

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

PRAVNA MISAO

3 – 4

ožujak – travanj / mart – april
Sarajevo 2011.

Izdaje:

BOSNA I HERCEGOVINA
FEDERACIJA BOSNE I HERCEGOVINE
FEDERALNO MINISTARSTVO PRAVDE
ZAVOD ZA JAVNU UPRAVU
www.fmp.gov.ba

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

Redakcija časopisa:

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

Glavni i odgovorni urednik: mr. sc. Goran ŠIMIĆ

Izvršna urednica: Mirjana BAŠIĆ

Lektorica: Anita LAŠTRO

Produkcija: Federalno ministarstvo pravde

Štampa: "Štamparija Fojnica" d.d.

Za štampariju: Šehzija Buljina

DTP: Federalno ministarstvo pravde

Grafičko rješenje: Ice-net d.o.o. Sarajevo

Tiraž: 300 primjeraka

Časopis izlazi dvomjesečno.

ISSN 0555-0092

GODIŠNJA PRETPLATA:	Za organe i organizacije na teritoriji BiH	120,00 KM
	Za pojedince	100,00 KM
	Za studente i neuposlene	50,00 KM
	Za inostranstvo	200,00 KM

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

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

ID 4200785450004

Časopis "Pravna misao" je uvršten u Ulrichsweb Global Serials Directory.

SADRŽAJ

Uvodna riječ glavnog urednika		5
PREGLEDNI ZNANSTVENI RAD		
Prof.dr. Senad Mulabdić	Teorijski i praktični aspekti publicijanske tužbe	7
Dr. sc. Enes Bikić, doc. Mr. sc. Anita Petrović	Koncept potrošačkog ugovora u pravu Bosne i Hercegovine	37
Mr.sc. Slaviša Bjelogrić	Član 26. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima	65
STRUČNI ČLANAK		
Mr.sci.iur. Nermin Halilagić Mr.sci.iur. Senad Hasanspahić	Mjesto i uloga tužioca u prethodnom postupku prema Zakonu o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine	83
Mr.sc. Mirela Perić	Neovisnost sudstva u praksi Evropskog suda za ljudska prava u Strasbourgu	106
PRIKAZ		
Prof.dr.Branko Morait	Prikaz aktivnosti Foruma za građansko pravo za jugoistočnu Evropu	121
IZVJEŠTAJ		
Dipl. iur.Sanja Kavaz Hukić	Provedba Arhuške konvencije u zemljama Jadrana, Hrvatska, juni 2010. godine – juni 2011. godine	125
Dipl.iur. Đemaludin Mutapčić	Notari iz Bosne i Hercegovine u Međunarodnoj uniji notara	131
SUDSKA PRAKSA		
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine (Pripremio prof. dr. Miodrag N. Simović, predsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banja Luci)		132
Suda Bosne i Hercegovine (Pripremila Vesna Trifunović, sudija Suda Bosne i Hercegovine)		134
Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine (Pripremio Sead Bahtijarević, sudac Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine)		136
Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine (Pripremila mr. Ljiljana Filipović, sudija Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine)		138
Upute za autore		140

CONTENTS

Foreword of the Editor-in-Chief		5
ORIGINAL SCIENTIFIC PAPER		
Professor, Senad Mulabdić, D.Sc.	Theoretical and Practical Aspects of the Publician Claim	7
Enes Bikić, D.Sc Anita Petrović, M.S.	Concept of the Consumer Contract in the Law of Bosnia and Herzegovina	37
Slaviša Bjelogrić, M.S.	Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights	65
SCIENTIFIC REVIEW		
Nermin Halilagić, L.L.M Senad Hasanspahić, L.L.M.	Place and Role of the Prosecutor in the Preliminary Proceedings According to the Code of Criminal Procedure of Bosnia and Herzegovina	83
Mirela Perić, M.S.	Independence of Judiciary in the Practice of the European Court of Human Rights in Strasbourg	106
OVERVIEW		
Professor Branko Morait, Dr. Sc	Overview of the Activities of the Civil Law Forum for the South East Europe	121
REPORTS		
Sanja Kavaz Hukić, L.L.B	Implementation of the Aarhus Convention in the Countries of the Adriatic Sea, June 2010 – June 2011	125
Đemaludin Mutapčić, L.L.B	Notaries from Bosnia and Herzegovina Admitted to the International Union of Notaries	131
CASE LAW		
Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (Prepared by Professor Miodrag N. Simović, L.L.D., Chair of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and Full Professor of the Faculty of Law in Banja Luka)		132
Court of Bosnia and Herzegovina (Prepared by Vesna Trifunović, Judge of the Court of Bosnia and Herzegovina)		134
Constitutional Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina (Prepared by Sead Bahtijarević, Judge of the Constitutional Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina)		136
Supreme Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina (Prepared by Ljiljana Filipović, M.S., Judge of the Supreme Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina)		138
Instructions for authors		140

UVODNA RIJEČ GLAVNOG UREDNIKA

Poštovani čitatelji,

Kao što možete vidjeti, ovaj broj je izuzetno bogat različitim sadržajima, što nas sve zajedno može veseliti i obradovati jer nam pokazuje kako uistinu postoji potreba da se bavimo mnogim pitanjima od značaja za razvoj pravne teorije i prakse u Bosni i Hercegovini, a time i društva u cjelini. Sve više je sadržaja o kojima promišljamo, ali i sve više pišemo i iznosimo mišljenja o različitim pitanjima, od neovisnosti sudova do pravnog reguliranja u oblasti ekologije i zaštite okoliša, što predstavlja značajno saznanje.

U ovom broju pišemo o publicijanskoj tužbi. Ova tužba je pravno sredstvo zaštite stjecatelja, čiji je jedini problem što je individualno određenu stvar stekao od osobe koja nije njezin vlasnik.

Objavljujemo još jedan članak o zaštiti potrošača. Zaštita potrošača jedan je od principa s kojim se susreću zakonodavstva tržišno orijentiranih ekonomija, a posebno je naglašen i u pravnim propisima Europske unije. Čak što više, u pravnoj stečevini Europske unije izdvojio se poseban segment prava kojim se regulira oblast zaštite potrošača, odnosno *consumer acquis*. Ova zaštita potrošača se, u komunitarnom zakonodavstvu, ostvaruje najčešće pomoću direktiva, općih pravnih instrumenata koji ne djeluju izravno na privatnopravne subjekte, već obavezuju države-članice da svoje pravo harmoniziraju s pravilima sadržanim u direktivama. U oblasti *consumer acquis*-a, u većini slučajeva, donose se direktive minimalne harmonizacije kojima se propisuju minimalni standardi zaštite, s tim što države imaju slobodu normiranja i strožih zaštitnih mjera.

Imajući u vidu sva događanja u Bosni i Hercegovini vezana za presudu Europskog suda za ljudska prava u predmetu Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine, objavljujemo još jedan članak koji se bavi pitanjem jednakosti i nediskriminacije, ovaj put u svjetlu Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

Objavljujemo i članak o ulozi tužitelja u prethodnom postupku u svjetlu Zakona o kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini koji se bavi promijenjenom ulogom tužitelja, u odnosu na kazneni postupka kakav je bio prije donošenja toga zakona.

Bavimo se neovisnošću sudova kod nas. Ovaj put ga promatramo kroz prizmu prakse Europskog suda za ljudska prava i međunarodnih standarda koji vladaju u Europi, te njihovoj implementiranosti i stvarnim dosezima u Bosni i Hercegovini.

Konačno, bavimo se i pravom koje se odnosi na zaštitu okoline. Na žalost, iako je Bosna i Hercegovina zasigurno jedna od europskih bisera kada je u pitanju životna okolina i prirodne ljepote, svijest o važnosti očuvanja ovih vrijednosti kod ljudi koji žive u njoj je na vrlo niskoj razini. Osim toga, zakonski okvir za očuvanje tih ljepota i dobara nije na ništa višoj razini, budući nemamo čak niti zakone koji bi se bavili okolinom i životnom sredinom. Stoga je vrlo vrijedno promotriti inicijative na međunarodnoj razini koje, osobito u svjetlu ulaska Bosne i Hercegovine u Europsku uniju, reguliraju ova pitanja. Ako nije sramota, onda je uistinu žalosno gledati kristalno čiste vode naših rijeka zatrpane otpacima, neuređene deponije smeća, ugrožavanja izvora pitke vode i nemaran odnos prema našem najvećem blagu, neprocjenjivo vrijednoj životnoj okolini koju imamo. Na žalost, svijest ljudi koji žive u ovoj zemlji, nije na tako visokoj razini koja bi im omogućavala da se o njoj brinu s pažnjom. S druge strane, zabrinjavajuće je vidjeti kako se država Bosna i Hercegovina o tim bogatstvima brine s nemarom, nepažnjom i nedostatkom dugoročnog promišljanja koje bi vodilo ka brižnom iskorištavanju i očuvanju prirodnog bogatstva koje imamo. Nadati je se da ćemo u svjetlu pridruživanja Europskoj uniji, a to je jedno od važnih pitanja u pregovorima, usvojiti najviše standarde europskih zemalja i zaštititi i očuvati naša prirodna bogatstva.

Pišemo o Forumu za građansko pravo za jugoistočnu Europu. Cilj ovog foruma je izrada prijedloga i mišljenja za reformu i harmonizaciju nacionalnih zakonodavstava zemalja regije u oblasti građanskog i trgovačkog prava, te praćenje reformi u tim državama s akademskog i stručnog stanovišta.

U sudskoj praksi započinjemo s objavom sudske prakse Suda Bosne i Hercegovine.

Posebne čestitke upućujemo notarima u Bosni i Hercegovini koji su primljeni u Međunarodnu uniju notara.

E-mail: Goran.Simic@fmp.gov.ba

Facebook: Pravna Misao

Twitter: gsimic

mr.sc. Goran Šimić
glavni i odgovorni urednik

TEORIJSKI I PRAKTIČNI ASPEKTI PUBLICIJANSKE TUŽBE

pregledni znanstveni rad

UDK: 347.232.3

prof.dr. Senad Mulabdić*

Sažetak

Moderna evropska prava prihvatila su publicijansku tužbu kao pravno sredstvo zaštite savjesnog posjednika koji je po punovažnom pravnom osnovu i na zakonit način stekao stvar od otuđioca nevlasnika i imao sve uslove za sticanje vlasništva dosjelošću, da mu tuženi posjednik, bez pravnog osnova ili po slabijem pravnom osnovu, nije oduzeo stvar i tako spriječio dosjedanje. Publicijanskom tužbom može se poslužiti i vlasnik, ako nije u mogućnosti dokazati vlasništvo na nekretnini koja nije upisana u zemljišnu knjigu ili bi to dokazivanje bilo znatno otežano.

Ključne riječi

pravna priroda publicijanske tužbe, pravni osnov publicijanske tužbe, naziv tužbe i tužitelja, samostalan kvalifikovan posjednik, savjestan posjednik bez pravnog osnova, savjestan posjednik po slabijem pravnom osnovu

* Sudija Kantonalnog suda u Tuzli;
senad.mulabdic@pravosudje.ba

1. Uvod

U našoj sudskoj praksi, najveći broj vlasničkih sporova radi povrata u posjed oduzete ili protivpravno zadržane individualno određene pokretne i nepokretne stvari, raspravlja se i rješava primjenom publicijanske tužbe. Zakonsko rješenje polazi od toga da izostankom kumulativnih uslova za derivativno sticanje prava vlasništva samostalni kvalifikovani posjed stvara zakonsku pretpostavku vlasništva po kojoj se pretpostavlja da je bivši samostalni kvalifikovani posjednik pretpostavljeni vlasnik tražene stvari.¹ "Osoba koja je pribavila individualno određenu stvar po pravnom osnovu i na zakoniti način, a nije znala, niti je mogla znati da nije postala vlasnik stvari (pretpostavljeni vlasnik), ima pravo zahtijevati njen povraćaj i od savjesnog posjednika kod koga se ta stvar nalazi, bez pravnog osnova ili po slabijem pravnom osnovu."² Pravni osnov nije razlog što nije došlo do sticanja prava vlasništva, već je to pribavljanje stvari od nevlasnika. Od otuđioca nevlasnika može se steći samostalan kvalifikovan posjed koji je podoban da dovede do sticanja prava vlasništva redovnom dosjelošću.³

Publicijanska tužba ima značajne teorijske aspekte u pogledu kojih postoje različita zakonska i doktrinarna rješenja koja nisu u dovoljnoj mjeri naučno objašnjena, što može biti od uticaja na pravilnu primjenu tužbe u sudskoj praksi. Najznačajniji teorijski aspekti publicijanske tužbe odnose se na pravnu prirodu,

¹ Za sticanje prava vlasništva na nekretnini na osnovu pravnog posla moraju se istovremeno ispuniti sljedeće materijalne pretpostavke: vlasništvo otuđioca, punovažan pravni posao kao pravni osnov i upis u zemljišnu knjigu kao zakoniti način sticanja prava vlasništva. Kod sticanja prava vlasništva na pokretnoj stvari, takođe mora postojati vlasništvo otuđioca i punovažan pravni posao dok je zakoniti način sticanja predaja pokretne stvari u samostalan posjed sticaoca. Zakon o vlasničko-pravnim odnosima (ZOVO) ne određuje pojam samostalnog posjeda koji se izvodi iz definicije savjesnog posjeda. Samostalni posjednik je osoba koja posjeduje stvar (nepokretnu ili pokretnu), kao da je njezin vlasnik (npr. kupac, poklonoprimalac i slično), ili posjeduje pravo, kao da je nosilac tog prava.

² Vidjeti član 48. stav 1. Zakona o vlasničko-pravnim odnosima. Ovaj zakon je objavljen u Službenim novinama FBiH, broj 6/98 i 29/03 i stupio je na snagu 17.3.1998. godine.

³ Ako su pretpostavke za dosjelost ispunjene prije stupanja na snagu Zakona o zemljišnim knjigama (objavljen u Službenim novinama FBiH, broj 19/03 i 54/04 i stupio je na snagu 21.5.2003. godine), onda stečeno vlasništvo ostaje na snazi. Eventualan upis u zemljišnu knjigu ima samo deklaratorno dejstvo i o tome se obavještavaju treće osobe. Ukoliko su pretpostavke za dosjelost ispunjene nakon stupanja na snagu Zakona o zemljišnim knjigama, onda dosjeditelj vlasništvo stiče tek upisom u zemljišnu knjigu (član 89. stav 1. i 2. ZZK).

pravni osnov, naziv tužbe i tužitelja, te dejstvo donijete presude koje je različito i povoljnije za poraženog tuženog u publicijanskoj parnici, nego za poraženog tuženog u rei vindikacionoj parnici.

Praktični aspekt publicijanske tužbe odnosi se na pitanje da li postoji potreba da se publicijanska tužba zadrži kao pravno sredstvo zaštite i za nekretnine, imajući u vidu zakonsku obavezu knjiženja svih nekretnina i obaveznu uknjižbu stvarnih prava na nekretninama.⁴ Ovaj praktični aspekt bit će analiziran kroz ovlaštenje vlasnika da se posluži publicijanskom tužbom, kao i potrebu da se zaštiti savjestan sticalac koji je individualno određenu stvar pribavio od nevlasnika, a nije znao, niti je mogao znati da rokovi dosjeloosti nisu istekli, za slučaj da, protivno svojoj volji, izgubi posjed stvari prije isteka roka dosjeloosti.

U radu će se izložiti rješenja publicijanske tužbe u austrijskom i hrvatskom pravu, aktivno i pasivno legitimisane osobe za publicijansku tužbu u našem pravu, nova rješenja publicijanske tužbe u Zakonu o stvarnim pravima Republike Srpske (Službeni glasnik broj 124/08,58/09) i nova rješenja nacrta Zakona o stvarnim pravima u Federaciji Bosne i Hercegovine od 01.06.2005. godine.

2. Vlasnička tužba predmjevanog vlasnika u austrijskom pravu

Austrijsko pravo je preuzelo publicijansku tužbu iz pandektnog prava pod drugačijim nazivom. "Ako tužitelj ne može dovoljno da dokaže da je stekao vlasništvo stvari koja mu je oduzeta, ali dokaže tvrdi naslov i istinit način, po kojem je došao do posjeda njezinog, ima se on ipak držati za pravog vlasnika prema svakom posjedniku koji ne može pokazati nikakva naslova ili samo slabiji naslov posjeda svojeg."⁵ Svrha tužbe je da pruži sudsku zaštitu posjedniku određenog kvaliteta koji je, protivno svojoj volji, izgubio posjed pokretne i nepokretne stvari prije isteka roka dosjeloosti, kao i pravom vlasniku stvari koji ne može potpuno dokazati svoje vlasništvo ili bi to dokazivanje bilo znatno otežano na nekretnini koja nije upisana u zemljišnu knjigu. "Tužba pripada ranijem posjedniku stvari koji je imao zakonit, istinit i pošten posjed, ali ipak ne kao kod stroge vlasničke tužbe protiv svakog posjednika, nego samo protiv pravno slabijeg sadašnjeg posjednika."⁶

⁴ Vidjeti član 6. i 8. ZZK.

⁵ Vidjeti paragraf 372.AGZ.

⁶ Ehrenzweig, A. (1957) System des osterreichischen Privatrechts, Bd. I. Sachenrecht. Wien, str. 298.

U situaciji kada ni jedna od parničnih stranaka, u sudskom postupku, ne može dokazati da je vlasnik sporne stvari, sud je u obavezi da utvrdi kvalitet i kvalifikaciju posjeda svakog učesnika u sporu i da pruži sudsku zaštitu onoj strani koja dokaže relativno bolje stvarno pravo na posjed stvari. "Ta tužba štiti takozvano relativno bolje pravo."⁷ Zapravo se radi o jednoj stvarnoj tužbi sa ograničenim relativnim djelovanjem koja pravno reguliše one slučajeve kada stvarni vlasnički odnosi ostaju pravno nerazjašnjeni, kao i kada bolje ovlašćeni vlasnik nadvlada slabijeg, iako je sigurno da on nije vlasnik. "Razlozi idu dalje i traže da publicijanska tužba bude koncipirana kao stvarna tužba koja ne počiva ni na kakvom apsolutnom stvarnom pravu."⁸

Tužba je efikasna protiv sadašnjeg tuženog posjednika bez pravnog naslova i po slabijem pravnom naslovu. "Ona treba da brani bolje ovlašćenog vlasnika od slabijeg ovlašćenog vlasnika."⁹ Sadašnji tuženi posjednik tražene stvari bez pravnog naslova je onaj koji je tužitelju oduzeo stvar silom, prevarom ili zloupotrebom povjerenja. Takav manljiv posjed, bez obzira koliko dugo vremenski traje, ne može nikada dovesti do sticanja prava vlasništva redovnom, niti vanrednom dosjelošću jer je istovremeno nezakonit i nepošten.

Kada tužitelj ima istovremeno sve odgovarajuće kvalitete posjeda dok tuženi nema neki od potrebnih kvaliteta posjeda, prihvaćen je veći broj relativnih kriterija za presuđenje spora. "Dakle, ako tuženi posjeduje stvar na nepošten ili nezakonit način, ako ne može pokazati nikakvog prednika ili samo sumnjivoga ili, ako je stekao stvar besplatno, a tužitelj naplatno, tada mora da je ustupi tužitelju."¹⁰ "U propisu je sadržano pravilo kojem se dopunjuje pravilo iz paragrafa 372.; navode se naime kriteriji, kako će se odlučiti o sukobu između jačeg i slabijeg naslova."¹¹

Prema prvom kriteriju, tuženi ima slabiji naslov ako je njegov posjed nezakonit, neistinit ili nepošten. Prema drugom kriteriju, i onda kada je posjed tuženog istovremeno zakonit, istinit i pošten, njegov je pravni naslov slabiji ako ne može pokazati nikakvog prednika ili samo sumnjivoga, ili ako je tuženi pribavio stvar besplatno, a tužitelj naplatno.

⁷ Ehrenzweig, A. op.cit., str. 298.

⁸ Apathy, P. (1981) Die Publizianische klage. Wien, str. 41.

⁹ Apathy, P. op. cit., str. 52.

¹⁰ Vidjeti paragraf 373. AGZ.

¹¹ Vuković, M. (1955) Opći Građanski zakonik sa novelama i ostalim naknadnim propisima. Zagreb: Školska knjiga, str. 78.

3. Vlasnička tužba predmjevanog vlasnika u hrvatskom pravu

Republika Hrvatska donijela je potpuno novi Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima kojim je bitno kvalitetnije riješeno pitanje zaštite predmjevanog vlasnika u odnosu na ranije preuzeti Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima. Prema sadržaju zakonskog propisa može se zaključiti da je ova tužba u hrvatskom pravu u velikoj mjeri koncipirana po uzoru na Austrijski građanski zakonik. "Onoga tko u postupku pred sudom ili drugim nadležnim tijelom dokaže pravni temelj i istinit način svoga stjecanja stvari, smatrat će se vlasnikom te stvari (predmjevani vlasnik) prema osobi koja stvar posjeduje bez pravnog temelja ili na slabijem pravnom temelju."¹²

Ovu tužbu uspješno može podnijeti predmjevani vlasnik ako dokaže da je prije podnošenja tužbe imao zakonit i istinit posjed, uz neoborenu zakonsku predmjevu poštenog posjeda. "Stoga što uspješna publicijanska tužba daje jednak rezultat kao i rei vindikacija, to će se i vlasnik stvari redovno služiti publicijanskom tužbom umjesto rei vindikacijom, što pojednostavljuje dokazivanje vlasništva."¹³ Zakonska predmjeva vlasništva djeluje samo relativno u konkretnom parničnom postupku prema tuženom posjedniku koji traženu stvar posjeduje bez pravnog temelja ili po slabijem pravnom temelju. Tužba nije efikasna protiv tuženog posjednika koji je dokazao pravo vlasništva na istoj stvari, niti u sporu između dva predmjevana vlasnika protiv tuženog posjednika koji je dokazao jači ili jednako jak pravni temelj posjeda. U ovom slučaju tražena stvar će ostati u posjedu tuženog posjednika.

Po uzoru na austrijsko pravo, propisan je veći broj relevantnih kriterija za presuđenje spora. "Predmjevanom će vlasniku, na njegov zahtjev, predati posjed stvari posjednik koji nema pravni temelj posjedovanja ili je slabiji time što mu je posjed nepošten ili nezakonit, ili što ne može označiti svojega prednika ili može samo sumnjivoga, ili što je stekao posjed stvari besplatno, a onaj koji zahtijeva posjed bio ga je stekao naplatno; no neće mu trebati predati posjed stvari posjednik koji ima jednako jak pravni temelj kao on."¹⁴

¹² Vidjeti članak 166. stav 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. Narodne novine broj 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09.

¹³ Gavella, N. (1998) Stvarno pravo. Zagreb: Informator, str. 453.

¹⁴ Vidjeti članak 166. stav 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

4. Pravna priroda publicijanske tužbe

Ovo pitanje je najznačajniji teorijski aspekt publicijanske tužbe od koga zavisi pravni osnov tužbe, naziv tužbe i tužitelja, te dejstvo donijete presude u publicijanskoj parnici. Da bi se dao pravilan odgovor na ovo suštinsko pitanje, potrebno je prethodno izložiti pravno relevantne okolnosti od kojih zavisi pravna priroda publicijanske tužbe. To su priroda publicijanskog zahtjeva, mjesto koje tužba zauzima u sadržaju Zakona o vlasničko-pravnim odnosima, predmet zaštite i da li je podnošenje tužbe sudu ograničeno zakonskim rokovima. Za određivanje pravne prirode publicijanske tužbe bitno je i poređenje sa posjedovnom tužbom, zbog protivpravnog oduzimanja posjeda i sa rei vindikacionom tužbom.

4.1. Priroda publicijanskog zahtjeva

Publicijanskim zahtjevom traži se povrat stvari u slučaju oduzimanja ili protivpravnog zadržavanja. Ovlaštena osoba, za podnošenje tužbe, može zahtijevati povrat individualno određene stvari, neovisno od toga da li se radi o pokretnoj ili nepokretnoj stvari. Zahtjev za povrat stvari u posjed je vlasnički i može se zasnivati na pravu vlasništva ili jačem pravu na posjed stvari.¹⁵ Publicijanski zahtjev za povrat stvari u posjed je po svojoj prirodi vlasnički pa je i publicijanska tužba, putem koje se postavlja takav zahtjev, po svojoj pravnoj prirodi vlasnička tužba. Shodno tome, i rei vindikacioni zahtjev je po svojoj pravnoj prirodi vlasnički, zbog čega je i rei vindikaciona tužba vlasnička tužba. Zahtjevi koji nisu utemeljeni na pravu vlasništva ili jačem pravu na posjed stvari, već na nekom drugom pravnom osnovu, nisu vlasnički zahtjevi, zbog čega je u takvim parnicama isključeno raspravljanje o pravnim pitanjima. Time se potvrđuje da pravna priroda tužbe zavisi, između ostalog, od prirode tužbenog zahtjeva koji se postavlja u tužbi kao dispozitivnoj parničnoj radnji.

Dok je ovlaštena osoba za podnošenje publicijanske tužbe u posjedu stvari, bilo neposrednom ili posrednom, nema potrebe da zahtijeva sudsku zaštitu. Do tada je u mogućnosti da ostvaruje pravna ovlaštenja koja joj daju pravo da stvar posjeduje, da je koristi i raspolaze u skladu sa njenom prirodom i namjenom. Onog momenta, kada protivno svojoj volji izgubi neposredan ili posredan

¹⁵ Od vlasničkog zahtjeva za povrat stvari u posjed treba razlikovati obligacioni zahtjev za predaju stvari u posjed, kojim se putem suda zahtijeva prinudno ispunjenje preuzete ugovorne obaveze koja nije izvršena u roku dospelosti. Vlasnički zahtjev nije ograničen prekluzivnim niti zastarnim rokovima dok obligacioni zahtjev zastarijeva u opštem zastarnom roku od pet godina.

posjed individualno određene stvari, za nju nastaje ovlaštenje da može istaći publicijanski zahtjev kao subjektivno pravo. Iako su samostalan kvalifikovan posjed i publicijanski zahtjev subjektivna prava, publicijanski zahtjev nije samostalan jer on postoji samo i dotle dok postoji samostalan kvalifikovan posjed iz koga se izvodi i kojim se štiti.

Vlasnički zahtjev ostvaruje se isključivo u sudskom parničnom postupku. Aktivno legitimisana osoba za podnošenje publicijanske tužbe nije ovlaštena ostvarivati svoj vlasnički zahtjev putem ofanzivne samopomoći. Samopomoć je dopuštena samo posjedniku, ali ne i osobi koja ima pravo na posjed stvari. Na ovaj način, podnošenjem publicijanske tužbe, ostvaruje se usklađivanje faktičke vlasti sa pravnom vlasti na stvari. Nedopušteno ostvarivanje vlasničkog zahtjeva, putem ofanzivne samopomoći, ima za posljedicu smetanje posjeda pa će sud posjedniku dosuditi protivpravnu oduzetu stvar u posjedovnoj parnici.

Publicijanski zahtjev je kondemnatornog karaktera kojim se jedino može tražiti povrat stvari u posjed, a ne i priznanje pretpostavljenog vlasništva, niti utvrđenje jačeg prava na posjed stvari. Izreka presude glasi isključivo da je tuženi dužan izvršiti povrat stvari u posjed tužitelju, ako sud ocijeni da je postavljeni zahtjev osnovan. "Vlasnik će od neposrednog posjednika svoje stvari zahtijevati da mu taj preda stvar u neposredan posjed. Od posrednog posjednika će zahtijevati da mu taj prepusti posredan posjed stvari, ustupivši mu onaj zahtjev prema neposrednom posjedniku koji daje posrednu vlast na stvar."¹⁶

Kada je tužilac vlasnički zahtjev za povrat stvari u posjed postavio u obliku vlasničke tužbe, sud će presudu zasnovati na svojoj pravnoj kvalifikaciji da li je zahtjev po svojoj prirodi vlasnički ili se zasniva na nekom drugom pravnom osnovu. Sud u postupku primjenjuje materijalno pravo po vlastitoj ocjeni i nije vezan za navode stranaka u pogledu materijalnog prava. Nije odlučno ono što je tužilac naveo kao pravni osnov zahtjeva za povrat stvari, već će sud na osnovu utvrđenih činjenica i svoje pravne kvalifikacije konačno prosuditi da li je zahtjev vlasničke prirode. Nevezanost suda za pravni osnov tužbenog zahtjeva nema za cilj samo da tužilac ne izgubi spor zbog pogrešno navedene pravne kvalifikacije, već i da se spriječi da se sud vezuje tužbenim zahtjevom koji po svojoj prirodi nije vlasnički. To su osnovni razlozi zbog čega je prihvaćeno da je pravni osnov tužbe samo fakultativan element tužbe.

¹⁶ Gavella, N. (1981) Sadržaj vlasničkog rei vindikacijskog i publicijanskog zahtjeva, te posjednikovih protuzahjjeva. Privreda i pravo br. 12, str. 21.

4.2. Mjesto koje publicijanska tužba zauzima u sadržaju zakona o vlasničko-pravnim odnosima i predmet zaštite

Publicijanska tužba je sadržana u glavi III Zakona o vlasničko-pravnim odnosima koja reguliše zaštitu prava vlasništva i jačeg prava na posjed stvari putem vlasnički tužbi. Primjena konkretne vlasničke tužbe zavisi od prirode povrijeđenog prava. Sve dok je subjektivno pravo povrijeđeno, nosiocu prava pripada odgovarajući vlasnički zahtjev, kao još jedno subjektivno pravo koje proizilazi iz povrijeđenog prava. Ponovnim vraćanjem stvari u posjed podnosiocu vlasničke tužbe, otklanja se povreda prava i time prestaje vlasnički zahtjev.

Rei vindikacionom tužbom štiti se povrijeđeno pravo vlasništva. Sadržaj prava vlasništva čine tri pravna ovlaštenja: pravo vlasnika da svoju stvar posjeduje, da je koristi i sa njome slobodno raspolaže. Vlasnik ovu tužbu podnosi kada je treća osoba oduzela posjed stvari, tako da nije u mogućnosti da vrši odgovarajuće pravno ovlaštenje. Nasuprot tome, publicijanskom tužbom štiti se jače pravo na posjed stvari u odnosu na pravno slabiji posjed protivne stranke.

4.3. Nezastarjelost publicijanskog zahtjeva za povrat stvari - posjed

Pravo na podnošenje publicijanske tužbe ne zastarijeva. Publicijanski zahtjev je po svojoj prirodi vlasnički i sa njime će podnosilac tužbe uspjeti protiv svakog pravno slabijeg posjednika koji traženu stvar posjeduje bez pravnog osnova ili po slabijem pravnom osnovu. Podnosilac publicijanske tužbe neće uspjeti sa zahtjevom samo protiv osobe koja je protekom vremena stekla pravo vlasništva na traženoj stvari osnovom dosjelogosti. Iako publicijanski zahtjev ne prestaje nevršenjem, on prestaje ako i kada tuženi posjednik dokaže da je stekao vlasništvo na traženoj stvari po samom zakonu. "Vlasnička tužba ne zastarijeva dok netko drugi nije dosjeo predmet vlasništva."¹⁷ Nezastarjelost publicijanskog vlasničkog zahtjeva, između ostalog, opredjeljuje pravnu prirodu publicijanske tužbe kao vlasničke tužbe.

¹⁷ Odluka Vrhovnog suda Hrvatske, Rev. 1300/61. od 28.12.1961. godine, Žuvela, M. (1990) Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima sa komentarom i sudskom praksom, Zagreb: Narodne novine, str. 197.

4.4. Razlikovanje publicijanske tužbe od tužbe zbog smetanja posjeda protivpravnim oduzimanjem posjeda

Za određivanje pravne prirode publicijanske tužbe nužno je i poređenje sa posjedovnom tužbom, zbog protivpravnog oduzimanja posjeda i dosta sličnog posjedovnog zahtjeva za vraćanje oduzetog posjeda sa vlasničkim zahtjevom za povrat stvari. Razlika između publicijanske tužbe i tužbe zbog smetanja posjeda protupravnim oduzimanjem posjeda je u pravnom osnovu kondemnatornog zahtjeva i različitom dejstvu donijete odluke. Pravni osnov posjedovne tužbe su činjenice posljednjeg stanja posjeda i nastalog smetanja, zbog čega je raspravljanje u posjedovnoj parnici ograničeno samo na činjenična pitanja. U vlasničkoj parnici se raspravlja i odlučuje o bitnome - o zaštiti povrijeđenog prava vlasništva ili o zaštiti jačeg prava na posjed stvari. Kada se publicijanka tužba poredi sa posjedovnom tužbom zbog protivpravnog oduzimanja posjeda, onda je prema njoj, po svojoj pravnoj prirodi, vlasnička tužba.

Zbog ograničenog predmeta dokazivanja u posjedovnoj parnici i odluka suda, ima privremeni karakter i njome se ne rješava konačno spor između stranaka. Tužilac, kome je oduzeta stvar vraćena u posjedovnoj parnici, može biti obavezan u vlasničkoj parnici da istu stvar vrati podnosiocu vlasničke tužbe ako je sud utvrdio da nema pravo na posjed stvari ili da ima slabije pravo na posjed stvari.

4.5. Razlikovanje publicijanske tužbe od rei vindikacione tužbe

Za pravilno određivanje pravne prirode publicijanske tužbe bitno je i poređenje sa rei vindikacionom tužbom. Objе ove tužbe, po svojoj pravnoj prirodi, su vlasničke, jer su publicijanski i rei vindikacioni zahtjev za povrat stvari u posjed, po svojoj prirodi vlasnički, i jasno se razlikuju od ostalih zahtjeva koji nisu vlasnički. "Za razliku od rei vindikacione tužbe, publicijanska tužba nije prava vlasnička tužba."¹⁸ Ove dvije vlasničke tužbe međusobno se razlikuju po pravnom osnovu vlasničkog zahtjeva za povrat stvari u posjed i različitom dejstvu donijete presude.

Pravni osnov rei vindikacione tužbe je pravo vlasništva dok je pravni osnov publicijanske tužbe jače pravo na posjed stvari. Shodno tome, vlasnički

¹⁸ Momčinović, H. (1990) Zaštita prava vlasništva. Zakonitost 9-10, str. 1084.

zahtjev za povrat stvari u posjed, po svojoj prirodi, može biti pravi vlasnički zahtjev (rei vindikacioni) i nepravi vlasnički zahtjev (publicijanski).

Tužitelj koji je dobio rei vindikacionu parnicu je vlasnik stvari prema svim trećim osobama. Presuda donijeta povodom rei vindikacione tužbe ima apsolutno djelovanje. Presuda donijeta povodom publicijanske tužbe ima relativno djelovanje, samo prema pravno slabijem posjedniku tražene stvari.

4.6. Doktrinarno shvatanje pravne prirode publicijanske tužbe

Prema vladajućem shvatanju pravne doktrine, publicijanska tužba je po svojoj pravnoj prirodi vlasnička, a ne posjedovna.¹⁹ Ova shvatanja polaze od toga da se publicijanskom tužbom štiti samostalni kvalifikovani posjed i jače pravo na posjed tražene stvari prema svakom slabijem posjedniku, zbog čega tužba pruža istu vlasničku zaštitu kao vlasniku rei vindikaciona tužba. Razlika je samo u pogledu dokazivanja materijalnih pretpostavki koje se traže za uspješno podnošenje tužbe.

Ima i mišljenja da je publicijanska tužba po svojoj pravnoj prirodi, u suštini, posjedovna. "Postoji još i jedna državinska tužba sa svojinskim osnovom koja se takođe upotrebljava za zaštitu svojine, a takođe potiče iz rimskog prava: publicijanska tužba (actio Publiciana)"²⁰ "S tim u vezi smatramo da je ispravno gledište onih pravnih autora po kojima je publicijanska tužba, u suštini, državinska tužba, polazeći od toga da nije uslovljena dokazivanjem prava svojine, nego samo državnine, i to ne državnine kao isključivo faktičke vlasti, već prava na državinu."²¹

Polazeći od toga da je samo jedno od ova dva suprotna shvatanja ispravno, u pogledu pravne prirode publicijanske tužbe, potrebno je zauzeti konačan stav

¹⁹ Korlaet, R. (1972) Actio Publiciana. Odvjetnik 5-6, str. 190.; Korlaet, R. (1982) Zaštita prava vlasništva po propisima Zakona o osnovnim vlasničko-pravnim odnosima. Odvjetnik 11-12, str. 23. Stojanović, D. - Georgiev, D. (1980) Komentar Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima. Beograd: Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SFRJ OOUR "Knjiga ", str. 105.; Vedriš, M. - Klarić, P. (1996) Građansko pravo II izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Zagreb: Narodne novine, str. 226.; Napijalo, D. (1981) Nekoliko misli o Actio Publiciani. Advokatura br. 3., str. 39.; Vizner, B. (1980) Komentar Zakona o osnovnim vlasničko-pravnim odnosima. Zagreb: Narodne novine, str. 280.

²⁰ Gams, A. (1971) Osnovi stvarnog prava, VI dopunjeno izdanje. Beograd: Naučna knjiga, str. 323.

²¹ Jerković, J. (1982) Zaštita prava svojine po novom Zakonu o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima. Glasnik advokatske komore Vojvodine br. 3, str. 18.

da bi se pravilno utvrdio pravni osnov tužbe, naziv tužbe tužitelja i procesna dejstva tužbe koja se različito ispoljavaju između istih stranaka u publicijanskoj i rei vindikacionoj parnici.

4.7. Konačan stav o pravnoj prirodi publicijanske tužbe

Uzimajući u obzir da je publicijanski zahtjev za povrat stvari u posjed, po svojoj prirodi vlasnički, da je publicijanska tužba sadržana u odredbama Zakona o zaštiti prava vlasništva i da se njome štiti izgubljeni samostalni kvalifikovani posjed i jače pravo na posjed stvari, da publicijanski zahtjev nije vremenski ograničen zakonskim zastarnim niti prekluzivnim rokovima, te iznijetih razlika između publicijanske tužbe i tužbe zbog smetanja posjeda kao i rei vindikacione tužbe, smatramo da je publicijanska tužba, po svojoj pravnoj prirodi, neprava vlasnička tužba sa jačim posjedovnim osnovom čiji je isključivi cilj povraćaj stvari u posjed. Pogrešno je shvatanje da je publicijanska tužba, po svojoj pravnoj prirodi, posjedovna tužba sa vlasničkim osnovom jer takav zaključak ne proizilazi iz izloženih relevantnih okolnosti koje opredjeljuju njenu pravnu prirodu.

Zaštita posjeda po osnovu prava na posjed je petitornog karaktera pa se u ovim sporovima raspravlja o svim pitanjima koja se tiču prava na stvar, kao što je utvrđivanje jačeg pravnog osnova na posjed stvari. Petitorni karakter publicijanske tužbe ne dovodi se u pitanje, ni onda kada je tužitelj tražio povraćaj stvari, ali je istovremeno u tužbi ili do zaključenja glavne rasprave izjavio da je voljan, umjesto tražene stvari, primiti određeni iznos jer će sud, ako usvoji zahtjev, izreći izrekom presude da se tuženi može osloboditi obaveze povrata stvari ako plati taj novčani iznos (fakultativni zahtjev). Takav zahtjev ne postoji kad je tužitelj tražio povraćaj stvari ili isplatu njene vrijednosti (alternativni zahtjev) i u toku parnice primi dio novčanog iznosa jer tada ne može više tražiti povrat stvari, s obzirom da se pristankom da primi novčani iznos očito opredijelio za drugi alternativni zahtjev.

5. Pravni osnov tužbe

Pravni osnov publicijanske tužbe je ono na čemu se zasniva i od čega zavisi uspjeh podnosioca tužbe. U rimskom pravu, *actio Publiciana in rem* zasnivala se na fikciji kao da je rok dosjelogosti već istekao i da su bonitarni vlasnik i savjesni posjednik već postali civilni vlasnici dosjelošću, u momentu podnošenja tužbe sudu. Tek ustanovljenjem *actio Publiciana in rem* sa fikcijom dosjelogosti, kao osnovom tužbe, bonitarni vlasnik i savjesni posjednik imali su ovlaštenje da

traže povrat stvari kao da je njihovo civilno vlasništvo u momentu podnošenja tužbe. Zbog toga se ova tužba u rimskom pravu nazivala i fiktivnom tužbom.

Zakon o vlasničko-pravnim odnosima, kao i raniji Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima i Zakon o osnovama vlasničkih odnosa, prihvatio je rješenje da je osnov publicijanske tužbe pretpostavljeno vlasništvo. Ovakvo zakonsko rješenje nije prihvaćeno u pravnoj nauci i sudskoj praksi, zbog čega ovaj značajan teorijski problem treba adekvatno naučno postaviti i razriješiti, jer od toga zavisi pravilan naziv tužbe i tužitelja.

5.1. Pretpostavljeno vlasništvo kao osnov publicijanske tužbe

Podnosilac publicijanske tužbe može se uspješno pozvati na zakonsku pretpostavku vlasništva sa ofanzivnim djelovanjem ako predhodno dokaže da je, prije podnošenja tužbe, imao zakonit i istinit posjed stvari uz neoborene zakonske pretpostavke o postojanju savjesnog i samostalnog posjeda. Takav samostalni kvalifikovani posjednik može, u publicijanskoj parnici, uspjeti samo prema pravno slabijem posjedniku koji traženu stvar posjeduje bez pravnog osnova ili po slabijem pravnom osnovu. Zakonska pretpostavka vlasništva ne djeluje izvan parničnog postupka niti u njemu samom protiv tuženog posjednika koji je dokazao da traženu stvar posjeduje po jačem pravnom osnovu ili jednakom pravno osnovu kao i tužitelj.

5.2. Doktrinarno shvatanje pravnog osnova publicijanske tužbe

Do stupanja na pravnu snagu Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima, na teritoriji ranije države primjenjivao se bivši OGZ kao važeće materijalno pravo koje je regulisalo ovu tužbu u paragrafu 372.-374. Dugotrajna primjena bivšeg OGZ-a imala je veliki uticaj da se prihvate rješenja ove tužbe iz austrijskog prava i u našem pravu. Zbog toga je i sada, u oba pravna sistema, tužba zasnovana na istom pravnom osnovu iz koga proizilazi identičan naziv tužbe i tužitelja. Međutim, od kada je u austrijskom pravu Josef Unger osporio da je tužba iz paragrafa 372.-374. AGZ zaista tužba iz pretpostavljenog vlasništva, smatrajući da se tu radi o jačem pravu na posjed stvari, a u ranijoj jugoslovenskoj literaturi široko je bilo zastupljeno shvatanje da se publicijanskom tužbom štiti jače pravo na posjed stvari.

U pravnoj doktrini kritikuje se zakonsko rješenje pravnog osnova publicijanske tužbe i iznosi mišljenje da osnov ove tužbe nije pretpostavljeno vlasništvo.

tvo, već posjed podoban za redovnu dosjelost.²² Posjed koji je podoban da dovede do sticanja prava vlasništva redovnom dosjelošću, naziva se samostalan kvalifikovan posjed. Za određivanje pravnog osnova publicijanske tužbe bitna je i vrsta vlasničkog spora. Pasivno legitimisane osobe u publicijanskoj parnici mogu biti savjestan posjednik bez pravnog osnova, savjestan posjednik po slabijem pravnom osnovu i nesavjestan posjednik bez pravnog osnova. Polazeći od kriterija vrste vlasničkog spora i pasivno legitimisanih osoba u publicijanskoj parnici, pravni osnov publicijanske tužbe može biti samo kvalifikovan posjed iz koga se izvodi jače pravo na posjed stvari ili istovremeno kvalifikovan posjed i jače pravo na posjed stvari.

5.2.1. Kvalifikovan posjed

U vlasničkom sporu, između samostalnog kvalifikovanog posjednika i nekvalifikovanog posjednika (savjesnog posjednika bez pravnog osnova i nesavjesnog posjednika bez pravnog osnova), podnosilac publicijanske tužbe treba da dokaže postojanje zakonitog i istinitog posjeda dok se savjestan i samostalan posjed, po zakonu, pretpostavljaju u korist tužitelja. Samostalni kvalifikovani posjednik, protiv takvog pravno slabijeg tuženog, ne treba da dokazuje jače pravo na posjed stvari jer se ono izvodi, odnosno proizilazi iz dokazanog kvaliteta posjeda tužitelja. U publicijanskoj parnici, sud mora utvrditi kvalitet i kvalifikaciju posjeda svakog učesnika u sporu da bi mogao pravilnom primjenom materijalnog prava riješiti spor. Ako tužitelj nije dokazao postojanje navedenih činjenica – kvaliteta posjeda, onda nema ni aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe. "U slučaju kada tuženi drži stvar bez pravnog osnova, u dosadašnjoj sudskoj praksi nije bilo problema pa neće biti ni ubuduće. Međutim, kada tuženi, suprostavljajući se tužbenom zahtjevu, ističe svoju kvalifikovanu državinu (zakonitu i savesnu), onda nastaje procesna i materijalna situacija koju karakteriše sukobljavanje pravnih osnova parničnih stranaka na državinu stvari."²³

5.2.2. Kvalifikovan posjed i jače pravo na posjed stvari

U vlasničkom sporu između dva samostalna kvalifikovana posjednika (tužitelja kao bivšeg posjednika i tuženog kao sadašnjeg posjednika), osnov publicijanske tužbe nije samo kvalifikovan posjed, već istovremeno i jače pravo na

²² Stanković, O.-Orlić, M. (1996) *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos, str. 139.; Stojanović, D. - Georgiev, D, op.cit., str. 106.

²³ Jerković, J. op.cit, str, 18.

posjed stvari koje mora dokazati tužitelj. "Ako su oba posjeda (i tužitelj i tuženik) kvalifikovani, odlučna je činjenica čiji je osnov pravno jači."²⁴ Tužitelj koji je dokazao da je prije podnošenja tužbe imao zakonit i istinit posjed, mora dokazati i da je traženu stvar stekao teretno (ugovor o kupoprodaji), u odnosu na tuženog posjednika koji istu stvar stekao besteretno (ugovor o poklonu). Zbog tog smatramo da je, u složenom vlasničkom sporu između dva samostalna kvalifikovana posjednika, osnov publicijanske tužbe istovremeno kvalifikovan posjed i jače pravo na posjed stvari. Bez dokazanog zakonitog i istinitog posjeda i dokazanog jačeg prava na posjed stvari, nema ni uspjeha u ovom vlasničkom sporu.

5.3. Shvatanje sudske prakse o pravnom osnovu tužbe

U odlukama jugoslovenskih sudova, navodi se da je sud vlasnički spor, radi povrata stvari u posjed, raspravio i razriješio primjenom publicijanske tužbe na osnovu jačeg prava na posjed stvari. "Lice koje je ugovorom pribavilo nekretnine iz društvene svojine u zamjenu za eksproprisane nekretnine, ovlašteno je od fizičkog lica koje nekretnine date u zamjenu drži bez valjanog pravnog osnova da zahtijeva predaju, pozivajući se na jače pravo na posjed."²⁵ "Ugovor o prodaji tuđe stvari obavezuje samo prodavca. Vlasnika se taj ugovor ne tiče pa ima pravo da traži predaju stvari, bez obzira kod koga se nalazi. To pravo pripada i licu koje ima jače pravni osnov od savesnog posednika."²⁶ "Za prihvaćanje tužbenog zahtjeva, za predaju u posjed nije dovoljno utvrditi da tuženici drže stvar bez pravnog osnova, već tužitelj mora dokazati i svoje pravo vlasništva ili barem jače pravo na posjed stvari."²⁷

5.4. Konačan stav o pravnom osnovu tužbe

Prije zauzimanja konačnog stava o pravnom osnovu publicijanske tužbe, treba imati u vidu da bi samostalni kvalifikovani posjednik po redovnom toku događaja, da mu tuženi posjednik nije oduzeo posjed stvari prije isteka roka dosjeloosti, stekao prava vlasništva redovnom dosjelošću, neovisno od toga što je

²⁴ Napijalo, D. op.cit. str. 39.

²⁵ Presuda Vrhovnog suda BiH, Rev-296/85 od 16.4.1987.godine, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda BiH broj 2/1987, str. 16.

²⁶ Odluka Vrhovnog suda BiH, Rev-159/87 od 17. 12. 1987.,Sudska praksa, broj 2/89, str. 39.

²⁷ Odluka Vrhovnog suda Hrvatske, Rev.597/83 od 15. 2. 1984.godine, Žuvela, M., str. 198.

individualno određenu stvar pribavio od nevlasnika, kao i osnovno pravilo publicijanske tužbe da tužitelj može dobiti parnicu, samo ako u konačnoj ocjeni dokaže jači pravni osnov na posjed stvari. Uzimajući u obzir ove pravo relevantne činjenice, smatramo da pravni osnov publicijanske tužbe nije pretpostavljeno vlasništvo, već samostalan kvalifikovan posjed i jače pravo na posjed stvari. Tako prihvaćen pravni osnov publicijanske tužbe je u mogućnosti da adekvatno izrazi suštinu publicijanske tužbe kojom se štiti nedobrovoljno izgubljeni samostalni kvalifikovani posjed i jače pravo na posjed iste stvari. Opravdano se može kritikovati zakonsko rješenje da je osnov publicijanske tužbe pretpostavljeno vlasništvo, tim prije što se ova zakonska pretpostavka vlasništva izvodi upravo iz postojanja samostalnog kvalifikovanog posjeda. Osnov tužbe nije ono što se pretpostavlja, već pravno relevantne činjenice koje se moraju dokazati da bi se dobio vlasnički spor. Zbog navedene argumentacije, smatramo da je pravilno doktrinarno shvatanje pravnog osnova publicijanske tužbe koje ima uporište i u sudskoj praksi.

6. Naziv tužbe i tužitelja

Zakon o vlasničko-pravnim odnosima, kao i prethodna dva zakona u istoj materiji, naziva publicijansku tužbu iz rimskog prava tužbom iz pretpostavljenog prava vlasništva, a tužitelja pretpostavljenog vlasnika. "Naziv tužbe nije potpuno točan jer se kod publicijane ne radi ni o presumiranom ni o postojećem vlasništvu. Publicijanskom se tužbom štiti jače pravo na posjed."²⁸

Polazeći od toga da osnov publicijanske tužbe nije pretpostavljeno vlasništvo, pogrešno je ovu tužbu nazvati tužbom iz pretpostavljenog prava vlasništva, a tužitelja pretpostavljenim vlasnikom. Zbog toga su opravdane kritike koje su upućene na naziv tužbe i tužitelja koji ne označava adekvatnu suštinu tužbe. "Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima tužioca naziva pretpostavljenim vlasnikom. I jedan i drugi naziv zaslužuju kritiku jer osnov tužbe nije pretpostavljena svojina, već državina podoban za održaj, a tužilac nije pretpostavljeni vlasnik, već uzukapioni držalac."²⁹ "Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima tužioca naziva pretpostavljeni vlasnik. S pravom se kritikuje ovakav naziv jer se radi o uzukapionom držaocu."³⁰ "Ovo je tužba iz osnova jačeg prava na

²⁸ Vedriš, M. - Klarić, P. op.cit., str. 225.

²⁹ Stanković, O. - Orlić, M. op.cit., str. 191.

³⁰ Rašović, Z. (1984) Zaštita stvarnih prava. Pravo br. 6, str. 28.

posjed koju može podnijeti kvalifikovani posjednik. Kvalifikovani posjednik se u zakonu označava kao pretpostavljeni vlasnik, čemu se u pravnoj teoriji prigovara jer riječ 'pretpostavljeni' jezički znači neki uvjet koji bi trebalo da se ispuni da bi nešto nastupilo."³¹

Prethodna izlaganja o osnovu tužbe imaju svoje pravno-logičko opravdanje da bi se mogao zauzeti pravilan stav o nazivu tužbe i tužitelja. Polazeći od prihvaćene pravne prirode i pravnog osnova tužbe, smatramo da je publicijansku tužbu ispravno nazvati tužbom po osnovu jačeg prava na posjed stvari, a tužitelja, samostalnim kvalifikovanim posjednikom. Pri određivanju naziva tužbe treba uzeti u obzir šta se konkretnom tužbom štiti. Publicijanskom tužbom se štiti protivpravno izgubljeni samostalni kvalifikovani posjed po osnovu jačeg prava na posjed stvari, a ne pretpostavljeno vlasništvo koje nije osnova za sticanje prava vlasništva redovnom dosjelošću. Navedeni naziv tužbe jasno određuje koje su osobe aktivno legitimisane za podnošenje tužbe i protiv kojih se osoba može sa uspjehom podnijeti tužba.

7. Dejstvo publicijanske presude

Različito djelovanje rei vindikacione i publicijanske presude različito se odražava i na postojanje presuđene stvari među istim strankama i u odnosu na treće osobe. Za postojanje presuđene stvari potrebno je da se ispune tri kumulativna uslova: da postoji identitet parničnih stranaka, identitet tužbenog zahtjeva i identitet činjeničnog osnova. "Identitet parnica postoji ako se isti tužbeni zahtjev zasniva na istoj činjeničnoj i pravnoj osnovi među istim strankama."³²

Pravosnažno završena rei vindikaciona parnica predstavlja presuđenu stvar za poraženog tuženog. Ako poraženi tuženi podnese novu rei vindikacionu tužbu, sud će je rješenjem odbaciti kao nedopuštenu, bilo po službenoj dužnosti ili po prigovoru tužitelja o postojanju presuđene stvari. Pravosnažno utvrđenje da je tužitelj vlasnik određene stvari, u sebi sadrži utvrđenje da to tuženi nije. Kada treća osoba podnese rei vindikacionu tužbu protiv tužitelja koji je dobio parnicu, tužitelj će pravosnažnu presudu koristiti kao dokaz svog vlasništva na istoj stvari pa će sud novu rei vindikacionu tužbu presudom odbiti. Apsolutno djelovanje rei vindikacione presude znači da je tužitelj, koji je dobio spor, vlasnik stvari prema svakome i njegovo pravo na posjed je najjače.

³¹ Zečević, E. (2008) Zemljišne knjige. Sarajevo: Logos, str. 49.

³² Rješenje V.S FBIH, broj 9.Rev.9/99 od 12. 8. 1999. Bilten sudske prakse V.S FBIH broj 2/99, str. 17.

Publicijanska presuda predstavlja presuđenu stvar samo za tužitelja koji je dobio spor. Pravosnažnom publicijanskom presudom utvrđeno je da tužitelj ima jači pravni osnov na posjed stvari, na osnovu čega se smatra vlasnikom prema pravno slabijem posjedniku. Pravosnažna publicijanska presuda ne predstavlja presuđenu stvar za poraženog tuženog i treću osobu, koji imaju mogućnost da podnesu rei vindikacionu tužbu i na osnovu dokazanog prava vlasništva traže povrat iste stvari od tužitelja. U takvoj procesnoj i materijalnoj situaciji sud će obavezati tuženog (ranijeg tužitelja u publicijanskoj parnici) da tužitelju (ranijem tuženom u publicijanskoj parnici) vrati istu stvar jer je dokazano pravo vlasništva jače od dokazanog jačeg prava na posjed stvari. Kada se petitorna parnica završi donošenjem pravosnažne rei vindikacione presude, tek onda se može smatrati da se radi o presuđenoj stvari među istim strankama i da nije dopuštena nova rei vindikaciona tužba poraženog tuženog.

8. Aktivno legitimisane osobe za podnošenje tužbe

Prema zakonskom rješenju, pravo na podnošenje publicijanske tužbe pripada bivšem samostalnom kvalifikovanom posjedniku koga Zakon naziva pretpostavljenim vlasnikom. Nema sumnje da se publicijanskom tužbom može poslužiti i vlasnik stvari, ukoliko ne može dokazati vlasništvo prethodnika i sopstveno vlasništvo ili bi to dokazivanje bilo znatno otežano na nekretnini koja nije upisana u zemljišnu knjigu.

8.1. Aktivna legitimacija kvalifikovanog posjednika

U petitornoj parnici gdje ni jedna od parničnih stranaka ne može dokazati da je vlasnik sporne stvari, sud će utvrditi kvalitet i kvalifikaciju posjeda svakog učesnika u sporu i pružiti sudsku zaštitu onoj strani koja ima jači pravni osnov na posjed stvari. Kada publicijansku tužbu podnosi samostalni kvalifikovani posjednik, onda, radi postojanja aktivne legitimacije, mora kumulativno dokazati da je prije podnošenja tužbe imao zakonit i istinit posjed, da je njegov nedobrovoljno izgubljen kvalifikovani posjed pravno jači, u odnosu na sadašnji posjed tuženog i da postoji identitet tražene stvari sa onom koja se nalazi u posjedu tuženog. "Ako nedostaje makar i jedan od ovih elemenata, posjedniku ne pripada publicijanska tužba."³³ Materijalne pretpostavke za podnošenje publicijanske tužbe iste su kao i za sticanje prava vlasništva redovnom dosjelošću i u oba se

³³ Napijalo, D.op.cit., str. 39.

slučaja traži istovremeno postojanje zakonitog, istinitog, savjesnog i samostalnog posjeda koji mora biti faktički (efektivni), a ne tabularni. Zbog toga se i kaže da je samostalan kvalifikovan posjed pravno relevantan za sticanje prava vlasništva redovnom dospjelošću i za uspješno podnošenje publicijanske tužbe.

Praktični razlozi zbog kojih je potrebno i dalje zadržati publicijansku tužbu i za nekretnine je zaštita savjesnog sticaoca čiji posjed ima određene kvalitete, za slučaj da protivno svojoj volji izgubi posjed stvari prije isteka roka dosjelnosti. Jedini nedostatak takvog savjesnog sticaoca je u tome što je nekretninu pribavio od nevlasnika - samostalnog kvalifikovanog posjednika, pri čemu nije znao niti mogao znati, da rok za redovnu dosjelnost nije istekao u momentu zaključenja ugovora i predaje nekretnine u samostalan posjed.

Drugi razlog potrebe zadržavanja publicijanske tužbe je da se samostalan kvalifikovani posjednik adekvatno zaštiti i od vlasnika otuđioca ako iz određenih razloga nije izvršio upis vlasništva u zemljišnu knjigu, a pribavljena nekretnina ponovo dođe u posjed vlasnika. "Upis svojine na nepokretnostima u zemljišnoj knjizi, u korist određenog lica, nije apsolutan dokaz o njegovom stvarnom vlasništvu niti se takvo lice može sa uspjehom pozivati na zemljišnu knjižni upis protiv držaoca koji ima jači pravni osnov sticanja po materijalnom pravu."³⁴ U ovom slučaju publicijanska tužba je efikasna, uz dokazani prigovor da je sticalac dobrovoljno dobio nekretninu u samostalan posjed, upravo od zemljišnog otuđioca kada se prigovor vlasništva lišava učinka.

8.1.1. Konstitutivni elementi kvalifikovanog posjeda

Kvalifikovan posjed je samo onaj koji je istovremeno zakonit, istinit, savjestan i samostalan.

8.1.2. Zakonit posjed

Prema osnovu stjecanja, posjed može biti zakonit i nezakonit. "Posjed je zakonit ako se zasniva na punovažnom pravnom osnovu i ako nije pribavljen silom, prevarom ili zloupotrebom povjerenja."³⁵ Nezakonit posjed je onaj koji uopšte nema pravni osnov ili je pravni osnov ništav i ako je pribavljen silom, prevarom ili zloupotrebom povjerenja. Zakon na istom mjestu uređuje zakonit i

³⁴ Odluka Vrhovnog suda Vojvodine, Rev.357/79 od 07.9.1979.godine, Račić,T.(1983) Pravni instituti, propisi i sudska praksa u oblasti svojinskih odnosa.Beograd:NIRO Književne novine, str. 64.

³⁵ Vidjeti član 77. stav 1. Zakona o vlasničko-pravnim odnosima.

istinit posjed pa se može zaključiti da je zakonit posjed samo onaj koji je istovremeno zakonit i istinit. Zakon je s razlogom prihvatio ovakvo shvatanje zakonitog posjeda jer postoji uska veza između zakonitog i istinitog posjeda. Punovažnim pravnim osnovom pribavlja se samo pravo na posjed, a ne i posjed stvari za koji se traži dobrovoljna predaja. Slijedom novog shvatanja zakonitog posjeda, kao istovremeno zakonitog i istinitog, to praktično znači da kupac koji je sa prodavcem zaključio punovažan ugovor o prodaji i time stekao pravni osnov – pravo na posjed stvari, ne smije kupljenu stvar silom oduzeti od prodavca ako ovaj ne izvrši dobrovoljnu predaju kupljene stvari u ugovorenom roku. Ukoliko kupac na silu oduzme kupljenu stvar, tada će imati neistinit posjed i u svemu se izjednačava sa onom osobom koja uopšte nema pravni osnov posjeda. Kupac koji je isplatio ugovorenu cijenu prodavcu za kupljenu stvar, treba da podnese tužbu za ispunjenje ugovorne obaveze i da odlukom suda pribavi posjed stvari kada će njegov posjed biti zakonit i istinit.³⁶

Osnovi za sticanje posjeda isti su oni koji se traže i za stjecanje prava vlasništva. To su zakon, pravni posao, odluka nadležnog organa i nasljeđivanje. Iako su pravni osnovi sticanja posjeda i prava vlasništva isti, suštinska je razlika u tome što se derivativnim putem na nekretnini ne može steći pravo vlasništva od tuđioca nevlasnika. Posjed sticaoća nekretnine je zakonit i onda kada je pribavljen od nevlasnika po punovažnom pravnom osnovu i na zakonit način. Putem pravnog posla, od nevlasnika se može steći samo i najviše samostalan kvalifikovan posjed nekretnine, osim ako su ispunjeni uvjeti za stjecanje vlasništva na osnovu načela povjerenja u zemljišne knjige. Pravni osnov mora biti objektivno punovažan prema važećem materijalnom pravu, a ne po subjektivnom uvjerenju posjednika, zbog čega je putativan osnov pravno irelevantan. Pravni osnov mora biti objektivno punovažan za cijelo vrijeme roka dosjelosti. Prestankom punovažnog pravnog osnova, u toku roka dosjelosti, dolazi do pretvaranja zakonitog posjeda u nezakonit, koji ne može dovesti do sticanja prava vlasništva redovnom dosjelošću.

U pravilu, osnov zakonitog posjeda ne može biti ništav ugovor dok rušljiv ugovor samo po sebi ne sprečava da posjed bude zakonit. Za rušljive ugovore karakteristična je mogućnost konvalidacije ili naknadnog osnaženja, i to dobrovoljnim izvršenjem takvog ugovora, od strane ugovarača koji zna za rušljivost ili propustom ugovarača u čijem je interesu rušljivost ustanovljena da u prekluzivnim rokovima traži poništenje ugovora, zbog mana volje (bitna zabluda, prinuda,

³⁶ Vidjeti član 124. Zakona o obligacionim odnosima.

prevara ili zbog prekomjernog oštećenja). "Rušljivi ugovori proizvode pravne posljedice i obavezuju ugovorne strane sve dok se konstitutivnom odlukom suda ne ponište."³⁷ "Tek poništenjem pobjodne pravne osnove postati će nezakonit onaj posjed koji je na njoj osnovan."³⁸

Za ništave ugovore karakteristična je mogućnost konverzije ili pretvaranje ništavog ugovora u drugi punovažan ugovor koga ugovarači žele.³⁹ "Ugovor o doživotnom izdržavanju može biti, ako su za to ispunjene pretpostavke, konvertiran u ugovor o darovanju."⁴⁰ Da bi se mogla izvršiti konverzija ništavog ugovora u drugi punovažan ugovor, mora se postaviti zahtjev za konverziju. Moguća je konvalidacija i kod ništavih ugovora ako je zabrana bila manjeg značaja, a ugovor je u cijelosti izvršen.⁴¹ Samo izuzetno osnov zakonitog posjeda može biti ništav ugovor ako je tražena i moguća konverzija i konvalidacija.

8.1.3. Istinit posjed

Prema načinu stjecanja, posjed može biti istinit i neistinit. Posjed je istinit ako nije pribavljen silom, prevaram ili zloupotrebom povjerenja, a u protivnom je neistinit. Posjed je uvijek istinit ako je pribavljen na zakonit način, tj. dobrovoljnom predajom. "Neistinitim posjednikom ima se smatrati svaki onaj koji se samovlasno stavio u posjed."⁴² Neistinitost posjeda je objektivna činjenica, zbog čega je isključeno stjecanje prava vlasništva redovnom dosjelošću uz neistinit posjed, kao i pravo na uspješno podnošenje publicijanske tužbe.

Moguće je da prvobitno neistinit posjed naknadno postane istinit. Do ovoga će doći ako posjednik ne podnese posjedovnu tužbu u zakonom propisanom roku od dana nastalog smetanja, a tada se govori o umirenju neistinitog posjeda.

³⁷ Odluka Vrhovnog suda Hrvatske, Rev. 184/85 od 6.3.1985. godine, Petaković, R. (1990) Zakon o obligacionim odnosima sa sudskom praksom. Beograd: "Poslovni biro", str. 56.

³⁸ Gavella, N. (1990) Posjed stvari i prava. Zagreb: "Narodne novine", str. 82.

³⁹ Vidjeti član 106. Zakona o obligacionim odnosima.

⁴⁰ Odluka Vrhovnog suda Hrvatske, Gž.1267/72 od 27.6.1973. godine, Kosovac, M. (1978) Obligacioni ugovori kroz sudsku praksu. Beograd: Pravni ekonomski centar, str. 1033.

⁴¹ Kao primjer zabrane manjeg značaja može se navesti pismeni ugovor o prometu nepokretnosti koji je obostrano izvršen isplatom stvarno ugovorene usmene cijene. Ugovaranjem više cijene nego što je označeno u pismenom ugovoru, ne ugrožavaju se društveni interesi jer poreski organi utvrđuju cijenu nezavisno od ugovora o konvalidaciji ništavih ugovora vidjeti član 107. Zakona o obligacionim odnosima

⁴² Korlaet, R.op.cit., str. 191.

8.1.4. Savjestan posjed

Treći konstitutivni elemenat kvalifikovanog posjeda je savjestan posjed. "Savesnost je izvinjavajuća zabluda o pravu, čiju sadržinu držalac vrši."⁴³ "Posjed je savjestan ako posjednik ne zna niti može znati da stvar koju posjeduje nije njegova."⁴⁴ Zabluda zakonitog i istinitog posjednika o sopstvenom pravu vlasništva mora biti objektivno opravdana da bi se njegovo subjektivno uvjerenje moglo ocijeniti kao savjesno. Iako zakonit posjednik nije postao vlasnik zbog toga što je stvar pribavio od nevlasnika, njegova se zabluda ne odnosi na vlasništvo pretходnika, već na sopstveno vlasništvo. Savjestan posjednik mora opravdano objektivno vjerovati da je stvar koju posjeduje njegovo vlasništvo jer nije svjestan da se njegova faktička vlast ne podudara sa pravnom vlasti.

"Savjesnost posjeda se pretpostavlja."⁴⁵ Iako postoji zakonska pretpostavka savjesnog posjeda, nesavjesnost posjeda ne treba dokazivati protivna stranka kad iz navoda samog posjednika proizilazi da je njegov posjed nesavjestan. "Savjesnost posjeda se pretpostavlja i u slučaju kad je treća osoba uknjižena kao vlasnik nekretnine."⁴⁶ "Savjestan je držalac onaj koji drži nekretninu u uverenju da je on vlasnik te nepokretnosti, bez obzira što je nekretnina upisana u zemljišnim knjigama na drugo lice."⁴⁷ Pravni poredak ne štiti nesavjesnog sticaoca. Sud će pravilnom primjenom materijalnog prava uskratiti sudsku zaštitu zakonitom i istinitom posjedniku koji nije savjestan, čak i ako tuženi posjeduje stvar bez pravnog osnova.

Kada tuženi ospori zakonsku pretpostavku savjesnosti koju mora i dokazati, onda to čini na taj način da se vrši uspoređivanje ispoljene pažnje stjeccaoca, sa pažnjom svakog drugog prosječnog pažljivog čovjeka date sredine koja je uobičajena u takvim okolnostima. Ako se utvrdi da je zakonit i istinit posjednik postupao sa uobičajenom pažnjom sa kojom bi postupala svaka druga osoba na njegovom mjestu, prilikom stjecanja posjeda stvari, pa i pored toga nije znao niti mogao znati da nije postao vlasnik, onda je njegova zabluda o sopstvenom pravu

⁴³ Odluka Vrhovnog suda Srbije Rev. 5134/97. godine, Krsmanović, T. (2003) Aktuelna sudska praksa iz Građanskog-materijalnog prava. Beograd: "Poslovni biro", str. 79.

⁴⁴ Vidjeti član 77. stav 2. Zakona o vlasničko-pravnim odnosima.

⁴⁵ Vidjeti član 77. stav 3. Zakona o vlasničko-pravnim odnosima.

⁴⁶ Odluka Vrhovnog suda BiH, Rev. 427/88 od 20.4.1989., Bilten sudske prakse Vrhovnog suda BiH broj 3/89, str. 6.

⁴⁷ Odluka Vrhovnog suda Vojvodine, Rev. 582/86, Krsmanović, T. (2003), str. 80.

vlasništva objektivno opravdana pa je stekao kvalitet kvalifikovanog posjeda. Zakonit posjednik može pribaviti nekretninu od otuđioca posjednika nevlasnika (samostalnog kvalifikovanog posjednika) koji u momentu zaključenja ugovora i predaje u samostalan posjed sticaoca nije postao vanknjižni vlasnik jer rokovi dosjelogosti nisu istekli. Ako se utvrdi da zakonit posjednik nije znao niti je mogao znati da rokovi dosjelogosti nistu istekli, onda ima kvalitet savjesnog posjednika, a time i kvalitet samostalnog kvalifikovanog posjednika nekretnine.

8.1.5. Samostalan posjed

Samostalan posjednik je osoba koja posjeduje stvar, ne priznajući nikakvu tuđu višu vlast druge osobe na stvari. Nasuprot tome, osoba koja posjeduje stvar, priznavajući tuđu vlast druge osobe, nesamostalan je posjednik te stvari. Podjela posjeda na samostalan i nesamostalan izvršena je, zavisno od toga da li je faktička vlast posjednika samostalna ili posjednik izvodi svoju faktičku vlas na stvari iz tuđe više vlasti druge osobe.

Samostalan posjednik je osoba koja stvar posjeduje kao da je njezin vlasnik. Posjed po strukturi može postojati samo kao neposredan ili da pored njega i njegovim posredovanjem postoji i posredan posjed druge osobe. Ako postoji samo neposredan posjed, onda je taj posjed ujedno i samostalan. Kada pored neposrednog posjeda postoji i posredan posjed, onda je neposredan posjed nesamostalan (npr. zakupca), a posredan je samostalan (vlasnika zakupodavca).

Posjed je samostalan ili nesamostalan zavisno od posjednikove volje. Ako posjednik posjeduje stvar s voljom da u pogledu nje ima potpunu vlast kao da je vlasnik te stvari, onda je samostalan (vlasnički) posjednik te stvari (npr. kupac, poklonoprimalac). Kada posjednik posjeduje stvar kao privremeni korisnik - poslugoprimalac, plodouživalac i slično, a ne kao vlasnik, tada je njegov posjed nesamostalan.

Samostalan posjed izvodi se iz definicije savjesnog posjednika. Prema zakonskom rješenju savjestan je samo samostalni (vlasnički) posjednik, koji iz objektivno opravdanih razloga ne zna niti može znati da stvar koju posjeduje nije njegovo vlasništvo. Zbog toga ima osnova da se pojam samostalnog posjeda veže za savjestan posjed.

8.2. Aktivna legitimacija vlasnika stvari

Vlasništvo na nekretnini vlasnik će dokazati zemljišno knjižnim izvatom kada mu pripada pravo na uspješno podnošenje rei vindikacione tužbe. Međutim, ako nekretnina nije upisana u zemljišnu knjigu, onda vlasnik, najlakše, može

dokazati vlasništvo tako što će se pozvati na dosjelost. Ako se vlasnik poziva na redovnu dosjelost, onda mora dokazati postojanje zakonitog i istinitog posjeda, te početak i završetak zakonskog roka dosjelošti. Ukoliko se poziva na vanrednu dosjelost, onda mora dokazati samo početak i završetak zakonskog roka dosjelošti jer se postojanje savjesnog i samostalnog posjeda, po zakonu, pretpostavlja u korist dosjeditelja. Teži način dokazivanja je dokazivanje vlasništva prethodnika i prethodnikovog prethodnika dok se ne dođe do onog najdaljeg prethodnika koji je vlasništvo stekao dosjelošču. Ovo pravilo se primjenjuje kod derivativnog sticanja prava vlasništva i naziva se đavolsko dokazivanje.

Da bi se vlasniku olakšalo dokazivanje na nekretninu koja nije upisana u zemljišnu knjigu, moralo mu se dati i drugo pravno sredstvo zaštite. "Stoga je jača vindikaciona tužba, ali su zato i uslovi za nju daleko teži, tako da vrlo često vlasnici stvari prisegavaju zaštiti svojine preko publicijanske tužbe, dokazujući svoje jače pravo na državini."⁴⁸ Od izbora vlasnika zavisi da li će sudsku zaštitu, radi povrata nekretnine, tražiti rei vindikacionom ili publicijanskom tužbom. Nije uslov za podnošenje publicijanske tužbe da vlasnik mora predhodno podnijeti rei vindikacionu tužbu i da bude meritorno odbijen pa da bi tek onda mogao podnijeti publicijansku tužbu. Vlasnik se može uvijek, bez ikakvih prethodnih uslovljavanja i ograničenja, poslužiti publicijanskom tužbom radi lakšeg dokazivanja činjenica, od kojih zavisi njegova aktivna legitimacija. Ovakav podnosilac publicijanske tužbe mora da dokaže postojanje istih objektivnih kvaliteta posjeda kao i samostalan kvalifikovani posjednik, bez obaveze da dokazuje početak i završetak roka dosjelošti, zbog čega mu je olakšano dokazivanje.

Ako bi vlasnik ipak podnio rei vindikacionu tužbu i po ocjeni suda ne dokaže da je vlasnik nekretnine čiji povrat zahtijeva, ni tada sud ne može odbiti tužitelja, već će osnovanost vlasničkog zahtjeva raspraviti i razriješiti po osnovu jačeg prava na posjed stvari. Sud ne može odbiti tužbeni zahtjev kao neosnovan, sve dok ga može usvojiti po nekom drugom pravnom osnovu. Materijalno ovlaštenje suda da rei vindikacionu tužbu tretira kao publicijansku tužbu, proizilazi iz toga što je u pravu vlasništva, kao širem pravu, sadržan i jači pravni osnov na posjed stvari (vlasnik stvari je ujedno i samostalni kvalifikovani posjednik). Procesno ovlaštenje suda da postupi na izloženi način, ogleda se u tome da nije vezan za pravni osnov tužbenog zahtjeva, već samo tužbenim zahtjevom (kod obje vlasničke tužbe osnovni tužbeni zahtjev je isti i njime se traži povrat stvari).

⁴⁸ Stojanović, D. (1977). *Stvarno pravo*, treće izdanje, Beograd: Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SFRJ, str. 173.

9. Pasivno legitimisane osobe u publicijanskoj parnici

Tuženi, u publicijanskoj parnici, može biti savjestan posjednik, bez pravnog osnova, savjestan posjednik po slabijem pravnom osnovu i nesavjestan posjednik bez pravnog osnova.

9.1. Savjestan posjednik bez pravnog osnova

Ovlaštena osoba za podnošenje publicijanske tužbe može ekonomski raspolagati svojom nepokretnom ili pokretnom stvari, tako što će je dobrovoljno predati na privremeno korištenje svom saugovaraču (zakupcu, poklonoprimcu, prekaristi i slično), na osnovu odgovarajućeg pravnog posla koji nema podobnu kauzu za sticanje prava vlasništva. U pravnom životu se dešava da privremeni korisnici povrijede preuzetu ugovornu obavezu vraćanja stvari i da je, protivno volji ovlaštene osobe, bez njenog znanja ili ovlaštenja, otuđe i predaju u posjed sticaocu. Time se otvara pitanje pravne mogućnosti i punovažnosti ugovora o prodaji (otuđenju) tuđe stvari i njegovog dejstva, u odnosu na ugovarača i ovlaštene osobe za podnošenje publicijanske tužbe.

“Prodaja tuđe stvari obavezuje ugovarača, ali kupac koji nije znao ili nije morao znati da je stvar tuđa, može, ako se uslijed toga ne može ostvariti cilj ugovora, raskinuti ugovor i tražiti naknadu štete.”⁴⁹ Iz ovakvog zakonskog rješenja može se zaključiti da je punovažan ugovor o prodaji tuđe stvari. Zaključenjem punovažnog ugovora o prodaji ne stiče se pravo vlasništva, već samo pravni osnov za sticanje prava vlasništva predajom pokretne stvari u samostalan posjed sticaoca ili uknjižbom u javnu knjigu o nekretninama. Pravna mogućnost prodaje tuđe stvari proizilazi iz obligacionopravnog dejstva punovažnog ugovora o prodaji, kojim kupac stiče samo pravni osnov podoban da dovede do sticanja prava vlasništva uz odgovarajući zakoniti način sticanja prava vlasništva. Punovažan ugovor o prodaji, stvara prava i obaveze za ugovorne strane (član 148. stav 1. ZOO) dok je za prenos prava vlasništva bitan zakoniti način sticanja prava vlasništva pa je moguće ugovoriti, zbog razdvajanja osnova od načina sticanja, prodaju tuđe stvari koja ima dejstvo inter partes. Ugovor je punovažno nastao i onda kada prodavac nije bio vlasnik prodane stvari u momentu zaključenja ugovora, već je to pravo stekao najkasnije u momentu predaje pokretne stvari ili

⁴⁹ Vidjeti član 460. ZOO.

uknjižbe nekretnine, tako da je tada u mogućnosti da izvrši preuzetu ugovornu obavezu o ugovorenoj prodaji tuđe stvari. U ovom slučaju postoji osnov ugovorne obaveze (kauza) jer je prodavac vlasnik stvari koju prodaje.

Savjestan posjednik bez pravnog osnova, savjestan je kupac ili poklonoprimec nepokretne stvari koju je pribavio od otuđioca neovlasnika – privremenog korisnika koji je neovlašteno prodao ili poklonio nepokretnu stvar ovlaštene osobe za podnošenje publicijanske tužbe ili je pokretnu stvar neovlašteno poklonio i nije postao vlasnik ni nakon zaključenja ugovora. Takav ugovor između otuđioca neovlasnika i savjesnog sticaoca je ništav, zbog nepostojanja osnova ugovorne obaveze (kauze), kao opšteg uslova za punovažan nastanak svakog obligacionog ugovora, zbog čega ni savjestan sticalac nekretnine od neovlasnika nema pravni osnov posjeda. "Nepostojanje kauze povlači za sobom ništavost posla."⁵⁰ Time se objašnjava obaveza savjesnog posjednika, bez pravnog osnova da preda u posjed traženju stvar ovlaštenoj osobi za podnošenje publicijanske tužbe. U publicijanskoj parnici, između kvalifikovanog posjednika ili vlasnika stvari (kada se posluži publicijanskom tužbom) i savjesnog posjednika bez pravnog osnova, spor će dobiti ovlaštena osoba za podnošenje tužbe jer ima jači pravni osnov na posjed stvari.

9.1.1. Savjestan posjednik po slabijem pravnom osnovu

U publicijanskoj parnici, između dva kvalifikovana posjednika koji polažu pravo na posjed iste stvari (tužilac je imao kvalifikovan posjed prije podnošenja tužbe dok je tuženi sadašnji kvalifikovani posjednik), tužilac će dobiti spor ako dokaže jači pravni osnov na posjed tražene stvari. Za razliku od ranijeg izloženog slučaja, kada je tužilac imao kvalifikovan posjed podoban da dovede do sticanja prava vlasništva redovnom dosjelošću, u odnosu na pravno slabiji savjestan posjed tuženog bez pravnog osnova (iz dokazanog kvalifikovanog posjeda proizilazi jače pravo na posjed stvari), u ovoj situaciji tuženi se suprostavlja zahtjevu tužitelja, ističući da i on ima kvalifikovan posjed podoban za sticanje prava vlasništva redovnom dosjelošću. "Ukoliko pak tuženi dokaže punovažni pravni osnov i zakoniti način sticanja, onda se spor vodi o pitanju koja od stranaka ima jače pravo."⁵¹

⁵⁰ Cigoj, S. (1988) Uloga i značaj kauze (osnova) u ugovornom pravu, Pravni život br. 10 – 12., str. 1470.

⁵¹ Odluka Vrhovnog suda NR Srbije, Gzz. 135/54, Perović, S. (1969) Praktikum za stvarno pravo, drugo izmijenjeno i prošireno izdanje. Beograd: Naučna knjiga, str. 242.

Ovdje se, u suštini, radi o sukobu pravnih osnova na posjed iste stvari između dva kvalifikovana posjednika kojima je prenosilac (kvalifikovani posjednik) dvostruko otuđio istu individualno određenu stvar, tako što je tužiocu predao stvar u posjed, a naknadno tuženom omogućio da stupi u posjed iste stvari koji je time potisnuo tužioca iz posjeda. Kao što je pravno moguće izvršiti otuđenje tuđe stvari, tako je, pod već obrazloženim okolnostima, moguće i dvostruko otuđiti stvar različitim sticaocima. Zakon za ovu situaciju kaže: "Kada se dvije osobe smatraju pretpostavljenim vlasnicima iste stvari, jači pravni osnov ima osoba koja je stvar stekla teretno, u odnosu na osobu koja je stvar stekla bestegetno, a ako su im pravni osnovi iste jačine, prvenstvo ima osoba kod koje se stvar nalazi."⁵² Smatramo da je ispravnije reći da se radi o sporu između dva samostalna kvalifikovana posjednika, nego između dva pretpostavljena vlasnika jer osnov publicijanske tužbe nije pretpostavljeno vlasništvo, već kvalifikovan posjed koji stvara zakonsku pretpostavku vlasništva i jači pravni osnov koji je kriterij za presuđuje u vlasničkom sporu ove vrste.

9.1.2. Nesavjestan posjednik bez pravnog osnova

U publicijanskoj parnici, između samostalnog kvalifikovanog posjednika i tuženog koji je traženu stvar oduzeo silom, prevarom ili zloupotrebom povjerenja, spor će dobiti tužilac jer je tuženi nesavjestan posjednik bez pravnog osnova. Publicijanska tužba je efikasna protiv posjednika koji ne može da dokaže punovažan osnov i zakoniti način sticanja posjeda. Iz dokazanog kvalifikovanog posjeda proizilazi da tužilac ima jače pravo na posjed tražene stvari pa će sud obavezati tuženog da izvrši povrat tražene stvari. Nesavjestan i nezakonit posjed tuženog, koji je pribavljen na protivpravan način uz postojanje svijesti da stvar nije nje-gova, apsolutno je nepodoban za sticanje prava vlasništva dosjelošću, bez obzira koliko dugo traje. "Posjednik koji još nije stekao svojinu, ima pravo da traži po-vraćaj stvari od svakoga koji mu je stvar oduzeo silom, prevarom ili potajno."⁵³

⁵² Vidjeti član 48. stav 2. Zakona o vlasničko – pravnim odnosima.

⁵³ Odluka Saveznog vrhovnog suda, Gž. 112/55 od 9.12.1955. godine, Žuvela, M., str. 211.

10. Nova rješenja publicijanske tužbe prema nacrtu Zakona o stvarnim pravima FBiH /Zakonu o stvarnim pravima RS

Nacrt zakona o stvarnim pravima FBiH i Zakon o stvarnim pravima RS, na sadržajno isti način regulišu publicijansku tužbu koju nazivaju tužbom iz pretpostavljenog vlasništva. Sadašnje zakonsko rješenje u RS, kao i buduće u FBiH, u suštini se ne razlikuju od rješenja Zakona o vlasničko-pravnim odnosima, u pogledu materijalnih pretpostavki koje se traže za postojanje aktivne legitimacije podnosioca tužbe (savjestan, zakonit i istinit posjed). "Savjesni posjednik individualno određene stvari, koji je tu stvar stekao na osnovu podobnom za sticanja prava vlasništva i na zakonit način (pretpostavljeni vlasnik), ima pravo da zahtijeva povrat stvari i od savjesnog posjednika kod kojeg se ta stvar nalazi bez pravnog osnova ili po slabijem pravnom osnovu."⁵⁴

Novo je rješenje u vlasničkom sporu između dva samostalna kvalifikovana posjednika - pretpostavljenog vlasnika, zbog većeg broja relevantnih kriterija za donošenje zakonite presude. Jači pravni osnov ima onaj samostalni kvalifikovani posjednik koji može dokazati da je individualno određenu stvar stekao od nesumnjivog prethodnika, a ako oba lica to mogu dokazati, ili ne može dokazati ni jedan, jači pravni osnov ima lice koje je stvar steklo teretno, u odnosu na lice koje je stvar steklo besteretno. Ako su pravni osnovi ovih lica iste jačine (oba stekla stvar teretno ili oba stekla stvar besteretno), prvenstvo ima lice kome je stvar prva predana, a ako su prethodnici različita lica, prvenstveno ima lice kod koje se stvar nalazi.

Po prvom kriteriju, ona stranka koja može dokazati nesumnjivog prethodnika ima jači pravni osnov, u odnosu na onu stranku koja ne može dokazati nesumnjivog prethodnika. Po drugom kriteriju, ako obje stranke mogu dokazati nesumnjivog prethodnika ili ne može dokazati ni jedna stranka, jači pravni osnov ima stranka koja je individualno određenu stvar stekla teretno, u odnosu na stranku koja je istu stvar stekla besteretno. Po trećem kriteriju, ako su obje stranke stekle stvar teretnim pravnim poslom ili besteretnim, tada se uzima u obzir činjenica da li su je stekli od istog lica ili različitih lica. Kod sticanja od istog lica, od strane tužitelja i tuženog, jači pravni osnov na posjed ima onaj kome je stvar prvom predana. Kod sticanja od različitih lica (osnovi su im jednaki), jače pravo na posjed stvari ima ona stranka kod koje se stvar nalazi - sadašnji posjednik.

⁵⁴ Vidjeti član 131. stav 1 Zakona o stvarnim pravima RS i član 131. Nacrta zakona o stvarnim pravima FBiH.

Zaključak

Publicijanska tužba ili tužba po osnovu jačeg prava na posjed stvari, pravno je sredstvo zaštite sticacoca, čiji je jedini nedostatak što je individualno određenu stvar stekao od nevlasnika. Takvom savjesnom sticaocu, pravni poredak, u dugom istorijskom periodu, daje odgovarajuće pravno sredstvo zaštite do isteka roka dosjelogosti. I vlasniku stvari moralo se dati pravo na podnošenje publicijanske tužbe, bez ikakvih ograničenja za slučaj da ne može dokazati vlasništvo ili bi to dokazivanje bilo znatno otežano.

Publicijanska tužba, čiji je osnov jače pravo na posjed stvari, može poslužiti i za razrješenje vlasničkog spora koji je pokrenut tužbom radi utvrđenja jačeg pravnog osnova za sticanje prava vlasništva kod višestrukog otuđenja iste stvari. Ako sud utvrdi da otuđilac nije vlasnik stvari, onda će sukob pravnih osnova radi sticanja prava vlasništva postojati samo kao sukob pravnih osnova na posjed iste stvari između dva samostalna kvalifikovana posjednika. Kod višestrukog otuđenja iste stvari, zahtjev se odnosi i na predaju stvari pa će sud odlučiti koja od stranaka ima jače pravo na posjed stvari, umjesto da odbije zahtjev zbog nedokazivosti činjeničnog osnova. Ekonomično postupanje u interesu je suda i stranaka jer se time sprječava podnošenje nove tužbe.

Literatura

1. Apathy, P. (1981), Die Publizianische klage. Wien.
2. Cigoj, S. (1988), Uloga i značaj kauze (Osnova) u ugovornom pravu. Pravni život br. 10-12.
3. Crnić, J. (1995), Tužbe građanskog prava, IV izmijenjeno izdanje. Zagreb: Informator.
4. Ehrenzweig, A. (1957), System des osterreichischen Privatrechts Bd. I. Sachenrecht. Wien.
5. Gams, A. (1971), Osnovi stvarnog prava, VI dopunjeno izdanje. Beograd: Naučna knjiga.
6. Gavella, N. (1998), Stvarno pravo. Zagreb: Informator.
7. Gavella, N. (1990), Posjed stvari i prava. Zagreb: Narodne novine.
8. Gavella, N. (1981), Sadržaj vlasničkog rei vindikacijskog i publicijanskog zahtjeva, te posjednikovih protuzahtjeva. Privreda i pravo br. 12.
9. Jerković, J. (1982), Zaštita prava svojine po novom Zakonu o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima. Glasnik advokatske komore Vojvodine.

10. Kosovac, M.(1978), Obligacioni ugovori kroz sudsku praksu. Beograd: Pravni ekonomski centar.
11. Korlaet, R. (1972), Actio Publiciana. Odvjetnik 5-6.
12. Korlaet, R. (1982), Zaštita prava vlasništva po propisima Zakona o osnovnim vlasničko-pravnim odnosima. Odvjetnik 11-12.
13. Krsmanović, T. (2003), Aktuelna sudska praksa iz Građanskog-materijalnog prava. Beograd: Poslovni biro.
14. Momčinović, H. (1990), Zaštita prava vlasništva. Zakonitost 9-10.
15. Napijalo, D. (1981), Nekoliko misli o Actio Publiciani. Advokatura br. 3.
16. Stanković, O. - Orlić, M. (1996), Stvarno pravo. Beograd: Nomos.
17. Stojanović, D. - Georgiev, D., Komentar Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima. Beograd: Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SFRJ.
18. Stojanović, D. (1977), Stvarno pravo. Beograd: Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SFRJ.
19. Petaković, R. (1990), Zakon o obligacionim odnosima sa sudskom praksom. Beograd: Poslovni biro.
20. Perović, S. (1969), Praktikum za stvarno pravo, II izmijenjeno i prošireno izdanje. Beograd: Naučna knjiga.
21. Ralčić, T. (1983), Pravni instituti, propisi i sudska praksa u oblasti svojinskih odnosa. Beograd: NIRO Književne novine.
22. Rašović, Z. (1984), Zaštita stvarnih prava. Pravo br. 6.
23. Vedriš, M. - Klarić, P. (1986), Građansko pravo II izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Zagreb: Narodne novine.
24. Vizner, B. (1980), Komentar zakona o osnovnim vlasničko-pravnim odnosima, Zagreb, Vjesnik
25. Vuković, M. (1955), Opći Građanski zakonik sa novelama i ostalim naknadnim propisima. Zagreb: Školska knjiga.
26. Zečević, E. (1997), Građansko-pravni iporočni odnosi. Sarajevo: Federalno ministarstvo pravde.
27. Zečević, E. (2008), Zemljišne knjige. Sarajevo: Logos.
28. Žuvela, M. (1990), Zakon o osnovnim vlasničko-pravnim odnosima sa komentarom i sudskom praksom. Zagreb: Narodne novine.

ZAKONSKI PROPISI

1. Austrijski građanski zakonik.
2. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske.
3. Zakon o obligacionim odnosima.
4. Zakon o vlasničko-pravnim odnosima.
5. Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske.

THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS OF THE PUBLICIAN CLAIM

Summary

Modern European Law has accepted a publician claim as a legal action to protect conscientious possessor, who acquired property from the alienator non-owner on a legally valid basis and in a legal manner and would have met all the conditions to acquire ownership right by the adverse possession if the defendant possessor hadn't alienated property and thereby prevented the adverse possession without legal basis or on a frailer legal basis. Publician claim may file the owner himself, if he is unable to prove the ownership on the property not registered in the Land Book or if such proving would be significantly difficult.

Key words

legal nature of the publician claim, legal basis of the publician claim, title of the claim and the claimant, independent qualified possessor, conscientious possessor without legal basis, conscientious possessor by a frailer legal basis

KONCEPT POTROŠAČKOG UGOVORA U PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE

pregledni znanstveni rad

UDK: 366.5:347.4

dr. sc. Enes Bikić, doc.*
mr. sc. Anita Petrović, dipl. iur.**

Sažetak

Zaštita potrošača jedan je od principa s kojim se susreću zakonodavstva tržišno orijentiranih ekonomija, a posebno je naglašen i u pravnim propisima Europske unije (dalje: EU). U *pravnoj stečevini* EU posredstvom sekundarnih pravnih akata izdvojio se poseban segment prava kojim se regulira oblast zaštite potrošača, odnosno *consumer acquis*. Pravna zaštita potrošača u komunitarnom zakonodavstvu ostvaruje se najčešće pomoću direktiva, općih pravnih instrumenata koji ne djeluju izravno na privatnopravne subjekte, već obavezuju države-članice da svoje pravo harmoniziraju s pravilima sadržanim u direktivama. U oblasti *consumer acquis*-a, u većini slučajeva, donose se direktive minimalne harmonizacije, kojima se propisuju minimalni standardi zaštite, s tim što države imaju slobodu normiranja i strožih zaštitnih mjera.

Naime, iako je u pravnu stečevinu EU, do danas, utkano gotovo stotinu potrošačkih direktiva, važno je napomenuti da ne postoji konzistentan pristup u pogledu determiniranja pojma potrošački ugovor. Tako, ni direktive, koje čak u svom nazivu sadrže pojam "potrošački ugovor" ("*consumer contract*"), ne daju definiciju istog. Spomenuti problem će neizostavno u ovom radu biti podrobnije razmatran, a navedeno ukazuje da u oblasti europskog ugovornog prava postoji stanovita praznina kada se u ulozi jedne ugovorne strani nalazi fizička osoba – *potrošač*.

Ključne riječi

zaštita potrošača, pravna stečevina EU, potrošač, potrošački ugovor, direktive EU

* Pravni fakultet Univerziteta u Zenici;
enes.bikic@giz.de

** Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli, asistent;
anita82petrovic@yahoo.com

Uvod

U pravnoj teoriji podijeljena su mišljenja o tome da li pravni propisi, usvojeni u oblasti zaštite potrošača, čine posebnu granu prava, odnosno postoji li uopće (*europsko*) pravo zaštite potrošača?¹

Usprkos tome, u zadnje vrijeme, izraženoj zakonodavnoj djelatnosti institucija EU na području zaštite potrošača "[...] bilo bi pretjerano govoriti o sustavu prava zaštite potrošača u Europskoj zajednici. Pravo Europske zajednice o zaštiti potrošača ne predstavlja cjelinu, već samo fragmentarnu nadopunu prava Država članica."² Pravo zaštite potrošača je heterogen, nekoherentan i fragmentaran skup normi javnopravnog i privatnopravnog karaktera, koji ne posjeduje sve konture koje bi ga izdvojile u posebnu granu prava.³

Na području potrošačkog ugovornog prava (*consumer acquis*) u osnovi postoje dva tipa direktiva, u jednu ruku one koje se bave pojedinačnim metodama marketinga ili prodaje, te one koje se fokusiraju na određenu vrstu ugovora. No, mogu se primijetiti i određene nedosljednosti. Tako mnoge direktive, koje ulaze u prvu skupinu, sadrže znatne izuzetke od predmetnog polja primjene, što daje povoda i sudskom epilogu.⁴

Međutim, iako zaštita potrošača ne predstavlja cjelovit i uređen sistem pravnih normi i instituta (razlog tome je i određeno nesistemska djelovanje

¹ *Vidi*: Wilhelmsson, T. (2000) "Is There a European Consumer Law – and Should There Be One?", Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, SAGGI, CONFERENZE E SEMINARI, Roma, 3-26.; *Confer*: Staudenmayer, D. (2004) „The Place of Consumer Contract Law Within the Process on European Contract Law“, Journal of Consumer Policy, Kluwer Academic Publishers, 27:2004, 269.-287.

² Baretić, M. (2002) „Zaštita potrošača u Europskoj zajednici“, 154. U: Gavella, N., et al.: Europsko privatno pravo. Zagreb. Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, (dalje: Baretić, M., „Zaštita potrošača u EZ“); *Slično i*: Misita, N. (1997) Osnove prava zaštite potrošača Evropske zajednice. Sarajevo: Fond otvoreno društvo Bosne i Hercegovine, 51 i d.; suprotno *vidi*: Ledić, D. (2005) „Pravo zaštite potrošača – nova grana hrvatskog prava“, 10. U: Tomljenović, V., Čulinović-Herc E., (ur.) Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu, Izazovi međunarodnog tržišta roba i usluga. Rijeka. Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.

³ Opširnije vidjeti Petrić, S. (2004) „Kritički osvrt na Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini“, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Mostar, br. 2., 187., (dalje: Petrić, S., „Kritički osvrt na ZZP u BiH“).

⁴ *Pobliže*: Twigg-Flesner, C. (2008) The Europeanization of Contract Law: Current controversies in law. London & New York: Routledge-Cavendish, 54.-55.

europskog zakonodavca u predmetnoj oblasti, te nekonzistentnost potrošačkih direktiva),⁵ zaštita potrošača ipak zauzima značajan segment u *pravnoj stečevini* EU (*acquis communautaire*).⁶ Na taj način se etablira nova, *sui generis* grana prava, kako na nivou EU, tako i u pozitivnim zakonodavstvima država-članica.⁷ Članom 3.h) Ugovora o osnivanju Europske ekonomske zajednice je određen, između ostalih, jedan od ciljeva: "usklađivanje pravnih propisa u mjeri u kojoj je to potrebno za uspješno djelovanje zajedničkog tržišta." Ostvarenje ekonomskih ciljeva moguće je samo usklađivanjem nacionalnih pravnih sistema država članica EU. Uspostavljanje i funkcioniranje zajedničkog unutrašnjeg tržišta ne može se ostvariti bez jedinstvenog privatnog prava.⁸

1. Usklađivanje domaćeg i komunitarnog zakonodavstva u oblasti zaštite potrošača

Proces harmonizacije domaćih pravnih propisa s pravnom stečevinom EU, jedan je od temeljnih uvjeta za pristup novih država u članstvo EU. Eventualne prilagodbe postojećeg prava uređuju se temeljem ugovora između država-članica i države koja pristupa.⁹ S tim u vezi, i naša država, iako još uvijek ima status zemlje-kandidatkinje, započela je proces usklađivanja pozitivnih propisa sa pravnim naslijeđem EU.

⁵ Velika većina smjernica na području zaštite potrošača u sebi sadrži i javnopravne i privatnopravne elemente, elemente postupovnog i elemente materijalnog prava. *Prema*: Baretić, M., „Zaštita potrošača u EZ”, 153.

⁶ Izrazom *acquis communautaire* (*acquis*) označava se sve ono što su europske Zajednice postigle na pravnom, političkom, ekonomskom i administrativnom planu radi ostvarivanja ciljeva koji su postavljeni pred EZ, a kasnije i pred EU, odnosno radi se o „kriteriju opće integracije“ prijema u članstvo EU. Vukadinović, R. (2006) *Pravo Evropske unije*, četvrto izmenjeno izdanje. Kragujevac, 563.-564.

⁷ *Vidi*: Micklitz, W. H. (2003) „The Necessity of a New Concept for the Further Development of the Consumer Law in the EU“, *German Law Journal*, 10:4/2003. O evoluciji politike zaštite potrošača u EU opširnije *vidi*: Weatherill, S. (2005) *EU Consumer Law and Policy*. Cheltenham: Edward Elgar, 1.-34.

⁸ Detaljnije: Bikić, E. (2008) *Zastupanje u domaćem pravu i Principima europskog ugovornog prava*. Mostar: Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“, str. 225. i dalje.

⁹ *Pobliže*: Misita, N. (2002) *Osnovi prava Evropske unije*. Sarajevo: COLPI i Magistrat, 276.-279., (dalje: Misita, N., *Osnovi prava EU*).

1.1. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju

Potpisivanjem *Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između europskih Zajednica i njihovih država članica*¹⁰ 2008. godine, BiH se, između ostalog, formalno-pravno obavezala i na harmonizaciju pozitivnopravnih propisa u domenu zaštite potrošača sa zajedničkim pravom EU (*ius commune Europeanum*). Prema odredbi člana 76., stav 1. SSP "Stranke će surađivati radi usklađivanja standarda za zaštitu potrošača u Bosni i Hercegovini s takvim standardima u Zajednici [...]." U cilju ostvarenja zajedničkih interesa, kao i funkcioniranja tržišnog modela privređivanja, stranke će poticati i osigurati "usklađivanje zakonodavstava u području zaštite potrošača u Bosni i Hercegovini sa zakonodavstvom koje je na snazi u Zajednici" (odredba člana 76., stav 2., slovo b, SSP). Navedenim međunarodnim ugovorom BiH se, dakle, obavezala na postupno usklađivanje postojećih, ali i budućih zakonskih rješenja sa komunitarnim propisima. Proces harmonizacije ne znači samo puku recepciju pravnih normi EU, već zahtijeva stanovitu pravnu, političku, ali i privrednu reformu, kako bi se stvorio pogodan okvir za primjenu supranacionalnih pravnih izvora.¹¹

EU je, zbog usklađivanja regulative, pristupila otklanjanju razlika koje postoje između nacionalnih prava članica. Europski parlament se opredijelio za ograničenje predmeta unifikacije iz građanskog prava na oblast ekonomskog područja. U preambuli Rezolucije Europskog parlamenta 26. maja 1989. godine, navodi se da je "unifikaciju moguće izvršiti u granama građanskog prava koje su od velike važnosti za razvoj jedinstvenog tržišta, kao što je ugovorno pravo..." To je ponovljeno u Rezoluciji 06. maja 1994. godine.¹² Aproksimacija domaćeg prava pravu EU, odnosno njegova svojevrsna *europaizacija* zapravo znači organsku integraciju i fuziju domaćeg i nadnacionalnog europskog zakonodavstva. *Europaizacija* ugovornog prava je proces postupne harmonizacije i konvergencije domaćeg ugovornog prava legislativi EU. Poduzet je niz aktivnosti na nivou EU, u

¹⁰ Potpisivanjem SSP, BiH je dobila status zemlje-kandidatkinje za članstvo u EU. O uvjetima za pristupanje i punopravno članstvo zemalja centralne i istočne Europe u EU *opširnije*: Grabbe, H. (2002) „European Union conditionality and the 'Acquis Communautaire'“, *International Political Science Review*, 3:23/2002, 249.-268.

¹¹ *Vidi*: Twigg-Flesner, C., *ibidem*, 105.-109.; *O navedenom slično*: Nebbia, P. (2004) „Internal Market and the Harmonisation of European Contract Law“, 89.-101. U: Tridimas, T., Nebbia, P., (ed.), *European Union Law for The Twenty-First Century*. Oxford and Portland Oregon. Hart Publishing.

¹² Resolution A2-157/89, *Official Journal of the European Communities* 1989 god. OJ No C 158/401 od 26.06. 1989. god. i Resolution A3-0329/94, *Official Journal of the European Communities* 1994. god. OJ No C 215/519 od 25.07. 1994. god.

cilju osiguranja većeg stupnja konzistentnosti europskog ugovornog prava. Tako je Europska komisija 2003. godine donijela Plan djelovanja – Koherentnije europsko ugovorno pravo [*A More Coherent European Contract Law – An Action Plan*, COM(2003) 68 final], kojim se predlaže izrada „*Common Frame of Reference*“ (CFR), odnosno "*Zajedničkog referentnog okvira*." Ovaj instrument nema pravno-obavezujuću snagu, a cilj mu je stvoriti jedinstvenu terminologiju i pravila europskog ugovornog prava, odnosno pružiti definicije apstraktnih pravnih termina sadržanih u direktivama, popuniti jaz koji se javlja primjenom direktiva u praksi država-članica, otkloniti razlike između nacionalnih propisa, te doprinijeti otklanjanju nedosljednosti u *acquis*-u.¹³

1.2. Konceptualizacija odgovarajućeg modela implementacije

Pored usklađivanja propisa i postizanja minimalnog nivoa zaštite potrošača, ipak je različita zakonska regulativa u državama-članicama uvjetovala izgradnju različitih modela implementacije potrošačkih direktiva. Tako se odredbe o zaštiti potrošača nalaze: a) u građanskim zakonicima, b) u kodeksima koji obuhvaćaju sve aspekte zaštite potrošača, c) u posebnim zakonima o zaštiti potrošača ograničenog polja primjene, d) u posebnim zakonima koji reguliraju specifične potrošačke odnose.¹⁴ Glede samog modela implementacije potrošačkog *acquis*-a u domaći pravni poredak, bosanskohercegovački zakonodavac se opredijelio za donošenje posebnog zakona, tj. *Zakona o zaštiti potrošača Bosne i Hercegovine*, (dalje: ZZZP BiH), kojim se "*uređuju odnosi između potrošača, proizvođača i trgovaca na teritoriju Bosne i Hercegovine*."¹⁵ No, i prije donošenja *lex*

¹³ *Prema*: Colins, H. (2008) „The European Civil Code: The Way Forward“, Cambridge University Press, Cambridge, 77.-86.; *Cf. inter alia*: Beale, H. (2007) „The Future of the Common Frame of Reference“, *European Review of Contract Law*, 257:3/2007, 268.-269., (dalje: Beale, H., „The Future of the CFR“); Von Bar, C. (2005) „Working Together Toward a Common Frame of Reference“, *Juridica International X/2005*, 17.-23.; „A Common Frame of Reference – How should it be filled“. Dostupno na: (http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safeshop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/pdf).

¹⁴ *Vidi*: Pošćić, A. (2004) *Europsko pravo ugovora i zaštite potrošača*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 82.

¹⁵ *Zakon o zaštiti potrošača* („Sl. glasnik BiH“, broj: 17/02), kojim je u postojeći pravni sistem inkorporiran niz novih pravila i instituta. Zamjena navedenog Zakona, novim ZZZP BiH, ide u prilog konstataciji da je domaći zakonodavac zaštitu potrošača ocijenio kao *prioritetno područje*, koje je nužno prilagoditi *acquis*-u s ciljem približavanja europskim integracijama.

specialis propisa, interesi potrošača bili su u određenoj mjeri zaštićeni Zakonom o obligacionim odnosima¹⁶ (dalje: ZOO). ZPP BiH, kao *lex specialis*, puno adekvatnije regulira prava i obaveze potrošača pri kupnji proizvoda i usluga, kao i pri drugim načinima stjecanja proizvoda i usluga na tržištu. Stoga se primarno primjenjuje na sva pitanja koja se tiču potrošača, dok ZOO kao *lex generalis* ima supsidijarno dejstvo.

Međutim, potrebno je ukazati i na određeno nesistemsko djelovanje našeg zakonodavca. Tako su u Nacrt zakona o obligacionim odnosima BiH iz jula 2004. godine, inkorporirane određene potrošačke direktive, a koje su već sadržane i u odredbama ZPP BiH.¹⁷ Naime, iako se domaći zakonodavac, kako je to već istaknuto, odlučio da obligacionopravne i javnopravne aspekte zaštite potrošača objedini posebnim zakonom, ipak nije u cijelosti ostao dosljedan tom modelu implementacije. To znači da su odredbe određenih direktiva obligacionopravnog, odnosno ugovornog karaktera, ugrađene i u Nacrt ZOO. Iz navedenog proizlazi činjenica da se naš zakonodavac bio opredijelio za tzv. "*kombinirani nomotehnički pristup* implementacije *consumer acquis-a*."¹⁸

Određene oblasti, koje se mogu ocijeniti kao isključivo potrošačke, regulirane su odredbama ZPP BiH, dok su druga pitanja koja se odnose na potrošače, a

¹⁶ „Sl. list SFRJ”, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, koji je preuzet u domaće zakonodavstvo Zakonom o preuzimanju Zakona o obligacionim odnosima („Sl. list R BiH”, br. 2/92, 13/93, 13/94, i „Sl. novine FBiH”, broj: 29/03) i Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima („Sl. glasnik RS”, broj: 17/93 i 3/96).

¹⁷ Direktivu 97/7/EZ o ugovorima na daljinu (*Directive 97/7/EC of the European parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distant contracts*), zatim Direktivu 87/102/EEZ o potrošačkom kreditu (*Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member states concerning consumer credit*), Direktivu 85/577/EEZ o ugovorima sklopljenim izvan poslovnih prostorija (*Directive 85/577/EEC of 20 December of 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises*) etc.

¹⁸ Ovakav način „uvođenja” prihvaćen je primjerice i u Hrvatskoj, gdje je u ZOO („Narodne novine”, broj: 35/05 i 41/08) ugrađen i znatan broj smjernica iz ove oblasti. U ovom smislu: Baretić, M. (2003) „Implementacija prava Europske zajednice o zaštiti potrošača u hrvatsko pravo”, *Pravo u gospodarstvu*, 42:4/2003., 246 i d. Također, navedeni model implementacije prihvaćen je i prilikom modernizacije Njemačkog građanskog zakonika, o tome *vidi*: Zimmermann, R. (2006) „Contact Law Reform: The German Experience”, 83. U: Vogenauer, S., Weatherill, S., *Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Laws*. Portland. Business and Legal Practice.

zahtijevaju širu regulaciju jer štite interese i drugih subjekata, normirana Nacrtom ZOO. Pri tome je važno napomenuti da bi, integriranjem određenih potrošačkih direktiva u Nacrt ZOO, pravila sadržana u njima dobila karakter *općih pravila ugovornog prava*. Kao opća pravila ugovornog prava ne bi se primjenjivala samo na potrošače, već na sve subjekte obligacionih odnosa.¹⁹ Međutim, transformacijom Nacrta ZOO u Prijedlog zakona o obligacionim odnosima (dalje: Prijedlog ZOO) cjelokupan segment potrošačkog *acquis*-a apstrahiran je iz njegovog sadržaja. To smatramo pozitivnim jer čitav niz potrošačkih odnosa još uvijek nije predmet zakonske regulative, a česte intervencije u kodifikaciju obligacionog prava, implicirane čestim izmjenama potrošačkih direktiva, nisu niti poželjne niti moguće.

Budući da proces implementacije *acquis communautaire de consommation* nije ni izbliza okončan, to je neophodno da domaći zakonodavac slijedi trendove u oblasti europskog potrošačkog prava i iste implementira u ZZP BiH.²⁰

¹⁹ Direktive 85/374/EEZ o odgovornosti za neispravan proizvod, Direktive 84/450/EEZ o reklami koja dovodi u zabludu, dopunjene Direktivom 97/55/EZ, Direktive 1999/44/EZ o prodaji potrošačke robe i povezanim garancijama, Direktive 2000/31/EZ o elektronskoj trgovini i sl. Odredbama pojedinih direktiva reguliraju se, pak, samo potrošački ugovori kao npr. poslovi na kućnim vratima, distanciona prodaja, ugovor o pravu povremenog stanovanja, potrošački kreditni ugovor i ugovor o posredovanju kredita.

²⁰ Potrošačke direktive EU, koje su svoje polje primjene našle i u odredbama ZZP BiH:

1. Direktiva 98/6/EZ od 16.02.1998. o označavanju cijena /*Directive of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices offered to the consumers* (OJ 1998 L 080);
2. Direktiva 84/450/EEZ od 10.09.1984. o reklami koja dovodi u zabludu, a koja je dopunjena Direktivom 97/55/EZ od 06.10.1997. o uporednom reklamiranju /*Directive of 10 September 1984 concerning misleading advertising* (OJ 1984 L 250/17), as amended by the *Directive of 6 October 1997 on comparative advertising* (OJ 1997 L 290/18);
3. Direktiva 85/577/EEZ od 20.12.1985. o ugovorima zaključenim izvan poslovnih prostorija /*Directive 85/577/EEC of 20 December of 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises* (OJ 1985 L 372/31);
4. Direktiva 90/314/EEZ od 13.06.1990. o turističkim paket aranžmanima /*Directive of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours* (OJ 1990 L 158/59);
5. Direktiva 93/13/EEZ od 05.04.1993. o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima /*Directive of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts* (OJ 1993 L 95/29);
6. Direktiva 94/47/EZ od 26.10.1994. o ugovorima o zakupu turističkih kapaciteta (*time-sharing*) /*Directive of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on time-share basis* (OJ 1994 L 280/83);

Paralelnim, ali ne i istovjetnim normiranjem određenog broja potrošačkih transakcija, stvorila bi se nepotrebna konkurencija pozitivnih propisa u domenu zaštite potrošača, što bi u praksi zasigurno moglo izazvati niz negativnih reperkusija. Rješenje eventualne neusklađenosti pozitivnopravnih propisa, sadržano je u odredbi člana 1. stav 2. ZZP BiH, prema kojoj "[...] u slučaju nedoumica ili sukoba odredbi, primjenjivat će se odredba koja pruža veći stupanj zaštite potrošačima." Iako se navedena kolizija može riješiti i primjenom pravila *lex specialis derogat legi generali*, ipak se primjenom citirane odredbe ukazuje, upravo, na specifičnost potrošačkog odnosa i potrebu pružanja povećane zaštite slabijem sukontrahentu.²¹

2. Determiniranje pojma potrošački ugovor u pravu EU

Iz oblasti prava potrošača i unifikacije posebnih tipova ugovora, usvojen je veliki broj direktiva koje na različit način reguliraju istu problematiku, što otežava postizanje cilja uspostave pravne sigurnosti, jedinstvenog tumačenja i jedinstvene primjene prava, kako u EU tako i kod nas. To sve otežava uspostavu jednoobraznosti, do pravne nesređenosti i partikularizma, do dualiteta između

7. Direktiva 97/7/EZ od 20.05.1997. o ugovorima na daljinu /*Directive of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distant contracts* (OJ 1997 L 144/19);

8. Direktiva 98/27/EZ od 19.05.1998 o sudskim nalogima /*Directive of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers interests* (OJ 1998 L 166/51);

9. Direktiva 1999/94/EZ od 25.05.1999. o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i povezanim garancijama /*Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees*/(OJ 1999 L 171);

10. Direktiva 2002/65/EZ od 23.09.2002. o marketingu finansijskih usluga putem sredstava za telekomunikaciju /*Directive of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC* (OJ 2002 L 271/16), i

11. Direktiva 87/102/EEZ od 22.12.1986. dopunjena Direktivama 90/88/EEC i 98/7/EC o potrošačkom kreditu /*Directive 87/102/EEC concerning consumer credit as amended by the Directive 90/88/EEC and 98/7/EC* (OJ 1987 L42/48).

²¹ Odredba člana 24. ZZP BiH, kojom se regulira odgovornost za proizvod, zatim odredba člana 25. ZZP BiH, kojom se normira odgovornost za materijalne nedostatke prodane stvari, upućuju na primjenu „[...] zakona kojim se uređuju obligacioni odnosi u Bosni i Hercegovini“. Također, odredba člana 68. ZZP BiH upućuje na ZOO kada se radi o ugovorima o osiguranju.

nacionalnoga i nadnacionalnoga.²² Kako bi se to ublažilo, potrebno je uložiti veliko znanje, trud i vrijeme, ne samo državnih organa, nego i stručnjaka iz akademske zajednice koji se bave ovom pravnom problematikom. Određivanju pojma potrošački ugovor, prethodi činjenica da komunitarno pravo kojim se uređuje sfera potrošačkih odnosa (pri tome se prvenstveno misli na nemali broj potrošačkih direktiva), ne pruža eksplicitnu definiciju odnosnog. Direktive kojima se regulira zaštita potrošača, pa čak i one koje u svom nazivu sadrže pojam "potrošački ugovor" ("*consumer contract*"), ne daju definiciju istog.²³

Upravo da bi se izbjegle određene nedosljednosti, te praznine u pogledu definiranja ključnih pojmova europskog ugovornog prava, Europska komisija je pristupila izradi 'Zajedničkog referentnog okvira' ['*Common Frame of Reference*' (dalje: CFR)]. CFR treba poslužiti kao "kutija s alatom" ("*toolbox*"),²⁴ odnosno treba pružiti zajedničku terminologiju i jasne definicije za sve aspekte ugovornog *acquis*-a. Budući da pravo zaštite potrošača predstavlja *jezgro* europskog privatnog prava, to i CFR posebnu pažnju posvećuje potrošačkom ugovoru.²⁵

Tako se potrošački ugovor definira kao "*ugovor čije se karakteristike izvode iz činjenice da je zaključen od strane osobe ('poslovnog subjekta') u okviru njegove djelatnosti ili zanimanja (a) u zamjenu za bilo kakvu naknadu, ako druga ugovorna strana ('potrošač'), sukladno vidljivim okolnostima ili vlastitoj izjavi, očito djeluje izvan svoje djelatnosti ili zanimanja. Ugovor zaključen prema pravilima o prodaji, uslugama ili nekoj drugoj tržišnoj shemi, usmjeren uglavnom prema potrošačima, ima se smatrati potrošačkim ugovorom.*"²⁶

²² *Detaljnije:* Bikić, E. (2007) „Harmonizacija Europskog ugovornog prava“, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 5, Mostar, str. 555. i dalje.

²³ Najbolji primjer za navedeno je Direktiva 93/13/EEZ o nepoštenim ugovornim odredbama u potrošačkim ugovorima (*Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts*, OJ 1993 L 95/29), koja u članu 1., stav 1., određuje da se njezine odredbe odnose na nepoštene klauzule u ugovorima sklopljenim između prodavca ili isporučitelja s jedne i potrošača s druge strane. Dakle, Direktiva 93/13/EEZ na posredan način, i to s obzirom na personalno polje primjene, daje određenu konkretizaciju pojma potrošački ugovor.

²⁴ Beale, H., *ibidem*, 269.

²⁵ Twigg-Flesner, C., *op. cit.*, 144.-145.

²⁶ "... A contract concluded under a sales, service-provision, or other marketing scheme directed predominantly towards consumers is deemed to be a consumer contract." Callies, Galf-Peter (2003) "Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report The European Commission's Action Plan", COM(2003) 68 final and the Green Paper on the Modernisation of the 1980 Rome Convention, COM(2002) 654 final - PART II/II, German Law Journal, 4-1:4/ 2003, par. 64.

Da bi bila riječ o potrošačkom ugovoru, jedna od ugovornih strana mora biti poslovni subjekt koji djeluje u domenu svoje registrirane djelatnosti ili zanimanja, s ciljem ostvarivanja naknade (novčane ili neke druge vrste) od strane suugovarača. S druge strane, potrošač je ugovorna strana koja ugovor zaključuje s namjerom zadovoljenja osobnih, obiteljskih ili potreba vlastitog domaćinstva, odnosno u svrhu koja nije namijenjena poslovnoj djelatnosti ili zanimanju. Stoga, za kvalifikaciju određenog ugovora potrošačkim, bitna je namjera potrošača.

Namjera sklapanja određenog ugovora, kao unutarnji voljni element, ostaje uvijek u sferi osobnog (subjektivnog). Svrha, odnosno cilj zaključivanja ugovora, sukontrahtentu može biti poznata jedino na osnovu vanjskih (objektivnih) okolnosti ili na osnovu potrošačeve izjave volje. U pogledu namjere, kao bitne pretpostavke za kvalifikaciju određenog odnosa potrošačkim, mogu se pojaviti određene dvojbe. Trgovac nije obavezan ispitati svoje mušterije je li proizvod ili uslugu pribavljaju u svojstvu potrošača, ili za potrebe obavljanja određene djelatnosti ili zanimanja. Čak, ukoliko bi kupac i bio upitan za namjeru zaključivanja ugovora i pri tome iznese krivu (primjerice zbog određenih pogodnosti rezerviranih isključivo za potrošače, poput niže cijene, dužih garantnih rokova i sl.), i u tom slučaju treba se ponašati u skladu s jasno iskazanom namjerom. Dvojba o namjeri posebno dolazi do izražaja kod zaključivanja distancionih ugovora, odnosno *e-poslovanja*, gdje ne postoji neposredni kontakt između ugovarača.²⁷ To dalje znači, da iz svih okolnosti konkretne transakcije mora proizlaziti objektivna ocjena da je fizička osoba ugovor sklopila u osobne svrhe.²⁸ Motiv sklapanja pravnog posla, kao ni subjektivni stav fizičke osobe o svrsi zaključivanja ugovora nisu odlučujući čimbenici da bi se određeni ugovor okarakterizirao kao potrošački. Shodno navedenom, potrošački ugovor mogao bi se odrediti kao ugovor kojeg sklapa profesionalac s neprofesionalcem.

Naočigled može djelovati sasvim nesporno koji se ugovor ima smatrati potrošačkim. No, problem se može javiti u tzv. "*graničnim slučajevima*"²⁹ kada sklopljeni pravni posao ima karakteristike „običnog“ obligacionog, ali i potro-

²⁷ *Slično*: Baretić, M., (2003) „Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima s posebnim osvrtom na ugovore banaka i osiguravajućih društava“, 63. U: Baretić, M., Dika, M., Jordanić, B., et al.: Obveze trgovaca u sustavu zaštite potrošača. Zagreb. Narodne novine. (dalje: Baretić, M., „Nepoštene odredbe u potrošačkom ugovorima...“)

²⁸ *Vidi*: Baretić, M., „Nepoštene odredbe u potrošačkom ugovorima...“, 63.-64.

²⁹ *Usp.*: Nebbia, P. (2007) *Unfair Contract Terms in European Law, A Study in Comparative and EC Law*. Portland. Hart Publishing. 73.

šačkog pravnog posla (*mješoviti ugovori*). Činjenica da će se pribavljeni proizvod ili usluga koristiti u privatne svrhe, daje ugovoru kvalifikaciju potrošačkog, ali ako se isti proizvod koristi i za obavljanje zanimanja ili djelatnosti (npr. kupac kupljeni računar koristi i za obavljanje poslovne djelatnosti, ali i u osobne svrhe u omjeru 70:30, ili liječnik, koji medicinsku praksu obavlja u porodičnoj kući, i pri tome plaća račune za potrošnju struje ili vode), znači li to da ugovor ima karakter potrošačkog? Odgovor na postavljeno pitanje ogleda se u tome da veza između poslovne i privatne svrhe sklapanja ugovora treba biti "zanemariva" ("*negligible*"),³⁰ odnosno predmet ugovora primarno bi se trebao koristiti u osobne svrhe. Koliko je to "zanemarivo", javlja se kao pravni standard, stoga se u teoriji i praksi zauzima stav - da bi ugovor bio potrošački zahtijeva se upotreba predmeta ugovora, isključivo u neposlovne svrhe. U graničnim slučajevima, kada ugovor ispoljava bivalentna svojstva, njegova priroda se cijeni na temelju objektivnih okolnosti koje su postojale u trenutku zaključenja ugovora.

Pojam - potrošački ugovor - izveden je prema kriteriju *ratione personae*, odnosno radi se o personalnom determiniranju određene transakcije potrošačkom, budući da jedna strana ugovornog odnosa uvijek mora biti subjekt, koji se može okvalificirati kao potrošač.

2.1. Različiti pristupi definiranju pojma potrošač

Kao što je već istaknuto, da bi određeni pravni odnos imao kvalifikaciju potrošačkog, jedna strana tog odnosa uvijek mora biti potrošač. Potrošač, kao središnja figura³¹ sve složenijeg i kvalitetnijeg sistema zaštite potrošača, jeste subjekt koji na tržištu djeluje isključivo s ciljem stjecanja dobara i usluga za osobne, neprofesionalne potrebe.

Međutim, ukoliko analiziramo pravni status potrošača, kao jedne od strana ugovornog odnosa, očigledno je da se zapravo radi o kupcu dobara, odnosno korisniku usluga. Tako, ukoliko bi se fizička osoba našla u ulozi prodavca ili pružaoca usluge, što svakodobne životne okolnosti, svakako, nameću (npr., fizička osoba nakon izgradnje kuće prodaje ostatak crijepa profesionalnom izvođaču radova), ne bi se mogla smatrati potrošačem, iako ne djeluje u okviru

³⁰ *Ibidem*, 74.

³¹ *Detaljnije*: Baretić, M., „Zaštita potrošača u EZ“, 155.

svoje profesije, odnosno zanimanja.³² To nedvojbeno proizlazi i iz odredbe člana 1. stav 3. ZZP BiH gdje je eksplicitno određeno da je "*potrošač svako fizičko lice koje kupuje, stiče ili koristi proizvode ili usluge za svoje lične potrebe i za potrebe svog domaćinstva.*"

Dakle, da bi se određeni subjekt mogao smatrati potrošačem, moraju biti ispunjena dva kumulativna uvjeta:

1. da se radi o fizičkoj osobi
2. da ta osoba pravni posao zaključuje u cilju zadovoljenja osobnih potreba, odnosno potreba svog domaćinstva.

Prvi uvjet se odnosi na *status* osobe, a drugi na *svrhu* sklapanja ugovora.

Također, i u Prijedlogu ZOO dana je definicija pojma potrošač koja se, u suštini, razlikuje od one sadržane u ZZP BiH. Tako je "*potrošač svaki subjekt koji zaključuje neki pravni posao u svrhu koja ne spada u njegovu privrednu ili samostalnu profesionalnu djelatnost.*" Iz ove odredbe proizlazi da potrošač može biti fizička, ali i pravna osoba, pod uvjetom da ugovor sklapa izvan poslovne ili samostalne profesionalne djelatnosti. Sadržajna neusklađenost zakonskih odredbi u pogledu pojma potrošač implicirat će niz negativnih posljedica. To iz razloga što Prijedlog ZOO sada pruža posebnu zaštitu prava i interesa i drugoj strani potrošačkog ugovornog odnosa tj. profesionalnom subjektu.

Međutim, reguliranjem pojmova potrošač i privrednik u Prijedlogu ZOO normirana je nova, specijalna, kategorija pravnih poslova – *potrošački ugovori*. I u europskom pravu zaštite potrošača, upravo pri određivanju pojma potrošač, najbolje dolazi do izražaja njegova fragmentarnost i inkonzistentnost. U legislativnim aktima EU, pojam potrošač nije jednoznačno određen, u kontekstu danog javlja se tzv. "*uži*" pristup u određivanju pojma potrošač i suprotno tome tzv. "*širi*" pristup u određivanju pojma potrošač.

2.1.1 "Uži" pristup u određivanju pojma potrošač

Značajan broj direktiva donesenih u oblasti zaštite potrošača, posebno onih kojima se normiraju uvjeti koje moraju zadovoljiti proizvodi i usluge nami-

³² Tijekom životnog doba, velika većina ljudi nalazi se istovremeno i u ulozi poslovnog subjekta, profesionalca, ali i potrošača. U određenim fazama, poslovna uloga je možda značajnija, ali s druge, pak, strane kada se vratimo s posla kući, druga uloga je dominantnija. Nitko nije samo potrošač i potrošači ne čine posebnu društvenu skupinu. Mitchell, J., Kutin, B., MacGeorge, A. (2001) „Guidelines for Consumer Policy in Central and Eastern Europe“, *Journal of Consumer Policy*, 24: 2001, 86.

jenjeni potrošačima, ne sadrže definiciju pojma potrošač. No, isto tako određen broj potrošačkih direktiva privatnopravnog karaktera upravo koristi "uži" pristup prilikom definiranja pojma potrošač.³³ Tako se potrošačem smatra samo fizička osoba koja na tržištu djeluje isključivo s ciljem pribavljanja dobara, odnosno usluga za osobne potrebe i potrebe svoga domaćinstva.³⁴ U pravilu, zaštita predviđena odredbama tih direktiva izostaje kada se radi o pravnim licima (npr. različita neprofitna udruženja, asocijacije, mali poduzetnici, zanatlije i sl.), a koja se često nalaze u tipičnoj potrošačkoj poziciji naspram daleko moćnijih privrednih subjekata. Ako se uzme u obzir *ratio legis* instituta zaštite potrošača, i njima je potrebno pružiti isti intenzitet zaštite kao i individualnim potrošačima.³⁵ Iz tog razloga, za ove se subjekte može reći da "pate od imperfektne dejstva tržišta."

Kod tzv. "užeg" pristupa, naglasak je na personalnom kriteriju, odnosno na osobi koja stupa u pravni odnos. Pri tome se potpuno zanemaruje predmet i ekonomska svrha sklapanja ugovora.

No, iako najznačajnije direktive iz ove sfere koriste "užu" definiciju pojma potrošač,³⁶ ipak se može istaći *prigovor nekonzistentnosti*³⁷ na definicije sadržane

³³ Direktiva 85/577/EEZ o ugovorima sklopljenim izvan poslovnih prostorija (*Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises*, OJ 1985 L 372/31), Direktiva 93/13/EEZ o nepoštenim ugovornim odredbama (*Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts*, OJ 1993 L 95/29), Direktiva 94/47/EZ o zaštiti kupaca u pogledu određenih vidova ugovora koji se odnose na kupovinu prava upotrebe nekretnine na bazi *timeshare*-a (*Council Directive 94/47/EC of 26 October 1994 on the protection purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a time-share basis*, OJ 1994 L 280/83), Direktiva 97/7/EZ o zaštiti potrošača u pogledu ugovora sklopljenih na daljinu (*Council Directive 97/7/EC of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts*, OJ 1997 L 144/9), etc.

³⁴ Kravić, R. (2007) „Zaštita potrošača od nepoštenih uslova na tržištu i uspostavljanje ravnoteže u pogledu prava i obaveza učesnika na tržištu“ (online). *Ekonomске teme*, XLV:1/2007. Dostupno na: (<http://www.scindeks.nb.rs>).

³⁵ Petrić, S. (2002) „O problemu nepravednih odredaba potrošačkih ugovora u pravu Europske zajednice i pravu Bosne i Hercegovine“, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. XV, Mostar, 209., (dalje: Petrić, S., „O problemu nepravednih odredaba potrošačkih ugovora...“).

³⁶ Ovakav pristup prihvaćen je i u Briselskoj konvenciji o nadležnosti sudova u građanskim i privrednim sporovima iz 1968. godine (*EC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters*, OJ L 304), zatim u Rimskoj konvenciji o mjerodavnom pravu za ugovorne odnose (*EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, OJ L 266).

³⁷ *Detaljnije*: Baretić, M., „Implementacija prava EZ o zaštiti potrošača...“, 234.

u njihovim odredbama. Direktiva 93/13/EEZ, kao i Direktiva 97/7/EZ, potrošača definiraju kao *bilo koju fizičku osobu koja djeluje izvan okvira svoje djelatnosti, posla ili zanimanja*. Različita od navedenih je definicija sadržana u Direktivi 85/57/EEZ, gdje je potrošač određen kao fizička osoba, koja u transakcijama pokrivenim ovom direktivom, *djeluje radi ostvarivanja ciljeva koji se mogu smatrati izvan njegove djelatnosti ili zanimanja*. Međutim, Direktiva 94/47/EZ uopće ne koristi termin potrošač, već "kupac" ("*purchaser*"), a to je fizička osoba koja *djeluje za svrhe izvan svoje profesionalne djelatnosti*.³⁸ "Restriktivnija" definicija potrošača, prihvaćena je i u praksi Europskog suda pravde (dalje: ESP). Tako primjerice, ESP je u slučaju *Di Pinto* zauzeo stav da se odredbe Direktive 85/577/EEZ primjenjuju samo na privatne osobe. Identično stanovište, povodom primjene ove direktive, zauzeo je i u slučaju *Europska komisija v Irska, te Europska komisija v Velika Britanija*.³⁹ U pogledu primjene Direktive 93/13/EEZ, ESP je, više puta, zauzeo stanovište da je samo fizička osoba potrošač, u smislu odredbe člana 2. b) Direktive 93/13/EEZ.⁴⁰

I naš zakonodavac se opredijelio za tzv. "uži" pristup definiranju pojma potrošač, ograničavajući time zaštitu predviđenu ZZP BiH samo na fizičke osobe. Ovakav pristup, može se djelomično opravdati činjenicom da je pravna zaštita zaista i najpotrebnija pojedincima koji djeluju isključivo u osobne svrhe.⁴¹

2.1.2. "Širi" pristup u određivanju pojma potrošač

Za razliku od ranije iznesenog pristupa, prema ovom tumačenju, potrošačima se smatraju i osobe koje na tržištu djeluju u sklopu svoje profesionalne djelatnosti. Objektivni kriterij, odnosno predmet ugovora, te njegova ekonomska i pravna suština, odlučujući su za determiniranje kruga zaštićenih subjekata, od-

³⁸ „[...]for purposes which may be regarded as being outside his professional capacity" (Art 2 Directive 94/47/EEC).

³⁹ V.: *Criminal proceedings against Patrice di Pinto*, Case 369/98 (14.03.1991.) ECR 1991, I-1189, *Commission of the European Communities v Ireland*, Case 415/85 (21.06.1988.) ECR 1988, 03097, *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, Case 416/85 (21.06.1988.) ECR 1988, 03127. Dostupno na: (<http://www.curia.eu.int>).

⁴⁰ V.: *Cape Snc v Idealservice Srl*, Case 541/99 (22.11.2001.), *Idelaservice MN RE Sas v OMAI Srl*, Case 542/99 (22.11.2001.) ECR 2001, I-09049. Dostupno na: (<http://www.curia.eu.int>). O reperkusijama koje je polučila odluka ESP u ova dva povezana slučaja *vidi*: Nebbia, P., *op. cit.*, 83.

⁴¹ O nedostacima definiranja pojma potrošač u „užem” smislu u odredbama ZZP BiH *opširnije*: Petrić, S., „Kritički osvrt na ZZP u BiH”, 201.-204.

nosno potrošača.⁴² Dakle, relevantno je da se ugovorom pribavlja proizvod ili usluga koji se smatraju tipično potrošačkim, a nebitno je da li to pribavlja fizička ili pravna osoba u domenu svoje profesije, djelatnosti ili zanimanja. Drugim riječima, svrha zaključenog pravnog posla je sasvim irelevantna. Iako je proširen krug subjekata koji se smatraju potrošačima, ipak se neće smatrati potrošačkim ugovorom onaj ugovor u kojem ugovarači imaju položaj ravnopravnih poslovnih partnera.

"Širi" pristup definiranju pojma potrošač prihvaćen je i u određenim potrošačkim direktivama. Tako primjerice, Direktiva 90/314/EEZ o turističkim paket aranžmanima,⁴³ potrošača definira samo kao *osobu koja uzima ili pristaje uzeti paket aranžman*. Direktiva 84/450/EEZ o prijevarnom postupanju u reklamiranju⁴⁴ pruža zaštitu i fizičkim i pravnim osobama, zatim Direktiva 85/374/EEZ o odgovornosti za proizvode s nedostatkom,⁴⁵ ne koristi termin potrošač, već opći pojam "oštećena osoba" ("*injured person*") etc.

Ovaj pristup, govori u prilog činjenici da odredbe navedenih direktiva nisu namijenjene jedino potrošačima – fizičkim osobama, već znatno širem krugu subjekata.⁴⁶ To se u jednu ruku može činiti sasvim opravdanim, no s druge strane, polazi se od premise da je fizička osoba slabija strana u potrošačkom ugovoru i stoga joj je potrebna dodatna zaštita, dok se za pravne osobe pretpostavlja da su upoznate sa svim rizicima pravnog prometa.⁴⁷ Prihvaćanjem ekstenzivnog pojma potrošač, u teorijskopravnom i legislativnom okviru EU, bila bi izigrana suština instituta zaštite potrošača, jer ipak ta specijalna prava u svojoj biti namijenjena su potrošačima - fizičkim osobama, koje djeluju s ciljem zadovoljenja osobnih potreba.⁴⁸

⁴² Petrić, S., „Kritički osvrt na ZZP u BiH“, 200.

⁴³ Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours, OJ 1990 L 158/53.

⁴⁴ Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 concerning misleading advertising, OJ 1984 L 250/17. Amended OJ 1997 L 290/18.

⁴⁵ Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 concerning liability for defective products, OJ 1985 L 210/29, Amended OJ 1997 L 290/18.

⁴⁶ "Širi" pristup u određivanju pojma potrošač prihvaćen je u Zakonu o zaštiti potrošača („Sl. glasnik R Srbije“, broj: 79/05), član 2. stav 2., „*potrošač jeste i privredno društvo, preduzeće, drugo pravno lice i preduzetnik, kada kupuje proizvode ili koristi usluge za sopstvene potrebe*“.

⁴⁷ Hondius, E. (2004) "The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis", Journal of Consumer Policy, 27:2004, 246.-248.

⁴⁸ Slično: Kravić, R., *nav. djelo*, 185.

“Širi” pristup u determiniranju pojma potrošač prihvaćen je i u novom tekstu Prijedloga ZOO, na taj način stvorena je kolizija s važećom odredbom člana 1. stav 3. ZZP BiH. Navedena kolizija u budućnosti bi svakako trebala biti otklonjena, i to držimo u korist “užeg” pristupa jer je sama suština principa zaštite potrošača usmjerena upravo prema fizičkim osobama.

Iz do sada izloženog ne može se odrediti generalna definicija pojma potrošač, koja bi, pak, odgovarala svim segmentima društvenog života uređenog pravilima o zaštiti potrošača. Cilj koji se želi postići usvajanjem određene direktive određuje njezin sadržaj, a samim time i krug zaštićenih osoba.⁴⁹

S obzirom na spomenutu inkonzistentnost u definiranju pojma potrošač u odredbama potrošačkih direktiva, važno je istaći da se ista reflektirala i na nacionalna zakonodavstva država-članica. Mada je sama suština pojma potrošač identična u svim državama-članicama, ipak individualnim jezičnim formulacijama dolazi do dalje divergencije, što rezultira negativnim implikacijama, budući da se neposredno odražava na nivo zaštite potrošača u svakoj državi-članici.⁵⁰

2.1.3. "Slika" potrošača u praksi ESP

U europskom zakonodavstvu, kao i nacionalnim pravnim poredcima, ne postoji jednoznačna definicija pojma potrošač. Izbor "užeg" ili "šireg" pristupa pri definiranju ključnog subjekta potrošačke transakcije uvjetovan je ciljem koji se želi postići.⁵¹ No, iako je u legislativnim aktima EU naglašen pravni partikularizam kada se govori o definiranju pojma potrošač, ipak ESP svojom djelatnošću znatno doprinosi stvaranju jedinstvene predodžbe o potrošačima. Odluke ESP nisu obavezujuće, no dugogodišnja sudska praksa reproducirala je *sliku potrošača*, koja se u određenoj mjeri projicira na europsko, ali i nacionalna zakonodavstva. ESP u osnovi prihvaća "uži" pojam potrošača, budući da je takav prihvaćen i u odredbama većine potrošačkih direktiva.

⁴⁹ “[...] *the definition of consumer depends on the object and extent of the protection that one wants to ensure* [...]” Nebbia, P., *op. cit.*, 70.

⁵⁰ Ebers, M. (2008) „The notion of 'consumer', Comparative Analysis“, 726. U: Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, C., Ebers, M., (ed.) *Consumer Law Compendium*. European Law Publishers.

⁵¹ Pojam potrošač je, prvenstveno, dio ekonomskog diskursa i njegovo prenošenje u pravni kontekst podrazumijeva niz kontroverzi. Tako, „[...] potraga za pravnom definicijom potrošača, vodi krajnje neprimjerenom simplifikaciji problema impliciranih ovom pravnom regulativom.“ *Citirano prema*: Trivun, V., Trifković, M., Silajdžić, V., Hošo, J. (2007) *Nacionalno i evropsko pravo*. Sarajevo: Ekonomski fakultet u Sarajevu, 272.

ESP polazi od premise da potrošač, kao individualni učesnik u procesu tržišne razmjene, u takav odnos stupa bez odgovarajućih profesionalnih znanja, ekonomske i finansijske snage, te stručne pomoći. To ga neminovno čini slabijom ugovornom stranom u odnosu na profesionalnog partnera, čija je pozicija, uz naprijed navedene kvalitete, daleko superiornija. Da bi potrošač bio *de facto* ravnopravan subjekt u domaćim, ali i prekograničnim tržišnim odnosima,⁵² te da bi istinski uživao sve slobode integritanog, zajedničkog tržišta,⁵³ ESP svojim jurisprudencijskim pristupom pruža dodatni stupanj zaštite potrošačima, pored onog zajamčenog pravnim propisima. Princip minimalne harmonizacije koji je ugrađen u većinu potrošačkih direktiva, ostavlja prostor državama-članicama da normiraju vlastiti sistem zaštite potrošača. Na oblikovanje principa utječe kulturno-tradicijski, odnosno nacionalni, naspram komunitarnog pristupa. Upravo da bi se zadobilo povjerenje potrošača, a potrošač postao samouvjeren, samosvjestan subjekt, koji slobodno i bez ograničenja učestvuje u prekograničnim transakcijama, teži se principu maksimalne harmonizacije, odnosno "*the harmonised confidence argument*", naspram "*the minimum confidence argument*." Međutim, i tzv. "argument samosvjesnog potrošača", služi samo kao izgovor, opravdanje za uvođenje principa maksimalne harmonizacije, koji će više koristiti proizvođačima i trgovcima no potrošačima. Naime, većina potrošača nije uopće svjesna ni svojih prava zajamčenih nacionalnim propisima, a njihov izbor u potrošačkim transakcijama je često, ili sasvim slučajan, ili opredijeljen cijenom (*price-driven*). Ova spoznaja, dovodi do konkluzije da i eventualna uspostava

⁵² Potrošač koji djeluje isključivo u granicama domaće tržišne regulacije, odnosno na lokalnom ili nacionalnom tržištu označava se još i kao „*pasivni potrošač*“. On je pasivan *vis-à-vis* zaključenog ugovornog odnosa, ali i *vis-à-vis* zaštite koja se ostvaruje u eventualnoj parnici. S druge, pak, strane nalazi se „*aktivni potrošač*“ koji se na cjelokupnom unutrašnjem tržištu EU ponaša kao da djeluje na lokalnom tržištu, kako pri sklapanju pravnih poslova, tako i u pogledu zaštitnih mjera. Podjela na „*aktivne*“ i „*pasivne*“ potrošače sadržana je u odredbama Briselske i Rimske konvencije, a koja je praksom ESP dobila znatno šire značenje. *O tome*: European Consumer Law Group (1998) „European Consumer Law Group Jurisdiction and Applicable Law in Cross-Border Consumer Complaints. Socio-Legal Remarks on an Ongoing Dilemma Concerning Effective Legal Protection for Consumer-Citizens in the European Union,“ *Journal of Consumer Policy*, 21:1998, 318.-319.

⁵³ Određeni autori, potrošača vide kao tržišnog igrača čije je djelovanje (ili nedjelovanje) vitalno u konstruiranju jedinstvenog tržišta, odnosno potrošaču je dodijeljen zadatak da na svoj način učestvuje u projektu stvaranja zajedničkog tržišta. *Pobliže*: Oughton, D., Willett, C. (2002) „Quality regulation in European private law“, *Journal of Consumer Policy*, 25:2002, 303.

jedinstvenog sistema zaštite potrošača na tlu EU, neće puno promijeniti postojeću situaciju u određenoj državi.⁵⁴

S obzirom na negativnu formulaciju potrošača, potrošač se javlja kao "najslabija karika" u lancu proizvođač – trgovac – potrošač, on je krajnji korisnik dobara i usluga koje se nude na tržištu. U praksi ESP stvorena je slika (*image*) potrošača, kao pažljivog, razumnog, razboritog i promišljenog korisnika dobara i usluga, koje se nude na unutrašnjem europskom tržištu (*responsible consumer model*).⁵⁵ ESP prilikom tumačenja spornih propisa komunitarnog prava, a što je vidljivo iz njegovih odluka, vodi se konceptom pažljivog i razboritog potrošača.⁵⁶ Prosječan potrošač⁵⁷ je, dakle, dobro informiran "razuman čovjek", koji je u stanju kritički ocijeniti sve oblike propagandnog oglašavanja, koje ga okružuje na "svakom koraku."⁵⁸ Da bi potrošač bio oprezan i mudar, mora biti dobro informiran, jedino transparentno tržište daje priliku potrošaču da vodi računa sam o sebi, naravno, uz određeni paternalistički pristup države.⁵⁹

⁵⁴ *Opširnije o navedenom*: Wilhelmsson, T. (2004) „The Abuse of the 'Confident Consumer' as a Justification for EC Consumer Law“, *Journal of Consumer Policy*, 27:2004, 324.-329.

⁵⁵ *Prema*: Dausies, M. A. (2003) „Consumer Protection Through Consumer Information? - The Image of the Consumer in European Legislation and Jurisprudence“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, Suppl. br. 3, 149 i d.

⁵⁶ *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV v Mars GmbH*, Case 470/93 (06.07.1995.) ECR I-1923, par. 24. „Reasonably circumspect consumers may be deemed to know that there is not necessarily a link between the size of publicity markings relating to an increase in a product's quantity and the size of that increase.“ *Vidi opširnije*: Schulze, R., Nölke-Schultze, H., Jones, J. (2002) *A Casebook on European Consumer Law*. Oxford and Portland. Hart Publishing, 109.-119.

⁵⁷ Weatherill, S. (2007) „Who is the 'Average Consumer'?“, 115-138, U: Weatherill, S., Bernitz, U., (ed.) *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*. Oxford and Portland. Hart Publishing.

⁵⁸ Slika prosječnog potrošača (*avarage consumer*) najbolje je prezentirana u slučaju ESP: *Gut Springenheide GmbH, Rudolf Tusky v Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt, Amt für Lebensmittelüberwachung*, Case 210/96 (16.07.1998.) ECR I-465, par. 31. „In those cases, in order to determine whether the description, trade mark or promotional description or statement in question was liable to mislead the purchaser, the Court took into account the presumed expectations of an average consumer who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect, without ordering an expert's report or commissioning a consumer research poll.“ *Vidi*: Schulze, R., Nölke-Schultze, H., Jones, J., *ibidem*, 221.-231.; *Cfr. i slučajeve*: *Yves Rocher*[1993] ECR I-2361, *Schott-Zwiesel* [1994] ECR I-3879, *Sektkellerei Kessler* [1999] ECR I-513, *Lancaster* [2000] ECR I-117, *Cidreie Ruwet* [2000] ECR I-8749, etc. Prezentirana praksa ESP dostupna na: (<http://www.curia.eu.int>).

⁵⁹ *Poblize*: Jovanić, T. (2004) „Osnovne postavke regulacije s ciljem zaštite potrošača“, *Pravni život*, 53:10/2004, 552.

ESP je vremenom razvio razučenu mrežu pravnih standarda, odnosno kriterija, temeljem kojih se ekstenzivnije mjere zaštite potrošača uvedene od strane država-članica, smatraju dopuštenim (*justified*) ograničenjem slobode kretanja roba i usluga.⁶⁰ Takvo postupanje ESP temelji na principu tzv. "*prinudnih razloga ili zahtjeva*" ("*mandatory requirements*"). Ovaj princip predstavlja prepreku realizaciji slobode kretanja dobara i usluga, no budući da je uveden s ciljem zaštite općeg dobra, našao je višestruku primjenu u praksi ESP.⁶¹ Tako će ESP državama-članicama tolerirati one mjere zaštite potrošača koje, iako predstavljaju smetnju za funkcioniranje zajedničkog tržišta, ipak služe zaštititi razumnog, obazrivog (*reasonably circumspect*) potrošača, dok to nije slučaj kada se radi o nemarnom i lakovjernom (*inattentive and gullible*) potrošaču.⁶²

Međutim, postoji dovoljno prostora da se zaštita od strane ESP pruži i posebnim skupinama potrošača (*vulnerable consumers*) koji, primjerice, zbog neiskustva, nedovoljnog obrazovanja, starosti, teškog ekonomskog stanja i sl., ne pripadaju skupini ranije pomenutih konzumenata.⁶³

3. Potrošački ugovor u zakonodavstvu BiH

Do danas je u pravnu stečevinu EU utkano gotovo stotinu potrošačkih direktiva, no, kako je to već naglašeno, niti jedna od njih ne sadrži definiciju pojma potrošački ugovor.⁶⁴ Budući da je u domaći pravni poredak interpoliran značajan segment potrošačkog *acquis*-a, to je neophodno pristupiti određivanju pojma potrošački ugovor u kontekstu važećih propisa.

⁶⁰ *Detaljnije*: Misita, N. (2008) „Zaštita potrošača i tržište finansijskih usluga Evropske unije“, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 6., Mostar, 91., (dalje: Misita, N., „Zaštita potrošača i tržište finansijskih usluga EU“).

⁶¹ *Opširnije* (o tome): Kaczorowska, A. (2008) *European Union Law*. London & New York. Routledge-Cavendish, 522.-524.; *Vidi i*: Misita, N., „Zaštita potrošača i tržište finansijskih usluga EU“, 91.-92.

⁶² *Vidi*: Dausés, M, *op. cit.*, 156.

⁶³ ESP u slučaju *Buet*, razlika između pojedinih skupina potrošača s obzirom na njihovo obrazovanje. *R. Buét and Educational Business Services SARL v Ministere Public*, Case 382/87, ECR 1989, I-1235, *Vidi i* slučajeve: *Konsumentombudsmannen* [2001] ECR I-1795, *Aragonesa de Publicidad Exterior*, Joined Cases C-1/90 & 176/90 [1991] ECR I-4151, *etc.* Prezentirana praksa ESP dostupna na: (<http://www.curia.eu.int>).

⁶⁴ Podatak o broju, do danas, usvojenih potrošačkih direktiva *vidi na*: (<http://www.europa.eu.int.celex>).

3.1. Kriteriji za određivanje određenog ugovornog odnosa potrošačkim

Budući da se sve potrošačke smjernice analiziraju s aspekta personalnog i predmetnog polja primjene, to se kao kriteriji za kvalifikaciju određenog ugovornog odnosa potrošačkim mogu upravo iskoristiti kriterij *ratione personae* i kriterij *ratione materiae*.

Prema kriteriju *ratione personae*, potrošačkim ugovorom smatra se ugovor zaključen između potrošača s jedne, i proizvođača,⁶⁵ odnosno trgovca, s druge, strane.⁶⁶ No, pored obavezne kvalifikacije subjekata ugovornog odnosa, da bi se ugovor zaista smatrao potrošačkim, bitna je i *causa* sklapanja pravnog posla. Drugim riječima, fizička osoba ugovor mora zaključiti isključivo s ciljem zadovoljenja osobnih potreba ili potreba svoga kućanstva. Naravno to ne znači da, ukoliko, primjerice, potrošač pribavi stvar ili uslugu s namjerom da istu osobno ne upotrebljava, već pravo raspolaganja prenese na treću osobu, da se takav ugovor ne može okarakterizirati potrošačkim. Naime, bitno je da i u ovom slučaju kod potrošača postoji namjera dobročinstva.⁶⁷

Drugi kriterij za kvalificiranje ugovornog odnosa potrošačkim jeste kriterij *ratione materiae*, kod kojeg se akcent sa subjekata prenosi na predmet

⁶⁵ Proizvođačem se u smislu odredbe člana 1. stav 4. ZZP BiH smatra „svako fizičko ili pravno lice koje posluje u Bosni i Hercegovini, bez obzira na vrstu ili oblik vlasništva, javno ili privatno, koje u cijelosti ili djelimično proizvodi proizvod ili pruža uslugu. Prema definiciji, proizvođač je:

a) svako lice koje uvozi proizvod ili uslugu u BiH;

b) svako lice koje, stavljajući svoje ime, robni žig, logotip, etiketu ili drugu karakterističnu oznaku na proizvod, predstavlja sebe kao proizvođača.“

⁶⁶ Trgovcem se u smislu odredbe člana 1. stav 5. i 6. ZZP BiH smatra „svako lice koje direktno ili kao posrednik među drugim licima prodaje proizvode ili pruža usluge potrošaču. Proizvođač koji direktno dostavlja robu ili usluge potrošačima također se smatra trgovcem.“ Usporedbe radi Zakon o trgovini („Sl. novine FBiH“, broj: 64/04 i 12/05) pod pojmom trgovac smatra „pravne i fizičke osobe registrirane za obavljanje djelatnosti proizvodnje i obavljanja usluga, kada svoje proizvode i usluge prodaju na tržištu; fizičke osobe koje se bave poljoprivrednom proizvodnjom kada svoje poljoprivredne proizvode prodaju na tržištu, i fizičke osobe koje na temelju ugovora s trgovcem za trgovca obavljaju trgovinu na malo izvan prodavaonice.“ Navedene definicije pod pojmom trgovac, kao što se to i vidi, smatraju kako pravnu, tako i fizičku osobu, s tom razlikom što je pojam trgovac u Zakonu o trgovini normiran znatno ekstenzivnije.

⁶⁷ *Slično* (o tome): Perović, S. (1980) Obligaciono pravo, Knjiga prva. Beograd: Privredna štampa, 204.

ugovora. No, budući da predmet potrošačke transakcije nije limitiran, odnosno predmet ugovora može biti sve ono što je po općim pravilima obligacionog prava dopušteno, to izbor ovog kriterija ne predstavlja adekvatno rješenje. No isto tako, prihvaćanje personalnog kriterija znači da znatan broj ugovora građanskopravnog karaktera biva izuzet iz opsega pojma potrošački ugovor.

3.2. Stvaranje "trojakog" ugovornopravnog režima

Usklađivanje pozitivnih propisa s *consumer acquis*-om, imalo je za posljedicu i definiranje posebnog subjekta pravne zaštite – potrošača, što je impliciralo stvaranje tzv. "trojakog" ugovornopravnog režima.⁶⁸ Sada se na istoj razini, pored ugovora građanskog prava, te privrednih ugovora, javljaju i *treći*, potrošački, na koje se, pored pravila obligacionog prava, primjenjuju i odredbe posebnih propisa. Do usvajanja *lex specialis* propisa, odnosno ZZP BiH, na teorijskopravnoj razini postojao je tzv. *ugovorni dualizam*.⁶⁹

Tako, ukoliko je pravni posao zaključen između poslovnih subjekata u domenu njihove registrirane djelatnosti, ili u vezi s njom,⁷⁰ radi se o *privrednom ili trgovačkom ugovoru*.⁷¹ Ugovorne strane kod ove vrste ugovora su, dakle, privredna društva, koja poslove prometa roba i usluga obavljaju s ciljem stjecanja profita,⁷² kao i fizičke osobe koje profesionalno vrše određenu djelatnost u vidu zanimanja.⁷³ S druge strane, svi ostali pravni poslovi, koji nemaju specijalnu

⁶⁸ Vidi kod: Parać, Z. (2008) „Trgovački ugovori, potrošači, lucrum cessans (i još ponešto)“, *Pravo u gospodarstvu*, 47:3/2008, 518.-520.

⁶⁹ Pojmom *ugovorni dualizam*, ne zadire se u načelo jedinstva pravila obligacionog prava, odnosno načelo monizma, prema kojem jedinstvena pravila ZOO primjenjuju se i na privredne subjekte. *U tom smislu*: Morait, B. (2007) *Obligaciono pravo*, Knjiga prva, Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Banja Luka, 11.

⁷⁰ Člana 54. stav 1. ZOO „pravno lice može zaključivati ugovore u pravnom prometu u okviru svoje pravne sposobnosti.“

⁷¹ Ugovori u gospodarstvu su takvi ugovori koje organizacije ili zajednice, imatelji radnji i pojedinci (u okviru registriranog zanimanja) u obavljanju neke gospodarske djelatnosti sklapaju međusobno u obavljanju tih djelatnosti. Gorenc, V. (1993) *Trgovačko pravo – ugovori*, II. Zagreb: Školska knjiga, 1.

⁷² Zakon o privrednim društvima („Sl. novine FBiH“, br. 23/99, 45/00, 2/02, 6/02, 29/03, 68/05, 91/07 i 88/08) člana 2. stav 1., normira da je „društvo pravno lice koje samostalno obavlja privrednu djelatnost radi sticanja dobiti.“

⁷³ Člana 2. stav 1. Zakona o obrtu i srodnim djelatnostima („Sl. novine FBiH“, broj: 35/09), obrtnikom se smatra „fizička osoba koja obavlja dopuštenu i registriranu gospodarsku djelatnost u osnovnom, dopunskom ili dodatnom zanimanju sa svrhom postizanja dobiti, a koja se ostvaruje proizvodnjom, prometom ili pružanjem usluga na tržištu.“

kvalifikaciju trgovačkog ili potrošačkog ugovora, smatraju se "običnim" obligacionim ugovorima.

Međutim, "trojaki" ugovornopravni režim nije zasnovan samo na teorijsko-pravnoj postavci, već je našao svoju regulaciju i u pozitivnopravnim propisima. Naime, odredbom člana 13. stav 1. Prijedloga ZOO, propisano je da se "odredbe ovog zakona koje se odnose na ugovore primjenjuju na sve vrste ugovora, osim ako za ugovore poduzetništva i potrošačke ugovore nije izričito drugačije određeno." Ovom odredbom zakonodavac je, dakle, i normativno priznao postojanje "trojako" uređenja ugovornopravne materije.⁷⁴

"Trojako" uređenje ugovornopravne materije za same ugovorne strane može polučiti i određene negativne reperkusije, a koje se mogu odraziti i na sigurnost pravnog prometa. Naime, ugovori koje sklapaju poslovni subjekti međusobno, ali i ugovori zaključeni između samih potrošača, neće se tretirati kao potrošački. Međutim, problem se može javiti kada se ugovor po svom sadržaju može svrstati u bilo koju od navedenih kategorija, a da pri tome ni sami ugovarači u trenutku sklapanja pravnog posla ne znaju kojem se pravnom režimu podvrgnuti.

Tako primjerice, ukoliko fizička osoba, koja profesionalno vrši određenu privrednu djelatnost u vidu svog zanimanja (samostalni poduzetnik) zaključi ugovor o prodaji putničkog automobila s ovlaštenim dilerom, s namjerom da kupljeni automobil (ili pak frižider, usisivač, aparat za pravljenje kave i sl.) koristi u privatne svrhe, a po potrebi i za profesionalne, s razlogom se nameće pitanje o kojoj vrsti ugovora se *in concreto* radi? Navedeni ugovor mogao bi se tretirati kao trgovački, budući da jedna od ugovornih strana djeluje u domenu obavljanja privredne djelatnosti, pri tome oba ugovarača imaju objektivnu kvalifikaciju poslovnih subjekata. Međutim, isto tako bi se ugovor mogao smatrati i potrošačkim, jer jedan od suugovarača je fizička osoba, koja djeluje izvan svog zanimanja i s namjerom zadovoljenja osobnih potreba, bez obzira na to što ipak naknadno može odlučiti da kupljeni automobil koristi i u poslovne svrhe.

U ovakvim slučajevima, kada ugovor ispoljava tzv. "polivalentna svojstva", za njegovu pravnu kvalifikaciju mjerodavne *su objektivne okolnosti koje su postojale u trenutku njegova zaključenja*.⁷⁵ Navedenim se otvara i novo problemsko pitanje, a koje se tiče ocjene objektivnih okolnosti u trenutku perfektuacije ugovora. Naime, prodavac u spomenutom slučaju, teško da može znati u koju

⁷⁴ Slično: Parać, Z., *ibidem*, 518.

⁷⁵ Prema: Baretić, M., „Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima...“, 63.

svrhu kupac pribavlja automobil. Drugim riječima, kako će potrošač dokazati da djeluje u poslovnu ili privatnu svrhu, budući da je namjera *conditio sine qua non* za postojanje potrošačke transakcije.⁷⁶ Također, činjenica da će predmet ugovora biti korišten i u poslovne svrhe, ali sasvim zanemarivo u odnosu na cjelokupnu transakciju, s obzirom da fizička osoba proizvod kupuje dominantno za osobnu upotrebu, nameće problem pravne kvalifikacije kupca.

Jedno od mogućih rješenja bilo bi da pribavilac dobra ili usluge sam odluči hoće li u pravnom prometu nastupati u domenu svoje registrirane poslovne djelatnosti, odnosno zanimanja (uzimajući pri tome u obzir benefite, koje eventualno može ostvariti zbog statusa poslovnog subjekta, kao npr. mogućnost povrata PDV, kupovina po nižim cijenama i sl.) ili će nastupati u ulozi potrošača, te koristiti pogodnosti koje se vezuju za taj status.

4. Zaključak

Specifičnost "potrošačkog ugovornog režima" leži u činjenici, da u uvjetima tržišnog načina privređivanja koji je obilježen masovnom proizvodnjom (ponudu čini široka lepeza različitih i vremenom sve kompleksnijih dobara i usluga) i masovnom potrošnjom, upravo potrošač predstavlja "najslabiju kariku" u lancu proizvođač – trgovac – potrošač. Naime, potrošač kao krajnji konzument proizvoda i usluga, djelovanjem slobodnog tržišnog mehanizma često biva doveden u neravnopravan položaj. To iz razloga što sukontrahent potrošača može imati znatno veću ekonomsku i finansijsku moć, raspolagati stručnim znanjima iz određene oblasti, a ugovor sklapa u domenu svoje poslovne ili samostalne profesionalne djelatnosti, što mu, svakako, daje mogućnost uspostaviti "superiorniju" poziciju u procesima tržišne razmjene. Shodno navedenom, izvjesna pravna intervencija države u tržišni mehanizam javlja se kao *conditio sine qua non* zaštite potrošača kao slabije ugovorne strane, te vodi uspostavljanju ravnopravnijeg odnosa tržišnih sudionika.

⁷⁶ Namjera sklapanja pravnog posla nije sporna, ukoliko status ugovarača (student, umirovljenik, i sl.) ili priroda stvari ili usluge koja se nabavlja (namještaj, turistički aranžman, polica zdravstvenog osiguranja i sl.) govori da se ugovor zaključuje isključivo s ciljem zadovoljenja osobne ili porodične potrošnje.

Literatura:

1. Bakardijeva Engelberkt, A. (2008) "The impact of EU enlargement on private law governance in Central and Eastern Europe: the case of consumer protection", U: Cafaggi, F., Muir-Watt, H., (ed.), *Making European Private Law, Governance Design*. Cheltenham. Edward Elgar.
2. Baretić, M. (2002) "Zaštita potrošača u Europskoj zajednici", U: Gavella, N., et al.: *Europsko privatno pravo*. Zagreb. Pravni fakultet Sveučilišta u Zegrebu.
3. Baretić, M. (2003) "Implementacija prava Europske zajednice o zaštiti potrošača u hrvatsko pravo", *Pravo u gospodarstvu*, 42:4/2003.
4. Baretić, M., (2003) "Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima s posebnim osvrtom na ugovore banaka i osiguravajućih društava", 63. U: Baretić, M., Dika, M., Jordanić, B., et al.: *Obveze trgovaca u sustavu zaštite potrošača*. Zagreb. Narodne novine.
5. Beale, H. (2007) "The Future of the Common Frame of Reference", *European Review of Contract Law*, 257:3/2007.
6. Bikić, E. (2008) *Zastupanje u domaćem pravu i Principima europskog ugovornog prava*. Mostar: Pravni fakultet Univerziteta "Džemal Bijedić".
7. Bikić, E. (2007) "Harmonizacija Europskog ugovornog prava", *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 5, Mostar.
8. *Calliess, Graf-Peter (2003) "Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report The European Commission's Action Plan"*, COM(2003) 68 final and the Green Paper on the Modernisation of the 1980 Rome Convention, COM(2002) 654 final - PART II/II, *German Law Journal*, 4-1:4/ 2003.
9. Colins, H. (2008) "The European Civil Code: The Way Forward", Cambridge University Press, Cambridge.
10. Dausés, M. A. (2003) "Consumer Protection Through Consumer Information? - The Image of the Consumer in European Legislation and Jurisprudence", *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, Suppl. br. 3*.
11. Ebers, M. (2008) "The notion of 'consumer', Comparative Analysis", 726. U: Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, C., Ebers, M., (ed.) *Consumer Law Compendium*. European Law Publishers.

12. European Consumer Law Group (1998) "European Consumer Law Group Jurisdiction and Applicable Law in Cross-Border Consumer Complaints. Socio-Legal Remarks on an Ongoing Dilemma Concerning Effective Legal Protection for Consumer-Citizens in the European Union", *Journal of Consumer Policy*, 21:1998.
13. Gorenc, V. (1993) *Trgovačko pravo – ugovori*, II. Izdanje. Zagreb: Školska knjiga.
14. Grabbe, H. (2002) "European Union conditionality and the 'Acquis Communautaire'", *International Political Science Review*, 3:23/2002.
15. Hondius, E. (2004) "The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis", *Journal of Consumer Policy*, 27:2004.
16. Jovanić, T. (2004) "Osnovne postavke regulacije s ciljem zaštite potrošača", *Pravni život*, 53:10/2004.
17. Kaczorowska, A. (2008) *European Union Law*. London & New York. Routledge - Cavedish.
18. Kesner-Škreb, M. (2008) "Pravna stečevina Europske unije", *Financijska teorija i praksa*, Zagreb, 32:3/2008.
19. Kravić, R. (2007) "Zaštita potrošača od nepoštenih uslova na tržištu i uspostavljanje ravnoteže u pogledu prava i obaveza učesnika na tržištu" (online). *Ekonomске teme*, XLV:1/2007. Dostupno na: (<http://www.scindeks.nb.rs>).
20. Ledić, D. (2005) "Pravo zaštite potrošača – nova grana hrvatskog prava", 10. U: Tomljenović, V., Čulinović-Herc E., (ur.) *Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu*, Izazovi međunarodnog tržišta roba i usluga. Rijeka. Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.
21. Micklitz, W. H. (2003) "The Necessity of a New Concept for the Further Development of the Consumer Law in the EU", *German Law Journal*, 10:4/2003.
22. Misita, N. (1997) *Osnove prava zaštite potrošača Evropske zajednice*. Sarajevo: Fond otvoreno društvo Bosne i Hercegovine.
23. Misita, N. (2002) *Osnovi prava Evropske unije*. Sarajevo: COLPI i Magistrat.
24. Misita, N. (2008) "Zaštita potrošača i tržište finansijskih usluga Evropske unije", *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 6., Mostar.

25. Mitchell, J., Kutin, B., Macgeorge, A. (2001) "Guidelines for Consumer Policy in Central and Eastern Europe", *Journal of Consumer Policy*, 24: 2001.
26. Morait., B. (2007) *Obligaciono pravo, Knjiga prva, Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Banja Luka.
27. Nebbia, P. (2004) "Internal Market and the Harmonisation of European Contract Law", 89-101. U: Tridimas, T., Nebbia, P., (ed.), *European Union Law for The Twenty-First Century*. Oxford and Portland Oregon. Hart Publishing.
28. Nebbia, P. (2007) *Unfair Contract Terms in European Law, A Study in Comparative and EC Law*. Portland. Hart Publishing.
29. Parać, Z. (2008) "Trgovački ugovori, potrošači, lucrum cessans (i još ponešto)", *Pravo u gospodarstvu*, 47:3/2008.
30. Perović, S. (1980) *Obligaciono pravo, Knjiga prva*. Beograd: Privredna štampa.
31. Petrić, S. (2002) "O problemu nepravednih odredaba potrošačkih ugovora u pravu Europske zajednice i pravu Bosne i Hercegovine", *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. XV, Mostar.
32. Petrić, S. (2004) "Kritički osvrt na Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini", *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Mostar, br. 2.
33. Pošćić, A. (2004) *Europsko pravo ugovora i zaštite potrošača*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.
34. Schulze, R., Nölke-Schultze, H., Jones, J. (2002) *A Casebook on European Consumer Law*. Oxford and Portland. Hart Publishing.
35. Staudenmayer, D. (2004) "The Place of Consumer Contract Law Within the Process on European Contract Law", *Journal of Consumer Policy*, Kluwer Academic Publishers, 27:2004.
36. Trivun, V., Trifković, M., Silajdžić, V., Hošo, J. (2007) *Nacionalno i evropsko pravo*. Sarajevo: Ekonomski fakultet u Sarajevu.
37. Twigg-Flesner, C. (2008) *The Europeanization of Contract Law: Current controversies in law*. London & New York: Routledge-Cavendish.
38. Von Bar, C. (2005) "Working Together Toward a Common Frame of Reference", *Juridica International*, X/2005.

39. Weatherill, S. (2005) *EU Consumer Law and Policy*. Cheltenham: Edward Elgar.
40. Weatherill, S. (2007) "*Who is the 'Average Consumer'?*", 115-138, U: Weatherill, S., Bernitz, U., (ed.) *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*. Oxford and Portland. Hart Publishing.
41. Wilhelmsson, T. (2000) "Is There a European Consumer Law – and Should There Be One?", Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, SAGGI, CONFERENZE E SEMINARI, Roma.
42. Wilhelmsson, T. (2004) "The Abuse of the 'Confident Consumer' as a Justification for EC Consumer Law", *Journal of Consumer Policy*, 27:2004.
43. Zimmermann, R. (2006) "Contact Law Reform: The German Experience", 83. U: Vogenauer, S., Weatherill, S., *Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Laws*. Portland. Business and Legal Practice.
44. <http://www.curia.eu.int>.
45. <http://www.europa.eu.int.celex>.
46. "A Common Frame of Reference – How should it be filled". Dostupno na: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safeshop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/pdf.

CONCEPT OF THE CONSUMER CONTRACT IN THE LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Consumer protection is one of the principles that the legislation of market-oriented economies are faced with, and is particularly prominent in the legislation of the European Union (hereafter: EU). The *acquis communautaire* through the secondary legal acts singled out a particular segment of law governing the consumer protection or consumer *acquis*. Legal protection of consumers in community legislation is usually achieved by means of directives, general legal instruments that do not act directly on the subjects of the private law, but oblige member states to harmonize its law with the rules contained in the directives. Directives, therefore, are committed to the objectives to be achieved, thereby leaving the freedom of choice to the states on the ways and forms of their implementation. In the area of consumer *acquis*, in most cases, directives requiring the minimum harmonization are adopted, prescribing the minimum standards of protection, and giving a freedom to states to standardise the stringent safety measures if they wish so.

In fact, even though almost a hundred consumer directives has been woven into the EU *acquis* to date, it is important to note that there is no consistent approach in respect of the definition of the concept of a consumer contract. Thus, neither the directives, which in their titles contain the term "consumer contract", do not give the definition of the same. The aforementioned problem indicates that there are certain gaps in the European Contract Law when one of the contractual parties is a natural person - the consumer, and this will indispensably be discussed in more detail in this paper.

Key words

consumer protection, the EU, consumer, consumer contract, the EU directives

ČLAN 26. MEĐUNARODNOG PAKTA O GRAĐANSKIM I POLITIČKIM PRAVIMA

pregledni znanstveni rad

UDK: 342.724
341.231.14

mr. sc. Slaviša Bjelogrić*

Sažetak

Načela jednakosti i nediskriminacije predstavljaju temeljne elemente međunarodnog sistema zaštite ljudskih prava. Načelo nediskriminacije se u međunarodnim dokumentima ljudskih prava pojavljuje kao posebno ljudsko pravo i kao sastavni elemenat svakog ljudskog prava posebno. Član 26. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima predstavlja jednu od najobuhvatnijih odredbi koja se odnosi na zabranu diskriminacije u međunarodnim instrumentima ljudskih prava uopšte. U suštini, član 26. zabranjuje diskriminaciju u svim oblastima koje države ugovornice regulišu svojim zakonodavstvom. Navedeni član posjeduje autonomnu prirodu sa veoma širokim domašajem primjene, obuhvatajući pravo na jednakost pred zakonom, pravo na jednaku zakonsku zaštitu i opštu zabranu diskriminacije. Od posebne je važnosti praksa Komiteta UN-a za ljudska prava, povodom primjene člana 26., prema kojoj se zaštita navedenim članom proteže i na prava koja nisu predmet regulisanja Pakta o građanskim i političkim pravima, kao što su pojedina ekonomska i socijalna prava. Tumačenja suštine i prirode člana 26. Komiteta za ljudska prava predstavljaju već prihvaćene međunarodnopravne standarde fenomena diskriminacije.

Ključne riječi

nediskriminacija, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, član 26., Komitet UN-a za ljudska prava

* slavisa.bjelogric@gmail.com

1. Uvod

Sistemi zaštite ljudskih prava i sloboda zasnovani su na načelu zabrane diskriminacije (načelo nediskriminacije), odnosno slobode, od bilo kog oblika diskriminacije. Diskriminacija predstavlja svako razlikovanje u pogledu posjedovanja i obima prava koje je nedopušteno zbog osnova i načina razlikovanja.

Iako je danas načelo zabrane diskriminacije uzdignuto na nivo moralnog imperativa civilizovanog svijeta, sa žaljenjem se mora primijetiti da navedeni ideal u mnogim savremenim društvenim organizacijama nije našao svoje puno ostvarenje. Raznovrsni oblici diskriminatorskih postupanja često predstavljaju pojave koje za posljedicu imaju ozbiljne povrede osnovnih ljudskih prava i narušavanje stabilnosti društvenih zajednica. Zbog toga su i motivi za suzbijanje i uklanjanje diskriminacije višestruki.

Zaštita građana od diskriminacije pojavljuje se i kao jedna od najvažnijih funkcija savremenih država jer: "Načelo nediskriminacije zahtijeva od države da pojedincima obezbijedi jednakost svih lica pred zakonom, jednaku zakonsku zaštitu kao i njihov jednak tretman od strane društva u cjelini. Iako nije riječ o apsolutnoj jednakosti, potrebno je obezbijediti opšti stepen jednakosti svim pojedincima."¹

Generalno, diskriminacija je pojava koja se javlja u tijesnoj vezi sa pojmom jednakosti. Pojedini autori smatraju da: "'Nepostojanje diskriminacije', kao i 'jednaka zakonska zaštita' ili 'zabrana diskriminacije' na jednoj strani su posebne manifestacije načela jednakosti na drugoj strani."² Praktično, "... načelo jednakosti se najčešće izražava kao načelo nediskriminacije, tj. kao zabrana diskriminacije (neopravdanog razlikovanja) među ljudima."³ Zbog toga, jednakost predstavlja odsustvo diskriminacije, odnosno, dosljedna primjena principa nediskriminacije ima za posljedicu ostvarenje načela jednakosti.

U međunarodnom sistemu ljudskih prava načelo nediskriminacije se pojavljuje u dvostrukom svojstvu, kao "... posebno ljudsko pravo i kao konstitu-

¹ Doebller, C.F.J.(2007) Principle of Non-Discrimination in International Law, CD Publishing, str. 3.

² Morava, A.H.E. (2002) The Concept of Non-Discrimination - An Introductory Comment, Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe (Flensburg), Issue 3/2002, str. 4.

³ Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V., (2007) Međunarodno pravo ljudskih prava, Beograd, Beogradski centar za ljudska prava, str. 111.

tivni elemenat svakog ljudskog prava,"⁴ te se nerijetko naglašava da u suštini cjelokupnog sistema ljudskih prava pomenuto načelo zauzima centralno mjesto: "Zabrana diskriminacije, zajedno sa načelom jednakosti pred zakonom i jednake zakonske zaštite bez ikakve diskriminacije, čini osnovni i opšti princip koji se odnosi na zaštitu ljudskih prava."⁵

Dakle, zabrana diskriminacije je nužna pretpostavka za uživanje svih ljudskih prava. U pravnoj teoriji već postoji konsenzus po kome je dato načelo steklo karakter *ius cogens* norme. Tako Međuamerički sud za ljudska prava ističe da: "... principi jednakosti pred zakonom, jednake zakonske zaštite i nediskriminacije pripadaju *jus cogens* zbog toga što je čitava pravna struktura nacionalnog i međunarodnog javnog poretka zasnovana na njima i predstavlja fundamentalni princip koji prožima sve zakone."⁶

I pored značajnog napretka ostvarenog u vezi smanjenja i ukidanja diskriminacije kao društvene pojave, ipak je neophodno primijetiti da su korijeni diskriminacije višestruki i duboko usađeni u savremenim društvenim organizacijama tako da se njeno prisustvo, u više ili manje izraženoj mjeri, zavisno od političko-ekonomskog i civilizacijskog stepena razvoja pojedinih država, osjeća u svim društvenim oblastima. Zbog toga je, u cilju suzbijanja i ukidanja diskriminacije sa aspekta prava, od izuzetne važnosti razmatranje osnovnih protidiskriminatornih odredbi sadržanih u međunarodnim instrumentima zaštite ljudskih prava. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima⁷ (u daljem tekstu: Pakt) kao jedan od najšire prihvaćenih međunarodnih instrumenata zaštite ljudskih prava, jamči veoma širok katalog građanskih i političkih prava. Pakt sadrži važne protidiskriminatorne odredbe koje, po svojoj pravnoj prirodi, predstavljaju jednu od centralnih tema dokumenta. Pakt uspostavlja i Komitet za

⁴ Scheinin, M., Krause, C., „The Right not to be Discriminated Against: The Case of Social Security“ in Orlin, T., Scheinin, M. (2000) *The Jurisprudence of Human Rights Law : A Comparative Approach*, Gummerus, Jyvaskyla, p. 255 – navedeno prema : Makkonen, T.: *The Principle of Non-Discrimination in International Human Rights Law and EU Law* (rev. and upd. in August 2005 by J.Korttinen), Eric Carsten Institute, University of Helsinki, str. 3 Dostupno na: (http://www.iom.fi/elearning/files/...law/.../Principle_of_Non-Discrimination.pdf).

⁵ UN Human Rights Committee, General Comment No. 18 : Non-discrimination, 10/11/1989, stav 5.

⁶ Inter American Court of Human Rights: Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03, stav 101.

⁷ Usvojen rezolucijom Generalne skupštine UN-a 16.12.1966. god; stupio na snagu 23.3.1976. godine.

ljudska prava, sa ciljem nadzora implementacije Pakta da bi navedeni organ, prvim Fakultativnim protokolom uz Pakt, između ostalog, stekao i nadležnost razmatranja predmeta po individualnim predstavkama u kojima njihovi podnosioci ističu navodne povrede odredbi Pakta.

Član 26. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima predstavlja jednu od najznačajnijih antidiskriminatornih odredbi u međunarodnom pravu ljudskih prava. Navedeni član svojom prirodom i obimom zaštite obezbjeđuje dovoljno čvrste pravne osnove za djelotvornu borbu protiv diskriminacije. Sa druge strane, imajući u vidu društvenu stvarnost Bosne i Hercegovine koja obiluje pojavama diskriminacije raznih oblika, a da se Pakt primjenjuje u njenom pravnom sistemu (na osnovu Dodatnog sporazuma o ljudskim pravima iz Aneksa I Ustava BiH), razmatranje njegovog glavnog protvdiskriminatornog člana (člana 26.), ujedno predstavlja i doprinos naporima usmjerenim na uklanjanju diskriminacije u bosansko-hercegovačkom društvu.

Rad analizira pravnu prirodu člana 26. na osnovu njegove definicije, sadržane u Paktu i u pravnoj doktrini kao i aspekte njegove primjene u praksi Komiteta Ujedinjenih nacija za ljudska prava (konstatacije donešene po pojedinačnim predstavkama, opšti komentari i zaključna razmatranja povodom izvještaja država potpisnica Pakta o njegovoj implementaciji).

2. Pravna obilježja člana 26.

2.1. Samostalna priroda člana 26.

Uprkos postojanju široke saglasnosti o važnosti i značaju načela jednakosti i nediskriminacije, pojam diskriminacije izmiče opšteprihvaćenoj i konačnoj definiciji u instrumentima međunarodnog prava ljudskih prava. Određivanje njegovog sadržaja podrazumijeva sintezu bitnih elemenata definicija koje se nalaze u pojedinim međunarodnopravnim instrumentima, kao i u praksi nadzornih organa ustanovljenih na osnovu tih instrumenata.

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima ne sadrži definiciju pojma diskriminacije niti daje elemente koji bi konstituisali pojam diskriminacije. Međutim, Komitet za ljudska prava Ujedinjenih nacija pružio je definiciju pojma diskriminacije sadržanog u Paktu kao "... bilo kakvo razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanje prednosti zasnovane na osnovama kao što su rasa, boja, pol, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno porijeklo, imovina, rođenje ili drugi status, a koji za cilj ili posljedicu

imaju ugrožavanje ili onemogućavanje priznavanja, uživanja ili ostvarivanja svih prava i sloboda svih ljudi pod jednakim uslovima."⁸

Član 26. Pakta (inače inspirisan članom 7. Univerzalne deklaracije UN-a o ljudskim pravima) glasi: "Sva su lica jednaka pred zakonom i imaju pravo, bez ikakve diskriminacije, na jednaku zakonsku zaštitu. U tom smislu, zakon će zabraniti svaku diskriminaciju i obezbijediti svim licima jednaku i djelotvornu zaštitu protiv svake diskriminacije, naročito u pogledu rase, boje kože, pola, jezika, vjere, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili društvenog porijekla, imovnog stanja, rođenja ili drugog statusa."

Osnovna karakteristika člana 26. jeste da on posjeduje samostalnu prirodu, odnosno da on "... slobodu od diskriminacije izdvaja kao posebno ljudsko pravo."⁹ Autonomna priroda člana 26. je potvrđena konstatacijama Komiteta za ljudska prava u predmetima Broeks i Zwaan-de Vries 1987. god.¹⁰ Navedeni član, zbog svoje autonomnosti te zbog omogućavanja veoma širokog obima zaštite, predstavlja jednu od najvažnijih odredbi o zabrani diskriminacije u međunarodnom pravu ljudskih prava. Samostalnost člana 26. pojavila se kao posljedica razrješenja kompleksnog pitanja njegove suštine. Naime, sa aspekta prakse, ali i pravne teorije, postavljalo se zanimljivo pitanje - da li se zabrana diskriminacije (predviđena članom 26. Pakta) odnosi isključivo na prava priznata Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima (s obzirom da član 26. izričito spominje "svaku diskriminaciju") ili se njegova primjena proširuje i na prava koja nisu predmet zaštite navedenog Pakta (npr. ekonomska ili socijalna prava). Zbog toga je Komitet za ljudska prava u pomenutim predmetima morao odlučivati da li je član 26. Pakta primjenljiv u odnosu na diskriminatorne odredbe holandskog zakona o socijalnom osiguranju nezaposlenih (prema tom zakonu, da bi udate žene stekle pravo na naknadu za nezaposlenost, one su morale dokazivati da su hranitelji porodice dok za muškarce taj uslov nije bio potreban). U oba predmeta holandska vlada je osporavala primjenu Pakta o građanskim i političkim pravima, sa argumentom da je oblast socijalnog osiguranja predmet regulisanja Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima te je, sljedstveno tome, dovodila u pitanje nadležnost Komiteta za ljudska prava. Međutim, Komitet

⁸ UN Human Rights Committee: General Comment No. 18, stav 7.

⁹ Hanski, R, Šajnin, M.(prir.) (2007) Najvažniji slučajevi pred Komitetom za ljudska prava, Beograd, Beogradski centar za ljudska prava, str. 330.

¹⁰ UN Human Rights Committee: S.W.M. Broeks v. The Netherlands, Communication No.172/1984 i Zwaan-de Vries v. The Netherlands, Communication No.182/1984.

se opredijelio za ekstenzivno tumačenje domašaja člana 26. te je u oba predmeta utvrdio povredu člana 26. Pakta (po osnovu pola), a u vezi korištenja ekonomskih/socijalnih prava. Time je Komitet zauzeo stav po kome se član 26. Pakta primjenjuje, ne samo u zaštiti prava predviđenih Paktom o građanskim i političkim pravima, nego i za zaštitu prava sadržanih u drugim međunarodnim instrumentima, navodeći "... da se Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima primjenjuje čak i u situacijama kad je riječ o predmetu koji se odnosi ili je sadržan u drugim međunarodnim instrumentima, na primjer, u Međunarodnoj konvenciji o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, Konvenciji o ukidanju svih oblika diskriminacije žena ili, kao što je u ovom predmetu riječ i u Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima."¹¹

Navedeni stav Komitet je potvrdio i dvije godine kasnije u svome Opštem komentaru br. 18: "Član 26. ne ponavlja garancije koje već postoje u članu 2., već ima posebni smisao i garantuje još jedno autonomno pravo. Član 26. zabranjuje diskriminaciju u zakonu ili praksi u bilo kojoj materiji koju država reguliše ili štiti. Zbog toga se ovaj član bavi obavezama nametnutim državama ugovornicama u pogledu njihovih zakona i primjene tih zakona. Stoga, kada država usvoji zakonodavstvo, onda ono mora biti u skladu sa uslovima iz člana 26. i ono ne može biti diskriminatorско. Drugim riječima, primjena načela zabrane diskriminacije sadržana u članu 26. nije ograničena na prava garantovana Paktom."¹² Stav Komiteta u predmetima Broeks i Zwan-de Vries je izazvao vrlo negativne reakcije holandske vlade, ali, i pored toga, u svojim kasnijim odlukama, Komitet i dalje nastavlja sa primjenom člana 26. u oblastima koje nisu predmet striktnog regulisanja Pakta o građanskim i političkim pravima: invalidske penzije (Danning v. The Netherlands, Communication No. 180/1984); naknade za obrazovanje (Blom v. Sweden, Communication No.191/1985); otpremnine (Valenzuela v. Peru, Communication No.309/1988); dječiji dodaci (Oulajin&Kaiss v. The Netherlands, Communication No.406, 426/1990); prava vlasništva (Adam v. Czech Republic, Communication No.586/1994); starosne penzije (Johannes Vos v. The Netherlands, Communication No.786/1997), itd.¹³

¹¹ UN Human Rights Committee :S.W.M.Broeks v.The Netherlands, Communication No. 172/1984., stav 12.1.

¹² UN Human Rights Committee: General Comment No 18, stav 12.

¹³ Navedeno prema: Choudhury, T. 2003 "The Human Rights Committee's Interpretation of ICCPR Article 26", European Human Rights Law Review, No.1/2003, str.3, Dostupno na: (<http://www.justice.org.uk/images/pdfs/iccprart26no.2.pdf>).

Pozicija Komiteta za ljudska prava o širokom obimu primjene člana 26. je i u pravnoj doktrini izazvala različita mišljenja. Iako veći dio doktrine, u principu, ne izražava ozbiljnija neslaganja sa pomenutim stavom, pojedini istaknuti poznavaooci međunarodnog prava ljudskih prava izražavaju rezerve povodom pomenutih stavova Komiteta, ukazujući na opasnost da široko tumačenje domašaja člana 26. u pojedinim sferama (kao što je poresko pravo, koje po svojoj prirodi mora sadržavati značajan broj razlikovanja) može negativno uticati na rad Komiteta za ljudska prava.¹⁴

Stav Komiteta za ljudska prava o članu 26. kao generalnoj odredbi zabrane diskriminacije u svim javnim oblastima, čini se da je, u izvjesnoj mjeri, bio modifikovan u skorijoj praksi Komiteta. U 2004. godini Komitet je raspravljao o dva predmeta (Hoyos y Martinez v. Spain, Communication No.1008/2001, i Carrion Barcaiztegui v. Spain, Communication No.1019/2002), u kojima su podnosioci predstavki izložili prigovor diskriminacije zasnovan na polu, a u vezi nasljeđivanja plemićkih titula u španskom pravu koje, u ovoj oblasti, priznaje primat muškaraca u odnosu na žene. U predmetu Hoyos y Martinez, podnosilac predstavke je smatrala da ona, kao prvorođeno dijete (a ne njen mlađi brat) ima pravo da naslijedi plemićku titulu od njenog umrlog oca. Dok je podnosilac predstavke u predmetu Carrion Barcaiztegui smatrala da njoj pripada pravo nasljeđivanja titule markize od njene umrle majke (a ne njenom ujaku). Ustavni sud Španije je u svojoj odluci iz 1997. god. donio odluku po kojoj odredbe španskog prava, koje dozvoljavaju primat muškaraca u vezi nasljeđivanja plemićkih titula, nisu neustavne, s obzirom na istorijsku i simboličnu prirodu institucije plemstva. Podnosioci predstavki u oba predmeta su tvrdili da su njihova prava garantovana Paktom (članovi 3.,17. i 26.) bila prekršena. Odlučujući po podnešenim predstavkama, Komitet je u oba predmeta odlučio na način koji navodi na zaključak da je odstupio od svoje prijašnje prakse vezane za karakter opšte prirode člana 26. Komitet je naveo da "... član 26. ne može biti iskorišten kao argument za potraživanje nasljedne plemićke titule, institucije koja se zbog svoje nedjeljive i ekskluzivne prirode nalazi izvan osnovnih vrijednosti principa jednakosti pred zakonom i nediskriminacije, koji su zaštićeni članom 26.", te je obadvije predstavke proglasio nedopuštenim.¹⁵ Primjećuje se da Komitet nije ponudio bližu elaboraciju "nedjeljive i ekskluzivne prirode" nasljeđa plemićkih titula, odnosno da nije bio jasan u odgovoru na

¹⁴ Vidjeti šire: Tomušat, K. (2006) Ljudska prava između idealizma i stvarnosti, Beograd, Beogradski centar za ljudska prava, str. 92.-93.

¹⁵ Vidjeti šire: Carina, C.R. (2006) Non-Discrimination and Equality of Women, Utrecht, Proefschrift University, str. 59.

pitanje da li su odredbe koje regulišu nasljeđivanja plemićkih titula u španskom pravu obuhvaćene članom 26. Pakta ili da li su one, s obzirom na svoju prirodu, eventualno u koliziji sa načelom jednakosti ljudskih bića.¹⁶ I pored ovakvog stava Komiteta, navedene odluke u principu ne bi trebale biti shvaćene kao odustajanje Komiteta od njegove ranije ustanovljene prakse u vezi opšte prirode člana 26.

Sa aspekta domašaja člana 26. neophodno se osvrnuti i na mogućnost njegovog horizontalnog dejstva, odnosno odgovora na pitanje da li se dati član mora uzeti u obzir i kada se odlučuje o odnosima između lica privatnog prava. U odgovoru na postavljeno pitanje, ponovo je neophodno konsultovati praksu Komiteta za ljudska prava. U predmetu *Nahlik v. Austria*, Komitet je zauzeo stav po kome: "Država ugovornica je obavezna osigurati da sve osobe sa njene teritorije i koje se nalaze pod njenom nadležnošću su slobodne od diskriminacije, te konsekventno tome, sudovi država ugovornica imaju obavezu da štite pojedince od diskriminacije, bez obzira da li se ona pojavljuje u javnoj oblasti ili između privatnih lica u kvazi-javnoj oblasti, na primjer u zapošljavanju ..."¹⁷ Pored toga, pojedina zaključna razmatranja Komiteta, povodom izvještaja država ugovornica u vezi sprovođenja Pakta, ukazuju i na obaveze država da usvoje zakonodavstvo kojim se zabranjuje diskriminacija u oblastima zapošljavanja, obrazovanja, zdravstvene zaštite, stanovanja, roba i usluga i sl.¹⁸ Ipak, Komitet do sada nije „... nagovijestio granice obaveza država u vezi diskriminacije između privatnih lica.“¹⁹

U smislu obuhvatnog sagledavanja protivdiskriminatorne prirode Pakta, neophodno se osvrnuti i na odnos člana 26. i druge, takođe značajne protivdiskriminatorne odredbe Pakta, člana 2.(1).²⁰ U osnovi, član 2.(1) obavezuje države ugovornice na primjenu prava predviđenih Paktom, pri tome zabranjujući im bilo

¹⁶ Isto, str. 59-60.

¹⁷ UN Human Rights Committee: *Nahlik v. Austria*, Communication No.608/1995, stav 8.2.

¹⁸ Choudhury, T. Gay, M., 2003. "Complying With Its International Human Rights Obligations: The United Kingdom and Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights", *European Human Rights Law Review*, No. 2003/3, str. 306. Dostupno na: (<http://www.justice.org.uk/images/pdfs/Article26EHRLR.pdf>)

¹⁹ Isto, str. 305.

²⁰ „Države članice ovog Pakta se obavezuju da poštuju i jamče prava priznata u ovom Paktu svim pojedincima koji se nalaze na njihovoj teritoriji i potpadaju pod njihovu vlast, bez ikakvog razlikovanja, naročito u pogledu rase, boje kože, pola, jezika, vjere, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili društvenog porijekla, imovine, rođenja ili drugog statusa“.

kakva razlikovanja u postupcima primjene tih prava. Pri tome pojmovi iz datog člana "obavezuju" i "jamče", podrazumijevaju, kako pozitivne, tako i negativne obaveze država ugovornica koje su „... obavezne da se uzdrže od ograničavanja prava predviđenih Paktom kao i da preuzmu pozitivne mjera u smislu realizacije ovih prava.“²¹ Međutim, osnovna karakteristika člana 2.(1) jeste njegova akcesorna priroda, tako da do njegove povrede može doći samo u vezi povrede nekog drugog (materijalnog) člana Pakta. U vezi odnosa članova 26. i 2.(1) pravna doktrina, imajući u vidu praksu Komiteta za ljudska prava, ističe da "...čl. 26 predstavlja vrstu *lex specialis* u odnosu na čl.2.(1) tako da povreda zabrane diskriminacije iz čl. 2.(1) u vezi sa čl.26. izgleda treba biti isključena“.²²

2.2. Elementi člana 26.

Na osnovu definicije člana 26. predviđene Paktom, proizilazi da navedeni član, u suštini obuhvata tri bitna elementa:

- pravo na jednakost pred zakonom,
- pravo na jednaku zakonsku zaštitu i
- opštu zabranu diskriminacije.

Navedeni elementi zahtijevaju bliža određenja. U komentarima Komiteta za ljudska prava ne mogu se pronaći dodatna pojašnjenja navedenih elemenata, tako da je pravna doktrina bila prinuđena da se pozabavi elaboracijom gore pomenutih pojmova.

Govoreći o pravu na jednakost pred zakonom, pravna teorija najčešće ističe da se navedena formulacija isključivo odnosi na postupak (jednake) primjene prava prema svim licima, pri čemu se isključuje arbitrarnost (proizvoljnost) u navedenom procesu.²³ Međutim, jednaka primjena prava nužno ne pretpostavlja i identičan tretman, koji ne uzima u obzir karakteristike/razlike ljudskih bića kao pojedinaca, kako princip jednakosti pred zakonom zahtijeva da se "... jednaka činjenična stanja tretiraju jednako, ali, isto tako, da se objektivno nejednaka činjenična stanja tretiraju nejednako.“²⁴ U istom smislu, značajno je navesti i stavove pojedinih članova Komiteta za ljudska prava u jednom od predmeta povodom navoda diskriminacije, po kome pravo na jednakost pred zakonom

²¹ Makkonen, T., nav. djelo, str. 6.

²² Nowak, M. (2005) U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 2nd revised edition, N.P.Engel, Publisher, str. 36.

²³ Isto, str. 606.

²⁴ Isto.

podrazumijeva da "... primjena zakona i propisa, kao i administrativnih odluka od strane vladinih službenika, ne smije biti proizvoljna, nego mora biti zasnovana na dosljednim osnovama obezbjeđujući jednakost u postupanju."²⁵ Međutim, pravna doktrina upućuje na postojanje određenih poteškoća u pomenutom postupku. Naime, utvrđivanje proizvoljnosti u primjeni prava, kao ključnog elementa povrede prava na jednakost pred zakonom, koje bi imalo za posledicu diskriminaciju lica na osnovu elemenata diskriminacije sadržanih u drugom dijelu člana 26. Pakta, u okviru nacionalnih sistema, često je otežano jer se samo u rijetkim slučajevima takva (očigledna) arbitranost utvrđuje bez posebnih poteškoća. Problem predstavlja i činjenica da se Komitet za ljudska prava obično detaljno ne upušta u razmatranje dokaznog postupka provedenog od strane organa država ugovornica, tako da povreda prava na jednakost pred zakonom u njegovoj praksi skoro i da nije ni utvrđena. Istovremeno, uočava se da ista često jasno i ne razlikuje povrede prava na jednakost pred zakonom i prava na jednaku zakonsku zaštitu. Ovo posebno u predmetima u kojima se radi o primjeni zakona koji su problematični sa aspekta njihove kompatibilnosti sa načelom jednakosti.²⁶

Drugi karakteristični sastavni elemenat člana 26. tiče se prava svih lica da, bez ikakvog razlikovanja, imaju pravo na jednaku zaštitu zakona te se, prema tome, prvenstveno reflektuje u postupku stvaranja prava. Dati elemenat postavlja zahtjev državama ugovornicama, prema kome se one "... moraju uzdržati od bilo koje diskriminacije u donošenju zakona."²⁷ Ovaj stav je potvrđen i komentarom Komiteta za ljudska prava po kome: "... kada država usvoji zakonodavstvo, onda ono mora biti u skladu sa uslovima iz člana 26. i ono ne može biti diskriminatorско."²⁸

U vezi opšte zabrane diskriminacije kao trećeg elementa člana 26., doktrina je saglasna da taj član Pakta eksplicitno od država potpisnica zahtijeva zabranu diskriminacije donošenjem posebnih antidiskriminatorских zakona, a istovremeno zahtijeva i obezbjeđenje djelotvorne zaštite od diskriminacije.²⁹ Pri tome, Komitet za ljudska prava navodi da: "Član 26. zabranjuje diskriminaciju u zakonu ili praksi u bilo kojoj materiji koju država reguliše ili štiti."³⁰

²⁵ UN Human Rights Committee : R.W.Gauthier v. Canada, Communication No. 633/1995.

²⁶ Nowak M., nav. djelo, str. 606.

²⁷ Isto, str. 607.

²⁸ UN Human Rights Committee : General Comment No. 18, stav 12.

²⁹ Vidjeti šire: Nowak, M., nav. djelo, str. 607. i Oostland C.R., nav. djelo, str. 62.

³⁰ UN Human Rights Committee: General Comment No. 18, stav 12.

3. Primjena člana 26. u praksi Komiteta UN-a za ljudska prava

Komitet za ljudska prava će, u svakom pojedinačnom predmetu, razmatranja predstavki navoda diskriminacije utvrđivati objektivnost i cjelishodnost kriterija koji su bili primijenjeni prilikom odlučivanja. Podnosilac predstavke, u najvećem broju slučajeva diskriminacije, polazeći od pretpostavke da se prema licima u istim/sličnim situacijama postupa jednako/slično, mora navesti konkretne postupke države ugovornice kojima je ona postupila različito/nepovoljnije (u krajnjoj liniji diskriminatorski) prema njemu, a u odnosu prema drugoj/drugim osobama (komparatori) pri istim/sličnim okolnostima, odnosno situacijama koje se mogu upoređivati, a da, pri tome, razlikovanje u postupanju nije bilo zasnovano na razložnim i objektivnim kriterijumima. Kao što je praksa Komiteta za ljudska prava pokazala, u znatnom broju predmeta, identifikacija komparatora predstavlja veoma bitan element predstavke.

Inače, proces dokazivanja počinjene diskriminacije u postupcima pred Komitetom za ljudska prava, u većini slučajeva je veoma složen. Posebno u predmetima sa navodima indirektno diskriminacije. Da bi se Komitet upustio u razmatranje navoda diskriminacije, podnosilac predstavke mora izričito navesti i obrazložiti radnje države koje su prouzrokovale nedozvoljeno razlikovanje.³¹ Ukoliko predstavka zadovoljava navedeni uslov, država ne može paušalno odbiti navode diskriminacije te se sa dužnom pažnjom mora uključiti u postupak jer, u protivnom, njenu pasivnost u ovom aspektu Komitet može ocijeniti kao argument u prilog podnosioca predstavke, kako: "U odsustvu izjašnjavanja države ugovornice, osnovanost navoda podnosioca (predstavke) se pojačava u izvjesnoj mjeri."³² Istovremeno, predstavka mora imati karakter prima facie dokaza, kako bi se teret dokazivanja prebacio sa podnosioca predstavke na državu ugovornicu (Komitet za ljudska prava je zauzeo stav po kome "materijalno pouzdana dokumentacija" prebacuje teret dokazivanja sa podnosioca predstavke na državu³³), na kojoj je dalje da dokazuje da razlikovanje u postupanju nije imalo diskriminatorski karakter, odnosno da je ono bilo u skladu sa legitimnim ciljem doz-

³¹ UN Human Rights Committee: Lacika v. Canada, Communication No.638/1995, stav. 4.2.

³² UN Human Rights Committee: Diergaardt et al. v. Namibia, Communication No. 760/1997, stav. 10.2.

³³ UN Human Rights Committee: Chedi Ben Ahmed Karoui v. Sweden, Communication No.185/2001, stav 10.

voljenim Paktom. Takođe je značajno napomenuti, prema praksi Komiteta za ljudska prava, da bi došlo do povrede člana 26. Pakta, nije neophodno postojanje diskriminatorске namjere³⁴ dok postojanje razložnih argumenata kojima se opravdava razlikovanje u postupanju može proizvesti diskriminaciju, ukoliko postoji diskriminatorска namjera.³⁵

Kada je riječ o nedopuštenom razlikovanju iz člana 26., od izuzetne je važnosti primijetiti da svaki vid razlikovanja u postupanju neće imati karakter nedozvoljenog odnosno diskriminatorскоg. Kako navodi i Komitet za ljudska prava u svom komentaru: "... neće svako postojanje razlike u tretmanu predstavljati diskriminaciju, ukoliko su kriterijumi za takvo razlikovanje pravični i objektivni i ako im je svrha postizanje cilja koji je prema Paktu legitiman",³⁶ te u predmetu Zwaan-de Vries: "Razlikovanje zasnovano na razumnim i objektivnim kriterijumima ne predstavlja zabranjenu diskriminaciju u smislu člana 26."³⁷ U pravnoj teoriji se ističe da se ovakav stav Komiteta čak može primijeniti i na razlikovanja u odnosu na najosjetljivije osnove diskriminacije kao što su rasa, boja kože, pol ili vjera.³⁸

Navedeni stav Komiteta pretpostavlja razmatranje tri pitanja: a) da li je razlikovanje u postupanju bilo razložno, b) da li je ono bilo objektivno i c) da li je bilo preduzeto u svrhu postizanja legitimnog cilja predviđenog Paktom.

Komitet koristi različite pristupe pri utvrđivanju (ne)postojanja navedenih elementa. U nekim predmetima on se upušta u ocjenu argumenata (razlikujući argumente koji se koriste za dokazivanje da je razlikovanje objektivno i dokaze koje podupiru razložnost razlikovanja) dok, u nekim drugim, samo prosto zaključuje da razlikovanje u postupanju ne predstavlja diskriminatorску radnju, bez eksplicitnog ocjenjivanja i pozivanja na činjenice navedene u predstavi ili koristi negativnu formulaciju po kojoj je razlikovanje u postupanju bilo dozvoljeno, s obzirom da nije bilo nerazložno (predmet M.Schmit-de-Jong).³⁹ Pri tome se primjećuje da se Komitet, u svojoj praksi, rijetko pozivao na kriterij legitimnosti cilja.⁴⁰

³⁴ UN Human Rights Committee: Simunek, et al. v. Czech Republic, Communication No. 516/1992, stav 11.7.

³⁵ UN Human Rights Committee: Diergaardt et al. v. Namibia, Communication No. 760/1997, stav. 10.10.

³⁶ UN Human Rights Committee: General Comment No. 18, stav 13.

³⁷ UN Human Rights Committee: Zwaan-de Vries v. Netherlands, Communication No. 182/1984., stav 13.

³⁸ Nowak, M., nav. djelo, str. 628.

³⁹ Vidjeti šire : Choudhury, T., nav. djelo, str. 16.-17.

⁴⁰ Isto, str. 19.

Komitet se služio različitim kriterijumima pri utvrđivanju razložnosti tretmana. Na primjer, u predmetima u kojima načelo jednakosti utiče na raspodjelu ekonomskih resursa, obim ispitivanja je bio ograničen, s obzirom, da po mišljenju Komiteta, svaka država ponajbolje poznaje svoje ekonomsko-socijalne potrebe te nije na Komitetu da razmatra razlikovanja u ovoj oblasti, osim u situacijama kada je razlikovanje u postupanju otvoreno diskriminatorsko. Predmete u kojima se diskriminacija pojavljuje kao rezultat nejednakosti duboko usađenih u društvenu stvarnost, a koje su stekle oblik preovlađavajućih socijalnih normi, Komitet razmatra sa posebnom pažnjom, s obzirom da se radi o specifičnoj ulozi anti-diskriminatorskih odredbi Pakta u mijenjanju ustaljenih (diskriminatorskih) socijalnih stavova. Primjer već navedenog predmeta Zwaan-de-Vries.

Na osnovu prakse Komiteta za ljudska prava moguće je navesti i neke druge faktore koji su korišteni prilikom utvrđivanja (ne)razložnosti razlikovanja u postupanju. Tako da pri ocjeni karaktera razlikovanja može uticati i izbor članstva u grupi koja je bila izložena aktu razlikovanja (u predmetu Danning v. The Netherlands - razlikovanja u vezi isplata socijalnih naknada bračnim i vanbračnim parovima bila su ocijenjena kao objektivna i razložna, zbog toga što je odabir vrste zajednice isključivo zasnovan na slobodnom izboru). Nadalje, postojanje diskriminatorske odredbe u ustavu ili međunarodnom ugovoru, samo po sebi ne obezbjeđuje dozvoljeno razlikovanje u postupanju (u predmetu Simunek at al. v. Czech Republic Komitet je ustanovio da postavljeni uslovi za sticanje državljanstva i prebivališta u programu namjenjenom obezbjeđenju restitucije ili naknade za konfiskaciju imovine u periodu komunizma, nisu bili razložni). U isto vrijeme, razlikovanje na osnovu diskriminatorske norme se ne može pravdavati svrhom ostvarenja administrativnih pogodnosti (u predmetu Jarvinen v. Finland, Komitet je utvrdio da je dodatni rok služenja za one koji ističu prigovor savjesti dopustiv jer nije riječ 'isključivo o pogodnosti za samu državu', nego je on bio i od koristi onima koji ističu prigovor savjesti, budući da nisu morali dokazivati istinitost svojih uvjerenja). U pojedinim predmetima, Komitet je smatrao da razlikovanje može biti razložno, ukoliko ima za cilj da zaštiti interese ili prava drugih (predmet Somers v. Hungary, Komitet je bio mišljenja da sistem restitucije konfiskovane imovine u toku komunizma koji je omogućavao trenutnim korisnicima pravo preče kupovine, nije bio nerazložan, s obzirom da zaštićuje prava trenutnih korisnika).⁴¹ Uočava se, dakle, da Komitet za ljudska prava, u postupcima utvrđivanja opravdanosti razlikovanja u postupanju, koristi različite i nedovoljno definisane

⁴¹ Choudhury, T., nav. djelo, str. 21.-22.

kriterije, što navodi na zaključak da njegovoj praksi u ovome pitanju često nedostaje jasnoća i konzistentnost.⁴²

U kontekstu opravdanja razlikovanja u postupanju, neophodno se osvrnuti i na odnos posebnih mjera i zabrane diskriminacije predviđene Paktom. U osnovi, posebne mjere obezbjeđuju beneficije određenim grupama što, u principu, predstavlja koliziju sa načelom nediskriminacije. Ipak, koncept posebnih mjera je prihvaćen u međunarodnim instrumenatima zaštite ljudskih prava, pod pretpostavkom ispunjenja određenih uslova. U pravnoj teoriji ističe se da član 26. Pakta (koji obavezuje države ugovornice na preduzimanje efikasne zaštite od diskriminacije), dozvoljava upotrebu posebnih mjera, u odnosu na određene grupe koje su tradicionalno bile izložene diskriminaciji od strane države ili, ukoliko su one bile subjekt specifične diskriminacije u privatnom sektoru.⁴³ U vezi istog pitanja, Komitet za ljudska prava je usvojio stav po kome su zabrana diskriminacije i posebne mjere, u određenim situacijama komplementarne: "... načelo jednakosti ponekad od država članica zahtijeva da preduzmu konkretne mjere smanjivanja ili eliminisanja uslova koji uzrokuju ili pomažu održavanju diskriminacije zabranjene Paktom... Date mjere mogu da uključe i preduzimanje preferencijalnih mjera u korist određenog dijela stanovništva u vezi specifičnih pitanja, za određeno vrijeme, u odnosu na ostatak stanovništva."⁴⁴ Određivanje ciljnih grupa, vrsta i trajanja posebnih mjera su prerogative država ugovornica Pakta. Tako se Komitet za ljudska prava povoljno izjašnjavao o korišćenju "sistema kvota" u pojedinim državama (primjer amandmana na Ustav Indije prema kome je jedna trećina mjesta u izabranim lokalnim organima rezervisana za žene; ili u situacijama kada su određene izborne funkcije rezervisane za pojedince koji pripadaju određenim plemenima ili kastama (vidjeti UN Doc. CCPR/C/79/Add.81, par.10).⁴⁵

4. Osnovi zabrane diskriminacije iz člana 26.

Prilikom određivanja osnova zabrane diskriminacije u članu 26., Pakt se odlučio za model eksplicitnog nabrojanja istih, pri čemu je (navođenjem "drugih statusa") listu zabranjenih osnova ostavio otvorenom. Na taj način je ostavio

⁴² Isto, str. 29.

⁴³ Vidjeti šire: Nowak, M., nav. djelo, str. 630.-631.

⁴⁴ UN Committee for Human Rights: General Comment 18, stav. 10.

⁴⁵ Kitching, K. ed., (2005) Non-Discrimination in International Law – A Handbook for Practitioners, London, Interights, str. 97.-98. Dostupno na: (<http://www.interights.org/handbook/index.htm>).

mogućnost da i neke druge okolnosti mogu steći karakter zabranjenih osnova diskriminacije iz člana 26. U teoriji se ističe da bi druge okolnosti, koje bi se mogle svrstati pod (zabranjene) "druge statute", logički trebale biti suštinske slične osnovama zabrane koje su Paktom eksplicitno uvrštene. Ipak, Pakt ne govori o "drugim takvim statusima" ili "drugim sličnim statusima", nego pominje samo "druge statute" koji su po prirodi šireg opsega. Zbog toga se zaključuje da Pakt ne postavlja zahtjev prema kome bi "drugi statusi" koje navodi (bez dodatne elaboracije njihove suštine) trebali, u suštini, biti slični zabranjenim osnovama diskriminacije predviđenim Paktom, kako bi, pod ispunjenjem određenih uslova u svakom pojedinačnom slučaju, stekli karakter nedozvoljenih.⁴⁶

U dosadašnjoj praksi Komiteta za ljudska prava najčešći vid povreda člana 26. odnosio se na diskriminaciju po osnovi pola, političkog i vjerskog ubjeđenja i državljanstva. Komitet je, međutim, utvrđivao postojanje diskriminacije i na osnovu drugih osnova, odnosno, kako ih Pakt naziva, "drugih statusa". Primjećuje se da praksa Komiteta, u pogledu prihvatljivosti predstavki po osnovu "drugih statusa", nije do sada postavila zadovoljavajuće parametre njihovog određivanja te, zbog toga, njegovom pristupu navedenom pitanju "...nedostaje dosljednost i jasnoća."⁴⁷ Objektivno, otvoreno je pitanje da li je to uopšte i moguće uraditi na prihvatljiv način, imajući u vidu da, teoretski, postoji veliki broj okolnosti koje bi se, u zavisnosti od prirode slučaja, mogle podvesti pod "druge statute". Koristeći navedeni model, Komitet je u više predmeta donosio odluke o prihvatljivosti predstavki koje su ukazivale na navodnu diskriminaciju i povredu člana 26. na osnovu okolnosti koje nisu izričito predviđene članom 26. kao zabranjeni osnovi diskriminacije te koje su, sljedstveno tome, bile podvedene pod "druge statute": državljanstvo (*Adam v. Czech Republic*, Communication No.586/1994); bračni status (*Danning v. The Netherlands*, Communication No.180/1984) te seksualnu orijentaciju (koju je svrstao pod pojam "pola" koji je određen Paktom, u predmetu *Toonen v. Australia*, Communication No.488/1992).

Komitet je donosio i odluke o prihvatljivosti predstavki i po osnovu: razlikovanja između zaposlenih i nezaposlenih osoba (*Araujo-Jongen v. the Netherlands*, Communication No.418/1990); starosne dobi (*M.Schmitz.de-Jong v. The Netherlands*, Communication No.855/1999), razlikovanja između domaćinstava dijeljenih sa bliskim rođacima i domaćinstava dijeljenih sa drugima (*Neefs v. The Netherlands*, Communication No.425/1990); razlikovanja između lica sa diplo-

⁴⁶ Makkonen, T., nav. djelo, str. 7.

⁴⁷ Bayefsky, A.F. (1990) "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", 11 Human Rights Law Journal 1(1990), str. 6.

mama fakulteta i lica bez fakultetskog obrazovanja (Gomez v. Spain, Communication No.701/1996); itd.⁴⁸ Međutim, pregledom prakse Komiteta za ljudska prava, primjećuje se da je najveći broj predstavki koje su sadržavale navode diskriminacije po osnovi "drugih statusa" bio odbačen kao nedopušten.⁴⁹

5. Zaključna razmatranja

Analiza pravne prirode člana 26. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima upućuje na zaključak da navedeni član predstavlja jednu od najobuhvatnijih odredbi međunarodnog prava ljudskih prava koja se odnosi na zabranu diskriminacije, kako zbog svoje autonomne prirode, tako i zbog svoga veoma širokog domašaja primjene. Budući takav, član 26. može poslužiti i kao stabilan temelj za postavljanje osnovnih načela protivdiskriminatorskog zakonodavstva u pravnim sistemima država ugovornica Pakta. I pored prigovora koje se odnose na (pre)širok obim zaštite navedenog člana (uključivanjem određenih socijalnih i ekonomskih prava) mora se priznati da je Pakt o građanskim i političkim pravima, a posebno njegov član 26. u izuzetnoj mjeri doprinio daljem razvoju i konceptualizaciji načela nediskriminacije u nacionalnim sistemima država ugovornica, a i u međunarodnom pravu uopšte. I pored izvjesnih nedostataka u aktivnostima Komiteta za ljudska prava vezanih za postupanje po pojedinačnim predstavkama diskriminacije (određeni stepen subjektivnosti i fleksibilnost pri utvrđivanju kriterija iste te neobavezujući karakter njegovih odluka), neophodno je navesti da tumačenja suštine i prirode člana 26. Komiteta za ljudska prava već predstavljaju prihvaćene međunarodnopravne standarde fenomena diskriminacije. Pri tome treba imati u vidu da se određeni nedostaci u međunarodnom sistemu zaštite ljudskih prava ne mogu uzeti kao izgovor za izbjegavanje preduzimanja temeljnih i sistematskih mjera usmjerenih na uklanjanje i suzbijanje diskriminacije u savremenim društvima jer: "Kršenje ljudskih prava i načela nediskriminacije (načela jednakosti) ne proizilazi iz nesavršenosti ili nedostataka u pravnim instrumentima, već iz još uvijek velikih razlika u socijalnim, vjerskim, političkim, kulturnim, ideološkim i drugim karakteristikama i osobinama članica međunarodne zajednice."⁵⁰

⁴⁸ Choudhury, T., Gay, M., nav. djelo, str. 289.

⁴⁹ Nowak M., nav. djelo, str. 626.

⁵⁰ Barić-Punda, V.(2005) „Načelo nediskriminacije-jedno od temeljnih načela zaštite ljudskih prava i sloboda“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 42., 2005., str. 41.

Literatura :

1. Barić-Punda, V.(2005) "Načelo nediskriminacije-jedno od temeljnih načela zaštite ljudskih prava i sloboda", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 42.
2. Bayefsky, A.F. (1990) "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", 11 Human Rights Law Journal 1/1990.
3. Carina, C.R. (2006) Non-Discrimination and Equality of Women, Utrecht, Proefschrift University.
4. Choudhury, T. 2003 "The Human Rights Committee's Interpretation of ICCPR Article 26", European Human Rights Law Review, No.1/2003.
5. Choudhury, T., Gay, M.,2003. "Complying With Its International Human Rights Obligations:The United Kingdom and Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights", European Human Rights Law Review, No. 2003/3.
6. Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V., (2007) Međunarodno pravo ljudskih prava, Beograd, Beogradski centar za ljudska prava.
7. Doebbler, C.F.J.(2007) Principle of Non-Discrimination in International Law, CD Publishing.
8. Hanski, R, Šajnin, M., (prir.), (2007) Najvažniji slučajevi pred Komitetom za ljudska prava, Beograd, Beogradski centar za ljudska prava.
9. Kitching, K. ed., (2005) Non-Discrimination in International Law – A Handbook for Practitioners, London, Interights.
10. Makkonen, T. (2005) : The Principle of Non-Discrimination in International Human Rights Law and EU Law (rev. and upd. in August 2005 by J.Korttinen), Eric Carsten Institute, University of Helsinki.
11. Morava, A.H.E. (2002) The Concept of Non-Discrimination - An Introductory Comment, Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe (Flensburg), Issue 3/2002.
12. Nowak, M. (2005) U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 2nd revised edition, N.P.Engel, Publisher.
13. Scheinin, M., Krause, C., "The Right not to be Discriminated Against: The Case of Social Security" in Orlin, T., Scheinin, M. (2000)The Jurisprudence of Human Rights Law : A Comparative Approasch, Gummerus, Jyvaskyla.
14. Tomušat, K. (2006) Ljudska prava između idealizma i stvarnosti, Beograd, Beogradski centar za ljudska prava.

ARTICLE 26 OF THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS

Summary

The principles of equality and non-discrimination are the basic elements of the international system of human rights protection. The principle of non-discrimination in the international human rights documents appears both as an autonomous human right and the constituent element of each of the human rights in particular. Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights represents one of the most comprehensive norms relating to the prohibition of discrimination in the international instruments of human rights in general. Essentially, Article 26 prohibits discrimination in all areas regulated by the legislation of the state parties themselves. The above-mentioned Article has an autonomous nature with the very extensive domain of application, embracing equality before the law, equal protection of the law and general prohibition of the discrimination. The practice of the UN Human Rights Committee is of paramount importance when it comes to the application of Article 26, since it extends the protections arising from the cited Article to the rights not encompassed by the Covenant on Civil and Political Rights, such as some economic and social rights. Finally, the interpretations of the spirit and the nature of the Article 26 given by the Human Rights Committee have already been accepted as the international standards of the phenomenon of discrimination.

Key words

non-discrimination, International Covenant on Civil and Political Rights, Article 26, UN Human Rights Committee

MJESTO I ULOGA TUŽIOCA U PRETHODNOM POSTUPKU PREMA ZAKONU O KRIVIČNOM POSTUPKU BOSNE I HERCEGOVINE

stručni članak

UDK: 343.163:343.1(497.6)

mr. sci. iur. Nermin Halilagić*
mr. sci. iur. Senad Hasanspahić **

Sažetak

Uloga tužioca u novom sistemu krivičnog postupka jedna je od najznačajnijih novina novog Zakona o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini. Ta nova uloga tužioca u skladu je sa snažno naglašenom akuzatornošću krivičnog postupka, prema kome je nadležnost za sprovođenje istražnog postupka, u cjelosti, dana tužiocu, koji opet, između ostalog, određena ovlaštenja u istražnom postupku može prenijeti na ovlaštena službena lica koja moraju djelovati pod njegovim rukovođenjem, odnosno njegovim nadzorom. Tako je tužilac subjekt koji sprovodi, rukovodi ili nadzire istragu, kao izvorni nosilac istražnih ovlaštenja. Dakle, otkrivanje i gonjenje učinilaca krivičnih djela koja su u nadležnosti suda, osnovno je pravo i dužnost tužioca. Tužiocu je omogućeno, odnosno ima pravo i obavezu, da odmah, po saznanju da postoje osnove sumnje da je učinjeno krivično djelo, usmjerava istražni postupak u smjeru koji će mu omogućiti efikasno podizanje i zastupanje optužnice na glavnom pretresu. Dakle, novim Zakonom o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini, proces krivične istrage je u nadležnosti tužioca koji, u saradnji sa policijskim agencijama i agencijama za sprovođenje zakona u Bosni i Hercegovini, prikuplja dokaze o počinjenom krivičnom djelu, kao i sve druge radnje iz svoje nadležnosti.

Ključne riječi

tužilac, osnova sumnje, sud, istraga, istražne radnje, ovlaštene službene osobe, sudija za prethodni postupak

* Ambasada SAD;

halilagic_n@yahoo.com

** Sveučilište/Univerzitet „Vitez“ Travnik;
senad.hasanspahic@unvi.edu.ba

1. Uvod

Kao rezultat reformi krivičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini, zakonska rješenja o krivičnom postupku iz 2003. godine, donijela su bitne izmjene vezane za ulogu tužioca u prethodnom postupku, u odnosu na prethodna rješenja. Težište reforme krivičnog procesnog prava u Bosni i Hercegovini bilo je, između ostalog, i na području prethodnog postupka, tako da zakon o krivičnom postupku BiH donosi i novu koncepciju prethodnog postupka (zakonski izraz: istraga). Prethodni postupak predstavlja prvi procesni stadij u okviru (redovnog) krivičnog postupka.¹ On se završava stavljanjem osumnjičenog pod optužbu. Cilj ovih promjena može se predstaviti kao:

- efikasnija borba protiv rastuće korupcije i organizovanog kriminala
- ugrađivanje novih metoda u borbi protiv složenih oblika suvremenog kriminaliteta,
- potpuno usklađivanje domaćega krivičnog procesnog zakonodavstva sa međunarodnim pravom o ljudskim pravima,
- zaštita prava i sloboda čovjeka.

Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (ZKP BiH)² napušta koncept istražnog sudije, te vođenje istrage u potpunosti povjerava državnom tužiocu.³ Prihvatajući savremena stajališta, učinjen je radikalnan zaokret prema onim pravnim sistemima koji su napustili koncept istražnog sudije, tako da je provođenje istrage u cijelosti u nadležnosti tužioca, koji ima mogućnost i da određena ovlaštenja u istražnom postupku prenese na ovlaštena službena lica koja, u tom slučaju, djeluju pod njegovim nadzorom i rukovođenjem. Drugim

¹ Sijerčić-Čolić, H. (2003) "Rasprava o reformi u krivičnom pravosuđu i krivičnom zakonodavstvu" BiH, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu Zagreb, vol. 10, broj 1/2003, str. 193.-194.

² Objavljen u "Službenom glasniku BiH" br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09. Članovi u ovom tekstu pored kojih nije naveden zakon, odnose se na ovaj zakon.

³ U nastavku rada koristit ćemo ove pojmove, iako se u BiH u okviru krivičnog postupka koristi isključivo izraz "tužioc", odnosno "tužilaštvo", a pod pojmom "državni tužilac" ili "državno tužilaštvo" podrazumijeva tužilac koji svoje poslove obavlja u okviru Tužilaštva BiH.

riječima, raniji pretkrivični i prethodni postupak sublimiran je u jedinstvenu istragu koju provodi, kojom rukovodi ili koju nadzire tužilac kao izvorni nosilac istražnih ovlaštenja, tako da on ima pravo i dužnost poduzimanja svih radnji i mjera na prikupljanju dokaza i pronalaženju počinitelja krivičnog djela, zatim pokretanja i provođenja istrage, davanja imuniteta svjedocima, predlaganja izdavanja kaznenog naloga, podizanja i zastupanja optužnice pred sudom, podnošenja pravnih lijekova, te obavljanja i drugih dužnosti propisanih zakonom. Ovim je tužiocu omogućeno da svestrano rasvjetljava i utvrđuje sve činjenice i okolnosti, od samog otkrivanja krivičnog djela i tokom cijelog istražnog postupka, pribavljanjem dokaza na zakonit način u cilju donošenja konačne odluke, podizanjem i zastupanjem optužnice na glavnom pretresu pred sudom ili naredbe o obustavi istrage. Ova uloga tužioca posebno treba da dođe do izražaja kod složenih istraga, bilo da se radi o istragama složenih i teških krivičnih djela, bilo da se radi o istragama koje zahtijevaju angažman ovlaštenih službenih osoba iz više različitih službi za sprovođenje zakona. U ovakvim slučajevima, tužilac osim što sprovodi istragu i nadzor nad radom ovlaštenih službenih osoba, služi i kao katalizator zajedničkih aktivnosti ovlaštenih službenih osoba sa različitih nivoa organizacije i različitih službi za sprovođenje zakona. Na ovaj način ZKP BiH se približilo savremenim krivičnim postupcima za koje je karakteristična podjela osnovnih krivičnoprocesnih funkcija. U savremenim krivičnim postupcima, kao ovlašteni tužilac može se pojaviti javni, odnosno državni tužilac, supsidijarni tužilac (ili oštećeni kao tužilac) i privatni tužilac. Prema pozitivnom procesnom pravu u BiH, zakonodavac ne pravi kompromis između sistema isključivog gonjenja po službenoj dužnosti i sistema krivičnog gonjenja na privatnu inicijativu oštećenog ili neke druge osobe. Prema našem pravu, funkcija krivičnog gonjenja povjerena je samo javnom, odnosno državnom tužiocu. Ovaj princip je posljedica rješenja u materijalnom krivičnom pravu koje poznaje samo krivična djela koja se gone po službenoj dužnosti. Također, naše zakonodavstvo ne poznaje ustanovu oštećenog kao tužioca i supsidijarnog tužioca koji bi imao pravo na funkciju krivičnog gonjenja, u slučaju odustajanja nadležnog tužioca u slučaju krivičnog gonjenja.

2. Značaj načela akuzatornosti i legaliteta za rad tužioca

U skladu sa načelom akuzatornosti za koji se ističe da je isključiva, funkcija krivičnog gonjenja, kao jedna od tri osnovne krivičnoprocesne funkcije, povjerena je ovlaštenom tužiocu. Načelo akuzatornosti je utvrđeno članom 16. ZKP BiH, shodno kome se predviđa da se krivični postupak može pokrenuti i provesti samo

po zahtjevu tužioca.⁴ Na ovaj način se u BiH prihvata načelo akuzatornosti koje uređuje pitanja pokretanja i vođenja krivičnog postupka, te ostvarivanje osnovnih krivičnoprocesnih funkcija. Načelo akuzatornosti se može i definisati kao pravilo da se postupak može pokrenuti samo na osnovu postojanja odgovarajućeg zahtjeva – optužnog akta (materijalizovana optužba u zakonom predviđenoj formi) koji je podnesen, pod zakonom predviđenim uvjetima, od strane subjekta koji ima svojstvo tužioca, (inicijalno dejstvo) te da tužilac potom ostaje pri svom zahtjevu, uz eventualnu mogućnost njegovog modifikovanja u skladu sa zakonom (izmjena ili proširenje optužnice), do okončanja postupka (održavajuće dejstvo).⁵ Osnovno procesno značenja načela akuzatornosti se ogleda u pravilu da "procesna inicijativa", odnosno pokretanje postupka, ne spada u nadležnost ili procesnu mogućnost suda.⁶

Preduvjeti za pokretanje i sprovođenje postupka su raspolaganja saznanjima i dokazima o postojanju krivičnog djela i njegovom počiniocu, do čega tužilac dolazi postupanjem, u skladu sa svojim pravima i dužnostima, na otkrivanju krivičnih djela i gonjenju počilaca. Postupajući po principu legaliteta krivičnog gonjenja, tužilac je dužan poduzeti krivično gonjenje ako postoje dokazi da je učinjeno krivično djelo, što će reći da je on obavezan da poduzme, ako su ispunjeni zakonski uvjeti za to, odnosno, ako postoje dokazi koji govore u prilog potrebnom stepenu sumnje, da je učinjeno krivično djelo. Osnovni uvjet za sprovođenje istrage je postojanje osnova sumnje da je krivično djelo učinjeno. Druga okolnost je kad postoji rješenje suda o ponavljanju krivičnog postupka. Načelu legaliteta je suprotno načelo oportuniteta. Prema načelu oportuniteta tužilac je ovlašćen da procjenjuje cjelishodnost krivičnog gonjenja pa može da ne pokrene krivični postupak, i kad su svi zakonski uvjeti za krivično gonjenje ispunjeni, ako nađe da postoji neki razlog koji govori da je to cjeloshodno.⁷ Izuzeci od načela legaliteta krivičnog gonjenja i primjena načela oportuniteta krivičnog gonjenja propisani su za:

- Krivična djela koja se gone po odobrenju.
- Krivična djela izvršena van teritorije BiH.
- Krivična djela o kojima se raspravlja u postupku protiv pravne osobe.

⁴ *lat. nemo iudex sine actore*

⁵ Škulić, M. (2009) Krivično procesno pravo. Beograd: Službeni glasnik Beograd, str. 39.

⁶ *Ibidem*, str. 38.

⁷ Grubač, M. (2008) Krivično procesno pravo. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union Beograd, str. 137.

- Krivična djela čije se krivično gonjenje može ustupiti stranoj državi pod zakonom propisanim uvjetima.
- Krivična djela povodom kojih će Glavni tužilac BiH svjedoku dati imunitet.
- Lakša krivična djela čiji su izvršioci maloljetne osobe.
- Krivična djela o kojima se raspravlja u postupku protiv pravne osobe.

3. Pojam, funkcija i pravna priroda tužioca

Tužilac je stranka u krivičnom postupku, ali i državni organ, sa zadatkom da istražuje krivično djelo i goni učinioce krivičnih djela. Određena prava i dužnosti tužilac ima u drugim sudskim postupcima (parničnom, prekršajnom i upravnom), mada se i u krivičnom postupku njegova aktivnost ne iscrpljuje samo u istraživanju i gonjenju krivičnih djela.⁸ Pored toga što je stranka u krivičnom postupku, tužilac je i državni organ koji se mora zalagati za istinito, zakonito i pravedno rješenje (eventualnog krivičnog djela). Iz toga nastupa jedna važna posljedica: naime, tužilac je obavezan da radi u općem interesu i da se u postupku zalaže za donošenje pravilne i zakonite odluke o predmetu istrage i poslije eventualnog suđenja, bez obzira na to da li to ide na štetu ili korist osuđenog. Cilj cjelokupne procesne djelatnosti tužioca u krivičnom postupku ne smije da bude zalaganje za sudsku odluku koja će po svaku cijenu ići na štetu druge strane u postupku, već zalaganje za donošenje zakonite odluke, a to može biti i odluka u korist protivne stranke, ukoliko ona nesumnjivo proizlazi iz zakona.⁹ Tako da je njegova dužnost i da štiti interese osumnjičen osobe.

Ustanovljenje, djelokrug i unutrašnja organizacija tužilaštva u BiH, propisani su zakonima o tužilaštvu:¹⁰

- Tužilaštvo BiH je samostalan i poseban organ BiH, osnovan u cilju osiguranja efikasnog ostvarivanja nadležnosti države BiH, kao i poštovanja ljudskih prava i zakonitosti na njenoj teritoriji. U okviru svojih

⁸ Simović, M. (2009) Krivično procesno pravo. Banja Luka: Fakultet za bezbjednost i zaštitu u Banja Luci, str. 103.

⁹ Bejatović, S. (2008) Krivično procesno pravo. Beograd: Službeni glasnik Beograd, str. 172.

¹⁰ Simović, M., *op.cit.*, str.103.-104.

nadležnosti, tužilaštvo štiti ostvarivanje ljudskih prava i građanskih sloboda garantovanih ustavom, kao i prava i interese pravnih lica u skladu sa zakonom, te obezbjeđuju ustavnost i zakonitost.¹¹

- Tužilaštvo ima prava i dužnost da, u okviru ostvarivanja svojih funkcija, na vlastitu inicijativu ili na zahtjev, izvještava najviše državne organe o primjeni krivičnog zakona, kao i o svom radu.
- Tužilaštvo je nezavisno od sudstva i policije i nijedno lice niti organ nema pravo da naređuje ili utječe na tužilaštvo u vršenju njegove funkcije. Sud je u zakonu definisan kao samostalni i nezavisni organ, a tužilaštvo kao samostalni državni organ.
- Funkcija tužilaštva je u suštini upravna, ali tužilaštvo nije organ opće uprave, već poseban upravni organ koji postupa u oblasti pravosuđa u sprovođenju pravosudne upravne funkcije, koji saraduje sa sudom, podjednako odvojen od suda i od uprave. Može se reći da je tužilaštvo, po svojoj prirodi, poseban upravno - pravosudni državni organ.
- Kao stranka u postupku, tužilac ima približno ista ovlašćenja kao i suprotna stranka, što je u skladu sa zakonskim rješenjem o jednakom položaju stranaka u postupku.
- Kao državni organ, tužilac djeluje radi postizanja pravilne i zakonite odluke i sprovođenja zakonitog postupka uopće. Tužilac je dužan održavati integritet i nezavisnost tužilaštva i ova odgovornost podrazumijeva posebne obaveze u smislu obezbjeđivanja pravednog postupka osumnjičenom, odnosno optuženom, te odlučivanje o krivici na osnovu dokaza.

3.1. Prava i dužnosti tužioca

Otkrivanja i gonjenja učinilaca krivičnih djela koja su u nadležnosti suda, osnovno je pravo i osnovna dužnost tužioca.¹² Kao nosilac te funkcije, tužilac ima pravo i dužnost preduzimati više različitih procesnih radnji, kao i sam dokazivati činjenice u korist optužbe. Opseg i oblik tužiočeve istrage usmjerava obavezno

¹¹ Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 42/03

¹² Član 35. stav 1. ZKP BiH

postupanje po službenoj dužnosti prilikom utvrđivanja činjenica.¹³ Pored toga što je stranka u postupku, potrebno je naglasiti i to da je tužilac i državni organ, što mu nesumnjivo daje veliku prednost pred osumnjičenim, odnosno optuženim, ali i obavezu da u svom djelovanju radi objektivno i nepristrasno. Znači, on je jedan od tri osnovna subjekta u krivičnom postupku koji vrši funkciju krivičnog gonjenja. Istovremeno, on je i stranka u krivičnom postupku.¹⁴ U ovom radu mi ćemo se bazirati samo na tužiočevu vanprocesnu funkciju, odnosno funkciju krivičnog gonjenja koja podrazumijeva preduzimanje potrebnih mjera u vezi otkrivanja krivičnih djela i pronalaženja učinilaca za koje postoje određeni zakonski definisan stepen sumnje da su učinila krivično djelo, kao i koordinaciju djelatnosti raznovrsnih državnih organa. Odgovornost tužioca za otkrivanje krivičnih djela, a ne samo za njihovo gonjenje i procesuiranje, podrazumijeva obavezu njegovog angažovanja, već u ranoj fazi krivičnog postupka.

Zakonom o krivičnom postupku BiH, i to članom 35. stav 1., propisana su sljedeća prava i obaveze tužioca, radi ostvarivanja njegove rukovodeće uloge u pretkrivičnom i krivičnom postupku:

- Tužilac ima pravo i dužan je da, odmah po saznanju da postoje osnovi sumnje da je učinjeno krivično djelo, preduzme potrebne mjere u cilju njegovog otklanjanja i sprovođenja istrage, pronalaženja osumnjičenog, rukovođenja i nadzora nad istragom, kao i radi upravljanja aktivnostima ovlaštenih službenih lica vezanim za pronalaženje osumnjičenog i prikupljanje izjave i dokaza. Ovom odredbom člana 35. ZKP BiH jače je naglašena obaveza angažiranja tužioca u ranoj fazi krivičnog postupka.
- Sprovodi istragu u skladu sa zakonom. Istraga će se sprovesti u dva slučaja:
 - a) prvo, kao osnovni preduvjet kad postoje osnovi sumnje da je krivično djelo učinjeno i
 - b) drugo, kad postoji rješenje suda o ponavljanju krivičnog postupka temeljem odredbi člana 332. stav 3. ZKP BiH.
- Daje imunitet svjedoku u skladu sa zakonom, u skladu sa slučajevima iz člana 84. ZKP BiH. Imunitet se daje jedino odlukom tužioca. Prilikom davanja imuniteta od krivičnog gonjenja tužioc razmatra, prije svega, odnos između onog za što se svjedoku daje imunitet (količina i vrsta inkriminisanog ponašanja svjedoka) i vrijednosti iskaza koje svjedok nudi zauzvrat. Kada se svjedoku dodijeli imunitet, svjedok ne može biti krivično gonjen, osim u slučaju davanja lažnog iskaza.

- Zahtijeva dostavljanje informacija od strane državnih organa, preduzeća, pravnih i fizičkih lica u BiH. Navedeno pravo tužioca je posebno naglašeno kada su u pitanju organi vlasti FBIH, RS, BDBiH, kako je to predviđeno odredbama člana 21. stav 2. ZKP BiH. Dostavljanje informacija od strane državnih organa, preduzeća, pravnih i fizičkih lica u BiH se obavlja bez naknade (član 22. stav 2. i 1.).
- Izdaje pozive i naredbe i predlaže izdavanje poziva i naredbi u skladu sa zakonom. Sve pozive osumnjičenom do podizanja optužnice upućuje tužilac (član 124. stav 4.).¹⁵ U slučaju naredbe, neke samostalno izdaje tužilac¹⁶ ili tužilac predlaže izdavanje naredbi.¹⁷
- Naređivanje ovlaštenom službenom licu da izvrši naredbu izdatu od strane suda, u skladu sa zakonom. Potrebno je naglasiti da se ovom prili-

¹³ H. Sijerčić-Čolić: Rasprava o reformi u krivičnom pravosuđu i krivičnom zakonodavstvu BiH, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 10, broj 1/2003, str. 197.

¹⁴ Sijerčić-Čolić, H. (2008) Krivično procesno pravo. Sarajevo: (Knjiga I): Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, str. 208.

¹⁵ Pod navedenim pozivima se podrazumijeva: poziv za ispitivanje osumnjičenog (član 77. i član 78. stav 1.) i poziv za svjedočenje, koji (osim tužioca) može dostaviti i sud.

¹⁶ To su: 1. naredba za privremeno oduzimanje (član 67. Stav 4.), 2. naredba da banka ili drugo pravno lice koje vrši finansijsko poslovanje dostavi podatke o bankovnim depozitima i drugim finansijskim transakcijama i poslovima tog lica, kao i lica za koje se osnovano vjeruje da su uključena u te finansijske transakcije ili poslove osumnjičenog (član 67. stav 1.), 3. naredba operateru telekomunikacije (član 72.a), 4. naredba za dovođenje svjedoka u slučaju da se uredno pozvani svjedok ne odazove pozivu, a svoj dolazak ne opravda (član 81. stav 6.), 5. naredba o vještačenju (član 96. stav 1.), 6. naredba o sređivanju knjigovodstva na osnovu obrazloženog pisanog izvještaja vještaka kojem je naređeno vještačenje poslovnih knjiga (član 111. stav 3.), 7. naredba za dovođenje osumnjičenog (u hitnim slučajevima može je donijeti i tužilac na osnovu člana 125. stav 2.), 8. naredba o sprovođenju istrage (član 216.), 9. naredba za obdukciju, ako je smrt prouzrokovana krivičnim djelom ili je u vezi s izvršenjem krivičnog djela (član 222.), 10. naredba o obustavi istrage (član 224. stav 1.).

¹⁷ To su sljedeće naredbe: 1. pretres (član 53. stav 2.), 2. oduzimanje predmeta (član 65. stav 2.), 3. privremeno oduzimanje pošiljki (član 67. stav 3.), 4. naredba banci ili drugom pravnom licu koje vrši finansijsko poslovanje da dostavi podatke o bankovnim depozitima i drugim finansijskim transakcijama i poslovima tog lica (član 72. stav 1.), 5. preduzimanje i drugih potrebnih radnji iz člana 116., kako bi se omogućilo utvrđivanje i pronalaženje nezakonito pribavljene imovine i prikupljanje dokaza o tome (član 72. stav 2.), 6. naredba operateru telekomunikacije (član 72.a), 7. privremeno oduzimanje imovine radi obezbjeđenja (član 73.), 8. istražne radnje iz člana 116. stav 2. (posebne istražne radnje), 9. ekshumacija (član 222.).

kom ne misli na formalnu naredbu koju bi tužilac donosio temeljem već donesene naredbe suda, već se podrazumijeva ostvarenje prava i dužnosti tužioca koje se odnose na rukovođenje i nadzor nad istragom, te o upravljanju aktivnostima ovlaštenih službenih osoba vezanih za pronalazjenja osumnjičenog i prikupljanje izjava i dokaza.

- Utvrđuje činjenice potrebne za odlučivanje o imovinsko – pravnom zahtjevu u skladu sa članom 197. ZKP BiH i o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u skladu sa članom 392. ZKP BiH.
- Predlaže izdavanje kaznenog naloga, što je jedan od potpuno novih instituta u kojem bi se optuženom odredila krivičnopravna sankcija ili mjera bez provođenja glavnog pretresa. Tužilac u skladu sa odredbama člana 334. ZKP BiH ima pravo da u optužnici od suda zatraži izdavanje kaznenog naloga u kojem bi se optuženom odredila krivično pravna sankcija ili mjera bez provođenja glavne rasprave.
- Podiže i zastupa optužnicu pred sudom. Na osnovu postojanja dovoljno dokaza iz kojih proizilazi osnovana sumnja da je osumnjičeni učinio krivično djelo, tužilac će pripremiti i uputiti optužnicu sudiji za prethodno saslušanje, te je zastupati pred sudom (član 226. ZKP BiH).
- Podnosi pravne lijekove. Tužilac je jedini ovlašten da podnosi pravne lijekove (član 293. stav 3. ZKP BiH), žalbu kako na štetu, tako i u korist optuženog, što proizilazi iz njegove dvojne uloge: kao stranka u postupku i državnog organa, i to, žalbu na prvostepenu presudu i žalbu na rješenje, kao redovne pravne lijekove. Tužilac je također ovlašten da podnese zahtjev za ponavljanje postupka kao vanredni pravni lijek.
- Obavlja i druge poslove određene zakonom.

Prethodno izložena prava i obaveze tužioca karakterišu njegove aktivnosti vezane za pokretanje pojedinih faza krivičnog postupka. Iz svega navedenog možemo zaključiti da, u pravnom smislu, pravo tužioca na preduzimanje procesnih radnji nadilazi funkciju krivičnog gonjenja i obuhvata sve one procesne radnje koje su potrebne za donošenje pravilne i zakonite odluke, bez obzira da li su na štetu ili u korist optužene osobe.¹⁸

¹⁸ Krapac, D. (2007) Kazneno procesno pravo. Zagreb: Prva knjiga: Institucije, 3. Izmijenjeno i dopunjeno izdanje, str. 180.

4. Uloga tužioca u istrazi, sa osvrtom na nova zakonska rješenja

Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine napušta koncept istražnog suca, te vođenje istrage u potpunosti povjerava tužiocu i njemu podređenim ovlaštenim službenim osobama policije (redovne, sudske, finansijske, granične ili vojne), zatim carinskih i poreznih organa (član 35. stav 2. ZKP BiH). Dakle, proces krivične istrage je u nadležnosti tužioca koji, u saradnji sa policijskim agencijama i agencijama za sprovođenje zakona u BiH, prikuplja dokaze i svjedoke o počinjenom krivičnom djelu, te vrši sve druge radnje iz svoje nadležnosti. Tužilac u krivičnom postupku nastupa kao državni organ zadužen za otkrivanje i gonjenje lica, u odnosu na koje postoji određeni zakonski definisan stepen sumnje da su učinila krivično djelo, uključujući i isključivu nadležnost tužioca za naređivanje i sprovođenje istrage, te podizanje i zastupanje optužnice. Kao što smo prethodno naglasili, u radu ćemo se detaljno baviti samo ulogom tužioca do podizanja optužnice. Bilo bi pogrešno zaključiti da je funkcija krivičnog gonjenja povjerena, isključivo, javnom tužiocu kao jedinom ovlaštenom tužiocu. Naime, postoje neka krivična djela u okviru kojih se pretežno radi o ličnim interesima građana, pa država nema interesa da preduzme krivična gonjenja i za takva krivična djela, ako to sam oštećeni ne želi. Ono što je specifično za ta krivična djela jeste da funkciju krivičnog gonjenja vrši tužilac kao državni ili javni službenik, ali tek onda ako postoji prijedlog oštećenog. U drugom slučaju, tužilac ima funkciju stranke u postupku, te ima ista ovlaštenja u postupku kao i suprotna stranka, a što proizilazi iz zakonskih rješenja o jednakom položaju strana u postupku. Moguća je i treća uloga tužioca, u situacijama kada tužilac u postupku nastupa kao organ države, što je izričito propisano zakonom.

Znači, novim zakonskim rješenjima, uvođenjem i primjenom načela akuzatornosti, kao što smo već dosad naglasili, vođenje istrage je u cijelosti povjereno tužiocu koji, pored obaveze gonjenja počinioca krivičnih djela, ima i obavezu njihovog otkrivanja. Iako je funkcija istraživanja pripala tužiocu, poslovi odlučivanja o ograničenju temeljnih sloboda i prava su ostali u nadležnosti suda, prevashodno u nadležnosti sudije za prethodni postupak. Prisilne mjere i postupci kojima se ograničavaju određena prava i slobode osobe (pravo na slobodu i sigurnost ličnosti, poštivanje privatnog života) protiv kojih se primjenjuju neke od istražnih radnji, povjerene su sudiji za prethodni postupak, čija je osnovna funkcija zaštita prava i sloboda osumnjičene osobe.¹⁹ Također, sudija za prethodni postupak je i

¹⁹ Sijerčić-Čolić, H. (2008) Knjiga I: *op.cit.*, str.49.

osoba kojoj se može obratiti stranka ili branilac radi izvođenja određenih dokaznih radnji prije izvođenja glavnog pretresa. Kao što smo već naglasili, uspostavljen je i novi odnos između tužioca i ovlaštenih službenih osoba koji su nosioci aktivnosti na pronalaženju osumnjičenog i prikupljanju izjava i dokaza. Izvori saznanja o postojanju osnova sumnje o izvršenom krivičnom djelu mogu biti svi oni izvori saznanja koje predviđa zakon i koji su povezani sa konkretnim krivičnim djelom.

Da bi se ostvarili preduvjeti za pokretanje i sprovođenje krivičnog postupka, potrebno je raspolagati sa saznanjima i dokazima o postojanju krivičnog djela i njegovog počinioca. Do tih saznanja tužilac dolazi postupanjem, u skladu sa svojim pravima i dužnostima, na otkrivanju krivičnih djela i gonjenju počinitelja. Tužilac je, temeljem odredbi člana 17. ZKP BiH i člana 35. ZKP BiH, postupajući po načelu legaliteta krivičnog gonjenja, dužan preduzeti sve neophodne radnje na dokumentovanju krivičnog djela, pronalaženju počinitelja krivičnog djela i dokaza o krivičnom djelu, za koji postoje osnove sumnje da je učinjeno takvo krivično djelo, osim ako zakonom nije drugačije propisano. Dakle, državni organ, odnosno tužilac koji je nosilac prava na pokretanje krivičnog postupka po službenoj dužnosti, dužan je po zakonu (lat. *ex lege*) preduzeti krivično gonjenje uvijek kad su za to ispunjeni propisani uvjeti.²⁰ Postupajući po principu legaliteta, tužilac nije ovlašten cijeniti oportunističku mogućnost krivičnog gonjenja, kao što je to npr. u postupku prema maloljetnicima – primjena načela oportuniteta temeljem odredbi člana 352. ZKP BiH.

"Istraga se pojavljuje kao oblik prethodnog krivičnog postupka u okviru koje zakon uređuje sljedeće podfaze: prijavljivanje krivičnog djela, tužiteljevo odlučivanje o krivičnoj prijavi, predistražni postupak, istražni postupak te postupak o sudskom osiguranju dokaza."²¹ Kao prvi stadij krivičnog postupka istraga se pokreće na osnovu naredbe tužioca o sprovođenju istrage. Naredbu o pokretanju istrage donosi tužilac samostalno. Dakle, postojanje osnova sumnje da je krivično djelo učinjeno, osnovni je preduvjet za sprovođenje istrage. U tom smislu, tužilac pokreće i provodi postupak na koji ga može navesti bilo šta, uključujući sljedeće:

- a) primjedba ili dopis policije,
- b) žalba građana,
- c) istraga zasnovana na indiciji tužioca,

²⁰ Ibidem, str.92.

²¹ Bubalović, T. (2008) *Novela Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine od 17. 06.2008.*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 15, broj 2/2008, str. 4.

- d) žalba žrtve ili svjedoka,
- e) žalba ili izražavanje zabrinutosti čitave zajednice,
- f) žalba bilo kojeg organa vlasti.

Druga situacija je kad postoji rješenje suda o ponavljanju krivičnog postupka na osnovu odredbi člana 332. stav 3. ZKP.

Za sprovođenje istrage, također je potrebno i da ne postoje zakonski osnovi koji isključuju sprovođenje istrage, kao što su slučajevi sa osobama koje uživaju pravo imuniteta i na koje se primjenjuju odredbe međunarodnog prava, kao i u slučaju osoba za čije je gonjenje potrebno pribaviti prethodno odobrenje nadležnog državnog tijela.

Kada je u pitanju istraga, bitno je istaći novine u odnosu na rješenja koja su postojala u zakonima, kako bivše SFRJ tako i u, doskora važećim, zakonima u Bosni i Hercegovini.

Kao prvo, za pokretanje istrage dovoljno je postojanje osnova sumnje za razliku od, do sada prisutne osnovane sumnje. Po sadašnjim rješenjima je moguće i na temelju raspoloživih informacija o djelu, dokazima i/ili počiniocu krivičnog djela, sa manjim stepenom vjerovatnoće, pokrenuti istragu. Ovim se ukida dosadašnji pretkrivični postupak koji je pokretan od strane organa unutrašnji poslova, odnosno ovlaštenih službenih lica, na osnovu postojanja osnova sumnje, i to u formi krivične prijave. "*Krivična prijava je redovni i najčešći način saznanja o izvršenom krivičnom djelu i učiniocu tog djela. U procesnom smislu, to je akt kojim određeno lice obavještava nadležnog tužioca o izvršenom krivičnom djelu i ukazuje na eventualne učinioce tog djela*".²² U takvim situacijama, ovlaštena službena lica poduzimala su potrebne mjere i radnje na rasvjetljavanju krivičnih djela te njihovih počinitelja, i prije zvaničnog pokretanja istrage, rješenjem istražnog sudije, a po zahtjevu nadležnog tužioca. Potrebno je naglasiti da se ovakvim rješenjem ne zadire u domen rada i nadležnost ovlaštenih službenih osoba na otkrivanju i krivičnom gonjenju učinitelja krivičnih djela, osim što se sada tužilac ranije uključuje u ove aktivnosti. Ovakvim rješenjima smanjuje se mogućnost zloupotrebe, te neovlaštenog i nezakonitog poduzimanja bilo kakvih istražnih radnji, od strane ovlaštenih službenih osoba.

Pokretanjem istrage na osnovu postojanja osnova sumnje, u novom zakonodavstvu, ovlaštenim službenim osobama se ne uskraćuje pravo da poduzimaju potrebne mjere i radnje na dokumentiranju krivičnog djela, identifikaciji počinioca krivičnog djela i prikupljanju dokaza. To pravo i obaveza ostaje i dalje, samo

²² Ibidem, str. 196.

što oni to sada poduzimaju po odobrenju i pod nadzorom tužioca. Na ovaj način se osigurava dodatni nivo primjene i zaštite ljudskih prava, pošto se od najranije faze postupka uključuje tužilac koji ima direktan nadzor i kontrolu nad radom ovlaštenih službenih osoba, čime je smanjena mogućnost zloupotrebe i nezakonitog poduzimanja bilo kakvih istražnih radnji od strane ovlaštenih službenih lica, tj. institucija za sprovođenje zakona prema građanima.

Kao drugo, prema odredbama novog Zakona o krivičnom postupku, istragu je moguće pokrenuti i u onim situacijama kada nije poznat identitet učinioca krivičnog djela. Prijašnja zakonska rješenja su predviđala mogućnost po kojoj su organi unutrašnjih poslova imali pravo podnošenja krivične prijave protiv nepoznatog počinioca. Prednost novih rješenja, otvaranjem istrage protiv nepoznatog počinioca, omogućava primjenu radnji dokazivanja, čak i onda kada se ne raspolaze podacima o počiniocu krivičnog djela. U ovakvim situacijama, naredbom o sprovođenju istrage daje se samo opis iz kojeg proizilazi obilježje krivičnog djela koja se odnose na organizovani kriminal, korupciju, terorizam, finansijske i privredne delikte, gdje je češći slučaj. Naime, kod prethodno pobrojanih krivičnih djela, češći je slučaj da se raspolaze podacima o određenim aktivnostima koje bi mogle upućivati na krivično djelo, nego o podacima koji bi u tom stadiju postupka ukazivali na počinioca krivičnog djela.

Treća novina odnosi se na naredbu o sprovođenju istrage koju samostalno donosi tužilac, a ne, kao što je to do sada bio slučaj, istražni sudija, tako da je ranijim rješenjima bilo predviđeno da: "*Zahtjev za sprovođenje istrage podnosi ovlašteni tužilac istražnom sudiji nadležnog suda. O zahtjevu za sprovođenje istrage odlučuje istražni sudija u formi rješenja o sprovođenju istrage.*"²³ Napuštanjem ovog principa, učinjena je značajna ušteda na vremenu što doprinosi ekspeditivnosti postupka. Razlika je i to što je istražni sudija odluku o sprovođenju istrage donosio u formi rješenja, a tužilac to čini u formi naredbe. Sada se sudija pojavljuje u novoj ulozi. Naime, on se pojavljuje kao garant ljudskih prava i sloboda u primjeni mjera procesne prisile prema osumnjičenicima (pravo na slobodu i sigurnost ličnosti te pravo na poštovanje privatnog života i zaštitu stana i prepiske) ili kao sudac koji će provesti postupak osiguranja dokaza kada to zakon propisuje.

Za pokretanje istrage, što smo već naveli, nije potrebno da je sa izvjesnošću utvrđeno da je počinjeno krivično djelo, nego je dovoljno da postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično djelo, tj. dovoljno je postojanje činjenica koje čine vjerovatnim da je izvršeno krivično djelo. Osnovi sumnje moraju se zasnivati na

²³ Sijerčić-Čolić, H. (2008) Knjiga I: *op.cit.*, str. 205.

konkretnim podacima. U protivnom, pokretanje krivičnog postupka bez zakonskih uvjeta, dovelo bi do kršenja ljudskih prava osumnjičenog, što se ne može i ne smije dozvoliti. Ovaj uvjet za pokretanje istrage je posljedica nastojanja da istraga dobije izgled zaokružene cjeline koja se nalazi u rukama tužioca, od trenutka saznanja da je izvršeno krivično djelo.²⁴

Naredbom o sprovođenju istrage precizno se nabrajaju koje okolnosti treba istražiti, kao i istražne radnje koje se u tu svrhu poduzimaju. Odredbama koje govore o okolnostima koje treba istražiti, ograničavaju se ovlaštene službene osobe, kao i sam tužilac, da u toku sprovođenja odobrenih istražnih mjera i radnji, iste primjene i na širi niz okolnosti, čime bi se stvorio eventualni osnov za kršenje ljudskih i građanskih prava osobe nad kojom se te mjere primjenjuju.

Tužilac ima pravo i da ne donese naredbu o sprovođenju istrage, ukoliko ocijeni da prikupljena saznanja i dokazi o krivičnom djelu i/ili počiniocu ne predstavljaju osnov za sprovođenje istrage. U takvim slučajevima novina je da tužilac ima obavezu, za razliku od ranijih rješenja, obavijestiti podnosioca prijave, u roku od tri dana od dana donošenja odluke, o nepokretanju istrage. Podnosiocu prijave i oštećenom je dato pravo da ulože žalbu o odluci tužioca o nepokretanju istrage, uredu tužioca u roku od osam dana. "Na taj način se tužilaštvo poziva na donošenje odluke koja može biti, ili naredba o sprovođenju istrage ako postoji osnov sumnje, ili obavještanje podnosioca pritužbe da je pritužba neosnovana."²⁵

4.1. Naredba o pokretanju istrage

Istražni postupak počinje donošenjem odluke o sprovođenju istrage koju tužilac donosi u formi naredbe. Uvjet koji je zakonodavac predvidio za donošenje ove naredbe je u slučaju: "*ako postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično djelo*". Ovaj zakon usvaja novu koncepciju istrage u smislu, kao što je prethodno navedeno, da napušta sudsko odlučivanje o pokretanju istrage, ukidajući ustanovu istražnog sudije i donošenje sudske odluke u formi rješenja o pokretanju istrage. Odgovornost tužioca za otkrivanje krivičnih djela, a ne samo za njihovo gonjenje i procesuiranje, podrazumijeva obavezu angažovanja tužioca već u ranoj fazi krivičnog postupka, iz čega proizilazi obaveza tužioca da: "*Odmah po saznanju da postoje osnovi sumnje da je učinjeno krivično djelo, preduzme potrebne mjere u cilju njegovog okrivljanja i sprovođenja istrage, pronalaženja osumnjičenog, rukovođenja*

²⁴ Sijerčić-Čolić, H.: Rasprava o reformi u krivičnom pravosuđu i krivičnom zakonodavstvu BiH, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 10, broj 1/2003, str. 194.

²⁵ Sijerčić-Čolić, H. (2008) Knjiga II: *op.cit.*, str. 34.

*i nadzora nad istragom, kao i radi upravljanja aktivnostima ovlaštenih službenih lica vezanim za pronalaženje osumnjičenog i prikupljanja izvjava i dokaza.*²⁶

Osnov svake aktivnosti tužioca u krivičnom postupku je postojanje osnova sumnje (niži stepen sumnje) da je izvršeno krivično djelo, što znači da tužilac ne bi trebao poduzimati ni jednu radnju u krivičnom postupku pa tako ni u istražnom postupku, bez postojanja tog inicijalnog standarda sumnje. To je, dakle, početna faza donošenja odluke o provođenju istrage koju, u krivičnom gonjenju, treba shvatiti veoma ozbiljno, ali ipak ne restriktivno. Dakle, osnovno pitanje u ovoj fazi je: „*Kada postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično djelo?*“ Osnovi sumnje da je izvršeno djelo postoji kada tužilac ili ovlašteno službeno lice sazna da postoje određene činjenice i okolnosti koje su dovedene u vezu sa određenim logičkim hipotezama proizašlim iz određenih neposrednih ili posrednih dokaza, a na osnovu iskustva mogu ukazati da je izvršeno krivično djelo. Kada tužilac ocijeni da postoje osnovi sumnje, tada on, shodno zakonu o krivičnom postupku, donosi odluke o sprovođenju istrage u formi naredbe o provođenju istrage. Izvori saznanja o postojanju osnova sumnje o učinjenom krivičnom djelu mogu biti svi oni izvori saznanja koje predviđa zakon.²⁷

"O provođenju istrage donosi se naredba koja sadrži: podatke o učiniocu krivičnog djela ukoliko su poznati, opis djela iz kojeg proizilaze zakonska obilježja krivičnog djela, zakonski naziv krivičnog djela, okolnosti koje potvrđuju osnove sumnje za sprovođenje istrage i postojeće dokaze. U naredbi će tužilac navesti koje okolnosti treba istražiti i koje istražne radnje treba preduzeti" (član 216. stav. 2. ZKP BiH). Naredba o pokretanju istrage predstavlja interni akt tužioca, čijim se donošenjem postiže nekoliko ciljeva. Prvo, danom donošenja naredbe počinje teći zakonom propisani rok koji je dat tužiocu za pokretanje istrage (član 225. stav. 3. ZKP BiH). Drugo, naredba o pokretanju istrage sadrži podatke o osobi za koju postoje osnovi sumnje da je izvršila krivično djelo i protiv koje se istraga ima pokrenuti. Treće, naredba mora da sadrži i detaljan opis radnji osumnjičenog, koje predstavljaju osnov sumnje za učinjenje određenog krivičnog djela. Naprimjer, navedena karakteristika naredbe, ako se to može tako nazvati, je od izuzetne važnosti u slučajevima kad je potrebno izdati potjernicu za osumnjičenim koji se nalazi u bjekstvu ili se krije, posebno kada se radi o izdavanju međunarodne potjernice, kada je neophodno pružiti detaljan opis radnji učinjenja i drugih obi-

²⁶ Simović, M., *op.cit.*, str. 123.

²⁷ Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomerađić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M., (2005) Komentar zakona o krivičnom postupku BiH. Sarajevo: Savjet Evrope i Evropska Komisija. str. 587.

lježja krivičnog djela. Četvrto, naredbom o pokretanju istrage moraju se navesti okolnosti koje treba istražiti, te koje su to istražne radnje koje se imaju u tu svrhu poduzeti. Ovdje je značajno istaći prvi dio odredbe koji govori o okolnostima koje treba istražiti, a na temelju kojih se može uspostaviti osnovana sumnja da je učinjeno krivično djelo, što predstavlja osnov da je učinjeno krivično djelo. Okolnosti koje se istražuju u toku istrage su one okolnosti koje se odnose na obilježja krivičnog djela, odnosno krivične odgovornosti osumnjičenog. Eventualno istraživanje drugih okolnosti koje nisu vezane za krivično djelo i krivičnu odgovornost osumnjičenog, predstavljalo bi kršenje osnovnih ljudskih i građanskih prava osumnjičenog i drugih osoba.

Mada zakon izričito ne propisuje obavezu tužioca o obavještanju osumnjičenog o donošenju naredbe o pokretanju istrage, osumnjičeni bi trebao biti obaviješten o istoj nakon njenog donošenja. Treba, također, naglasiti da pomenuto obavještanje može izostati ako bi ono moglo dovesti u opasnost cilj istrage.

Pravo da obustavi istragu ima samo Tužitelj, koji istragu obustavlja naredbom o obustavi istrage. Tužitelj će istragu obustaviti, kad ustanovi da:

- a) djelo koje je učinio osumnjičeni nije krivično djelo,
- b) nema dovoljno dokaza da je osumnjičeni učinio krivično djelo,
- c) je djelo obuhvaćeno amnestijom ili zastarom, ili postoje druge smetnje koje isključuju krivično gonjenje.

U prvom slučaju radi se o djelima koja ne sadrže sve elemente i obilježja krivičnog djela, te o djelima gdje postoje razlozi koji isključuju protivpravnost, a koji su propisani krivičnim zakonom (čl. 24. i 25. KZ BiH). Isto tako, Tužitelj će obustaviti istragu kad utvrdi da ne posjeduje dovoljno dokaza da je osumnjičeni učinio krivično djelo. Ovdje se radi o tome da se raspolaže sa dovoljno dokaza o tome da je krivično djelo učinjeno, međutim da ne postoji dovoljno dokaza da je osumnjičeni učinitelj krivičnog djela. U trećem slučaju, istraga se obustavlja ako je djelo obuhvaćeno amnestijom ili zastarom, ili postoje druge smetnje koje isključuju krivično gonjenje.²⁸

Naredbu o nepokretanju istrage tužilac donosi u pismenoj formi. Novina je da je, u takvim slučajevima, tužilac dužan obavijestiti podnositelja prijave u roku od tri dana od dana donošenja naredbe o nepokretanju istrage. Podnositelj prijave i oštećeni imaju pravo da ulože pritužbu uredu tužioca u roku od osam dana. Poseban slučaj, kada tužilac neće narediti pokretanje istrage, je kod pri-

²⁸ Sijerčić-Čolić, H., *et. al.*; *Komentari, op. cit.*, str. 605.

mjene međunarodnog prava za osobe sa imunitetom predviđen članom 298. ZKP BiH ovog zakona, kao i slučajevi kada je zakonom propisano da se za određene osobe krivično gonjenje može poduzeti samo po odobrenju nadležnog državnog organa (član 209. ZKP BiH). Bez ovog odobrenja tužilac ne može pokrenuti istragu, niti može podići optužnicu.

4.2. Rukovođenje i nadzor nad istragom

Kao što smo već prethodno naglasili, rukovođenje i nadzor nad istragom obavlja tužilac, čije djelovanje, u svakom trenutku, mora biti usmjereno na brigu zakonitosti preduzetih istražnih mjera i radnji. Svrha ovakvog zakonskog rješenja je razvijanje aktivnosti tužilaštva u oblikovanju postupka, izgrađivanju i postizanju veće efikasnosti u vezi sa otkrivanjem krivičnih djela i pronalaženjem njihovih počinilaca, te u pogledu aktivnog upravljanja aktivnostima ovlaštenih službenih osoba na pronalaženje osumnjičenog i prikupljanja izjava i dokaza. Iz toga proizilazi i nadređenost, u smislu nadzora tužioca nad ovlaštenim službenim osobama, u slučajevima kada se radi o aktivnostima ovlaštenih službenih osoba na otkrivanju i dokumentovanju krivičnih djela. Tako ovlaštena službena lica nisu u mogućnosti neovisno i samostalno poduzimati istražne radnje, osim za najlakša krivična djela. Ovim izmjenama ovlaštena službena lica, kada otkrivaju krivično djelo i njegovog učinioca, raspoložu novim pravima, ali i novim dužnostima. Na ovaj način se unapređuje dojučerašnja, često kritikovana, praksa o neupotrebljivosti (u dokaznom smislu) materijala prikupljenih u toku tzv. pretkrivičnog postupka

S ciljem što potpunijeg i efikasnijeg ostvarivanja povjerene mu funkcije, a posebno s ciljem otkrivanja krivičnih djela i njihovih učinilaca, tužilac surađuje, prije svega, sa ovlaštenim službenim osobama. Tako da je neosporna činjenica da potrebne mjere i radnje na rasvetljavanju krivičnog djela, pored tužioca, sprovode ovlaštene službene osobe. Prema odredbi čl. 20. tačka. f. ZKP BiH, propisano je da je "ovlašteno službeno lice, lice koje ima odgovarajuća ovlaštenja unutar policijskih organa u BiH, uključujući: Državnu agenciju za istragu i zaštitu, Državnu graničnu policiju, sudsku i finansijsku policiju, kao i unutar carinskih organa, poreskih organa i organa vojne policije u BiH. *Pod ovlaštenim službenim osobama smatraju se i stručni suradnici, odnosno istražitelji Tužilaštva BiH koji rade po ovlastima tužitelja*".

Nadređenost tužioca, u smislu nadzora nad radom ovlaštenih službenih osoba, nastupa u trenutku saznanja da postoje osnovi sumnje da je počinjeno krivično djelo. Iz ovog proizilazi da tužilac nema nadzor niti mogućnost rukovođenja i upravljanja radom ovlaštenih službenih osoba, prije saznanja da postoje osnovi

sumnje da je počinjeno krivično djelo. Znači da je prikupljanje i pronalazak dokaza koji čine osnove sumnje da je djelo izvršeno isključivo u nadležnosti policijskih organa u okviru svojih nadležnosti. Tek od trenutka saznanja o postojanju osnova sumnje o počinjenom krivičnom djelu, nastupa i nadzorna funkcija tužioca, u odnosu na ovlaštene službene osobe. Drugim riječima, otkrivanje krivičnog djela koje obavlja tužilac predstavlja događajno usmjereno otkrivanje krivičnog djela, odnosno dodatno razotkrivanje krivičnog djela na temelju već stečenog saznanja da postoji događaj koji u sebi nosi osnov sumnje da je počinjeno krivično djelo, za razliku od policijskog otkrivanja krivičnog djela gdje je otkrivanje osnova sumnje da je krivično djelo izvršeno suštinska posljedica redovnih aktivnosti koje nisu bile usmjerene na događaj koji u sebi nosi osnov sumnje da je počinjeno krivično djelo.²⁹

Svi organi koji učestvuju u istrazi (policija i drugi državni organi nadležni za otkrivanje krivičnih djela) dužni su da o svakoj poduzetoj radnji obavijeste tužioca i da postupe po svakoj njegovoj naredbi.³⁰ Ovim je osigurana pravda i pravičnost krivičnog postupka, kao i osiguranje da ovlaštene službene osobe poštuju zakonske odredbe koje se odnose na zaštitu prava osoba koje su osumnjicene, pritvorene, te koje se ispituju odnosno pretresaju.

Nadzor tužioca nad radom ovlaštenih službenih osoba se manifestuje na tri različita načina:

- Tužilac osigurava stručnu podršku i tumačenje krivičnopravnih odredbi, kako materijalnog, tako i procesnog krivičnog prava, te vodi računa o primjeni i zaštiti ljudskih prava građana u postupcima ovlaštenih službenih osoba,
- Tužilac izdaje potrebna uputstva i prijedloge ovlaštenim službenim osobama u toku istrage, u smislu prikupljanja informacija i dokaza na zakonom dopušten način, kako bi isti bili pravno valjani u postupku pred sudom,
- Tužilac učestvuje u potrebnim procesnim radnjama i drugim postupanjima u toku istrage, a koje se podnose na angažman ovlaštenih službenih osoba. Na primjer, nastupanje tužitelja prema sudu na temelju zahjeva ovlaštenih službenih osoba za poduzimanje određene mjere i rad-

²⁹ Huremagić, R., Penko, B., Tegeltija, M., (2005) Priručnik za krivično gonjenje krivičnih djela iz oblasti privrednog kriminala i korupcije. Sarajevo: Vijeće Evrope. str. 17.

³⁰ Član 35. stav 3. ZKP BiH.

nje, i slično. Isto tako, primjena posebnih istražnih radnji u smislu člana 116. ZKP BiH mora biti pod direktnim nadzorom i usmjeravana od strane tužitelja.³¹

Tužilac je osoba odgovorna za istragu i, u skladu s tim, ima potpunu odgovornost spram toka i rezultata istrage. Kako bi se osigurala kvalitetna i zakonita istraga, neophodno je na zakonit i ispravan način prikupiti dokaze koji su, i po vrsti i obimu, dovoljni za uspješno okončanje istrage, podizanjem optužnice protiv počinitelja krivičnog djela.

U toku istrage tužilac može preduzeti sve istražne radnje, uključujući ispitivanje osumnjičenog i saslušanje oštećenih i svjedoka, vršenje uviđaja i rekonstrukcije događaja, preduzimanje posebnih mjera koje obezbjeđuju sigurnost svjedoka i informacija i naređivanje potrebnih vještačenja.³² Odredbe stava ovog člana propisuju opseg poduzimanja istražnih radnji za vrijeme sprovođenja istrage od strane tužioca, a u skladu sa ulogom i funkcijom tužioca u istrazi (čl. 35. stav 2. tač. b) i član 216. ZKP BiH). Tužilac je ovlašten poduzimati sve istražne radnje, odnosno radnje dokazivanja propisane ovim zakonom (član 51. do 115. ZKP BiH), s tim što u slučajevima, kada je to propisano zakonom, prije poduzimanja nekih od tih radnji, mora prethodno pribaviti naredbu sudije za prethodni postupak (npr. naredbu za pretresanje u smislu člana 53. stav 2 ZKP BiH). Zakon posebno naglašava mogućnost poduzimanja određenih radnji dokazivanja i to: ispitivanje osumnjičenog u skladu sa odredbama člana 77. ZKP BiH do člana 80. ZKP BiH, saslušanje oštećenog i svjedoka u skladu sa odredbama člana 81. ZKP BiH do člana 91. ZKP BiH, vršenje uviđaja (član 92. ZKP BiH), vršenje rekonstrukcije događaja (član 93. ZKP BiH), kao i naređivanje potrebnih vještačenja u skladu sa odredbama člana 35. stav 2. tačka c) ZKP BiH i član 92. ZKP BiH do člana 115. ZKP BiH. O poduzetim istražnim radnjama sastavlja se zapisnik, u skladu sa ovim zakonom. Tužilac može poduzeti posebne mjere koje obezbjeđuju sigurnost svjedoka i informacija.

Ovu mogućnost tužioca, a u odnosu na sigurnost svjedoka, treba posmatrati, u smislu uloge koju tužilac ima u postupku za zaštićene svjedoke (član 91. ZKP BiH), što je predmet posebnog zakona o zaštiti svjedoka. Međutim, poduzimanje posebnih mjera koje obezbjeđuju sigurnost svjedoka i informacija ne treba niti se, isključivo, može vezati za zakonske mogućnosti predviđene za zaštićenog svjedoka. Naime, od izuzetnog je značaja obezbijediti sigurnost svjedoka i informacija, i prije odluke suda o dodjeljivanju statusa zaštićenog svjedoka.

³¹ Sijerčić-Čolić, H., *et. al.*; Komentari, *op. cit.*, str. 590.

³² Član 217. ZKP BiH.

S obzirom na visinu zapriječene kazne za određeno krivično djelo, razlikuje se i način izvještavanja o počinjenom djelu. Naime, ako postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično djelo propisano kaznom zatvora preko 5 godina, ovlaštena službena osoba je dužna odmah obavijestiti tužioca i pod njegovim nadzorom preduzeti potrebne mjere da se pronađe učinilac krivičnog djela, da se spriječi skrivanje ili bjekstvo osumnjičenog ili saučesnika, da se otkriju i sačuvaju tragovi krivičnog djela i predmeti koji mogu poslužiti kao dokaz, te da se prikupe sve informacije koje mogu biti korisne u krivičnom postupku. Navedena obaveza proširena je u slučaju opasnosti od odlaganja, jer je ovlaštena službena osoba dužna preduzeti neophodne radnje u skladu sa zakonom. Ako postoje osnovi sumnje da je izvršeno lakše krivično djelo, odnosno krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora do 5 godina, ovlaštena službena osoba je dužna obavijestiti tužioca o svim raspoloživim informacijama, radnjama i mjerama koje je poduzela najkasnije 7 dana od dana saznanja osnova sumnje da je krivično djelo počinjeno (član 218. ZKP BiH).³³ Na osnovu navedenih načina izvještavanja o počinjenom djelu proizilazi zaključak da su aktivnosti ovlaštenih službenih osoba uređene na nov način, u odnosu na dosadašnju praksu. U oba ova slučaja, tužilac će donijeti naredbu o sprovođenju istrage ako to ocijeni potrebnim. Prije svega, tužilac se temeljnom pripremom upoznaje sa svim činjenicama vezanim za predmet kroz razgovore sa svojim svjedocima, kao i sa policajcima istražiteljima sa kojima izlazi na mjesto zločina i ispituje sve fizičke dokaze.

Tužilaštvo mora detaljno ispitati sve dokaze koje prikupi policija da bi osiguralo njihovu istinitost i pouzdanost. Prikupljanjem dokaza tužilac razvija teoriju kojom se objašnjava slučaj. Tužilac bi morao biti u stanju da sudu objasni činjenice koje se odnose na slučaj optuženog i na koji je način ponašanje optuženog prekršilo zakon.

Kada u toku istrage tužilac procjeni da postoji dovoljno dokaza iz kojih proizilazi osnovana sumnja da je osumnjičeni učinio krivično djelo, pripremit će i uputiti optužnicu sudiji za prethodno saslušanje (član 226. stav 1.).

5. Zaključak

U ocjeni mjesta i uloge tužioca u prethodnom postupku koji je analiziran kroz prethodna izlaganja, može se reći da se temelji, kako na tradicionalnim, tako i na novim raspravama o krivičnoprocesnim institutima i suzbijanju kriminaliteta, ali i da nastoji uhvatiti korak sa međunarodnim pravom o pravima čovjeka i

³³ Sijerčić-Čolić, H., *et. al.*; Komentari, *op. cit.*, str. 590.

judikatima Evropskog suda za prava čovjeka. Navedenim zakonskim rješenjima, nastoji se odgovoriti na specifičnosti kretanja kriminaliteta i program njegovog suzbijanja, te organizaciju sistema krivičnog pravosuđa. Tako da iz prethodnih izlaganja zaključujemo da je, u Bosni Hercegovini, javni državni tužitelj *dominus litis* prethodnog postupka kojeg, na temelju načela legaliteta, oficijelnosti i akuzatornosti, pokreće i provodi u skladu sa zakonom, s osnovnim ciljem da utvrdi postojanje osnovane sumnje kako bi mogao protiv određene osobe podignuti optužnicu ili, u suprotnom, obustaviti istragu. Prihvatajući stavove o konstrukciji prethodnog postupka, tužilac u toku sprovođenja istrage vrši, ne samo funkciju krivičnog gonjenja, već i funkciju istraživanja krivičnog djela. Potrebno je naglasiti da je otvaranje istrage vezano za niži stepen sumnje, nego što je to bio slučaj sa otvaranjem istrage od strane istražnog sudije. Ovlasti tužioca, u što smo mogli uvjeriti iz prethodnih razmatranja, u prethodnom postupku su brojne. U prethodnom postupku, aktivnosti policije, odnosno ovlaštenih službenih lica, uređene su na nov način, u odnosu na raniju praksu. Sudija više nije istražitelj u prethodnom postupku, već ima nadzor nad određenim aktivnostima. Zbog novih prava i obaveza sudionika predistražnog postupka zaključili smo da se, u okviru zakonskih odredaba o prethodnom postupku, trebalo detaljnije urediti predistražni postupak, odnosno postupak policijskih istraga, tako što bi zakonom bila određenije opisana prava i dužnosti svih procesnih subjekata koji se pojavljuju u toj početnoj fazi postupka, prije svega, ovlaštenih službenih osoba policije, tužitelja, te sudije za prethodni postupak. Konačno, želimo naglasiti da je predistražni postupak od izuzetne važnosti jer od pravovremenosti i kvalitete njegova provođenja često presudno ovisi konačni ishod jednoga krivičnog postupka.

Na osnovu izloženog, može se utvrditi da s aspekta krivičnopravne prakse, sa najnovijim tendencijama u savremenom krivičnom procesnom pravu, nova uloga tužioca predstavlja pozitivno rješenje. Tako da možemo zaključiti da su, provedenom reformom krivičnog procesnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini, ostvareni ciljevi vezani za novu ulogu tužioca u prethodnom postupku, prvenstveno, postizanje efikasnijeg krivičnog postupka i učinkovitija zaštita osnovnih ljudskih prava i sloboda učesnika krivičnog postupka.

6. Literatura

1. Bejatović, S. (2008) Krivično procesno pravo. Beograd: Službeni glasnik Beograd.
2. Bubalović, T. (2008) Novela Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine od 17. 6. 2008. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 15, broj 2/2008.
3. Grubač, M. (2008) Krivično procesno pravo. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union Beograd.
4. Sijerčić-Čolić, H. (2003) "Rasprava o reformi u krivičnom pravosuđu i krivičnom zakonodavstvu BiH", Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 10, broj 1/2003, str. 181.-208.
5. Huremagić, R., Penko, B., Tegeltija, M. (2005) Priručnik za krivično gonjenje krivičnih djela iz oblasti privrednog kriminala i korupcije. Sarajevo: Vijeće Evrope.
6. Jurčević, M., Huremagić, R. (2004) „Uloga tužitelja u istrazi sa posebnim osvrtom na nadzor tužitelja“, Pravo i pravda, Sarajevo, Vol 3 – br. 1/2/2004.
7. Krapac, D. (2007) Kazneno procesno pravo. Zagreb: Prva knjiga: Institucije III Izmijenjeno i dopunjeno izdanje.
8. Sijerčić-Čolić, H. (2008) Krivično procesno pravo. (Knjiga 1. i 2.): Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
9. Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomerađić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M. (2005) Komentar zakona o krivičnom postupku BiH. Sarajevo: Savjet Evrope i Evropska Komisija.
10. Simović, M. (2009) Krivično procesno pravo. Banja Luka: Pravni fakultet u Banja Luci.
11. Škulić, M. (2009) Krivično procesno pravo. Beograd: Službeni glasnik Beograd, str. 39.
12. Tegeltija, M., Bužanin, O., Vranješ, N., Zgonjanin Aničić, M., Milovanović, D., Sijerčić-Čolić, H., Helić, V., Kosović, J., Miletić, A. (2006) "Modul 1 Krivična oblast-istražni postupak". Sarajevo: Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, Javna ustanova centar za edukaciju sudija i tužilaca FBiH i RS.
13. Zakon o Tužilaštvu BiH „Sl. Glasnik BiH“ br. 24/02, 42/03, 03/03, 37/03, 42/03, 09/04, 35/04, 61/04, 97/09.
14. ZKP BiH „Sl. Glasnik BiH“ br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09.

PLACE AND ROLE OF THE PROSECUTOR IN THE PRELIMINARY PROCEEDINGS ACCORDING TO THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

One of the most important novelties in the new Code of Criminal Procedure of Bosnia and Herzegovina is the prosecutor's role in the new system of criminal proceedings. This new role of prosecutor is in accordance with strongly emphasized accusatory criminal proceedings according to which the authority of the investigation procedure is given in full to the prosecutor, who is in position to transfer certain specific investigative actions to the authorized officials, who must act under his leadership and his supervision. Thus, the prosecutor is the subject who conducts, manages or oversees the investigation, as the original holder of investigative powers. Therefore, detection and prosecution of perpetrators of crimes within the jurisdiction of the court is a basic right and fundamental duty of the prosecutor. Prosecutor has the right and obligation to immediately, upon learning of the grounds for suspicion that a crime has been committed, to aim investigation in the direction that will enable him to raise the effective representation of the indictment at trial. Hence, by the new Law on Criminal Procedure of Bosnia and Herzegovina, the process of criminal investigation is the responsibility of the prosecutor, who in cooperation with police agencies and law enforcement agencies in Bosnia and Herzegovina, collect evidence on the committed crime, as well as undertakes any other activity within his competency.

Key words

the prosecutor, the basis of suspicion, the court, investigation, investigation procedures, authorized officials, the judge for preliminary procedure

NEOVISNOST SUDSTVA U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U STRASBOURGU

stručni članak

UDK: 347.962:341.231.14

mr. sc. Mirela Perić*

Sažetak

Predmet ovoga rada je pravo na neovisan i nepristran sud, ustanovljen zakonom, s obzirom na odredbu članka 6. (1) Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Koristeći se komparativnom metodom i metodom kompilacije, autorica nastoji ukazati na bitnost poštivanja ove odredbe u praksi. Ključni međunarodni standardi sudske neovisnosti prihvaćeni su i čine temelj pravosudnog sustava u Bosni i Hercegovini. Međutim, obveza države i različitih grana vlasti unutar iste, nije samo formalno-pravna uspostava sustava koji se temelji na međunarodno priznatim standardima, već i poštivanje, zaštita i usavršavanje uspostavljenog sustava i mehanizma zaštite neovisnosti sudstva, kao kamena temeljca demokratskog društva. Pravo na neovisan i nepristran sud ustanovljen zakonom, jedno je od temeljnih prava koje čini srž prava na pravično suđenje. Sud, koji pruža pravnu zaštitu, mora biti ustanovljen zakonom, neovisan, a sudac, kao nositelj sudske funkcije, mora biti neovisan i nepristran. Ovi zahtjevi su neodvojivo vezani pa ih Europski sud za ljudska prava najčešće razmatra zajedno. Tri karakteristike kumulirane u ovome elementu prava na pravično suđenje jesu: neovisnost suda, nepristranost sudaca i ustanovljenost zakonom.

Ključne riječi

Pravo na neovisan i nepristran sud, ustanovljen zakonom, neovisnost suda, nepristranost sudaca i ustanovljenost zakonom

* Pomoćnica ministra za pravne, opće i računovodstvene poslove u Ministarstvu obrazovanja, znanosti, kulture i športa Zapadnohercegovačkog kantona;
mirela.peric@tel.net.ba

1. Uvod

Jedno od posebnih prava kroz koje se ostvaruje europski standard prava na pravično suđenje propisano člankom 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda¹ (u daljem tekstu - EK), pravo je na neovisan i nepristran, zakonom ustanovljen sud. Pravo na neovisan i nepristran sud, ustanovljen zakonom, propisano je i brojnim drugim međunarodnim i nacionalnim aktima. Tako Univerzalna deklaracija o pravima čovjeka iz 1948.² utvrđuje da svatko ima pravo, u potpunoj jednakosti, na to da o njegovoj stvari pravično i javno raspravi neovisni i nepristrani sud koji će odlučiti, bilo o njegovim (građanskopravnim) pravima i obvezama, bilo o osnovanosti svake (kaznene) optužbe protiv njega (čl. 10). Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966.,³ ponavljajući to isto naglašava da sud, o kojemu je riječ, treba biti nadležan i osnovan zakonom (čl. 14.).

Pravo na neovisnog suca je (posredna) ustavnopravna konstanta većine suvremenih pravnih poredaka.⁴

Ključni međunarodni standardi neovisnosti sudstva prihvaćeni su i čine temelj pravosudnog sustava u Bosni i Hercegovini. Izravno primjenjiva pravila EK, kao sastavni dio Ustava Bosne i Hercegovine, počela su se primjenjivati u Bosni i Hercegovini samim stupanjem na snagu Ustava (15.12.1995.), a Bosna i Hercegovina je 24.4.2002. godine postala 44. članica Vijeća Europe i EK je ratificirala 30. srpnja 2002. godine.⁵

¹ Čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda propisuje da je svatko ovlašten na to da o njegovim pravima i obvezama ili kaznenoj optužbi protiv njega odlučuje, na temelju pravičnog i javnog suđenja koje će biti provedeno u razumnom roku, nezavisni i nepristrani sud, ustanovljen zakonom.

² Deklaraciju je proglasila Opća skupština Ujedinjenih naroda rezolucijom 217 A (III) od 10. prosinca 1948. godine.

³ Pakt je prihvaćen i otvoren za potpisivanje, ratificiranje i pristupanje rezolucijom Opće skupštine Ujedinjenih naroda broj 2200 A (XXI) od 16. prosinca 1966. godine.

⁴ Usp. npr. čl. 87. austrijskog ustava, čl. 64. francuskog, čl. 101. talijanskog, čl. 97. ustava SR Njemačke, čl. 3.1,5-7. ustava SAD. U Velikoj Britaniji nema ustavne norme koja bi ograničavala zakonodavstvo u odnosu na neovisnost sudaca. Ta se neovisnost štiti kombinacijom zakonskih normi, običaja i pravila parlamentarne procedure, javnim mišljenjem i tradicijom. Švicarski ustav također ne sadrži izričitu normu o sudskoj neovisnosti. Pravilo o tome izvodi se, međutim, iz ideje o pravnoj državi i služi kao instrument za ostvarivanje te države. Podatak objavljen u Dika, M. (1989) „Pravo na neovisnog suca“, Zbornik radova PFZ, 39 (5-6), (u daljem tekstu - Dika), str. 855.

⁵ Vidi: Miljko, Z. (2007) „Europska konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama i ustavni poredak Bosne i Hercegovine“, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, br. XX., str.104.

2. O pravu na neovisan i nepristran, zakonom ustanovljen sud općenito

Pravo na neovisan i nepristran sud, utemeljen na zakonu, samo je jedno od temeljnih ljudskih prava, ali s visokim položajem na ljestvici. Ovo pravo je apsolutno i ne trpi nikakve izuzetke.⁶

Sud, koji pruža pravnu zaštitu, mora biti ustanovljen zakonom, neovisan, a sudac, kao nositelj sudske funkcije, mora biti neovisan i nepristran. Pravo na neovisnog suca, promatrano kao pravni fenomen, predstavlja javnopravno ovlaštenje svake osobe da mu u konkretnom postupku pravne zaštite sudac koji odlučuje sudi po zakonu i svojoj savjesti.⁷ Svaka odluka mora biti donesena od strane neovisnog i nepristranog suda, uspostavljenog u skladu sa zakonom. Ovi zahtjevi su neodvojivo vezani pa ih Europski sud za ljudska prava u Strasbourg (u daljnjem tekstu – Sud) najčešće razmatra zajedno. Jedan od najvažnijih uvjeta pravičnog postupka je pravo na neovisnog suca, tj. na "zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud". Tri karakteristike kumulirane u ovome elementu prava na pravično suđenje jesu:

1. neovisnost suda,
2. nepristranost sudaca i
3. ustanovljenost zakonom.

Od ove tri karakteristike, prva i treća imaju objektivni, a druga subjektivni karakter.⁸

Nužno je reći da se pojam "sud" shvaća u materijalnom smislu, tako da oznaka nekog tijela prema unutrašnjem pravu nema značenja. Tako se u engleskom tekstu umjesto pojma *court* rabi pojam *tribunal*, koji ima šire značenje. Za ocjenu je odlučno ispunjava li tijelo, koje odlučuje u postupku, zahtjeve navedene člankom 6. EK. Pored navedenih izričitih zahtjeva iz članka 6. EK, kroz praksu

⁶ Gonzales del Rio protiv Perua, (263/1987), 28. listopada 1992, Izvješće Komiteta za ljudska prava, II. Tom, (A/48/40), 1993., str. 20. podatak objavljen u Knežević, S. (2004) „Pravo na pravično suđenje“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu XLIV/2004, str. 213.

⁷ Vidi: Stanković, G. (2006) „Pravo na neovisnog i nepristranog suca“, Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu, II. izdanje, Istočno Sarajevo, (u daljem tekstu – Stanković), str. 81.

⁸ Vidi: Van Dijk, P.-Van Hoof, G.J.H. u suradnji s Hering, A.W.-Schokkenbroek, J.G.C.-Vermuelen, B.P.-Viering, M.L.V.M.-Zwaak, L.F. (2000) Teorija i praksa Europske konvencije o ljudskim pravima, Sarajevo (u daljem tekstu - Van Dijk), str. 335.

konvencijskih tijela utvrđeni su i zahtjevi da se u pravilu mora raditi o sudu koji je, osim odlučivanja o pravnim pitanjima, ovlašten samostalno utvrđivati činjenice, a njegove odluke moraju biti obvezatne, te mora imati punu jurisdikciju, dakle, mora imati jurisdikciju ispitati meritum stvari.⁹ Tijekom svoga rada, Odbor ministara Vijeća Europe je usvojio više preporuka koje se tiču sudstva od kojih su najvažnije: Preporuka broj R (94) 12 o neovisnosti, učinkovitosti i ulozi sudaca, Preporuka broj R (81) 7 o mjerama radi lakšeg pristupa sudstvu, Preporuka broj R (84) 5 o načelima građanskog postupka s ciljem poboljšanja efikasnosti sudova, Preporuka broj R (95) 5 o uvođenju i poboljšanju djelovanja prizivnog sustava i postupaka u građanskim i trgovačkim stvarima, Preporuka broj R (86) 12 o mjerama radi sprječavanja i smanjenja opterećenosti sudova, Preporuka broj R (87) 18 o pojednostavljenju sustava kaznenog prava; Preporuka broj R (95) 12 o upravljanju sustavom kaznenog prava. Ovi dokumenti, kojima svakako treba dodati i Europsku povelju o zakonima za suce, temeljni su dokumenti koji određuju i, uvjetno rečeno, kodificiraju standarde u pitanjima koja se tiču neovisnosti, nepristranosti i efikasnosti sudstva.¹⁰

Važeći zakoni o kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini, već u općim odredbama, naglašavaju da kaznenu sankciju može izreći samo nadležni sud u postupku koji je pokrenut i proveden po zakonu. Prema praksi Suda, to ne mora biti sud klasične vrste – integriran u standardni sudski mehanizam zemlje. Suštinski je bitno postojanje nadležnosti u odlučivanju na temelju zakonskih propisa, sukladno postupku provedenom na propisan način i o ovlasti da zanemari odluke nižih tijela o pitanjima zakona i činjenica. Bitno je da odluku suda neko nesudsko tijelo ne može lišiti njenog djelovanja, na štetu neke od stranaka.¹¹

I pored toga što predstavlja univerzalno instrumentalno ljudsko pravo, pravo na neovisnog suca se normira i realno se ostvaruje na različit način u pojedinim pravnim sustavima. To je razlog što se u prošlom stoljeću javila potreba transnacionalnog utvrđivanja standarda sudske neovisnosti i što se i kroz praksu Suda, kroz odluke koje se tiču prava na neovisnog suca, ovaj standard i element prava na pravično suđenje praktično ostvaruje.¹²

⁹ Vidi: Vincek, D. (2004) „*Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda – II. Dio*“, Međunarodno pravo, Informator br. 5005. od 24.5.2004. godine [u daljem tekstu - Vincek, (II. Dio)], str. 11. i 12.

¹⁰ Tako i opširnije o tome vidi u: Sessa, Đ. (2001) „*Dostignuća Vijeća Europe u neovisnosti sudstva*“, Hrvatska pravna revija, god. I., broj: 3., str. 119.

¹¹ Vidi: Mole, N.-Harby, C. (2005) Pravo na pravično suđenje, Sarajevo (u daljem tekstu - *Mole*), str. 61.

¹² Vidi: Stanković, o.c., str. 87.

2.1. Neovisnost

Pojam neovisnosti se odnosi na vezu između suca i tijela vlasti, medija,

¹³ *Vidi: Vincek (II. dio), o.c., str. 11.*

¹⁴ *Vidi: Dika, o.c., str. 857.*

utjecajima motiva koji navode da je bilo pokušaja u smislu uticanja na konačni ishod postupka.²⁴

Može se zaključiti da sud mora funkcionirati, neovisno od izvršne i zakonodavne vlasti, svoje odluke temeljiti na svom vlastitom slobodnom mišljenju i činjenicama, i to na pravnim osnovama. Također, moraju postojati jamstva da sudovi funkcioniraju neovisno. Za ovaj uvjet nije nužno imenovanje sudaca doživotno, pod uvjetom da ih vlasti ne mogu otpuštati svojevrijedno ili na neprimjerenj osnovi. Mora se izbjeći čak i nešto što izgleda kao ovisnost.

2.2. Nepristranost

Nepristranost mora postojati u odnosu prema stranama u sporu. Nepristranost se odnosi na stanje uma suca u konkretnom predmetu i u odnosu na stranke u postupku.²⁵ Za nepristranost suda konstitutivna je odsutnost nelegitimne sklonosti (ili nenaklonosti) suda jednoj od stranaka pri donošenju meritorne odluke. Sudac ne smije biti podložan nelegitimnim pritiscima medija i opće javnosti. Ukratko, on svoju odluku mora utemeljiti isključivo na onome što je prezentirano na glavnoj raspravi. Budući da je pristranost subjektivna kategorija, utvrditi ju je iznimno teško pa se ovdje Sud ravna prema vanjskim simptomima: prema ponašanju suca na raspravi ili prema sadržaju presude (posebno prema njenom obrazloženju).²⁶ Premda suci, naravno, imaju političkih sklonosti i priklanjaju se specifičnoj životnoj filozofiji, i premda je, naravno, sasvim u redu da različite političke struje i životne filozofije također budu "predstavljene" u sud-

¹⁸ O kriterijima supstancijalne i osobne neovisnosti sudaca vidi više kod Krapac, D. (1992) „Pojam neovisnosti sudstva u judikaturi Europskog suda za ljudska prava Vijeća Europe“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 42., broj: 4. (u daljem tekstu - Krapac), str. 550.

¹⁹ Presuda od 28. lipnja 1984., Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva, stav 78., podatak objavljen u Murtezić, o.c., str. 3.

²⁰ Presuda od 16. srpnja 1971., Ringeisen protiv Austrije, stav 95, podatak objavljen u Mole, o.c., str. 63.

²¹ Presuda od 23. lipnja 1981., Le Compte protiv Belgije, stav 57., podatak objavljen u Murtezić, o.c., str. 3.

²² Presuda od 22. listopada 1984., Sramek protiv Austrije, A.84, str. 17., podatak objavljen u Uzelac, A. (1998) „Hrvatsko procesno pravo i jamstvo pravičnog postupka iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda“, ZBO RI, Vol. 19, supplement, (u daljem tekstu - Uzelac), str. 1022. i u Vincek, D. (2004) „Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda - I. dio“, Međunarodno pravo, Informator br. 5004. od 17.5.2004. godine, str. 12.

²³ Presuda od 28. lipnja 1984., Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva, stav 79., podatak objavljen u Murtezić, o.c., str. 3.

stvu, za osobu o čijim se pravima i slobodama sudi, ne smije biti bitno različito sudi li u njenom slučaju sudac ovih ili onih sklonosti.²⁷

²⁴ Presuda *Zand protiv Austrije*, 15 D&R. (1979.) 70, str. 70., podatak objavljen u Mole, o.c., str. 63.

2.4. Sud ustanovljen zakonom

Organizacija sudstva mora biti regulirana zakonom. Zbog socijalne važnosti pravosuđa u modernom društvu, potrebno je da se ustroj, organizacija i djelovanje sudova propisuje na razini zakonodavne vlasti, a ne od strane drugih grana vlasti, posebno izvršne vlasti.³⁵ U praksi Suda nailazi se na presude u kojima se navodi da tribunal iz članka 6. EK "ne mora biti sud klasične vrste, integriran unutar standardnog ustroja državnih sudova." Tako se kao 'tribunal' mogu kvalificirati, ne samo redovni sudovi, već sva pravosudna i parapravosudna neovisna i nepristrana tijela koja sude o individualnim pravima, uz primjenu odgovarajućih jamstava poštenog postupka. Neovisnim i nepristranim tijelima mogu se smatrati i arbitražni (izabrani) sudovi, premda nisu osnovani na zakonu, već na privatnom sporazumu stranaka.³⁶ Dijelovi sudske organizacije, npr. institucije specifičnih sudskih tijela, mogu biti prepuštene zakonski izvršnoj vlasti putem delegiranja nadležnosti, pod uvjetom da se ugrade dovoljna jamstva kako bi se spriječila proizvoljnost. Nijedno pravo o kome se presuđuje na redovnom sudu ne može se isključiti iz ove odredbe, pod uvjetom da postoji i pravna osnova za specijalni sud. U vezi sa zahtjevom da sud bude ustanovljen zakonom, Komisija za ljudska prava je u predmetu Zand protiv Austrije zaključila da "cilj i svrha odredbe u članku 6. (1) EK kojom se zahtijeva da sudovi budu uspostavljeni zakonom je da organizacija sudstva u demokratskom društvu ne smije ovisiti o diskreciji izvršne vlasti, nego mora biti regulirana zakonom koji dolazi iz parlamenta. Međutim, to ne znači da je delegirana legislativa kao takva neprihvatljiva u pitanjima koji se odnose na sudsku organizaciju. Članak 6. (1) EK ne zahtijeva od zakonodavca da regulira baš svaki detalj u ovom području putem zakona, ukoliko zakonodavac uspostavi barem organizacijski okvir organizacije sudstva."³⁷

Zahtjevom da sud mora biti ustanovljen zakonom, željelo se izbjeći da izvršna vlast samovoljno osniva sudove za iznimne slučajeve jer se smatra da organizacija sudstva u demokratskom društvu mora biti regulirana propisima koje donosi zakonodavno tijelo. Ipak, članak 6. (1) EK ne zabranjuje osnivanje posebnih sudova i od strane izvršnih tijela, ako za to postoji osnova u zakonu i ako su

pred takvim sudom osigurane nužne procesne garancije.³⁸

3. Zaključak

usp. - usporedi.

Uzelac - Uzelac, A. (1998) „*Hrvatsko procesno pravo i jamstvo pravičnog postupka iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*“, ZBO RI, Vol. 19, supplement.

Van Dijk - Van Dijk, P.–Van Hoof, G.J.H. u suradnji s Hering, A.W.-Schokkenbroek, J.G.C.-Vermuelen, B.P.-Viering, M.L.V.M.-Zwaak, L.F. (2000) *Teorija i praksa Europske konvencije o ljudskim pravima*, Sarajevo.

Vincek (II. dio) - Vincek, D. (2004) „*Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda – II. Dio*“, *Međunarodno pravo*, Informator br. 5005. od 24.5.2004. godine.

Literatura

1. Dika, M. (1989) "Pravo na neovisnog suca", Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 39., broj 5-6, Zagreb, str. 855.-878.
2. Dika, M. (1990) "Pravo na neovisnog suca", *Odvjetnik*, 5-6/1990, str.19.-42.
3. Dika, M. (1992) "O razvitku instituta sudske (sudačke) neovisnosti u zapadnoevropskom civilizacijskom krugu", Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 42., br. 4, Zagreb, str. 511.-533.
4. Dika, M. (1994) "*Organizacijska samostalnost i funkcionalna neovisnost sudbene vlasti u Republici Hrvatskoj*", *Privreda i pravo*, vol.33, broj 1-2, Zagreb, str. 19.-46.
5. Grdinić, E. (2005) "Pravo na pošteno suđenje u postupcima građansko-pravne prirode zajamčeno člankom 6. st.1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda", *Hrvatska pravna revija*, god. V., broj 9. Zagreb, rujan 2005., str. 7.-16.
6. Gomien, D. (2007) *Europska konvencija o ljudskim pravima*, Zadar.
7. Knežević, S. (2004) "Pravo na pravično suđenje", Zbornik radova pravnog fakulteta u Nišu XLIV/2004, str. 213.
8. Krapac, D. (1997) "*Neovisnost sudaca kao postulat pravne države: njemačka iskustva, hrvatski problemi*", *Politička misao*, 34:1/1997, str. 63.-111.

9. Krapac, D. (1992) "*Pojam neovisnosti sudstva u judikaturi Suda za ljudska prava Vijeća Europe: pravno-povijesni korijeni, suvremena shvaćanja*",

M. Perić: Neovisnost sudstva u praksi Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu
Pravna misao (Sarajevo), broj 3 - 4 / 2011, str. 106 - 120

INDEPENDENCE OF JUDICIARY IN THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN STRASBOURG

Summary

This paper deals with the right to an independent and impartial court established by the law with regard to the provisions of Article 6 (1) of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. Using the comparative method and the method of compilation the author tries to emphasize the importance of compliance with these provisions in practice. Key international standards of judicial independence were accepted and are the foundation of the judicial system in Bosnia and Hercegovina. However, the obligation of government and different areas of the same government is not only the formal establishment of a legal system based on the internationally recognized standards but also the respect, protection and improvement of the system established and the mechanism of the protection of judicial independence, as a cornerstone of a democratic society. The right to an independent and impartial court established by the law is a fundamental right which is at the core of the right to a fair trial. Court, that provides legal protection, must be established by the law and independent, and judge, as a holder of the judicial function, must be independent and impartial. These requirements are inextricably linked, and are often considered by the Court jointly. Three characteristics cumulated in this element of the right to a fair trial are: independence of the court, impartiality of judges and their establishment upon the law.

Key words

right to an independent and impartial court established by the law, the court's independence, impartiality of judges, and the establishment by the law

PRIKAZ AKTIVNOSTI FORUMA ZA GRAĐANSKO PRAVO ZA JUGOISTOČNU EVROPU

prikaz

Prof.dr Branko Morait*

Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu objavio je tri knjige koje sadrže izbor radova i analiza pripremljenih i prezentiranih na Prvoj regionalnoj konferenciji, Cavtat 2010. godine.

Kao što je u uvodu Knjige I istakao gospodin Meke Falke, direktor sektora "Otvoreni regionalni fond za jugoistočnu Evropu - Pravna reforma" Njemačke organizacije za tehničku saradnju (GTZ), Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu nastao je uz podršku navedenog fonda u okrilju GTZ-a.

Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu čine istaknuti stručnjaci za oblast građanskog i trgovinskog prava koje su predložile pravne i visokoškolske ustanove država jugoistočne Evrope. Forum je nastao aprila 2009. godine i čine ga slijedeći članovi: gđa Nada Dollani (Tirana), g. Gale Galev (Skoplje), g. Arsen Janevski (Skoplje), gđa. Tatjana Josipović (Zagreb), g. Branko Morait (Banja Luka), g. Ardian Nuni (Tirana), g. Miodrag V. Orlić (Beograd), g. Slobodan Perović (Beograd), gđa. Meliha Povlakić (Sarajevo), g. Zoran Rašović (Podgorica), g. Petar Simonetti (Rijeka) i g. Mihailo Velimirović (Podgorica), zajedno sa g. Ulrichom Drobningom i gđa. Christe Jessel-Holst sa Max-Planck Instituta za uporedno i međunarodno privatno pravo iz Hamburga u Njemačkoj.

Cilj Foruma za građansko pravo za jugoistočnu Evropu jeste izrada prijedloga i mišljenja za reformu i harmonizaciju nacionalnih zakonodavstava zemalja Regiona u oblasti građanskog i trgovačkog prava i praćenje reformi u istim državama sa akademskog i stručnog gledišta. Želja je Foruma da se parlamenti i ministarstva zemalja učesnica, koja rade na zakonodavnim reformama građanskog i trgovačkog prava, upoznaju sa radovima i pravnim analizama najvišeg kvaliteta koje se oslanjaju na evropsku pravnu baštinu kao i nacionalno pravno naslijeđe i aktuelne reformske procese u susjednim državama. U sklopu ciljeva Foruma je i povezivanje pravnih stručnjaka, naučnika, praktičara i mladih pravnika, koji su zajedno radili na analizama regionalnog pravnog okvira.

* Sudija Suda Bosne i Hercegovine;
Branko.Morait@sudbih.gov.ba

Osnovne teme Zbornika radova su:

KNJIGA I

- 1) Meta-pravni uticaji na pravne sisteme
- 2) Novine u razvoju obligacionog prava
- 3) Novine u razvoju u oblasti svojine na zemljištu i građevinskom zemljištu

KNJIGA II

- 4) Prava obezbjeđenja na pokretnim stvarima
- 5) Prava obezbjeđenja na nepokretnim stvarima

KNJIGA III

- 6) Moderne vrste ugovora
- 7) Potrošačko ugovorno pravo EU

Tekstove u prvoj knjizi otvara svojim uvodnim referatom profesor Slobodan Perović, osnivač Kopaoničke škole prirodnog prava i Predsjednik saveza udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske, svojim radom pod naslovom "Izvanpravni činiooci i pravni poredak univerzalne vrednosti i kulturni identitet". Fokus rada je u pozicioniranju pozitivnog prava u odnosu na njegov vječni i bolji uzor i korektiv, prirodno pravo, odnosno, načela racionalnog prirodnog prava. Prema zaključcima rada, ukoliko su rješenja pozitivnog prava u saglasju ili u podnošljivom raskoraku sa načelima racionalnog prirodnog prava, sud primjenjuje zakon, tj. pozitivno pravo, ali, ako su u apsolutnoj protivurječnosti, sud, putem interpretacije, primjenjuje razumno rješenje primjereno notornim načelima prava i pravde koje je u skladu sa prihvaćenim standardima međunarodne zajednice.

Doc.dr Tomaž Keresteš (Maribor) prezentira rad "Ekonomska analiza transfera nasljedne materije sa sudova na notare u Republici Sloveniji". U ovom tekstu se analizira koliko će nova zakonska rješenja izazvati posljedica na javne finansije i prihode odnosno rashode privatnih lica.

Prof.dr Ralf Knieper izlaže "Ekonomske teorije o pravu u tržišnim odnosima", a prof.dr Mišel Šmigelan "Interdisciplinarni pristup upoređivanju kvaliteta precedentnog prava i građanskog prava." Ovaj rad je zanimljiv s aspekta primjene jedne mješovite normativno-pravne metode koja naše područje pretvara u poligon sučeljavanja, upoređivanja i približavanja dva sazevežđa građanskog prava; precedentnog i zakonskog prava čime se stvara jedan, do sada nepoznati amalgam čije rađanje i funkcionisanje nailazi i na pristalice kao i na kritičare u redovima pravnika iz Regiona.

Drugi dio Knjige I obuhvata radove o novinama u razvoju obligacionog prava.

Prof.dr Tatjana Josipović izlaže "Izazove harmonizacije građanskog prava putem direktiva", kojim metodom se nacionalni pravni sistemi država jugoistočne Evrope približavaju pravu Evropske Unije. Autorica rad zaključuje dilemom: da li prilikom implementacije direktiva zadržati "tradicionalni" metod uređivanja građanskopravnih odnosa koji počiva na apstraktnoj normi i u kojem se izuzetci od ovog metoda svode na najmanju moguću mjeru.

Prof.dr Branko Morait analizira "Povrede ličnih prava kao uslov odgovornosti na naknadu nematerijalne štete" i problematizuje prodor tzv. objektivne koncepcije nematerijalne/neimovinske štete koja je zahvatila Region, po kojoj je za uspostavljanje obligacionog odnosa na naknadu nematerijalne štete dovoljna već sama povreda ličnog dobra/ ličnog prava, te se napušta, kao tradicionalni uslov odgovornosti, nastupanje posljedice (nastupanje fizičkih ili psihičkih bolova/patnji i straha određenog intenziteta i trajanja).

Prof.dr Ardian Nuni i Evgjem Bashari prezentiraju rad "Deliktna odgovornost i direktive Evropske zajednice."

Prof.dr Miodrag V. Orlić prilaže rad "Subjektivna deliktna odogovornost u srpskom pravu (razvoj i perspektive)." U tekstu se ističe značaj Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima profesora Mihaila Konstantinovića za razvoj srpskog građanskog prava, kao i uočene promjene u sistemu deliktne odgovornosti, ponajviše prisutne u institutima: osnova odgovornosti, potpunoj naknadi štete, pojmu krivice i povratku na metod utvrđivanja krivice prosuđivanjem krivice "in abstracto".

Prof. dr Slobodan Perović, sada, posebno, u sklopu radova o razvoju obligacionog prava, izlaže "Objektivnu odgovornost za prouzrokovanu štetu".

Treći dio Knjige I Zbornika sadrži radove o "Novinama u razvoju u oblasti svojine na zemljištu i građevinsko zemljište".

Prvi rad u ovoj okvirnoj temi je tekst prof.dr Ilije Babića "Pravo svojine na izgrađenom građevinskom zemljištu", kojim se reafirmiše princip *superficies solo cedit*.

Dr Nada Dollani (Tirana) izlaže rad pod naslovom: "Regulisanje svojine nad zemljištem prema Albanskom zakonodavstvu".

Borislav P. Rašović (advokat iz Podgorice) prezentira rad "Pravni režim izgrađenog građevinskog zemljišta u Crnoj Gori".

Prof.dr Petar Simonetti izlaže obiman prilog pod naslovom "Uspostavljanje prava vlasništva na izgrađenom građevinskom zemljištu u društvenom/državnom vlasništvu u Republici Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini".

Prof.dr Rodna Živkowska i mr Tina Pržeska prezentiraju rad pod naslovom
"Uspostavljanje prava vlasništva i pravo dugoročnog zakupa izgrađenog građe-

PROVEDBA ARHUŠKE KONVENCIJE U ZEMLJAMA JADRANA

Hrvatska, juni 2010. godine – juni 2011. godine

izvještaj

Sanja Kavaz Hukić, dipl. iur.*

Ludwig Kramer¹ je u svom izlaganju rekao: "Ako se borimo možemo izgubiti, ali ako se ne borimo, već smo izgubili", pri tome misleći na pasivnost i skepticizam koji se često vežu za okolišno pravo, i nastojeći ukazati na činjenicu da, ukoliko dovoljno ljudi vjeruje u nešto i djeluje u skladu sa svojim uvjerenjem, možda neće uvijek riješiti svaki problem i pobijediti, ali će možda postići nešto značajno. U Bosni i Hercegovini, kao i u državama regije, potrebno je da se promijeni društvena svijest o važnosti ekologije, da se uz jačanje svijesti i odgovornosti prema okolišu, uskladi i nacionalna legislativa sa legislativom Europske unije (dalje: EU), te da se na taj način, kroz dostizanje EU standarda u ovoj oblasti, dostigne i ekonomska i socijalna stabilnost, kao i bolji kvalitet života građana.

S tim u vezi, u pripremi organizacija civilnog društva GONG-a i Zelene Istre iz Hrvatske, te njihovih partnera,² održan je edukativni program regionalnog karaktera pod nazivom "Provedba Arhuške konvencije u zemljama Jadrana".

Program se sastoji od tri trodnevna seminara u Istri u Hrvatskoj i završne konferencije u Zagrebu, i traje 12 mjeseci. Na međunarodnom pozivu za prijavu,

* sanja_kavaz@bih.net.ba

¹ Ludwig Kramer, doktor pravnih nauka, objavio oko 20-ak knjiga i više od 200 članaka o okolišnom pravu EU. U svojoj bogatoj karijeri radio na vodećim pozicijama u institucijama EU na pitanjima zaštite okoliša, a danas je suosnivač i partner "Derecho y Medio Ambiente" ("Pravo i Okoliš"), konsultantske firme iz Madrida.

² Belgija – Europski ured za okoliš iz Bruxellesa, Bosna i Hercegovina – Centar za menadžment, razvoj i planiranje – MDP Inicijative iz Doboja, Crna Gora – MANS (Mreža za afirmaciju nevladinog sektora) iz Podgorice, i Italija – AdriaticGreenNet iz Udina.

raspisanom u maju 2010. godine, odabrano je 27 sudionika – sudaca, odvjetnika i novinara koji imaju razvijen interes za pitanja zaštite okoliša i koji će stečeno znanje moći adekvatno primjeniti u svom stručnom radu. Na seminarima je u fokusu bila Arhuška konvencija,³ dokument koji predstavlja međunarodni pravni okvir u području zaštite okoliša, kojim se promiče pravo javnosti na pristup informacijama, pravo na sudjelovanje u odlučivanju i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša. Konvencija predstavlja sponu između odgovornosti tijela javne vlasti i zaštite životne sredine, obzirom da se njome ohrabruje javnost da, u skladu s postojećom legislativom, izazove lokalne vlasti pri donošenju odluka koje se odnose na okoliš, odnosno odluka čije bi donošenje moglo izravno ili neizravno uticati na njihovu životnu sredinu. Upravo se na seminarima ukazivalo na demokratsku suradnju javnosti s tijelima državne vlasti, i na trasiranje puta ka novom postupku sudjelovanja javnosti u dogovaranju i provedbi međunarodnih sporazuma.

Prvi seminar održan je u Vrsaru, jednom od najromantičnijih gradića zapadne obale Istre, od 17. do 19. septembra 2010. godine i bio je usmjeren na prva dva stupa Arhuške konvencije: pravo na pristup informacijama i sudjelovanje javnosti u odlučivanju. Na čelu sa Jeremy Watesom, sekretarom Arhuške konvencije pri Ekonomskoj komisiji Ujedinjenih naroda za Europu, seminar se bavio teorijskim okvirom i perspektivama Konvencije, uključujući i najbolju praksu EU. Kroz niz predavanja vrhunskih nacionalnih i europskih stručnjaka, svi sudionici seminara su u interaktivnoj raspravi imali priliku i da podijele svoja iskustva, teorijska i praktična znanja, kao i svoja mišljenja i perspektive u pitanjima zaštite okoliša na lokalnom i regionalnom nivou. Predavači i stručnjaci u području prava okoliša iz zemalja regije, Đorđe Stefanović, Lana Ofak i Maja Kostić Mandić, su sudionicima omogućili uvid u ekološka zakonodavstva zemalja regiona (Bosne i Hercegovine, Hrvatske i Crne Gore), njihova stanja i perspektive, te dali i prikaze sudske prakse i procesa provedbe odredaba Arhuške konvencije u nacionalnim zakonodavstvima. Pored njih, renomirani europski poznavaoци okolišnog prava Jeremy Wates, Ludwig Kramer i Mara Silina su u svojim izlaganjima, kroz upoznavanje s Konvencijom, njenim sadržajem, strukturom, evolucijom i političkim značajem, pregledom njene primjene u praksi, pripremili sudionike za naredni seminar i tako u svima probudili ideje i želje za njihovim

³ Usvojena na četvrtoj ministarskoj konferenciji "Životna sredina za Europu" u gradu Aarhusu, u Danskoj, od 23. do 25. juna 1998. godine. Stupila je na snagu 30. oktobra 2001. godine i ratificirana je do danas u 44 zemlje, uključujući i Bosnu i Hercegovinu, koja ju je ratificirala 2008. godine.

podizanjem na viši nivo, dajući im dovoljno vremena za njihovo sazrijevanje i razvoj.

Drugi seminar je održan u Rovinju, biseru istarskog poluotoka, od 04. do 07. novembra 2010. godine, i u cijelosti je bio posvećen trećem stupu Arhuške konvencije koji se bavi pristupom pravosuđu, kao glavnim problemom u zemljama iz kojih sudionici seminara dolaze. Pravo na pristup pravosuđu, odnosno na zakonom utvrđen brz, transparentan, učinkovit i pravičan postupak, od presudne je važnosti u primjeni okolišnih zakona, i sve države potpisnice Konvencije su dužne uspostaviti odgovarajuće mehanizme za uklanjanje i smanjivanje prepreka pristupu pravosuđu. Na to, kao i na najznačajniju sudsku praksu u području prava okoliša, ukazali su predavači sa Europskog suda za ljudska prava (European Court of Human Rights, dalje: ECHR) i Europskog suda pravde (European Court of Justice, dalje: ECJ) Christoph Sobotta i Yves Winisdoerffer, kao i eksperti za pitanja zaštite okoliša i ugledni stručnjaci iz područja europskog prava Csaba Kiss, Jan Passer i Peggy Lerman. Oni su govorili o ulozi sudova u primjeni zakona o zaštiti okoliša, načinu na koji je pristup pravosuđu omogućen u državama članicama EU, kao i značajnijim slučajevima i primjerima iz sudske prakse. Pored njih, suci Ljerka Morović Pavić, Ljubinka Popović Kustudić i Marin Zadrić su govorili o aktualnoj situaciji u ovoj oblasti u Hrvatskoj, Crnoj Gori i Bosni i Hercegovini. Seminar u Rovinju je svim sudionicima omogućio da steknu širu sliku o pravu EU, kao "novom pravnom poretku", i načinu rada i metodama ECHR-a i ECJ-a, uključujući procese donošenja odluka i njihov značaj za EU i nacionalna prava. Završetak drugog seminara bio je u znaku formiranja timova koji će učestvovati u simulacijama suđenja pred navedenim sudovima, upoznavanju sa hipotetičkim slučajem i organizaciji rada sa *moot court* trenerima, Lovelom Petrovićem (ECHR) i Mislavom Mataijom (ECJ).

Treći, završni seminar, održan je u Opatiji, turističkoj meki istarske rivijere, od 24. do 27. februara 2011. godine i predstavlja grand finale projekta "Provedba Arhuške konvencije u zemljama Jadrana". Nakon tromjesečne pripreme oponentskih timova (tužitelja i tuženika), ali i novinara koji su radili na pripremi medijskog praćenja simuliranih suđenja, edukacija je dobila novu dimenziju i postala vježba za nadolazeće stvarne slučajeve u praksi.

U hipotetičkom predmetu "More, sol i kamen" (dalje: MSK) protiv Ministarstva zaštite okoliša i prirodnih izvora Republike Mediteranije, građani Korkire, jednog od najljepših gradova Republike Mediteranije, odlučili su tužiti svoju državu, koja je, izdavanjem potrebnih dozvola omogućila izgradnju i rad hemijskog postrojenja za proizvodnju umjetnih gnojiva tvrtke "Multikem d.d."

Zabrinuti zbog primjene novih tehnologija u vidu *multiblock* filtera i uvjereni da je došlo do onečišćenja vode i tla, udruga MSK je preko svojih predstavnika pokušala dobiti više informacija o predloženom projektu i usprotiviti mu se, ali, nakon neuspjelih pokušaja da iz službenih izvora pokušaju doznati više, pokreću postupak pred Upravnim sudom.

U prvom postupku Upravni sud odbacuje zahtjev podnositelja, zbog nedostatka pravnog interesa te, nakon što i Ustavni sud odbije njihov zahtjev, podnositelji idu sa zahtjevom prema Europskom sudu za ljudska prava u Strasbourgu (ECHR). U drugom postupku se podnositelji pozivaju na Arhušku konvenciju i propise EU, te suočen sa tim argumentima, Upravni sud prekida postupak i podnosi zahtjev za donošenje odluke o prethodnim pitanjima Europskom sudu pravde u Luxembourg (ECJ).

Tokom tromjesečne pripreme, razumijevanja uloge sudova u pravnom poretku EU, obaveza nacionalnih sudova u slučaju nesklada normi nacionalnog i normi europskog prava, pronalazaka i izučavanja presuda i mišljenja generalnih advokata, konsultovanja mnogih konvencija i direktiva iz oblasti okolišnog prava i, naposljetku, pisanja podnesaka, timovi su bili spremni da se sučele pred sudskim vijećem koje je bilo u sastavu: Bojan Lalić (Ministarstvo zaštite okoliša, prostornog uređenja i graditeljstva), Tamara Čapeta (Katedra za europsko pravo, Pravni fakultet u Zagrebu) i Zvonimir Mataga (Europski sud za ljudska prava). Novinari, sudionici edukacije, prezentacijom svojih pisanih materijala, novinskih članaka i televizijskih priloga, napravili su izvrstan uvod u suđenja i time doprinijeli dinamici postupaka i samoj realnosti "izmišljenog slučaja". Nakon srčane borbe, borbe argumentima, znanjem, ali i pokojom kreativnom dosjetkom, na oba suđenja su pobijedili država i njeni predstavnici, ali ni tužitelji nisu mogli biti nezadovoljni, obzirom da su presude stavljene u drugi plan, iza svog stečenog znanja, uloženog truda, utrošene energije, dobijenih ideja, i zadovoljstva učinjenim i postignutim.

Nastojanja organizatora da kontinuiranom i interaktivnom edukacijom učesnike upozna sa Arhuškom konvencijom, zainteresira ih za njenu primjenu u praksi i općenito podignu svijest, znanje, ali i odgovornost prema okolišu, u potpunosti su ispunjena. Ovim projektom dat je izuzetan doprinos regionalnoj suradnji, date su ideje za zajedničko djelovanje i smjernice - kako primijeniti međunarodne propise u okviru ekoloških politika i time olakšati ulazak Bosne i Hercegovine, a i zemalja regije u EU.

Bosna i Hercegovina je jedina zemlja u regiji u kojoj, na žalost, još ne postoji Zakon o okolišu i životnoj sredini, ali su Zakon o slobodi pristupa

informacijama⁴ i Zakon o udruženjima i fondacijama⁵ od osobitog značaja u pitanjima okoliša, obzirom da utemeljuju pravo na pristup informacijama i pravo na osnivanje civilnih organizacija. Upravo pojedinci, skupa s civilnim organizacijama, moraju surađivati s institucijama javne vlasti jer su kao samostalni subjekti preslabi da bi se sistematično organizirali i participirali u donošenju odluka. Zato država i njene institucije moraju da se približe građanima, animiraju ih i na taj način uključe u procese odlučivanja o pitanjima okoliša. To i jeste cilj Arhuške konvencije, upravo da se institucije javne vlasti, pa i sam privatni sektor, otvore za javnost i učine dostupnim informacije koje se odnose na okoliš. Kako je Bosna i Hercegovina potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju u Luxembourgu postala kandidat za pristupanje članstvu EU, a okoliš je jedno od poglavlja pretpristupnih pregovora, treba zadovoljiti odredbe dokumenta *acquis communautaire* (Pravna stečevina EU) i otkloniti slabosti u primjeni pravne regulative i provođenja politike okoliša. S tim u vezi, potrebno je da sve buduće aktivnosti budu usmjerene ka jačanju pravne infrastrukture, koja omogućava razvoj društva u skladu sa načelima održivosti.

Dijalog je moguć ukoliko se nađu kvalitetne teme, a teme okoliša upravo treba da dobiju prioritet kod donosioca odluka i da se nađu u fokusu, kako sudova (bez obzira na opterećenost referade i složenost predmeta u radu), tako i prilikom odlučivanja na svim nivoima jer predstavljaju važan segment u dostizanju boljeg kvaliteta života građana, a samim time i EU standarda.

Završna međunarodna konferencija će biti održana u Zagrebu (Hrvatska), te će, osim sudionika, okupiti i predstavnike vlada, pravosuđa, organizacija civilnog društva, medija i istaknutih stručnjaka u pitanjima okoliša iz EU i zemalja regiona. Na konferenciji će biti prezentirana publikacija koja će objediniti sva izvješća i slučajeve obuhvaćene programom, kao i poseban priručnik za medije.

Na kraju se ne smije zaboraviti ni projektni tim⁶ koji je na zanimljiv način osmislio cijeli edukacijski program, njime potakao sudionike na razmišljanje i

⁴"Službeni glasnik BiH" br. 28/00, 45/06, 102/09.

⁵"Službeni glasnik BiH" br. 32/01, 42/03, 63/08.

⁶ Altran Corrado, Adriatic GreenNet (Italija); Ivanović Filip, Mreža za afirmaciju nevladinog sektora – MANS (Crna Gora); Jašić Suzana, Gong (Hrvatska); Mišić Snežana, Centar za menadžment, razvoj i planiranje – MDP Inicijative (Bosna i Hercegovina); Pereša Irena, Gong (Hrvatska); Radojčić Dušica, Zelena Istra/Green Istria (Hrvatska); Silina Mara, Europski ured za okoliš/European environmental bureau/Bureau Europeen de L'environnement (Belgija).

omogućio im da svoje znanje obogate novim spoznajama, ali i koji je, kroz neza-
boravne večeri i druženja, promotivne letke, multimedijske materijale i simbo-

NOTARI IZ BOSNE I HERCEGOVINE U MEĐUNARODNOJ UNIJI NOTARA

izvještaj

Đemaludin Mutapčić, dipl.iur.*

Notari iz Bosne i Hercegovine primljeni su u Međunarodnu uniju notara (UINL).

To je bez sumnje važan događaj u pravnoj historiji Bosne i Hercegovine.

Prijem u Međunarodnu uniju notara je višestruko značajan, kako za rad prvih notara u savremenoj Bosni i Hercegovini, tako i za Notarsku komoru Federacije Bosne i Hercegovine i Notarsku komoru Republike Srpske, putem kojih su oni primljeni u UINL.

To je višestruko značajno i za Bosnu i Hercegovinu u cjelini. Ovaj događaj krči put Bosni i Hercegovini i za prijem u Evropsku uniju.

Povodom prijema u Međunarodnu uniju notara, u Banjoj Luci je 9.3.2011. godine održana svečana Akademija, kojoj je prisustvovao Dr Jean-Paul Decorps, predsjednik Međunarodne unije notara.

* Notarski ured Mutapčić, Sarajevo;
notar@notar-mutapcic.com

SUDSKA PRAKSA USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

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

Pravo na donošenje odluke u razumnom roku

Činjenica da je u konkretnom slučaju postupak odlučivanja o apelantovoj tužbi u upravnom sporu trajao punih pet godina, iako se nije radilo o složenom postupku, dovoljna je Ustavnom sudu za zaključak da je povrijeđeno apelantovo pravo na donošenje odluke u razumnom roku iz člana II./3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

Iz obrazloženja:

Član 6. stav 1. Evropske konvencije garantuje svakome pravo da pred sud iznese bilo koji zahtjev koji se odnosi na njegova građanska prava i obaveze, kao i da ima "pravo na pravično suđenje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u vezi sa krivičnim postupkom" (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Golder protiv Velike Britanije*, presuda od 21. februara 1975. godine, serija A, broj 18, stav 36.).

Ustavni sud konstatuje da se u postupku koji je okončan osporenom presudom Vrhovnog suda Federacije BiH odlučivalo o tužbi radi sticanja prava na starosnu penziju, dakle o predmetu građanskopravne prirode iz čega proizilazi da je član 6. Evropske konvencije primjenljiv na apelantov slučaj.

U vezi s tim, Ustavni sud podsjeća da, shodno njegovoj praksi i praksi Evropskog suda, razumnost dužine postupka mora da se cijeni u svjetlu okolnosti predmeta i pozivom na sljedeće kriterijume: složenost predmeta, ponašanje podnosioca zahtjeva i nadležnih vlasti, kao i važnost onog što se za podnosioca zahtjeva dovodi u pitanje u sporu (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Zagorec protiv Hrvatske*, presuda od 6. oktobra 2005. godine, stav 26.).

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

U konkretnom slučaju se radi o postupku sticanja prava na penziju. U tom postupku se ne sprovodi poseban ispitni postupak niti u apelantovom slučaju postoje neke posebne okolnosti iz kojih bi moglo da se zaključi da se radi o posebno složenom predmetu.

S druge strane, nesporno je da je postupak odlučivanja o apelantovoj tužbi u upravnom sporu, koja je podnesena 18. januara 2002. godine, trajao preko pet godina. Nadalje, nesporno je da Zakonom o upravnim sporovima nije predviđen rok za rješavanje o tužbi u upravnom sporu, ali je, s obzirom na shodnu primjenu Zakona o parničnom postupku, sud odluku o apelantovom zahtjevu trebao da donese bez odugovlačenja (član 10. Zakona o parničnom postupku). Stoga, Ustavni sud zaključuje da je dužina predmetnog sudskog postupka *a priori* nerazumna i mogla bi da se opravda samo u izuzetnim okolnostima. U konkretnom slučaju Ustavni sud ne nalazi takve izuzetne okolnosti niti ih je Vrhovni sud predočio. Navodi Vrhovnog suda da apelantov predmet nije uzet u rad zbog velikog broja predmeta u Upravnom odjeljenju, shodno praksi Evropskog i Ustavnog suda, nisu valjano opravdanje za prekomjerno odugovlačenje postupka (vidi Evropski sud, *Probmeier protiv Njemačke*, presuda od 1. jula 1997. godine, stav 64., Izvještaji 1997-IV). Naime, vođenje postupka u okviru razumnog vremena je za cjelokupan pravni sistem od fundamentalne važnosti jer svako nepotrebno odugovlačenje često dovodi do, *de facto*, lišavanja pojedinca njegovih prava i gubitka efikasnosti i povjerenja u pravni sistem.

S obzirom na navedeno, Ustavni sud zaključuje da je u ovom slučaju Vrhovni sud, zbog nedonošenja odluke o apelantovoj tužbi u periodu od pet godina, povrijedio apelantovo pravo na donošenje odluke u razumnom roku kao segmentu prava na pravično suđenje iz člana II./3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 12/07 od 15. aprila 2009. godine)*

SUDSKA PRAKSA SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

Pripremila: **Vesna Trifunović***

Pravni značaj staža sa uvećanim trajanjem i posebnog staža policijskih službenika, ostvaren u periodu 1992.-1996. godine

Za razliku od posebnog staža stečenog u periodu 1992. – 1996. godine, zaposlenik se ne može naknadno odreći prava da se penzioni staž osiguranja računa sa uvećanim trajanjem za period u kome je bio raspoređen na radno mjesto za koje je ta beneficija utvrđena.

Iz obrazloženja

U periodu od 20.9.1991. do 30.6.1996. godine, tužitelj je ostvario radni staž kao pripadnik Ministarstva unutrašnjih poslova R BiH i kasnije MUP-a Republike Srpske, na radnom mjestu za koje se, prema pozitivnim propisima, staž osiguranja računa sa uvećanim trajanjem (za efektivnih 12 mjeseci rada, računa se 16 mjeseci staža osiguranja).

U navedenom periodu, nakon proglašavanja ratnog stanja i neposredne ratne opasnosti, tužitelju se staž osiguranja nije računao kao posebni staž, u dvostrukom trajanju, shodno članu 42. Zakona o PIO RS, nego beneficirani radni staž, sa uvećanim trajanjem kao pripadniku policijskog organa.

Stož sa uvećanim trajanjem u osporavanom periodu po stopi koja među strankama nije sporna, tužitelju pripada na osnovu radnog odnosa i odredbi člana 66. Zakona o unutrašnjim poslovima. Stoga je prvostepeni sud, suprotno navodima žalbe, donio pravilnu i na zakonu zasnovanu odluku.

Zaposlenik koji je raspoređen na radno mjesto sa uvećanim stažom osiguranja, ostvaruje to pravo dok je raspoređen na poslove i radne zadatke

* *Sudija Suda Bosne i Hercegovine*

kojima ta privilegija pripada. Dakle, staž osiguranja u uvećanom trajanju je, na zakonu zasnovano pravo, koje se utvrđuje i prestaje isključivo na propisan način i predstavlja podatak koji se unosi u matičnu evidenciju osiguranika po članu 51. stav 1. tačka 11. citiranog zakona. Kako matična evidencija tužitelja, za sporni period, sadrži podatak o stažu sa uvećanim trajanjem i plaćenim doprinosima po uvećanoj stopi, proizilazi da se tužitelju, na bazi takvih podataka, obračunavala naknada za minuli rad koja je zasnovana na efektivnom stažu i uvećanom stažu, što je još jedna od privilegija radnog mjesta za koje je propisan staž sa uvećanim trajanjem. Iz svih navedenih razloga, beneficije, koja pripada radnom mjestu sa stažem osiguranja sa uvećanim trajanjem, tužitelj se ne može naknadno odreći, niti takvu mogućnost predviđaju pozitivni propisi, za razliku od posebnog staža koji se računa u dvostrukom trajanju.

*(Presuda Apelacionog odjeljenja Suda BiH broj Gž-166/09
Presuda Apelacionog odjeljnje Suda BiH broj Gž-19/08 u kojoj je identičan
pravni stav donesen primjenom materijalnih propisa Federacije BiH.)*

SUDSKA PRAKSA USTAVNOG SUDA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

Pripremio: **Sead Bahtijarević***

Suglasno članku IV.B.3.7 d) (III) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, u svezi s amandmanima XIII i LXXII na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, gospodin Gavriilo Grahovac, dopremijer Vlade Federacije Bosne i Hercegovine, zatražio je od Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud Federacije) mišljenje o tumačenju i primjeni Zakona o šumama ("Službene novine Federacije BiH", br. 20/02, 29/03 i 37/04), Zakona o šumama ("Službeni list RBiH", br. 23/93, 13/94, 9/95 i 37/95), Uredbe o šumama ("Službene novine Federacije BiH", br. 83/09, 26/10, 33/10 i 38/10).

Prilikom davanja mišljenja Ustavni sud Federacije imao je u vidu sljedeće:

Presudom Ustavnog suda Federacije broj U-26/08 od 14. travnja 2009. godine, utvrđeno je da je Zakonom o šumama ("Službene novine Federacije BiH", br. 20/02, 29/03 i 37/04) povrijeđeno pravo općina na lokalnu samoupravu. Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine data je mogućnost, kao prijelazno rješenje, da u konzultaciji sa Savezom općina i gradova Federacije Bosne i Hercegovine usuglasi Zakon iz točke 1. ove presude s Europskom poveljom o lokalnoj samoupravi i Zakonom o principima lokalne samouprave u Federaciji Bosne i Hercegovine, a u roku od šest mjeseci od dana objavljivanja ove presude u "Službenim novinama Federacije BiH", do kada se ovaj zakon može primjenjivati.

Parlament Federacije Bosne i Hercegovine nije postupio prema presudi Ustavnog suda Federacije u ostavljenom roku pa je, sukladno članku 41. Zakona o postupku pred Ustavnim sudom Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", br. 6/95 i 37/03), navedeni zakon o šumama, kao i propisi doneseni za njegovo provođenje, prestao da se primjenjuje sa danom 27.11.2009. godine.

* sudac Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine

Člankom 80. Zakona o šumama ("Službene novine Federacije BiH", br. 20/02, 29/03 i 37/04) propisano je da prestaju s primjenom svi propisi iz oblasti šumarstva koji su se do dana stupanja na snagu tog zakona primjenjivali na teritoriju Federacije Bosne i Hercegovine.

Uredbu o šumama ("Službene novine Federacije BiH", br. 83/09, 26/10, 33/10 i 38/10) koja se primjenjuje donijela je Vlada Federacije Bosne i Hercegovine, pozivom na članak 19. stavak 1. Zakona o Vladi Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", br. 1/94, 8/95, 58/02, 19/03, 2/06 i 8/06) (u daljnjem tekstu: Zakon o Vladi Federacije). Navedenim člankom je propisano da se "Uredbom uređuju najvažnija pitanja iz nadležnosti Vlade Federacije, bliže uređuju odnosi za sprovođenje zakona, osnivaju stručne i druge službe Vlade i utvrđuju načela za unutarnju organizaciju federalnih organa državne uprave", a člankom 18. stavak 1. Zakona o Vladi Federacije određeno je da "Vlada Federacije, u ostvarivanju svojih ovlaštenja utvrđenih Ustavom Federacije, donosi uredbe sa zakonskom snagom, uredbe, odluke, rješenja i zaključke".

S obzirom da je Zakon o šumama prestao da se primjenjuje, Vlada Federacije Bosne i Hercegovine nije imala zakonski osnov za uređenje materije iz oblasti šumarstva, odnosno donošenje Uredbe o šumama.

Člankom IV.B.9. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine propisano je da: "Vlada Federacije je ovlaštena donositi uredbe sa zakonskom snagom u slučaju opasnosti po zemlju kada Parlament Federacije nije u mogućnosti to učiniti". Iz navedene ustavne odredbe proizilazi da Vlada Federacije Bosne i Hercegovine u konkretnom slučaju nije imala ni ustavni osnov za donošenje Uredbe o šumama.

*(Mišljenje Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine
u predmetu U-29/10 koje je donijeto dana 12.10 2010 godine,
objavljeno je u "Službenim novinama Federacije BiH" br. 77/10)*

SUDSKA PRAKSA VRHOVNOG SUDA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

Pripremila: **mr. sc. Ljiljana Filipović***

Značenje zakonskog izraza "neće se kazniti"

Zakonski izraz "neće se kazniti" iz člana 346. stav 5. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine (Pomoć počinitelju nakon počinjenog krivičnog djela) podrazumijeva da je, u slučajevima propisanim u toj odredbi, isključena kažnjivost kao elemenat opšteg pojma krivičnog djela (član 21. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine). Zbog toga, u slučajevima na koje se odnosi ta odredba, nema krivičnog djela, iako su ostvarena zakonska obilježja krivičnog djela Pomoć počinitelju nakon počinjenog krivičnog djela iz člana 346. stav 1. do 3. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine.

U tom slučaju, sud će optuženog osloboditi od optužbe na osnovu člana 299. tačka a) Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine.

"Ovom presudom sud je optuženu M.A., na osnovu člana 299. tačka a) ZKP FBiH, oslobodio od optužbe da je učinila krivično djelo pomoć počinitelju nakon počinjenog krivičnog djela iz člana 346. stav 3. u vezi sa stavom 1. KZ FBiH. Naime, iz činjeničnog opisa djela koje je optužnicom stavljeno na teret optuženoj M.A., proizilazi da se ovoj optuženoj stavlja na teret sakrivanje noža kojim je mlđb. S. N. ubo oštećenog M.D., i to zajedno s metalnim bokserom kojim je njen sin - optuženi L. A. udario mlđb. M.D. Takođe, iz činjeničnog opisa djela za koje se optužnicom tereti optužena M.A., jasno proizilazi da se ovoj optuženoj stavlja na teret prikrivanje oruđa kojim je izvršeno krivično djelo u čijem je učinjenju sudjelovao i njen sin – optuženi L.A. Dakle, iz samog činjeničnog opisa djela u optužnici, proizilazi da se radi o jednom krivičnom djelu s više učesnika i stoga, po ocjeni ovog suda, iz

** sudac Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine;*

samog činjeničnog opisa djela u optužnici, proizilazi da je nož koji je, prema optužnici, ova optužena sakrila, sredstvo izvršenja krivičnog djela za koje se tereti i njen sin. Iz tog razloga je ovaj sud, imajući u vidu odredbu člana 346. stav 5. KZ FBiH, kojom je propisano da se za krivično djelo iz stava 1. do 3. ovog člana neće kazniti osoba kojoj je učinitelj krvni srodnik u ravnoj liniji i kojom je, prema tome, za navedeni slučaj isključena kažnjivost kao elemenat opšteg pojma krivičnog djela (član 21. KZ FBiH), donio presudu kojom je optuženu M.A., na osnovu člana 299. tačka a) u vezi sa članom 346. stav 5. KZ FBiH, oslobodio optužbe za krivično djelo pomoć počinitelju nakon počinjenog krivičnog djela iz člana 346. stv 3. u vezi sa stavom 1. KZ FBiH.,,

*(Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine,
broj 09 0 K 001525 10 Kžk od 01.07.2010. godine)*

UPUTE ZA AUTORE

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

Ukoliko rukopis zadovoljava kriterije časopisa, upućuje se na recenziju.

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

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

Autori dopuštaju časopisu postavljanje njihovih radova na web stranicu časopisa.

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

Radovi koje časopis objavljuje su:

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

Radovi se predaju redakciji časopisa elektronskom poštom na adresu: Pravna.Misao@fmp.gov.ba

Dokument treba biti načinjen u programu Microsoft Word. U njemu ne smiju postojati nikakve indikacije osobnoga identiteta autora ili institucije u kojoj bilo koji od autora radi, kako u samom radu, tako ni u karakteristikama (properties) elektroničkog dokumenta.

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

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

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

- kratki opis sadržaja članka u dvije do tri rečenice, kao i sve dodatne informacije o rukopisu koje bi redakciji mogle biti od koristi;

- razloge zbog kojih autori drže da je njihov rad zanimljiv čitateljstvu časopisa (novost koju rad donosi);

- kratku biografiju autora (25-30 riječi),
- osobne podatke:
 - jedinstveni matični broj
 - adresa stanovanja i općina
 - kontakt telefon
 - naziv banke i transakcijski račun banke
 - broj žiro računa

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

Prva stranica rukopisa treba sadržavati:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ukoliko je riječ o navođenoj knjizi:

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

Ukoliko je riječ o navođenom članku:

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

Ukoliko je riječ o navođenom članku u časopisu:

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

Ukoliko je riječ o navođenom članku u elektroničkom časopisu:

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

Ukoliko je riječ o navodenoj *Web adresi*:

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

Rad treba oblikovati prema sljedećim uputama:

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

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

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

Radujemo se Vašim priložima!

Redakcija

