

**ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU**

# **PRAVNA MISAO**

**Sarajevo 2009.**  
**3 – 4**  
**mart - april**  
**ožujak – travanj**



**PРАВНА MISAO**  
**ČASOPIS ZA PРАВNU TEORIЈU I PRAKSU**

---

<b>Godina XL</b>	<b>Sarajevo, mart - april</b> <b>ožujak - travanj</b>	<b>Broj 3 - 4</b>
------------------	--	-------------------

---

**SADRŽAJ**

**ČLANCI**

<b>dr. sc. Zlatan Meškić</b>	Osnove Evropskog kolizionog prava .....	5
<b>Doc. dr. Senad Mulabdić</b>	Odlučivanje primjenom pravila o teretu dokazivanja .....	31

**POGLEDI I MIŠLJENJA**

<b>Mr. Maja Sahadžić</b>	Komparativni prikaz Ustava Kraljevine Belgije i pojedinih ustavnih rješenja Ustava Bosne i Hercegovine .....	46
--------------------------	--	----

**OSVRTI I PRIKAZI**

<b>Dipl. iur. Meliha Frndić Imamović</b>	Institut posredovanja u porodičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini .....	71
<b>Dipl. iur. Emina Huseinspahić</b>	Osvrt na međunarodnopravni okvir zaštite djece od nasilja .....	82

**SUDSKA PRAKSA**

**USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE**

(Pripremio prof. dr. Miodrag N. Simović, potpredsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banja Luci) .....	89
---	----

**LEGAL THOUGHT  
JOURNAL FOR LEGAL THEORY AND PRACTICE**

---

---

Year XL

Sarajevo, March - April

No. 3 - 4

---

---

**CONTENTS**

**ARTICLES**

- Zlatan Meškić, D.Sc.** Basics of the European Private International Law ..... 5
- Senad Mulabdić, D.Sc.** Application of the burden  
of proof rule in deciding the case ..... 31

**VIEWS AND OPINIONS**

- Maja Sahadžić, M.S.** Comparative analysis of the Constitution  
of the Kingdom of Belgium and certain  
constitutional solutions from the Constitution  
of Bosnia and Herzegovina ..... 46

**REVIEWS AND SURVEYS**

- Meliha Frndić Imamović** Institute of mediation in the family  
legislation of Bosnia and Herzegovina ..... 71
- Emina Huseinspahić** Overview of the international legal framework  
for the protection of children from abuse ..... 82

**CASE LAW**

**CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA**

- (Prepared by Professor Miodrag N. Simović, L.L.D., Vice Chair of the  
Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and Full Professor  
of the Faculty of Law of Banja Luka) ..... 89

**dr. sc. Zlatan Meškić,**  
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

## OSNOVE EVROPSKOG KOLIZIONOG PRAVA\*

Abstract:

*Der im Gemeinschaftsrecht herrschende Pluralismus der Rechtsquellen sowie die Rechtsquellenlehre des Internationalen Privatrechts (IPR), macht das Europäische Kollisionsrecht, das zwischen diesen beiden Disziplinen entstand, zu einer komplexen Materie, in denen die Ziele der Europäischen Union und des klassischen IPR zusammenstoßen. So beansprucht allein die Begriffsbestimmung des Europäischen Kollisionsrechts eine detaillierte Analyse der Rechtsquellen des Gemeinschaftsrechts und des IPR, ihres Verhältnisses zueinander und der Rechtsmethode sowie des raison d'être des Europäischen Kollisionsrechts.*

*Die vollendung des Traums von Ernst Frankenstein, nämlich die Kodifizierung des IPR auf europäischer Ebene, wird vom Gesetzgeber der Europäischen Union vollzogen, der paradoxer Weise vorrangig eine Vereinheitlichung des Privatrechts in der EU anstrebt. Bis diese Privatrechtsvereinheitlichung vollzogen ist, besteht weiterhin das Bedürfnis nach dem Koordinations- und Gerechtigkeitsystem des IPR, das in der EU aufgrund eigener Ziele und Vorgaben, eigene Wertungen erfuhrt und sich zur selbstständigen Disziplin entwickelte.*

*Dieser Artikel untersucht die Entstehung des Europäischen Kollisionsrechts, seinen derzeitigen Bestand, seine Grundeigenschaften, sein Verhältnis zu den Grundfreiheiten sowie den Einfluss der Rechtsprechung des EuGH auf seine Entwicklung zur eigenen Disziplin.*

### 1. UVOD

Pluralizam pravnih izvora, koji vlada unutar Prava Evropske unije, te sistematika pravnih izvora Međunarodnog privatnog prava, Evropsko koliziono pravo, smješteno između ovih pravnih disciplina, čine kompleksnom materijom, u kojoj se sukobljavaju i ujedinjuju ciljevi Evropske unije sa klasičnim sistemom Međunarodnog privatnog prava. Tako i samo određenje pojma Evropskog koli-

---

\*Rad recenzirao: dr.sc. Zarije Seizović

zionog prava zahtijeva detaljnu analizu pravnih izvora Prava Evropske unije i Međunarodnog privatnog prava, njihovog međusobnog odnosa, pravne metode, te konačno *raison d'être* Evropskog kolizionog prava.

### **1.1. Historijski razvoj ideje o kodifikaciji Međunarodnog privatnog prava<sup>1</sup>**

Godine 1889. španski ministar Manuel Silvela predložio je međunarodni ugovor „Código del derecho internacional privado“, kojim bi se kodificiralo Međunarodno privatno pravo za evropske države.<sup>2</sup> Četiri godine kasnije, povodom prve Haške konferencije za Međunarodno privatno pravo, Nizozemska je predložila „Projet d'un programme“, koji je predviđao kodifikaciju Međunarodnog privatnog prava u širem smislu, tj. kako kolizionog prava za određivanje mjerodavnog materijalnog prava, tako i Procesnog međunarodnog privatnog prava.<sup>3</sup> Oba projekta nisu, međutim, stigla ni do prednacrt. Tek 50 godina kasnije ideja jednog jedinstvenog Međunarodnog privatnog prava ostvarena je u obliku sveobuhvatnog prijedloga zakona. Autor ovog „Projet d'un Code Européen de droit international privé“<sup>4</sup> bio je njemački advokat Ernst Frankenstein, koji je i prije ovog djela u naučnim krugovima postao poznat po originalnim prikazima Međunarodnog privatnog prava (MPP).<sup>5</sup>

Aktuelni zakonodavni razvoji unutar Evropske unije (EU), koji vode ka jedinstvenom Evropskom zakoniku Međunarodnog privatnog prava, čine nužnim da se upozna sa trenutnim legislativnim stanjem u oblasti Međunarodnog privatnog prava u širem smislu unutar EU (Evropsko koliziono pravo ili Evropsko međunarodno privatno pravo), sa općim karakteristikama ove oblasti, te konačno smislom i svrhom moguće kodifikacije Međunarodnog privatnog prava unutar EU.

### **1.2. Razvoj i trenutno stanje procesa komunitarizacije Međunarodnog privatnog prava**

Analizirajući komunitarizaciju Međunarodnog privatnog prava na osnovu pravnih izvora, moguće je izdvojiti dvije zakonodavne faze. Prva, međunarodno-

---

<sup>1</sup> Vidi o historijskom razvoju Evropskog kolizionog prava detaljno *Kreuzer*, Zu Stand und Perspektiven des Europäischen Internationalen Privatrechts – Wie europäisch soll das Internationale Privatrecht sein?, u *RabelsZ* 2006, 1-88.

<sup>2</sup> Vidi *Fernandez Rozas/Sanchez Lorenzo*, Curso de derecho internacional privado (1991) 218.

<sup>3</sup> Actes de la Conférence de la Haye chargée de réglementer diverses matières de droit international privé (12–27. septembar 1893.), 7.

<sup>4</sup> *Frankenstein*, Projet d'un Code Européen de droit international privé (1950).

<sup>5</sup> *Frankenstein*, Internationales Privatrecht I-IV (1926–1935).

pravna integraciona faza, počinje 1968. godine sa rađanjem Evropske ekonomske zajednice. Stupanjem na snagu Amsterdamskog ugovora, 1.5.1999. godine, ova faza zamijenjena je aktuelnom evropskopravnom integracionom fazom.<sup>6</sup>

a) međunarodnopravna integraciona faza

U međunarodnopravnoj fazi komunitarizacije MPP-a postojala su četiri pravna osnova za nove pravne izvore: član. 293. EEZ, Evropska politička saradnja, član K.3 EU, te tzv. „slobodni“ međunarodni ugovori, koji nisu imali direktnu vezu za Pravom EU.

- Član 293. EEZ bio je jedini propis unutar Ugovora o EEZ, koji se ticao Međunarodnog privatnog prava. Iako ovaj propis nije predavao EEZ nikakva zakonodavna ovlaštenja, pozivao je zemlje članice da, „ukoliko je to nužno“, započnu pregovore s ciljem zaključenja međunarodnih ugovora u oblasti međunarodnog prava društava i procesnog prava.<sup>7</sup> Na osnovu ovog člana stupio je na snagu samo jedan međunarodni ugovor koji je, međutim, postavio temelje Evropskog kolizionog prava (EKP), naime Briselska konvencija o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima od 16.9.1968.<sup>8</sup>
- Prethodnik sadašnje pravosudne saradnje u civilnim stvarima u skladu sa čl. 65. EZ, bila je evropska politička saradnja. U 80-tim godinama ova saradnja je, preko dogovora zemalja članica, dovela do potpisivanja međunarodnih ugovora u sklopu međunarodnih organizacija. Tako Evropska konvencija (Vijeća Evrope) o skrbništvu nad djecom,<sup>9</sup> kao i Haška konvencija o međunarodnoj otmici djece,<sup>10</sup> obe iz 1980., u međuvremenu vrijede u svim zemljama članicama. Pored njih, u sklopu ove saradnje, nastajale su i konvencije sa područjem primjene isključivo u odnosima između zemalja članica koje zbog paralelnog postojanja odgovarajućih univerzalnih međunarodnih konvencija nisu dobile na značaju.
- Na osnovu člana K.3 Ugovora o EU Vijeće je, u oblasti pravosudne saradnje u civilnim stvarima, na inicijativu zemlje članice ili Komisije, moglo izraditi

---

<sup>6</sup> Kreuzer, *RabelsZ* 2006, 1 (9).

<sup>7</sup> Vidi temeljno *Basedow*, *Die Vergemeinschaftung des Europäischen Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam*, u *Baur/Mansel* (ed.), *Systemwechsel im Europäischen Kollisionsrecht* (2002) 19.

<sup>8</sup> Konvencija o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima od 16.09.1968., *Sl. list* 1972. L 299 str. 43-44.

<sup>9</sup> Evropska konvencija o priznavanju i izvršenju odluka o skrbništvu nad djecom ili povratu skrbništa nad djecom, otvorena za potpisivanje u Luksemburgu 20.5.1980.

<sup>10</sup> Konvencija o građanskopравnim aspektima međunarodne otmice djece, otvorena za potpisivanje u Den Haagu 25.10.1980.

međunarodni ugovor, čije bi prihvaćanje preporučilo zemljama članicama u skladu sa njihovim ustavnim propisima. Na osnovu člana K.3 EU donesena su dva međunarodna ugovora, zajedno sa protokolima o nadležnosti Suda (pravde) Evropskih zajednica (ES) za tumačenje, iz oblasti Procesnog međunarodnog privatnog prava (PMPP), naime Konvencija o dostavljanju akata iz 1997.<sup>11</sup> te Konvencija (EU) o bračnim stvarima iz 1998. godine (Brisel-II konvencija).<sup>12</sup> Kao uzor za posljednju navedenu Konvenciju služio je prijedlog Konvencije o nadležnosti i izvršenju u porodičnim i nasljednopravnim stvarima,<sup>13</sup> izrađen od „Groupe européen de droit international privé“ (GEDIP), udruženja najznačajnijih evropskih profesora u oblasti MPP-a, 1993. godine.

- Zemlje članice su zaključile nekoliko konvencija iz oblasti MPP-a, ne koristeći primarno pravo EU kao njihov pravni osnov. Jedina konvencija koja je stupila na snagu je ujedno i najznačajnija evropska konvencija u „klasičnoj“ oblasti međunarodnog privatnog prava tj. oblasti kolizionih normi koje određuju mjerodavno pravo za pojedine situacije, a to je Rimaska konvencija o mjerodavnom pravu za ugovorne obveze (Rimaska konvencija) od 19. juna 1980.<sup>14</sup> Godine 2004. (1.8.) na snagu je stupio i protokol<sup>15</sup> o nadležnosti ES-a za tumačenje ove konvencije, koji je dat na potpisivanje već 1988. godine. Ovaj „slobodni“ međunarodni ugovor, uprkos ovakvoj klasifikaciji, uvršten je u Službeni list EZ, a 2005. godine je i tadašnjih 25 zemalja članica potpisalo sporazum u Luksemburgu, kojim se Rimaska konvencija, zajedno sa protokolima o tumačenju, proširuje i na sve zemlja članice koje do tada nisu bile ugovornice.

Iz prethodno navedenog proizilazi da sve do Amsterdamskog ugovora iz 1999. godine nije postojala pravna norma unutar primarnog prava EU, koja bi dala

---

<sup>11</sup> Konvencija (EU) o dostavljanju sudskih i vansudskih akata u građanskim i trgovačkim predmetima u zemljama članicama Evropske unije, 26. 5. 1997., Sl. list 1997 C 261/2 odnosno 261/18 (Protokol o tumačenju).

<sup>12</sup> Konvencija (EU) o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima, 28. 5. 1998., Sl. list 1998 C 221/2 odnosno 221/20 (Protokol o tumačenju); Izvještaj *Borrás*, C 27/65; o historiji vidi *Jayne/Kohler*, *Europäisches Kollisionsrecht 1995 – Der Dialog der Quellen*: IPRax 1995, 343–354 (345).

<sup>13</sup> GEDIP, Proposition pour une convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière familiale et successorale; vidi <http://www.gedip-egpil.eu/>.

<sup>14</sup> Rimaska konvencija o mjerodavnom pravu za ugovorne obveze data na potpisivanje 19. juna 1980. u Rimu, Sl. list L 266 9.10.1980.

<sup>15</sup> Prvi protokol u pogledu tumačenja Rimske konvencije o mjerodavnom pravu za ugovorne obveze, date na potpisivanje 19. juna 1980., od strane Suda Evropskih zajednica, Sl. List 1998 C 27/47; Drugi protokol za prebacivanje pojedinih nadležnosti u pogledu tumačenja Rimske konvencije o mjerodavnom pravu za ugovorne obveze, date na potpisivanje 19. juna 1980., od strane Suda Evropskih zajednica, Sl. List 1998 C 27/52.



izričito ovlaštenje Evropskoj uniji da samostalno donosi pravne akte u oblasti MPP-a. Stoga se, sa aspekta podjele pravnih izvora unutar Evropske unije, navedene konvencije svrstavaju u tzv. „prateće pravo EU“. Pod pratećim pravom EU podrazumijevaju se one pravne norme koje nisu primarno ili sekundarno pravo EU, a služe ciljevima Prava EU i ubrzavaju komunitarni integracioni proces.<sup>16</sup>

S obzirom na nedostatak primarnopravnog ovlaštenja za donošenje pravnih akata iz oblasti MPP-a, i u sekundarnim aktima kolizione norme mogle su postojati samo kao aneksi materijalnopravnih propisa, prije svega u uredbama i smjernicama. Najznačajnije ovakve akcesorne kolizione norme, koje se ne odnose samo na komunitarizovana materijalna pravna područja nego se primjenjuju univerzalno, nalaze se u Smjernicama o direktnom osiguranju iz 1988.<sup>17</sup> i 1990.<sup>18</sup>

Mnogo češće kolizione norme nalaze se u smjernicama koje, poput normi neposredne primjene (međunarodnih prinudnih propisa), materijalnopravni nivo zaštite pružen (radnicima ili potrošačima) u ovim smjernicama žele zaštititi od primjene mjerodavnog prava trećih zemalja. Ove kolizione norme nameću primjenu materijalnog prava, kojim je u zemljama članicama implementirana odgovarajuća smjernica, umjesto primjene mjerodavnog prava trećih zemalja i time modifikuju komunitarizovano MPP, koje bi se inače primjenjivalo. Uslov da se kolizione norme smjernica koje su implementirane u nacionalno pravo probiju pored mjerodavnog prava treće zemlje jeste da ovo treće pravo nudi niži nivo zaštite od samih smjernica (načelo povoljnosti). S obzirom na rastući broj ovih kolizionih normi u Smjernicama za zaštitu potrošača ili radnika, te njihovu oprečnost klasičnom sistemu MPP-a i s njom povezanu opasnost narušavanja dogme MPP-a unutar EKP-a, ovim kolizionim normama biće posvećeno zasebno poglavlje.

#### b) evropskopravna integraciona faza

Amsterdamskim ugovorom pravosudna saradnja u civilnim stvarima prebačena je iz trećeg stuba EU, čija karakteristika je jednoglasno i time znatno teže do-

---

<sup>16</sup> Vidi *Reichel*, *Europarecht* (2002) 44.

<sup>17</sup> Druga Smjernica Vijeća od 22.6.1988., koja se odnosi na usklađivanje zakona, propisa i administrativnih odredbi u pogledu direktnog osiguranja, osim životnog, utvrđuju odredbe kojima se olakšava djelotvorno provođenje slobode pružanja usluga i mijenja i nado-punjuje Smjernica br. 73/239/EEZ; Sl. list 1988 L 172/1.

<sup>18</sup> Druga Smjernica Vijeća od 8. 11. 1990. koja se odnosi na usklađivanje zakona, propisa i administrativnih odredbi u pogledu direktnog osiguranja, osim životnog, utvrđuju odredbe kojima se olakšava djelotvorno provođenje slobode pružanja usluga i mijenja i nadopunjuje Smjernicom 2002/83/EZ od 5. 11. 2002. o životnom osiguranju (Sl. list 2002 L 345/1), ali je relevantna kolizionna norma u članu 32. (ex član 4.) sadržajem ostala nepromijenjena.

nošenje odluka, u prvi stub, u kojem prevladava većinsko odlučivanje.<sup>19</sup> Time je EZ prvi put dobila primarnopravna ovlaštenja za donošenje mjera u oblasti MPP-a (član 61. lit. C zajedno sa članom 65. EZ). Naime, Vijeće s ciljem ostvarenja zajedničkog „prostora slobode, sigurnosti i prava“ *može*, ukoliko je to nužno za „uredno funkcionisanje unutrašnjeg tržišta“, donijeti „mjere u oblasti pravosudne saradnje u civilnim stvarima sa prekograničnom vezom“ tj. elementom inostranosti.

Nakon zaključenja Amsterdamskog ugovora zakonodavstvo EU u oblasti MPP-a djelovalo je neočekivano brzo. Osnova je postavljena Bečkim akcionim planom 1998. godine,<sup>20</sup> potvrđenim zaključcima Vijeća sa njegovog vanrednog zasjedanja u Tampere-u 1999.<sup>21</sup> U ovim zaključcima prioritet pravosudne saradnje stavljen je na međusobnom priznavanju krivičnih i civilnih odluka.<sup>22</sup>

U skladu s tim prvi plodovi ove zakonodavne inicijative bili su iz oblasti međunarodne pravne pomoći i PMPP-a:

Kod prekogranične pravne pomoći u užem smislu (dostavljanje, dokazni postupak, ostala pomoć u postupku, uključujući i davanje informacija, naročito pravnih informacija o stranom pravu) radi se o unapređivanju domaćeg postupka sa elementom inostranosti od strane stranih upravnih organa i sudova, kao i obratno, unapređenju stranih postupaka od strane domaćih institucija. U širem smislu obuhvata i zakonske akte u oblasti ispravnosti stranih javnih dokumenata i lakšeg pristupa stranim sudovima. Zakonodavac EU, sa Uredbama o dostavljanju sudskih i vansudskih dokumenata,<sup>23</sup> te pribavljanju dokaza,<sup>24</sup> kao i Smjernicom o pomoći pri troškovima postupka,<sup>25</sup> gotovo je u potpunosti regulisao ovo područje.<sup>26</sup>

---

<sup>19</sup> Vidi opširno *Misita*, Osnovi prava Evropske unije (2007) 62.

<sup>20</sup> (Bečki) Akcioni plan Vijeća i Komisije za najbolju implementaciju odredbi Amsterdamskog ugovora o stvaranju prostora slobode, sigurnosti i prava; Sl. list 1999 C 19/1.

<sup>21</sup> Zaključci presjedavanja. Evropsko vijeće (Tampere, 15./16.10.1999.), br. 28-39.

<sup>22</sup> Pogledaj *Meškić*, Europäisches Verbraucherrecht – gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und europäische Perspektiven, u *Reichelt* (ed.), Band 18 der Schriftenreihe des Ludwig Boltzmann Institutes für Europarecht (2008) 12.

<sup>23</sup> Uredba Vijeća (EZ) broj 1348/2000 od 29. 5. 2000. godine o dostavi sudskih i vansudskih dokumenata u građanskim ili trgovačkim stvarima u zemljama članicama Evropske unije; Sl. list 2000 L 160/37.

<sup>24</sup> Uredba Vijeća (EZ) br. 1206/2001 od 28.5.2001. o saradnji između sudova država članica kod pribavljanja dokaza u građanskim ili trgovačkim stvarima; Sl. list 2001 L 174/1.

<sup>25</sup> Smjernica 2003/8/EZ poboljšanju pristupa sudu u prekograničnim sporovima uspostavom minimalnih zajedničkih pravila, koja se odnose na pravnu pomoć u takvim sporovima; Sl. list 2003 L 26/41.

<sup>26</sup> Vidi *Kreuzer*, *RabelsZ* 2006, 1 (20).

I u oblasti PMPP-a doneseni su mnogi važni pravni akti. Najvažniji je, zasigurno, Uredba Brisel I,<sup>27</sup> kojom je bez mnogo izmjena u uredbu pretvorena Briselska konvencija. U svrhu ispunjenja ciljeva postavljenih u Tempere-u, jedina značajna izmjena tiče se postupka sticanja potvrde izvršnosti strane presude, te razloga za njeno nepriznavanje. Postupak za sticanje potvrde izvršnosti sveden je na prilaganje strane presude i ispunjenje formulara, u kojem se navodi dispozitiv presude te osoba protiv koje se u drugoj zemlji može voditi izvršni postupak. Kada su ove formalnosti ispunjene, bez ispitivanja razloga za nepriznanje, za presudu se odmah izdaje potvrda izvršnosti. Razlozi za nepriznanje smiju se ispitati samo u drugostepenom postupku, nakon ulaganja pravnog lijeka.<sup>28</sup> Jednak cilj slijedi i Uredba o Evropskoj izvršnoj ispravi za nesporne zahtjeve,<sup>29</sup> koja se u potpunosti odriče postupka potvrđivanja izvršnosti. U ovoj oblasti donesena je Uredba o bračnim stvarima (Brisel II)<sup>30</sup> kojom su regulisani kako međunarodna nadležnost, priznanje i izvršenje u bračnim stvarima (razvodima braka), tako i pitanja skrbništva nad djecom. Posljednje navedeno područje primjene u mnogome je regulisano po uzoru na odgovarajuću Hašku konvenciju o skrbništvu nad djecom.<sup>31</sup> U skladu sa zaključcima iz Tampere-a za određene odluke o skrbništvu nad djecom i vraćanju djece izostaje postupak potvrđivanja izvršnosti. Veliku zakonodavnu aktivnost u ovoj oblasti zaokružuju Uredbe o evropskom platnom nalogu,<sup>32</sup> evropskom postupku za sporove male vrijednosti<sup>33</sup> i o stečajnom postupku<sup>34</sup> te Smjernica o sanaciji i likvidaciji osiguravajućih društava<sup>35 36</sup>.

---

<sup>27</sup> Uredba (EZ) br. 44/2001 Vijeća o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima (Briselska uredba ili Brisel I), Sl. list 2001 L 12/1.

<sup>28</sup> Vidi *Kohler*, Von der EuGVVO zum Europäischen Vollstreckungstitel, u *Reichelt/Rechberger*, Europäisches Kollisionsrecht (2004) 63 (67).

<sup>29</sup> Uredba (EZ) br. 805/2004 od 21.4.2004. kojom se uvodi evropska izvršna isprava za nesporne zahtjeve.

<sup>30</sup> Uredba (EZ) br. 2201/2003 od 27. 11. 2003. o nadležnosti te priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima, te u predmetima povezanim s roditeljskom odgovornošću, kojom se ukida Uredba (EZ) br. 1347/2000; Sl. list 2003 L 338/1.

<sup>31</sup> Haška konvencija od 19.10.1996. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju, izvršenju i saradnji u vezi sa roditeljskom odgovornošću i mjerama za zaštitu djece.

<sup>32</sup> Uredba (EZ) br. 1896/2006 od 12.12.2006. kojom se uvodi postupak evropskog platnog naloga, Sl. list 2006 L 399.

<sup>33</sup> Uredba (EZ) br. 861/2007 od 1.8.2007. o evropskom postupku za sporove male vrijednosti; Sl. list 2007 L 199/1.

<sup>34</sup> Uredba (EZ) br. 1346/2000 od 29.6.2000. o stečajnom postupku; Sl. list 2000 L 160/1.

<sup>35</sup> Smjernica 2001/17/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 19.3.2001. o sanaciji i likvidaciji osiguravajućih društava; Sl. list 2001 L 125/15.

<sup>36</sup> Vidi *Kreuzer*, *RabelsZ* 2006, 1 (20).

U „tradicionalnoj oblasti“ MPP-a, kolizionih normi kojima se određuje mjerodavno pravo, zakonodavni proces je išao mnogo teže i trajao znatno duže. Ipak, danas je sa Uredbama Rim I<sup>37</sup> i II<sup>38</sup> cjelokupna oblast obligacionih odnosa komunicirana. Uredbom Rim I o pravu mjerodavnom za ugovorne obveze, nakon dugogodišnjeg zakonodavnog postupka konačno je modernizovana Rimska konvencija i pretvorena u Uredbu koja stupa na snagu u decembru 2009. godine. Pri tome su temeljna načela, poput autonomije volje i karakteristične radnje, zadržana, dok su se najveće izmjene desile u bivšem članu 5. Rimske konvencije, sadašnjem članu 7. Rim I o kolizionoj zaštiti potrošača te je uveden zaseban član koji reguliše ugovore o osiguranju. Član 7. Rim I sada se generalno primjenjuje na sve vrste ugovora te je usklađen sa odgovarajućim članom 15. Uredbe Brisel I, kako sa definicijom potrošača, tako i sa fleksibilnim kriterijem usmjeravanja poduzetničke djelatnosti.<sup>39</sup> Uredbom Rim II ujedinjene su kolizivne norme o pravu mjerodavnom za vanugovorne obveze, pri čemu osnovu čine čl. 4.-9. o „štetnim radnjama“ („Torts/Delicts“, „Faits dommageables“, „Illeciti“, „unerlaubte Handlungen“), te čl. 10.-12. o sticanju bez osnove, *negotiorum gestio* i *culpa in contrahendo*.<sup>40</sup> Prijedlog za Uredbu o mjerodavnom pravu za razvod braka (Rim III)<sup>41</sup>, Zelena knjiga o nasljednom pravu i testamentima (Rim IV)<sup>42</sup> i Zelena knjiga o kolizionom bračno-imovinskom pravu (Rim V)<sup>43</sup> ukazuju na nastojanje evropskog zakonodavca da popuni preostale praznine u oblasti mjerodavnog prava, te da se približi cilju kodifikacije Evropskog kolizionog prava.

---

<sup>37</sup> Uredba (EZ) br. 593/2008 Evropskog parlamenta i Vijeća od 17. juna 2008. o pravu mjerodavnom za ugovorne obveze (Rimska uredba ili Rim I), Sl. list L 177 od 4.7.2008., str. 6–16; Vidi aktuelno *Meškić*, u *Reichelt* (ed.), Band 18 der Schriftenreihe des Ludwig Boltzmann Institutes für Europarecht (2008).

<sup>38</sup> Uredba (EZ) br. 864/2007 Evropskog parlamenta i Vijeća od 11.7.2007. o pravu mjerodavnom za vanugovorne obveze (Rim II); Vidi Leible, *Der Beitrag der Rom-II Verordnung zu einer Kodifikation der allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts*, u *Reichelt* (ed.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR*, Band 16 der Schriftenreihe des Ludwig Boltzmann Institutes für Europarecht (2007) 31.

<sup>39</sup> *Meškić*, u *Reichelt* (ed.), Band 18 der Schriftenreihe des Ludwig Boltzmann Institutes für Europarecht (2008) 138.

<sup>40</sup> Vidi opširno *Kunda*, Uredba Rim II: ujednačena pravila o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilište Rijeka, br. 2, 1269-1324 (2007).

<sup>41</sup> Prijedlog za Uredbu Vijeća za izmjenu Uredbe (EZ) br. 2201/2003 u poglednu nadležnosti za bračne stvari i uvođenja propisa o mjerodavnom pravu u ovoj oblasti; COM (2006) 399 (Prijedlog za Uredbu Rim III).

<sup>42</sup> Zelena knjiga o nasljednom pravu i testamentima, COM (2005) 65 (Rim IV).

<sup>43</sup> Zelena knjiga o kolizionim normama u bračno-imovinskom pravu sa posebnim težištem na sudskoj nadležnosti i međusobnom priznanju, COM (2005) 400 (Rim V).

## 2. KARAKTERISTIKE EVROPSKOG KOLIZIONOG PRAVA

Za ostvarenje cilja koji slijedi cjelokupan sistem pravednosti MPP-a, naime postizanje međunarodne harmonije odlučivanja i pravne sigurnosti, neophodna je jasna struktura njegovih propisa i jedinstvenost pravnih izvora. Sa EKP-om, MPP dobija novi pravni izvor, za koji je potrebno utvrditi na koji način je uvršten u već postojeći sistem međunarodnih ugovora i nacionalnih kolizionih normi. Osnovno pitanje, stoga, jeste područje primjene EKP-a i njegov odnos prema postojećem MPP-u.

### 2.1. Područje primjene i doseg EKP-a - univerzalnost ili evropeizam?

U oblasti međunarodne pravne pomoći, bez izuzetka, područje primjene ograničeno je na međusobne odnose zemalja članica EU. Klasične mjere pravne pomoći poput dostavljanja, pribavljanja dokaza te oslobađanje javnih dokumenata od postupka legalizacije, na osnovu Prava EU pružaju se isključivo između sudova i organa različitih zemalja članica. Ovo jednako vrijedi i za propise o priznanju i izvršenju sudskih odluka u zemljama članicama na osnovu Uredbe Brisel I te za Uredbu o stečajnim postupcima i Smjernicu o sanaciji i likvidaciji osiguravajućih društava, koje su primjenljive samo na stečajne postupke pokrenute u zemljama članicama. Iz toga slijedi da navedene oblasti, u slučajevima povezanim sa trećim zemljama, ostaju u okviru (vanjskih) nadležnosti zemalja članica tj. zaključenih međunarodnih ugovora ili nacionalnih propisa.

Nasuprot tome, pitanja nadležnosti na osnovu Uredbi Brisel I i Brisel II te određivanje mjerodavnog prava na osnovu Uredbi Rim I, Rim II te pojedinih akcesornih kolizionih normi u smjernicama, uređeni su prema načelu univerzalnosti. Za propise o nadležnosti u uredbi Brisel I, načelo univerzalnosti potvrđeno je u novijoj presudi *Owusu*.<sup>44</sup> U ovoj presudi je, za primjenu Uredbe Brisel I, bila dovoljna veza samo sa jednom zemljom članicom i trećom zemljom, Velikom Britanijom i Jamajkom.<sup>45</sup> Interni odnosi zemalja članica rješavaju se na jednak način kao i činjenična stanja povezana sa trećim državama, u skladu sa sistemom ravnopravnosti utvrđenim klasičnim MPP-om. Izvjestan izuzetak čine pojedine Smjernice u oblasti radnog i potrošačkog prava, kojima će biti posvećeno sopstveno poglavlje. Područja koja nisu regulisana EKP-om prepuštena su uređenju od strane zemalja članica.

---

<sup>44</sup> Vidi *Staudinger*, u *Rauscher*(ed.), *Europäisches Zivilprozessrecht* (2006) 450; ES 1.3.2005., C-281/02, *Owusu*, 2005, I-1383.

<sup>45</sup> Time je konačno riješen spor oko mogućih uslova za primjenu uredbe Brisel I, poput veze sa najmanje dvije države članice. Za primjenu je dovoljna veza sa samo jednom zemljom članicom.

Konačno se, generalno, može reći da se procesni dio EKP-a (u širem smislu) većinski ograničava na činjenična stanja unutar EU, te je u svom dosegu „evropski“. Posljedica je, kako vertikalna (EU/zemlje članice), tako i horizontalna podjela MPP-a (između zemalja članica) u rijetkim oblastima koje nisu regulisane Pravom EU.<sup>46</sup> Kolizione norme za određivanje mjerodavnog prava su većinski univerzalne, ali postoji još uvijek mnogo pravnih praznina koje popunjava nacionalno pravo zemalja članica, čime je u ovoj oblasti horizontalna podjela značajnija od vertikalne. Izuzetak čine akcesorne kolizione norme u potrošačkim i radnim smjernicama .

## 2.2. Odnos pravnih akata EKP-a prema univerzalnom MPP-u

Kod odnosa EKP-a prema međunarodnim ugovorima MPP-a, redovno se radi o odnosu Prava EU prema nacionalnom pravu zemalja članica, s obzirom da međunarodni ugovori, nakon procesa njihove implementacije, u skladu sa pojedinih nacionalnim pravom postaju dio nacionalnih pravnih poredaka. Odnos Prava EU prema nacionalnim pravima zemalja članica uređen je na taj način da je uspostavljena nadređenost Prava EU nad nacionalnim pravnim poretcima zemalja članica. U presudi *Costa/E.N.E.L.* izričito se govori o nadređenosti primjene Prava EU, koja proizilazi iz njegove „posebne i originalne prirode“.<sup>47</sup> Osim toga u *Costa/E-N.E.L.* Evropski sud (pravde) u odnosu između Prava EU i zemalja članica izričito poništava načelo „lex posterior derogat legi priori“. Nadređenost primjene Prava EU važi prema svakom nivou nacionalnog prava, uključujući i ustavno pravo.<sup>48</sup> Nadređenost primjene Prava EU, koja u konkretnom slučaju potiskuje pravo zemalja članica, treba razlikovati od nadređenosti važenja Prava EU, koja bi suprotne norme nacionalnog prava učinila ništavnim.<sup>49</sup> Stoga nacionalni sudovi nisu dužni da sačekaju ukidanje nacionalnih propisa suprotnih Pravu EU, već moraju u granicama svoje nadležnosti osigurati puno dejstvo odredbi komunitarnog prava.<sup>50</sup>

Često je ovo pitanje odnosa EKP-a prema međunarodnim ugovorima MPP-a riješeno u samim međunarodnim ugovorima. Naime, međunarodni ugovori u oblasti MPP-a redovno sadrže klauzulu da odstupajući regionalni „international instruments“ imaju prednost nad odredbama ugovora. S obzirom da su pravni akti

---

<sup>46</sup> *Kreuzer, RabelsZ* 2006, 1 (56).

<sup>47</sup> ES 15.7.1964, 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, 1964, 1269.

<sup>48</sup> Vidi presudu ES 17.12.1970., 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, 1970, 1125; Tako i *Misita*, Osnovi Prava Evropske unije 404.

<sup>49</sup> Vidi *Reichelt*, *Europarecht* 49.

<sup>50</sup> Vukadinović, *Uvod u institucije i Pravo Evropske unije*, Kragujevac (2008) 73.

EU zasnovani na primarnom pravu, koje je osnovano međunarodnim ugovorima, jasno da je da svi pravni akti Unije ispunjavaju kriterij „regionalnih pravnih instrumenata“. Raduje trenutni trend da se, kako u akte EU tako i u međunarodne ugovore, uvrsti odredba koja koordinira njihov odnos. Takav jedan primjer nudi član 61. Uredbe o bračnim stvarima, koji direktno uređuje odnos prema Haškoj konvenciji o roditeljskoj odgovornosti i zaštiti djece iz 1996. godine, čije se stvarno područje primjene gotovo u potpunosti podudara sa područjem primjene navedene Uredbe.<sup>51</sup> S druge strane i sama Haška konvencija u članu 52. st. 4, propise kojima se u st. 1-3 uređuju odnosi prema drugim međunarodnim aktima, isključivo proširuje i na jedinstveno (ujedinjeno) pravo, zasnovano na posebnim odnosima između država ugovornica, naročito regionalne prirode, čime se direktno uređuje odnos prema aktima EU. Ovako usklađene odredbe u mnogome olakšavaju primjenu kolizionog prava, kako MPP-a tako i EKP-a.

### **2.3. Osnovna načela Evropskog kolizionog prava**

Ispitivanje postojanja načela Evropskog kolizionog prava zahtijeva obimno istraživanje prisutnosti svakog pojedinog načela MPP-a u pravnim aktima EU, koje nije prikladno ovakvom predstavljanju osnova EKP-a. Ipak, na temelju rezultata dugogodišnjeg istraživanja *Gerte Reichelt*,<sup>52</sup> moguće je u kratkim crtama predstaviti osnovna načela zastupljena u EKP-u:

#### **a. univerzalnost**

Univerzalni doseg normi EKP-a, kao što je prethodno navedeno, važi u potpunosti za norme kojima se određuje mjerodavno pravo i za dio procesnog EKP-a. U skladu sa njihovim odredbama, mjerodavno pravo se primjenjuje i onda, kada to nije pravo zemalja članica ili ugovornica, i u njima je ostvareno načelo univerzalnosti. Nasuprot tome, u ostalim normama EKP-a, ovo osnovno načelo MPP-a trenutno je narušeno.

#### **b. ex officio**

S obzirom da se EKP formuliše u pravnim aktima koji u zemljama članicama ili važe neposredno (uredbe) ili su obvezujući (međunarodni ugovori, smjerni-

---

<sup>51</sup> *Kreuzer*, *RabelsZ* 2006, 1 (50).

<sup>52</sup> *Reichelt* (ed.), *Europäisches Kollisionsrecht- Die Konventionen von Brüssel, Lugano und Rom* (1993); *Reichelt/Rechberger* (ed.), *Europäisches Kollisionsrecht* (2004); *Reichelt* (ed.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR- ein Beitrag zur Kodifikation der Allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechtes* (2007); *Jud/ Rechberger/ Reichelt* (ed.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union- Neue Fragen des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts* (2008).



ce), a njihova primjena po službenoj dužnosti je utvrđena u stalnoj sudskoj praksi Suda EZ, jasno je da ovo načelo važi i za koliziono norme Prava EU.

Nasuprot tome saznanje sadržaja stranog prava koje određeni sud mora primijeniti, u EKP nije nigdje izričito navedena kao obveza po službenoj dužnosti. Međutim, stalnom sudskom praksom ES-a utvrđeno je da Pravo EU u zemljama članicama mora imati puno dejstvo, što u oblasti EKP-a znači da se sadržaj stranog prava mora saznati po službenoj dužnosti radi efektivne primjene kolizionih normi Prava EU.<sup>53</sup>

### **c. kvalifikacija**

Nesporno je da se kvalifikacija unutar EKP-a mora vršiti autonomno, tj. *lege fori europea*. Autonomno tumačenje Prava EU već rano je postala najvažnija metoda tumačenja Suda EZ u sklopu njegovog postupka prethodnog tumačenja u svim oblastima Prava EU.<sup>54</sup> Tako EKP ima sopstvenu metodu kvalifikacije, neovisnu od klasičnog MPP-a.

### **d. vezivanje prethodnog pitanja**

Vezivanje prethodnog pitanja ne predstavlja problem, kada na osnovu EKP-a sud jedne zemlje članice mora primijeniti pravo druge zemlje članice, s obzirom da za nju važi jednak EKP. Problem nastaje kada sud zemlje članice, kao mjerodavno pravo za glavno pitanje, mora primijeniti propise treće zemlje, te stoga odlučiti da li prethodno pitanje vezivati samostalno (*lege europaea*) ili nesamostalno (*lege causae*). Ovo pitanje nije izričito riješeno u EKP-u i stoga se treba oslanjati na rješenja ponuđena u klasičnom MPP-u.

### **e. autonomija volje**

Načelo autonomije volje pod naslovom „slobodni izbor prava“ redovno se nalazi u tekstovima donesenih i planiranih pravnih akata EU, te u EKP-u, kao i u klasičnom MPP-u, čini osnovno načelo.<sup>55</sup>

### **f. države sa složenim pravnim poretkom**

Sve norme Evropskog kolizionog prava o pitanju država sa složenim pravnim poretkom izričito preuzimaju formulaciju člana 19. Rimske konvencije, pre-

---

<sup>53</sup> *Kreuzer*, Was gehört in den Allgemeinen Teil eines Europäischen Kollisionsrechtes?, u *Jud/Rechberger/ Reichelt* (ed.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union- Neue Fragen des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts* (2008) 1 (8).

<sup>54</sup> *Reichelt* *Europarecht* 90.

<sup>55</sup> *Vidi Jayme*, L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées, *Annuaire de l'Institut de Droit International* 64-I – Session de Bale 1991, 13.



ma kojoj se kod država sa više pravnih područja, svako od ovih područja smatra državom. Konkretno, pitanje država sa nejedinstvenim pravnim poretком riješeno je načelom jednostepenosti,<sup>56</sup> što znači da EKP neposredno određuje pravnu teritoriju unutar države čije će se pravo primjeniti, ne osvrćući se na podjelu nadležnosti prema nacionalnom pravu te države.

### **g. renvoi**

Pravne norme EKP-a uvijek upućuju neposredno na materijalno pravo druge države, uz isključenje kolizionih normi te države. Ovo je u slučajevima kada EKP upućuje na pravni poredak zemlje članice i razumljivo, s obzirom da i u toj državi važi jednak EKP, te bi se neminovno i preko kolizionog prava te države dolazilo do njenog prava kao mjerodavnog za relevantni slučaj. Ukoliko, međutim, EKP ukazuje na pravo trećih zemalja, u cilju ostvarenja međunarodne pravne sigurnosti smatram<sup>57</sup> da je nužno uzeti u obzir i koliziono pravo države na koju EKP upućuje. Ovo, međutim, nije uređeno postojećim EKP-om, koje trenutno ne poznaje načelo renvoi.

### **h. klauzule odstupanja**

Klauzule odstupanja su novija pojava u samom MPP-u i služe povećanju pravednosti *in concreto* nasuprot pravednosti samog sistema MPP-a. Klauzule odstupanja redovno određuju da se na slučaj treba primjeniti drugo pravo od onog koje bi, prema relevantnoj kolizionoj normi, bilo mjerodavno, ako iz cjelokupnih okolnosti proizilazi da slučaj očigledno ima bližu vezu sa tim drugim pravom. Klauzule odstupanja česte su i u EKP, te služe ostvarenju načela najbliže veze u konkretnim slučajevima.

### **i. norme neposredne primjene**

Opća definicija normi neposredne primjene nalazi se u novom članu 9. Uredbe Rim I: „Norme neposredne primjene su prinudni propisi, čije pridržavanje je od tolikog značaja za održanje političkog, socijalnog ili privrednog ustrojstva jedne države da je njihova primjena propisana za sve slučajeve koji spadaju u njihovo područje primjene, neovisno o mjerodavnom pravu određenom ovom Uredbom.“ Općenito govoreći radi se, dakle, o materijalnopравnim propisima, koji činjenično stanje regulišu apsolutno prinudno, tj. bez obzira na mjerodavno pravo utvrđeno kolizionim normama. Ove norme prvobitno su uređene članom 7. Rimske konvencije, a sada su sastavni dio Uredbi Rim I i II unutar EKP-a.

---

<sup>56</sup> Vidi npr. *Muminović*, Međunarodno privatno pravo (2006) 91.

<sup>57</sup> Jednakog mišljenja *Kreuzer*, u *Jud/ Rechberger/ Reichelt* (ed.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union- Neue Fragen des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts I* (20).

## **j. ordre public**

Svi pravni akti EKP-a sadrže klauzule javnog poretka, koje su preuzele formulaciju člana 16. Rimske konvencije: „Primjena odredbe prava određenog ovom konvencijom može se isključiti ako je takva primjena očito nespojiva s javnim poretkom države suda“. Stoga javni poredak čini jedno od temeljnih načela EKP-a.

### **2.4. Odstupanje EKP-a od klasičnog MPP-a na primjeru potrošačkih smjernica EZ**

Prijem kolizionih normi u mlađe potrošačke smjernice EZ zasnovan je na mišljenju evropskog zakonodavca da je harmonizacijom privatnog prava stvoreno sopstveno pravo, koje se garantovanom zaštitom potrošača i sopstvenim vrijednostima potencijalno razlikuje od prava trećih zemalja. To pravo je u svrhu svog efikasnog dejstva ovisno o njegovoj stvarnoj primjeni na sve slučajeve, koji su prema odluci *in concreto*, „slučajevi Zajednice“.<sup>58</sup> Dok smjernica o ugovorima sklopljenih van poslovnih prostorija<sup>59</sup> i Smjernica o putovanjima sa paket aranžmanom<sup>60</sup> nisu sadržavale kolizione norme, koliziona norma člana 6. st. 2 Smjernice o nepoštenim klauzulama<sup>61</sup> postala je uzor za kolizione norme u svim kasnijim potrošačkim smjernicama. Ona određuje da „zemlje članice donose nužne mjere da potrošač ne izgubi zaštitu pruženu smjernicom, kada je pravo treće zemlje izabrano kao mjerodavno pravo za ugovor i ugovor stoji u bliskoj vezi sa prostorom (jedne ili više)<sup>62</sup> zemalja članica.“

Prvo je uočljivo da zakonodavac potrošača smatra vrijednim zaštite samo u slučaju izbora mjerodavnog prava, ali ne i u slučajevima koji bi se vezivali objektivno.<sup>63</sup>

Odnos kolizionopravnih propisa smjernica i njihovih nacionalnih implementacija, prema članu 5. Rimske konvencije, reguliše se u članu 20. Rimske konvencije, prema kojem kolizione norme smjernica uživaju nadređenost primjene nad Rimskom konvencijom u njihovom području primjene. U skladu s tim član 5.

---

<sup>58</sup> Schilling, *Binnenmarktkollisionsrecht* (2006) 302.

<sup>59</sup> Smjernica 85/577/EEZ za zaštitu potrošača u pogledu ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija, Sl. list L 372 str. 31.

<sup>60</sup> Smjernica 90/314/EZ o putovanjima sa paket aranžmanom, Sl. list L 158 str. 59.

<sup>61</sup> Smjernica 93/13/EZ o nepoštenim klauzulama u potrošačkim ugovorima, Sl. list L 95 str. 29.

<sup>62</sup> Član 12. st. 2 Smjernica 97/7/EZ o zaštiti potrošača pri ugovorima na daljinu, Sl. list L 144 str. 19.

<sup>63</sup> Izuzetak čini član 9. Timesharing-smjernice, koji najmanji nivo zaštite ove smjernice čini prinudnim uvijek „kada se nekretnina nalazi na suverenoj teritoriji jedne zemlje članice“; Smjernica 94/47/EZ o zaštiti kupaca u vezi s određenim aspektima ugovora vezanih uz otkup prava na korištenje nekretnina na određeno vrijeme, Sl. list L 280 str. 83.

Rimske konvencije, zahvaljujući kolizionoj normi Smjernice o prodaji potrošačkih dobara, izgubio je svoj najvažniji predmet primjene, naime „ugovore o dostavi pokretnih stvari“, za cijeli niz kolizionopravnih problema.<sup>64</sup> Ovakva pravna situacija neće se promijeniti ni nakon stupanja na snagu Uredbe Rim I, jer njen član 23., uprkos oprečnim propisima u prijedlogu Uredbe, određuje da kolizione norme za ugovorne obligacione odnose, koje su sadržane u posebnim oblastima Prava EU, ostaju nedirnute ovom uredbom.

#### 2.4.1. Osnovne karakteristike kolizionih normi sadržanih u smjernicama

Već član 5. Rimske konvencije odstupa od klasičnog MPP-a<sup>65</sup> utoliko što materijalnopravna vrednovanja, tj. zaštitu potrošača, uključuje u vezivanje.<sup>66</sup> Ipak ostaje u okviru klasičnog MPP-a, jer ne vezuje za materijalnopravne propise, nego dosljedno za činjenična stanja i jer je uređen univerzalno, čime se u pojedinim slučajevima primjenjuje pravo potrošača, bez uslova da domovina potrošača mora biti zemlja članica EU.<sup>67</sup> Nasuprot tome jednostrane kolizione norme smjernica u potpunosti odustaju od prostornog sadržaja pravdenosti MPP-a i slijede isključivi cilj da Pravo EZ, harmonizirano putem smjernica, zaštite od izbora prava treće zemlje.<sup>68</sup> Ovaj cilj dijele sa *ordre public* i smjernici daju karakter normi neposredne primjene u smislu člana 7. st. 2 Rimske konvencije.<sup>69</sup> Za razliku od klasičnih prinudnih propisa ne posjeduju bezuslovnu volju za dejstvom, već se primjenjuju samo kada je izabrano pravo treće zemlje manje povoljno od propisa smjernica. Ovo poređenje povoljnosti prava ne proizilazi izričito iz same formulacije kolizionih normi u smjernicama, nego rezultira, s jedne strane iz odgovarajućeg tumačenja Rimske konvencije, i s druge strane, iz postavljenog cilja da potrošač ne izgubi

---

<sup>64</sup> *Jayme/Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 1997: Vergemeinschaftung durch „Säulenwechsel“?, IPRax 1997, 385 (388).

<sup>65</sup> O klasičnom MPP-u vidi *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts VIII (1849); *Schwind*, Handbuch des Österreichischen Internationalen Privatrechts (1975); *Neuhaus*, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts (1976); *Picone*, Les méthodes de coordination entre ordre juridique en droit international privé (2000); *Thue*, Internasjonal privatrett (2002); *Rigaux/Fallon*, Droit international privé (2005); *Kropholler*, Internationales Privatrecht (2006).

<sup>66</sup> *Leible*, u *Schulte-Nölke/Schulze* (ed.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte (1999) 353 (364).

<sup>67</sup> *Junker*, IPRax 1998, 65 (70);

<sup>68</sup> *Ehle*, Wege zu einer Kohärenz der Rechtsquellen im Europäischen Kollisionsrecht der Verbraucherverträge (2001) 58; *Kreuzer* ich karakteriše kao „kolizione norme koje osiguravaju Evropsko privatno pravo“, RabelsZ 2006, 1 (48).

<sup>69</sup> *Jayme*, Klauselrichtlinie und Internationales Privatrecht- Eine Skizze, u FS Trinker (1995) 575 (576).

<sup>70</sup> *Schilling*, Binnenmarktkollisionsrecht 304; Tako i vladajuće mišljenje nauke *Kreuzer*,

zaštitu pruženu u smjernicama; s obzirom da se mora osigurati samo da zaštita ne padne ispod nivoa propisanog smjernicama, primjena prava treće zemlje mora biti spriječena samo kada pruža jednak ili niži nivo.<sup>70</sup>

Pri tome smjernice EZ ovu posebnu zaštitu pružaju samo u slučaju da postoji „bliska veza“ sa područjem (jedne ili više) zemalja članica.<sup>71</sup> „Bliska veza“, međutim, osim u kolizionoj normi Timesharing-smjernice, koja formulacijom odstupa od navedenih, nigdje nije konkretizovana i time ostavlja širok prostor za nacionalne implementacije.

Konačno, kolizione norme potrošačkih smjernica, sa izuzetkom člana 9. Timesharing-smjernice, ne sadrže propise o objektivnom vezivanju, čime zaštita potrošača pri nedostatku izbora prava, bez obzira na dovoljno jaku vazuu sa EU, smije zaostajati za kriterijima smjernica.<sup>72</sup> U skladu s tim u nauci se, s pravom, sumnja da se ovdje nije radilo o svjesnoj odluci evropskog zakonodavca.<sup>73</sup>

#### 2.4.2. Kritika

Dok cilj zakonodavca smjernica da prostor EZ kao „državnu teritoriju sa sopstvenim nacionalnim interesima“, s obzirom na usklađeno pravo odvoji, te sa harmoniziranim pravom stvori sopstvenu pravnu kategoriju MPP-a, može naići na razumijevanje,<sup>74</sup> tehnika koja je korištena sigurno ne doprinosi njegovom ostvarenju. Uvođenjem jednostranih kolizionih normi u gotovo svaku potrošačku

---

RabelsZ 2006, 1 (49); *Jayme*, u FS Trinker 575 (577); *Leible*, u *Schulte-Nölke/Schulze* (ed.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte 353 (364); *Nemeth*, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz in Europa - Art 5 EVÜ und die einschlägigen Verbraucherrichtlinien (2000) 90.

<sup>71</sup> Različite formulacije „područje zemalja članica“ i „područje jedne ili više zemalja članica“, nemaju različit sadržaj: „bliska veza“ mora postojati uvijek prema jednoj zemlji članici; *Staudenmayer*, u *Lando/Magnus/Novak-Stief* (ed.), Angleichung des materiellen und des internationalen Privatrechts in der EU (2003) 57 (61).

<sup>72</sup> Član 5. Rimske konvencije u ovim slučajevima pomaže samo unutar svog uskog područja primjene; *Leible*, u *Schulte-Nölke/Schulze* (ed.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte 353 (366).

<sup>73</sup> *Jayme*, u FS Trinker 575 (577); *Leible*, u *Schulte-Nölke/Schulze* (ed.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte 353 (367); suprotnog mišljenja *Staudenmayer*, u *Lando/Magnus/Novak-Stief* (ed.), Angleichung des materiellen und des internationalen Privatrechts in der EU 57 (64); Tako i *Sonnenberger*, Die Umsetzung kollisionsrechtlicher Regelungsgebote in EG-Richtlinien, ZEuP 1996, 382 (385).

<sup>74</sup> *Basedow*, Materielle Rechtsangleichung und Kollisionsrecht, u *Schnyder/Heiss/Rudisch* (ed.), Internationales Verbraucherschutzrecht (1995) 11 (31); *Jayme*, u *Hommelhoff/Jayme/Mangold* (ed.), Europäischer Binnenmarkt Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung (1995), 35 (38); *Leible*, u *Schulte-Nölke/Schulze* (ed.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte 353 (382).

<sup>75</sup> *Sonnenberger*, ZEuP 1996, 382 (386).

smjernicu novijeg datuma, te provođenjem 27 različitih implementacija u nacionalne pravne poretke, ujedinjenje kolizionopravne zaštite potrošača, ostvareno Rimskom konvencijom,<sup>75</sup> ponovo je narušeno. Pri tome samo jedinstveno koliziono pravo potrošača donosi prednost da se, kod različitog materijalnog prava, bar smanji napor pri određivanju mjerodavnog prava.<sup>76</sup> Iz ovog razloga zemlje ugovornice Rimske konvencije potpisale su „Zajedničko saopštenje“<sup>77</sup> o sprečavanju razlika i fragmentacije kolizionopravnih izvora od strane organa EZ.

Osim toga, s obzirom na izričit kolizionopravni cilj „međunarodne harmonije odlučivanja“, smjernice, koje još dodatno sadrže klauzule o minimalnoj harmonizaciji, predstavljaju najmanje prikladan instrument za stvaranje Evropskog kolizionog prava.<sup>78</sup> Haos u kolizionopravnom potrošačkom pravu EZ konačno je upotpunjen nepreciznom formulacijom „bliske veze“, koju je svaka zemlja članica implementirala na različit način.<sup>79</sup>

Za stalnu diskusiju i dodatnu konfuziju pobrinula se odluka *Ingmar*,<sup>80</sup> čija pravna misao je okarakterisana kao prikladna za generalizaciju, te shodno tome i primjenu na potrošačke smjernice.<sup>81</sup> U *Ingmar* Sud EZ je u smjernici o usklađiva-

---

<sup>76</sup> *Klauer*, Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge 130.

<sup>77</sup> Sl. list 1980 L 266/14; Zbog toga je u nauci zastupano mišljenje da kolizione norme smjernica treba shvatiti kao „narativne propise“, koji se ne moraju implementirati; Vidi umjesto mnogih *Jayme/Kohler*, das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1993- Spannungen zwischen Staatsverträgen und Richtlinien, IPRax 1993, 357 (358).

<sup>78</sup> *Leible*, u *Schulte-Nölke/Schulze* (ed.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte 353 (379).

<sup>79</sup> Uopredi o tome *Jayme*: „Haos kojeg smo se bojali je nastupio. Svaka zemlja je član 6. st. 2 Smjernice o nepoštenim klauzulama implementirala različito.“; Zum Stand des IPR in Europa, IPRax 1996, 65.

<sup>80</sup> EuGH 9.11.2000, Rs C-381/98, *Ingmar*, Slg 2000, I-9305; *Ingmar* je potvrđen u ES 23.3.2006, C-465/04, *Honyvem Informazioni Commerciali*, tačke 22, 23; Prevod presude *Ingmar* objavljen u *Stanivuković/Đundić*, Praktikum za međunarodno privatno pravo (opšti deo), Novi Sad (2007) 265.

<sup>81</sup> *Bardas*, Die gemeinschaftsrechtliche Auslegung der Handelsvertreter-Richtlinie durch den EuGH im Lichte der Rechtssache *Ingmar* (2003) 116; *Nemeth/Rudisch*, EuGH 9. 11. 2000 Rs C-381/98 „*Ingmar*“- wichtige Klärung im europäischen IPR, ZfRV 2001, 179 (182); *Staudinger*, Die ungeschriebenen kollisionsrechtlichen Regelungsgebote der Handelsvertreter-, Haustürwiderrufs und Produkthaftungs-richtlinie, NJW 2001, 1974; *Lurger/Augenhofer*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht (2005) 207; *Paefgen*, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im Internationalen Vertragsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, ZEuP 2003, 266 (292); *Summer*, Europäisches Vertragsrechtsübereinkommen unter besonderer Berücksichtigung des Grünbuchs zur Rom I Verordnung (2004) 104; *Reich*, Handelsvertreterrichtlinie unabdingbar gegenüber Drittlandprinzipial, EuZW 2001, 50; Tako i *Jayme*, u *Reichelt/Rechberger* (Ed.), Europäisches Kollisionsrecht (2004) 3 (10).

<sup>82</sup> *Lurger/Augenhofer*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht 207.

nju država članica u vezi sa samostalnim trgovačkim zastupnicima (86/653/EEZ Sl. list 1986 L 382/17) tumačenjem izveo kolizionopravni propis, koji ova smjernica ne sadrži; naime da se pri djelatnosti trgovačkog zastupnika u EZ prinudno pravo na naknadu štete kod raskida ugovora mora posmatrati kao međunarodno prinudno u smislu člana 7. Rimske konvencije, tj. mora se primjeniti i u slučaju, kada je ugovor o trgovačkom zastupanju zaključen sa preduzećem koje ima sjedište u trećoj zemlji i kada je izabrano pravo ove treće zemlje kao mjerodavno. Shodno tome o prinudnim propisima smjernica sa „snažnom vezom sa Zajednicom“ ne može se disponirati oprečnim izborom prava, ukoliko je pridržavanje ovih propisa nužno za ostvarenje ciljeva EZ. Time bi propis iz sudske prakse *Ingmar* bio od značaja za sve potrošačke smjernice, koje ne sadrže kolizione norme i precizirao bi „snažnu vezu sa EZ“ jer bi, preneseno na potrošačko pravo, prebivalište potrošača u jednoj zemlji članici i jedna daljna veza ugovora sa područjem zemalja članica bila dovoljna, kao što je to u *Ingmar* bilo područje djelovanja samostalnog trgovačkog zastupnika.<sup>82</sup> Kada bi se misao o prenosivosti sudske prakse *Ingmar* na potrošačke smjernice slijedila dalje, kriteriji sa „snažnu vezu sa EZ“ gradili bi i uslove za „blisku vezu“, te time ujedno značili i odrednice za nacionalnu implementaciju potrošačkih smjernica, koje već sadrže kolizione norme. Pravnoj sigurnosti bi, naravno, mnogo bolje služilo izričito utemeljenje međunarodno-prinudnog karaktera ovakvih pravnih propisa.<sup>83</sup> Ali i time ne bi bio otklonjen posljedni nedostatak, na koji treba ukazati, naime da ovi propisi osiguravaju zaštitu pruženu smjernicom pri uskoj vezi sa područjem Zajednice, ali ne određuju i konkretno pravo koje zemlje članice je mjerodavno.

Konačno ostaje da se zaključi da je sama ideja dodavanja kolizionih normi svakom materijalnom pravu pogrešan put, koji potrošaču donosi više problema nego prednosti.<sup>84</sup> U ovom slučaju može se ponoviti cinična zamjerka *Junker*-a da se nepreglednost i fragmentacija Evropskog potrošačkog prava i njegovih kolizionih normi mora pozdraviti, jer se time pretjerana zaštita potrošača u EU poništava nemogućnošću njegovog sprovođenja.<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> *Staudinger*, Die ungeschriebenen kollisionsrechtlichen Regelungsgebote der Handelsvertreter-, Haustürwiderrufs und Produkthaftungs-richtlinie, NJW 2001, 1974 (1977).

<sup>84</sup> Tako *Jayme*, u FS Trinker 575 (583).

<sup>85</sup> *Junker*, Von Citoyen zum Consommateur- Entwicklungen des internationalen Verbraucher-schutzrechts, IPRax 1998, 65 (74).

<sup>86</sup> *Reichelt*, Das Herkunftslandprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht- Eine Einführung,

### 3. NAČELO ZEMLJE PORIJEKLA I EVROPSKO KOLIZIONO PRAVO

Načelo zemlje porijekla (*lex originis*), utemeljeno je u okviru načela međusobnog priznavanja propisa presudom *Cassis*, kojom je nastavljena *Dassonville* sudska praksa ES-a o slobodi kretanja robe.

U *Dassonville* ES je iz načela zabrane diskriminacije u skladu sa članom 28. EZ razvila sveobuhvatnu zabranu ograničenja i otišao mnogo dalje od same ravnopravnosti uvozne i domaće robe u zemlji odredišta.<sup>86</sup> U skladu sa formulom uspostavljenom u ovoj presudi zabranjeni su svi nacionalni propisi koji su prikladni da neposredno ili posredno, stvarno ili potencijalno otežavaju unutrašnju trgovinu. Ovu naročito široku formulu korigovao je ES u *Cassis* uvođenjem imanentnog ograničenja člana 28. EZ, prema kojem diskriminirajući propisi, osim u slučajevima člana 30. EZ, nisu protivni Ugovoru o EZ, ako su nužni za ispunjenje obveznih zahtjeva od općeg interesa.<sup>87</sup> Zaštita potrošača je izričito navedena kao obvezni zahtjev od općeg interesa.

Na osnovu navedene sudske prakse, Komisija je u svojoj „novoj strategiji“ zaključila da nije nužno ujednačiti cjelokupno pravo. Umjesto toga, u oblastima u kojima same tržišne slobode ne mogu osigurati slobodu kretanja robe i pružanja usluga, nacionalni propisi moraju štiti opće interese, zbog čega se ograničenja tržišnih sloboda moraju prihvatiti. Ovo prije svega znači da propisi od općeg interesa, koji vrijede u zemlji porijekla robe ili usluge, moraju principijelno i u drugim zemljama članicama biti priznati kao dovoljni.<sup>88</sup> Iz toga slijedi temeljna misao evropskopravnog načela zemlje porijekla (*lex originis*), da onaj, koji pruža usluge ili nudi proizvode, podliježe pravu samo one zemlje u kojoj je poslovno nastanjen.<sup>89</sup> Ukoliko na osnovu strožijih propisa zemlje odredišta, opravdanim obveznim zahtjevima u skladu sa sudskom praksom *Cassis*, u pojedinim oblastima sistematski dolazi do nepriznavanja, to predstavlja indiciju da postoji potreba za daljnom harmonizacijom.<sup>90</sup> **Ovako se objašnjava osnovni proces harmonizacije u EU.**

Uvođenjem načela zemlje porijekla i međusobnog priznavanja u sve veći broj evropskih akata 2001. godine navelo je *Jayme/Kohler-a* da svoju stalnu godiš-

---

u *Reichelt* (ed.), *Das Herkunftslandprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht* (2006) 3.

<sup>87</sup> *Reichelt*, *Europarecht* (2002) 156.

<sup>88</sup> *Klauer*, *Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge* (2000) 101.

<sup>89</sup> *Reichelt* u *Reichelt* (ed.), *Das Herkunftslandprinzip* 3.

<sup>90</sup> *Jayme/Kohler*, *IPRax* 2001, 501.



nju rubriku časopisa IPRax nazovu „Načelo međusobnog priznavanja umjesto međunarodnog privatnog prava?“.<sup>91</sup> Rezultat je bila opširna naučna debata o svrsi međunarodnog privatnog prava, konkretno Evropskog kolizionog prava i njegovoj konkurenciji sa načelom međusobnog priznavanja u najširem smislu tog pojma. Pojednostavljeno prikazano, primjenom načela međusobnog priznavanja kao kolizione norme, uvijek bi se primjenivalo pravo države ponuđača kao zemlje porijekla, osim ako u zemlji kupca ne bi postojali strožiji propisi od općeg interesa, čime bi međunarodno privatno pravo unutar EU postalo nepotrebno.

Načelo zemlje porijekla shvaćeno kao koliziona norma moglo bi prije svega potisnuti kolizionopravnu zaštitu potrošača, s obzirom da se ona sastoji u tome da se primarno primjenjuje pravo države potrošača.<sup>92</sup> U okviru ove diskusije mjerene su prednosti i mane načela zemlje porijekla i Evropskog kolizionog prava. Kao bitne mane načela zemlje porijekla ispravno su navedeni nepravilno davanje prednosti ponuđaču u odnosu na potrošača,<sup>93</sup> stvaranje različitih propisa ponašanja na jednakom tržištu, te utvrđivanje evropske zaštite potrošača na najnižem nivou.<sup>94</sup> Nasuprot tome, prednost prema mišljenju određenih naučnika, leži u tome da ovo načelo omogućuje lakšu primjenu prava, jer Evropsko koliziono pravo vodi do nepredvidivih rezultata i ne nudi nužnu pravnu sigurnost.<sup>95</sup>

Protiv ovog mišljenja govori činjenica da, za različite oblasti, postoje različita načela zemlje porijekla.<sup>96</sup> Tako npr. nešto, što u potrošačkom ugovornom pravu predstavlja obvezni zahtjev, u vanugovornoj zaštiti potrošača može biti nedozvoljeno.<sup>97</sup> Osim toga, preuzimanje načela zemlje porijekla u ovoj oblasti ne bi unaprijedilo povjerenje potrošača i značilo bi da ponuđači, u skladu sa svojim pravom, mogu lakše ponuditi robu i usluge, ali nailaze na manji broj prekograničnih kupaca.<sup>98</sup>

---

<sup>91</sup> *Jayme/Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?, IPRax 2001, 501.

<sup>92</sup> *Klauer*, Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge 97.

<sup>93</sup> *Vidi Heiss*, ZEuP 1996, 625 (645).

<sup>94</sup> *Reichelt u Reichelt* (ed.), Das Herkunftslandprinzip 7.

<sup>95</sup> *Adensamer*, Herkunftslandprinzip als Herausforderung für das traditionelle IPR, u *Reichelt* (ed.), Das Herkunftslandprinzip 55 (58).

<sup>96</sup> *Grundmann u Reichelt*, Das Herkunftslandprinzip 25.

<sup>97</sup> Ovo najjasnije izražava *Siehr*: „Načelo zemlje porijekla je nejasno. Ko se koristi ovim tamnim monstrumom, njemu mora biti jasno da se kreće po blatnjavom prostoru i da postoji opasnost da i sam bude progutan.“, Das Herkunftslandprinzip im IPR, u *Reichelt* (ed.), Das Herkunftslandprinzip 93 (99).

<sup>98</sup> *Adensamer u Reichelt* (ed.), Das Herkunftslandprinzip 55 (59).



Najsnažniji argument protiv zamjene Evropskog kolizionog prava načelom zemlje porijekla, na kojem se zasniva i prethodna kritika, jeste njegov nedostatak pravednosti. Dok se Evropsko koliziono pravo zasniva na pravednoj ravnoteži između stranaka, što podrazumijeva i uzimanje u obzir njihove potrebe za zaštitom<sup>99</sup> i što se ostvaruje načelom najbliže (najtješnje, najsnažnije) veze, za priznavanje je u pojedinim slučajevima, dovoljno i stavljanje poštanskog sandučeta.<sup>100</sup>

Međutim, ovakva diskusija polazi od pretpostavke da u načelu zemlje porijekla postoji skriveni kolizionopravni sadržaj, kojeg prvo treba ispitati. Sudska praksa ES-a bi, za takvo ispitivanje, trebala postaviti osnovu, s obzirom da se kod načela zemlje porijekla radi o načelu specifičnom za Pravo EU. Pri tome se, odmah na početku, mora konstatovati da ES do sada još nijedan kolizionopravni propis nije okarakterisao kao protivan primarnom pravu.<sup>101</sup> On mjerodavno materijalno pravo, određeno kolizionim propisima, uzima kao osnovu, a zatim to materijalno pravo podvrgne kontroli osnovnih sloboda sa jedinom mogućom posljedicom da propisi ovog materijalnog prava moraju ostati neprimjenjeni.<sup>102</sup> U skladu s tim kolizionopravni sadržaj načela zemlje porijekla može biti nađen samo u tome da se pravna posljedica, određena kolizionim pravom u pojedinim slučajevima posredno promijeni.<sup>103</sup> Izvlačenje „sveobuhvatne kolizione norme“ iz toga, mora se odbiti iz više razloga: Kao prvo upućivanje načelom zemlje porijekla moguće je samo onda kada je primjenljivo pravo zemlje odredišta, što opet za uslov ima njegovo određenje kolizionim pravom.<sup>104</sup> Kao drugo, ono ne može ispuniti funkciju upućivanja u svim činjeničnim stanjima, u kojima postoje dvije zemlje porijekla (npr. kada si dva radnika iz dvije zemlje članice međusobno nanesu štetu ili jedan

---

<sup>99</sup> MPP ostvaruje jednakost poštujući različitosti, što čini njegov sadržaj pravednosti; *Reichelt*, Zur Kodifikation des Europäischen Kollisionsrechts- am Beispiel des ordre public, u *Reichelt* (ed.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR- ein Beitrag zur Kodifikation der Allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechtes* 5 (6); O opravdanosti kolizionopravne zaštite potrošača str. 150; Uporedi u ovom smislu argumentaciju *Roth*, *Methoden der Rechtsfindung und Rechtsanwendung im Europäischen Kollisionsrecht*, IPRax 2006, 338 (346).

<sup>100</sup> *Jayme/Kohler*, IPRax 2004, 481. Za različite aspekte sadržaja pravednosti uporedi prije svih *Jayme*, *Der Gerechtigkeitsgehalt des Europäischen Gerichtsstand- und Vollstreckungs-übereinkommens (EuGVÜ)*, u *Reichelt* (ed.), *Europäisches Kollisionsrecht- Die Konventionen von Brüssel, Lugano und Rom* (1993) 33; *Kropholler*, *Internationales Privatrecht* (2006) 24.

<sup>101</sup> *Roth*, IPRax 2006, 338 (340).

<sup>102</sup> Uporedi npr. ES 07.03.1990, predmet C-362/88, *GB-INNO*, 1990, I-667; ES 18.05.1993, predmet C-126/91, *Ives Rocher*, 1993, I-2361.

<sup>103</sup> *Klawer*, *Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge* 103; *Roth*, IPRax 2006, 338 (340);

<sup>104</sup> *Roth*, IPRax 2006, 338 (340);

snosi sukrovicu).<sup>105</sup> Ovo odgovara, u međuvremenu većinskom mišljenju nauke, koja načelo zemlje porijekla smatra korektivom materijalnog prava određenog Evropskim kolizionim pravom.<sup>106</sup>

Ovo mišljenje potvrđuje i saopštenje Komisije o drugoj Smjernici o bankama,<sup>107</sup> u kojem predlaže primarnopravno ispitivanje potrošačkih normi u tri koraka: 1. Određivanje mjerodavnog prava na osnovu Rimske konvencije; 2. Ispitivanje da li ovo pravo predstavlja prepreku za međusobno priznavanje; i 3. Primjena prava zemlje potrošača, ukoliko ono ne predstavlja prepreku, ili ako je opravdano ciljem obveznog zahtjeva od općeg interesa.<sup>108</sup>

#### 4. PRINCIPIJELNA (NAČELNA) SUDSKA PRAKSA ES-A U OBLASTI EVROPSKOG KOLIZIONOG PRAVA

U okviru postupka prethodnog odlučivanja u skladu sa članom 234. EZ Evropski sud je nadležan da odlučuje o tumačenju komunitarnog prava. Kada se pred nacionalnim sudom postavi pitanje tumačenja primarnog i sekundarnog Prava EU, ali, kao što će predstavljene slučaj pokazati, i pojedinih pravnih akata EKP-a u okviru pratećeg Prava EU, nacionalni sud se obraća ES-u. Obimna sudska praksa ES-a od ključne je važnosti za ispravno razumijevanje Prava EU. Sudsko pravo, pored primarnog, sekundarnog i pratećeg prava čini sastavni dio sistema pluralizma pravnih izvora u Pravu EU. Iako presude ES-a u skladu sa čl. 234 EZ prema usaglašenom mišljenju nauke imaju obvezujuće dejstvo samo *inter partes*, u sličnim slučajevima ES se, može osloniti na odgovarajuću prethodnu presudu. Stvarna obvezujuća snaga postupka prethodnog odlučivanja u praksi seže najčešće

---

<sup>105</sup> *Adensamer u Reichelt* (ed.), *Das Herkunftslandprinzip* 55 (58).

<sup>106</sup> *Kohler*, *Der europäische Justizraum für Zivilsachen und das Gemeinschaftskollisionsrecht*, IPRax 2003, 407 (410); *Roth*, IPRax 2006, 338 (344); *Klauer*, *Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge* 104; *Fezer/Koos*, *Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip und die e-commerce-Richtlinie*, IPRax 2000, 349 (352); *Staudenmayer*, *Aktuelle Probleme im Schnittbereich vom Verbraucherschutz und Internationalem Privatrecht*, u *Lando/Magnus/Novak-Stief* (ed.), *Angleichung des materiellen und des internationalen Privatrechts in der EU* (2003) 57 (75); *Spindler*, *Die E-Commerce Richtlinie und das internationale Wirtschaftsrecht*, in *Baur/Mansel*, *Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht* (2002) 109 (112); *Thünken*, *Die EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs*, IPRax 2001, 15 (19); suprotnog mišljenja *Schilling*, *Binnenmarktkollisionsrecht* 210.

<sup>107</sup> Saopštenje Komisije, *Slobodni promet pružanja usluga i opći interes u Smjernici o bankama*, Sl. list 1998 C 167 str. 27.

<sup>108</sup> *Klauer*, *Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge* 105.

mного dalje od samog dejstva u slučaju koji je bio povod presude, te je teško napraviti razgraničenje od dejstva koje ima presedan.<sup>109</sup>

S ciljem razumijevanja pluralizma pravnih izvora unutar Prava EU i uloge pratećeg prava u tom sistemu u nastavku će biti predstavljeni najvažniji dijelovi presude *Ivenel* u njihovom izvornom obliku. Naknadni rezime služi razumijevanju važnosti ove presude za sam razvoj Prava EU.

### **Principijelna odluka Ivenel<sup>110</sup>**

#### **Činjenično stanje**

U septembru 1971. Roger Ivenel, sa prebivalištem u Straßburg-u (FRA), i Helmut Schwab, rukovodilac preduzeća za izgradnju mašina sa sjedištem u Bavar-skoj (Njemačka), zaključili su ugovor o trgovačkom zastupništvu prema kojem je Ivenel u Francuskoj trebao prodavati Schwab-mašine i za to dobivati proviziju. Ivenel je u julu 1976. zbog neplaćanja obustavio svoju djelatnost za Schwab-a, te 1977. godine podnio tužbeni zahtjev protiv Schwab-a pred Conseil de prud'hommes commerciaux u Straßburg-u za plaćanje izostalih provizija i povezanih naknada.

Tužena strana uložila je prigovor kako stvarne tako i mjesne nenadležnosti francuskog suda. Prvostepeni sud relevantni ugovor okarakterisao je kao ugovor o radu, te se proglasio stvarno nadležnim. Mjesnu nadležnost zasnovao je na mišljenju da član 5. Briselske konvencije mjesnu nadležnost određuje na osnovu mjesta ispunjenja ugovora. U ovom slučaju je to Straßburg, jer je mjerodavna obveza zastupnika, koji je svoj biro imao u ovom gradu.

Tužena strana se potom žalila pred Cour d'appel Colmar, koji je potvrdio vrednovanje ugovornog odnosa kao ugovora o radu i proglasio se stvarno nadležnim. Međutim, Sud druge instance mjerodavnom je smatrao tuženu obvezu, naime plaćanje provizija i otpremnina, koja u skladu sa njemačkim a i francuskim pravom, predstavlja dug, po koji se mora otići kod dužnika, te na osnovu toga utvrdio sopstvenu mjesnu nenadležnost.

Sud treće instance stoga je zaključio da postoji nerazjašnjeno pitanje, koja od različitih spornih obveza iz zaključenog ugovora zasniva mjesnu nadležnost u skladu sa članom 5. br. 1 Briselske konvencije, te se za njegovo tumačenje obratio ES-u za prethodnu odluku.

---

<sup>109</sup> *Reichelt*, Europarecht 81.

<sup>110</sup> ES 133/81, presuda od 26. maja 1982., *Ivenel*, 1982, 1891; Ispravan je i termin "načelna odluka" (engl. *principal decision*, njem. *Grundsatzentscheidung*) - radi se o temeljnoj, važnoj odluci ali i o odluci koja uspostavlja (utemeljuje) novo načelo (princip), koja je, dakle, *konstitutivnog karaktera*.

## Zaključak generalnog advokata<sup>111</sup>

Član 5. br. 1 Konvencije o nadležnosti tumači se tako da se kod obostranih ugovora ne utvrđuje jedno mjesto ispunjenja obveze – na osnovu izvršenja karakteristične radnje - već je mjerodavna ona obveza, koja čini osnov za tuženo potraživanje. U slučaju potraživanja zbog povrede ugovornih obveza mjerodavna je ona obveza, čije neispunjenje se tuži. Ukoliko se tuži više ugovornih obveza, onda se, prema pravu primjenjivom na ugovor, istraži koja je glavna obveza tužene strane; pa se prema mjestu njenog ispunjenja određuje nadležnost za taj pravni spor.

## Presuda

Ako se tužbeni zahtjev zasniva na različitim obvezama iz ugovora o zastupništvu, koji radnika veže za preduzeće, onda je za primjenu člana 5. br. 1 Konvencije o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima od 16.09.1968. mjerodavna ona obveza, koja je za taj ugovor karakteristična.

## Résumé

Evropski sud, u skladu sa protokolom od 3. juna 1971.,<sup>112</sup> ima nadležnost za tumačenje Briselske konvencije od 27. septembra 1968. o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima. Postupak tumačenja ove konvencije uređen je prema uzoru postupka prethodnog odlučivanja u skladu sa članom 234. EZ.

U presudi *Ivenel* ES bez potrebe za dodatnim obrazloženjem Briselsku konvenciju tumači u skladu sa tada novim pravnim aktom MPP-a, Rimskom konvencijom. Mjesto ispunjenja obveze u skladu sa članom 5. Briselske konvencije, ES kvalifikuje prema načelu karakteristične radnje utemeljenom u Rimskoj konvenciji. Značaj presude *Ivenel* leži u uspostavljanju pravne veze između Briselske i Rimske konvencije<sup>113</sup> kao najvažnijih pravnih izvora međunarodnopravne integracione faze nastajanja EKP-a, te konačno postavljanjem temelja za razvoj Evropskog kolizionog prava kao samostalne pravne oblasti.

---

<sup>111</sup> Engl. *opinion*; njem. *Schlussantrag*; fran. *conclusion*; ne preporučuje se prijevod „mišljenje“ zbog mogućnosti zamijene sa mišljenjem u skladu sa članom 249. st. 5 EZ, te brojim mišljenjima koja se daju u interinstitucionalnom dijalogu organa EU.

<sup>112</sup> Protokol o tumačenju Briselske konvencije, Sl. list 1975 L 204.

<sup>113</sup> Vidi o obe konvencije opširno *Reichelt* (ed.), *Europäisches Kollisionsrecht. Die Konventionen von Brüssel, Lugano und Rom* (1993).

## 5. ZAKLJUČAK

Sa Evropskim kolizionim pravom Međunarodno privatno pravo u Evropi, kao mjestu svog nastanka, dobija nove vrijednosti. Evropsko koliziono pravo unutar Prava EU služi uređenju privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti, koji nisu neposredno regulisani ujednačenim privatnim pravom EU. Međunarodno privatno pravo sa svojim načelima ravnopravnosti nacionalnih pravnih poredaka i pravednom određivanju mjerodavnog prava na osnovu načela najbliže veze, sukobljava se sa ciljevima EU da privatno pravo ujednači, ili ako to nije moguće, harmonizira, te tako ujednačeno/harmonizirano pravo primjenjuje na što veći broj slučajeva.

Osim toga, promjene u međunarodnom privatnom pravu unutar EU donose i sami pravni izvori EU, koji su za nacionalne pravne poretke neminovno predstavljali novitete. Uredbe ne pružaju fleksibilnost, ne dopuštaju uticaj pravne nauke i nacionalne sudske prakse, koji su do sada karakterisali međunarodne ugovore u ovoj oblasti. Nasuprot tome, smjernice vode ka fragmentaciji nacionalnih kolizionopravnih izvora, jer često nisu usklađene sa postojećim Međunarodnim privatnim pravom, te ostavljaju mogućnost da svaka zemlja članica odredbe smjernice implementira na različit način.

Ipak, Međunarodno privatno pravo sa Evropskom unijom prvi put je dobilo nužnu političku potporu za ostvarenje davno definisanog cilja, jedinstvenog Evropskog zakonika međunarodnog privatnog prava. Iako kontradiktorni, procesi stvaranja Evropskog civilnog zakonika i Evropskog zakonika međunarodnog privatnog prava unutar EU dešavaju se paralelno, pri čemu, zbog manjih razlika među nacionalnim pravnim poretcima, prednjači kodifikacija Evropskog kolizionog prava. Time se stvara potreba za kodifikacijom načela Evropskog kolizionog prava u budućem opštem dijelu Zakonika, koja treba da vrate nužnu fleksibilnost za daljni razvoj Međunarodnog privatnog prava u Evropi.

### **Schlussbemerkungen:**

*Mit dem Europäischen Kollisionsrecht (EKR) erfährt das IPR in Europa, dem Ort seiner Entstehung, neue Werte. Das EKR dient im Rahmen des EU-Rechts der Bestimmung des anwendbaren Rechts auf Privatrechtsverhältnisse mit Auslandsberührung, die durch das vereinheitlichte Privatrecht der EU nicht unmittelbar geregelt wurden. Das IPR mit seinen Grundsätzen der Ranggleichheit der nationalen Privatrechtsordnungen und der gerechten Bestimmung*

*des anwendbaren Rechts aufgrund des Grundsatzes der stärksten Beziehung, kollidiert mit den Zielen der EU, das Privatrecht zu vereinheitlichen, oder wenn dies nicht möglich ist, zu harmonisieren, und das so vereinheitlichte / harmonisierte Recht auf möglichst viele Fälle anzuwenden.*

*Außerdem verursachen die Rechtsquellen der EU, die als solche Neuheiten für die nationalen Privatrechtsordnungen darstellten, Veränderungen im IPR. Die Verordnungen bieten nicht die Flexibilität, erlauben nicht den Einfluss der Rechtslehre und der nationalen Rechtsprechung, die bisher die Staatsverträge mit sich brachten. Dagegen führen die Richtlinien zur Fragmentierung der nationalen kollisionsrechtlichen Bestimmungen, da sie oft nicht mit dem bestehenden IPR vereinbar sind, sowie den Raum verschaffen, dass jeder Mitgliedsstaat die Richtlinienbestimmungen anders umsetzt.*

*Dennoch bekam das IPR mit der EU erstmals den notwendigen politischen Rückhalt zur Verwirklichung eines bereits lange festgesetzten Zieles, nämlich eines einheitlichen europäischen IPR-Gesetzes. Obwohl entgegengesetzt, werden die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches und eines europäischen IPR-Gesetzbuches parallel vollzogen, wobei aufgrund geringerer Unterschiede zwischen den nationalen Privatrechtsordnungen die Kodifizierung des EKR weiter fortgeschritten ist. Dadurch entsteht das Bedürfnis für eine Kodifikation der Allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts in einem Allgemeinen Teil des zukünftigen Gesetzbuches, die die notwendige Flexibilität für die Weiterentwicklung der IPR in Europa zurückbringen sollen.*

**doc. dr Senad Mulabdić,**  
sudija Kantonalnog suda u Tuzli

## **ODLUČIVANJE PRIMJENOM PRAVILA O TERETU DOKAZIVANJA\***

### **1. UVOD**

Dokazivanje je složena djelatnost u kojoj učestvuju sud, stranke i drugi učesnici u parnici. Ova djelatnost obuhvata prikupljanje i predlaganje dokaza od strane stranaka na pripremnom ročištu, izbor predloženih relevantnih dokaza od strane suda na pripremnom ročištu, izvođenje prihvaćenih relevantnih dokaza od strane stranaka na glavnoj raspravi i ocjenu izvedenih dokaza od strane suda nakon zaključenja glavne rasprave. Iako je bitno drugačija uloga suda i stranaka u djelatnosti dokazivanja po novom ZPP-u, cilj dokazivanja ostao je isti.<sup>1</sup> Djelatnost dokazivanja ima za cilj da sud ocjenom izvedenih dokaza utvrdi postojanje ili nepostojanje neposredno pravno-relevantnih činjenica od kojih zavisi pravilna primjena materijalnog prava.

Na osnovu ocjene izvedenih dokaza sud može zaključiti da iznijete sporne pravno-relevantne činjenice postoje (pozitivno utvrđenje), da ne postoje (negativno utvrđenje) ili da je sporna pravno-relevantna činjenica (ili više njih) ostala nedokazana. Ako je sud ocjenom prihvaćenih relevantnih dokaza koje su stranke izvele na glavnoj raspravi uspio formirati određeno uvjerenje, kao viši stepen saznanja koji isključuje opravdanu sumnju u suprotno, o postojanju ili nepostojanju svih iznijetih spornih pravno-relevantnih činjenica, onda će utvrđeno činjenično stanje (član 8. ZPP-a) pravno kvalifikovati i tumačenjem podvesti pod odgovarajuću normu materijalnog prava i izrekom presude odlučiti o osnovanosti postavljenog zahtjeva tako što će ga usvojiti ili odbiti.

Ako sud na osnovu ocjene izvedenih dokaza nije uspio formirati određeno uvjerenje o postojanju ili nepostojanju svih iznijetih spornih pravno-relevantnih činjenica, onda će primjenom pravila o teretu dokazivanja zaključiti da nedokazana činjenica ne postoji (isto je nepostojati i ne biti dokazan) pa će donijeti presudu

---

\* *Rad recenzirao: prof.dr. Sanjin Omanović*

<sup>1</sup> Po starom ZPP-u stranke su prikupljale i predlagale dokaze dok je sud vršio izbor predloženih relevantnih dokaza, izvodio i cijenio izvedene dokaze, pa se može zaključiti da je sud bio nosilac djelatnosti dokazivanja.



na štetu stranke na kojoj je ležao teret dokazivanja. U ovom slučaju sud nije mogao utvrditi odgovarajuće činjenično stanje pa neće ni vršiti podvođenje pod norme materijalnog prava. ZPP za ovakvu pravnu situaciju kaže: „Ako sud na osnovu ocjene izvedenih dokaza ne može sa sigurnošću utvrditi neku činjenicu, o postojanju te činjenice zaključit će primjenom pravila o teretu dokazivanja“.<sup>2</sup>

Odlučivanje primjenom pravila o teretu dokazivanja je supsidijaran metod koji se primjenjuje kada utvrđivanje putem slobodne ocjene izvedenih dokaza nije dalo zadovoljavajuće rezultate. O osnovanosti postavljenog zahtjeva sud će a priori odlučiti po članu 8. ZPP-a, a tek supsidijarno po članu 126. ZPP-a kada dokazivanje nije dalo potpuno izvjesne rezultate. „Istina će u takvom slučaju dobiti oblik pravne fikcije bez obzira na njenu vrijednost“.<sup>3</sup>

Neovisno od toga što je odlučivanje primjenom pravila o teretu dokazivanja prema novom ZPP-u regulisano na sadržajno isti način kao i ranijim ZPP-om, određena nova zakonska rješenja uslovia su drugačije postupanje suda. Raniji ZPP zasnivao se na kombinaciji raspravnog načela sa istražnim načelom. Sud je bio vezan za činjenice koje su stranke samoinicijativno iznijele i na podsticaj suda postavljanjem odgovarajućih pitanja (član 279. ranijeg ZPP-a), ali ne i za predložene dokaze pa je mogao i po službenoj dužnosti izvoditi dokaze ako su ti dokazi značajni za odlučivanje. Prema ranijem ZPP-u sud je mogao donijeti zakonitu i pravilnu odluku primjenom pravila o teretu dokazivanja tek onda kada je izveo relevantne dokaze po prijedlogu stranaka kao i dokaze koje je prikupio po službenoj dužnosti pa da i pored iscrpljenih svih raspoloživih saznavnih mogućnosti nije uspio formirati određeno uvjerenje o postojanju ili nepostojanju svih iznijetih spornih pravno-relevantnih činjenica. „Ne može se u parnici presudom – rješenjem odbiti tužbeni zahtjev kao neosnovan samo s toga razloga što izvedeni dokazi ne pružaju dovoljno osnova za utvrđivanje bitnih činjenica tj. zbog „nedostatka dokaza“. Ako drugi izvedeni dokazi ne pružaju osnova za utvrđivanje potrebnih činjenica, onda je sud dužan saslušati parnične stranke i valjanom ocjenom njihovih iskaza i drugih izvedenih dokaza utvrditi istinito činjenično stanje te na osnovu njih suditi o osnovanosti tužbenog zahtjeva“.<sup>4</sup>

Prema novom zakonskom rješenju, ako se radi o zahtjevima kojim stranke mogu raspolagati, sud je vezan za činjenice koje su stranke samoinicijativno

---

<sup>2</sup> Vidjeti član 126. ZPP-a.

<sup>3</sup> Dr Boris Kandare – mr Jozo Čizmić, Priručnik iz Građanskog parničnog procesnog prava, Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet u Mostaru, Mostar 1996. godine, strana 126.

<sup>4</sup> Pravno stanovište Vrhovnog suda Vojvodine, Gž. 864/69, Komentar Zakona o parničnom postupku, Književne novine, Beograd, 1983. godina, strana 446.



iznijele i za dokaze koje su predložile, tako da se odluka suda može zasnovati samo na toj procesnoj građi (dominantna primjena raspravnog načela).<sup>5</sup>

Predmet istraživanja ovog rada su pravila o teretu dokazivanja, mogući propusti stranaka i suda u djelatnosti dokazivanja koji dovode do odlučivanja primjenom pravila o teretu dokazivanja, kao i pravna priroda ovih pravila.

## **2. TERET IZNOŠENJA ČINJENICA I TERET PREDLAGANJA DOKAZA**

U teoriji građanskog procesnog prava pravi se razlika između tereta tvrdnji i tereta dokazivanja. Pod teretom tvrdnji podrazumijeva se dužnost svake stranke da iznese pravno-relevantne činjenice iz kojih izvodi pravne posljedice prema protivniku. Postojanje iznijetih pravno-relevantnih činjenica koje su sporne treba da dokaže ona stranka koja se na njih poziva, tako da se teret tvrdnji i teret dokazivanja u subjektivnom smislu podudaraju u predmetu i obimu. Samostalnost tereta tvrdnji u odnosu na teret dokazivanja dolazi do izražaja samo onda kada određena stranka nije iznijela odgovarajuću tvrdnju jer tada sud donosi presudu na njenu štetu.

Prema ranijem ZPP-u raspravno načelo bilo je u velikoj mjeri ograničeno istražnim ovlaštenjima suda u pogledu prikupljanja činjenica koje stranke nisu samoinicijativno iznijele, a posebno ovlaštenjima suda da prikuplja i izvode dokaze po službenoj dužnosti ako su od značaja za odlučivanje. To je bio osnovni razlog zbog čega je podjela na teret tvrdnji i teret dokazivanja izgubila svaki praktični značaj. Polazeći od novog zakonskog rješenja po kome se parnični postupak zasniva na dominantnoj primjeni raspravnog načela, ova podjela ima ponovo praktični značaj u tom smislu što tužitelj može izgubiti parnicu i kada nije iznio dovoljno pravno-relevantnih činjenica iz kojih izvodi tužbeni zahtjev.

Da bi sud mogao odlučiti o osnovanosti postavljenog zahtjeva, mora imati na raspolaganju činjenice i dokaze. Dužnost stranaka da pred sudom iznesu sve činjenice na kojima zasnivaju svoje zahtjeve i predlože dokaze kojima se utvrđuju te činjenice (član 7. stav 1. ZPP) ustvari nije nikakva obaveza u strogom smislu riječi na koju bi se stranke mogle prisiliti bilo kakvim prinudnim sredstvima da bi postupile u skladu sa ovom odredbom.

---

<sup>5</sup> Sud je ovlašten utvrditi činjenice što ih stranke nisu iznijele samo ako iz rezultata rasprave i dokazivanja proizilazi da stranke idu za tim da raspolažu zahtjevima kojima ne mogu raspolagati. Isto tako sud je ovlašten izvoditi dokaze koje stranke nisu predložile ako utvrdi da stranke idu za tim da raspolažu zahtjevima kojima ne mogu raspolagati. Tako, naprimjer, kada sud utvrdi da ugovor o prometu nepokretnosti nije zaključen u propisanoj pismenoj formi i da potpisi nisu ovjereni u sudu, onda neće donijeti presudu na osnovu priznanja ili presudu zbog propuštanja niti dopustiti nagodbu stranaka jer je riječ o zahtjevu kojim stranke ne mogu raspolagati.

Dužnost iznošenja činjenica i predlaganja dokaza ne predstavlja obavezu stranke prema parničnom protivniku, a ni prema sudu, već u suštini specifičnu obavezu prema samoj sebi radi zaštite i ostvarivanja vlastitih interesa, radi poboljšanja svog procesnog položaja i ostvarivanja povoljnijeg izgleda za konačan uspjeh u postupku. Pravilno je zaključiti da ova dužnost stranaka u suštini predstavlja procesni teret u vlastitom interesu, tako što će pred sudom, rukovođene suprotnim interesima u parnici, redovno iznijeti samo one pravno-relevantne činjenice koje im po materijalnom pravu idu u prilog i predložiti odgovarajuće dokaze za utvrđivanje tih činjenica. One pravno-relevantne činjenice koje im po materijalnom pravu ne idu u prilog stranke nisu dužne iznijeti i na to se ne mogu primorati.

Uloga suda i stranaka u postupku prema novom ZPP-u bitno je drugačija. Uloga suda sada se svodi samo na to da obezbijedi uslove za ravnopravnu borbu suprotnih interesa stranaka. Stranke su tako u pravnom smislu riječi postale gospodari parnice, dok je položaj suda određen pravilom: da mihi factum, dabo tibi ius (daj mi činjenice, da ću ti pravo). Od suda se više ne zahtijeva da utvrđuje punu, materijalnu istinu, već onu istinu za koju su se stranke opredijelile iznošenjem samo onih pravno-relevantnih činjenica koje im po materijalnom pravu idu u prilog i predlaganjem odgovarajućih dokaza u odnosu na sporne pravno-relevantne činjenice. U interesu je stranaka da udovolje teretu iznošenja dovoljnog broja pravno-relevantnih činjenica i teretu predlaganja svih dokaza sa kojima raspolažu jer tako u velikoj mjeri izbjegavaju negativne posljedice primjene pravila o teretu dokazivanja.<sup>6</sup>

Ako stranka ne iznese neku pravno-relevantnu činjenicu od koje zavisi osnovanost postavljenog zahtjeva, onda će negativne posljedice pasti na onu stranku čija procesna traženja ne mogu proizvesti posljedice bez iznošenja dovoljno pravno-relevantnih činjenica sadržanih u odgovarajućoj normi materijalnog prava. „Relevantne su, u prvom redu, one činjenice na kojima materijalno ili procesno pravo neposredno zasniva postanak, promjenu ili prestanak prava i obaveza“.<sup>7</sup>

Novi ZPP ne reguliše situaciju kada stranka ne udovolji teretu iznošenja dovoljnog broja pravno-relevantnih činjenica (nepotpun činjenični osnov), već samo onda kada ne udovolji teretu dokazivanja iznijetih pravno-relevantnih činje-

---

<sup>6</sup> Odlučivanje primjenom pravila o teretu dokazivanja prvi put je ozakonjeno u članu 221. a. ZPP („Službeni list SFRJ“, broj 27/90), čiji je sadržaj potpuno identičan sa sadašnjim zakonskim rješenjem. I prije ozakonjenja pravila o teretu dokazivanja sudska praksa je koristila ovaj metod utvrđivanja spornih pravno-relevantnih činjenica u onim pravnim situacijama kada je jedna ili više takvih činjenica ostala nedokazana tako što se presuđivalo na štetu stranke koja nije udovoljila teretu dokazivanja.

<sup>7</sup> Dr Srećko Zublia – dr Siniša Triva, Komentar Zakona o parničnom postupku, „Narodne novine“, Zagreb, 1957. godina, strana 518.

nica koje su među strankama sporne (nedokazani činjenični osnov) do zaključenja glavne rasprave kod prvostepenog suda, mada u oba slučaja treba odbiti tužbeni zahtjev. Sud će u svakom sporu cijeliti kao faktičko pitanje da li je tužitelj u odnosu na odgovarajuću normu materijalnog prava, u kojoj je sadržan odgovor na pitanje koje su sve činjenice pravno-relevantne u konkretnom sporu za donošenje zakonite i pravilne odluke, iznio dovoljno pravno-relevantnih činjenica i zavisno od toga donijeti odgovarajuću odluku. Ako tužitelj nije iznio dovoljan broj činjenica koje po materijalnom pravu nisu relevantne, onda sud ne može odbiti tužbeni zahtjev (činjenični osnov tužbe čine samo pravno-relevantne činjenice iz kojih proizilazi određena pravna posljedica prema tuženom).

Tužilac već u tužbi mora iznijeti činjenice na kojima zasniva svoj zahtjev, ali iznošenje svih činjenica u tužbi nije nužno. Tužilac je dužan u tužbi iznijeti onaj obim činjenica koji omogućava individualizaciju tužbenog zahtjeva da se bez teškoća može razlikovati od svakog drugog zahtjeva. One pravno-relevantne činjenice koje tužilac nije iznio u tužbi može iznijeti do zaključenja pripremnog ročišta kada, u pravilu, nastupa prekluzija. Samo iznimno tužilac može iznijeti nove činjenice i do zaključenja glavne rasprave ako učini vjerovatnim da ih bez svoje krivice nije mogao iznijeti na pripremnom ročištu. Ovaj izuzetak odnosi se na činjenice koje su postojale i prije zaključenja pripremnog ročišta, ali je tužitelj za njih saznao naknadno i zbog toga ih nije mogao ranije iznijeti.

### **3. PRAVILA O TERETU DOKAZIVANJA**

Novi ZPP sadrži opšte pravilo prema kome je svaka stranka dužna dokazati činjenice na kojima zasniva svoj zahtjev.<sup>8</sup> Shodno tome, tužilac je dužan dokazati činjenice na kojima zasniva svoj tužbeni zahtjev, a tuženik činjenice na kojima zasniva svoj protivtužbeni zahtjev „dokazivanje će teretiti jednu stranku samo u slučaju kada to proizilazi iz materijalno-pravnog propisa na kome ona zasniva svoj zahtjev“.<sup>9</sup> „Tužitelj treba dokazati činjenice koje su stvarna osnova tužbe; ako on to ne učini, primjena pravila o teretu dokazivanja opravdava ocjenu suda da te činjenice nisu dokazani“.<sup>10</sup>

Ako u parnici postoji samo tužbeni zahtjev, tuženi mu se može suprostaviti isticanjem određenih materijalnih prigovora čija osnovanost može dovesti do

---

<sup>8</sup> Vidjeti član 123. stav 1. ZPP.

<sup>9</sup> Odluka Saveznog suda, Gzs. 41/77, navedeno po Radoslav Čosić i Tomislav Krsmanović, Aktuelna sudska praksa iz građanskog procesnog prava, Beograd 2000. strana 97.

<sup>10</sup> Odluka Vrhovnog suda Hrvatske, Rev.786/97. od 26.02.1998., navedeno po dr Mihajlo Dika – mr Jozo Čizmić, Komentar Zakona o parničnom postupku FBiH, OSCE, Sarajevo, 2000. godina, strana 395.

odbijanja tužbenog zahtjeva.<sup>11</sup> „Prigovori su činjenične tvrdnje kojima tuženi hoće da postigne odbijanje tužbenog zahtjeva“.<sup>12</sup> „Istinitost prigovora mora dokazati protivna stranka, koja se na njih poziva.“ „Isticanjem prigovora tuženik postaje tužilac“.<sup>13</sup> Kada tuženi istovremeno istakne više materijalnih prigovora, onda mora a priori dokazati osnovanost onog prigovora koji je podobniji da dovede do odbijanja tužbenog zahtjeva. Prigovor nedostatka aktivne legitimacije na strani tužitelja je podobniji za odbijanje tužbenog zahtjeva u odnosu na prigovor nedostatka pasivne legitimacije na strani tuženog. Isticanjem materijalnih prigovora zastarjelosti potraživanja i nedostatka pasivne legitimacije, podobniji prigovor za odbijanje tužbenog zahtjeva je prigovor nedostatka pasivne legitimacije jer tužbeni zahtjev može da zastari samo prema pasivno legitimisanoj osobi.

Opšte pravilo o teretu dokazivanja u određenim pravnim situacijama, zbog složenosti sporova, ne daje uvijek siguran odgovor na pitanje na kojoj od stranaka leži teret dokazivanja određenih iznijetih pravno-relevantnih činjenica koje su među strankama sporne. Da bi sud mogao u svakom sporu pravilno odrediti koja od stranaka treba da dokazuje postojanje određenih iznijetih pravno-relevantnih činjenica koje su sporne, u pravnoj teoriji postoji dodatna pravila na osnovu kojih je izvršena podjela činjenica u četiri grupe, i to na činjenice kojima se pravo stvara, na činjenice kojima se prava mijenja, na činjenice kojima se pravo gasi i na činjenice kojima se sprječava nastanak prava.

### **3.1. Teret dokazivanja činjenica kojima se pravo stvara**

Ove činjenice dužna je da dokaže ona strana koja na takvim činjenicama zasniva neko svoje pravo. To je najčešće tužitelj na kojem leži i teret dokazivanja. Stranka koja se poziva na postojanje određenog subjektivnog prava (redovni tužitelj) snosi, dakle, teret dokazivanja pravno-relevantnih činjenica koje norme materijalnog prava propisuje kao pretpostavku za nastanak konkretnog prava. Tako, na primjer, da bi tužitelj uspio sa postavljenim vlasničkim zahtjevom, mora dokazati da na stvar čiji povrat traži ima pravo vlasništva ili barem jače pravo na posjed stvari, kao i da se stvar nalazi u faktičkoj vlasti tuženog bez pravnog osnova ili po slabijem pravnom osnovu (član 43. u vezi sa članom 48. Zakona o vlasničko-pravnim odnosima).

---

<sup>11</sup> Dr Borivoje Poznić, Građansko procesno pravo, sedmo dopunjeno izdanje, „Savremena administracija“, Beograd, 1980. godina, strana 205.

<sup>12</sup> Dr Siniša Triva, Građansko parnično procesno pravo, treće prerađeno i dopunjeno izdanje, „Narodne novine“, Zagreb, 1978. strana 394.

<sup>13</sup> Dr Branko Čalija, Funkcija i pravna priroda pravila o teretu dokazivanja Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo, 1986. godina, strana 14.

U oblasti obligacionog prava za ostvarivanje prava na raskid ugovora ili za prinudno ispunjenje ugovora tužitelj mora a priori dokazati da je ispunio preuzetu ugovornu obavezu iz zaključenog punovažnog ugovora, a da tuženi svoju obavezu nije ispunio u ugovorenom roku ili je samo djelimično ispunio u neznatnom dijelu (član 124. u vezi sa članom 131. Zakona o obligacionim odnosima).

U oblasti nasljednog prava za ostvarivanje prava za izdvajanje imovine iz zaostavštine, potomci i usvojenici treba da dokažu da su živjeli u zajednici sa ostaviocem i da su mu svojim radom, zaradom ili na drugi način pomagali u privređivanju, te shodno dokazanom doprinosu imaju pravo zahtijevati da se odredi njihov udio koji ne spada u zaostavštinu (član 35. Zakona o nasljeđivanju).

### **3.2. Teret dokazivanja činjenica kojima se pravo mijenja**

Ove činjenice dužan je da dokaže tuženi. Činjenica kojom se pravo mijenja bila bi isticanje materijalnog prigovora podijeljene odgovornosti da je i tužitelj doprinio nastanku štete i da shodno tome ima pravo samo na srazmjernu naknadu štete, kako nematerijalne, tako i materijalne (član 192. stav 1. u vezi sa članom 205. ZOO). Iznošenjem pravno relevantne činjenice da je tužitelj zadobio teže tjelesne povrede u saobraćajnoj nezgodi zbog toga što nije koristio pojas za vezivanje, za tuženog nastaje obaveza da predlaganjem i izvođenjem odgovarajućeg medicinskog vještačenja dokaže postojanje uzročne veze između nastanka težih tjelesnih povreda od onih koje bi nastale da je oštećeni koristio pojas za vezivanje na osnovu čega će sud procijeniti koliko iznosi doprinos oštećenog u nastanku šetnog događaja.

### **3.3. Teret dokazivanja činjenica kojima se pravo gasi**

Na tuženoj je teret dokazivanja činjenica kojima se pravo gasi. Kad tuženi istakne materijalni prigovor zastarjelosti potraživanja naknade štete, onda mora i da dokaže postojanje činjenica na kojima zasniva takav prigovor (član 376. stav 1. i 2. ZOO-a). Osnovanost ovog prigovora dovodi do odbijanja zahtjeva za prinudno ostvarivanje prava koje postoji samo kao prirodna obligacija.

Vlasničkom zahtjevu još uvijek upisanog zemljišno-knjižnog vlasnika za povrat u posjed tuženi se može suprostaviti isticanjem materijalnog prigovora da je dospjelošću stekao pravo vlasništva na kupljenoj nekretnini. Pravo vlasništva koje određena osoba ima na stvar prestaje kad druga osoba stekne prava vlasništva na stvar (član 32. stav 1. i 2. u vezi sa članom 51. ZOVO).

### **3.4. Teret dokazivanja činjenica kojima se sprečava nastanak prava**

Ove činjenice dokazuje ona strana koja se poziva na takve činjenice, a to je u pravilu tuženi. Na strani koja osporava postojanje subjektivnog prava (redovno

tuženi) leži teret dokazivanja pravno-relevantne činjenice koja sprečava nastanak tog prava. Na primjer, samo punovažan ugovor stvara prava (član 148. stav 1. ZOO-a), pa je tuženi u obavezi da dokaže da je ugovor ništav u nedostatku osnova ugovorne obaveze ili zbog nedostatka opšte poslovne sposobnosti ugovarača (član 52. u vezi sa članom 56. stav 1. ZOO-a). „Međutim, ne može se uvijek lako odrediti na koju stranku pada teret dokazivanja ovakvih činjenica jer je često teško ustanoviti da li je postojanje određene činjenice nužno za nastanak određenog prava, odnosno da li nepostojanje takve činjenice sprečava njegov nastanak. Samo pravilnim tumačenjem sadržaja pravne norme, u kojoj su na apstraktan način uobličene činjenice iz kojih se izvodi nastanak prava, može se utvrditi relevantnost postojanja, odnosno nepostojanja određene činjenice“.<sup>14</sup>

### **3.5. Teret dokazivanja činjenica čije se postojanje po zakonu pretpostavlja**

Predmet dokazivanja nisu činjenice čije postojanje zakon pretpostavlja. Na stranci koja se poziva na zakonsku presumpciju i koja je oslobođena dokazivanja te činjenice jeste teret dokazivanja da postoji posredno pravno relevantna činjenica (baza, osnov presumpcije), iz čega se izvodi zaključak o postojanju neposredno pravno relevantne činjenice. Zakonska presumpcija je, dakle, pravilo po kome je sud dužan da jednu neposredno pravno relevantnu činjenicu uzme kao postojeću (pretpostavljena činjenica) ako postoji druga zakonom određena posredno relevantna činjenica (osnov pretpostavke). „U tom smislu pravila o zakonskim presumpcijama predstavljaju za stranku koja se na njih poziva znatno olakšanje tereta dokazivanja.“<sup>15</sup>

Ako suprotna strana ospori postojanje pretpostavljene činjenice, na njoj je teret dokazivanja da pretpostavljena činjenica ne postoji bez obzira što je utvrđeno da postoji osnov pretpostavke. „U tom bi smislu dolazilo i do prebacivanja tereta dokazivanja“.<sup>16</sup> „Za takvu stranku se kaže da obara primjenu zakonske pretpostavke pomoću dokaza o protivnom“.<sup>17</sup> Podjela tereta dokazivanja u odnosu na zakonske presumpcije odnose se samo na oborive pretpostavke (koje dopuštaju dokaz o protivnom).

---

<sup>14</sup> Dr Branko Čalija – dr Sanjin Omanović, *Gradjansko procesno pravo*, Univerzitet u Sarajevu, Pravni fakultet, 2000. god, strana 220. i 221.

<sup>15</sup> Dr Sinša Triva, isto djelo, strana 395.

<sup>16</sup> Dr Mihailo Dika – mr Jozo Čizmić, isto djelo, strana 394.

<sup>17</sup> Dr Borivoje Poznić, isto djelo, strana 264.

#### **4. PROPUSTI STRANAKA I SUDA U DJELATNOSTI DOKAZIVANJA**

Odlučivanje primjenom pravila o teretu dokazivanja može biti posljedica određenih propusta stranaka i suda u djelatnosti dokazivanja. Primjena ovih pravila u postupku ne može se isključiti, ali se može smanjiti nakon što se sagledaju mogući propusti osnovnih subjekata u dokazivanju.

##### **4.1. Propusti stranaka u djelatnosti dokazivanja**

Činjenice koje su stranke, rukovođene suprotnim interesima u parnici, samoinicijativno iznijele na pripremnom ročištu sudija će razdvojiti na pravno relevantne i pravno irrelevantne, a pravno relevantne na nesporne i sporne i na taj način utvrditi predmet dokazivanja (sporne pravno relevantne činjenice).

U odnosu na utvrđeni predmet dokazivanja, svaka stranka je dužna dokazati postojanje pravno relevantnih činjenica koje joj po materijalnom pravu idu u prilog. Da bi stranke udovoljile ovoj dužnosti (procesni teret u vlastitom interesu), moraju predložiti na pripremnom ročištu dokaze koje žele izvesti na glavnoj raspravi. U interesu je stranaka da predlože dovoljno relevantnih dokaza jer tako izbjegavaju negativne posljedice primjene pravila o teretu dokazivanja. Dokazi su izvori saznanja suda o postojanju ili nepostojanju iznijetih spornih pravno relevantnih činjenica. Relevantan je onaj dokaz koji kod suda može formirati određeno uvjerenje, kao viši stepen saznanja, o postojanju ili nepostojanju spornih pravno relevantnih činjenica. Tako uvjerenje kod suda mogu formirati neposredni dokazi koji su ujedno i najpouzdaniji izvori saznanja. Na primjer, ako stranka za dokazivanje postojanja sporne pravno relevantne činjenice predloži saslušanje više svjedoka, sud će prihvatiti saslušanje onog svjedoka koji ima neposredno saznanje o toj činjenici, dok će odbiti prijedlog za saslušanje svjedoka kome je ta činjenica poznata po kazivanju prvog svjedoka (posredno saznanje).

Sud više nije ovlašten da pomaže stranki u tom smislu da ih procesno pouči da predlože konkretne relevantne dokaze jer bi ovakvo njegovo postupanje moglo dovesti u pitanje njegovu nepristrasnost. Ako stranke ne predlože relevantne dokaze ili ako ne predlože dovoljno relevantnih dokaza za dokazivanje postojanja iznijetih spornih pravno relevantnih činjenica koje njima idu u prilog po materijalnom pravu, onda će zbog svog subjektivnog propusta snositi negativne posljedice primjene pravila o teretu dokazivanja.

Drugi je mogući propust stranaka u izvođenju dokaza na glavnoj raspravi. U izvođenju prihvaćenih relevantnih dokaza stranke mogu propustiti da svjedoku postave odgovarajuća pitanja u odnosu na činjenicu koju su dužni dokazati tim dokaznim sredstvom ili da ne predlože precizno predmet i obim vještačenja u



odnosu na činjenicu koje su dužne dokazati vještačenjem, što može dovesti do nedokazanosti tih činjenica. Polazeći od novog zakonskog rješenja prema kome dokaze izvode stranke, a ne sud, vodeća uloga stranaka u ispitivanju svjedoka i vještaka znači veći obim odgovornosti i povećani rizik nedokazanosti da neće pravilno i detaljno izvršiti ispitivanje, posebno ako nemaju stručnog punomoćnika.

Treći mogući propust stranaka je u nekorištenju ustanove osiguranja dokaza tokom i prije pokretanja parnice, ako postoji opravdana bojazan da se dokaz neće moći izvesti ili da će njegovo izvođenje biti otežano (član 169. ZPP-a). U postupku osiguranja dokaza mogu se koristiti sva dokazna sredstva – čitanje isprava, saslušanje svjedoka, vještačenje, uviđaj i saslušanje stranaka.

#### **4.2. Propusti suda u djelatnosti dokazivanja**

Ovi se propusti mogu ispoljiti u pogrešnom određivanju koja od stranaka treba da dokaže postojanje određenih iznijetih spornih pravno relevantnih činjenica, u pogrešnom izboru predloženih dokaza i pogrešnoj ocjeni izvedenih dokaza.

Sudija na pripremnom ročištu treba da utvrdi o kojoj se kategoriji iznijetih činjenica radi u konkretnom sporu i da odredi na kojoj od stranaka leži teret dokazivanja određenih činjenica. Ako sudija pogrešno utvrdi o kojoj se kategoriji činjenica radi i samim time pogrešno odredi koja od stranaka treba da dokaže postojanje određenih činjenica, onda će i odluka suda biti nezakonita i nepravilna jer ta stranaka nije ni trebala da dokazuje određenu činjenicu pa ni odluka donijeta primjenom pravila o teretu dokazivanja nije mogla biti na njenu štetu.

Svi su dokazi po svojoj dokaznoj snazi izjednačeni ali je njihova podobnost kao izvora saznanja ipak različita. „Određeno dokazno sredstvo nema a priori veću dokaznu snagu od drugog, niti se određene činjenice moraju dokazivati samo određenim dokazima“.<sup>18</sup> Sud je vezan dokaznim prijedlozima stranaka, ali je zato slobodan u izboru predloženih dokaza tako što će prihvatiti relevantne dokaze, dok će irelevantne dokaze odbiti. „Slobodna ocena dokaza sadrži ovlašćenje ne samo na slobodnu ocenu rezultata dokazivanja već i na izbor dokaznih sredstava“.<sup>19</sup> „Prvostepeni sud određuje koje će dokaze izvesti radi utvrđivanja činjeničnog stanja, ali je dužan da odluči po svim predlozima stranaka i u rješenju o odbijanju izvođenja dokaza da naznači razloge odbijanja.“<sup>20</sup> Koje će od predlože-

---

<sup>18</sup> Komentar Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj, grupa autora, Sarajevo, 2005. godina, strana 228.

<sup>19</sup> Odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev.3616/92, navedeno po Radoslav Čosić i Tomislav Krsmarnović, isto djelo, strana 98.

<sup>20</sup> Odluka Višeg privrednog suda Srbije, Pž.1166/74, navedeno po Radoslav Čosić i Tomislav Krsmarnović, isto djelo, strana 98.



nih dokaza u konkretnom sporu biti relevantan, a koji irelevantan, stvar je ocjene suda. Ako je sud dosljedno primijenio kriterij u izboru relevantnih dokaza, pa i pored toga nije uspio formirati određeno uvjerenje, onda neće biti propusta suda kada odluči primjenom pravila o teretu dokazivanja. Kada je sud imao na raspolaganju dovoljno predloženih relevantnih dokaza, ali je izvršio pogrešan izbor, konsenkvencija toga je donošenje nezakonite i nepravilne odluke primjenom pravila o teretu dokazivanja, dok se pravilnim izborom predloženih dokaza moglo formirati određeno uvjerenje, možda i za usvajanje postavljenog zahtjeva.

Sud vrši ocjenu dokaza koje su stranke izvele na glavnoj raspravi da bi utvrdio da li iznijete sporne pravno relevantne činjenice postoje ili ne postoje. Pravilnom ocjenom izvedenih dokaza sud će zaključiti da sporne pravno relevantne činjenice postoje ili da ne postoje. Ako je sud pogrešno ocijenio izvedene dokaze, onda će izvesti i pogrešan zaključak da je iznijeta sporna pravna relevantna činjenica nedokazana, dok bi pravilnom ocjenom mogao zaključiti da postoji, slijedom čega nije bilo mjesta za odbijanje tužbenog zahtjeva primjenom pravila o teretu dokazivanja. Samo onda kada je sud pravilno ocijenio izvedene dokaze pa i pored toga nije sa sigurnošću mogao utvrditi iznijetu ili iznijete sporne pravno relevantne činjenice, ima mjesta za odbijanje tužbenog zahtjeva primjenom pravila o teretu dokazivanja.

## **5. PRAVNA PRIRODA PRAVILA O TERETU DOKAZIVANJA**

Pitanje pravne prirode pravila o teretu dokazivanja je složeno i o tome su u literaturi podijeljena mišljenja. Radi se o važnom problemu koji treba adekvatno raspraviti i razriješiti i zbog praktičnih posljedica u postupku pred revizijskim sudom koji je vezan utvrđenim činjeničnim stanjem od strane nižestepenih sudova. Bez obzira na različita mišljenja o tome da li su pravila o teretu dokazivanja po svojoj pravnoj prirodi materijalnog karaktera (u funkciji odlučivanja o osnovanosti postavljenog zahtjeva) ili procesnog karaktera (u funkciji oblikovanja postupka) ili imaju dvojnu pravnu prirodu, smatramo da a priori ne treba prihvatiti ni jedno od ovih mišljenja dok se prethodno ne utvrde sve relevantne okolnosti koje neposredno opredjeljuju pravnu prirodu ovih pravila. Tek tada se sa sigurnošću može dati pravilan odgovor na pitanje kako pravnu prirodu imaju pravila o teretu dokazivanja.

U ranijoj jugoslovenskoj literaturi autori koji su se izjašnjavali o tom pitanju smatrali su da su pravila o teretu dokazivanja materijalnog karaktera. „Osnovanost tužbenog zahtjeva zavisi od postojanja određenih pretpostavki, određenih pravila one grane prava koja regulišu konkretan sporni odnos. U njima treba tražiti odgovor na pitanje koje činjenice treba dokazivati da se sud uvjeri u osnovanost traženja pravne zaštite. Odatle su pravila o teretu dokazivanja u osnovi pravila

materijalnog prava, koje je mjerodavno za ocjenu osnovanosti istaknutog tužbenog zahtjeva“.<sup>21</sup> „Odgovor na pitanje koju prirodu ima nedokazana činjenica pruža norma koja tu činjenicu predviđa kao pretpostavku za svoju primjenu. Prema tome, pitanje o podjeli tereta dokazivanja ima materijalno-pravnu, a ne procesno-pravnu prirodu.“<sup>22</sup> „Odgovor na pitanje koje su činjenice pravno-relevantne daju norme materijalnog prava, pa je stoga i problem tereta dokazivanja problem materijalnog prava.“<sup>23</sup>

Prema suprotnim mišljenjima, pravila o teretu dokazivanja po svojoj pravnoj prirodi su procesnog karaktera. „U teoriji se često raspravlja po pravnoj prirodi pravila o teretu dokazivanja. Javlja se opcija između njihove materijalno-pravne prirode ili procesno-pravne prirode. Upravo se stoga i tvrdi da su ona materijalno-pravne prirode. Takav je pristup, međutim, pogrešan. Pravila koja govore o tome kada činjenice treba utvrđivati primjenom pravila o teretu dokazivanja i kako se primjenom tih pravila formira zaključak o njihovom postojanju su pravila iste pravne prirode kao i pravila koja uređuju druge metode utvrđivanja činjenica, dakle pravila o opće poznatim činjenicama, o priznanju činjenica, o utvrđivanju činjenica primjenom tih pravila o zakonskim presumpcijama, o dokazivanju.“<sup>24</sup>

Smatramo da pravnu prirodu pravila o teretu dokazivanja opredjeljuje priroda nedokazane iznijete sporne pravno-relevantne činjenice, norma materijalnog prava koja određuje koje su činjenice u konkretnom sporu pravno-relevantne za donošenje pravilne i zakonite odluke i na kojoj od stranaka leži teret dokazivanja određenih iznijetih spornih pravno-relevantnih činjenica, nemogućnost da se ova pravila mijenjaju voljom stranaka, kao i funkcija pravila o teretu dokazivanja. Nedokazana činjenica sadržana je u odgovarajućoj normi materijalnog prava koja određuje prirodu te činjenice. Nedokazana iznijeta sporna pravno-relevantna činjenica ima istu prirodu kao i norma materijalnog prava u kojoj je sadržana ta činjenica kao predmet dokazivanja. Ako stranka ne dokaže postojanje iznijete sporne pravno-relevantne činjenice koja je sadržana u odgovarajućoj normi materijalnog prava, onda će snositi negativne posljedice nedokazanosti tako što će sud presuditi na njenu štetu. Pravila o teretu dokazivanja su u funkciji odlučivanja o osnovanosti zahtjeva isto kao i norme materijalnog prava.

Cijenimo da je izložena argumentacija dovoljno ubjedljiva za konačan pravilan zaključak da su pravila o teretu dokazivanja po svojoj pravnoj prirodi

---

<sup>21</sup> Dr Sinša Triva, isto djelo, strana 395.

<sup>22</sup> Dr Borivoje Poznić, isto djelo, strana 234.

<sup>23</sup> Dr Jože Juhart, Civilno procesno pravo, Ljubljana, 1961. godina, strana 333.

<sup>24</sup> Dr Mihailo Dika – mr Jozo Čizmić, isto djelo, strana 397. i 398.

materijalno-pravnog karaktera, bez obzira što su sadržana u procesnom zakonu. Zbog toga je potrebno da sud u presudi pored člana 126. ZPP-a navede i odgovarajući materijalni propis kada odbija postavljeni zahtjev zbog nedokazanosti činjeničnog osnova. Na taj način bit će vidljivo da je sud odbio postavljeni zahtjev zbog nedokazanosti neke iznijete sporne pravno-relevantne činjenice sadržane u odgovarajućoj normi materijalnog prava, a ne i činjenice koja sa aspekta te norme materijalnog prava nije pravno-relevantna.

## **6. ISPITIVANJE PRVOSTEPENE PRESUDE U POSTUPKU PRED DRUGOSTEPENIM SUDOM**

Kada prvostepeni sud odluči o osnovanosti postavljenog zahtjeva primjenom pravila o teretu dokazivanja, nezadovoljna stranka može u žalbi ukazati da je prvostepeni sud pogrešno prerasporedio pravila o teretu dokazivanja ili da je pogrešno odbio predloženi dokaz koji je relevantan ili je pogrešno zaključio da je iznijeta sporna pravno-relevantna činjenica nedokazana.

Povreda odredaba parničnog postupka postoji ako je sud u toku postupka nepravilno primijenio koju odredbu ZPP-a, a to je bilo od uticaja na donošenje zakonite i pravilne presude (član 209. ZPP-a). Nepravilna primjena opšte odredbe o teretu dokazivanja predstavlja povredu odredaba parničnog postupka koju može otkloniti drugostepeni sud na osnovu održane rasprave (član 123. stav 1. u vezi sa članom 229. tačka 1. ZPP-a). Kada drugostepeni sud u sjednici vijeća ustanovi da je prvostepeni sud pogrešno odredio koja od stranaka treba da dokaže određenu iznijetu spornu pravno-relevantnu činjenicu, onda će donijeti odluku o zakazivanju rasprave pred drugostepenim sudom radi otklanjanja povrede odredaba parničnog postupka, tako što će pravilno utvrditi o kojoj se kategoriji činjenica radi i odrediti koja od stranaka treba da dokaže postojanje određenih činjenica koje su predmet dokazivanja. Nakon što stranke ponovo izvedu već izvedene dokaze na osnovu pravilne preraspodjele pravila o teretu dokazivanja, drugostepeni sud će na osnovu ocjene izvedenih dokaza utvrditi odgovarajuće činjenično stanje i donijeti odgovarajuću odluku.

Kada prvostepeni sud odbije prijedlog stranke za izvođenje dokaza ili naknadno odustane od predloženog dokaza koga u oba slučaja smatra irelevantnim, stranka može u žalbi ukazati da je prvostepeni sud pogrešno postupio kada nije prihvatio izvođenje predloženog dokaza koji je po njenoj ocjeni relevantan. Drugostepeni sud će u sjednici vijeća cijeniti da li je predloženi dokaz relevantan i da li je prvostepeni sud pravilno postupio kada je odbio prijedlog za izvođenje dokaza. Kada drugostepeni sud utvrdi povredu odredaba parničnog postupka smatrajući da je predloženi dokaz relevantan za utvrđivanje sporne pravno-relevantne činjenice,

onda će u sjednici vijeća donijeti odluku o zakazivanju rasprave na kojoj će otkloniti povredu odredaba parničnog postupka izvođenjem predloženog relevantnog dokaza i na osnovu utvrđenog činjeničnog stanja donijeti odgovarajuću odluku.

Drugostepeni sud u sjednici vijeća u okviru žalbenog razloga pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja vrši ocjenu dokaza kako bi provjerio da li je prvostepeni sud pravilno ocijenio dokaze koje su stranke izvele na glavnoj raspravi. Ukoliko drugostepeni sud ustanovi da je prvostepeni sud pravilno ocijenio izvedene dokaze i da stoji zaključak da je iznijeta sporna pravno-relevantna činjenica nedokazana, onda će odbiti žalbu i prvostepenu presudu potvrditi kao pravilnu i zakonitu (član 226. ZPP-a). Druga je mogućnost da drugostepeni sud ustanovi da je prvostepeni sud pogrešno ocijenio neposredno izvedene dokaze, kada će donijeti odluku o zakazivanju rasprave pred drugostepenim sudom na kojoj će ponoviti već izvedene dokaze (sve ili samo neke, zavisno od toga da li su pravilno ocijenjeni u prvostepenoj presudi). Ako je drugostepeni sud pravilnom ocjenom dokaza utvrdio odgovarajuće činjenično stanje koje dovodi i do drugačije izreke presude, onda će preinačiti prvostepenu presudu i usvojiti postavljeni tužbeni zahtjev (član 229. tačka 3. ZPP-a).

## **7. ISPITIVANJE DRUGOSTEPENE PRESUDE U POSTUPKU PRED REVIZIJSKIM SUDOM**

Presuda drugostepenog suda, kojom je prvostepena presuda potvrđena ili preinačena, može povodom uložene revizije biti predmet ispitivanja i od strane revizijskog suda. Revizijski sud ispituje zakonitost pobijane drugostepene presude samo u onom dijelu u kojem se pobija revizija u granicama razloga navedenih u reviziji, pazeći po službenoj dužnosti na primjenu materijalnog prava i povrede odredaba parničnog postupka koje se odnose na stranačku sposobnost i zastupanje.

Polazeći od prihvaćenog shvatanja da su pravila o teretu dokazivanja materijalno-pravne prirode, revizijski sud će ispitati pobijanu presudu u okviru revizijskog razloga pogrešne primjene materijalnog prava i ocijeniti da li je zakonita presuda drugostepenog suda (da li je pravilno riješen spor). Zavisno od te ocjene revizijski sud će presudom odbiti reviziju ili preinačiti drugostepenu presudu.

## ZAKLJUČAK

Dominanta primjena raspravnog načela, kao novog zakonskog rješenja, aktuelizira praktični značaj odlučivanja primjenom pravila o teretu dokazivanja. Ako se ranije ni sa istražnim načelom po kome je sud bio ovlašten po službenoj dužnosti prikupljati i izvoditi dokaze nisu u praksi mogle izbjeći situacije da sud odlučuje primjenom pravila o teretu dokazivanja, onda je realno očekivati da će potiskivanje istražnog načela dovesti do toga da će ovaj metod utvrđivanja spornih pravno-relevantnih činjenica biti znatno više zastupljen u sudskoj praksi, mada će se i dalje supsidijarno primjenjivati.

Sud je dužan da odluči o postavljenom zahtjevu koji spada u sudsku nadležnost, bez obzira da li su stranke predložile dovoljno dokaza za iznijete sporne pravno-relevantne činjenice koje im po materijalnom pravu idu u prilog. Pravilima o teretu dokazivanja žrtvuju se razlozi istinitosti razlozima pravne sigurnosti, ali njihova primjena u odlučivanje, mada nepoželjna, u suštini ipak je nužna. Ni nemogućnost suda da utvrdi određeno činjenično stanje nije zapreka da se donese odgovarajuća presuda kojom će se riješiti spor između stranaka.

U presudi kojom se odbija tužbeni zahtjev primjenom pravila o teretu dokazivanja, potrebno je navesti pored člana 126. ZPP-a i odgovarajuće materijalne propise u kojima je sadržan odgovor na pitanje koje su činjenice pravno-relevantne za donošenje pravilne i zakonite odluke. Pravno je irelevantno što je tužilac po ocjeni suda dokazao postojanje svih iznijetih spornih pravno-relevantnih činjenica ako mu na osnovu toga ne pripada traženo pravo ili manji obim prava jer nije iznio dovoljno pravno-relevantnih činjenica čije postojanje treba i dokazati.

Pravila o teretu dokazivanja su imperativne prirode, zbog čega ne mogu biti predmet dispozicija stranaka. Pravila postupka po kojima postupaju sudovi određena su zakonom tako da stranke ne mogu svojom voljom punovažno ugovoriti da će se na raspravljanje i odlučivanje u njihovom sporu primijeniti neka druga pravila, a ne ona koja su određena Zakonom o parničnom postupku.

Kada tuženi u parnici pored negacije iznese i pozitivnu tvrdnju, onda će morati da dokaže te pozitivne tvrdnje. Cijeneći vrste iznijetih pravno-relevantnih činjenica koje su predmet dokazivanja, može se zaključiti da je na tuženom koji iznosi svoju odbranu veći teret dokazivanja nego na tužitelju.

**mr. Maja Sahadžić,**  
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

## KOMPARATIVNI PRIKAZ USTAVA KRALJEVINE BELGIJE I POJEDINIH USTAVNIH RJEŠENJA USTAVA BOSNE I HERCEGOVINE\*

### 1. HISTORIJSKA I POLITIČKA POZADINA

Izbijanjem revolucije u Francuskoj 1830. godine nastaju promjene i u Belgiji. 1830. godine izbila je revolucija u Bruxellesu, poznata kao Belgijska revolucija koja je rezultirala proglašenjem nezavisne, katoličke i neutralne Belgije sa privremenom vladom i nacionalnim kongresom, i to 4. oktobra iste godine. Već u decembru, velike evropske sile, Austrija, Francuska, Velika Britanija, Pruska i Rusija priznale su njenu nezavisnost. 7. februara 1831. godine Belgijanci su izglasali svoj prvi Ustav i proglasili kraljem Leopolda I. iz dinastije Saxe – Coburg – Gotha. Njegove političke vještine omogućile su mu da razvije jaku moć u vlastitoj zemlji i postane utjecajna figura među evropskim vladarima, čime je postao modelom ustavnog monarha.

Za vrijeme vladavine Leopolda II. Belgija se suočila sa nizom domaćih problema. Liberali i katolici su se sukobljavali oko preuzimanja kontrole nad obrazovanjem. Osamdesetih godina 19. vijeka industrijalizacija i gustina stanovništva (koja je bila najveća u Evropi) izazvali su loše uslove života u gradovima. Osim toga, radnici, koji nisu imali pravo glasa, počeli su da se organiziraju tako da je generalni štrajk 1893. godine prinudio parlament da prizna pravo glasa odraslim muškarcima. Drugi problem s kojim se Belgija susrela bio je nedostatak službenog jezika. Stanovnici su bili podijeljeni na Flamance u Antverpenu koji govore holandski jezik, Valonce u istočnoj i zapadnoj Flandriji te Limburgu koji govore francuski jezik, dok su u provinciji Brabant, koja uključuje i Bruxelles, živjeli stanovnici koji govore oba navedena jezika. Flamanci su bili brojniji od Valonaca, ali francuski je bio jezik više klase koja je kontrolirala većinu belgijskih dobara. Osim toga, bili su i većina u vlasti pa je samo mali segment Flamanaca, koji su bili bilin-

---

\* Rad recenzirao: dr.sc. Zarije Seizović

gualni, mogao participirati u vlasti. Vremenom, Flamanci su uspjeli nametnuti i holandski kao jedan od službenih jezika u Belgiji. Ali sukobi su se nastavili i dalje, sve do ustavnih reformi 1900-ih godina, kada su usklađeni odnosi između ovih jezičnih zajednica, čime je stvorena osnova za njihovu autonomiju na svim područjima političkog i ekonomskog života.

Belgijska neutralnost je narušena 1914. godine kada je Njemačka napala Belgiju kao dio svog *Schlieffen plana*,<sup>1</sup> a zatim i 1940. godine za vrijeme *Blitzkrieg ofenzive*<sup>2</sup> te je okupacija trajala sve do zime 1944/1945. godine kada su Belgiju oslobodile snage Alijanse iako se Belgija u oba rata proglasila neutralnom. Uz navedeno, razočarenje poslijeratnim sovjetskim ponašanjem učinilo je Belgiju najistaknutijom zemljom zagovornicom kolektivne sigurnosti u okviru djelokruga evropskih integracija i atlantske zajednice. 1947. godine sklopljena je carinska unija sa Holandijom i Luksemburgom koja je nazvana Benelux. Belgija sudjeluje u stvaranju Sjevernoatlantskog pakta (*North Atlantic Treaty Organization – NATO*) 1949. godine, Evropske zajednice za uglj i čelik 1951. godine, Evropske ekonomske zajednice 1957. godine i Evropske unije 1992. godine. U Belgiji su danas smješteni sjedište NATO-a te najveći broj institucija Evropske unije uključujući Evropsku komisiju i Vijeće Evropske unije.<sup>3</sup>

## 2. BELGIJA – USTAVNA, PARLAMENTARNA I NASLJEDNA MONARHIJA

Kraljevina Belgija je ustavna monarhija u širem smislu, što podrazumijeva da ima uspostavljen ustavni sistem u okviru kojeg je monarh šef države, a čija je vlast ograničena ustavom. Kraljevina Belgija je i parlamentarna monarhija, što znači da je izvršna vlast podređena zakonodavnoj vlasti, a ne monarhu. „Belgija je i nasljedna monarhija ozakonjena ustavom iz 1831. godine“.<sup>4</sup> Na čelu Belgije se

<sup>1</sup> Schlieffen plan je najraniji strateški plan Njemačkog vojnog vrha kojim se željela osigurati pobjeda na Istočnom frontu protiv Rusije i na Zapadnom frontu protiv Francuske. Planom su se namjeravale iskoristiti razlike u načinima pripreme i brzini pripreme za ratovanje navedenih država. Originalni plan potječe od grofa Alfreda fon Schliiffena po kome je i dobio ime.

<sup>2</sup> Blitzkrieg je njemački naziv za „munjeviti rat“ odnosno vojnu doktrinu koja uključuje početno bombardovanje meta a zatim i upotrebu motoriziranih i manevarskih vozila koja brzo i iznenadno napadaju neprijatelja čime ga onemogućavaju da uspostavi učinkovitu odbranu.

<sup>3</sup> Za više informacija o historijskoj, geografskoj i političkoj pozadini Belgije pogledati: Bernard A. Cook, *Belgium, A History*, Peter Lang Publishing, 2002., str. 20. – 166., Timothy L. Gall and Janeen M. Hobby, *Worldmark Encyclopedia of the Nations*, Thomson Gale, 2007., str. 75. i 76., [www.britannica.com](http://www.britannica.com), [www.belgium.com](http://www.belgium.com) i [www.nederlandistika.fil.bg.ac.yu](http://www.nederlandistika.fil.bg.ac.yu), (zadnji pristup web stranicama: 4. mart 2008. godine).

<sup>4</sup> Timothy L. Gall and Janeen M. Hobby, *Worldmark Encyclopedia of the Nations*, Thomson Gale, 2007., str. 76.



nalazi kralj koji predstavlja osnovu izvršne vlasti. Iako je ranije Ustav propisivao da je „*Belgija parlamentarna, ustavna i nasljedna monarhija po muškoj liniji potomstva*“,<sup>5</sup> situacija je od 1991. godine drugačija. Godine 1991. parlament je usvojio ustavni amandman kojim je dopušteno ženskim članovima kraljevske porodice da naslijede prijestolje, ali da se i dalje zovu kraljem (dakle, ne kraljicom) bez obzira na spol.<sup>6</sup> „U praksi je Vijeće ministara (kabinet) ono koje donosi sve odluke u pogledu upravljanja. Ustavni monarh, kao šef države, ima ograničena ovlaštenja jer se osnova izvršne vlasti ogleda u Premijeru i Vijeću ministara koji su odgovorni za federalnu dvodomnu legislativu“.<sup>7</sup> Belgija je, dakle, ustavna monarhija sa parlamentarnom demokracijom u kojoj dva zasebna stranačka sistema koegzistiraju na osnovu lingvističkih/jezičkih zajednica u državi, i to Flamanaca na sjeveru i francuske govorne zajednice na jugu.<sup>8</sup>

Danas za Belgiju možemo reći da je demokratska država jer sva vlast u njoj proizlazi od naroda. Ona je parlamentarna monarhija te federalna država u kojoj je federalna vlast garancija jedinstva države u kojoj postoje federalna zakonodavna vlast i federalna izvršna vlast te federalne nadležnosti.

### 3. BELGIJA – FEDERALNA DRŽAVA

Demonstracije ranih 60-ih godina prošlog stoljeća dovele su do uspostavljanja formalnih jezičnih granica 1962. godine te je ustanovljena zaštita manjina u područjima na jezičnim granicama. Ovo je ujedno period nastanka tenzija između pojedinih zajednica. Kroz ustavne reforme 70-ih i 80-ih godina uspostavljena su flamanska i frankofonska kulturalna vijeća za jezik i kulturu dvojezičnih grupa da bi se umanjile jezičke tenzije. Svaki od tri ekonomska regiona, Flandrija, Valonija i Bruxelles, su dobili političku autonomiju. Izvršena je regionalizacija unitarne države koja je dovela do uspostavljanja trosložnog sistema federalizma. Ovo praktično znači da su od 1970. godine ozakonjene tri zajednice (frankofonska/valonska, flamanska i njemačka), a postupna federalizacija rezultirala je autonomijom triju regija: Valonije, Flandrije i glavnog grada Bruxellesa. Danas ova tri „entiteta“ imaju veću zakonodavnu moć nego nacionalni dvodomni parlament.

---

<sup>5</sup> *The World Book Encyclopedia*, World Book International, Chicago, 1994.

<sup>6</sup> Timothy L. Gall and Janeen M. Hobby, *Worldmark Encyclopedia of the Nations*, Thomson Gale, 2007., str. 77.

<sup>7</sup> Vidjeti više u: Bogdan Szajkowski, *Political Parties of the World*, John Harper Publishing, 2005., str. 56. i James R. Lewis and Carl Skutsch, *The Human Rights Encyclopedia*, M. E. Sharp Inc., 2001., str. 58.

<sup>8</sup> Bogdan Szajkowski, *Political Parties of the World*, John Harper Publishing, 2005., str. 56.



Kraljevstva devetnaestog stoljeća su inzistirala na stvaranju nacionalnih identiteta, ali je u Belgiji nametanje nacionalnih obilježja od strane francuske buržoazije izazvalo reakciju većine populacije koja je govorila različitim nizozemskim dijalektima. Polako su gradili svoja kulturna i politička prava koja su potvrđena ustavom, a što je kulminiralo transformacijom Kraljevine Belgije u federalnu državu 1993. godine. Lingvistička granica koja se proteže kroz Flandriju, Hainaut, Brabant i Liege nije izazivala ozbiljnije probleme sve dok nije postala faktor razdvajanja tokom razvoja nacije – države.<sup>9</sup>

Neki autori iznose argumente „da su podijeljenost i kaos nastali kada su vlasti zagarantovale višejezični oficijelni status u zemljama poput Belgije, Južnoafričke Republike, Šri Lanke i Afganistana“,<sup>10</sup> što je vjerojatno i istina. Međutim, ovako postavljeni stubovi federalizma u Belgiji su „zajedno sa regionalnom dominacijom, postali jači. Uspjeli su da preokrenu nezadovoljstvo uzrokovano lingvističkim tenzijama, koje su se kratkoročno pogoršavale u političke svrhe. Ojačala je i njihova pozicija u strukturi federalne države, koja je postepeno razrađena od 1963. godine do 1993. godine“.<sup>11</sup> Od 1970. godine nekoliko paketa ustavnih reformi je dovelo do prenosa stvarnih nadležnosti na regije i zajednice. Od 1993. godine zemlja je službeno podijeljena na tri teritorijalne regije (Flandrija, Valonija i glavni grad Bruxelles koji ima dvojezični status) i tri lingvističke i kulturalne zajednice (Flamanska, Francuska i Njemačka). Svakoj regiji su dodijeljena ekonomske i socijalne nadležnosti.<sup>12</sup> Time je 1993. godine Belgija učinila konačni iskorak od unitarne države prema visoko decentraliziranoj federalnoj državi.<sup>13</sup> Novim članom 1. Ustava „Belgija je definirana kao federalna država“,<sup>14</sup> a prema članu 2. „sastavljena je od tri zajednice: Flamanska na sjeveru, Valonska na jugu i Njemačka u istočnom dijelu zemlje“.<sup>15</sup> Članom 3. Ustava Belgije „određeno je da postoje tri regije: Flamanska, Valonska i regija grada Bruxellesa“.<sup>16</sup> U članu 4. Ustava

---

<sup>9</sup> Peter N. Stearns, *Encyclopedia of European Social History from 1350 to 2000*, New York, 2001., str. 298.

<sup>10</sup> *Immanuel Encyclopedia of Interest Groups and Lobbyists in the United States*, Vol. 2, M. E. Sharpe Inc., 2000., str. 548.

<sup>11</sup> *Ibid.*, str. 305.

<sup>12</sup> Bogdan Szajkowski, *Political Parties of the World*, John Harper Publishing, 2005., str. 56.

<sup>13</sup> Mark Bevir, *Governance*, Sage Publications, London, 2007., str. 198.

<sup>14</sup> Član 1. Ustava Belgije, [http://www.fed-parl.be/constitution\\_uk.html](http://www.fed-parl.be/constitution_uk.html) i [http://www.senate.be/doc/const\\_fr.html](http://www.senate.be/doc/const_fr.html) (zadnji pristup web stranicama: 5. mart 2007. godine).

<sup>15</sup> *Ibid.*, član 2.

<sup>16</sup> *Ibid.*, član 3.

Belgije, specificirano je da je „Belgija podijeljena na četiri lingvističke regije: holandska, francuska, dvojezična (briselska) i njemačka“.<sup>17</sup> Članom 5. „država se dijeli na provincije“.<sup>18</sup> Članom 6. određuje se da „provincije mogu da se podijele na općine“.<sup>19</sup> Konačno, članom 7. definirano je da se „granice države, provincija i zajednica mogu mijenjati i modificirati zakonom“.<sup>20</sup> Ustav koji je usvojen 1831. god. i danas je na snazi, a izmjene, osobito one izglasane nakon I svjetskog rata, imale su za cilj dalju demokratizaciju države i njene uprave.

### 3.1. Flamanska zajednica i Flamanska regija

Politički i institucionalno *Flamanska zajednica* podrazumijeva jednu od tri regije u Belgiji, dok kulturološki i sociološki podrazumijeva flamanske organizacije, medije, društveni i kulturni život, izražavanje koncepta „flamanske nacije“.  
„Za razliku od Valonske zajednice i regije, Flamanska zajednica je ujedinjena sa Flamanskom regijom po pitanju nadležnosti. Flamanska zajednica ima nadležnosti u oblasti obrazovanja, kulture, jezika, dijela zdravstvene zaštite, agrikulture, energije, javnih radova i ekonomskog razvoja. Međutim, gotovo da i nema finansijsku nezavisnost. Većina nadležnosti sa nivoa provincija pripada regiji Bruxelles. Službeni jezik je holandski iako su dijalekti različiti“.<sup>21</sup> „*Flamanska regija* je jedna od tri regije Kraljevine Belgije koja je smještena je na sjeveru Belgije i zauzima površinu od 44,29% države. Odmah nakon uspostavljanja, regija je prenijela sve svoje ustavne nadležnosti na Flamansku zajednicu koja predstavlja flamanski narod u regiji Bruxelles ali parlament zajednice nema pravo da glasa po pitanju regionalnih flamanskih interesa na nivou regije Bruxelles. Službeni jezik je holandski. Flamanska regija podijeljena je na 5 provincija u okviru kojih postoji 308 općina. To su: Antwerp, Limburg, Istočna Flandrija, Flamanski Brabant i Zapadna Flandrija“.<sup>22</sup>

### 3.2. Francuska zajednica i Valonska regija

„Iako naziv *Francuska zajednica* sugerira da se radi o zajednici francuskih građana u Belgiji, to nije slučaj. Zapravo se radi o građanima Belgije koji govore

---

<sup>17</sup> Ibid., član 4.

<sup>18</sup> Ibid., član 5.

<sup>19</sup> Ibid., član 6.

<sup>20</sup> Ibid., član 7.

<sup>21</sup> [www.vlaanderen.be](http://www.vlaanderen.be), <http://www.flandersonline.org>, <http://www.vgc.be>, <http://www.vlaamsparlement.be>, <http://www.flanders.be> (zadnji pristup web stranicama: 9. mart 2007. godine).

<sup>22</sup> [www.flandersonline.org](http://www.flandersonline.org), [http://www.nordmag.fr/nord\\_pas\\_de\\_calais/flandre/flandre.htm](http://www.nordmag.fr/nord_pas_de_calais/flandre/flandre.htm), <http://www2.vlaanderen.be> (zadnji pristup web stranicama: 9. mart 2007. godine).

francuskim jezikom. Ponekad se koriste i alternativni nazivi za ovu zajednicu (Communauté Wallonie – Bruxelles ili Communauté française Wallonie – Bruxelles), ali oni nisu navedeni u Ustavu Kraljevine Belgije. Radi se o nazivima koji potječu od Flamanaca da se ne bi stvorila zabuna između regionalnih i institucija zajednice<sup>23</sup>. „Valonska regija čini 55,18% teritorije južnog dijela Belgije. Uglavnom se govori francuski jezik, ali postoji dio teritorije na istoku zemlje gdje se govori njemačkim jezikom pa su službeni jezici francuski i njemački. Kao i ostale regije, Valonija ima svoj parlament i vladu. Valonsku regiju čini 5 provincija koje su podijeljene na 20 administrativnih dijelova i 262 općine: Valonski Brabant, Hainaut, Liege, Luxemburg i Namur. Ustavni sistem Belgije garantira Valonskoj regiji nadležnosti u oblasti poljoprivrede, razvoja i urbanističkog planiranja, ekonomije i vanjske trgovine, zapošljavanja, zaštite okoliša, naučno – istraživačkog rada, međunarodnih odnosa, zdravstvene i socijalne zaštite, turizma“<sup>24</sup>.

### 3.3. Njemačka zajednica u Belgiji

Ovo je još jedna od tri zajednice u Belgiji, često se naziva i Istočni kanton Belgije. „Zauzima prostor od 854 km<sup>2</sup>, dio je provincije Liege, te gotovo 100% stanovništva govori njemački jezik. Njemačka zajednica u Belgiji ima visok nivo autonomije, posebno po pitanju jezika i kulture, ali i dalje je sastavni dio Valonske regije i Francuske zajednice. Posljednjih godina dosta se govori o tome da bi ovaj dio državne teritorije trebao postati posebna regija a zahtijeva se puno veća fiskalna autonomija koje gotovo i nema“<sup>25</sup>.

### 3.4. Regija Bruxelles

Ovo je jedna od tri belgijske regije. Iako je nastala ustavnim reformom 1970. godine tek je 1989. godine usvajanjem specijalnog zakona počela praktično postojati. Službeni jezici su francuski i njemački, a sve javne usluge su dvojezične. „85–90% stanovništva glavnog grada govori francuski jezik dok 10–15% stanovništva govori holandski. Regija Bruxelles nije provincija niti pripada bilo kojoj provinciji. Podijeljena je na 19 općina od čega je Grad Bruxelles najveća i ima najveći broj stanovnika. Regija Bruxelles ima regionalni parlament i vladu te postoje

---

<sup>23</sup> <http://www.wbri.be>, <http://www.pcf.be>, <http://www.cfwb.be> (zadnji pristup web stranicama: 9. mart 2007. godine).

<sup>24</sup> <http://www.crwflags.com/fotw/flags/be-wal.html>, <http://www.wallonie.be/en/index.html> (zadnji pristup web stranicama: 9. mart 2007. godine).

<sup>25</sup> <http://www.dgparlament.be>, <http://www.dglive.be/DesktopDefault.aspx> (zadnji pristup web stranicama: 8. mart 2007. godine).

vijeća i odbori kao decentralizirana javna administrativna tijela poput Opće komisije zajednica, Komisije Flamanske zajednice, Komisije Francuske zajednice.“<sup>26</sup>

### 35. Općine

„Belgija se dijeli na 589 općina koje se opet sastoje od nekoliko podopćina. Ostale podjele uključuju unutaropćinske distrikte, izborne distrikte, sudbene i policijske distrikte. Sve su ove podjele geografski određene granicama regija, zajednica, provincija i općina.“<sup>27</sup>

## 4. OSNOVNE KARAKTERISTIKE BELGIJSKOG USTAVA

Ustav Kraljevine Belgije je prema kategorizaciji pisani ustav, spada i u krute ustave, narodni je ustav, kodifikovani te realni ustav. Što se tiče revizije ustava, svaka država propisuje revizioni postupak u skladu sa odnosom unutrašnjih političkih snaga i stavom prema vrijednostima koje se štite ustavom pa je tako i u Kraljevini Belgiji. Osnovne karakteristike belgijskog Ustava su sljedeće: „od dana kada Ustav stupi na snagu, svi zakoni, dekreti, odluke, pravila i ostali akti stavljaju se van snage; ustavni tekst je usvojen na francuskom, holandskom i njemačkom jeziku; niti jedan zakon, dekret ili generalna upravna odluka, bilo da je potiče iz provincije ili zajednice, ne može imati efekta sve dok ne bude objavljena na način predviđen zakonom; glavni grad Belgije je Bruxelles, koji je osim toga i sjedište federalne vlasti.“<sup>28</sup>

## 5. USTAVNE REFORME

*Ustav je osnovni izvor prava u Belgiji.* Prvi pisani i jedinstveni Ustav Belgije datira iz 1831. godine kada je Belgijski Ustav uspostavio centralističko državno uređenje. „Prema mišljenju belgijskih historičara, izrazito progresivni, liberalni karakter novog belgijskog Ustava iz 1831. godine dao je izdvojanju revolucionarni karakter“.<sup>29</sup> Pluralizam je već tad postojao te su već tad razlike u jeziku, kulturi, etničkoj pripadnosti u različitim dijelovima države značile da će

---

<sup>26</sup> <http://www.brussels.irisnet.be>, <http://www.brussel-gui.de/brussel/bildergalerien.html>, [http://www.lexilogos.com/bruxelles\\_plan.htm](http://www.lexilogos.com/bruxelles_plan.htm) (zadnji pristup web stranicama: 6. mart 2007. godine).

<sup>27</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Subdivisions\\_of\\_Belgium](http://en.wikipedia.org/wiki/Subdivisions_of_Belgium) (zadnji pristup web stranici: 5. mart 2007. godine).

<sup>28</sup> Pregledati: Ustav Belgije, [http://www.fed-parl.be/constitution\\_uk.html](http://www.fed-parl.be/constitution_uk.html) i [http://www.senate.be/doc/const\\_fr.html](http://www.senate.be/doc/const_fr.html) (zadnji pristup web stranicama: 6. mart 2007. godine).

<sup>29</sup> Peter N. Stearns, *Encyclopedia of European Social History from 1350 to 2000*, New York, 2001., str. 298.

kad-tad doći do reforme u okviru države. Odnos između dvije velike jezičke grupe je oduvijek bio napet. Godinama je francuski bio jedini službeni jezik. Niz zakona koji su stupili na snagu 1930-ih godina uspostavili su jednakost u primjeni dva jezika.<sup>30</sup> Veliki korak u reformi bili su zakoni o upotrebi službenih jezika koji su doneseni od 1873. godine do 1963. godine. Ovi zakoni ustanovili su francuski, holandski i njemački kao službene jezike u Belgiji. Zakoni nisu bili dovoljni i bilo je neophodno da se Ustav izmijeni amandmanima. Kroz nekoliko faza reforme Belgija je postala federalna država. Zadnja radikalna promjena dogodila se 1993. godine.

Evo i kratke hronologije najvažnijih ustavnih promjena:<sup>31</sup>

- Revizija Ustava iz 1970. godine rezultirala je uspostavljanjem tri kulturalne zajednice, što je ujedno značilo i znak određenog stepena autonomije, barem kada se radi o kulturi iako su moći ovih zajednica i dalje dosta ograničene. Ustanovljeni su i temelji za uspostavljanje regiona;
- 1980. godine zajednice su proširile svoju autonomiju i na zdravstvene i socijalne usluge. Tako se već počinju definirati tri zajednice: Flamanska, Francuska i zajednica sa njemačkim govornim jezikom te je svaka od njih dobila svoj parlament i upravu. Uspostavljena su i dva regiona: Flamanski i Valonski koji su također dobili svoj parlament i upravu od čega se samo Flamanski region povezao sa svojom jezičkom zajednicom, dok populacija koja je govorila francuskim jezikom nije izabrala da se spoji sa Francuskom zajednicom i Valonskim regionom;
- 1988. i 1989. godine Ustav Kraljevine Belgije je izmijenjen propisivanjem dodatnih nadležnosti regionima i zajednicama. Najvažnija izmjena ticala se prenosa nadležnosti koje se tiču obrazovanja na nivou zajednica. Kao rezultat toga regije i zajednice su osigurale veće prihode, a Bruxelles je dobio svoju zakonodavnu i izvršnu vlast;
- Još jedna veoma bitna izmjena Ustava dogodila se 1993. godine, a koja je transformirala Belgiju iz unitarne u federalnu državu. Izvršena je reforma dvodomnog parlamentarnog sistema i omogućeni su direktni izbori članova zajednice i regionalnih zakonodavnih vijeća. Dvojezična provincija Brabant koja je uključivala i region Buxellesa podijeljena je na flamansku i valonsku provinciju Brabant. Prva rečenica prvog člana Ustava Belgije izmijenjena, pa

---

<sup>30</sup> Timothy L. Gall and Janeen M. Hobby, *Worldmark Encyclopedia of the Nations*, Thomson Gale, 2007., str. 76.

<sup>31</sup> [http://www.fed-parl.be/constitution\\_uk.html](http://www.fed-parl.be/constitution_uk.html), [http://www.senate.be/doc/const\\_fr.html](http://www.senate.be/doc/const_fr.html), (zadnji pristup stranicama: 5. marta 2007. godine).

je: „Belgija je podijeljena na provincije“ promijenjeno u: „Belgija je federalna država koja se sastoji od zajednica i regiona“;

- 2001. godine posredstvom dva sporazuma (Lambermont sporazum i Lombard sporazum) označena je peta državna reforma. Lambermont sporazumom prenižete su određene nadležnosti na regione i zajednice. Tako su nadležnosti iz oblasti poljoprivrede, ribarstva i vanjske trgovine regionalizirane. Razvoj suradnje, nadgledanje izbornih troškova i financiranje političkih stranaka preneseni su na zajednice i regione. Lombard sporazum predvidio je da se 6 članova Flamanskog parlamenta biraju neposredno na izborima te određuje distribuciju mjesta u Parlamentu regiona grada Bruxellesa između dvije jezičke grupe;
- 2003. godine Specijalnim zakonom koji je se uklopio u Odjeljak II i članove 170., 172. i 191. belgijskog Ustava nadležnosti Arbitražnog suda su proširene i od tada se taj sud razvija u Ustavni sud.

## 6. POLITIČKE STRANKE U BELGIJI

Od samog stvaranja belgijske države 1830. godine i većinu 19. stoljeća u Belgiji su dominirale dvije političke stranke, i to Katolička i Liberalna stranka. Već krajem 19. stoljeća uzdigla se Socijalistička stranka koja predstavlja radničku klasu. Ove tri stranke i dalje dominiraju u Belgiji iako su se razvile i prilagodile novim izbornim izazovima. Belgija se nerijetko opisuje kao patrikacija jer unutarstranačka disciplina jako razvijena, a stranački lideri veoma utjecajni. Političke stranke opsežno utvrđuju oblikovanje, koalicijske programe, mandat vlade. Zapravo Belgija danas ima dva kvazi – autonomna stranačka sistema, od kojih svaki ima različitu ravnotežu moći između najistaknutijih stranaka.<sup>32</sup> U zemljama u kojima dominiraju stranke lijevog smjera, osnova opozicije dolazi od strane desnaških kršćanskih stranaka. U Belgiji, na primjer, Socijalistička stranka predstavlja ljevicu, dok Kršćanska socijalistička stranka podržava desnicu.<sup>33</sup>

Političke stranke u Belgiji su organizirane na etnolingvističkoj liniji, tako da, na primjer, svaka stranka u Flandriji ima svoj „duplikat“ u Valoniji. Političke institucije u Belgiji su veoma složene. Većina političke moći je usmjerena prema potrebi da se predstave osnovne jezične zajednice, tako da se već od 1970. godine najveći broj političkih stranaka u Belgiji podijelio u vezi sa zastupanjem interesa

---

<sup>32</sup> Saneke Kuipers, *The Crisis Imperative, Crisis Rhetoric and Welfare State Reform in Belgium and the Netherlands in the Early 1990s*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2006., str. 58.

<sup>33</sup> Rodney P. Carlisle, *Encyclopedia of Politics, The Left and The Right*, Sage Publications, 2005., str. 153.

ovih zajednica. Važno je napomenuti da u Belgiji postoji i veliki broj političkih presionih grupa i različitih lidera (kao što je Federacija belgijskih industrijalaca), veliki broj asocijacija (koje, primjera radi, predstavljaju bankare), razne organizacije koje favoriziraju kulturne interese Flandrije i Valonije, razne grupe za mir (poput Pax Christi), grupe koje predstavljaju imigrante. Tri su velike skupine političkih stranaka, od kojih se svaka sastoji od francuskih i holandskih govornih stranaka. U prvu od ovih grupa spadaju kršćanske socijalne stranke koje zauzimaju moderne političke stavove u Belgiji. Zatim tu su belgijske socijalne stranke, a postoji i niz manjih stranaka koje predstavljaju interese specifičnih regiona, i to Flamanskih i Valonskih.

Nekoliko mjeseci prije izbora svaka stranka formira listu kandidata za svaki distrikt na kojoj se može nalaziti onoliko kandidata koliko ima slobodnih mjesta u vlasti. Ranije je mjesto na listi utjecalo na izbor kandidata, ali je taj utjecaj iščezao poslije zadnje izborne reforme. Političke kampanje su kratke, traju najviše mjesec dana te se za sve aktivnosti kampanje stranke moraju oslanjati na pomoć u novcu od države te na naknadu svojih članova. Upravo je to rezultat činjenice da *Zakon o izbornoj potrošnji ograničava trošenje političkih stranaka za vrijeme izborne kampanje*. Belgijski glasači jako rijetko daju priliku da jedna stranka dobije većinu u parlamentu te se nakon većine izbora desi da dvije ili više stranaka moraju da se udruže i formiraju koalicionu vladu. *Svi Belgijanci sa navršenih 18 godina života moraju glasati na nacionalnim izborima* inače mogu biti zakonski gonjeni. S tim u vezi, Belgija je jedna od nekoliko zemalja koje su ustanovile obavezno glasanje na izborima te zbog toga ima i najveći procent glasača koji izlaze na izbore.

## 7. ZAKONODAVNA VLAST U BELGIJI

Zakonodavna vlast u Belgiji predstavljena je *Federalnim parlamentom* koji je dvodoman i sastoji se iz *Senata* i *Predstavničkog doma*. Od samog nastanka Belgija je imala dvodomni parlamentarni sistem koji se od 1831. godine do danas razvio u sistem jednakosti, čime je postao moderna i vrlo učinkovita institucija. Obzirom da je u Belgiji veoma bitna podijeljenost na regije i jezičke zajednice, neophodno je i da federalni „entiteti“ budu zastupljeni u Federalnom parlamentu. Stoga je Senat dom u kojem su predstavljene zajednice dok se u Predstavnički dom biraju predstavnici naroda. Oba doma su nezavisni jedan od drugog, ali imaju zajedničku odgovornost za sve što se odnosi na osnove koje čine Kraljevinu Belgiju. Predstavnički dom je politički dom Federalnog parlamenta obzirom da Federalna vlada odgovara ovom domu za provođenje politike. Senat je dom u kojem se raspravlja o većim društvenim problemima, a i mjesto je sastajanja zajednica. Ujedinjeni domovi je naziv za tijelo koje nastaje kada se Federalni parlament sastaje



na združenoj sjednici.<sup>34</sup> Ustavnim promjenama iz 1993. godine oba doma su brojno reducirana te sada postoje tri nivoa vlasti: federalni, regionalni i jezične zajednice. Federalizacija Belgije iz 1993. godine imala je utjecaja i na sam Federalni parlament. Razlog tome je netrpeljivost između dviju jezičkih zajednica (Nizozemska i Francuska) koje su tražile veću autonomiju pa je tako i Belgija postala federalna država u okviru koje je zagaratirana ravnoteža između tih dviju zajednica. Na Federalni parlament se to odrazilo na način da zakoni koji se tiču državne strukture mogu biti usvojeni samo ukoliko za njih glasa i usvoji većina svake jezičke grupe. Ukoliko ne postoji suglasnost jedne od grupa, zakon neće biti usvojen (uobičajeno je da se radi o Francuskoj jezičkoj grupi koja je brojnija obzirom na broj stanovnika).

Članovi Federalnog parlamenta se biraju na četiri godine putem sistema proporcionalne raspodjele mandata. Također, Ustav u članu 42. izričito navodi da članovi oba doma predstavljaju naciju, a ne samo one koji su ih izabrali. Belgijski Ustav propisuje da se, ukoliko je Parlament raspušten i provode se novi izbori, članovi novog Parlamenta sastaju na izvanrednim sjednicama sve do početka novih sjednica u oktobru. Ustav propisuje i da se Senat ne može sastati ukoliko se Predstavnički dom nije sastao. Ipak, oba doma Federalnog parlamenta mogu se raspustiti i prije isteka ovog perioda. Izbori se moraju održati u roku od 40 dana od dana raspuštanja, a novi članovi Parlamenta moraju se sastati u roku od dva mjeseca od dana raspuštanja. Kada zakonodavac prihvati prijedlog za reviziju Ustava, oba doma Parlamenta se automatski raspuštaju, što je i jedan od osnovnih razloga čestog raspuštanja Parlamenta jer Belgija prolazi kroz stalnu institucionalnu reformu. Također, pravo raspuštanja Parlamenta ima i kralj, što je propisano članom 46. Ustava Kraljevine Belgije.<sup>35</sup>

Prema članu 60. Ustava Belgije svaki dom samostalno određuje na koji će način ispunjavati svoje dužnosti, što nam govori da postoji veoma visok stepen autonomije koji je zagaratiran i Senatu i Predstavničkom domu Federalnog parlamenta u Belgiji. To znači da svaki od domova ima pravo da, u skladu sa Usta-

---

<sup>34</sup> Saneke Kuipers, *The Crisis Imperative, Crisis Rhetoric and Welfare State Reform in Belgium and the Netherlands in the Early 1990s*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2006., str. 59. i 60.

<sup>35</sup> Kralj prema članu 46. Ustava Kraljevine Belgije može raspustiti Parlament u sljedećim slučajevima: kada federalna Vlada podnese ostavku a Parlament odbije izglasavanje povjerenja Federalnoj vladi i ne podnese Kralju u roku od tri dana odbijanja izglasavanja, prijedlog novog premijera, Predstavnički dom se tada raspušta; kada Predstavnički dom odbije da izglasa povjerenje ili izglasa nepovjerenje a ne predloži kralju novog Premijera (ovdje se može raditi o situaciji kada Parlament ne želi da podrži vladino djelovanje iz političkih razloga a koalicija se raspadne).



vom, usvoji nova ili postojeća pravila parlamentarne procedure. Ustav propisuje *zajedničke nadležnosti Predstavničkog doma i Senata*:<sup>36</sup> revizija Ustava; razrada zakona koji se odnose na strukturu, funkcioniranje i institucije države; organizacija sudstva; ratifikacija međunarodnih sporazuma; uspostava istražnih komisija. *Isključive nadležnosti Senata*:<sup>37</sup> ispitivanje političkih izjava članova vlade i izglasanje povjerenja; kontrola politike vlade putem sredstava interpelacije i postavljanja pitanja. *Oba doma imaju nadležnost u svim ostalim područjima legislacije*:<sup>38</sup> Senat može poslati vlastite prijedloge zakona Predstavničkom domu; može razmatrati i dopunjavati zakone usvojene u Predstavničkom domu; Predstavnički dom ima posljednju riječ. U Parlamentu se može glasati na tri načina: putem poimeničnog glasanja; sjedenjem i ustajanjem; tajnim glasanjem.

### a) Senat

Kao rezultat ustavnih promjena 1993. godine, broj mjesta u Senatu je reduciran sa 184 na 71. Osim toga, uloga Senata je prilagođena novom ustrojstvu Belgije. Senatori se dijele na četiri kategorije: direktno izabrani senatori, senatori koje postavljaju parlamenti zajednica, kooptirani senatori i senatori po zakonu. Svi senatori se biraju kroz kombinaciju direktnih i indirektnih metoda. 40 senatora se bira direktnim glasanjem putem proporcionalne raspodjele mandata, dok se preostalih 31 bira indirektno od strane već izabranih senatora. Tako se 25 senatora bira od strane Holandskog izbornog kolegija, 10 senatora postavlja Vijeće Flamanske zajednice, da bi zatim senatori koji su izabrani na ovaj način izabrali još 6 senatora. Najmanje 1 senator iz ove grupe mora na dan izbora da reziduje u dvojezičnom regionu grada Bruxellesa. 15 senatora se bira od strane Francuskog izbornog kolegija i 10 postavlja Vijeće Francuske zajednice, da bi onda oni izabrali još 4 senatora. Najmanje 6 senatora iz ove grupe mora na dan izbora legalno rezidovati u dvojezičnom regionu glavnog grada Bruxellesa. I na kraju, 1 senator se postavlja od strane Njemačke govorne zajednice. Konačan broj senatora se nakon toga dijeli unutar svake jezične grupe na osnovu izborne liste, predstavljene u trenutku izbora samih senatora, prema sistemu proporcionalne raspodjele mandata koje je predviđeno zakonom. Dakle, 40 senatora bira narod, 21 senatora biraju Zajednice i 10 senatora su takozvani kooptirani senatori. Pored toga, treba dodati i senatore koji zakonskim putem mogu da budu izabrani iz članova kraljevske porodice. *Uloga*

---

<sup>36</sup> *The Belgian Federal Parliament*, The Central printing office of the House, 2004., str. 3.

<sup>37</sup> *Ibid.*, str. 4.

<sup>38</sup> *Ibid.*

*Senata*:<sup>39</sup> donošenje zakona, razmatranje društvenih pitanja, unapređivanje već postojeće legislative, nadležnosti u predmetima međunarodnog karaktera, predlaganje kandidata za članove Državnog vijeća te sudija Arbitražnog suda, mjesto je sastajanja Federalne vlade te zajednica i regija, ima savjetodavnu funkciju.

#### b) **Predstavnički dom**

Ustavnom reformom iz 1993. godine Predstavnički dom je također reduciran, i to sa 212 na 150 članova. Izbori za Predstavnički dom se izvode tako da članove biraju građani neposredno sa navršениh 18 godina života. Uspostavljenje izbornih jedinica i kolegija je predviđeno zakonom, a izbori se izvode prema sistemu proporcionalne raspodjele mandata. Formira se 11 izbornih distrikta od čega je 5 flamanskih (79 mjesta), 5 valonskih (49 mjesta) i dvojezični distrikt Bruxelles – Halle – Vilvoorde (22 mjesta). Iz svakog distrikta šalje se određeni broj predstavnika u zavisnosti od broja stanovnika. Distrikti se poklapaju sa provincijama osim distrikta Leuven. Nakon izbora predstavnici se dijele na dvije jezičke (88 predstavnika koji pripadaju nizozemskoj jezičkoj zajednici i 62 predstavnika koji pripadaju francuskoj jezičkoj zajednici) i političke grupe (formira se kada najmanje 5 članova iste stranke dobije mjesta u Predstavničkom domu).<sup>40</sup>

Većina parlamentarnih aktivnosti odvija se na nivou komisija. Predstavnički dom tako ima 11 trajnih komisija od kojih se svaka sastoji od 17 članova. Postoji i veći broj specijalnih i savjetodavnih komisija. Politički sastav ovih komisija podudara se sa plenarnim sastavom Predstavničkog doma. Svaki prijedlog zakona se prvo razmatra na nivou komisije. Nakon što je komisija razmotrila poredloženi zakon, glasa se o usvajanju istog te se sastavlja izvještaj na oba službena jezika. Tekst koji je usvojen od strane komisije se tada podnosi Predstavničkom domu na plenarnoj sjednici.<sup>41</sup> Predstavnički dom bira predsjednika na početku svakog godišnjeg saziva Parlamenta. Njemu pomaže do 5 potpredsjednika. Uobičajeno je predsjednik član stranke koja formira koaliciju, prvi potpredsjednik je obično član druge jezičke grupe za razliku od one kojoj pripada predsjednik. *Uloga Predstavničkog doma*:<sup>42</sup> postizanje većine prilikom uspostavljanja Vlade, nagledanje politike Federalne vlade, kontrola javnih financija; donošenje zakona, predlaganje federalnih ombudsmena čiji je zadatak razmatranje pritužbi građana.

---

<sup>39</sup> *The Belgian Federal Parliament*, The Central printing office of the House, 2004., str. 46. – 48.

<sup>40</sup> *Ibid.*, str. 23.

<sup>41</sup> *Ibid.*, str. 15.

<sup>42</sup> *Ibid.*, str. 30. i 31.

### c) Procedure

Svaki dom podijeljen je u dvije jezičke grupe, što je veoma važno, jer da bi se usvojili zakoni potrebno je osim 2/3 većine svih članova i većina svake jezičke grupe. Ovo je definirano članom 43. stav 1. Ustava Belgije gdje stoji da se izabrani članovi oba doma dijele na Nizozemsku jezičku grupu i Francusku jezičku grupu. Komisije su te koje ispituju sadržaj zakona i prijedloga zakona, stoga vrlo često organiziraju sastanke sa predstavnicima civilnog sektora, stručnjacima. U Senatu se stalne komisije sastoje od 15 članova a u Predstavničkom domu sastoje se od 17 članova te se primjenjuje princip proporcionalne raspodjele mandata. Svaki od domova može da uspostavlja posebne komisije i privremene komisije čiji je zadatak da ispituju tačno određeni zakon ili prijedlog zakona ili specifičan problem. Postoji i Savjetodavna parlamentarna komisija koja se sastoji od članova obje prethodne komisije, oba doma Parlamenta, a njen je zadatak da razriješi pitanja koja se tiču parlamentarne procedure. Proporcionalna raspodjela mandata se primjenjuje prilikom uspostavljanja svih drugih parlamentarnih tijela i delegacija, dakle ne samo u okviru Parlamenta. Za različite situacije predviđene su različite procedure odlučivanja (revizija Ustava, zakonodavna procedura, procedura „zvona za uzbuću“, procedura za usvajanje budžeta):

1. *Jednodomna procedura* (ovo je slučaj kada jedino Predstavnički dom ima ovlasti da donosi odluke, što praktično znači da Senat ne može intervenirati i kada odobrenje od Senata nije potrebno da bi prijedlog bio izglasan – naturalizacija, odgovornost ministara, budžet, vojni kontingenti);

2. *Neobavezna dvodomna procedura* (u većini slučajeva kada Predstavnički dom preuzima prednost od Senata, Senat i dalje može intervenirati te ima mogućnost da u određenom vremenskom razdoblju razmotri prijedlog koji je usvojen u Predstavničkom domu te ukoliko postoji razlog, može čak i da predloži dopune; Predstavnički dom može da prihvati ili odbije te dopune ili čak da predloži nove; Senat može i predložiti svoj akt koji je usvojio a koji Predstavnički dom može dopuniti, prihvatiti ili odbiti; ipak, konačna odluka je na Predstavničkom domu);

3. *Obavezna dvodomna procedura* (kada oba doma imaju istu ravnotežu moći, odnosno kada ista verzija teksta mora biti usvojena u oba doma – izmjene Ustava, zakoni za čije se donošenje traži kvalificirana većina, zakoni koji utječu na strukturu države, zakoni kojima se odobravaju sporazumi o suradnji između federalne države, zajednica i regija, zakoni kojima se vrši ratifikacija međunarodnim sporazuma, zakoni kojima se organizira sudstvo u Belgiji, Državno vijeće i Ustavni sud/Arbitražni sud).

Potrebno je razmotriti i članove 53. i 54. Ustava Belgije. Svi prijedlozi se prihvaćaju apsolutnom većinom glasova, osim kada se radi o uspostavljanju

pravila procedure domova obzirom na izbor i predlaganje. Ukoliko je broj glasova izjednačen, prijedlog koji je podnesen se odbija. Niti jedan od domova ne može usvojiti rezoluciju sve dok nije prisutna većina članova. Osim kada se radi o usvajanju budžeta i zakonima koji zahtijevaju kvalificiranu većinu inicijativa koju podnosi najmanje 3/4 članova jedne jezičke grupe, te rasprava koja slijedi nakon podnošenja izvještaja, a prije konačnog glasanja, na javnom zasjedanju može se proglasiti da odredbe koje ta inicijativa navodi mogu bitno štetiti odnosima između zajednica. U ovom slučaju parlamentarna procedura se suspendira i inicijativa se podnosi Vijeću ministara koje u roku od 30 dana mora dati uvjerljiv stav o inicijativi i pozvati domove da se uključe u pojašnjavanju ovog mišljenja ili da, ukoliko je potrebno, dopune i izmijene prijedlog zakona. Ova procedura može se primijeniti samo jednom od strane članova jezičke grupe kada se radi o Vladinom ili pojedinačnom prijedlogu zakona. Član 53. belgijskog Ustava praktično propisuje da prilikom donošenja odluka u Parlamentu mora biti prisutna većina članova, ali da se ovo pravilo ne primjenjuje na sve poslove u Parlamentu te da mora postojati kvorum prisutnih da bi se odluka usvojila. To praktično znači da za donošenje odluke mora biti prisutno najmanje 50% plus 1 član koji glasaju za usvajanje prijedloga. Ukoliko je broj glasova izjednačen, prijedlog se odbacuje. Ukoliko dovoljan broj članova nije prisutan, odluka nije zakonita. Od ove procedure iz člana 53. postoje dva izuzetka i to:

- situacija kada se vrši izmjena i dopuna Ustava Belgije kada mora biti prisutno najmanje 2/3 članova oba doma Parlamenta od kojih 2/3 moraju glasati afirmativno;

- situacija kada se usvaja tzv. specijalni zakon kada mora biti prisutna kvalificirana većina od 50% plus 1 svake jezičke grupe i kada najmanje 50% plus 1 prisutnih članova svake jezičke grupe mora glasati afirmativno, kao i to da 2/3 palih glasova iz obje jezičke grupe mora biti afirmativno.

## **8. IZVRŠNA VLAST U BELGIJI**

Kada se radi o izvršnoj vlasti u Belgiji, ona je predstavljena šefom države, dakle Kraljem, Vladom, kojoj se na čelu nalazi Premijer te Kabinetom koji se zove Vijeće ministara, a koje postavlja Kralj i odobrava Parlament.

### **a) Kralj**

Kralj simbolizira osjećaj jedinstva predstavljajući državu u javnim funkcijama i na međunarodnim sastancima. Osim toga, kralj ima određene odgovornosti u procesu formiranja vlasti. Nakon općih izbora kralj imenuje „Informatora“ čiji je zadatak da izvijesti kralja o političkim formacijama koje bi mogle da preuzmu vlast, a poslije ove faze može imenovati „Informatora“ koji će preuzeti ovlasti po

pitanju formiranja nove vlasti. Kralj je temelj izvršne vlasti čija su ustavna prava i moći nasljedne po principu primogeniture. Kralj dobiva svoje Ustavom zagarantovane moći sa napunjenih 18 godina života. On ne može doći na prijestolje bez zakletve koja se daje pred oba doma Parlamenta. Belgija je jedina evropska monarhija u kojoj kralj ne dolazi na prijestolje neposredno nakon smrti ili abdikacije pretходnika. Po belgijskom Ustavu, on prvo mora da položi navedenu ustavnu zakletvu. Kraljeva osoba je nepovrediva, odgovorni su njegovi ministri. Zanimljivo je da se za kralja u Belgiji nikada nije koristio naziv „Kralj Belgije“ u smislu da ukazuje na standardnu ustavnu ili apsolutističku monarhiju povezanu sa teritorijem ili državom. Uvijek se koristio naziv „Kralj Belgijanaca“ koji ukazuje na građansku monarhiju povezanu sa stanovništvom Belgije. Kralj i članovi kraljevske porodice imaju ime na holandskom i francuskom jeziku, dok se u njemačkoj zajednici prepoznaju po imenu na francuskom jeziku. Interesantno je i da je kralj Albert I. nakon I. svjetskog rata odlučio da neće više koristiti ime Saxe – Coburg – Gotha i promijenio ime u *België, de Belgique* i *von Belgien*. Kako je Belgija država sa tri službene jezika, belgijska kraljevska porodica je možda jedina u svijetu koja koristi tri jednaka imena na tri različita jezika, što se navodi u svim dokumentima članova kraljevske porodice.

*Ovlasti kralja:* kralj nema druge moći, osim one zagarantovane Ustavom i posebnim zakonima, niti jedan potez kralja ne može imati efekta bez supotpisa ministara, koji preuzimaju odgovornost na sebe, kralj je Vrhovni komandant vojnih snaga, ima pravo davanja oprosta. U političkom aspektu, kralj ne djeluje bez suradnje sa ministrima. On može da djeluje tako da izražava svoje mišljenje, ohrabruje te daje sugestije i upozorava. Kralj zapravo putem dijaloga sa svima koji su uključeni u donošenje odluka izražava svoj uticaj. To objašnjava zašto su kontakti koji su povjerljivi vrlo vrijedan izvor informacija za njega, ali i sredstvo kojim on ispoljava svoj utjecaj. Naravno da važnost i utjecaj ovakve političke akcije od strane kralja varira u zavisnosti od prilika, ali i od tempa javnog života. Ovo jeste i treba da ostane konstantno. Kralj, kojem Ustav garantira mjesto iznad ideološkog i religijskog shvaćanja, političkih mišljenja i debata, ekonomskih interesa, ima ulogu arbitra i lidera jedinstva i nezavisnosti zemlje. Politička moć kralja u posljednje vrijeme je predmet javnih debata u kojima se spominje smanjenje ovlasti kralja na ceremonijalnu ulogu.

## b) **Vlada**

Kada se radi o uspostavljanju Vlade, kralj je taj koji igra glavnu ulogu. Vlada se sastoji od ministara koji čine Kabinet ili Vijeće ministara kojima se na čelu nalazi Premijer i državnih sekretara. Oni dolaze iz različitih političkih partija koje formiraju koaliciju. Pritom je sastav Kabineta odraz političkih partija koje čine

Predstavnički dom Federalnog parlamenta, a gdje niti jedna stranka nema apsolutnu većinu mjesta u Parlamentu. *Obavezan je paritetni sastav Vlade s podjednakim brojem ministara Flamanaca i Valonaca. Svaki Belgijanac kao pojedinac može biti ministar, ali niti jedan član kraljevske porodice to ne može biti.*

*Vijeće ministara*, kao poseban Kabinet Vlade, broji 15 članova, sa mogućim izuzetkom Premijera. Vijeće ministara uključuje francuske i holandske jezične članove u istom broju. Ministri imaju pristup u oba doma Parlamenta i moraju biti saslušani kada god to žele. I sam Parlament, odnosno Predstavnički dom i Senat mogu tražiti prisustvo ministara. Svaki od ministara nalazi se na čelu jednog od resora. Ministri su odgovorni za sve kraljeve radnje te oni supotpisuju svaki kraljev akt, čime preuzimaju odgovornost na sebe. Vlada, odnosno ministri su odgovorni Parlamentu. Pod bilo kojim uslovima kralj ne može smanjiti odgovornost ministara. *Državne sekretare* postavlja i raspušta kralj. Oni su zapravo članovi Vlade, ali nisu dio Vijeća ministara, nego predstavljaju izaslanike ministara. Pa ipak, sve ustavne odredbe koje vrijede za ministre, jednako se odnose i na državne sekretare.<sup>43</sup>

## 9. SUDSKAVLAST U BELGIJI

Sudski sistem utemeljen je na građanskom pravu koje datira iz vremena Napoleonovog kodeksa iz 1800-ih godina. Belgijski Ustav predviđa nezavisno sudstvo, sa jednakim odnosom moći naspram izvršne i zakonodavne vlasti. Sudske magistrature i suce imenuje direktno kralj. Apelacioni suci, predsjednici i potpredsjednici visokih Sudova pravde kojima pripadaju, imenuje kralj na dvije dvostruke liste. Jedna od tih lista se zatim prezentira od strane Sudova, a druga od Provincijalnih vijeća, te od strane Regionalnog vijeća Bruxellesa. Suce Kasacionog suda imenuje također kralj na dvije dvostruke liste. Jedna se od njih prezentira od strane Kasacionog suda, a druga od strane Predstavničkog doma i Senata. U oba slučaja kandidati s jedne liste mogu biti prebačeni na drugu. Sudovi između sebe biraju predsjednike i potpredsjednike. Suci se postavljaju na tu funkciju doživotno. U mirovinu odlaze u godinama koje su određene zakonom te im je i visina novčane naknade u mirovini predviđena zakonom. Nijednom sucu se ne može oduzeti njegovo mjesto, niti ga se može suspendovati, samo i osim odlukom Suda. Premještaj suca se može obaviti samo uz njegov pristanak i samo nakon što je imenovana njegova zamjena. Postoji sljedeća klasifikacija sudova u Belgiji: **Kasacioni sud ili Vrhovni sud pravde, Apelacioni sud, Vojni, Trgovački i Vokacioni sud,**

---

<sup>43</sup> Ustav Belgije, [http://www.fed-parl.be/constitution\\_uk.html](http://www.fed-parl.be/constitution_uk.html) i [http://www.senate.be/doc/const\\_fr.html](http://www.senate.be/doc/const_fr.html) (zadnji pristup web stranicama: 6. mart 2007. godine).

**Državno vijeće** (učestvuje u donošenju zakona i istodobno je Vrhovni ustavni sud), **Arbitražni sud** (prvenstveno se bavi sprečavanjem sukoba između zakona, dekreta i presuda). Sa ustavnopravnog stanovišta ovaj sud je veoma važan. U federalnim državama gdje su nadležnosti podijeljene između različitih vlasti, sukobi se ne mogu izbjeći. Federalne vlasti, zajednice i regioni su na istom nivou hijerarhije i imaju jednaku poziciju u oblasti nadležnosti. Pitanje koje se postavlja je kako riješiti sukobe ukoliko jedna od vlasti iscrpi svoje nadležnosti? Belgija je taj zadatak povjerala nezavisnom sudu koji ne spada u hijerarhiju ostalih sudova i tribunala te je nezavisan od izvršne i zakonodavne vlasti, Arbitražnom sudu.

## 10. REGIONALNA I VLAST ZAJEDNICA – VLAST U PROVINCIJAMA I LOKALNA VLAST

Belgija je podijeljena na dvosložni sistem regionalne vlasti da bi se pomirile političke i kulturne razlike. „Svaki od tri federalna regiona bira svoje vijeće koje je odgovorno za teritorijalna pitanja poput planiranja, prenosa vode, energije, regionalnog razvoja. Također postoje i nezavisna jezična vijeća za holandske, francuske i njemačke govorne zajednice. Ova vijeća su zadužena za obrazovanje, zdravstvo i komunikaciju zajednica. Uglavnom se ova vijeća oslanjaju na sistem podjele državnih prihoda u financiranju. Imaju pravo sakupljanja poreza i ugovornih zajmova a uz to putem sporazuma mogu podvesti ova pitanja pod svoju nadležnost“.<sup>44</sup> Flamanske političke stranke generalno favoriziraju samostalnost zajednica i regija te zastupaju modernu i učinkovitu radnu državu, dok se frankofonske stranke suprotstavljaju favoriziranju samostalnosti te se zalažu za veću kontrolu na nivou države.

„Svaka od deset provincija ima vijeće od 50 do 90 članova koji se biraju direktnim glasanjem. Provincije su podijeljene na administrativne distrikte, često na osnovu gradova i mjesta zvane komune ili zajednice. Svakom zajednicom rukovodi gradonačelnik kojeg postavlja kralj. Gradsko vijeće koje je direktno izabrano na 6 mjeseci, savjetuje kralja po tom pitanju. Vijeće bira izvršno tijelo zvano Kolegij vijećnika. Vlast u provincijama i lokalna vlast je u okvirima ekskluzivnih nadležnosti regija. Osim toga, lokalna vlast na svim nivoima posjeduje jako visoku autonomnost i tradiciju još iz feudalnog doba.“<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> <http://www.flanders.be>, <https://www.cia.gov/cia/publications/factbook>, <http://www.dgparlament.be>, <http://www.wbri.be>, <http://www.pcf.be>, <http://www.cfwb.be> (zadnji pristup web stranicama: 4. mart. 2007. godine).

<sup>45</sup> Ibid.



## 11. PODJELA NADLEŽNOSTI

Državnom reformom Vijeću narodnih poslanika i Senatu su određene različite uloge. Neke nadležnosti se izričito vrše kroz Vijeće narodnih poslanika. Tiče se kontrole Federalne vlade i između ostalog godišnjeg proračuna i državnih računa. Senat je jedini nadležan u stvarima interesnog sukoba koji može nastati između Federalnog parlamenta i Vijeća zajednica i pokrajina. Druge nadležnosti se vrše naizmjenično preko Vijeća i Senata. Za najvažnije nadležnosti nastupaju oba Vijeća jednako: ispravka Ustava, odobravanje određenih zakona i odobravanje međunarodnih ugovora. Sve druge nadležnosti vrše se kroz oba Vijeća, ali Vijeće narodnih poslanika ima posljednju riječ. Senat je ustvari jedno Vijeće za razmišljanje i ono će se samo izjasniti o planovima i prijedlozima zakona u slučaju da to smatra potrebnim. Senat može eventualno poduzeti inicijativu da podnese prijedlog Zakona.

„Federalna država nadležna je za sudski aparat, vojsku, žandarmeriju, nadzor policijskih službi, zakone koji se odnose na provincije i općine, socijalnu sigurnost i važne zakone o socijalnoj zaštiti, državnim dugovima, monetarnoj politici, obavezama Belgije i njenih federaliziranih institucija prema Evropskoj uniji ili prema NATO – u. Federalna država je isto tako nadležna za sve što nije izričito u nadležnosti zajednica i pokrajina. Federalna država je ujedno nadležna za izuzetke i ograničenja na nadležnosti zajednica i pokrajina. Također su izuzeci za nadležnosti zajednica. Zajednice su, na primjer, autonomne za prosvjetu, kulturu, upotrebu jezika, zdravstvo, zaštitu mladih, socijalnu pomoć, pomoć obiteljima, prihvata imigranata. Zajednice su isto tako nadležne za naučna istraživanja, u njihovoj nadležnosti su i internacionalni odnosi oni koji se tiču njihove nadležnosti.“<sup>46</sup> Što se tiče, na primjer, nadležnosti Pokrajina, one raspoložuju kroz nadležnosti sa domena koji su u njihovom regionu ili na prostoru u općem smislu riječi. Određeno je da ekonomska politika pripada u nadležnost pokrajina, ali sa izuzecima „nadležnosti federalne države u cilju očuvanja ekonomskog jedinstva i jedinstvene monete“. Isto vrijedi za sve što ima veze sa energetsom politikom. Tako su Flamanska pokrajina, Briselska pokrajina, i Valonska pokrajina nadležne za ekonomiju, zaposlenost, poljoprivredu, upravljanje vodenim resursima, stanovanje, javne radove, energiju, prevoz (sa izuzetkom Nacionalne željeznice), životni okoliš, prostorno uređenje i stambenu izgradnju, moderniziranje poljoprivrede, zaštitu prirode, kredite, vanjsku trgovinu, nadzor nad provincijama, općinama i interkomunalne poslove. Također su njima priključeni domeni za naučna istraživanja i internacionalni odnosi u gore spomenutim domenama.

---

<sup>46</sup> Ustav Belgije, [http://www.fed-parl.be/constitution\\_uk.html](http://www.fed-parl.be/constitution_uk.html) i [http://www.senate.be/doc/const\\_fr.html](http://www.senate.be/doc/const_fr.html) (zadnji pristup web stranicama: 6. mart 2007. godine).



## 12. SPREČAVANJE I RIJEŠAVANJE INTERESNIH SUKOBA

„Zagovornici federalizma smatraju ukoliko se granice sastavnih dijelova federacije poklapaju s granicama relevantnih etničkih, vjerskih i lingvističkih zajednica, odnosno ako postoji *federalno društvo*, u tom slučaju federalizam može biti efikasan način reguliranja etničkih sukoba“.<sup>47</sup> Kada se radi o Belgiji, federalizam je obilježen teritorijalnom podijeljenošću zajednica. Upravo taj federalizam i podjelu moći Belgija koristi u situacijama u kojima dolazi do sukoba između zajednica.

U provođenju svojih odgovornosti Federalna vlada, zajednice i regioni djeluju u skladu sa interesima federalne kompaktnosti, a s ciljem sprečavanja sukoba interesa. Senat je jedini nadležan u stvarima interesnih sukoba koji mogu nastati između Federalnog parlamenta i Vijeća zajednica i pokrajina. Senat donosi odluke na osnovu dobro utemeljenih procjena o sukobu interesa koji se mogu pojaviti između raznih pravnih tijela, dekreta ili presuda, i to prema odlukama i procedurama određenim zakonom usvojenim glasačkom većinom. Zakon usvojen glasačkom većinom organizira procedure predviđene da spriječe i riješe sukobe interesa između federalne vlasti, zajednica i regiona.

## 13. USTAVNI SISTEM BIH I USTAVNI SISTEM BELGIJE

U odnosu na ustavno uređenje u Belgiji, u okviru Bosne i Hercegovine postoje određene sličnosti, ali i razlike. Obje države su slične po tome što su demokratske, složene, ustavne i parlamentarne države. Osim toga, i belgijski i Ustav Bosne i Hercegovine predstavljaju pisani, kruti i kodificirani ustav te u oba ustavna sistema postoji supremacija Ustava. Također, dok se u ustavnom sistemu Belgije za naziv teritorijalnih jedinica koristi pojam regije odnosno zajednice, u Bosni i Hercegovini koristi se pojam entiteta. Zaključak je da se niti u Belgiji niti u Bosni i Hercegovini ne koristi termin federalna jedinica, ali se može reći da su obje države složene. Osim toga, ovakva ustavna struktura u Belgiji i Bosni i Hercegovini nije nastala na temelju udruživanja federalnih jedinica, nego je to rezultat federalizacije države (iako entiteti u Bosni i Hercegovini nisu federalne jedinice u pravom smislu riječi), gdje se kroz Ustav obje zemlje priznalo postojanje federalnih jedinica, odnosno regija i zajednica u Belgiji i entiteta u Bosni i Hercegovini. U Belgiji je to izvršeno kroz nekoliko faza ustavnih reformi, dok je u Bosni i Hercegovini to izvršeno kroz sklapanje Washingtonskog sporazuma i kasnije potvrđeno kroz Daytonski mirovni sporazum.

---

<sup>47</sup> *Etnički konflikti, politike reguliranja etničkih konfliktata*, Safax Sarajevo/Stina Split, Broj 5, novembar 2000.

Ustavnim zakonodavstvom iz 1993. godine Belgija je federalizirana. Ustavom je Belgija definirana kao federalna država sastavljena od tri zajednice: Flamanska na sjeveru, Valonska na jugu i Njemačka u istočnom dijelu zemlje, određeno je da postoje tri regije: Flamanska, Valonska i regija grada Bruxellesa, specificirano je da je Belgija podijeljena na četiri lingvističke regije: holandska, francuska, dvojezična (briselska) i njemačka, država se dijeli na provincije, provincije mogu da se podijele na općine. S druge strane Bosna i Hercegovina sastoji se od dva entiteta: Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, te sa posebnim statusom postoji i Brčko distrikt što je dosta slično podjeli u Belgiji.

I u Belgiji i u Bosni i Hercegovini uspostavljen je princip podjele vlasti. Nosilac izvršne vlasti u Belgiji su Kralj i Vlada (Kabinet i Premijer), u Bosni i Hercegovini tročlano Predsjedništvo i Vijeće ministara Bosne i Hercegovine. Nosilac zakonodavne vlasti u Belgiji je dvodomni Parlament kao i u Bosni i Hercegovini dakle, Predstavnički dom i Senat u Belgiji odnosno Predstavnički dom i Dom naroda u Bosni i Hercegovini. Slično je i na nivou federalnih jedinica iako u Belgiji federalne jedinice imaju uže postavljene nadležnosti sa tendencijom jače decentralizacije, dok u Bosni i Hercegovini federalne jedinice imaju vrlo široke ovlasti. Tako u Belgiji sve tri regije imaju svoju Vladu i Parlament, dok u Bosni i Hercegovini oba entiteta i Brčko distrikt imaju svoje vlade i parlamente. U oba sistema postoji nekoliko nivoa vlasti. U Belgiji to su federalni, regionalni, nivo jezičnih zajednica i lokalni nivo. U Bosni i Hercegovini to je državni, entitetski, kantonalni i lokalni nivo. Na svakom od nivoa vlasti pazi se na ravnopravnost naroda te složeno državno uređenje, kao i na principe narodne suverenosti te kombinovanom predstavljanju jedinica i (konstitutivnih) naroda. I u Belgiji i u Bosni i Hercegovini poslanici – delegati uživaju imunitet, odražavaju sastav naroda u državi te imaju pravo na naknadu za vršenje službe (iako je ta naknada u Belgiji simbolična za razliku od Bosne i Hercegovine).

U pogledu izbora organa zakonodavne vlasti, u Dom naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, nezavisno od broja članova, ulazi 2/3 članova iz Federacije i 1/3 članova iz Republike Srpske, i to članovi sva tri konstitutivna naroda u jednakom omjeru. Slična situacija je prisutna prilikom izbora za Dom naroda Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine, gdje se bira jednak broj delegata iz reda konstitutivnih naroda i ostatak iz reda ostalih. U Republici Srpskoj se za Narodnu skupštinu predviđa da najmanje 4 člana iz reda jednog konstitutivnog naroda moraju biti zastupljena u istoj. Slična situacija je i u Belgiji, jedan dio članova za Senat Federalnog parlamenta bira Holandski izborni kolegij i Vijeće Flamanske zajednice, drugi dio bira Francuski izborni kolegij i Vijeće Francuske zajednice, te Njemačka govorna zajednica, da bi se uspostavila ravno-teža među različitim govornim zajednicama, dok se prilikom izbora za Predstavnički dom definiraju izborne jedinice koje se poklapaju sa nacionalnom strukturom

stanovništva. Slična je situacija i sa izborom organa izvršne vlasti. U okviru izbora Vlade u Belgiji mora biti zadovoljen paritetni sastav Vlade sa jednakim brojem ministara Flamanaca i Valonaca, a u Bosni i Hercegovini konstitutivnih naroda. Predsjedavajućeg Vlade u Belgiji imenuje Kralj, a u Bosni i Hercegovini Predsjedništvo Bosne i Hercegovine, odnosno na nivou entiteta Predsjednik Federacije i Predsjednik Republike Srpske. U pogledu sudske vlasti, u Belgiji postoji Arbitražni sud čija je funkcija slična djelovanju Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, a to je kontrola ustavnosti i zakonitosti odnosno rješavanje sporova između državnih organa i federalnih jedinica. Također, Ustav Bosne i Hercegovine može se izmijeniti samo uz odobrenje oba doma Parlamentarne skupštine, odnosno Ustav Federacije Bosne i Hercegovine uz odobrenje oba doma Parlamenta Federacije, a Ustav Republike Srpske uz suglasnost Narodne skupštine Republike Srpske. Možda je i najbližije rješenje u odnosu na Belgiju vezano za Republiku Srpsku gdje je potrebna 2/3 većina članova Narodne skupštine Republike Srpske, dok je za reviziju na nivou Bosne i Hercegovine i Federacije Bosne i Hercegovine potrebna prisutnost 2/3 prisutnih, od kojih će 2/3 glasati za reviziju Ustava, a uz to se mora dobiti i nacionalni konsenzus ili suglasnost većine delegata Bošnjaka, Srba i Hrvata u Domu naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, odnosno Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine. S druge strane, u Belgiji domovi mogu raspravljati samo ako je prisutno 2/3 članova parlamenta koji čine oba doma. Niti jedna promjena ne može biti usvojena ako ne postoji 2/3 glasačka većina.

Dok u Belgiji postoji grupni veto ili procedura zvona za uzbunu kada se radi posebno o odnosima između zajednica, u Bosni i Hercegovini postoji parlamentarna procedura za zaštitu vitalnih nacionalnih interesa. Ostavljena je mogućnost da se određeno pitanje pod određenim uvjetima proglašeno kao pitanje od vitalnog nacionalnog interesa. To se odnosi na zastupljenost u organima vlasti, teritorijalnu organizaciju, obrazovanje, vjeroispovijest, jezik, kulturu, medije... Pritom se u odlučivanju zahtijeva nacionalni konsenzus. Postupak mogu zahtijevati jedan predsjedavajući ili potpredsjedavajući Doma naroda uz podršku 2/3 delegata nacionalnog kluba ili više od jednog predsjedavajućeg ili potpredsjedavajućeg. Slična je situacija i u Republici Srpskoj.

*Najznačajnija različitost Belgije i Bosne i Hercegovine* ogleda se u načinu (postupku) donošenja Ustava. Dok je Ustav Bosne i Hercegovine stupio na snagu kao dio međunarodnog mirovnog sporazuma (*Opći okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini*, poznat još i kao *Daytonski mirovni sporazum*), belgijski je usvojilo državno zakonodavno tijelo u za to predviđenom postupku. Sljedeća supstancijalna različitost je ta što u Belgiji unutar pojedinih zajednica postoji vrlo jaka homogenost koja je ispoljena upravo kroz teritorijalnu organizaciju države. Tako su sve tri jezičke zajednice (flamanska, francuska i njemačka) u Belgiji čvrsto

povezane sa teritorijom. Flamanci su gotovo u potpunosti smješteni u okviru teritorijalne jedinice koja se naziva Flamanska regija, Valonci u Valonskoj regiji, dok se njemačka zajednica koja se nalazi na istoku Belgije vezuje za dio teritorije na kojoj se 100% govori njemačkim jezikom.

U Bosni i Hercegovini situacija je u potpunosti drugačija jer se radi o heterogenosti konstitutivnih naroda i ostalih koji se nalaze i oduvijek su se nalazili na cijeloj teritoriji države. Upravo je zbog te disperzije i postignuto ustavno uređenje zasnovano na nizu neprincipijelnih kompromisa kroz *Washingtonski sporazum* i kasnije *Daytonski mirovni sporazum*, a koje je rezultiralo ovako složenim ustavnim sistemom u Bosni i Hercegovini. Ipak, Bosna i Hercegovina je oduvijek bila stjecište kultura, religija, oduvijek je Bosna i Hercegovina most između istoka i zapada. I upravo činjenica da Bosna i Hercegovina nema tri različita jezika kao Belgija ili čak spomenuta Švicarska, da su pripadnici konstitutivnih i ostalih naroda naseljeni na cijelom području Bosne i Hercegovine i njihove etničke zajednice nisu homogene u smislu naseljavanja određenog geografskog teritorija kao pripadnici pojedinih zajednica u Belgiji, ne čini mogućim primjenu ovakvog (belgijskog) modela odnosno metoda sporazumne podjele.

#### 14. ZAKLJUČAK

Usvajanje belgijskog modela moglo bi se uzeti kao jedna od solucija za BiH, obzirom da se radi o jednoj od rijetkih zemalja koja je relativno uspješno savladala etničke i jezičke razmirice. Ipak, treba uzeti u obzir da se ta uspješna zemlja sa uspješnim modelom rješavanja unutrašnjih „multi“ odnosa nalazi u srcu Evrope (i Evropske unije) koja itekako utiče na unutrašnje odnose i razvoj države. Osim toga, radi se o veoma složenom i kompliciranom ustavnom uređenju koje pokušava da pomiri interese Flamanaca, Valonaca i pripadnika Njemačke jezične zajednice. Isto tako, taj sistem nije nastao preko noći, on se gradio, a i dalje se gradi kroz ustavne reforme. Pitanje o mogućnosti uspostavljanja federalnog sistema, bilo u Belgiji, Bosni i Hercegovini, Švicarskoj ili nekoj drugoj zemlji, u smislu multikulturalnosti, multietničnosti, multijezičnosti zapravo je veoma bitno u kontekstu Evropske unije kao zajednice koja ima vrlo bogat i raznovrstan sastav historije, kulture, etniciteta, jezika. Ujedno, treba napomenuti da je sistem u Belgiji ipak zasnovan i na ekstenzivnoj primjeni instrumenta o ljudskim pravima. Sam federalizam i podjela moći kojima se Belgija koristi da bi razriješila moguće krize i sukobe između zajednica ponekad nisu dovoljni, ponekad se tim putem privremeno sakrivaju pa i odgađaju nastajući sukobi. Zaista je bilo sukoba i netrpeljivosti između razvijenijih regija naseljenih Valoncima i onih manje razvijenih naseljenih Flamancima, ali se taj problem postepeno reducirao ulaskom Belgije u Evropsku uniju. Međutim, treba uzeti u obzir da i dalje u okviru Belgije postoje snažne

tendencije prema većoj autonomiji, pa čak i nezavisnosti. Ono što je karakteristično za Belgiju jeste i pitanje regionalizma koji doprinosi razvoju etničkih i kulturnih zajednica odnosno regija. Upravo je regionalizacija doprinijela ovom razvoju kroz uvažavanje i zaštitu lokalne vlasti u Belgiji. Pritom je možda dobro zaključiti da i naš sistem lokalne samouprave u odnosu na entitetsku i državnu vlast treba imati obilježja predviđena Evropskom poveljom o lokalnoj samoupravi.

Na kraju: i u Bosni i Hercegovini treba osigurati zadovoljenje različitih etno-nacionalnih interesa, ali samo tako da to zadovoljavanje bude efektivno, funkcionalno i da zaista štiti etno-nacionalne interese. Prilikom komparacije ustavnog uređenja Belgije i ustavnog uređenja Bosne i Hercegovine treba imati na umu da bi bilo poželjno preuzeti određena rješenja iz belgijskog ustavnog sistema, ali da ustavni model Belgije ne treba u potpunosti preslikavati. Pritom, Bosna i Hercegovina bi trebala učiti od Belgije, ali u onoj mjeri u kojoj to može da pojednostavi i pomogne uspostavljanju funkcionalnijeg ustavnog uređenja Bosne i Hercegovine. Ipak, ne treba gubiti iz vida činjenicu da Bosna i Hercegovina i Belgija imaju različit nacionalni, etnički i vjerski sastav što umnogome određuje prirodu ustavnog sistema.

## LITERATURA:

### Knjige, članci

1. Bernard A. Cook, *Belgium, A History*, Peter Lang Publishing, 2002.;
2. Bogdan Szajkowski, *Political Parties of the World*, John Harper Publishing, 2005.;
3. *Etnički konflikti, politike reguliranja etničkih konfliktata*, Safax Sarajevo/Stina Split, Broj 5, novembar 2000.;
4. *Immanuel Encyclopedia of Interest Groups and Lobbyists in the United States*, Vol. 2, M. E. Sharpe Inc., 2000.;
5. James R. Lewis and Carl Skutsch, *The Human Rights Encyclopedia*, M. E. Sharp Inc., 2001.;
6. Mark Bevir, *Governance*, Sage Publications, London, 2007.;
7. Peter N. Stearns, *Encyclopedia of European Social History from 1350 to 2000*, New York, 2001.;
8. Rodney P. Carlisle, *Encyclopedia of Politics, The Left and The Right*, Sage Publications, 2005.;
9. Saneke Kuipers, *The Crisis Imperative, Crisis Rhetoric and Welfare State Reform in Belgium and the Netherlands in the Early 1990s*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2006.;
10. *The Belgian Federal Parliament*, The Central printing office of the House, 2004.;

11. *The World Book Encyclopedia*, World Book International, Chicago, 1994.;
12. Timothy L. Gall and Janeen M. Hobby, *Worldmark Encyclopedia of the Nations*, Thomson Gale, 2007.;

### **Ustavi**

13. Ustav Bosne i Hercegovine;
14. Ustav Federacije Bosne i Hercegovine;
15. Ustav Kraljevine Belgije;
16. Ustav Republike Srpske;

### **Web-stranice**

17. [http://en.wikipedia.org/wiki/Subdivisions\\_of\\_Belgium](http://en.wikipedia.org/wiki/Subdivisions_of_Belgium);
18. <http://www.bruessel-gui.de/bruessel/bildergalerien.html>;
19. <http://www.brussels.irisnet.be>;
20. <http://www.cfwb.be>;
21. <http://www.crwflags.com/fotw/flags/be-wal.html>;
22. <http://www.dglive.be/DesktopDefault.aspx>;
23. <http://www.dgparlament.be>;
24. [http://www.fed-parl.be/constitution\\_uk.html](http://www.fed-parl.be/constitution_uk.html);
25. <http://www.flanders.be>;
26. <http://www.flandersonline.org>;
27. [http://www.lexilogos.com/bruxelles\\_plan.htm](http://www.lexilogos.com/bruxelles_plan.htm);
28. [http://www.nordmag.fr/nord\\_pas\\_de\\_calais/flandre/flandre.htm](http://www.nordmag.fr/nord_pas_de_calais/flandre/flandre.htm);
29. <http://www.pcf.be>;
30. [http://www.senate.be/doc/const\\_fr.html](http://www.senate.be/doc/const_fr.html);
31. <http://www.vgc.be>;
32. <http://www.vlaamsparlement.be>;
33. <http://www.wallonie.be/en/index.html>;
34. <http://www.wbri.be>;
35. <http://www2.vlaanderen.be>;
36. <https://www.cia.gov/cia/publications/factbook>;
37. [www.belgium.com](http://www.belgium.com);
38. [www.britannica.com](http://www.britannica.com);
39. [www.fgov.be](http://www.fgov.be);
40. [www.flandersonline.org](http://www.flandersonline.org);
41. [www.monarchy.be](http://www.monarchy.be);
42. [www.nederlandistika.fil.bg.ac.yu](http://www.nederlandistika.fil.bg.ac.yu);
43. [www.vlaanderen.be](http://www.vlaanderen.be).

ass. **Meliha Frndić Imamović, dipl.iur.**  
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

## INSTITUT POSREDOVANJA U PORODIČNOM ZAKONODAVSTVU U BOSNI I HERCEGOVINI\*

### I. Sažetak

*Posredovanje predstavlja jedan od alternativnih načina rješavanja sukoba u porodici. Cilj ovog instituta sastoji se u pružanju stručne pomoći strankama i članovima porodice u mirnom prevazilaženju konfliktnih situacija kako bi došli do sporazuma. U novom Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine uveden je institut porodičnog posredovanja, ali nije napravljena suštinska razlika između instituta posredovanja i instituta mirenja koje je predviđao raniji Porodični zakon Bosne i Hercegovine iz 1979.godine. Time su u znatnoj mjeri ograničena prava građana na privatnost porodičnog života koje propisuje član 8. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda te pravo na slobodan pristup pravosuđu (podnošenje tužbe za razvod braka) iz čl. 6 ove Konvencije. Posredovanje se, kako je ono normirano u ovom Zakonu, uveliko udaljava od onog što bi trebalo biti njegova suština. Ne postoje velike suštinske promjene i novo terminološko određenje ovog instituta bi bilo dobro, ukoliko bi ga pratile norme koje bi u isto vrijeme bila i njihova potvrda.*

*Ključne riječi: porodično posredovanje, Preporuka Vijeća Evrope R(98) 1.*

### II. Uvodne napomene

Pojedini pravni sistemi su, usljed pretrpanosti državnih sudova, prinuđeni sporove među strankama rješavati izvan sudova putem alternativnih načina rješavanja sporova. Različiti su oblici u kojima se pojavljuju alternativni načini rješavanja sporova pa iako su neki od tih oblika međusobno bitno različiti, svi su oni usmjereni na osnovni cilj tj. na smanjenje opterećenja sudova i jeftinije i brže rješavanje sporova nego u redovnom sudskom postupku.<sup>1</sup> Jedan od alternativnih

---

\* Rad recenzirao: doc.dr. Ferid Otajagić

<sup>1</sup> Rubčić, Vladimir. Alternativni načini rješavanja sporova-medijacija, časopis "Odvjetnik" godište 75, 2002, br. 03-04, str.35.



načina rješavanja porodičnih sporova je i posredovanje koji se, prema svojim karakteristikama te načinu provođenja, u mnogo čemu razlikuje od njemu sličnih instituta kao što su npr. pregovaranje, mirenje ili savjetovanje. Na reformu porodičnog evropskog, ali i svjetskog zakonodavstva, u mnogo čemu uticao je porast broja razvedenih brakova te nastojanje da se nastale brakorazvodne posljedice što lakše prevaziđu.

U novom Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine uveden je također novi institut posredovanja, ali nije napravljena suštinska razlika između instituta posredovanja i instituta mirenja koje je predviđao raniji Porodični zakon Bosne i Hercegovine iz 1979.godine. Time su u znatnoj mjeri ograničena prava građana na privatnost porodičnog života koje propisuje član 8. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda te pravo na pristup pravosuđu (podnošenje tužbe za razvod braka) iz člana 6. Konvencije.

Raniji Porodični zakon Bosne i Hercegovine je podrazumijevao primjenu instituta mirenja u okviru brakorazvodnog postupka ukoliko su bračni partneri imali zajedničku maloljetnu ili usvojenu djecu te djecu nad kojima je produženo roditeljsko staranje. Mirenje je bilo u nadležnosti organa starateljstva na čijem je području tuženi imao prebivalište ili boravište ili gdje su bračni partneri imali posljednje zajedničko prebivalište. Organ starateljstva je trebao pokušati otkloniti nastale bračne smetnje i pomiriti bračne partnere.

Prenošenje nadležnosti sa sudova na organe starateljstva imalo je za cilj da se u postupku mirenja iskoriste mogućnosti stručnih službi koje su za takve situacije dodatno stručno osposobljeni.<sup>2</sup>

Tek ukoliko do pomirenja ne bi došlo, organ starateljstva je bio dužan upoznati bračne partnere sa posljedicama razvoda braka. Ovaj institut se u praksi nije pokazao kao efikasan način rješavanja problema iz razloga što je nedolazak jednog od bračnih partnera na zakazano mirenje ujedno predstavljao i razlog za obustavu postupka. Odazivanje mirenju je bilo predviđeno kao mogućnost, a ne kao obaveza čije se neispunjenje sankcionira da uvedu sistem rješenja o sukobu u porodici unutar obitelji.

U uporednom pravu se koriste različite metode kada je u pitanju saniranje sukoba u braku i porodici. U nekim zemljama se primjenjuju metode mirenja bračnog partnera, kombinacija metoda mirenja i posredovanja, zatim posredovanja i nagodbe i porodičnog savjetovanja.

---

<sup>2</sup> Traljić, Nerimana i Suzana Bubić. Porodično pravo, Magistrat, Sarajevo, 2001.god., str.83.



### III. Porodično posredovanje

Posredovanje predstavlja jedan od alternativnih načina rješavanja sukoba u porodici i usmjereno je ka pružanju stručne pomoći strankama i članovima porodice u mirnom prevazilaženju konfliktnih situacija kako bi došli do sporazuma.<sup>3</sup>

U zavisnosti od toga tko ima interes za pokretanje posredovanja i načina na koji se ono ostvaruje, u teoriji su se pojavile tri koncepcije posredovanja. Prva koncepcija zastupa mišljenje da je posredovanje vrsta pomoćnog sudskog postupka, gdje je država dužna poticati i osigurati dostupnost porodičnog posredovanja. Ovu koncepciju je prihvatilo i naše porodično zakonodavstvo Federacije Bosne i Hercegovine. Druga koncepcija zastupa mišljenje da se posredovanje može uspostaviti kao stvarno alternativno rješavanje spora, gdje je uloga sudova gotovo izostavljena te je na samim strankama da ga učine poznatim i prihvaćenim u javnosti. Treća koncepcija propisuje obaveznost posredovanja prije redovnog postupka, što dodatno obavezuje samu državu da riješi pitanja dostupnosti posredovanja i poticaj za njegovo provođenje.

Porodičnom posredovanju krajnji je cilj postići dogovor između stranaka kao i:

- pomoći strankama postići rješenje koje je u najboljem interesu djeteta,
- smanjiti sukob i popraviti komunikaciju između bračnih partnera,
- zagovarati podjelu roditeljske odgovornosti u pogledu buduće brige o djeci.

Kad su u pitanju načela koja su od izuzetne važnosti za institut posredovanja, naročitu pažnju treba posvetiti načelu nepristranosti i neutralnosti koja se međusobno dopunjavaju i predstavljaju sastavni dio pravila pomoću kojih se najbolje izlazi na kraj sa izazovima koje nameću bračni sukobi. Načelo nepristranosti zahtijeva da ne postoje predrasude bilo koje vrste prema kojoj od stranaka, dok neutralnost znači izostanak vlastitog stajališta posrednika prema bilo kojoj okolnosti ili situaciji na koju naiđu u praksi.<sup>4</sup>

### IV. Evropsko određenje instituta porodičnog posredovanja

Na osnovu preporuke Treće evropske konferencije o porodičnom pravu, održane 1995. godine da se ispita mogućnost pripreme međunarodnog instrumenta koji bi sadržavao načela za posredovanje i ostale postupke rješavanja porodičnih

---

<sup>3</sup> Traljić, Nerimana i Suzana Bubić. Bračno pravo Magistrat, Sarajevo, 2007.god., str.114.

<sup>4</sup> Alinčić, Mira. Evropsko viđenje postupka obiteljskog posredovanja, Revija za socijalnu politiku, Zagreb, 6 (1999), 3-4, str. 232.

sporova, izrađena je i potom usvojena (1998.) Preporuka No. R(98) 1 o porodičnom posredovanju i Memorandum s objašnjenjima (Council of Europe, Strasbourg, DIR/JUR Š98Ć4). Gledišta i prijedlozi izloženi u Preporuci i Memorandumu razmatrani su na konferenciji posebno posvećenoj temi „Porodično posredovanje u Evropi“ (Strasbourg, 1-2 oktobra 1998.).<sup>5</sup>

Preporuka Vijeća Evrope ima 8 poglavlja:

- Domet posredovanja
- Organizacija posredovanja
- Postupak posredovanja
- Status posredovanih sporazuma
- Odnos između posredovanja i postupka pred sudom ili drugim nadležnim tijelima
- Zagovor i dostupnost posredovanja
- Drugi načini rješavanja sporova
- Međunarodni sadržaji.

Države samostalno određuju domet posredovanja te mogućnost primjene posredovanja na specifične situacije.

Kad je u pitanju organizacija posredovanja, Preporuka ostavlja mogućnost samim državama da izaberu da li će se posredovanje organizirati u javnom ili privatnom sektoru, a poseban akcent stavlja se na dužnost usavršavanja posrednika i održavanju postignutih standarda.

Postupak posredovanja se sastoji od deset načela koji se moraju poštovati prilikom provođenja samog postupka posredovanja. Nepristranost i neutralnost posrednika u pogledu ishoda postupka posredovanja i strana u sporu jedno je od osnovnih načela posredovanja koji mora voditi računa o tome da poštuje gledišta stranaka i štiti jednakost njihova pregovaračkog položaja. Posrednik također nije ovlašten nametati rješenje strankama. Sam postupak rasprave o posredovanju predstavlja povjerljive informacije i ne smiju se kasnije koristiti, osim ako stranke daju pristanak ili u slučajevima kad to dopušta nacionalno pravo. Posrednik je također dužan obavijestiti stranke o mogućnostima da koriste bračno savjetovanje ili druge oblike savjetovanja, voditi računa o dobrobiti i najboljim interesima djece te na potrebu da roditelji o tome obavještavaju djecu i savjetuju se s njima. On mora razmotriti je li postupak posredovanja primjeren ako je u porodici bilo nasilja. Može davati pravne obavijesti, ali ne smije davati pravne savjete.

---

<sup>5</sup> Alinčić, Mira. Evropsko viđenje postupka obiteljskog posredovanja, Revija za socijalnu politiku, Zagreb, 6 (1999), 3-4, str. 228.

Odlučivanje o statusu provedenih posredovanja prepušta se državnim sudovima ili drugim nadležnim institucijama.

Predloženo je da država prizna neovisnost posredovanja. On se treba provesti prije, za vrijeme ili nakon kojeg drugog pravnog postupka te se od države očekuje uspostava mehanizama koji bi omogućili prekid pravnog postupka da bi se provelo posredovanje tako da sud ili drugo nadležno tijelo zadrži ovlast izricanja hitnih odluka o zaštiti stranaka, njihove djece ili imovine.

Država mora poticati razvitak porodičnog posredovanja koristeći informacione programe te omogućiti primjenu i drugih alternativnih načina rješavanja sporova.

Za roditelje koji žive ili planiraju živjeti u različitim državama potrebno je omogućiti provođenje međunarodnog posredovanja koje se ne smije koristiti ako bi to odugovlačilo brz povratak djeteta koje je neovlašteno odvedeno.

U Memorandumu su sva načela iz Preporuke dobila iscrpne komentare koji obuhvaćaju i poneki primjer posredovanja iz prakse. Memorandum objašnjava potrebu, prednosti i obilježja međunarodnog posredovanja, ali također napominje kako to posredovanje zahtijeva različite organizacijske izvedbe i prilagodbe posrednika. No, upozorava se i na štetnu mogućnost da posrednik djeluje toliko samostalno da zanemari svoju obvezu neutralnosti i nepristranosti.<sup>6</sup>

## **V. Određenje instituta posredovanja prema odredbama Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine**

Posredovanje predstavlja zakonski izraz za postupak koji se, uz poneko odstupanje, obavezno provodi prije rastave braka. Pravno je uređen odredbama Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine (čl. 45. do 52.) koji propisuje obvezno pokretanje postupka ako rastavu braka namjeravaju tražiti bračni partneri (ili samo jedan od njih) koji imaju zajedničku djecu nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje. Zahtjev za posredovanje mogu također podnijeti i bračni partneri koji nemaju zajedničke djece nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje, ali to ne predstavlja njihovu zakonsku obvezu.<sup>7</sup>

Tematski, ono je ograničeno na sadržaje koji obilježavaju parnicu za rastavu braka pa u tom smislu obuhvata osvrt bračnih drugova na krizu u koju je zapao njihov odnos, a u pogledu posljedica prestanka braka, potiče dogovor bračnih

---

<sup>6</sup> Alinčić, Mira. Evropsko viđenje postupka obiteljskog posredovanja, Revija za socijalnu politiku, Zagreb, 6 (1999), 3-4, str. 231.

<sup>7</sup> Vidi: čl.45 st.1. i 3. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine br.35/05 i 41/05).

drugova o daljnjem podizanju djece i zadovoljavanju dječjih potreba (dnevni i dugoročnijih).<sup>8</sup>

Od izbora lica koja će obavljati ovu funkciju u velikoj mjeri zavisi i uspjeh samog postupka posredovanja. Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine ih u svojim odredbama nije precizirao, dok Porodični zakon RS nadležnost za provođenje ovog postupka prepustio isključivo organima starateljstva.

Prema odredbama čl. 45 st. 1 Porodičnog Zakona Federacije Bosne i Hercegovine nadležnost za provođenje posredovanja ima svako fizičko ili pravno lice koje je za to posebno ovlašteno. Ova zakonska odredba nije precizirala koja su to lica i svojstva koja mora ispunjavati lice ovlašteno za posredovanje. U roku od 30 dana od dana stupanja na snagu novog Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, federalni ministar rada i socijalne politike je bio dužan donijeti Pravilnik koji propisuje uslove koje mora ispunjavati ta lica.<sup>9</sup>

Uslovi koji Pravilnik propisuje za lice koje provodi postupak posredovanja su sljedeći:<sup>10</sup>

- poslovna sposobnost
- zdravstveno stanje
- visoka stručna sprema (Filozofski fakultet-odsjek za psihologiju, Pravni fakultet, Fakultet političkih nauka-odsjek socijalnog rada)
- najmanje tri godine rada u struci.

Pored ovih uslova, navedena su i lica koja ne mogu provoditi posredovanje: lica protiv koga se vodi istražni ili krivični postupak te lica osuđena za krivična djela protiv dostojanstva i morala, života i tijela i braka i porodice.

Kao što se da zaključiti iz ove odredbe, uslovi su generalno formulisani te je potrebno u budućnosti izvršiti njihovu dopunu u smislu da se normiraju posebni uslovi koji se odnose na kvalifikaciju posrednika i potrebu njihovog stalnog

---

<sup>8</sup> Alinčić, Mira. Evropsko viđenje postupka obiteljskog posredovanja, Revija za socijalnu politiku, Zagreb, 6 (1999), 3-4str. 236.

<sup>9</sup> Federalni ministar rada i socijalne politike je tek nakon proteka godine dana od dana stupanja na snagu Zakona na zahtjev Federalnog ministarstva pravde donio Pravilnik o uvjetima koje mora ispunjavati osoba ovlaštena za posredovanje i Pravilnik o osnovnim elementima koje mora sadržavati stručno mišljenje u postupku posredovanja prije pokretanja tužbe za razvod braka. Do tada bračni partneri nisu bili u mogućnosti podnijeti tužbu za razvod braka ili ako su je i podnijeli, morala je biti odbačena. Postupak za primjenu ovog instituta okončan je u aprilu 2006.godine donošenjem popisa izabranih lica ovlaštenih za posredovanje na osnovu javnog poziva objavljenog u dnevnoj štampi.

<sup>10</sup> Čl.2 Pravilnika o uvjetima koje mora ispunjavati osoba ovlaštena za posredovane, (Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine br.5/06;05-02/8-112/06).

stručnog educiranja i usavršavanja. Sve dok se to ne uradi, postoji velika bojazan da ovaj institut neće ispuniti ciljeve novog porodičnog zakonodavstva koji se pred njega postavljaju. Sve više država razvija i utvrđuje pravila postupanja te upute za sudsku praksu u cilju što efikasnijeg provođenja postupka posredovanja.<sup>11</sup>

Najveći broj prijavljenih osoba za posredovanje ipak čine centri za socijalni rad. Oni ipak pružaju najveću garanciju da će posredovanje biti uspješno okončano. Potreba za edukacijom postoji također i za socijalne radnike u cilju njihovog poštivanja načela nepristranosti i neutralnosti te profesionalne etike.

U ovom postupku posrednik će pokušati otkriti uzroke koji su doveli do poremećaja u bračnim odnosima i pokušati ih otkloniti te na taj način izmiriti bračne partnere. Također će po potrebi predložiti bračnim partnerima da posjete bračna savjetovališta ili druge ustanove koje bi mogle pomoći u rješavanju njihovih bračnih problema.<sup>12</sup>

Iz ovoga se može zaključiti da postupak posredovanja prolazi kroz dvije faze.

Prva faza sastoji se u pokušaju da se sagledaju i otklone uzroci koji su doveli do poremećaja bračnih odnosa te na taj način sačuva brak. Ova odredba je gotovo identična odredbi ranijeg zakona koja je normirala mirenje.<sup>13</sup>

Druga faza je u stvari i najvažniji zadatak posrednika i sama svrha instituta posredovanja. Sastoji se u upoznavanju bračnih partnera sa posljedicama razvoda braka u odnosu na djecu. Iz ovoga se može zaključiti da je Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine u stvari zadržao institut mirenja kao jednu od faza posredovanja. Isto rješenje donijele su i nama susjedne zemlje - Hrvatska i Srbija.<sup>14</sup>

Postoje izuzeci od pravila o obaveznosti posredovanja. Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine poznaje dva izuzetka:

- ako je boravište jednog bračnog partnera nepoznato najmanje 6 mjeseci i
- ako je bračnom partneru oduzeta poslovna sposobnost.

---

<sup>11</sup> Austrija ima vlastite standarde profesionalnog ponašanja, a za posrednike osigurava stalno stručno usavršavanje. Belgija, Švicarska i Engleska također pokazuju značajan napredak u procesu provođenja postupka posredovanja te usavršavanju stručnog kadra.

<sup>12</sup> Širić, Mario. Razvod braka-uzroci i posljedice, Pravna misao br.5-6, Sarajevo, 2008.god. str.73.

<sup>13</sup> Uporedi: čl.48.st.1. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine i odredbe čl.63 Porodičnog zakona Bosne i Hercegovine (Službeni list Republike Bosne i Hercegovine br.21/79 i 42/89).

<sup>14</sup> Vidi: čl.48 st. 1. Obiteljskog zakona Republike Hrvatske (Narodne novine Republike Hrvatske br.116/03) i čl. 229 Porodičnog zakona Republike Srbije ( Službeni glasnik Republike Srbije br.18/05).

Porodični zakonic i Republike Hrvatske i Srbije te Republike Srpske pored ovih predviđaju još neke dodatne razloge kada se postupak posredovanja neće provoditi.<sup>15</sup>

U roku od 8 dana lice ovlašteno za posredovanje dužno je pokrenuti postupak te pozvati oba bračna partnera da učestvuju u postupku. Postupak će se obustaviti ukoliko oba bračna partnera na prisustvuju posredovanju, a svoj izostanak uredno ne opravdaju. Samo izuzetno, postupak se neće obustaviti ukoliko izostane bračni partner koji se nasilnički ponašao prema drugom bračnom partneru.<sup>16</sup> Najčešće žrtve nasilničkog ponašanja u porodici su ipak žene. Ženama žrtvama nasilja treba pružiti sveobuhvatnu pomoć zakonskim mjerama, nacionalnim aparatom, preventivnom politikom i institucionalnim oblicima pomoći.<sup>17</sup>

Postupak posredovanja mora biti okončan u periodu od 2 mjeseca sa mogućnošću produženja tok roka za mjesec dana.

Iz svega do sada izrečenog može se zaključiti da se posredovanje, kako je ono normirano u ovom Zakonu, uveliko udaljava od onog što bi trebalo biti njegova suština. Ne postoje velike suštinske promjene i novo terminološko određenje ovog instituta bi bilo dobro ukoliko bi ga pratile norme koje bi u isto vrijeme bila i njihova potvrda.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Porodični zakon Republike Srpske predviđa i slučaj da jedan ili oba partnera žive u inostranstvu (čl.63).Porodični zakon Republike Srbije predviđa slijedeće slučajeve: da jedan ili oba bračna partnera ne pristanu na posredovanje, ako je jedan od partnera nesposoban za rasuđivanje, ako jedan ili oba partnera žive u inostranstvu te da je boravište jednog od supružnika nepoznato (čl.230). Obiteljski zakon Republike Hrvatske predviđa slijedeće slučajeve: ako su jedan ili oba bračna druga lišeni poslovne sposobnost, osim ako sud utvrdi da su sposobni shvatiti značenje braka i obveza koje iz njega proizlaze, ako je jednom ili oba bračna druga nepoznato boravište najmanje šest mjesec i, ako jedan ili oba bračna druga žive u inozemstvu. Iznimno postupak posredovanja će se provesti ako bračni drugovi imaju maloljetnu zajedničku ili posvojenu djecu ili djecu nad kojom ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti ako sud ocijeni da nema većih teškoća da bračni drugovi sudjeluju u postupku posredovanja (čl.45).

<sup>16</sup> Vidi: čl. 47 i čl. 49 Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine.

<sup>17</sup> Odabrani međunarodni dokumenti: Prava žena, Visoki komesar ujedinjenih naroda za izbjeglice i Nezavisni biro za humanitarna pitanja, Sarajevo, 1999., str.84.

<sup>18</sup> Duman, Džamna. Razvoj instituta mirenja u porodičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 2003, br. 34, str.165.

## VI. Zaključak

*Prema novom Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine, institut razvoda braka doživio je velike promjene u odnosu na raniji Porodični zakon Bosne i Hercegovine. Jedna od promjena predstavlja i uvođenje novog instituta obaveznog posredovanja u porodičnim odnosima prije razvoda braka koji je zamijenio dosadašnji institut mirenja.*

*Kod donošenja propisa o obaveznosti pokretanja postupka posredovanja prije razvoda braka smatralo se da će se time osigurati bolji pristup ovom postupku te na taj način i eventualno prevazilaženje konfliktne situacije među bračnim partnerima. To proizlazi iz niza socioloških i kulturnih predrasuda, zbog kojih se vjerovatno javila želja da se pronađe pristup koji bi imao povoljniji psihološki efekt na bračne partnere i njihovo eventualno izmirenje.<sup>19</sup>*

*Ovaj bi se postupak moglo svesti na formalno ispunjavanje zakonske obaveze, samom činjenicom da su bračni partneri prinuđeni na podnošenje zahtjeva za posredovanje. Razvitak instituta porodičnog posredovanja i drugih alternativnih načina rješavanja sporova ne smije ugrožavati jedno od osnovnih ljudskih prava, pravo na slobodan pristup pravosuđu koju propisuje čl. 6 Evropske konvencije o zaštiti osnovnih ljudskih prava i sloboda.*

*Ukoliko bi se iz postupka izbacili elementi mirenja, mogli bi se lakše postići ciljevi i bolji rezultati u provođenju postupka porodičnog posredovanja. Mirenje bi moglo postati poseban institut koji bi zavisio samo od volje bračnih partnera, koji bi se mogao ostvarivati kroz razne druge oblike porodičnog posredovanja. Na taj način bi se više zaštitila privatnost porodičnog života te pravo pojedinaca da slobodno odlučuju o nastavku ili prestanku zajedničkog života pružanjem prava na slobodno podnošenje tužbe nadležnom sudu bez ikakvih ograničenja.*

*Međutim, uprkos reformskom pristupu i uvođenju novih instituta i rješenja, porodično zakonodavstvo Federacije Bosne i Hercegovine također ne sadrži jasne odrednice za odabir, obuku i kvalifikaciju posrednika, kao ni standarde koje potencijalni posrednici moraju ispoštovati te institucionalne mehanizme supervizije njihovog rada.<sup>20</sup> Zato bi u posto-*

---

<sup>19</sup> Duman, Džamna i Midhat Izmirlija. Legislativna reforma u Bosne i Hercegovine: Institut posredovanja u Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine, [http://www.otac.ba/index.cfm?WebScr=article\\_1034](http://www.otac.ba/index.cfm?WebScr=article_1034) (zadnji pristup web stranici: 14.01.2009.).

<sup>20</sup> Duman, Džamna i Midhat Izmirlija. Legislativna reforma u BiH: Institut posredovanja u Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine, [http://www.otac.ba/index.cfm?WebScr=article\\_1034](http://www.otac.ba/index.cfm?WebScr=article_1034) (zadnji pristup web stranici: 14.01.2009.).



*ječim oblicima porodičnog posredovanja, odnosno savjetovanja, bilo potrebno osmisliti mehanizam stalnog usavršavanja posrednika i savjetovanih stručnjaka.*

*Konačno, pažnju zaslužuje i zamisao o uključivanju djece u sam postupak posredovanja iako se mišljenja u teoriji po tom pitanju razilaze. Neki smatraju da je prisustvo djece postupku posredovanja od naročitog značaja jer roditelji postaju svjesniji svoje zajedničke odgovornosti oko njihove zajedničke djece. Djeci treba dopustiti da sudjeluju u postupcima koji se na njih odnose, posebno u stvarima koji uključuju provođenje roditeljske odgovornosti u vezi sa smještanjem djece i susrete sa odsutnim roditeljem.<sup>21</sup> Drugi opet smatraju da dijete treba biti pošteđeno sukoba među roditeljima te predlažu programe za djecu roditelja koji su u postupku posredovanja, gdje bi se takva djeca mogla izraziti svoja mišljenja o okolnostima u njihovim porodicama.*

*Porodični zakon Republike Srpske zadržava raniji termin mirenje, dok Porodični zakon Distrikta Brčko definisanju ovog instituta prilazi sa aspekta mirenja i posredovanja uvažavajući njihove različite sadržaje. Bosna i Hercegovina bi trebala imati jedinstveno porodično zakonodavstvo koje bi osiguravalo da se dosljedno provode evropski standardi porodičnog posredovanja i samim tim precizira obavljanje uloge posrednika te način njegovog postupanja i stručnog usavršavanja.*

*Porodično posredovanje se ne bi trebalo ograničavati samo na formu koja se mora poštovati prije podnošenja tužbe za razvod braka, već da bude dostupna bez ikakvih ograničenja svim bračnim partnerima koji imaju poteškoća u braku, pružanjem stručne pomoći da do razvoda braka ne bi došlo.*

*Uzimajući u obzir evropsku Preporuku o porodičnom posredovanju, daljnji bi korak mogao biti u razvitku ponude posredničkih usluga privatnim udruženjima raznovrsne namjene. U njima bi građani, po svom izboru, mogli dobiti priliku za otvoreno razmatranje različitih životnih potreba i problema, uz sudjelovanje stručnjaka koji su povjerljivi i nepristrani te osposobljeni da kvalitetno potiču članove obitelji na razborito i odgovorno odlučivanje o sebi i svojoj djeci.<sup>22</sup> Tada bi i budući bračni partneri dobili priliku da se prije zaključenja braka kroz predbračno savjetovanje koje bi trebalo biti besplatno upoznaju sa pravima i dužnostima koje ih čekaju zaključenjem braka i obavezama u pogledu brige o djeci, što bi moglo doprinijeti smanjenju broja razvoda i izbjegavanja teških posljedica koje on ostavlja na djecu i bračne partnere.*

---

<sup>21</sup> Alinčić, Mira. Evropsko viđenje postupka obiteljskog posredovanja, Revija za socijalnu politiku, Zagreb, 6 (1999), 3-4, str. 229.

<sup>22</sup> Ibid., str. 237.

## **Bibliografija:**

Knjige, članci, konvencije, pravni izvori:

1. Alinčić, Mira. Evropsko viđenje postupka obiteljskog posredovanja, *Revija za socijalnu politiku*, Zagreb, 6 (1999), 3-4, str. 227-240;
2. Duman, Džamna. Razvoj instituta mirenja u porodičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 2003, br. 34, str. 149-166;
3. Duman, Džamna i Midhat Izmirlija. Legislativna reforma u Bosne i Hercegovine: Institut posredovanja u Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine, [http://www.otac.ba/index.cfm?WebScr=article\\_1034](http://www.otac.ba/index.cfm?WebScr=article_1034);
4. Evropska konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, 1950;
5. Rubčić, Vladimir. Alternativni načini rješavanja sporova-medijacija, časopis "Odvjetnik" godište 75, 2002, br. 03-04, str.35-40;
6. Traljić, Nerimana i Suzana Bubić. *Porodično pravo*, Magistrat, Sarajevo, 2001.godine;
7. Traljić, Nerimana i Suzana Bubić. *Bračno pravo* Magistrat, Sarajevo, 2007.godine;
8. Strategija ministarstva pravosuđa RH: Razvoj alternativnih načina rješavanja sporova, Ministarstvo pravosuđa RH, [http://www.centar-za-mir.hr/uploads/Medijacija/Razvoj\\_ANRS\\_%20Ministarstvo.pdf](http://www.centar-za-mir.hr/uploads/Medijacija/Razvoj_ANRS_%20Ministarstvo.pdf).
9. Širić, Mario. Razvod braka-uzroci i posljedice, *Pravna misao* br.5-6, Sarajevo, 2008.god. str.70-83;
10. Odabrani međunarodni dokumenti: Prava žena, Visoki komesar Ujedinjenih naroda za izbjeglice i Nezavisni biro za humanitarna pitanja, Sarajevo, 1999.godine;
11. *Obiteljski zakon Republike Hrvatske* (Narodne novine Republike Hrvatske br.116/03);
12. *Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine* (Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine br.35/05 i 41/05);
13. *Porodični zakon Republike Srpske* (Službeni glasnik Republike Srpske br.54/02);
14. *Porodični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine* (Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine br.3/07);
15. *Porodični zakon Republike Srbije* ( Službeni glasnik Republike Srbije br.18/05);
16. Preporuka Vijeća Evrope o obiteljskom posredovanju R(98)1;
17. Pravilnik o uslovima koje mora ispunjavati osoba ovlaštena za posredovanje (Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine br.5/06;05-02/8-112/06).

**Emina Huseinspahić, dipl. iur.**  
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

## OSVRT NA MEĐUNARODNOPRAVNI OKVIR ZAŠTITE DJECE OD NASILJA\*

Sažetak

*Nasilje nad djecom nije nova pojava. Oblici u kojima se javlja, kao i metodi koji ga omogućavaju, poprimili su zapanjujuće razmjere širom svijeta. Ekonomski razvoj, razvoj turizma i novih informacionih tehnologija, ali i siromaštvo, oružani sukobi i opća kriza vrijednosti, predstavljaju okvir za porast svih oblika nasilja. Ipak, blagovremeni društveni odgovor na nasilje, posebice ono koje se provodi nad djecom, u velikoj mjeri može da ublaži njegove posljedice i omogući njegovu prevenciju. Svako dijete ima pravo na zaštitu od svakog oblika nasilja. Države su danas odlučne u namjeri da u okviru svojih jurisdikcija i u saradnji sa drugim državama preduzmu pravne i druge mjere sa ciljem da se spriječi nasilje nad djecom, kazne učinioi i omogući kvalitetna rehabilitacija i reintegracija djece žrtava nasilja. U tom smislu njih čak 192 potpisale su i ratificirale Konvenciju o pravima djeteta koja zajedno sa Fakultativnim protokolom uz Konvenciju o prodaji djece, dječjoj prostituciji i pornografiji predstavlja najvažniji međunarodnopravni instrument u oblasti međunarodnog prava djeteta i pravni osnov za donošenje nacionalnih zakona koji jamče ostvarivanje temeljnih prava djeteta i njihovu zaštitu od nasilja. Ovaj rad predstavlja prilog raspravi o nasilju nad djecom, uz isticanje pravnog značaja Konvencije o pravima djeteta i Fakultativnog protokola uz Konvenciju te uticaja koji su isti izvršili na promicanje ideje o značaju prava djeteta i razvoj politike i sistema pravnih mjera država ugovornica, čiji je osnovni cilj sprječavanje svih oblika nasilja nad djecom.*

### I UVOD

Ideja o izdvajanju posebnih prava djeteta (engl. *Rights of the child*; njem. *Kinderrechte*; franc. *droit de l'enfant*) iz korpusa ljudskih prava, kao i promjena stava u odnosu na nosioce tih prava javila se nakon Drugog svjetskog rata.<sup>1</sup> Od tada

---

\* Rad recenzirao: dr.sc. Zarije Seizović

<sup>1</sup> Prava djeteta su podvrsta ljudskih prava, svrha čije je priznavanje i zaštita posebnih potreba djece radi njihove zaštite za vrijeme odrastanja i sazrijevanja. Titulari ovih prava su samo djeca, štite se u svim granama prava te pokrivaju sva područja životnih interesa djeteta. Iako se, u pravom smislu, iz općeg korpusa ljudskih prava izdvajaju nakon Drugog svjetskog rata, njima su se, na generalan način, bavili neki raniji međunarodni dokumenti (npr. *Ženevska deklaracija o pravima djeteta* iz 1924. godine).

pa do danas usvojeni su brojni međunarodni dokumenti, među kojima je posebno značajna *Konvencija o pravima djeteta* kojom su normativno uobličena i univerzalno prihvaćena osnovna prava djeteta i koja predstavlja osnov za zaštitu djece od svih oblika nasilja. Prvi značajniji međunarodni dokumenti u kojima se može naći osnov za zaštitu djece od nasilja, posebice od eksploatacije svake vrste, su *Međunarodna konvencija o suzbijanju trgovine ženama i djecom* iz 1921. godine i *Konvencija Međunarodne organizacije rada o prinudnom radu* br. 29 iz 1930. godine. Veliki značaj ima i *Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima* iz 1949. godine te *Haška konvencija o zaštiti djece i saradnji u oblasti međunarodnog usvojenja* iz 1993. godine. Pa ipak, *Konvencija o pravima djeteta* iz 1989. godine je, uz *Fakultativni protokol o prodaji djece, dječjoj prostituciji i pornografiji* najvažniji međunarodno-pravni dokument u oblasti međunarodnih prava djeteta. Ovo iz razloga što se ista odnosi isključivo na djecu kao posebno osjetljivu grupu i sadrži katalog prava koja su im priznata, ali nadasve iz razloga što predstavlja pravni osnov za donošenje nacionalnih zakona država ugovornica koji jamče ostvarivanje dječjih prava i njihovu zaštitu od nasilja.

## II KONVENCIJA O PRAVIMA DJETETA IZ 1989. GODINE

### II.1. Karakter Konvencije

*Konvencija o pravima djeteta* usvojena je na zasjedanju Generalne skupštine Ujedinjenih naroda 20. novembra 1989. godine. To je prvi pravni dokument u kojem se djetetu pristupa kao titularu – nosiocu prava, a ne samo kao osobi koja treba posebnu zaštitu.<sup>2</sup> Za razliku od *Deklaracije o pravima djeteta* iz 1959. godine koja nije pravno obavezujuće i moglo bi se reći da je "snabdjevena tek moralnom snagom", *Konvencija o pravima djeteta* je akt koji ima snagu zakona i u tom smislu obavezuje države ugovornice na poštivanje njenih odredbi. Ona je jedinstven pravni akt koji regulira prava djeteta jer je: a) sveobuhvatna i jedina koja osigurava građanska, politička, ekonomska, socijalna i kulturna prava djece; b) univerzalna jer se primjenjuje na svu djecu, u svim situacijama, u gotovo cijeloj međunarodnoj zajednici i c) holistička, što znači da zagovara nedjeljivost, međusobnu ovisnost i jednaku bitnost osnovnih prava djeteta.<sup>3</sup> Specifičnost Konvencije ogleda se i u tome što se u njoj po prvi put utvrđuje univerzalno prihvaćena definicija temeljnih prava djeteta. To je dokument o ljudskim pravima sa najvećim brojem ratifikacija<sup>4</sup> i

---

<sup>2</sup> Dan, Olwes, *Nasilje nad djecom*, Školska knjiga, Zagreb, 1998., str. 28.

<sup>3</sup> *Konvencija o pravima djeteta*, Državni zavod za zaštitu obitelji, materinstva i mladeži, Alinea, Zagreb, 2001., str. 3-4.

<sup>4</sup> Do 2005. godine Konvenciju o pravima djeteta ratificirale su 192 države. Jedina država koja nije pristupila Konvenciji niti ju je ratificirala je Somalija.

prvi međunarodni dokument u oblasti ljudskih prava koji u potpunosti obuhvata glavne tradicionalne grupe ljudskih prava, i to: ekonomska, socijalna, kulturna, politička i građanska.

## II.2. Sadržaj Konvencije

*Konvencija o pravima djeteta* podijeljena je na preambulu i tri dijela. Preambula sadrži osnovne principe Ujedinjenih nacija i specijalne odredbe relevantnih međunarodnih instrumenata o ljudskim pravima. Ona potvrđuje da je djeci, usljed činjenice da se radi o veoma specifičnoj i osjetljivoj grupi, potrebna posebna zaštita i briga pri tom ističući primarni značaj i ulogu obitelji. Osim toga, u preambuli se reafirmišu neophodnost pravne i svake druge zaštite djeteta, bitnost poštivanja kulturnih vrijednosti zajednice iz koje dijete potiče i vitalna uloga međunarodne saradnje u zaštiti prava djeteta.<sup>5</sup> Prvi dio Konvencije sadrži katalog prava<sup>6</sup> koja se priznaju djetetu te odredbe kojima se stranama ugovornicama nalaže preduzimanje mjera za ostvarivanje prava iz Konvencije i poštivanje najviših standarda u ovoj oblasti, kako na međunarodnom, tako i na nacionalnom planu. Sukladno predmetnim odredbama, prava djeteta su uzajamno povezana i ostvaruju se u svjetlu primjene temeljnih načela Konvencije.<sup>7</sup> Valja istaći i to da je uživanje prava djeteta nemoguće bez donošenja odgovarajućih propisa, mjera za ostvarivanje prava i mjera za zaštitu djeteta u slučajevima povrede istih. U tom smislu *Konvencija o pravima djeteta* predstavlja pravni izvor za kreiranje referentnih nacionalnih zakona sa kojima čini osnov za razvoj politike i izradu strategije zaštite djece od nasilja. Drugi dio Konvencije sadrži odredbe kojima se temeljno razrađuju obaveze strana ugovornica i uređuju osnivanje i rad Komiteta za prava djeteta - tijela nadležnog za nadzor nad provođenjem Konvencije,<sup>8</sup> dok odredbe

---

<sup>5</sup> Detaljnije vidi u: Bakšić-Muftić, Jasna, *Sistem ljudskih prava*, Magistrat, Sarajevo, 2002., str. 310.

<sup>6</sup> Katalog dječijih prava obuhvata: pravo na život, pravo na opstanak i razvoj djeteta, pravo na lično ime i državljanstvo, pravo djeteta da zna ko su mu roditelji i da uživa njihovu zaštitu, pravo na očuvanje identiteta, pravo na slobodu izražavanja, pravo na slobodu misli, savjesti i vjere, pravo na slobodu udruživanja i okupljanja, pravo na socijalnu sigurnost, pravo na životni standard primjeren djetetovom fizičkom, duševnom, duhovnom, moralnom i društvenom razvoju, pravo na obrazovanje, pravo na odmor, pravo na igru, pravo na zaštitu od svih oblika nasilja i dr. Vidi: *Konvencija o pravima djeteta*, članovi 1-41., Državni zavod za zaštitu obitelji, materinstva i mladeži, Alinea, Zagreb, 2001., str. 8-25.

<sup>7</sup> Načelo nediskriminacije, načelo dobrobiti, načelo života i razvoja i načelo aktivnosti, isto, str. 6-7.

<sup>8</sup> Članovi 42-45., isto, str. 26-28.

trećeg dijela Konvencije regulišu pitanja potpisivanja, ratifikacije, pristupanja, stupanja na snagu, isticanja rezervi, izmjena, otkazivanja i deponovanja ovog međunarodnog dokumenta.<sup>9</sup>

Dječja prava sadržana u Konvenciji, prema svojoj prirodi dijele se na:

a) **prava preživljavanja** koja osiguravaju djetetu zadovoljavanje osnovnih potreba za njegov život i opstanak. To su prije svega: pravo na život, pravo na prehranu, pravo na odgovarajući životni standard, pravo na adekvatan smještaj, pravo na zdravstvenu zaštitu i dr.;

b) **razvojna prava** osiguravaju djetetu najbolji mogući rast i razvoj. To su: pravo na obrazovanje, pravo na igru, pravo na slobodno vrijeme, pravo na kulturne aktivnosti, pravo na informisanje i pravo na slobodu mišljenja i izražavanja;

c) **zaštitna prava** koja svako dijete štite od zloupotrebe, zapostavljanja, izrabljivanja, dječjeg rada, izbjeglištva, učešća u oružanim sukobima, alkohola, duhana i svih vrsta droga, i

d) **prava sudjelovanja** koja omogućuju djetetu aktivno sudjelovanje u svom okruženju – regionalnom / nacionalnom / svjetskom i koja ga pripremaju za aktivnog građanina u budućnosti (pravo na slobodu izražavanja i udruživanja).<sup>10</sup>

Nadzor nad stanjem i zaštitom prava djeteta u državama koje su strane ugovornice Konvencije, na osnovu člana 43. Konvencije, provodi Odbor za prava djeteta (eng., *Committee on the Rights of the Child*; njem. *Ausschluß für die Rechte der Kinder*; franc. *Comité des droits de l'enfant*) sa ciljem ujednačavanja standarda zaštite prava djeteta na globalnom nivou.

Zahvaljujući činjenici postojanja *Konvencije o pravima djeteta* svako dijete je formalno-pravno zaštićeno od nasilja. Međutim, stvarnost i stanje stvari su potpuno drukčiji jer danas je nasilje nad djecom u svim njegovim oblicima gotovo sveprisutno. Ovo se naročito odnosi na ekonomsko nasilje nad djecom i eksploataciju kao njegov pojavni oblik koja, imajući u vidu rasprostranjenost, učestalost kao i metode koje ga omogućavaju, sve češće ima transnacionalni karakter i podrazumijeva postojanje organiziranih kriminalnih grupa i mreža. I mada Konvencija o pravima djeteta sadrži odredbe koje se direktno i indirektno odnose na eksploataciju i koje svakom djetetu jamče zaštitu od iste, eksploatacija, posebice prodaja djece, dječja prostitucija i pornografija odavno su poprimili svjetske razmjere i postali globalni problem. To je bio i osnovni razlog za usvajanje *Fakultativnog*

---

<sup>9</sup> Članovi 46-54, isto, str. 29-31.

<sup>10</sup> Vidi: *Konvencija o pravima djeteta*, <http://www.svima.hr/razni%20dokumenti/Konvencija%20o%20pravima%20djeteta.pdf>, zadnji pristup stranici 19. august 2008. godine.

protokola uz Konvenciju o prodaji djece, dječjoj prostituciji i dječjoj pornografiji.<sup>11</sup>

### III. NASILJE NAD DJECOM I FAKULTATIVNI PROTOKOL UZ KONVENCIJU O PRODAJI DJECE, DJEČJOJ PROSTITUCIJI I DJEČJOJ PORNOGRAFIJI

*Fakultativni protokol uz Konvenciju o prodaji djece, dječjoj prostituciji i pornografiji* usvojen je 25. maja 2000. godine. Za razliku od Konvencije o pravima djeteta koja sadrži katalog prava djeteta i jamči zaštitu djece od svih oblika nasilja, *Fakultativni protokol uz Konvenciju* je specifičan obzirom da se njegove odredbe odnose isključivo na ekonomsko nasilje nad djecom, u smislu njihovog eksploatisanja posredstvom prodaje, prostitucije i pornografije. S tim u vezi, Protokol u normativnom dijelu definiše prodaju djece i dječju prostituciju i pornografiju te zahtijeva od država ugovornica da ta djela inkriminišu, a njihove počinioce krivično gone.<sup>12</sup> Osim toga, Protokol nalaže da se djeca žrtve prodaje, prostitucije i pornografije tretiraju humano, uz poštivanje njihovih ljudskih prava i da im se omogući rehabilitacija i reintegracija u društvo.<sup>13</sup> U skladu sa odredbama Protokola svaka država ugovornica obavezna je u svoje krivično zakonodavstvo ugraditi zabranu prodaje djece, dječje prostitucije i pornografije. Nacionalna krivična zakonodavstva treba da sadrže i listu inkriminiranih radnji i aktivnosti, bez obzira da li su učinjene u zemlji, inostranstvu, individualno ili organizovano. Također, države su obavezne izraditi studije o nasilju nad djecom, obezbijediti obuku profesionalaca koji rade sa djecom, raditi na podizanju svijesti i edukaciji sa ciljem sprječavanja i eliminacije nasilja nad djecom, ojačati mjere kojima bi se podstaklo prijavljivanje slučajeva nasilja nad djecom i obezbijediti staranje te puni fizički i psihički oporavak djece koja su bila žrtve nasilja.

---

<sup>11</sup> Vučković-Šahović, Nevena, *Eksploatacija djece sa posebnim osvrtom na Fakultativni protokol uz Konvenciju o prodaji djece, dječjoj prostituciji i dječjoj pornografiji*, Save the Children Norway, Sarajevo, 2006., str.38-47.

<sup>12</sup> U smislu odredaba Protokola prodaja djece znači bilo koju radnju ili transakciju kojim bilo koje lice ili grupa lica prebacuje neko dijete nekom drugom za novčanu ili bilo koju drugu naknadu; dječija prostitucija znači korištenje djeteta u seksualnim aktivnostima za novčanu ili neku drugu naknadu; dječija pornografija znači bilo kakvo predstavljanje, bilo kojim sredstvom, nekog djeteta uključenog u stvarne ili simulirane eksplicitne seksualne aktivnosti ili bilo kakav prikaz dijelova tijela nekog djeteta koji mogu da izazovu seksualno uzbuđenje, član 2. Protokola, vidi u: Vučković-Šahović, Nevena, *Eksploatacija djece sa posebnim osvrtom na Fakultativni protokol uz Konvenciju o prodaji djece, dječjoj prostituciji i dječjoj pornografiji*, Save the Children, Sarajevo, 2006., str. 40.

<sup>13</sup> Član 8. Protokola, isto, str. 43-44.



Dakle, osim zbrinjavanja djece koje su žrtve nasilja i kažnjavanja počinioca, cilj svake uspješne politike u ovoj oblasti je i prevencija pa je posve opravdano što se od svake države ugovornice ovog Protokola očekuje da u tom pravcu i djeluje. Djelovanje državnih institucija u najboljem interesu djece na stvaranju okruženja koje će omogućiti zaštitu djece od nasilja i jačanje položaja djece u društvu jedan je od uslova koji je moguće ispuniti samo onda kada institucije koje su uključene u aktivnosti zaštite djece poboljšaju svoju saradnju i razviju zajednički sistem praćenja problema nasilja u kojemu se u središtu pažnje nalazi dijete.

#### IV. ZAKLJUČAK

Sasvim je sigurno da *Konvencija o pravima djeteta* i *Fakultativni protokol uz Konvenciju o prodaji djece, dječjoj prostituciji i pornografiji* predstavljaju najvažnije dokumente u oblasti međunarodnog prava djeteta i pravni osnov za donošenje nacionalnih zakona koji jamče ostvarivanje temeljnih prava djeteta i njihovu zaštitu od nasilja. No, jednako je izvjesno i to da postoje i drugi međunarodni dokumenti u kojima se može naći osnov za zaštitu djece od nasilja i koji, zajedno sa naprijed navedenim, predstavljaju međunarodnopravni okvir zaštite djece od nasilja. To su prije svega, *Međunarodna konvencija o suzbijanju trgovine ženama i djecom* (1921), *Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima* (1949), *Konvencija o suzbijanju trgovine licima i eksploatacije prostitucije drugih* (1949), *Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije* (1963), *Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima* (1966), *Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima* (1966), *Haška konvencija o zaštiti djece i saradnji u oblasti međunarodnog usvojenja* (1993), *Konvencija Međunarodne organizacije rada o zabrani rada djece i neposredne akcije za ukidanje najtežih oblika dječjeg rada* (1999) i *Protokol UN-a o sprječavanju, suzbijanju i kažnjavanju trgovine ljudima, posebno ženama i djecom*, kao dopuna *Konvencije UN-a protiv transnacionalnog organiziranog kriminala* (2000).

Korpus međunarodnog prava ljudskih prava najširi je okvir za zaštitu ljudi od nasilja, obzirom da svaki navedeni dokument između ostalog sadrži i odredbe koje su primjenjive na zaštitu ljudi (i djece kao posebno osjetljive skupine) od nasilja. Bitno je istaći i to da svi navedeni međunarodni dokumenti imaju obavezujući karakter. S tim u vezi, svaka država ugovornica obavezna je u okviru svoje jurisdikcije i u saradnji sa drugim državama preduzeti pravne i druge mjere u cilju njihove provedbe, posebice u onom dijelu koji reguliše problem nasilja nad djecom. U tom smislu osim harmonizacije i implementacije zakona koji regulišu zaštitu djece od nasilja, države su obavezne izraditi i omogućiti izradu i primjenu nacionalne strategije za borbu protiv nasilja nad djecom. Ovo iz razloga što ova strategija predstavlja početnu fazu stvaranja systemske i metodološke osnove za

rad na problemima zlostavljanja djece, bez koje je suzbijanje ove vrste nasilja nemoguće. Kad se sve rečeno uzme u obzir, ne može se izbjeći zaključak da je uspješna provedba međunarodnih instrumenata za zaštitu od nasilja, u prvom redu Konvencije o pravima djeteta i Fakultativnog protokola uz Konvenciju moguća samo onda kada donošenje nacionalnih zakona koji regulišu ovaj problem i razvoj sistema pravnih mjera čiji je cilj zaštita djece od nasilja, prati usvajanje i primjena nacionalnih strategija za borbu protiv nasilja. To je ono čemu svaka država ugovornica treba težiti jer samo se na taj način obezbjeđuje zaštita djece od nasilja i potvrđuje svrsishodnost i pravni značaj Konvencije o pravima djeteta i Fakultativnog protokola uz Konvenciju.

#### **IZVORI I LITERATURA:**

1. *Konvencija o pravima djeteta* (1989), Državni zavod za zaštitu obitelji, materinstva i mladeži, Alinea, Zagreb, 2001.;
2. *Fakultativni protokol uz Konvenciju o prodaji djece, dječjoj prostituciji i dječjoj pornografiji* (2000), dostupno na: [www.unicef.org/crc/index\\_protocols.html](http://www.unicef.org/crc/index_protocols.html) ;
3. Bakšić-Muftić, Jasna, *Sistem ljudskih prava*, Magistrat, Sarajevo, 2002.;
4. Olwes, Dan, *Nasilje nad djecom*, Školska knjiga, Zagreb, 1998.;
5. Vučković-Šahović, Nevena, *Eksploatacija djece sa posebnim osvrtom na Fakultativni protokol uz Konvenciju o prodaji djece, dječjoj prostituciji i dječjoj pornografiji*, Save the Children Norway, Sarajevo, 2006.

## SUDSKA PRAKSA USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

Pripremio: **prof. dr. Miodrag N. Simović**,  
potpredsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i  
redovni profesor Pravnog fakulteta u Banja Luci

### **PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE, PRAVO NA SLOBODU IZRAŽAVANJA I PRAVO NA NEDISKRIMINACIJU**

**Ako se predmetni postupak odnosi na utvrđivanje odgovornosti za naknadu štete zbog klevete, dakle na predmet koji je građanskopravne prirode, garancije prava na pravično suđenje primjenljive su u tom predmetu. Stoga, Ustavni sud mora da ispita da li je taj postupak bio pravičan onako kako to zahtijeva član II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i član 6. stav 1. Evropske konvencije.**

Iz obrazloženja:

Apelant smatra da je prvostepeni sud pogrešno ocijenio dokaze koji su provedeni i pogrešno utvrdio da se u konkretnom slučaju radi o kleveti, dakle, da je pogrešno utvrdio činjenično stanje i pogrešno primijenio materijalno pravo. U vezi s ovim navodima, Ustavni sud ukazuje da generalno nije nadležan da vrši provjeru utvrđenih činjenica i načina na koji su redovni sudovi protumačili pozitivnopravne propise, sem ukoliko odluke tih sudova krše ustavna prava. To će biti slučaj kada odluka redovnog suda ne uključuje ili pogrešno primjenjuje ustavno pravo, kada je primjena pozitivno-pravnih propisa bila očigledno proizvoljna, kada je relevantni zakon sam po sebi neustavan ili kada je došlo do povrede osnovnih procesnih prava, kao što su pravo na pravičan postupak, pravo na pristup sudu, pravo na djelotvoran pravni lijek i u drugim slučajevima (vidi Ustavni sud, Odluka broj *U 29/02* od 27. juna 2003. godine objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" broj 31/03). Takođe, pravičnost postupka ocjenjuje se na osnovu postupka kao cjeline (vidi Ustavni sud, Odluka broj *U 63/01* od 27. juna 2003. godine objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" broj 38/03 i Evropski sud za ljudska prava, *Thomas protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 10. maja 2005. godine, aplikacija broj 19354/02).

Nasuprot navodima iz apelacije, redovni sudovi su jasno i precizno obrazložili na osnovu kojih su dokaza koji su izvedeni utvrdili relevantno

činjenično stanje i primijenili relevantne odredbe materijalnog prava. U konkretnom slučaju, ocjenjujući pravičnost postupka u cjelini, Ustavni sud nije pronašao ništa što bi ukazalo da su materijalno-pravni propisi proizvoljno ili nepravično primijenjeni na apelantovu štetu, niti ima elemenata koji ukazuju na procesnu nepravičnost u smislu člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

Na osnovu svega navedenog, Ustavni sud smatra da u konkretnom slučaju nije došlo do arbitrarne primjene relevantnih zakonskih propisa, niti da je na drugi način povrijeđeno apelantovo pravo na pravično suđenje. Stoga, Ustavni sud zaključuje da nije povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

Ustavni sud ističe da je sloboda izražavanja neophodan preduslov za funkcionisanje i opstanak svakog demokratskog društva, te stoga garancija svih drugih ljudskih prava i sloboda. U slučaju mogućeg sukoba ovog prava s ostalim zagarantovanim ljudskim pravima i slobodama, sudovi moraju da vode računa o tome da svako ograničavanje slobode izražavanja, s ciljem zaštite nekog drugog ljudskog prava zagarantovanog ustavom, može da bude tek izuzetak od ovog pravila koji je u demokratskom društvu dozvoljen samo ako to ograničavanje ničim ne ugrožava navedeni princip, nego ga potvrđuje. Ugroziti, stoga, na bilo koji način slobodu izražavanja i, u okviru toga, slobodu medija ne znači samo ugroziti neka lična, ustavom zagarantovana prava novinara, nego to znači ugroziti jedan od ključnih principa demokratskog društva, pa, stoga, i samu demokratiju kao oblik vladavine i pretpostavku za ostvarenje svih drugih proklamiranih ljudskih prava i sloboda.

To, međutim, ne znači da je sloboda izražavanja apsolutna i da nije ničim ograničena. Naprotiv, u demokratskim i pravnim državama gotovo nijedno ljudsko pravo i sloboda, ma koliko bili primarni ili značajni, nisu i ne mogu da budu apsolutni i neograničeni. Budući da su apsolutna sloboda i apsolutno pravo *contradictio in adjecto*, presudan, a istovremeno i sporan ostaje način na koji se neki utvrđeni pravni princip tumači i praktično primjenjuje. Stoga je ključna uloga i zadatak nezavisnog sudstva da u svakom pojedinačnom slučaju jasno utvrdi granicu između opravdanih i potrebnih, te neopravdanih i nepotrebnih ograničenja koja neki principi potvrđuju kao pravilo ili ga negiraju kao puku deklaraciju.

Član 10. Evropske konvencije je strukturisan tako da prvi stav definiše zaštićene slobode, a drugi stav propisuje okolnosti pod kojima javna vlast može da se miješa u uživanje slobode izražavanja. Za član 10. Evropske konvencije karakteristično je da štiti izražavanje koje nosi rizik ugrožavanja, ili zaista ugrožava interese drugih. Kako apelanti pravilno ističu, ovaj član štiti ne samo informacije i ideje koje su primljene pozitivno, ili se smatraju bezopasnim, ili prema njima nema

stava, već i one koje vrijeđaju, šokiraju i uznemiravaju, a to je ono što zahtijeva tolerantnost i pluralizam bez kojih nema demokratskog društva (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 7. decembra 1976. godine). Evropski sud za ljudska prava u predmetu *Castells* (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Castells protiv Španije*, presuda iz 1992. godine), u kom je podnosilac osuđen na zatvorsku kaznu jer je uvrijedio špansku vladu, optužujući je u štampi da je "kriminalna" i da "krije izvršioce zločina protiv naroda Baskije", smatrao je da "dominantan položaj u kom je vlada nalaže joj da bude suzdržana u pribjegavanju krivičnim postupcima, posebno kad su dostupna i druga sredstva, u reakciji na neopravdane napade i kritike svojih neprijatelja kroz medije".

Kako su i Evropski sud za ljudska prava, a i Ustavni sud u svojim ranijim odlukama u vezi s istim pitanjem već ukazali, postoji jasna distinkcija između informacije (činjenice) i mišljenja (vrijednosne ocjene), zato što postojanje činjenice može da se dokaže, a za istinu na osnovu vrijednosne ocjene ne može da se da dokaz (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Lingens*, presuda iz 1986. godine i Ustavni sud, Odluka broj *AP 1004/04* od 2. decembra 2005. godine). Uz to, čak i u pogledu činjenica, priznaje se odbrana na osnovu iskrene namjere da se pruži medijima "prostora za greške" (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Dalban protiv Rumunije*, presuda iz 1999. godine). U principu, odbrana na osnovu iskrene namjere jedna je vrsta zamjene za dokazivanje istinitosti. Kada novinar ima legitiman cilj, kad je u pitanju nešto značajno za javnost i kada su uloženi razumni naponi da se potvrde činjenice, mediji se neće smatrati odgovornim čak i u slučaju da se ispostavi da su činjenice bile neistinite.

Svaka restrikcija, uslov, ograničenje ili bilo koja vrsta miješanja u slobodu izražavanja može da se primijeni samo na određeno ostvarivanje ove slobode, dok sadržaj prava na slobodu izražavanja uvijek ostaje netaknut. Javna vlast ima samo mogućnost, a ne i obavezu da naloži ograničavajuću ili krivičnu mjeru protiv ostvarivanja prava na slobodu izražavanja. Generalno, u Bosni i Hercegovini oblik ograničenja slobode izražavanja je uveden zakonima o zaštiti od klevete. Ovi zakoni, sem toga što detaljno razrađuju uslove pod kojim se namiruje šteta pričinjena klevetom, postavljaju vrlo rigorozne uslove za primjenu tih odredbi i, u pojedinim aspektima, pružaju čak i veći stepen zaštite slobode izražavanja od onog minimuma koji je predviđen Evropskom konvencijom.

S tim u vezi, Ustavni sud naglašava da član 8. Zakona o zaštiti od klevete kao obavezan uslov propisuje da je oštećeni dužan da preduzme sve potrebne mjere da ublaži štetu koja je uzrokovana izražavanjem neistinite činjenice, a naročito da štetniku podnese zahtjev da ispravi to izražavanje. Shodno mišljenju Ustavnog suda, prema citiranom članu Zakona o zaštiti od klevete, navedene radnje treba da

se preduzmu prije nego što se podnese tužba. Sem toga, shodno odredbama člana 6. stav 5. Zakona o zaštiti od klevete, ukoliko se radi o licu koje prema opštem shvatanju javnosti vrši značajan uticaj na pitanja od političkog ili javnog interesa (javno lice), te ukoliko takvo lice podnosi tužbu, štetnik odgovara za štetu koja je izazvana iznošenjem ili prenošenjem neistinite činjenice jedino ako je znao da je to izražavanje neistinito ili je nepažnjom zanemario neistinitost izražavanja.

Naknada štete u građanskoj parnici, dodijeljena kao naknada za štetu koja je nanesena nečijem dostojanstvu ili ugledu, predstavlja jasno miješanje u ostvarivanje prava na slobodu izražavanja. U skladu sa stavom 2. člana 10. Evropske konvencije, vlast može da se miješa u ostvarivanje slobode izražavanja samo ako se ispune tri kumulativna uslova: a) miješanje je propisano zakonom, b) miješanje ima za cilj da zaštiti jedan ili više predviđenih interesa ili vrijednosti, c) miješanje je neophodno u demokratskom društvu. Stoga sudovi moraju da slijede ova tri uslova kad razmatraju i odlučuju o predmetima koji se tiču slobode izražavanja. U predmetu *Tolstoy Miloslavski* (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Tolstoy Miloslavski protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda iz 1995. godine), Evropski sud za ljudska prava je zaključio da sama suma naknade štete predstavlja kršenje člana 10. Evropske konvencije, obrazlažući da "*ne znači da je porota imala pravo da dodijeli štetu potpuno prema svom nahođenju, jer prema Konvenciji dodjela štete za klevetu mora da bude razumno proporcionalna šteti nanesejoj nečijem ugledu*".

U konkretnom slučaju, osporene presude su donesene na osnovu Zakona o zaštiti od klevete, dakle, miješanje, odnosno ograničavanje slobode izražavanja propisano je zakonom. Ovaj zakon je javno objavljen u službenom glasilu, njegov tekst je jasan, pristupačan i predvidljiv i, kako je već rečeno, pruža veći stepen zaštite slobode izražavanja od onog minimuma predviđenog Evropskom konvencijom.

Osporene presude su donesene u građanskoj parnici koju je pokrenuo tužilac protiv apelanta zbog nanošenja štete njegovom ugledu, pa je jasno da je cilj miješanja da zaštiti "ugled ili prava drugih", odnosno tužiočevog ugleda, što je legitiman cilj predviđen u stavu 2. člana 10. Evropske konvencije.

Ustavni sud još mora da utvrdi da li su korišćena sredstva proporcionalna cilju koji se želi ostvariti. Kako je već rečeno, "cilj" na koji se osporene presude pozivaju je da se zaštiti "ugled ili prava drugih", a "sredstvo" je nalog suda apelantu da tužiocu plati štetu koju je nanio njegovom ugledu. Da bi se dokazalo da je miješanje bilo "neophodno u demokratskom društvu" potrebno je da se dokaže da postoji "hitna društvena potreba" da se zaštiti tužiočev ugled, koja je tražila konkretno ograničenje u ostvarivanju slobode izražavanja.

U konkretnom slučaju, redovni sudovi su utvrdili da sporna izražavanja sadrže niz činjeničnih navoda za koje apelant u postupku pred redovnim sudovima

nije ponudio dokaz da su istiniti: da je tužilac s mrežom saradnika planirao državni udar, da stoji u pozadini terorističkih napada u Sarajevu, da su se pojavili dokazi o organizovanom djelovanju tužioca i mreže saradnika u stvaranju haosa, rušenju ustavnog poretka i izazivanju vanrednog stanja, da je prodavao državne tajne hrvatskim agentima, da je radio na zadatku satanizacije Bošnjaka radi jačanja srpskih i hrvatskih separatističkih pozicija u BiH. Ustavni sud je već naglasio da postojanje činjenica može da se dokaže, ali istinitost vrijednosnih ocjena nije nešto za šta mogu da se daju dokazi. Ustavni sud ne može da prihvati apelantove navode da se radi o komentaranju navoda i stavova koji su sadržani u FOSS-ovom nezvaničnom dokumentu i iznošenju novinarevog mišljenja o tužiočevom angažmanu u aferi "državni udar", budući da su sporni tekstovi sadržavali i činjenične navode za koje je u postupku pred redovnim sudovima utvrđeno da nisu istiniti.

Ustavni sud zapaža da su redovni sudovi, nasuprot navodima apelacije, utvrdili da je tužilac nakon objavljivanja spornih tekstova reagovao i tražio od tuženog apelanta da objavi opoziv neistinitog izražavanja, a tek nakon toga je podnio tužbu, čime je shodno mišljenju Ustavnog suda ispunio preduslov za sudsku zaštitu propisan članom 8. Zakona o kleveti. Ustavni sud zapaža da su redovni sudovi, budući da tužilac nije uspio da dokaže da postoji uzročno-posljedična veza između spornog izražavanja i materijalne štete koju je pretrpio, odbili tužiočev tužbeni zahtjev u odnosu na naknadu materijalne štete. Ocjenjujući sve okolnosti slučaja, sudovi su zaključili da je iznošenjem neistinitih činjenica o tužiocu učinjeno djelo klevete i nanesena šteta tužiočevom ugledu.

U konkretnom slučaju, Ustavni sud smatra da eventualna priprema državnog udara jeste pitanje od političkog i javnog interesa, pa je obavještanje javnosti o tome, odnosno o eventualnom tužiočevom angažmanu u toj aferi, legitiman cilj novinara i medija u demokratskom društvu. Međutim, u konkretnom slučaju ipak nije postojala apelantova iskrena namjera da objektivno izvijesti javnost o ovom pitanju i nisu uloženi razumni naponi ni za potvrđivanje činjenica koje je iznio, niti za naknadno ublažavanje štetnih posljedica. Stoga, Ustavni sud smatra da su sudovi opravdano zaključili da postoji apelantova odgovornost za iznošenje i prenošenje neistinitog izražavanja.

Ustavni sud smatra, s obzirom na sve okolnosti slučaja, da su sudovi donošenjem osporenih presuda pravilno ocijenili da postoji "hitna društvena potreba" uspostavljanja ravnoteže između apelantove slobode izražavanja, odnosno slobode medija, s jedne strane, i zaštite tužiočevog ugleda, s druge strane, koja je tražila konkretno apelantovo ograničavanje u ostvarivanju slobode izražavanja. Shodno tome, Ustavni sud smatra da je osporenim presudama, prema principu proporcionalnosti, uspostavljena ravnoteža između slobode izražavanja medija i



tužiočevog prava na zaštitu ugleda. Ustavni sud smatra da redovni sudovi nisu izašli van dozvoljenog stepena slobodne procjene.

Na osnovu svega navedenog, Ustavni sud zaključuje da nema kršenja prava na slobodu izražavanja iz člana II/3h) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 10. Evropske konvencije.

Shodno praksi Evropskog suda za ljudska prava, diskriminacija nastupa ako se lice ili grupa lica koji se nalaze u analognoj situaciji različito tretiraju na osnovu pola, rase, boje, jezika, vjere (...) u pogledu uživanja prava iz Evropske konvencije, a ne postoji objektivno i razumno opravdanje za takav tretman ili upotreba sredstava naspram željenog cilja koji nisu u proporcionalnom odnosu (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Belgijski jezički slučaj*, presuda od 9. februara 1967. godine, serija A, broj 6, stav 10.). Pri tome je nevažno da li je diskriminacija posljedica različitog zakonskog tretmana ili primjene samog zakona (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Irska protiv Velike Britanije*, presuda od 18. januara 1978. godine, serija A, broj 25, stav 226.). Član 1. Protokola broj 12. uz Evropsku konvenciju sadrži opšti princip zabrane diskriminacije i garantuje uživanje svih prava koja su određena zakonom bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi kao što je pol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status.

Apelant smatra da je diskriminisan, jer su redovni sudovi navodno u istim predmetima različito presudili i tako narušili princip pravne sigurnosti. Ustavni sud zapaža da je u ovom uporednom slučaju tužbeni zahtjev za naknadu nematerijalne štete zbog klevete odbijen i tuženi je oslobođen odgovornosti za klevetu, jer je shodno ocjeni redovnih sudova dokazao da je vjerno prenio informacije iz FOSS-ovih dokumenta čije je postojanje u uporednom slučaju tuženi dokazao u postupku pred redovnim sudovima, dok je u predmetnom slučaju, u kom apelant takođe tvrdi da je samo prenosio informacije koje su "procurile" iz FOSS-a, utvrđena apelantova odgovornost za klevetu i obavezan je da tužiocu naknadi štetu zbog klevete, jer apelant nije dokazao da postoji FOSS-ov dokument, koji je navodno komentarisao i citirao, nego je naprotiv, u završnoj riječi na glavnoj raspravi, istakao da nije ni tvrdio da takav dokument postoji. Dakle, u uporednom slučaju dokazano je da je tuženi u skladu s članom 7. Zakona o zaštiti od klevete korektno i objektivno prenio dio sadržaja iz FOSS-ovog dokumenta koji se odnosi na tužioca, te su sudovi ocijenili da u smislu člana 6. stav 3. Zakona o zaštiti od klevete nije namjerno ili iz nepažnje iznio ili prenio izražavanje neistinite činjenice, pa je u uporednom slučaju tuženi oslobođen od odgovornosti za klevetu. Apelantov slučaj je bitno drugačiji, jer su u predmetnom slučaju sudovi utvrdili da ne postoji FOSS-ov dokument i da je apelant iznosio i prenosio neistinite činjenice

o tužiocu bez dovoljno pažnje, pa da je stoga odgovoran za klevetu i obavezan da tužiocu naknadi štetu zbog klevete. Pored navedenog, Ustavni sud je već zaključio da u odnosu na apelacione navode nema nezakonitosti i neustavnosti u osporenim presudama, pa se time gubi i pravni interes za dokazivanje diskriminacije na osnovu njih.

Na osnovu navedenog, Ustavni sud ne može da zaključi da je došlo do povrede apelantovog prava na nediskriminaciju iz člana II/4 Ustava Bosne i Hercegovine, člana 14. Evropske konvencije i člana 1. Protokola broj 12. uz Evropsku konvenciju.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,  
broj AP 532/06 od 13. septembra 2007. godine)*

## **PRAVO NA POŠTOVANJE DOMA**

**Sud i organi uprave koji su u provedenom postupku utvrdili da apelantkinja nema pravo na povraćaj stana, jer je propustila prekluzivni zakonski rok za podnošenje zahtjeva za povraćaj stana, nisu povrijedili član II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine i član 8. Evropske konvencije.**

Iz obrazloženja:

Osnovna svrha člana 8. Evropske konvencije je da zaštiti pojedinaca od arbitrarnih miješanja vlasti u njihova prava garantovana ovim članom Konvencije (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Kroon protiv Holandije*, presuda od 27. oktobra 1994. godine, serija A, broj 297-c, stav 31.).

U konkretnom predmetu Ustavni sud mora da utvrdi da li stan o kom je riječ može da se smatra apelantkinjinim "domom" u okviru značenja člana 8. Evropske konvencije i, ako je to slučaj, da li preduzete mjere predstavljaju «miješanje» u njeno pravo na poštovanje doma, te da li je to miješanje bilo opravdano. Ovaj uslov, u skladu sa značenjem termina Evropske konvencije, sastoji se od više elemenata: (a) miješanje mora da bude zasnovano domaćim ili međunarodnim zakonom; (b) zakon o kom je riječ mora da bude primjereno dostupan, tako da pojedinac bude primjereno upućen na zakonske okolnosti koje mogu da se primijene na dati predmet; (c) zakon, takođe, mora da bude formulisan sa odgovarajućom tačnošću i jasnošću kako bi se pojedincu omogućilo da prema

njemu prilagodi svoje postupke (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 26. aprila 1979. godine, serija A, broj 30, stav 49.).

Što se tiče pitanja da li stan o kom je riječ može da se smatra apelantkinjinim "domom", Ustavni sud zaključuje da navedeni stan treba da se smatra apelantkinjinim domom u smislu člana 8. Evropske konvencije, jer je apelantkinja bila zakoniti nosilac stanarskog prava na predmetnom stanu sve do 1992. godine, kada je zbog ratnih dejstava napustila Bosnu i Hercegovinu. Ustavni sud, dalje, smatra da je apelantkinjin gubitak prava da se vrati u posjed predmetnog stana rezultirao miješanjem javne vlasti u njeno pravo na dom u smislu stava 1. člana 8. Evropske konvencije.

Dakle, Ustavni sud mora da utvrdi opravdanost ovog miješanja u smislu stava 2. člana 8. Evropske konvencije, odnosno da li je ono bilo u skladu sa zakonom i da li je bilo neophodno u demokratskom društvu da bi se postigao jedan od ciljeva navedenih u stavu 2. člana 8. Evropske konvencije.

Ustavni sud smatra da je primjena Zakona o korišćenju napuštene imovine ("Službeni glasnik Republike Srpske" brojevi 3/96, 8/96 i 21/96), shodno kom su napušteni stanovi dodjeljivani na privremeno korišćenje, bilo miješanje koje je prvobitno vodilo zakonitom cilju u skladu sa značenjem stava 2. člana 8. Evropske konvencije. Odgovarajući cilj je bio zaštita prava drugih, tj. prava lica koja su zbog rata bila primorana da napuste svoje domove. Vlasti Republike Srpske donijele su navedeni zakon kojim su privremeno riješeni stambeni problemi izazvani velikim brojem izbjeglica. Donošenjem Zakona o prestanku primjene Zakona o korišćenju napuštene imovine nosiocima stanarskog prava na stanovima koji su bili napušteni pod određenim uslovima, omogućeno je pravo na povraćaj tih stanova. Zakonom je, takođe, bio propisan rok za podnošenje zahtjeva za povraćaj navedenih stanova čijim popuštanjem prestaje stanarsko pravo.

U pogledu donošenja i primjene Zakona o prestanku primjene Zakona o korišćenju napuštene imovine Ustavni sud smatra da su zadovoljeni elementi zakonitog miješanja u apelantkinjino pravo na povraćaj predmetnog stana. Miješanje koje je u skladu sa zakonom mora istovremeno da bude i neophodna mjera u demokratskom društvu u svrhu postizanja zakonitih ciljeva iz stava 2. člana 8. Evropske konvencije. "Neophodno" u ovom kontekstu znači da miješanje odgovora "pritiscima društvenih potreba" i da postoji razumna relacija proporcionalnosti između miješanja i zakonitog cilja kom se teži (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Niemietz protiv Njemačke*, presuda od 16. decembra 1992. godine, serija A, broj 251).

Ustavni sud zapaža da je Zakonom o prestanku primjene Zakona o korišćenju napuštene imovine propisano vremensko ograničenje za ostvarivanje prava

na povraćaj stana. U tom smislu, Ustavni sud se poziva na svoj ranije doneseni stav shodno kom se u ograničenja u vezi sa ostvarivanjem građanskih prava ubraja i mogućnost prigovora zastarijevanja tužbenih zahtjeva (vidi Odluku Ustavnog suda broj *U 49/02* od 28. novembra 2003. godine, objavljenu u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine“ broj 6/04 i bivša Evropska komisija za ljudska prava, aplikacija broj *13674/88* od 14. aprila 1989. u predmetu *Cyril Albert Warner protiv Velike Britanije*). To ograničenje je potrebno da bi se obezbijedio princip pravne sigurnosti. Naime, država ima interes da se zadrže pravni odnosi koji su trajali određen vremenski period. Sem toga, institut zastarijevanja treba pozitivno da utiče na nemarnost u ostvarivanju prava. Pri konkretnom regulisanju ovog pitanja a, prije svega, određivanju roka zastarijevanja, zakonodavac uživa određenu slobodu procjene (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Ashingdane protiv Velike Britanije*, presuda od 28. maja 1985, serija A, broj 93, stav 57.). Ovo pitanje zakonodavac ne smije da reguliše tako da suštinski onemogućí ili neopravdano oteža ostvarivanje ovih prava.

U pogledu apelantkinjinih navoda da nije bila u mogućnosti da u zakonskom roku podnese zahtjev za vraćanje stana, jer nije imala potrebnu dokumentaciju kojom bi dokazala svoje stanarsko pravo, Ustavni sud primjećuje da je član 15. Zakona o prestanku primjene Zakona o korišćenju napuštene imovine omogućavao apelantkinji da podnese zahtjev za vraćanje stana u posjed i bez potrebne prapratne dokumentacije, te da je nadležni organ bio obavezan da po službenoj dužnosti pribavi dokumentaciju koja bi potvrdila pravo podnosioca zahtjeva.

Što se tiče vremenskog ograničenja za ostvarivanje prava na povraćaj stana iz Zakona o prestanku primjene Zakona o korišćenju napuštene imovine, koji u konkretnom slučaju propisuje prekluzivni rok za podnošenje zahtjeva za povraćaj stana, Ustavni sud naglašava da postoji javni interes u pogledu ograničenja prava propisivanjem određenih rokova koji se ogleda u efikasnom funkcionisanju pravnog sistema i pravnoj sigurnosti. Ustavni sud smatra da su zakonom propisana ograničenja proporcionalna ciljevima koji se žele postići (vidi Ustavni sud, odluke broj *U 49/02* od 28. novembra 2003. godine i broj *AP 239/03* od 30. novembra 2004. godine).

Na osnovu navedenog Ustavni sud zaključuje da nije došlo do povrede apelantkinjinog prava na poštovanje doma iz člana II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8. Evropske konvencije.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 1082/04 od 13. septembra 2005. godine)*

## **SLOBODA MISLI, SAVJESTI I VJERE**

**Ustavni sud ima u vidu da su slobode koje su zaštićene članom 9. Evropske konvencije jedna od osnova demokratskog društva. Sloboda vjere je jedan od najvitalnijih elemenata u stvaranju identiteta vjernika i njihovog koncepta života, ali isto tako predstavlja vrijednost i za ateiste, agnostike, skeptike i neopredijeljene. Pluralizam koji je neodvojiv od demokratskog društva zavisi od stepena zaštite slobode misli, savjesti i vjere.**

Iz obrazloženja:

Vidi Evropski sud za ljudska prava, *Kokkinakis protiv Grčke*, presuda od 25. maja 1993. godine, serija A, broj 260-A str. 17, tačka 31. Evropski sud je naglasio da pravo na slobodu vjeroispovijesti, kako je garantovano Evropskom konvencijom, isključuje bilo kakvo diskreciono pravo države da odlučuje da li su vjerska uvjerenja ili sredstva koja se koriste da bi se izrazila takva uvjerenja legitimna (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Manoussakis protiv Grčke*, presuda od 26. septembra 1996. godine, Izvještaji o presudama i odlukama 1996- IV, tačka 47.). Dok je sloboda vjeroispovijesti s jedne strane pitanje svijesti pojedinca, ona takođe uključuje, s druge strane, slobodu da se izrazi nečija vjeroispovijest. Svjedočenje riječima i djelom nerazdvojivo je povezano s vjerskim ubjeđenjima.

Evropski sud za ljudska prava se, ocjenjujući ulogu religije u demokratskom društvu (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Refah partija blagostanja i drugi protiv Turske*, presuda od 13. februara 2003. godine, Izvještaji o presudama i odlukama 2003- II, tač. 90-94), pozvao na sopstvenu jurisprudenciju definišući ulogu države kao neutralnog i nepristrasnog organizatora upražnjavanja različitih religija, vjerovanja i ubjeđenja. Pri tome je posebno naglašena bitnost ove funkcije države za javni red i međureligijsku harmoniju i toleranciju u demokratskom društvu. Takođe, sud je naglasio da je obaveza države na neutralnost i nepristrasnost nespojiva s bilo kakvim ovlašćenjem države da procjenjuje legitimnost vjerskih ubjeđenja i da ta obaveza zahtijeva od države da omogući međusobnu toleranciju između grupa koje su suprotstavljene.

U odluci koja je navedena Evropski sud se pozvao na jurisprudenciju organa konvencije koji su zauzeli stav da je princip sekularizma jedan od osnovnih principa države koji je u skladu s vladavinom prava i poštovanjem ljudskih prava i demokratije. Sud je ukazao da stav koji ne poštuje taj princip neće da bude obuhvaćen slobodom manifestovanja vjere i neće da uživa zaštitu člana 9. Evropske konvencije (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Refah partija blagostanja i drugi protiv Turske*, presuda od 13. februara 2003. godine, Izvještaji o presudama i

odlukama 2003- II, tačka 92.).

Razmatrajući odnos vjerskog i građanskog prava Evropski sud je podsjetio da je sloboda vjeroispovijesti, uključujući slobodu manifestovanja vjeroispovijesti, primarno stvar individualne svijesti i naglasio da je sfera individualne svijesti značajno drugačija od sfere "privatnog prava", odnosno građanskog prava koje se tiče organizacije i funkcionisanja društva u cjelini. Član 9. Evropske konvencije garantuje svima u privatnom životu slobodu da poštuje zahtjeve svoje religije. S druge strane, država može da legitimno spriječi u okviru svojih ovlašćenja u oblasti privatnog, odnosno građanskog prava, primjenu religijskih ubjeđenja koja su u suprotnosti s javnim redom i demokratskim vrijednostima (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Refah partija blagostanja i drugi protiv Turske*, presuda od 13. februara 2003. godine, Izvještaji o presudama i odlukama 2003- II, tačka 128.).

Sloboda manifestovanja vjeroispovijesti ili ubjeđenja ne predstavlja ekskluzivno individualno pravo, nego sadrži takođe i kolektivnu dimenziju koja je priznata u članu 9. Evropske konvencije u formulaciji "u zajednici s drugima". Dom za ljudska prava za Bosnu i Hercegovinu je, podržavajući praksu organa konvencije, takođe potvrdio da vjerska zajednica može da bude titular prava iz člana 9. Evropske konvencije (vidi Dom za ljudska prava, *Islamska zajednica u Bosni i Hercegovini protiv Republike Srpske*, predmet broj CH/96/29, odluka o prihvatljivosti i meritumu uručena 11. maja 1999. godine, tačka 128.). U odluci koja je navedena Dom za ljudska prava za Bosnu i Hercegovinu pozvao se na praksu Evropske komisije za ljudska prava koja je takođe došla do zaključka da crkveni organ ili udruženje s religioznim i filozofskim ciljevima može da posjeduje i vrši prava koja su sadržana u članu 9. Evropske konvencije i da, ustvari, djeluje u ime svog članstva (vidi Evropska komisija za ljudska prava, *Chapell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, odluka od 14. jula 1987. godine, Odluke i izvještaji broj 53, str. 241, 246; *X i Crkva scientologa protiv Švedske*, odluka od 5. maja 1979. godine, Odluke i izvještaji Evropske komisije za ljudska prava br. 16, str. 68, 70).

Član 9. Evropske konvencije strukturisan je tako da prvi stav definiše slobode koje su zaštićene, a drugi stav sadrži tzv. restriktivnu klauzulu, odnosno propisuje okolnosti pod kojima javna vlast može da ograniči uživanje sloboda koje su zaštićene. Član 9. stav 1. Evropske konvencije nabroja oblike u kojima religija može da se manifestuje, kao što su obred, propovijedanje i vršenje vjerskih dužnosti i rituala. Međutim, ovaj član ne štiti svaki akt koji je motivisan ili inspirisan vjerom ili ubjeđenjem (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Kalaç protiv Turske*, presuda od 1. jula 1997. godine, Izvještaji o presudama i odlukama 1997- IV, tačka 27.).

Ograničenje koje je propisano u članu 9. stav 2. Evropske konvencije

dozvoljava državama mogućnost da odlučuju samo u pogledu obima uživanja ovih prava i sloboda, i to onda kada je ta intervencija države u skladu sa zakonom, odnosno propisana zakonom ili je neophodna u demokratskom društvu, a u cilju da se zaštite osnovne vrijednosti svake države, kao što su javna bezbjednost, zaštita javnog poretka, zdravlja ili morala, ili zaštita prava i sloboda drugih lica. Znači, državi je dozvoljeno da u opštem, društvenom interesu vršenje ovih prava ograniči, ali ne i da ih suspenduje.

Ustavni sud će, imajući u vidu principe koji su navedeni, da ispita osnovanost navoda apelacije u odnosu na član II/3g) Ustava Bosne i Hercegovine i član 9. Evropske konvencije.

Pri određivanju da li se u konkretnom slučaju radi o povredi člana 9. Evropske konvencije, prevashodno mora da se utvrdi da li je apelant kao vjerska zajednica titular prava i sloboda koje su zagarantovane članom 9. stav 1. Evropske konvencije i da li presudom koja je osporena javna vlast "ograničava" apelantovu slobodu manifestovanja vjere. Drugo, da bi "ograničavanje" bilo opravdano, mora da bude "u skladu sa zakonom". Razmatrajući princip zakonitosti ograničenja sloboda koje su zaštićene članom 9. Evropske konvencije, Evropski sud za ljudska prava se pozvao na svoju praksu u vezi s čl. 8. i 11. Evropske konvencije (vidi presudu *Hasan i Tchaouch protiv Bugarske* od 26. oktobra 2000. godine, predstavka broj 30985/96, stav 84.). U tom smislu, uslov zakonitosti se u skladu sa značenjem termina Evropske konvencije sastoji iz više elemenata: (a) ograničavanje mora da bude zasnovano domaćim ili međunarodnim zakonom; (b) zakon o kom je riječ mora da bude primjereno dostupan tako da pojedinac bude primjereno upućen na okolnosti zakona koje mogu da se primijene na predmet koji je dat i (c) zakon takođe mora da bude formulisan s odgovarajućom tačnošću i jasnoćom da bi se pojedincu dozvolilo da prema njemu prilagodi svoje postupke (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 26. aprila 1979. godine, serija A, broj 30, stav 49.).

U slučaju da se ispostavi da je to "ograničavanje" sloboda koje su zaštićene u skladu sa zakonom, i tada može da predstavlja povredu člana 9. Evropske konvencije ako se smatra da ono nije "neophodno" da bi se postigao jedan od zakonitih ciljeva iz člana 9. stav 2. Evropske konvencije. Neophodno u ovom kontekstu znači da "ograničenje" odgovara "pritiscima društvenih potreba" i da postoji razumna relacija proporcionalnosti između ograničenja i zakonitog cilja kom se teži. Evropski sud za ljudska prava je ustanovio principe u vezi sa zahtjevom "neophodnosti" koji moraju da utiču na ponašanje država članica kad postavljaju ograničenja na djelovanje različitih vjerskih zajednica (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Metropolitanska crkva Besarabije i drugi protiv Moldavije*, presuda



od 3. decembra 2001. godine, predstavka broj 45701/99, st. 115-119). Sud je naglasio da u demokratskom društvu u kom postoji nekoliko religija može da bude neophodno da se postave ograničenja da bi se izmirili interesi različitih grupa i da bi se obezbijedilo poštovanje uvjerenja svih.

Generalno u Bosni i Hercegovini oblik zaštite i ograničavanja slobode vjere je definisan Zakonom o slobodi vjere i pravnom položaju crkava i vjerskih zajednica ("Službeni glasnik BiH" broj 5/04) koji u suštini preuzima principe sekularnog društvenog uređenja koji su uspostavljeni u Zakonu o pravnom položaju vjerskih zajednica koji je ranije važio ("Službeni list SRBiH" broj 36/76). Ovaj zakon, pored toga što u sebi inkorporiše odredbu člana 9. Evropske konvencije, razrađuje pravni položaj vjerskih zajednica u demokratskom i sekularnom društvenom uređenju Bosne i Hercegovine.

Primjenjujući principe koji su navedeni na konkretnu situaciju Ustavni sud će prvo ustanoviti da li je apelant subjekat koji uživa zaštitu ustavnog prava na slobodu misli, savjesti i vjere. Imajući u vidu jurisprudenciju Doma za ljudska prava za Bosnu i Hercegovinu, kao i jurisprudenciju organa konvencije koji su već ustanovili da vjerske zajednice uživaju zaštitu prava iz člana 9. Evropske konvencije u svojoj kolektivnoj dimenziji, Ustavni sud zaključuje da je apelant kao vjerska zajednica titular prava iz člana II/3g) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 9. Evropske konvencije.

Sada se postavlja pitanje da li je apelantu koji je kao vjerska zajednica titular prava na slobodu vjeroispovijesti osporenom presudom Vrhovnog suda ta sloboda ograničena i da li je eventualno ograničenje bilo opravdano u smislu člana 9. stav 2. Evropske konvencije. Da bi to ograničenje bilo prihvatljivo, trebalo bi da bude propisano zakonom i neophodno u demokratskom društvu zbog postizanja jednog ili više legitimnih ciljeva koji su nabrojani u članu 9. stav 2. Evropske konvencije. Ustavni sud ukazuje na okolnost da je u postupku pred redovnim sudovima utvrđeno da je ostavilac u momentu smrti posjedovao sopstvenu imovinu, a da nije sačinio testament kojim bi imovinu ostavio apelantu. Shodno normama kanonskog prava redovnik je dužan da sačini testament kao pravnu radnju, da raspolaže sopstvenom imovinom koja bi bila pravno valjana u građanskopravnom smislu, a imovina fizičkog lica koji je istovremeno i redovnik po sili zakona, uključujući i norme kanonskog prava, nije imovina crkve. Vrhovni sud je imajući u vidu okolnosti koje su navedene, kao i apelantov ustavnopravni položaj, ocijenio da apelant nije uspio da dokaže da je na zakonit način stekao imovinu u smislu člana 23. Zakona o svojinsko-pravnim odnosima. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da osporenim presudom Vrhovnog suda kojom je odbijen apelantov tužbeni zahtjev nije došlo do «ograničavanja» apelantove slobode kao vjerske

zajednice u smislu člana 9. Evropske konvencije, pa samim tim nema potrebe da Ustavni sud razmatra ostale aspekte člana 9. Evropske konvencije.

Ustavni sud zaključuje da nije došlo do povrede apelantovog prava na poštovanje njegove slobode manifestovanja vjeroispovijesti shodno članu II/3g) Ustava Bosne i Hercegovine i članu 9. Evropske konvencije.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,  
broj AP 286/06 od 29. septembra 2007. godine)*