

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

PRAVNA MISAO

3 – 4

ožujak – travanj / mart – april
Sarajevo 2012.

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. Hajrija SIJERČIĆ ČOLIĆ, prof. dr. Meliha POVLAKIĆ, mr. Ljiljana FILIPOVIĆ, doc. dr. sc. Enver IŠERIC, Anto ČAVAR

Glavni i odgovorni urednik: Doc. dr. Almir MALJEVIĆ

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: 250 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 neposlene	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" indeksiran je u EBSCO bazi podataka
i uvršten je u Ulrichsweb Global Serials Directory.

SADRŽAJ

Uvodna riječ glavnog urednika 5

PREGLEDNI ZNANSTVENI RAD

prof.dr. Mirjana
Nadaždin Defterdarević Sudska retorika: argumentacija u službi
hermeneutike 7

dr.sc. Mijo Božić Pravna problematika pokroviteljstva
visokog školstva s posebnim osvrtom na
slobodu znanstvenog stvaralaštva 29

STRUČNI ČLANAK

dr.sc. Mladen Milosavljević DNK baze podataka – realnost i potreba
Dušica Milosavljević dipl.iur. u Bosni i Hercegovini 53
Sunčica Milosavljević

Mr. sc. Mirza Gogić Određivanje relevantnog tržišta u pravu konku-
rencije Bosne i Hercegovine i Evropske unije 84

PRIKAZ

Sead Bahtijarević Prikaz knjige „Medijacija u pravosudnom sistemu
Bosne i Hercegovine“ autor Džemaludin Mutapčić 102

Marko Srdanović Prikaz knjige „Primjenjena forenzika“,
autor doc. dr Nebojša Bojanić 105

SUDSKA PRAKSA

Ustavni sud Bosne i Hercegovine

(Pripremio prof. dr. Miodrag N. Simović, predsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine
i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banja Luci i doc. dr Vladimir M. Simović,
stručni suradnik u Okružnom sudu u Banja Luci) 109

Sud Bosne i Hercegovine

(Pripremio prof.dr. Branko Morait, sudija Suda Bosne i Hercegovine) 115

Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine

(Pripremio Sead Bahtijarević, sudija Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine) 118

In memoriam 124

Upute za autore 125

CONTENTS

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

SCIENTIFIC REVIEW

Professor, Mirjana Nadaždin Defterdarević, D.Sc	Judicial Rhetoric: Argumentation at the Service of a Hermeneutics	7
Mijo Božić, D.Sc.	Legal Issues of the High Education Sponsorships with the Special Emphasis to the Academic Freedom	29

PROFESSIONAL PAPER

Mladen Milosavljević, D.Sc. Dušica Milosavljević, L.L.B. Sunčica Milosavljević	DNA Databases – Reality and Necessity in Bosnia and Herzegovina	53
Mirza Gogić, M.S.	Defining the Relevant Market within the Competition Law of Bosnia and Herzegovina and the EU	84

REVIEW

Sead Bahtijarević	Review of the book "Mediation in the Judicial System of Bosnia and Herzegovina" by Džemaludin Mutapčić	102
Marko Srdanović	Review of the book "Applied Forensics", by Assistant Professor Nebojša Bojanić, D.Sc.	105

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 with Assistant Professor Vladimir M. Simović, D.Sc.)	109
--	-----

Court of Bosnia and Herzegovina

(Prepared by Professor Branko Morait L.L.D., Judge of the Court of Bosnia and Herzegovina)	115
--	-----

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)	118
--	-----

In memoriam	124
--------------------	-----

Instructions for authors	125
---------------------------------	-----

UVODNA RIJEČ GLAVNOG UREDNIKA

Poštovani čitaoci,

Pred nama se nalazi još jedan broj časopisa "Pravna misao", u kojem prezentiramo nekoliko vrlo zanimljivih radova.

Rad "Sudska retorika: argumentacija u službi hermeneutike" je od izuzetnog značaja za pravnike-praktičare. Autorica u ovom radu podsjeća čitaoce na značaj koji sudski govor ima za tumačenje prava. Spona između normativnog pravnog sadržaja i stvarnosti u kojoj se on treba ostvariti je tumačenje tog sadržaja, koje je pretpostavka njegovom praktičnom ostvarivanju. Pravna hermeneutika, umijeće tumačenja prava, normativni sadržaj tumači pravnim argumentima koji se iznose s namjerom da bi se auditorij kome su namijenjeni u njih uvjerio i da bi ih prihvatao, i u skladu s njima razriješio predmet spora. Tako, prema autorici, pravna retorika prestaje biti samo način izražavanja pravnog sadržaja govorom, ona je istovremeno i način tumačenja prava ostvarujući tako funkcionalnu vezu između argumentacije i hermeneutike prava. Kako bi se taj cilj ostvario, autorica praktičarima daje i korisne savjete i preporuke, koji se odnose kako na strukturu govora (ili podneska), tako i selekciju i smišljenu, logički povezanu prezentaciju i potenciranje ključnih argumenata.

U radu "Pravna problematika pokroviteljstva visokog školstva s posebnim osvrtom na slobodu znanstvenog stvaralaštva" autor se osvrće na probleme finansiranja visokog školstva u Bosni i Hercegovini (BiH). Kako se školstvo u BiH tradicionalno finansira iz budžetskih sredstava, od kojih se najveći dio utroši na primanja i doprinose nastavnog i tehničkog osoblja, autor upozorava na činjenicu da za finansiranje naučnih istraživanja, u pravilu, nedostaje sredstava. Polazeći od stava da ovakvo stanje zasigurno ima negativan utjecaj na konkurentnost visokoškolskih ustanova u BiH, autor moguće rješenje problema nalazi u institutu pokroviteljstva, kao alternativnog (nebudžetskog) izvora finansijskih sredstava. Kako bi nam približio temu, autor najprije definira pojam pokroviteljstva visokog školstva; potom analizira potencijalne rizike po slobodu naučnog stvaralaštva, koje takvi pokroviteljski aranžmani sa sobom nose/mogu nositi; te upozorava na

neuralgične tačke pokroviteljstva, koje ustanova ne smije zanemariti pri sklapanju pokroviteljskog ugovora, kako bi zaštitila slobodu naučnog stvaralaštva i prevenirala korupciju.

Rad "DNK baze podataka – realnost i potreba u Bosni i Hercegovini" predstavlja zapravo početak diskusije o vrlo aktuelnoj temi, sa kojom se svakodnevno susrećemo u velikom broju serija sa kriminalističkim i pravosudnim sadržajima. U ovom radu autori objašnjavaju značaj takvih baza podataka u kontekstu borbe protiv kriminaliteta uopšte i oraganizovanog kriminaliteta naročito, prezentiraju neka od iskustava drugih zemalja u uspostavi DNK baza podataka, te daju smjernice za buduća rješenja bosansko-hercegovačke DNK baze podataka.

Rad "Određivanje relevantnog tržišta u pravu konkurencije Bosne i Hercegovine i Evropske unije", prije svega, nudi analizu zakonskih propisa, ali i praksu Suda pravde EU i Europske komisije, koji se tiču prava konkurencije i u sklopu njega, određivanja relevantnog tržišta. Autor čitaoca kritički, analizirajući najvažnije odluke pravne prakse u EU, provodi kroz sve faze problema određivanja relevantnog tržišta. Osim teorijske i praktične analize, rad nudi i mogući odgovor na problem kršenja principa pravne sigurnosti koji se javio nakon usvajanja sistema zaštite tržišne konkurencije u BiH.

U ovom broju čitaoci imaju priliku upoznati se i sa sadržajem i značajem dvije interesantne knjige. Jedna je "Medijacija u pravosudnom sistemu Bosne i Hercegovine", autora Džemaludina Mutapčića, a druga "Primjenjena forenzika", autora Nebojše Bojanića. Oba djela preporučujemo za čitanje.

Kada su u pitanju prilozi iz prakse, u ovom broju donosimo praksu Ustavnog suda BiH, Suda BiH, i Ustavnog suda Federacije BiH.

Također, objavljujemo i In memoriam Petra Simonettija, nekadašnjeg sudije Vrhovnog suda BiH u Sarajevu, te profesora na pravnim fakultetima u Mostaru i Rijeci.

Čitajte i pišite!

Doc. dr. sci. Almir Maljević
Glavni i odgovorni urednik

SUDSKA RETORIKA: ARGUMENTACIJA U SLUŽBI HERMENEUTIKE

pregledni znanstveni rad

UDK: 808.5:34
340.112

Prof. dr Mirjana Nadaždin Defterdarević*

Sažetak

Pravo je vezano za jezik i govor. Sudska retorika je najzahtjevnija i najodgovornija vrsta govorništava. To je govor u funkciji plemenitog cilja – cilja pravde i pravičnosti, pa mu se izuzetna pažnja posvećuje od najranijih vremena. Sudski govornik pred sobom mora imati jasan cilj – dokazati ono što tvrdi. Kod onih kojima se obraća u tom pogledu ne smije ostaviti nikakvu sumnju, niti pretpostavljati njihove zaključke.

Spona između normativnog pravnog sadržaja i stvarnosti u kojoj se on treba ostvariti je tumačenje tog sadržaja koje je uslov njegovom praktičnom ostvarivanju. Hermeneutika prava, umijeće tumačenja prava, normativni sadržaj tumači pravnim argumentima koji se iznose s namjerom da se auditorij kome su namijenjeni u njih uvjeri - da bi ih prihvatao i u skladu s njima razriješio predmet spora. Sudska retorika nije tek način izražavanja pravnog sadržaja govorom, ona je i način tumačenja prava.

Važnost koju u pravu imaju argumentacija i tumačenje prava širi se tako i na pravnu retoriku vraćajući joj značaj i mjesto koje joj pripada.

Ključne riječi

Sudska retorika, pravni silogizam, hermeneutika prava, metode tumačenja, pravna argumentacija.

* Vanredni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru;
e-mail: nadazdin.defterdarevic@unmo.ba

Uvodne napomene o sudskoj retorici

"Sudovi su glavni gradovi carstva prava, a sudije njihovi vladaoci, ali ne i vidovnjaci i proroci."

R. Dvorkin

Značaj koji sudsko govorništvo ima, njegove posebnosti, naročito kvalitet argumentacije i vještina predočavanja argumenata, sudski govor čine iznimno zahtjevnim.

Sudsko govorništvo uvijek se ostvaruje u posebnom ambijentu "sudske arene" koju nužno čine sudija, tužilac i branilac. Ta će činjenica u velikoj mjeri odrediti sve aspekte sudskog govora.

Uputstva koja se daju sudskom govorniku obično su namijenjena braniocu, advokatu, a i najviše priručnika ovog sadržaja dolazi iz anglosaksonske pravne tradicije, zbog činjenice da sudski govor podrazumijeva obraćanje poroti. No, i pored toga, ta uputstva mogu biti dragocjena pomoć svakom od aktera sudskog postupka u njegovom javnom istupanju.

U akuzatorskom sistemu, koji se primjenjuje u anglosaksonskom sudskom postupku, sudija je u ulozi pasivnog posmatrača. Suprotstavljene strane svoj pravni slučaj pretvaraju u međusobni duel u kome sami biraju način kako će dokazati "svoju" istinu. Činjenica da u tome imaju veliku slobodu, da su njihove riječi usmjerene na emocije porote, od sudskih govora traže dramatičnost, sa dobro osmišljenim nastupom koji se temelji na efektnoj nepravnoj argumentaciji, koja je u ovom slučaju izuzetno djelotvorna.

Evropsko kontinentalno pravo, posebno u krivičnim slučajevima, primjenjuje inkvizitorski princip, po kome ovlaštenje da vodi postupak i u njemu ima odlučujuću ulogu pripada sudiji, a materijalna istina otkriva se izvođenjem dokaza koje on sam traži.

Uputstva o sudskom govoru pred porotom, iako na prvi pogled nisu od značaja za kontinentalno pravo, ne treba podcjenjivati ni odbacivati.

Sudski auditorijum je specifičan. Što se sudskog govora tiče, sem razlike koju nužno uslovljava postojanje porote, koja u anglosaksonskom pravnom sistemu djeluje kao njegov odlučujući faktor, jer govor je njoj namijenjen, zahtjevi koji se pred govornika postavljaju su tek neznatno različiti. Sva uputstva koja se odnose na ubjedljivo iznošenje argumentacije, na čemu se puno više insistira u porotnom suđenju kakvo postoji u zemljama anglosaksonske tradicije, dobro je znati i praktično primjenjivati.¹

¹ Dva su vrlo korisna naslova ove vrste: Gardner, J.A. (1993) *Legal Argument - The Structure and Language of Effective Advocacy*, Charlottesville VA i Visković, N. (1997) *Argumentacija i pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split.

Sudski govornik pred sobom mora imati jasan cilj – dokazati ono što tvrdi. Kod onih kojima se obraća u tom pogledu ne smije ostaviti nikakvu sumnju, niti pretpostavljati njihove zaključke.

Sudski govor u kontinentalnom pravu najčešće je usmjeren na sudiju pojedinca što, samo po sebi, zahtjeve kojima treba da udovolji čini specifičnim.

U građanskim parnicama sudija pojedinac je usmjeren na pisane podneske. Mogućnosti lijepog govora ovdje su svedene na minimum pa je dobro da, kad već nema priliku da se iskaže glasom, sudski govor bude sačinjen u formi podneska, pošto komunikacija u parnici počiva na pismenima, tako se koncept retorike kao opšte teorije proze ovdje još jednom praktično potvrđuje.

Krivični postupak, za razliku od parničnog, živij riječi pridaje veći značaj. Ovo se posebno odnosi na završnu riječ, ali za sudski govor može biti prilike, mada rjeđe, i u drugim fazama postupka.

Sudskom govoru značaj treba vratiti i zbog važnosti koju on ima za tumačenje prava, a što se na žalost često zanemaruje i previđa.

Spona između normativnog pravnog sadržaja i stvarnosti u kojoj se on treba ostvariti je tumačenje tog sadržaja, koje je pretpostavka njegovom praktičnom ostvarivanju. Pravna hermeneutika, umijeće tumačenja prava, normativni sadržaj tumači pravnim argumentima koji se iznose s namjerom da bi se auditorij kome su namijenjeni u njih uvjerio i da bi ih prihvatao, i u skladu s njima razriješio predmet spora. Pravna retorika tako prestaje biti samo način izražavanja pravnog sadržaja govorom, ona je istovremeno i način tumačenja prava ostvarujući tako funkcionalnu vezu između argumentacije i hermeneutike prava.

Pravna hermeneutika - vještina tumačenja prava

Misaonu djelatnost kojom se utvrđuje značenje neke nejasne ili višeznačne poruke, polazeći od njenog materijalnog supstrata i od njenog društvenog konteksta, nazivamo tumačenje.² Vještina tumačenja naziva se još hermeneutikom, te je tumačenje prava domen pravne hermeneutike.

Mada je uobičajeno govoriti o tumačenju pravne norme, ispravnije je reći da se tumače pravne odredbe, odnosno rečenice kojima su izražene pravne norme.³ Svako može tumačiti pravnu normu, radnja tumačenja je u osnovi ista, a razlika u tumačenju vezuje se uz pravnu snagu samog tumačenja, odnosno obaveznost njegove primjene. Organi koji primjenjuju pravnu normu istovremeno je i tumače, te je tumačenje sastavni dio primjene prava.

² Visković, N. (1981) *Pojam prava*. Logos, Split, str. 289.

³ Ova ustaljena pogrešna formulacija posljedica je, kako Visković konstatuje, nepoznavanja razlika između pravnih odredbi i pravne norme, Visković, *Pojam prava*, str. 288.

Tumače se najčešće opšte pravne norme, čak je i uobičajeno da se tumačenjem smatra samo tumačenje kod primjene opšte pravne norme na pojedinačan slučaj, a svako drugo se tumačenje isključuje iz ovog pojma. No to je pogrešno, mada je ta vrsta tumačenja svakako najvažnija.⁴

Tumačenje kao razumijevanje

Pojam tumačenja u pravu veže se uz razumijevanje normativnih pravnih akata radi otkrivanja apstraktnih ili konkretnih normativnih značenja koja su data u njegovim odredbama.⁵ U ovom smislu pravnu hermeneutiku definišemo kao vještinu tumačenja prava.

Postupak tumačenja podrazumijeva postupak razumijevanja te je pravo tako, kao i sve društvene pojave, moguće promatrati kao komunikaciju ili razmjenu informacija.

Centralni element svake komunikacije je poruka kojom se sadržaj komunikacije prenosi drugim subjektima, koristeći se pri tome društveno važećim kodovima – sistemima znakova i pravilima njihove upotrebe. Znak se ispoljava kao materijalni supstrat (glasovi, pismo, zvukovi, npr.) i značenje, duhovni sadržaj, koje taj supstrat prenosi.

Pravo, kao kulturna pojava, može biti iskazano različitim znacima, mada se u tu svrhu najčešće koristi jezik. Svi znaci, bez obzira o kojoj je vrsti znakova riječ, u pravilu su višeznačni i nejasni te im se može pridati veći ili manji broj mogućih značenja, kako generalno, tako i u konkretnom odnosu na koji se primjenjuju.

Otkrivajući sadržaj poruke, prvo se utvrđuju moguća značenja koja joj se mogu pripisati, a onda se između njih bira ono značenje koje se određuje kao "pravo" značenje koje u najvećoj mjeri, prema mišljenju tumača, odgovara namjerama tvorca norme i (ili) konkretnom društvenom odnosu.

Društveni kontekst značajan je za tumačenje jer on predstavlja istovremeno okvir i sredstvo tumačenja. Jednako tako on je bitna pretpostavka razumijevanja i tumačenja sadržaja poruke.⁶

Poruka će se tumačiti u semiotičkom (lingvističkom), logičkom, interesno-normativnom i predmetnom kontekstu. Svaki od njih učestvuje različitim intenzitetom i u različitom obimu u stvaranju i razumijevanju poruke.

⁴ Lukić, R. (1995) *Uvod u pravo*, NIU Službeni list SRJ, Beograd, str. 284.

⁵ Visković, *Pojam prava*, str. 288.

⁶ "Terminom 'društveni kontekst' označavamo sve društvene procese koji uslovljavaju značenje ljudskih akata kao poruka na dvostruki način: to su procesi koji svojom složenošću i dinamičnošću prouzrokuju nejasnosti i višeznačnosti poruka, a istovremeno svojom univerzalnošću ili barem širinom svoga djelovanja na subjekte komuniciranja omogućuju intersubjektivno razumijevanje tih istih poruka". Visković, *Pojam prava*, str. 290.

Osnovna funkcija tumačenja je utvrđivanje najpovoljnijeg značenja pravnog akta, izborom u nizu različitih značenja koje jedan višeznačni pravni akt ima. Tumačenje prava samo je jedna podvrsta tumačenja znakova uopšte i ona se, kako Lukić kaže, može lako odrediti kao utvrđivanje tačnog ili pravnog značenja (smisla) pravnih normi.⁷

U svakom tumačenju treba razlikovati tri aspekta: značenje koje znacima daje tvorac, značenje koje imaju sami znakovi u zakoniku svog značenja, te sadržaj svijesti koje je tumačenjem subjekt tumačenja utvrdio kao značenje pomenutog sistema znakova. Ova tri aspekta, tri različita značenja, trebala bi u idealnoj situaciji da dovedu do potpunog poklapanja, i to je cilj onoga ko šalje poruku. No, taj ideal u praksi je rijetkost. Obično postoji veća ili manja mjera nepoklapanja pa, umjesto jednog značenja, poruka često ima tri različita: značenje koje joj daje onaj ko poruku šalje, značenje koje joj daje onaj ko poruku prima i značenje koje poruci daje sistem znakova kojima je poruka iskazana.

Značenje koje je tvorac poruke dao znacima koje upotrebljava da bi je prenio drugim subjektima ne podudara se u potpunosti sa značenjem koje im pridaje kodeks značenja, te on mora da utvrđuje i razumije jednako i odstupanje značenja poruke od kodeksa koje čini i njen autor, ali i njen primalac, u ulozi tumača.

Da bi tumač utvrdio stepen (ne)poklapanja pomenutih značenja, on mora pribjeći upotrebi i drugih sredstava, ne samo sistema znakova, što - mada je opravdano, dodatno otežava postupak tumačenja jer su ta druga sredstva manje jasna i precizna od sistema znakova koji je u tumačenom sadržaju primijenjen.

"Tako se zbog nepouzdanosti sistema znakova koji treba da budu najpouzdanije sredstvo tumača, utvrđivanje značenja vrši jednim neodređenim nizom drugih sredstava koja su još nepouzdanija.

Prema tome, pravi cilj tumača nije da utvrdi smisao samih znakova koji su upotrebljeni, držeći do njihovog zakonika značenja, nego da putem njih utvrdi sadržaj svijesti koji je odašiljač izrazio pomoću njih. Ovaj zadatak je, očigledno, mnogo teži nego prvi."⁸

Mada se od pravne norme očekuje da je dotjerana misaona konstrukcija koja je jezički i tehnički uspješno realizovana, ona uvijek iziskuje tumačenje koje opravdavaju najmanje dva razloga:

- nesavršenost autora pravne norme;
- nesavršenost opšte prirode pravne norme.

Pravna norma je, kao rezultat čovjekove djelatnosti, uslovljena realnim mogućnostima svog tvorca. Naravno, to ne dovodi u pitanje nastanak i postojanje

⁷ Isto, str. 277.

⁸ Lukić, R., *Uvod u pravo*, str. 277.

velikih zakonodavnih djela, ali umjesnom čini konstataciju da ne postoje savršena zakonodavna djela.⁹

Normativna težnja autora trebala bi biti izražena u jeziku što preciznije, jasnije i kraće. Zakonodavac u tome ne uspijeva uvijek, tako da je čest slučaj da se pojavi nesaglasnost između prave volje zakonodavca i njene neadekvatne jezičke formulacije. Problem dodatno otežava složenost društvenih odnosa koji su predmet regulisanja pravne norme, a koje autor pravne norme nije uvijek u stanju duboko, precizno, svestrano i cjelovito normativno zahvatiti.

Drugi razlog koji iziskuje tumačenje pravne norme je nesavršenost pravnog pravila koje proističe iz njegove apstraktnosti.

"Apstraktnost pravnog pravila podrazumijeva dvoje: u prvom redu, pravna pravila jesu izreke; izreke se sastoje od pojmova, a pojmovi su apstrakcije, koje nisu konkretno određene, već obuhvaćaju niz konkretnosti."¹⁰ Pravne norme odnose se na složenu društvenu stvarnost koju one regulišu i koju riječima nije moguće potpuno iskazati, pogotovo je teško taj sadržaj predočiti sažetom rečenicom (pravnom odredbom). Problem je još veći kada je u pitanju opšta pravna norma. Normotvorac pribjegava apstrakciji izdvajajući samo ono što je po njegovom mišljenju bitno i nužno za predmet njegovog normiranja, ostavljajući po strani sve ono mnoštvo konkretnih osobina koje se taj sadržaj u stvarnosti prate.

Tako će norma uvijek biti na neki način neodređena i nejasna, obzirom na odnose i situacije koje normira, pa će subjekt koji poruku prima zato uvijek imati zadatak da poruku i protumači.

Ovo u velikoj mjeri daje odgovor na pitanje zašto su pravne odredbe i pravne norme nejasne i višeznačne. Hermana Kantorovica (Kantorowicza) ovo će navesti da konsatuje, istina s nešto dobrodošlog pretjerivanja, kako Visković kaže, da u svakoj normi ima toliko praznina, koliko je u njoj riječi.¹¹

Tumačenje u pravu može imati teorijsku, vrijednosnu ili praktičnu svrhu.

Pravne akte mogu tumačiti svi pravni subjekti, na način i u mjeri koliko im to dozvoljavaju njihove intelektualne i stručno-pravničke sposobnosti.

Proces tumačenja prava najčešće se veže uz aspekt njegove primjene, mada je značajan "... i za proces stvaranja prava. Tumačenje pravnih pravila pokazuje kako ono što je htio i izrekao stvaratelj norme – prima život, kako praksa tumači mrtve riječi zakona. Iskustva stvorena na taj način mogu koristiti zakonodavcima u njihovoj neprestanoj funkciji stvaranja pravnih normi."¹²

⁹ Perić, B. (1994) *Država i pravni sustav*, Informator, Zagreb, str. 187.

¹⁰ Perić, isto, str. 187.

¹¹ Isto, str. 243.

¹² Perić, isto, str. 188.

Zadatak tumačenja je omogućiti adresatu da istraži sva moguća značenja pravnih odredbi, a onda da se opredijeli za ono koje smatra najboljim sa aspekta propozicija tumačenja i interesa koji, ili mu se nameću ili ih sam ocjenjuje opravdanim u svom slučaju.

Opšte pravne norme tako, ne samo da nisu završene, nego nisu ni jedino tvorevine svojih autora. One se dovršavaju i dopunjuju, do-stvaruju, kako Visković kaže, u postupku tumačenja koji prethodi njihovom ostvarivanju u konkretnom slučaju. Adresati pravne norme, jednako kao i svi koji tumače njen sadržaj, u nju "učitavaju" svoja iskustva i misli i na taj način je dovršavaju i čine primjenjivom na situaciju u kojoj se nalaze, za koju im sadržaj norme treba.

Takvo tumačenje pravne norme nikako nije i ne može biti tek reproduktivna djelatnost, jer ono uvijek podrazumijeva kreativni čin.

Pravila tumačenja- argumenti

Umijeće tumačenja pravnog teksta predano se njeguje u razdoblju od rimskog civilnog prava do renesansnih postglosatora. Ovo uspješno i plodonosno savezništvo retorike argumentacije i hermeneutike prekinuto je u moderno doba. Tada je promovisana nova spoznajna paradigma kojoj se priklonio veći dio pravne nauke. Pravo je usvajajući metode formalnih i prirodnih nauka, kako Visković kaže, nastojalo da postane jedan sistem egzaktnih, sasvim izvjesnih opisno-objašnjavajućih, vrijednosno neutralnih i tobože potpuno objektivnih spoznaja,¹³ što je za posljedicu imalo udaljavanje i od retorike i od hermeneutike.

No, uloga tumača pravnog akta kod utvrđivanja njegovog značenja i vrijednost retoričkog izražavanja ponovo dobivaju na značaju. Tradicionalni izraz metode sada se sve češće zamjenjuje pojmom argumenti, čime se u značajnoj mjeri teorija pravnog tumačenja stapa s teorijom pravne argumentacije.¹⁴

Da bi se utvrdilo najbolje značenje pravnih odredbi, subjekti koji ih tumače moraju imati dobru i opštu i pravnu kulturu. U postupku tumačenja nužna su znanja iz jezika i logike. Također, treba poznavati društvene odnose na koje se norme odnose, jednako kao i vrijednosne i ideološke sisteme koji utiču na normiranje pravnog sadržaja. "Pored toga, samo konkretno tumačenje zahtijeva određenu obdarenost, vještinu, ljubav i savjesnost onoga koji tumači, kao i njegovu osjećajnost i smisao za pravičnost i ljudskost u društvenim odnosima, moć uživanja u stanja drugih ljudi, razvijenu maštu i niz drugih vrlina, pored dobrog poznavanja prava i pravila tumačenja, razumije se."¹⁵

¹³ Visković, isto, str. 22.

¹⁴ Isto.

¹⁵ Lukić, isto, str. 281.

Uporedo sa nastankom prava nastajala su i pravila o tumačenju pravnih odredbi, s ciljem da se otkriju moguća i najbolja značenja pravnih normi. Ta interpretativna pravila, po tradiciji, pravna nauka sistematizuje, objedinjujući ih po srodnosti, imenujući ih kao metode tumačenja.

Savinji (Savigny) je načinio katalog od pet vrsta metoda:

- jezičko tumačenje
- logičko tumačenje
- sistematsko tumačenje
- teleološko (ciljno) tumačenje
- historijsko tumačenje

Ovu podjelu prihvata i savremena pravna nauka, kao klasična, standardna sredstva tumačenja. Njihova kumulativna i sintetička primjena dat će u tumačenju najbolji rezultat. To je istovremeno i odgovor na pitanje koja od ovih metoda ima najveći praktični značaj jer, kao tehnike tumačenja, one su ravnopravne.

Ovaj stav se poklapa s pravilima opšte hermeneutike - da nijedan aspekt u tumačenju ne smije biti zanemaren.

Uspješno tumačenje, kako je već rečeno, traži primjenu svih tehnika tumačenja, mada teleološko tumačenje kod većine autora u uporednom pravu danas ima dominantan značaj.

Ova klasifikacija metoda tumačenja prava danas je sve češće predmet kritike.

Prvi razlog za kritiku je skroman katalog nabrojanih metoda na koje se nikako ne može svesti stvarna raznovrsnost postojećih pravila u tumačenju prava koja su daleko raznovrsnija, sadržajnija i brojnija.

Drugi razlog kritičari vide u nazivu "metode", čime se sugeriše njihova nužna i obavezna primjena, ali i izvjesnost ishoda tumačenja – apsolutno istinita ili prava značenja pravnih normi.

Tumačenje prava ipak je različito od tumačenja drugih kulturnih sadržaja. Ono je znatno više disciplinivano društvenim situacijama, shvatanjima i pravilima pa je, kako kaže Visković,¹⁶ više "prinudno" i manje slobodno.

Okvir značenja pravne norme tumaču je unaprijed poznat.

Postavio ga je normotvorac snagom svog autoriteta, jasan je i prisilan, te tumač van njegovih okvira ne smije izlaziti. Međutim, taj okvir je još uvijek dovoljno širok da tumač ima dosta slobode u dopunjavanju, dosmišljanju, učitavanju značenja pravne norme odlučujući uz propis, *praeter legem*, njegovom konkretizacijom.

¹⁶ Visković, *Pojam prava*, str. 293.

Tumačenje u pravu smatra se ispravnim i društveno priznatim, ako u velikoj mjeri poštuje važeća društvena shvatanja o tome koja su i kako se utvrđuju "prava" značenja pravnih akata, koja su sastavni dio "preskriptivne doktrine tumačenja"¹⁷ koju ima svaki pravni poredak.

Ta društvena shvatanja koja usmjeravaju postupak tumačenja osnove su društvenog konteksta pravnih akata, bez koga se bilo koji pravni akt ne može ni stvoriti ni razumjeti.

Društvena shvatanja, koja u navedenom smislu Visković imenuje direktivama, mogu se odrediti kao ona koja su interesnog, pravnonormativnog, semiotičkog i lingvističkog, logičko-argumentativnog i predmetnog konteksta.¹⁸

Interesni kontekst tumačenja u pravu glavni je izvor značenja i najvažnije sredstvo tumačenja pravnih akata. Upravo njegov sadržaj određuje njihov ratio legis. Metode tumačenja koje su se iz njega razvile su ciljno ili teleološko, interesno, vrijednosno, funkcionalno tumačenje.

Tumačenje koje polazi od predmetnog konteksta, "... tj. od strukturalnih, kauzalnih i funkcionalnih zakonitosti prirodnih pojava i prirodnih odnosa (pravnih radnji i pravnih objekata)",¹⁹ odgovara onome što teorija prava naziva prirodom stvari. Tumačenje *de natura rerum* nikako se ne može svesti samo na utvrđivanje objektivnih zakonitosti koje utiču na pravne akte, jer je ono uvijek uslovljeno i opterećeno i opredjeljenjem, interesima i ciljevima onoga ko tumačenje vrši.

Normativni kontekst tumačenja uslovljen je činjenicom da je pravo uređeni sistem pravnih pravila koja važe u datom globalnom društvu. Ovaj kontekst konstituiše specifičnu metodu tumačenja i razumijevanja prava - sistematsko tumačenje.

Sistematsko tumačenje može se posmatrati sa dva aspekta.

Prvi aspekt upućuje na zaključak da je značenje svakog pravnog akta rezultat djelovanja ili uslovljavanja koje na njega, ili prema njemu, vrše druge pravne norme u tom pravnom sistemu, bilo da su više od njega ili da na njega referiraju, te se pravo značenje jednog pravnog akta može utvrditi tek u kontekstu drugih pravnih normi istog pravnog sistema

Drugi aspekt odnosi se na postupak povezivanja određenog broja pravnih odredbi, iz istog ili različitih pravnih akata, koje zajedno čine jednu pravnu normu.

¹⁷ Visković, isto, str. 294.

¹⁸ Isto.

¹⁹ Isto, str. 297.

Nasuprot prethodnom aspektu koji je sistematskim tumačenjem povezivao cjelovite pravne norme s ciljem da otkloni njihove nejasnoće ili višeznačnost, ovdje se može govoriti o unutrašnjem sistematskom tumačenju jer je riječ o sastavljanju jedne pravne norme.

Sistematsko tumačenje potvrđuje dvostruku vezu pravnih akata i pravnih normi: pravne norme nastaju kao rezultat tumačenja pravnih odredbi, a istovremeno su sredstvo kojim se tumače drugi pravni akti.²⁰

Semiotički i lingvistički kontekst tumačenja odnosi se na pravila i načine stvaranja i upotrebe znakova u jednom društvu. Ovo se osobito odnosi na semantičko-leksička, sintaktička i stilistička pravila jezika, bio on narodni, stručni ili strani, kojima se, uz više ili manje prisile, izražavaju pravni akti, normativni ili nenormativni.

Pravne norme se najčešće izražavaju jezikom, pa i njihovo tumačenje spada u domen jezičkog tumačenja koje je u pravu nužno i nezamjenjivo. Čak i onda kada je pravni sadržaj iskazan na drugi način, pokretom tijela npr., opet će se njegovo značenje tumačiti jezikom.

Jezik je najprecizniji sistem znakova i svi ostali znaci se svode na jezičke znakove, te se njihovo tumačenje nužno svodi na jezičko tumačenje.

Jezičko tumačenje podrazumijeva primjenu pravila leksikologije, sintakse i gramatike na pravne odredbe, koje su višeznačne ili nejasne. Leksička pravila su najznačajnija jer određuju značenje pojedinih riječi. Leksička pravila i leksičko tumačenje daju tek lepezu mogućih značenja pojedinih riječi u određenoj zajednici, ali ne daju odgovor koje je značenje neke riječi najbolje u jednoj pravnoj odredbi u vezi s određenim pravnim odnosima. Ovo je samo još jedna potvrda da je jezičko tumačenje nužno, ali ne i dovoljno za razumijevanje pravnog sadržaja.

Pravne norme su, promatrano sa aspekta sintakse i gramatike, manje ili više uspješno izražene. Otežavajuću okolnost predstavlja činjenica da su pravne odredbe tek dijelovi pravne norme, te da više odredbi čini njen puni sadržaj.

U nekim slučajevima zakonodavac prešutno iskazuje neke elemente pravne norme, ostavljajući subjektu tumačenja da ih utvrdi u kontekstu sadržaja postojećih normiranih odredbi i sadržaja društvenih odnosa.

Logičko-argumentativno tumačenje nastaje primjenom pravila formalne logike, logičkog koda, u kontekstu pravnih akata.

To je primjena pravila formalne logike na stvaranje, upotrebu, definisanje i klasifikaciju pojmova, sudova, deduktivno-silogističkog ili induktivnog zaključivanja, te primjene pravila argumentativnog rezonovanja, kojim se pravni akti, naročito oni izraženi jezikom, obrazlažu kao racionalni.

²⁰ O stavu da su pravne norme sredstvo tumačenja vidjeti: Kelsen, *Theorie*, 4.-6. I Visković, *Pojam prava*, str. 296.

Argumentativno tumačenje ostvaruje vezu između formalnologičkog zaključivanja i vrijednosnog opredjeljenja koje se prethodno utvrđuje ciljnim tumačenjem. Tako se ponovo uspostavlja veza retorike, argumentacije i hermeneutike.

Koncept slobodnog tumačenja prava nastao je s namjerom ostvarivanja "pravednosti" i nekih drugih aktualnih društvenih ciljeva i vrijednosti koji bi se, zahvaljujući njemu, ostvarili zanemarujući pri tome neke važće direktive tumačenja iz jezičkog, logičkog interesnog i naročito normativnopravnog koda. To je mogućnost koju tumač dobija "... da ne mora strogo primjenjivati sistematsko-dogmatsko tumačenje i u njemu implicirano načelo zakonitosti".²¹

Različiti postupci tumačenja daće različito "pravo" značenje istom pravnom aktu. To je razlog da se sve doktrine tumačenja u pravu mogu podijeliti na formalističko-dogmatske i sociološko-kritičke.²² Ova podjela zasniva se na interpretativnim metodama kojima se daje prednost kao pravilima tumačenja.

Ovu podjelu Visković opravdava društvenim kontekstom, odnosno interpretativnim metodama kojima se daje prednost kao pravilima tumačenja "drugog stupnja". (Riječ je o kolizionim pravilima tumačenja koja se primjenjuju na slučajeve dva ili više neusklađenih pravila tumačenja prvog stepena, koja neposredno upućuju na kontekstualna značenja pravnih akata.)

Formalističko-dogmatske doktrine prvenstvo daju jezičkom, logičkom i normativno-pravnom kontekstu, dok sociološko-kritičke doktrine prednost daju interesnom i predmetnom kontekstu, čak i "slobodnom tumačenju" pravnih akata.

Tumačenje ima za cilj ustanoviti "pravo" značenje pravne norme. Kontekst tumačenje se mijenja. Odnosi interesa i moći pravnih subjekata koji uslovljavaju doktrine tumačenja i koji određuju njihovu prinudnu ili autonomnu primjenu određuju taj kontekst.

Za tumača uvijek postoji izbor između dva "prava" značenja: onog koje je normi htio dati njen autor, kad je riječ o subjektivnom tumačenju koje se jedino može rekonstruisati dogmatskim metodom, i onog koje normi daje njen tumač opredijeljen ciljem koji norma treba postići u tom trenutku, objektivno tumačenje. U ovom slučaju "pravo" značenje se konstruiše primjenom aksiološkog i sociološkog metoda.

Koje značenje će neka poruka dobiti u određenoj situaciji, zavisi od vrijednosti i interesa koje pobuđuje među onima kojima je upućena.

Vrijednosti i interesi izražavaju se argumentima u retoričkoj komunikaciji pa ovi tako postaju osnovna sredstva tumačenja.

²¹ Visković, *Pojam prava*, str. 297.

²² Isto, str. 297.

Pravila tumačenja, po teoriji argumentacije, tek su argumenti ili razlozi koji nemaju prisilni karakter i koje subjekti tumačenja biraju po sopstvenom uvjerenju (vođeni svojim interesima i ciljevima), da bi uvjerali jedni druge ili neke treće osobe, zakonodavce ili sudije da donesu određenu odluku.²³

Argumenti kojima se tumači pravni sadržaj isti su ili srodni onima što se koriste u drugim društvenim sadržajima, što je i razumljivo. U svakom slučaju, cilj argumenta je isti – on treba uvjeriti u to kako nešto treba razumjeti ili kako se treba ponašati.

No, za razliku od drugih oblasti gdje se često i rado pribjegava argumentima, argumenti u pravu imaju poseban značaj pa im je posvećena i puno veća pažnja, nego u drugim oblastima. Oni su u pravu pomno "...proučeni, razrađeni i formalizirani, u okvirima proceduralnosti koja inače vlada pravom."²⁴

To je razlog zašto se sve rjeđe, kada je u pitanju tumačenje pravne odredbe, pravila tumačenje imenuju metodama.

Argumente u pravu bismo mogli odrediti kao sredstva pomoću kojih se obrazlažu pravne odluke.²⁵ U obrazloženju sudske odluke, navodeći argumente sudija "brani" izreku presude, pozivajući se pri tome na činjenično stanje i zakonski opis djela.

Argumentima se ne služe samo sudije u obrazlaganju svojih odluka. Njima se služi i stranka u postupku, odnosno njen zastupnik.

Prihvatljivost argumenata koje oni izlažu, sa aspekta prava procjenjuje sud, kome su, u ulozu auditorijuma, oni i namijenjeni.

Argumenti koji se upotrebljavaju u sudskom postupku su brojni i raznovrsni. Nije ih moguće unaprijed predvidjeti i kategorizirati, niti odrediti nužnost njihove primjene. Ovo proizlazi iz prirode same sudske odluke jer se ona uvijek odnosi na drugi životni sadržaj, na koji se treba primijeniti sadržaj jedne opšte pravne norme. Svaka konkretizacija apstraktnog pravnog sadržaja suočava tumača pravne odredbe sa novim izazovom, koji se ogleda i u izboru sredstava koje će u tu svrhu koristiti.

"U literaturi ipak ima više pokušaja da se argumenti sistematiziraju. Tako se opaža da su neki argumenti više logičko-dogmatičke prirode i odnose se na strukturu pravne norme ili na pravni sastav, dok su drugi retorički ili pak prigodni

²³ Vidjeti šire: Hasanbegović, J. (1988) *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*, Beograd, Pavčnik, M. (1991) *Argumentacija v pravu*, Ljubljana, Perelman, H. (1983) *Pravo, moral i filozofija*, Beograd, Visković, N. (1997) *Argumentacija i pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split.

O tumačenju kao aspektu društvenog komuniciranja: Visković, N. (1989) *Jezik prava*, Zagreb.

²⁴ Visković, N. (2001) *Teorija države i prava*, CDO Birotehnika, Zagreb, str. 248.

²⁵ Vrban, D. (2003) *Država i pravo*, Golden marketing, Zagreb, str. 473.

(topoi).²⁶ U argumente neki ubrajaju i metode tumačenja (jezičko, logičko itd.), te neke pomoćne izvore prava ('priroda stvari', sudski precedenti) i tipična rješenja ili načela (opšte klauzule kao 'pažnja dobrog gospodara', 'dobri poslovni običaji' i sl.) Argumenti su i već navedena rješenja za rješavanje antinomija (npr. *lex posterior derogat legi priori* itd.). Među svim tim pokušajima klasifikacije i preciznog određivanja sadržaja i dometa, argumenata, ističe se podjela talijanskog pravnog pisca Tarella. On ubraja u specifične pravne argumente: *argumentum a contrario*, *argumentum a simile ad simile*, *argumentum a fortiori*, *argumentum a complitudine*, *argumentum a cohaerentia*, te psihološke, teleološke i neke druge argumente.²⁷

Osvrt na značaj tumačenja u pravu zgodno je završiti duhovitom komparacijom u obliku alegorije, koju je o djelatnosti tumačenja razvio Gustav Radbruch (Radbruch).

On je problem predočio kao kapetana sa velikim brodom koji se otisnuo na pučinu. Kapetan je zakonodavac, brod je njegova opšta norma (zakon), a neizmjerna pučina – to je društveni život, bezgraničan u prostoru i vremenu.

Da bi takav veliki brod mogao pristati u luku, prema kojoj plovi, prevelik je i glomazan, pa neko treba da ga toj luci privede: to je pilot s manjim brodom, brodom vodičem.

Tako i pravna norma prema svojoj prirodi opšta i široka, treba svoga pilota, a to je službena osoba, ličnost u državnom organu, primjenjivač ili tumač prava.

Argumentacija, tumačenje i sudska retorika

U tumačenju prava sud ima poseban položaj. "Sudsko tumačenje u izvjesnom smislu je najvažnije jer, na kraju krajeva, sud je onaj organ koji, po pravilu, određuje smisao najvećeg broja pravnih normi kao njihov posljednji, krajnji tumač."²⁸

Sud rješava sporove, a spor i ne znači ništa drugo, sa ovog gledišta, kako Lukić konstatuje, do razliku u tumačenju i mišljenju koje je od dva ili više iznijetih tumačenja pravne norme tačno.²⁹

Svaki spor ima jedan aspekt koji je vezan uz tumačenje – to je uvijek spor oko tačnosti tumačenja.

²⁶ HAFT (1985: 109.-129.) skreće pažnju na veliku važnost jezika i retoričkih argumentativnih tehnika uključivši jezičke figure (hiperbola, metafora, igre riječi itd.), prema: Vrban, isto, fn. 5, str. 474.

²⁷ Vrban, isto, str. 474.

²⁸ Lukić, isto, str. 283.

²⁹ Isto, str. 285.

"Rješavajući spor, sud rješava i pitanje koje je tumačenje tačno, odnosno daje tačno tumačenje odnosnih pravnih normi. Tumačenje suda je stoga konačno – ono tumačenje za koje sud smatra da je tačno i jeste, s pravnog gledišta tačno."³⁰

Donošenje sudske odluke može se predočiti kao pravni silogizam.

Viša premisa u silogizmu je opšta pravna norma.

Niža premisa su činjenice konkretnog slučaja.

Zaključak silogizma je sudska presuda u konkretnom sporu.

Prva premisa nije samo i jednostavno zakonska norma, isto kao što ni druga premisa nisu tek konkretne pravne činjenice.

I jedna i druga premisa prethodno moraju biti protumačene. Norma se tumači u vezi sa konkretnim slučajem na koji treba da se primijeni.

"A pravilo je da svaka norma mijenja značenje s obzirom na konkretan slučaj, makar i u najmanjoj mjeri. Jer svaki konkretan slučaj se razlikuje od svakog drugog, pa za jedan slučaj norma ima jedno, a za drugi – drugo značenje, makar da između ovih razlika ne mora biti velika."³¹

Što se samih činjenica tiče one su utvrđene u normi koja se treba primijeniti, i na osnovu nje činjenice se ponovo preciziraju i potom se utvrđuje da li zaista i postoje u stvarnosti, čime se rješavaju činjenična pitanja."³²

Tek nakon tumačenja norme i činjenica, koje je uvijek vrijednosno ocjenjivanje, kada su utvrđene premise, slijedi izvođenje zaključka po pravilima praktičnog silogizma. U tom smislu Pavčnik za pravnu odluku odlučujućim smatra vrijednost koja je pravno relevantna i koja povezuje i oblikuje sadržaj opšteg pravnog akta i životnog primjera."³³

Obje premise u pravnom silogizmu utvrđuju se uporednim naučnim i argumentativnim postupkom. Ni za sam zaključak često nije dovoljna čista dedukcija bez argumentacije. Odluku ne treba samo donijeti već i obrazložiti. Argumentacija u pravnom govoru predstavlja njegovo najdelikatnije i najbitnije svojstvo, jer ostvarivanje cilja pravnog govora u najvećoj mjeri zavisi od njene uspješnosti.

Izazov pravne argumentacije je što u pravu "nije a priori jasno šta je jasno",³⁴ te "po prirodi pravnog rasuđivanja nikada ne postoji samo jedno moguće

³⁰ Isto.

³¹ Lukić, R. (1989) *Metodologija prava*, IV izdanje, Naučna knjiga, Beograd, str. 226.

³² Isto, str. 230.

³³ Pavčnik, M. (1991) *Argumentacija v pravu*, Ljubljana, str. 119.

³⁴ Hasanbegović, J. (1988) *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*, Biblioteka Izazov, Beograd, str. 190, prema: Radonjić, *Pravna retorika*, Pobjeda, Podgorica, 2006., str. 169.

rješenje",³⁵ pa čak i u slučaju kada zakonodavac postavlja najpreciznije norme ne otklanja probleme vezane uz njihovu primjenu.

"Svaka primjena prava istovremeno je stvaranje prava, a time i proces govornikovog autentičnog iskazivanja i dokazivanja."³⁶

Donošenje sudske odluke pretpostavlja primjenu opšte pravne norme na konkretan slučaj što pretpostavlja njenu konkretizaciju i individualizaciju. Sudska odluka je individualna norma za čije je stvaranje poslužila opšta norma.

Retoričko zaključivanje u pravu izvodi se u praktičnom silogizmu gdje su barem jedna premisa i zaključak preskriptivnog karaktera.

Vežu argumentacije i logike uočio je još Aristotel kada je utvrdio da je osobina retoričkog zaključivanja da polazi barem od jedne vjerovatne silogističke premise, i da dolazi do vjerovatnih i mogućih istina koje odgovaraju mišljenju većine ljudi ili onih mudrih.³⁷

Za retoričku argumentaciju nužno je da poštuje pravila formalne logike (načelo neproturječnosti, pravila definisanja i klasifikacije pojmova, postupci dedukcije i indukcije), ali logičkom izvođenju rješenja iz norme često se suprotstavljaju razlozi zasnovani na usvajanju izvjesnih vrijednosti koje se ne mogu podvesti pod logiku. Pravo kao regulator društvenih odnosa ne može biti smješteno u strogi sistem iz koga se logički može izvući rješenje za svaki slučaj, nego se svaki slučaj mora posebno rješavati.

Sistem prava je nesavršen, nepodesan za primjenu čiste formalne dedukcije, jer traži i upotrebu indukcije gdje se ne polazi od sistema već od konkretnog problema.³⁸

Zbog neizbježnosti formalnologičkih pravila koja se primjenjuju u retoričkom zaključivanju, neki autori govore i o argumentativnoj logici ili logici uvjeravanja. Logika je svakako neophodna, "... no u odlučujućem joj trenutku uvijek iznova pripada drugo mjesto."³⁹

U tom smislu Kalinovski (Kalinowski) konstatuje: "primjena odgovarajućeg logičkog pravila je uistinu laka, dok se krupne teškoće nalaze s jedne strane u izboru više premise, tj. pravne norme koja će se primijeniti, a s druge strane u nižoj premisi ili utvrđivanju činjenica koje odlučuju o primjeni ove ili one norme. Oko ovoga nastaju kontroverze što suprotstavljaju javno tužilaštvo, sudije, advokate, stranke, svjedoke, vještake ... pri tome nema većeg slaganja u pogledu normi

³⁵ Hasanbegović, J., isto, str. 186.

³⁶ Radonjić, *Pravna retorika*, str. 170.

³⁷ Visković, *Argumentacija i pravo*, str. 19.

³⁸ Lukić, *Metodologija prava*, str. 65.

³⁹ Th. Viehweg, navedeno prema: Visković, N., isto, str. 20.

nego li u pogledu činjenica... jedno i drugo treba dobro razumjeti, dobro protumačiti, u čemu nipošto nema jednoglasnosti."⁴⁰

Baveći se primarno argumentacijom u kontekstu prava, Haim Perelman je stvorio pojam "nove retorike" koja je, za razliku od "stare"⁴¹ u najvećoj mjeri okrenuta "... argumentaciji i diskurzivnim tehnikama kao sadržinskom obilježju samog govora".

Argumentativne tehnike Perelman dijeli na postupke vezivanja, asocijacije i postupke razdvajanja, disocijacije. Među postupcima asocijacije opet razlikuje tri vrste argumenata: kvazilogičke argumente, argumente zasnovane na strukturi stvarnosti i argumente koji zasnivaju strukturu stvarnosti.⁴²

Nova retorika za Perelmana nije ništa drugo do niz argumentativnih tehnika koje se koriste, sa ciljem da bi sudija (auditorij) prihvatio određenu tezu.

Tako Perelman u fokus sudskog govora smješta ubjedljivu i čvrstu argumentaciju koja će na kraju odrediti sudijsko mišljenje jer, kako Rabindrant (Rabindranath) Tagore kaže, "istina se ne nalazi u činjenicama, već u skladu između činjenica."

Argumentacija je onaj dio retoričke djelatnosti u kome subjekti iznose argumente kojim opravdavaju svoje stavove i kojim pobijaju argumente druge strane. Argumenti koje upotrebljava pravni govornik usmjereni su na to da auditorijum (sudiju) nagovore ili ubijede u ispravnost stavova koje zagovara.

Između ubjeđivanja i nagovora postoji suštinska razlika.

Ubjeđivanje je uvjerenje koje se stvara mišlju i temelji se na racionalnom aspektu. Ono počiva na snazi uma.

Ubijediti auditorijum znači naći put do njegove inteligencije. Inteligencija govornika i inteligencija auditorijuma trebaju se naći u "prostoru potpunog razumijevanja",⁴³ kako kaže Ugardi (Hougadry), a to se ne dešava odmah, već je rezultat djelovanja jakih argumenata, neoborivih dokaza koje je govornik predočio auditorijumu.

Kod ubjeđivanja odlučujuća uloga pripada snazi logičkog argumenta i dokaza. "Za svaki dokaz, bilo da se on izvodi ... neposrednim empirijskim prikazivanjem onoga što treba da se dokaže, bilo uz pomoć uma apriori na osnovu principa, prije svega se zahtijeva: da on ne nagovara, nego da uvjerava, ili bar da djeluje na uvjerenje; tj. da razlog dokazivanja ili zaključak ne bude prosto subjektivan

⁴⁰ Kalinowski, G., navedeno prema: Visković, N., *Argumentacija i pravo*, str. 20.

⁴¹ Avramović, S. (2008) *Rhetorike tehnice: veština besedništva i javni nastup*, Službeni glasnik, Beograd, str. 391.

⁴² O Perelmanovoj novoj retorici vidjeti: Hasanbegović, J., *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*.

⁴³ Radonjić, isto, str. 171.

(estetski određujući) razlog odobravanja (puki privid), nego objektivan i logički razlog saznanja."⁴⁴

Nagovaranje počiva na riječima čija je ljepota u sferi iracionalnog, što ima presudnu ulogu. Cilj nagovora je ovladati emocionalnom, čulnom sferom i tako "poraziti" razum. Nagovorom se stvara privid, ne dokazuje se, pa se nagovor ne dotiče ni sfere logičnog, ni sfere racionalnog.

U nagovoru dominira afektivni razlog pa on podrazumijeva elokvenciju, afektivnost, moć slikovitog izražavanja. Govornikova volja neosjetno treba da se nametne volji auditorijuma i tako osigura prihvatanje neke odluke.⁴⁵

Šanje (Shaignet) kaže: "Kada smo ubijedeni, mi smo pobijedeni od nas samih... Kad smo nagovoreni, to smo uvijek od strane drugih."⁴⁶

Od sposobnosti sudskog govornika da sudiju uvjeri ili nagovori da se opredijeli za jedan od dva suprotstavljena viđenja predmeta spora koje u svom sudskom govoru zastupaju suprotstavljene strane, zavisit će sudska odluka, a to je i glavni cilj kome je sudski govor usmjeren.

Ubjedljivoj argumentaciji iz ovog razloga treba posvetiti posebnu pažnju.

"Iz toga, kako su metodi uvjeravanja međusobno postavljeni, proizlazi da je uvjeravanje veoma složen, višeslojan proces; da su subjekti tog procesa i govornik i onaj kome se govori; da ishod tog procesa (uvjerenje) zavisi od pravilnog izbora i primjene sredstava uvjeravanja, svojstava govornika i raspoloženja koje on kod auditorijuma stvori; da se, zavisno od vrste govora, uvjerenje vrši dokazivanjem (apodiktički), izazivanjem emocija (etički) ili korištenjem oba metoda."⁴⁷

Prema Perelmanu, pravno rasuđivanje nije nužno formalno-logičko rasuđivanje koje polazi od istinitih, odnosno ispravnih premisa, ispravnom upotrebom logičkih pravila uvijek daje ispravan zaključak i tako se pojavljuje kao garant ispravne primjene prava i pravne sigurnosti, već je dijalektičko rasuđivanje koje ne garantuje valjanu i ispravnu primjenu prava.

Pravno rasuđivanje tako govorniku ostavlja mogućnost da odredbe lošeg zakona progresivno tumači i primijeni, ali jednako ostavlja i suprotnu mogućnost. Stvaranje prava ne zavisi samo od pravila rasuđivanja već i od pravnog okvira i društvenog konteksta u kom se ti procesi odvijaju.⁴⁸

"Zbog toga su pogrešna (nekada prevladavajuća, ali i danas među pravnicima dosta prisutna) racionalistička i dogmatska shvatanja prema kojima prav-

⁴⁴ Kant, I. (1975), navedeno prema Petrović, S., *Retorika*, Gradina, Niš, str. 12.-13.

⁴⁵ Vidjeti: Radonjić, isto, str. 171.

⁴⁶ Petrović, isto, str. 10.

⁴⁷ Radonjić, isto, str. 181.

⁴⁸ Vidjeti: Radonjić, isto, str. 179.

nici naprosto deduktivno-silogistički primjenjuju opšte pravne norme, samo mehanički podvedeći pod njih obilježja konkretnih slučajeva – budući da ni opšta norma nije sasvim jednosmisljena, niti se obilježja konkretnog slučaja mogu podvesti pod pravnu normu prije nego što su selekcionirana i protumačena. Stoga subjekt koji primjenjuje opće pravne norme uvijek retorički – vrednosno učestvuje u stvaranju i značenja te norme (više premise) i značenja konkretnog slučaja (niže premise) na koji se norma odnosi."⁴⁹

Umjesto zaključka: Preporuke za djelotvornu argumentaciju u sudskom govoru

Argumentacija u sudskom govoru ne svodi se isključivo na autoritet zakona, u smislu da potvrdi način i mjeru u kojoj predmet rasprave korespondira sa zakonom. Još je Aristotel upozorio da se ne treba slijepo držati pisanih zakona već da sudija treba suditi "po svom najboljem razumijevanju stvari",⁵⁰ što donošenje sudske odluke dodatno otežava. No, i u situaciji kada bi se sudija kretao samo u okviru zadate zakonske norme, donošenje odluke opet ne bi bilo ni jednostavno ni lako.

Baveći se praktičnim značajem argumentacije Kvintilijan je zaključio da je sposobnost dokazivanja nekad uvjerljivija i od samih dokaza, ali da je sama opterećena brojnim zamkama i teškoćama. Problem je, kako Kvintilijan kaže, u tome što se dokazivanjem "ista stvar i zagovara i pobija", što se dešava da "dva stručnjaka imaju suprotna mišljenja o istoj pravednoj stvari", što je istina "izložena brojnim nezgodama", zbog čega se ponekad "treba poslužiti lukavstvom i drugim sredstvima koja će poduprijeti našu stvar", čak dotle da se "u ime opšteg interesa" pribjegne i neistini, te je govornik na sudu ponekad "primoran da raspi-ruje strasti ako je to jedini način da će pridobiti suca da pravedno radi".⁵¹

Oslonjenost dokazivanja u sudskom govoru na dijalektički metod Šopenhaueru je uporište za tvrdnju da, "ukoliko zatreba, slučaj i zakon, koji u suštini ne odgovaraju jedno drugom može da obrće sve dok se ne stekne utisak da jedno drugom odgovaraju."⁵²

Sudski govornik bi trebao stalno imati na umu nekoliko korisnih i praktično provjerenih savjeta:

⁴⁹ Visković, *Argumentacija i pravo*, str. 21.

⁵⁰ Aristotel (1989) *Retorika*, Naprijed, Zagreb, str. 108.

⁵¹ Kvintilijan, M.F. (1985) *Obrazovanje govornika*, Veselin Masleša, Sarajevo, str. 172.-173.

⁵² Šopenhauer, A. (1997) *Eristička dijalektika ili Umeće kako da se bude u pravu objašnjeno u 38 trikova*, Biblioteka Svetovi, Novi Sad, str. 33.

Struktura glavnog govora, isto vrijedi i za podnesak, treba da poštuje logičku strukturu:

- činjenični opis događaja,
- pravna analiza, sa pozivanjem na važeće pravne norme,
- argumentacija koja vodi do željenog zaključka.

Najviše profesionalno umijeće sudskog govornika predstavlja selekcija argumenata i činjenica na kojima on temelji svoje izlaganje. U skladu sa tim izborom, on pristupa pravnoj analizi, procjenjuje izabrane argumente: korist koju će iznošenjem svakog od njih ostvariti u predmetu koji zastupa ili eventualnu štetu, što je razlog da takve argumente izostavi.

Sudski govor treba osmisлити.

Argumente treba racionalno koristiti.

Govornik mora biti usredsređen na cilj koji želi postići.

Sve pravne i činjenične aspekte slučaja treba dokazati, ne prepuštati ih intuiciji onih koji odlučuju. U govoru treba izbjegavati tvrdnje za koje sam govornik drži da su očigledne i bez njihovog dokazivanja.

Ponovo treba podsjetiti na ranije pomenuti izazov pravne argumentacije da u pravu "... nije a priori jasno šta je jasno".

Istinitost premise uvijek treba dokazati.⁵³

Govor treba stalno da ističe ključne činjenice, bez obzira koliko se one činile jasnim. "Sudije su obično inteligentne, ali ne uvijek, a i inteligentne sudije su ljudska bića, podložni su ubjeđivanju..."⁵⁴

Opravdano je i poželjno citiranje propisa i objašnjavanje njihove suštine čak i onih ključnih pravnih pojmova koji bi se mogli smatrati notornim. Raširena je pojava da bi ovo moglo uvrijediti sud ili biti protumačeno kao očigledan sumnja u pravno znanje sudije. No, to je opasna predrasuda. Sudije često ne poznaju dovoljno pravne propise, ili ih poznaju tek generalno, pa je ovaj pristup ne samo opravdan za onoga ko ga odabere, već i poželjan sa aspekta sudije.

Opšta mjesta i govorni ukrasi ne smiju biti osnovni metod uvjeravanja.

Uvjeravanjem se ne smije ugroziti moralni integritet onih kojima je namijenjeno.

Kada se argumentacija pažljivo, smišljeno i logično iznosi onda ona neprijetno, ali čvrsto veže pažnju onih kojima se govori. Oni bivaju uvučeni u tok izlaganja, prate ga, čak i onda kada se sa njim ne slažu oni mu, sa tako dobro pos-tavljenom i uspješno predočenom argumentacijom, ne mogu odoljeti.

⁵³ Isto.

⁵⁴ Gardner, J., *Legal Argument – The Structure and Language of Effective Advocacy*, str. 91.

Posebno je značajno uspostaviti logičnu vezu između argumenata, postaviti ih u međusobnu relaciju u kojoj se oni nadopunjuju i uzajamno pojačavaju svoje djelovanje.

One najznačajnije argumente, a njih nipošto ne treba biti mnogo, treba ponavljati i time dodatno isticati njihov značaj.

Ništa se u sudskom govoru ne podrazumijeva.

"... Veliku vještinu predstavlja nastojanje da se tokom sudskog govora, kroz niz uzastopnih pitanja i odgovora, i sam sudija mentalno uvuče u napor da, zajedno sa govornikom, protumači dvosmislenu pravnu normu.

Naravno, na način koji odgovara govorniku."⁵⁵

Taktika sudskog govora je izuzetno važna.

Uz stvarni značaj ona je bitna i u psihološkom smislu.

Suđenje je rat u kome su oružje riječi te iskustvo ratovanja ovdje nije na odmet.

Sun Cu (Tzu) u *Umijeću ratovanja* kaže: "Ako si jednak, onda se bori, ako si u stanju. Ako vas je manje, onda se drži podalje, ako si u stanju. Ako nisi tako dobar, onda bježi, ako si u stanju."⁵⁶

I još nešto: "... ako znaš druge i znaš sebe, nećeš biti u opasnosti u stotinama bitaka; ako ne znaš druge, ali znaš sebe, možeš izgubiti, možeš pobijediti; ako ne znaš druge i ne znaš sebe, bit ćeš ugrožen u svakoj pojedinačnoj bici."⁵⁷

Sudski govor davno je napustio okvire samog prava. On danas zadire u oblasti koje izlaze izvan dometa pravnih normi, ali koje na sam sadržaj pravnog odnosa bitno utiču.

Moderno doba je ulogu pravника u razvoju retorike i hermeneutike oslabilo i smanjilo, gotovo sasvim potisnulo. Pravna nauka je u nastojanju da postane sistem egzaktnih, sasvim izvjesnih, deskriptivno-eksplikatornih, vrijednosno neutralnih i potpuno objektivnih saznanja, usvajanjem metoda formalnih i prirodnih nauka, potisnula retoriku zaboravljajući njenu ulogu i u stvaranju i u primjeni pravne norme. No retorika je, uprkos tom teorijskom zaboravu, nastavila da proizvodi učinke povezujući pravnu argumentaciju sa tumačenjem prava.⁵⁸

⁵⁵ Avramović, isto, str. 404.

⁵⁶ Sun Tzu (2007) *Umijeće ratovanja*, Misl, Zagreb, str. 96.

⁵⁷ Isto, 104.

⁵⁸ Vidjeti: Visković, *Argumentacija i pravo*, 22.

Literatura:

1. Aristotel, Retorika, Naprijed, Zagreb, 1989.
2. Avramović, S. (2008) Rhetorike techne: veština besedništva i javni nastup, Službeni glasnik, Beograd.
3. Gardner, J.A. (1993) Legal Argument – The Structure and Language of Effective Advocacy, Charlottesville VA.
4. Hasanbegović, J. 1988. (2006) Perelmanova pravna logika kao nova retorika, Biblioteka Izazov, Beograd,.
5. Kelzen, H. (1951) Opšta teorija prava i države, Beograd.
6. Kvintilijan, M.F. (1985) Obrazovanje govornika, Veselin Masleša, Sarajevo.
7. Lukić, R. (1995) Uvod u pravo, NIU Službeni list SRJ, Beograd.
8. Lukić, R. (1989) Metodologija prava, IV izdanje, Naučna knjiga, Beograd.
9. Pavčnik, M. (1991) Argumentacija v pravu, Ljubljana.
10. Perelman, H. (1983) Pravo, moral i filozofija, Nolit, Beograd.
11. Perić, B. (1994) Država i pravni sustav, Zagreb.
12. Petrović, S. (1975) Retorika, Gradina, Niš.
13. Radonjić, R. (2006) Pravna retorika, Pobjeda, Podgorica.
14. Sun Tzu, Umijeće ratovanja, Misl, Zagreb, 2007.
15. Šopenhauer, A., Eristička dijalektika ili Umeće kako da se bude u pravu objašnjeno u 38 trikova, Biblioteka Svetovi, Novi Sad, 1997.
16. Visković, N. (1997) Argumentacija i pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split.
17. Visković, N. (2001) Teorija države i prava, CDO Birotehnika, Zagreb.
18. Visković, N. (1989) Jezik prava, Zagreb.
19. Visković, N. (1981) Pojam prava, Logos, Split.
20. Vrban, D. (2003) Država i pravo, Golden marketing, Zagreb.

JUDICIAL RHETORIC: ARGUMENTATION AT THE SERVICE OF HERMENEUTICS

Summary

Law relies on language and speech. The judicial rhetoric is the most demanding and challenging of all rhetoric, with the gravest possible consequences. It is speech at the service of the noble goal of justice and fairness, hence due attention has been given to it since the earliest times. The legal orator must have a clear goal – to prove his claim is true. He must leave no doubt in the minds of his audience, nor try to assume their conclusions.

The interpretation of the legal content is both the link between the normative legal content and the reality in which it is to materialise and the condition for it to materialise. The legal hermeneutics, or the art of interpreting law, uses legal arguments to interpret the normative legal content in order to persuade the audience to embrace these arguments and resolve the dispute at hand in accordance with them. The judicial rhetoric does not merely express the legal content using speech, but it is also the means to interpret law.

The same importance given to the legal arguments and interpretation of law is also extended to the legal rhetoric, giving it the meaning and position it deserves.

Key words

Judicial rhetoric, legal syllogism, legal hermeneutics, methods of interpretation, legal argumentation.

PРАВНА ПРОБЛЕМАТИКА ПОКРОВИТЕЛЈСТВА ВИСОКОГ ШКОЛСТВА, S ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА СЛОБОДУ ЗНАНСТВЕНОГ СТВАРАЛАШТВА

pregledni znanstveni rad

UDK: 338.246.027:378

dr. iur. Mijo Božić*

Sažetak

Visoko školstvo u Bosni i Hercegovini tradicionalno se financira iz proračunskih sredstava. Međutim, najveći dio sredstava utroši se na plaće i doprinose nastavnog i tehničkog osoblja ustanova. Za financiranje znanstvenih istraživanja kronično nedostaje sredstava. Ovakvo stanje zasigurno ima negativan učinak na konkurentnost visokoškolskih ustanova u Bosni i Hercegovini.

Imajući u vidu trendove u gospodarstvu malo je izgledno da će se stanje javnih kasa u doglednoj perspektivi promijeniti nabolje. Puno prije, očekivano je da će proračunska sredstva za visoko školstvo biti dodatno reducirana. U takvim okolnostima malo je prostora za poboljšanje sustava.

Žele li (p)ostati konkurentne, uprave visokoškolskih ustanova prisiljene su osigurati sredstva za funkcioniranje ustanove iz alternativnih (nepračunskih) izvora. Jedan od posebno interesantnih (potencijalnih) izvora je pokroviteljstvo. Autor u tekstu definira pojam pokroviteljstva visokog školstva; analizira potencijalne rizike po slobodu znanstvenog stvaralaštva, koje takvi pokroviteljski aranžmani sa sobom nose/mogu nositi; te upozorava na neuralgične točke pokroviteljstva, koje ustanova mora odgovarajuće uzeti u obzir pri sklapanju pokroviteljskog ugovora, kako bi zaštitila slobodu znanstvenog stvaralaštva i prevenirala korupciju.

Ključne riječi

Pokroviteljstvo, sponsoring, pokroviteljstvo visokog školstva, sloboda znanstvenog stvaralaštva, korupcija.

* RWT – Odvjetnički ured, Reutlingen;
krcevine75@googlemail.com

... Članovi/članice akademske zajednice u svojim istraživanjima trebaju se voditi idejom slobode istraživanja, izražavati svoje pravo kritiziranja i ispitivanja društvenih vrijednosti i struktura, a sve u svrhu traganja za istinom i stjecanja i distribucije znanja.

Univerzitet treba štiti sve svoje članove/članice od svakog pokušaja ograničavanja, onemogućavanja ili uskraćivanja ove slobode.

Član 4. Etičkog kodeksa Univerziteta u Sarajevu

I. Uvodne napomene

1. Pojam pokroviteljstva

Pod pojmom pokroviteljstva¹ podrazumijeva se planiranje, organizacija, provedba i nadzor sveukupnih aktivnosti povezanih s novcem, materijalnim sredstvima i uslugama, koje gospodarski subjekti daju kao potporu pojedincima i/ili organizacijama na područjima društvenih djelatnosti, sporta i kulture, nastojeći na taj način ostvariti ciljeve korporativnih odnosa s javnošću.

Ovisno o broju pokrovitelja razlikuju se ekskluzivni pokrovitelji i kopokrovitelji. Pokroviteljstvo se može realizirati za konkretan događaj, smotru, *event*, itd., ili pak za pojedini projekt, gdje se ugovara potpora za određeno vremensko razdoblje. Uobičajena je i podjela na platinaste, zlatne, srebrne i brončane pokrovitelje, ovisno o visini njihovih pokroviteljskih priloga.

Temelj pokroviteljstva je uvijek odgovarajući građansko-pravni obvezni ugovor. Ugovor o pokroviteljstvu je sinalagmatičan pravni posao između pokrovitelja i korisnika pokroviteljstva (načelo *do ut des*). Činidba pokrovitelja sastoji se u davanju sredstava na raspolaganje, a protučinidba korisnika u promidžbi pokrovitelja. Postojanje protučinidbe korisnika čini razliku između pokroviteljstva s jedne, i donacija i mecenatstva, s druge strane. Pokroviteljstvo promatrano iz perspektive pokrovitelja ima redovito i jednu, manje ili više izraženu, nematerijalnu, idealističku komponentu. Ista, međutim, nije dostatan motiv gospodarskom subjektu za sudjelovanje u pokroviteljstvu. Gospodarstvenik sudjeluje u pokroviteljskim aktivnostima puno prije motiviran očekivanim pozitivnim marketinškim učincima, koje takve aktivnosti obećaju.

2. Pokroviteljstvo visokog školstva

Događa li se pokroviteljstvo na jednoj visokoškolskoj ustanovi, može se govoriti o pokroviteljstvu visokog školstva. Što se ima smatrati visokoškolskom

¹ U članku su izrazi pokroviteljstvo i *sponsoring* korišteni kao sinonimi.

ustanovom, definirano je u Federaciji BiH odgovarajućim odredbama kantonalnih zakona o visokom obrazovanju. Zakon o visokom obrazovanju Kantona Sarajevo – Prečišćeni tekst (Službene novine Kantona Sarajevo broj 22/10)² definira visokoškolsku ustanovu kao *ustanovu koja se bavi djelatnošću visokog obrazovanja u skladu sa zakonom* (čl. 3. lit. 27. Zakona).

U pravilu, visokoškolska ustanova se pojavljuje kao korisnik pokroviteljskih sredstava. Ista, međutim, može biti i pokrovitelj. Potonja konstelacija (visokoškolska ustanova = pokrovitelj) je izuzetno rijedak slučaj u praksi, napose u vremenima kada su javne kase prazne. Stoga će ostati izvan okvira razmatranja ovog članka. Pokroviteljstvo visokog školstva je dakle primarno ugovorni odnos, gdje se visokoškolska ustanova pojavljuje u ulozi korisnika.

Pokroviteljska sredstva mogu biti namijenjena u različite korisne svrhe, od kojih su najvažnije

- potpora znanstveno-istraživačkim projektima ustanove, odnosno pojedinih znanstvenih djelatnika;
- pomoć upravi ustanove pri realizaciji određenih infrastrukturnih projekata (npr. sanaciji zgrade rektorata ili pak neke od sastavnica sveučilišta, izgradnji nove sportske dvorane, bazena, uređenju čitaonica, predavaonica, itd.)
- podrška ustanovi pri provedbi pojedinih organizacijskih poslova (primjerice finansijskoj potpori održavanju dana ustanove, svečanoj promociji svršenih studenata sveučilišta, ali i za kupnju novih knjiga za sveučilišnu, odnosno fakultetsku knjižnicu, stavljanju na raspolaganje određene tehničke opreme, itd.).

Potpora znanstvenim istraživanjima naziva se i projektno orijentirano pokroviteljstvo, dok je potpora infrastrukturnim, odnosno organizacijskim poslovima ustanove, institucionalno orijentirani *sponsoring*. Iako su pokroviteljski aranžmani prezentniji u segmentima infrastrukture i organizacije, za slobodu znanstvenog stvaralaštva i sveučilišnu autonomiju svakako su bitno važnija pitanja pokroviteljstva znanstveno-istraživačke djelatnosti. Stoga je i u žarištu razmatranja ovog članka (dio II.) projektno orijentirano pokroviteljstvo. Opažanja u dijelu I. i III. rada su manje više univerzalnog karaktera i važe za *sponsoring* visokog školstva općenito.

Pokroviteljstvo znanstveno-istraživačke djelatnosti realizira se najčešće na način da znanstvenik pojedinac, odnosno skupina znanstvenika, ostvare kontakt sa zainteresiranim pokroviteljem te potom, osiguravši privolu ustanove,

² U tekstu Zakon i Zakon o visokom obrazovanju Kantona Sarajevo

sklope odgovarajući ugovor o pokroviteljstvu.³ Moguće je također da ustanova inicira i sklopi pokroviteljski ugovor, kojim se obvezuje, pokroviteljska sredstva staviti na raspolaganje (određenom) znanstveniku, odnosno skupini znanstvenika, u svrhu realizacije određenog znanstvenog projekta.⁴

3. Značaj i ciljevi pokroviteljstva

Odredbom čl. 135. (1) Zakona o visokom obrazovanju Kantona Sarajevo, utvrđeno je da se *Visokoškolska ustanova čiji je osnivač ili suosnivač Kanton finansira ili sufinansira iz Budžeta po osnovu kriterija za finansiranje visokoškolskih ustanova, kao javnih ustanova, koje na prijedlog Ministarstva utvrđuje Vlada.* Osim prihoda iz članka 135. Zakona, visokoškolska ustanova može stjecati prihod i iz: realizacije znanstveno-istraživačkog rada i umjetničkog rada; pružanja intelektualnih, odnosno znanstvenih, stručnih i umjetničkih usluga; izdavačke djelatnosti; postupaka nostrifikacije javnih isprava; autorskih prava i patenata; donacija pravnih i fizičkih osoba, legata i darova; administrativnih pristojbi; školarina; djelatnosti laboratorija, centara i instituta ustanove; dijagnostičkih i drugih stručnih usluga za potrebe humanog i animalnog zdravlja te drugih izvora, u skladu sa zakonom i registriranom djelatnošću visokoškolske ustanove (čl. 136. Zakona). Na više-manje identičan način, regulirano je financiranje visokog obrazovanja i u drugim Kantonima.

Financiranje visokog obrazovanja vrši se (još uvijek) primarno iz proračunskih sredstava.⁵ Međutim, kronično prazne javne kase dovode do toga da alternativni načini financiranja dobivaju sve više na težini. Trendovi redukcije državnih subvencija za visoko školstvo (na cijelom europskom kontinentu) upućuju na zaključak da će, ako već ne ostanak visokoškolske ustanove, onda zasigurno njena konkurentnost u srednjoročnoj perspektivi ovisiti ponajprije o sposobnosti uprave da osigura sredstva za funkcioniranje ustanove iz izvanproračunskih izvora. Jedan od važnijih izvora financiranja visokog školstva postat će nesumnjivo pokroviteljstvo.⁶

³ Radi cjelovitosti informacije, treba reći da znanstvenik, odnosno skupina znanstvenika, najčešće ne raspolažu ovlaštenjem za sklapanje ugovora o pokroviteljstvu. Odlučiti o sklapanju ugovora o pokroviteljstvu, u pravilu, može samo uprava ustanove, a nastavnik je slobodan inicirati sklapanje jednog takvog aranžmana. Pitanje ovlaštenja za sklapanje ugovora o pokroviteljstvu, u načelu, korelira s pitanjem zastupanja i predstavljanja ustanove, koje je regulirano statutom sveučilišta/visoke škole.

⁴ Slično Hampe, Hochschulsponsorship und Wissenschaftsfreiheit, 24

⁵ Ovdje se, svakako, misli na visokoškolske ustanove čiji je osnivač država (kanton).

⁶ Već je etabliрана praksa da pokrovitelji finansijski pomažu organizaciju svećanih promocija svršenih studenata fakulteta i akademija sveučilišnih ustanova u BiH. Očekivano je da će pokroviteljska sredstva u perspektivi igrati značajniju ulogu i u financiranju znanstvenih istraživanja.

Istina, čl. 136. Zakona o visokom obrazovanju Kantona Sarajevo ne spominje izrijeком pokroviteljstvo kao mogućí izvor prihoda ustanove. Formulacija odredbe čl. 136. lit. l) "drugih izvora u skladu sa zakonom ..." indicira, međutim, da popis izvora iz čl. 136. lit. a) do k) nije zatvoren, odnosno da u obzir dolaze i drugi izvori, ako su u skladu sa zakonom i registriranom djelatnošću ustanove. Primjer jednog takvog "drugog" izvora je upravo pokroviteljstvo. U prilog kvalifikacije pokroviteljstva kao "drugog" izvora, u smislu odredbe čl. 136. lit. l) zakona, govori i okolnost da je *sponsoring* aktivnost komercijalne naravi, pri kojoj se ugovorni partner ustanove, za realiziranu uslugu, obvezuje platiti određeni iznos novca. U tom smislu se *sponsoring* ne razlikuje od većine aktivnosti koje su izrijeком priznate kao izvori iz kojih se financiraju visokoškolske ustanove u Kantonu (čl. 136. lit. a do k Zakona). Mogućnost stjecanja sredstava putem sklapanja pokroviteljskih ugovora proizilazi (neizravno) i iz odredbe čl. 3. st. 1. točka 3. Zakona o porezu na dobit u FBiH (Službene novine Federacije BiH 97/07, 14/08 i 39/09) kojom je, između ostalog, utvrđeno da kantonalne ustanove ne podliježu plaćanju poreza na dobit temeljem prihoda iz pokroviteljstva.⁷ Konačno, pokroviteljska sredstva na području visokog školstva služe za financiranje ustanove koju je utemeljila država (kanton) i čije je uspješno funkcioniranje od njenog posebnog interesa. Slijedom rečenog, država bi (u idealnom slučaju) trebala u cijelosti osigurati financiranje visokoškolske ustanove.⁸ Dogodi li se pak da država propusti osigurati dostatna i adekvatna sredstva za funkcioniranje visokoškolske ustanove, onda mora prihvatiti da je sveučilište/visoka škola slobodno namaknuti nedostajuća sredstva putem aktivnosti na tržištu (svakako uz određena ograničenja).

Za razliku od pokroviteljstva na drugim područjima društvenih aktivnosti, napose u sportu, pokroviteljstva u oblasti visokog školstva trenutačno su još u povojima. Više je razloga takvom stanju, no prije svih stoje:

- relativno slab učinak promidžbe i posljedično tome odsustvo interesa gospodarskih subjekata, potencijalnih pokrovitelja te
- izvjesna nesigurnost i kolebljivost visokoškolskih ustanova spram sklapanja pokroviteljskih aranžmana. Uzroci toj kolebljivosti su, između ostalih, bojazan za slobodu znanstvenog stvaralaštva, pravne dileme u tretmanu *sponsoringa*, nedostajući stručni personal, i sl.

⁷ Ova izjava vrijedi samo za visokoškolske ustanove čiji je utemeljitelj država (entitet, kanton).

⁸ Vidjeti fusnotu br. 6

4. Značajke pokroviteljstva u visokom školstvu

Promatrano iz perspektive pokrovitelja, pokroviteljstvo visokog obrazovanja predstavlja jedan komplementaran i komprijenzivan instrument marketinške komunikacije, koji pruža izvrsnu platformu za ostvarenje ciljeva korporativnog PR.

Što se tiče korisnika, pokroviteljstvo je instrument za akviziciju finansijskih, odnosno materijalnih sredstava i usluga, koji bitno proširuje manevarski prostor visokoškolske ustanove. *Sponsoring* pomaže zadržavanju postignute razine kvalitete nastave (ili čak doprinosi njenom poboljšanju), usprkos smanjenom iznosu proračunskih sredstava, odnosno omogućava znanstveniku ostvarenje njegove istraživačke ideje koju se, bez pokroviteljskih sredstava, ne bi dalo realizirati.

Tako shvaćeno pokroviteljstvo je:

- sastavni dio integriranih odnosa s javnošću trgovačkog društva koje se pojavljuje u ulozi pokrovitelja visokog školstva, odnosno
- sastavnica integriranog marketinškog programa visokoškolske ustanove – korisnice pokroviteljskih sredstava.⁹

5. "Tko plaća, taj i odlučuje ili znanost na rasprodaji!?"

Pokroviteljstvo visokog obrazovanja općenito, a napose pokroviteljstvo znanstveno-istraživačke djelatnosti spada u red brzantnijih visokoškolskih tema današnjice. Praksa da znanstvenici stječu nove spoznaje zahvaljujući pokroviteljskim sredstvima kojima se financiraju njihove istraživačke ideje, u dijelu opće, ali i stručne javnosti, izaziva brojne kontroverzice.

Naime, u (dijelu) javnosti postoji (opravdana) bojazan da sponzorirane visokoškolske ustanove, odnosno znanstvenici koji su "na platnom spisku" pokrovitelja, ne raspolažu potpunom slobodom izbora istraživačke teme, načinu njene realizacije te objavi rezultata istraživanja, budući – bar podsvjesno moraju voditi računa i o interesima *financijera*, odnosno misliti na mogućnosti osiguranja sredstava za svoje buduće projekte, što posljedično šteti slobodi znanstvenog stvaralaštva.

Javnom tajnom se, primjerice, smatra da farmaceutske kompanije koje sudjeluju u (ko)financiranju pojedinih znanstvenih istraživanja žele osigurati i

⁹ Vidjeti Koncept zum Sponsoring an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, 2, dostupan i kao elektronska isprava na <http://www.verwaltung.uni-halle.de/DEZERN1/PRESSE/Vm/Downloads/Sponsoring-Konzept.pdf>

utjecaj na objavljivanje rezultata istraživanja, odnosno odlučiti hoće li "neželjeni" podaci uopće ugledati svjetlo dana.¹⁰

Slično je i u drugim znanstvenim oblastima. Kako, primjerice, izgleda spoj znanosti i bankarstva, dade se plastično prikazati na primjeru instituta Quantitative Products Laboratory – zajedničke inicijative Deutsche Bank i Tehničkog, odnosno Humboldt sveučilišta iz Berlina. Banka financira projekat od 2006. godine s 3 mil. eura godišnje.

Između ostalog, ugovor o suradnji predviđa da će:

- se postavljena namještenika na Institutu realizirati u dogovoru s Bankom;
- Institutom upravljati odbor koji čini jednak broj članova, predstavnika Banke i Sveučilišta;
- u slučajevima pat pozicije odlučujuću riječ imati Banka;
- istraživači 60 dana prije planirane objave, dostaviti rezultate istraživanja Banki koja će odlučiti o njihovoj objavi.¹¹

Stoga se nerijetko mogu čuti zahtjevi stručnjaka da, pri objavi pojedinih znanstvenih studija, znanstvenici koji su realizirali ideju, zajedno s rezultatima istraživanja, moraju objaviti i ukupne podatke o financijskoj potpori projektu, odnosno imenima gospodarskih subjekata koji su financijski podržali projekat.¹² Popis treba dopuniti i zahtjevom za objavom cjelokupnog pokroviteljskog ugovora (uključivo i eventualne anekse) jer je tek pažljivim iščitavanjem ugovora moguće ustanoviti postoje li određeni elementi ugovora koji dovode u sumnju *znanstvenost* realiziranog projekta.

Brizantni su također primjeri imenovanja instituta, objekata ili predavaonica fakulteta imenima pokrovitelja.¹³ U (inozemnom) sportu je već standard da se klubovi ili objekti nazivaju imenima pokrovitelja, primjerice *FC Red Bull Salzburg*, *Emirates stadium*, *T-com – Arena*, itd. Sličan scenarij mogao bi uskoro zadesiti i visoko školstvo.¹⁴ Stoga ne treba začuditi ako se u perspektivi pojave nazivi poput *Red Bull – Fachhochschule*, *Emirates university*, *T-com – Universität*, itd.

¹⁰ Warnecke, Was Firmen an Unis bestimmen dürfen, Der Tagesspiegel od 31. svibnja 2011., dostupno na <http://www.tagesspiegel.de/wissen/was-firmen-an-unis-bestimmen-duerfen/4235458.html>

¹¹ Iscrpnije o ovome Warnecke, Was Firmen an Unis bestimmen dürfen, Der Tagesspiegel od 31. svibnja 2011. godine

¹² Schulte von Drach, Ausverkauf der Wissenschaft, SZ 2.11.2006, dostupno na <http://www.sueddeutsche.de/karriere/hochschul-sponsoring-ausverkauf-der-wissenschaft-1.554217>

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

Financiranje znanstveno-istraživačke djelatnosti iz *izvanproračunskih* izvora budi sumnju u slobodu znanstvenog stvaralaštva i autonomiju visokoškolskih ustanova. Opće je mišljenje da se na ovakav način posreduje dvostruka poruka:

- Studentima – Visoko obrazovanje i znanstveno-istraživačka djelatnost nemaju posebnu vrijednost za državu (budući nedostatak sredstava čini da prostori sveučilišta/visoke škole postanu površinom za komercijalno oglašavanje); i
- Javnosti – Uprave visokoškolske ustanove su spremne žrtvovati reputaciju sveučilišta/visoke škole kao utočišta objektivnosti, kako bi začepili nastale financijske rupe. Slijedeći takvu logiku, nameće se zaključak da je objektivnost manje vrijedna od novca.¹⁵

Djelovanja pokrovitelja na znanstveno-istraživačke aktivnosti mogla bi se ugrubo podijeliti u dvije skupine, i to: društveno adekvatne i društveno neadekvatne utjecaje. Utjecaj pokrovitelja na odabir predmeta znanstvenog istraživanja te odluku o istraživačkoj metodi koja će biti primijenjena u konkretnom slučaju, mogli bi se nazvati društveno adekvatnim utjecajima. Socijalno neadekvatan utjecaj bio bi pak determiniranje rezultata istraživanja interesima pokrovitelja. Ovakav zahtjev pokrovitelja može biti izražen posve eksplicitno ili na način da pokrovitelj, putem izdašnih davanja – napose u vremenima kada je ustanova u financijskim poteškoćama, stvori situaciju gdje znanstvenik još samo teško može ostati nepristran, odnosno pri realizaciji svoje istraživačke ideje posve zanemariti interese pokrovitelja.¹⁶

U nastavku članka slijedi detaljnije razmatranje mogućih utjecaja pokrovitelja na znanstveno-istraživačku djelatnost, odnosno na utilizaciju slobode znanstvenog stvaralaštva.

II. Temeljno-pravna zaštita slobode znanstvenog stvaralaštva

1. Sloboda znanstvenog stvaralaštva

Ustav Federacije BiH ne sadrži odredbu koja jamči slobodu znanstvenog, kulturnog i umjetničkog stvaralaštva, kako je primjerice utvrđeno odredbom čl. 68. st. 1. Ustava Republike Hrvatske (*Jamči se sloboda znanstvenog, kulturnog i umjetničkog stvaralaštva.*) ili odredbom čl. 5. st. 3. Ustava SR Njemačke (*Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei.*). Sloboda znanstvenog stvaralaštva u

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Hampe, Hochschulsponsoring und Wissenschaftsfreiheit, 90.

Federaciji Bosne i Hercegovine zajamčena je odredbom čl. 15. st. 3. Međunarodnog pakta o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima od 16. prosinca 1966. godine (Službeni list SFRJ broj 7/1971, u daljnjem tekstu "Pakt"), čije odredbe imaju pravnu snagu ustavnih odredbi u Federaciji Bosne i Hercegovine.¹⁷

Odredba čl. 15. st. 3. Pakta glasi: *Države stranke ovog Pakta se obvezuju da će poštivati slobodu koja je bitna za znanstveno istraživanje i stvaralačku djelatnost.*

a) Normativni aspekti slobode znanstvenog stvaralaštva

Odredba čl. 15. st. 3. Pakta ima identičnu – dvostruku funkciju kao i odredbe čl. 68. st. 1. Ustava Republike Hrvatske, odnosno čl. 5. st. 3. Ustava SR Njemačke. Sloboda znanstvenog stvaralaštva je u sva tri slučaja:

- jedno objektivno vrijednosno načelo, sukladno kojem se određuje odnos znanosti i države, ali u isto vrijeme i
- individualno pravo svih, u oblasti znanosti aktivnih pojedinaca, slobodno odlučiti o svojim znanstvenim interesima.¹⁸

Sloboda znanstvenog stvaralaštva ne znači, dakle, samo zabranu državne intervencije u oblast znanosti, nego jednako obvezuje državu:

- omogućiti i podržati znanost i njenu distribuciju osiguranjem adekvatnih i dostatnih ljudskih, financijskih i organizacijskih sredstava te
- putem odgovarajućih organizacijskih mjera osigurati da temeljno pravo slobode znanstvenog stvaralaštva ostane nedirnuto, sve dok njegova utilizacija ne zadire u temeljna prava drugih, odnosno ne kolidira s drugim zadaćama znanstvene ustanove.¹⁹

Čl. 15. st. 3. Pakta jamči, ne samo zaštitu slobode stvaralaštva u odnosu spram države, nego i odnosu spram organa znanstvene ustanove.

Temeljno-pravna obveza države, osigurati (potpunu) slobodu znanstvenog stvaralaštva, dade se realizirati bez (većih) poteškoća, sve dok u financiranju znanosti ne sudjeluju i drugi akteri. Angažman drugih – nedržavnih – aktera, odnosno fizičkih i pravnih osoba privatnog prava kao pokrovitelja visokog škol-

¹⁷ Vidjeti Aneks Ustava Federacije Bosne i Hercegovine – Instrumenti za zaštitu ljudskih prava koji imaju pravnu snagu ustavnih odredaba, lit. 11; Na zakonskoj su razini akademska autonomija i akademske slobode u Kantonu Sarajevo zajamčene odredbama čl. 5. Zakona o visokom obrazovanju Kantona.

¹⁸ Umjesto mnogih vidjeti samo von Münch, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, Art. 5 margina br. 70.

¹⁹ von Münch, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, Art. 5 margina br. 70.

stva usložnjava prilike. Mogućnosti za dosljednu utilizaciju temeljno-pravne odredbe o slobodi znanstvenog stvaralaštva (čl. 15. st. 3. Pakta) su u takvim slučajevima limitiranije. Potencijalne (negativne) implikacije pokroviteljstva visokog školstva na znanost moguće je razumjeti tek kad se izvrši konkretizacija slobode znanstvenog stvaralaštva, odnosno istraži njena sadržina.

b) Konkretizacija slobode znanstvenog stvaralaštva

Sloboda znanstvenog stvaralaštva, prije svega, obuhvaća slobodan odabir predmeta istraživanja, odluku o metodologiji istraživanja, valorizaciju rezultata istraživanja te njihovu slobodnu diseminaciju.²⁰

Odabir teme istraživanja - Svaki znanstveni projekt započinje odabirom teme, odnosno predmeta istraživanja i, u načelu, uživa temeljno-pravnu zaštitu iz čl. 15. st. 3. Pakta. Ovaj izraz slobode znanstvenog stvaralaštva nema konstitutivan učinak na pravo iz čl. 15. st. 3. Pakta, budući su razlozi za istraživanje određene teme posve irelevantni. Mjerodavno je isključivo da naslov teme iskazuje odgovarajući spoznajni karakter, odnosno da isti korespondira s jednim od odgovora u smislu "točno" ili "krivo". (Su)odlučivanje pokrovitelja pri odabiru teme je dakle ništetno za slobodu znanstvenog istraživanja.

Slobodna odluka o metodologiji planiranog istraživanja – Sloboda znanstvenog stvaralaštva obuhvata i odluku o izboru metode. Uz pomoć određene metode prikupljaju se rezultati istraživanja, odnosno provjerava ispravnost teorija i hipoteza.²¹

Kakve su implikacije dogovora o metodi na slobodu znanstvenog stvaralaštva? Shvati li se znanost kao "pokušaj istraživanja istine putem metodički uređenog i kritički reflektiranog razmišljanja",²² onda znanstveno-istraživački projekt mora uživati zaštitu iz čl. 15. st. 3. Pakta, sve dok je znanstvenik uvjerenja da odabrana metoda osigurava maksimalno približavanje istini, odnosno tako dugo dok je i stvarno moguće provesti ukupna istraživanja, nužna za dobivanje određenog rezultata.²³ Posljedično tome, znanstveno-istraživački projekt, za koji je pokroviteljskim aranžmanom negativno određena metodologija istraživanja

²⁰ Vidjeti odluku Saveznog ustavnog suda SR Njemačke BverfGE 35, 79 (113). Ovakva konkretizacija ima univerzalan značaj i može u cijelosti poslužiti za razumijevanje sadržine odredbe čl. 15. st. 3. Međunarodnog pakta o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima.

²¹ Classen, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 84.

²² Tako primjerice Wendt u von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar I, Art. 5 broj margine 100.

²³ Classen, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 84.

(primjerice pokrovitelj i korisnik ugovorno se obvežu da pri realizaciji istraživanja neće biti vršeni pokusi A i B), uživat će temeljno-pravnu zaštitu iz čl. 15. st. 3. Pakta, samo onda ako je znanstvenik mišljenja da se uz pomoć preostalih metoda (pokusi C i D) moguće maksimalno približiti istini. Isto vrijedi i u slučajevima pozitivnog definiranja istraživačke metode (ugovorne strane dogovore da će znanstvenik vršiti isključivo pokuse C i D).²⁴

Sloboda valorizacije rezultata istraživanja – Treća i najvažnija sastavnica slobode znanstvenog stvaralaštva je valorizacija rezultata istraživanja. Koraci koji prethode valorizaciji rezultata istraživanja, a prije svih odabir naslova teme istraživanja i odluka o metodama, služe isključivo dobivanju odgovarajućih rezultata za daljnju analizu. Odabir teme i metoda istraživanja su samo sredstva koja služe za ostvarenje cilja. Zbog izuzetne relevancije valorizacije dobivenih rezultata (u obliku izgradnje teorije ili izvođenja zaključaka), ovaj procesni korak uživa apsolutnu temeljno-pravnu zaštitu.²⁵ Svaki uspio utjecaj u okviru valorizacije rezultata ima za posljedicu gubitak zaštite slobode znanstvenog stvaralaštva postulirane u čl. 15. st. 3. Pakta.²⁶

Prema mišljenju znanstvenika angažiranog na projektu, dobiveni rezultat mora uvijek predstavljati najveće moguće približavanje istini. Nedostatno je puko prihvaćanje rezultata "koji se dade zastupati".²⁷ Utjecaj pokrovitelja na valorizaciju rezultata istraživanja rezultirat će posljedično tome gubitkom zaštite iz čl. 15. st. 3. Pakta. Svakako nije nužno da pokrovitelj izravno djeluje na valorizaciju rezultata. Dostatno je već da istraživač iz straha, zbog mogućeg gubitka pokroviteljskih sredstava (za buduće projekte), istražuje *u korist* pokrovitelja i na taj način dobije rezultat koji, iz njegove perspektive, ne predstavlja najveće moguće približavanje istini, nego najveće moguće približavanje interesima pokrovitelja (npr. istraživač krivotvori rezultate; zanemaruje dio dobivenih rezultata, itd.).²⁸

Pristranost, praznine, nepotpuno uzimanje u obzir drukčijih mišljenja, nisu dostatni za uskratu temeljno-pravne zaštite slobode znanstvenog stvaralaštva. Tek sustavni propusti, poput puke diseminacije prethodno formiranih mišljenja, mogu opravdati gubitak zaštite. Indicija za takvo što može biti, primjerice, sustavno zanemarivanje fakata, vrela, mišljenja i rezultata koji dovode u sumnju stavove autora.²⁹

²⁴ Hampe, Hochschulsponsoring und Wissenschaftsfreiheit, 92.

²⁵ Classen, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 86.

²⁶ Hampe, Hochschulsponsoring und Wissenschaftsfreiheit, 93.

²⁷ Classen, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 86.

²⁸ Hampe, Hochschulsponsoring und Wissenschaftsfreiheit, 93.

²⁹ Vidjeti odluku Saveznog ustavnog suda SR Njemačke BVerfG 90, 1 (13).

Sloboda diseminacije rezultata istraživanja – Nakon valorizacije rezultata znanstvenog istraživanja, u pravilu slijedi njihova diseminacija, putem publikacija, razgovora, predavanja, itd. Isti čini četvrtu sastavnicu pravnog dobra slobode znanstvenog stvaralaštva. Sloboda diseminacije sastoji se, prije svega, u pravu slobodnog izbora mjesta, vremena i modusa diseminacije.³⁰ Posebno relevantno, u kontekstu razmatranja problematike pokroviteljstva u visokom školstvu je pitanje, obuhvaća li sloboda diseminacije i pravo neobjavlivanja dobivenih rezultata. Savezni ustavni sud SR Njemačke u svojoj odluci BVerfG 47, 327 polazi od načelne (ne i opće) obveze objavljivanja rezultata istraživanja. Istog mišljenja je i većina teoretičara prava. Naime, znanost nije sama sebi svrhom, nego služi proširenju objektivnih spoznajnih obzora. Ostvarenje tog cilja moguće je samo ako rezultati dobiveni znanstvenim istraživanjem zbilja budu i objavljeni. Dakle, dobri razlozi govore u prilog kvalifikaciji objave rezultata istraživanja konstitutivnim elementom zaštite slobode znanstvenog stvaralaštva iz čl. 15. st. 3. Pakta.³¹ S druge strane, opća obveza diseminacije ne bi dovoljno uzela u obzir činjenicu da negativna sloboda objave rezultata usko korelira s trećom sastavnicom slobode znanstvenog stvaralaštva - slobodnim vrednovanjem ishoda istraživanja. Odluka o upoznavanju znanstvene zajednice s ishodom određenog znanstvenog istraživanja je redovito valorizacija rezultata istraživanja kao rezultata vrijednih publiciranja, odnosno rezultata koji predstavljaju najveće moguće približavanje istini. Neobjavlivanje rezultata istraživanja može se razumjeti i kao prosudba znanstvenika, da isti ne predstavljaju maksimalno približavanje istini.³² Obveza diseminacije postoji samo u slučajevima gdje znanstvenik, pri slobodnoj ocjeni rezultata, zaključi da isti subjektivno predstavljaju najveće moguće približavanje istini. Nije li tomu tako, šutnju znanstvenika, odnosno neobjavlivanje rezultata istraživanja treba razumjeti kao izraz slobode valorizacije rezultata.

Iz prethodno rečenog proizilazi da su dogovori pokrovitelja i korisnika, u pogledu oblika, sadržine i vremena objave rezultata znanstvenog istraživanja, (koje je bilo predmet pokroviteljstva) dozvoljeni ako pružaju dostatna jamstva da će isti uopće biti učinjeni dostupnim akademskoj zajednici.³³ Također, dozvoljeno je odustati od realizacije znanstvenog projekta, odnosno od objave rezultata istraživanja kada isti ne predstavljaju najveće moguće približavanje istini. Problematična je, međutim, konstelacija gdje pokrovitelj nametne obvezu znanstveniku

³⁰ Vidjeti odluku Saveznog ustavnog suda SR Njemačke BVerfG 47, 327 (383).

³¹ Umjesto mnogih vidjeti samo Fehling u Dolzer/Vogel i drugi, Bonner Kommentar Grundgesetz, Art. 5, broj margine 74.

³² Meusel u Schuster, Handbuch des Wissenschaftstransfers, 89.

³³ Fehling u Dolzer/Vogel, Bonner Kommentar Grundgesetz, Art. 5, broj margine 74.

da rezultate istraživanja treba držati tajnim. U pravilu, temeljno-pravna zaštita slobode znanstvenog stvaralaštva u takvim slučajevima ne nalazi primjenu. Međutim, i pravilo uskrate zaštite odredbe čl. 15. st. 3. Pakta, pri postojanju ugovornih klauzula koje obvezuju znanstvenika ne objaviti rezultate istraživanja pozna izuzetke. Ugovaranje držanja rezultata istraživanja tajnim ne mora imati za posljedicu gubitak zaštite slobode znanstvenog stvaralaštva ako isto predstavlja izraz, odnosno konkretizaciju poduzetničke i tržišne slobode pokrovitelja koja je štice odredbom čl. 1. Protokola 1. uz Europsku konvenciju o ljudskim pravima i slobodama, i koji nalazi izravnu primjenu u Bosni i Hercegovini.³⁴ Držanje rezultata istraživanja tajnim moglo bi tako uživati temeljno-pravnu zaštitu slobode znanstvenog stvaralaštva ako su u istraživanju korišteni osjetljivi poslovni podaci ili, ako postoji interes pokrovitelja za ekonomskom utilizacijom dobivenih rezultata.³⁵ Ugovaranje neobjavlivanja rezultata istraživanja, u slučaju da isti ne budu kompatibilni s interesima pokrovitelja, značio bi, bez daljnjeg, gubitak temeljno-pravne zaštite, budući bi takva obveza protuslovlila slobodnoj valorizaciji rezultata i ne bi ju se dalo pomiriti s traganjem za istinom, koje čini temeljni smisao znanosti.³⁶

2. Međuzaključak

Iako stvar *prima facie* može izgledati i drukčije, pokroviteljstvo visokog školstva je, u pravilu, ništetno za slobodu znanstvenog stvaralaštva. Pretpostavka je svakako da su, pri sklapanju pokroviteljskog ugovora, odgovarajuće uzeta u obzir opažanja iz dijela II. 1. b) ovoga rada.

III. Ugovorno-pravni aspekti pokroviteljstva na području visokog školstva

1. Sklapanje ugovora o pokroviteljstvu

Odredbom čl. 3. lit. 27. Zakona o visokom obrazovanju Kantona Sarajevo, visokoškolska ustanova je definirana kao *ustanova koja se bavi djelatnošću visokog obrazovanja u skladu sa zakonom*. Njen rad kao takve je javan. Nadzor nad zakonitošću rada ustanove i općih akata obavlja nadležno ministarstvo, odnosno drugo tijelo državne uprave. Isto – kontekstualizirano u predmetnu temu – ima za posljedicu da je ustanova, pri sklapanju ugovora o pokroviteljstvu, dužna vodi-

³⁴ Vidjeti čl. II. točku 2. Ustava Bosne i Hercegovine.

³⁵ Hampe, Hochschulsponsoring und Wissenschaftsfreiheit, 96; Lux, Rechtsfragen der Kooperation zwischen Hochschulen und Wirtschaft, 22 i dalje.

³⁶ Hampe, Hochschulsponsoring und Wissenschaftsfreiheit, 96.

ti računa o transparentnosti i odgovarajućoj kontroli odluke na kojoj se temelji sklapanje ugovora. Transparentost je nužna i radi sprječavanja nastanka (odnosno otklona) sumnje u povredu slobode znanstvenog stvaralaštva.

Transparentan pokroviteljski aranžman na području visokog školstva podrazumijeva sljedeće:

- Pokroviteljstvo mora kao takvo biti prepoznato i u javnosti;
- Pri sklapanju ugovora o pokroviteljstvu, kao i njegovoj realizaciji, nužno je spriječiti nastanak dojma da sveučilište, njegove sastavnice ili pak nastavno osoblje, svoje znanstvene aktivnosti ravnaju prema interesima pokrovitelja;
- Pokroviteljski aranžman ne smije ni na koji način štetiti ugledu države u javnosti;
- Pokroviteljstvom se ne smije povrijediti sloboda znanstvenog stvaralaštva ni autonomija visokoškolske ustanove;
- U slučaju postojanja više ponuda za sklapanje ugovora o pokroviteljstvu, ustanova, pri donošenju odluke, mora djelovati neutralno.

Bitna pretpostavka transparentnosti (ne i uvjet valjanosti pravnog posla) je sklapanje ugovora u pisanoj formi. Ugovorom treba fiksirati vrstu i opseg činidbi ugovornih partnera.

a) Pravna priroda ugovora o pokroviteljstvu

Već je u uvodu članka rečeno da je ugovor o pokroviteljstvu sinalagmatičan pravni posao, pri kojem je svaka od ugovornih strana u isto vrijeme i dužnik i vjerovnik.

Pokroviteljstvo nije posebno regulirano zakonom, što ga čini atipičnim ili *sui generis* ugovorom (*contractus innominatus*). Na atipične ugovore primjenjuju se odredbe općeg dijela Zakona o obveznim odnosima, sukladno kojima je za tumačenje ugovora, prije svega, mjerodavna zajednička namjera ugovaratelja. Kao pomoć pri konkretizaciji pojedinih ugovornih prava i obveza, odnosno utvrđivanju posljedica smetnji, pri provedbi ugovora mogu poslužiti odredbe o normiranim ugovornim odnosima koji su bliski karakteru pojedinih elemenata pokroviteljstva. Pokroviteljstvo, primjerice, može sadržavati elemente kupoprodajnog ugovora, ugovora o zakupu, ugovora o najmu, ugovora o zamjeni, itd.

b) Oblikovanje ugovora

U cilju postizanja najveće moguće transparentnosti i otvorenosti, kako u odnosu između partnera *inter se*, tako i u njihovom odnosu prema javnosti, pri oblikovanju ugovora važno je uzeti u obzir sljedeće:

Forma - Ugovor o pokroviteljstvu se sklapa redovito u pisanoj formi. Isto vrijedi za naknadne izmjene i dopune izvornog ugovora. Pisana forma u slučajevima pokroviteljstva ima, prije svih, dokaznu funkciju. Ugovorom se preciziraju ugovorna prava i obveze partnera, što služi transparentnosti, ali i priječi nastanak nesporazuma, u pogledu uzajamnih obveza i očekivanja ugovornih strana. Konačno, pisana forma omogućava bolju kontrolu ugovornog odnosa.

Preambula – Nije nužno, ali je poželjno da ugovoru prethodi preambula. Preambulom se pojašnjavaju motivi ugovornih strana za stupanje u ugovorni odnos, odnosno ilustriraju bitni ciljevi pokroviteljstva. Korisnik na taj način podcrtava transparentnost svog djelovanja. Preambula je od značaja i za kasnije tumačenje ugovora - napose ako dođe do spora između ugovornih strana.

Ugovorne strane – Ugovor mora neizostavno sadržavati imena ugovornih strana.

Trajanje ugovora – Svaki ugovor o projektno orijentiranom pokroviteljstvu treba precizno vremenski definirati. U protivnom, korisnik dolazi u stanje ovisnosti o dobroj volji pokrovitelja. Razlozi učinkovite prevencije korupcije, te očuvanja neutralnosti i objektivnosti javnog sektora, zasigurno govore protiv stvaranja jednog takvog stanja.

Sklapanje ugovora na ograničeno vrijeme ne znači i zabranu sklapanja novog ugovora sa starim pokroviteljem. Nastavak uspješne suradnje je svakako moguć. Hoće li partneri nastaviti suradnju po starim (neizmijenjenim) ili pak novim uvjetima, ovisi prije svega o okolnostima u kojima se sklapa novi ugovor.

Otkaz ugovora – Postoje li razlozi zbog kojih terminiranje ugovora ne dolazi u obzir, korisnik se treba postarati da ugovori mogućnost otkaza. Visokoškolska ustanova na taj način zadržava mogućnost realizacije novih ciljeva pokroviteljske strategije u (relativno) kratkom roku.

Pored toga, ugovorom treba predvidjeti i tko će snositi troškove, uzrokovane otkazom. U interesu je visokoškolske ustanove da ugovor sadrži odredbu prema kojoj će, u slučaju otkaza ugovora, svaka strana snositi svoje troškove. Također, poželjno je ugovoriti da otkaz ugovora ne ovlašćuje ni jednu od strana potraživati natrag već realizirana davanja, odnosno dijelove istih.

Mogućnost izvanrednog otkaza, zbog postojanja važnog razloga, ostaje nedirnuta ovim odredbama.

Činidba i protučinidba – Ovisno o njihovim interesima i mogućnostima, pokrovitelji će svoju činidbu realizirati u formi novčanih ili materijalnih davanja, odnosno pružanju određene usluge.

Kao protučinidba korisnika (visokoškolske ustanove) u obzir dolazi:

- prezentacija pokrovitelja na internetskim stranicama ustanove;

- pozivanje pokrovitelja na javne manifestacije koja organizira ustanova;
- mogućnost oglašavanja i predstavljanja pokrovitelja u okviru javnih manifestacija;
- oglašavanje pokrovitelja, odnosno prikazivanje njegovog loga na programskim knjižicama i *flyerima*;
- prodaja *merchandising* proizvoda;
- informacijski štandovi i prezentacija proizvoda pokrovitelja;
- informacije za medije o realiziranom pokroviteljstvu, itd.

Ovim, popis mogućih protučinidbi zasigurno nije iscrpljen. Kao protučinidbu moguće je ugovoriti jednu ili više usluga. U čemu će se sastojati protučinidba visokoškolske ustanove, uvjetovano je interesima i potrebama pokrovitelja, odnosno mogućnostima ustanove.

Razlozi transparentnosti i otvorenosti zahtijevaju da činidba i protučinidba budu precizirane, ne samo u pogledu opsega i vrste, nego i u pogledu mjesta, vremena i načina njihovog izvršenja. Na taj način se također minimizira i rizik nastanka neočekivanih troškova i šteta za ugovorne strane.

Sklapanje ugovora o pokroviteljstvu, u pravilu, ne smije rezultirati nastankom dodatnih troškova za ustanovu.

Konačno, ugovorom treba precizirati i modalitete plaćanja.

Odgovornost – Pri potpisivanju ugovora, korisnik posebnu pozornost mora posvetiti isključenju, odnosno ograničenju vlastite odgovornosti. Isključenje odgovornosti treba obuhvatiti i eventualne zahtjeve trećih osoba, koji se zasnivaju na krivnji pokrovitelja. Pitanje isključenja, odnosno ograničenja odgovornosti, esencijalno je u slučajevima gdje činidba pokrovitelja postoji u stavljanju na raspolaganje određenih materijalnih dobara (stvari).

Oštećenje/uništenje stvari – Namjerno ili grubom pažnjom uzrokovano uništenje na raspolaganje date stvari, obvezuje korisnika na naknadu počinjene štete pokrovitelju. Korisnik se treba postarati da ugovor sadrži odredbu prema kojoj svako oštećenje, odnosno uništenje stvari, koje ne počiva na namjeri ili gruboj nepažnji korisnika, istoga ne obvezuje na naknadu štete.

Odgovornost za štetu, nastalu zbog nedostatka na stvari – Pokrovitelj je dužan namiriti štetu korisniku ili trećoj osobi, nastalu korištenjem stvari, na kojoj postoji nedostatak.³⁷ Obveza pokrovitelja na naknadu štete proizilazi iz pravila

³⁷ Kao primjer može poslužiti slučaj gdje slučajni prolaznik zadobije tjelesne ozljede usljed urušavanja građevinske skele na kojoj je postojao nedostatak.

općeg obveznog odnosno odštetnog prava. Korisnik (znanstvena ustanova) ne smije dozvoliti ugovorno isključenje ove vrste odgovornosti.

Neprihvatanje klauzule o ekskluzivitetu – Iz razloga sigurnosti ugovor o pokroviteljstvu treba gdje je moguće sadržavati odredbu, prema kojoj je korisnik slobodan sklopiti ugovore o pokroviteljstvu i s drugim pokroviteljima (ako isti nisu izravni konkurenti pokrovitelja).

Potpisnik ugovora – Ugovor o pokroviteljstvu u ime ustanove (korisnika) potpisuje osoba ovlaštena za njeno zastupanje i predstavljanje. Pravila o zastupanju i predstavljanju sadržana su u statutu ustanove.³⁸ U kantonu Sarajevo univerzitet/sveučilište zastupa i predstavlja rektor, a visoku školu direktor/ravnatelj.³⁹

Ostalo – Ugovor o pokroviteljstvu može (ali ne mora) sadržavati i arbitražne, salvatorske i druge klauzule, koje su uobičajene u građansko-pravnim obveznim ugovorima.

2. Diskurs: Pokroviteljstvo visokog školstva i kaznena djela korupcije

Država već nekoliko godina nastoji proaktivno djelovati u sprječavanju, odnosno borbi protiv korupcije. U Strategiji za borbu protiv korupcije u Bosni i Hercegovini (2009.-2014.) Ministarstva sigurnosti BiH (u daljem tekstu Strategija) kaže se da *korupcija, kako u javnom, tako i u privatnom sektoru, ugrožava stabilnost i prosperitet Bosne i Hercegovine. Ona potkopava povjerenje u institucije vlasti, ometa ekonomski razvoj i ravnopravno tržišno natjecanje, ugrožava vladavinu zakona, demokratiju i ljudska prava, podriva dobro upravljanje, pravičnost i socijalnu pravdu, omogućava rast organizovanog kriminala i terorizma, ugrožava stabilnost demokratskih institucija i moralnih osnova društva.*⁴⁰

Kao cilj prevencije, Strategija navodi stvaranje uvjeta koji minimiziraju mogućnosti nastanka korupcije, a što se, između ostalog, postiže:

- "... Uvođenjem strogih pravila i procedura o tome kako se provode administrativni procesi; ...
- Potpunom transparentnosti i jačanjem odgovornosti u radu uprave;

³⁸ Vidjeti primjerice odredbu čl. 36. st. 3. lit. b Zakona o visokom obrazovanju kantona Sarajevo.

³⁹ Vidjeti odredbu čl. 127. st. 5. lit. a Zakona o visokom obrazovanju kantona Sarajevo.

⁴⁰ Strategija za borbu protiv korupcije u Bosni i Hercegovini (2009.-2014.) Ministarstva sigurnosti BiH, 1, dostupno kao elektronska isprava na: <http://www.msb.gov.ba/docs/strategija1.pdf>

- Eliminiranjem mreža patronata, nepotizma, klijentelizma i favoriziranja.⁴¹

Upravi i nastavnom osoblju visokoškolske ustanove stoga se preporuča da, pri donošenju odluke o sklapanju ugovora o pokroviteljstvu, uzme u obzir i odredbe Glave 31. Kaznenog zakona Federacije BiH (u kojoj su opisana kaznena djela korupcije). Ovo vrijedi čak i onda kada *prima facie* ne izgleda, da bi bilo koji od uposlenika ustanove mogao imati posebne osobne koristi od sklapanja ugovora. Kazneni zakon Federacije BiH (Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine broj 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10 i 42/11) poznaje nekoliko različitih korupcijskih delikata, od kojih su za temu pokroviteljstva visokog školstva nadasve relevantni primanje dara i drugih oblika koristi iz čl. 380., i Zloupotreba položaja i ovlaštenja iz čl. 383. Zakona.

a) Primanje dara i drugih oblika koristi

Pretpostavka kažnjivosti zbog primanja dara i drugih oblika koristi, u smislu odredbe čl. 380. KZ FBiH, je da službena ili odgovorna osoba u Federaciji *zahtijevajući ili primivši dar ili kakvu drugu korist, odnosno primivši obećanje dara ili kakve koristi, ... u okviru svog ovlašćenja učini što ne bi smjela učiniti ili da ne učini što ne bi morala učiniti* (st. 1.), odnosno *učini što bi morala učiniti ili da ne učini što ne bi smjela učiniti* (st. 2.), ili pak *poslije činjenja ili nečinjenja iz st. 1. i 2. ovog članka, a s tim u svezi zahtjeva ili primi dar ili kakvu drugu korist* (st. 3.).

Tko se smatra službenom, a tko odgovornom osobom, utvrđeno je odredbama čl. 2. lit. 3. i 6. KZ FBiH.

Djelo se mora odnositi na aktivnosti službene ili odgovorne osobe koje ona počini u okviru svojih ovlaštenja. Ovlaštenjem, u smislu odredbe čl. 380. KZ FBiH, smatra se svaka aktivnost koja se obavlja kao službena dužnost. Pri tome je posve irelevantno je li takva aktivnost tek pripremnog ili pratećeg karaktera, u odnosu na glavnu radnju koju treba poduzeti neka druga službena ili odgovorna osoba, odnosno je li aktivnost upravno-pravne ili fiskalne naravi.

Službena ili odgovorna osoba, za obavljanje službene radnje, mora zahtijevati određenu korist za sebe ili trećega; prihvatiti obećanje dara ili kakve koristi, odnosno primiti obećanje dara ili koristi. Darom ili koristi, u smislu odredbe čl. 380. KZ FBiH, može se smatrati svako davanje materijalne ili nematerijalne naravi, koja posredno ili neposredno poboljšava ekonomsku, pravnu ili osobnu poziciju službene ili odgovorne osobe, a koje ista (službena ili odgovorna osoba) ne bi mogla potraživati (utuživati). Čak i onda kada se poboljšanje pozicije korisnika pokroviteljstva dogodi u okviru ispunjenja činidbe korisnika utvrđene pokro-

⁴¹ *Ibid.*, 10.

viteljskim ugovorom, može se govoriti o obilježjima bića kaznenog djela iz čl. 380. KZ FBiH, budući korisnik nema temelja zahtijevati sklapanje ugovora o pokroviteljstvu.

Ratio je odredbi čl. 380. KZ FBiH u zakonodavčevom nastojanju osigurati transparentan i zakonit rad javne uprave, odnosno zaštititi povjerenje javnosti u funkcionalnost administrativnog aparata. Za pravna dobra štćićena odredbom čl. 380. KZ FBiH postoji stvarna opasnost samo onda kada djelo i službenu radnju povezuje tzv. *korupcijski savez*, svojevrsni sporazum između davatelja i prima-telja mita, kojim se manifestira opasnost za službenu dužnost.⁴² O postojanju takvog saveza se ne može govoriti kada službena ili odgovorna osoba pri obavljanju službene radnje smije ili čak mora računati s određenom koristi. U takvim slučaje-
jevima ne postoji prijetnja za funkcionalnost javne uprave, nego upravo sup-
rotno.⁴³

Banaln primjer kaznenog djela iz čl. 380. KZ FBiH u okviru predmetne tematike je slučaj gdje ovlaštena osoba ustanove sklopi pokroviteljski ugovor, uz uvjet da pokrovitelj uposli njenog bliskog srodnika u svom poslovnom sustavu. Pretpostavke iz čl. 380. KZ FBiH ispunjene su i kada ovlaštena osoba radi prima-nja dara odbije sklopiti ugovor o pokroviteljstvu (npr. izravni tržišni konkurent nesuđenog pokrovitelja daruje ovlaštenu osobu te na taj način spriječi sklapanje ugovora). Zamislivo je i da ovlaštena osoba, pri postojanju više ponuda o pokrovi-teljstvu, sklopi ugovor s pokroviteljem čija je ponuda, promatrano iz perspektive ustanove, nepovoljnija od ponuda konkurenata, ali koja ovlaštenoj osobi osigu-rava osobnu korist (koja joj inače ne pripada).

Sklapanje i realizacija *zakonitih* pokroviteljskih ugovora koji adekvatno uzimaju u obzir postojeće propise i preporuke uprave o borbi protiv korupcije, ne predstavljaju prijetnju povjerenju javnosti u zakonit rad javne uprave. U takvim slučajevima, u pravilu, nema sumnje u postojanje *korupcijskog saveza*.

Indicija o postojanju *korupcijskog saveza* može biti očevidan nesrazmjer činidbe pokrovitelja i protučinidbe korisnika (visokoškolske ustanove) na način da činidba, u bitnome, premašuje protučinidbu. Činjenica je da će i tada teško uspjeti dokaz o postojanju *korupcijskog saveza* jer se, u pravilu i pri takvoj konstel-laciji, mora poći od pretpostavke da je pokrovitelj pri sklapanju za njega štetnih pokroviteljskih ugovora u prvom redu bio motiviran svojevrsnim altruizmom, a što isključuje postojanje *korupcijskog saveza*.

⁴² Vidjeti također Derenčinović, Kazneno djelo davanja mita u hrvatskom i usporednom zakonodavstvu i sudskoj praksi, HPR 2001/3, dostupno na http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/Derencinovic_Davor_kazneno_djelo_davanja_mita_u_hrvatsko_m_i_ustorednom_kaznenom_zakonodavstvu_i_sudskoj_praksi.pdf

⁴³ Kocyan, Rechtsprobleme der Hochschulsponsoring, 143.

b) Zloupotreba položaja i ovlaštenja

Pri sklapanju pokroviteljskih ugovora, korisnik mora odgovarajuće uzeti u obzir i odredbe čl. 383. KZ FBiH, kojima je predviđena sankcija za službenu ili odgovornu osobu, koja iskoristavanjem svog službenog položaja ili ovlaštenja, prekoračivši granice svoje službene ovlasti ili ne obavivši svoje službene dužnosti, pribavi sebi ili drugom kakvu korist, drugome nanese kakvu štetu ili teže povrijedi prava drugoga (čl. 383. st. 1.). Prekoračenje granica službenih ovlasti može proi-
zilaziti iz postupanja protivnog zakonu, pravilniku ili pojedinom aktu uprave.

Dakle, već samo sklapanje pokroviteljskog ugovora može predstavljati zlo-
uporabu položaja i ovlaštenja, ako službena ili ovlaštena osoba tim činom postupi
protivno pravilniku ustanove ili kakvom aktu upravnog tijela. Zloupotreba polo-
žaja može se također temeljiti na ugovaranju protupravne činidbe – koja ne čini
formalan dio ugovora. Pretpostavka je ponovno postojanje odgovarajućeg *korup-
cijskog saveza*, što je slučaj kada službena ili ovlaštena osoba, pored ugovorom o
pokroviteljstvu formaliziranih obveza s pokroviteljem,⁴⁴ dogovori i kupnju vozila
za potrebe ustanove, nabavku uredske opreme, sanaciju sportske dvorane, itd.,
pri tome ne uzevši u obzir postojanje povoljnijih ponuda, odnosno ne vodeći
računa o propisima o javnim nabavkama.

3. Porezno-pravni aspekti

Po svojoj pravnoj prirodi, visokoškolska ustanova je ustanova u smislu
Zakona o ustanovama (Službeni list Republike Bosne i Hercegovine, br. 6/92,
8/93 i 13/94). Kao takva (ustanova) izuzeta je od plaćanja poreza na dobit. Od-
redba čl. 3. st. 1. lit. 3. Zakona o porezu na dobit Federacije BiH (Službene novine
Federacije Bosne i Hercegovine, br. 97/07, 14/08 i 39/09) predviđa, naime, da
federalne, kantonalne i lokalne ustanove ne podliježu plaćanju poreza temeljem
pokroviteljstva.

Činjenica da je ustanova (korisnik pokroviteljstva) izuzeta od plaćanja
poreza na dobit, temeljem pokroviteljstva, čini *sponsoring* – i u poreskom smislu –
atraktivnim poslovnom aktivnošću za visokoškolsku ustanovu (čiji je osnivač
država).

⁴⁴ Pokrovitelj se u takvim slučajevima pojavljuje kao strana ugovora koja treba izvršiti
karakterističnu činidbu.

ZAKLJUČAK

Visoko školstvo u Bosni i Hercegovini se (još uvijek) financira primarno iz proračunskih sredstava. Država međutim već dulje vrijeme nije u poziciji osigurati adekvatna i dostatna ljudska, financijska i organizacijska sredstva koja bi bila jamstvo postizanja i održanja konkurentnosti visokoškolskih ustanova. Za utjehu može poslužiti da je slična situacija i u pojedinim zemljama starog kontinenta,⁴⁵ koje su industrijski bitno razvijenije od Bosne i Hercegovine.⁴⁶ Omogućiti istraživanja koja odgovaraju regionalnim – ako već ne svjetskim zahtjevima – te osigurati izobrazbu studenata prilagođenu potrebama (lokalnog i regionalnog) tržišta rada, pretpostavlja interakciju različitih izvora financiranja. Jedan od alternativnih izvora sredstava je pokroviteljstvo. Isto se može realizirati u znanstvene (potpora realizaciji određenih znanstvenih istraživanja) i neznanstvene svrhe (npr. sanacija postojećih ili pomoć izgradnji novih objekata ustanove). Potonje je u pravilu bez relevancije za akademsku slobodu, koja je krucijalna za razvitak i distribuciju znanosti.

Pokrovitelji najčešće nemaju namjeru (na nedozvoljen način) utjecati na realizaciju istraživačkog projekta – usprkos drukčijem vjerovanju javnosti, tako da u pravilu ne postoji ni realna prijetnja temeljnom pravu slobode znanstvenog istraživanja iz čl. 15. st. 3. Međunarodnog pakta o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima. Utjecaji na temu, metodologiju i diseminaciju rezultata istraživanja redovito se kreću u granicama dozvoljenog. Prijetnju znanstvenosti predstavlja jedino (pokušaj) utjecaj(a) na valorizaciju rezultata istraživanja. Ustanova i znanstvenik koji drže do svoje reputacije, odnosno ugleda (Isto bi moralo biti pravilo!), odbit će, međutim, svaki dogovor o prilagodbi rezultata istraživanja interesima pokrovitelja. Postupe li drukčije, projekt će izgubiti kvalitetu znanstvenosti, znanstvenik ugled i kredibilitet, a ustanova reputaciju. Najučinkovitiji način otklanjanja svake sumnje u postojanje nedozvoljenih dogovora je potpuna transparentnost pokroviteljstva koja se, prije svega, postiže sklapanjem ugovora u pisanoj formi. Na transparentnost obvezuje također pravna priroda visokoškolske ustanove kao ustanove u smislu odredbi Zakona o ustanovama.

Transparentnost pretpostavlja postojanje ugovora u pisanoj formi, kojim se precizno fiksiraju prava i obveze ugovornih strana.

Pokroviteljstvo predstavlja šansu za visoko školstvo, ali zasigurno krije i opasnosti. Visokoškolske ustanove trebale bi se postarati za namještenje novog

⁴⁵ Svakako različiti su uzroci takvog stanja. Opservacija istih izašla bi, međutim, izvan okvira ovog članka.

⁴⁶ Tako primjerice o stanju u SR Njemačkoj, Kocyan, Rechtsprobleme der Hochschul-sponsoring, 198.

personala (ili doedukaciju postojećeg) koji razumije problematiku profesionalnog pokroviteljstva i koji zna predstaviti prednosti pokroviteljstva visokog školstva poslovnoj zajednici, te osigurati sklapanje lukrativnih ugovora od kojih će profitirati *scientific community*, studenti i tržište.⁴⁷ Profesionalnim odnosom spram pokroviteljstva spriječio bi se i nastanak svih oblika korupcije.

Referentna literatura

Knjige, monografije, komentari

1. Classen, C. D. (1994) Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, Mohr Siebeck Tübingen.
2. Fehling, M. (2004) Bonner Kommentar zum GG, izdavači Dolzer/Vogel, Art. 5, C. F. Müller, Heidelberg.
3. Hampe, D. (2009) Hochschulsponsoring und Wissenschaftsfreiheit, Nomos Baden Baden
4. Kocyan, K. B. (2008) Rechtsprobleme der Hochschulsponsoring, Nomos Baden Baden.
5. Lux, C. (2002) Rechtsfragen der Kooperation zwischen Hochschulen und Wirtschaft, Vahlen München.
6. Meusel, E.J. (1990) Veröffentlichungspflicht und Geheimhaltung u Handbuch des Wissenschaftstransfers izdavač Schuster, 89-99, Springer Berlin.
7. von Münch, I. (1981) Grundgesetzkommentar izdavač von Münch, Band 1, 2. izdanje, Art. 5, C. H. Beck München
8. Wendt, R. (2000) Grundgesetzkommentar izdavači von Münch/Kunig, Band 1, 5. izdanje, Art. 5, C. H. Beck München

⁴⁷ O potrebi tiješnje suradnje znanosti i gospodarstva rektor sveučilišta u Rijeci Prof. Dr. Pero Lučin kaže slijedeće: *"I mi na sveučilištima moramo biti svjesni da trebamo preuzeti dio tereta u smislu inicijative i poduzetnosti te učiniti sve da što više proizvedemo, i to u svim segmentima. Uz naše temeljne zadaće, nastavu i istraživanje, moramo posrnulom gospodarstvu ponuditi kadrove, ali i projekte, koji im trebaju da bi stasali."*, vidjeti Puškarić, Potrebna bolja suradnja znanosti i gospodarstva, Poslovni dnevnik (online izdanje), objavljeno 10. prosinca 2010. dostupno na <http://www.poslovni.hr/vijesti/potrebna-bolja-suradnja-znanosti-i-gospodarstva-166586.aspx>; Kritično pak spram (pretjerane) merkantilizacije visokog školstva Lucić, University of Cash and Carry, Novi list (online izdanje) objavljeno 30. lipnja 2011., dostupno na: <http://www.novolist.hr/Komentari/Kolumne/Trafika-Predraga-Lucica/University-of-Cash-Carry>

Internetske stranice

1. Derenčinović, D. Kazneno djelo davanja mita u hrvatskom i usporednom zakonodavstvu i sudskoj praksi, HPR 2001/3, dostupno na: http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/Derencinovic_Davor_kazneno_djelo_davanja_mita_u_hrvatskom_i_ustorednom_kaznenom_zakonodavstvu_i_sudskoj_praksi.pdf
2. Konzept zum Sponsoring an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, 2, dostupan na: <http://www.verwaltung.uni-halle.de/DEZERN1/PRESSE/Vm/Downloads/Sponsoring-Konzept.pdf>
3. Lucić, P. University of Cash and Carry, Novi list (online izdanje) objavljeno od 30. lipnja 2011. godine, dostupno na: <http://www.novolist.hr/Komentari/Kolumne/Trafika-Predraga-Lucica/University-of-Cash-Carry>
4. Puškarić, K. Potrebna bolja suradnja znanosti i gospodarstva, Poslovni dnevnik (online izdanje), objavljeno 10. prosinca 2010. godine, dostupno na: <http://www.poslovni.hr/vijesti/potrebna-bolja-suradnja-znanosti-i-gospodarstva-166586.aspx>
5. Schulte von Drach, M. Ausverkauf der Wissenschaft, SZ 2.11.2006. godine, dostupno na: <http://www.sueddeutsche.de/karriere/hochschul-sponsoring-ausverkauf-der-wissenschaft-1.554217>
6. Strategija za borbu protiv korupcije u Bosni i Hercegovini (2009.-2014.) Ministarstva sigurnosti BiH, 1, dostupno kao elektronska isprava na: <http://www.msb.gov.ba/docs/strategija1.pdf>
7. Warnecke, T. Was Firmen an Unis bestimmen dürfen, Der Tagesspiegel od 31. svibnja 2011. godine, dostupno na: <http://www.tagesspiegel.de/wissen/was-firmen-an-unis-bestimmen-duerfen/4235458.html>

Citirane odluke Saveznog ustavnog suda SR Njemačke

BverfGE 35, 79

BVerfG 90, 1

BVerfG 47, 327

LEGAL ISSUES OF THE HIGH EDUCATION SPONSORSHIPS WITH THE SPECIAL EMPHASIS TO THE ACADEMIC FREEDOM

Summary

Universities in Bosnia and Herzegovina are traditionally financed from the budgetary resources. However, the largest part of these funds is spent on wages of teaching and technical staff of the establishment. A continuing lack of money is a great impediment to the scientific research. Such situation has a negative impact on the competitiveness of the higher education institutions in Bosnia and Herzegovina.

Having in mind the current economic trends, it is less likely that the situation concerning public funds would get any better in the short-term perspective. In fact, it is more likely that the budgetary shortfalls would mean additional cuts for the higher education institutions. Certainly, there is not a lot of space for system improvements in such circumstances.

If they are going to remain, (respectively to get) competitive, higher education institutions are forced to explore all possibilities of raising additional funds from alternative sources. One of the very interesting (potential) sources is sponsorships. In this article the author defines the notion of sponsorship in the field of university education; analyses potential risks for the academic freedom, which arises from this kind of business activities; and indicates trouble spots, which are to be taken into account when entering into sponsoring arrangements with a view to safeguarding academic freedom and preventing corruption.

Key words

Sponsoring, university education sponsoring; academic freedom, corruption.

DNK BAZE PODATAKA – REALNOST I POTREBA U BOSNI I HERCEGOVINI

stručni članak

UDK: 577.113:004.65]:340.6
343.983:343.1

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

Sažetak

Značaj DNK analiza potvrđuje se kroz svakodnevnu forenzičku i kriminalističku praksu. Ova vrsta identifikacije koja pruža gotovo apsolutno pouzdane rezultate, čija je sigurnost izvan granica razumne sumnje, predstavlja novu konstantu u borbi s organiziranim kriminalom. Jedan od ključnih parametara, kroz koje će ovakve analize davati još bolje rezultate, jeste uspostava baze podataka. Mnoge zemlje prošle su kroz taj put, na ovaj ili onaj način. Mnoga od datih rješenja međusobno se u znatnoj mjeri razlikuju. Međutim, sve se slažu da je uvođenje baza podataka neminovnost. Bosna i Hercegovina, po tom pitanju, nalazi se na samom početku, s još uvijek nejasnom vizijom konačnog rješenja. Kroz ovaj rad pokušavamo rasvijetliti neka od iskustava drugih zemalja, objasniti značaj baza podataka, ali i dati smjernice rješenjima buduće bosanskohercegovačke baze podataka.

Ključne riječi

DNK analize, baze podataka, profili, uzorci, identifikacija.

* Federalno ministarstvo unutrašnjih poslova;

** Stručni saradnik u Općinskom sudu u Sarajevu;

*** Student Pravnog fakulteta u Sarajevu;
mmladen@hs-hkb.ba

UVOD

Posljednjih dvadesetak godina, svjetska forenzička praksa obilježena je primjenom DNK analiza u različitim forenzičkim, kriminalističkim (i drugim) slučajevima. Razvijene zemlje Svijeta već uveliko imaju razvijene zakonske i podzakonske propise, ustaljenu i znanstveno potvrđenu praksu, akreditovane laboratorije, definiranu snagu DNK analiza u odnosu na sudove i sudije itd. Međutim, Bosna i Hercegovina se nalazi tek na početku tog procesa i mnoge stvari u tom smislu krenule se pogrešnim tokovima. Tako smo, na primjer, prvo počeli vršiti DNK analize, pa tek naknadno pristupili njihovom definiranju kroz zakonske propise. Drugačije rečeno, pred Bosnom i Hercegovinom, u smislu najšireg segmenta DNK analiza, nalazi se još mnogo posla, s obiljem mogućnosti da se neke od tih stvari pogrešno riješe. Poseban problem predstavlja oblast uspostave i korištenja DNK baza podataka.

HISTORIJSKI PRIKAZ ZAŽIVLJAVANJA DNK DOKAZA U SUDSKOJ PRAKSI

Iako utvrđivanje identiteta lica primjenom DNK vještačenja ima veoma kratku historiju i mada je nesporno da metoda ima izvanredne mogućnosti, veće nego ijedna druga koja je prije toga primjenjivana u kriminalistici, s ciljem utvrđivanja identiteta, njeno prihvatanje u sudskoj praksi nije bilo ni brzo, ni jednostavno, ni bez problema. Posebno su se velike rasprave, u pogledu prihvatljivosti i tačnosti DNK vještačenja, odvijale krajem osamdesetih godina u pravničkoj i naučnoj javnosti Sjedinjenih Američkih Država. Desilo se nekoliko slučajeva u američkoj sudskoj praksi da DNK vještačenja nisu bila prihvaćena pred sudovima i to zato što je došlo do kontaminacije materijala ili laboratorijske greške ili pak zato što sudovi nisu razumjeli objašnjenja vještaka jer ih ovi nisu uspjeli ubijediti.

Jedna stvar je bila odmah jasna i brzo je prihvaćena od pravnika i sudija. Nije dovedena u pitanje pouzdanost DNK vještačenja kao dokaza putem koga se može s apsolutnom sigurnošću isključiti neko lice kao mogući učinilac. DNK dokaz kao sredstvo isključivanja iz kruga osumnjičenih tj. DNK kao dokaz eliminisanja potencijalnih izvršilaca krivičnog djela, prihvaćen je kao neosporan i imao je nekoliko fantastičnih primjera, kada je utvrđeno da su u pojedinim slučajevima optuživana ili čak osuđivana nevinna lica. Međutim, historija DNK dokaza kao sredstva pozitivnog i apsolutnog utvrđivanja identiteta tj. DNK kao dokaza identifikovanja, nije bila jednostavna. Postoji više razloga koji su doveli do toga.

Testovi u početku nisu bili standardizovani i prikazivanje rezultata testiranja se razlikovalo između laboratorija. Metode koje su primjenjivane imale su manji stepen preciznosti, odnosno manju diskriminacionu snagu.

Na primjer, kada je korišten test utvrđivanja kratkih sekvenci ponavljanja baza na četiri lokusa, naučnici su tvrdili da se isti broj ponovaka kao na inkriminiranom uzorku može naći među 10 000 ljudi iste rase pripadnosti. Metoda koja se zasniva na utvrđivanju alela je također manje specifična opcija identifikovanja, tako da se, na primjer, jedan određeni raspored alela može naći na svakih 10 ili 100 hiljada uzoraka (Robertson - Viguah, 1999., s.163.).

Na početku prezentovanja DNK dokaza na sudu pojavljivali su se ozbiljni problemi i nerazumijevanje između pravnika i vještaka, koje se ticalo statističke vjerovatnoće, odnosno stepena vjerovatnoće u pogledu mogućnosti da još neka osoba ima isti DNK profil kao okrivljeni.¹ DNK tehnologija je složena i za pravnike nova, a populaciona statistika na kojoj naučnici (vještaci) baziraju svoje zaključke o vjerovatnoći je još kompleksnija i za pravnike nerazumljivija. Problem je bio u tome što određene genetske karakteristike DNK lanca variraju između pojedinih skupina stanovništva, što predstavlja osnovu za izjašnjavanje u pogledu kvantitativnog stepena vjerovatnoće koji se tiče određenog rezultata vještačenja. Na primjer, ukoliko vještak tvrdi da određeni DNK profil ukazuje na ostavioca traga određene rase ili uže etničke pripadnosti i da se isti raspored materijala može ponoviti tek na svakih deset ili sto hiljada, jedan ili deset pripadnika određene populacije, za pravnika ne znači mnogo. Pravnika interesuje da li uzorak fiksiran na licu mjesta potiče upravo i jedino od osumnjičenog. Sudiju interesuje odgovor "da" ili "ne", a ne za njega nerazumljiva priča o statističkoj vjerovatnoći i statističkoj distribuciji pojedinih tipova alela. To što utvrđeni raspored DNK sekvenci može da se ponovi na sto hiljada ili milion stanovnika iste etničke ili rase populacije za sudiju nije dovoljno precizan podatak, a odbrani pruža izvanredne

¹ Potrebno je istaći da je veoma ozbiljne i opravdane rasprave o pravovaljanosti i pouzdanosti dokazivanja profiliranjem DNK svojevremeno izazvao slučaj Castro. U ovom slučaju u SAD-u, komercijalna tvrtka podnijela je dokaz, utvrdivši potpuno podudaranje DNK ubijene žrtve s krvi pronađenom na satu osumnjičenog. Na pretprocesnom saslušanju, radi utvrđivanja prihvatljivosti dokaza, odbrana je pronašla mnoge ozbiljne manjkavosti dokaza i svjedočenja, uključujući nekvalitetne i loše tumačene profile DNK i nedosljednosti u biostatističkoj procjeni dokaza. Radi toga, dokaz je odbijen, premda je optuženik kasnije priznao krivnju. (Jeffreys, A./1993/:DNA typing: approaches and applications, Journal of the forensic society, 33 (4), str. 204. - 211., u Izbor članaka iz stranih časopisa, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, broj 1 - 2/96).

šanse (za različita osporavanja). Problem je u tome što određena DNK baza ili čak nacionalna skupina ne predstavlja zatvoren (konačan) broj i to uvijek ostavlja izvjestan stepen nesigurnosti, što otežava donošenje kategoričnog (apsolutnog) zaključka o identitetu. Statistički proračun distribucije vjerovatnoće ponavljanja DNK uzoraka u određenoj populaciji stanovništva ne mora da se poklapa s realnim ponavljanjem u stvarnosti i u konkretnom slučaju. Ne bi predstavljalo problem ukoliko bi se raspolagalo sa zatvorenim krugom, odnosno brojem za ispitivanje. Na primjer, krivično djelo je izvršeno na brodu ili u državi, pod uslovom da se posjeduju DNK šifre svih članova odnosno skupine tj. putnika s broda ili državljana odnosno države. Međutim, u stvarnosti je skup uvijek otvoren. Vrhovni sud države Njujork je 1989. godine zaključio da je DNK profiliranje prihvatljiva naučna tehnika kao test isključivanja, ali neprihvatljiva kao dokaz pozitivne identifikacije (tj. uključivanja u određeni krug). Pri tome je zauzet stav da je dokazivanje bez prave teoretske fundacije skoro neprihvatljivo za pravnike. U aprilu 1992. godine Nacionalna akademija nauka Amerike je nakon rasprave donijela zaključak da DNK profiliranje u forenzičke svrhe može da bude prihvatljivo jedino ako laboratorija ispunjava najviše naučne standarde i ako je prošla stručne testove (Zonderman, 1999.: s. 114.).

Problem vrednovanja DNK dokaza kao sredstva pozitivne identifikacije pojedinca prevaziđen je usavršavanjem i povećanjem osjetljivosti tj. diskriminacione snage savremenih metoda vještačenja. Smatra se da savremene metode kojima se vrši ispitivanje hipervarijabilnih regiona DNK lanca na 13 lokusa u okviru hromozoma, daju stepen pouzdanosti i do 100 biliona (Roberson - Viguax, 1999., s. 160.; Zonderman, 1999., s. 98.). To znači da se među 100 biliona stanovnika (na Zemlji trenutno živi preko 6 milijardi) ne mogu naći dva lica koja imaju istu DNK šifru (pod uslovom da nisu jednojajčani blizanci). Navodi se da savremene metode vještačenja, u okviru kojih se vrši ispitivanje i upoređivanje spornog i nespornog uzorka na 13 lokusa, pružaju "ekstremno visok stepen pouzdanosti (vjerovatnoće)", odnosno nivo pouzdanosti koji "isključuje svaku razumnu sumnju" da može postojati još neko lice, osim onog koje je ostavilo trag s istim DNK profilom. Diskriminaciona snaga savremenih metoda vještačenja je tolika da se na osnovu traga pronađenog na licu mjesta može identifikovati ostavilac (npr. žrtva ili učinilac) sa stepenom sigurnosti koji (gotovo) isključuje mogućnost da, npr. u SAD-u ili Velikoj Britaniji, postoji još neko lice koje ima isti DNK profil (pod uslovom da nema jednojajčanog blizanca).

SADRŽAJ I PREDNOSTI DNK BAZE PODATAKA

Sredinom i krajem devedesetih godina XX. vijeka počele su se u pojedinim razvijenim zemljama formirati kompjuterske baze podataka DNK profila izvršilaca krivičnih djela, s ciljem da se poveća efikasnost ove nove metode (vidjeti tabele 1 i 2). Ove baze omogućavaju, pored stalnog unosa i dopune postojećih podataka, i njihovo indeksiranje i obradu, komparaciju, pretraživanje, te razmjenu. Takođe, u njima se isključivo "zapisuju" profili tzv. nekdirajućih dijelova DNK, tj. onih dijelova genetske šifre koji mogu da služe samo u identifikacione svrhe, a ne i za utvrđivanje personalnog profila lica (npr. karakternih osobina, nasljednih bolesti, raznih predispozicija i sl.).

Ova oblast, po nepodijeljenom mišljenju eksperata, sadrži u sebi dva osnovna pitanja, a to su tehničko i pravno ustrojstvo baza podataka i pitanje zaštite ljudskih prava. Sve baze podataka DNK profila sastoje se od dva dijela:

- a) neidentifikovanih DNK profila (profili dobijeni analizom bioloških materijala izuzetih s lica mjesta krivičnih djela, a čiji je ostavilac nepoznat ili od neidentifikovanih leševa)² i
- b) baze podataka DNK profila poznatih donatora (lica čiji se DNK profili kompariraju s neidentifikovanim tragovima).

Baze poznatih donatora se u različitim državama različito pravno uređuju. U nekima, tu bazu mogu sačinjavati DNK profili osumnjičenih lica, a u drugima DNK profili samo osuđenih lica. Takođe, u pojedinim državama u ovaj dio baze se unose podaci za lica koja su osuđena samo za pojedina krivična djela (protiv života i tijela, protiv polnog integriteta i sl.) ili na određene kazne zatvora. Pri tome se zapažaju dvije potpuno suprotne tendencije. Na jednoj strani pravnici i organizacije koje se bave zaštitom ljudskih prava nastoje da se što više suzi ili precizno definiše krug osoba čiji će podaci biti unijeti u dio baze poznatih lica, a na drugoj političari, policajci i javnost zalažu se za formiranje baza u koje će biti unijeti DNK profili od što većeg broja kategorija donatora. Evidentna je i pojava da se u velikom broju zemalja proširuje krug lica čiji se DNK profili unose u baze (vidjeti tabelu 4). Najveći kamen spoticanja je unošenje DNK profila osumnjičenih lica u

² Upravo uz pomoć ove baze podataka, u Virđiniji se dogodila najveća identifikacija, gdje se do januara 2002. godine riješilo 352 slučaja zbog mudrosti forenzičara koji su svaki dokaz za koji su imali biološki trag uredno unosili u DNK bazu podataka.

baze podataka. Ovde se sukobljavaju dva značajna interesa: na jednoj strani pitanja prava i sloboda građana,³ zato što se unošenjem u bazu podataka DNK profila osumnjičenih lica krši presumpcija nevinosti,⁴ a na drugoj strani unošenjem DNK profila osumnjičenih lica višestruko se povećava efikasnost države u otkrivanju i dokazivanju najtežih krivičnih djela. Država ovaj problem pokušava da riješi najčešće usvajanjem kompromisnih rješenja. S obzirom na osjetljivost materije, postoji tendencija da se uzimanje uzoraka za DNK vještačenja⁵ i unos podataka u kompjuterske baze detaljno reguliše zakonom (najčešće Zakonom o krivičnom postupku) (Simonović, 2004., s. 480.). Međutim, vrijeme će pokazati da će se u budućnosti ipak morati donijeti poseban zakon o DNK analizama.⁶

S obzirom na neprocjenjivu vrijednost DNK baza podataka, kao i ostalih forenzičkih baza, svakim danom se razvijaju nove baze, s više parametara i nivoa pretraživanja radi otkrivanja dugogodišnjih serijskih prestupnika, te što boljeg praćenja trenutnog stanja na terenu. Kad su u pitanju baze podataka, prvenstveno se misli na one vezane za ljudske uzorke. Međutim, već sada moramo misliti i na

³ Podsjećamo da je Konvencija o zaštiti ljudskih prava i sloboda odredila vrlo jasne i bitne parametre u sklopu ove problematike. Ipak tu je, prije svega, moguće izdvojiti: član 6. - Pravo na pravično suđenje; član 14. - Zabranu diskriminacije i član 17. - Zabranu zloupotrebe prava, koji svako na svoj način (i zavisno od ugla posmatranja) tretira navedenu problematiku).

⁴ Posebno ističemo član 3. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine koji govori o pretpostavci nevinosti (svako se smatra nevinim za krivično djelo dok se pravomoćnom presudom ne utvrdi njegova krivnja). Identičan je sadržaj ovog člana i u Zakonu o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, kao i Zakonu o krivičnom postupku Republike Srpske.

⁵ Donošenjem novog (2003.) Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine/Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske, po prvi put su u našem zakonodavstvu propisane odrednice koje se tiču isključivo DNK analiza. U tom smislu, npr. Zakon o krivičnom postupku Federacije BiH (identičan sadržaj je i u Zakonu o krivičnom postupku Republike Srpske), tu oblast definiše kroz četiri svoja člana: član 126. - Analiza dezoksiribonukleinske kiseline, član 127. - Kada se vrši analiza DNK, član 128. - Korištenje rezultata analize DNK u drugim krivičnim postupcima i član 129. - Registar izvršenih analiza DNK i zaštita podataka. Važno je napomenuti i da su se DNK analize u Bosni i Hercegovini provodile i u ranijem periodu (npr. od 1999.) kroz zasebne naredbe tužilaštva i sudova.

⁶ Pretprošle godine je na prijedlog Ministarstva pravde BiH - Vijeća ministara Bosne i Hercegovine, Parlamentarna skupština BiH, razmatralo nacrt Zakona o primjeni rezultata analize dezoksiribonukleinske kiseline u sudskim postupcima koji na sreću (nakon drugog čitanja) nije usvojen. Zanimljivo je da su lokalni (BiH) eksperti iz oblasti forenzične DNK imali niz primjedbi na sadržaj navedenog zakona, a da su kreatori samog nacrta bili stranci (iz Velike Britanije).

druge baze podataka jer je na osnovu DNK analize moguće identifikovati i biljke i životinje.⁷

Potreba za dodatnim informacijama vezanim za DNK analize uzrokovana, prvenstveno, činjenicom da se mi (BiH) tek srećemo s ovom problematikom, a da nismo skoro ni zakoračili u rješavanje zakonske regulative, inicira da u narednom dijelu navedemo informacije vezane za: baze podataka u drugim zemljama, njihova iskustva, Preporuke Vijeća Evrope,⁸ Interpolove standarde⁹ itd.

BAZE PODATAKA

Koliko neke zemlje poklanjaju pažnje uspostavi baze podataka DNK analiza najbolje je vidljivo iz primjera u Velikoj Britaniji. Tako je bivši britanski premijer Toni Bler, još sredinom septembra 2000. godine, objavio odluku britanske vlade da dodatnim sredstvima pomogne povećanje britanske DNK banke podataka koja bi tada obuhvatala i znatno više od tri miliona DNK uzoraka (profila) kriminalaca. Tom odlukom je britanskoj policiji odobreno 109 miliona funti namijenjenih za testiranje i uzimanje DNK uzoraka od kriminogene populacije. Toni Bler, bivši britanski premijer, u svom saopštenju za javnost izjavio je da dotadašnja banka podataka DNK uzoraka broji 940 000 uzoraka. Navedenu priliku britanski premijer je iskoristio da objasni javnosti sve pozitivne strane

⁷ Izuzetna važnost DNK analiza u animalnom i biljnom svijetu ogleda se u mogućnosti da se identifikuje baš konkretni primjerak tačno određene životinjske ili biljne vrste (što može biti od krucijalnog događaja za određeni slučaj), a kod biljnog svijeta to može pružiti niz značajnih saznanja onima koji prate puteve krijumčarenja droga jer kroz analize DNK uzoraka različitih zapljena mogu pratiti krijumčarske rute.

⁸ Radi se o Preporuci (broj P/92/1) Vijeća Evrope o primjeni analize dezoksiribonukleinske kiseline (dnk) u okviru krivičnog sistema (u Preporuci su definirani osnovni pojmovi: DNK analize, uzorci i DNK dosijei, opseg i ograničenja, upotreba uzoraka i iz njih dobivenih podataka, uzimanje uzoraka za analizu, dostupnost analize DNK, akreditacija laboratorija i institucija, kontrola analize DNK, zaštita podataka, spremanje uzoraka i podataka, ravnopravnost korisnika, tehnički standardi, intelektualni kapital, odnosno međunarodna razmjena podataka).

⁹ Interpol Povelja "Međunarodni DNK Gejtvej" je sačinjen da bi pružio pravni okvir koji će biti prihvaćen od strane članica Interpola za razmjenu DNK podataka. Kroz navedeni akt propisani su neki od neophodnih parametara za sve članice Interpola. U tom smislu, posebno izdvajamo: oblast pravila (DNK) informacija, pravila (DNK) profila, oblast pristupa i sigurnosti, uslove podudaranja, oblast razmjene informacija, različite definicije (uzorci sa mjesta zločina, indeks, Interpolov standardni set lokusa /ISSOL/ koji uključuje šest sljedećih lokusa: D18S51, D8S1358, TH01, VWA, FGA, D21S11 i opciju amelogeninskog markera pola; referentni uzorak, sistem markera, nestale osobe, informacije o profilu i nepoznate preminule).

vođenja baze podataka DNK uzoraka uzetih od različitih kriminalaca. U prvi plan je istakao otkrivanje teških zločina izvršenih od strane nepoznatih počinitelja. Prema procjeni britanskih dužnosnika do 2004. godine, ovakav finansijski "push up" trebao je omogućiti da se broj DNK uzoraka, kojeg nadzire i provodi policija, popne do tri miliona. Eksperti vjeruju da je takva banka podataka upotrebnost tehnologija za hvatanje kriminalaca i direktno može pomoći u povezivanju osumnjičenih u različitim zločinačkim radnjama, te da kosa i krv (ali i drugi tragovi biološkog porijekla) mogu biti presudni dokazi koji skraćuju put u procesu dokazivanja nečije krivice. Međutim, ovakva odluka britanske vlade o finansiranju DNK baze podataka kriminalaca izazvala je reakciju i negodovanja brojnih udruženja za civilna prava koja navode da je već 50 000 uzoraka ilegalno sakupljeno i zadržano u policiji, čak i u slučajevima u kojima optužbe nisu podignute ili u kojima je osumnjičeni oslobođen krivice (vidjeti kasnije dodatni osvrt na baze podataka u Velikoj Britaniji). (Silverman, 2007., s.1.).

UTEMELJENJE DRŽAVNE BAZE DNK PODATAKA U SVRHU IDENTIFIKACIJE NOVE NORME, U VEZI SA UZIMANJEM BIOLOŠKIH UZORAKA U KRIVIČNOM POSTUPKU

Ostvarivanje i upravljanje informatiziranog arhiva genetskih profila upotrebljivih u cilju identificiranja i njihovih uzoraka DNK predstavlja efikasan i siguran istražni element pomoću kojeg je moguće, u konačnoj sintezi, dobiti niz značajnih parametara (razjašnjenje k/d koja su ostala nerazjašnjena, identifikacija nestalih i nepoznatih osoba, međunarodna i lokalna razmjena podataka itd.).

Takvi podaci (iz baza podataka), uz podršku adekvatne informatičke tehnologije, omogućuju da se u realnom vremenskom roku dođe do velikog broja tragova/osoba. Iskustva koja su već neko vrijeme djelotvorna u Europi, Sjedinjenim Američkim Državama i u Australiji, omogućuju da se dođe do velikog broja pozitivnih provjera (u svim slučajevima prilično zanimljivih i često iznad predviđenih očekivanja onih koji rade na tim projektima). (Milosavljević, M., & Milosavljević, D., 2005., s. 224.).

Radi se o hiljadama sudskih slučajeva različite važnosti koji su u jako kratkim rokovima razriješeni, upravo dovođenjem u neposrednu vezu osumnjičenih/onih za kojima se traga sa krivičnim djelima, a samim tim omogućujući brzo zaključivanje procesa.

Do sada su baze DNK podataka realizirane u mnogim zemljama kao sredstvo svakodnevne upotrebe u istraživačke svrhe. U skorijim fazama razvoja

državnih baza podataka ispostavio se znatan izazov za pažnju i statističku važnost spojivosti podataka, posebno u tužiteljskom aparatu pravosuđa za krivične postupke koji se prakticira u zemljama poput Sjedinjenih Američkih Država i Velike Britanije. Budući da se najvećim djelom bazama podataka upravlja u organizacijama koje su u okviru pravosuđa za krivične postupke, ističe se uspješna saradnja u radu nadležnih za arhive, agencija koje prethode primjeni zakona i laboratorija pri čemu se potiče identifikacija povezanih krivičnih djela (Milosavljević, M., & Milosavljević, D., 2005., s. 225.).

Što se tiče bojazni, raširenoj u javnom mijenju,¹⁰ o mogućnosti da arhivirani podaci u bazi DNK podataka mogu sadržavati bitne informacije koje su u vezi sa privatnom intimnom sferom pojedinca, treba reći da tehnologija STR, koja se trenutno primjenjuje u izradi baza podataka, ne može davati genetske korisne informacije za bilo što drugo, nego isključivo za identifikaciju. U krajnjem slučaju, problem je definiranje garancija sigurnosti koje će se usvojiti u prikupljanju i čuvanju/zaštiti uzoraka DNK dobivenih iz bioloških nalaza ili supstrata koji ih sadržavaju (u ovom posljednjem slučaju samo ako se ne radi o operacijama izdvajanja neponovljive prirode). Potreba za čuvanjem uzoraka DNK (ne iz nalaza) proizilazi, između ostalog, iz mnogostrukih zahtjeva, a prije svega, tamo gdje se smatra shodnim ponovno ispitivanje uzorka, npr. od strane nekog neovisnog laboratorija pod jamstvom zaštite, ili onda kada uslijed promjena tehnoloških osnova, svi prikupljeni uzorci moraju biti preispitani. Trenutno veći dio evropskih zemalja posjeduje državnu bazu DNK podataka¹¹ koja je već djelotvorna ili čiji je projekat barem u toku pokretanja.

Kada je riječ o osnovnim kriterijima odabiranim i predviđenim za različite baze podataka, trenutna situacija je prilično raznolika. Uzimajući za primjer zemlju poput Velike Britanije koja po veličini stanovništva, otprilike, odgovara Italiji i u kojoj se baza podataka koristi skoro petnaest godina, primjećuje se da legislativa odobrava da se profili dobivaju i čuvaju na neodređeno vrijeme, za širok spektar pojedinaca koji se sumnjiče da su počinili krivično djelo ili su krivično osuđivani, a također je predviđeno i čuvanje uzoraka za detaljnije analize, ukoliko to zahtijevaju sudske vlasti ili vlasti odbrane (Milosavljević, M., & Milosavljević, D., 2005., s. 225.).

¹⁰ Tada je nerealno bilo rašireno shvatanje da bi ovakvo vođenje baza podataka moglo nekome (ko navodno želi izvršiti određene zloupotrebe podataka DNK profila) pružiti informacije sa aspekta genetičke korisnosti, jer STR tehnologija koja se primjenjivala u izradi baza podataka nije mogla dati genetski korisne informacije za bilo šta drugo, nego isključivo za identifikaciju.

¹¹ Vidjeti tabelu broj 3 o državnim bazama podataka u ovom radu.

Tabela 1. Opšta situacija prisutnosti ili predočene realizacije državnih baza DNK podataka u Evropi do 2003. (Milosavljević, M., & Milosavljević, D., 2005., s. 226.).

1995.	Engleska
1996.	Sjeverna Irska, Škotska
1997.	Nizozemska, Austrija
1998.	Njemačka, Slovenija
1999.	Finska, Norveška
2000.	Danska, Švicarska, Švedska, Hrvatska, Bugarska
2001.	Francuska, Češka Republika
2002.	Belgija, Estonija, Litvanija, Slovačka
2003.	Mađarska, Letonija

Korištenje evropskih baza podataka pokazuje raznolike operativne rezultate. U pojedinim slučajevima podaci kazuju da je postignut znatan uspjeh u identifikaciji osumnjičenih, kao i u prepoznavanju veza između krivičnih djela. Državna baza DNK podataka u Velikoj Britaniji je, bez sumnje, najefikasniji primjer¹² u Evropi, u odnosu na pojedince koji se smatraju osumnjičenim u istragama i isto tako kao i sredstvo na osnovu kojeg se određuju veze među različitim mjestima krivičnog djela.

Osnovni motiv ovog uspjeha proizilazi iz zakona koji dozvoljava čuvanje impozantnog broja ličnih profila DNK. Baze podataka koje omogućavaju dobivanje najvećeg broja veza upravo su one koje sadrže veliki procent ličnih profila.

¹² Širina dozvoljenog spektra unošenja različitih kategorija osumnjičenika kroz svoju brojnost pružila je najveći broj pogodaka (mečeva) kod korištenja tih DNK profila i upoređivanjima za rješavanja slučajeva gdje se raspolagalo samo NN uzorcima, a ne i osumnjičenim licima. Pojednostavljeno rečeno, takav način vođenja i popunjavanja DNK baza podataka umnogome je pogodovao povećanju procenta otkrivanja NN počinitelaca različitih krivičnih djela.

Tabela 2. Izrađivanje državnih baza podataka za neke evropske zemlje u 2003. godini
 (Milosavljević, M., & Milosavljević, D., 2005., s. 228.).

	Velika Britanija	Nizozemska	Austrija	Njemačka	Finska	Švedska	Danska	Švicarska	Slovenija	Belgija	Francuska
Posljednje ažuriranje	April 2003	August 2003	Mart 2003	Juli 2003	April 2003	Juli 2003	Juli 2003	Juli 2003	Septem. 2003	Juni 2003	August 2003
Unošenje	2,31 miliona	13,100	68,800	285,700	9,700	11,200	5,300	38,640	6,450	3,470	6,400
Osobe	92 %	25%	80 %	86 %	64 %	34 %	36 %	85 %	68 %	16 %	90 %
Uneseni osumnjičeni	+	//	+	+	+	//	+	+	+	//	//
Uzorcji koji su doveli do tragova	8 %	75 %	20 %	14 %	36 %	66 %	64 %	15 %	32 %	84 %	10 %
Uspjesi	313,600	6,450	1,900	13,200	1,480	2,620	1,040	800	380	210	150

Iz svega gore navedenog i imajući u vidu sudske slučajeve riješene zahvaljujući upotrebi tehnologije i metodologije za analizu DNK i prepoznavanje genetskih profila, više se ne smije odlagati izrađivanje državne baze DNK podataka koja će našoj (ali i svakoj drugoj) zemlji omogućiti da dođe do istražnih rezultata kvantitativno odgovarajućih onima postignutim u drugim evropskim zemljama, a samim tim i da se poveća nivo sigurnosti.

PREKOGRANIČNA RAZMJENA DNK PODATAKA U SVJETLU PRUMSKOG SPORAZUMA¹³

Nakon što su "odbile" prijedlog o EU - DNK bazi podataka, zemlje članice povezuju svoja nacionalne baze podataka kako bi postigle isti cilj.

Tri godine nakon potpisivanja Prumskog sporazuma, automatizirana usporedba policijskih prekogranično umreženih DNK baza podataka djeluje u šest evropskih zemalja. Sržni elementi Pruma su, odlukom Vijeća 2008/615/JHA iz 23. juna 2008. godine (Topfer, 2008., s. 1.), preneseni u zakonski okvir i u sljedećih nekoliko godina će mu se priključiti i preostala 21 EU zemlja. Premda je osnivanje mreže opravdano borbom protiv opasnih zločina, privremeni izvještaji otkrivaju drugu priču: većina 'pogodaka' u DNK bazi podataka se odnosi na zločin protiv

¹³ Ovaj dio bazira se na podacima Topfer, E (2009): Traganje za iglama u sve većem stogu sijena: prekogranična razmjena DNK podataka u svjetlu Prumskog sporazuma, Statewatch, Vol 18 br. 3.

imovine i anonimne "mrlje" (DNK neidentificiranih osoba sa mjesta zločina). Međutim, broj pohranjenih DNK profila se povećava. Više od 5.5 miliona osoba je registrovano u bazama podataka EU zemalja članica, 13 godina nakon što je Ujedinjeno Kraljevstvo osnovalo prvu nacionalnu bazu podataka u Europi, koja obuhvaća 70 % ukupnih unosa (Topfer, 2008.,s. 1.).

Nakon što su "uspješno" obavile probnu fazu, Njemačka i Holandija su krajem juna 2008. godine započele usporedbu svojih nacionalnih DNK baza podataka. O tome su, na sastanku održanom u Berlinu 1. jula, izvijestili, Wolfgang Schäuble, federalni ministar unutrašnjih poslova Njemačke i Ernst Hirsch Ballin, holandski ministar pravde. Dakle, Holandija je šesta evropska zemlja koja upravlja automatiziranom prekograničnom usporedbom baza podataka u DNK domeni (Topfer, 2008.,s. 1.).

Tabela 3. Nacionalne DNK baze podataka u EU-27 u 2008. godini

Država	Osoba	Mrlja [*]	Stanovništvo 2008	Odnos stanovništva i DNK baze podataka
Austrija	105639	29203	8331930	1,27%
Belgija	12515	13101	10666866	0,12%
Bugarska	16201	966	7640238	0,21%
Cipar	0	0	794580	0,00%
Češka Republika	12639	4740	10381130	0,12%
Danska	30185	13071	5475791	0,55%
Estonija	20558	7159	1340935	1,53%
Finska	60959	9875	5300484	1,15%
Francuska	506085	27170	63753140	0,79%
Njemačka	524782	123862	82221808	0,64%
Grčka	0	0	11214992	0,00%
Mađarska	55179	1102	10045000	0,55%
Irska			4419859	0,00%
Italija	0	0	59618114	0,00%
Latvija	0	0	2270894	0,00%
Litva	23757	2764	3366357	0,71%
Luksemburg	218	226	483799	0,05%
Malta	0	0	410584	0,00%
Nizozemska	47350	34155	16404282	0,29%
Poljska	16118	174	38115641	0,04%
Portugal	0	2160	10617575	0,00%
Rumunija	2452	41	21528627	0,01%
Slovačka	6439	3425	5400998	0,12%
Slovenija	12120	4040	2025866	0,60%
Španjolska	21432	24800	45283259	0,05%
Švedska	41417	17002	9182927	0,45%
Ujedinjeno Kraljevstvo	4011954	308503	61185981	6,56%
EU 27	5527999	627539	497481657	1,11%

Brojke o stanovništvu: EUROSTAT (01.01.08).

[*] MRLJE = DNK neidentificiranih osoba sa mjesta zločina

U pojašnjenju navedene (inače vrlo jednostavne tabele) prikazan je pojedinačni odnos među različitim zemljama Evropske unije, gdje su navedeni podaci: naziva države (kolona jedan), broja unesenih osoba u bazu (kolona dva), ukupnog broja stanovništva te države (kolona četiri) i odnos stanovništva i DNK baze podataka (kolona pet) dat u procentima. Tako, primjerice, vidimo da najviše unesenih osoba u bazu DNK profila ima Velika Britanija (Ujedinjeno kraljevstvo) i to 6,56%, a najmanje Rumunija 0,01% (izuzimajući Cipar, Grčku, Irsku, Italiju, Latviju, Maltu (koje nemaju unesene niti osobe niti mrlje iz kojih je dobiven određeni DNK profil).

Zabilježeno je da je Njemačka imala gotovo 600 'pogodaka' u Holandskoj bazi podataka, a Holandija više od 1000 u Njemačkoj bazi podataka. Međutim, Schäuble je zadovoljan: "Koristi razmjene podataka su već vidljivi". Naglasio je "ogromni učinak uštede vremena i značajno povećanje učinkovitosti" prekogranične saradnje.¹⁴

Zakonska osnova za automatiziranu usporedbu baza podataka je Član 4. Prumskog sporazuma koji su 27. maja 2005. godine potpisale Austrija, Belgija, Francuska, Njemačka, Luksemburg, Holandija i Španjolska u istoimenom njemačkom gradu. Prum, također poznat kao Schengen III. ne upravlja samo automatiziranu pretragu i usporedbu policijskih DNK baza podataka radi kriminalističkih istraga, nego i automatiziranu pretragu podataka o otiscima prstiju i registracijama vozila u preventivne svrhe, i u slučaju podataka o vozilima radi praćenje administrativnih prekršaja. Nadalje, sporazum postavlja okvir za razmjenu podataka za sprječavanje 'terorističkog zločina' i prekogranične policijske operacije poput zajedničkih ophodnji i administrativne pomoću u slučaju velikih događanja i prirodnih katastrofa.¹⁵

Prumski sporazum su također potpisale Finska, Mađarska i Slovenija. Italija, Portugal, Slovačka, Švedska, Bugarska, Rumunija i Grčka su u postupku pregovora o pristupanju.

Međutim, na inicijativu njemačkog predsjedništva, Vijeće EU je, 12./13. juna 2007. godine, odlučilo da prenese sržne elemente sporazuma u zakonski ok-

¹⁴ BMI. Bundesinnenministerium: Deutschland und die Niederlandeschließen Testphase beim Abgleich von DNA-Analysedateien erfolgreich ab, press release 1.7.08; cf. also: Dutch Ministry of Justice: Successful exchange of German and Dutch DNA data, press release 1.7.08.

¹⁵ A German version of the Prüm Treaty can be found online at: http://www.eu2007.bmi.bund.de/Internet/Content/Common/Anlagen/Theme_Polizei_und_Bundespolizei/DatenundFakten/Pruemer_Vertrag,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Pruemer_Vertrag.pdf.

vir EU. Nedavna odluka Vijeća, iz 23. jula 2008. godine, o "jačanju prekogranične suradnje" je okončala prenos Prumskog sporazuma i tako utemeljila zakonsku osnovu za stvaranje velike paneuropske mreže policijskih baza podataka.¹⁶

Tabela broj 4. Kriteriji za pohranjivanje DNK profila zemalja članica ENFSI-ja (Asplen, 2009., s. 2.).

Država	Osuđeni izvršilac	Osumnjičeni	Mrlje
Austrija	Da	Svako k/d koje je klasificirano kao "teško k/d"	Da
Belgija	Ograničeno na određena k/d protiv osoba	Nema baze podataka za osumnjičene	Svaka mrlja se može pohraniti na zahtjev sudije
Hrvatska (zakonodavstvo u izradi)	Vlada je saboru uputila prijedlog zakona	Vlada je saboru uputila prijedlog zakona	Vlada je saboru uputila prijedlog zakona
Republika Češka	Uključeni su svi osuđeni izvršioци, osim izvršilaca sitnih k/d	Komparativni uzorci se mogu uzeti od osumnjičenika, ali se uzorci u bazu podataka mogu pohraniti ako osoba bude osuđena za zločin	Samo mrlje sa nerazjašnjenih mjesta zločina. Profil se mora ukloniti ako se pretragom baze otkrije odgovarajući profil
Estonija (zakonodavstvo u izradi)	Plan uzimanja uzoraka uporedno sa.	Plan uzimanja uzoraka uporedno sa.	Svi neidentifikovani DNK profili iz.
Francuska	Na osnovu određenih navedenih k/d: seksualni delikti, zločin protiv čovječnosti, terorizam, krađa, promišljeno nasilje, mučenje, posjedovanje otuđene robe, krivotvorenje novca, pranje novca, krijumčarenje narkotika, svodničenje, zločini protiv života (npr. ubistvo), k/d protiv slobode (prijava je u toku)	Na osnovu navedenih k/d: (vidi osuđeni izvršioци)	Svaka neidentifikovana mrlja pronađena u slučajevima koji se odnose na navedeni popis zločina.

¹⁶ Council Decision 2008/615/JHA of 23. June 2008. on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and crossborder crime, and Council Decision 2008/616/JHA of 23. June 2008. on the implementation of Decision 2008/615/JHA.

Država	Osuđeni izvršilac	Osumnjičeni	Mrlje
Finska	Na osnovu određenih k/d: silovanje, seksualni napad, silovanje maloljetnika, zavođenje djece, ubistvo s predumišljajem, ubistvo iz nehata, teški napad, teška krađa, teška prisila, teška k/d u vezi sa drogom, teško lihvarstvo	Kada dužina maksimalne potencijalne kazne prelazi godinu dana. Također, pokušaji pomaganja i poticanja bilo kojeg navedenog k/d osuđenih izvršilaca	Po zakonu, svi profili mrlja mogu biti pohranjeni u bazu podataka. U praksi, najmanji broj lokusa je šest, a miješani profili sa više od dvije osobe se ne pohranjuju
Njemačka	Policija/sud mora sumnjati da će osuđeni izvršioi ponovo počiniti navedena k/d. A ta k/d su: svi zločini protiv života (ubistvo itd.), terorizam, sva k/d protiv seksualnog integriteta, sva k/d protiv slobode (otmica itd.), sve krađe i ucjene, napadi i fizičko zlostavljanje, provala i krađa vozila, piromanija, ostali zločini, ako spadaju u teške zločine (isti kriteriji za profile osumnjičenika).	Policija/sud mora sumnjati da će osuđeni izvršioi ponovo počiniti navedena k/d. A ta k/d su: svi zločini protiv života (ubistvo itd.), terorizam, sva k/d protiv seksualnog integriteta, sva k/d protiv slobode (otmica itd.), sve krađe i ucjene, napadi i fizičko zlostavljanje, provala i krađa vozila, piromanija, ostali zločini, ako spadaju u teške zločine (isti kriteriji za profile osuđenih izvršilaca).	Samo navedena k/d, a analizu mora zatražiti sudija. A ta k/d su: svi zločini protiv života (ubistvo itd.), terorizam, sva k/d protiv seksualnog integriteta, sva k/d protiv slobode (otmica itd.), sve krađe i ucjene, napadi i fizičko zlostavljanje, provala i krađa vozila, piromanija, ostali zločini, ako spadaju u teške zločine (isti kriteriji za profile osumnjičenih i osuđenih izvršilaca).
Grčka	Da	U svim krivičnim predmetima "kada postoje ozbiljni pokazatelji" da je ta osoba počinila k/d za koja se tereti	Da
Mađarska	Nakon osude za zločin koji se može kazniti sa više od 5 godina ili navedenih k/d. A to su: seksualni napad s nasiljem, zločini koji se odnose na međunarodne aktivnosti, zločini protiv maloljetnika, organizovani kriminal, zločini u vezi sa drogom, novcem, krivotvorenja, oružani zločini, terorizam, zločini protiv države, loupotreba nuklearne energije, pranje novca,	Nakon osude za zločin koji se može kazniti sa više od 5 godina ili navedenih k/d. A to su: seksualni napad s nasiljem, zločini koji se odnose na međunarodne aktivnosti, zločini protiv maloljetnika, organizovani kriminal, zločini u vezi sa drogom, novcem, krivotvorenja, oružani zločini, terorizam, zločini protiv države, loupotreba nuklearne energije, pranje novca,	Nema ograničenja

Država	Osuđeni izvršilac	Osumnjičeni	Mrlje
	priprema terorističkih aktivnosti, zločini počinjeni u vojnim snagama, kršenje međunarodnih odgovornosti (isto kao i kriterij za osumnjičenike) (nema retroaktivnog unošenja osuđenih izvršilaca)	pranje novca, priprema terorističkih aktivnosti, zločini počinjeni u vojnim snagama, kršenje međunarodnih odgovornosti (isto kao i kriterij za osuđene izvršioce)	
Italija	Zakonodavstvo je odobrio parlament – provedba u toku	Zakonodavstvo je odobrio parlament – provedba u toku	Zakonodavstvo je odobrio parlament – provedba u toku
Irska (nema zakonodavstva)	Nije primjenjivo	Nije primjenjivo	Nije primjenjivo
Holandija	Unošenje profila se vrši na osnovu dužine potencijalne kazne – duža od četiri godine. Međutim, DNK uzorak izvršioca se morao uzeti tokom prvobitne - obrade (u izradi je zakon koji uključuje sve izvršioce osuđene na više od četiri godine)	Unošenje profila se vrši na osnovu dužine potencijalne kazne – duža od četiri godine. Uz to tužilac ili istražni sudija mora smatrati da će test riješiti slučaj.	Svi profili se čuvaju 18 godina. Nakon osude se moraju ukloniti.
Norveška	Teški zločini su: seksualno zlostavljanje, zločini protiv života i zdravlja, krađa, ucjena, zločini opasni po javnost (tj. paljevine); moraju imati najmanju kaznu od dvije godine.	Nema unosa za osumnjičenike. Promjena zakona u toku.	Ograničenja: ne više od dvije osobe u smjesi i mrlje moraju biti povezane sa zločinom.
Sjeverna Irska	Trenutno ne, osim: uzoraka osumnjičenih osoba koje su kasnije osuđene. Trenutno se razmatra uzimanje uzoraka osoba u zatvorima.	Osumnjičeni iz svih evidentiranih k/d. Evidentirana k/d su djela koja mogu rezultirati zatvorskom kaznom.	Nema zakonskih ograničenja

Država	Osuđeni izvršilac	Osumnjičenici	Mrlje
Portugal	Za sve zločine za koje je kazna veća od tri godine.	Nije primjenjivo.	Da
Poljska	Profili osoba navedeni u članu 74. i 19. a Zakona o krivičnom postupku uključuje eliminaciju, osumnjičenika, optuženika i osuđenika, ali samo nakon naredbe suda ili nadležnog policijskog tijela.	Profili osoba navedeni u članu 74. i 19. a Zakona o krivičnom postupku uključuje eliminaciju, osumnjičenika, optuženika i osuđenika, ali samo nakon naredbe suda ili nadležnog policijskog tijela.	Da
Škotska		Svako ko je zakonito uhapšen ili zadržan. Međutim, kriterij koji koristi policija je: zločini seksualne naravi, nasilni zločini, pokušaji provale i većina krađa, kada god to službenik smatra potrebnim.	Nema ograničenja.
Španjolska	Da	Da	Da - bez ograničenja.
Švedska	Na osnovu dužine potencijalne kazne – duža od dvije godine.	Svi osumnjičenici.	Sve mrlje.
Švicarska	Ako je kazna duža od godinu dana.	Sve osobe osumnjičene za zloupotrebu položaja ili zločin.	Sve mrlje koje prikupе policajci ili sudija.
UK	Za sve evidentirana k/d.	Za sva k/d kada istražitelj smatra da je osoba upletena u evidentirani slučaj, te da će DNK uzorak potvrditi ili osporiti njegovu upletenost.	Sve mrlje sa mjesta zločina.

Tabela broj 5. Kriteriji za uklanjanje profila po podacima ENFSI
 (Asplen, 2009., s. 7.).

Država	Osuđeni izvršioци	Osumnjičeniци
Austrija	Nikada	Osumnjičeni moraju zatražiti uklanjanje ako budu oslobođeni optužbi.
Belgija	10 godina nakon smrti	Nema baze podataka osumnjičeniка.
Republika Češka	Profili su podložni trogodišnjem preispitivanju. Uklanjaju se nakon 80 godina.	Nema baze podataka osumnjičeniка.
Estonija (zakonodavstvo u izradi)	5 godina nakon smrti.	Po oslobađanju od optužbi.
Francuska	Nepoznate mrlje: 40 godina nakon DNK analize. Osuđeni izvršioци: profil se uklanja 40 godina od posljednje kazne ili kada osoba napuni starosnu dob od 80 godina.	Uklanjanje profila mora zatražiti tužilac ili osumnjičeniк kada čuvanje profila nije korisno (nema dokaza o k/d, ili ako izvršilac/prekršitelj nije osuđen).
Finska	Godinu dana nakon smrti izvršioца.	Uzorci moraju biti uništeni, a profili uklonjeni, u roku od godinu dana nakon što tužilac obavijesti rukovodioca evidencije da ne postoji dovoljno dokaza, da su optužbe odbačene ili da je presuda ili kazna poništena.
Njemačka	Provjereni podaci za odrasle 10 godina, za maloljetnike 5 godina. Ako postoji opasnost od ponavljanja k/d ili postojanja kriminalnog dosjea čuvanje se može produžiti. Neograničeno čuvanje je moguće za slučajeve ubistva ili seksualne zločine; u drugom slučaju profili se uklanjaju.	Provjereni podaci za odrasle 10 godina, za maloljetnike 5 godina. Ako postoji opasnost od ponavljanja k/d ili postojanja kriminalnog dosjea čuvanje se može produžiti. Neograničeno čuvanje je moguće za slučajeve ubistva ili seksualne zločine; u drugom slučaju profili se uklanjaju.
Grčka	Nakon smrti.	Nakon oslobađanja od optužbi.
Mađarska	Do odbacivanja optužbi ili oslobađanja.	Ako je osoba osuđena, profili se čuvaju 20 godina od isteka kazne. Ako je osoba prisiljena na liječenje, uslovnu kaznu ili popravnu instituciju, profili se čuvaju do isteka kazne.
Italija	Nije primjenjivo.	Nije primjenjivo.
Irska (nema zakonodavstvo)	Nije primjenjivo.	Nije primjenjivo.

Država	Osuđeni izvršioци	Osumnjičeniци
Holandija	Čuvanje profila se razlikuje: 20 godina ako je osoba osuđena za zločin sa potencijalnom kaznom od četiri do šest godina; 30 godina ako je suđena za zločin sa potencijalnom kaznom većom od 6 godina.	Ako je osumnjičenik osuđen, profil se čuva u skladu sa dužinom potencijalne kazne. 20 godina ako je osoba osuđena za zločin sa potencijalnom kaznom od četiri do šest godina; 30 godina ako je suđena za zločin sa potencijalnom kaznom većom od 6 godina.
Norveška	Profili se moraju ukloniti dvije godine nakon smrti izvršioца ili ako je slučaj ponovo otvoren i dokazana je nevinost te osobe.	Nije primjenjivo.
Sjeverna Irska	Ne postoje zakonski propisi za brisanje DNK profila. Profili preminulih osoba ili osoba starijih od 100 godina se uklanjaju kao dio administrativne prakse.	Ne postoje zakonski propisi za brisanje DNK profila. Profili preminulih osoba ili osoba starijih od 100 godina se uklanjaju kao dio administrativne prakse.
Portugal	Nije primjenjivo.	Nije primjenjivo.
Poljska		
Škotska	Profili se čuvaju neograničeno.	Profil se čuva u bazi podataka do oslobađanja ili dok policija ne odbaci optužbe.
Španjolska		
Švedska	Uklanjaju se 10 godina nakon izvršenja kazne.	Čuvaju se do odobrenja da se osumnjičeni registrira kao osuđeni izvršilac.
Švicarska	Nakon 30 godina ako osoba nije ponovno osuđena. Ako je osoba preminula, po zahtjevu: 20 godina nakon puštanja na slobodu ili nakon ispunjenja terapijskih mjera.	Ako su osumnjičeniци isključeni posebnim okolnostima. Nakon smrti ili po zahtjevu nakon oslobađanja od optužbi. Godinu dana nakon suđenja. Pet godina nakon uslovne kazne, pravnog doma, pet godina nakon plaćanja novčane kazne.
UK	Zakon dozvoljava neograničeno čuvanje profila u bazi podataka.	Zakon dozvoljava neograničeno čuvanje profila osumnjičeniка čak i ako je osumnjičenik pušten ili oslobođen optužbi.

Tabela broj 6. Čuvanje uzoraka po podacima ENFSI
 (Asplen, 2009., s. 10.).

Država	Osuđeni izvršioци	Osumnjičeniци
Austrija	Uzorci se čuvaju	Osumnjičeniци moraju zatražiti uklanjanje profila i uništenje uzoraka ako su oslobođeni optužbi.
Belgija	Uzorak se mora uništiti odmah nakon što se izradi profil	Uzorci se moraju uništiti čim se dobi-ju saznanja da nema zahtjeva za dodatnim vještačenjima.
Republika Češka	Nema posebnih zakonskih odredbi o čuvanju ili uništenju uzoraka. Uzorak obično ima istu sudbinu kao i profil.	Nema zakonskih odredbi o čuvanju ili uništenju uzoraka. Uzorak obično ima istu sudbinu kao i profil (nema baze podataka za osumnjičeniциke).
Estonija (zakonodavstvo u izradi)	Nije primjenjivo.	Nije primjenjivo.
Francuska	Uzorci se čuvaju 40 godina nakon kazne ili dok osoba ne napuni 80 godina života.	Uzorak osumnjičeničnika se vraća sudiji ili policiji i čuva se kao i svaki drugi dokaz. Ako je osumnjičeničnik osuđen, uzorak se šalje na čuvanje u skladišne prostorije Žandarmerije (SCPPB).
Finska	Uništenje uzoraka je povezano sa uklanjanjem profila: uzorak mora biti uništen i profil uklonjen, godinu dana nakon što tužitelj obavijesti rukovodioca evidencije da ne postoji dovoljno dokaza, da su optužbe odbačene ili da je presuda ili kazna poništena. Ili godinu dana nakon smrti osobe.	Uništenje uzoraka je povezano sa uklanjanjem profila: uzorak mora biti uništen i profil uklonjen, godinu dana nakon što tužitelj obavijesti rukovodioca evidencije da ne postoji dovoljno dokaza, da su optužbe odbačene ili da je presuda ili kazna poništena. Ili godinu dana nakon smrti osobe.
Njemačka	Svi referentni uzorci moraju biti uništeni nakon DNK analize.	Svi referentni uzorci moraju biti uništeni nakon DNK analize. Međutim, uzorci koji su uzeti za rad na slučaju (izvještaj vještaka) moraju se čuvati do okončanja krivičnog postupka, tj. Donošenja presude.
Grčka	Nakon smrti.	Nakon oslobađanja od optužbi.
Mađarska	Mogu se čuvati biološki referentni uzorci dok postoje prava za čuvanje profila u bazi podataka.	Mogu se čuvati biološki referentni uzorci dok postoje prava za čuvanje profila u bazi podataka.
Italija	Nije primjenjivo.	Uzorci se čuvaju.
Irska (nema zakonodavstvo)	Nije primjenjivo.	Nije primjenjivo.

Država	Osuđeni izvršioци	Osumnjičeniци
Holandija	Biološki uzorci se čuvaju dok se čuva profil. Čuvanje profila se razlikuje: 20 godina ako je osoba osuđena za zločin sa potencijalnom kaznom od četiri do šest godina; 30 godina ako je suđena za zločin sa potencijalnom kaznom većom od 6 godina.	Ako je osumnjičeniци osuđeni uzorak se čuva dok se čuva profil. Čuvanje profila se razlikuje: 20 godina ako je osoba osuđena za zločin sa potencijalnom kaznom od četiri do šest godina; 30 godina ako je suđena za zločin sa potencijalnom kaznom većom od 6 godina. Ako je osumnjičeniци oslobođeni optužbi, profil se uklanja.
Norveška	Uzorak se mora uništiti kada se profil pohrani u bazu podataka.	Uzorak se mora uništiti kada se profil pohrani u bazu podataka.
Sjeverna Irska	Ne postoje zakonske odredbe za uništenje uzoraka.	Ne postoje zakonske odredbe za uništenje uzoraka. Lokalne snage rukovode uništavanjem uzoraka, u nekim okolnostima nakon odbacivanja optužbi/okončanja postupka.
Portugal	Nije primjenjivo postojeća baza podataka sadrži samo mrlje sa mjesta zločina).	Nije primjenjivo postojeća baza podataka sadrži samo mrlje sa mjesta zločina).
Poljska	Biološki uzorci i DNK profili se čuvaju 20-35 godina za neke zločine. Komisija koju imenuje policijski vrhovni zapovjednik može uništiti profile i uzorke u slučaju oslobađanja od optužbi, utvrđivanja identiteta tijela ili osobe koja pokušava prikriti svoj pravi identitet.	Biološki uzorci i DNK profili se čuvaju 20-35 godina za neke zločine. Komisija koju imenuje policijski vrhovni zapovjednik može uništiti profile i uzorke u slučaju oslobađanja od optužbi, utvrđivanja identiteta tijela ili osobe koja pokušava prikriti svoj pravi identitet.
Škotska	Uzorci se čuvaju neograničeno.	Uzorci se čuvaju neograničeno.
Španjolska	Nakon što je isteklo vrijeme za moguću protiv – analizu, uzorci će biti uništeni uz odobrenje suda.	Nakon što je isteklo vrijeme za moguću protiv – analizu, uzorci će biti uništeni uz odobrenje suda.
Švedska	Čuvaju se 25 godina ili dvije godine nakon smrti izvršioца.	Čuvaju se 25 godina ili dvije godine nakon smrti izvršioца.
Švicarska	Svi uzorci i popratni DNK moraju biti uništeni u roku od 3 mjeseca od kada uzorak profila nije potreban za daljnje poređenje.	Svi uzorci i popratni DNK moraju biti uništeni u roku od 3 mjeseca od unosa profila u bazu podataka ili kada uzorak više nije potreban za poređenje.
UK	Zakon dozvoljava neograničeno čuvanje svih zakonito uzetih uzoraka.	Zakon dozvoljava neograničeno čuvanje svih zakonito uzetih uzoraka čak i ako je osumnjičeniци oslobođeni optužbi.

Nadalje, planira se odobrenje policijskog pristupa Informativnom viza sistemu (VIS), koji treba početi sa radom 2009. godine, i evropskoj bazi podataka otisaka prstiju EURODAC, koji trenutno dozvoljava pristup samo u postupcima traženja azila.¹⁷

Zajednička evropska 'kralježnica' za SIS II., VIS, EURODAC, Europol, Prüm itd. pojavila je se 2007. godine s početkom komunikacijske infrastrukture "Sigurnosne transevropske službe za telematiku među administracijama" (sTESTA).¹⁸

Njemačka i Austrija ponajviše potiču širenje zemalja sudionica: Njemačka vlada je 4. juna 2008. godine usvojila inicijativu Schäublea i ministrice pravde Brigitte Zypriesm, da se utvrde postupci za automatizirano pretraživanje za DNK podatke (premda za razliku od Pruma, nema autmatizirane usporedbe) i otisaka prstiju između Njemačke i SAD-a, izrađene prema prumskom modelu, koji je već u martu kada su Michael Chertoff i Michael Bernard Mukasey, kolege iz SAD-a posjetile Berlin, bio parafraziran.¹⁹

Austrija također razmatra planove za transatlansku razmjenu podataka i praćenjem popisa prioriteta policijskih stručnjaka, te teži ka integraciji pridruženih država poput Švicarske, Norveške ili Islanda u prumski okvir (Schmid, 2008., s. 57.).

Zagovornici građanskih sloboda i službenici za zaštitu podatka kritiziraju Prumski sporazum i njegov prenos u EU zakonodavstvo, ne samo zbog njegove

¹⁷ BMI: Herausforderungen an die europäische Sicherheitsarchitektur im 21. Jahrhundert. Rede von Bundesminister Dr. Wolfgang Schäuble am 29. Januar 2008. beim 11. Europäischen Polizeikongress: "Europäische Sicherheitsarchitekturen. Informationstechnologie - Ermittlung - Einsatz" in Berlin, published 29.1.08.

¹⁸ European Commission signs 210 million new contract to create safer EU IT network, EU press release IP/06/1301, 3.20.06. Online: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1301&for mat=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en> [25.8.08]; Umsetzung des Prümer Vertrages, Answer of the German Federal Government to a Parliamentary Request by the FDP, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/6229, 17.8.07.

¹⁹ BMI: Bundeskabinett beschließt Abkommen zur intensivieren Zusammenarbeit bei der Bekämpfung schwerwiegender Kriminalität zwischen Deutschland und den USA, press release 4.6.08.; BMI: Deutschland und USA intensivieren Zusammenarbeit bei der Bekämpfung schwerwiegender Kriminalität, press release 11.3.08. The German text of the agreement AK Vorratsdatenspeicherung [3.10.08.]: <http://www.vorratsdatenspeicherung.de/content/view/253/1/lang/de/>

ograničene zaštite osnovnih prava, nego i zbog nedemokratske prirode postupka.²⁰ Premda sporazum predviđa da se pristup bazama podataka mora evidentirati ulaznom lozinkom i mora imati određenu svrhu, automatizirana prekogranična razmjena policijski podataka je ograničena samo nacionalnim zakonskim zaštitama koje se razlikuju kada je u pitanju standard zaštite podataka i kontola DNK analiza i DNK baze podataka. Stoga je Peter Hustinx, europski upravitelj za zaštitu podataka, nadolazeću razmjenu podataka diljem Europe nazvao 'noćnom morom' i kritikovao činjenicu da Okvirna odluka o Zaštiti podataka nije još provedena u 'trećem stubu' (policiji) EU.²¹

Od 2002. godine, Interpol rukovodi "DNK Gateway", platformu za međunarodnu usporedbu DNK profila (Topfer, 2008., s. 2.). Ali Gateway je, sa oko 77 000 unosa iz 47 zemalja, autonomna centralizirana baza podataka i zemlje sudionice unose samo odabrane DNK profile.²² Nadalje, kao pravilo, članice Interpola šalju zahtjev za postupak usporedbe putem faksa koji se ručno obrađuju u sjedištu Interpola u Lionu. Premda mogućnost postupka automatizirane usporedbe putem I-24/7 mreže postoji od 2005. godine, mali broj zemalja je potpisao dotični ugovor (Topfer, 2008., s. 2.). Na primjer, Austrija, koja je znatno doprinijela razvoju "Sistema usporedbe DNK-a" je potpisala ugovor dok Njemačka nije.

Stoga je Prumski sporazum prvi međunarodni sporazum koji je organizirao automatiziranu prekograničnu usporedbu biometrijskih podataka. Za razliku od mreže za registraciju vozila, usporedba biometrijskih podataka djeluje na osnovu pogodak/nema pogotka postupku na indeks bazi podataka, bez nominalnih podataka. U slučaju pogotka, policijski odjel koji je unio zahtjev prima indeks broj, koji može koristiti u skladu sa člankom 5. i 10. Prumskog sporazuma za zahtjev za administrativnu pomoć (Topfer, 2008., s. 3.) za:

"Podrobnije osobne podatke ostale informacije u vezi sa postojećim izvorom informacija."

²⁰ Cf. among others Thilo Weichert: Wo liegt Prüm? Der polizeiliche Datenaustausch in der EU bekommt eine neue Dimension. In: DANA. Datenschutznachrichten, 1/2006, pp. 12-15; Heiner Busch: Freier Binnenmarkt für Polizeidaten. EU ermöglicht gemeinschaftsweiten Zugriff auf DNA-Informationen. In: Grundrechte-Report 2008. Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland, hg. von Till Müller-Heidelberg u.a., Frankfurt/Main: Fischer Taschenbuch Verlag, 2008., pp. 38-41.

²¹ Stefan Krempl: EU-Datenschützer tadelt Schäubles Polizei-Superdatenbank. In: heise online news, 15.5.08. Online: <http://www.heise.de/newsticker/EU-Datenschuetzer-tadelt-Schaeubles-Polizei-Superdatenbank-/meldung/107948> [12.7.08].

²² Interpol: Databases Fact Sheet. COM/FS/2008-07/GI-04. Online: <http://www.interpol.int/Public/ICPO/FactSheets/GI04.pdf> [16.7.08]; Interpol: DNA Gateway Fact Sheet, COM/FS/2007-09/FS-01. Online: <http://www.interpol.int/Public/ICPO/FactSheets/FS01.pdf> [16.7.08].

Postupak DNK usporedbe je pokrenut između Njemačke i Austrije odmah nakon što su, 5. decembra 2006. godine, obje strane potpisale Sporazum za provedbu Pruma ATIA; u junu 2007. godine, obje strane su započele automatiziranu razmjenu otisaka prstiju i nekoliko sedmica nakon toga uslijedila je razmjena podataka o registraciji vozila. U maju 2007. godine, u domeni DNK podataka, pridružile su se Španjolska i Luksemburg, od kojih je posljednja osnovala DNK bazu podatka, tek nakon Prumskog sporazuma. U aprilu 2008. godine pridružila se, na djelimičnoj osnovi, i Slovenija.²³ Automatizirana pretraga baza podataka otisaka prstiju, djeluje samo između Njemačke i Austrije, a pripremaju se testovi u Španjolskoj, Luksemburgu i Belgiji. Prekogranična automatizirana pretraga registracije vozila vrši se u Njemačkoj (do sada ograničena na upućene zahtjeve), Španjolskoj, Luksemburgu, Holandiji i Francuskoj.²⁴

Čini se da potpunu realizaciju Prumskog sporazuma ometaju problemi interoperabilnosti i nedostatak standardizacije. Stoga ne iznenađuje da je "Future Group" nedavno predložila "načelo konvergacije" kao "poveznicu koordiniranog rukovođenja sigurnosnih pitanja Europe",²⁵ te da su ta pitanja i prijedlozi za treću fazu "programa IT interoperabilnosti" (konvergacija kao završna faza) bila glavni prioriteti zajedničkog seminara Radnih skupina - Član 36. i Strateških radnih skupina za imigraciju, granična i azilna pitanja (SCIFA), održanog u januaru 2008. godine u Ljubljani i na Konferenciji glavnih informacijskih direktora (CIOa) policijskih snaga u Europi koja je u junu održana u Stockholmu.²⁶

Prekogranično umreženje policijskih baza podataka se obično opravdava rješavanjem spektakularnih kriminalnih slučajeva, na primjer, kada su navodni počinitelji dvostrukog ubojstva u Tenerifu identificirani putem razmjene podataka između Austrije, Španjolske i Njemačke, nakon što je u Austriji uhapšena grupa provalnika.²⁷ Ali pitanje je koliko su reprezentativni takvi slučajevi? Do 24.

²³ BMI: Deutschland und Österreich beginnen als erste Staaten mit dem elektronischem Austausch von Fingerabdruckdaten, press release 4.6.07.

²⁴ Information provided on request by the press office of the German Ministry of the Interior BMI, 2.10.08.

²⁵ Informal High Level Advisory Group on the Future of European Home Affairs Policy: Freedom - Security - Privacy. European Home Affairs in an open world, June 2008.: <http://www.statewatch.org/news/2008/jul/eu-futures-jha-report.pdf>.

²⁶ Interoperabilität von Datenbanksystemen im Bereich der Inneren Sicherheit, Answer by the German Federal Government to a Parliamentary Request by the Green Party, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/9987, 15.7.08.

²⁷ BMI: Deutschland und Österreich beginnen als erste Staaten mit dem elektronischem Austausch von Fingerabdruckdaten, press release 4.6.07.

septembra 2008. godine, Njemačka je ostvarila 4,170 'pogodaka' u DNK bazama podataka potpisnica Prumskog sporazuma.²⁸ Privremeno izvješće, objavljeno 1. juna 2007. godine, o usporedbi DNK podataka sa Austrijom, Španjolskom i Luksemburgom, pokazuje da se 85 % (1,257 pogodaka) od tadašnjih 1,508 pogodaka odnosi na zločin protiv imovine, poput krađe i prevare.²⁹ Nadalje, podrobni opis rezultata njemačko-austrijske usporedbe DNK podataka, objavljen u martu 2007. godine, otkriva da se gotovo jedna polovina njemačkih pogodaka odnosi na anonimne mrlje sa mjesta zločina u Austriji.³⁰ Stoga, evropska razmjena podataka nije izmijenila bilancu nacionalnih baza podataka: kvantitativna kriminalistička vrijednost počiva u domeni zločina protiv imovine.

Početakom 2008. godine, više od 5.5 milijuna DNK profila poznatih počinitelja nalazilo se u nacionalnim bazama podataka 27 EU zemalja, uz 627.000 mrlja neidentificiranih osoba.³¹ Britanska nacionalna DNK baza podataka sadrži oko 70 % ukupnih unosa i najveća je DNK baza podataka na svijetu. U kontinentalnoj Evropi, Njemačka baza podataka koju rukovodi Federalni ured krim. policije (*Bundeskriminalamt*) je, od aprila 1998. godine najveća baza podataka: sa 570.000 pohranjenih DNK profila do kraja juna 2008. godine.³² Međutim, u odnosu sa stanovništvom, Estonija je druga, nakon UK, od 27 EU zemalja, sa više od 20.000 unosa: oko 1.5 % ukupnog stanovništva je registrirano u DNK bazi podataka Estonije. Broj registriranih Europljana se povećava jer zakonska ograničenja za uzimanje DNK uzoraka od građana postupno slabe. Na primjer, u Njemačkom, gdje trenutno policija može, uz dopuštenje suda, uzeti "genetski otisak", detektivi

²⁸ Information provided on request by the press office of the German Ministry of the Interior BMI, 2.10.08.

²⁹ BMI: Ergebnisse auf Seiten Deutschlands im Rahmen des DNADatenaustausches mit Österreich, Spanien und Luxemburg nach dem Vertrag von Prüm. Online: http://www.bmi.bund.de/nn_163598/Internet/Content/Themen/P_olizei/Einzelseiten/Pruem.html [3.7.08.].

³⁰ BMI: Vertrag von Prüm. Auswertung des DNA-Datenabgleichs zwischen Deutschland und Österreich. Stand 18. März 2007. Online: http://www.eu2007.bmi.bund.de/nn_1059816/Internet/Content/Common/Anlagen/Themen/Europa_Internationales/DatenundFakten/Vertrag_Pruem_DNA_Echtabgleich_de,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Vertrag_Pruem_DNA_Echtabgleich_de.pdf [3.7.08.].

³¹ According to figures in the presentation "Exchange of DNA-profiles by the Treaty of Prüm" by C. P. von der Beek of the Dutch Forensic Institute at the conference "DNA Data Exchange in Europe", June 5./6., 2008. in Maastricht/Heerlen. Online: <http://www.dna-conference.eu> [5.7.08.].

³² BKA: Statistik DNA-Analysedatei. Online. <http://www.bka.de/profil/faq/dna02.html> [16.7.08.].

već nekoliko godina traže odobrenje da uzmu obvezni uzorak DNK kao standardnu mjeru policijskih zapisa.³³

ZAKLJUČAK

Uspostava baze podataka DNK analiza u Bosni i Hercegovini je neminovnost i pitanje je isključivo vremenskog tajminga. Njene koristi i doprinosi u svakodnevnom suprotstavljanju snagama organizovanog kriminala su nemjerljive.

Prednosti baza podataka DNK profila su sljedeće:

- identifikacija kroz uporednu analizu profila DNK dobijenih iz bioloških tragova prikupljenih na licu mjesta krivičnog djela, s ciljem otkrivanja učinilaca i dovođenja u vezu više krivičnih djela, počinjenih od strane iste osobe/a,
- razjašnjavanje krivičnih djela koja su ostala neriješena,
- identifikacija nestalih i nepoznatih osoba (nezgode, masovne grobnice i sl.),
- razmjeni podataka između nadležnih ureda različitih zemalja (Milosavljević, M., & Milosavljević, D., 2005., s. 224.).

Svakako, postojanje baze podataka vodi povećanju efikasnosti metode (DNK). Ova oblast u sebi sadrži više osnovnih skupina pitanja. Među prvim je pitanje tehničkog ustroja baze podataka, zatim dolaze pitanja pravnih i etičkih aspekata zaštite ljudskih prava itd. Opet, u zavisnosti od usvojenog rješenja, organizuju se baze, propisuju uslovi unosa i korištenja podataka u njima. Dakako, da se otvaraju i pitanja pravnog regulisanja međunarodne saradnje u razmjeni DNK profila. Osim toga, u svim tim aktivnostima potrebno je voditi računa i o svim međunarodnim deklaracijama koje je potpisala Bosna i Hercegovina.

Kada su u pitanju baze podataka, prvenstveno se misli na one vezane za ljudske uzorke. Međutim, već sada moramo misliti i na druge baze podataka (animalne i biljne) jer je na osnovu DNK analize moguće identifikovati i životinje (npr. slučajevi kad pas ugrize dijete ili drugo lice), kao i biljke (npr. upoređenje biljne vegetacije s odjeće osumnjičenog i lica mjesta, mjesto porijekla određene droge, njen krijumčarski put i slično), što predstavlja još jednu mogućnost u pravcu uspješnijeg rasvjetljavanja krivičnih djela.

³³ BDK. Bund Deutscher Kriminalbeamter: Genetischer Fingerabdruck: Gesetzgeber muss jetzt handeln! Press release 9.7.04.

I na kraju, kada se sve sumira, nedvosmisleno je da će se (kad - tad) vezano za oblast DNK analiza morati donijeti separatan odgovarajući zakon, koji će tretirati sve potrebne segmente (međunarodna iskustva mogu samo poslužiti da se shvati dubina i širina preduzetih izmjena i donošenja novih zakona i propisa). S tim u vezi, radni naziv navedenog zakona mogao bi glasiti: "Zakon o DNK analizama i zaštiti dobijenih DNK podataka" (moguće je samo izraditi Zakon o nacionalnom DNK registru, a ostale oblasti regulisati drugim aktima). U tom smislu, samo sadržaj dijela koji se tiče nacionalnog DNK registra trebao bi tretirati sljedeće oblasti: osnovne odredbe, odredbe o nacionalnom DNK registru, organizaciju nacionalnog DNK registra, arhiviranje baze podataka, DNK registar osuđenih lica, ostali DNK registri, pretraživanje baze podataka, brisanje informacija iz DNK registra, kaznene odredbe, prelazne i završne odredbe.

U svakom slučaju, u ovoj oblasti je pred nama dug i težak put. Što ga prije počnemo čistiti, prije ćemo doći do njegovog kraja. Osim toga, u svemu tome, potrebno je uvažavati i koristiti iskustva drugih zemalja jer one su ovaj put već ranije prošle (od koristi može biti i tekst "Preporuka Vijeća Evrope o primjeni analize dezoksiribonukleinske kiseline u okviru krivičnogpravnog sistema").

Osim navedenog, veoma je važno, u svim budućim aktivnostima zakonskog (i drugog tipa), angažirati maksimalno širok (multidisciplinarni tim) spektar stručnjaka koji bi svaki sa svog stanovišta dali odgovarajuće prijedloge i sugestije. Važnim se čini istaći prisustvo i teoretičara i praktičara. Na žalost, u dosadašnjoj praksi pisanja zakona to nije bio slučaj.

LITERATURA

1. BDK. Bund Deutscher Kriminalbeamter: Genetischer Fingerabdruck: Gesetzgeber muss jetzt handeln! Press release 9.7.04.
2. BMI. Bundesinnenministerium: Deutschland und die Niederlandeschließen Testphase beim Abgleich von DNK-Analysedateien erfolgreich ab, press release 1.7.08; cf. also: Dutch Ministry of Justice: Successful exchange of German and Dutch DNK data, press release 1.7.08.
3. BMI: Herausforderungen an die europäische Sicherheitsarchitektur im 21. Jahrhundert. Rede von Bundesminister Dr. Wolfgang Schäuble am 29. 1. 2008 beim 11. Europäischen Polizeikongress: "Europäische Sicherheitsarchitekturen. Informationstechnologie – Ermittlung – Einsatz" in Berlin, published 29.1.08.
4. BMI: Deutschland und Österreich beginnen als erste Staaten mit dem elektronischem Austausch von Fingerabdruckdaten, press release 4.6.07.

5. BMI: Deutschland und Österreich beginnen als erste Staaten mit dem elektronischem Austausch von Fingerabdruckdaten, press release 4.6.07.
6. Cajner Mraović, I. (1995) Preporuka Vijeća Europe o primjeni analize dezoksiribonukleinske kiseline (dnk) u okviru krivičnog sustava, Policija i sigurnost ½, MUP Republike Hrvatske, Zagreb.
7. Cf. among others Thilo Weichert: Wo liegt Prüm? Der polizeiliche Datenaustausch in der EU bekommt eine neue Dimension. In: DANA. Datenschutznachrichten, 1/2006, pp. 12-15; Heiner Busch: Freier Binnenmarkt für Polizeidaten. EU ermöglicht gemeinschaftsweiten Zugriff auf DNK-Informationen. In: Grundrechte-Report 2008. Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland, hg. von Till Müller- Heidelberg u.a., Frankfurt/Main: Fischer Taschenbuch Verlag, 2008, pp. 38-41.
8. Chris A. (2009) ENFSI pregled pohranjivanja, uklanjanja i čuvanja DNK profila u forenzičkim DNK bazama podataka zemalja članica. Gordon, T. Honeywell, Governmental Affairs.
9. Council Decision 2008/615/JHA of 23 June 2008 on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and crossborder crime, and Council Decision 2008/616/JHA of 23 June 2008 on the implementation of Decision 2008/615/JHA.
10. Information provided on request by the press office of the German Ministry of the Interior BMI, 2.10.08.
11. Interoperabilität von Datenbanksystemen im Bereich der Inneren Sicherheit, Answer by the German Federal Government to a Parliamentary Request by the Green Party, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/9987, 15.7.08.
12. Jeffreys, A. (1993) DNA typing: approaches and applications, Journal of the forensic society, 33 (4), str. 204 - 211, u Izbor članaka iz stranih časopisa, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, broj 1 - 2/96).
13. Marjanović, D., Primorac, D. (2009) *Molekularna forenzična genetika*, Sarajevo, Institut za genetičko inženjerstvo i biotehnologiju.
14. Milosavljević, M., Milosavljević, D. (2005) DNK analize, Interpolov standard, baze podataka, aktualna situacija u BiH, *Bezbjednost, policija, građani*, br. 1/05, MUP RS, Banja Luka, str. 71 - 80.
15. Milosavljević, M., Milosavljević, D. (2005) DNK analize, Interpolov standard, baze podataka, aktualna situacija u BiH, *Bezbjednost, policija, građani*, br. 2/05, MUP RS, Banja Luka, str. 224 - 232.
16. Robertson - Viguax 1999. *Interpreting Evidence, Evaluating Forensic Science in the Courtroom*, Chicester, str. 163 - 164.
17. Schmid, R. (2008) Europäischer Datenverbund. In: Öffentliche Sicherheit (ed. by the Austrian Ministry of the Interior), 5-6/2008, p. 57; Engere Kooperation mit den USA. In: Öffentliche Sicherheit, 1-2/2008, p. 69.

18. Silverman, J. Legal affairs analyst, "Blair's new look civil liberties", *BBC News*, 14 May 2007.
19. Simonović, B. (2004) *Kriminalistika*, Kragujevac, Pravni fakultet.
20. Topfer, E. (2009) Traganje za iglama u sve većem stogu sijena: prekogranična razmjena DNK podataka u svjetlu Prumskog sporazuma, *Statewatch*, Vol 18/09 br. 3.
21. Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, (Službeni glasnik BiH br: 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 53/07, 58/08).
22. Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, broj 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 53/07.
23. Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br: 50/03, 111/04, 115/04, 68/07.
24. Zonderman, J. (1999) *Beyond the Crime Lab*, New York.

Izvori sa Interneta

1. A German version of the Prüm Treaty can be found online at: http://www.eu2007.bmi.bund.de/Internet/Content/Common/Anlagen/Theme/Polizei__und__Bundespolizei/DatenundFakten/Pruemer__Vertrag,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Pruemer_Vertrag.pdf. (27.12.2007)
2. According to figures in the presentation "Exchange of DNK-profiles by the Treaty of Prüm" by C. P. von der Beek of the Dutch Forensic Institute at the conference "DNK Data Exchange in Europe", June 5/6, 2008 in Maastricht/Heerlen. Online: <http://www.dna-conference.eu> [5.7.08].
3. BKA: Statistik DNK-Analysedatei. Online. <http://www.bka.de/profil/faq/dna02.html> [16.7.08].
4. BMI: Bundeskabinett beschließt Abkommen zur intensivieren Zusammenarbeit bei der Bekämpfung schwerwiegender Kriminalität zwischen Deutschland und den USA, press release 4.6.08; BMI: Deutschland und USA intensivieren Zusammenarbeit bei der Bekämpfungschwerwiegender Kriminalität, press release 11.3.08. The German text of the agreement AK V o r r a t s d a t e n s p e i c h e r u n g [3 . 1 0 . 0 8] . : <http://www.vorratsdatenspeicherung.de/content/view/253/1/lang,de/>
5. BMI: Ergebnisse auf Seiten Deutschlands im Rahmen des DNK Datenaustausches mit Österreich, Spanien und Luxemburg nach dem Vertrag von Prüm. Online: http://www.bmi.bund.de/nn_163598/Internet/Content/Themen/Polizei/Einzelseiten/Pruem.html [3.7.08].

6. BMI: Vertrag von Prüm. Auswertung des DNK-Datenabgleichs zwischen Deutschland und Österreich. Stand 18. März 2007. Online: http://www.eu2007.bmi.bund.de/nn_1059816/Internet/Content/Common/Anlagen/Themen/Europa_Internationales/DatenundFakten/Vertrag_Pruem_DNK_Echtabgleich_de,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Vertrag_Pruem_DNK_Echtabgleich_de.pdf [3.7.08].
7. European Commission signs 210 million new contract to create safer EU IT network, EU press release IP/06/1301, 3.20.06. Online: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1301&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en> [25.8.08]; Umsetzung des Prümer Vertrages, Answer of the German Federal Government to a Parliamentary Request by the FDP, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/6229, 17.8.07.
8. Informal High Level Advisory Group on the Future of European Home Affairs Policy: Freedom - Security - Privacy. European Home Affairs in an open world, June 2008: <http://www.statewatch.org/news/2008/jul/eu-futures-jha-report.pdf>.
9. Interpol: Databases Fact Sheet. COM/FS/2008-07/GI-04. Online: <http://www.interpol.int/Public/ICPO/FactSheets/GI04.pdf> [16.7.08]; Interpol: DNK Gateway Fact Sheet, COM/FS/2007-09/FS-01. Online: <http://www.interpol.int/Public/ICPO/FactSheets/FS01.pdf> [16.7.08].
10. Janssen, H. 1999. The DNK database in The Netherlands, 1 st INTERNATIONAL DNA USER'S CONFERENCE 24th - 26th November 1999 in Lyons. <http://www.Interpol.com/Public/Forensic/dna/conference/DNKDb05.asp> (23.03.2002.)
11. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (kako je izmijenjena Protokolima br.11 i 14) s Protokolima br.1, 4, 6, 7, 12 i 13. <http://conventions.coe.int/> - Tajništvo Evropskog suda za ljudska prava - lipanj 2010.(22.07.2010)
12. Kreml, S. (2008) EU-Datenschützer tadelt Schäubles Polizei-Superdatenbank. In: heise online news, 15.5.08. Online: <http://www.heise.de/newsticker/EU-Datenschuetzer-tadelt-Schaeubles-Polizei-Superdatenbank--/meldung/107948> [12.7.08].
13. Renterghem, P. V. (1999) National Institute of Criminalistic and Criminology, Belgium DNK database, 1 st INTERNATIONAL DNK USER'S, 24th - 26th November 1999. in Lyons; <http://www.interpol.com/Public/Forensic/dna/conference/DNADb04.asp> (23.03.2002.)
14. Scheithauer, R. 1999. Institute of Legal medicine, University of Innsbruck, Austria, Austrian National DNK database, 1 st INTERNATIONAL DNK USER'S CONFERENCE, 24th -26th November 1999. in Lyons. <http://>

www.interpol.com/Public/Forensic/dna/conference/DNKDb05.asp
(23.03.2002.)

15. Schmitter, H. 1999. Situation of DNK – Analysis in germany, 1 st INTERNATIONAL DNK USER'S CONFERENCE 24th – 26th November 1999. in Lyons; <http://www.interpol.com/Public/Forensic/dna/conference/DNKDb03.asp> (21.03.2002.).

DNA DATABASES – REALITY AND NECESSITY IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The importance of the DNA analysis is proved through the everyday forensic and criminal investigation practice. This type of identification, which delivers practically an absolutely reliable results, certainty of which is beyond any reasonable doubt, represents a new constancy in the struggle against organized crime. One of the key parameters through which DNA analysis will give even better results is the establishment of a DNA database. Many countries went through this process, on one way or another. Many of the adopted solutions differ among themselves to a considerable extent. However, it is unanimously agreed that the introduction of databases is inevitable. Bosnia and Herzegovina, for that matter, is at the very beginning with the still vague vision of a final solution. Through this paper we shall try to clarify some of the experiences of other countries, explain the importance of databases, but also provide guidelines for the future solutions of Bosnia - Herzegovina databases.

Key words

DNA analysis, databases, profiles, identification of samples.

ODREĐIVANJE RELEVANTNOG TRŽIŠTA U PRAVU KONKURENCIJE BOSNE I HERCEGOVINE I EVROPSKE UNIJE

stručni članak

UDK: 339.13.012.42
346.5

mr. sc. Mirza Gogić*

Sažetak

Rad se bavi temeljitom analizom relevantnih zakonskih propisa u BiH koji se tiču prava konkurencije i, u sklopu njega, određivanja relevantnog tržišta. Pored analize zakonskih propisa, velika pažnja posvećena je praksi Suda pravde EU i Europske Komisije koja se bavi ovom materijom, a koja ima, ne samo pravni značaj, već i pravnu snagu u BiH. Čitalac se kritički provodi kroz sve faze problema određivanja relevantnog tržišta, te se u tom aspektu analiziraju i najvažnije odluke iz dugogodišnje pravne prakse EU, iz koje direktno potiče i naš sistem prava konkurencije. Osim teorijske i praktične analize, rad nudi i mogući odgovor na problem kršenja principa pravne sigurnosti koji se javio nakon usvajanja sistema zaštite tržišne konkurencije u BiH.

Ključne riječi

Pravo konkurencije, Relevantno tržište, Zakon o konkurenciji, Konkurencijsko Vijeće, Sud pravde EU, Europska komisija, Tržišna konkurencija.

* Američki univerzitet u BiH, Advokatski ured Goran Varunek, Sarajevo;
mirzagogic@gmail.com

UVOD

Pravo i politika tržišne konkurencije predstavlja temelj funkcionisanja slobodne tržišne ekonomije i stvaranja jedinstvenog ekonomskog prostora u Bosni i Hercegovini. U našoj zemlji, sistem prava konkurencije se u potpunosti oslanja na pravo konkurencije Europske Unije, što možda najbolje oslikava odredba čl. 43.(7) Zakona o konkurenciji BiH¹ (u daljem tekstu: ZOK) koji Konkurencijskom Vijeću BiH omogućava da se "... u svrhu ocjene datog slučaja, može koristiti sudskom praksom Evropskog suda pravde i odlukama Evropske Komisije.". Ova odluka našeg zakonodavca može se opravdati iz razloga što je sistem prava konkurencije u BiH u potpunosti preslikan iz EU, s tim što, radi prirode pravnog poretka EU, sve odluke Komisije (koja igra ulogu identičnu Konkurencijskom Vijeću u BiH) i Suda Pravde EU (u daljem tekstu: SPEU) utiču na oblikovanje i dalji razvoj prava konkurencije. Ovakvo rješenje nije pogrešno, iako zvuči pomalo iznenađujuće da se u našem zakonodavnom sistemu daje svojevrsna pravna snaga aktima koji nisu transponirani u naše zakonodavstvo, nego samim svojim postojanjem proizvode pravni efekat. Međutim, možda se najveći problem takvog rješenja javlja s aspekta osnovnih pravnih principa, s obzirom da u BiH ne postoji baza podataka odluka EK i SPEU, što značajno umanjuje pravnu sigurnost učesnika na bosansko-hercegovačkom tržištu. Cilj ovog rada je približavanje prava konkurencije, a naročito prvog i često najznačajnijeg koraka svakog slučaja primjene ZOK – definisanja relevantnog tržišta, praktikantima u BiH. Pokušat ću da ovim radom barem malo rasvijetlim određenje zakonodavca (primjena odluka iz pravnog sistema EU, koje najčešće nisu dostupne učesnicima na našem tržištu) koje bitno utiče na osnovne pravne principe i slobode u BiH.

Konkurencijsko Vijeće BiH, u skladu sa Zakonom o konkurenciji, raspolaže s tri ključna elementa za uređivanje pravilnog tržišnog natjecanja. Ta tri elementa su:

1. Zabrana sporazuma koji ograničavaju ili narušavaju tržišnu konkurenciju (čl. 4. ZOK BiH)
2. Zabrana zloupotrebe dominantnog položaja (čl. 10. ZOK BiH)
3. Odredbe o koncentracijama (čl. 12.-19. ZOK BiH)

Ova tri elementa čine kostur sistema prava tržišne konkurencije, te predstavljaju glavne mehanizme očuvanja pravilne utakmice na tržištu kojima raspolaže Konkurencijsko vijeće. Sve ostale elemente treba posmatrati kao

¹Zakon o konkurenciji BiH ("Službeni glasnik BiH", br. 48/05, 76/07 i 80/09)

dopunu tom sistemu pa se stoga ovim elementima i posvećuje najveća pažnja prilikom izučavanja pravne materije tržišne konkurencije.

Kada Konkurencijsko vijeće dođe u situaciju da primjeni neki od ovih elemenata na konkretan slučaj, prva stvar koja se mora uraditi u gotovo svakoj situaciji je definisanje relevantnog tržišta. To je zasigurno temelj svakog pravnog slučaja koji dođe pred Konkurencijsko Vijeće i bilo bi pogrešno zanemariti značaj tog postupka, koji u najvećem broju slučajeva igra određujuću ulogu u postojanju kršenja ZOK, odnosno dopuštenosti ili nedopuštenosti određene koncentracije. S obzirom da u našem pravu postoji Odluka o utvrđivanju relevantnog tržišta ("Službeni glasnik BiH", br. 18/06), koja po mišljenju autora ovog teksta ne objašnjava u potpunosti postupak utvrđivanja relevantnog tržišta, ovaj rad će se baviti, ne samo detaljnim pojašnjenjima odredbi ove Odluke, nego i osvrnuti na pravnu praksu EK i SPEU, koji i prema ovoj Odluci imaju pravnu snagu prilikom utvrđivanja relevantnog tržišta.²

RELEVANTNO TRŽIŠTE

ZOK definiše relevantno tržište kao tržište određenih proizvoda i/ili usluga koji su predmet obavljanja djelatnosti privrednih subjekata na određenom geografskom području.³ Uproštena definicija označava relevantno tržište kao zbir proizvoda (i/ili usluga) i geografskih lokacija, koje je moguće razgraničiti od drugih proizvoda i lokacija, u svrhu određivanja tržišne snage i antikongkurentskih efekata. Još prostije, definisanje relevantnog tržišta se može označiti kao određivanje granica unutar kojih se firme takmiče. Ponekad se pogrešno tumači da relevantno tržište predstavlja zbir firmi koje učestvuju na njemu. Međutim, ispravno ga je posmatrati kao zbir proizvoda i lokacija (kao i ciljne grupe kupaca, u slučaju tržišta u kojem je došlo do cjenovne diskriminacije). Iz zakonske definicije proizlazi da se relevantno tržište sastoji od relevantnog tržišta proizvoda i relevantnog geografskog tržišta. Obje definicije su jednako bitne za ishod slučaja jer je za firme učesnice na tržištu, a koje su pod istragom Konkurencijskog Vijeća, daleko povoljnije široko definisanje geografskog ili tržišta proizvoda, što znači manju tržišnu snagu, tj. manji negativan uticaj na konkurenciju. Potrebno je istaći da u pravu BiH, geografsko tržište ne predstavlja tako velik problem kao u pravu EU, jer prilikom definisanja relevantnog tržišta u BiH ne postoje "poteškoće" s ko-

² Član 17. Odluke o utvrđivanju relevantnog tržišta koji glasi: "Konkurencijsko vijeće u svrhu određivanja relevantnog tržišta za date slučajeve može se koristiti propisima i sudskom praksom Evropskog suda, kao i odlukama Evropske komisije."

³ Član 3. ZOK BiH

jima je suočena EU (gdje postoji jedinstveno tržište na području 27 država članica). Iako je prilikom definisanja potrebno odrediti, ne samo proizvode, nego i geografsko područje na kojem se firme međusobno takmiče, daleko veći praktični problem u BiH je definisanje tržišta proizvoda, te će se u ovom radu, sukladno tome, posvetiti veća pažnja tržištu proizvoda.

Dakle, svrha definisanja relevantnog tržišta u užem smislu predstavlja određivanje proizvoda i usluga koje predstavljaju bliske supstitute jedni drugima, tako da djeluju ograničavajuće na ponašanje dobavljača istih roba i usluga na određenom geografskom području. Pretpostavimo na primjer, da proizvođač proizvoda X (jedini proizvođač X-a na datom tržištu) ima dominantan položaj i tržišnu snagu koju koristi da bi podigao cijenu proizvoda X do monopolističkog nivoa. Prvo pitanje koje je potrebno postaviti jeste: Da li postoji zamjenski proizvod kome bi se potrošači mogli okrenuti, uslijed povećanja cijena X-a? Ukoliko bi kupci mogli uslijed viših cijena X-a relativno lako preći na proizvod Y, onda bi X i Y sačinjavali isto relevantno tržište proizvoda. Ako bi cijena mlijeka porasla, da li bi kupci zbog toga prešli na jogurt? Razumljivo je da su papirne maramice i ekseri dva različita relevantna tržišta, kao i pivo i stolice, ali šta je s višnjama i malinama, prevoza vozom i autobusom?

U širem smislu, svrha definisanja relevantnog tržišta predstavlja preduslov za regulisanje ponašanja tržišnih učesnika putem 3 osnovna elementa kojima raspolaže Konkurencijsko Vijeće. Da bi uopšte došlo do primjene člana 10. ZOK, u slučaju zloupotrebe dominantnog položaja, neophodno je utvrditi dominantan položaj, a njegovo utvrđivanje nije moguće bez utvrđivanja relevantnog tržišta, te tržišnog udjela dominantne firme na njemu. Utvrđivanje relevantnog tržišta je neophodno i s aspekta primjene člana 4. ZOK, da bi se utvrdili efekti koje sporazum ima na relevantno tržište, odnosno primijenila jedna od Odluka o grupnom izuzeću sporazuma. Bitno je napomenuti da se i u praksi SPEU i EK pravi razlika između definisanja relevantnog tržišta u ova dva slučaja.⁴ Upravo zbog te razlike, tada Sud Prve instance EU je u *Lombard klub* odluci dozvolio šire definiranje tržišta od strane EK, u slučaju formiranja horizontalnog kartela, gdje je Komisija formulisala relevantno tržište, tako da se sastoji i od određenih bankarskih proizvoda koji bi u drugačijem kontekstu pripadali različitom relevantnom tržištu jer je EK uspjela dokazati antikompetitivan efekat sporazuma i na tako prošireno tržište. Da je kojim slučajem bilo potrebno definisati relevantno tržište radi zloupotrebe relevantnog položaja, malo je vjerovatno da bi Komisija mogla ići

⁴ Vidi *Spojени slučaji T-259/02 do T-264/02 i T-271/02: Presuda Suda Prve Instance od 14.12.2006., Raiffeisen Zentralbank Österreich i ostali protiv Komisije, 2006., str. 29.-30., paragraf 8.*

ovako široko s definisanjem. Pored ova dva elementa, neophodno je napomenuti važnost definisanja relevantnog tržišta na ocjenu koncentracija (čl.12.-17. ZOK)

⁵ Što bi značilo da se radi o vertikalnoj koncentraciji, npr. da jedna firma proizvodi, a druga se bavi maloprodajom određenog proizvoda.

⁶ Slučaj 27/76: Presuda Suda Pravde EU od 14.2.1978. - United Brands Company i United Brands Continentaal BV protiv Komisije, 1978., str. 207., paragrafi 8.-56.

⁷ Slučaj 85/76: Presuda Europskog suda pravde od 13.2.1979. - Hoffmann-La Roche & Co. AG v Komisije, 1979., str. 461., paragraf 28.

⁸ Supra 6.

⁹ Monti G., (2007) EC Competition Law. Cambridge University Press, str. 135.

perspektive, zamjenjivost potražnje predstavlja najizravniju i najefektivniju disciplinarnu silu na tržištu. Ističe se da firma ne može imati značajan uticaj na određene uslove prodaje, npr. cijene, ukoliko bi mušterije bile u poziciji da relativno lako pređu na dostupne zamjenske proizvode ili proizvođače locirane negdje drugdje. U suštini, praksa određivanja definicije relevantnog tržišta sastoji se u identifikiranju efikasnih alternativnih izvora nabavke za mušterije firme koja je u pitanju (kako što se tiče proizvoda, tako i kada je u pitanju geografska lokacija dobavljača).¹⁴ EK u svojoj Obavijesti o definiciji relevantnog tržišta priznaje da je analiza zamjenjivosti ponude generalno manje direktna, te zahtijeva analizu dodatnih faktora.

ZAMJENJIVOST POTRAŽNJE

Kako je već istaknuto pri utvrđivanju relevantnog tržišta, najveći značaj pridaje se zamjenjivosti potražnje, a tek nakon toga zamjenjivosti ponude. Potencijalna konkurencija i prepreke pristupa su faktori koji mogu imati značaj od slučaja do slučaja, ali se uglavnom koriste u narednim fazama analize, nakon utvrđivanja relevantnog tržišta. Sud Pravde u *Continental can* slučaju¹⁵ ističe da se, pored zamjenjivosti potražnje, tržište mora definirati i prema zamjenjivosti ponude, dok se preostala dva faktora ne spominju u svrhu određivanja.

Zamjenjivost potražnje određuje koje sve proizvode potrošači smatraju zamjenama jednim za druge. Ukoliko proizvod ima savršene supstitute, jedini proizvođač tih proizvoda ne može se ponašati monopolistički jer će potrošači, u slučaju takvog ponašanja, jednostavno preći na supstitute tog proizvoda. Ako je plastična stolarija savršen supstitut za drvenu stolariju, tada proizvođač prozora od drveta ne može povećati cijene istih i ponašati se monopolistički jer je ograničen plastičnim prozorima na koje bi kupci prešli, ukoliko bi došlo do takvog ponašanja. Većina proizvoda do određene mjere ima svoje supstitute, a da li će jedan proizvod biti zamjenski za drugi, određeno je mnogim faktorima kao što su: sličnost u kvalitetu i cijeni, dostupnost proizvoda i sl. U svijetu je najprihvaćeniji test

¹⁰ Vidi: Harris M., (2001) *Competition Laws Outside United States*. American Bar Association. str. 42.

¹¹ "Uslovi za primjenu člana [102.] Ugovora o funkcionisanju EU (odgovara našem članu 10. ZOK) na preduzeće koje ima dominantan položaj pretpostavljaju jasno razgraničenje značajnog dijela Zajedničkog tržišta u kojem je moguće da dođe do zloupotrebe koja narušava efektivnu konkurenciju, i to je područje u kojem su objektivni uslovi konkurencije koji se primjenjuju na proizvod isti za sve učesnike na tržištu." *United brands* slučaj paragraf 44.

određivanja zamjenjivosti potražnje tzv. SSNIP test¹⁶ koji je prihvaćen i u našem zakonodavstvu, u odredbi čl. 8. Odluke o utvrđivanju relevantnog tržišta. Tu se ka-

¹² Lanucara L., (2002) "The Globalization of Antitrust Enforcement: Governance Issues and Legal Responses", *Indiana Journal of Global Studies*, Volume 9, Issue 2. str. 433.-459., na strani 435.

¹³ Padilla J., (2001). "The role of supply-side substitution in definition of relevant market in merger control", A Report for DG Enterprise A/4, European Commission, str. 3. i 61.,

¹⁴ Vidi *Obavijest Europske Komisije o definiciji relevantnog tržišta u svrhu EU prava konkurencije od 9.12.1997.*, str. 5.-13.

¹⁵ Slučaj 27/76: Presuda Europskog suda pravde od 21.2.1973., *Europemballage Corporation i Continental Can Company Inc. protiv Komisije*, 1973., str. 215., paragrafi 32.-33.

cijenu u najvećem broju industrija, a naročita teškoća je u tome što ovakav pristup pretvara SSNIP test u test neposredne dominantnosti. Ukoliko bi nekako bilo moguće utvrditi kompetitivnu cijenu, ne bi bilo potrebe uopšte definisati relevantno tržište jer bi se prostom komparacijom kompetitivne i stvarne cijene već moglo utvrditi ima li firma dominantan položaj ili ne. Druga varijanta je provjera reakcija firme u pitanju na promjene cijena i nove proizvode na tržištu.²⁰ Ukoliko preduzeće reaguje na nove proizvode ili veće/manje cijene određenih tuđih proizvoda na tržištu, onda je vjerovatno da su ti proizvodi bliski supstituti proizvodima te firme. Treća varijanta je SSNDP test²¹ (koji označava malo, ali značajno smanjenje cijena). To podrazumijeva ispitivanje količine prodanih proizvoda date firme, ukoliko bi došlo do hipotetičkog smanjenja cijene za 5-10%. Ukoliko bi, uslijed smanjenja cijene, došlo do značajnog povećanja prodaje, to bi predstavljalo jasan signal da je tržište, ne samo široko, već ima značajan broj konkurenata. Ukoliko smanjenje cijene ne bi dovelo do povećanja prodaje, onda se najvjerojatnije radi o tržištu s odsustvom tržišne konkurencije.²² U zavisnosti od dostupnih informacija, moguće je kombinovati ove varijante, kako bi došli do pravilnog utvrđivanja relevantnog tržišta.

Zamjenski proizvod (supstitut)

Gore je već navedeno da se u Odluci o utvrđivanju relevantnog tržišta navodi: "Zamjenski proizvod (supstitut) je proizvod koji, s obzirom na svoja svojstva, cijenu, namjenu i navike potrošača, odnosno kupca, može zamijeniti drugi (relevantni) proizvod i na taj način zadovoljiti jednaku potrebu potrošača, odnosno kupca.". Nakon toga se za određivanje supstituta određuje klasični SSNIP test. Međutim, pitanje svojstava, namjene i navike potrošača je izuzetno bitno kako bi

¹⁶ Small but Significant Non-transitory Increase in Price (malo ali značajno, neprelazno povećanje cijena), utvrđen u Sjedinjenim Američkim državama 1956. u slučaju *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956).

¹⁷ Novi Zeland – Commerce Commission (1999) - Business Acquisition Guidelines (Rev. ed)„ Wellington N.Z., paragrafi 14.-15.

SAD – US Department of Justice and the Federal trade commission (2010) - US Horizontal Merger Guidelines, tačka 4.1.2.

Velika Britanija – Office of fair trading (2003) - Substantive Assessment Guidance on Mergers Edition 05/03, Crown Copyright, tačka 3.17.

EU – Europska Komisija (1997) - *Obavijest Europske Komisije o definiciji relevantnog tržišta u svrhu EU prava konkurencije*. od 19.12.1997., str. 5. – 13., paragraf 17.

Kanada - Competition Bureau (2008) - Competition Bureau's draft Information Bulletin on the Abuse of Dominance Provisions as Applied to the Telecommunications Industry – tačka 2.4.

rasprava završila samo na hipotetskom povećanju cijena.

Svojstva, namjene i navike potrošača su nedovoljni sami po sebi da bi se

¹⁸ O'Donoghue Robert, Padilla Jorge: The Law and Economics of Article 82 EC Hart Publishing (Ujedinjeno Kraljevstvo), 2006., str. 84.

RELEVANTNOG TRŽIŠTA

Postoji niz pitanja koja se odnose na određivanje relevantnog tržišta, a koja su interesantna s gledišta praktikanata prava tržišne konkurencije. Jedno od gorućih jeste definisanje tržišta tzv. "nove" ekonomije.²⁸ "Nova" ekonomija predstavlja tržišta visoko-tehnoloških dostignuća čija je osnovna karakteristika dinamična konkurencija. To praktično znači da se kompanije ne takmiče u cijeni, nego u inovaciji. Možda najbolji primjer je tržište mobilnih telefona gdje se Apple i HTC ne takmiče u cijenama proizvoda, nego u njihovoj funkcionalnosti. U toj situaciji, prijetnja jednom proizvođaču ne dolazi od niže cijene drugog proizvođača, nego od novih proizvoda.²⁹ SSNIP test je ovdje teško primjenjiv jer se u njemu polazi od pretpostavke homogenosti proizvoda, te se proizvođači takmiče u cijeni (zato i hipotetsko povećanje cijene od 5-10%). Međutim, sama suština tržišta "nove" ekonomije je u različitosti proizvoda te dinamičnoj konkurenciji, pa u ovakvim slučajevima treba izbjegavati primjenu SSNIP testa. Ovdje daleko više do izražaja dolazi zamjenjivost ponude, nego zamjenjivost potražnje, te se prije svega postavlja pitanje da li proizvođači mogu u relativno kratkom vremenu početi proizvoditi proizvode koji potencijalno čine relevantno tržište. U ovakvim tržištima, to bi morala biti polazna tačka svake analize, dok je cijena marginalno pitanje.

Još jedan bitan slučaj je i *British Airways*,³⁰ iz razloga što se tu utvrđuje postojanje tržišta s "druge strane" tj. strane kupca, a ne kao što je uobičajeno na strani prodavca ili pružaoca usluga. U ovom slučaju, kao tržište je definisano tržište usluga putničke agencije. Iako je British Airways i sam bio pružalac usluga avio prevoza, u konkretnom slučaju, tržište je definisano drukčije pa je Komisija utvrdila da usluge koje turističke agencije pružaju za avio kompanije, u smislu prodaje avionskih karata, u stvari relevantno tržište, te da je British Airways imao dominantan položaj kao kupac

Još jedan od gorućih problema jeste problem lanaca supstitucije. Šta se događa u situacijama kada je X zamjena za Y a Y za Z. Međutim Z nije zamjena za X. Pripadaju li onda X,Y i Z istom tržištu? U ovom konkretnom primjeru, moguće je imati sva tri proizvoda (ili proizvođača, odnosno prodavača, ukoliko se radi o

¹⁹ Office of fair trading (2001) - The role of market definition in monopoly and dominance inquiries, Crown copyright – paragrafi 3.15. – 3.36.

²⁰ Vidi *Supra* 14. paragraf 38.

²¹ American antitrust institute (2006) - Response to public consultation on the EC DG Competition discussion paper on the application of Article 82 TFEU, str. 3.

²² Vidi *Supra* 18., str. 76.-89.

geografskom tržištu) u jednom relevantnom tržištu, pod uslovom da su cijene X i Z dobrim dijelom zavisne od cijene Y. Naravno, potrebno je pružiti jak dokaz da je

²³ Supra 14., str 26. Case study United Brands,
također vidi Supra 9., str. 137. i 202.

²⁴ Slučaj CA98/3/03 [2003] UKCLR 950

²⁵ Član 9. Odluke o utvrđivanju relevantnog tržišta.

²⁶ Vidi Supra 14. paragraf 23.

zamjenjivost", pa tako u *United Brands* slučaju, SPEU navodi da relevantno tržište proizvoda predstavljaju proizvodi koji su međusobno zamjenjivi, ali nisu zamjenjivi s proizvodima izvan tog tržišta.

U Odluci o utvrđivanju relevantnog tržišta navode se četiri kriterija za određivanje tržišta, i to: zamjenjivost potražnje za određenim proizvodom, zamjenjivost ponude za određenim proizvodom, postojanje potencijalne tržišne konkurencije i prepreke pristupa relevantnom tržištu. Posljednja dva kriterija (potencijalna konkurencija i prepreke pristupa), iako mogu igrati određenu ulogu u rijetkim slučajevima, obično se uzimaju u obzir u daljim fazama analize slučaja. U praksi EU, najveću ulogu igra zamjenjivost potražnje za određenim proizvodom, a tek nakon toga i zamjenjivost ponude. Osnovni test pri analizi zamjenjivosti potražnje je SSNIP test, koji uzima u obzir hipotetičko povećanje cijena jednog proizvoda od 5% - 10%. Ukoliko bi, prilikom takvog povećanja kupci prešli na drugi proizvod, onda oba takva proizvoda čine relevantno tržište proizvoda. Naravno, postoje tržišta na koja je SSNIP test neprimjenjiv, a to se naročito odnosi na tržišta "nove" ekonomije gdje je takmičenje u inovaciji, a ne u cijeni. Osim toga, postoje još mnoga značajna pitanja u definisanju tržišta, kao što je raznolikost potrošača ili određivanje tržišta za komplementarne proizvode, gdje SPEU u *Michelin I* slučaju kaže da je tržište kamionskih guma različito od tržišta guma za putničke automobile, te da potpuna zamjenjivost proizvoda nije neophodna, nego je dovoljna i međusobna zamjenjivost.

Određivanje relevantnog tržišta predstavlja temelj samog prava konkurencije, te je cilj ovog rada bio da se približi način određivanja relevantnog tržišta, sukladno pozitivnim zakonskim propisima u BiH, kao i dugogodišnjoj pravnoj praksi EU, kao jednog od dva najveća sistema prava konkurencije u svijetu (tu je još i SAD) iz kojeg korijene vuče i naš sistem. Osnovna aktivnost Konkurencijskog Vijeća u BiH svodi se na ocjenu zloupotrebe dominantnog položaja, ocjenu sporazuma koji ograničavaju ili narušavaju tržišnu konkurenciju i ocjenu koncentracija. Prvi korak u svakoj od ovih situacija je upravo određivanje relevantnog tržišta i, bez pravilnog pristupa ovom koraku, svaka dalja analiza slučaja bi bila nesvrhsishodna. Za tržišne učesnike je također jako bitno kako pristupiti određivanju tržišta jer je za njih svakako povoljnije što šire definisano tržište, a to nužno znači da je negativan uticaj koncentracije, sporazuma ili same dominante kompanije manji. Ovaj rad pokušava da ukaže na osnovne korake u pravilnom

²⁷ *Vidi Supra 14.*

²⁸ Vidi Odluku Europske Komisije od 18.2.2010. u slučaju COMP/M.5727 - MICROSOFT / YAHOO! SEARCH BUSINESS.

definisaju relevantnog tržišta, kako bi na taj način uveliko olakšao analizu slučaja svim praktikantima u BiH.

BIBLIOGRAFIJA

Zakoni i podzakonski akti

1. Zakon o konkurenciji BiH ("Službeni glasnik BiH", br. 48/05, 76/07 i 80/09)
2. Odluka o utvrđivanju relevantnog tržišta ("Službeni glasnik BiH", br. 18/06)
3. Obavijest Europske Komisije o definiciji relevantnog tržišta u svrhu EU prava konkurencije od 9.12.1997., str. 5.-13.

Akademski i praktični materijali

1. Harris M. (2001) Competition Laws Outside United States, American Bar Association.
2. Lanucara L.(2002) The Globalization of Antitrust Enforcement: Governance Issues and Legal Responses, Indiana Journal of Global Studies Volume 9 Issue 2.
3. Padilla J. (2001) The role of supply-side substitution in definition of relevant market in merger control, European Commission.
4. O'Donoghue R., Padilla J.:The Law and Economics of Article 82 EC Hart Publishing, 2006.
5. Monti G. (2007) EC Competition Law, Cambridge University Press.
6. American antitrust institute, Response to public consultation on the EC DG Competition discussion paper on the application of Article 82 TFEU, 2006.
7. Novi Zeland - Commerce Commission (1999) - Business Acquisition Guidelines (Rev.ed).., Wellington N.Z.
8. SAD – US Department of Justice and the Federal trade commission (2010) - US Horizontal Merger Guidelines.
9. Velika Britanija – Office of fair trading (2003) - Substantive Assessment

²⁹ U pravu BiH zamjenjivost potražnje određena je cijenom proizvoda (član 7. stav 3. Odluke o utvrđivanju relevantnog tržišta), a kako je ovdje u pitanju tržišno takmičenje koje ne podrazumijeva takmičenje u cijeni, autor ovaj primjer izdvaja iz poglavlja o Zamjenjivosti potražnje.

³⁰ Slučaj 219/99: Presuda Suda Prve Instance od 17.12.2003. - British Airways plc protiv Komisije, 2003., str. II.-05917.

Guidance on Mergers Edition 05/03, Crown Copyright.

10. Office of fair trading (2001) - The role of market definition in monopoly and dominance inquiries, Crown Copyright.
11. Kanada - Competition Bureau (2008) - Competition Bureau's draft Information Bulletin on the Abuse of Dominance Provisions as Applied to the Telecommunications Industry.

Sudska praksa Suda pravde Europske Unije i Europske Komisije

1. Spojeni slučajevi T-259/02 do T-264/02 i T-271/02: Presuda Suda Prve Instance od 14.12.2006. - Raiffeisen Zentralbank Österreich i ostali protiv Komisije, 2006., str. 29.–30.
2. Slučaj 27/76: Presuda Suda Pravde EU od 14.2.1978. - United Brands Company i United Brands Continentaal BV protiv Komisije, 1978., str. 207.
3. Slučaj 85/76: Presuda Europskog suda pravde od 13.2.1979. - Hoffmann-La Roche & Co. AG v Komisije, 1979., str. 461.
4. Slučaj 27/76: Presuda Europskog suda pravde od 21.2.1973.- Europemballage Corporation i Continental Can Company Inc. protiv Komisije, 1973., str. 215.
5. Slučaj 219/99: Presuda Suda Prve Instance od 17.12.2003. - British Airways plc protiv Komisije, 2003., str. II.-05917.
6. Slučaj 322/81: Presuda Europskog suda pravde od 9.11.1983.- NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin protiv Komisije, 1983., str. 3461.
7. Slučaj COMP/M.5727 - MICROSOFT / YAHOO! SEARCH BUSINESS: Odluka Europske Komisije od 18.2.2010.

Sudska praksa u Sjedinjenim Američkim Državama i Velikoj Britaniji

1. United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377
2. CA98/3/03 [2003] UKCLR 950

³¹ Ukoliko prodavač banana može postaviti veću cijenu banana za penzionere nego za studente, onda ove dvije grupe potrošača čine dva različita tržišta banana.

³² Slučaj 322/81: Presuda Europskog suda pravde od 9.11.1983.- NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin protiv Komisije, 1983., str. 3461.

DEFINING THE RELEVANT MARKET WITHIN THE COMPETITION LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA AND THE EU

Summary

This paper is dealing with a thorough analysis of the legal acts in Bosnia and Herzegovina, related to the competition law, and defining the relevant market within it. Apart from the analysis of legal acts, great emphasis is placed on the practice of the European Union Court of Justice and European Commission that has not only legal importance, but also a legal effect in Bosnia and Herzegovina. The reader is critically guided through the all stages of the process of defining the relevant market, and having that in mind, the most important decisions of a very long EU law practice are being analysed, since our competition law system stems from it. Apart from the theoretical and practical analysis, the paper offers a possible solution for the issue of breaching the principle of legal certainty, which occurred after the system for the protection of market competitiveness, was introduced in Bosnia and Herzegovina.

Key words

Competition law, relevant market, Law on Competition, Competition Council, Court of Justice of the European Union, European Commission, market competitiveness.

MEDIJACIJA U PRAVOSUDNOM SISTEMU BOSNE I HERCEGOVINE

Autor: Džemaludin Mutapčić

prikaz

Pripremio: Sead Bahtijarević*

Kvalitetna i, pri tome, aktualna stručna literatura napisana od autora čije je poznavanje problematike, te društvenog i stručnog rejtinga, neupitno na prostoru Bosne i Hercegovine, skoro da je rijetkost.

Pravnoj javnosti i ne malom dijelu građanstva, koji je suočen s opravdanom potrebom da na efikasan i pravno djelotvoran način zaštiti svoja prava i pravom zaštićeni interes, koristeći medijaciju kao suvremeno i djelotvorno sredstvo, najzad je dostupna knjiga koja, u izboru kvalitetne stručne literature, zadovoljava veoma zahtjevne stručne kriterije, te čitljivim popularističkim pristupom daje korisne upute i savjete za "manje informirane" kako, koristeći suvremenu medijaciju, obezbijediti efikasnu realizaciju zaštite prava.

Gospodin Džemaludin Mutapčić, agiln notar i izuzetan poznavatelj prava, čije je višegodišnje aktivno djelovanje u reformi prava u Bosni i Hercegovine vidno prisutno, prezentirao je javnosti svoj autorski rad: "Medijacija u pravosudnom sistemu Bosne i Hercegovine".

Knjiga je plod višegodišnjeg rada i, kako je i sam autor naznačio: "Odgovor na sve razvijenije i složenije odnose u Bosni i Hercegovini i njenom okruženju, ali prije svega izraz potrebe da se svim građanima omogući da u ostvarivanju svojih sloboda, dužnosti i prava, budu u najvećoj mogućoj mjeri informirani i upućeni u pravni sistem, kako bi Ustav i zakoni bili njihovo oruđe u ostvarivanju ustavnog položaja društva."

Knjigu je u tiražu od 500 primjeraka izdala Biblioteka LOGOS/Planjax.

Recenzenti knjige, gospoda; Aleksandar Živanović, novinar i raniji izvršni direktor Udruženja medijatora u Bosni i Hercegovini, te gospodin Goran Salihović, predsjednik Općinskog suda u Sarajevu i raniji predsjednik Udruženja medijatora u Bosni i Hercegovini, potvrdili su očekivano visoki rejting knjige.

* Sudac Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine;

Polazeći od spoznaje da je suvremena medijacija još uvijek jedan od manje poznatih načina rješavanja sporova na prostoru Bosne i Hercegovine, autor u uvodu daje osnovne naznake, predstavljajući medijaciju kao sistem javne djelatnosti, provjerene i nadzirane od strane države, koja se obavlja nezavisno i samostalno, na osnovu, i u okviru, Zakona o postupku medijacije.

Da bi čitatelje "uveo" u pravnu medijaciju u suvremenoj Bosni i Hercegovini, autor s pravom podsjeća na "nekadašnji" pravosudni sustav u Bosni i Hercegovini i način alternativnog rješavanja sporova kroz "mirovna vijeća" i postupak pred istim, te efekte odluka koje su još uvijek bliske u spoznaji aktivne generacija pravnika.

Veći dio sadržaja knjige tretira pitanja kao što su: načela medijacije, odnos medijacije i posredovanje u obiteljskom pravu, sporazum o nagodbi u postupku medijacije, u sistemu izvršne isprave, te druga pitanja od izuzetnog značaja za prihvatanje medijacije kao sistema za efikasno rješavanje spora.

Knjiga nema striktno opredijeljenih poglavlja, ali istaknutim naslovima i podnaslovima, na jedan izuzetno dinamičan način, "korak po korak" vodi čitatelja kroz sistem, od trenutka kada se odluči pokrenuti medijaciju, do njene potpune realizacije.

Obrađena su pitanja nastanka isprave koja je Zakonom o postupku medijacije određena kao izvršna isprava, te dati odgovori na pitanja kao što su: Što je medijacija i zašto izabrati medijaciju? Tko su medijatori? Koji propisi reguliraju medijaciju, te za koju vrstu isprava se koristi medijacija?

Značajan prostor posvećen je pitanjima odnosa sporazuma o nagodbi u postupku medijacije izvršene odluke suda i izvršnog sudskog poravnanja, te sporazumu o nagodbi u postupku medijacije izvršne notarske isprave.

Izvršenje na osnovu sporazuma o nagodbi u postupku medijacije tj. prednosti izvršne isprave za izvršenje, posebno je obrađena.

U knjizi je dat značajan popis postojeće literature, te zakona od značaja za tretiranje ove problematike, što je od posebnog značenja za sve one koji već koriste medijaciju u praksi, ali i sve one koji će, nakon spoznaje u ovoj knjizi, istu koristiti.

Kako knjiga pruža izuzetno korisne i značajne informacije o pravnom značaju medijacije kao alternativnog načina rješavanja sporova, kao i uputstva koja su od pomoći za rješavanje aktualnih situacija, to je ista od posebnog značaja, tim prije što od uspješne medijacije, ne samo da imaju korist učesnici u medijaciji, već i društvo uopšte, posebno sudovi rasterećeni velikog broja predmeta koji su na ovaj način riješeni. U postupku medijacije, kao što je poznato, "nema gubitnika".

Ova knjiga, tj. prvo značajnije izdanje koje, na jedan sveobuhvatan i prije svega stručan način, tretira oblast medijacije na prostoru Bosne i Hercegovine, ne samo da afirmira institut medijacije na prostoru Bosne i Hercegovine, već i svojom aktualnošću doprinosi kompletiranju spoznaje o pravnom sustavu i afirmaciji pravne kulture, te pozitivnog trenda suvremenog prava u Bosni i Hercegovini.

Autor u zaključku konstatira da: "Serioznost tematike i njegov praktični značaj, upućuje na neophodna daljnja istraživanja, da bi se istražili odgovori na niz postavljenih pitanja".

Radovat će nas ako autorova pažnja, u vremenu koje je pred nama, bude i dalje posvećena ovoj tematici, te rezultira novim uspješnim izdanjem, na zadovoljstvo svih onih koji u ovoj knjizi nađu, ne samo podstrek za rad, već i opredjeljenje za moguća rješenja.

Knjiga je "jedinstveno korisna", te je za očekivati da će biti na stolu, ne samo svakog pravника, već i značajnijeg broja građana.

PRIMJENJENA FORENZIKA

autor doc. dr Nebojša Bojanić

Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije
Sarajevo 2011. godine, str. 339.

prikaz

Pripremio: Srdanović Marko*

Dinamika forenzike u svim oblastima koje ona široko pokriva predstavlja nezahvalnu i dinamičnu materiju koju autori pokušavaju sabrati u jedan logičan i upotrebljiv oblik. Teško je dosegnuti svaki dio postojanja, odnosno svaki problem koji forenzika nastoji iznijeti na osvjetljenu ravan, a da nas istraživanje i objedinjavanje takve materije ne odvede u krajnost i preširokost. S druge strane, ako uopštimo nalaze do kojih dolazi forenzika XXI vijeka ne postizemo željeni efekat i obavezno nam izostaje naučna dimenzija djela koje stvaramo. Takvo uobličavanje upotrebljivosti predstavlja izazov za svakog istraživača, bilo teoretičara, bilo praktičara. Kriminalistika je nauka koja ne trpi sporo reagovanje na promjene koje se dešavaju u njenoj potpodijeljenosti, jer time postaje troma, nezgrapna i neupotrebljiva. Cilj svakog djela iz oblasti kriminalistike jeste da svako saznanje koje obuhvati bude odmah upotrebljivo, odnosno razumljivo. Kako je kriminalistička tehnika oblast kriminalistike koja najbrže mijenja svoj oblik, odnosno na njenom polju se najbrže dolazi do pragmatičnih saznanja koja traže svoju verifikaciju na terenu, tako se i pisani izvori u kojima ona o tome svjedoči, prilagođavaju i ne zadržavaju kao sveupotrebljivi. Zato, iz praktičnih razloga, dr Bojanić objedinjuje saznanja praktičnog i teoretskog rada u djelu "Primjenjena forenzika". Sa jedne strane oslobađa se preširokih teoretskih pristupa kojima pretežno raspolaže svako značajnije djelo iz oblasti forenzike sa kojima sam i lično imao priliku da se susretnem u svom istraživačkom radu, a sa druge strane na praktičan način približava najveći dio savremenih metoda kojima tehnika iz oblasti kriminalistike raspolaže.

Srž knjige je praktično sublimirana u njenom naslovu. Ona nas oslobađa suvišnog promišljanja šta bi mogao biti sadržaj knjige. U kriminalistici upravo "PRIMJENJENOST" čini okosnicu djelovanja, jer ako u kriminalistici nešto nije

* *Bakalaureat (BA) kriminalistke, Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije, Sarajevo. Student II ciklusa.*

primjenjivo, onda nam i ne treba, to je prazan skup neupotrebljivih, nazovimo ih nalaza, koji nisu u stanju svoj doprinos dati u trenutku djelovanja. Tako ova knjiga na sasvim sistematičan i prosto rečeno, na shvatljiv način, pruža svoj maksimum koji se ogleda u aplikativnosti.

Knjiga je namijenjena studentima II ciklusa studija smjera kriminalistika na Fakultetu za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije. Važno je istaći da i autor kao istraživač ove oblasti naglašava da se knjiga ne dotiče svih oblasti forenzike, nego samo onih koje se mogu smatrati najvažnijima. Međutim, inovacija koja se javlja u ovoj knjizi je ostavljanje prostora za samostalnu misaonu aktivnost čitaoca kojom će, po pročitanoj sadržaju, zaista biti u stanju dokučiti opšte rješenje istražnog djelovanja na rasvjetljavanju krivičnog djela. Ovim udžbenikom se objedinjuju saznanja koja su stečena dodiplomskim studijem, te se i obogaćuju obradom ponajviše savremenim bio-medicinskim i tehnološkim dostignućima nauke.

Udžbenik sadrži 15 cjelina (poglavlja), te spisak korištene literature i kratak prilog. Sva poglavlja knjige su logički povezana, a kreću od krivičnog djela kao centralnog pojma kojim se bavi kriminalistika, odnosno činjenice u stvarnosti koja pokreće upotrebu forenzičkih dostignuća u njenom rasvjetljavanju. Ipak, za ovu knjigu treba postojati barem osnovno predznanje iz kriminalistike, jer bez obzira što ona u svom naslovu nosi riječ "FORENZIKA", ona je svojevrsna metodika ili barem svojim dobrim dijelom prikazuje metodiku ili šire posmatrano – primijenjenost.

Radi lakšeg pregleda prikaz knjige ću svesti na tri cjeline. Prvi dio možemo posmatrati kao kratki autorov osvrt na razlog i prostor djelovanja forenzike. Dakle bez suvišnog teoretisanja, dr Bojanić kreće od krivičnog djela, odnosno (određivanja) mjesta na kome je krivično djelo izvršeno, te zaštite pripadnika policijskih službenika pri obezbjeđenju mjesta izvršenja krivičnog djela. Ovaj dio takođe opisuje način na koji pripadnici kriminalističke tehnike treba da djeluju u odnosu na pronađene tragove i predmete krivičnog djela.

Drugi dio opisuje savremene operativno-tehničke, ali i labaratorijske tehnologije kojima se nastoje rasvijetliti okolnosti krivičnog djela. U ovom dijelu je na sadržajan način prikazana tehnologija iz oblasti genetike, elektronike, informatike, biologije i fizike koja se upotrebljava u kriminalističke svrhe. Opisani su pojmovi tehnologija, zatim je opisana upotreba tih tehnologija i na kraju značaj istih, odnosno stepen primjenjivosti u forenzičke svrhe. Sa opravdanjem, najveći broj stranica pripada ovom dijelu knjige. Ovaj dio nije najprilagođeniji laičkoj populaciji, već baš stručnoj što je i bila njegova krajnja namjena. Autor bježi od iznimno detaljnog opisa tehnologija, a više se priklanja njihovoj upotrebnoj moći.

Treći dio se može posmatrati kao prostor koji dr Bojanić ostavlja za objašnjavanje problema. Taj dio nam govori s kojim problemima se zaista nosi primijenjena forenzika, odnosno šta to ona do sada nije uspjela da dokuči u svom postojanju. To je interesantan dio, jer su opisani procesi i problemi koji za sada sprječavaju primjenu forenzike na željeni način. Najveće bogatstvo tog dijela leži u mogućnosti njegove transformacije u kvalitetnu diskusiju. Na sasvim otvoren način ovaj dio nas stavlja pred iskušenja za samostalnim traganjem. On prikazuje probleme iz prakse koje čine lica koja rade na slučajevima i tako pokreće heurističku dimenziju u potencijalnim istraživačima, ne bi li oni sami posegnuli za istraživanjima problema i pronalaženju rješenja koja će u budućnosti biti primjenjiva. Opisuju se proceduralne greške i one greške nastale iz nemara organa gonjenja prema novim kriminalističkim postupanjima. Zatim, opisuju se zakonski nedostaci, tj. odnos zakonodavstva prema upotrebi forenzike u njenoj ukupnosti, te problemi vještačenja i sudsko medicinske dokumentacije. Inače, ovo nisu problemi koji se nerijetko javljaju, s toga autor opravdano daje kratak osvrt na njih. Na kraju svakog poglavlja autor daje pitanja i zadatke za vježbu, kojima će konzument knjige moći da provjeri svoje saznanje o problemu, odnosno da ga proširi konsultovanjem drugih izvora.

Knjiga je napisana jasnim i razumljivim jezikom, te je oslobođena upotrebe svih suvišnih i komplikovanih pojmova kojima je sklona akademska zajednica, a koji bi stvarali nejasnoće prilikom čitanja. To joj daje čitljivost i jasnost, što je inače kod ovakve vrste udžbenika poželjno.

Djelo "Primjenjena forenzika" nije djelo koje značajno doprinosi savremenoj forenzičkoj nauci, niti proširivanju naučnog saznanja. Međutim, može se okarakterisati kao djelo koje treba konsultovati u traganju za tim saznanjima. Njime se naučnoj zajednici ne otkrivaju nove činjenice, već se nalazi do kojih je došla forenzika XXI vijeka prezentuju studentima. Odnosno, rad prezentuje nova istraživanja i nalaze forenzike u svijetu, koji studentima predstavljaju svojevrsnu novinu u odnosu na prethodne udžbenike koji su korišteni za pripremu ispita na Fakultetu za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije. Ipak, u ovom radu autor se u opisivanju najsavremenijih metoda u velikoj mjeri poziva na stranu literaturu. Zastupljenost tih metoda u nama dostupnoj literaturi na BHS jezicima je skromna, pa na taj način knjiga čini obogaćenje naše literature ovim sadržajem. Oni se pretežno odnose na DNK i SEM/EDX analize.

Šesta cjelina u knjizi pod naslovom "Vještaci i vještačenje kroz zakonsku regulativu, iz ugla kriminalističko forenzičke prakse" daje kratak krivično-pravni osvrt na problem vještačenja. U ovom dijelu nije cilj da se razmatraju zakonske odredbe vještačenja, već je cilj da se upozna sa primjenom konkretne regulative u

konkretnom postupku kriminalističko - forenzičkih vještačenja. Obuhvaćena je i diskusija o zakonskim okvirima djelovanja vještaka u krivičnom postupku i značaj vještačenja za krivični postupak.

Primjenjivost ove knjige u bosanskohercegovačkoj stvarnosti, odnosno istražnoj policijsko – forenzičkoj praksi je značajna. Na sreću, forenzičari koji će je moći koristiti u njenom punom kapacitetu su ljudi koji ipak ne mogu djelovati bez stručnih znanja, pa će njima i biti od koristi. U svojoj suštini knjiga "Primjenjena forenzika" je od praktičnog značaja. Bosna i Hercegovina je zemlja koja nema značajan dio obrađenih tehnologija iz ove knjige, ali koje će, nadamo se u skoroj budućnosti, biti i naša stvarnost.

SUDSKA PRAKSA USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

Pripremili: **akademik prof. dr. Miodrag N. Simović***
doc. dr. Vladimir M. Simović**

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Prestanak radnog odnosa u policiji

Arbitrarnim tumačenjem relevantnih materijalnopравnih i procesnih zakona koji se tiču pitanja dopustivosti tužbenog zahtjeva apelanta i pravâ apelanta iz radnog odnosa, Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine je povrijedio pravo apelanta na pravično suđenje iz člana II./3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

Iz obrazloženja:

Kada je u pitanju otkaz radnog odnosa za pripadnike MUP-a RBiH iz perioda relevantnog za ovu odluku, Ustavni sud uviđa da su na snazi bili različiti propisi. S jedne strane, bio je na snazi Zakon o državnoj upravi koji je, kao *lex generalis*, regulisao pitanje funkcionisanja kompletne uprave. Taj zakon bio je na snazi i u spornom periodu (1993.-1994.) u onoj mjeri u kojoj nije bio u suprotnosti sa Uredbom sa zakonskom snagom o primjeni Zakona o državnoj upravi. Paralelno, kao *lex specialis*, važio je Zakon o unutrašnjim poslovima i Uredba sa zakonskom snagom o izmjenama i dopunama Zakona o unutrašnjim poslovima, sem oblasti koje su navedene u članu 82. ove uredbe (*inter alia, zasnivanje i prestanak radnog odnosa za vrijeme ratnog stanja i vanrednog stanja*). Shodno tome, na osnovu ovih zakona regulisano je pitanje zasnivanja i prestanka radnog odnosa, kao i pitanje disciplinske odgovornosti pripadnika MUP-a.

U konkretnom slučaju apelant je, u dva različita postupka, bio pogođen u svojoj pravnoj poziciji.

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

** *Stručni saradnik u Okružnom sudu u Banja Luci*

Prvi put na osnovu Rješenja od 5. oktobra 1993. godine, kada je MUP CSB, Bihać, na osnovu člana 124. Zakona o unutrašnjim poslovima, Uredbe sa zakonskom snagom o izmjenama i dopunama Zakona o unutrašnjim poslovima ("Službeni list SRBiH", broj 14/92) i ovlaštenja ministra MUP-a RBiH od 30. avgusta 1993. godine, privremeno udaljio apelanta iz MUP-a RBiH CSB Bihać. Ovo "privremeno udaljavanje" je postalo pravosnažno, te zakonitost nije mogla da se ispituje (vidi tačku 6. ove odluke). Uprkos tome, Ustavni sud napominje da je institut "privremenog udaljavanja" (a) akcesorna mjera, jer može da se izrekne samo uz *krivični ili disciplinski postupak* koji se vodi protiv određenog lica i (b) dopunska mjera, jer služi zaštiti *opravdanog interesa službe* (član 124. Zakona o unutrašnjim poslovima).

Drugi postupak, koji je vođen protiv apelanta, a čija ustavnost je predmet i ovog slučaja, jeste prestanak radnog odnosa apelantu, na osnovu Rješenja MUP-a RBiH, Sarajevo, od 7. aprila 1994. godine, sa 1. oktobrom 1993. godine. Razlog za otkaz radnog odnosa je, navodno, nejavljanje apelanta na posao duže od pet dana.

Na osnovu uvida u spis, izvedenih dokaza i zakonske regulative koja je primjenjivana u relevantnom periodu, Ustavni sud zaključuje da ova dva postupka nisu povezana, kao što to zaključuje Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine (vidi tačku 10. ove odluke). Naime, Ustavni sud ne može da nađe niti jedan dokaz u smislu da se "nepoštovanje i nesprovođenje zakona RBiH", a što je bio osnov za apelantovo „privremeno udaljavanje“ sa posla, ogledalo u "nejavljanju na posao", što je bio osnov za prestanak radnog odnosa. Samim tim, ova dva postupka ne mogu da se povezuju u smislu da prvi postupak opravdava prestanak apelantovog radnog odnosa. Takođe, Ustavni sud smatra da "udaljavanje s posla" kao mjera ne može da se smatra kao istovremeno sticanje statusa "neraspoređenog radnika" u smislu člana 325. Zakona o državnoj upravi, koje se stiče isključivo na osnovu ispunjenja uslova iz člana 323. stav 1. (ukidanje pojedinih poslova i zadataka, smanjenje obima posla, vršenje koncentracije poslova i zadataka, modernizacija načina izvršavanja poslova, itd.). Ovakvo tumačenje nema bilo kakvo uporište u navedenim odredbama.

Međutim, posljedica postojanja pravosnažnog rješenja o "privremenom udaljavanju" sa posla je bitna za pitanje blagovremenosti apelantove tužbe za utvrđivanje radno-pravnog statusa i isplate. Zakon o unutrašnjim poslovima u članu 124. ne propisuje do kada traje ili može da traje mjera privremenog udaljavanja. Teleološkim tumačenjem odredbe tog člana Ustavni sud smatra da je ona povezana sa okončanjem *krivičnog ili disciplinskog postupka* koji je, shodno zakonu, trebalo da se vodi protiv apelanta. Međutim, dok se ne donese drugačije rješenje, koje formalno ili faktički derogira privremeno udaljavanje, privremeno

udaljavanje s posla formalnopravno stoji na snazi. Zašto je u predmetnom slučaju bitan ovaj zaključak?

Apelant nije nikada primio rješenje o prestanku radnog odnosa u skladu sa relevantnim odredbama Zakona o opštem upravnom postupku (Uredba za zakonskom snagom o preuzimanju Zakona o opštem upravnom postupku u Republici Bosni i Hercegovini ("Službeni list RBiH", broj 2/92) u vezi sa članom 332. Zakona o državnoj upravi). Naime, taj zakon u članu 81., u vezi sa članom 87., jasno propisuje obavezu organa da izvrši lično dostavljanje rješenja. Tek u slučaju nemogućnosti ličnog dostavljanja, dostavljanje se smatra izvršenim ukoliko se pismeno (a) dostavi organu opštine, na čijoj teritoriji lice ima boravište, (b) a na vrata stana toga lica se stavi saopštenje gdje se pismeno nalazi (član 86.). Na kraju, Ustavni sud naglašava da Zakon o državnoj upravi nije poznavao institut "saznanja za povredu prava" kao što je to slučaj bio sa, na primjer, u to vrijeme važećim članom 80. stav 2. Zakona o osnovnim pravima iz radnog odnosa ("Službeni list SFRJ", br. 60/89 i 42/90, preuzet Uredbom za zakonskom snagom o preuzimanju i primjeni saveznih zakona koji se u BiH primjenjuju kao republički zakon ("Službeni list RBiH", broj 2/92), a što bi bilo relevantno, eventualno, za računanje rokova za pokretanje postupaka (u tom smislu, uporedi odluke Komisije za ljudska prava pri Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine i Ustavnog suda, CH/01/7228, *Drago Đurčić protiv Republike Srpske*, odluka o prihvatljivosti od 8. maja 2007. godine, tačka 15. i dalje; CH/01/7255 i CH/01/7280, *Mirsada Planinić protiv Republike Srpske*, odluka o prihvatljivosti od 5. juna 2007. godine, tačka 26. i dalje; CH/01/6694, *Kemal Supur protiv Federacije Bosne i Hercegovine*, odluka o prihvatljivosti i brisanju od 26. juna 2007. godine, tačka 14. i dalje; AP 30/03 od 23. aprila 2004. godine).

Iz spisa predmeta proizilazi da apelant nije nikada mijenjao mjesto svoga boravišta. S druge strane, jasno je da opisana procedura dostavljanja u konkretnom slučaju nije nikada ispoštovana. Štaviše, nadležni organi nisu ni pokušali da ispoštuju svoju obavezu. Istovremeno, pozivanje na "ratne okolnosti" je, po mišljenju Ustavnog suda, paušalno. Takvi propusti (ili okolnosti) ne mogu da se stave na teret apelantu, jer bi se u tom slučaju negirao i gubio značaj princip "pristupačnosti" pravnih akata, kao jednog od značajnih elemenata principa pravne sigurnosti. Ustavni sud ponavlja da svako lice mora da ima dovoljan pristup svim pravnim aktima koji su odlučujući za njegovu pravnu poziciju. Iz ovog razloga, ne može da se prihvati mišljenje Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine da lično nedostavljanje nema uticaja na "trajanje radnog odnosa" (vidi tačku 10. ove odluke) ili da dostavljanje obavijesti na oglasnoj ploči organa (bez obavještenja na stanu) može da zadovolji spomenuti princip pristupačnosti pravnih akata. Na

kraju, Ustavni sud naglašava da nepoštovanje zakonskih odredbi o dostavljanju rješenja ima za posljedicu da odluka nema pravno dejstvo među strankama, uključujući rok za korišćenje pravnog lijeka (prigovor, žalba, itd.), dok kod konačnih odluka ne može da nastupi njihova formalna pravosnažnost.

Shodno tome, u vrijeme kada je podnesena apelantova tužba (1. novembar 2000. godine) zbog utvrđivanja radno-pravnog statusa, apelant je imao saznanje samo o rješenju o privremenom udaljavanju, koje je formalnoppravno bilo na snazi jer rješenje o prestanku radnog odnosa, zbog nepoštovanja odredbi o dostavi iz Zakona o opštem upravnom postupku u Republici Bosni i Hercegovini, nije imalo pravno dejstvo spram stranaka. Shodno tome, postupak radi utvrđenja radno-pravnog statusa, a u vezi sa privremenim udaljavanjem s posla, bio je sasvim opravdan i blagovremeno pokrenut.

Na osnovu do sada navedenog, Ustavni sud zaključuje: (a) da u konkretnom slučaju postupak prestanka radnog odnosa ne može, u formalnom smislu, da se dovodi u vezu sa postupkom privremenog udaljavanja s posla, niti kao sticanje statusa neraspoređenog radnika. Dalje, (b) rješenje o prestanku radnog odnosa nije dostavljeno apelantu u skladu sa relevantnim odredbama Zakona o opštem upravnom postupku sve do 2002. godine. Na kraju, (c) apelantova tužba (1. novembar 2000. godine) radi utvrđivanja radno-pravnog statusa može da se smatra blagovremenom. Ova tri zaključka se u potpunosti razlikuju od zaključaka Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, za koje Ustavni sud smatra da nemaju uporište u jezičkim granicama datih propisa, tj. da su proizvoljni. Ovi zaključci Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, za koje je Ustavni sud utvrdio da su arbitrarni, nisu mogli da budu osnov za revizionu presudu. Iz toga razloga, Ustavni sud smatra da je došlo do povrede prava na pravično suđenje iz člana II./3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

Ipak, Ustavni sud se neće dalje upuštati u pravnu ocjenu predmeta, dopustivosti i osnovanosti samog tužbenog zahtjeva radi poništenja rješenja o prestanku radnog odnosa i isplate. Ovo iz razloga što predmetni slučaj, uz poštovanje obrazloženja Ustavnog suda, zahtijeva daljnju pravnu analizu pozitivnopravnih propisa i, eventualno, utvrđivanje relevantnih činjenica za njihovu primjenu kako bi se došlo do konačne odluke u predmetu. Drugim riječima, redovni sudovi i dalje imaju dovoljno prostora za sudsko odlučivanje, bez obzira na zaključke Ustavnog suda iz ove odluke. Ustavni sud, s obzirom na supsidijarnost ustavnopravne zaštite (vidi Ustavni sud, Odluku AP 994/06, od 14. jula 2008. godine, tačka 71.) i njegove nemogućnosti da djeluje kao "četvrta instanca" (vidi Ustavni sud, Odluku broj *U 29/02* od 27. juna 2003. godine, "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine", broj 31/03), u principu, nema tu

nadležnost, a predmetni slučaj ne daje dovoljno osnova za meritorno odlučivanje (član 64. stav 1. Pravila Ustavnog suda). Tu nadležnost imaju, prije svega, redovni sudovi. Shodno tome, Ustavni sud smatra da njegova zaštita mora da se ograniči u predmetnom slučaju na utvrđivanje arbitrarnosti odlučivanja i obrazloženja revizione presude Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, ne prejudicirajući konačni ishod samog postupka.

S obzirom da sam postupak traje od 2000. godine, pri čemu se utvrđuje zakonitost prestanka radnog odnosa apelanta još iz 1994. godine, te uzimajući u obzir činjenicu da se radi o statusnim pitanjima od životnog značaja za svakog čovjeka, kao što je radni odnos, a koja su prioritetne prirode u smislu hitnosti odlučivanja (uporedi Ustavni sud, Odluku AP 406/07 od 3. aprila 2008. godine, tačka 38.), Ustavni sud će vratiti predmet zadnjoj sudskoj instanci – Vrhovnom sudu Federacije Bosne i Hercegovine – na novi postupak i odlučivanje, uz obavezu poštovanja obrazloženja koje je dao Ustavni sud.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 1339/06 od 14. oktobra 2008. godine)*

Prestanak radnog odnosa u carini

Nema povrede prava na pravično suđenje iz člana II./3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije kada ne postoji ništa što ukazuje na to da je sud proizvoljno primijenio relevantne propise na apelantovu štetu i kada obrazloženja osporenih odluka u potpunosti zadovoljavaju standarde prava na pravično suđenje. Takođe, Ustavni sud zaključuje da, zbog istih razloga, nije prekršeno ni apelantovo pravo na imovinu iz člana II./3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

Iz obrazloženja:

Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da je redovni sud u obrazloženju osporenih presuda dao jasne i precizne razloge zašto u konkretnom slučaju nije bilo moguće udovoljiti apelantovom tužbenom zahtjevu, kojim je tražio poništenje rješenja tuženog na osnovu kojeg mu je prestao radni odnos, te da navedena obrazloženja tog pitanja u potpunosti zadovoljavaju standarde člana 6. Evropske konvencije. Uzimajući u obzir navedeno, kao i da apelant u apelaciji ne navodi nikakve proceduralne greške, niti su takve greške očigledne (vidi Evropski sud, *Mezótúr-Tiszazugi Vízgazdálkodási Társulat protiv Mađarske*, presuda od 26. jula 2005. godine, aplikacija broj 5503/02), niti je Ustavni sud našao da postoji nešto što bi ukazivalo na to da su sudovi proizvoljno primijenili relevantne propise na apelantovu štetu, Ustavni sud ove apelantove navode smatra neosnovanim.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 1953/08 od 8. decembra 2010. godine)*

SUDSKA PRAKSA SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

Pripremio: **prof.dr Branko Morait***

Zakon o kretanju i boravku stranaca i azilu Udaljenje stranca iz zemlje-mjera protjerivanja

Čl. 87., 88., 91., i 95. Zakona o kretanju i boravku stranaca i azilu
("Službeni glasnik BiH", broj: 36/08), čl. 3. i 5. EKLJP

Nije dozvoljeno izručenje stranog državljanina iz Bosne i Hercegovine u zemlju porijekla i ako su ispunjeni svi procesni i materijalno-pravni uslovi iz nacionalnog zakonodavstva, ako je izručenje protivno odredbi člana 3. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

I z o b r a z l o ž e n j a :

Iz spisa predmeta ove upravne stvari je vidljivo da podnosilac zahtjeva predstavlja prijetnju za nacionalnu sigurnost, da mu je pravosnažnom odlukom odbijen zahtjev za međunarodnu zaštitu, da u određenom roku nije napustio teritoriju Bosne i Hercegovine, da mu je pravosnažnom odlukom oduzeto državljanstvo Bosne i Hercegovine i da nije ostvario pravo na boravak u Bosni i Hercegovini u skladu sa zakonom. Apelaciono upravno vijeće ovog suda smatra da je Vijeće za upravne sporove Suda BiH, u pobijanoj presudi, cijenilo sve navode iz tužbe i da je ispitalo eventualne povrede ljudskih prava na koje je podnosilac zahtjeva ukazivao, iz razloga što je u obrazloženju pobijane presude na jasan i decidan način navedena odredba člana 88. Zakona o kretanju i boravku stranaca i azilu ("Službeni glasnik BiH" broj: 36/08), koja odredba na jasan i precizan način reguliše izricanje mjere protjerivanja iz Bosne i Hercegovine. Ovo vijeće smatra da je podnosilac zahtjeva za preispitivanje sudske odluke u konkretnom slučaju postupio suprotno odredbi člana 88. stav 1, tačka c) i h) citiranog zakona, koji jasno propisuje da se strancu može izreći mjera protjerivanja iz Bosne i Hercegovine ako mu je otkazan boravak, a u određenom roku nije dobrovoljno

* *Sudija Suda Bosne i Hercegovine.*

napustio Bosnu i Hercegovinu i da prisustvo stranca predstavlja prijetnju javnom poretku ili sigurnosti Bosne i Hercegovine. Nedvosmisleno je utvrđeno, a to jasno proizilazi iz stanja u spisu predmeta, da je upravni organ pri donošenju konačnog upravnog akta pravilno i na zakonit način utvrdio sve činjenice koje su od uticaja za donošenje odluke i na utvrđeno činjenično stanje, što je Vijeće za upravne sporove Suda BiH u obrazloženju pobijane presude pravilno i obrazložilo. Apelaciono upravno vijeće Suda BiH primjećuje da vijeće za upravne sporove Suda BiH u pobijanoj presudi nije cijenilo navode tužbe po kojima tužena u pobijanom rješenju nije uzela u obzir odredbu člana 2. stav 3. tačka b) Ustava Bosne i Hercegovine kao ni odredbu člana 3. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda kojima se tužitelju garantuje pravo da ne bude podvrgnut mučenju i nečovječnom postupanju, niti je ove odredbe podvela pod činjenično stanje, da za slučaj da tužitelj bude protjeran u S. postoji realna opasnost da mu bude ugroženo pravo na život. Dokazi koji potkrepljuju ove činjenice se nalaze u spisu predmeta, ali se vijeće za upravne sporove u preispitivanoj presudi nije osvrnulo na postojanje opasnosti i stepena rizika od protjerivanja koji bi značio povredu odredbe člana 3. Evropske konvencije.

Kako proizilazi iz spisa predmeta u ovoj upravnoj stvari protjerivanja nije od strane organa tužene donesen zaključak o dozvoli izvršenja koji bi trebao da, u skladu sa odredbom člana 93. u vezi sa članom 95. stav 2. Zakona o kretanju i boravku stranaca i azilu, sadrži podatak o zemlji u koju se izvršenik vraća. Tužena Bosna i Hercegovina zbog toga smatra da nije prekršila odredbu člana 3. Konvencije, a da bi je prekršila samo u slučaju faktičkog protjerivanja tužioca u Siriju, a što ne proizilazi iz stanja u spisu predmeta. Svi državni organi pa tako i tužena dužni su da postupaju u skladu sa odredbama Konvencije pa tako i u smisli odredbe člana 3. Konvencije koja u predmetnoj upravnoj stvari nije povrijeđena, kako, po shvatanju tužene, neosnovano ukazuje tužilac u zahtjevu.

Ovo vijeće nalazi da je Ustavom Bosne i Hercegovine utvrđena maksimalna zaštita ljudskih prava i sloboda (član II/1) i utvrđena obaveza da se direktno primjenjuje EKLJP (član II/2). Tako se u odredbi člana II/1 Ustava BiH propisuje: "Bosna i Hercegovina i oba entiteta će osigurati najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda." Odredba člana II/2 Ustava Bosne i Hercegovine glasi: "Prava i slobode predviđene u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima."

U ponovljenom postupku organi tužene su dužni poštovati odredbe Evropske konvencije, posebno odredbu člana 3. i 5. i primjenu materijalnih i procesnih propisa Bosne i Hercegovine tumačiti i primijeniti tako da ne dođu u sukob

sa navedenim odredbama Evropske konvencije. Prema shvatanju Apelacionog upravnog vijeća Suda Bosne i Hercegovine, neprihvatljivo je isticanje tužene kako u upravnoj stvari protjerivanja nije donesen zaključak o dozvoli izvršenja koji bi trebao da, u skladu sa članom 93. u vezi sa članom 95. stav 2. Zakona o kretanju i boravku stranaca i azilu, sadrži podatak o zemlji u koju se izvršenik vraća. Bosna i Hercegovina bi, po shvatanju tužene prekršila član 3. Konvencije samo u slučaju faktičkog protjerivanja žalitelja u Siriju.

U ponovljenom postupku organi tužene, uzimajući u obzir sve okolnosti, i uprkos tome što u zemlji izručenja postoji konsekvantan obrazac o teškim, eklatantnim ili masovnim povredama ljudskih prava i osnovnih sloboda, moralo bi se utvrditi primjenom svih procesnih pravila i dokaznih sredstava, da će tužitelj u slučaju povratka u S. biti izložen opasnosti, da će ga mučiti, ili da će se prema njemu neljudski ponašati odnosno da se prema njemu neće primijeniti nikakve zabranjene mjere ili postupci iz odredbe člana 3. Evropske konvencije, pa prema ishodu ovakvog pravilno i zakonito provedenog postupka donijeti pravilnu i zakonitu odluku o izručenju tužioca u Siriju. Ovo vijeće posebno upozorava da organ tužene u ponovljenom postupku mora posebno voditi računa o odredbama čl. 197. do 204. Zakona o upravnom postupku ("Službeni glasnik BiH", br. 29/02, 12/04, 88/07 i 93/09), a posebno odredba člana 199. istog zakona, jer u ovoj upravnoj stvari protjerivanja predmet postupka obuhvata i određivanje mjesta odnosno države protjerivanja. Ukoliko u ponovljenom postupku prvostepeni organ tužene, na pravilan i zakonit način utvrdi da u konkretnom slučaju, u odnosu na tužioca, postoje uslovi za protjerivanje shodno odredbi člana 95. Zakona o kretanju i boravku stranaca i azilu i ako izvršenje odluke ne podliježe ograničenjima po principu zabrane vraćanja iz odredbe člana 91. istog zakona, stranac koji se protjeruje upućuje se u zemlju porijekla, odnosno uobičajenog mjesta boravka ili u zemlju iz koje je došao u Bosnu i Hercegovinu ili u zemlju koja ga prihvata. Strancu se saopštava u koju zemlju će biti upućen kako propisuje odredba člana 95. stav 2. istog zakona. Zaključak o dozvoli izvršenja ne zamjenjuje bitni dio dispozitiva rješenja, kako to pogrešno navodi organ tužene u prvostepenom rješenju, a što potvrđuje drugostepeni organ tužene kao i vijeće za upravne sporove Suda BiH u preispitivanoj presudi, jer se, prema odredbi člana 93. stav 4. Zakona o kretanju i boravku stranaca i azilu, zaključkom o dozvoli izvršenja utvrđuje se da je rješenje o protjerivanju postalo izvršno i određuje način, vrijeme i mjesto izvršenja.

*(Iz presude Apelacionog upravnog vijeća Suda Bosne i Hercegovine
broj: S1 3 U 005808 12 Uvp od 06.03.2012. godine.)*

SUDSKA PRAKSA USTAVNOG SUDA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

Pripremio: **Sead Bahtijarević***

Zahtjev Premijera Federacije Bosne i Hercegovine za utvrđivanje ustavnosti Odluke o izmjenama i dopunama Odluke o građevinskom zemljištu, koju je donijelo Općinsko vijeće Bosanska Krupa

Utvrđuje se da Odluka o izmjenama i dopunama Odluke o građevinskom zemljištu ("Službeni glasnik Općine Bosanska Krupa", broj 12/09) nije u nesuglasnosti sa Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine.

Iz obrazloženja:

Premijer Federacije Bosne i Hercegovine podnio je Ustavnom sudu Federacije Bosne i Hercegovine zahtjev za utvrđivanje ustavnosti Odluke o izmjenama i dopunama Odluke o građevinskom zemljištu broj: 01/V-02-3964-5-1/09 od 30.12.2009. godine, koju je donijelo Općinsko vijeće Bosanska Krupa. Podnositelj zahtjeva, između ostalog, navodi da je Općinsko vijeće Bosanska Krupa osporenim odlukom propisalo nove naknade za postavljanje podzemnih i nadzemnih instalacija, koje nisu predviđene Zakonom o građevinskom zemljištu Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", broj 25/03 i 67/05). Ističe da je osporenim odlukom visina naknade za postavljanje instalacija propisana bez relevantnih, objektivnih i realno utvrđenih kriterija po zonama. Smatra da su vlasnici instalacija dovedeni u situaciju da im se dva puta obračunava naknada za korištenje građevinskog zemljišta na području Općine Bosanska Krupa. U odnosu na elektroprivredna društva, ističe da je člankom 60. stavak 3. Zakona o električnoj energiji ("Službene novine Federacije BiH", broj 41/02, 38/05 i 61/09) propisano da na objekte, čiji su imovinsko pravni odnosi riješeni, elektroprivredno društvo nije dužno plaćati naknade, osim za koncesije, kada je to zakonom predviđeno. Iz navedenih razloga, mišljenja je da osporena odluka

* sudac Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine

nije sukladna ni Zakonu o električnoj energiji. Predlaže da Ustavni sud Federacije donese presudu kojom će utvrditi da osporena odluka nije sukladna članku II.A.2.(1) c) i k) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, kojim je propisano pravo na jednakost pred zakonom i pravo na imovinu.

Ustavni sud Federacije je, sukladno članku 16. Zakona o postupku pred Ustavnim sudom Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", broj 6/95 i 37/03), zatražio od Općinskog vijeća Bosanska Krupa da, kao druga stranka u postupku, dostavi odgovor na zahtjev podnositelja. Općinsko vijeće Bosanska Krupa u ostavljenom roku nije dostavilo odgovor na zahtjev.

Na javnoj raspravi, u ovom predmetu, opunomoćenici podnositelja zahtjeva su istakli da u cijelosti ostaju kod navoda iz zahtjeva od 23.8.2011. godine, s tim da su izvršili ispravku, navodeći da zahtjev podnose na temelju članka IV.C.10.(d) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, jer se radi o ocjeni ustavnosti propisa koji je donesen od strane organa općinske vlasti.

Opunomoćenici Općinskog vijeća Bosanska Krupa istakli su da je, sukladno Zakonu o načelima lokalne samouprave u Federaciji Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", broj 49/06), u vlastitoj nadležnosti Općinskog vijeća utvrđivanje visine naknade za korištenje javnih dobara. Naveli su da osporenom odlukom nije propisano dvostruko obračunavanje naknade. Pojasnili su da se u konkretnom slučaju radi o dvije vrste naknade, i to jednoj koja se odnosi na korištenje građevinskog zemljišta na kojem su objekti i trafostanice, te drugoj koja se odnosi na postavljanje instalacija na građevinskom zemljištu.

U odnosu na kriterije za utvrđivanje visine naknade za postavljanje instalacija, istakli su da je visina naknade ista u svim zonama, iz razloga što instalacija jednog pravnog subjekta najčešće prolazi kroz sve zone, te bi tehnički bio težak posao da se utvrđuje različita naknada za dijelove instalacije koja prolazi kroz sve zone. Iz navedenih razloga, utvrđen je najmanji iznos naknade za posljednju zonu koji se primjenjuje na tu instalaciju u svim zonama kroz koje prolazi. Naglasili su da se osporena odluka primjenjuje od dana donošenja, a ne retroaktivno. Istakli su da iz navoda podnositelja zahtjeva nije jasno da li osporavaju zakonitost ili ustavnost osporene odluke. Ako osporavaju zakonitost, mišljenja su da je JP "Elektroprivreda BiH" d.d. Sarajevo mogla osporavati samo visinu naknade u upravnom postupku. Na temelju izloženog, smatraju da osporenom odlukom pravnim subjektima, vlasnicima instalacija kao što su "BH Telecom", kablovski operateri i elektroprivredna društva, nije povrijeđeno pravo na jednakost pred zakonom i pravo na imovinu, te da osporena odluka nije u nesuglasnosti sa Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine.

Nakon provedene javne rasprave, sagledavanja svih iznesenih navoda i uvida u odgovarajuću dokumentaciju, Ustavni sud Federacije je, kao prvo, utvrdio

da je odredbom članka VI. 4. b) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine propisano da Općinsko vijeće usvaja općinski proračun i donosi propise o oporezivanju i na druge načine osigurava potrebno financiranje koje nisu osigurali kantonalna ili federalna vlast. Člankom 13. stavak 1. točka c) Zakona o pripadnosti javnih prihoda u Federaciji Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", broj 22/06, 43/08 i 22/09), propisano je da jedinicama lokalne samouprave pripadaju naknade i pristojbe, sukladno propisima jedinica lokalne samouprave. Odredbom članka 8. stavak 3. alineja 7. i članka 13. stavak 2. alineja 8. Zakona o načelima lokalne samouprave u Federaciji Bosne i Hercegovine, propisano je da u vlastite nadležnosti jedinica lokalne samouprave spada, između ostalog, utvrđivanje politike korištenja i utvrđivanja visine naknade za korištenje javnih dobara, te da općinsko vijeće donosi plan korištenja javnih dobara. Sukladno citiranim ustavnim i zakonskim odredbama, Ustavni sud Federacije je utvrdio da je Općinsko vijeće Bosanska Krupa bilo ovlašteno donijeti osporenu odluku. Uvidom u osporenu odluku, Ustavni sud Federacije je utvrdio da je člankom 2. osporene odluke, koji se odnosi na izmijenjeni članak 39. stavak 4., propisano za koje građevinsko zemljište se plaća naknada. Člankom 2. osporene odluke, koji se odnosi na izmijenjeni članak 41., propisana je visina naknada za korištenje građevinskog zemljišta po m², u zavisnosti od zone u kojoj se zemljište nalazi. Člankom 3. osporene odluke, koji se odnosi na dodani članak 46., propisano je da se naknada za korištenje građevinskog zemljišta za podzemne i nadzemne instalacije infrastrukture u svim zonama obračunava u iznosu od 0,010 KM po metru dužnom. Ustavni sud Federacije je utvrdio da je za razliku u načinu obračuna naknade dato razumno obrazloženje.

Ustavni sud Federacije je utvrdio da se u konkretnom slučaju ne radi o dvostrukom plaćanju naknade, kako to tvrdi podnositelj zahtjeva, već se radi o dvije različite naknade, i to jednoj koja se odnosi na plaćanje korištenja građevinskog zemljišta na kojem se nalaze objekti, te drugoj koja se odnosi na postavljanje instalacija na građevinskom zemljištu.

Na temelju izloženog, Ustavni sud Federacije je utvrdio da osporenim odlukom nije propisano dvostruko obračunavanje naknade za korištenje zemljišta na području Općine Bosanska Krupa, te da stoga i nije povrijeđeno pravo na jednakost pred zakonom i pravo na imovinu iz članka II.A.2.(1) c) i k) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine.

Iz navedenih razloga Ustavni sud Federacije je odlučio kao u izreci ove presude.

*(Presuda Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine
broj U-26/11, od 2.2.2012. godine
objavljena je u "Službenim novinama Federacije BiH" broj 25/12).*

Ustavno pitanje koje je predočio Kantonalni sud u Mostaru za utvrđivanje ustavnosti Kolektivnog ugovora o pravima i obvezama poslodavaca i uposlenika u oblasti zdravstva.

Utvrđuje se da Kolektivni ugovor o pravima i obvezama poslodavaca i uposlenika u oblasti zdravstva ("Službene novine Federacije BiH", broj 49/00), u vrijeme zaključenja u odnosu na Hercegovačko-neretvanski kanton, nije bio zaključen sukladno članku III.2.b) i 3. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine.

Iz obrazloženja:

Kantonalni sud u Mostaru, u postupku rješavanja žalbe tuženika Kliničke bolnice Mostar na presudu Općinskog suda u Mostaru, podnio je Ustavnom sudu Federacije Bosne i Hercegovine zahtjev za utvrđivanje ustavnosti Kolektivnog ugovora o pravima i obvezama poslodavaca i uposlenika u oblasti zdravstva (u daljnjem tekstu: osporeni Kolektivni ugovor).

U zahtjevu podnositelja se navodi da je u tijeku radni spor tužiteljice C. S. protiv Kliničke bolnice Mostar, radi isplate plaće i drugih pripadajućih naknada temeljem radnog odnosa. Općinski sud Mostar je donio prvostupanjsku presudu kojom je obvezao Kliničku bolnicu Mostar, kao tuženika, na isplatu naknade na ime plaće, regresa, te prekovremenog rada, pozivajući se na primjenu odredaba osporenog Kolektivnog ugovora. Međutim, u žalbi Kliničke bolnice Mostar istaknuto je da se osporava mogućnost primjene kolektivnog ugovora, dovodeći u pitanje ustavnost primjene osporenog Kolektivnog ugovora na teritoriju Hercegovačko-neretvanskog kantona, obzirom da Vlada Hercegovačko-neretvanskog kantona nije sudjelovala u njegovom zaključivanju, niti je naknadno donijela odluku o davanju suglasnosti na njegovu primjenu. Osim toga, u žalbi se ističe da, u vrijeme potpisivanja osporenog Kolektivnog ugovora, uopće nije ni postojao Neovisni strukovni sindikat radnika uposlenih u zdravstvu Federacije Bosne i Hercegovine, koji je tek utemeljen na utemeljiteljskoj skupštini, održanoj 8.2.2006. godine, a Vlada Hercegovačko-neretvanskog kantona je u svom dopisu broj 14-II-13-1100-3/11. od 5.10.2011. istakla da nije sudjelovala u zaključivanju osporenog Kolektivnog ugovora, niti ga je potpisala, a niti mu je naknadno pristupila. Pošto je više nego očito da osporeni Kolektivni ugovor nije zaključen suglasno članku III.2.b) i 3. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine jer je izostalo bilo kakvo dogovaranje između ovih razina vlasti, dalo bi se zaključiti da se osporeni Kolektivni ugovor pokušava nametnuti Vladi Hercegovačko-

neretvanskog kantona, čime se na najgrublji način povrjeđuju ustavne odredbe o diobi ovlasti u oblasti zdravstva između federalne vlasti i kantona.

Podnositelj zahtjeva je predložio da Ustavni sud Federacije donese presudu kojom će utvrditi suglasnost ili nesuglasnost sa Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine osporenog Kolektivnog ugovora u odnosu na Hercegovačko-neretvanski kanton, u pogledu načina zaključivanja osporenog Kolektivnog ugovora. Podnositelj zahtjeva je istakao da je upoznat s nekim ranije donesenim odlukama Ustavnog suda Federacije, koje su vezane za pitanje ustavnosti zaključivanja osporenog Kolektivnog ugovora (U- 28/08 od 24.9.2009.), pa je odlučio da zastane s postupkom i ovo pitanje predoči Ustavnom sudu Federacije, pošto je evidentno da od odluke Ustavnog suda Federacije ovisi i konačna odluka predmetnog radnog spora.

U odgovoru na zahtjev, C. S. preko opunomoćenika Zajedničke advokatske kancelarije je, između ostalog, istakla da, po njezinom mišljenju, Ustavni sud Federacije uopće nije ovlašten raspravljati o ustavnosti kolektivnog ugovora, pošto se ocjena ustavnosti može odnositi samo na zakone. Primarno želi ukazati na odluku ovoga Suda, donesenu po zahtjevu dopredsjednika Federacije Bosne i Hercegovine gospodina Mirsada Kebe, broj U-15/11. od 21.6.2011. godine, kojom odlukom je zahtjev za ocjenu ustavnosti, istovjetnog kolektivnog ugovora, odbačen iz razloga, što ugovor više nije na snazi, što smatraju ispravnim. Međutim, Ustavni sud Federacije istovremeno, u dispozitivu odluke ulazi "de facto" u meritum i odlučuje da je, u vrijeme zaključenja, ugovor bio neustavan.

U odgovoru na zahtjev, Klinička bolnica Mostar, između ostaloga, je istakla da su kao tužena strana tijekom prvostupanjskog postupka osporavali obveznu primjenu osporenog Kolektivnog ugovora, što im prvostupanjski sud nije uvažio. Zato su ponovno u žalbi osporili mogućnost primjene osporenog Kolektivnog ugovora, glede načina zaključivanja istoga. Naime, nije sporno da u vrijeme zaključivanja spornog Kolektivnog ugovora nije postojao Neovisni strukovni sindikat radnika uposlenih u zdravstvu Federacije Bosne i Hercegovine, koji je utemeljen tek 8.2.2006. godine. Takođe nije sporno da u zaključenju osporenog Kolektivnog ugovora nije učestvovala Vlada Hercegovačko-neretvanskog kantona, a niti mu je naknadno pristupila, što proizilazi iz podneska Vlade Hercegovačko-neretvanskog kantona broj 14-II-13-1100-3/11 od 5.10.2011. godine.

Ustavni sud Federacije, odlučujući o zahtjevu podnosioca, pošao je od članka III.2.b) i e), te članka III.3. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, kojim je propisana podjela ovlasti između federalne i kantonalne vlasti. Člankom III.2. je propisano: "Ovlasti su federalne vlasti i kantonalne slijedeće: a)..... b) zdravstvo, e) socijalna politika", a u oblasti socijalne politike su radni odnosi, što i jeste

predmet reguliranja osporenog Kolektivnog ugovora. Člankom III.3. stavak 1. propisano je: " Prema potrebama, ovlasti iz članka III.2. mogu se ispunjavati zajednički ili zasebno, ili od strane kantona koordinirano od federalne vlasti", a stavkom 2. propisano je: "U skladu s tim, kantoni i federalna vlast međusobno se dogovaraju na trajnoj osnovi glede svojih ovlasti". Međutim, Vlada Hercegovačko-neretvanskog kantona nije dala punomoć Vladi Federacije Bosne i Hercegovine da pregovara, zaključi i potpiše kolektivni ugovor u oblasti zdravstva, a niti je tom ugovoru naknadno pristupila, u smislu odredaba članka 115. Zakona o radu, što potvrđuje činjenicu da je izostalo dogovaranje između Vlade Federacije Bosne i Hercegovine i Vlade Hercegovačko-neretvanskog kantona, a što za posljedicu ima neprimjenjivanje osporenog Kolektivnog ugovora od strane Vlade ovog kantona.

Iz navedenog jasno proizilazi da su prilikom zaključivanja osporenog Kolektivnog ugovora postojali nedostaci koji su doveli do kršenja Ustava Federacije Bosne i Hercegovine i da organi vlasti u Federaciji Bosne i Hercegovine ovu činjenicu moraju uvažavati.

Ustavni sud Federacije je na temelju gore iznesenih činjenica, na sjednici bez javne rasprave, odlučio kao u izreci ove presude.

*(Presuda Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine
broj U-29/11 od 23. studenog 2011. godine
objavljena je u "Službenim novinama Federacije BiH" broj 86/11)*

IN MEMORIAM

Prof.dr. Simonetti Petar

25.09.1933. – 11.03.2012.

Tiho je otišao još jedan čovjek. Jedan dobar i nadasve human i stručan čovjek. Čovjek suštine i od akcije.

U intelektualnom pogledu krasile su ga lucidnost duha, kritička moć rasuđivanja i zaključivanja. Bio je zaljubljenik civilnog prava, posebno prava građenja.

Posjedovao je veoma zavidnu opću kulturu, poznao je literaturu i filozofiju i bio je etički bogata ličnost. Ostavio je trag svoje bogate ličnosti kao sudija Okružnog suda u Tuzli i sudija Vrhovnog suda BiH u Sarajevu, a kasnije i kao profesor na Pravnim fakultetima Sveučilišta u Mostaru i Rijeci, svoje knjige, studije i brojne naučne članke.

Otišao je još jedan čovjek koji je bio vrstan praktičar i teoretičar, ali iznad svega čovjek koji je zračio ljepotom svog duha i karaktera. Bio je brižan otac i uzoran muž.

Oni koji su ga poznavali ili koji su surađivali s njim, kraće ili duže vrijeme, neće ga zaboraviti.

Neka mu je laka zemlja istarska, njegova rodna gruda. Slava mu i hvala za sve.

Vrhovni sud Federacije BiH
Sudija, Hajrudin Hajdarević

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 autora i recenzenta ostaje obostrano nepoznat. Nakon ocjene recenzenta 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 sve dijelove rada. 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.

Izuzetno, Redakcija može odobriti objavljivanje radova izvan navedenih kategorija i sa dužinom koja prelazi navedeni broj riječi, ukoliko je rad značajan za razvoj pravne teorije i prakse.

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