini su pripremljeni uz pomoć CARDS⁷ programa Evropske unije, a cilj je bio donošenje zakona koji će biti u skladu sa evropskim direktivama, te usklađeni na nivou F BiH, RS i Brčko distrikta. Zakonodavstvo na državnom nivou je veoma ograničeno, prvenstveno zbog nepostojanja Zakona o zaštiti okoliša na državnom nivou. Osnovni nedostaci se ispoljavaju kroz nedostajuće ekološke propise i primjetne institucionalne praznine, značajne za fazu realizacije.⁸

Formirana je radna grupa sa zadatkom izrade nacrt zakona o zaštiti okoliša na državnom nivou 2008. godine, ali isti nikada nije došao do parlamentarne procedure zbog neslaganja o pitanju unifikacije područja okoliša u BiH.⁹

Sektor okoliša ima slabu saradnju sa drugim sektorima, što za posljedicu ima nizak nivo posvećenosti pitanjima zaštite okoliša u tim sektorima.

Izvršna finansijska sredstva koja se EU obavezala dati BiH putem IPA i CARDS programa za rješavanje pitanja okoliša, uslovljena su donošenjem državnog zakona o zaštiti okoliša.

Doneseni zakoni iz oblasti zaštite okoliša zahtjevaju donošenje izvjesnih

2 „Službene novine Federacije BiH“ broj 33/03 i 38/09;

3 „Službene novine Federacije BiH“ broj 33/03 i 4/10;

4 „Službene novine Federacije BiH“ broj 33/03 i 72/09;

5 “Službene novine Federacije BiH”, broj: 70/06;

6 „Službene novine Federacije BiH“, broj: 33/03;

7 CARDS program, eng. Community Assistance for Reconstruction Development and Stabilization predstavlja program Evropske unije za pomoć Zajednice u obnovi, razvoju i stabilizaciji, izvor: www.envsec.org, 31.4.2018.,

8 Edin Rizvanović, Državna pomoć u zemljama Evropske unije iskustva za Bosnu i Hercegovinu, Fojnica, 2005. g.,

9 Postojeći nacrt državnog zakona o zaštiti okoliša tretira sljedeća pitanja: pripremu i odobravanje provođenja međunarodnih i međuentitetskih dokumenata koji se odnose na okoliš; koordinaciju između institucija u pogledu okolinskih pitanja; razvoj dugoročne politike zaštite okoliša koja će spojiti politike iz entiteta; izrada izvještaja na državnom nivou o „stanju okoliša“; i prekogranični okolinski utjecaj. Nacrt državnog zakona ne spominje pitanje državne agencije za okoliš. Usvajanje državnog zakona o zaštiti okoliša je jasno navedeno kao kratkoročni prioritet u Sporazumu o evropskom partnerstvu. Međutim, ovo pitanje čeka na rješavanje od 2006. godine, Pregled stanja okoliša, ECE/CEP 162, UN 2011. g.

podzakonskih akata, do čijeg donošenja nije došlo, što takođe dovodi do ograničavanja napretka u oblasti zaštite okoliša.

Sve navedeno ukazuje na činjenicu da bi usvajanje državnog zakona trebalo da bude na listi prioriteta, posebno ako se uzme u obzir da je to, između ostalih, jedan od uslova za članstvo BiH u EU. Međutim, u uslovima podijeljenosti BiH, gdje postoje državni, entitetski, kantonalni i općinski nivoi vlasti, sa lošom međusobnom koordinacijom, moraće se provesti radikalne promjene, kako bi sistem upravljanja okolišem postao funkcionalan. Propise treba donijeti na državnom nivou, a oni moraju biti razumljivi i trajni.¹⁰

1.1. Normativni okvir u Federaciji BiH

Obzirom da svaki pojedinac ima pravo na zdrav okoliš, stvara se obaveza na zaštitu i unapređenje istog, kako bi se poboljšali uslovi življenja, a izvršenje ove obaveze utvrđeno je Zakonom o zaštiti okoliša Federacije Bosne i Hercegovine /u daljem tekstu: Zakon/.

Zakon obuhvata očuvanje postojećeg stanja okoliša i poboljšanje stanja okoliša, a u vezi s tim i poboljšanje kvaliteta života; upravljanje i korištenje prirodnih resursa; mjere koje će utjecati na zaštitu okoliša; finansiranje u svrhu poboljšanja stanja okoliša i raspodjelu poslova u organima upravljanja.

Ovaj zakon se odnosi na sve vidove okoliša, kao i aktivnosti koje se dovode u vezu sa okolišem. Zakonom je određeno da svaki pojedinac ima pravo na zdrav okoliš, kao Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine zagantovano pravo, a isto tako i obavezu da doprinosi poboljšanju okoliša.

1.2. Entitetska regulativa zaštite okoliša

Obzirom da ne postoji zakonska regulativa okoliša na nivou države, doneseni su entitetski zakoni koji bi okolišno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine u bilo kojoj mjeri približili legislativi Evropske unije. Iako je donošenje entitetskog okolišnog zakonodavstva u datom momentu bilo najjednostavnije i finansijski najisplativije rješenje, upitno je da li je to predstavljalo i najbolje rješenje, zbog izvjesnih neusklađenosti paralelno donesenih zakona, kao i zbog činjenice da u okviru države postoje različita zakonska određenja.

Zakoni koji se odnose na okoliš usvojeni su u RS 2002., a u FBiH 2003. godine. Zakon o zaštiti okoliša predstavlja osnovu u ovoj oblasti, te su prema njemu doneseni posebni zakoni u okviru okolišne legislative.

Doneseni zakoni nisu usklađeni između postojećih zakona na državnom i entitetskom nivou, kao ni između kantona i Federacije BiH. Paralelno doneseni zakoni u oba entiteta takođe se razlikuju, a veliki broj podzakonskih akata, čije donošenje propisuju doneseni zakoni iz oblasti okoliša, nisu doneseni.

¹⁰ Edin Rizvanović, Držana pomoć u zemljama Evropske unije iskustva za Bosnu i Hercegovinu, Fojnica, 2005. g.,

2. Učešće javnosti u zaštiti okolišne politike u Bosni i Hercegovini

Zakon o slobodi pristupa informacijama u Federaciji BiH¹¹, Zakon o zaštiti okoliša FBiH, Zakon o upravnom postupku Federacije BiH¹² i Zakon o upravnim sporovima Federacije BiH¹³, predstavljaju pravni okvir, kojim se osigurava pravo javnosti na pristup informacijama o okolišu, koji je u skladu s principima Aarhuske konvencije¹⁴/u nastavku teksta: Konvencija/, te je usaglašen s Direktivom EU-a 2003/4/EZ o pravu na pristup informacijama o okolišu.

Ustavom BiH, kao i Zakonom o slobodi pristupa informacijama u Federaciji BiH je zagarantovano pravo svakom pojedincu na slobodan pristup informacijama i dokumentima kojima raspolaze organi upravljanja. Zakon o slobodi pristupa informacijama u Federaciji BiH daje mogućnost građanima da organima koji donose odluke o okolišu iznesu svoje mišljenje, koje su obavezni uvažiti, zatim pruža mogućnost informisanja javnosti o svim važnijim dešavanjima u vezi okoliša, te na taj način daje u zadatak nadležnim ministarstvima da odgovorno pristupaju postavljenim zadacima, obzirom da će biti sankcionisani ukoliko ne budu postupali u skladu sa navedenim Zakonom.

Bosna i Hercegovina je potpisnica Konvencije od 15. septembra 2008. godine, kao i Protokola PRTR (Protocol on Pollutant Release and Transfer Registers).

Konvencijom je propisan minimum standarda iz sva tri stuba (pristupu informacijama, učešću javnosti i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša), ali je ostavljena mogućnost da se u okviru svake potpisnice Konvencije, ovi standardi proširuju.

Konvencijom (u članu 6.) propisana je obaveza za potpisnice iste, da omoguće učešće javnosti u odlučivanju o određenim djelatnostima. Ove djelatnosti uglavnom podrazumijevaju različite djelatnosti koje mogu imati značajan utjecaj na okoliš, sa izuzetkom djelatnosti kod kojih bi uključivanje javnosti za posljedicu moglo imati negativan utjecaj po nacionalni interes. Član 6. Konvencije propisuje da se zainteresovana javnost o predloženoj djelatnosti mora upoznati u ranoj fazi postupka, te da se istoj mora ostaviti dovoljan vremenski rok za pripremu, kako bi aktivno mogla učestvovati u postupku odlučivanja o okolišu. Na ovaj način se eliminišu eventualni nesporazumi između javnosti i organa upravljanja.

Stvarna situacija u BiH u pogledu učešća javnosti je različita od odredbi Konvencije i zakona. BiH institucionalni okvir je veoma komplikovan, zbog velikog broja ministarstava u državi, koji su opet podijeljeni na entitete, kantone, zatim općinske i lokalne nivoe vlasti, što građane dovodi u situaciju da ne znaju

11 Zakon o slobodi pristupa informacijama u Federaciji BiH "Službene novine Federacije BiH", broj 32/2001, 48/11

12 Zakon o upravnom postupku "Službene novine Federacije BiH", broj: 02/98 i 48/99

13 Zakon o upravnim sporovima "Službene novine Federacije BiH", broj 09/05

14 Konvencija o dostupnosti informacija, učešću javnosti u odlučivanju i dostupnosti pravosuđa u pitanjima koja se tiču životne sredine (Aarhus, 1998)

kome od navedenih, uopće, treba da se obrate za dobijanje potrebnih informacija i upućivanje eventualnih prijedloga. Takođe, građani nemaju dovoljno razvijenu svijest o mogućnostima i značaju učešća u procesu donošenja odluka. Ne postoji dovoljno informacija koje su dostupne građanima o mogućnosti i načinu njihovog učešća, što znači da organi nadležni za okoliš na svim nivoima (državnom, entitetskom i kantonalnom), a to su uglavnom ministarstva, moraju poduzeti potrebne mjere kako bi podigli svijest javnosti o okolinskim problemima, kao i pravu građana na zaštitu okoliša. U BiH postoji mnogo nevladinih organizacija koje se bave pitanjem okoliša, koje uglavnom djeluju na lokalnom ili regionalnom nivou. Njihove aktivnosti određene su Zakonom o udruženjima i fondacijama¹⁵, na osnovu kojega im pripadaju i određena prava. U izvjesnim slučajevima uzeli su učešće u debatama o izradi zakona vezanih za okoliš. Ipak, nedostaje učešće u brojnim aktivnostima, kao što su učešće u radnim grupama, na koji način je njihov uticaj na oblikovanje okolišne politike na niskom nivou.

Kada se sagledaju rezultati podizanja svijesti kroz obrazovni sistem, uočljivi su izvjesni pomaci. U predškolskom odgoju, osnovnom i srednjem obrazovanju, pitanja vezana za okoliš izučavaju se u okviru različitih predmeta (npr. biologija, hemija priroda i društvo), ali ovakav pristup, s druge strane gledano, izučavanjem u okviru drugog predmeta ne ukazuje dovoljno na značaj okolišnih pitanja i problema. U visokom obrazovanju, izvjestan broj fakulteta je uveo kao obavezne predmete, one koji se odnose na zaštitu okoliša. To su uglavnom fakulteti, nakon čijeg se završavanja stiču zvanja koja su direktno vezana za okoliš (Fakultet poljoprivrede i šumarstva, studij biologije...), dok recimo npr. Pravni fakulteti nemaju u nastavnom planu i programu predmete vezane za okoliš.

3. Zaštita okoliša u Bosni i Hercegovini

Državni, entitetski, kantonalni i općinski nivoi upravljanja segmentima vezanim za okoliš u Bosni i Hercegovini, za rezultat imaju dosta složenu situaciju, koja uzrokuje posljedice, kao što su: sporost u djelovanju, finansijska neisplativost dupliranih (i više) organa upravljanja, te neujednačenost u primjeni postavljenih standarda.

Okoliš se konkretno ne spominje u Ustavu BiH, pa samim tim nisu ni konkretizovane nadležnosti vezane za okoliš. Obzirom da Ustavom okoliš nije u nadležnosti države BiH, odgovornost za okolišna pitanja prebacuje se na entitete. Bitno za pomenuti je da je 2003. godine donesen Zakon o ministarstvima i drugim organima uprave Bosne i Hercegovine, koji predstavlja izuzetak u okolišnom zakonodavstvu BiH, a na osnovu kojega je odgovornost za zaštitu okoliša dobilo Ministarstvo vanjske trgovine i ekonomskih odnosa. Zadatak ovog Ministarstva je da utvrdi politiku djelovanja, usklađivanje planova između entiteta sa međunarodnim standardima i propisima vezanim za okoliš.

Zatim, upravni organi i institucije vezane za okoliš, svojim pravilnicima uređuju

15 Zakon o udruženjima i fondacijama "Službene novine FBiH", broj 45/02

nadležnosti i način djelovanja, ali ipak je problem evidentan, iz razloga, što veliki broj podzakonskih akata nije usvojen na nivou entiteta, a isti su neophodni za provedbu zakona u sferi okoliša. Razlog neusvajanja sekundarne legislative može se naći u nedostatku administrativnih kapaciteta, koji nisu u mogućnosti da odgovore na brojne postavljene zadake, kao i u nedovoljnoj stručnosti postojećih kapaciteta, što iziskuje pojačano obrazovanje u oblasti okoliša i stručno usavršavanje zaposlenih na poslovima vezanim za okoliš. Takođe, očit je nedostatak pokazane volje vladajućih struktura za rješavanje problematike i pitanja vezanih za okoliš, kao jednog od prioritetnih pitanja u BiH.

Nema planova za izradu dugoročne razvojne strategije na državnom nivou. Istovremeno, učešće u oblikovanju i provedbi okolišne politike je i dalje na niskom nivou.

4. Prava čovjeka i njegov utjecaj na životnu sredinu

Zakonom o zaštiti okoliša FBiH (član 3.) normirano je: "Svako lice ima pravo na zdrav i ekološki prihvatljiv okoliš kao osnovno ustavno pravo.

Svako ljudsko biće ima pravo na život u okolišu podobnom za zdravlje i blagostanje, stoga je individualna i kolektivna dužnost zaštititi i poboljšati okoliš za dobrobit sadašnjih i budućih generacija."

Ustavom RS se, u članu 35., konkretno spominje okoliš i to: "Čovjek ima pravo na zdravu životnu sredinu. Svako je, u skladu sa zakonom, dužan da u okviru svojih mogućnosti štiti i unaprijeđuje životnu sredinu, te u članu 64.: Ovaj entitet "štiti i podstiče... racionalno korišćenje prirodnih bogatstava u cilju zaštite i poboljšanja kvaliteta života i zaštite i obnove životne sredine u opštem interesu."

Navedeno upućuje na činjenicu da je čovjeku zagarantovano pravo na korištenje okoliša, pod uslovom da ga koristi racionalno. Postavlja se pitanje koliko je čovjek, vođen željom za što većim eksploatacijom okoliša u težnji za bogaćenjem, u mogućnosti da procijeni gdje je granica između dozvoljene upotrebe i zloupotrebe prirodnih resursa. Čovjek je od svog nastanka do danas mnogo napredovao u stvaranju tehnologije. Svako novo tehnološko dostignuće uglavnom je dovodilo do narušavanja okoliša, bez obzira na činjenicu da čovjek upravo zavisi od okoline i da bez resursa, koje čovjek nemilice eksploatiše, nema ni razvoja tehnologije, ni ekonomije, koji su mu neophodni za egzistenciju, a prirodni resursi nisu neiscrpni. Zagađenjem zraka/atmosfere, koje dovodi do klimatskih promjena; vode i zemljišta, koje za posljedicu imaju i zagađenje hrane, čovjek ugrožava samog sebe. Promjene do kojih dovodi čovjek svojim djelovanjem, mnogo su brže od djelovanja prirode, u odnosu na vrijeme koje je porebno da se priroda regeneriše. Uništavanjem šuma, industrija i deponije otpada su izmijenile izgled mnogih područja.

Voda, kao osnov života svih organizama na zemlji, zagađuje se naftom, otpadom, raznim pesticidima, nuklearnim probama i dr. i to bez obzira na činjenicu da je

samo 1% od ukupne količine vode na zemlji, slatka voda i navedeni postotak podmiruje potrebe svih stanovnika na Zemlji.

Alarmantna je činjenica da jedna šestina svjetske populacije nema pristup čistoj vodi; dvije petine svjetske populacije nema adekvatne sanitarne uslove, ukupno šest hiljada djece svaki dan umire zbog nedostataka čiste vode, te zbog neadekvatnih higijenskih i sanitarnih uslova. Građani koji imaju pristup vodi za piće, neracionalno je koriste, zbog činjenice da cijena vode nije motiv da je štede, ali i zbog toga što nisu dovoljno informisani, pa samim tim ni svjesni da izvori vode za piće nisu neiscrpnii.

Čovjek i priroda imaju uzajaman utjecaj, ali je utjecaj čovjeka na prirodu mnogo veći i ide do mjere, da neke njene segmente u potpunosti mijenja. U napretku tehnologije, otkriven je freon, a upravo je on u najvećoj mjeri uticao na pojačavanje efekta staklene bašte, koji za posljedicu ima jedan od najvećih okolišnih problema – globalno zagrijavanje. Čovjek svakodnevno koristi freon u rashladnim uređajima, dezodoransima, lakovima za kosu i sl.

Sagorjevanje fosilnih goriva utječe na stvaranje kiselih kiša, koje su izuzetno negativne po okoliš. Kisele kiše su uzrok nestanka šumskih područja, a negativan utjecaj imaju i u građevinarstvu, gdje uništavaju metalne konstrukcije, spomenike i sl.

Takođe, čovjek je krivac za nestanak staništa mnogih vrsta, pa čak i kada se radi o zaštićenim vrstama. Međutim, sama zaštita pojedine vrste ne predstavlja potpunu zaštitu, ako se čovjekovom djelatnošću uništi njeno stanište, o kojem je ovisna.

U toku procesa urbanizacije, čovjek je uticao na okoliš na taj način što ga je prilagodio svojim potrebama. Saobraćaj, industrija i sl. su konstantni izvori buke i vibracija u urbanim sredinama, koja u određenom intenzitetu može dovesti do ozbiljnih negativnih posljedica po ljudsko zdravlje.

Danas ljudska populacija sve više naseljava gradove, a da bi opstali u uslovima koje donosi gradska sredina, te da bi ostvarili svoje ekonomske ciljeve (koji su sve veći od stvarnih potreba), ljudi sve više ove ciljeve ostvaruju na štetu okoliša, svjesni ili nesvjesni činjenice da na taj način upravo najveću štetu nanose sami sebi.

5. Uporedba domaćih propisa sa međunarodnim standardima

BiH je potpisnica većine međunarodnih ugovora vezanih za okoliš. U vezi sa obavezama koje proistječu iz međunarodnih konvencija, Bosna i Hercegovina mora intenzivnije početi sa ispunjavanjem istih.

EU i Bosna i Hercegovina su 2008. godine potpisali Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (SAA) koji je postavio zadatak da se mora raditi na stalnom jačanju saradnje u mnogim oblastima, kao i u oblasti zaštite okoliša, glava VII (član 108). Cilj saradnje je poboljšanje postojećeg stanja okoliša, planiranje u oblasti okoliša i usklađivanje zakona Bosne i Hercegovine sa *acquis*-om Evropske unije.

Acquis communautaire ili pravna stečevina je poglavlje koje se odnosi i na oblast

zaštite okoliša. Predpristupnom politikom EU i državnom strategijom određen je put u navedenom procesu.

Informacioni sistem upravljanja otpadom razvijenih država sadrži povezane baze podataka informacije koje su od značaja za praćenje stanja upravljanja otpadom na nacionalnoj razini.

U BiH ne postoji jedinstven informacioni sistem. Ono što karakterizira informacioni sistem podataka o otpadu u BiH, jeste rascjepkanosti podataka po različitim izvorima, izostanak sistemskih mjerenja i nepostojanje svih potrebnih podataka.

Evropska unija raspolaže jako stručnim administrativnim i upravljačkim kadrovima iz oblasti zaštite okoliša, dok su u BiH administrativni kapaciteti prilično loši, a nije uspostavljen ni sistem nadzora.

Što se tiče provedbe upravljanja čvrstim otpadom, napravljen je jako mali pomak u posljednjih deset godina. Planovi upravljanja čvrstim otpadom koji su pripremljeni uz podršku EU za odabrane regije nisu okončani. Ne postoji plan investiranja i ulaganja na nivou države, a i uopće finansijska ulaganja u sistem upravljanja otpadom su mala i nedovoljna.

U Evropskoj uniji se reciklira oko 50% otpada, kojem postotku su značajno doprinijele Njemačka, Austrija i Belgija.

Za razliku od navedenog, u Bosni i Hercegovini se reciklira tek 5 – 10% otpada. Osnov primarnog recikliranja je odvojeno prikupljanje otpada na mjestu nastanka. U toku jedne kalendarske godine Evropska unija recikliranjem ostvari finansijsku dobit u iznosu od oko 145 milijardi eura. Pomenuto nam govori da se na pravilno usmjerenom tretiranju otpada može ostvariti finansijska dobit, a pri tome deponije nisu pretrpane otpadom, te se smanjuje broj nelegalnih deponija.

U vezi sa registriranim odlagalištima komunalnog otpada u Bosni i Hercegovini, situacija je prilično loša. Većina općinskih deponija ne ispunjava minimalne sanitarne uvjete, niti su opremljene za namjenu kojoj služe.

U Bosni i Hercegovini je poznato oko 350 ilegalnih deponija otpada, mada to sigurno nije konačan broj, jer se radi samo o broju navedenih koji je evidentiran. Takođe, problem predstavlja i činjenica da su u zakonske odredbe uneseni zahtjevi evropskih propisa, bez da su isti, prethodno prilagođeni uvjetima u BiH.

Cilj Direktive (2008/98/EC) je omogućavanje njene primjene, nakon što se prilagodi uvjetima konkretne države. Obzirom na različite ekonomske, ekološke, tehnološke, administrativne i druge prilike, u BiH je i ispunjavanje ovog zadatka izostalo.

Dugoročno gledano, cilj politike Unije je smanjenje količine stvorenog otpada. Obzirom da je stvaranje otpada neizbježno, to je težište politike takođe usmjereno i na smanjenje štetnog utjecaja otpada na zdravlje i okoliš putem recikliranja i sigurnog zbrinjavanja. Pretvaranje otpada u resurs do 2020. godine, jedan je od glavnih ciljeva Europske unije.

Možemo donijeti zaključak da je BH zakonodavni okvir u oblasti upravljanja otpadom uglavnom usklađen sa EU direktivama i dio smo velikog broja

međunarodnih dokumenata. Problem je u neprovođenju istih, nepostojanju sankcija, koje bi prevenirale ili sancionirale prekršioce zakonskih odredbi i slično, što čini da je *de facto* napredak u oblasti gospodarenja krutim otpadom u BiH na samom početku.

Nedostatak političke volje vladajućih struktura da problemima okoliša pristupi kao jednom od prioritarnijih pitanja, te nedostatak državne finansijske pomoći za rješavanje evidentnih okolišnih problema, razlozi su ograničenog napretka BiH u smislu zaštite okoliša, a upućuju da zaštita okoliša nije na listi prioriteta u državi. Mora se promijeniti stav o otpadu, te se isti treba promatrati kao resurs.

ZAKLJUČAK:

Zaštita okoliša podrazumijeva niz aktivnosti i mjera koje za cilj imaju sprječavanje onečišćenja i zagađenja okoliša, smanjenje ili otklanjanje štete koja se nanosi okolišu, kao i povrat stanja okoliša u stanje kakvo je bilo prije nanošenja štete.

Osnovni cilj zaštite okoliša EU je postavljen na donošenje mjera međunarodnog karaktera. Razlog tome je činjenica da se jedino takvim pristupom mogu rješavati okolišni problemi na regionalnom i svjetskom nivou.

Okolišna politika se više ne promatra kao izolavana grana, nego je ugrađena u svaku drugu politiku, jer je neodvojivo vezana sa drugim politikama.

Okolišna politika u Bosni i Hercegovini ne nalazi se na potrebnom razvojnem nivou, prvenstveno iz razloga što se okolišu ne daje prioritetni značaj.

Okoliš se konkretno ne spominje u Ustavu BiH, pa samim tim nisu ni konkretizovane nadležnosti vezane za okoliš. Ustavom Bosne i Hercegovine okoliš nije u nadležnosti države, odgovornost za okolišna pitanja prebacuje se na entitete.

Uređenje BiH je samo po sebi složeno, tako da entiteti i Distrikt Brčko imaju vlastite nadležnosti u okolišnim pitanjima. Obzirom da u BiH ne postoji jedinstveni dokument koji bi mogao odgovoriti na pitanje u kojoj su mjeri domaći propisi usklađeni sa zakonodavstvom EU, jedino institucije u čijim su nadležnostima pitanja vezana za okoliš mogu dati podatke u kojoj je mjeri provedeno usklađivanje domaćeg zakonodavstva sa *acquisom* EU.

BiH je potpisnica većine međunarodnih ugovora vezanih za okoliš. Međutim, problem postoji u neprovođenju obaveza koji proizilaze iz istih, što čini da je *de facto* napredak u oblasti gospodarenja krutim otpadom u BiH na samom početku. Neophodno je donijeti Okvirni zakon o zaštiti okoliša BiH, kao i veliki broj podzakonskih akata koji bi omogućili provedbu postojećih zakona.

Informacioni sustav podataka o okolišu karakteriše rascjepkanosti podataka po različitim izvorima, izostanak sistemskih mjerenja i nepostojanje svih potrebnih podataka, što upućuje na potrebu uspostave sistematizovane baze podataka koja omogućuje razmjenu podataka od strane institucija koje prikupljaju podatke, vezane za okoliš.

Takođe, problem predstavlja i činjenica da su u zakonske odredbe uneseni zahtjevi

europskih propisa, bez da su isti, prethodno prilagođeni uvjetima u BiH.

Čovjek i priroda imaju uzajaman utjecaj, ali je utjecaj čovjeka na prirodu mnogo veći i ide do mjere da neke njene segmente u potpunosti mijenja. Čovjek je utjecao na okoliš na taj način što ga je prilagodio svojim potrebama.

Da bi ostvarili svoje ekonomske ciljeve, ljudi ih ostvaruju na štetu okoliša, čineći na taj način najveću štetu upravo sami sebi.

Javna svijest o zaštiti okoliša je dosta nerazvijena, pa bi zadatak vladajućih struktura trebao biti razvoj ekološke svijesti kod građana, putem sredstava javnog informisanja, koji su bitan faktor kreiranja i jačanja javne svijesti.

S tim u vezi, nužno je edukovati stanovništvo u cilju prepoznavanja problema otpada, jer samo edukovani građani unijeli mogu unijeti promjene u vlastite navike, čime bi značajno doprinijeli poboljšanju stanja okoliša.

LITERATURA:

1. Rizvanović Edin, Držana pomoć u zemljama Evropske unije iskustva za Bosnu i Hercegovinu, Fojnica, 2005. g.
2. Rizvanović Edin, Podsticajne aktivnosti u zaštiti životne sredine, Pravni savjetnik br. 4, Sarajevo, 2004. g.
3. Vidović Božena, Europska politika zaštite okoliša, Zagreb, Mate, 2010.

Zakoni i ostalo:

1. Saopštenje komisije Evropskom parlamentu i Vijeću, Strategija proširenja i ključni izazovi 2012.-2013.,
2. Zakon o zaštiti okoliša Federacije Bosne i Hercegovine
3. Zakon o slobodi pristupa informacijama u Federaciji BiH,
4. Zakon o upravnom postupku
5. Zakon o upravnim sporovima
6. Zakon o udruženjima i fondacijama
7. Konvencija o dostupnosti informacija, učešću javnosti u odlučivanju i dostupnosti pravosuđa u pitanjima koja se tiču životne sredine (Aarhus, 1998),
8. Pregled stanja okoliša, ECE/CEP 162, UN 2011. g.,
9. Velkavrh Pirc, Bogdanović Anita, Mihajlov Slavko, Todić Anđelka, Jarić Ivan Dragoljub, Strategija za primenu Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine - Arhuska konvencija, Beograd: OEBS

Internet izvori:

<http://www.osc.aarhus/manual/>
www.envsec.org.

Mr. sc. Adela Proho, Head of Legal, General and Personnel Affairs
Rectorate of the University “Džemal Bijedić” in Mostar

LEGAL REGULATION IN THE FIELD OF ENVIRONMENTAL PROTECTION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Abstract: The author focused the attention on the importance of protection of environment protection, as well as to the problems that exist in Bosnia and Herzegovina due to poor distribution of environmental authority, poorly positioned environment in the country's priority rankings, and non-implementation of the adopted regulations. The right of a man to a healthy environment is mentioned, and with this in connection with the obligation of man to protect him and make it environmentally acceptable for his life.

Environmental protection measures are: reduced use and pollution, improvement of the state of the environment; protection and rational use of natural resources, international cooperation in environmental protection; public initiatives and public participation in activities aimed at protecting the environment and the establishment and development of institutions for the protection and preservation of the environment.

Also, the paper points to a complicated way for public participation in the protection of environmental policy in Bosnia and Herzegovina, due to the existence of a large number of ministries in the state, which are again divided into entities, cantons, then municipal and local levels of government, bringing citizens to the situation that they do not know which of those mentioned, in general, they should turn to obtain the necessary information and make any suggestions. In the end a comparison of domestic regulations with international standards in the area of waste management was made.

Keywords: environmental protection, BiH legal framework, harmonization, public participation, solid waste.

STRUČNI RADOVI

Dr.sc. Albin Muslić, docent

Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću

Ajna Jodanović, MA

Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću

Mr.sci. Adnan Tulić, Šef Odsjeka za korupciju

Kantonarno tužilaštvo Unsko-sanskog kantona

Samir Jodanović, dipl.iur.

JU Razvojna agencija Unsko-sanskog kantona

PREDNOSTI I NEDOSTACI PRAVA GRAĐENJA KAO STVARNO- PRAVNOG INSTITUTA U KONTEKSTU PRISTUPANJA BOSNE I HERCEGOVINE EVROPSKOJ UNIJI

Sažetak: Polazeći od činjenice da je proteklo nešto više od pet godina od početka primjene Zakona o stvarnim pravima na nivou Federacije Bosne i Hercegovine, u radu ćemo nastojati dati odgovore na neka od vodećih pitanja u kontekstu primjene prava građenja, kao značajnog stvarno-pravnog instituta. Iako pravo građenja predstavlja jednu od značajnijih novina u okviru stvarno-pravnog zakonodavstva i podesan institut za razvoj privrede u općenitom smislu, rezultati analize u nastavku pokazuju da do danas zapravo nije došlo do očekivane primjene ovog instituta. S druge strane, proces pristupanja Bosne i Hercegovine Evropskoj uniji podrazumijeva, između ostalog, poduzimanje cijelog niza aktivnosti i mjera koje su usmjerene na podržavanje slobodnih tržišnih aktivnosti s ciljem postizanja konkurentnosti u okviru evropskog integracionog procesa. Postojanje pozitivnih primjera iz zakonodavstava određenih država članica Evropske unije je dobar pokazatelj kako pravo građenja može biti podsticajna mjera u funkciji privrednog razvoja i prosperiteta države u cjelini, a naročito u svjetlu ograničenih kapaciteta države u području izgradnje proizvodnih potencijala kao jednog od nosivih stubova društva.

Ključne riječi: Bosna i Hercegovina, stvarno-pravno zakonodavstvo, Evropska unija, pravo građenja, Zakon o stvarnim pravima FBiH, implementacija stvarno-pravnog zakonodavstva, konkurentnost, evropski-integracioni proces.

1. Uvod

Pravo građenja predstavlja pozitivnu novinu inoviranog stvarno-pravnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini koje, kao ograničeno stvarno pravo, u sebi sublimira brojne prednosti.¹ Međutim, uvođenje ovog instituta u pravni

¹ O pravu građenja sa naglaskom na jedinice lokalne samouprave opširnije vidjeti u: Povlakić,

poredak Bosne i Hercegovine nije se desio odjednom, već postupno. Najprije je uveden u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine 2001. godine,² koji je kao takav prvi prepoznao prednosti ovog instituta. Nadalje, zbog ustavno-pravne strukture Bosne i Hercegovine, pravo građenja kao institut stvarnog prava u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj uveden je tek sa stupanjem na snagu novih stvarno-pravnih propisa. Konkretno, pravo građenja u Federaciji Bosne i Hercegovine dio je *de lege lata* koncepta od 2013. godine, sa početkom primjene od 04. marta 2014. godine, zatim u Republici Srpskoj od 2008. godine sa donošenjem *Zakona o stvarnim pravima*. Međutim, dok je u Federaciji Bosne i Hercegovine početak primjene *Zakona o stvarnim pravima* uslijedio relativno brzo – šest mjeseci od stupanja na snagu Zakona, u Republici Srpskoj je početak primjene prolongiran, na način da je primjena započela tek od 01. januara 2010. godine.³

Budući da stvarno-pravno zakonodavstvo ulazi u red nadležnosti koje su povjerene entitetima i Brčko distriktu Bosne i Hercegovine, neminovno se dolazi do zaključka da je u Bosni i Hercegovini potrebno unificirati pravna rješenja, a sve sa ciljem što jednostavnije i unificirane primjene pojedinih instituta na teritoriji cijele Bosne i Hercegovine.⁴ Bez obzira na zakonodavnu postavku, činjenica je da do danas u Bosni i Hercegovini nije došlo do značajnije upotrebe prava građenja u praksi, pri čemu se jednako posmatra njegova primjena, kako od strane fizičkih lica, tako i od strane pravnih lica, bez obzira na to da li su ona iz domena privatnog ili javnog prava. Ne želeći podcijeniti ulogu fizičkih lica u vezi sa pravom građenja, naročito što je kao institut podjednako dostupan svim subjektima prava, evidentno je da ovaj institut ima mnogo značajniju ulogu za pravna lica, posebno u pogledu investiranja u različitim oblastima koji je kao takav podesan alat za kooperaciju javnih i privatnih partnera.⁵ Ipak, često se ispusti iz vida da je niži stepen primjene određenog instituta isključivo vezan za nerazumijevanje instituta u cjelini, ali i za nedovoljno fleksibilnu legislativnu podlogu, što se u određenoj mjeri može reći i za pravo građenja u Bosni i Hercegovini. U prilog navedenoj tvrdnji mogu nam poslužiti komparativna rješenja u okvirima kojih se vidi opća upotrebljivost instituta koji, u pravilu, predstavlja značajan instrument u okvirima investicionih aktivnosti. Među takve ubrajamo, a na koje se često pozivamo,

Meliha, *Pravo građenja kao propuštena šansa za jedinice lokalne samouprave*, Udruženje sudija Republike Srpske, Zbornik radova - X savjetovanje iz oblasti građanskog prava, Jahorina, 2015., str. 31-49.

2 Članovi 74-80. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*, Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, broj 11/01, 8/03, 40/04 i 19/07.

3 O donošenju Zakona o stvarnim pravima u Republici Srpskoj opširnije vidjeti u: Povlakić, Meliha, *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, Nova pravna revija - Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, broj 1-2/2010, Sarajevo, 2010., str. 12.

4 Takvo legislativno uređenje može biti dijelom *de lege ferenda* koncepta, koje je redovno ovisno o brojnim, često vanpravnim parametrima, koji nisu predmet ovog rada.

5 Opširnije vidjeti u: Muslić, Albin, *Pravo građenja u funkciji stvaranja povoljnog poslovnog ambijenta u Bosni i Hercegovini – kooperacija javnih i privatnih partnera*, Pravna misao – Časopis za pravnu teoriju i praksu, broj 1-2/2018, Sarajevo, 2018., str. 7-32.

zakonodavstvo Republike Hrvatske, koje je putem *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* omogućilo mnogo fleksibilniju primjenu prava građenja,⁶ ali i zakonodavstvo Slovenije, gdje se pravo građenja gleda kao značajan legislativni aparat za izgradnju kapitalnih investicija.⁷ Navedeno upućuje na zaključak da uzroke nižeg stepena primjene ovog instituta u Bosni i Hercegovini ne treba tražiti isključivo u institutu, već u određenim pravnim manifestacijama važećih rješenja zakona i podzakonskih propisa koji tretiraju stvarno-pravnu oblast u Bosni i Hercegovini. S druge strane, proces pristupanja Bosne i Hercegovine Evropskoj uniji implicira zahtjevu normativno-pravnu aktivnost u funkciji ispunjenja uvjeta za pristupanje, među kojima posebno mjesto ima harmonizacija pravnog okvira države kandidatkinje, što se u Bosni i Hercegovini već dugo očekuje.

2. Opće pretpostavke o primjeni prava građenja u Bosni i Hercegovini

Pravo građenja, u slučaju postizanja ekonomskog interesa, može biti optimalan model za izgradnju nedostajuće infrastrukture, ali i za podsticanje izgradnje privrednih (industrijskih) potencijala.

Zapravo, na temelju prava građenja moguće je da se pravna lica javnog prava (jedinice lokalne samouprave, kantoni, entiteti i dr.) - ako u svom imovinskom portfelju imaju adekvatna imovinska dobra, nekretnine, koje su podesne da se na istim konstituiira pravo građenja - oslobode obaveze izgradnje infrastrukture (objekata) iz različitih domena, kao što su, primjera radi, sportska borilišta različitih namjena, sportske dvorane, bazeni i ostalo, uz napomenu da nositelj prava građenja na sebe preuzima ne samo teret izgradnje, već i teret održavanja i eksploatacije navedenih objekata za vrijeme trajanja prava građenja. Efekat takvog aranžmana inkorporiran je u činjenici da pravna lica javnog prava, prevladavajući teret na nositelja prava građenja, ostvaruju najmanje dva efekta. Prvi je da posredno, putem nositelja prava građenja, dobijaju navedene sadržaje, koji su nužni u svrhu zadovoljenja javno-pravne uloge pravnih lica javnog prava, a drugi da će, što je jednako važno kao i prvi efekat, nad takvim objektima steći vlasnička ovlaštenja po proteku perioda na koje je zasnovano pravo građenja. Identična situacija je i sa izgradnjom poslovnih (industrijskih) kapaciteta u, primjera radi, poslovnim zonama na nekretninama u vlasništvu pravnih lica javnog prava. Iz samo ovog presjeka vidimo da su kroz implementaciju prava građenja interesi pravnih lica javnog prava višestruko zaštićeni. Međutim, već smo naglasili da u proteklih nešto više od pet godina od početka primjene *Zakona o stvarnim pravima*

6 Član 281. stav 2. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* („Narodne novine RH“ br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12 i 152/14).

7 Opširnije vidjeti u: Mužina, Aleksij, *Koncepcija prava građenja u suvremenom pravnom poretku (institut građanskog prava i utjecaj javnoga prava)*, Zbornik radova – Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 11. Neum, 2013., str. 261.

u *Federaciji BiH*, kao posljednjem propisu koji je uveo pravo građenja u *de lege lata* koncept u Bosni i Hercegovini, primjena istog nije na očekivanom nivou, pri čemu uočavamo više uzroka ovakvog stanja. Jedan od bitnijih predstavlja važeće zakonodavno rješenje, gdje naročito treba uzeti u obzir *vlasničku strukturu na nekretninama*, kao i *obavezu da nositelj prava građenja mora plaćati nakandu vlasniku zemljišta*.

3. Legislativna rješenja o naknadi kod prava građenja u Bosni i Hercegovini

Pored ostalog, uspostava i primjena prava građenja u dobroj mjeri ovisna je o vlasničkoj strukturi imovinskog dobra – nekretnine koju treba opteretiti. Naime, svi propisi o stvarnim pravima u Bosni i Hercegovini kod prava građenja postavljaju znak jednakosti u vezi sa subjektima prava građenja, bez obzira na to da li je nositelj prava građenja s jedne, odnosno vlasnik nekretnine koja će biti opterećena pravom građenja s druge strane, subjekt privatno-pravne, odnosno javno-pravne provenijencije. Iako je ovakav monistički pozitivno-pravni pristup logičan, zbog specifičnih sadržinskih elemenata prava građenja, čini se da koncept treba doživjeti određene korekcije na način, *da se jasno distinkтира pravni položaj privatno-pravnih spram javno-pravnih subjekata prava*. Zapravo, u članu 299. stav 2. *Zakona o stvarnim pravima u Federaciji Bosne i Hercegovine* definisano da je nosilac prava građenja dužan vlasniku zemljišta plaćati mjesečnu naknadu za zemljište, u iznosu prosječne zakupnine za takvo zemljište, ako nije drugačije određeno. Identičnu odredbu sadrži *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*.⁸ Nadalje, u članu 287. stav 2. *Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske*⁹ također je inicijalno bila definisana obaveza nositelja prava građenja da plaća naknadu uz napomenu da je ostavljena mogućnost da se zakonom drugačije uredi pitanje plaćanja naknade, što je sigurno podrivalo temeljni princip građanskog prava – dispozitivnost.¹⁰ Ipak, *Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske*, navedena situacija je ublažena na način da se pravo građenja može zasnovati i bez naknade,¹¹ u slučaju realizacije investicionog projekta od posebnog značaja za regionalni, odnosno lokalni ekonomski razvoj. Zakonom je utvrđeno da će odluku o tome da li određeni projekat ulazi u red investicionog projekta od posebnog značaja za

8 Član 75. stav 2. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*, Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, broj 11/01, 8/03, 40/04 i 19/07.

9 *Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske* („Službeni glasnik RS“ br. 124/08, 58/09, 95/11 i 60/15).

10 Opširnije vidjeti u: Babić, Iija/Hašić, Enes/Medić, Duško/Povlakić, Meliha/Velić, Larisa, *Komentar zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine*, Privredna štampa, Sarajevo, 2014., str. 767.

11 Član 2. *Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske*, a u vezi sa članom 348. *Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske* („Službeni glasnik RS“ br. 60/15).

regionalni, odnosno lokalni ekonomski razvoj donijeti Vlada Republike Srpske, odnosno nadležni organ jedinice lokalne samouprave.¹²

Obzirom da navedene odredbe predstavljaju generalno pravilo, primjenjuju se bez razlike ko je vlasnik nekretnine. Naime, iz odredbi zakonskih rješenja o stvarnim pravima proizilazi zaključak da pravo građenja načelno prati obaveza plaćanja naknade¹³ od strane nositelja prava građenja prema vlasniku zemljišta. Istovremeno u zakonima bilježimo i relativiziranje predmetnog imperativnog pravila o plaćanju naknade, kroz mogućnost da se odstupi od istog. Ipak, u tome se i nije u potpunosti uspjelo. Naime, dok je u tokom 2015. godine u ovom domenu izvršena izmjena u *Zakonu o stvarnim pravima Republike Srpske*, *Zakonu o stvarnim pravima u Federaciji BiH*, kao i *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko distrikta Bosne i Hercegovine* i dalje upotrebljavaju generički pojam „ako nije drugačije određeno“, što znači da drugačija uređenost u pogledu naknade koju plaća nositelj prava građenja može proizilaziti iz zakonskog¹⁴ ili podzakonskog akta,¹⁵ odnosno ugovora o zasnivanju prava građenja, kojim će se regulisati svi konkretni aspekti o pravu građenja, pa između ostalog i aspekti o naknadi.¹⁶ Nadalje, inicijalna odrednica iz *Zakona o stvarnim pravima RS*, da se samo zakonom može odrediti drugačije pravno rješenje u pogledu naknade, predstavljala je sužen krug mogućnosti na način da se drugačiji pristup ispolji putem zakona, što se na koncu i desilo 2015. godine, sa usvajanjem predmetnih izmjena i dopuna *Zakona o stvarnim pravima*.

Trenutno je najsloženija situacija u zakonodavstvu Federacije BiH. Konkretno, ako se analizira isključivo pitanje naknade nailazi se na nekoliko dodatanih aspekata, koje svakako treba uzeti u obzir. Naime, zakonodavac prema članu 299. stav 2. *Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH*¹⁷ načelno predviđa obligatorno plaćanje naknade, koja je relativizirana kroz odrednicu „ako nije drugačije određeno“. Zakonodavac je na ovaj način omogućio da se uredi i drugačiji pravni režim. No, u situacijama gdje je naknada obavezna, njena visina iznosi u visini prosječne zakupnine za zemljište koje će biti opterećeno pravom građenja. Istovremeno, zakonodavac je propustio da odredi bliže kriterijume

12 Član 2. *Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske* („Službeni glasnik RS“ br. 60/15).

13 Predmetna obaveza je trenutno prisutna samo u Federaciji Bosne i Hercegovine i to kad su vlasnici nekretnine *Federacija BiH, kantoni, općine i gradovi*.

14 U Brčko distriktu Bosne i Hercegovine donesen je posebni zakon koji tretira ovu oblast – *Zakon o javnoj imovini u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine* („Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“ br. 28/06, 19/07). U članovima 13-15. ostavljena je mogućnost da se naknada kod prava građenja u potpunosti isključi putem *instituta specijalne pogodbe*, o čemu odluku donosi Skupština Brčko distrikta Bosne i Hercegovine.

15 U Federaciji Bosne i Hercegovine je navedno pitanje uređeno putem *Pravilnika o postupku javnog konkursa za raspolaganje nekretninama u vlasništvu Federacije Bosne i Hercegovine, kantona, općina i gradova* („Službene novine Federacije BiH“ br. 17/14).

16 Napominjemo, navedeno je moguće samo kod subjekata prava iz domena privatno-pravnog kruga.

17 Službene novine Federacije BiH, br. 66/13 i 100/13.

putem kojih će se postići iznos prosječne zakupnine, što upućuje na zaključak da se ona određuje slobodno. Ipak, svaka paušalnost u određivanju naknade, može dovesti do značajnih odstupanja u određivanju iste, te je moguća jedino u situaciji ako je vlasnik nekretnine fizičko, odnosno pravno lice privatnog prava. Upravo na ovom mjestu dolazimo do značaja razlikovanja titulara nekretnine koja će se opteretiti pravom građenja, uz definisanje jasne razlike između subjekata prava kao vlasnika nekretnine iz domena privatnog, u odnosu na subjekte prava iz domena javnog prava. Konkretno, ako je vlasnik nekretnine fizičko lice, odnosno pravno lice privatnog prava, vlasnik u okvirima vlasničkih ovlaštenja ima mogućnost da slobodno stipulira visinu naknade na način kako želi, uključujući čak ugovaranje odredbe kojom će naknada biti isključena.¹⁸ Svako suprotno tumačenje dovelo bi do podrivanja načela slobode ugovaranja,¹⁹ koje predstavlja vrhunski princip građanskog prava uopće. S druge strane, ako je vlasnik nekretnine pravno lice javnog prava, odrednica „ako nije drugačije određeno“ iz člana 299. stav 2. Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH otvara mogućnost drugačijeg pravnog režima, gdje je Zakon o stvarnim pravima poslužio kao pravni temelj za donošenje podzakonskog akta (*Pravilnika o postupku javnog konkursa za raspolaganje nekretninama u vlasništvu Federacije Bosne i Hercegovine, kantona, općina i gradova*),²⁰ kojim je definisana obaveza plaćanja naknade od nositelja prava građenja prema vlasniku nekretnine, u situaciji kada je vlasnik nekretnine Federacija BiH, kantoni, gradovi i općine. Međutim, uslijed ovakvog pravnog režima može se postaviti pitanje da li nadležni organ (npr. predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave) ima slobodu pri određivanju prosječne zakupnine, pa čak je i predvidjeti u formi simbolične naknade, odnosno da je isključi u potpunosti, a sve u cilju pružanja stimulativnih mjera prema potencijalnim investitorima koji namjeravaju u budućnosti, kao nositelji prava građenja, izgraditi određeni objekat? Iako bi se iz rješenja Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH mogao izvući potvrđan stav, zbog trenutno važećeg podzakonskog propisa,²¹ sa naglaskom na Federaciju BiH, odgovor na postavljeno pitanje bez sumnje mora biti negativan, a čime se dolazi na područje evidentne kontradiktornosti praktične situacije, što posljedično dovodi do neatraktivnosti prava građenja kao inicijalno kvalitetnog instituta građanskog prava.

Zapravo, nakon usvajanja *Zakona o stvarnim pravima u Federaciji Bosne i Hercegovine* od strane Federalnog ministarstva pravde uslijedilo je donošenje *Pravilnika o postupku javnog konkursa za raspolaganje nekretninama u*

18 Ovakvo rješenje proizilazi iz pravnih rješenja propisa o stvarnim pravima koji su na snazi u Federaciji BiH i Brčko distriktu Bosne i Hercegovine.

19 Član 10. *Zakona o obligacionim odnosima* Federacije Bosne i Hercegovine („Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i „Službeni list RBiH“, br. 2/92, 13/93 i 13/94 i „Službene novine FBiH“, br. 29/03 i 42/11).

20 Službene novine Federacije BiH“ br. 17/14.

21 *Pravilnik o postupku javnog konkursa za raspolaganje nekretninama u vlasništvu Federacije Bosne i Hercegovine, kantona, općina i gradova*.

*vlasništvu Federacije Bosne i Hercegovine, kantona, općina i gradova,*²² kojim je pored ostalog, definisano i pitanje naknade u vezi sa pravom građenja. Navedenim *Pravilnikom* utvrđene su obaveze za pravna lica javnog prava pri opterećenju nekretnina u vlasništvu Federacije Bosne i Hercegovine, kantona, općina i gradova, na način da je konkretizirana prosječna zakupnina iz člana 299. stav 2. *Zakona o stvarnim pravima*. U vezi sa tim, prosječna zakupnina za nekretninu, a sa obzirom da je riječ o javnom konkursu pri zasnivanju prava građenja, izražena je kroz stav da *zakupnina ne može biti niža od prosječne mjesečne zakupnine*.²³ Istina, *Zakon o stvarnim pravima* je relativizirao navedeni princip o obaveznosti javnog konkursa, na način da omogućava raspolaganje sa nekretninama u vlasništvu Federacije, kantona i jedinica lokalne samouprave i putem neposredne pogodbe uz ispunjenje zakonskih pretpostavki,²⁴ međutim time nije otklonjen inicijalni problem o naknadi. Posljedica ovakvog rješenja je činjenica da je *Pravilnikom* otklonjena svaka sumnja u smislu da li postoji obaveza plaćanja naknade za uspostavljeno pravo građenja od strane nositelja prava građenja prema vlasniku nekretnine u situaciji kada se kao vlasnik nekretnine javlja Federacija Bosne i Hercegovine, kantoni u FBiH, te jedinice lokalne samouprave (općine i gradovi). Budući da organi pravnih lica javnog prava moraju poštovati predmetni podzakonski akt, a uvažavajući načelnu alternativnost zakonske odredbe o naknadi koja proizilazi iz člana 299. stav 2. *Zakona o stvarnim pravima*, primjetimo dvostruki pristup kod regulacije naknade, koji je uvelike ovisan o činjenici vlasništva titulara na neketnini koja se namjerava opteretiti pravom građenja.

4. Značaj pristupanja države Evropskoj uniji u kontekstu prilagodbe stvarno-pravnog zakonodavstva

Pristupanje određene države Evropskoj uniji predstavlja jedan od najsloženijih procesa koji podrazumjeva poduzimanje niza aktivnosti u funkciji ispunjavanja uvjeta koji se postavljaju pred državu koja namjerava pristupiti ovoj organizacionoj cjelini. Uopšteno govoreći, kriteriji za članstvo u Uniji, poznati i kao Kopenhagenski kriterijumi,²⁵ pored ostalog, podrazumijevaju ispunjavanje tri vrste uvjeta - *političkih, ekonomskih i pravnih*. Obzirom da je stvarno-pravno zakonodavstvo neizostavan segment, ispunjavanje kriterija se odnosi na najmanje dva segmenta i

22 Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, broj 17/14.

23 Član 6. *Pravilnika o postupku javnog konkursa za raspolaganje nekretninama u vlasništvu Federacije Bosne i Hercegovine, kantona, općina i gradova*, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, broj 17/14.

24 U članu 363. *Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine* definisana je neposredna pogodba kao oblik raspolaganja nekretninama u vlasništvu Federacije BiH, kantona i jedinica lokalne samouprave, pored ostalog, i pri izgradnji komunalne infrastrukture. Dakle, navedeno se odnosi na izgradnju putnih komunikacija i objekata komunalne infrastrukture uopće, a što znači da nije moguće i kod, primjera radi, *izgradnje poslovnih – industrijskih objekata*.

25 Opširnije vidjeti, *infra*.

to prvenstveno ekonomski i pravni kriterij, i to u smislu *podsticanja funkcionalne tržišne ekonomije*, kao i *prihvatanja pravne stečene Unije*. Međutim, predmetno ispunjenje uvjeta uslovljeno je ustavno-pravnim nadležnostima entiteta, odnosno Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, koji kroz svoju ustavno-pravnu nadležnost veoma jednostavno mogu dovesti do unutrašnje horizontalne neusklađenosti pravnih propisa, koje, ako se prema Uniji gledaju kao dio jedinstvenog pravnog poretka Bosne i Hercegovine, treba harmonizirati ili uskladiti, a što se upravo u određenoj mjeri desilo u okvirima propisa o stvarnim pravima.

4.1. Temeljni aspekti promjena u okviru pravno-ekonomskog okruženja kao nužan preduvjet članstva Bosne i Hercegovine u Evropskoj uniji

Specifični izazovi sa kojima se suočava Bosna i Hercegovina (BiH) na putu prema Uniji, predstavljaju posebno značajnu problematiku koja je neiscrpan izvor kako naučnog, tako i praktičnog istraživanja. Postoje određeni kriterijumi koje države kandidati moraju zadovoljiti prije *pristupanja*²⁶ Uniji. Prvi kriterijumi, vezani još za nastanak Evropske zajednice za ugalj i čelik (*European Coal and Steel Community - ECSC*), temeljili su se na osnovnim pravima garantovanim Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i temeljnim slobodama (*European Convention on Human Rights - ECHR*), a što je bilo u duhu i tradiciji zakonodavstava država osnivača Unije.²⁷ Ono što je sasvim jasno jeste da su se ti kriterijumi razvili od 60-ih godina prošlog stoljeća u odnosu na prve aplikacije za pristupanje u članstvo, te da su prerasli u detaljnija mjerila u uspješnim proširenjima, pri čemu je svako novo proširenje Unije pridodalo nešto novo izvornim temeljima.²⁸ Države kandidati za članstvo u Uniji moraju kontinuirano raditi na sveobuhvatnom prilagođavanju svojih politika, institucionalnog okvira, ali pravnog i ekonomskog sistema, s ciljem dostizanja evropskih standarda u svim oblastima, obzirom da se radi o osnovnim zahtjevima na strani kandidata koji se javljaju u okviru značajnog procesa evropskih integracija.²⁹ Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (SSP) predstavlja posljednju fazu prije otpočinjanja pristupnih pregovora.³⁰ Unija je krajem 2000. godine operacionalizira ideju

26 Pristupanje predstavlja pravni proces postajanja članicom Evropske unije. Opširnije vidjeti u: Gower, Jackie, *The European Union Handbook*, Second Edition, Routledge - Taylor & Francis Group, New York, 2002., str. 391.

27 Nakić, Mladen, *Evropska Unija i Zapadni Balkan - Između želja i realnosti*, Međunarodne studije, Vol. 13, No. 1, Centar za međunarodne studije, Zagreb, 2013., str. 34.

28 Kriterijumi proširenja su u skladu s tim preuzeli geografsku, političku, ekonomsku, pravnu, administrativnu i institucionalnu dimenziju, a odnose se na prihvatljivost i sposobnost pristupanja određene države Uniji. Vidjeti: Tatham, Allan F., *Enlargement of the European Union*, Kluwer European Law collection, Volume 4, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009., str. 202.

29 Proces pravne harmonizacije ili usaglašavanja prava, kao i prihvatanje postojećih evropskih standarda podrazumijeva prije svega suštinske unutrašnje reforme i snažniji ekonomski razvoj.

30 Sam *Proces stabilizacije i pridruživanja* okvirni je put država Zapadnog Balkana za pristupanje

Procesa stabilizacije i pridruženja, u kojeg uključuje Albaniju, BiH, Hrvatsku, (tadašnju) SR Jugoslaviju i Makedoniju.³¹ *Proces stabilizacije i pridruživanja* zamišljen je kao postizanje nekolicine ciljeva. Osnovni cilj je *stabilizacija regije, njezin prelazak na tržišnu ekonomiju, podsticanje regionalne suradnje*, te na kraju pristupanje Evropskoj uniji.³²

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju sa Bosnom i Hercegovinom (BiH), zaključen 16. juna 2008. godine u Luksemburgu (*Luxembourg*), uspostavio je okvir za implementaciju pravnih, administrativnih, institucionalnih i ekonomskih reformi koje će našu državu približiti Uniji. Stavljen je na snagu i Privremeni sporazum o trgovini i trgovinskim pitanjima (od 1. jula 2008.).³³ Tako je uspostavljen prostor slobodne trgovine između Unije i BiH, a upravo je Unija glavni trgovinski partner BiH. Pored toga, BiH pogoduju i jednostrane autonomne trgovinske preference Unije za države i teritorije koje učestvuju ili su u vezi sa procesom stabilizacije i pridruživanja. Nakon što su završene odgovarajuće procedure iz Zaključaka Vijeća za vanjske poslove Unije od 15. decembra 2014. godine³⁴ (SSP je stupio na snagu 1. juna 2015. godine), značajno su povećane obaveze vlasti u BiH, jer je opseg reformi proširen sa trgovinskih pitanja na propise Unije u cjelini.³⁵ Predstavnici BiH i Evropske unije parafirali su 18. jula 2016. godine *Protokol* uz Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica s jedne strane, te BiH s druge strane, da bi se uzelo u obzir pristupanje Republike Hrvatske Uniji.³⁶ Opšti kriterijumi koje sve države koje žele da postanu članicama Evropske unije treba da zadovolje, definisani su na Savjetu u Kopenhagenu 1993. godine i poznati su kao *Kriterijumi iz Kopenhagena*, te se uobičajeno grupišu na sljedeći način:

članstvu u Evropskoj uniji. Opširnije u: Nakić, Mladen, *op.cit.*, str. 36.

31 Vidjeti opširnije u: Misita, N., *Uvod u pravo Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2014., str. 86-87.

32 Tim se procesom želi pomoći državama Zapadnog Balkana u jačanju vlastitih kapaciteta za usvajanje evropskih standarda i pravne stečevine. Vidjeti: Nakić, Mladen, *op.cit.*, str. 36.

33 U tom smislu vidjeti: https://europa.ba/?page_id=484 (4.5.2019.). Valja naglasiti da se paralelno sa SSP zaključuje i Privremeni ili Prelazni sporazum, koji se primarno bavi trgovinskim odnosima i relativno brzo stupa na snagu. U vezi s navedenim vidjeti i : Misita, N., *Uvod u pravo Evropske unije*, *op.cit.*, str. 87.

34 Vidjeti: Zaključci Vijeća za vanjske poslove Unije, Brisel, 15. decembar 2014. Dostupno na: http://europa.ba/wp-content/uploads/2015/05/delegacijaEU_2014121515000547eng.pdf

35 Vidjeti: Misita, N., *Uvod u pravo Evropske unije*, *op.cit.*, str. 86. Također vidjeti oficijelnu stranicu Delegacije Evropske unije u Bosni i Hercegovini i specijalni predstavnik Evropske unije u Bosni i Hercegovini (*Delegation of the European Union to Bosnia and Herzegovina European Union Special Representative in Bosnia and Herzegovina*): https://europa.ba/?page_id=484 (4.5.2019.)

36 Vijeće ministara BiH je na svojoj 69. sjednici, održanoj 23. augusta 2016. godine, donijelo Odluku o sistemu koordinacije procesa evropskih integracija u BiH. Vijeće za opće poslove EU (GAC), na sastanku održanom 20. septembra 2016. godine u Briselu, usvojilo je zaključke o zahtjevu BiH za članstvo u EU i odlučilo da provede postupak utvrđen članom 49. Ugovora o Evropskoj uniji, te je u skladu s tim, Evropska komisija pozvana da podnese svoje mišljenje na zahtjev BiH za članstvo u EU. Vidjeti: http://www.mvp.gov.ba/vanjska_politika_bih/multilateralni_odnosi/evropska_unija/bih_i_eu/?id=32084 (7.5.2019.)

- *Politički*: stabilne demokratske institucije, vladavina prava, poštovanje ljudskih prava i prava manjina;
- *Ekonomski*: Funkcionisanje tržišne ekonomije, dovoljno konkurentne da izdrži pritisak konkurencije i djelovanje tržišnih sila u okviru Unije;
- *Pravni*: Sposobnost da se preuzmu obaveze koje proizilaze iz članstva, uključujući podršku ostvarivanju ciljeva Unije, kao i sposobnost državne administracije da usvoji i sprovedi pravne stečevine Unije (*acquis communautaire*) u praksi.³⁷

Kriterijumima za proširenje članstva iz Kopenhagena dodatno se željela naglasiti važnost elemenata funkcionalne demokratije.³⁸ Kriterijumi iz Kopenhagena predstavljaju takoreći "zlatni standard", kako za početak i formiranje bližih odnosa na nivou Evropske unije, tako i za osiguravanje eventualnih uvjeta članstva u Uniji.³⁹ Navedenim kriterijumima treba pridodati i tzv. *Madridski kriterijum* iz 1995. godine, koji se prvenstveno odnosi na institucionalni aspekt, tačnije na prilagođavanja nacionalne administrativne, odnosno upravne strukture članstvu u Evropskoj uniji.⁴⁰ *Pravo Evropske unije* obuhvata sve pravne norme, u bilo kojem obliku, koje su sadržane u Osnivačkim ugovorima ili koje su donesene na temelju ili izvedene iz Osnivačkih ugovora. Ukupnost tih pravnih normi naziva se još i pravnom stečevinom Unije. Pravna stečevina Unije na francuskom se naziva *acquis communautaire* i taj je izraz općeprihvaćen.⁴¹ Članstvo u Evropskoj uniji pretpostavlja prihvatanje unijskog *acquisa*, tj. "postojećih i budućih prava i obaveza u smislu unijskog (pravnog) sistema i njegovog institucionalnog okvira."⁴² Potpuno preizimanje *acquisa* koji postoji u trenutku samog pristupanja predstavlja *conditio sine qua non* samog pristupanja.⁴³ Pod *harmonizacijom* se podrazumijeva poseban postupak ili metod koji ima za cilj usklađivanje nacionalnih propisa ili usklađivanje suštine njihovih politika.⁴⁴ Usklađivanje predstavlja ujednačavanje

37 Trninić, N. i ostali, *EU-monitoring: O ekonomskom i pravnom prilagođavanju standardima Evropske unije*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Sarajevo, 2009., str. 8. Također vidjeti i: Jodanović, Ajna/Muslić, Albin/Jodanović, Samir, *Adekvatna primjena i inoviranje stavrno-pravnog zakonodavstva kao ključni preduvjeti za pristupanje Bosne i Hercegovine Evropskoj uniji*, Zbornik radova 11. Međunarodne naučne konferencije o proizvodnom inženjerstvu: RIM 2017 – Razvoj i modernizacija proizvodnje, Tehnički fakultet Univerziteta u Bihaću, Bihać, 2017., str. 637-642.

38 Nakić, Mladen, *op.cit.*, str. 34.

39 Tatham, Allan F., *op.cit.*, str. 237.

40 Misita, N., *Uvod u pravo Evropske unije, op.cit.*, 89.

41 Čapeta, Tamara/Rodin, Siniša, *Osnove prava Evropske unije na temelju Lisabonskog ugovora-gradivo za cjeloživotno obrazovanje pravnika*, II. Izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine d.d., Zagreb, 2011., str. 10. Autor Gower naglašava da se pod izrazom *acquis* podrazumijeva cjelokupni sistem pravnih i političkih obaveza koje obuhvataju baštinu Evropske unije i koje sve države članice moraju prihvatiti. U tom smislu vidjeti: Gower, Jackie, *op.cit.*, str. 391.

42 Misita, N., *Uvod u pravo Evropske unije, op.cit.*, 89.

43 Tatham, Allan F., *op.cit.*, str. 239.

44 Vukadinović, Radovan, *Pojam i značaj usklađivanja (harmonizacije) domaće prava sa pravom Evropske unije. Usklađivanje prava SR Jugoslavije sa pravom Evropske unije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 1999., str. 43.

zakona, drugih propisa i administrativnih odredbi država članica sa *acquisem* u svrhu regulisanja društvenih odnosa na nivou cijele Unije na jedinstven način.⁴⁵ U čl. 70 (1) Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju se navode temeljne odredbe koje se odnose na *proces usklađivanja zakona, provođenja zakona i pravila konkurencije*. U navedenom članu se navodi da stranke priznaju važnost usklađivanja postojećeg zakonodavstva BiH sa zakonodavstvom Zajednice (danas Unije), kao i njegovog efikasnog provođenja.⁴⁶ Vijeće ministara Bosne i Hercegovine je na svojoj 66. sjednici, održanoj 28.7.2016. godine, donijelo *Odluku o postupku usklađivanja zakonodavstva Bosne i Hercegovine s pravnom stečevinom Evropske unije*, kojom se pojašnjava značaj i uloga instrumenata za usklađivanje.⁴⁷ Unutar Unije je temeljem uvažavanja tzv. četiri slobode (kretanja ljudi, roba, kapitala i usluga) tokom proteklih šest desetljeća nastao *sui generis* politički, pravni i ekonomski sistem, jer su tzv. pozitivne integracije (ono što se htjelo ugovorima) i tzv. negativne integracije (koje su unutarnjim logikama i imenencijama nadišle postavljene ciljeve u ugovorima) dovele do duboke isprepletenosti ekonomske, pravne i političke kulture država Evropske unije, te posljedično učinile Uniju nezaobilaznom činjenicom svjetske privrede i svjetske politike.⁴⁸ Evropska unija predstavlja jedinstvenu organizaciju koja je povezala ekonomije različitih zemalja

45 Vidjeti: *Priručnik za izradu obrazloženja propisa*, str. 26. Dostupno na: http://www.mpr.gov.ba/dokumenti/publikacije/BJ_Prirucnik_z%20izradu_obrazlozenja.pdf

46 Također se navodi da će Bosna i Hercegovina nastojati osigurati postepeno usklađivanje svojih postojećih zakona i budućeg zakonodavstva s pravnom stečevinom (*acquisa*) Zajednice, kao i da će osigurati propisnu primjenu i provođenje postojećeg i budućeg zakonodavstva. U stavu 3 istog člana se navodi da će se usklađivanje u svojoj ranoj fazi fokusirati na osnovne elemente pravne stečevine (*acquisa*) Zajednice koji se odnosi na unutrašnje tržište, kao i na druge oblasti vezane za trgovinu, dok će se u kasnijoj fazi usmjeriti na preostale dijelove pravne stečevine (*acquisa*) Zajednice. Usklađivanje će se provoditi na osnovu programa koji će dogovoriti Evropska komisija i Bosna i Hercegovina. Nadalje, u stavu 4 čl. 70 Sporazuma navodi se da će se Bosna i Hercegovina također, u dogovoru s Evropskom komisijom, detaljno dogovoriti na koji će način pratiti postupak usklađivanja zakonodavstva i radnji koje je potrebno poduzeti u provedbi zakona. Vidjeti: “SPORAZUM O STABILIZACIJI I PRIDRUŽIVANJU između Evropskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane, i Bosne i Hercegovine, s druge strane”, Službeni list Evropske unije, L 164/27, 30.6.2015. Dostupno na:

[https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22015A0630\(01\)&from=RO](https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22015A0630(01)&from=RO)

Također vidjeti i *Priručnik za izradu obrazloženja propisa*, str. 27.: “Kao i druge države potencijalne kandidatkinje i države kandidatkinje, BiH je u ispunjavanju obaveze usklađivanja dužna usklađivati zakonodavstvo ne samo s direktivama, nego i s uredbama, te s relevantnim odlukama koje imaju zakonodavni karakter. Treba također napomenuti da je BiH, na osnovu članstva u Vijeću Evrope te na osnovu ispunjavanja postpristupnih obaveza, obavezna usklađivati svoje zakonodavstvo i s dokumentima Vijeća Evrope”. Dostupno na:

http://www.mpr.gov.ba/dokumenti/publikacije/BJ_Prirucnik_z%20izradu_obrazlozenja.pdf

47 U čl. 2 *Odluke* se navodi, da su instrumenti za usklađivanje zakonodavstva BiH s pravnom stečevinom EU - *tabela usklađenosti i izjava o usklađenosti*. Vidjeti: *Odluka o postupku usklađivanja zakonodavstva Bosne i Hercegovine s pravnom stečevinom Evropske unije*, “Službeni glasnik BiH”, broj 75/16. Dostupno na: <http://www.sluzbenilist.ba/page/akt/mNmRQBgz5k76k45hYKPY>

48 Vidjeti opširnije u studiji autora Lasića: “O uzrocima i posljedicama bespuća na putu Bosne i Hercegovine ka Europskoj uniji”, str. 3-4. Dostupno na: http://www.paneuropa.ba/wp-content/uploads/2014/10/Mile-Lasic_Studija.pdf

u cilju stvaranja ogromnog unutrašnjeg tržišta i doprinijela podizanju životnog standarda, kao i razvoju sveobuhvatnog pravnog sistema.⁴⁹ U pogledu *ekonomskih kriterijuma* iz Kopenhagena koji se odnose na funkcionisanje tržišne ekonomije koja je dovoljno konkurentna da izdrži pritisak konkurencije i djelovanje tržišnih sila u okviru EU, jasno je da je preuzimanje *acquisa - posebno onog koji se odnosi na unutrašnje tržište* - ključno za državu kandidata koja se mora trajno posvetiti ekonomskim obavezama koje proizilaze iz članstva. Ovakvo ireverzibilno obavezivanje je nužno kako bi se osiguralo daljne djelovanje zajedničkih pravila na nivou cijele Unije. Države kandidati su u obavezi da s jedne strane preuzmu ekonomske obaveze koje proizilaze iz članstva, na način da unutrašnje tržište funkcioniše “glatko i pravedno”, a s druge strane da posjeduju kapacitete kako bi u potpunosti iskoristili konkurentski pritisak unutarnjeg tržišta. Navedeno zahtijeva da je temeljno ekonomsko okruženje povoljno i da ekonomija uživa fleksibilnost i dovoljan nivo ljudskog i fizičkog kapitala.⁵⁰ Proces stabilizacije i pridruživanja se, tako, tokom proteklih devetnaest godina pokazao kao osnovni instrument koji omogućava da države regiona izgrađuju demokratske institucije, rade na vladavini prava i stvaranju održive, otvorene i napredne ekonomije, i konačno usklade svoje zakonodavstvo s pravnom stečevinom Unije.⁵¹ Od 90-ih godina prošlog stoljeća do danas, države Zapadnog Balkana su prošle dug put u pogledu usklađenosti s evropskim standardima i vrijednostima, a članstvo u Uniji se pokazalo kao efikasan mehanizam za podsticanje ukupnih reformi.⁵² Stvaranje funkcionalne i održive državne strukture s jasnom perspektivom očuvanja BiH i dalje ostaje ključ za početak rješavanja i odmrzavanja postojećeg stanja.⁵³ Evropska unija regionu, također, daje finansijsku podršku iz pretpristupnih fondova za projekte reformi zakonodavstva i izgradnju institucija, ali i sve više za infrastrukturne projekte kroz Berlinski proces.⁵⁴

49 Berry, Elspeth/Homewood, Matthew J./Bogusz, Barbara, *Complete EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2013., str. 22.

50 Tatham, Allan F., *op.cit.*, str. 239.

51 Vidjeti: Pejović, Aleksandar A., *Varijabilna realnost Zapadnog Balkana u kontekstu evropske integracije*, Politička misao, Vol. 55, No. 1, Fakultet političkih znanosti Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2018., str. 74-75.

52 *Ibidem.*, str. 81.

53 Nakić, Mladen, *op.cit.*, str. 39.

54 Pejović, Aleksandar A., *op.cit.*, str. 75. Također vidjeti i podatke koji se navode na oficijelnoj stranici Delegacije Evropske unije u Bosni i Hercegovini i specijalni predstavnik Evropske unije u Bosni i Hercegovini (*Delegation of the European Union to Bosnia and Herzegovina European Union Special Representative in Bosnia and Herzegovina*): “Između 2007. i 2013. Bosna i Hercegovina je dobila €615 miliona od Instrumenta za pretpristupnu pomoć (IPA) koji zemljama kandidatkinjama i potencijalnim kandidatkinjama za članstvo u EU pruža ciljanu finansijsku pomoć. Trenutno je u toku druga faza IPA, od 2014. do 2020. sa najmanje €165 miliona namijenjenih za Bosnu i Hercegovinu u prvom stadiju. IPA posebno pomaže jačanje demokratskih institucija i vladavine zakona, reformu javne uprave, provođenje ekonomskih reformi, promovisanje poštovanja ljudskih i manjinskih prava i rodne ravnopravnosti, podršku razvoju civilnog društva i unaprijeđenje regionalne saradnje, a doprinosi i održivom razvoju i smanjenju siromaštva.”

Dostupno na: https://europa.ba/?page_id=484 (6.5.2019.)

Evidentna politička nestabilnost, ali i kompliciranost poslovnog ambijenta na nivou BiH, sprječavaju značajniji priliv stranih investicija. Na putu BiH prema članstvu u EU stoji implementacija reformskih ciljeva u oblasti korporativnog prava u skladu sa važećim standardima Unije, ali i svjetskog tržišta, zatim uspostavljanje adekvatnog zakonodavnog okvira u oblasti javno-privatnog partnerstva, ali i preduzimanje svih neophodnih mjera u cilju jačanja vladavine prava, kao jednog od preduvjeta implementacije *Reformske agende*. U skladu sa navedenim, neophodno je naglasiti i značaj saradnje institucija na svim nivoima vlasti, kako prilikom rješavanja postojećih pravnih i drugih prepreka sa kojima se u svom poslovanju susreću domaći i strani investitori, tako i prilikom uspostavljanja boljih uvjeta za nova ulaganja, što posljedično utiče na stvaranje BiH kao ekonomski jake države koju će odlikovati ujednačen pravni okvir, odnosno odsustvo komplikovanih i različitih pravnih rješenja na nivou države. U čl. 91 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, koji se odnosi na *Promovisanje i zaštitu investicija*, navodi se: “Saradnja između strana, u okviru njihovih nadležnosti, u oblasti promocije i zaštite investicija, bit će usmjerena na stvaranje povoljne klime za privatne investicije, i domaće i strane, što je značajno za ekonomski i industrijski oporavak BiH.”⁵⁵ Predsjedništvo BiH je 13. marta 2018. godine usvojilo *Strategiju vanjske politike Bosne i Hercegovine 2018.–2023.*, u kojoj se navodi da je jedan od glavnih strateških ciljeva Bosne i Hercegovine *punopravno članstvo u Evropskoj uniji*.⁵⁶ Zakonodavac je sasvim evidentno uvođenjem prava građenja ispoljio pozitivnonormativno opredjeljenje, ali i opravdanost postojanja samog instiuta, koje je kao takvo u saglasnosti s temeljnim principa Evropske unije, te je posljedično u funkciji ispunjavanja uvjeta pristupanja BiH Uniji. Polazeći od toga da je jedan od primarnih kriterijuma punopravnog članstva u Uniji *prihvatanje pravne stečevine Unije*, sasvim se opravdano dovodi u pitanje mogućnost ispunjavanja takvog uvjeta, obzirom na unutrašnju horizontalnu neusklađenost pravnih propisa, a za što se kao primjer u određenoj mjeri mogu navesti upravo propisi o stvarnom pravu. Usklađenost propisa u okviru stvarno-pravnog zakonodavstva na nivou BiH predstavlja prioritetni uvjet usklađenosti predmetnih propisa sa postojećim i budućim pravima i obavezama

55 Vidjeti čl. 91. “SPORAZUMA O STABILIZACIJI I PRIDRUŽIVANJU između Evropskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane, i Bosne i Hercegovine, s druge strane”, Službeni list Evropske unije, L 164/27, 30.6.2015.

56 U Strategiji se dalje navodi da je neophodno je da svi nivoi vlasti u Bosni i Hercegovini, u skladu sa svojim ustavnim nadležnostima, djelujući i kroz tijela uspostavljena mehanizmom koordinacije za evropske integracije, ispune sve potrebne obaveze, kako je to već regulisano Masterplanom integrisanja Bosne i Hercegovine u Evropskoj uniji, koje je usvojilo Predsjedništvo Bosne i Hercegovine. Navodi se da će posebna pažnja biti posvećena inicijativama pomenutim u dokumentu koji je dana 06.02.2018. godine od strane Evropske komisije predstavljen Evropskom parlamentu u Strazburu, a koji nosi naziv „Kredibilna perspektiva proširenja i pojačan angažman Evropske unije na Zapadnom Balkanu. Vidjeti: STRATEGIJA VANJSKE POLITIKE BOSNE I HERCEGOVINE 2018-2023., Predsjedništvo BiH, Broj: 01-50-1-936-27-1/18, Sarajevo, 13. mart 2018. godine, str. 5-6.

Dostupno na: <http://predsjednistvobih.ba/vanj/default.aspx?id=79555&langTag=bs-BA>

koje proilazile iz unijskog pravnog sistema. Formalno-pravne manjkavosti i nedostaci u tom smislu predstavljaju ograničavajući faktor na putu ispunjavanja pravnih kriterijuma članstva u Uniji. U tom smislu, kao prioritet u okviru stvarno-pravnog zakonodavstva sasvim opravdano možemo staviti *institut prava građenja* i njegovu *adekvatnu primjenu*, obzirom na brojne prednosti koje donosi ovaj institut. Uklanjanje postojećih birokratskih i administrativnih prepreka (posebno carinskih ograničenja) kada su u pitanju, između ostalog, direktna strana ulaganja, predstavlja *conditio sine qua non* prilagođavanja pravnog poretka BiH osnovnim pravnim kriterijumima članstva u Uniji. Postojeću situaciju, kako je pokazala prethodna analiza, dodatno uslođjava određeni stepen horizontalne neusklađenosti propisa o stvarnim pravima.

5. Rješenja o naknadi kod prava građenja u *de lege ferenda* prizmi

Usko vezano sa naprijed izloženim, uočavamo i dodatni aspekt, koji upućuje na zaključak da u praksi nije došlo do značajnijeg percipiranja prava građenja, čime posljedično nisu mogle doći do izražaja pozitivne strane instituta. Više je razloga za ovakvu konstataciju. Pored uobičajenih, koji sami po sebi determiniraju (ne) primjenu određenog instituta, nesporno je da se i postojeća pravna rješenja u određenoj mjeri odlikuju nefleksibilnošću, pri čemu se posebno misli na pravni položaj pravnih lica javnog prava kao titulara na nekretninama koje se potencijalno mogu opteretiti pravom građenja. Zapravo, krutost u primjeni instituta proizilazi kako iz zakona kao normi objektivnog prava, tako i podzakonskih propisa koji reguliraju proceduralne aspekte pri zasnivanju prava građenja, koji su kao takvi uveliko usporili očekivanu primjenu prava građenja.

Konkretno, dok rješenja iz Zakona o stvarnim pravima u Republici Srpskoj i Brčko distriktu Bosne i Hercegovine predstavljaju trenutno najkvalitetniji oblik regulacije predmetnog pitanja na način da je nakandu moguće u potpunosti eliminirati, rješenja Zakona o stvarnim pravima u Federaciji Bosne i Hercegovine i dalje normiraju da se naknada može isključiti. Međutim, ako detaljno analiziramo predmetno pravno rješenje u Federaciji Bosne i Hercegovine uočavamo da pored načelne alternativnosti o plaćanju naknade postoje značajne barijere i to samo u pogledu pravnog statusa nekretnina kada su u vlasništvu pravnih lica javnog prava. Iako je nesporno da bi alternativnost u pogledu nakande doprinijela većem stepenu implementacije prava građenja u praksi, što bi u kumulativu pospješilo privredni razvoj u cjelini na način bi se primijenio inovirani pristup u odnosu na klasični model kupoprodaje nekretnina između pravnih lica javnog prava (vlasnika nekretnina) i zainteresiranih investitora (nositelja prava građenja), donošenjem podzakonskog akta *Pravilnika o postupku javnog konkursa za opterećenje nekretnina u vlasništvu Federacije, kantona, gradova i općina* definitivno je onemogućen značajniji upliv prava građenja u praksi.

U skladu s prethodno navedenim, cijenimo da je potrebno izmijeniti zakonsko rješenje o stvarnim pravima u Federaciji BiH, na način da se pridoda odrednica - *da se naknada može isključiti ako za to odluku donese nadležni organ Federacije Bosne i Hercegovine kantona i jedinice lokalne samouprave*, odnosno, da se korigira *prateći podzakonski akt u dijelu obaveznosti naknade koju plaća nositelj prava građenja vlasniku nekretnine, na način da se uspostavi princip alternativnost iste*. Iz svega navedenog, nesporno je da je zakonodavac uvođenjem prava građenja ispoljio pozitivnonormativno opredjeljenje, koje je kao takvo kompatibilno sa principima Evropske unije, a istovremeno je u funkciji pristupanja Bosne i Hercegovine Uniji. Međutim, s obzirom da pristupanje podrazumijeva i harmonizaciju pravnih rješenja, koja se kao takva vrše, između ostalog, zbog uspostave jedinstvenih općeprihvaćenih principa, a sa ciljem otvaranja tržišta zbog nastojanja razvoja Bosne i Hercegovine u cjelini, u narednom periodu potrebno je učiniti napore kako bi se *pravna rješenja u Bosni i Hercegovini u potpunosti uskladila*.

6. Zaključak

Kao što je u radu istaknuto, nesporno je da pravo građenja kao stavrno-pravni institut ima brojne prednosti. Međutim, činjenica je navedene prednosti nisu u punom kapacitetu iskorištene, gdje se kao posebno pitanje nameće pravni status nekretnine. Zapravo, u funkciji prevazilaženja postojećeg stanja, *de lege ferenda* je potrebno razlučiti pitanje pravnog statusa nekretnine koja je opterećena pravom građenja, jer se nikako ne može staviti znak jednakosti između privatno-pravnog subjekta kao vlasnika nekretnine s jedne, te javno-pravnog subjekta kao vlasnika nekretnine, s druge strane. Kroz analizu postojećih rješenja u Federaciji BiH uvidjeli smo da su javno-pravni subjekti u nepovoljnijem položaju, iako su po prirodi stvari jako zainteresirani za kooperaciju sa potencijalnim investitorima, koji bi u ulozi nositelja prava građenja mogli u dobrom dijelu doprinijeti razvoju u različitim sferama društva. Navedena zainteresiranost javno-pravnih subjekata, posebno je značajna danas u dobu ograničenih kapaciteta za investiranje u ovim oblastima, uslijed čega brojna imovinska dobra (nekretnine) ostaju prostorno neiskorištena. Cijenimo da je pitanje naknade, u korelaciji sa činjenicom da je nositelj prava građenja svjestan da će po proteku prava građenja biti detituliran *apropos* nekretnine i izgrađenog objekta, jedan od ključnih faktora koji se mora uzeti u obzir u pogledu veće zastupljenosti prava građenja u praksi, te se u vezi sa tim moraju učiniti dodatni napor kako bi se izmjenio pravni okvir u ovoj oblasti.

Naprijed navedeno ima svoje uporište i u komparativnom pravu, koja u značajnoj mjeri odišu fleksibilnošću, a što samo po sebi ima negativne efekte u vezi sa poduzetničkim aktivnostima u Bosni i Hercegovini. Dodatni faktor je činjenica da je Bosna i Hercegovina još uvijek izvan Evropske unije, čiji status implicira dodatne barijere u smislu atraktivnosti za investiranje (npr. carinska

ograničenja). Nadalje, postojeća stvarno-pravna limitiranost može se posmatrati i u funkciji pristupanja Bosne i Hercegovine Evropskoj uniji, gdje je sloboda tržišta, te uklanjanje birokratskih i administrativnih barijera izuzetno značajan faktor u smislu unifikacije i prilagođavanja pravnog poretka. Međutim, situacija u Bosni i Hercegovini je dodatno usložnjena, naročito što postoji određeni stepen horizontalne neshinhroniziranosti propisa (propisa o stvarnim pravima), što će po prirodi stvari u narednom periodu neminovno dovesti do izmjena.

7. Popis literature

A) Udžbenici, monografije i članci:

1. Babić, Ija/Hašić, Enes/Medić, Duško/Povlakić, Meliha/Velić, Larisa, *Komentar zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine*, Privredna štampa, Sarajevo, 2014.
2. Berry, Elspeth/Homewood, Matthew J./Bogusz, Barbara, *Complete EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
3. Čapeta, Tamara/Rodin, Siniša, *Osnove prava Evropske unije na temelju Lisabonskog ugovora-gradivo za cjeloživotno obrazovanje pravnika*, II. Izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine d.d., Zagreb, 2011.
4. Gower, Jackie, *The European Union Handbook*, Second Edition, Routledge - Taylor & Francis Group, New York, 2002.
5. Jodanović, Ajna/Muslić, Albin/Jodanović, Samir, *Adekvatna primjena i inoviranje stvarno-pravnog zakonodavstva kao ključni preduvjeti za pristupanje Bosne i Hercegovine Evropskoj uniji*, Zbornik radova 11. Međunarodne naučne konferencije o proizvodnom inženjerstvu: RIM 2017 – Razvoj i modernizacija proizvodnje, Tehnički fakultet Univerziteta u Bihaću, Bihać, 2017.
6. Misita, N., *Uvod u pravo Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2014.
7. Muslić, Albin, *Pravo građenja u funkciji stvaranja povoljnog poslovnog ambijenta u Bosni i Hercegovini – kooperacija javnih i privatnih partnera*, Pravna misao – Časopis za pravnu teoriju i praksu, broj 1-2/2018, Sarajevo, 2018.
8. Mužina, Aleksij, *Koncepcija prava građenja u suvremenom pravnom poretku (institut građanskog prava i utjecaj javnoga prava)*, Zbornik radova – Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 11. Neum, 2013.
9. Nakić, Mladen, *Europska Unija i Zapadni Balkan - Između želja i realnosti*, Međunarodne studije, Vol. 13, No. 1, Centar za međunarodne studije, Zagreb, 2013.
10. Pejović, Aleksandar A., *Varijabilna realnost Zapadnog Balkana u kontekstu*

evropske integracije, Politička misao, Vol. 55, No. 1, Fakultet političkih znanosti Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2018.

11. Povlakić, Meliha, *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, Nova pravna revija - Časopis za domaće, njemačko i evropskopravo, broj 1-2/2010, Sarajevo, 2010.
12. Povlakić, Meliha, *Pravo građenja kao propuštena šansa za jedinice lokalne samouprave*, Udruženje sudija Republike Srpske, Zbornik radova - X savjetovanje iz oblasti građanskog prava, Jahorina, 2015.
13. Tatham, Allan F., *Enlargement of the European Union*, Kluwer European Law collection, Volume 4, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
14. Vukadinović, Radovan, *Pojam i značaj usklađivanja (harmonizacije) domaće prava sa pravom Evropske unije. Usklađivanje prava SR Jugoslavije sa pravom Evropske unije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 1999.

B) Zakonski propisi:

1. *Zakon o notarima („Službene novine Federacije BiH“ br. 45/02);*
2. *Zakon o obligacionim odnosima Federacije Bosne i Hercegovine („Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i „Službeni list RBiH“, br. 2/92, 13/93 i 13/94 i „Službene novine FBiH“, br. 29/03 i 42/11);*
3. *Zakon o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“ br. 66/13 i 100/13);*
4. *Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske („Službeni glasnik RS“ br. 124/08, 58/09, 95/11 i 60/15);*
5. *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko distrikta Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine“, br. 11/01, 8/03, 40/04 i 19/07);*
6. *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko distrikta Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine“, br. 11/01, 8/03, 40/04 i 19/07);*
7. *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima („Narodne novine RH“ br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12 i 152/14).*

C) Podzakonski propisi:

1. *Pravilnik o postupku javnog konkursa za raspolaganje nekretninama u vlasništvu Federacije Bosne i Hercegovine, kantona, općina i gradova*, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, broj 17/14.

D) Ostali propisi:

1. Odluka o postupku usklađivanja zakonodavstva Bosne i Hercegovine s pravnom stečevinom Evropske unije, „Službeni glasnik BiH“, broj 75/16.

2. "SPORAZUM O STABILIZACIJI I PRIDRUŽIVANJU između Evropskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane, i Bosne i Hercegovine, s druge strane", Službeni list Evropske unije, L 164/27, 30.6.2015.
3. STRATEGIJA VANJSKE POLITIKE BOSNE I HERCEGOVINE 2018.-2023, Predsjedništvo BiH, Broj: 01-50-1-936-27-1/18, Sarajevo, 13. mart 2018.

E) Internet izvori:

https://europa.ba/?page_id=484

http://europa.ba/wp-content/uploads/2015/05/delegacijaEU_2014121515000547eng.pdf

http://www.mvp.gov.ba/vanjska_politika_bih/multilateralni_odnosi/evropska_unija/bih_i_eu/?id=32084

http://www.mpr.gov.ba/dokumenti/publikacije/BJ_Prirucnik_z%20izradu_obrazlozenja.pdf

[https://eurlex.europa.eu/legalcontent/HR/TEXT/PDF/?uri=CELEX:22015A0630\(01\)&from=RO](https://eurlex.europa.eu/legalcontent/HR/TEXT/PDF/?uri=CELEX:22015A0630(01)&from=RO)

<http://www.sluzbenilist.ba/page/akt/mNmROBgztz5k76kin45hYKPY>

http://www.paneuropa.ba/wp-content/uploads/2014/10/Mile-Lasic_Studija.pdf

<http://predsjednistvobih.ba/vani/default.aspx?id=79555&langTag=bs-BA>

Albin Muslić, Ph.D., Assistant professor

Faculty of Law, University of Bihać

Ajna Jodanovic, MA

Faculty of Law, University of Bihać

Mr.sci. Adnan Tulić, Head of the Department for Corruption

Cantonal Prosecutor's Office of the Una-Sana Canton

Samir Jodanovic, dipl.iur.

Development Agency of the Una-Sana Canton

ADVANTAGES AND INSUFFICIENCY OF BUILDING LAW AS THE REPRESENTATIVE LEGAL INSTITUTE IN THE CONTEXT OF ACCESSION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA TO THE EUROPEAN UNION

Abstract: Starting from the fact that more than five years have passed since the implementation of the Law on Real Rights at the level of the Federation of Bosnia and Herzegovina, in this paper we will try to provide answers to some of the leading issues in the context of the application of right to build as a significant real-law institute. Although the right to build is one of the most important novelties in the field of real-law legislation and an appropriate institute for the development of the economy in general sense, the results of the analysis below show that until today the actual application of this institute has not occurred. On the other hand, the accession process of the Bosnia and Herzegovina to the European Union implies, inter alia, the undertaking of a whole range of activities and measures aimed at supporting free market activities in order to achieve competitiveness within the European integration process. The existence of the positive examples from the legislation of certain Member States of the European Union is a good indicator that the right to build can be an incentive measure in the function of economic development and prosperity of the state as a whole, especially in light of the limited capacity of the state in the field of constructing production potential as one of the supporting pillars of society.

Key words: Bosnia and Herzegovina, real-law legislation, European Union, the right to build, the Law on Real Rights, implementation of real-law legislation, competitiveness, European integration process.

KOLEKTIVNA ZAŠTITA U SVJETLU NOVE ZAKONODAVNE INICIJATIVE EVROPSKE UNIJE

Sažetak: Najnovija zakonodavna aktivnost na nivou Evropske unije u vidu Prijedloga direktive Evropskog parlamenta i Vijeća o udružnim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača i stavljanju van snage Direktive 2009/22/EZ (COM(2018)0184 – C8-0149/2018 – 2018/0089(COD)) od 11. aprila 2018. godine pokazuje i dalje aktuelan interes za unaprijeđenje položaja i zaštite potrošača. Cilj ovog rada jeste da analizira odredbe Prijedloga u odnosu na sadržaj Preporuke Komisije iz 2013. godine, koja je dala smjernice za budući razvoj kolektivne zaštite, u smislu potencijala za ostvarivanje visokog nivoa zaštite i pristupa pravosuđu uz istovremeno osiguranje izbjegavanja zloupotrebe sudskih postupaka. Poseban fokus će biti stavljen na pitanje aktivne legitimacije, odnosno ograničavanje mogućnosti pokretanja postupka na kvalificirane predstavničke subjekte, te uslove koje Prijedlog u tom smislu postavlja. U konačnici će biti dat osvrt na promjene koje će se u ovom kontekstu morati desiti u bosanskohercegovačkom pravu na njenom putu ka Evropskoj uniji.

Ključne riječi: kolektivna zaštita, udružne tužbe, predstavnički subjekti, kolektivni interesi, zaštita potrošača

1. Uvodne napomene o kolektivnoj zaštiti u Evropskoj uniji

Osnaživanje potrošača je u kontinuiranom fokusu Evropske unije, pa se kao cilj djelovanja može pronaći u više različitih političkih i pravnih akata nadležnih organa Unije. Kao programski cilj je potvrđeno Studijom o potrošačima iz 2016. godine,¹ a višekratno je identificirano i kao pravac razvoja potrošačke politike.²

Posvećenost Evropske unije potrošaču je prirodna i svojstvena svrsi postojanja

1 London Economics, VVA Consulting i Ipsos Mori consortium, “Consumer vulnerability across key markets in the European Union”, Evropska komisija, januar 2016., str. 22. Studija je dostupna na: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/consumers-approved-report_en.pdf (pristupljeno 11.5.2019.)

2 Strategija “Europe 2020, a strategy for smart, sustainable and inclusive growth” COM (2010) 2020 final, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:EN:PDF> (pristupljeno 11.5.2019.), te Program o potrošačima 2014-2020 (Regulation (EU) on a multiannual consumer programme for the years 2014-2020). Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2014:084:0042:0056:EN:PDF> (pristupljeno 11.5.2019.)

Unije. Potrošač je glavni generator razvoja unutrašnjeg tržišta. Ako je potrošač voljan i spreman da učestvuje u različitim transakcijama, to dugoročno doprinosi uspješnom funkcioniranju slobode kretanja roba, kapitala, usluga i ljudi, odnosno efikasnoj primjeni sloboda na kojima počiva unutrašnje tržište. Iako primarni fokus jeste nesmetan protok kroz prostor jedinstvenog tržišta, njegov razvoj neminovno znači i benefite za ljude koji su učesnici na tom tržištu. Stoga ne treba zanemariti niti humanu dimenziju ovakve politike Evropske unije, čak i ako joj to nije primarni cilj. Neupitan je njen utjecaj na svakodnevni život čovjeka, na poboljšanje njegovog povjerenja u pravni poredak i društvo u kome živi, te generalno unapređenje kvaliteta života. Dodatni značaj ovom segmentu svakako daje i činjenica da su svi građani Unije u svom svakodnevnom životu potrošači, bez obzira u kojoj državi članici Unije žive, te da li su zaposleni u nekom organu Unije, kao i da li su uopšte zaposleni.

Usljed sve veće ekonomske globalizacije i digitalizacije, u vrijeme masovne proizvodnje i kolanja kapitala, multinacionalnih kompanija i komercijalnih strategija koje ciljaju na područje više država, a samim tim kao potencijalne oštećene imaju potrošače različitih država članica dolazi do povećanja rizika od povrede prava Unije.³ U tom kontekstu masovnosti i eksponiranosti velikog broja potrošača istoj ili sličnoj šteti do izražaja dolaze kolektivni interesi potrošača, a posebno se ističe značaj zaštite potrošača kroz olakšano izvršenje prava.⁴ Sam kvalitet prava se ne može zadržati samo na kvalitetnom materijalnom pravu. Ono mora biti lako provodivo. Pored dosta sveobuhvatnog potrošačkog prava, uočena je potreba za dopunom u smislu garancija da će široki opus prava zaista biti i primijenjen. Materijalna pravila nisu dovoljna za tvrdnju da je određena oblast regulirana i uređena. Ona moraju imati garant svoje provodivosti, a to se osigurava upravo kroz procesna pravila.⁵ Odnosno, vrijednost materijalnih prava je velika koliko i šanse za efektivno izvršenje tih prava protiv eventualnog štetnika.⁶ Iako se može činiti kontradiktornim, Evropska unija kroz uvođenje kolektivne zaštite, zapravo radi na osnaživanju svakog pojedinog potrošača, jer se daje značaj svakoj pojedinoj pretrpljenoj šteti ili kršenju prava bez obzira koliko mali po vrijednosti bili. Jedini uslov je da su istu ili sličnu štetu uslijed istog ili sličnog postupanja pretrpjela najmanje dva pojedinca.

3 Prijedlog Direktive Evropskog parlamenta i Vijeća o udružnim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača i stavljanju van snage Direktive 2009/22/EZ od 11. aprila 2018. godine (dalje u tekstu: Prijedlog Direktive), str. 7. Obrazloženja Prijedloga. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018PC0184> (pristupljeno 17.5.2019.)

4 Cilj je omogućavanje pristupa jednostavnim, efikasnim, brzim i jeftinim sredstvima zaštite. Vidjeti: Program o potrošačima 2014-2020. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2014:084:0042:0056:EN:PDF> (Regulation (EU) on a multiannual consumer programme for the years 2014-2020)(pristupljeno 11.5.2019.)

5 Vuković, Z. "Kolektivna zaštita potrošača", Revija za evropsko pravo: XVI, br. 2-3, 2014., str. 110.

6 Stadler, A. "European Developments in Collective Redress", Journal of European Consumer and Market Law, br. 2, 2014., str. 80.

Od sekundarnih pravnih akata u ovoj oblasti evropski zakonodavac je usvojio Direktivu 2009/22/EZ o sudskim nalogima za zaštitu interesa potrošača, te Preporuku Komisije 2013/396/EU o zajedničkim načelima postupaka kolektivne zaštite pokrenute tužbama na propuštanje i radi naknade štete u državama članicama koje se tiču povreda prava zajamčenih pravom EU. Ova dva akta su dala vrlo ograničene rezultate, a naročito Preporuka koja je samo obavezivala na usklađivanja prava država članica na način da usvoje principe sadržane u ovom dokumentu, kao i da podnose odgovarajuće izvještaje Evropskoj komisiji na osnovu kojih bi trebalo biti odlučeno da li će Unija usvajati neku novu mjeru pravno obavezujućeg sadržaja.⁷ Unatoč njenoj horizontalnoj dimenziji, odnosno mogućnosti da obuhvati različita područja u kojima može doći do situacija masovne štete, njena primjena i utjecaj na prava država članica je bio oskudan.⁸ Prepreke s kojima se potrošači i dalje suočavaju su prekomjerno trajanje postupka, dojam da je ostvarivanje pravne zaštite malo vjerovatno, prethodno iskustvo neuspješnog podnošenja prigovora, nesigurnost o njihovim pravima, neupućenost u to gdje ili kako se požaliti, te psihološka nevoljnost. Ne postoji obaveza objavljivanja ishoda predmeta, što znači da potrošači nisu obaviješteni o povredi, koju su možda i sami pretrpjeli, pa bi mogli dobiti motiv da traže zaštitu, a privrednici koji krše zakone nisu obeshrabreni učinkom „prozivanja i sramoćenja”.⁹ Tako da čak i kad bi kompenzatorna uloga kolektivne zaštite bila ostvarena, njeno preventivno djelovanje je onemogućeno jer privrednici jednostavno mogu kalkulirati da li im je veći trošak mijenjati određenu praksu, koja znači povredu, ili platiti počinjenu štetu. Time su i dalje u neravnopravnom položaju u odnosu na potrošača, jer nemaju motiv da svoje ponašanje koriguju.

Zbog navedenog, a imajući u vidu nepostojanje mehanizma kolektivne zaštite na nivou Evropske unije, te njenu već dokazanu relevantnost za zaštitu potrošača u praksi, kao na primjer u predmetu o emisijama dizela,¹⁰ Evropska unija je pokrenula inicijativu za donošenje obavezujućeg akta koji bi uveo jedan zajednički mehanizam kolektivne zaštite dostupan svim potrošačima pod jednakim uslovima. Cilj unijskog zakonodavca u takvom djelovanju jeste uvođenje barem

7 Tačka 26. Preambule Preporuke 2013/396/EU. Vidjeti i: Povlakić, M. / Mezetović Medić, S. “Kolektivna zaštita (potrošača) prema pravu Evropske unije i pravu Bosne i Hercegovine”, *Zbornik radova sa XIV Međunarodnog savjetovanja “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”*, Neum, 2016., str. 250.

8 Postojeći mehanizmi kompenzacijske kolektivne pravne zaštite se znatno razlikuju u pogledu djelotvornosti, a devet država članica čak ni ne pruža takve mehanizme. Detaljnije o rezultatima Preporuke u Izvješću Komisije Europskom parlamentu, Vijeću i Europskom gospodarskom i socijalnom odboru o provedbi Preporuke Komisije od 11. lipnja 2013. o zajedničkim načelima za kolektivne preventivne tužbe i tužbe radi naknade štete u državama članicama kod povrede prava zajamčenih zakonodavstvom Unije (2013/396/EU). Dostupno na: <https://bit.ly/2McLiL3> (pristupljeno 13.05.2019.).

9 Prijedlog Direktive, str. 8. Obrazloženja Prijedloga.

10 Prijedlog Direktive, str. 9. Obrazloženja Prijedloga.

jednog mehanizma sa istim postupcima koji će biti na raspolaganju potrošačima u cijeloj Evropskoj uniji, ali uz uvažavanje pravnih tradicija država članica. To znači da se ne zamjenjuju postojeći mehanizmi zaštite, nego predviđa jedan poseban mehanizam za udružne tužbe.¹¹ Početak realizacije navedenog se ogleda kroz Prijedlog Direktive Evropskog parlamenta i Vijeća o udružnim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača i stavljanju van snage Direktive 2009/22/EZ od 11. aprila 2018. godine. Navedeni prijedlog je upućen u proceduru prema pravilima redovnog zakonodavnog postupka. Parlament je zauzeo stav u svom prvom čitanju, te tekst proslijedio na mišljenje Vijeću Evropske unije u formi Zakonodavne rezolucije Evropskog parlamenta.¹² Ukoliko Vijeće usvoji stav Parlamenta, odnosno predložene amandmane, ovaj akt će se smatrati usvojenim. U slučaju nepodudarnih stavova, naredni korak će zavisiti od odluke Parlamenta.¹³ Imajući u vidu ishod glasanja u prvom čitanju, odnosno činjenicu da je čak 579 članova Evropskog parlamenta glasalo za usvajanje predmetnog prijedlog,¹⁴ jasna je odlučnost da ovaj akt stupi na snagu.

Krajnja svrha i ovog akta je povećana prekogranična razmjena roba i usluga. Zbog toga je i pravni osnov ove zakonodavne inicijative član 114. Ugovora o funkcioniranju Evropske unije. Radi se o istom pravnom osnovu koji je korišten za usvajanje Direktive o sudskim nalogima koja se predmetnim Prijedlogom stavlja van snage. Cilj je omogućiti upravo nesmetano funkcioniranje unutrašnjeg tržišta, a koji će, prema evropskom zakonodavcu, biti ostvaren putem povećanog povjerenja potrošača u unutrašnje tržište, ujednačavanje nivoa pravne zaštite, te usklađivanje ponašanja preduzeća.¹⁵

Prijedlog Direktive želi ostvariti nekoliko ciljeva (2) koji će biti izloženi u nastavku. Pored toga, bit će posebno analizirano uređenje pitanja aktivne legitimacije za podnošenje zahtjeva za kolektivnu zaštitu prema Prijedlogu Direktive, te iz perspektive bosanskohercegovačkog prava ako ovaj Prijedlog bude usvojen (3), a u posljednjem dijelu će biti data zaključna razmatranja (4).

11 Prijedlog Direktive, str. 7. Obrazloženja Prijedloga.

12 Zakonodavna rezolucija Evropskog parlamenta od 26. marta 2019. o Prijedlogu direktive Evropskog parlamenta i Vijeća o udružnim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača i stavljanju izvan snage Direktive 2009/22/EZ (COM(2018)0184–C8-0149/2018–2018/0089(COD)) (dalje u tekstu: Rezolucija Parlamenta). Dostupno na: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0222_HR.html (pristupljeno 17.5.2019.)

13 O toku redovnog zakonodavnog postupka ili ranijem postupku saodlučivanja vidjeti: Meškić/Samardžić, *Pravo Evropske unije I*, TDP/GIZ, Sarajevo, 2012., str. 154–156.

14 Rezultati glasanja sa zasjedanja Evropskog parlamenta dostupni na: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//NONSGML+PV+20190326+RES-VOT+DOC+PDF+V0//EN&language=EN> (pristupljeno 17.5.2019.)

15 Prijedlog Direktive, str. 6–7. Obrazloženja Prijedloga. Vidjeti i: Povlakić, M. / Mezetović Medić, S. "Kolektivna zaštita (potrošača) prema pravu Evropske unije i pravu Bosne i Hercegovine", *Zbornik radova sa XIV Međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Neum, 2016, str. 248.

2. Pregled odabranih ciljeva Prijedloga Direktive

U Obrazloženju Prijedloga Direktive evropski zakonodavac se poziva na više puta potvrđenu potrebu za djelovanjem u oblasti kolektivne pravne zaštite u smislu uvođenja horizontalnog pristupa koji će biti zasnovan na zajedničkom skupu načela koja garantiraju uvažavanje nacionalnih pravnih tradicija, te sprečavanje zloupotrebe sudskih postupaka. Misija ove zakonodavne inicijative jeste unapređenje položaja potrošača, te otklanjanje uočenih problema koji su otežavali efikasnu primjenu postojećih akata Evropske unije.¹⁶ Samo Obrazloženje Prijedloga Direktive donosi sažetak ciljeva prijedloga, a oni se odnose na: uspostavljanje širokog područja primjene, pokretanje postupaka samo od strane kvalificiranih subjekata, garantiranje učinkovitosti postupka, te mogućnost istovremenog podnošenja preventivnih tužbi i tužbi radi naknade štete.

a. Područje primjene

U pogledu područja primjene evropski zakonodavac ostaje na stanovištu Preporuke 2013/396/EU da Direktiva, odnosno postupak kolektivne zaštite čije uvođenje se zagovara, treba biti primjenjiv u istoj formi u različitim privrednim sektorima u kojima nezakonita postupanja privrednika mogu utjecati na veliki broj potrošača. Sektori koje Prijedlog Direktive nabraja ne predstavljaju zatvorenu listu, nego su navedeni *exempli causa*, a obuhvataju područja kao što su zaštita podataka, finansijske usluge, putovanja i turizam, energetika, telekomunikacije, okoliš i zdravlje. Prilog Prijedloga Direktive sadrži listu akata prava Unije kršenjem čijih odredbi se može naštetiti interesima potrošača. Ni ta lista nije iscrpnog karaktera. Imajući u vidu brze promjene oblika i razmjera prava Unije, predviđena je i obaveza razmatranja potrebe dopune liste relevantnih izvora prava prilikom donošenja svakog novog akta koji se tiče zaštite kolektivnih interesa potrošača,¹⁷ a kako bi zaštita bila primjerena i provodiva u svim situacijama kolektivne povrede prava. Zanimljivo je da evropski zakonodavac ističe kako se štite kolektivni interesi potrošača, neovisno o tome da li se oni u relevantnom pravu Unije nazivaju potrošačima ili putnicima, korisnicima, klijentima, malim ulagačima ili drugačije. Pored toga se na isti način štite kolektivni interesi ispitanika u smislu Opće uredbe o zaštiti podataka.¹⁸ Primarni fokus prema tome nije na pojmu kojim se označavaju oštećena lica, nego na činjenici da su oštećeni u odnosima u kojima su zbog svog neravnopravnog položaja u odnosu na potencijalnog štetnika vrlo lako odustajali čak i od samog pokušaja zaštite, a zahvaljujući čemu postoji mogućnost zloupotrebe od strane ekonomski jačeg privrednika.

¹⁶ Prijedlog Direktive, str. 2. Obrazloženja Prijedloga.

¹⁷ Amandman 5. Rezolucije Parlamenta na tačku 6. Preamble.

¹⁸ Amandman 5. Rezolucije Parlamenta na tačku 6. Preamble.

Kriterij za primjenu ovog vida kolektivne zaštite, odnosno udruženih tužbi, jeste da povrede prava imaju široki utjecaj. Široki utjecaj nastaje u situaciji kada postoji utjecaj na dva potrošača.¹⁹ Dakle, za aktiviranje prava na pokretanje udružne tužbe dovoljno je da isti štetni utjecaj pogađa samo dva lica i već će se smatrati širokim utjecajem. Primjenjivost u slučaju pogođenosti više od dva pogođena lica se, naravno, podrazumijeva. Pohvalno je konkretiziranje značenja ovog kriterija, a naročito imajući u vidu nepreciznosti prilikom prevođenja akata na zvanične jezike Evropske unije. Već sada se u prevodu na hrvatski jezik spominju dalekosežni utjecaj²⁰ i široki utjecaj²¹ u dva različita člana, a trebalo bi da znače istu kategoriju. Pojmovi dalekosežno i široko imaju potpuno različito značenje, te bi u nedostatku brojčanog kriterija, mogli dovesti do nedosljedne primjene. U izvornom tekstovima prijedloga korišten je pojam *broad impact*²², odnosno *fort impact*²³, te je stoga jasno da je evropski zakonodavac imao u vidu opseg djelovanja, ne njegovo trajanje u smislu kontinuiranog ili vremenski određenog trajanja.

Primjena udruženih tužbi ne dovodi u pitanje dostupnost ugovornih i vanugovornih pravnih lijekova koji su predviđeni pravom Evropske unije ili nacionalnim pravom konkretne države članice, niti postojeća pravila Unije koja se odnose na međunarodno privatno pravo, a posebno na nadležnost sudova, priznavanje i izvršenje odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, te na pravila prava koje vrijedi za ugovorne i vanugovorne obveze, koja se primjenjuju na udružne tužbe.²⁴

b. Učinkovitost postupka

Naredni cilj koji evropski zakonodavac postavlja jeste garantiranje ekspeditivnosti postupaka. U tom smislu države članice su dužne ispuniti nekoliko zahtjeva. Prvenstveni je zadatak spriječiti da visina finansijskih troškova bude kriterij od kojeg će zavisiti zaštita povrijeđenih prava kroz pokretanje udruženih tužbi.²⁵ Upravo jedan od razloga neefikasne zaštite do sada jeste nedostatak volje oštećenih da se upuštaju u sudske postupke koji ih mogu koštati nesrazmjerno više od iznosa koji potražuju. Istovremeno države članice moraju osigurati postojanje izvora finansiranja za provođenje postupaka kolektivne zaštite.²⁶ U suprotnom se teško

19 Amandman 6. Rezolucije Parlamenta kao nova tačka 6a. Preambule.

20 Amandman 6. Rezolucije Parlamenta kao nova tačka 6a. Preambule.

21 Amandman 33. na član 2. Prijedloga Direktive koji se odnosi na područje primjene.

22 Amandman 6 i amandman 33 Prijedloga Direktive na engleskom jeziku.

23 Amandman 6 i amandman 33 Prijedloga Direktive na francuskom jeziku.

24 Član 2. stav 2. i 3. Prijedloga Direktive, te Amandman 34. na član 2. stav 3. Prijedloga Direktive.

25 Prijedlog Direktive, str. 3. Obrazloženja Prijedloga.

26 Povlakić u: Povlakić, M. / Mezetović Međić, S. "Kolektivna zaštita (potrošača) prema pravu Evropske unije i pravu Bosne i Hercegovine", Zbornik radova sa XIV Međunarodnog savjetovanja *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Neum, 2016, str. 255.

može očekivati značajniji uspjeh u primjeni. U prilog navedenom govori činjenica da unatoč tome što su propisi, koji predviđaju kolektivnu zaštitu, dio pozitivnog prava, oni se ipak ne primjenjuju. Jedan od razloga tome je upravo nedostatak sredstava za finansiranje postupka.²⁷

Pored toga želi se maksimizirati efikasnost provedenih postupaka. Naime, države članice su dužne osigurati da potrošači imaju stvarnu korist od provedenih postupaka. Prvi korak za to jeste uredno obavješćavanje potrošača o ishodu postupaka, te načinu na koji mogu ostvariti koristi od njih. Evropski zakonodavac ističe kako je za uspjeh jedne udružne tužbe zapravo od ključne važnosti da potrošači budu obaviješteni o njoj,²⁸ te da znaju kakve posljedice ishod tužbe može imati za njih. U svrhu što bolje informiranosti države članice se potiču na izradu baze podataka sa konačnim odlukama u postupcima pravne zaštite.²⁹ Pored toga države članice mogu uspostaviti nacionalne registre udružnih tužbi koji bi omogućavali pristup sveobuhvatnim i objektivnim informacijama o dostupnim metodama dobivanja naknade, uključujući i vanskudske metode, te neriješene udružne tužbe.³⁰ Imajući u vidu značaj ovakve baze i registra, te njihov potencijal za unapređenje učinkovitosti pravne zaštite, bilo bi korisno da je vođenje i dostupnost ovakvih baza predviđena kao imperativ za države članice. Učinkovitosti udružnih tužbi svakako doprinosi odredba da se konačna odluka suda ili nadležnog tijela o postojanju povrede prava počinjene od strane privrednika smatra neoborivim dokazom u drugim postupcima gdje se nastoji ostvariti naknada štete protiv tog istog privrednika.³¹ Ako je konačna odluka donesena u drugoj državi članici, država u kojoj se vodi postupak protiv istog trgovca, odnosno njeno pravosuđe, dužni su takvu odluku uvažiti barem kao dokaz da je došlo do povrede.³² Nadalje, Prijedlog Direktive podstiče i postizanje vanskudskih nagodbi obavezujućih za sve stranke, ali koje moraju biti potvrđene od suda ili nadležnog tijela kako bi se garantirala njihova zakonitost i pravednost.³³

c. Kompenzacijska pravna zaštita

Jedan od glavnih razloga za pokretanje predmetne legislativne inicijative jeste nedostatak kompenzacijske pravne zaštite namijenjene situacijama masovne štete.

27 Vidjeti: Stadler, Astrid. "Funding of mass claims in Germany: Caught between a rock and a hard place?" *Litigation, Costs, Funding and Behaviour*. Routledge, 2016., str. 217.

28 Tačka 31. Preamble Prijedloga Direktive.

29 Amandman 86. na član 10. Prijedloga Direktive.

30 Amandman 59. Prijedloga Direktive.

31 Amandman 83. na član 10. Prijedloga Direktive.

32 Evropski parlament je odredbu izmijenio u odnosu na prvobitni Prijedlog Direktive gdje se ovakva odluka donesena u drugoj državi članici imala smatrati samo oborivom pretpostavkom, ali je navedeno predvidio u posebnoj odredbi (član 10. stav 2a.) po kojem su države članice dužne osigurati da se sve konačne odluke o kolektivnim povredama prava imaju smatrati oborivom pretpostavkom. Vidjeti: Amandman 84. i 85. na član 10. Prijedloga Direktive.

33 Član 8. Prijedloga Direktive i amandman 22. na tačku 30. Preamble Prijedloga Direktive.

Naime, mali broj država Unije uopšte ima mogućnost kolektivnog ostvarivanja zaštite, a tamo gdje ta mogućnost postoji, ona često predviđa samo podnošenje tužbi za donošenje sudskih naloga, odnosno privremenih mjera kojima se određeno nezakonito ponašanje zaustavlja ili zabranjuje. Na taj način nije moguće ostvariti puni potencijal kolektivne zaštite, koji bi pored toga što će onemogućiti dalje protupravno djelovanje trebao doprinijeti da se ono više ne ponavlja. Način za to jeste svakako pravna zaštita, prvenstveno novčana odšteta, koja bi s jedne strane trebala pružiti satisfakciju licima čija su prava povrijeđena, a s druge strane bi trebala djelovati odbijajuće za privrednike u smislu sprečavanja njihovog istog ili sličnog ponašanja u budućnosti.

Prijedlog Direktive donosi novo rješenje koje predviđa mogućnost tužbenim zahtjevom tražiti zaustavljanje ili zabranu povrede odredaba prava Unije, potvrdu da je došlo do povrede i mogućnost tražiti pravnu zaštitu. Postavljanje navedenih zahtjeva koji se odnose na privremene mjere i zahtjeva koji se odnose na pravnu zaštitu nije međusobno isključivo. Dakle, tužbeni zahtjev može obuhvatiti zahtjev da prestane protupravno ponašanje i istovremeno zahtjev da bude nadoknađena šteta uzrokovana takvim ponašanjem. Pri tome, naknada štete je samo jedan od vidova pravne zaštite. Pored toga moguće je tražiti još povrat plaćenog iznosa, popravak, zamjenu, uklanjanje ili raskid ugovora, zavisno od toga šta je predviđeno nacionalnim pravom.³⁴ Pri tome se u svrhu sprječavanja zloupotrebe udružnih tužbi zabranjuje primjena tzv. punitive damages ili kaznenih odšteta, dakle šteta koje ciljaju ne samo na reparaciju, nego prevenstveno na kaznu.³⁵ Navedeno je u duhu namjere evropskog zakonodavca da jasno i izričito postavi granice prema svim tekovinama kolektivne zaštite poznate u *common law* pravnim sistemima.

3. Aktivna legitimacija

Pitanje koje je uzrokovalo najviše debata i razilaženja između pravnika kontinentalnog i *common law* pravnog kruga, ali isto tako i pitanje koje je gotovo potpuno ujedinilo evropske pravnike u njihovom stavu, jeste pitanje ovlaštenja za pokretanje tužbenog zahtjeva za kolektivnu zaštitu. Radi se u suštini o odgovoru na pitanje kako će evropski potrošači, nebitno u kojoj oblasti njihovo pravo bude povrijeđeno, zapravo operacionalizirati svoje zahtjeve za prestankom određenog ponašanja i naknade štete, te kome će se obratiti za zastupanje u tom postupku. Ovo će pitanje biti predstavljeno na način da se da pregled odredbi koje reguliraju subjekte ovlaštene na pokretanje postupka, te da se ukaže na moguće nedostatke takve regulacije. Pored toga će navedeno biti sagledano iz bosanskohercegovačke

34 Tačka 1. Preambule Prijedloga Direktive i amandman 1. na tačku 1. Preambule Prijedloga Direktive

35 O punitive damages vidjeti: Povlakić u Povlakić, M. / Meškić, Z., "Collective Redress in Consumer Protection in Bosnia and Herzegovina", u: *Collective Redress Mechanisms in Consumer Protection in the European Union and South East Europe*, GIZ, Skopje, 2018., str. 156.

perspektive. Iako razvoj na nivou Evropske unije ostaje u domenu praćenja i analiziranja razvoja iz pozicije bosanskohercegovačkog pravnika, ipak je u kontekstu domaćeg prava moguće analizirati posljedice koje će novine, ukoliko postanu pozitivno pravo, imati za bosanskohercegovački pravni sistem. Bosna i Hercegovina je članom 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju preuzela obavezu usklađivanja domaćeg prava sa pravnom tečevinom Evropske unije, a prije svega onog dijela pravne tečevine koji se odnosi na unutrašnje tržište. Onda kada novi propis postane aktuelno pravo Unije, tada postaje i novom obavezom za Bosnu i Hercegovinu. Stoga se čini neizostavnim adresirati i promjene koje će biti neophodno napraviti u pogledu pitanja aktivne legitimacije za pokretanje postupaka kolektivne zaštite prema važećem zakonodavstvu Bosne i Hercegovine.

a. Aktivna legitimacija u Prijedlogu Direktive

Kako je već navedeno, pitanje koje je predstavljalo najznačajniju distinkciju između američkog *class actions* sistema, koji se željelo obavezno i nedvojbeno zaobići, i budućeg evropskog sistema kolektivne pravne zaštite, je upravo pitanje ovlaštenih podnosilaca zahtjeva za kolektivnu zaštitu. Od samih početaka debata na temu uvođenja kolektivne pravne zaštite nedvojbeno je bilo protivljenje uvođenju mogućnosti da privatni advokati, koji su pokretači postupaka u pravu Sjedinjenih Američkih Država, budu ovlašteni voditi postupke ostvarivanja kolektivne zaštite.³⁶ Razlog za to leži prije svega u mogućnosti zloupotrebe od strane privatnih advokata u smislu vođenja slučaja na način da se kreira izuzetan društveni pritisak uslijed kojeg optuženi pristaju na nagodbu samo kako bi izbjegli negativni publicitet.³⁷ Sljedeći razlog je također i mogućnost advokata da ostvare nesrazmjerno veliku zaradu obzirom da naplaćuju određeni procenat od naplaćenog iznosa naknade štete. Ostvarenje tog profita se smatra motivom za vještačko kreiranje negativne reklame, te okupljanje što više ljudi kako bi imali

³⁶ U amandmanu 18 na tačku 25 Preambule Prijedloga Direktive na engleskom jeziku je u oba slučaja korišten glagol *should* ili *trebalo bi* (na njemačkom jeziku je također korištena ista glagolska forma), dok su u hrvatskoj varijanti zahtjevi u pogledu organizacije kvalificiranih predstavničkih subjekata prevedeni u imperativu. Sprječavanje advokatskih društava da osnuju kvalificirane predstavničke subjekte je ipak prevedeno sa “trebalo bi”, odnosno u tonu preporuke ponašanja državama članicama, što moguće ostavlja prostor i za ponašanje drugačije od preporučenog. Navedeno je, naravno, samo opservacija na osnovu jezičke formulacije, ali je zbog teme ovog rada bila zanimljiva za napomenuti. Pored toga Amandman 45. na član 4. Prijedloga Direktive kao kriterij predviđa i nepostojanje finansijskih ugovora s odvjetničkim društvima tužitelja koji nadilaze obične ugovore o pružanju usluga. Neminovno se nameće pitanje šta tačno obuhvataju “obični ugovori o pružanju usluga”, te koliko će široko biti tumačeni. U svakom slučaju je važno napomenuti i amandman 53. na član 5. stav 1. Prijedloga Direktive koji izričito predviđa da samo kvalificirani predstavnički subjekti, formirani u skladu sa zahtjevima koje Prijedlog Direktive donosi, mogu podnijeti udružnu tužbu.

³⁷ Zanimljivo je, iako nimalo iznenađujuće, da su prilikom diskusija koje su prethodile usvajanju Preporuke 2013/396/EU, protiv mogućnosti uvođenja prava privatnih advokata na zastupanje u postupcima kolektivne zaštite bili privredni subjekti. Udruženja potrošača se nisu očitovala.

što masovnije štetu, koja će nakon objave u medijima³⁸ idealno voditi do naplate izuzetno visoke naknade štete.³⁹

Zbog navedenog je evropski zakonodavac zauzeo čvrst stav da su jedini ovlašteni podnosioci zahtjeva za kolektivnu zaštitu kvalificirani subjekti, kako su bili nazvani u izvornom tekstu Prijedloga Direktive. Zakonodavna rezolucija Evropskog parlamenta, koja je kako je ranije navedeno usvojena u prvom čitanju, predviđa dopunu pojma sa oznakom predstavnički, a kako bi se naglasila priroda ovih subjekata. Prijedlog Direktive i usvojeni amandmani predviđaju kriterije za njihovo uspostavljanje i rad. Tako se predviđa puna transparentnost u pogledu osnivačke strukture i osnivačkih akata, a naročito u pogledu načina i izvora finansiranja rada tih tijela.⁴⁰ Pored toga sam Prijedlog Direktive predviđa da kvalificirani predstavnički subjekti moraju biti zakonito osnovani u skladu sa pravom države članice, imati legitiman interes za osiguravanje poštovanja prava Unije obuhvaćenog Prijedlogom Direktive, imati neprofitni karakter, uspostavljene interne postupke za sprečavanje sukoba interesa između sebe i svojih ulagača, te biti nezavisni u svom djelovanju od tržišnih subjekata, a posebno advokatskih društava.⁴¹

Iako je zauzeti stav svojstven evropskoj pravnoj kulturi i tradiciji, ipak se želi skrenuti pažnja na pitanja koja se čine zanemarenim, a nisu nevažna za krajnju efikasnost udruženih tužbi u praksi. Privatne advokate koji vode postupke kolektivne zaštite u američkom pravnom sistemu zaista prati ugled koji bi se mogao okarakterizirati negativnim zbog pritiska koji se, u nekim slučajevima neopravdano, stvara za optuženu stranku. Međutim, njih također prati i izuzetan uspjeh u rješavanju sporova povodom počinjene masovne štete. Najrecentniji primjer je slučaj sa prevarom u pogledu emisije dizela. Posljedice koje su potrošači u Sjedinjenim Američkim Državama imali u odnosu na posljedice evropskih potrošača su neuporedive. Prema izvještajima iz decembra 2018. godine Volkswagen, koji je stavljao u promet sporna vozila, je uspio gotovo u potpunosti riješiti problem na američkom tržištu. Oko 60.000 oštećenih vlasnika vozila, od njih skoro 100.000 ukupno, je odlučilo da dobiju ugrađene nedostajuće filtere. Uz to su u prosjeku dobili i po 10.000\$ naknade. Vozači koji su vratili vozila nazad su dobili u prosjeku po 40.000\$.⁴² Potrošači u Evropskoj uniji još uvijek nisu dobili

38 U ovom kontekstu ne treba biti zanemarena ni razlika između evropskog i američkog društva, koje u dosta većoj mjeri uzima u obzir medije, ali i u svojoj srži ima kompenzatornu kulturu.

39 O takozvanom pravničkom poduzetništvu, te manama koje je zastupanje u kolektivnim sporovima donijelo američkom pravnom sistemu detaljno kod: Coffee, J. "The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 54, br. 3, 1987., str. 877-937.

40 Amandmani 9–18 na Prijedlog Direktive.

41 Član 5. i 6. Prijedloga Direktive i Amandmani 41–59 na Prijedlog Direktive.

42 <https://www.handelsblatt.com/today/companies/dieselgate-volkswagen-diesel-owners-win-in-the-us-but-go-empty-handed-in-germany/23835792.html?ticket=ST-397482-gRc7BbtDbw6rE7Dg-g7vn-ap6> (pristupljeno 03.05.2019.)

ništa,⁴³ iako ih je oštećenih skoro četrnaest puta više.⁴⁴ Samo na osnovu ovog primjera se postavlja pitanje zašto su privrednici u Evropskoj uniji u povlaštenijem položaju u odnosu na njihov položaj u Americi. Jasne su sve negativne strane koje se žele izbjeći onemogućavanjem privatnih advokata da učestvuju u postupku, međutim čini se da se dosta jednostrano posmatra uloga zastupnika tužilaca u ovim postupcima. Iako mogu stvoriti veliki društveni i medijski pritisak, oni ipak ne mogu u tome uspjeti tamo gdje je privrednik postupao u skladu sa pravom. Ako je ipak radio protupravno, za svoje postupanje treba da odgovara, jer se u suprotnom onemogućava samoreguliranje tržišta. Naravno da ta odgovornost treba biti srazmjerna počinjenoj šteti, te služiti kolektivnim interesima i biti usmjerena javnoj svrsi, ali nije jedini način povjeravanje isključivo kvalificiranim predstavničkim subjektima, niti mora nužno značiti da je privrednik oštećen trajno ako se vođenje postupka povjeri privatnim advokatima.⁴⁵

U pogledu ovih subjekata se nameću dva potencijalno problematična pitanja, i to motiv i kapacitet za rad, te finansiranje. Ukoliko nema ličnog interesa, koji je u ovom kontekstu uglavnom finansijske prirode, samo motiv za uspjehom u sporu će u suštini biti motiv predstavničkog tijela ili organizacije, a pitanje lične posvećenosti pada u drugi plan.⁴⁶ S druge strane, advokati u *class action* sistemu su upravo ličnim profitom motivirani na kreativno vođenje postupka i ostvarivanje uspjeha u sporu. Opravdani su prigovori da se neproporcionalno i neetički bogate u takvim slučajevima, ali taj prigovor bi bilo moguće riješiti u evropskim pravnim sistemima na način da se uvede poseban vid oporezivanja profita ostvarenog u postupcima kolektivne zaštite koji bi bio proporcionalan zaradi, te koji bi mogao imati čak i različitu stopu oporezivanja u odnosu na visinu ostvarene zarade. Na taj bi način i dalje bio zadržan i iskorišten motiv advokata za uspješno vođenje spora i zastupanje masovno oštećenih, ali bi se osiguralo da ne dođe do neracionalnog bogaćenja, odnosno da takva sredstva ako i budu naplaćena, budu kroz porez ili neki drugi vid javne naplate usmjerena u funkcioniranje kvalificiranih predstavničkih tijela. Navedeno vodi i do drugog problematičnog pitanja, a to je izvor finansiranja predstavničkih tijela. Finansiranje, a i njihova zavisnost od izvora istog, pa tako i kapacitet za vođenje više slučajeva odjednom, će prema

43 U Njemačkoj je u novembru 2018. godine uvedena tzv. *Musterfeststellungsklage* koja omogućava kolektivnu zaštitu, ali sa ograničenim dejstvom. Ona kao rezultat može dati samo presudu kojom se utvrđuje da je do povrede došlo i da Volkswagen mora nadoknaditi štetu, a povrijeđeni potrošači bi tek na osnovu toga mogli pokretati novi postupak za individualno utvrđivanje štete čija se naknada može potraživati.

44 <https://www.handelsblatt.com/today/companies/dieselgate-volkswagen-diesel-owners-win-in-the-us-but-go-empty-handed-in-germany/23835792.html?ticket=ST-397482-gRc7Bbtdbw6rE7Dgg7vn-ap6> (pristupljeno 03.05.2019.)

45 U prilog tome govori i činjenica da prodaja Volkswagenovih automobila u 2018. godini u Americi ponovo bilježi rast. Vidjeti: <https://www.dw.com/en/volkswagen-bmw-increased-us-car-sales-in-2018/a-46954696> (pristupljeno: 03.05.2019).

46 O limitiranom uspjehu predstavničkih tijela u postupcima kolektivne zaštite do sada vidjeti: Stadler, A. "Funding of mass claims in Germany: Caught between a rock and a hard place?" *Litigation, Costs, Funding and Behaviour*. Routledge, 2016., str. 217–237.

trenutnoj regulativi zavisi od javnih sredstava. Pitanja koja se dalje nameću su da li su sve države Unije jednako razvijene, jednako bogate, te u mogućnosti u svojim budžetima predvidjeti dovoljno sredstava za funkcionalan rad ovih tijela. Drugo pitanje je kako će na stavku budžeta koja predviđa finansiranje predstavničkih subjekata, a samim tim i na zaštitu potrošača, utjecati politička previranja u smislu zavisnosti od vladajućih struktura i njihovih programskih opredjeljenja. Zbog svega navedenog bi bilo korisno da je ostavljena mogućnost zastupanja i za privatne advokate, pored predstavničkih tijela, jer pravo treba imati mogućnost efikasnog provođenja, a što je u konačnici ili na početku zapravo i cilj ovog legislativnog poduhvata Unije.⁴⁷

b. Aktivna legitimacija i povezana pitanja u pravu Bosne i Hercegovine

U pogledu aktivne legitimacije u postupcima kolektivne zaštite u pozitivnom pravu Bosne i Hercegovine je važno napomenuti da je ista regulirana Zakonom o zaštiti potrošača (zakon na nivou države BiH i na nivou entiteta Republika Srpska), te entitetskim zakonima o parničnom postupku. I jedni i drugi predviđaju mogućnost pokretanja postupka samo od strane tijela koja su, između ostalog, registrirana za zaštitu zakonom utvrđenih kolektivnih prava.⁴⁸ U tom je smislu uočljiva paralela sa uređenjem koje predviđa Prijedlog Direktive. Morao bi se njihov rad prilagoditi dodatno postavljenim uslovima u pogledu transparentnosti rada i finansiranja, međutim sama priroda ovlaštenih predstavničkih subjekata je srodna. Ono što se ističe naročito problematičnim u kontekstu usklađivanja sa pravom Evropske unije jeste tzv. “asimetričnost” pravnog poretka, odnosno donošenje novih propisa u entitetima u oblastima u kojima već postoji regulativa na nivou države.⁴⁹ Ova tendencija dovodi do moguće neusklađenosti propisa i njihove primjene unutar same države, što zapravo pred bosanskohercegovački pravni poredak stavlja dvostruki zahtjev usaglašavanja u okviru postupka harmonizacije.⁵⁰ Mogućnost ostvarivanja naknade štete je ipak različito regulirana ovim propisima. Zakoni o zaštiti potrošača predviđaju mogućnost postavljanja zahtjeva za naknadom štete, dok parnični zakoni sadrže samo odredbu prema kojoj presude

47 Vidjeti i: Issacharoff, S. / Miller, G. P. “Will aggregate litigation come to Europe”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 62., 2009. str. 179–210.

48 Detaljno kod: Povlakić, M. / Meškić, Z., “Collective Redress in Consumer Protection in Bosnia and Herzegovina”, u: *Collective Redress Mechanisms in Consumer Protection in the European Union and South East Europe*, GIZ, Skopje, 2018., str. 139–211. Uz napomenu da Zakon o parničnom postupku Brčko distrikta BiH uopšte nema odredbe o posebnim postupcima kolektivne zaštite; Povlakić, M. / Mezetović Međić, S. “Kolektivna zaštita (potrošača) prema pravu Evropske unije i pravu Bosne i Hercegovine”, *Zbornik radova sa XIV Međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Neum, 2016, str. 247–263.

49 Vidjeti: Povlakić, M. / Meškić, Z., “Collective Redress in Consumer Protection in Bosnia and Herzegovina”, u: *Collective Redress Mechanisms in Consumer Protection in the European Union and South East Europe*, GIZ, Skopje, 2018., str. 153–154.

50 Ibid, str. 154.

donesene u postupku za kolektivnu zaštitu prava obavezuju sud koji će u posebnom postupku odlučivati o postupku za naknadu štete, pri čemu je nejasno šta tačno znači navedena obavezanost suda.⁵¹

I posljednji uporedivi segment, ali nikako manje važan, u vezi sa aktivnom legitimacijom ovlaštenih podnosilaca tužbi za kolektivnu zaštitu prava je i područje primjene tih postupaka kolektivne zaštite prava, odnosno odgovor na pitanje u kojim sve oblastima će oštećeni, u slučaju masovno pretrpljene štete, moći tražiti zaštitu jednim postupkom za ostvarivanje kolektivne pravne zaštite. Evropska unija je odabrala unificirani režim (vidjeti 2a) u kojem je za ostvarivanje mogućnosti pokretanja udružne tužbe nevažno da li pravni poredak osobe koje su pretrpjele štetu u konkretnoj situaciji zove potrošačem ili ne. U Bosni i Hercegovini entitetski zakoni o parničnom postupku usvajaju horizontalni pristup tako što predviđaju poseban parnični postupak za zaštitu kolektivnih prava kad god su povrijeđena, bez obzira o kojoj se oblasti radi. Pri tome lista oblasti u kojima se može primijeniti kolektivna zaštita nije ograničena.⁵² Otvorenost liste za uključivanje novih potencijalnih oblasti za kolektivnu zaštitu je pohvalna, jer znači lakšu prilagodljivost razvoju pravnog poretka, ali isto tako je istovjetna rješenju sadržanom u Prijedlogu Direktive. Ipak, promjena u pogledu teksta Prijedloga Direktive bi se morala desiti u pogledu određenja postojanja povrede. Navedeni tekst predviđa da povreda podložna kolektivnoj zaštiti postoji ako je imala široki utjecaj, a imala ga je uvijek kada su povrijeđena prava dva potrošača (vidjeti 2a). Bosanskohercegovački zakoni o parničnom postupku, uz već navedeni izuzetak Brčko Distrikta, predviđaju težu ugroženost ili povredu da bi se aktiviralo pravo na pokretanje kolektivne tužbe. Pri tome ne sadrže kriterije kako odrediti postojanje teže ugroženosti, a također nisu kompatibilni niti sa zakonima za zaštitu potrošača.⁵³

Iz navedenog slijedi da i u pravu Bosne i Hercegovine postoje temelji za uvođenje kolektivne zaštite prava u skladu sa nivoom zaštite u Evropskoj uniji, ali bi ipak relevantni propisi, i to prvenstveno zakoni koji reguliraju parnični postupak imajući u vidu horizontalni pristup, trebali biti prilagođeni na način da se prilagode naprijed navedene nesaglasnosti sa tekstom Prijedloga Direktive.

51 Povlakić u: Povlakić, M. / Mezetović Medić, S. “Kolektivna zaštita (potrošača) prema pravu Evropske unije i pravu Bosne i Hercegovine”, *Zbornik radova sa XIV Međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Neum, 2016, str. 255. i 259.

52 Povlakić u Povlakić, M. / Meškić, Z., “Collective Redress in Consumer Protection in Bosnia and Herzegovina”, u: *Collective Redress Mechanisms in Consumer Protection in the European Union and South East Europe*, GIZ, Skopje, 2018., str. 140.

53 Problematizirala Povlakić u: Povlakić, M. / Mezetović Medić, S. “Kolektivna zaštita (potrošača) prema pravu Evropske unije i pravu Bosne i Hercegovine”, *Zbornik radova sa XIV Međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Neum, 2016, str. 254.

4. Zaključak

Evropska unija je ovom legislativnom aktivnošću ponovo potvrdila svoju posvećenost unapređenju svakodnevnog života njenih građana. To se ogleda kroz stalnu opredijeljenost usvajanju propisa koji će garantirati svim građanima Unije ista prava, ali i sve više propisa koji će garantirati efikasnu provodivost tih prava. U tom je smislu reaktiviranje pitanja kolektivne zaštite prava pohvalno i zasigurno pokrenuto sa legitimnim ciljem. Ipak, sredstva koja će na tom putu biti korištena ne garantiraju nužno uspjeh. Kako je u prethodnim redovima predstavljeno, isključiva opredijeljenost za kvalificirane predstavničke subjekte, kao jedine ovlaštene pokretače udruženih tužbi, za sobom povlači nekoliko pitanja od kojih su najvažnija: pitanja kapaciteta ovlaštenih subjekata da efikasno provedu postupak kolektivne zaštite u slučaju masovne štete, motiva zaposlenih u ovlaštenim subjektima, sposobnosti za pokretanje i uspješno vođenje više od jednog postupka istovremeno, zatim pitanja osiguranja finansiranja, te nezavisnosti funkcioniranja zaštite prava od političkih tokova i donošenja odluka o raspodjeli sredstava kojima bi se dijelom ili u potpunosti trebao finansirati rad ovih tijela. U pogledu prava Bosne i Hercegovine se nameću slična pitanja kao i na nivou Evropske unije, te će u suštini vrijeme pokazati koliko će i da li udružne tužbe zaista biti efikasne, ali i sposobne iznijeti se sa naprijed navedenim eventualnim izazovima. Naravno, pod uslovom da Prijedlog Direktive uopšte stupi na snagu.

Popis literature:

1. Coffee, J. "The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 54, br. 3, 1987., str. 877-937.
2. Issacharoff, S. / Miller, G. P. "Will aggregate litigation come to Europe", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 62., 2009. str. 179-210.
3. Izvješće Komisije Europskom parlamentu, Vijeću i Europskom gospodarskom i socijalnom odboru o provedbi Preporuke Komisije od 11. lipnja 2013. o zajedničkim načelima za kolektivne preventivne tužbe i tužbe radi naknade štete u državama članicama kod povrede prava zajamčenih zakonodavstvom Unije (2013/396/EU). Dostupno na: <https://bit.ly/2McLiL3>.
4. London Economics, VVA Consulting i Ipsos Mori consortium, *Consumer vulnerability across key markets in the European Union*, Evropska komisija, januar 2016., str. 22. Dostupno na: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/consumers-approved-report_en.pdf
5. Meškić, Z./Samardžić, D., *Pravo Evropske unije I*, TDP/GIZ, Sarajevo, 2012.
6. Povlakić, M. / Meškić, Z., "Collective Redress in Consumer Protection in Bosnia and Herzegovina", u: *Collective Redress Mechanisms in Consumer Protection in the European Union and South East Europe*, GIZ, Skopje, 2018.,

str. 139–211.

7. Povlakić, M. / Mezetović Medić, S. “Kolektivna zaštita (potrošača) prema pravu Evropske unije i pravu Bosne i Hercegovine”, *Zbornik radova sa XIV Međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Neum, 2016, str. 247–263.
8. Prijedlog Direktive Evropskog parlamenta i Vijeća o udružnim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača i stavljanju izvan snage Direktive 2009/22/EZ. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018PC0184>
9. Program o potrošačima 2014-2020 (Regulation (EU) on a multiannual consumer programme for the years 2014-2020). Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2014:084:0042:0056:EN:PDF>
10. Stadler, A. “European Developments in Collective Redress”, *Journal of European Consumer and Market Law*, br. 2, 2014. str. 80–89.
11. Stadler, Astrid. "Funding of mass claims in Germany: Caught between a rock and a hard place?" *Litigation, Costs, Funding and Behaviour*. Routledge, 2016. str. 217–237.
12. Strategija *Europe 2020, a strategy for smart, sustainable and inclusive growth* COM (2010) 2020 final, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:EN:PDF>
13. Vuković, Z. “Kolektivna zaštita potrošača”, *Revija za evropsko pravo*: XVI, br. 2-3, 2014., str. 109–132.
14. Zakonodavna rezolucija Evropskog parlamenta od 26. marta 2019. o Prijedlogu direktive Evropskog parlamenta i Vijeća o udružnim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača i stavljanju izvan snage Direktive 2009/22/EZ (COM(2018)0184 – C8-0149/2018 – 2018/0089(COD)). Dostupno na: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0222_HR.html

MJur (Oxon) Selma Mezetović Medić, MA iur., Senior research and teaching assistant
Law Faculty University of Sarajevo

COLLECTIVE REDRESS IN LIGHT OF THE NEW EUROPEAN UNION'S LEGISLATIVE INITIATIVE

Abstract: The latest European Union's legislative activity in the process of adopting the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC (COM(2018)0184 – C8-0149/2018 – 2018/0089COD)) from March 26, 2019 shows the still present interest in improving the position and protection of consumers. The aim of this paper is to analyze the provisions of the Proposal in relation to the content of the 2013 Commission Recommendation, which provided guidelines for the future development of collective protection based on the goal of achieving a high level of protection and access to the judiciary, while ensuring the avoidance of misuse of court procedures. A special focus will be put on the question of qualified representative entities and the conditions foreseen by the Proposal in this regard. Finally, an overview of amendments, that will have to take place in Bosnia and Herzegovina in this context on its path to the European Union, will be given.

Keywords: collective redress, representative actions, qualified representative entities, collective interests, consumer protection

Amila Koso, mr.iur
Student doktorskog studija
Pravni fakultet Univerzitet "Džemal Bijedić"

PRIMJENA EVROPSKIH STANDARDA U REFORMI JAVNE UPRAVE U BOSNI I HERCEGOVINI KROZ DIGITALIZACIJU SISTEMA: POTREBA ILI BUDUĆNOST?

Sažetak: U ovom radu se ukazuje na moguće pravce promjena bosanskohercegovačkog društva u cilju usklađivanja reforme javne uprave sa potrebama korisnika, te digitalnom transformacijom života građana i društva u cjelini. Kao osnova analize uzeti su trenutni pravni dokumenti i rješenja u javnoj upravi Bosne i Hercegovine koji pokazuju da su ista još uvijek sporadična i izolirana. Ovakva javna uprava više prezentira potencijal određenih e-rješenja, već sistemski pristup reformi koja može smanjiti nivo troškova i povećati usluge građanima kroz veću efikasnost i efektivnost državnih službenika. Istraživanjem se želi pokazati da se primjenom evropskih standarda i digitalizacijom unutar reforme javne uprave može stvoriti osnov za učinkovito javno upravljanje i donošenje aktivnih političkih odluka utemeljenih na činjenicama.

Ključne riječi: reforma, javna uprava, sistem, digitalizacija, evropski standardi, upravljanje, efikasnost, državni službenici, građani.

1. Uvod: kriza stanja javne uprave

Razvoj jednog društva je nezaustavljiv proces. Nagli razvoj tehnologija i reformski procesi u svim segmentima društva doprinose transformaciji građana. Reforma (lat. *reformare*-preobraziti, *promijeniti*) jeste promjena nabolje, preuređenje, preustrojstvo, preobražaj, mijenjanje koje ne dira u temelje poretka nego preoblikuje postojeće uređenje zakonskim putem. Cilj ovoga rada jest prikazati i objasniti pojam digitalizacije javne uprave, iz razloga što razvoj društva ide upravo u smjeru sve većeg korištenja tehnologije, a što onda to brzo posljedično utječe i na upravu.

U kontekstu javne uprave, proces reforme možemo odrediti u užem i širem smislu. U užem smislu reforma javne uprave podrazumijeva promjene u misiji, ciljevima, organizaciji, funkcijama, procesima i postupcima u okvirima savremenog pravnog sistema i na osnovama nove uloge državne uprave koja služi razvoju tržišnog društva i građanima. Sa druge strane, reforma javne uprave, shvaćena u širem smislu sadrži promjene organizacione kulture i mentaliteta, profesionalizaciju,

javnost u radu, primjenu novih metoda javnog menadžmenta, snažan porast inicijative i lične odgovornosti za izvršenje zadataka.¹

Izraz „uprava“ se izvodi iz nešto šireg pojma „upravljanja“- djelatnosti svojstvene svim ljudskim bićima. Za pojam upravljanja se može reći da sadrži dvije osnovne komponente: element određivanja pravca, smisla ili tačnije cilja i element izvršavanja radnji koje omogućavaju postizanje određenog cilja.² Javno upravljanje se shvata kao ukupnost političke, izvršne i administrativno-tehničke funkcije, pri čemu se na političkom nivou formulišu društveno-politički ciljevi i tumačenja javnog interesa, na izvršnom nivou se stvara osnov za njihovo ostvarivanje putem utvrđivanja i provođenja odgovarajućih javnih politika, dok se administrativno-tehnička funkcija upravljanja bavi konkretnim provođenjem pojedinih aktivnosti i poduzimanju radnji koje vode ka realizaciji utvrđenih politika.

Ovakav razvoj i reforme, pravo i pravna nauka moraju pratiti. Međutim, pravo vrlo često u određenom vremenu ne može pravno regulirati sve odnose koji se javljaju u društvu, a naročito stanja koja su posljedica razvoja novih tehnologija. Javna uprava u Bosni i Hercegovini je, posebno zbog složenosti ustavnog uređenja, glomazna, složena i sa nadležnostima koje se često preklapaju. Uz dupliciranje funkcija, normativno i stvarno, izvršena je nejasna podjela odgovornosti po različitim nivoima vlasti. Organizaciju i funkcionisanje javne uprave treba uskladiti za zahtjevima evropskog pravnog nasljeđa kako bi se uspješno izvršilo usklađivanje sa uslovima za pristup evropskim integracijama. Modernizacija javne uprave u našoj državi je potrebna, ne samo zbog ispunjavanja tih kriterija, nego, prije svega, zbog kvalitetnog zadovoljavanja potreba naših građana.

Evropska komisija je u svojim posljednjim izvještajima³, ocijenila da je reforma javne uprave oblast u kojoj, nažalost, nije bilo značajnijeg napretka. Razvoj Bosne i Hercegovine i njen napredak u društvu savremenih demokratskih država kojem težimo zahtijeva racionalno i odgovorno upravljanje, a samim tim i reformu javne uprave kao ključnog faktora javnog upravljanja. Državna služba je i dalje veoma ispolitizirana i potrebna joj je profesionalnost, transparentnost i efikasnost u procedurama zapošljavanja, te suvremen način napredovanja u službi.

Dva najozbiljnija problema u reformi javne uprave manifestiraju se kroz zatvorenost u političko-birokratskoj strukturi i nepostojanju digitalnih sistema praćenja efekata implementiranih dosadašnjih reformskih aktivnosti, na što će biti usmjereno istraživanje u ovom radu.

1 D. Kavran, Javne uprava: reforma, trening, efikasnost., Savjet za državnu upravu Vlade Republike Srbije, Udruženje za javnu upravu Srbije, Fakultet organizacionih nauka Univerziteta u Beogradu, Beograd 2003., str.270

2 P. Dimitrijević, „Organizacija i metodi rada javne uprave“, Savremena administracija, Beograd 1959., str.6

3 Vidjeti Izvještaj Evropske komisije o napretku Bosne i Hercegovine za 2016. godinu: http://ec.europa.eu/neighbourhoodenlargement/sites/near/files/pdf/key_documents/2016/20161109_report_bosnia_and_herzegovina.pdf, kao i SIGMA-inu procjenu stanja u oblasti javne uprave za period maj 2015 – april 2016. godine: <http://www.sigmaweb.org/publications/Monitoring-Report-2016-BiH.pdf>.

Nekorištenje finansijskih resursa fonda za reformu javne uprave, neusvojen poslovnik o radu nadzornih timova, nezavršeno konstituiranje nadzornih i implementacionih timova, objavljivanje izvještaja sa zakašnjenjem od dva mjeseca i nepostojanje opravdanih razloga za planirano povećanje za čak 100% broja zaposlenih u Uredu koordinatora za reformu javne uprave predstavlja vrlo zabrinjavajuće čimbenike sistema javne uprave u BiH.⁴

Obzirom da Ustav Bosne i Hercegovine nije posvetio veću pažnju državnoj upravi⁵, specifičnost ustavnog uređenja Bosne i Hercegovine i složena prošlost predstavljaju glavne razloge što BiH nema uređen jedinstven sistem javne uprave. Opredjeljenje vlasti je da se priključi porodici evropskih država, međutim od strane Evropske unije (EU) postavljeni su uvjeti za proces pridruživanja, a među njima najznačajniji je izgradnja upravnih kapaciteta i prihvatanje evropskih standarda o kvalitetu rada javne uprave.⁶

Reforma javne uprave je preduslov za integraciju Bosne i Hercegovine u EU, koja upravne kapacitete, kao i sposobnost usvajanja i provedbe osnovnih propisa EU (acquis communautaire) smatra glavnim uslovom za članstvo u EU.

2. EU standardi u zakonskom okviru reforme javne uprave u Bosni i Hercegovini

Politika informacijskog društva EU-a razvijala se od početka 1990-ih, od prve faze usmjerene na liberalizaciju telekoma i razvoj infrastrukture, preko druge faze od kraja 1990-ih s fokusom na društvene aspekte, od digitalne pismenost, e-uključivosti i e-javnih usluga, pa do najnovije faze sa sveobuhvatnim pristupom utemeljenim na ključnim policy dokumentima – kao što su Lisabonska agenda 2000, inicijativa Digitalna Europa 2010 (2005.), Digitalna agenda za Europu (2010.) i Strategija jedinstvenog digitalnog tržišta 2015. – kojima se nastoji cjelokupno političko, društveno i gospodarsko funkcioniranje EU-a, njezinih članica, građana i privatnog sektora usmjeriti na korištenje IKT-a.⁷

Koordiniran pristup procesu reforme i modernizacije javne uprave (RJU) na upravnim nivoima institucija Bosne i Hercegovine, Vlade Federacije Bosne i Hercegovine, Vlade Republike Srpske i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine odvija se od 2006. godine, kada su prvu Strategiju reforme javne uprave u Bosni i Hercegovini usvojili Vijeće ministara Bosne i Hercegovine (VM BiH), Vlada

4 Centar za humanu politiku „Izvještaj o praćenju procesa reforme javne uprave u prvoj polovini 2008. godine-Dostupno na www.javnauprava.ba

5 K.Trnka, Ustavno pravo, II dopunjeno izdanje, Sarajevo 2006.

6 N.Lapandić, I.Hasanović, M.Alibašić, „Pravna kontrola javne uprave“, 6. Naučno-stručni skup sa međunarodnim učešćem „KVALITET 2009“, Neum, BiH, 2009., str.762

7 A.Musa, P. Đurman, (2016) Digital local government: promoting transparency, openness and efficient local public services, u Lhomme, D., A.Musa., S. de La Rosa, (ur.) Good Local Governance: Application of European Standards for Local Public Services in France and Croatia. Editon Rencontres Europeenes. Bruxelles: Bruylant – Larcier, str. 343–370

Federacije Bosne i Hercegovine (FBiH), Vlada Republike Srpske (RS) i Vlada Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (BDBiH). Primarni cilj ove Strategije reforme javne uprave bio je uspostava i unapređenje javne uprave, koja bi građanima i privrednim subjektima pružila kvalitetnije usluge, poslovala po principima dobre uprave i osigurala provedbu reformi neophodnih za proces evropskih integracija.⁸ Dalje unapređenje i poboljšanje javne uprave prepoznato je ne samo kao pretpostavka efikasnijeg ostvarivanja prava građana već i povećanja konkurentnosti i ekonomskog razvoja te podrške procesu pridruživanja Evropskoj uniji. U prilog tome govore, između ostalih, i sljedeći dokumenti:

- Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između evropskih zajednica i njihovih država članica i Bosne i Hercegovine, kojim je predviđena uspostava saradnje “čiji je cilj unapređenje razvoja efikasne i odgovorne javne uprave u Bosni i Hercegovini”⁹

- Odluka Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine kojom je potvrđena Izjava Predsjedništva BiH da će institucije vlasti u Bosni i Hercegovini preduzeti “mjere za jačanje administrativne sposobnosti, unapređenje funkcionalnosti i povećanje efikasnosti institucija na svim nivoima vlasti za preuzimanje i provedbu pravne stečevine Evropske unije i drugih obaveza za članstvo u Evropskoj uniji”¹⁰

- Reformska agenda za Bosnu i Hercegovinu za period 2015–2018. godine, koja ističe reformu javne uprave kao jedan od ključnih prioriteta “za osiguranje fiskalne održivosti i kvalitetno”¹¹

- Strategija proširenja Evropske unije 2015, koja reformu javne uprave zajedno s vladavinom prava i ekonomskim upravljanjem svrstava u red prioriternih pitanja za zemlje kandidate i potencijalne kandidate za članstvo u Evropskoj uniji¹²

- Komunikacija Evropske komisije o politici proširenja Evropske unije 2016, koja, između ostalog, preporučuje “nastavak reforme javne uprave usklađene s evropskim standardima na svim upravnim nivoima i jačanje saradnje među različitim nivoima vlasti”¹³

- Strategija razvoja Jugoistočne Evrope 2020, koja je na regionalnom nivou

8 <http://www.sluzbenilist.ba/page/akt/jDneFUUVVsQ=>

9 Predsjedništvo Bosne i Hercegovine ratificiralo je ovaj sporazum u novembru 2008. godine, koji je stupio na snagu 2015, član 111.

10 Odluka kojom je potvrđena Izjava Predsjedništva Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, 16/15.

11 Reformska agenda za Bosnu i Hercegovinu za period 2015–2018. godine usvojili su Vijeće ministara Bosne i Hercegovine, Vlada Federacije Bosne i Hercegovine, Vlada Republike Srpske, Vlada Brčko distrikta Bosne i Hercegovine te vlade svih kantona u Federaciji Bosne i Hercegovine i na osnovu nje donijeli odgovarajuće akcione planove; dostupno na www.fbihvlada.gov.ba, www.vijeceministara.gov.ba www.vladars.net.

12 Strategija proširenja Evropske unije za 2015. godinu dostupna je na:

http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2015/20151110_strategy_paper_en.pdf i http://europa.ba/wpcontent/uploads/2016/11/20161109_strategy_paper_en.pdf.

13 Komunikacija Evropske komisije s Evropskim parlamentom, Vijećem, Evropskim ekonomskim i socijalnim komitetom i Komitetom regija o politici proširenja Evropske unije, 9. novembar 2016, Brisel, str. 12.

prepoznala značaj reforme javne uprave za rast, razvoj i konkurentnost zemalja Jugoistočne Evrope kroz komponentu koja se odnosi na upravljanje u funkciji razvoja ¹⁴

· Izvještaj osoblja Međunarodnog monetarnog fonda za konsultacije prema članu IV iz 2015. godine, i dr.

Također, Vijeće ministara BiH je većinom glasova na sjednici 12.02.2019. godine utvrdilo prijedlog Zakona o elektronskoj identifikaciji i uslugama povjerenja za elektronske transakcije sa oznakom EI, kao potvrdom određene usklađenosti sa legislativom EU u ovoj oblasti. Uz približavanje standardima koji važe u EU, ovim prijedlogom zakona žele pojednostaviti usluge građanima i poslovnoj zajednici u BiH, te olakšati promet elektronskih dokumenata u javnoj upravi.

Postoji jaz između politika i strategija usvojenih na papiru i aktivnosti na terenu. Strategije, akcioni planovi i politike koje su predložene i usvojene se ne implementiraju na pravi način jer većina dosad usvojenih strateških dokumenata nije implementirana.¹⁵ Na bazi EU studija se može zaključiti da ne postoje univerzalna rješenja i modeli. Svaka država treba da razvije vlastiti model u skladu sa sopstvenim socio-političkim dimenzijama.

Bosna i Hercegovina ide putem tranzicijskih zemalja, ali se nalazi u mnogo složenijoj situaciji. Reforma javne uprave treba da se dogodi u zemlji opisanoj kao poluprotektorat, etnički podjeljenoj na gotovo svim administrativnim nivoima, sa slabim centralnim institucijama i jakim entitetima nejednake strukture. Političku moć dijele političke partije sa izraženom nacionalističkom politikom, često bez ikakve zajedničke vizije i političke volje da ostvare promjene. ¹⁶ U ovakvom okruženju reforma javne uprave će biti prilično izazovan napor. Osim dobre volje i finansijskih sredstava, više je nego očigledno da reforma javne uprave zahtijeva ogromno i jedinstveno znanje i vještine reformatora od kojih se očekuje da se nose sa ovako složenim poduhvatom. Uspjeh reforme javne uprave suštinski je određen političkom voljom glavnih donosioca odluka, odnosno vođstva promjena uložnim finansijskim sredstvima, znanjem i vještinama onih koji su odgovorni za njenu direktnu implementaciju. ¹⁷

Reforma javne uprave u BiH nije predmet EU *acquis*-a, međutim poboljšanja u upravi predstavljaju jedan od ključnih faktora za uspješan proces evropskih integracija gdje javna uprava treba da funkcioniše u skladu sa principima profesionalnosti, odgovornosti, političke neutralnosti, efektivnosti, a sve u cilju efikasnosti kako bi zemlja mogla preuzeti obaveze članstva.¹⁸

14 Strategija Jugoistočne Evrope 2020 dostupna je na: <http://www.rcc.int/pages/62/south-east-europe-2020-strategy>.

15 Strategija reforme javne uprave u BiH: www.parco.gov.ba; Ured koordinatora za reformu javne uprave i Akcioni plan 1 uz Strategiju reforme javne uprave u BiH

16 Balkan Public Administration Reform Assessment: Bosnia and Herzegovina 2004., Program podrške kvalitetu u upravama zemalja Centralne Istočne Evrope

17 C. Palidano, Why civil service reforms fail (IDPM Public Policy and Management Working Paper, 2001., no.16

18 https://europa.ba/?page_id=569 Delegacija EU u BiH i Ured Specijalnog predstavnika u BiH

Digitalna agenda Evropske unije teži postavljanju e-uprave i e-usluga kao dominantnih modela poslovanja javnih uprava država članica do 2020. godine, i sistem javne uprave u Bosni i Hercegovini ne bi smio dozvoliti preveliko zaostajanje. Potencijal za e-upravu u Bosni i Hercegovini je relativno zadovoljavajući s više od dvije trećine građana koji imaju pristup internetu (drugo je pitanje njihove osposobljenosti i spremnosti da koriste e-usluge), a ohrabrujuće su i tendencije rasta potencijala za m-upravu kao sljedeće faze razvoja. Postoji niz usvojenih zakona koji su potrebni za uspostavljanje elektronskih usluga, no sistem nije zaokružen na svim nivoima niti je usvojen već usaglašen Okvir interoperabilnosti Bosne i Hercegovine¹⁹ s ciljem provedbe projekata interoperabilnosti i omogućavanja razmjene podataka.²⁰

Svjedoci smo negativnih reakcija u povodu ocjena globalnog izvještaja o konkurentnosti²¹ gdje se BiH svrstala po efikasnosti javne uprave pri samom dnu sa najgorim državama svijeta. Svjesni smo da naša javna uprava mora biti servis usmjeren prema tome da omogućiti stvaranje novih vrijednosti, te da u svim segmentima bude fokusirana na potrebe građana, a ne samog sebe.

U BiH, međutim, birokratski aparat i dalje je neefikasan, a pri tome je skup i u velikoj mjeri netransparentan. Reforma javne uprave na koju se BiH obavezala u okviru Reformske agende²² teče izuzetno sporo, uz probijanje svih zacrtanih rokova.

Također, vlada FBiH otpočela je sa projektom uspostavljanja jednošalterskog sistema poslovanja i elektronske registracije poslovnih subjekata. Time bi se prijem zahtjeva i izdavanje rješenja obavljali na jednom mjestu, potrebna dokumentacija pribavljala bi se po službenoj dužnosti, a postojala bi i koordinacija između nadležnih institucija.

Na svim upravnim nivoima postoji solidna IKT infrastruktura koja podržava servise

19 Vlada Brčko distrikta BiH je 5. septembra 2017. donijela Odluku o usvajanju okvira interoperabilnosti Bosne i Hercegovine.

20 Zakon o elektronskom potpisu BiH, "Službeni glasnik BiH", br. 91/06; Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o ličnoj karti državljana BiH, "Sl. glasnik BiH", 18/12; Odluka o osnovama upotrebe elektronskog potpisa i pružanja usluga ovjeravanja, "Službeni glasnik BiH", br. 21/09; Odluka o elektronskom poslovanju i e-vladi u Vijeću ministara BiH, "Službeni glasnik BiH", br. 7/10; Zakon o elektronskom poslovnom i pravnom prometu, "Službeni glasnik BiH", br. 88/07; Zakon o elektronskom dokumentu, "Službeni glasnik BiH", br. 58/14; Zakon o zaštiti ličnih podataka, "Službeni glasnik BiH", br. 49/06, 76/11 i 89/11; Zakon o elektronskom dokumentu FBiH, "Službene novine Federacije BiH", 15/13; Zakon o elektronskom potpisu Republike Srpske, "Službeni glasnik RS-a", br. 106/15; Zakon o elektronskom poslovanju Republike Srpske, "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 59/09, 33/16; Zakon o elektronskom dokumentu Republike Srpske, "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 106/15; Zakon o informacionoj bezbjednosti, "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 70/11.

21 Commission staff working document, Bosnia and Herzegovina 2016 Report, Brussels, 9 November 2016.

22 Reformska agenda za Bosnu i Hercegovinu za period 2015-2018. godine usvojili su Vijeće ministara Bosne i Hercegovine, Vlada Federacije Bosne i Hercegovine, Vlada Republike Srpske, Vlada Brčko distrikta Bosne i Hercegovine te vlade svih kantona u Federaciji Bosne i Hercegovine i na osnovu nje donijeli odgovarajuće akcione planove; dostupno na www.fbihvlada.gov.ba, www.vijeceministara.gov.ba i www.vladars.net.

elektronske komunikacije. Na nivou institucija Bosne i Hercegovine usvojeni su i standardi o dostupnosti internetskih stranica institucija Bosne i Hercegovine, koji su integrisani u zajedničku platformu. Uveden je i funkcionalan informacijski sistem e-nabavki, putem kojeg ugovorni organi objavljuju obavještenja i podnose izvještaje.

Pokrenut je sistem izdavanja elektronskih ličnih karti. U toku je realizacija ICIS projekta Svjetske banke čiji je cilj uspostavljanje četiri GSB-a (Government Service Bus) i tačke za posredovanje u razmjeni podataka između različitih upravnih nivoa, gdje bi se podaci iz različitih registara razmjenjivali i koristili. U prethodnom periodu razvijen je i usaglašen okvir interoperabilnosti kao osnove za međusobnu razmjenu podataka i informacija. Unaprijeđen je upravni postupak na svim upravnim nivoima putem izmjena osnovnih zakona koje omogućavaju elektronsku komunikaciju uprave s građanima.

Radi efikasnijeg vođenja žalbenog postupka uvedena je obaveza meritornog postupanja drugostepenog organa u slučaju ponovo izjavljene žalbe protiv rješenja prvostepenog organa u istom predmetu. Zakonima o upravnom postupku na sva četiri upravna nivoa regulisano je i pitanje obaveznog pribavljanja dokaza po službenoj dužnosti o činjenicama o kojima se vode službene evidencije kako bi se izbjeglo zahtijevanje pribavljanja takvih dokumenata od građana. Provedena je i obuka za voditelje upravnih postupaka i inspektore za veći broj službenika na svim upravnim nivoima. S ciljem osiguranja kvaliteta upravljanja u organima uprave, Vijeće ministara BiH podržalo je uvođenje sistema upravljanja kvalitetom u institucijama Bosne i Hercegovine, a institucionalizacija ovog instrumenta tek predstoji.²³

Zbog čega ovaj proces teče tako sporo, teško i koje su glavne prepreke na putu ka efikasnijoj i transparentnijoj javnoj upravi? Odgovor se prije svega nalazi u činjenici da moramo prepoznati i predstaviti evropske standarde koji bi se mogli primijeniti u bh.institucijama javne uprave, te na taj način unaprijediti proces pružanja usluga građanima i omogućiti funkcioniranje u skladu sa EU najboljim primjerima iz prakse.

Primjenom najboljih evropskih rješenja nužno je pružanje brzih i pouzdanijih usluga s ciljem ostvarivanja poticajne poduzetničke okoline i boljeg životnog standarda svih građana.

Konačno je vrijeme za uspostavu pravnog okvira i okvira politika za razvoj moderne prakse upravljanja ljudskim potencijalima; izgrađivanje kapaciteta za efikasnu provedbu propisa u domenu upravljanja ljudskim potencijalima na nivou centralnih i pojedinačnih institucija struktura javne uprave u BiH; osiguranje sveobuhvatnog poštivanja principa meritornosti, jednakog tretmana i transparentnosti u svim oblastima upravljanja ljudskim potencijalima; osiguranje poštivanja principa političke neutralnosti u radu državnih službenika naročito

23 VMBiH zaključkom iz septembra 2015. ovlastilo je PARCO da u saradnji s ADSBiH i BAS-om pripremi okvirni plan za uvođenje upravljanja kvalitetom u institucijama Bosne i Hercegovine i koordinira njegovu provedbu.

onih sa rukovodnim ovlastima; uspostavljanje prakse modernog planiranja kadrova; uspostavljanje pravičnog i transparentnog sistema plata; osiguranje kontinuiranog profesionalnog razvoja zaposlenih na bazi funkcionalnih potreba institucije; osiguranje poštivanja normi etičkog ponašanja zaposlenih u upravnim strukturama; unaprijeđenje kvaliteta općeg upravljanja u strukturama državne službe; uspostavljanje jedinstvenog registra zaposlenih u javnoj uprav, te efikasna primjena adekvatnih informacionih sistema, odnosno transparentna i sveobuhvatna digitalizacija sistema javne uprave.²⁴

U pozadini digitalizacije nalaze se savremeni procesi društveno-ekonomskog razvoja (prema Brown, 2005) – tehnološka evolucija koja intenzivnim razvojem informacijskokomunikacijske tehnologije neposredno i posredno utječe na način rada uprave tražeći prilagodbu znanja i vještina, procesa i tehnološke osnove rada u upravi, kao i recipročne odgovore tehnološkog razvoja cjelokupnog društva i gospodarstva; menadžerska evolucija koja, promičući vrijednosti učinkovitosti, efikasnosti i ekonomičnosti rada uprave u okviru neomenadžerskih koncepata zahtijeva bržu i bolju javnu uslugu i funkcioniranje unutarnjih procesa; kao i novi koncepti upravljanja, koji se danas uglavnom pod okvirnim terminom dobrog upravljanja (good governance) usmjeravaju na otvaranje javne uprave i vlasti građanima putem novih komunikacijskih kanala, na jačanje participacije i uključivosti, kao i povećane transparentnosti radi osiguravanja informiranja građana i privatnog sektora te na intenziviranje mehanizama odgovornosti.²⁵

Inicijativa i2010 (COM(2005) 229 final) definira i razrađuje tri temeljne komponente informacijskog društva u EU:

1. zajednički informacijski prostor - stvaranje otvorenog i kompetitivnog jedinstvenog tržišta za informacijsko društvo i medije unutar EU (Single European Information Space)²⁶
2. inovativnost i istraživanja - povećanje investicija u istraživanja i informacijskokomunikacijske tehnologije (ICT) za 80%.²⁷
3. uključivost - promoviranje uključivog europskog informacijskog društva čime bi se smanjio nastali jaz (digital divide), povećanje kvalitete, učinkovitost i pristupačnost javnih usluga te povećanje kvalitete života.²⁸

24 <http://eu-monitoring.ba/sta-nas-sve-ocekuje-u-procesu-reforme-javne-uprave/>

25 https://www.fes-croatia.org/fileadmin/user_upload/170404_12_Forum_WEB_stranice.pdf
Forum za javnu upravu, Uprava u digitalno doba -Transformacijski potencijal e-uprave za veću učinkovitost i odgovornost, Friedrich-Ebert-Stiftung, Institut za javnu upravu

26 Komisija je izrazila namjeru u tu svrhu predložiti efikasne smjernice za upravljanje spektrom u Europi, modernizaciju regulative u audiovizualnim medijskim uslugama, usavršavanje regulatornog okvira za elektroničke komunikacije, strategiju za sigurno informacijsko društvo te opsežan pristup efektom i interoperabilnom upravljanju digitalnim pravima

27 Navodi se da Europa investirajući samo 80€ po stanovniku zaostaje u ulaganjima u ICT istraživanja za SAD (400€.) i Japanom (350€)

28 U tu svrhu Komisija će predložiti Plan akcije e-Uprava za usluge orijentirane građanima, tri ICT inicijative za poboljšanje 'kvalitete života' (tehnologije za starije društvo, inteligentna vozila, digitalne knjižnice) te akcije za prevladavanje geografske i socijalne digitalne podjele koje će obuhvatiti europska inicijativa za e-Uključivost.

S tim u vezi potrebni su slijedeći inputi za bolju organizaciju rada u javnoj upravi:²⁹

1. Digitalizacija;
2. Decentralizacija;
3. Racionalizacija;
4. Efikasnost i efektivnost javne uprave.

3. Digitalizacija sistema javne uprave u BiH kroz problem neefikasne i neefektivne javne uprave

Jedna od tendencija u razvoju uprave jest tendencija prema informatizaciji.³⁰ Digitalizacija sistema poslovanja, razvijeni komunikacijski kanali, kao i pojava većeg broja društvenih mreža primorali su prvenstveno privatni sektor da svojim korisnicima omoguće obavljanje bankarskih transakcija ili kupovinu iz udobnih domova, prilagođavajući svoje usluge individualnim potrebama samih korisnika. Ovakav razvoj tehnologija je doprinjeo situaciji da građani imaju sve veća očekivanja i od javne uprave u pogledu efikasnosti, brzine, cijena, transparentnosti i dostupnosti usluga koje ona pruža.

Osim velikih očekivanja korisnika, povećan je i obim usluga koje javna uprava pruža, što je naročito posljedica procesa evropskih integracija. Činjenica je da u aktivna budžetska sredstva pod stalnim pritiskom smanjenja, pogotovo u uslovima porasta sive ekonomije i odlaska mladih osoba iz države. Međutim, korisnike usluga i dalje frustriraju neefikasni šalteri, nepregledne i netransparentne internetske stranice, neophodnost kontaktiranja više različitih instanci prije nego što se dobije traženi odgovor ili ostvari usluga. Ključni nedostatak u funkcioniranju ovog sistema je neadekvatno uspostavljanje digitalnog nadzora nad funkcioniranjem javne uprave.

Rješenje ovog problema je u uvođenju i primjeni naprednih informacijskih tehnologija, koje mogu omogućiti povećanje kvaliteta interakcije i pozitivnog iskustva, a sve po nižim cijenama. Takav jedan proces podrazumijeva prekvalifikaciju postojećih državnih službenika i namještenika, te pojačane edukativne radionice za korištenje modernih tehnologija.

Digitalizacija podrazumijeva procese koji trebaju imati svoju svrishodnost, učinkovitost i standard postupanja. Dosadašnja postupanja u javnoj upravi traju predugo, postupci su složeni, nejasne nadležnosti, neadekvatno radno vrijeme,

29 Principima javne uprave za zemlje kandidate i potencijalne kandidate za članstvo u Evropsku uniju identificirano je devet kritičnih funkcija za rad vlada: koordinacija pripreme sjednica vlade, osiguranje pravne usklađenosti, koordinacija odobravanja strateških prioriteta i programa rada, koordinacija pripreme prijedloga politika za odlučivanje vlada, osiguranje finansijske provodivosti politika vezano za planiranje resursa, koordinacija komunikacijskih aktivnosti vlada prema javnosti, upravljanje odnosima Vlade, Parlamenta i/ili predsjednika, te koordinacija poslova evropskih integracija.

30 I. Koprić, G. Marčetić, A. Musa, V. Đulabić, G. Lalić Novak; Upravna znanost- Javna uprava u suvremenom europskom kontekstu, Zagreb, 2014., str. 36.

nedostupnost praćenja digitalnih tehnologija u administraciji i birokratske prepreke.

Svjesni smo činjenice da je nužno pružanje brzih i pouzdanih javnih usluga s ciljem ostvarivanja poticajne poduzetničke okoline i pretpostavka za osiguranje boljeg životnog standard svih građana.

Krajem 2016. godine provedena je i analiza percepcije predstavnika medija o kvalitetu komuniciranja o procesu reforme javne uprave. Većina ispitanika (novinara koji se najčešće bave temom reforme javne uprave) izjasnila se da organi uprave nemaju proaktivan pristup u komunikacijama.³¹

Značajan napredak u oblasti Institucionalne komunikacije ostvaren je putem uspostavljenih prakse komunikacijskog planiranja, usvajanja komunikacijskih strategija i planova na nivou Vijeća ministara Bosne i Hercegovine, Vlade Federacije Bosne i Hercegovine, Vlade Republike Srpske i Vlade Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, jačanja kapaciteta za odnose s javnošću, kontinuiranog rada na polju odnosa s medijima i njihovog praćenja, funkcioniranja sistema postupanja po zakonima o slobodi pristupa informacijama, direktne komunikacije s građanima i trenda rastućeg broja i obima javnih kampanja.³²

E-uprava utječe na metode rada i strukturu same uprave.³³ Razvoj javne uprave treba se realizirati u nekoliko koraka:

1. Unaprijediti razvoj i upravljanje ljudskim resursima u cilju stvaranja moderne javne uprave i praćenja novih tehnologija;
2. Modernizirati javnu upravu kroz bržu i efikasniju podršku građanima i poslovnim korisnicima usluga;
3. Harmonizirati uprave sisteme sa najboljim praksama dobrog upravljanja EU i evropskih standarda;
4. Digitalizirati javnu upravu sa svrhom djelotvornog pružanja usluga i veće transparentnosti rada javne uprave;
5. Otvoriti javnu upravu prema korisnicima uspostavljanjem metoda, standarda i načina komuniciranja sa javnošću o obavljanju poslova javne uprave;
6. Depolitizirati i profesionalizirati javnu upravu kroz javne konkurse, te javno i transparentno objavljena depolitizirana radna mjesta.

Osnovni cilj digitalizacije sistema javne uprave ogleda se u potrebi vraćanja povjerenja u rad javnih službi, te uključivanje svih zainteresovanih strana u izradu i provedbu javnih politika, strateških i drugih važnih akata, kroz unapređenje digitalno-komunikacijskih sistema sa posebnim naglaskom na podsticanje otvorenog dijaloga, saradnje i uspostave partnerskog odnosa sa građanima. Svaki građanin treba i mora svoja prava ostvarivati na što jednostavniji način,

31 Više o ovom pitanju u dokumentu Percepcija javne uprave u BiH, Transparency International BiH (2014), dostupno na: <https://ti-bih.org/wp-content/uploads/2015/03/TIBIH-Percepcija-Javne-Uprave-BiH-2014-Web-FIN.pdf>.

32 Polugodišnji izvještaj o napretku praćenja provedbe Revidiranog Akcionog plana 1 Strategije reforme javne uprave u Bosni i Hercegovini, juli 2016.

33 I. Koprić, G. Marčetić, A. Musa, V.Đulabić, G.Lalić Novak, op. cit. u bilj. 1., str. 36

sa što manjim brojem dolazaka u određenu instituciju i bez donošenja potrebnih dokumenata.

Najčešći razlozi nedovoljne i neadekvatne upotrebe digitalnih sistema ogledaju se u malom broj stručnih zaposlenika koji poznaju poslovne procese i nove tehnologije; informatička oprema je zastarjela i neadekvatna za pružanje novih usluga i praćenja modernih trendova; nivo pružanja upravnih usluga nije ujednačen niti standardiziran, ne postoji dovoljno svijesti o mogućnostima koje pruža digitalizacija sistema unapređenja rada javne uprave; mala ili nikakva educiranost zaposlenika za korištenje novih tehnologija, te posebno nedovoljna obrazovanost korisnika za pristup digitalnim uslugama, što predstavlja prepreku za veće uključivanje građana u korištenje, ali i razvoj novih sistema.

Ključni problem je u činjenici da reformu javne uprave provodi sama uprava u Bosni i Hercegovini što je teško i povjerovati, znajući da jedan neefikasan i netransparentan sistem ne može doprinjeti nečemu produktivnom, efikasnom i transparentnom. Na ovo se naslanja problem gdje uopće prividno ne postoji potreba objedinjavanja sistema u jedan digitalni sistem. Shodno svemu prethodno navedenom, rješenje problema i napredak u oblasti digitalizacije sistema javne uprave u Bosni i Hercegovini ogleda se u nekoliko bitnih koraka:

1. Standardiziranju poslova javne uprave;
2. Praćenju i vrednovanju rezultata i učinaka poslova u javnoj upravi;
3. Unapređenju praćenja upravnog postupanja i odlučivanja u javnopravnim tijelima;
4. Povećanju udjela stručno-kreativnih poslova;
5. Unapređenju sistema postojećih elektronskih usluga;
6. Unapređenju pristupa informacijama javne uprave;
7. Racionaliziranju državne informatičke structure;
8. Unapređenju elektronskog poslovanja javne uprave korištenjem istovrsnih rješenja za zajedničke poslovne procese.
9. Uključivanju u evropski digitalni administrativni prostor;
10. Poboljšati poslovnu produktivnost javnih servisa.

S tim u vezi možemo konstatirati da uvođenjem novih tehnologija i digitalizacijom cjelokupne javne uprave ostvarujemo bolju komunikaciju poslovnih subjekata, javne uprave i građana uz značajno smanjenje troškova poslovanja. Ovakav način rada doprinosi većim uštedama, smanjenju sive ekonomije i pojava oblika korupcije. Istovremeno omogućuje se građanima, poslovnim i drugim subjektima da svoje obaveze ili zahtjeve prema upravi obavljaju na što efikasniji i efektivniji način uz minimalne troškove i broj fizičkih kontakata sa organima uprave i to putem više različitih digitalnih servisa.

4. Zaključak

Transformacija javne uprave u digitalno društvo, a time u društvo znanja i informacija, čini se potrebom i modelom koji već sada na globalnom nivou donosi uspjeh. Digitalizacija zahtijeva potpunu transformaciju javne uprave u smislu usvajanja novih modela i praksi za korisnike, te transparentnost rada kao temeljnu vrijednost za stvaranje ljudskih, materijalnih, pravnih i koordinacijsko-organizacijskih pretpostavki za uspješnu, efektivnu i produktivnu javnu upravu. Modernija, kompetentnija, transparentnija, efikasnija, isplativija i odgovornija javna uprava će otkloniti najveći dio poreskog opterećenja kojeg nose građani, poboljšat će dostupnost i kvalitet javnih usluga i uštedjeti troškove. Najvažniji očekivani rezultat uvođenja digitalnih tehnologija u sistem javne uprave je doprinos viziji reforme javne uprave u Bosni i Hercegovini, a to je prevashodno efikasnija, politički neutralna, djelotvornija, odgovornija i transparentnija javna uprava koja će biti orijentisana prema građanima i spremna da odgovori svim evropskim zahtjevima. Ovo je jedini način za ubrzanje evropskog puta Bosne i Hercegovine.

Literatura

1. C. Palidano, Why civil service reforms fail (IDPM Public Policy and Menagement Working Paper, 2001., no.16
2. Commission staff working document, Bosnia and Herzegovina 2016 Report, Brussels, 9 November 2016.
3. D. Kavran, Javne uprava: reforma, trening, efikasnost., Savjet za državnu upravu Vlade Republike Srbije, Udruženje za javnu upravu Srbije, Fakultet organizacionih nauka Univerziteta u Beogradu, Beograd 2003., str.270
4. I. Koprić, G. Marčetić, A. Musa, V.Đulabić, G.Lalić Novak; Upravna znanost-Javna uprava u suvremenom europskom kontekstu, Zagreb, 2014., str. 36.
5. K.Trnka, Ustavno pravo, II dopunjeno izdanje, Sarajevo 2006.
6. P. Dimitrijević, „Organizacija i metodi rada javne uprave“, Savremena administracija, Beograd 1959., str.6
7. Polugodišnji izvještaj o napretku praćenja provedbe Revidiranog Akcionog plana 1 Strategije reforme javne uprave u Bosni i Hercegovini, juli 2016.
8. Izvještaj Evropske komisije o napretku Bosne i Hercegovine za 2016. godinu: http://ec.europa.eu/neighbourhoodenlargement/sites/near/files/pdf/key_documents/2016/20161109_report_bosnia_and_herzegovina.pdf, kao i SIGMA-inu procjenu stanja u oblasti javne uprave za period maj 2015 – april 2016. godine: <http://www.sigmaxweb.org/publications/Monitoring-Report-2016-BiH.pdf>.

9. Strategija reforme javne uprave u BiH: www.parco.gov.ba; Ured koordinatora za reformu javne uprave i Akcioni plan 1 uz Strategiju reforme javne uprave u BiH
10. Balkan Public Administration Reform Assessment: Bosnia and Herzegovina 2004., Program podrške kvalitetu u upravama zemalja Centralne Istočne Evrope
11. https://europa.ba/?page_id=569 Delegacija EU u BiH i Ured Specijalnog predstavnika u BiH
12. Vlada Brčko distrikta BiH je 5. septembra 2017. donijela Odluku o usvajanju okvira interoperabilnosti Bosne i Hercegovine.
13. Reformska agenda za Bosnu i Hercegovinu za period 2015-2018. godine usvojili su Vijeće ministara Bosne i Hercegovine, Vlada Federacije Bosne i Hercegovine, Vlada Republike Srpske, Vlada Brčko distrikta Bosne i Hercegovine te vlade svih kantona u Federaciji Bosne i Hercegovine i na osnovu nje donijeli odgovarajuće akcione planove; dostupno na www.fbihvlada.gov.ba, www.vijeceministara.gov.ba i www.vladars.net.
14. <http://eu-monitoring.ba/sta-nas-sve-ocekuje-u-procesu-reforme-javne-uprave/>
15. https://www.fes-croatia.org/fileadmin/user_upload/170404_12_Forum_WEB_stranice.pdf Forum za javnu upravu, Uprava u digitalno doba -Transformacijski potencijal e-uprave za veću učinkovitost i odgovornost, Friedrich-Ebert-Stiftung, Institut za javnu upravu
16. Percepcija javne uprave u BiH, Transparency International BiH (2014), dostupno na: <https://ti-bih.org/wp-content/uploads/2015/03/TIBIH-Percepcija-Javne-Uprave-BiH-2014-Web-FIN.pdf>.
17. Zakon o elektronskom potpisu BiH, "Službeni glasnik BiH", br. 91/06; Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o ličnoj karti državljana BiH, "Sl. glasnik BiH", 18/12; Odluka o osnovama upotrebe elektronskog potpisa i pružanja usluga ovjeravanja, "Službeni glasnik BiH", br. 21/09; Odluka o elektronskom poslovanju i e-vladi u Vijeću ministara BiH, "Službeni glasnik BiH", br. 7/10; Zakon o elektronskom poslovnom i pravnom prometu, "Službeni glasnik BiH", br. 88/07; Zakon o elektronskom dokumentu, "Službeni glasnik BiH", br. 58/14; Zakon o zaštiti ličnih podataka, "Službeni glasnik BiH", br. 49/06, 76/11 i 89/11; Zakon o elektronskom dokumentu FBiH, "Službene novine Federacije BiH", 15/13; Zakon o elektronskom potpisu Republike Srpske, "Službeni glasnik RS-a", br. 106/15; Zakon o elektronskom poslovanju Republike Srpske, "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 59/09, 33/16; Zakon o elektronskom dokumentu Republike Srpske, "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 106/15; Zakon o informacionoj bezbjednosti, "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 70/11.

Amila Koso, MA

Doctoral student at Faculty of Law, University “Džemal Bijedić” Mostar

**APPLICATION OF EUROPEAN STANDARDS IN PUBLIC
ADMINISTRATION REFORM IN BOSNIA AND HERZEGOVINA
THROUGH DIGITALISATION: A NECESSITY OR THE FUTURE?**

Abstract: This paper indicates the possible directions of change in Bosnian-Herzegovinian society aimed at making public administration reform more responsive to user needs and undertaking a digital transformation of citizens' lives and the society as a whole. The analysis takes as its starting point the legal documents and solutions in Bosnia and Herzegovina's public administration, showing that reforms are still sporadic and isolated. In its current form, the public administration shows potential for some e-solutions, but no systemic approach to reforms that would reduce costs and increase services to citizens through improved public service efficiency and effectiveness. The research aims to show that applying European standards and digitalising public administration can create the preconditions for efficient public governance and proactive evidence-based policy making.

Key words: reform, public administration, system, digitalisation, European standards, governance, efficiency, civil service, citizens.

Alma Đukić, MA iur.

Student doktorskog studija

Pravni fakultet Univerzitet “Džemal Bijedić”

UTJECAJ OPĆE UREDBE O ZAŠTITI PODATAKA (EU) 2016/679 (GDPR) NA INDUSTRIJU ONLINE OGLAŠAVANJA U BOSNI I HERCEGOVINI

Sažetak: Zaštita privatnosti, te tako i ličnih podataka, predstavlja osnovno ljudsko pravo zagarantirano mnogim pravnim propisima. Digitalni marketari se koriste našim ličnim podacima da bi nam plasirali određene robe i usluge. Uslijed sve veće zloupotrebe ličnih podataka, Evropska unija vrši svojevrsnu reformu u ovoj oblasti donoseći Opću uredbu o zaštiti podataka (EU) 2016/679 (GDPR) kojom stavlja izvan snage Direktivu 95/46/EZ. Također, Evropski sud je odigrao značajnu ulogu u procesu reforme zaštite ličnih podataka, posebno u presudi C-362/14 Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner.

Bosna i Hercegovina, iako nije članica EU, dužna je pridržavati se politike zaštite privatnosti koju propagira EU, obzirom na usvojen Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju ali i obzirom na prošireno teritorijalno djelovanje Uredbe.

Kompanije koje imaju sjedište u BiH, a nude robu ili usluge ili prate ponašanje ispitanika na području EU dužni su poštovati Uredbu, te shodno tome primarni cilj ovog rada biti će usmjeren ka dijagnosticiranju trenutnog stanja u Bosni i Hercegovini u oblasti zaštite ličnih podataka sa aspekta digitalnog marketinga, te profiliranju mogućih pravaca unaprjeđenja akcentirajući kretanje, obradu i zaštitu takvih podataka.

Ključne riječi: *lični podaci, GDPR, presuda Suda EU C-362/14, digitalni marketing*

1. UVOD

Digitalni marketing danas predstavlja najpopularniji i najbrže rastući oblik oglašavanja u cijelom svijetu pa tako i u Bosni i Hercegovini. Direktni marketing nastaje kao neposredan rezultat milenijumske generacije ali prije svega uslijed rapidnog razvoja tehnologije. Iako digitalni marketing ne mora nužno da bude dio poslovne strategije svake kompanije, uslijed ekspanzije društvenih mreža, jako je teško odnosno neefikasno oduprijeti se ovom obliku oglašavanja. Posljednji statistički podaci nam pokazuju da samo Facebook mjesečno aktivno koristi preko 2.23 milijardi korisnika a da ne spominjemo ostale društvene mreže kao što su Instagram, Twitter, YouTube i mnoge druge. Prednje navedena činjenica nam jasno dokazuje zašto je digitalni marketing sve popularnija vrsta oglašavanja a

kada tome dodamo i relativno niske troškove onda je u potpunosti jasno zašto ovaj trend uzima sve više maha u oglašavanju.

Društvene mreže, odnosno digitalni svijet uopšte, nam kao pojedincima ne garantira nikakvu zaštitu privatnosti, uprkos brojnim pravnim propisima koji regulišu datu oblast. Svi korisnici društvenih mreža, pametnih telefona, danas čak i televizora, svojevrijedno ustupaju svoju privatnost globalnim kompanijama kao što su Google ili već navedeni Facebook.

Kako se zaštititi od zloupotrebe, odnosno kako spriječiti zloupotrebu ličnih digitalnih podataka predstavlja okosnicu pravnih propisa Evropske unije (dalje EU) koji se odnose na zaštitu privatnosti.

Svojevrsnu reformu u dosadašnjoj praksi zaštite ličnih podataka je EU izvršila donošenjem Uredbe 2016/679 o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (dalje Uredba ili GDPR). Ovdje je jako bitno spomenuti, a o čemu će biti detaljnije pisano i kasnije, presedan koji je izvršio i Evropski sud u dvije do sad, moglo bi se također reći, reformske presude, a to je presuda C-362/14 Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner¹ te presuda C-131/12 Google v Costeja². Slučaj Maximillian Schrems se nastavlja, odnosno tzv. slučaj Schrems II. je nastavak tužbe protiv Facebook Ireland Ltd. od strane austrijskog građanina Maximiliana Schremsa pred irskim povjerenikom za zaštitu podataka, koji u vrijeme pisanja ovog rada još nije okončan.

Digitalno oglašavanje u Bosni i Hercegovini svakako još nije doseglo onaj nivo kao u državama članicama EU, ali je jako bitno naglasiti, da, obzirom na potpisani Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, BiH je dužna pridržavati se politike zaštite privatnosti koju propagira EU, odnosno slijediti njeno pravno naslijeđe. U tu svrhu je donesen i Zakon o zaštiti ličnih podataka te je osnovana Agencija za zaštitu ličnih podataka. U trenutku pisanja rada je pokrenuta inicijativa za izmjenom i dopunom Zakona, kako bi se isti prilagodio GDPR-u.

2. Digitalni marketing

Kako se tehnologija ubrzano mijenja i neprekidno pojavljuju nove IT platforme, za kompaniju je neophodno da bude u toku sa svim promjenama, da procijeni koje su od njih korisne i poželjne za unaprijeđenje poslovanja i sticanje konkurentske prednosti.³ Jedna od tih korisnih promjena je upravo digitalni marketing, koji mnogi nazivaju i direktni marketing. Ovaj naziv proizlazi iz njegove sadržine, obzirom da se na ovaj način obraćamo direktno kupcu, pojedincu, ciljamo direktno na pojedince, tačno određene grupe ljudi, kod kojih

1 Presuda od 6. listopada 2015., Schrems, C-362/14, EU:C:2015:362

2 Presuda od 13. svibnja 2014., Google, C-131/12, EU:C:2014:131

3 Krstić Naraša, Digitalni marketing, Fakultet za medije i komunikacije, Univerzitet Singidunum, Beograd 2017., str. 50

postoji vjerovatnoća da su zainteresirani za naš proizvod ili uslugu. Razlika između klasičnog i digitalnog marketinga bi se također mogla objasniti i na slijedeći način: tradicionalni marketing traži kupca, dok u digitalnom marketingu kupac traži kompaniju - proizvod. To je potpuno drugačija strategija od dosadašnje, jer se, umjesto bombardiranja pozivima, TV oglasima, plakatima i poštom za svoje klijente i prodaju, kompanije bore drugačijim načinom a to je – prilagođavanjem njihovim potrebama.⁴

Digitalni marketing pruža mnoge prednosti, što su prepoznale brojne kompanije širom svijeta, te tako samo Facebook ima preko 5 miliona oglašivača u 2017-toj godini odnosno 93% marketara koriste Facebook u svom svakodnevnom poslovanju a cjelokupan udio oglašavanja preko Facebook-a je 19,7% za 2017-tu godinu.⁵

3. Zaštita privatnosti

Zaštita ličnih podataka i poštovanje privatnoga života važna su temeljna prava. Evropski parlament se oduvijek zalaže za uspostavu ravnoteže između jačanja sigurnosti i zaštite ljudskih prava, uključujući zaštitu podataka i privatnosti.⁶

3.1. Zakonodavni instrumenti zaštite podataka

Pravna osnova zaštite podataka nalazi se ponajprije u samom Ugovoru o funkcionisanju EU i to u njenom Članku 16. Stav 1. koji izričito navodi da: “Svako ima pravo na zaštitu svojih ličnih podataka.”⁷ Nadalje u ovom članku stoji da “(...)Evropski parlament i Vijeće, odlučujući u skladu s redovnim zakonodavnim postupkom, utvrđuju pravila o zaštiti pojedinaca s obzirom na obradu ličnih podataka u institucijama, tijelima, uredima i agencijama Unije te u državama članicama kada obavljaju svoje aktivnosti u području primjene prava Unije i pravila o slobodnom kretanju takvih podataka.(...)”⁸

Povelja EU o osnovnim pravima takođe reguliše ovu oblast i to u Članku 7. i Članku 8. u kojima stoji da svako ima pravo na slobodu i sigurnost te poštovanje svog privatnog i porodičnog života, svog stana i komunikacija.⁹

Iz prijašnjeg prvog stupa bitno je spomenuti Direktivu 95/46/EZ Evropskog Parlamenta i Vijeća od 24. listopada 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom

4 Akcija- digitalna agencija, Osnove digitalnog marketinga, e-knjiga, str. 5, dostupno na <http://akcija.com.hr/ebook-osnove-digitalnog-marketinga/> (pristupljeno 3.5.2019.)

5 OmniCore Agency, Facebook by the Numbers: Stats, Demographics & Fun Facts (internet) Dostupno na <https://www.omnicoreagency.com/facebook-statistics/> (pristupljeno dana 3.5.2019.)

6 Evropski parlament, Personal Data Protection, (internet) Dostupno na http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_4.2.8.pdf (pristupljeno dana 3.5.2019.)

7 Ugovor o funkcioniranju Evropske unije (UFEU), 7.6.2016., Službeni list Evropske Unije C 202/1

8 *Ibid.*

9 Povelja o osnovnim pravima Evropske unije, (2010/C 83/02)1

ličnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka¹⁰, koju je 24.05.2018. godine zamijenila Opća uredba o zaštiti podataka (EU) 2016/679, nadalje Direktiva 2002/58/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. srpnja 2002. o obradi ličnih podataka i zaštiti privatnosti u području elektroničkih komunikacija¹¹ te Direktiva 2006/24/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 15. ožujka 2006. o zadržavanju podataka dobivenih ili obrađenih u vezi s pružanjem javno dostupnih elektroničkih komunikacijskih usluga ili javnih komunikacijskih mreža i o izmjeni Direktive 2002/58/EZ¹² o zadržavanju podataka, koja međutim nije više na snazi i to od 08.04.2014.

Sa aspekta digitalnog marketinga, najvažniji pravni izvor koji reguliše zaštitu ličnih podataka je trenutno Uredba ili kako je mnogi nazivaju GDPR, o čemu će biti detaljnije riječi u nastavku rada. Ova Uredba se počela primjenjivati u maju 2018-te godine, iako je donesena 24.04.2016.g. U svijetu u kojem važnost podataka neprestano raste, pravilima koja uvodi Uredba, želi se zaštititi svaki građanin EU od povrede privatnosti i podataka te stvoriti jasniji i dosljedniji pravni okvir koji reguliše oblast zaštite ličnih podataka. Proces nastanka Uredbe je trajao godinama, ona na jedinstven način uređuje zaštitu i obradu ličnih podataka koji treba da se poštuje jednako u svim državama i upravo zato mnogi o ovoj Uredbi kažu da predstavlja svojevrsnu reformu u oblasti zaštite podataka.

3.2. Praksa Suda EU

Jedna od najvažnijih presuda Suda EU, koja se odnosi na zaštitu ličnih podataka, odnosno prenos istih trećim zemljama, te način pohranjivanja i korištenja tih podataka, za vremena važenja Direktive 95/46 i sa njom povezane Odluke 2000/520 jeste Odluka C – 362/14 Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner.

Prema pravilima o korištenju društvene mreže Facebook, svaka osoba s boravištem na području EU, dužna je prilikom registracije na pomenutu društvenu mrežu sklopiti svojevrsan ugovor sa Facebook Ireland, odnosno društvom kćeri Facebook Inc., čije sjedište se nalazi u SAD. U “terms and conditions” Facebook navodi da se osobni podaci korisnika Facebooka koji borave na području EU prenose u cijelosti ili djelomično na poslužitelje/serveure koji pripadaju Facebook

10 Direktiva 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 24. listopada 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka, 23.11.1995., Službeni list Europskih zajednica L 281/31

11 Direktiva 2002/58/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. srpnja 2002. o obradi ličnih podataka i zaštiti privatnosti u području elektroničkih komunikacija, 31.07.2002., Službeni list Europskih zajednica L 201/37

12 Direktiva 2006/24/EZ Europskog Parlamentu i Vijeća od 15. ožujka 2006. o zadržavanju podataka dobivenih ili obrađenih u vezi s pružanjem javno dostupnih elektroničkih komunikacijskih usluga ili javnih komunikacijskih mreža i o izmjeni Direktive 2002/58/EZ, 13.4.2006., Službeni list Europske unije L 105/54

Inc., koji su smješteni na državnom području SAD, gdje su ti isti podaci i predmet obrade.

M. Schrems je uputio pritužbu povjereniku, kojom od njega traži, da koristeći svoje ovlasti, zabrani Facebook-u Ireland prenošenje osobnih podataka u SAD. Korisnik u pritužbi tvrdi da važeće pravo i trenutna praksa u SAD ne garantuju dovoljnu razinu zaštite ličnih podataka a to se prema njemu ponajprije odnosi na nadzorne aktivnosti koje provode nacionalna tijela SAD-a. Na prednje pomenute tvrdnje M. Schrems je uputio obzirom na otkrića E. Snowdena u vezi sa aktivnostima obavještajnih službi SAD-a te se ovdje konkretno misli na NSA (National Security Agency).

Povjerenik je pritužbu odbio kao neosnovanu, jer je smatrao da prigovori, koje je M. Schrems u pritužbi naveo nisu mogli biti valjano istaknuti, obzirom da je o svakom pitanju u vezi sa odgovarajućom razinom zaštite ličnih podataka trebalo biti odlučeno u skladu sa Odlukom 2000/520, u kojoj je Komisija utvrdila da SAD osiguravaju odgovarajuću razinu zaštite. Povjerenik takođe navodi, da ne postoje valjani dokazi da je NSA pristupila ličnim podacima zainteresirane osobe.

M. Schrems, nezadovoljan postupkom nadzornika, podnosi tužbu pred High Court (Visoki sud) protiv predmetne odluke u glavnom postupku.

Visoki sud smatra da se predmet odnosi na provedbu prava Unije u smislu članka 51. Povelje, na način da se zakonitost odluke o kojoj je riječ u glavnom postupku mora ocijeniti s obzirom na pravo Unije. Dalje Visoki sud smatra da M. Schrems u svojoj tužbi zapravo osporava sistem zaštite ličnih podataka uspostavljen Odlukom 2000/520 tj. “zakonitost sistema sigurne luke”. Iako M. Schrems nije formalno osporio valjanost ni Direktive 95/46 ni Odluke 2000/520, prema mišljenju tog suda postavlja se pitanje da li je zbog članka 25. st. 6. te Direktive povjerenik bio vezan Komisijinim utvrđenjem u toj odluci, prema kojem SAD osigurava odgovarajuću razinu zaštite, ili je članak 8. Povelje ovlastio povjerenika da se po potrebi ogradi od takve tvrdnje.

Obzirom na sve prednje navedene okolnosti, Visoki sud je odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu prethodna pitanja.

U svojoj Odluci¹³ Sud EU konstatuje da (...) Odluka Komisije 2000/520/EZ (...) ne onemogućava nadzorno tijelo države članice (...) da ispita zahtjev osobe u vezi sa zaštitom njezinih prava i sloboda u pogledu obrade osobnih podataka koje se na nju odnose i koji su preneseni iz države članice u tu treću zemlju a nastavno na navode te osobe da važeće pravo i praksa u toj trećoj zemlji ne osiguravaju odgovarajuću razinu zaštite. U tački 2. Odluke Suda se navodi “Odluka 2000/520 je nevaljana”¹⁴. Prednje navedeno Sud obrazlaže tim da se sve odredbe Direktive trebaju tumačiti u svjetlu temeljnih prava koja su zajmčena Poveljom.

Sud konstatuje, da postupak prijenosa osobnih podataka iz države članice u treću

13 Zbornik sudske prakse, Presuda Suda C – 362/14 (veliko vijeće) 6. listopada 2015.

14 Trenutno na snazi Provedbena odluka Komisije (EU) 2016/1250 od 12. srpnja 2016. o primjerjenosti zaštite u okviru europsko-američkog sustava zaštite privatnosti u skladu s Direktivom 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, vidjeti na (internet): EUR-Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A32016D1250> (pristupljeno 4.5.2019.)

zemlju jeste obrada osobnih podataka u smislu člana 2. tačka b) Direktive, koja je provedena na državnom području države članice. Pomenuta tijela su nadležna za provjeru poštuju li se prilikom prijenosa ličnih podataka iz države članice u treće zemlje, odredbe Direktive. Čl. 28. Direktive se odnosi na svaku obradu osobnih podataka. Važno je napomenuti da se takav prenos može izvršiti jedino ako te treće zemlje osiguravaju odgovarajuću razinu zaštite, odnosno moraju se zabraniti takvi prenosi državama koje ne pružaju odgovarajuću razinu zaštite. Takvo utvrđenje može donjeti bilo Komisija bilo države članice.

Širina problema tj ukidanje jednostavnog načina prenosa podataka se ogleda u tome, što su globalno najveći pružatelji “data base” upravo korporacije iz SAD. Zaključci Suda odnosno ukidanje Odluke 2000/520 se reflektovala i na donošenje novog načina regulisanja zaštite ličnih podataka i to putem GDPR-a.

4. GDPR i utjecaj na digitalni marketing

Kao što je prednje već nekoliko puta naglašeno, GDPR je Uredba¹⁵, koja reguliše zaštitu pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka te reguliše slobodno kretanje takvih podataka.

Ona u svojoj uvodnoj odredbi kaže da je “(...) zaštita pojedinaca s obzirom na obradu ličnih podataka temeljno pravo, (...) te da se njom želi doprinjeti uspostavi područja slobode, sigurnosti i pravde te gospodarske unije, gospodarskom i socijalnom napretku, jačanju i približavanju gospodarstva na unutarnjem tržištu te dobrobiti pojedinaca”.

Digitalni marketing, u svojoj suštini sadrži tzv. data-driven advertising (marketing podržan podacima). Potrebe kupaca za personalizovanom uslugom čine informacije najvrednijom valutom u savremenom poslovanju. Oglašavanje koje se oslanja na raspoložive podatke o kupcima zahtijeva od stručnjaka za marketing da budu sposobni da prikupe, integrišu i analiziraju podatke koji potiču iz spoljnih i unutrašnjih izvora, poput istraživanja o ponašanju potrošača, zadovoljstvu kupaca, izvještaja o konkurenciji, tržištu, angažovanosti kupaca (na web-sajtu, društvenim mrežama i šire), podataka iz korisničkog servisa i sl.¹⁶ Iz prednje navedenog proizlazi da je lični podatak srž digitalnog marketinga, te da je bez obrade tih podataka isti gotovo nemoguć. Iz ovog možemo zaključiti da je obrada ličnih podataka u današnje vrijeme neophodna, i da bi, kako stoji i u samoj Uredbi, (...) trebala biti osmišljena tako da bude u službi čovječanstva.¹⁷

15 “Uredba je prema čl. 288. st. 2. UFEU opći pravni akt koji je pravno obavezujući u svim svojim dijelovima i neposredno vrijedi u državama članicama. Predstavlja akt sekundarnog prava u kojem najjasnije dolazi do izražaja supranacionalnost Prava EU.“, prema M. Zlatan, D. Samardžić, *Pravo Evropske unije I*, TDP, 2012, str. 185

16 Krstić Nataša, *op.cit.*, 45.

17 Uredba 2016/679, uvodna odredba 4.

4.1. Lični podatak

Uredba u Članku 4. nam pruža definiciju ličnog podatka koja kaže da “lični podaci su svi podaci koji se odnose na pojedinca čiji je identitet utvrđen ili se može utvrditi („ispitanik”) (...). Sporno pitanje u pogledu ove definicije jeste način utvrđivanja identiteta, odnosno na koje tačno podatke trebamo primjenjivati načela zaštite podataka. Tako na primjer pseudonimizirane lične podatke koji bi se, upotrebom dodatnih informacija, mogli pripisati nekom pojedincu trebalo bi smatrati informacijama o pojedincu čiji se identitet može utvrditi.

Mnogi marketari koriste baze podataka sadašnjih / potencijalnih kupaca za personaliziranu, ličnu komunikaciju u cilju promovisanja proizvoda / usluga u marketinške svrhe. Marketing zasnovan na bazama podataka koristi statističke tehnike za razvoj modela ponašanja potrošača, na osnovu kojih se vrši izbor kupaca na kojima će se zasnivati komunikacija. Posljedično, stručnjaci su za ovaj vid marketinga veoma zavisni od kvaliteta baza podataka – što je veća količina podataka o kupcima, izrađeni model ponašanja potrošača će biti precizniji.

Velike, globalne kompanije, kao što je Google procesuiraju tzv. big data base. Prema nedavnom istraživanju, 57% analiziranih preduzeća smatra da upravljaju velikim podacima, u smislu „vrlo velikih skupova podataka“ koji mogu uključivati data streaming podatke s računala, senzora, web aplikacija i društvenih medija. Ovi podaci, koje mnogi nazivaju nematerijalnom imovinom procjenjuju se na 2,3 trilijuna gigabajta. Oni se prikupljaju i kombiniraju s drugim podacima svaki dan, te tako postaju temelj za usluge kao što su različiti fitness trackeri, globalno mapiranje i dr. Veliki podaci su više od ličnih podataka: uključuju agregirane i anonimne podatke¹⁸. Kompanije većinu svojih podataka mogu smatrati ne-ličnim skupovima podataka, ali u stvarnosti je rijetko da podaci koje generira aktivnost korisnika budu potpuno i nepovratno anonimizirani.¹⁹ Mase ličnih podataka generiraju preko 369 miliona korisnika interneta u EU putem njihove potrošnje, društvenih medija, igara, tražilica i e-trgovina i drugih usluga. Informacije o pretplatnicima na online uslugu koja se prikuplja uključuje imena, spol, lične preferencije, adrese, adrese e-pošte, IP adrese i historiju pretraživanja. To se koristi za ulaganje u postojeće odnose s klijentima i stjecanje novih klijenata, odnosno digitalni marketing.

Poseban izazov po pitanju digitalnog identiteta umreženog pojedinca predstavljaju IP adrese. One predstavljaju jedinstvene identifikacijske oznake računala i drugih uređaja spojenih na internetu kojima se koriste pojedinci.²⁰ Evropski nadzornik

18 European Data Protection Supervisor, Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor, Privacy and competitiveness in the age of big data, str. 9, (internet) Dostupno na https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf, (pristupljeno dana 4.5.2019.)

19 *Ibid.*

20 CROSBİ, Gumzej Nina, Europski okvir zaštite podataka, str. 4, (internet) Dostupno na https://bib.irb.hr/datoteka/951272.Nina_Gumzej_-_Europski_okvir_zatite_osobnih_podataka_aktualnosti_PFZ2016.pdf (pristupljeno 4.5.2019.)

zaštite ličnih podataka zauzima stav kako IP adrese, u velikom broju slučajeva jesu lični podaci.²¹

Iz prednje navedenoga se da zaključiti da podaci kojima se koriste digitalni marketari u svojim kampanjama jesu lični podaci te da u obradi istih treba primjenjivati načela obrade i prikupljanja ličnih podataka navedenih u Uredbi. Naime, tragovi koje ostavlja pojedinac na internetu, posebno u kombinaciji sa jedinstvenim identifikatorima i drugim informacijama koje primaju poslužitelji, mogu se upotrijebiti za izradu profila pojedinaca i njihovu identifikaciju.

4.2. Privola u digitalnom marketingu i cookie

Prema načelima obrade ličnih podataka oni moraju biti obrađivani zakonito, pošteno i transparentno. Prikupljaju se u posebne, izričite i zakonite svrhe i u određenom vremenskom razdoblju, odnosno ne smiju se obrađivati na način koji nije u skladu sa tim svrhama te se moraju obrađivati na način kojim se osigurava odgovarajuća sigurnost ličnih podataka.²²

Zakonitost obrade, odnosno jedan od osnova prikupljanja podataka je kamen spoticanja za kompanije koje se koriste podacima korisnika.

Prema Uredbi obrada je zakonita samo ako "(...) je ispitanik dao jasnu i izričitu privolu (...); ako je obrada nužna za izvršavanje ugovora u kojem je ispitanik stranka (...); ako je obrada nužna radi poštovanja pravnih obaveza voditelja obrade; obrada je nužna kako bi se zaštitili ključni interesi ispitanika ili je nužna za izvršavanje zadaće od javnog interesa i naposljetku obrada je zakonita ako je nužna za potrebe legitimnih interesa voditelja obrade ili treće strane (...).

Privola bi se trebala davati jasnom potvrdnom radnjom kojom se izražava dobrovoljan, poseban, informiran i nedvosmislen pristanak ispitanika na obradu ličnih podataka koji se odnose na njega, to bi moglo obuhvaćati označavanje polja kvačicom pri posjetu internetskim stranicama, biranje tehničkih postavki usluga informacijskog društva ili drugu izjavu ili ponašanje koje jasno pokazuje u tom kontekstu da ispitanik prihvaća predloženu obradu svojih ličnih podataka. Šutnja, unaprijed kvačicom označeno polje ili manjak aktivnosti ne bi se smjeli smatrati privolom. Privola bi trebala obuhvatiti sve aktivnosti obrade koje se obavljaju u istu svrhu ili svrhe. Kada obrada ima višestruke svrhe, privolu bi trebalo dati za sve njih.²³

Jasno je dakle da prema Uredbi moramo da tražimo dozvolu ukoliko u naše cookies²⁴ smještamo lične podatke a kako većina web stranica koristi Google

21 Hustinx Peter, Protection of personal data on-line: the issue of IP addresses, 2009, str.16-17, Dostupno na: <https://edps.europa.eu> (pristupljeno 29.04.2019.)

22 Uredba 2016/679, Članak 5. stav 1.

23 *Ibid.* uvodna odredba br. 32

24 male datoteke koje internetski preglednici spremaju na naše računalo pri pristupanju pojedinim web-sjedištima kako bi se omogućila dodatna funkcionalnost tih stranica te zapamtili podaci o korisniku. Postoji više vrsta kolačića koji su namijenjeni za različite svrhe prikupljanja i različite podatke.

Analytics, Facebook Pixel i razne druge pluginove koji pamte makar IP adresu, neophodan je izričit pristanak korisnika.

5. Teritorijalna primjena GDPR-a

S obzirom na svoju pravnu prirodu Uredba za razliku od Direktive više ne sadrži kolizijsko pravilo kojim se utvrđuje mjerodavno pravo određene države članice.²⁵ Uredba se odnosi na svaku vrstu kontrolora ili obrađivača, bez obzira da li su oni fizičke ili pravne osobe, ukoliko provode obradu ličnih podataka građana EU²⁶. Uredba prvenstveno pruža zaštitu u odnosu na obradu ličnih podataka od strane kontrolora ili obrađivača ukoliko je njihov poslovni nastan u EU, bez obzira da li sam nositelj ličnih podataka živi u EU ili izvan EU. Nadalje, Uredba se odnosi i na obradu ličnih podataka nositelja podataka, građana EU koju obavljaju kontrolori ili obrađivači bez poslovnog nastana u Uniji, ukoliko se obrada odnosi na nuđenje robe ili usluga nositeljima ličnih podataka u Uniji ili se odnosi na praćenje ponašanja nositelja ličnih podataka dokle god se njihovo ponašanje odvija unutar Unije.²⁷

Ovdje je bitno odrediti kome se zapravo nudi određena roba ili usluga, odnosno šta se iz toga može protumačiti. Dodatna pojašnjenja u Uredbi bitna su za pravilnu ocjenu navedene situacije, prema kojem je potrebno utvrditi da li je očito namjeravano nuđenje usluga ili robe ispitanicima u Uniji od strane takvog voditelja obrade ili izvršitelja obrade. Pritom se pojašnjava kako čimbenici kao što su sama dostupnost internetskih stranica (voditelja ili izvršitelja obrade) u EU-u ili dostupnost adresa elektroničke pošte i drugih kontaktnih podataka ili samo korištenje jezikom pojedine države članice a koji se ujedno općenito koristi u trećoj zemlji gdje voditelj obrade ima poslovni nastan, neće samo po sebi dovesti do primjene Uredbe jer nedovoljno ukazuju na namjeravanu ponudu usluga i robe ispitanicima u EU-u. Međutim, prema Uredbi to jesu pokazatelji, kao što je korištenje jezikom, odnosno valutom koja se inače koristi u jednoj ili više država članica EU-a iako se ne radi o službenom jeziku odnosno valuti u zemlji poslovnog nastana; te spominjanje kupaca ili korisnika koji se nalaze u EU-u.²⁸ Iz ovog bi se dalo zaključiti da Bosna i Hercegovina, odnosno kompanije u BiH,

25 Brkan Maja, Data protection and conflict-of-laws: a challenging relationship, European Data Protection Law Review, vol. 2, br. 3, 2016, str.336

26 Alan & Overy, Preparing for the General Data Protection Regulation, januar 2018, str. 6. (internet) Dostupno na <http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/Radical%20changes%20to%20European%20data%20protection%20legislation.pdf>, (pristupljeno 4.5.2019.)

27 Mrkonjić Petar, Opća uredba Europske unije o zaštiti osobnih podataka sa osvrtom na kompatibilnost bosanskohercegovačkog sustava zaštite osobnih podataka sa novim europskim okvirom, str.6, (internet) Dostupno na: www.cceol.com (pristupljeno 2.5.2019.)

28 Gumzej Nina, Uredba o zaštiti osobnih podataka, str. 21, (internet) Dostupno na: file:///C:/Users/HOME/Downloads/951269.Nina_Gumzej_Uredba_o_zatiti_osobnih_podataka_FP2017_1.pdf (pristupljeno 2.05.2019.)

trebaju slijediti načela zaštite i obrade ličnih podataka koje su propisane Uredbom i to po dva osnova.

Prvi je svakako Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju koji obavezuje države potpisnice, a to je i BiH, da postepeno prilagođavaju svoje zakonodavstvo pravnoj stečevini Evropske unije.²⁹ Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica sa jedne strane, i Bosne i Hercegovine sa druge strane, potpisan je u Luksemburgu 16. juna 2008. godine, a stupio je na snagu 1. juna 2015. godine.³⁰

Drugi osnov proizlazi iz same Uredbe i njene teritorijalne primjene. Sudeći prema prednje navedenom, kompanije koje nude robu / uslugu na jeziku i u valuti jedne od zemalja članica EU trebaju poštovati načela Uredbe. Ovo bi dakle konkretno značilo da napr. web stranica – web shop koji ima cijene naznačene u Eurima ili drugo obilježje, po kojem se da zaključiti da se roba nudi upravo osobama sa područja EU, treba poštovati načela Uredbe, nadalje, ukoliko stranica prati ponašanje lica u EU (pixeli isl.) dužna je također poštovati načela obrade i prenosa ličnih podataka.

5.1. Transfer ličnih podataka u treće zemalje

Obzirom na Snowden-ova otkrića u 2013. godini, kao i brojna naknadna utvrđena curenja podataka (Uber u 2017., FedEx i najnovije Cambridge Analytica i Facebook 2018. godine) prenos ličnih podataka u treće zemlje postaje jedno od najkontroverznijih pitanja zaštite podataka. Valjanost različite osnove za prenos podataka trećim zemljama i međunarodnim organizacijama bio je predmet spora više nego jednom pred Sudom Evropske unije.

Kao što je Sud EU zaključio, razina zaštite u trećim zemljama ne mora biti identična onoj u EU, ali treba pružiti ekvivalentnu zaštitu onoj koja je zajamčena u EU. Osnovna ekvivalentnost, prije svega, uključuje visoku zaštitu temeljnih prava u trećoj državi koja proizlazi iz sadržaja primjenjivih pravila u toj zemlji koja pak proizlaze iz njezina domaćeg ili međunarodnog prava, obavezama i praksi, kao i učinkovitim sredstvima zaštite temeljnih prava.³¹

Uredba prepoznaje više osnova prenosa podataka trećim zemljama, što detaljnije reguliše u V. Poglavlju. U Članu 44. Stoji da “Svaki prenos ličnih podataka (...) odvija se jedino ako (...) voditelj obrade i izvršitelj obrade djeluju u skladu sa uslovima iz ovog poglavlja.”

Prenos podataka u treće zemlje, koji ne zahtijeva posebno odobrenje jeste prenos

29 Direkcija za Evropske integracije, (internet) Dostupno na: http://www.dei.gov.ba/dei/bih_eu/sporazum/default.aspx?id=9812&langTag=bs-BA (pristupljeno 4.5.2019.)

30 *Ibid.*

31 Vrbljanac Danijela, Personal Data Transfer to Third Countries –Disrupting the Even Flow? Athens Journal of Law - Volume 4, Issue 4, str 5

podataka na osnovu Odluke o primjerenosti.³² Ovakvu Odluku Komisija donosi kada odluči da treća zemlja, područje ili jedan ili više sektora unutar te treće zemlje osigurava primjerenu razinu zaštite ličnih podataka. Ovdje se uzima u obzir kako treća zemlja poštuje vladavinu prava, pristup pravosuđu kao i međunarodne norme i standard ljudskih prava.³³ U vrijeme kada je Opća uredba o zaštiti podataka postala primjenjiva, treće zemlje koje osiguravaju odgovarajuću razinu zaštite bile su Andora, Argentina, Kanada (samo komercijalne organizacije), Farski otoci, Guernsey, Izrael, otok Man, Jersey, Novi Zeland, Švicarska, Urugvaj i SAD (ako primatelj pripada "Zaštiti privatnosti").³⁴ Komisija ima dužnost i obavezu konstantno pratiti djelovanje odluka o razini zaštite, te ukoliko utvrdi da treća zemlja, organizacija ili područje više ne osiguravaju primjerenu razinu zaštite, tada se prenos podataka u tu treću zemlju, organizaciju ili područje treba zabraniti. Ukoliko gore pomenuta Odluka nije donesena, lični podaci se mogu prenijeti samo ako je voditelj obrade ili izvršitelj obrade predvidio odgovarajuće zaštitne mjere i pod uslovom da su ispitanicima na raspolaganju provediva prava i učinkovita sudska zaštita.³⁵

Obavezujuća korporativna pravila su odgovarajuće mjere zaštite koje se mogu koristiti za prenos podataka unutar skupine poduzetnika. Oni firmama omogućuju prenos ličnih podataka u svoje podružnice koje nisu članice EEA.³⁶

Komisija nije donijela Odluku o primjerenosti koja se odnosi na Bosnu i Hercegovinu a obzirom da Unija toleriše izvoz ličnih podataka u treće zemlje samo pod uslovom da te zemlje osiguravaju odgovarajuću razinu zaštite ličnih podataka, budućnost izvoza ličnih podataka u BiH je vrlo upitna, što bi moglo imati dalekosežne posljedice i stvoriti ozbiljne probleme ne samo institucijama BiH već i poslovnim subjektima sa poslovnim nastanom u BiH.

6. Analiza stanja u BiH u pogledu zaštite ličnih podataka

Pravni okvir zaštite ličnih podataka Bosne i Hercegovine seže iz 2006. godine, stupanjem na snagu Zakona o zaštiti ličnih podataka, odnosno 2011. kada su se dogodile izmjene i dopune istog.

Cilj Zakona jeste svim osobama u BiH, bez obzira na državljanstvo ili prebivalište osigurati zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda a prvenstveno pravo na tajnost glede obrade ličnih podataka koji se na njih odnose.³⁷ Nakon određenja predmeta kao dodatni cilj ovog zakona, stoji da se Zakonom osniva Agencija za zaštitu

32 Uredba, op. cit. Član 45.

33 *Ibid.* uvodna odredba br. 104

34 Inter Consulting, (internet) Dostupno na: <https://gdpr-info.eu/issues/third-countries/> (pristupljeno 2.05.2019.)

35 Uredba, op. cit. Član 46.

36 Vrbljanac Danijela, op. cit. str. 9

37 Zakon o zaštiti ličnih podataka, Službeni glasnik BiH broj 76/11, Članak 1. stav 1.

ličnih podataka, utvrđuje se njena nadležnost, ustroj i upravljanje (...).³⁸ U svjetlu Uredbe nju bi mogli okarakterisati i svrstati pod definiciju nadzornog tijela, obzirom da se njoj podnose prigovori u pogledu kršenja načela zaštite i obrade ličnih podataka.

Zakon o zaštiti lični podataka, obzirom na datum donošenja je zastarjeo i to prvenstveno zbog toga što nije u dovoljnoj mjeri kompaktilan sa Uredbom. Naš zakonodavni okvir zaštite ličnih podataka nije prilagođen novom digitalnom vremenu jer ne može osigurati zaštitu privatnosti u okolnostima masovne obrade ličnih podataka.³⁹ Jedna od glavnih razlika između Uredbe i našeg zakonodavstva je da Uredba prepoznaje realne rizike digitalnog vremena poput automatizirane obrade podataka koja uključuje profiliranje⁴⁰, zaštitne mjere poput pseudonimizacije⁴¹ te prava nositelja podataka poput prava na prenosivost podataka. Nositelj ličnih podataka u BiH trenutno nema mogućnost prigovor podnijeti automatiziranim putem, koristiti se pravom na zaborav⁴², niti od kontrolora zatražiti da njegove lične podatke automatskim putem dostavi drugom kontroloru radi ostvarenja određenih interesa nositelja podataka.

Agencija za zaštitu podataka je poduzela određene aktivnosti na izradi prijedloga novog Zakona uz podršku za razumijevanje standarda Uredbe preko TAIEX⁴³ instrumenta EU te su zahvaljujući tome i zakonodavni organi Bosne i Hercegovine pokrenuli aktivnosti na procesu izmjene i dopune Zakona.

Pored toga što institucije BiH ne poduzimaju aktivnosti usklađivanja zakonodavstva sa pravnom stečevinom EU, oni i konstantno krše prava vezana za zaštitu ličnih podataka. Prema Izvještaju o zaštiti ličnih podataka iz 2017.god., Agencija je zaprimila 96 prigovora nositelja ličnih podataka. Poražavajuća činjenica jeste da se od tog, 57 prigovora odnosi protiv javnih tijela dok ostalih 39 se odnosi na privredne subjekte.⁴⁴ Upravo ovo predstavlja jedan od osnova zbog kojih postoji

38 *Ibid.* Stav 2.

39 Mrkonjić Petar, op.cit. str. 23

40 svaki oblik automatizirane obrade ličnih podataka koji se sastoji od uporabe osobnih podataka za ocjenu određenih osobnih aspekata povezanih s pojedincem, posebno za analizu ili predviđanje aspekata u vezi s radnim učinkom, ekonomskim stanjem, zdravljem, osobnim sklonostima, interesima, pouzdanošću, ponašanjem, lokacijom ili kretanjem tog pojedinca

41 obrada ličnih podataka na način da se lični podaci više ne mogu pripisati određenom ispitaniku bez upotrebe dodatnih informacija, pod uslovom da se takve dodatne informacije drže odvojeno te da podliježu tehničkim i organizacijskim mjerama kako bi se osiguralo da se lični podaci ne mogu pripisati pojedincu čiji je identitet utvrđen ili se može utvrditi

42 ili "Pravo na brisanje" znači da ispitanik ima pravo od voditelja obrade ishoditi brisanje ličnih podataka koji se na njega odnose bez nepotrebnog odgađanja te voditelj obrade ima obavezu obrisati lične podatke bez nepotrebnog odgađanja ako je ispunjen jedan od uslova iz Uredbe 2016/679, Članak 17.

43 Technical Assistance and Information Exchange predstavlja instrument Evropske komisije za tehničku podršku i razmjenu informacija, odnosno za pružanje kratkoročne tehničke pomoći novim državama članicama te zemljama u procesu pristupanja Evropskoj uniji u oblastima preuzimanja zakonodavstva Evropske unije i njegovog provođenja u domaći pravni sistem.

44 Izvještaj o zaštiti ličnih podataka za 2017.godinu, podnosi Agencija za zaštitu ličnih podataka dana 12.07.2018. godine Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine

opravdana sumnja da bi Komisija mogla zabraniti izvoz ličnih podataka u BiH, obzirom da njene institucije ne poštuju pravnu stečevinu EU te tako ni građani nemaju adekvatnu zaštitu ne samo u ovom polju ličnih prava i sloboda.

7. ZAKLJUČAK

U nedavno provedenom istraživanju stoji da bi računalo moglo tačnije predvidjeti ličnost pojedinca nego kolega na poslu analizirajući samo 10 lajkova; tačnije od prijatelja sa 70 lajkova, preciznije od člana porodice (roditelj, brat / sestra) sa 150, a supružnika sa 300 lajkova⁴⁵.

Baze podataka o pojedincima sadrže podatke kao što su njegovo kretanje, brzina hoda, vrijeme provedeno na određenoj lokaciji, te detalje kao što su sa kojim uređajem je isti pristupio mreži, koje je stranice posjećivao, šta je tačno na njima radio i tako dalje u nedogled. Ovi podaci su svakako od koristi pogotovo za ekonomski razvoj i saradnju, međutim često budu i predmet zloupotrebe. Novi zakonodavni okvir Unije insistira na zaštiti pojedinca, i to ne samo unutar granica EU, već i na njihovoj zaštiti u slučaju daljnjeg prenosa izvan granica EU. Drakonske kazne, koje su predviđene u samom GDPR-u su svakako jedan od razloga, zbog kojih je svaki poslovni subjekt poboljšao i zakonski više prilagodio obradu i prikupljanje ličnih podataka.

Digitalni marketing u Bosni i Hercegovini još uvijek nije dovoljno razvijen, marketari ne raspolažu detaljnim bazama podataka kao oni u EU, što ne treba značiti da institucije ne trebaju uložiti više napora na osvješćivanju građana o zaštiti ličnih podataka, odnosno trebali bi uložiti izvjesne napore u donošenje takvog zakonskog okvira koji bi bio kompatibilan sa propisima EU, što bi uvelike poboljšalo poslovni ambijent ali i doprinjelo zaštiti pojedinca glede obrade i kretanja ličnih podataka.

Uredbu mnogi smatraju vrlo komplikovanim i konfuznim propisom, te tako ni ne postoji kompanija koja je 100% "GDPR compliant".

Trenutno su kompanije sa poslovnim nastanom u Bosni i Hercegovini prepuštene "same sebi" i vlastitom tumačenju Uredbe, čime se direktno izlažu riziku, obzirom da kod nas još uvijek nema dovoljno ni znanja ni iskustva u pogledu zaštite ličnih podataka, niti je izgrađena svijest o istom.

45 Univerzity of Cambridge, Computers using digital footprints are better judges of personality than friends and family, (internet) Dostupno na: <https://www.cam.ac.uk/research/news/computers-using-digital-footprints-are-better-judges-of-personality-than-friends-and-family> (pristupljeno 13.3.2019.)

Literatura

a) Knjige

1. Krstić Nataša, Digitalni marketing, Fakultet za medije i komunikacije, Univerzitet Singidunum, Beograd 2017.
2. Akcija, Osnove digitalnog marketinga, (e-knjiga), Dostupno na: <http://akcija.com.hr>,
3. Meškić Zlatan, Darko Samardžić, Pravo Evropske unije I, 2012/12/15

b) Članci

1. Brkan Maja, Data protection and conflict-of-laws: a challenging relationship, European Data Protection Law Review, vol. 2, br. 3, 2016
2. Gumzej Nina, Europski okvir zaštite podataka, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu
3. Gumzej Nina, Europski okvir zaštite podataka, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, CROSBİ
4. Gumzej Nina, Uredba o zaštiti osobnih podataka, s.n. Dostupno na: file:///C:/Users/HOME/Downloads/951269.Nina_Gumzej_Uredba_o_zatiti_osobnih_podataka_FP2017_1.pdf
5. Hustinx Peter, Protection of personal data on-line: the issue of IP addresses, 2009, Dostupno na: <https://edps.europa.eu>
6. Mrkonjić Petar, Opća uredba Europske unije o zaštiti osobnih podataka sa osvrtom na kompatibilnost bosanskohercegovačkog sustava zaštite osobnih podataka sa novim europskim okvirom, Dostupno na: www.ceeol.com
7. Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor, Privacy and competitiveness in the age of big data, Dostupno na: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf,
8. Vrbljanac Danijela, Personal Data Transfer to Third Countries – Disrupting the Even Flow? Athens Journal of Law - Volume 4, Issue 4,

c) Web stranice

1. Direkcija za Evropske integracije, <http://www.dei.gov.ba>
2. Evropski parlament, <http://www.europarl.europa.eu>
3. Inter Consulting, <https://gdpr-info.eu>
4. OmniCore Agency, www.omnicoreagency.com
5. University of Cambridge, Computers using digital footprints are better judges of personality than friends and family, <https://www.cam.ac.uk>

d) Pravni propisi

1. Uredba 2016/679 o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktivu 95/46/EZ
2. Direktiva 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 24. listopada 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka, 23.11.1995., Službeni list Europskih zajednica L 281/31
3. Direktiva 2002/58/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. srpnja 2002. o obradi osobnih podataka i zaštiti privatnosti u području elektroničkih komunikacija, 31.07.2002., Službeni list Europskih zajednica L 201/37
4. Direktiva 2006/24/EZ Europskog Parlamenta i Vijeća od 15. ožujka 2006. o zadržavanju podataka dobivenih ili obrađenih u vezi s pružanjem javno dostupnih elektroničkih komunikacijskih usluga ili javnih komunikacijskih mreža i o izmjeni Direktive 2002/58/EZ, 13.4.2006., Službeni list Europske unije L 105/54
5. Zakon o zaštiti ličnih podataka, Službeni glasnik BiH broj 76/11
6. Povelja o osnovnim pravima Evropske unije (2010/C 83/02)
7. Ugovor o funkcioniranju Europske unije, (UFEU), 7.6.2016., Službeni list Evropske Unije C 202/1

e) Sudska praksa

1. Zbornik sudske prakse, Presuda od 6. listopada 2015., Schrems, C-362/14, EU:C:2015:362
2. Zbornik sudske prakse, Presuda od 13. svibnja 2014., Google, C-131/12, EU:C:2014:131

f) Ostalo

1. Izvještaj o zaštiti ličnih podataka za 2017.godinu, Agencija za zaštitu ličnih podataka podnosi Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine, 12.07.2018. godine

Alma Đukić, MA

Doctoral student at Faculty of Law, University “Džemal Bijedić” Mostar

THE IMPACT OF GDPR ON DIGITAL MARKETING IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Abstract: Privacy protection, as well as personal information, is a fundamental human right guaranteed by many legal regulations. Digital marketers are using our personal data to create offers of their products and services. Due to the growing misuse of personal data, the European Union is making some sort of reform in this area by adopting the Regulation 2016/679, which puts the Directive 95/46 / EC out of force. Also, the European Court played a significant role in the reform process, particularly in Case C-362/14 Maximillian Schrems v. Commissioner for Data Protection.

Bosnia and Herzegovina, although is not a member of the EU, is obliged to respect privacy policies propagated by the EU in view of the enacted SAA and also the extended territorial scope of the Regulation.

Companies that have their headquarters in Bosnia and Herzegovina, which offer goods or services or researching a consumer behavior in the EU, are obliged to respect Regulative, according that, the primary objective of this paper will be a diagnose the current situation in Bosnia and Herzegovina in the areas of personal data protection and aspects of digital marketing, as well as profiling the possible ways to improvement emphasizing the movement, processing and protection of such data.

Key words: personal data, GDPR, case C-362/14, digital marketing

PROCES USKLADIVANJA ZAKONODAVSTVA U BOSNI I HERCEGOVINI SA ACQUISOM – ISKUSTVA I PREPORUKE

Sažetak: Bosna i Hercegovina kao složeno uređena država je na putu u članstvo u Evropskoj uniji preuzela obavezu usklađivanja zakonodavstva sa acquisom. Na tom putu zakonodavstvo na svim nivoima vlasti mora biti preuzeto i usklađeno sa svih 35 poglavlja iz acquisa.

Sa aspekta složenosti ustavnog uređenja u Bosni i Hercegovini, postavlja se pitanje da li će se u rokovima uspjeti implementirati obaveza usklađivanja domćeg zakonodavstva sa acquisom, te da li će se kroz komplikovan sistem koordinacije evropskih integracija na jedinstven način pratiti usklađivanje zakonodavstva u Bosni i Hercegovini.

Kroz rad će se analizirati postojeće obaveze koje su preuzete u procesu usklađivanja zakonodavstva na putu pristupanja u članstvo Evropske unije, definisati problematika koja bi se mogla pojaviti u procesu usklađivanja zakonodavstva u Bosni i Hercegovini sa acquisom s obzirom na složeno ustavno uređenje Bosne i Hercegovine, te će se dati odgovarajuće preporuke.

Ključne riječi: acquis, usklađivanje zakonodavstva, pristupanje Evropskoj uniji, Bosna i Hercegovina, ustavno uređenje

UVOD

Proces pristupanja jedne države Evropskoj uniji je pažljivo vođen proces koji pomaže u transformaciji uključenih zemalja te doprinosi miru, stabilnosti, napretku, demokratiji, ljudskim pravima i vladavini prava širom Evrope. Na osnovu člana 49. Ugovora o Evropskoj uniji, svaka država u Evropi može podnijeti zahtjev za članstvo. Pridruživanje, međutim, može uslijediti jedino ako država koja je podnijela zahtjev ispuni sve kriterije pridruživanja, poznate kao Kriteriji iz Kopenhagena.

Ti kriteriji, koje je utvrdilo Evropsko vijeće u Kopenhagenu 1993, a dopunilo Evropsko vijeće u Madridu 1995. godine su sljedeći:

- politički stabilne institucije koje garantiraju demokratiju, vladavinu zakona, poštivanje ljudskih prava, te prava i zaštitu manjina;
- ekonomski funkcionalna tržišna ekonomija i kapaciteti koji su sposobni da se izbore s konkurencijom i uslovima koji vladaju na tržištu EU;

- sposobnost da se preuzmu obaveze koje proizilaze iz članstva, uključujući posvećenost političkim, ekonomskim i monetarnim ciljevima EU;
- usvajanje pravne stečevine EU (acquisa) i njeno efikasno provođenje kroz odgovarajuće administrativne i pravosudne strukture.

Bosna i Hercegovina kao potencijalna članica Evropske unije je u proteklom periodu podnijela zahtjev za članstvo u Evropskoj uniji, dostavila odgovore na Upitnik Evropske komisije, a zadnja aktivnost je bila 4.marta 2019. kada su predati odgovori na dodatna pitanja iz Upitnika. U narednom periodu Bosnu i Hercegovinu očekuje mišljenje i preporuka koju Evropska komisija upućuje Evropskom vijeću, a ono će donijeti konačnu odluku o tome da li će se odobriti status kandidatkinje za članstvo u EU.

Rad se bavi tematikom usklađivanja zakonodavstva u Bosni i Hercegovini sa pravnom stečevinom Evropske unije, iskustvima i mogućim preprekama koje se mogu naći u tom procesu, kao preporukama koje mogu poboljšati čitav taj proces.

1. Acquis (Pravna stečevina EU)

Cijelokupno zakonodavstvo i praksa EU naziva se pravnom stečevinom EU ili *acquis*., odnosno poznat pod ranijim nazivom *acquis communautaire*. Stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona 2009. riječ *communautaire* (fr. *Communauté*, en. *Community* – Zajednica) nestaje i u potpunosti je zamjenjuje termin Evropska unija. Ipak, još uvijek postoji veliki broj dokumenata u kojima je korištena riječ *communautaire*, gdje znači isto što i EU, a iz razloga što su Ugovor o osnivanju Evropske zajednice i Ugovor o Evropskoj uniji sada objedinjeni Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije.¹

Najčešća podjela *acquisa* dijeli se na primarno i sekundarno zakonodavstvo². Pojedini autori tu svrstavaju i sudsku praksu Suda EU.

Primarno zakonodavstvo čine osnivački ugovori Zajednica zajedno sa ugovorima koji sadrže njihove izmjene i dopune, te ugovori o pristupanju novih članica od početka proširenja do danas. Ugovori određuju područja politika u kojima EU ima isključivu ili podijeljenu nadležnost. U isto vrijeme oni sadrže odredbe o institucijama, postupcima za donošenje odluka, te općim načelima prava EU.

Sekundarno zakonodavstvo sastoji se od pravnih akata koji proizilaze iz ugovora i koji su doneseni putem postupaka za donošenje odluka institucija EU. Sekundarno zakonodavstvo obuhvata osnovne akte i provedbene mjere. Osnovne akte donose Evropski parlament i Vijeće Evropske unije, a provedbene mjere Evropska komisija. Provedbene mjere nadopunjavaju postojeće propise koje su već donijeli Vijeće i Parlament. Sud EZ-a, sudska praksa i sporazumi EU s trećim državama i

1 http://www.dei.gov.ba/dei/o_eu/sporazumi/default.aspx?id=55&langTag=bs-BA

2 Vukadinović R.: Uvod u institucije i pravo Evropske unije, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2008., str. 126.

međunarodnim organizacijama također spadaju sekundarno zakonodavstvo EU.³ To znači da Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između BIH i EU spada u sekundarno zakonodavstvo.

Prema Ugovoru o osnivanju EZ-a (član 249.) postoje tri glavna instrumenta koja se koriste u sekundarnom zakonodavstvu: uredbe, direktive i odluke.

Uredba predstavlja propis kojeg karakterišu opštost, apstraktnost, obaveznost i neposredna primjenjivost u pravu država članica.⁴ Uredbe su obavezujuće od riječi do riječi u svim državama članicama, te su neposredno primjenjuju u nacionalnom pravu, za njih nije ni potreban niti dopušten nacionalni akt kojim ih se preuzima. Načelo neposredne primjene propisa EU, koje se koristi za davanje učinka uredbama u državama članicama, ne primjenjuje se na države kandidatkinje. Budući da SSP ne sadrži pravnu osnovu za prijenos zakonodavne nadležnosti na nivo EU, BiH mora donijeti pravni akt kojim određenoj uredbi daje snagu u nacionalnom pravu. To znači da je prije pristupanja sadržaj uredbi EU obavezujući ako je donesen nacionalni propis kojim se preuzima uredba EU, a nacionalni sudovi zadržavaju nadležnost u pogledu tumačenja uredbi.

Direktive su pravno obavezujuće, ali samo u odnosu na cilj koji je određen u direktivi. Za razliku od uredbi, direktive u pravilu nisu direktno primjenjive. To znači da u određenoj mjeri nacionalna tijela mogu i moraju odrediti detalje u pogledu provedenja direktive.

Odluke su obavezujuće u cijelosti. Odluke mogu također, za razliku od direktiva, biti upućene pojedincima ili preduzećima. Odluke stupaju na snagu nakon što su saopštene onome na koga glase. To znači da odluke imaju direktan učinak u državama članicama⁵.

2. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju

Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica sa jedne, i Bosne i Hercegovine sa druge strane (u daljem tekstu: SSP) Bosna i Hercegovina se obavezala uskladiti svoje zakonodavstvo sa zakonodavstvom Evropske unije.

U članu 1. SSP-a, kao jedan od prioriternih ciljeva pridruživanja navodi i usklađivanje zakonodavstva Bosne i Hercegovine sa zakonodavstvom Evropske unije, te efikasno okončanje prelaska na tržišni način privređivanja.⁶ Član 70. Sporazuma u cijelosti je posvećen obavezi provođenja reformi u pravcu

3 Priručnik za usklađivanje zakonodavstva, Ministarstvo vanjskih poslova i evropskih integracija, Zagreb, 2006., str.27.

4 Misita N.: Evropska unija, osnivanje i razvoj, Revicon, Sarajevo, 2010.str.172.

5 Priručnik, op.cit., str.28.

6 Tekst SSP-a dostupan na: http://www.dei.gov.ba/dei/bih_eu/sporazum/glavni_text/default.aspx?id=1172&langTag=bs-BA

usklađivanja navedenih zakonodavstava: „Strane priznaju važnost usklađivanja postojećeg zakonodavstva Bosne i Hercegovine sa zakonodavstvom unije, kao i njegovog efikasnog provođenja. Bosna i Hercegovina nastojat će osigurati postepeno usklađivanje svojih postojećih zakona i budućeg zakonodavstva s pravnom tečevinom (acquisom) Unije. Bosna i Hercegovina osigurat će propisnu primjenu i provođenje postojećeg i budućeg zakonodavstva“. Navednu obavezu BiH je preuzela danom potpisivanja SSP-a. Tako se u ranijoj fazi BIH obavezala na elemente koji potiču iz oblasti unutrašnjeg tržišta, kao i u oblasti trgovine. U periodu po stupanju na snagu SSP-a, BIH se obavezala da će svoje zakonodavstvo usklađivati i u odnosu na druge tematske cjeline iz pravne stečevine EU.

SSP je potpisan u Luksemburgu 16. juna 2008. godine, a stupio je na snagu 1. juna 2015. godine. Zamijenio je Privremeni sporazum o trgovini i trgovinskim pitanjima, koji je bio na snazi od 1. jula 2008. godine. Međunarodni ugovori koje zaključi Evropska zajednica u hijerarhiji pravnih normi nalaze se između osnivačkih ugovora i sekundarnih izvora prava EU – uredbi, direktiva i odluka koje usvajaju institucije EU.

Kada je riječ o položaju SSP-a u pravnom sistemu BiH, potrebno je potražiti odgovor u članu III/3(b) Ustava BiH, koji utvrđuje da su opšta načela međunarodnog prava sastavni dio pravnog poretka BiH.⁷ Također, Ustavni sud BiH je u svojoj odluci U-5/09 nedvosmisleno utvrdio da domaće pravo mora biti usklađeno sa opštim načelima međunarodnog prava.⁸ Ovakvo stajalište Ustavnog suda potvrđuje da je načelo *pacta sunt servanda* jedno od opštih načela međunarodnog prava i da je“ član III/3(b) Ustava Bosne i Hercegovine povrijeđen u situaciji kada domaći zakon nije u skladu sa odredbama opšteg pravila međunarodnog prava *pacta sunt servanda* [...] kao i kad nije u skladu sa odredbama međunarodnog ugovora kojem je Bosna i Hercegovina pristupila“⁹

3. Usklađivanje zakonodavstva

Izraz usklađivanje ili harmonizacija označava postupak usklađivanja prava u cilju smanjenja i ublažavanja pravnih razlika koje su prisutne između pojedinih država ili pravnih sistema. Usklađivanje nacionalnog zakonodavstva sa pravnom stečevinom EU predstavlja ujednačavanje zakona, drugih propisa i administrativnih odredaba država članica s *acquisem* u svrhu uređivanja društvenih odnosa na nivou cijele EU na jedinstven način. Razlike u zakonodavstvima država članica otklanjaju se unifikacijom, usklađivanjem i koordinacijom.¹⁰

7 Tekst Ustava BiH dostupan na stranici Ustavnog suda BIH- <http://www.ccbh.ba/osnovni-akti/ustav/?title=clan-3>

8 Odluka dostupna na linku: http://www.ustavisud.ba/dokumenti/_bs/U-5-09-290456.pdf

9 Dmičić.M, Glodić.D: Usklađivanje pravnog sistema BiH sa *acquis-em* EU u svjetlu primjene privremenog sporazuma o trgovini i trgovinskim pitanjima, Zbor.rad. Pravnog fakulteta u Nišu, 2014, str.664.

10 Priručnik za izradu obraloženja propisa, USAID, Sarajevo, 2013., str.25.

BiH je u ispunjavanju obveze usklađivanja dužna usklađivati zakonodavstvo ne samo s direktivama, nego i s uredbama te mjerodavnim odlukama koje imaju zakonodavni karakter. Valja također napomenuti da je BiH, na osnovu članstva u Vijeću Europe te na osnovi ispunjavanja poslijepristupnih obveza, obvezna usklađivati svoje zakonodavstvo i s dokumentima Vijeća Europe.

Veoma važan segment u usklađivanju nacionalnog zakonodavstva je i prevođenje pravnih akata EU na jeziku države koja se priprema za članstvo. Pored toga, obaveza je svake države da poštuje osnovno demokratsko načelo dostupnosti i javnosti zakona, te svojim građanima obezbijedi pristup propisima na njima razumljivom jeziku. Prevođenje se u pravilu odvija u dva pravca. Previde se pravni propisi EU (acquis) radi pravovremenog usklađivanja zakonodavstva BiH u predmetnim područjima, kao i ostali dokumenti Evropske unije zbog jasnog razumijevanja obaveza koje proizlaze iz procesa evropskih integracija.¹¹ Pravni propisi BiH se prevode na engleski jezik kako bi institucije Evropske unije ustanovile usklađenost našeg zakonodavstva sa propisima EU. Terminologija koja nastaje u procesu prevođenja pravnih propisa i drugih dokumenata u procesu evropskih integracija se usklađuje sa resornim institucijama u BiH i objedinjena je u višejezičnoj terminološkoj bazi „BiHterm”.¹² Nakon što se tekstovi propisa donesenih na različitim nivoima u BiH prevedu na engleski jezik, unose se u Registar prevoda propisa BiH.¹³ Direkcija za evropske integracije je kao pomoć u prevodu propisa EU pripremila Pravilnik za prevođenje pravnih propisa Evropske unije, koji sadrži osnovna načela, pravila i preporuke koji se treba držati u procesu prevođenja.

Evropska komisija očekuje tačne i precizne podatke o usklađivanju zakonodavstva s *acquisom*. Evropska komisija očekuje podatke vezano za pravne akte kojima je izvršeno preuzimanje *acquisa* u domaće zakonodavstvo, zatim koji su pravni akti EU preuzeti njima, koje odredbe/članovi datih pravnih akata EU itd. U određenim slučajevima Evropska komisija traži i dostavu instrumenata usklađenosti (uporedni prikaz usklađenosti - engl. *tables of concordance*) te se mogu dostaviti kao prilog dokumenta. Također, Evropska komisija očekuje podatke za sve nadležne nivoe vlasti u određenom sektoru. Ovi podaci treba da budu ujednačeni u smislu njihovog obima i sadržaja. Ako se ne raspolaže podacima ili nije urađeno usklađivanje na određenom nivou vlasti, potrebno je to navesti. Također, potrebno je imati na umu da Evropska komisija uz informacije o usklađenosti s *acquisem* očekuje i podatke vezane za međusobnu usklađenost zakonodavstva na svim nadležnim nivoima vlasti u BiH u određenom sektoru.

Nivo vlasti odnosno institucija treba da iznese ocjene o usklađenosti isključivo u okviru svoje nadležnosti, bez ocjena ili poređenja vezanih za druge.¹⁴

11 <http://www.dei.gov.ba/dei/prevođenje/default.aspx?langTag=bs-BA>

12 Ibid.

13 Registar prevoda propisa BiH dostupan na: <http://www.regprev.dei.gov.ba/>

14 Smjernice za izvještavanje u procesu evropskih integracija, DEI, Sarajevo, 2017.

4. Sistem koordinacije procesa evropskih integracija u BiH

Obzirom na složeno ustavno uređenje BiH Vijeće ministara BiH je u septembru 2016. godine usvojilo Odluku o sistemu koordinacije procesa evropskih integracija u Bosni i Hercegovini. Ovom odlukom utvrđen je institucionalni i operativni sustav i način ostvarivanja koordinacije institucija u Bosni i Hercegovini na provođenju aktivnosti vezanih za procese evropskih integracija, kao i tijela, nadležnosti i sastav unutar mehanizma koordinacije.

Sistem koordinacije zasnovan je na načelima poštivanja postojeće unutrašnje pravne i političke strukture u Bosni i Hercegovini i zaštite ustavima utvrđenih nadležnosti svih nivoa vlasti i njihovih institucija u pojedinim područjima obuhvaćenim procesom evropskih integracija.¹⁵

Cilj stvaranja jednog ovakvog mehanizma je zapravo insistiranje institucija Evropske unije da unutar BiH postoji usaglašen „jedan glas“ u pogledu evropskih integracija BiH.

U okviru sistema koordinacije saradnja se ostvaruje na horizontalnom i vertikalnom nivou. U pogledu vertikalne saradnje uspostavljena su slijedeće tijela:

- a) Kolegij za evropske integracije (najviše političko tijelo na nivou premijera)
- b) ministarske konferencije (političko tijelo na nivou resornih ministara)
- c) Komisija za evropske integracije (nadležna ministarstva i tijela za oblast evropskih integracija)
- d) radne grupe za evropske integracije (nadležna tijela uprave iz pojedinih sektora)

Složenost ovog sistema ogleda se u sastavu gore poborjanih tijela i načinu odlučivanja. Naime, sastav ovih tijela čine ovlašteni predstavnici Vijeća ministara, Vlade Republike Srpske, Vlade Federacije BiH, predstavnici svih 10 vlada kantona, kao i predstavnik BD BIH. Način odlučivanja u svim ovim tijelima je konsenzus.¹⁶

Obzirom na tematiku ovog rada, poseban akcenat ćemo staviti na radne grupe za evropske integracije, u čiji sastav ulaze predstavnici institucija koje učestvuju u sistemu koordinacije, čija će zadaća biti pružanje operativne pomoći u čitavom sistemu. Također, ove komisije uspostavljaju se u skladu s pravnom stečevinom Evropske unije te u skladu s tematskim poglavljima i člancima Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.

Međutim, ove komisije ni nakoji način ne mogu nadomjestiti nadležne institucije sa svih nivoa vlasti u ispunjavanju obaveza BIH u procesu evropskih integracija. Za pitanje koordinacije u procesu usklađivanja zakonodavstva, veoma važnu ulogu će imati Komisija za evropske integracije, koju čine stalni i dopunski članovi. Svakako, važnost ove Komisije se ogleda u tome što će u njenom sastavu kao dopunski članovi biti po jedan predstavnik institucija BiH, entiteta, kantona

¹⁵ Član 2. Odluke o sistemu koordinacije procesa evropskih integracija u BiH (“Službeni glasnik BiH”, broj 72/16, 35/18)

¹⁶ Odluka, op.cit., član 3.

i Brčko Distrikta, a koji su zaduženi za davanje mišljenja, odnosno ocjenu usklađenosti akata s pravnom stečevinom Evropske unije.¹⁷ Sa aspekta složenosti ustavnog uređenja BiH i uloge svih nivoa vlasti u usklađivanju zakonodavstva sa *acquisom*, mora postojati koordinacija između ljudi koji su zaduženi za davanje mišljenja o usklađenosti propisa sa svih nivoa vlasti kroz Komsiju za evropske integracije.

U martu 2017. Vijeće ministara BiH donijelo je Odluku o uspostavljanju radnih grupa za evropske integracije. Oformljeno su 33 radne grupe, vezane za tematska poglavlja iz SSP.

U pogledu izvještavanja i dostavljanja materijala Evropske komisiji, mehanizam koordinacije ima najvažniju ulogu. Svi materijali koji se dostavljaju Evropskoj komisiji prethodno moraju biti odobreni od Vijeća ministara Bosne i Hercegovine, te odobreni od tijela u sistemu koordinacije.¹⁸

5. Usklađivanje zakonodavstva sa *acquisom* na državnom nivou i instrumenti za usklađivanje zakonodavstva

Direkcija za evropske integracije BiH priprema mišljenja i provjerava usklađenost propisa koje pripremaju i donose institucije Bosne i Hercegovine s pravnom stečevinom Evropske unije (*acquis*), pruža stručnu i tehničku podršku institucijama BiH prilikom rada na usklađivanju sa propisima Evropske unije i predlaže mjere i preduzima druge aktivnosti od značaja za proces usklađivanja s pravnom stečevinom Evropske unije.¹⁹

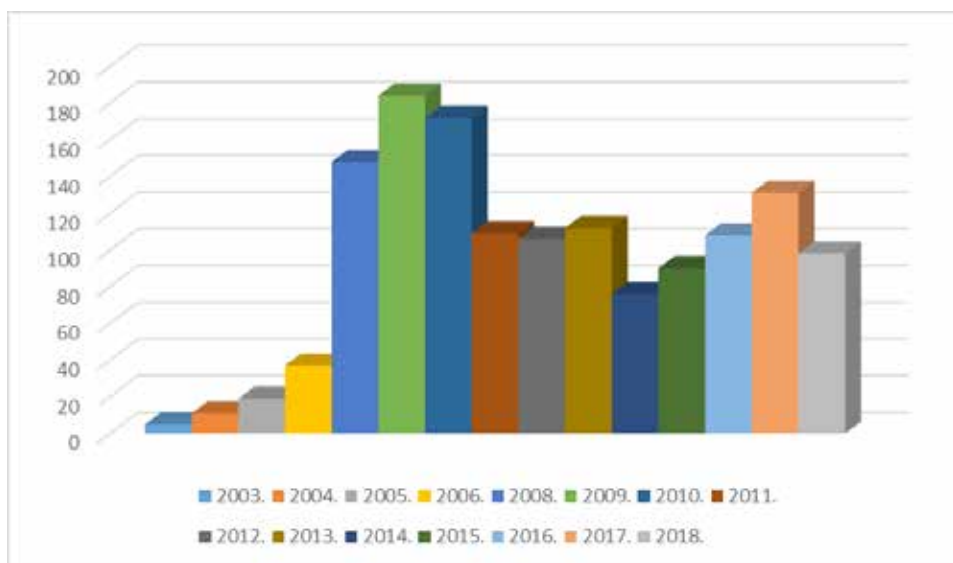
U periodu od 2003. godine do 2018. godine, Direkcija za evropske integracije je izdala 1505 mišljenja o usklađenosti pravnih propisa Bosne i Hercegovine sa pravnom stečevinom Evropske unije čiji su obrađivači/predlagači institucije Bosne i Hercegovine. Direkcija za evropske integracije ne vrši provjeru usklađenosti pravnih propisa sa *acquisom* na ostalim nivoima vlasti (entiteti i kantoni).²⁰

17 Član 7. Odluke o sistemu koordinacije procesa evropskih integracija u BiH ("Službeni glasnik BiH", broj 72/16, 35/18)

18 Odluka, op.cit. 12. stav 2.

19 Na osnovu Zakona o ministarstvima i drugim organima uprave Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH”, br.5103, 42/03, 26/04, 42/04, 45/06, 88/07, 35/09, 103/09, 19/16 i 83/17), Odluke o Direkciji za evropske integracije („Službeni glasnik BiH”, broj 41/03) i Odluke o postupku usklađivanja zakonodavstva Bosne i Hercegovine s pravnom stečevinom Evropske unije („Službeni glasnik BiH”, br. 75/16 i 2/18), Direkcija za evropske integracije provjerava usklađenost propisa koje izrađuju institucije Bosne i Hercegovine sa *acquisom*.

20 Podaci dobiveni po osnovu zahtjeva za slobodnim pristupom informacija, Rješenje Direkcije za evropske integracije UPT-0 I-MT-12-5-21 19 od 17.5.2019.god.



Grafikon 1. Broj mišljenja o usklađenosti propisa koje je izdala DEI institucijama BiH po godinama²¹

U razdoblju od 2003. godine do 2018. godine institucije Bosne i Hercegovine usvojile su 489 pravnih propisa koji su usklađivani sa 561 pravnim propisom Europske unije. Većina navedenih pravnih propisa djelomično je usklađena sa *acquisom*. Bitno je naglasiti kako je značajan dio *acquisa* koji preuzet u navedeno zakonodavstvo pretrpio izmjene i dopune ili je stavljen van snage, te je u tom smislu potrebno pristupiti usklađivanju sa važećim *acquisom*. Radi ilustracije možemo navesti primjer Zakona o javnim nabavama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH”, broj 39/14) koji je djelimično usklađen sa *acquisom* iz 2004. godine. Međutim, nakon donošenja Zakona 2014. godine, institucije EU su iste godine usvojile nove direktive koje su države članice morale preuzeti u svoj pravni sistem do 2016. godine. Dakle, postojeći Zakon o javnim nabavakama Bosne i Hercegovine nije usklađen sa važećim propisima Europske unije iz 2014. godine, te je potrebno izvršiti njegove izmjene u tom smislu.²²

Obzirom da ne postoji Državni program usklađivanja zakonodavstva (NPAA), odnosno koordiniran pristup usklađivanja zakonodavstva među institucijama na različitim nivoima vlasti u Bosni i Hercegovini, ne postoje sveobuhvatni podaci o svim propisima koji su usklađeni sa *acquisom* za sve nivoe vlasti.

Vijeće ministara donijelo je 2016.god. Odluku o postupku usklađivanja zakonodavstva BiH s pravnom stečevinom Evropske unije. Navedenom odlukom utvrđeni su instrumenti za usklađivanje zakonodavstva BiH s pravnom stečevinom

²¹ Izvor: Akt Direkcije za evropske integracije BiH br.UP1-01-MT-12-5-2/19 od 17.5.2019.god. po osnovu zahtjeva za slobodan pristup informacijama

²² Akt Direkcije za evropske integracije BiH br. UP I -01 -MT -124-2/ 19 od 7.5.2019.god. po osnovu zahtjeva za slobodan pristup informacija kojeg je podnio autor članka

Evropske unije, obaveze ministarstava i drugih institucija BiH i rukovodilaca organa i Direkcije za evropske integracije u postupku usklađivanja zakonodavstva BiH s pravnom stečevinom EU. Obradivač propisa dostavlja nacrt i prijedlog propisa u proceduru usvajanja na sjednice Vijeća ministara Bosne i Hercegovine) i u parlamentarnu proceduru zajedno s mišljenjem Direkcije i instrumentima za usklađivanje i oznakom "EI" na prvoj stranici propisa u gornjem desnom uglu.²³ Obradivač propisa dostavlja nacrt i prijedlog propisa u proceduru usvajanja na sjednice Vijeća ministara Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Vijeće ministara) i u parlamentarnu proceduru zajedno s mišljenjem Direkcije i instrumentima za usklađivanje i oznakom "EI" na prvoj stranici propisa u gornjem desnom uglu.²⁴ Instrumenti za usklađivanje zakonodavstva BiH s pravnom stečevinom EU su tabela usklađenosti i izjava o usklađenosti. Tabela usklađenosti predstavlja tabelarni prikaz podudarnosti odredaba nacrt/prijedloga propisa s propisom EU. Osim toga, za potrebe izvještavanja Evropske komisije koristi se tabela usklađenosti u kojoj se dodatno navode nadležne institucije za popunjavanje tabele. Tabelu popunjava obradivač propisa na engleskom jeziku nakon provedene redakture prijevoda propisa. Direkcija koordinira izradu tabele usklađenosti propisa (u) BiH s propisima EU.

Drugi instrument usklađenosti zakonodavstva na nivou države Bosne i Hercegovine je izjava o usklađenosti. Izjava o usklađenosti predstavlja tabelarni prikaz koji, pored osnovnih podataka o usklađenosti propisa sa svim izvorima prava EU, sadrži obavezu potpisa rukovodioca organa uprave kao obradivača propisa kojim se potvrđuje tačnost navoda u izjavi o usklađenosti. Izjava se dostavlja u dva primjerka.²⁵

6. Usklađivanje zakonodavstva sa *acquisom* u entitetima

Parlament Federacije BiH je 2014.god. usvojio Pravila i postupke za izradu zakona i drugih propisa Federacije BiH. Tako je u između ostalog u Pravilima regulirano da kada se vrši usklađivanje zakonodavstva Federacije sa zakonodavstvom Evropske unije, institucija koja priprema propis nastoji osigurati ipregled usaglašenosti propisa s pravnom stečevinom EU. Propis kojim se usklađuje zakonodavstvo Federacije sa pravnom stečevinom EU predlagač je obavezan dostavaviti u daljnju proceduru s prethodno pribavljenim mišljenjem Ureda za zakonodavstvo i propise Evropske unije.²⁶

Vlada Federacije BiH je u decembru 2016.god. donijela Uredbu o o postupku

23 Član 3. Odluke o postupku usklađivanja zakonodavstva BiH s pravnom stečevinom Evropske unije („Službeni glasnik BiH“ br. 75/16, 2/18)

24 Odluka, op.cit, član 4.

25 Obrasci instrumenata za usklađivanje zakonodavstva dostupni na linku: <http://www.sluzbenilist.ba/page/akt/WwmOPYohz4nh78h77qgg=>

26 Član 66. Pravila i postupci za izradu zakona i drugih propisa Federacije BiH („Službene novine Federacije BiH“ br. 71/14)

usklađivanja zakonodavstva Federacije BiH s pravnom stečevinom EU. Navedenom uredbom su definisani instrumenti za usklađivanje: tabela usklađenosti i izjava o usklađenosti.

Obrađivač propisa dostavlja Uredu Vlade Federacije BiH za zakonodavstvo i usklađenost sa propisima Evropske unije prednacrt, odnosno nacrt propisa i prijedlog propisa, s obrazloženjem, zajedno sa popunjenim instrumentima za usklađivanje na provjeru i potvrdu usklađenosti.²⁷

Obzirom da je Vijeće ministara BiH donijelo Odluku o postupku usklađivanja zakonodavstva BiH s pravnom tečevinom Evropske unije („Službeni glasnik BiH“ br. 75/16, 2/18) i definisalo standarde usklađivanja, potrebno je Uredbu Vlade Federacije uskladiti sa odlukom Vijeća ministara BiH.

U Federaciji BiH ne postoji jedinstvena evidencija koliko je do sada izdato mišljenja o usklađenosti propisa sa *acquisom*. Tekođer, ne postoji evidencija koliko je propisa (zakona, podzakonskih akata) Federacije BiH usklađeno sa *acquisom*, jer je članom 9. Uredbe o postupku usklađivanja zakonodavstva Federacije Bosne i Hercegovine s pravnom stečevinom Evropske unije („Službene novine Federacije BiH”, broj 98/16). uredbе propisano da je obrađivač propisa dužan voditi evidenciju o usklađivanju zakonodavstva sa *acquisom*. Članom 10. iste Uredbe propisano je da Ured Vlade Federacije BiH za evropske integracije koordinira aktivnosti obrađivača propisa, u vezi sa izvještavanjem tijela EU o usklađenosti propisa Federacije s propisima EU.

Međutim, na neki način došlo je do neusagalešenosti Uredbe o postupku usklađivanja zakonodavstva Federacije Bosne i Hercegovine s pravnom stečevinom Evropske unije („Službene novine Federacije BiH”, broj 98/16) i Uredbe o Uredu Vlade Federacije BiH za evropske integracije („Službene novine Federacije BiH“ br. 89/13“). Naime, članom 2.stav 1 Uredbe o uredu Vlade FBIH za evropske integracije je naznačeno da Ured obavlja stručne poslove koji se odnose na „Izradu metodologije i smjernica, kao i sveukupna koordinacija poslova u procesu evropskih integracija iz nadležnosti Vlade Federacije, federalnih ministarstava i drugih tijela federalne uprave, osim poslova harmonizacije pravne stečevine“. Na osnovu sukoba ova dva propisa, dolazi do čestih nedoumica po pitanju usklađivanja zakonodavstva u Federaciji BiH između Ureda Vlade Federacije BiH za zakonodavstvo i usklađenost sa propisima Evropske unije i Ureda Vlade Federacije BiH za evropske integracije. S tim u vezi, ne postoji ni jedinstvena evidencija o broju izdatih mišljenja o usklađenosti propisa, niti evidencija svih propisa na nivou entiteta Federacija BiH koji su usklađni sa *acquisom*. Evidenciju o tome pojedninačno vode obrađivači propisa, a to su federalni organi uprave i federalne upravne organizacije.²⁸

27 Član 1. i 4. Uredba o postupku usklađivanja zakonodavstva Federacije BiH s pravnom stečevinom Evropske unije („Službene novine Federacije BiH“ br. 98/16)

28 Autor članka je dostavljao zahtjev za slobodan pristup informacijama Uredu Vlade Federacije BiH za evropske integracije i Uredu Vlade Federacije BiH za zakonodavstvo i usklađenost sa propisima Evropske unije po pitanju vođenja jedinstvene evidencije propisa Federacije BiH a koji su usklađivani s *acquisom*. I jedna i druga institucija prebacuju nadležnost vođenja jedne takve

U pogledu usklađivanja zakonodavstva sa *acquisom* u kantonima kao federalnim jedinicama entiteta Federacije BiH, trenutno je sljedeće stanje:

1. U Zeničko-dobojskom kantonu nadziranje usklađivanja zakona iz nadležnosti Skupštine Zeničko-dobojskog kantona sa pravnom stečevinom Europske unije prati Komisija za evropske integracije;²⁹ Sekretarijat za zakonodavstvo Vlade Kantona nije obavezan davati mišljenja o usklađenosti propisa kantona sa pravnom stečevinom EU. Ne postoji nikakva evidencija propisa Kantona koji su usklađivani sa *acquisom*.
2. U Unsko-sanskom kantonu postoji Komisija za ustavna, zakonodavno-pravna i pitanja evropskih integracija koja djeluje pri Skupštini Kantona. Ova komisija ima nadležnosti da daje pravna mišljenja o propisima sa stanovišta njihove ukladenosti sa zakonodavstvom Evropske unije i evropskim principima i standardima, zajedno sa uporednim prikazom usklađenosti odredbi nacrtu zakona i općih akata sa zakonodavstvom Evropske unije, te prati primjenu predlagača propisa da li su u potpunosti usklađeni propisi u svim fazama do konačnog usvajanja sa propisima Evropske unije.³⁰ Također, ne postoji nikakva evidencija propisa Kantona koji su usklađivani sa *acquisom*.
3. U Bosansko-podrinjskom kantonu Goražde usklađivanje zakona iz nadležnosti Kantona sa *acquisom* nadzire Komisija za evropske integracije koja djeluje pri Skupštini Kantona³¹. Ne postoji neko drugo tijelo koje prethodno daje mišljenje o usklađenosti propisa, niti bilo kakava evidencija o propisima Kantona koji su usklađeni sa *acquisom*.
4. U Zapadno-hercegovačkom kantonu postoji Ured Vlade za evropske integracije. Ovaj Ured je kroz Trogodišnji akcijski plan Vlade 2018-2020 zadužen za poslove analize nadležnosti Kantona u kontekstu *acquisa* i analizu obaveza za usklađivanje zakonodavstva s *acquisom*.³² Ne postoji neko drugo tijelo koje prethodno daje mišljenje o usklađenosti propisa, niti bilo kakava evidencija o propisima Kantona koji su usklađeni sa *acquisom*.
5. Srednjo-bosanski kanton ima Ured za evropske integracije, fondove, odnose sa javnošću i kvalitetu prema međunarodnom standardu Srednjobosanskog Kantona u skladu sa odredbama Uredbe o osnivanju („Službene novine SBK/KSB“, broj 13/2015). Ovaj Ured ima nadležnosti po pitanju izrade

evidencije zbog nesuglasnosti Uredbe o postupku usklađivanja zakonodavstva Federacije Bosne i Hercegovine s pravnom stečevinom Europske unije („Službene novine Federacije BiH“, broj 98/16) i Uredbe o Uredu Vlade Federacije BiH za evropske integracije („Službene novine Federacije BiH“ br. 89/13“).

29 Član 44.c Poslovnika Skupštine Zeničko-dobojskog kantona („Službene novine Zeničko-dobojskog kantona“ br. 14/18)

30 Član 28. Poslovnika Skupštine USK („Službeni glasnik US kantona“ br.9/17)

31 Član 48. Poslovnika Skupštine Bosansko-podrinjskog kantona Goražde („Službene novine Bosansko-podrinjskog kantona Goražde“ br.: 3/18)

32 Trogodišnji akcijski plan Vlade Zapadno-hercegovačkog kantona dostupan na: <http://www.eui-zh.ba/images/PDF/Upravljanje%20razvojem/Akcijski%20plan%20ZZH-2018-2020.pdf>

metodologije i smjernica kao i sveukupne koordinacije poslova i procesa evropskih integracija iz nadležnosti Vlade SBK, kantonalnih ministarstva i drugih organa kantonalne uprave, osim poslova harmonizacije pravne stečevine³³. Ne postoji neko tijelo čija bi nadležnost bila davanje mišljenja o usklađenosti propisa sa *acquisom*, i ne postoji evidencija propisa koji su usklađeni sa *acquisom*.

6. Kanton Sarajevo, Hercegovačko-neretvanski kanton, Kanton 10, Posavski kanton nemaju instituciju zaduženu za davanje mišljenja o usklađenosti propisa sa *acquisom*, kao niti bilo kakvu evidenciju propisa koji su usklađivani sa *acquisom*.

Kantoni kao dio sistema koordinacije evropskih integracija će kao dopunske članove Komisije za evropske integracije imenovati lica koja su u zadužena za davanja mišljenja odnosno ocjene usklađenosti akata s pravnom stečevinom Evropske unije. Dopunski članovi učestvuju u radu Komisije na poziv predsjedavajućeg Komisije, u skladu s dnevnim redom sastanka, na osnovu prethodno osigurane saglasnosti svih njenih stalnih članova.³⁴

U entitetu RS proces uklađivanja zakonodavstva regulisan je sljedećim propisima:

1. Odluka o postupku usklađivanja zakonodavstva Republike Srpske sa pravnom tekovinom Evropske unije i standarima Savjeta Evrope („Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 119/18))
2. Uputstvo o načinu popunjavanja izjave o usklađenosti nacarta i prijedloga propisa sa pravnom tekovinom Evropske unije i pravnim aktima Savjeta Evrope („Službeni glasnik Republike Srpske”, broj 102/14)
3. Uputstvo o načinu popunjavanja uporednog prikaza usklađenosti nacarta i prijedloga propisa sa pravnom tekovinom Evropske unije i pravnim aktima Savjeta Evrope („Službeni glasnik Republike Srpske”, broj 102/14);

U postupku usklađivanja zakonodavstva sa pravnom stečevinom EU i standardima Vijeća Evrope, svi propisi prolaze potvrdu ocjene usklađenosti od strane Ministarstva za evropske integracije i međunarodnu saradnju. U periodu od 2007-2018.god mišljenja o usklađenosti propisa RS sa *acquisom* izdavalu je Ministarstvo za ekonomske odnose i regionalnu saradnju RS. No, izmjenama Zakona o republičkoj upravi 2018.god., ove poslove preuzima novoformirano Ministarstvo za evropske integracije i međunarodnu saradnju.³⁵

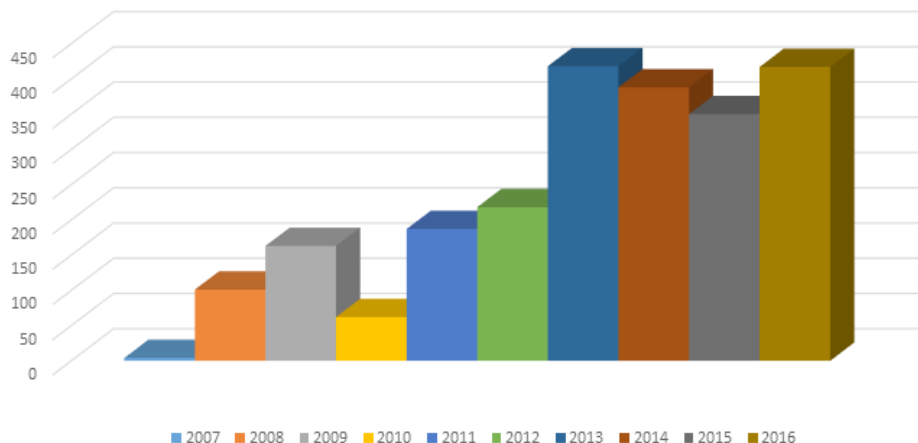
Dinamika preuzimanja propisa EU odvija se u skladu sa akcionim planom koji, na prijedlog Ministarstva za evropske integracije i međunarodnu saradnju, a u saradnji sa republičkim organima uprave, Vlada RS donosi na godišnjem nivou. Osim toga, Ministarstvo za ekonomske odnose i regionalnu saradnju entiteta RS je 2011.god, donijelo Metodologiju usklađivanja zakonodavstva Republike Srpske sa pravnom tekovinom EU, koja ima za cilj da pruži neophodnu pomoć obrađivačima i predlagačima propisa prilikom usklađivanja zakonodavstva u

33 Više o ovom Uredu: <http://sbk-ksb.gov.ba/bs/ueir.html>

34 Odluka o uspostavljanju Komisije za evropske integracije („Službeni glasnik BiH“ br. 79/16)

35 Član 31. Zakona o republičkoj upravi („Službeni glasnik Republike Srpske, br.115/18)

entitetu RS.³⁶ Postavlja se pitanje da li je entitet RS uopće mogao donositi svoju Metodologiju usklađivanja zakonodavstva, jer je u nadležnosti Vijeća ministara BiH da donese Držvani program usklađivanja zakonodavstva (NPAA), kojim će se definisati obaveze i metodologija usklađivanja zakonodavstva.



Grafikon 2. Broj mišljenja o usklađenosti propisa u RS sa acquisom u periodu 2007-2016.³⁷

Instrumenti usklađivanja zakonodavstva u entitetu RS su izjava i uporedni prikaz usklađenosti. Kada govorimo o statističkim podacima, u periodu od 2007- do 2019.god. ukupno je 2040 propisa (nacrti, prijedloga zakona, podzakonskih akata) prošlo proceduru usklađivanja i davanja ocjene usklađenosti sa pravnom stečevinom EU, o čemu se vodi registar u Ministarstvu za evropske integracije i međunaronu saradnju. Pored navedenih noramativnih akata, od 2012.god. vodi se registar strateških i drugih opštih akata koji su prošli proceduru usklađivanja sa acquisom, te je prema podacima iz registra od 2012.god. do 2019.god. ukupno su 124 nacrti/prijedloga strateških i drugih opštih akata prošla kroz ovaj proces.³⁸ Proces uklađivanja zakonodavstva sa acquisom u entitetu RS potrebno je uskladiti sa Odlukom o postupku usklađivanja zakonodavstva BIH s pravnom tečevinom Evropske unije („Službeni glasnik BIH“ br. 75/16, 2/18) koju je donijelo Vijeće ministara BiH.

36 Metodologija usklađivanja zakonodavstva entiteta RS dostupna na: http://www.vladars.net/sr-SPCyrl/Vlada/Ministarstva/meoi/Documents/Методологија%20усклађивања%20законодавства%20Републике%20Српске%20са%20правном%20тековином%20ЕУ%20и%20правним%20актима%20Савета%20Европе_597642466.pdf

37 Izvor:http://www.vladars.net/srSPCyrl/Vlada/Ministarstva/meoi/eu_integracije/uskladjivanje_zakonodavstva_rs_sapravnom_tekovinom_eu/pravni_okvir_ya_uskladjivanje_zakonodavstva_u_rs/Pages/default.aspx

38 Informacija o usklađenosti zakonodavstva RS sa pravnom tekovinom EU po zahtjevu za pristup informacijama br. 17-02-052-4288/19 od 15.5.2019.god.

7. Usklađivanje zakonodavstva sa *acquisom* u Brčko Distriktu BiH

Brčko distrikt Bosne i Hercegovine preuzeo je obavezu planiranja, organizacije i provođenja procedure usklađivanja propisa Distrikta sa pravnom stečevinom Evropske unije. Skupština Brčko distrikta BiH 2014.god. usvojila je Odluku o procedurama u postupku usklađivanja propisa Brčko Distrikta BiH s pravom Evropske unije.³⁹ Instrumenti za usklađivanje su uporedni prikaz usklađenosti i izjava o usklađenosti.

Odlukom je uređen proces planiranja, organizacija poslova i procedura usklađivanja propisa BDBiH sa pravom EU, koje predlažu organi javne uprave i druge institucije BD BiH. Tijelo nadležno za koordinaciju ovog procesa i ocjenu usklađenosti propisa sa pravom EU u BD BiH je Odjeljenje za evropske integracije i međunarodnu saradnju. Između ostalih, u nadležnostima ovog Odjeljenja, su i poslovi harmonizacije pravnog sistema Brčko distrikta Bosne i Hercegovine sa pravom Evropske unije. Ovu odluku je potrebno uskladiti sa Odlukom o postupku usklađivanja zakonodavstva BiH s pravnom tečevinom Evropske unije („Službeni glasnik BiH“ br. 75/16, 2/18) koju je donijelo Vijeće Ministara BiH.

Za period od kada je poslove usklađivanja propisa Brčko distrikta BiH sa pravnom stečevinom EU preuzelo Odjeljenje za evropske integracije i međunarodnu saradnju Vlade Brčko distrikta BiH, a to je period 2017-2019. obrađena su i data mišljenja na 164 pravna propisa.



Grafikon 3. Broj mišljenja o usklađenosti propisa u BDBiH sa *acquisom* u periodu 2017-2019.⁴⁰

U BD BiH ne postoji jedinstvena evidencija usvojenih propisa u kojoj je vidljivo da li su usklađeni sa *acquisom*, jer ne postoji zakonska obaveza vođenja jedinstvene evidencije. Naime, obrađivači i predlagači propisa samostalno vode takve evidencije.

³⁹ <https://skupstinabd.ba/2-registar/ba/Odluke/2014/390.%2046.%20redovna%20sjednica%20-Odluka%20o%20procedurama%20usklađivanje%20propisa%20BOS.pdf>

⁴⁰ Izvor: Odjeljenje za evropske integracije i međunarodnu saradnju BD BiH po zahtjevu autora za dostavu informacije

8. Izvještaj za BiH

Godišnji izvještaj o zemlji je dokument kojim Evropska komisija ocjenjuje dostignuti nivo pripremljenosti države za članstvo u EU i nivo napretka koji je država ostvarila u prethodnih 12 mjeseci, te kojim utvrđuje listu prioriteta (do četiri po oblasti) za koje se očekuje da ih država realizira u narednih 12 do 18 mjeseci. Izvještaj o zemlji objavljuje se na godišnjoj osnovi. Izvještaj je za države potencijalne kandidatkinje strukturiran prema kriterijima iz Kopenhagena (politički kriterij, ekonomski kriterij i evropski standardi), a za države kandidatkinje prema strukturi pregovora za članstvo (politički kriterij, ekonomski kriterij i sposobnost preuzimanja obaveza iz članstva – 33 poglavlja). Godišnji izvještaj o zemlji je od 2005. do 2015. godine je za BiH imao naziv - Izvještaj o napretku BiH, a od 2015. godine - Izvještaj o BiH.⁴¹

U Privremenom izvještaju za BiH za 2018.god. Evropska komisija ja sačinila detaljan pregled o ispunjavanju uslova i ciljeva koje je postavila Evropska unija za Bosnu i Hercegovinu, kao i sažetak operativnih mjera koje je potrebno preduzeti na osnovu utvrđenih planova djelovanja. Izvještaj je strukturiran prema kriterijima iz Kopenhagena (1993.), pri čemu se posebna pažnja posvećuje ocjenjivanju napretka zemlje u usklađivanju domaćeg zakonodavstva s *acquisom* EU. Napredak države se mjeri na osnovu donesenih odluka, usvojenih zakona i provedenih mjera. Ovakav pristup osigurava jednak tretman u svim izvještajima i omogućava objektivnu procjenu.

U Privremenom Izvještaju Evropska komisija je konstatovala sljedeće:

1. Potrebno je usvojiti državni program za usklađivanje zakonodavstva sa *acquisom*. Program je zakonska obaveza prema SSP-u i od suštinskog je značaja za planiranje i usmjeravanje procesa usklađivanja zakonodavstva u cijeloj zemlji
2. Vlada Federacije Bosne i Hercegovine pripremila je određene propise koji proističu iz Akcionog plana za realizaciju Reformske agende
3. Entitet RS je nastavio da odvojeno radi na usklađivanju svog zakonodavstva sa *acquis-em* EU i razvio je sopstvenu metodologiju usklađivanja, koja predviđa da Vlada donosi godišnje akcione planove bez saradnje sa drugim nivoima vlasti u državi.
4. Entitetski propisi su i dalje uglavnom u skladu sa Evropskom poveljom o lokalnoj samoupravi. Međutim, i dalje nije jasna podjela nadležnosti između entiteta, kantona i opština, s tim što nedostaje i njihova međusobna saradnja i relativno je nizak nivo finansijske autonomije na opštinskom nivou.
5. Pravni okvir za borbu protiv organizovanog kriminala samo je djelomično usklađen sa evropskim standardima u okviru *acquis-a* EU. Propisi o oduzimanju imovine stečene krivičnim djelima su djelomično usklađeni sa

41 Izvještaji za BiH dostupni na: http://dei.gov.ba/dei/bih_eu/paket/izvjescioBiH/default.aspx?id=20238&langTag=bs-BA

acquis-em. Poseban fokus bi trebao biti na usvajanju provedbenih pravila o oduzimanju imovine.

6. Pravni okvir Bosne i Hercegovine je u velikoj mjeri usklađen s acquis-em i međunarodnim instrumentima u oblasti borbe protiv terorizma.
7. Zakon o strancima u Bosni i Hercegovini iz 2015. godine je u velikoj mjeri usklađen s acquis-em od perioda njegovog usvajanja. Većina provedbenih propisa koji se odnose na migracije su na snazi i provode se. Potrebno je nastaviti usklađivanje zakonskog okvira.
8. Pravni okvir za kontrolu granica je u velikoj mjeri usklađen sa acquisom EU i neometano se provodi.

9. ZAKLJUČAK SA PREPORUKAMA

U okiru preuzetih obaveza usklađivanja nacionalnog zakonodavstva u BiH sa acquisom predložio bih nekoliko preporuka:

1. Što hitnije donijeti Držvani program usklađivanja zakonodavstva (NPAA),
2. Uskladiti odluke entiteta i Brčko Distrikta BiH o postupku usklađivanja zakonodavstva sa Odlukom o postupku usklađivanja zakonodavstva BiH s pravnom tečevinom Evropske unije („Službeni glasnik BiH“ br. 75/16, 2/18)
3. Napraviti Registar svih pozitivnih propisa usvojenih na svim nivoima vlasti;
4. Kroz Sistem koordinacije procesa evropskih integracija u BiH inicirati jačanje kompetencija i kapaciteta Direkcije za evropske integracije BiH. S tim u vezi kao preporuka bi bila da:
 - a) u pogledu davanja mišljenja i preporuka na propise u procedurama na svim nivoima vlasti da Direkcija bude unificirano tijelo za davanje mišljenja i preporuka obrađivačima i predlagačima propisa na svim nivoima vlasti;
 - b) Da Direkcija vodi jedinstvenu bazu propisa (registar) usvojenih na svim nivoima vlasti, u kojima je vidljivo da li su isti usklađeni sa acquisom;
5. Vršiti kontinuiranu edukaciju državnih službenika, članova vlada na svim nivoima vlasti i članova zakonodavnih tijela u pogledu aquisa i obaveza BiH u pogledu usklađivanja zakonodavstva;
6. U entitetu Federacije BiH propise koji se uklađuju sa acquisom iz zajedničkih nadležnosti Federacije i kantona kao federlanih jedinica donositi više na nivou entiteta, a manje na nivou kantona;

Kao dugoročna preporuka, a i po mišljenju brojnih drugih autora, bila bi da u budućim izmjenama Ustava BiH bude ugrađena „evropska klauzula“ po kojoj bi pitanje evropskih integracija bilo u isključivoj nadležnosti institucija BiH.

Literatura

1. Dmičić.M, Glodić.D: Usklađivanje pravnog sistema BiH sa *acquis-em* EU u svjetlu primjene privremenog sporazuma o trgovini i trgovinskim pitanjima, Zbor.rad. Pravnog fakulteta u Nišu, 2014.
2. Hodak-Mintas LJ: Evropska unija, Mate naklada, 2011.
3. Misita N: Evropska unija-osnivanje i razvoj, Revicon, Sarajevo, 2010.
4. Odluka o postupku usklađivanja zakonodavstva BiH s pravnom tečevinom Evropske unije („Službeni glasnik BiH“ br. 75/16, 2/18)
5. Odluka o postupku usklađivanja zakonodavstva Republike Srpske sa pravnom tekovinom Evropske unije i praksom i standardima Savjeta Evrope („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 119/18)
6. Odluka o sistemu koordinacije procesa evropskih integracija u BiH („Službeni glasnik BiH“, broj 72/16, 35/18)
7. Pravila i postupci za izradu zakona i drugih propisa Federacije BiH („Službene novine Federacije BiH“ br. 71/14)
8. Priručnik za izradu obraloženja propisa, USAID, Sarajevo, 2013.
9. Priručnik za usklađivanje zakonodavstva, Ministarstvo vanjskih poslova i evropskih integracija, Zagreb, 2006.
10. Smjernice za izvještavanje u procesu evropskih integracija, Direkcija za evropske integracije BiH, Sarajevo 2017.
11. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju („Službeni glasnik BiH - Međunarodni ugovori“, broj: 10/08)
12. Uredba o postupku usklađivanja zakonodavstva Federacije BiH s pravnom stečevinom Evropske unije („Službene novine Federacije BiH“ br. 98/16)
13. Uredba o Uredu Vlade Federacije BiH za evropske integracije („Službene novine Federacije BiH“ br. 89/13“).
14. Vukadinović R.: Uvod u institucije i pravo Evropske unije, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2008.

Internet izvori:

www.bdbih.gov.ba

www.bpkg.gov.ba

www.dei.gov.ba

www.eui-zzh.ba

www.fbihvlada.gov.ba/

www.sbk-ksb.gov.ba

www.skupstinausk.ba

www.sluzbenilist.ba

www.ustavnisud.ba

www.vladars.net/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/meoi/Pages/default.aspx

www.zdk.ba

Amir Šelo, law graduate

Member of Assembly of the Herzegovina - Neretva Canton

PROCESS OF HARMONISATION OF LEGISLATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA WITH ACQUIS - EXPERIENCES AND RECOMMENDATIONS

Abstract: Bosnia and Herzegovina, as a complex country, is on its way to EU membership to take on the obligation to align its legislation with the acquis. On this path, legislation at all levels of government must be taken and aligned with all 35 chapters in the acquis.

From the aspect of the complexity of constitutional arrangements in Bosnia and Herzegovina, the question is whether the deadline will be to implement the obligation to harmonize the domestic legislation with the acquis and whether a complicated system of coordination of European integration will be followed in a uniform manner by harmonization of legislation in Bosnia and Herzegovina.

Through the work will be analyzed the existing obligations undertaken in the process of aligning the legislation on the road to accession to the European Union, to define issues that might arise in the process of harmonization of legislation in Bosnia and Herzegovina with the acquis regarding the complex constitutional arrangement of Bosnia and Herzegovina, and appropriate recommendations will be provided.

Key words: acquis, harmonization of legislation, accession to the European Union, Bosnia and Herzegovina, constitutional arrangement

