

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

PRAVNA MISAO

1 – 2

siječanj – veljača / januar – februar
Sarajevo 2016.

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,
doc. dr. sc. Enver IŠERIĆ, Anto ČAVAR

Glavni i odgovorni urednik: Prof. dr. sci. 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: 160 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
Union Banka dd Sarajevo
Transakcijski račun: 102-050-00001066-98
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" indeksira se u bazi Legal Source (EBSCOhost)
i uvršten je u Ulrichweb Global Serials Directory

SADRŽAJ

Uvodna riječ glavnog urednika	5
IZVORNI ZNANSTVENI RAD	
Tin Matić Elektronički oblik arbitražnog ugovora (prema Zakonu o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine)	7
PREGLEDNI ZNANSTVENI RAD	
Jasmin Hasić i Majda Mušić Pravosudni aktivizam Evropskog suda pravde i uticaj odluka na suverenitet zemalja članica Evropske Unije	32
STRUČNI ČLANAK	
Semir Šarić Mehanizmi zaštite ljudskih prava u odnosu na primjenu posebnih istražnih radnji u krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini	59
PRIKAZ	
Branko Morait Prikaz knjige Prava i obaveze iz ugovora o kreditu, autor dr Zoran Vasiljević	83
Đemaludin Mutapčić Treći Kongres o katastru u Bosni i Hercegovini	86
SUDSKA PRAKSA	
Ustavni sud Bosne i Hercegovine (Pripremili akademik prof. dr Miodrag N. Simović, sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banja Luci i doc. dr Vladimir M. Simović, tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine)	90
Sud Bosne i Hercegovine (Pripremio prof. dr Branko Morait, sudija Suda Bosne i Hercegovine)	103
Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine (Pripremio Sead Bahtijarević, sudac Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine u mirovini)	105
Pregled sadržaja časopisa Pravna misao u 2015. godini	112
Registar autora – suradnika časopisa Pravna misao u 2015. godini	118
Errata Corrige	120
Upute za autore	121

CONTENTS

Foreword of the Editor-in-Chief	5
ORIGINAL SCIENTIFIC PAPER	
Tin Matić Electronic Form of the Arbitration Agreement (according to the Civil Procedure Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina)	7
SCIENTIFIC REVIEW	
Jasmin Hasić Judicial Activism of the European Court of Justice and the Impact Majda Mušić of Its Rulings on the Sovereignty of the EU Member States	32
PROFESSIONAL PAPER	
Semir Šarić Mechanisms of Human Rights Protection in Conjunction with Special Investigative Measures in Criminal Proceedings in Bosnia and Herzegovina	59
REVIEW	
Branko Morait Review of the book Rights and Obligations from the Credit Agreement by dr Zoran Vasiljević	83
Đemaludin Mutapčić Third Congress on Cadastre in Bosnia and Herzegovina	86
CASE LAW	
Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (Prepared by Academician Professor Miodrag N. Simović, L.L.D., Judge of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and Full Professor at the Faculty of Law in Banja Luka with Assistant Professor Vladimir M. Simović, D.Sc. – Prosecutor at Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina)	90
Court of Bosnia and Herzegovina (Prepared by Professor Branko Morait L.L.D., Judge of the Court of Bosnia and Herzegovina)	103
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 in retirement)	105
Contents of the Legal Thought in 2015	112
Registry of authors – collaborators of the Legal Thought in 2015	118
Errata Corrige	120
Instructions for authors	121

UVODNA RIJEČ GLAVNOG UREDNIKA

Poštovani čitaoci,

Pred nama se nalazi još jedan broj časopisa "Pravna misao", najrelevantnijeg i najaktuelnijeg časopisa za pitanja iz pravne teorije i prakse u Bosni i Hercegovini. U ovom broju, kao i do sada, donosimo nekoliko interesantnih radova, prikaza knjiga i sudske prakse.

U radu Elektronički oblik arbitražnog ugovora (prema Zakonu o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine) autor obrađuje vrlo aktuelnu temu. U radu, između ostalog, autor argumentirano ukazuje na potrebu za izmjenama i dopunama zakonodavstva u smjeru samostalnosti elektroničkog oblika arbitražnog ugovora. Ukazuje se na potrebu terminološkog usuglašenja pravne terminologije sa međunarodno prihvaćenom terminologijom elektroničke komunikacije. Posebno se razmatra potreba eksplicitnog izvršenja elektroničke pošte kao pisanog načina sklapanja ugovora o arbitraži kao i utjecaj zakona o elektroničkom dokumentu na elektronički oblik arbitražnog sporazuma.

Imajući u vidu činjenicu da Bosna i Hercegovina, polako ali sigurno, ide prema Europskoj uniji, čitaocima će biti zanimljivo pročitati rad Pravosudni aktivizam Evropskog suda pravde i uticaj odluka na suverenitet zemalja članica Evropske Unije. U ovom radu, autori ukazuju na to kako je Evropski sud pravde, prvenstveno putem tumačenja i primjene temeljnih Ugovora, ali i stvaranjem zasebnih pravnih normi, uticao na neposredno oblikovanje pravnog poretka Unije. Uz osvrt na brojne ključne presude koje se odnose na slučajeve diskriminacije i zaštite ljudskih prava, autori daju odgovor na pitanja kako i koji su predmeti pred ovim sudom imali ključni uticaj ne samo na razvoj unijskog prava, već i, za nas naročito relevantan, na proces evropske integracije uopće.

Rad Mehanizmi zaštite ljudskih prava u odnosu na primjenu posebnih istražnih radnji u krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini ukazuje na specifičnosti i karakteristike primjene posebnih istražnih radnji u suzbijanju organizovanog kriminaliteta. U radu se polazi od potrebe zaštite prava na privatnost i porodični život, stan i prepisku kao prava najčešće ugroženih primjenom posebnih istražnih radnji, a čije je ostvarenje tj. zaštita preduslov za pravilno funkcioniranje svakog demokratskog društva. U tom smislu, analizirani su relevantni međunarodni propisi, kao i odluke Ustavnog suda BiH, koje se odnose na zaštitu ljudskih prava u krivičnim postupcima u Bosni i Hercegovini.

U ovom broju donosimo i osvrt na Treći Kongres o katastru u Bosni i Hercegovini, kao i prikaz knjige Z. Vasiljević (2015) Prava i obaveze iz ugovora o kreditu, u izdanju Pravnog fakulteta (Univerzitet Banja Luka).

Od sudske prakse, skrećemo čitateljicama/čitateljima pažnju na praksu Ustavnog suda BiH, Suda BiH, i Ustavnog suda FBiH.

Čitajte i pišite!

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

ELEKTRONIČKI OBLIK ARBITRAŽNOG UGOVORA (prema Zakonu o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine)

izvorni znanstveni rad

UDK: 341.382(497.6)"1995"
342.4(497.6) "1995"

mr. sc. Tin Matić*

Sažetak

S obzirom da se osjeća potreba za promjenama u Zakonu o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine u odnosu na arbitražni ugovor, autor prikazuje argumentaciju te potrebu za izmjenama i dopunama regulacije koja se odnosi na oblik arbitražnog ugovora, a u smjeru samostalnosti elektroničkog oblika arbitražnog ugovora. Ukazuje se na potrebu terminološkog usuglašanja pozitivnopravne terminologije supstancijalno međunarodno prihvaćenom terminologijom elektroničke komunikacije. Posebno se razmatra potreba eksplicitnog uvrštenja elektroničke pošte kao pisanog načina sklapanja ugovora o arbitraži, kao i utjecaj zakona o elektroničkom dokumentu na elektronički oblik arbitražnog sporazuma. Razmatra se utjecaj Konvencije UN-a o korištenju elektroničke komunikacije u međunarodnim ugovorima iz 2005. godine na elektronički oblik arbitražnog ugovora te se, sukladno modernim rješenjima iz te konvencije, predlažu izmjene i dopune Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine u odnosu na arbitražu, kako i predlažu određena pravna shvaćanja koja se na njoj temelje, posebno ona koja se odnose na sklapanje arbitražnog ugovora putem "elektroničkog agenta". Formulaciju iz postojećeg zakona o "omogućavanju pisanog dokaza o ugovoru", u skladu s navedenom Konvencijom, bilo bi poželjno zamijeniti novim standardom koji je primjereniji elektroničkoj komunikaciji te samostalnosti elektroničkog oblika, a to je – ako su podaci u poruci dostupni za buduće korištenje.

Ključne riječi

Arbitražna, arbitražni ugovor, elektronički oblik, elektronička komunikacija, elektronički dokument, elektronički potpis, elektronički agent, Konvencija UN-a o korištenju elektroničkih komunikacija u međunarodnim ugovorima.

* *Odvjetnik (Odvjetničko društvo Tin Matić i partneri d.o.o. Zagreb);
tin.matic@zg.t.com.hr*

I. Uvod

Oblik ili forma je vanjska, vidljiva manifestacija određenog sadržaja. Svaki pravni posao, pa tako i isprava (o tom pravnom poslu), mora imati određeni pojavni oblik. Tradicionalna pravna doktrina dijelila je pravne poslove i ugovore na formalne i neformalne.¹ Načelno su ugovori u građanskom i trgovačkom pravu neformalni.² No, u određenim slučajevima, bilo voljom stranaka, bilo voljom zakonodavca, a to je i arbitražni ugovor, ugovori moraju biti sklopljeni u posebnoj formi.

Newyorška konvencija³ o priznanju i izvršenju inozemnih arbitražnih odluka iz 1958.⁴ u čl. II. određuje da svaka država ugovornica priznaje pisani ugovor kojim se stranke obvezuju da stave u nadležnost arbitraži svaki spor (...) koji se odnosi na pitanje koje je prikladno za rješavanje arbitražom. U st. 2. istog članka stoji da se pod pisanim sporazumom razumijevaju arbitražna klauzula unesena u ugovor ili kompromis, koju su potpisale stranke ili su sadržani u razmijenjenim pismima ili brzojavima.

Praktično sadržajno identičnu odredbu sadrži u svojem članku 434. Zakon o parničnom postupku⁵ Federacije Bosne i Hercegovine,⁶ kao osnovni

¹ Vidjeti detaljno u Vedriš, M. i Petar, K. (2003) "Građansko pravo" Narodne novine, Zagreb, str. 125.

² Zakon o obveznim odnosima 1978. (Službeni list RBiH br. 2/1992, 13/1993, 13/1994; Službeni glasnik Republike Srpske br. 17/1993, 3/1996, 74/2004) - vidjeti čl. 67. Neformalnost ugovora.

³ Konvencija o priznanju i izvršenju inozemnih arbitražnih odluka (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*), New York, 10.6.1958., stupila na snagu 7.6.1959., BiH članica temeljem sukcesije; tekst objavljen – Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori broj: 11/1981). (Sl. l. RBiH. br. 16/92, 25/93) NAPOMENA: Prema čl. 7. stav 2. Konvencije o priznanju i izvršenju inozemnih arbitražnih odluka iz 1958., (Newyorška konvencija), Protokol o arbitražnim klauzulama iz 1923. g. i Konvencija o izvršenju inozemnih arbitražnih odluka iz 1927., prestaju proizvoditi pravni učinak između država ugovornica od dana kada i u kojoj mjeri one postanu obavezne po Newyorškoj konvenciji – prema - Pregled međunarodnih multilateralnih konvencija Ministarstva pravde BiH, dostupno na http://www.mpr.gov.ba/organizacija_nadleznosti/medj_pravna_pomoc/medj_konvencije/default.aspx?id=909&langTag=bs-BA, pristup 22.10.2015.

⁴ Tekst Konvencije ovdje, te u daljnjem navođenju, dan je prema Goldštajn, A. i Triva, S. (1987) Međunarodna trgovačka arbitraža, Informator, Zagreb, str. 317.-336.

⁵ U daljnjem tekstu ravnopravno se koristi i skraćunica ZPP FBiH, ili samo ZPP.

⁶ Službene novine Federacije BiH br.53/03, 73/05, 19/06.

unutarnji (domaći) propis arbitražnog prava Bosne i Hercegovine,^{7, 8} prema kojem se stranke mogu sporazumjeti da rješavanje spora povjere arbitraži, osim ako se radi o zahtjevu kojim stranke ne mogu raspolagati u smislu članka 3. stavka 2. ovog zakona.⁹ Ukratko, mora se raditi o arbitrabilnom sporu.¹⁰

Član 435. ZPP-a Federacije BiH¹¹ definira ugovor o arbitraži kao ugovor kojim stranke podvrgavaju arbitraži sve ili određene sporove koji su među njima nastali ili bi mogli nastati iz određenoga pravnog odnosa, ugovornog ili izvanugovornog. Ugovor o arbitraži pravovaljan je samo ako je sklopljen u pismenom obliku i ako su ga potpisale sve stranke. Taj se ugovor može sklopiti u obliku arbitražne klauzule u nekom ugovoru ili u obliku posebnog ugovora.¹² Zakon je očito pratio zahtjeve velikog broja izvora arbitražnog prava koji zahtijevaju pisanu formu za pravovaljanost arbitražnog sporazuma.¹³

Isto tako u st. 2. čl. 435. ZPP-a Federacije BiH, određeno je da je ugovor o arbitraži sklopljen u pismenom obliku i kada je sklopljen razmjenom pisama, telegrama, teleksa ili drugih telekomunikacijskih sredstava koja omogućuju pismeni dokaz o sklopljenom ugovoru.

⁷ Prema Lasić, M. (2013) Arbitražno pravo, Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet, Mostar, str. 35.

⁸ U daljnjem tekstu se uz puni naziv države Bosne i Hercegovine koristi i skraćenica BiH.

⁹ Čl. 3. (1) Stranke mogu slobodno raspolagati zahtjevima koje su stavile tijekom postupka.

(2) Sud neće uvažiti raspolaganja stranaka koja su protivna prinudnim propisima.

¹⁰ Vidjeti detaljno kod Lasić, M. (2013) Arbitražno pravo, Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet, Mostar, str. 54.-61. Arbitrabilnost u konkretnom smislu jest svojstvo određenog spora da može biti riješen arbitražom. - Lasić, M. (2013), Arbitražno pravo, Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet, Mostar, str. 54.

¹¹ Čl. 435.(1) Ugovor o arbitraži može se sklopiti u pogledu određenog spora i u pogledu budućih sporova koji mogu proizaći iz određenog pravnog odnosa. Ugovor o arbitraži pravovaljan je samo ako je sklopljen u pismenom obliku i ako su ga potpisale sve stranke.

(2) Ugovor o arbitraži sklopljen je u pismenom obliku i kada je sklopljen razmjenom pisama, telegrama, teleksa ili drugih telekomunikacijskih sredstava koja omogućuju pisani dokaz o sklopljenom ugovoru.

(3) Ugovor o arbitraži sklopljen je u pismenom obliku i kada je sklopljen razmjenom tužbe u kojoj tužitelj navodi postojanje tog ugovora i odgovora na tužbu u kojem tuženi to ne osporava.

(4) Ugovor o arbitraži može se dokazivati samo ispravama.

¹² Prema Lasić, M. (2013), *ibid.*, str. 61.

¹³ Prema Lasić, M. (2013), *ibid.*, str. 63.

St. 4. čl. 435. ZPP-a Federacije BiH propisuje način dokazivanja arbitražnog ugovora i to samo ispravama, dakle dokazima u pisanom obliku. Premda na prvi pogled ova odredba unosi nešto novo ili odstupa od pravila o slobodnom izboru dokaznih sredstava, zapravo se radi o tehničkom propisu. Naime, ako je nužno da ugovor o arbitraži bude u pisanom obliku tada je jasno da se može dokazivati samo pisanom ispravom. Naravno, time se ne rješava pitanje što je pisana isprava.

Iz gornjeg jasno proizlazi da ni ZPP Federacije BiH, a niti Newyorška konvencija ne određuje izričito da se pod pisanom formom smatra i elektronička¹⁴ forma. Jedan od mogućih razloga zašto je to tako je što u vrijeme kada su ti propisi nastajali razmjene poruka elektroničkim putem nije bilo ili ih je bilo u zanemarivom intenzitetu, a što danas nedvojbeno nije slučaj.

No, kako Zakon o elektronskom dokumentu Federacije BiH¹⁵ u članku 7. određuje da elektronički dokument ima pravnu valjanost kao i dokument na papiru ako je izrađen, poslan, primljen, čuvan i arhiviran primjenom raspoložive informacijske tehnologije i ispunjava uvjete iz članka 4., 5. i 6. tog zakona, to je jasno da nema prepreke da ugovor o arbitraži ili arbitražna klauzula budu u elektroničkom obliku kao elektronička isprava. Identičnu odredbu ima i čl. 7. Zakona o elektronskom dokumentu Republike Srpske.¹⁶ Članak 13. st. 2.¹⁷ Zakona o elektronskom dokumentu BiH¹⁸ izričito zabranjuje diskriminacijsko korištenje elektroničke komunikacije u odnosu na tradicionalnu, te tako stavlja u istu razinu pravne valjanosti elektroničku i tradicionalnu pisanu komunikaciju (ispravu).

¹⁴ Termini elektronički i elektronski koriste se u radu (ravnopravno) kao pravni i jezični sinonimi.

¹⁵ Službene novine Federacije BiH broj 55/13.

¹⁶ Službeni glasnik Republike Srpske broj 110/08.

¹⁷ Čl. 13. (Principi upotrebe i prometa elektroničkog dokumenta)

(1) Upotreba elektroničkih dokumenata obavlja se u skladu s odredbama ovog zakona.

(2) Upotreba elektroničkog dokumenta ne može nijednoj strani uključenoj u poslove razmjene elektroničkog dokumenta ograničiti poslovanje ili je dovesti u neravnopravan položaj.

(3) U postupanjima pri upotrebi i prometu elektroničkog dokumenta može se koristiti bilo koji dostupni i upotrebljivi IKT, ako zakonom ili drugim propisom nije propisana tehnologija koja se mora primjenjivati.

(4) U svim postupanjima s elektroničkim dokumentom mora postojati mogućnost provjere njegove vjerodostojnosti, originalnosti i nepromjenjivosti.

¹⁸ Službeni glasnik BiH broj 58/14.

Odredba čl. 435. st. 1. ZPP-a FBiH nesumnjivo je primjenjiva i na elektronički način komuniciranja, kako na EDI (*electronic data interchange* – elektronička razmjena podataka)¹⁹ poruke, tako i na elektroničku poštu (*e-mail*), kao oblike elektroničkog komuniciranja, jer on zadovoljava kriterij pisanosti/pismenosti oblika arbitražnog ugovora ili klauzule zbog toga što nesumnjivo omogućuju pisani/pismeni dokaz o ugovoru, bilo "slikom" na ekranu računala, bilo njihovim ispisom na papir. Time bi, zapravo, bilo valjano ugovaranje arbitraže u elektroničkom obliku pa bi ovu odredbu ZPP-a trebalo na ovaj način i tumačiti, i to *in favorem* pravne valjanosti elektroničkog oblika.

Doktrinarno se elektronički oblik²⁰ može ukratko definirati kao (elektronički) zapis, učinjen odgovarajućom napravom (računalom) i uz korištenje

¹⁹ Vidjeti detaljno kod Matić, T (2015) Primjena propisa o elektroničkom poslovanju i sklapanje ugovora u elektroničkoj trgovini prema propisima Bosne i Hercegovine, Zbornik radova XXII.-XXIII. Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, Mostar, str.250.-284. te kod Matić, T. Pravo virtualnih pravnih odnosa (2012) Elektronička trgovina, Narodne novine, Zagreb, str. 97.-127., te Matić, T. (2010) Ugovor o elektroničkoj razmjeni podataka, Ministarstvo gospodarstva i poduzetništva Republike Hrvatske, Zagreb.

²⁰ Ako se, dakle, pogleda odnos elektroničkog oblika u odnosu na tradicionalni pisani oblik, on može biti prijelazni oblik prema tradicionalnom pisanom obliku ispisanom na papiru, ali i ne mora. Naime, ukoliko nema ispisa na papir, elektronički oblik ostaje samostalan. Razvijenost određenog društva se zapravo može mjeriti u sve većem korištenju elektroničkog oblika kao samostalnog.

Vezano uz navedeno, elektronički oblik kao elektronički zapis jest novi pojavni oblik isprava i ugovora, ali isto tako on u svako doba može biti samo prijelazni stadij u prezentaciji te iste isprave ili ugovora u tradicionalnom pisanom obliku, time da je ugovor sklopljen putem elektroničkih sredstava komuniciranja i na njegovo sklapanje primjenjuju se pravila koja vrijede za sklapanje ugovora elektroničkim putem, bez obzira je li ostao samo u elektroničkoj formi ili je prenesen i u tradicionalnu pisanu formu na papiru, odnosno ispisan. Upravo zato se često i koristi generička definicija elektroničke isprave (ona koja je nastala elektroničkim putem) jer nije nužno da ona ostane u tom obliku.

Činjenica je da zakonodavstvo izbjegava odrediti termin pisanog dokumenta ili isprave. Očito je da se pisani oblik pojavljuje kao pravni standard koji u različito doba može imati različito tumačenje i shvaćanje koji mogu biti izravno ovisni o tehnološkoj razvijenosti određenog društva.

Slijedom toga, elektronički oblik može biti samo jedan od pojavnih oblika pisanog oblika ili zapisa ili isprave. Ovakav zaključak se nameće s obzirom da cjelokupno zakonodavstvo svjetski univerzalno izjednačava i ima tendenciju izjednačavanja pravnog učinka ovog oblika s tradicionalnim pisanim na papiru. Treba voditi računa da je izravna neperceptivnost bez korištenja odgovarajućih naprava zapravo osnovna razlika u odnosu na tradicionalni pisani oblik kod kojeg

odgovarajućeg programa (računalnog; na odgovarajućem mediju; *hard disku*, disketi, CD-u, CD romu, magnetskoj vrpici, memorijskom *sticku* i sl.), koji se može pročitati, odnosno dovesti u perceptivni oblik na zaslonu odgovarajuće naprave (računala) i samo uz njegovo korištenje, te uz korištenje odgovarajućeg programa, a koja se isprava može u svako doba, uz pomoć druge odgovarajuće naprave (pisača) i odgovarajućeg programa, ispisati na papir i predstaviti se kao tradicionalna pisana isprava. Međutim, zapis, u pravilu, mora biti moguće prenijeti između strana elektroničkim putem, internetom ili drugom odgovarajućom mrežom, ali može biti i prenosiv na neki drugi tradicionalni način prijenosa poruka, time da elektronički zapis ostaje i dalje svakodobno dostupan u istom sadržaju i obliku/formi.²¹

Dakle, iz navedenih odrednica proizlaze tri pitanja koja ne sadrže eksplicitan i jasan odgovor u citiranoj regulativi kada se govori o elektroničkoj komunikaciji i elektroničkom načinu sklapanja arbitražnog ugovora:

1. Što su to druga sredstva telekomuniciranja?
2. Što su to pisani/pismeni dokazi o ugovoru?
3. Kako treba biti potpisana elektronička isprava koja sadrži ugovor o arbitraži?

II. Telekomunikacija ili elektronička komunikacija

Relativna zastarjelost termina "sredstava telekomuniciranja" najbolje je vidljiv iz sadržaja i terminologije koju koristi Konvencija UN-a o korištenju

je ispis na papiru perceptivan izravno i neograničeno, uz uvjet poznavanja jezika i pisma bez korištenja bilo kakvih naprava.

Stoga se elektronički oblik može smatrati samo jednim oblikom pisanog izražavanja koji je čitljiv i zapisan uz pomoć posebnih naprava (rasprostranjenost njihova korištenja ulazilo bi u elemente termina elektroničke pismenosti članova određenog društva), a o tome što se smatra pisanim stvar je pravnog standarda u određenom vremenu. Očito živimo u prijelaznom vremenu kada stari standard pisanog nije napušten, a novi nije usvojen u potpunosti. Bez sumnje će doći vrijeme kada će elektronički oblik ili zapis biti potpuno izjednačen onom na papiru, dapače kada će on biti pravilo, a ispis na papiru iznimka. I tada će to biti redovni javni oblik pisanog oblika.

²¹ Vidjeti detaljno Matić, T. (2012) "Pravo virtualnih pravnih odnosa, Elektronička trgovina", Narodne novine: Zagreb, str. 33.-46., te Matić, T. (2006) "Elektronički oblik ugovora i isprava – novi oblik?", Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu; Vol. 56, br. 1, Zagreb.

elektroničke komunikacije u međunarodnim ugovorima iz 2005. godine, a koja je stupila na snagu 1.3.2013.,²² kao recentni međunarodni pravni dokument koji se odnosi na elektroničku komunikaciju, gdje se u čl. 4. definiraju ovi termini:

- (a) **Komunikacija** označava bilo koju izjavu, izjašnjenje, prijedlog, zahtjev, uključujući ponudu i prihvrat ponude, koji se zahtijevaju od strana da naprave ili izaberu u vezi sa sklapanjem ili provedbom ugovora;
- (b) **Elektronička komunikacija** označava bilo koju komunikaciju koju strane ostvare putem podatkovne poruke;
- (c) **Podatkovna poruka** označava podatke koji su kreirani, poslani, primljeni ili pohranjeni elektroničkim, magnetskim, optičkim, ili sličnim putem, uključujući, ali ne ograničavajući se na, elektroničku podatkovnu razmjenu (EDI – elektroničku razmjenu podataka), elektroničku poštu, telegram, teleks ili telefaks;²³

Koristi se, dakle, termin elektronička komunikacija, a ne telekomunikacija ili telekomunikacijska sredstva. Sukladno navedenom tim više se korištenje ovog termina ukazuje nužnim i u propisima koji reguliraju arbitražu. Jednako tako koristi se elektronička pošta kao samostalni način elektroničke komunikacije, kao i EDI. Nesumnjivo je da bi ponuđena regulacija ove Konvencije trebala paradigmatično djelovati na definiranje elektroničkog načina sklapanja arbitražnog ugovora. Značenje ove konvencije i za ovo područje prava naslućuju autori već odmah nakon njezina donošenja.²⁴

Konvencija također razlikuje EDI poruku od elektroničke pošte, obuhvaćajući oboje širim pojmom "podatkovne poruke" (*data message*), a što upućuje na činjenicu da bi i unutar bosanskohercegovačkog zakonodavstva bilo poželjno napraviti ovu distinkciju te prihvatiti ovakvo definiranje.

²² Konvencija je usvojena na Općoj skupštini UN 23.11.2005., a stupila je na snagu 1.3.2013. Strane Konvencije danas su: Dominikanska Republika, Honduras, Republika Kongo, Ruska Federacija, Singapur i Crna Gora.- vidjeti detaljno –dostupno na http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention_status.html, pristup 15.3.2015:

²³ Prijevod s engleskog na hrvatski jezik je autorov.

²⁴ Tako Uzelac, A. (2006) Forma arbitražnog ugovora u hrvatskom pravu: novo uređenje, njegova ishodišta i perspektive daljnjeg razvoja, Zbornik PFZ, Vol. 56, br. 2-3, 2006. g., str. 549.-582., str. 576.-577.

Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu²⁵ BiH u čl 3. st. 1. toč. 2. spominje EDI kao elektronsku poruku i kao objekt njegove regulacije iako isti pravni pojam nije pozitivnopravno definiran u tom propisu, a niti u bilo kojem drugom. Stoga je pravna praznina glede interpretacije ovog termina postojala i nakon donošenja ovog Zakona jednako kao i ranije.²⁶

Zakon o komunikacijama BiH,²⁷ iako u naslovu ne koristi naziv telekomunikacije, već komunikacije, u svojem tekstu dosljedno koristi termin telekomunikacijske veze, odnosno usluge.²⁸ Također ne sadrži definiciju elektroničke pošte. Kako noviji propis u odnosu na navedeno pravno područje u BiH

²⁵ Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu od 20. novembra 2007. godine (Službeni glasnik BiH br. 88/07).

²⁶ Vidjeti za način popunjavanja ove pravne praznine kao i detaljno kod Matić, T. (2015.) Primjena propisa o elektroničkom poslovanju i sklapanje ugovora u elektroničkoj trgovini prema propisima Bosne i Hercegovine, Zbornik radova XXII.-XXIII. Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, Mostar, str. 250.- 284., str. 258.-264.

²⁷ Službeni glasnik BiH br. 31/2003.

²⁸ Čl. 2. - Definicije

1. Osim u slučaju navedenom u stavu 2. ovog člana, svi izrazi koji se koriste u ovom zakonu imaju značenje koje im se daje u Općem okvirnom sporazumu za mir u BiH, pravilima i preporukama Međunarodne unije za telekomunikacije, odnosno preporukama Konferencije evropskih uprava pošta i telekomunikacija, prema danom trenutku.

2. U smislu ovog zakona i uređivanja sektora komunikacija:

...k) Međunarodna telekomunikacijska usluga označava telekomunikacijsku uslugu koja se pruža između Bosne i Hercegovine i bilo koje druge zemlje;

...n) Mobilna telekomunikacijska usluga označava uslugu čije se pružanje sastoji, u potpunosti ili djelomično, od uspostavljanja radio komunikacija za mobilnog korisnika, i pri čemu se koriste, djelomično ili u potpunosti, mobilni sistemi;

...o) Javna telekomunikacijska mreža označava telekomunikacijsku mrežu koja se u potpunosti ili uglavnom koristi za pružanje telekomunikacijskih usluga;

...q) Telekomunikacijska mreža označava prijenosne sisteme i u slučajevima na koje se to odnosi, opremu za komutiranje i usmjeravanje poziva, te druga sredstva koja omogućavaju prijenos signala putem žice, optičkih kablova, radijskim ili bilo kojim drugim elektromagnetnim putem, uključujući, ali se ne ograničavajući na satelitske mreže, kao i fiksne i mobilne zemaljske mreže;

...r) Operateri telekomunikacija označavaju javna ili privatna tijela, kao i podružnice pod njihovom kontrolom, kojima je dodijeljena dozvola za uspostavljanje javne telekomunikacijske mreže, odnosno pružanje telekomunikacijskih usluga;

...s) Telekomunikacijske usluge označavaju usluge koje se obično pružaju uz naknadu, a koje se sastoje u cjelini ili uglavnom u prenošenju signala na telekomunikacijskim mrežama, uključujući, ali neograničavajući se na fiksnu i mobilnu mrežu, kao i mrežu za prijenos podataka;

nakon 2003. godine nije donošen, nije niti čudo da termin telekomunikacije nije zamijenjen novijim terminom elektronske ili elektroničke komunikacije.²⁹ Uprkos tome, termini koji se odnose na telekomunikacijska sredstva komuniciranja u ZPP-u FBiH te Zakona o komunikacijama BiH, treba smatrati identičnima telekomunikacijskim sredstvima komuniciranja iz Zakona o arbitraži³⁰ Republike Hrvatske³¹ (jer i koriste isti termin – telekomunikacije), ali i

²⁹ Kao što je učinjeno Republici Hrvatskoj. Naime, Zakon o elektroničkim komunikacijama (Narodne novine RH br. 73/08, 90/11, 133/12, 80/13, 71/14) stavio je izvan snage Zakon o telekomunikacijama ("Narodne novine", br. 122/03, 158/03, 177/03, 60/04 i 70/05) koji je terminološki bio bliži postojećoj terminologiji hrvatskog Zakona o arbitraži. Naime, taj zakon koristio je termin telekomunikacije i telekomunikacijska usluga te ih definirao u čl. 7.

³⁰ Narodne novine RH broj 88/2001.

³¹ Ugovor o arbitraži - pojam, oblik i mjerodavno pravo. (Čl. 6.)

(1) Ugovor o arbitraži je ugovor kojim stranke podvrgavaju arbitraži sve ili određene sporove koji su među njima nastali ili bi mogli nastati iz određenog pravnog odnosa, ugovornog ili izvan-ugovornog. Taj se ugovor može sklopiti u obliku arbitražne klauzule u nekom ugovoru ili u obliku posebnog ugovora.

(2) Ugovor o arbitraži je valjan ako je sklopljen u pisanom obliku. Ugovor je sklopljen u pisanom obliku ako je unesen u isprave koje su stranke potpisale ili ako je sklopljen razmjenom pisama, teleksa, telefaksa, brzopjava ili drugih sredstava telekomuniciranja koja omogućavaju pisani dokaz o ugovoru, bez obzira jesu li ih stranke potpisale.

(3) Smatra se da je ugovor o arbitraži u pisanom obliku zaključen:

1) ako je jedna od strana uputila drugoj strani ili ako je neka treća osoba uputila objema stranama pisanu ponudu za zaključenje ugovora o arbitraži, a protiv te ponude nije pravodobno izjavljen prigovor, što se prema običajima u prometu može smatrati prihvatom ponude,

2) ako nakon usmeno zaključenog ugovora o arbitraži jedna od ugovornih strana uputi drugoj pisanu obavijest u kojoj se poziva na prethodno zaključeni usmeni ugovor, a druga strana pravodobno ne prigovori sadržaju primljene obavijesti, što se prema običajima u prometu može smatrati suglasnošću sa sadržajem primljene obavijesti.

(4) Upućivanje u glavnom ugovoru na ispravu (opće uvjete za sklapanje pravnog posla, tekst drugog ugovora i slično) koja sadrži arbitražnu klauzulu, predstavlja ugovor o arbitraži ako je upućivanje takvo da je ta klauzula sastavni dio toga ugovora.

(5) Ugovor o arbitraži je valjan i ako se u teretnici izričito poziva na arbitražnu klauzulu u brodarskom ugovoru (charter partiji).

(6) Ako je spor nastao ili bi mogao nastati iz potrošačkog ugovora, iznimno od odredaba stavka 1. - 5. ovoga članka, ugovor o arbitraži mora biti napisan u posebnoj ispravi koju su potpisale obje stranke. U toj ispravi, osim ako je sastavljena kod javnog bilježnika, ne smije biti drugih utanačenja osim onih koja se odnose na arbitražni postupak.

elektroničkim sredstvima komuniciranja iz hrvatskog Zakona o elektroničkim komunikacijama³² jer su sadržajno identični. Ovo je vrlo lako utvrditi usporedbom definiranja pojmova telekomunikacijske mreže³³ i elektroničke komunikacijske mreže,³⁴ kao i telekomunikacijskih usluga³⁵ i elektroničke komunikacijske usluge³⁶ u ova dva izvora.

(7) Za materijalnopravnu valjanost ugovora o arbitraži mjerodavno je pravo koje su stranke izabrale. Ako stranke nisu izabrale mjerodavno pravo, mjerodavno će biti pravo koje je mjerodavno za bit spora ili pravo Republike Hrvatske.

(8) Smatra se da je ugovor o arbitraži valjan i ako tužitelj podnese tužbu arbitražnom sudu, a tuženik ne prigovori nadležnosti arbitražnog suda najkasnije u odgovoru na tužbu u kome se upustio u raspravljanje o biti spora.

³² Zakon o elektroničkim komunikacijama (Narodne novine RH 73/08, 90/11, 133/12, 80/13, 71/14).

³³ Telekomunikacijska mreža označava prijenosne sisteme i u slučajevima na koje se to odnosi, opremu za komutiranje i usmjeravanje poziva, te druga sredstva koja omogućavaju prijenos signala putem žice, optičkih kablova, radijskim ili bilo kojim drugim elektromagnetnim putem, uključujući, ali se ne ograničavajući na satelitske mreže, kao i fiksne i mobilne zemaljske mreže; - čl. 2. st. 2. toč. q Zakona o komunikacijama BiH.

³⁴ Elektronička komunikacijska mreža: prijenosni sustavi i, prema potrebi, oprema za prospajanje (komutaciju) ili usmjeravanje i druga sredstva, uključujući dijelove mreže koji nisu aktivni, što omogućuju prijenos signala žičnim, radijskim, svjetlosnim ili drugim elektromagnetskim sustavom, što uključuje satelitske mreže, nepokretne zemaljske mreže (s prospajanjem kanala i prospajanjem paketa, uključujući internet), zemaljske mreže pokretnih komunikacija, elektroenergetske kabelske sustave u mjeri u kojoj se upotrebljavaju za prijenos signala, radiodifuzijske mreže i mreže kabelske televizije, bez obzira na vrstu podataka koji se prenose. - Čl. 2. st. 1. toč. 7. Zakona o elektroničkim komunikacijama RH.

³⁵ Telekomunikacijske usluge označavaju usluge koje se obično pružaju uz naknadu, a koje se sastoje u cjelini ili uglavnom u prenošenju signala na telekomunikacijskim mrežama, uključujući, ali ne ograničavajući se na fiksnu i mobilnu mrežu, kao i mrežu za prijenos podataka; - čl. 2. st. 2. toč. s) Zakona o komunikacijama BiH.

³⁶ Elektronička komunikacijska usluga: usluga koja se, u pravilu, pruža uz naknadu, a sastoji se u cijelosti ili većim dijelom od prijenosa signala u elektroničkim komunikacijskim mrežama, uključujući telekomunikacijske usluge i usluge prijenosa u radiodifuzijskim mrežama, što ne obuhvaća usluge pružanja sadržaja i obavljanja uredničkog nadzora nad sadržajem koji se prenosi korištenjem elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga. Ova usluga ne obuhvaća usluge informacijskog društva koje se u cijelosti ili većim dijelom ne sastoje od prijenosa signala u elektroničkim komunikacijskim mrežama. Čl. 2. st. 1. toč. 10. Zakona o elektroničkim komunikacijama RH.

Isto tako, premda elektronička pošta nije izričito definirana kao termin unutar ovog zakona, već je ostala definirana unutar termina telekomunikacijskih usluga, nema nikakvog razloga da se potreba prepoznavanja elektroničke pošte kao samostalnog načina elektroničkog komuniciranja ne bi bila definirala i unutar arbitražnog sustava BiH.

No, unatoč tome, Zakon o komunikaciji BiH ima "pričuvni" regulatorni i interpretativni mehanizam kada se u njegovom čl. 2. st. 1. navodi da svi izrazi koji se koriste u ovom zakonu imaju značenje koje im se daje u pravilima i preporukama Međunarodne unije za telekomunikacije, odnosno preporukama Konferencije evropskih uprava pošta i telekomunikacija,³⁷ prema danom trenutku. Na ovaj način svi termini mogu biti definirani i protumačeni prema međunarodno prihvaćenim standardima, uključivši termin elektroničke pošte. Tako primjerice, zakonodavstvo BiH može posredno definirati čak i preporučenu elektroničku poštu kroz odgovarajući standard ETSI.³⁸

Tako je bosanskohercegovačko zakonodavstvo, na jedan fleksibilan, mada neuobičajen način, prihvatilo reguliranje osnovnih pojmova ove tematike na međunarodno visokoj razini te otklonilo potrebu stalnog usuglašavanja zakona sa standardima (tehnološkim pa posljedično tome i onda pravnim) koji nastaju uslijed tehnološkog razvoja.

Međutim, unatoč tome, Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH posredno definira elektroničku poštu unutar termina elektroničke poruke iz čl. 3. st. 2.³⁹ Zakona iz kojeg proizlazi da je to prijenos niza podataka koji su poslani ili primljeni na elektronički način. Zakon ne govori o prirodi tih podataka pa znači da to može biti svaki oblik podatka, odnosno

³⁷ ETSI, the European Telecommunications Standards Institute, produces globally-applicable standards for Information and Communications Technologies (ICT), including fixed, mobile, radio, converged, broadcast and internet technologies. It is officially recognized by the European Union as a European Standards Organization. The high quality of our work and our open approach to standardization has helped us evolve into a European roots - global branches operation with a solid reputation for technical excellence. ETSI is a not-for-profit organization with more than 750 ETSI member organizations drawn from 63 countries across 5 continents world-wide. Dostupno na <http://www.etsi.org/about>, pristup 5.12.2015.

³⁸ ETSI TR 102 605 V1.1.1 (2007-09) DTR/ESI-000051 Electronic Signatures and Infrastructures (ESI); Registered E-Mail – vidjeti – dostupno na http://www.etsi.org/deliver/etsi_tr/102600_102699/102605/01.01.01_60/tr_102605v010101p.pdf - pristup 5.12.2015.

³⁹ Elektronska poruka: niz podataka koji su poslani ili primljeni na elektronski način što, prije svega, uključuje elektronsku razmjenu podatka i elektronsku poštu.

zapisa, dakle može biti zapis teksta, ali i slike ili zvuka. Isto tako ZEPPP razlikuje elektroničku razmjenu podataka (EDI) od elektroničke pošte iako ne definira u čemu je razlika, ali naglašava da su obje obuhvaćene istom tehnologijom te da su generički iste.⁴⁰ Kada se razmatra sadržaj zakona iz ove perspektive, proizlazi zapravo da je sadržaj ZEPPP-a primjereniji elektroničkoj terminologiji jer razlikuje EDI i e-mail, ali i jer koristi termin "elektronički način", a ne telekomunikacijski način, čime se zapravo uskladio sa suvremenim terminološkim opredjeljenjima u ovom području.

Konkretno, ovo bi značilo da telekomunikacijska sredstva iz ZPP-a podrazumijevaju sadržajno i terminološki svaki oblik elektroničkog komuniciranja u njegovu najširem poimanju, te da bi poželjno bilo izmijeniti zastarjeli termin telekomunikacijska sredstva u sredstva elektroničke komunikacije.

III. Pisani dokaz (elektroničke komunikacije) o ugovoru

Pisani dokaz o arbitražnom ugovoru nije definiran u ZPP-u pa se postavlja pitanje valjanosti ugovora o arbitraži u elektroničkom obliku. ZEPPP ne definira elektronički oblik izravno, no navodi u čl. 3. st. 1. toč. 1. kao – podaci koji su formirani, sačuvani, poslani, primljeni ili izmjenjivi na elektronički način, a što se ipak može uzeti kao definiranje elektroničkog oblika.

Dakle, elektronički oblik i njegovo definiranje⁴¹ nigdje ne spominje, a još manje određuje, "pisani dokaz o ugovoru". Niti ZPP niti ZEPPP ne sadrže definiciju "pisanog dokaza o sklopljenom ugovoru" pa je stoga upitno bi li bilo dobro zadržati tradicionalno određenje pisanog oblika definiranog kao "ispravu ispisanu na papiru" jer se to ne spominje kao uvjet za valjanost ugovora u elektroničkom obliku kao elektroničkih dokumenata⁴² u zakonima o elektro-

⁴⁰ U definiciji elektronske poruke iz čl. 3. toč. b) navodi se da je elektronska poruka niz podataka koji su poslani ili primljeni na elektronski način što, prije svega, uključuje elektronsku razmjenu podataka i elektronsku poštu.

⁴¹ O elektroničkom obliku vidjeti detaljno kod Matić, T. (2006) Elektronički oblik ugovora i isprava – novi oblik?, Zbornik PFZ, vol. 56 br. 1, Zagreb, str. 165.-185.

⁴² Termin elektronički/elektronski dokument koristi se kao pravni i jezični sinonim s terminom elektronička/elektronska isprava.

⁴³ U daljnjem dijelu članka za Republiku Srpskuravnopravno se koristi i skraćenica RS.

ničkom dokumentu BiH, Federacije BiH i Republike Srpske.⁴³ Tako čl. 4. st. 1. toč. a/ ZED BiH u definiciji elektroničkog dokumenta ne sadrži nikakvu relaciju u odnosu na ispis dokumenta na papir, a to znači da ta mogućnost ne predstavlja kvalifikatorni uvjet da bi neki dokument mogao postati elektronički dokument. Identično proizlazi iz definicije elektroničkog dokumenta iz čl. 3. st. 1. toč. 1. ZED FBiH, te isto tako iz čl. 3. st. 1. toč. a/ZED Republike Srpske.

Naime, ukoliko se odredba čl. 435. st. 2.⁴⁴ ZPP-a FBiH u pogledu pisanog oblika kao standarda protumači tako da predstavlja potencijalni "ispis na papiru", moglo bi se zaključiti da ugovor o arbitraži u elektroničkom obliku, koji ne omogućuje ispis na papir, ne bi bio valjan.

Jednako tako postavlja se pitanje interpretacije st. 4. čl. 435. ZPP-a - ugovor o arbitraži može se dokazivati samo ispravama. Podrazumijeva li se pod ispravama i elektronička isprava/dokument ili ne? S obzirom da ovakva formulacija ne sadrži ograničenje, proizlazi da bi se ugovor o arbitraži mogao dokazivati bilo papirnatom bilo elektroničkom ispravom. Elektroničku ispravu, odnosno dokument, tako definira čl. 3. Zakona o elektronskom dokumentu⁴⁵ Federacije BiH⁴⁶ kao jednoobrazno povezan cjelovit skup podataka koji su elektronski oblikovani (izrađeni pomoću računara i drugih elektronskih uređaja), poslani, primljeni ili sačuvani na elektronskom, magnetnom, optičkom ili drugom mediju i koji sadrže osobine kojima se utvrđuje autor, vjerodostojnost sadržaja, te dokazuje vrijeme kada je dokument sačinjen. Sadržaj elektronskog dokumenta uključuje sve oblike pisanog teksta, podatke, slike, crteže, karte, ton, muziku i govor.⁴⁷ Istu definiciju sadrži i nešto kasnije donešeni Zakon o elektroničkom dokumentu BiH⁴⁸ u čl. 4. toč. a), kao i čl. 3. toč. a) Zakona o elektronskom dokumentu Republike Srpske.^{49,50}

⁴⁴ (2) Ugovor o arbitraži sklopljen je u pismenom obliku i kada je sklopljen razmjennom pisama, telegrama, teleksa ili drugih telekomunikacijskih sredstava koja omogućuju pisani dokaz o sklopljenom ugovoru.

⁴⁵ Dalje se ravnopravno koristi skraćenica ZED.

⁴⁶ Službene novine Federacije BiH, broj 55/13 od 17.7.2013.

⁴⁷ Čl. 3. toč. 1.

⁴⁸ Službeni glasnik BiH broj 58/14.

⁴⁹ Službeni glasnik Republike Srpske broj 110/08.

⁵⁰ U radu se ne upušta o odnos prava entiteta BiH međusobno i odnosa entitetskog prava, te prava same BiH.

Ovdje je izuzetno bitno primijetiti činjenicu da ZED FBiH ne traži da elektronička isprava bude potpisana,⁵¹ a to ne čini niti ZED BiH⁵² niti ZED Republike Srpske,⁵³ dok ZPP FBiH traži u st. 1. čl. 435. da (isprava) bude potpisana. Naime, ZPP FBiH ne sadrži odredbu iz hrvatskog Zakona o arbitraži – čl. 6. st. 2. - ugovor o arbitraži je valjan ako je sklopljen u pisanom obliku. Ugovor je sklopljen u pisanom obliku ako je unesen u isprave koje su stranke potpisale ili ako je sklopljen razmjenom pisama, teleksa, telefaksa, brzjava ili drugih sredstava telekomuniciranja koja omogućavaju pisani dokaz o ugovoru, **bez obzira jesu li ih stranke potpisale**, čime se ostvaruje teorijska ideja o omekšanoj pisanoj formi arbitražnog ugovora.⁵⁴

U ovakvoj situaciji proizlazi da bi, u slučaju arbitražnog ugovora u tradicionalnom pisanom obliku, isti morao biti potpisan, a u slučaju sklapanja arbitražnog ugovora u elektroničkom ugovoru, isti ne bi morao biti potpisan jer je elektronička isprava valjana i bez potpisa prema ZED-u koji je *lex specialis* za ovo područje, te bi hijerarhijski bio primjenjiv prije ZPP-a. Na ovaj

⁵¹ Naime, čl. 4. ZED-a navodi da elektronski dokument, u svim postupanjima uključenim u dokumentacijski ciklus, mora osigurati jednoobrazno obilježje kojim se nedvosmisleno utvrđuje pojedinačni elektronski dokument i autor elektronskog dokumenta, informacijska cjelovitost i nepovredivost elektronskog dokumenta, pristup sadržaju elektronskog dokumenta cijelo vrijeme dokumentacijskog ciklusa i oblik zapisa koji omogućava čitanje sadržaja. Dakle, niti ovaj članak niti ZED u cjelini ne propisuju da elektronička isprava mora biti potpisana elektroničkim potpisom.

⁵² Tako čl. 7. (Zahtjevi za elektronski dokument) propisuje da elektronski dokument, u svim postupanjima uključenim u dokumentacijski ciklus, mora biti jedinstveno obilježen kako bi se, nedvosmisleno, mogao identificirati pojedinačni elektronski dokument i pojedinačni stvaralac elektronskog dokumenta, osigurati informacijska cjelovitost, integritet elektronskog dokumenta, trajan pristup sadržaju elektronskog dokumenta za vrijeme trajanja dokumentacijskog ciklusa i odgovarajući oblik zapisa koji čitatelju omogućava jednostavno čitanje sadržaja, iz čega ne proizlazi obveza postojanja (naprednog) elektroničkog potpisa na istom.

⁵³ Čl. 4. ZED RS određuje da elektronski dokument, u svim postupanjima uključenim u dokumentacijski ciklus, mora osigurati jednoobrazno obilježje kojim se, nedvosmisleno, utvrđuje pojedinačni elektronski dokument i autor elektronskog dokumenta, informacijska cjelovitost i nepovredivost elektronskog dokumenta, pristup sadržaju elektronskog dokumenta kroz cijelo vrijeme dokumentacijskog ciklusa i oblik zapisa koji omogućava čitanje sadržaja. Dakle, niti ovaj članak, niti ZED u cjelini ne propisuju da elektronička isprava mora biti potpisana elektroničkim potpisom.

⁵⁴ Vidjeti detaljno Lasić, M (2013.) *ibid.*, str. 65.

način ostvario bi se isti rezultat kao i kod hrvatskog prava, u slučaju sklapanja arbitražnog ugovora elektroničkim putem, a što znači da elektroničke isprave koje sadrže arbitražni ugovor ne bi morale biti potpisane. Međutim, ovo pitanje gubi na važnosti, ovisno o tome kako se shvaća elektronički potpis, odnosno ukoliko se elektronički potpis shvati u proširenom značenju, što je prikazano nešto kasnije.

S obzirom na razvoj tehnologije, vezivanje elektroničkih sredstava komuniciranja uz tradicionalni ispis isprave na papir ima sve manje opravdanja, a isto tako ima sve manje opravdanja za korištenje dvojbenih formula-cija koje omogućavaju različito tumačenje istog standarda – kao što je ovdje slučaj. Dakle, može se smatrati da bi ugovor o arbitraži trebao biti nedvojbeno valjan ako je sklopljen u elektroničkom obliku, bez obzira na to je li taj elektronički oblik moguće ili ne "ispisati na papir". Sukladno tome, zaključiti je da bi i u ZPP-u trebala stajati načelna odredba glede jednakopravnosti ili nediskriminatornosti elektroničke forme (tradicionalnoj pisanoj formi - ispisom na papir) arbitražnog ugovora.⁵⁵

Formulacija iz čl. 435 st. 2. ZPP-a Federacije BiH o "omogućavanju pisanog dokaza o ugovoru", predstavlja ostatak shvaćanja pisanog oblika kao oblika "ispisanog na papiru". Stoga je taj pravni standard nužno zamijeniti novim,

⁵⁵ Ovo načelo sadržano je u UNCITRAL-ovoj konvenciji o elektroničkoj komunikaciji, ali i domaćim pravnim propisima:

Tako čl. 8 st. 1. Konvencije UN-a o upotrebi elektroničke komunikacije u međunarodnim ugovorima:

Članak 8. Pravno priznanje elektroničke komunikacije

Komunikaciji ili ugovoru se neće osporiti valjanost ili izvršivost isključivo na temelju činjenice da je sačinjen u obliku elektroničke komunikacije.

Čl. 12. st. 2. Zakona o elektronskom dokumentu Federacije BiH:

Upotreba elektronskog dokumenta ne može nijednoj strani uključenoj u poslove razmjene elektronskog dokumenta ograničavati poslovanje ili je dovoditi u neravnopravan položaj.

Čl. 2. st. 2. Zakona o elektronskom dokumentu Federacije BiH:

Organi uprave i druga pravna i fizička lica iz stava 1. ovog člana koja su prihvatila upotrebu i promet elektronskog dokumenta ne mogu odbiti elektronski dokument samo zbog toga što je sačinjen, korišten i stavljen u promet u elektronskom obliku.

Čl. 6. St. 1. Zakona elektronskom potpisu Republike Srpske:

Članak 6.

Ne može se odbiti prihvatanje dokumenta samo zbog toga što je sačinjen i izdat u elektronskom obliku s elektronskim potpisom ili kvalifikovanim elektroničkim potpisom.

a koji je primjereniji elektroničkoj komunikaciji te samostalnosti elektroničkog oblika. Zato Konvencija UN-a o upotrebi elektroničkih komunikacija u međunarodnim ugovorima u čl. 9., u kojoj se regulira sankcija za nedostatak pisanog oblika koristi standard – ako su podaci u poruci dostupni za buduće korištenje. Tako čl. 9. (Uvjeti za formu) st. 2. Konvencije određuje:

Ukoliko pravo propisuje da komunikacija ili ugovor bude u pisanom obliku, odnosno propisuje posljedice u slučaju nedostatka pisanog oblika, smatrat će se da se tom uvjetu udovoljava elektroničkom komunikacijom **ako su podaci navedeni u njoj dostupni za buduće korištenje.**⁵⁶

Dakle, očito se traži samo dostupnost elektroničkih poruka, bez obzira pojavljuju li se na ekranu ili u ispisu na papir, neovisno o tome mogu li se "ispisati na papir". Bitno je da su poruke kvalitetno perceptivne u svakom trenutku. Ovakav pristup nesumnjivo je moderniji i prilagođeniji samostalnosti elektroničkog oblika, kakva se već ostvaruje, a u skoroj budućnosti u potpunosti i očekuje.

Uvrštavanjem elektroničke pošte kao imenovanog i određenog načina sklapanja arbitražnog ugovora iznimno je važno zbog definicije elektroničke pošte koja se ne odnosi samo na komunikaciju koja se perceptivno može prikazati kao pisani tekst ili slika na ekranu ili na papiru, već i na glasovnu ili zvučnu poruku odaslanu javnom komunikacijskom mrežom. Naime, upitno je može li elektronički zapis koji se reproducira kao zvuk predstavljati "pisani dokaz o ugovoru", a da se izričito ne prihvati elektronička pošta u sadržaju definicije elektroničke pošte iz Zakona o elektroničkim komunikacijama⁵⁷ Republike Hrvatske kao samostalan način sklapanja arbitražnog ugovora.⁵⁸ Naime, pisani oblik tradicionalno znači ispis na papiru ili modernije prikaz teksta ili slike s tekstom na ekranu računala, dakle radi se isključivo o vizualnoj percepciji sadržaja, dok se kod reprodukcije zvuka radi isključivo o auditivnoj percepciji sadržaja. Može li auditivna percepcija temeljem elektroničkog zapisa

⁵⁶ Prijevod s engleskog na hrvatski jezik je autorov.

⁵⁷ Zakon o elektroničkim komunikacijama, Narodne novine RH br. 73/08, 90/11, 133/12, 80/13, 71/14.

⁵⁸ Čl. 2. st. 1. toč. 11.- Elektronička pošta: svaka tekstovna, glasovna, zvučna ili slikovna poruka odaslanu javnom komunikacijskom mrežom, koja se može pohraniti u mreži ili u terminalnoj opremi primatelja poruke sve dok je primatelj ne preuzme.

predstavljati pisani dokaz, pitanje je dakle interpretacije. Praksa oko ovog pitanja nije dostupna, no ima mišljenja da bi i u sadašnjem stanju regulacije taj zapis trebao biti prihvaćen kao valjani dokaz postojanja ugovora o arbitraži.⁵⁹ No, prihvaćenjem navedene definicije elektroničke pošte i njezinim izričitim navođenjem kao sredstva sklapanja arbitražnog ugovora ova dilema u interpretaciji otpada, u tom slučaju svaki oblik percepcije, kako samo auditivni, tako i samo vizualni elektroničkog zapisa predstavlja *ex lege* "pisani dokaz" o postojanju ugovora. Stoga je, radi pravne sigurnosti, nužno izričito uvrstiti elektroničku poštu na listu načina sklapanja arbitražnog ugovora iz čl. 435. st. 2. ZPP Federacije BiH.

U slučaju napuštanja termina "pisanog dokaza o ugovoru" u korist sugeriranog termina **dostupnosti za buduće korištenje**, tada se gornja dilema niti ne bi postavila. Naime, bit postaje elektronički zapis, a ne forma njegove ljudske percepcije pa se u jednaku razinu stavljaju elektronički zapisi koji su auditivno ili vizualno perceptivni. Elektronički zapis je pak definiran posredno člankom 3. st. 1. toč. 1. ZED-a FBiH i čl. 3. st. 1. toč. 1. ZED-a Republike Srpske, te čl. 4. st. 1. toč. a/ ZED-a BiH (sadržaj elektronskog dokumenta uključuje sve oblike pisanog teksta, podatke, slike, crteže, karte, ton, muziku i govor), što jest nešto kompliciraniji posredni put, no krajnji rezultat nesumnjivo je identičan onom propisanom Zakonom o elektroničkom potpisu RH.⁶⁰ Potrebu zahvata u regulaciju elektroničkih elemenata parničnog pa time i arbitražnog postupka, prepoznaju i drugi autori.⁶¹

⁵⁹ Tako Uzelac, A. (2006) Forma arbitražnog ugovora u hrvatskom pravu: novo uređenje, njegova ishodišta i perspektive daljnjeg razvoja, Zbornik PFZ, Vol 56, br. 2-3, 01/2006., str. 549.-582., str. 559.

⁶⁰ Zakon o elektroničkom potpisu, NN RH br. 10/02, 80/08 i 30/14 - u čl. 2. gdje se elektronički zapis određuje kao cjelovit skup podataka koji su elektronički generirani, poslani, primljeni ili sačuvani na elektroničkom, magnetnom, optičkom ili drugom mediju. Sadržaj elektroničkog zapisa uključuje sve oblike pisanog i drugog teksta, podatke, slike i crteže, karte, zvuk, glazbu, govor, računalne baze podataka.

⁶¹ Tako Maganić, A. (2011) Elektroničko vođenje parničnog postupka u Savremena pitanja međunarodnog prava i evropskog privatnog prava, Pravni fakultet u Kragujevcu, str. 67.-90., „Stoga bi u Hrvatskoj ili posebnim zakonom ili izmjenama i dopunama ZPP-a trebalo urediti sva pitanja koja se tiču podnesaka u elektroničkom obliku, elektroničke dostave, elektroničkog spisa...

IV. (Elektronički) potpis

U tradicionalnom pravnom shvaćanju potpisa, potpis u regulaciji članka 435. st. 2. ZPP-a, značio je potpis ovlaštene osobe na papiru. U slučaju da se koriste elektroničke isprave pitanje je kako tumačiti ovaj termin "potpisa". Prema članku 5. st. 1. Zakona o elektronskom potpisu⁶² BiH⁶³ određuje da siguran elektronički potpis zadovoljava pravne zahtjeve za svojeručni potpis i naročito pisanu formu, ako posebnim zakonom ili sporazumom ugovornih strana nije drugačije uređeno. Stoga bi bilo nedvojbeno valjana arbitražna klauzula u elektroničkom dokumentu, ukoliko je potpisana sigurnim (naprednim)⁶⁴ elektroničkim potpisom.

No, čl. 4. Zakona o elektronskom potpisu Bosne i Hercegovine⁶⁵ određuje da se u pravnom i poslovnom prometu mogu koristiti elektronički potpisi formirani postupcima različitih nivoa sigurnosti i zasnovani na potvrđama različitih klasa, kao i da se pravno djelovanje elektroničkog potpisa i njegova upotreba kao dokaznog sredstva ne može isključiti zbog činjenice da je elektronički potpis dostupan jedino u elektroničkoj formi ili zbog toga što nije zasnovan na kvalificiranoj potvrdi, ili kvalificiranoj potvrdi akreditiranog ovjeritelja, ili zbog toga što nije formiran upotrebom tehničkih sredstava i po-

⁶² U daljnjem tekstu ravnopravno se koristi i skraćenica ZEP.

⁶³ Službeni glasnik BiH od 14.11.2006. br. 91.

⁶⁴ Termin iz ZEP-a BiH je sigurni elektronički potpis – čl. 3. st. 1. toč. c/, Zakon o elektroničkoj trgovini Republike Hrvatske (Narodne novine 10/02, 80/08 i 30/14) koristi termin napredni elektronički potpis – čl. ..., a Zakon o elektronskom potpisu Republike Srpske koristi termin kvalifikovani elektronski potpis – čl. 4., a u svakom slučaju se radi o prijevodu engleskog termina „*advanced electronic signature*“ iz Direktive EU o elektroničkom potpisu. (Direktiva 1999/93/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 13.12.1999. o okviru Zajednice za elektroničke potpise, Službeni list Europskih zajednica br. L 13/12 od 19.1.2000.), čl. 2. toč. 2.

⁶⁵ U BiH je najprije na državnoj razini 2006. donesen Zakon o elektroničkom (elektronskom) potpisu, a sa svrhom usuglašavanja zakonodavstva BiH, s pravnom stečevinom EU, jednako kao i (još uvijek) jedinstveni ZEP. Zakon o elektroničkom potpisu BiH donesen je pozivom na iste odredbe Ustava BiH, kao i ZEP i to na član IV. 4a). Nakon toga Republika Srpska donosi Zakon o elektronskom potpisu Republike Srpske 2008. godine (Službeni glasnik Republike Srpske br. 59/2008 i 68/2013) očitno smatrajući da je ova oblast u regulatornoj nadležnosti entiteta. O uređenju obvezno-pravnih odnosa u BiH vidjeti detaljno kod, Bevanda, M. (2013) Obvezno-pravno uređenje u Bosni i Hercegovini, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar.

stupaka za izradu sigurnog/naprednog elektroničkog potpisa (iz članka 14. ovog Zakona). Dakle ZEP dopušta upotrebu i drugačijih potpisa, i to u najširem smislu, što proizlazi *a contrario* iz formulacije – Ili zbog toga što nije formiran upotrebom tehničkih sredstava i postupaka iz članka 14., a što znači da potpisom nužno ne smatra samo sigurni/napredni elektronički potpis, nego praktično svaku nespornu identifikaciju koja ukazuje na određenu osobu kao autora, odnosno prihvatitelja određenog elektroničkog dokumenta. Ovakvom regulacijom, ZEP BiH je na tragu šireg shvaćanja elektroničkog potpisa iz Konvencije UNCITRAL-a o elektroničkoj komunikaciji⁶⁶ te Uredbe o elektroničkoj komunikaciji EU.⁶⁷ Uredbom⁶⁸ je uveden pojam i termin elektroničke identifikacije koji se definira kao postupak korištenja osobnim identifikacijskim podacima u elektroničkom obliku, koji na nedvojben način predstavljaju bilo fizičku ili pravnu osobu ili fizičku osobu koja predstavlja pravnu osobu. Pritom je potrebno napomenuti kako Uredba pod sredstvima elektroničke identifikacije ne uključuje samo elektroničke potpise, kao što je to radila Direktiva Europskog parlamenta i vijeća broj 1999/93/EZ (o elektroničkom potpisu), već uključuje i druga sredstva elektroničke identifikacije, koja udovoljavaju uvjetima propisanim Uredbom i koja osiguravaju odgovarajuću razinu sigurnosti autentifikacije (potvrđivanja identiteta fizičke ili pravne osobe i izvornosti i cjelovitosti podataka u elektroničkom obliku).

Na opisani način Uredbom se priznaju i nastoji se pružiti pravna zaštita različitim sredstvima elektroničke identifikacije, neovisno o korištenoj tehnologiji, a ne samo elektroničkom potpisu shvaćenom i definiranom u Direkti-

⁶⁶ 3. Ukoliko mjerodavno pravo nalaže da komunikacija ili ugovor bude potpisan, odnosno propisuje posljedice u slučaju nedostatka potpisa, elektronička komunikacija udovoljava tom uvjetu ako se :

- (a) koristi metodom kojom se utvrđuje identitet strane i njezina namjera u odnosu na podatke sadržane u elektroničkoj komunikaciji; i
- (b) korištena metoda je ili:
 - (i) pouzdana i odgovarajuća za potrebe iz kojih je elektronička komunikacija nastala ili prenesena, u svjetlu svih okolnosti, uključujući bilo koji relevantni sporazum; ili
 - (ii) faktično dokazuje da ispunjava funkcije iznesene u stavku (a) gore, sama po sebi ili uz daljnje dokaze.

⁶⁷ Uredba Europskog parlamenta i vijeća 910/2014/EU o elektroničkoj identifikaciji i uslugama povjerenja za elektroničke transakcije na unutarnjem tržištu (eIDAS Uredba) usvojena dana 23.7.2014. (eIDAS Uredba) stavlja izvan snage Direktivu 1999/93/EZ, s učinkom od 1.7.2016.

⁶⁸ Službeni list EU br. L 257/73 od 28.8.2014.

vi EU o elektroničkom potpisu koji se bazira na PKI kriptografiji,⁶⁹ kao što su potpisi biometrijskim uređajima (koju omogućuju identifikaciju pojedinaca temeljem njihovih fizičkih obilježja, bilo geometrijom ruke ili lica, čitanjem otiska prsta, prepoznavanjem glasa ili skeniranjem retine, itd.); korištenje PIN-ova; korištenju *tokena* kao načinu autentifikacije elektroničke komunikacije putem pametne kartice ili drugih uređaja u vlasništvu potpisnika; digitalizirane verzije vlastoručnih potpisa; dinamični potpisa; i drugim metodama kao što su klikanje na "OK" dugme. Slijedom navedenog, Uredba se razlikuje od Direktive o elektroničkom potpisu EU-a u tome što pruža pravnu zaštitu različitim oblicima elektroničke identifikacije, neovisno o korištenom sredstvu, te nije ograničena samo na elektronički potpis kao sredstvo elektroničke identifikacije, kao što je to Direktiva 1999/93/EZ (o elektroničkom potpisu).

Na opisani način, Uredba se približila UNCITRAL Konvenciji o elektroničkoj komunikaciji koja u čl. 9. st. 3.⁷⁰ elektronički potpis shvaća puno šire od navedene Direktive te isti ne definira, niti ga vezuje uz određeni stupanj tehnološkog razvoja, već utvrđuje opće uvjete pod kojima bi se elektroničku komunikaciju smatralo autentificiranom, uz dovoljnu razinu vjerodostojnosti i koja bi bila izvršiva u odnosu na uvjete potpisa.

Stoga bi se moglo zaključiti da potpis elektroničke isprave, koji se odnosi na arbitražni ugovor i prema bosanskohercegovačkom pravu bi trebao značiti identifikaciju, dakle pouzdano određenje da se zna tko je uputio elektroničku komunikacijsku poruku kojom se sklapa arbitražni ugovor, ne

⁶⁹ Elektronički potpis temelji se na kriptografiji javnim ključem (*Public Key Cryptography*). Svaki korisnik posjeduje svoj jedinstveni par ključeva. Jedan je ključ iz para tajan ili privatni i njime se koristi samo njegov vlasnik. Drugi je ključ javan i dostupan svima. Ključevi u paru vezani su složenim matematičkim algoritmom (RSA algoritam) koji jamči da: (a) posjedovanjem javnog ključa nije moguće otkriti tajni ključ, (b) sve što je kriptirano tajnim ključem moguće je dekriptirati samo javnim ključem i obratno; dostupno na <http://www.com.pbz.hr/signsot/html>, pristup 6.12.2015.

⁷⁰ Čl. 9. st. 3. glasi: Ukoliko mjerodavno pravo nalaže da komunikacija ili ugovor bude potpisan, odnosno propisuje posljedice u slučaju nedostatka potpisa, elektronička komunikacija udovoljava tom uvjetu ako se: (a) koristi metodom kojom se utvrđuje identitet strane i njezina namjera u odnosu na podatke sadržane u elektroničkoj komunikaciji; i (b) korištena metoda je ili: (i) pouzdana i odgovarajuća za potrebe iz kojih je elektronička komunikacija nastala ili prenesena, u svjetlu svih okolnosti, uključujući bilo koji relevantni sporazum; ili (ii) faktično dokazuje da ispunjava funkcije iznesene u stavku (a) gore, sama po sebi ili uz daljnje dokaze.

mora biti potpisana naprednim/sigurnim elektroničkim potpisom, već je dovoljna pouzdana identifikacija koju treba smatrati kao potpis, kako to, uostalom, i čini međunarodni najsuvremeniji akt prava elektroničke trgovine, a to je Konvencija UN-a o elektroničkoj komunikaciji.

V. Arbitražni ugovor sklopljen elektroničkim putem korištenjem sustava automatskih poruka (elektroničkog agenta)

I ovakvo shvaćanje regulacije ovog područja ostavlja jedan dio elektroničkog komuniciranja nereguliranim. Naime, postavlja se pitanje valjanosti ugovora sklopljenih kroz automatska sredstva komuniciranja – tzv. elektroničkog agenta. Elektronički se agent definira kao posebni softver, odnosno računalni program koji samostalno i autonomno reagira na promjene u okolini te tako relativno samostalno sklapa ugovore, bez izravnog sudjelovanja čovjeka,⁷¹ a uz njega se često koristi termin - roboti. Oni rješavaju njihov zadatak te sklapaju ugovore neovisno i samostalno, koliko je god moguće. Autonomnost je osnovna karakteristika u distingviranju elektroničkog agenta od softvera općenito. Sljedeća tablica⁷² prikazuje četiri osnovne karakteristike elektroničkih agenata:

Svojstvo	Opis
Reaktivnost	Agent percipira i reagira na promjene u okružju.
Samostalnost	Agent kontrolira svoju aktivnost i radi bez izravne ljudske ili druge intervencije.
Dosljednost	Agent radi kontinuirano, bez hirovitih promjena.
Sposobnost komunikacije	Agent komunicira s ljudima, drugim 'agentima' i svojim okružjem.

⁷¹ Kao posljedica ovog svojstva, u teoriji se ističe problem izražavanja volje za sklapanjem ugovora putem elektroničkog agenta, s obzirom da u njegovu sklapanju ne sudjeluju ljudi. Ovaj problem se samo naznačuje i daleko nadmašuje doseg ovog rada. Vidjeti npr. kod Kis, Sabrina. "Contracts and Electronic Agents" (2004). *LLM Theses and Essays*. Paper 25, dostupno na http://digitalcommons.law.uga.edu/stu_llm/25, posljednji pristup 14.7.2014. te Wettig, Steffen i Zehendner, Eberhardt (2003): "The Electronic Agent: A Legal Personality under German Law", dostupno na www.wettig.info/biometrie_uni_jena-s/el_agent_legal_personality_under_german_law20030624.pdf, posljednji pristup 4.12.2014.

⁷² Prema Kis, Sabrina. "Contracts and Electronic Agents" (2004). *LLM Theses and Essays*. Paper 25, dostupno na http://digitalcommons.law.uga.edu/stu_llm/25, posljednji pristup 14.7.2014.

Naime, s obzirom da je ugovor o arbitraži ipak posebna vrsta ugovora, upitno je mogu li se baš sva pravila sklapanja ugovora iz materijalno-pravnog područja u potpunosti preslikati i na ovo područje. No, i iz perspektive materijalnog, građanskog ili trgovačkog prava, također je jasno da izravna i eksplicitna regulacija ovog pitanja ne postoji, te se ista izvodi iz postojećih normi. Kako bi se osigurala (materijalno-pravna) valjanost takvih ugovora, Konvencija UN o korištenju elektroničke komunikacije međunarodnim ugovorima izravno je regulirala ovo područje u članku 12.

Članak 12.

Korištenje sustava automatskih poruka kod sklapanja ugovora

Ugovoru sklopljenom putem sustava automatskih poruka i fizičke osobe, odnosno interakcijom sustava automatskih poruka, neće biti osporena valjanost ni izvršivost, isključivo na temelju činjenice da fizička osoba nije intervenirala u svakom pojedinom koraku koji je ostvaren putem sustava automatskih poruka, odnosno u konačnom ugovoru.

Konvencija je izričito izrazila tendenciju priznavanja potpune pravne valjanosti ovih ugovora s materijalno-pravnog aspekta. Međutim, kako ugovor o arbitraži ipak predstavlja specifičan ugovor materijalno-pravnog, ali i procesno-pravnog karaktera⁷³ i učinka, upitno je da li bi ovakvu tendenciju trebalo nekritički prihvatiti i u ovom slučaju. No, kako je nesumnjiva tendencija omekšanja oblika arbitražnog ugovora, moglo bi se zaključiti da nema razloga da se arbitražni ugovor tretira drugačije od materijalno-pravnih ugovora sklopljenih na elektronički način. Ipak, radi ostvarivanja pravne sigurnosti, vjerojatno bi ovo područje trebalo regulirati izričitom zakonskom odredbom, i to vjerojatno sukladno sadržaju naprijed navedenog čl. 12. Konvencije. Na ovakav način sklapanja ugovora, neovisno o zauzetom stavu, arbitražno pravo, odnosno ugovaranje arbitraže, poslalo bi jasnu poruku i o primjeni materijalnih propisa.

⁷³ Prema Lasić, M. (2013) *ibid.*, str. 62.

VI. Prijedlog *de lege ferenda* - umjesto zaključka

Slijedom svega prije navedenog, osuvremenjeni čl. 435. st. 2. ZPP-a Federacije BiH mogao bi glasiti:

Ugovor o arbitraži je valjan ako je sklopljen u pisanom obliku. Ugovor je sklopljen u pisanom obliku ako je unesen u isprave koje su stranke potpisale ili ako je sklopljen razmjenom pisama, teleksa, telefaksa, brzovanja, elektroničkom poštom, putem korištenjem sustava automatskih poruka (elektroničkog agenta) ili drugim sredstvima elektroničkog komuniciranja, koje isprave su dostupne za kasnije korištenje, bez obzira jesu li ih stranke potpisale. Ovim ispravama, komunikaciji ili ugovoru, ne može se osporiti pravna valjanost isključivo na temelju činjenice da su sačinjeni u elektroničkom obliku.

Popis literature

1. Bevanda, M. (2013) Obveznopravno uređenje u Bosni i Hercegovini, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar.
2. Goldštajn, A. i Triva, S. (1987) Međunarodna trgovačka arbitraža, Informator, Zagreb.
3. Kis, S. (2004) "Contracts and Electronic Agents" LLM Theses and Essays. Paper 25. Dostupno na http://digitalcommons.law.uga.edu/stu_llm/25
4. Lasić, M. (2013) Arbitražno pravo, Pravni fakultet u Mostaru, Mostar.
5. Maganić, A. (2013) Javni bilježnik u elektroničkom pravnom prometu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 63., No.2, svibanj 2013., str. 383.-431.
6. Matić, T. (2006) Elektronički oblik ugovora i isprava – novi oblik?, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 56, br. 1, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb.
7. Matić, T. (2008) Osnove prava elektroničke trgovine, MEP Consult, Zagreb.
8. Matić, T. (2010) Ugovor o elektroničkoj razmjeni podataka, Ministarstvo gospodarstva, rada i poduzetništva, Zagreb.

9. Matić, T. (2012) Pravo virtualnih pravnih odnosa – elektronička trgovina, Narodne novine, Zagreb.
10. Matić, T. (2015) Primjena propisa o elektroničkom poslovanju i sklapanje ugovora u elektroničkoj trgovini prema propisima Bosne i Hercegovine, Zbornik Pravnog fakulteta u Mostaru, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar.
11. Uzelac, A. (2006) Forma arbitražnog ugovora u hrvatskom pravu: novo uređenje, njegova ishodišta i perspektive daljnjeg razvoja, Zbornik PFZ, Vol. 56, br. 2-3, 2006. g., str. 549.-582.
12. Wettig, Steffen i Zehendner, Eberhardt (2003): The Electronic Agent: A Legal Personality under German law, Jena, SR Njemačka, dostupno na: www.wettig.info/biometrie_uni_jena-s/el_agent_legal_personality_under_german_law20030624.pdf

ELECTRONIC FORM OF THE ARBITRATION AGREEMENT (ACCORDING TO THE CIVIL PROCEDURE CODE OF THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA)

Summary

Considering that there is the need for amending Civil Procedure Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina regarding the arbitration agreement, in the present paper the author points out to the rationale and the need for such amendments concerning the form of arbitration agreements, in particular with regard to the independence of arbitration agreements concluded electronically. The need for terminological harmonisation is emphasized both with regard to positive terminology as well as with the substantially accepted terminology in the field of electronic communication. In addition, particular attention is paid to the need for email to be expressly listed as a way of forming arbitration agreements in writing, as well as to the impact of the Act on Electronic Documents on the electronic form of the arbitration agreement. The impact of the 2005 UN Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts on the electronic form of arbitration agreements is analysed and, in line with the modern solutions provided by such Convention, amendments to the Civil Procedure Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina are proposed as well as certain legal interpretations based upon the Convention, in particular those concerning the conclusion of arbitration agreements via "an electronic agent". The wording used in the current Act: "providing written evidence of a contract" should be replaced in accordance with said Convention with a new standard that is more appropriate for electronic communication and for the independence of electronic forms, and that is: "if data are available for future use".

Key words

Arbitration, arbitration agreement, electronic form, electronic communication, electronic document, electronic signature, electronic agent, UN Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts

PRAVOSUDNI AKTIVIZAM EVROPSKOG SUDA PRAVDE I UTICAJ ODLUKA NA SUVERENITET ZEMALJA ČLANICA EVROPSKE UNIJE

pregledni znanstveni rad

UDK: 341.645:321.011]:061.1EU

Jasmin Hasić, M. A. et LL.M*
Majda Mušić, LL.M**

Sažetak

Evropska je unija, kao jedinstvena „supranacionalna“ pravno-politička organizacija, vremenom oblikovala svoju formu kroz postepeni prijenos suverene vlasti država članica na institucije saveza, što je u konačnici rezultiralo stvaranjem jedinstvenog pravnog sistema. Pravosudni aktivizam Suda pravde Evropske Unije je izuzetno značajno uticao na neposredno oblikovanje pravnog poretka Unije, prvenstveno putem tumačenja i primjene temeljnih Ugovora, ali i stvaranjem zasebnih pravnih normi.

Cilj ovog članka je analiza sistema funkcionisanja pravnog sistema Evropske unije, s posebnim osvrtom na definisanje, razgraničavanje i poimanje nacionalnog suvereniteta država članica EU, a kroz prizmu pravosudnog aktivizma Suda pravde EU. Analizom prakse Suda pravde Evropske unije, nastojat ću prikazati kako je ista uticala na promjene i poimanje u pogledu suvereniteta država članica. Uz osvrt na brojne ključne presude koje se odnose na slučajeve diskriminacije i zaštite ljudskih prava, nastojat će se dati odgovor na pitanja kako i koji su predmeti pred ESP imali ključni uticaj, ne samo na razvoj unijskog prava, već i na proces evropske integracije uopće.

Ključne riječi

Suverenitet, Sud pravde EU, Evropska unija, pravosudni aktivizam, ljudska prava.

* *Doktorski kandidat na Fakultetu političkih nauka Univerziteta LUISS Guido Carli u Rimu, jasmin.hasic@erasmusmundus-gem.eu; jhasic@luiss.it, <http://www.erasmusmundus-gem.eu/users/view/1959>*

** *Stručna saradnica u advokatskoj kancelariji g. Sead Temim*

1. Uvod

Evropska unija (EU) je multinacionalni pravno-politički sistem koji trenutno obuhvata 28 suverenih zemalja. Ova *sui generis* zajednica zemalja Starog kontinenta je prvobitno osnovana s ciljem djelotvornijeg funkcionisanja tržišta ljudi, roba, kapitala i usluga. Vremenom, ovaj proces je zahtijevao i kreiranje nadsudnacionálnih institucija što je sa sobom, neminovno, donijelo i prenos određenih ovlaštenja s država članica. EU danas, kao specifična komponenta u okviru međunarodnog prava,¹ svjedoči procesu širokog prenosa ovlasti, čime su države članice ograničile svoja brojna suverena nacionalna prava. Opseg i obim prenesenih ovlasti, radi jačanja egzistencije tržišta, postali su značajna komponenta svake debate o budućem razvoju EU kao slobodne zajednice suverenih zemalja.

Odluka suvereniteta prava EU počiva na ovlastima ograničavanja autoriteta i oblastima u kojima se taj autoritet izvodi. Ako Evropska unija sprovodi svoj autoritet u veoma uskom, tehnički, ograničenom području moći, onda je izražaj ovih ovlasti širok i politički uticajan. Poznato je da granica između suvereniteta² EU i zemalja članica još uvijek nije jasno i precizno određena.

¹ Međunarodno pravo je zamišljeno kao poredak subordinisan državnom pravu, od ovoga delegiran ili mu pripojen, ili se pokušava da se međunarodno pravo predstavi potpuno nezavisno od državnog pravnog poretka kao sistem normi koji je od ovoga samostalan. U tom smislu, suverenost države ostaje sačuvana. Prema tome, sa stanovišta teorije međunarodnog prava, problem suverenosti čini se upravo identičnim s problemom uzajamnog odnosa između dvaju sistema normi. Više o ovome Kelzen, H. (2003) Problem suverenosti i teorija međunarodnog prava: prolog jednoj čistoj teoriji prava. Beograd, str. 34.-35. Takođe, treba uzeti u obzir da princip samostalnosti prava Unije važi za sve njegove dijelove: kako za ugovore o osnivanju koji čine tzv. primarno pravo Unije, tako i za pravne akte koje na osnovu tih ugovora (i/ili svoje vrhovne vlasti) donose nadležni organi Unije, a koji čine tzv. sekundarno pravo Unije. Ovdje je moguće praviti razliku između ova dva dijela prava EU, razliku u obimu, odnosno stepenu autonomije ova dva dijela, u odnosu na nacionalna prava.

² European Court of Justice (ECJ) – Evropski sud pravde (ESP) ili Sud pravde EU osnovan je Rimskim ugovorom kada i Evropska ekonomska zajednica 1957. godine, sa ciljem da nadgleda poštivanje prava i primjenu osnivačkih ugovora i drugih pravnih akata Zajednice. Njegovo postojanje se pokazalo potrebnim sve do danas. Sjedište suda je u Luksemburgu. Nakon Luksemburškog sporazuma 1966. godine, kada je Francuska zahtijevajući pravo *de facto* veta. Evropski sud pravde se javio čak i kao svojevrsan zakonodavac i pokretač integracionih procesa. Detaljnije u Misita, N. (2002) Osnovi prava Evropske Unije, Magistrat Sarajevo,

Novi propisi u Lisabonskom ugovoru su trebali dovesti do svojevrsnog pomaka u efektivnom definisanju granica nadležnosti pojedinih područja, te označiti koje su tačno ovlasti povjerene EU institucijama, a koje neprikosnovenost ostavljene državama članicama. Međutim, konačne odluke o tome da li će se neko pitanje rješavati u okviru nacionalnog prava države članice EU ili shodno propisima na EU nivou, najčešće donosi Sud pravde EU.

U svojim presudama, Sud pravde EU³ determinira da li su institucije EU (kao nadnacionalne zajednice) ili institucije neke od država članica suverene u rješavanju određenog pitanja, te koji pravni propisi će biti upotrijebljeni. Na ovaj način, Sud pravde EU se sam odredio kao svojevrstan nadnacionalni ustavni sud. Zbog postojanja teorijskih nejasnoća i nepreciznosti u pitanjima razgraničavanja nadležnosti i suvereniteta između institucija na nivou EU i nivou država članica, ovaj članak je fokusiran na analizu pojedinih odredbi EU prava i pravosudnog aktivizma u praksi Suda pravde, u pogledu definisanja granice suvereniteta⁴ u odlučivanju između nadležnih institucija na nivou EU i

Sarajevo. Monopol tumačenja prava EU, koje pripada Sudu EU, prema čl. 19. st. 1. UEU, su donesene kako bi se osigurala jedinstvenost prava. Konkretno, za usklađivanje materijalnog prava u svim državama članicama služe i odredbe Ugovora koje omogućavaju donošenje odgovarajućih harmonizirajućih mjera, prije svega čl. 114. i 115. UFEU. Za više informacija pogledati Meškić, Z. i Samardžić, D. (2012) *European Union Law I*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Open Regional Fond for South Eastern Europe – legal Reform, Sarajevo. Izrazi Evropski sud pravde ili Sud pravde EU su u ovom radu korišteni naizmjenično, kao oznaka za istu instituciju.

³ Ukoliko je zahtjev tužioca osnovan, Sud pravde EU donosi deklaratornu ili kondemnatornu presudu, zavisno od toga da li je tužilac zahtijevao utvrđivanje postojanja štete ili (i dodatno) osudu EU na plaćanje. Kondemnatorna presuda predstavlja izvršni naslov koji se izvršava u skladu s čl. 280. UFEU u vezi s čl. 299. st. 2.-4. UFEU. Uspješna tužba za naknadu štete ne vodi do poništenja protivpravnog djelovanja koje je prouzrokovalo štetu. To znači da presuda u postupku za naknadom štete ne utiče na valjanost akta EU. Detaljnije o ovome u Meškić, Z. i Samardžić, D. (2012) *European Union Law I*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Open Regional Fond for South Eastern Europe – legal Reform, Sarajevo..

⁴ U praksi i doktrini, termin suverenost podrazumijeva ukupnost svih prava koja međunarodnopravni subjekt vrši upravo zato što posjeduje svojstvo suverenosti. Državna vlast je nezavisna u svojim granicama od svake vlasti izvana, u svojim međusobnim odnosima države mogu biti samo koordinisane, a ne jedna drugoj subordinisane i države mogu podvesti svoje odnose pod pravila, ali se ta pravila zasnivaju na njihovoj međusobnoj saglasnosti i ne nameću se kao jedan viši pravni poredak u kojem bi bila izražena neka viša volja od vlastite volje država. Suverenost

njenih država članica, u slučajevima koji se odnose na zaštitu od diskriminacije.⁵

Cilj ovog članka jeste ustanoviti na koji način, u kom je opsegu i kojim modalitetima pravosudni aktivizam Suda pravde EU, u kontekstu promoviranja, standardiziranja i zaštite osnovnih i ljudskih prava prema načelu nediskriminacije, uticao na oblikovanje, razgraničavanje i definisanje suvereniteta država članica i EU?

Postoji veliki broj presuda u ovom domenu koje su pogodne za detaljniju analizu. Na primjer, Stork 1/58, Geitling 36, 37, 38, & 50/59, Sgarlata 40/64, Stauder v. Ulm 29/69, Internationale Handelsgesellschaft 11/70, Nold v. Commission 4/73, Hauer v. Rheinland-Pfalz 44/79, AM & S 155/79, Prais 130/75, Connolly C-274/99P, Hoechst v. Commission 46/87, ERT: C-260/89, Grogan C-159/90, Hoechst 46/87, ERT C-260/89, Hauer 44/79, Gondrand 169/80, Decker 99/78, Zardi C-8/89, Hilti T-30/89 i mnoge druge.

Ovaj članak obuhvata analizu pravosudnog aktivizma u presudama Suda pravde Evropske Unije koja se odnose na standardizaciju i unifikaciju zaštite osnovnih i ljudskih prava građana EU, kroz definisanje granica suvereniteta država članica u ovim postupcima. Kroz rad će, između ostalog, biti provedena analiza sljedećih presuda: "Mangold", "Njemački studenti u Austriji" i "Duhan".

danas nije ni nedjeljiva u apsolutnom smislu, ako se uzme u obzir da se nekih prava iz koji se suverenost sastoji subjekt (država) može ugovorno odreći. Za više informacija na ovu temu pročitati Kotlo, R. (2004) Ljudska prava u kontekstu redefinisanja klasičnog pojma državne suverenosti, *Pravna misao*, XXXV. (3-4), str. 56.-73. U literaturi se mogu naći terminološke odrednice: klasični suverenitet, podijeljeni suverenitet i kasni suverenitet. Klasična verzija suvereniteta zahtijeva apsolutnu i isključivu vlast. Koncept državljanstva i suvereniteta je statičan, a po definiciji klasični suverenitet je legalan, apsolutan, unitaran, neumanjen, neograničen i nedjeljiv. Opširnije u Čalo, A. (2009) Razvoj ideje suvereniteta od klasičnog do savremenog koncepta. *Pravna misao*. XL. (5-6), str. 65.-81.

⁵ Bitno je istaći da je EKLJP, putem čl. 6. UEU, postala sastavni dio primarnog prava EU. Pored toga, ova konvencija je preko pravnih sistema država članica priznata kao dio opštih načela u pravu EU jer su sve države članice ujedno i potpisnice ove konvencije. Prema pravu EU, u EKLJP načelo pravne države je izričito priznato i konkretizovano kroz dalja podnačela. Konvencija je dopunjena raznovrsnim dodatnim protokolima. Iako EU nije država, ona kroz specifične izmjene u UEU i EKLJP sada postaje članica. Vidjeti Wiederin, E. (1996) *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, Heidelberg, str. 297.

2. Definisane pojma pravosudni aktivizam

Pravosudni aktivizam⁶ je jedan od ključnih instrumenata javne politike i funkcionalni dio sudske prakse unutar EU. Njegovo značenje u literaturi se često svodi na analizu prekoračenja uloge i funkcija nosioca vlasti u pravosudnim institucijama u modernim demokratskim društvima, ali se suština ovog instituta može promatrati u mnogo široj i kompleksnijoj perspektivi. Sagledavanje pozicije koju pravosudni organi imaju u odnosu na izvršnu i zakonodavnu vlast, te odnosa EU i pravnih poredaka zemalja članica u pogledu donošenja i usvajanja normi, prvenstveno se ogleda kroz njihov aktivizam u zaštiti osnovnih ljudskih prava, zaštitu ustavnih prava pojedinaca protiv vladavine većine ili kao jamstvo pravne sigurnosti u liberalnoj ekonomiji.⁷ U tom smislu, pravosudni aktivizam je moguće poimati kao pravosudno zakonodavstvo, tj. usvajanje akata i učestće sudija u normiranju pravila ponašanja putem odluka koje sud donosi.⁸

Ian Forrester definira pravosudni aktivizam kao situaciju u kojoj sud preuzima ulogu odlučivanja "o pitanjima koji ugovarači – zakonodavci nisu očekivali ili koje su odbacili tokom izrade temeljnih akata".⁹ Craig Green poima pravosudni aktivizam kao prekoračenje kanona sudskog ponašanja, te kao

⁶ Pojam "sudski aktivizam" je obično povezan s praksom američkog Vrhovnog suda. Međutim, debata o prekoračenju ovlasti nosioca najviših sudskih ovlasti u SAD-u

povredu kulturnih normi ili standarda u pravosuđu od strane sudija. Ti standardi nisu formalno provedivi i nisu uvijek jasni.¹⁰ Stoga je, prema njegovom mišljenju, u okviru akademske i javne rasprave o pravosudnom aktivizmu, neophodno njegovati proces uspostavljanja i ažuriranja "kodeksa ponašanja" sudija kako bi se izbjegla potencijalna mogućnost sudske uzurpacije njihovih ovlasti i funkcije.¹¹ Upravo u tom smjeru, Hjalte Rasmussen je pokušavao konceptualizirati pravosudni aktivizam kao redovnu sudsku praksu u stvaranju javne politike uzurpiranjem uloge koje su u ovlasti drugih grana vlasti.¹²

Takođe, brojni drugi autori smatraju da se pojam *pravosudni aktivizam* može ilustrirati u stavu koji zvanično zauzme sud, a na način suprotan volji zakonodavca, tj. sud često može da preuzme funkcije koje su rezervirane za zakonodavne vlasti, čime vrši prekoračenje svojih ovlasti.¹³ Takav uticaj na odlučivanje sudija na normativnoj osnovi je moguće posmatrati kao uplitanje sudova u rad zakonodavne vlasti.¹⁴ Isti se može posmatrati kao proces obaranja i stavljanja van snage zakona koje donosi zakonodavno tijelo, u kontekstu protu-većinskog aktivizma.¹⁵ Međutim, pravosudni aktivizam nije ograničen samo na akcije protiv zakonodavca; on može biti usmjeren i protiv akata sudske vlasti, tj. u stavljanju van snage sudskih odluka ili ignoriranje sudski uspostavljenih presedana. Takve akcije se također mogu tumačiti kao prekoračenje uloge suda u klasičnom sistemu diobe vlasti.¹⁶ Ona nisu isključivo funk-

¹⁶ Micklitz, H. (2009) *Judicial Activism of the European Court of Justice and the Development of the European Social Mode in Anti-discrimination and Consumer Law*, EUI working paper no. 19, str. 4.

¹⁷ Cebulak, P. (2014) *Judicial Activism of the Court of Justice of the EU in the Pluralist Architecture of Global Law* Institut d'études européennes (ULB) i Global studies institute (UNIGE), doktorska disertacija, dostupna na: <http://theses.ulb.ac.be/etd-db/collection/available/ulbetd-10132014-124730/>

¹⁸ Suverenitet je moguće da finisati kao pravo svake države da pribjegne sili i ratu da bi zaštitila svoju političku nezavisnost i svoj teritorijalni integritet. Suverenitet nacionalne države ima unutrašnji i spoljašnji aspekt. Unutrašnji aspekt suvereniteta nacionalne države je autonomija. Više o ovome u Bilić, A. i Buklijaš, B. (2006) *Međunarodno radno pravo, uz poseban osvrt na međunarodnu organizaciju rada*, Split. Vanjski suverenitet se sastoji u sposobnosti nacionalne države da brani svoju nezavisnost u odnosu na druge nacionalne države. Dok je vanjska suverenost države zamišljena prema modelu slobodne volje, suverenost naroda ispoljava se u demokratski uspostavljenom zakonodavstvu koje svim građanima jamči jednake slobode. Zbog tog razloga ograničavanje nacionalne suverenosti u korist prenošenja suverene vlasti na nadnacionalnu instancu ne mora biti plaćeno stavljanjem demokratskih građana pod starateljstvo. Ovaj transfer, samo ako ostavlja demokratski postupak netaknutim, nastavlja tačno onu

ciji naknadnog protivljenja volji zakonodavca, već ponekad i u previše emotivnim odlukama suda po nekim pitanjima od ključnog značaja za društvenu zajednicu.

Pravosudni aktivizam ESP-a pronalazi svoju aplikaciju u sudskoj praksi na predmetima u kontekstu EU integracije. Ova tendencija ESP-a, često ilustrovana u literaturi, postaje bitan i u institucionalnoj dimenziji sudskog aktivizma, a neposredno se odnosi na položaj Suda unutar strukture EU upravljanja. Ovu praksu je ESP, prije svega u kontekstu kontrole valjanosti nacionalnog prava u svjetlu općih načela prava EU, razvio sam Sud. To je naknadno otvorilo debatu o potencijalnim rizicima da bi sudska prakse ESP mogla dovesti do zloupotrebe i prekoračenja ovlasti, posebno onih koje joj nisu izričito povjerene ugovorima.¹⁷ Na primjer, u slučaju Mangold (2005), ESP je zakoračio dosta duboko u suvereno nacionalno radno zakonodavstvo na temelju općeg načela u pravu EU - nediskriminacije.

Načelo nediskriminacije je postalo osnov za pobijanje odredaba nacionalnog zakonodavstva i u slučaju upisa stranih studenata na austrijskim univerzitetima. Oba slučaja su detaljnije opisana i analizirana u narednim poglavljima rada.

3. Definisanje pojma "suverenost" i odnos suvereniteta EU i država članica Unije – kratki osvrt na ključne koncepte i veze

Suverenitet¹⁸ se kao *pojam i sadržaj* opisivao, analizirao i proučavao u raznim teorijskim i naučnim oblastima poput historije, filozofije, prava i sociologije. Društveni uslovi u svim historijskim fazama razvoja uticali su na pojavu i razvoj teorija o suverenitetu.

vrstu konstitucionaliziranja državne vlasti kojoj građani već unutar nacionalne države imaju da zahvale svoje slobode. Vidjeti: Ćirić, J. (2008) Suvernitet u

Do 18. vijeka, stav o suverenitetu kao najvišoj neograničenoj moći nad građanima je i monarhu i tiraninu omogućavao obrazloženje sopstvenog suvereniteta. Društvenim ugovorom Rousseau¹⁹ je na jednoj strani spojio suverenitet s legitimitetom, te na drugoj strani vladu s narodom. Iz ove ideje nastao je pojam narodnog suvereniteta.²⁰ Vremenom, država je racionalizirala politiku, tako da joj je osigurala trajnost, čvrstinu i duhovnu povezanost. Takva trajnost je zahtijevala tvrde granice koje prijašnje političke zajednice nisu poznavale. Država je svojatala ekskluzivno pravo primjene sile. Ova je situacija dovela do reformuliranja pojma suvereniteta. Suverenitet prestaje biti svojstvo lenskog gospodara. On sada postaje isključivo svojstvo države koju zastupa poglavar države koji je u demokratskim poredcima predstavnik i inkarnacija čitavog naroda. Tako je nastao drugi element države, naime centralizirana državna sila. U tom smislu, suverenitet kao "najviša moć" u odnosu

političkoj i uopšte moći država, država će biti manje ili više suverena. Vidjeti Kotlo, R. (2004) Ljudska prava u kontekstu redefinisanja klasičnog pojma državne suverenosti, *Pravna misao*, XXXV. (3-4), str. 56.-73.

²² Schulze, H. (1994) *Staat und Nation in der Europäischen Geschichte*, München: C. H. Beck. str. 189.

²³ Konkretno, Evropska unija, koja se sastoji od pluraliteta nacionalnih pravnih kultura, ima također zajednički korijen, može svoju perspektivu zadobiti samo iz svojega kulturnog naslijeđa, jer je i sama država europski izum i sama potječe iz europske kulture. Nacionalna je država danas ugrožena procesom privrednog razvitka kao i informacijskim društvom koje prelazi sve granice. Nadnacionalni ugovori oduzimaju joj vanjske kompetencije, a udruge, stranke i različiti društveni aranžmani, slabe njezinu mogućnost iznutra. Čini se kao da je svaka teritorijalno ustrojena politika, a time i dosadašnja država, ugrožena na svim stupnjevima razvitka. Pritom se misli na fenomen da je državno ustrojena politika sve manje u stanju suprotstaviti se izazovima koji pred njom stoje, jer oni ignoriraju teritorijalne granice. Detaljnije o ovome u Posavec, Z. (2002) *Nastanak, procvat i kraj države*, *Politička misao*, Vol XXXIX., br. 2, str. 7.–14.

²⁴ Grubiša, D. (2011) *Politološke dvojbe o Europskoj uniji: Potraga za određenjem*, *Politička misao*, god. 48., br. 2, str. 61.-65.

²⁵ Hinsley, F.H. (1986) *Sovereignty*, 2nd edn. Cambridge, str. 158.

²⁶ Weiler, J. H. H. i Haltern U. (1996) *The Autonomy of the Community Legal Order—Through the Looking Glass*, *Harvard International Law Journal*, 37(2), str. 417.

²⁷ Kelzen, H. (2003) *Problem suverenosti i teorija međunarodnog prava: prolog jednoj čistoj teoriji prava*. Beograd, str. 75.

²⁸ Nova koncepcija integracije primijenjena u EU traži teorijski i praktički drugačije odgovore na zahtjeve vremena i izazove pred kojima se nalazi EU. Zbog toga se i

prema "vanjskim" silama, postaje do te mjere nesigurnim, pogotovo kad se država veže uz pravo neke određene zajednice država.²¹

Postoji visok stepen zavisnost nacionalnih država od sistemskih pritisaka jedne dominantno međuzavisne svjetske zajednice nezaustavljiva, nameće se politička nužnost da se demokratski proces proširi preko granica nacionalne države. Ova nužnost slijedi iz logike samouticaja demokratske zajednice građana na pretpostavke vlastite egzistencije. Ovim još uvijek nije riješena dilema da li je transnacionalizacija narodne suverenosti uopšte moguća.²² U okviru ove problematike, bitnu ulogu igra i dimenzija "desuverenizacije" države, unutarnja dimenzija. Naime, činjenica da pojedina država gubi, tako se barem čini, svoju "najvišu moć" u odnos prema unutarnjim snagama. Ovaj je razvoj već opisan: rastuća moć i uticaj (privrednih) udruga na državu i slabljenje ugleda i uticaja političkih stranaka, ili snažan uticaj pojedinih "dominirajućih" nacionalnih i multinacionalnih poduzeća. Suverenitet pojedinih država je ublažen, ali suverenitet još uvijek nije otpisan.²³

smije kazati da za današnju EU nije prihvatljiv niti jedan model s različitim stupnjevima integracije, iako se takvo što već odigravalo praksi EU. Ideja i

Za primarno pravo Unije može se reći da je potpuno samostalno. Ugovori o osnivanju zajednice, države članice EU sklopile su na osnovu sopstvenih važećih ustavnopravnih odredbi. Međutim, bitno je naglasiti da je ovo sklapanje ugovora istovremeno akt osnivanja zajednica čime je stvoren, ne samo samostalni pravni sistem, već i posebne prave strukture te ovlasti koji se odnose na autonomno stvaranje prava. Kada je riječ o autonomiji pri stvaranju primarnog prava EU, moguće je zaključiti kako je ta autonomija nepotpuna. Primarno pravo Unije nije autonomno u svom nastanku, pošto se njegove osnove nalaze mnogo više u zajedničkoj volji država članica. S druge strane, ugovorima o osnivanju, njihovi državni organi ne mogu više slobodno raspolagati, niti ih se mogu samo djelimično osloboditi. Iz ovog je moguće zaključiti da autonomno pravo EU, po uvođenju u pravne poretke država članica ima autonomnu egzistenciju, nezavisnu od volje svake od države članice. Konačno, iz samostalnosti prava EU slijedi da njegova neposredna djelotvornost ne pretpostavlja njegovu transformaciju u nacionalno pravo.²⁴

Suverenitet država članica EU je ograničen obvezama koje su kreirale države, potpisujući međunarodne ugovore i druge konvencije, ali nacionalna hijerarhija je isključila stvar nacionalnog pravnog poretka i svaka država ima pravo da taj poredak odredi i uredi. Prema Hinsley,²⁵ u kontekstu unutrašnje strukture političkog uređenja svake države, koncept suvereniteta počiva na uvjerenju da postoji jedna apsolutna moć unutar te zajednice. Funkcija te moći se materijalizuje kroz cjelokupni sistem. Naime, 50-tih godina 20 st. postojala je pretpostavka da je tradicionalni model međunarodnog prava moguće i primijeniti na novonastalu evropsku zajednicu. Prema ovom modelu, države bi bile nosioci Ugovora, a ne obrnuto. Ovo znači da države kolektivno imaju mogućnost da promijene moć, sadržaj i funkcije evropske zajednice, da interpretiraju određene efekte koje su unijele u tu zajednicu i da ih modificiraju u čak i ukinu ukoliko je to u zajedničkom interesu. Takav model je podrazumijevao da evropske zajednice ne mogu ni na kakav način ugroziti nacionalne pravne procese i suverenitet država članica.²⁶ Ako neki poredak,

Zusammenarbeit (GIZ), Open Regional Fond for South Eastern Europe – legal Reform, Sarajevo. Načelo nadređenosti Prava EU još uvijek nije izričito navedeno u primarnim ugovorima. Samo se u 17. deklaraciji o odredbama Lisabonskog ugovora konstatuje da pravo doneseno na osnovu Ugovora, uživa nadređenost prema nacionalnom pravu, u skladu sa stalnom praksom Suda EU (tzv. Deklaracija o nadređenosti, Zaključni akti Lisabonskog ugovora, Sl. list EU 2007, C 306/02).

koji je u nekom pravcu ograničen, ne važi u svojoj cjelini kao delegiran od nekog drugog, on uopšte nije niži poredak koji je počinjen višem poretku. Dakle, EU je formalno vezana baš tamo gdje se po uobičajenoj terminologiji, materijalno označava kao neslobodna i, prema tome, nije djelimice slobodna, a djelimice vezana, djelimice nezavisna ili suverena, a djelimice zavisna, podčinjena, nesuverena.²⁷

Danas se suverenitet prava Evropske unije svodi na četiri osnovna tumačenja njegovog autoriteta u vidu četiri zasebne doktrine, u ovisnosti od stepena opredijeljenosti pojedinih zemalja ka višim ili nižim nivoima integrisanja unutar EU.²⁸ Prema prvom tumačenju, pravo EU ima presedan nad bilo kojim drugim zakonom, osim ako nije drugačije određeno. Prema drugom tumačenju, pravo EU samo po sebi određuje kvalitet i svoj pravni autoritet; tj. u pravu EU se određuju granice sukoba između nacionalnog prava i posljedice koje bi ovaj sukob s nacionalnim pravom mogao proizvesti. Treće se tumačenje tiče samoograničavanja autoriteta prava EU, prema kojem ono ne može da važi za ona područja koja su uređena drugim pravnim aktima i u slučajevima kada je njegova autonomija kompromitirana (tzv. *doktrina sukobljenih moći ili autoriteta*). Konačno, prema četvrtom tumačenju, suverenitet prava EU uspostavlja vladavinu prava čiji su subjekti sve javne institucije svih država članica, uključujući i nacionalne sudove. Ovo uključuje seriju institucionalnih obaveza koje institucije moraju ispuniti kako bi Evropska unija funkcionirala kao efektivan pravni sistem. Prvenstvo primjene prava EU je direktan izražaj njenog suvereniteta dok je potvrda nacionalnog suvere-

²⁸ Chalmers, D., Monti, G. i Davis, G. (2010) *EU Law: Cases and materials*, Cambridge University Press, str. 190.

niteta primjena moći i postavljanje mehanizama zaštite kroz konkretne akcije, kako bi se osigurala efektivna kontrola aplikacije prava EU.²⁹

Uzimajući u obzir da je pravni sistem EU rukovođen principom tzv. povjerenih moći (u skladu s članom 5. UEU i čl.1.UFEU), nužno je podvući njegova dva komplementarna ideala. Prema prvi, Ugovori i samo Ugovori mogu odrediti ograničavanje uticaja prava EU. EU institucije ne mogu djelovati mimo i iznad ovih akata, ali takođe i nacionalne vlade ne mogu odrediti limite prava EU. Oni moraju da djeluju unutar parametara koji su prihvatile unutar Ugovora.³⁰ Drugi ideal se odnosi na tzv. ograničenu vlast prema kojoj EU djeluju samo u specifičnim unaprijed povjerenim oblastima. Specificiranje kompetencija EU i njihovih kvaliteta u jednoj konkretnoj formi je imalo za cilj smanjenje mogućnosti nastanka preklapanja nadležnosti.

U narednim paragrafima će uslijediti teorijski osvrt na ulogu i prakse ESP u definisanju granica suverene vlasti unutar EU pravnog sistema.

4. Teoretski osvrt na ulogu aktivizma Evropskog suda pravde u definisanju opsega suvereniteta EU i država članica

Pojam suvereniteta se mijenjao u okvirima Evropskih zajednica koje su nastale neposredno nakon Drugog svjetskog rata. Ove zajednice su prvi put

apsolutni suverenitet.

³⁷ Sud EU, u prvim decenijama svog postojanja, nije bio spreman da intenzivno ispituje osnovna prava. Ova se situacija simbolično promijenila odlukom Stauder iz 1969. Eksplicitnu je referencu sud prvi put naveo u tzv. Slučaju Stauder v. Ulm. U tom slučaju, Odluka Komisije koja je trebala da regulira pitanje cijene putera, koji su trebali biti prodavani po nižoj cijeni onim koji su primali socijalu. Međutim, lica koja su trebala kupovati taj puter po nižoj cijeni u Njemačkoj i Holandiji, morala su upisivati svoja imena na posebne kartone za razliku od Francuske i Italije, gdje to nisu trebali. Stauder je tužio grad Ulm jer nisu poštivali jedno od osnovnih prava, a to je pravo na privatnost. U svojoj presudi Sud je zaključio da treba prihvatiti slobodniji pristup kao što ima Francuska i Italija, te se isti treba usvojiti u Njemačkoj i Holandiji jer osnovna temeljna ljudska prava potpadaju pod generalne principe EU prava i zaštićena su od strane ovog Suda. Tek sa svjesnim razumijevanjem da je Unija pravna zajednica, počelo je obimnije poštivanje osnovnih prava. Tako su osnovna prava posredno izgrađivana u okviru primarnog prava: mačenjem četiri osnovne slobode, ciljeva i principa.

³⁸ Presuda Suda (veliko vijeće) od 22. 11. 2005. Werner Mangold protiv Rüdiger Helm. Zahtjev za prethodnu odluku: Arbeitsgericht München - Njemačka. Direktiva

uspostavile pojam nadnacionalnosti, tj. naddržavnosti. Tako je model suvereniteta moderne države polako, ali sigurno, počeo da poprira neke druge oblike. Dvadeset godina kasnije, u presudi Van Gend en Loos³¹ (26/62) i Costa v. ENEL (6/64) Evropskog suda pravde, suverenitet je formalno – pravno postao djeljiv i prenosiv. Lisabonski ugovor je uveo novu dimenziju u tumačenju evropskog poretka suvereniteta kroz novi princip sudskog nadzora.

Autoritet evropskog prava se manifestuje kroz izravnu vezu Suda pravde EU i nacionalnih (najčešće ustavnih) sudova. Postojali su brojni pokušaji nacionalnih sudova da pronađu svoje vlastite modalitete prihvatanja evropskog prava, u skladu s njihovim nacionalnim ustavnim strukturama. Ove pokušaje možemo klasificirati u tri glavna smjera: Prvi je Evropski

1999/70/EZ - Direktiva 2000/78/EZ - Član 6. Predmet C-144/04.

³⁹ Novičić, Ž. (2010) Preispitivanje ultra vires akta Evropskog suda Pravde – Slučaj

ustavni suverenitet, drugi je nacionalni ustavni suverenitet, a treći je ustavna tolerancija. Ovaj treći je najviše prihvaćen u praksi.

Evropski ustavni suverenitet se javlja u slučaju kada ustavni sud države članice neprikosnoveno i bez pogovora prihvata sva mišljenja, stajališta i presude Evropskog suda pravde. Ovo za posljedicu ima direktnu recepciju evropskog prava kao vrhovnog i višeg od nacionalnih ustava zemalja. Ovaj stav nije prihvaćen od strane nijedne države članice Europske unije. Najbliži slučaj jeste Vrhovni sud R. Estonije koji je, izmjenama ustava 2004. godine, u skladu s članom 2., prihvatio sve obaveze koje proističu iz evropskog prava. Prvo tumačenje ovog pristupa desilo se prilikom stupanja Estonije u Eurozonu, kada je pred Odjelom ustavnog prava Vrhovnog suda Estonije (ekvivalent Ustavnog suda Estonije) stavljeno pitanje: da li je nastala povreda Ustava Estonije, obzirom da je prema čl. 111. Estonska Centralna banka jedina institucija koja može da izdaje novac, dok pravila Eurozone nalažu da je to Evropska Centralna banka. Vrhovni sud Estonije je zaključio da Estonija može pristupiti Eurozoni, bez obzira na pomenuti sukob jer Ugovori uzimaju presedan preko ili iznad Ustava države.³²

Nacionalni ustavni suverenitet je koncept suprotan Evropskom ustavnom suverenitetu jer ustrajava na bezuslovnom suverenitetu nacionalnog ustavnog poretka država članica EU. Uvažavanje i priznavanje Evropskog prava se dešava u praksi, ali je evropsko pravo posmatrano kao samo jedno od formi međunarodnog prava i stoga nije iznad Ustavnog poretka države u kojoj se primjenjuje. Bezuslovan nacionalni ustavni suverenitet naglašava nacionalnu samoopredjeljenost i potrebu za stvaranjem aktivnog sistema ustavnih mehanizama kontrole i provjere, u odnosu na razvoj evropskog prava. Ovakav mehanizam je zvanično usvojen samo u Poljskoj.³³ Međutim, ovakav pristup u sebi nosi jedan svojevrsni paradoks jer, posmatranjem evropskog prava i zakona kao samo jedne od formi međunarodnog prava, implicira neuvažavanje stavova i presuda evropskog suda pravde.³⁴ Ovo je normativno neodrživ pravac jer privilegira ideju države kao neupitan faktor i ne dozvoljava mogućnost da evropsko pravo ima presedan nad usvajanjem, npr. rasističkih zakona u

između belgijskih kompanija i njihovih podsticaja, što nije bilo obuhvaćeno samom direktivom. Ovo pitanje je dato na interpretaciju Sudu pravde EU koji je odlučio da je namjera belgijskog zakonodavca, uprkos odsustvu eksplicitne reference, bila da zadre u sadržaj Direktive, samim time što je replicirala jezik korišten u njoj.

zemljama članicama EU i da svojim uticajem harmonizira članstvo tih država u zajedničkom pravnom poretku i hijerarhiji. Jačanje i potvrđivanje nacionalnog suvereniteta je moguće, ali samo na račun istupanja iz evropskog pravnog poretka.

Ustavna tolerancija je treći pravac u percepciji i poimanju koncepta prihvatanja autoriteta Evropskog suda pravde, u odnosu na ustavni poredak država članica. Autoritet evropskog prava počiva na odlukama nacionalnih ustavnih sudova jer ovi sudovi svojim odlukama uvažavaju i vrše recepciju posebnog statusa koje evropsko pravo ima u svakoj od država članica. Ovi sudovi to čine na način da preispituju da li su odredbe evropskog prava u sukobu s nacionalnim ustavnim poretkom. Ovaj pravac je najzastupljeniji kod država članica EU. Noviji slučaj ovakvog preispitivanja podudarnosti evropskog prava s domaćim ili nacionalnim ustavima, izvršen je u Njemačkoj kada je Njemački ustavni sud preispitivao aplikabilnost i podudarnost odredbi Lisabonskog ugovora s Njemačkim osnovnim zakonom. Ova presuda njemačkog Ustavnog suda u sebi sadrži nekoliko bitnih odrednica poimanja i tumačenja ovog pravca. Kao prvo, utvrđuje se da suverenitet počiva i leži isključivo na nacionalnim ustavima i da, u konačnici, nacionalni ustavni sudovi određuju relativnost autoriteta EU prava u skladu s nacionalnim ustavnim principima koja se moraju poštivati. Privrženost evropskim integracijama nije više samo stvar volje, već ona postaje Ustavni zahtjev ili uslov.³⁵

U narednom poglavlju će uslijediti osvrt na uticaj pravosudnog aktivizma ESP u definisanju granica suverene vlasti unutar EU pravnog sistema kroz analizu 3 temeljne presude u slučajevima zaštite ljudskih prava, u skladu s načelom nediskriminacije.

5. Uticaj pravosudnog aktivizma Evropskog suda pravde na materijalizaciju suvereniteta EU u odnosu na države članice

EU ugovori su vremenom postali „više od klasičnih međunarodnih ugovora“, tj. sa sobom su donijeli svojevrsnu *konstitucionalizaciju procesa EU integracija*, kroz formulaciju postnacionalnog suvereniteta, kao primarno

udruženog i prenosivog. Kao što je već istaknuto, Sud pravde EU je odigrao jednu od ključnih uloga u oblikovanju karakteristika EU pravnog poretka,³⁶ u domenu aplikacije izravnog učinka i određivanja nadležnosti u postupanju.

Na području zajedničkog definisanja nadležnosti i suvereniteta u odlučivanju po pitanjima koja su vezana uz zaštitu osnovnih i ljudskih prava³⁷ prema načelu nediskriminacije, u fokusu brojnih naučnih studija ostaje slučaj Mangold.

Naime, Njemačka je podnijela zahtjev ESP za preliminarnu odluku o tumačenju Okvirnog sporazuma o jednakosti pri upošljavanju (eng. *Employment Equality Framework Directive*). Direktiva uspostavlja okvir za borbu protiv diskriminacije pri zapošljavanju i zanimanju, koja počiva na načelu jednakog tretmana. U središtu sukoba su se nalazili zaposlenik W. Mangold i

njegov poslodavac G. Helm.³⁸ Gospodinu Mangoldu je ograničeno trajanje njegovog ugovora koji je bio u skladu s okvirnim sporazumom i Direktivom. U predmetu Mangold protiv Helma, Evropski sud pravde (ESP) je presudio u korist podnosioca tužbe – tj. da je, iz perspektive evropskog prava, nezakonito prekinut ugovor o radu na osnovu starosne dobi, što je bilo u skladu s važećim nacionalnim zakonom, ali ujedno protivno evropskoj Direktivi o jednakom tretmanu (2000). Ta direktiva još uvijek nije bila na snazi u Njemačkoj, ali ESP je svojim vlastitim aktivizmom zasnovao njeno važenje na opštem principu zabrane starosne diskriminacije, koji je dio zajedničke tradicije država članica i međunarodnih ugovora, te se ta direktiva ima primjenjivati, bez obzira na to što još nije prošao period implementacije.

Presudom u slučaju Mangold uvodi se presedan u vidu direktne horizontalne primjene direktive i opšteg principa zabrane starosne diskriminacije. ESP je odlučio da se princip nediskriminacije na osnovu starosti smatra kao opšte načelo prava EU i priznao da je imala direktan efekat. Član uključuje razmatranje drugih nezavisnih pravosudnih organa u rješavanje sporova u razgraničenju suverene nadležnosti između EU i država članica. Direktna primjena ovog principa potvrđena je u toku razvoja ovog procesa usvajanjem Povelje o osnovnim pravima EU (2007), ali je sporan period prije toga, tokom implementacije direktive protiv diskriminacije u Njemačkoj (2003.–2006). Presuda u slučaju Mangold dočekana je s olakšanjem u Briselu i Luksemburgu, a brojni su smatrali da njemački Savezni Ustavni sud, ne samo da je izbjegao direktni sukob sa ESP, nego je i ojačao njegovu poziciju – tim ograničavajući svoju vlastitu.³⁹ Odluka i aktivizam ESP-a izazvala je brojne reakcije, pogotovo kritike stručne javnosti. Slučaj Mangold su oštro kritizirali bivši predsjednik Saveznog ustavnog suda, njemački predsjednik R. Herzog i njemački ekonomist L. Gerken, u članku pod nazivom "Stop Evropskog suda pravde".⁴⁰ Iz teksta, pored kritike presude Mangold, proizilazi i direktna kritika prema ulozi ESP u pravnom sistemu EU, zbog njegove nesposobnosti u poštivanju i

primjeni načela supsidijarnosti,⁴¹ kao i zbog zadiranja u nadležnosti država članica. Akademske analize presude takođe upućuju na zaključak ESP-a koji je svojim aktivizmom donio pragmatičnu presudu jer je njom još jednom potvrdio svoju ulogu u donošenju konačne riječi o pitanjima iz nadležnosti unutar EU pravnog sistema, iako je istovremeno obznanio i činjenicu da će se *ultra vires* kontrola primjenjivati nerado i na "prijateljski" način prema EU pravu. Drugim riječima, ESP je svojim pravosudnim aktivizmom izbalansirao pravo EU prema odredbama nacionalnog ustava, a ipak je stavio do znanja da on i dalje kontroliše granice između evropskih i nacionalnih suverenih nadležnosti.

U narednom analiziranom slučaju, Evropska Komisija je tužila Vladu Austrije⁴² za povredu prava jednakosti u pristupu višem ili visokom obrazovanju u Austriji, za nosioce diploma srednjeg obrazovanja iz drugih država članica. Suština mjere koju je uvela austrijska vlada je sprečavanje prekomjernog priliva stranih studenata iz drugih država članica, a posebno Njemačke, zbog nepostojanja kvota i minimalnih kriterija za upis na austrijske univerzitete.⁴³ Mjera je bila jednako primjenjiva na austrijske državljane i državljane drugih država članica.

Opća klauzula o zabrani diskriminacije na osnovu državljanstva regulisana je u članu 18. UFEU. Prema načelu *lex specialis derogat legi generali*, član 18. stav 1. UFEU se ne primjenjuje ako su specijalna pravila, kao npr. osnovne slobode u čl. 45., 49., 56. i dalje UFEU. Klauzula o zabrani diskriminaciji na

osnovu državljanstva iz člana 18. UFEU ne obuhvata zabranu na osnovu drugih kriterija, po rasi ili spolu, pa ni odgovarajuće odredbe Ugovora koje propisuju zabranu diskriminacije po drugim osnovama, ne predstavljaju *lex specialis* u odnosu na član 18. UFEU.

Iz ovog predmeta je evidentno da se zabrana diskriminacije temeljem državljanstva odnosi i na nacionalne politike upisa na visokoškolske institucije koje, u slučaju da su indirektno diskriminatorne, moraju biti opravdane naročito važnim razlozima javnog interesa, a u tom području ES provodi strogi sudski nadzor.

ESP je svojim aktivizmom zauzeo stav da, usprkos tome, austrijsko pravo stavlja nositelje diploma sekundarnog obrazovanja stečenih izvan Austrije u nepovoljniji položaj, budući da ne mogu ostvariti pristup austrijskom visokom obrazovanju pod jednakim uslovima kao nositelji austrijskih diploma. Taj se zaključak temelji na pretpostavci da potencijalni studenti iz drugih država članica, temeljem prava građanstva Unije, uživaju pravo na jednako postupanje.⁴⁴ Sud pravde EU je, u svojoj stalnoj praksi, ispitivao da li je diskriminacija zasnovana na objektivnim razlozima, neovisnim o državljanstvu osobe. Zbog nepostojanja pisanih razloga opravdanja u samom čl. 18. UFEU, i same formulacije Suda EU, koja se u oblasti osnovnih sloboda češće koristi u pogledu diskriminacije, postoji dilema u pravnoj nauci da li je moguće opravdati samo posredno (skriveno) dejstvo diskriminirajućih propisa ili mogućnost opravdanja obuhvaća i ove "teže" slučajeve neposredne diskriminacije. ESP je svojim aktivizmom utvrdio da relevantni austrijski zakon diskriminira nosioce "stranih" – neaustrijskih – diploma, te da se diferencijalni tretman kandidata ne temelji na objektivnim razlozima. Presuda je ustanovila da Austrijska Vlada, uvođenjem ove mjere, nije adekvatno opravdala i argumentovala različito postupanje prema državljanima iz drugih EU zemalja, te je ocijenjeno da je ograničenje pristupa studenata iz ostalih država članica austrijskog visokog obrazovanja diskriminatorско.

Pravosudni aktivizam ESP u slučaju C-147/03, u literaturi poznatijem kao "Njemački studenti u Austriji", izazvao je kritičan odgovor u zemlji. Tadašnji austrijski kancelar W. Schüssel, izričito je zahtijevao preispitivanje ovlasti ESP u odlučivanju u ovakvim pitanjima jer je, prema njegovom mišljenju, ESP

presudio u slučaju iz područja obrazovanja, koje ne spada u nadležnost EU prava. Naime, EU u oblasti obrazovanja ima samo komplementarne ili koordinacijske ovlasti, to ne znači da države članice mogu svoje aktivnosti u ovom području uređivati mimo zakona EU. Stavovi pravnih stručnjaka, slični onima koje je izrazio g. Schüssel, otvaraju mogućnost rasprave, ne samo o razgraničenju nadležnosti, već i stvarne postavke mehanizam za preispitivanje suvereniteta i praktične ovlasti EU i država članica.

Austrija je u punom znanju monopola Evropskog suda pravde, za tumačenje evropskog prava i poznajući njegovu sudsku praksu, pristupila EU 1995. godine. Ipak, Ustav Austrije izričito postavlja izvjesne prepreke integraciji, odobravanjem Ustavnom sudu Austrije i zadržavanjem rezervnih nadležnosti prema Evropskom sudu. U ovom kontekstu, moguće je zaključiti da Ustavni sud Austrije ne prati strogu dogmatiku Saveznog ustavnog suda Njemačke, ali se u Austriji zastupa većinsko mišljenje da značajne izmjene primarnih ugovora moraju biti u skladu sa strukturnim načelima austrijskog Ustava. Iako Ustavni sud Austrije nije voljan izvršavati *ultra vires* kontrolu, značajne izmjene materijalnih struktura austrijskog Ustava zahtijevaju demokratsku legitimaciju, što konkretno podrazumijeva referendum.⁴⁵

Nejasnoće u definisanju ovlasti i suvereniteta, kroz pravosudni aktivizam ESP, mogu se ilustrirati na i u slučaju "Duhan"⁴⁶ - Njemačka protiv Evropskog parlamenta (u vezi s promocijom i reklamiranjem duhanskih proizvoda).⁴⁷ Parlament i Vijeće EU donijeli su Direktivu 98/43/EC kojom je zabranjeno oglašavanje i reklamiranje duhanskih proizvoda u državama članicama. Direktiva je donesena na temelju članka 114. UFEU koji daje ovlasti Vijeću da donosi mjere za harmonizaciju propisa. Takve mjere zaista moraju

imati za svoj cilj poboljšanje uslova za uspostavu i funkcioniranje zajedničkog unutarnjeg tržišta.

Međutim u ovom predmetu, Republika Njemačka je tražila poništenje Direktive, tvrdeći da krši temeljna ljudska prava te načelo supsidijarnosti i proporcionalnosti. Takođe, apelant je smatrao da pravni temelj (čl. 114. UFEU) nije prikladan. Evropski sud pravde u ovom je slučaju anulirao Direktivu, presudivši kako mjere koje predviđa nemaju za cilj efikasno poboljšanje uslova za uspostavu i funkcioniranje unutarnjeg tržišta, već je njezin stvarni cilj prikriiven, a to je zaštita zdravlja građana i smanjenje korištenja duhanskih proizvoda. Glavni problem koji se vezao uz ovu presudu je načelo supsidijarnosti koje predviđa da EU može donositi odluke samo u područjima u kojima su države takvu suverenu ovlast na nju prenijele. Načelo proporcionalnosti nadalje ograničava institucije EU, tako da čak i kad imaju ovlasti donositi sekundarno pravo, moraju svoje ovlasti provoditi na način da mjere koje uvode budu prikladne za ostvarenje željenog cilja i ne smiju prelaziti ono što je nužno kako bi se taj cilj ostvario.⁴⁸

U konkretnom slučaju, EU je imala ovlasti regulirati određeno područje u svrhu harmonizacije i ostvarivanja slobode kretanja robe unutar jedinstvenog tržišta. Međutim, Evropski sud pravde je te ovlasti iskoristio kako bi ograničio oglašavanje duhanskih proizvoda, s ciljem zaštite zdravlja građana. Naime, osnovne kompetencije u ovoj oblasti su definirane u članu 114. UFEU. Efekti reklamiranja duhanskih proizvoda ne prelaze granice svake države članice, kao i odnosi između sponzora i organizatora koji se obično manifestuju samo interno. Stoga je ESP u obrazloženju naveo kako predmetni zakon nije usvojen u skladu s članom 114., te da ne odražava ciljeve unutrašnjeg tržišta.

U vezi s tim, jako je bitno uočiti kako predmetna Direktiva nije namijenjena promociji unutrašnjeg tržišta, već zaštiti javnog zdravlja i da se pitanja vezana za zdravlje, u skladu st 4. člana 129. UEZ (sada čl. 168. UFEU), ostavljaju u nadležnost zakonodavstva država članica. Prema mišljenju sudija, Direktiva nije u suprotnosti s načelom proporcionalnosti jer ista ne ide dalje od onoga što je potrebno za postizanje svojih ciljeva - konvergenciju pravila i uklanjanja barijera u trgovini prodaje, oglašavanja i duhanskih proizvoda. ESP je takođe naveo da se cilj ne može u dovoljnoj mjeri postići ako su mjere poduzete isključivo na nacionalnom nivou, te da je harmonizacija

unutarnjeg tržišta neophodna i na razini EU, odnosno da EK u vršenju svojih ovlasti nije kršila načelo supsidijarnosti.⁴⁹

Nakon presude ECJ duhana, Evropski parlament i Vijeće su usvojili novu Direktivu. Ona je manje restriktivna, te u manjoj mjeri ograničava oglašavanje duhana i sponzorstva koji se odnose na medije. Njemačka je još jednom podnijela tužbu za poništenje nove Direktive, koja je usvojena po istom pravnom osnovu kao u prethodnom slučaju.

Ukidanje Direktive 98/43/EC nije spriječilo EU da ipak uvede stroža pravila u područje oglašavanja duhanskih proizvoda. Donošenjem Direktive 2001/37 i Direktive 2003/33 (koje su prošle preispitivanje valjanosti od strane Evropskog suda pravde), EU je uvela ozbiljne restrikcije kod oglašavanja i prodaje duhanskih proizvoda. Iako je očita namjera ovih direktiva bila zabrana oglašavanja duhanskih proizvoda kao i odvratanje građana od kupovine cigareta, ESP je korištenjem pravosudnog aktivizma u presudi C-380/03 promijenio svoje mišljenje iz prethodne presude, te dao EU vrlo široke ovlasti da regulira područja koja i nisu u izravnoj vezi s funkcioniranjem unutarnjeg tržišta.

Ovakvo tumačenje funkcionalnog jedinstva ukazuje na samostalnost i napredak Evropskog prava u odnosu na međunarodno pravo, kao i na njegovu nadređenost i dejstvo prema pravu država članica. Eksplicitno korištenje zajedničke nadležnosti EU za unutrašnje tržište i komplementarne nadležnosti, u područjima kao što su zaštita i unapređenje zdravlja, industrije, obrazovanja i obuke, oslikava nejasnu podjelu nadležnosti i suvereniteta u EU. Ovakav vid pravosudnog aktivizma ESP-a može potencijalno dovesti do trenda nekontroliranog proširenja ovlasti EU institucija pa i izvan domena legitimnog procesa transfera nadležnosti, za čije je ostvarivanje neophodna saglasnost svih zemalja članica.

6. Zaključak

Tradicionalno shvatanje suverenosti kao apsolutno neograničene državne vlasti djelimično je izgubilo na značaju, u okviru procesa EU integracija. Kao jedna od temeljnih karakteristika integracije pojavljuje se fenomen jedinstvenog evropskog pravnog sistema kojem su, putem osnivačkih ugovora, države prenijele veliki dio svojih suverenih, te ne mogu više proizvoljno regulirati niz pitanja koja su ranije potpadala pod njihovu isključivu nadležnost. Shodno tome, njihov državni suverenitet je danas shvaćen kao prihvatanje novih oblika supranacionalnih tijela ujedinjenih pod jednom vladavinom, a delegiranje ovlasti vodi razvoju supranacionalnog nivoa čiji su subjekti države članice. Jedinstvenost evropskog pravnog sistema počiva na ideji da je taj sistem autonoman i da mora biti tumačen i aplikovan na uniformisan način, na području cijele zajednice. Taj novi "EU suverenitet", baziran daleko manje na klasičnoj isključivosti, a više na pogodbama, pregovorima, saradnji i zarađenoj prepoznatljivosti država kao članica međunarodne zajednice.

Ovaj vid suvereniteta sve se više smatra zajedničkim održavanjem, udruženim između vlada, ugovorenim od zvaničnika u multilateralnim komitetima, kompromisnim putem prihvatanja pravila i sudskih mišljenja. Države su stvorile odnosne veze s obimnim sistemima nametnutim od strane komisija, sudova i političkih tijela - pojava koja je u prošlosti bila nespojiva s klasičnim suverenitetom. Kroz svoju višegodišnju praksu, Sud pravde EU, principima izravnog učinka prava, davao je primat pravu EU nad nacionalnim pravom, što se očituje u promjenama onoga što se može shvatiti kao suverenitet u državama članicama. Upravo navedena činjenica jeste potvrda da suverenitet više nije centralna odlika.

Sud pravde EU u prvim decenijama svog postojanja nije bio spreman da intenzivno ispituje pitanja koja su se potencijalno ticala sukoba nadležnosti, posebno u pogledu zaštite osnovnih i ljudskih prava. Ova situacija se simbolično promijenila odlukom Stauder iz 1969. godine, kada je Sud (još uvijek nesistematično, ali široko) počeo jačati osnovna prava u EU. Vremenom, praksa Suda pravde Evropske Unije je jasno uspostavila bezuslovne norme, apsolutne i pravno potpune, te za njihovo ispunjenje ili djelotvornost nije potrebno nikakvo dalje činjenje država članica. Sud se etablirao kao primarna institucija u tumačenju i primjeni Ugovora o Uniji, pri čemu se uvijek rukovodio najvišim pravnim načelom pravnog poretka EU: integracijom kao ciljem koji je ugovorima postavljen.

Sud pravde Evropske Unije je svojom pravosudnom praksom, u svojim presudama jasno određivao granice nadležnosti i ovlasti EU prava i prava nacionalnih država, čime je neposredno definisao granice vanjskog suvereniteta država članica naspram EU. Sudska praksa Suda pravde EU je ustanovila da se ograničenje osnovnih sloboda ne može opravdati ako predstavlja povredu ljudskih prava ili drugih prava garantovanih primarnim pravom EU. Prema praksi Suda pravde EU, kako pisani, tako i nepisani razlozi opravdanja na koje se poziva država članica u korist opravdanja nacionalne mjere koja ometa osnovnu slobodu, mora se tumačiti u skladu s općim načelima prava EU, a naročito ljudskim pravima. Stoga je, u tom segmentu, vidljiv supsidijarni karakter uloge evropskih organa koji proizilaze iz preuzete obaveze, što posredno vodi ka ograničavanju suvereniteta država članica. Sud pravde je svojom praksom osigurao dovoljno instrumenata kako bi uspješno odgovorio tom zadatku.

Literatura

1. Behrendt, C. (2007) *L'activité du juge constitutionnel comme législateur-cadre positif*, str. 1.-17., dostupno na <http://orbi.ulg.ac.be/handle/2268/944>
2. Bilić, A. i Buklijaš, B. (2006) *Međunarodno radno pravo, uz poseban osvrt na međunarodnu organizaciju rada*, Split.
3. Cebulak, P. (2014) *Judicial Activism of the Court of Justice of the EU in the Pluralist Architecture of Global Law* Institut d'études européennes (ULB) i Global studies institute (UNIGE), doktorska disertacija, dostupno na: <http://theses.ulb.ac.be/etd-db/collection/available/ulbetd-10132014-124730/>
4. Chalmers, D., Monti, G. i Davis, G. (2010) *EU Law: Cases and materials*, Cambridge University Press.
5. Čalo, A. (2009) *Razvoj ideje suvereniteta od klasičnog do savremenog koncepta*. *Pravna misao*. XL. (5-6).
6. Ćirić, J. (2008) *Suverenitet u savremeno doba, Filozofija i društvo*.
7. Damjanović, D. (2013) *Ograničenje slobode kretanja robe radi zaštite zdravlja građana*, Iusinfo portal.

8. Dinan, D. (1999) *Ever Close Union: An Introduction to European Integration*, Hampshire: Macmillan Press.
9. Direktiva 98/43/EC – Oglašavanje i sponzorstvo duhanskih proizvoda – pravna osnova – član 100a ugovora o EZ (danas, nakon izmjena, čl. 95 EZ).
10. Forrester, I. (2008) *L'europe des juges. Recent Criticism of ECHR and ECJ Judgments; the American Debate on Judicial Activism versus Judicial Restraint*, str. 251-288, u Baudenbacher, C. i Busek, E. (eds.), *the Role of International Courts*.
11. Forst R. i Schmalz-Brunns, R. (2011) *Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective*, ARENA Report No 2/11.
12. Franzius, C. (2010) *Europäisches Verfassungsrechtsdenken*, Tübingen.
13. Green, C. (2009) *An Intellectual History of Judicial Activism*, *Emory Law Journal*, vol.58 no. 5 str. 1199 i Eeckhout, P. (1998) *The European Court of Justice and the Legislature*, *Yearbook of European Law*.
14. Grubiša, D. (2011) *Politološke dvojbe o Europskoj uniji: Potraga za određenjem*, *Politička misao*, god. 48, br. 2.
15. Herzog R. and Gerken L. (2008): *Stop the European Court of Justice*, *EUobserver*, dostupno na <https://euobserver.com/opinion/26714>
16. Hinsley, F.H. (1986) *Sovereignty*, 2nd ed. Cambridge.
17. Kelzen, H. (2003) *Problem suverenosti i teorija međunarodnog prava: prolog jednoj čistoj teoriji prava*. Beograd.
18. Kotlo, R. (2004) *Ljudska prava u kontekstu redefinisanja klasičnog pojma državne suverenosti*, *Pravna misao*, XXXV. (3-4).
19. Lasić, M. (2009) *Europska unija - nastanak, strategijske nedoumice i integracijski dometi*, Sarajevo Publishing.
20. Meškić, Z. i Samardžić, D. (2012) *European Union Law I*, *Deutsche Gesellschaft fur Internationale Zusammenarbeit (GIZ)*, *Open Regional Fond for South Eastern Europe – legal Reform*, Sarajevo.
21. Micklitz, H. (2009) *Judicial Activism of the European Court of Justice and the Development of the European Social Mode in Anti-discrimination and Consumer Law*, *EUI working paper no. 19*.

22. Misita, N. (2002) Osnovi prava Evropske unije, Magistrat Sarajevo, Sarajevo.
23. Novičić, Ž. (2010) Preispitivanje *ultra vires* akta Evropskog suda Pravde – Slučaj Mangold/Honzewell pred njemačkim saveznim ustavnim sudom, Evropsko zakonodavstvo, Institut za međunarodnu politiku i privredu.
24. Posavec, Z. (2002) Nastanak, procvat i kraj države, Politička misao, Vol XXXIX., br. 2.
25. Posner, R. (1999) The Federal Courts: Challenge and Reform, Harvard University Press.
26. Presuda Suda (drugo vijeće) od 7. 7. 2005. Komisija Evropskih zajednica protiv Republike Austrije, na osnovu povrede obveze države članice - Članci 12., 149. i 150. UEZ-a. Predmet C-147/03.
27. Presuda Suda (veliko vijeće) od 22. 11. 2005. Werner Mangold protiv Rüdiger Helm. Zahtjev za prethodnu odluku: Arbeitsgericht München - Njemačka. Direktiva 1999/70/EZ - Direktiva 2000/78/EZ - Član 6. Predmet C-144/04.
28. Presuda Suda od 5. 10. 2000. Savezna Republika Njemačka protiv Evropskog parlamenta i Vijeća Evropske unije. Direktiva 98/43/EZ - Pravna osnova. Predmet C-376/98.
29. Rasmussen, H. (1998) The European Court of Justice, Brill.
30. Rodin, S. (2011) Kao brodovi u noći: hrvatsko visoko obrazovanje i slobode unutarnjeg tržišta Europske unije, Politička misao.
31. Schlesinger, A (1947) The Supreme Court, Fortune.
32. Schulyok F. (2010) Mangold is not *ultra-vires*, Adjudicating Europe. dostupno na: <http://adjudicatingeurope.eu/?p=487>
33. Schulze, H. (1994) Staat und Nation in der Europäischen Geschichte, München: C. H. Beck.
34. Von Bogdandy, A. i Venzke, I. (2014) In wessen namen? Internationale Gerichte in Zeiten Globalen Regierens, Suhrkamp.
35. Weiler, J. (2000) Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg, Harvard Jean Monet Working Paper Series.

36. Weiler, J. H. H. i Haltern U. (1996) The Autonomy of the Community Legal Order—Through the Looking Glass, *Harvard International Law Journal*, 37(2).
37. Wiederin, E. (1996) *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, Heidelberg, str. 297.
38. Young, E. (2002) *Judicial Activism and Conservative Politics*, *University of Colorado Law Review* vol.73 no.4.

JUDICIAL ACTIVISM OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE AND THE IMPACT OF ITS RULINGS ON THE SOVEREIGNTY OF THE EU MEMBER STATES

Summary

Through decades of its existence, the EU, as a unique "supranational" organization, has profiled its position in the international legal system through the gradual transfer of national sovereignty of the member states onto the Union's institutions. The judicial activism of the Court of Justice of the European Union has played an immensely important role in shaping and defining the core features of the EU law, through interpreting and applying the EU founding treaties, as well as creating new legal norms.

The aim of this article is to describe and to analyze the functioning of the EU legal system, with a special emphasis on the definition, delimitation and understanding of the national sovereignty of the EU member states, principally through scrutiny of judicial activism of the EU Court of Justice. Through the analysis of the Court's practice, we will try to show how its decisions have influenced and marked the boundaries of the Member state's sovereignty. With reference to a number of key judgments on protection of human rights, we will offer a deeper insight into judicial rulings which have directly influenced not only the development of EU law, but also on the process of the European integration in general.

Key words

EU, ECJ, judicial activism, sovereignty, human rights

MEHANIZMI ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA U ODNOSU NA PRIMJENU POSEBNIH ISTRAŽNIH RADNJI U KRIVIČNOM POSTUPKU U BOSNI I HERCEGOVINI

stručni članak

UDK: 342.7:343.132(497.6)

mr. sc. Semir Šarić*

Sažetak

Specifičnosti i karakteristike primjene posebnih istražnih radnji u suzbijanju organizovanog kriminaliteta ukazuju na isto tako delikatan karakter općih pravila i principa njihove primjene na način koji garantuje uspješnost i efikasnost u suzbijanju kriminaliteta s jedne strane, i privremenom ograničavanju ljudskih prava, s druge strane. Zaštita prava na privatnost i porodični život, stan i prepisku je najugroženije pravo primjenom posebnih istražnih radnji i ujedno je jedno od osnovnih prava čije je ostvarenje preduslov za pravilno funkcioniranje svakog demokratskog društva. Prilikom istraživanja korištene su naučne metode kao što su historijska, normativna, dogmatska, uporednopravna i statistička metoda. Analizirana je Evropska konvencija o ljudskim pravima, preporuke Rezolucije XVI. kongresa Međunarodnog udruženja za krivično pravo iz 1999. godine, preporuke Komiteta ministara Vijeća Evrope o specijalnim istražnim tehnikama iz 2005. godine, te Ustav Bosne i Hercegovine i pozitivno procesno zakonodavstvo u BiH. Razmotreni su mehanizmi koji se ogledaju u određenim općeprihvaćenim načelima, koji danas određuju okvir pravne zaštite građana od neovlaštenih postupaka. Pored toga, rezultati analize podnesenih apelacija Ustavnom Sudu Bosne i Hercegovine za kršenje člana II/3f Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8. Evropske Konvencije u ljudskim pravima, pokazatelj su stanja poštovanja ljudskih prava u istražnom postupku u Bosni i Hercegovini.

Ključne riječi

Organizovani kriminalitet, posebne istražne radnje, krivični postupak, ljudska prava, pravo na privatnost

* *Državna agencija za istrage i zaštitu*
saric_semir@hotmail.com

Uvod

Najopasniji oblici ispoljavanja kriminaliteta u savremenom svijetu nazvani su organizovani kriminalitet, a to je jedan od najsloženijih i društveno najštetnijih oblika savremenog kriminalnog manifestovanja. Njegova povezanost s drugim oblicima nezakonitih aktivnosti, naročito terorizmom, još više komplikuje aktivnosti iznalaženja adekvatne strategije njegovog suzbijanja. Izazov krivičnom zakonodavstvu ogleđa se u neophodnosti iznalaženja adekvatnih načina inkriminisanja ovog kriminalnog fenomena, odnosno nužnosti uspostavljanja efikasnog postupka otkrivanja i dokazivanja krivičnih djela koja spadaju u njegov dijapazon ispoljavanja pa su u pravne sisteme, gotovo svih savremenih zemalja, uvedene "specijalne istražne tehnike" koje se u Bosni i Hercegovini (u daljnjem tekstu: BiH) zakonski nazivaju "posebne istražne radnje". U svijetu je općeprihvaćeno shvatanje i stanovište da je primjena ovih metoda i mjera od strane države neminovna i opravdana, jer su opasnosti od organizovanog kriminaliteta sve više zastrašujuće i, sagledavajući sve karakteristike organizovanih kriminalnih grupa, može se konstatovati da je savremena borba protiv organizovanog kriminaliteta nemoguća bez korištenja posebnih istražnih radnji.

Spomenute mjere u borbi protiv organizovanog kriminaliteta označavaju se kao privremeno ograničavanje osnovnih ljudskih prava i sloboda u postupku prikupljanja podataka i dokaza neophodnih za sprovođenje krivičnog postupka. Posebnim istražnim radnjama povećava se efikasnost organa krivičnog postupka u otkrivanju specifičnih krivičnih djela, ali se njima u isto vrijeme narušavaju prava i slobode građana, naročito pravo na privatnost i zaštitu porodičnog života. Suštinski, radi se o mjerama kojima se po pravilu duboko zadire u neka od osnovnih prava građana, a koje se primjenjuju onda kada druge radnje dokazivanja nisu ili ne bi mogle imati efekta u smislu pribavljanja dokaza, odnosno, kada bi pribavljanje dokaza ovim klasičnim radnjama dokazivanja bilo povezano s nesrazmjernim teškoćama. Zakon o krivičnom postupku BiH (u daljnjem tekstu: ZKP BiH), ne dopušta ni jedan izuzetak od pravila da se iste mogu primijeniti samo i isključivo po naredbi suda. Pri tom je veoma bitno naglasiti da države, na adekvatan način, moraju obezbijediti odgovarajuću kontrolu primjene ovih mjera i metoda, kako bi se spriječile eventualne zloupotrebe.

1. Pravni osnov zaštite ljudskih prava u krivičnom postupku

Današnja globalna tendencija savremenih pravnih poredaka ispoljava se u što većem stepenu poštivanja prava i sloboda građana u krivičnom postupku (posebno se to odnosi na prava osumnjičenog jer su njegova prava u postupku potencijalno i najugroženija), te traži primjenu pravnih instrumenata u suprotstavljanju kriminalitetu kako bi odgovorili zadacima koji se pred njega postavljaju. Nasuprot njoj, druga tendencija teži ka što većoj efikasnosti krivičnog postupka i generalno krivičnog pravosuđa, odnosno teži ka tome da svaki počinitelj krivičnog djela bude otkriven, procesuiran i sankcionisan, bez obzira na način na koji se to postiže te, uslovno rečeno, znači davanje "odriješenih ruku" organima gonjenja, čime bi bio učinjen veliki doprinos efikasnosti krivičnog pravosuđa, ali na račun negiranja principa prava, što je neprihvatljivo. Navedene dvije teze teško su pomirljive.¹

Prema općeprihvaćenim međunarodnim standardima² moraju se poštovati opća prava građana (npr. pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, pravo na slobodu i sigurnost, itd.), izuzev u strogo određenim i limitiranim slučajevima kad je dozvoljeno ograničavanje pomenutih prava,³ "radi zaštite interesa nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje te radi sprečavanja nereda ili zločina, zaštite zdravlja ljudi ili morala ili zaštite prava i sloboda drugih".⁴ Uopćeno gledano, ograničenja ljudskih prava koja su data u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, (u daljnjem tekstu: EKLJP), i u drugim međunarodnim dokumentima čine se radi zaštite tih ljudskih prava. U suštini, ljudska prava mogu

¹ Halilović, H (2005) Prikriveni istražitelj, pravno-kriminalistički pristup, Sarajevo, str. 37.-38.

² EKLJP je i prije njenog potpisivanja i ratifikacije postala sastavni dio Ustava BiH, a BiH ju je potpisala i ratificirala u junu 2002. godine, kada je postala zvanična članica Vijeća Evrope.

³ Sijerčić-Čolić, H (2002) "Prikrivene istražne mjere u svjetlu efikasnosti krivičnog postupka zaštite osnovnih prava i sloboda čovjeka", Pravo i pravda, broj 1, 2002. godine, str. 27.-48.

⁴ Prema čl. 8. EKLJP svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske, pri čemu je citiran drugi stav ovog člana, koji sadrži jasno izraženi princip proporcionalnosti. Vidi u: European Court of Human Rights; Dostupno na: [Convention_on_Human_Rights](#); Pristupano 14.10.2015. godine.

se derogirati privremeno da bi se sva ljudska prava zaštitila *trajno*.⁵ Zapravo, ovo je najveća dilema i paradoks sadašnjeg vremena.

U skladu sa stavom da se ljudska prava i slobode mogu ograničiti, samo u slučaju zaštite legitimnih društvenih interesa i vrijednosti, posebne istražne radnje prate određena općeprihvaćena načela, koja danas određuju okvir pravne zaštite građana od neovlaštenih postupaka. Navedena specifična krivično-procesna načela razmatrana su na *XVI. međunarodnom kongresu za krivično pravo*, održanom 1999. godine u Budimpešti,⁶ kada je istaknuto da se rezultati, odnosno saznanja (činjenice) do kojih se dolazi primjenom posebnih/specijalnih istražnih radnji, mogu koristiti kao dokaz u krivičnom postupku, samo u slučaju da su radnje preduzete u skladu s određenim načelima, i to: načelom legaliteta, načelom supsidijarnosti, načelom srazmjernosti i načelom sudskog nadzora. U tom smislu jasno je da moraju biti ispunjeni svi uslovi koje podrazumijevaju navedena načela da bi se posebne istražne radnje mogle primijeniti u suzbijanju kriminaliteta, a posebno u suprotstavljanju organizovanom kriminalitetu. Pored navedenih principa, uz mjere prikrivenog istraživanja, veže se i upozorenje da trajanje mjera mora biti vremenski ograničeno, kao i procesna sankcija o neupotrebljivosti prikupljenog materijala u dokazne svrhe tokom krivičnog postupka.⁷ Preporuke *Rec (2005)10 Komiteta ministara* državama članicama o "specijalnim istražnim tehnikama", koje se odnose na ozbiljan kriminal, uključujući terorističke akte,⁸ podrazumijevaju tehnike

⁵ Sadiković, L (2002) "Apsolutno zaštićena ljudska prava", *Kriminalističke teme* broj 1-2, Fakultet kriminalističkih nauka, Sarajevo, str. 226.

⁶ Rezolucije XVI. kongresa Međunarodnog udruženja za krivično pravo iz 1999. Godine, održanog 1999. godine u Budimpešti; (The XVIth International Congress of Penal Law (Budapest, 1999) on "The Criminal Justice System Facing Challenges of Organized Crime"); Dostupno na: <https://www.google.ba/#q=International+Association+of+Criminal+Law+in+Budapest+in+1999>, Pristupano 21.10.2015. godine.

⁷ Bejatović, S (2005) "Krivičnoprocesna pitanja novih metoda otkrivanja i istrage krivičnih dela organizovanog kriminaliteta", *Zbornik radova-organizovani kriminalitet, stanje i mere zaštite*, Beograd, Policijska akademija.

⁸ Preporuka *Rec (2005)10 Komiteta ministara* državama članicama o "specijalnim istražnim tehnikama" koje se odnose na ozbiljan kriminal, uključujući terorističke akte, (Recommendation *Rec (2005)10* of the Committee of Ministers to member states on "special investigation techniques" in relation to serious crimes including acts of terrorism), Dostupno na: (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=849269&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC7>); Pristupano 21.10.2015. godine.

koje se koriste radi otkrivanja i istrage teškog kriminala, kao i otkrivanja, pronalaženja i tajnog prikupljanja informacija na takav način, da to ne primijete osumnjičena lica. Također, određuju se uslovi korištenja specijalnih istražnih tehnika, operacione smjernice, obuka (trening), koordinacija i međunarodna saradnja. Primjenu specijalnih istražnih tehnika predviđa većina evropskih i vanevropskih procesnih zakonodavstava pod vrlo sličnim procesnim uslovima (katalog inkriminacija, supsidijarnost, nužnost, sudski nadzor, specifičnost radnji, vremensko ograničenje, itd.).

Pravo na privatni i porodični život, stan i prepisku, kao najugroženije pravo primjenom posebnih istražnih radnji, prije svega je ustavna kategorija pa član II/3f Ustava Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustav BiH),⁹ u relevantnom dijelu glasi:

*Sve osobe na teritoriji Bosne i Hercegovine uživaju ljudska prava i slobode iz stava 2. ovog člana, što uključuje:
f) Pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku.*

Član II/A2 Ustava Federacije Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustav FBiH),¹⁰ u relevantnom dijelu glasi:

*Sve osobe na teritoriji Federacije uživaju prava:
g) na privatnost.*

Član 13. Ustava Republike Srpske (u daljnjem tekstu: Ustav RS BiH)¹¹ glasi:

Ljudsko dostojanstvo, tjelesni i duhovni integritet, čovjekova privatnost, lični i porodični život su nepovredivi.

Zaštita prava privatnosti i porodičnog života, stana i prepiske jedno je od osnovnih prava čije je ostvarenje preduslov za pravilno funkcioniranje svakog demokratskog društva. Zbog toga, naznačene mjere i radnje prate određena općeprihvaćena načela, koja danas određuju okvir pravne zaštite

⁹ Dejtonski mirovni sporazum, aneks IV. sporazuma; Dostupno na: http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf; Pristupano 25.10.2015. godine.

¹⁰ Ustav FBiH; Dostupno na: http://skupstinabd.ba/ustavi/f/ustav_federacije_bosne_i_hercegovine.Pdf; Pristupano 25.10.2015. godine.

¹¹ Ustav RS BiH; Dostupno na: http://skupstinabd.ba/ustavi/rs/Ustav_bosanski.pdf; Pristupano 29.10.2015. godine.

građana od neovlaštenih postupaka. Tako, načela koja se odnose na primjenu posebnih istražnih radnji u suprotstavljanju organizovanom kriminalitetu, možemo posmatrati s dva aspekta.¹²

Prvi aspekt podrazumijeva osnovna i općeprihvaćena načela pa tako, u krivično-procesnim zakonima u BiH, kao i u uporednom krivično-procesnom zakonodavstvu, smatraju se pravila krivičnog postupka po kojima su dužni postupati sudovi, tužilac i drugi učesnici u krivičnom postupku kada postupaju u krivičnim stvarima, i to: princip zakonitosti, pretpostavke nevinosti i *in dubio pro reo*, princip *ne bis in idem*, princip zaštite lične slobode, princip prava na odbranu, princip upotrebe jezika i pisma, princip zakonitosti dokaza, princip naknade štete zbog neopravdane osude ili lišenja slobode, princip prava na suđenje bez odlaganja, princip jednakosti u postupanju, princip slobodne ocjene dokaza, princip akuzatornosti i princip legaliteta krivičnog gonjenja.

Drugi aspekt obuhvata specifična načela koja se odnose na primjenu posebnih radnji, odnosno posebnih istražnih radnji, radi suprotstavljanja organizovanom kriminalitetu. Radi se o specifičnim krivično-procesnim načelima primjene posebnih krivično-procesnih sredstava i metoda, odnosno posebnih istražnih radnji u suprotstavljanju organizovanom kriminalitetu i koji će pružiti garancije protiv njihovog samovoljnog korištenja. U tom smislu, uprkos razlikama između pojedinih posebnih istražnih mjera, današnji razvoj krivično-procesne teorije i prakse, kao i iskustva iz uporedno pravnih sistema, saglasni su oko toga da je puko prihvatanje ovih mjera u borbi protiv organizovanog kriminaliteta nedovoljno samo za sebe i da njihovo postojanje mogu opravdati tačno određena i danas široko prihvaćena načela i principi. Kad je u pitanju procesno zakonodavstvo BiH, u glavi IX. u članu 116. stav 1. ZKP BiH,¹³ postavljeni su kao uslov za primjenu posebnih istražnih radnji, neka opća načela i uslovi koji su zajednički za sve posebne istražne radnje o kojima će biti više riječi u drugom djelu rada.

¹² Posmatranje načela primjene specijalnih istražnih tehnika s navedena tri aspekta je uslovno karaktera i svakako da se ovo složeno pitanje (svrha i opravdanost

2. Evropska konvencija o ljudskim pravima kao najvažniji pravni akt u zaštiti ljudskih prava

Za potrebe ovog rada analizirat će se samo EKLJP, iz razloga što je općeprihvaćen stav da je sistem ljudskih prava i temeljnih sloboda, koji ona ustanovljava, najstariji te ujedno i najnapredniji i najefikasniji od svih trenutno postojećih. EKLJP, zajedno s dodatnim protokolima, usvojena je u Rimu 4.11.1950. godine od strane Vijeća Evrope,¹⁴ a stupila je na snagu 3.9.1953. godine. Države koje su ratificirale Konvenciju, međusobno se obavezuju da će štiti ljudska prava i slobode pojedinaca koje su sadržane u Konvenciji i protokolima uz nju. EKLJP čini, u mnogim novijim članicama Vijeća Evrope, važan dio pravnog poretka, a u nekim državama je neposredno primjenjiva, kao što je to slučaj s BiH. EKLJP ne predstavlja samo puko nabranje ljudskih prava i sloboda, već jasno uspostavlja i mehanizam nadzora nad poštovanjem odredbi Konvencije, čime osigurava efikasnu zaštitu ljudskih prava i sloboda.¹⁵ Bitno je naglasiti činjenicu da je EKLJP otvoren ugovor te da mu mogu pristupiti sve države koje to žele i koje su ispunile propisane pravne uslove za pristupanje. Tokom više od pet decenija primjene EKLJP, mijenjana je i dopunjena sa 14 protokola od kojih je prvi potpisan 20.3.1950. godine. Dodatnim protokolima proširen je i katalog prava i osnovnih sloboda zagarantovanih Konvencijom.

BiH je EKLJP prihvatila u okviru Dejtonskog sporazuma 14.12.1995. godine (Aneks 4. i 6.), te se izravno primjenjuje kao integralni dio njenog Ustava i ima prioritet nad svim drugim zakonima (član II. stav 2. Ustava BiH). Izričito se normira da BiH, kao i svi njeni sudovi, ustanove, organi vlasti te

¹⁵ Halilagić, N. (2013) Posebne istražne radnje kao odgovor na organizovani kriminalitet, JP NIO Službeni glasnik BiH, Sarajevo, str. 74.; Ćirić, M. (2006) „Organizaciona struktura i postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava“, Pravna misao, broj 5-6, str. 88.

¹⁶ Milićević, N. (2007) Ljudska prava, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, str. 43.-44.

¹⁷ Sarač, K. (2012) Pravo na privatnost, JP NIO Službeni list BiH, Sarajevo, str. 20.

¹⁸ Milićević, N. op. cit., str. 110.

¹⁹ Više o tome Dimitrijević, V., Paunović, M., Đerić, V. (1997) Ljudska prava-udžbenik, Beogradski centar za ljudska prava-elektronsko izdanje, Beograd, str.

organi kojima posebno rukovode entiteti ili koji djeluju unutar entiteta, primjenjuju ljudska prava i osnovne slobode koje su sadržane u EKLJP i njenim protokolima (član II. stav 6. Ustava BiH). Ustav BiH i katalog ljudskih prava, koji sadrži Konvencija, potpuno su identični. Na ovaj način je BiH prihvatila međunarodnu obavezu da će poštovati Konvenciju. Na podlozi pravne snage EKLJP, prioritet nad svim drugim zakonima (član II. stav 2. Ustava BiH), uspostavljeno je sljedeće pravno stanje za BiH:¹⁶

- BiH ima obavezu da kontinuirano usaglašava svoje zakonodavstvo s EKLJP;
- Organi državne vlasti BiH moraju postupati u skladu sa standardima EKLJP kao i da je neposredno primjenjuju prilikom odlučivanja o pravima građana;
- Prilikom ostvarivanja i zaštite svojih prava, građanin se može direktno pozvati na EKLJP;
- Pred ESLJP, pod određenim uslovima, građanin može tražiti zaštitu svojih prava.

BiH je 12.6.2002. godine, ceremonijalnim činom, pristupila EKLJP te su na taj način, odluke njenih sudova i javnih vlasti, podložne reviziji Evropskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP). Pred Sudom u Strazburu, BiH se može naći kao tužena strana po predstavi pojedinaca ili grupa, ali samo za povrede Konvencije, načinjene nakon njenog potpisivanja, što znači da se ljudska prava pred ESLJP ne mogu štiti "unazad" retroaktivno.

Za naše izlaganje značajno je nekoliko odredbi Konvencije, a prije svega član 8. koji čine dva stava. U članu 8. stav 1. EKLJP garantuju se određena prava i slobode, odnosno poštovanje četiri zasebna odvojena segmenta života čiji je zajednički naziv *pravo na privatnost*. Radi se o pravu na privatni život, pravu na poštovanje doma, prepiske, kao i na pravo porodičnog života. Navedena prava izražavaju pravo čovjeka na intimu, na zaštićeni prostor, da živi prema vlastitim shvatanjima privatnosti, kao i da bude zaštićen od neželjene javnosti, odnosno, domen zaštite ovih prava je vezan za strogo privatnu sferu života svakog pojedinca.

288.-289.

2.1. Pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života, doma i dopisivanja

EKLJP u članu 8. izričito govori o privatnom životu (*private life*). Pravo na privatni život, prema EKLJP, predstavlja privatnu sferu, pravo svakom pojedincu, mogućnost stvaranja svog prostora, te da vodi svoj privatni život prema vlastitom shvatanju navedenog prava. To podrazumijeva da je slobodan od svakog miješanja države u njegov život i u njegove mogućnosti da uspostavlja različite kontakte s drugim ljudima, naročito u emocionalnoj sferi, radi razvijanja i zadovoljavanja sopstvene ličnosti, da organizuje svoj život i poslove bez bilo čijeg miješanja.

Međutim, prava propisana u članu 8. stav 1. Konvencije nisu apsolutna prava, nego ona podliježu izvjesnim ograničenjima. Pravo na privatnost štiti tri interesa pojedinca i to:¹⁷

- čovjekove interese autonomije odlučivanja u intimnim i ličnim stvarima,
- interes pojedinca da se zaštiti od otkrivanja ličnih okolnosti, i
- interes pojedinca da se obezbijedi od neosnovane prismotre od strane vlasti.

Pravo na poštovanje doma (stana) je pravo koje je izričito predviđeno u član 8. EKLJP. Ovo pravo proističe iz potrebe sigurnosti i dobra pojedinca, te Konvencija ističe njihovu nepovredivost i neprikosnovenost. Općenito "dom", u smislu člana 8. EKLJP, predstavlja mjesto gdje neko živi stalno, kao i mjesto u kojem pojedinac, na najefikasniji način, može da ostvaruje sva druga prava zagarantovana u stavu 1. člana 8. navedene Konvencije. Dom (stan) svakog čovjeka je nepovrediv. Dozvoljena su fakultativna ograničenja, kao kad su u pitanju privatni, porodični život i prepiska. Dom mora biti pristupačan ovlašćenim organima u precizno određenim slučajevima pa je suština i vrijednost ovog prava upravo u tome, ali i u zaštiti njihovog korisnika.¹⁸

Pravo na poštivanje prepiske u današnjem savremenom svijetu sve će više dobivati na značaju. Navedeno pravo jeste pravo na nesmetano i neograničeno komuniciranje s drugima. Dva su pitanja od posebne važnosti u

²⁰ Čl. 81. ZKP FBiH, čl. 131. ZKP RS i čl. 67. ZKP BD BiH.

²¹ Halilagić, N. op. cit. str. 78.

ovom kontekstu: praćenje prepiske i prisluškivanje telefona. Navedeno pravo je jedno od klasičnih ljudskih prava koje podrazumijeva i tehnička sredstva komuniciranja, kao što su telefon, faks, kompjuter, pejdžer i slično. Riječ prepiska (*correspondence*) prevashodno se odnosi na komunikaciju pisanjem.¹⁹ Pravo na prepisku se uglavnom odnosi na zaštitu pisama, telefonskih razgovora, elektronske pošte i ostalih oblika komunikacije. Prepiska svakog pojedinca je načelno zaštićena. Ustav BiH, u katalogu prava u članu II/3, garantuje i "pravo na ... prepisku". Također, za potrebe ovog rada značajno je spomenuti i član 67. ZKP BiH,²⁰ kojim je predviđena mjera privremenog oduzimanja pisma, telegrama i drugih pošiljki. Prema stavu 1. tog člana, privremeno se mogu oduzeti pisma, telegrami i druge pošiljke upućene osumnjičenom, odnosno optuženom ili one koje on šalje, a koje se nalaze kod preduzeća, ili kod osoba zaposlenih u pošti ili osobe koje obavljaju poslove vezane za telekomunikacije.²¹

U članu 8. stav 2. EKLJP izražen je princip proporcionalnosti: *"Javna vlast se ne miješa u vršenje ovog prava, osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mjera u demokratskom društvu, u interesu nacionalne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprečavanju nereda ili sprečavanja zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih"*. Prema navedenom članu, država se neće miješati u ostvarivanje navedenih prava, osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom, te ako je to nužno u demokratskom društvu radi interesa nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, radi zaštite morala ili zdravlja ili radi zaštite prava i sloboda drugih, kao i radi održavanja reda i sprečavanja zločina ili ekonomske dobrobiti zemlje. U slučajevima kada je došlo do miješanja u nečije pravo na privatnost, država je dužna da navede jedan od naprijed pobrojanih prava kao razlog zbog kojeg se umiješala. Odredbom člana 8. stav 2. EKLJP, pored garancije poštivanja kataloških navedenih prava, utvrđuju se istovremeno i uslovi kada se ta prava mogu ograničiti. Iz ove odredbe slijede tri važna principa, prema kojima miješanje u privatnost mora biti:

²² Halilagić, N. op. cit. str. 80.; Sarač, K. op. cit. str. 20.

²³ Sijerčić-Čolić, H. "Prikrivene istražne mjere u svjetlu efikasnosti krivičnog postupka zaštite osnovnih prava i sloboda čovjeka", op.cit. str. 42.-43.

²⁴ Osnovi sumnje su minimalni pravni standard da je počinjeno krivično djelo, koje se za razliku od općih istražnih radnji, moraju biti usmjereni i prema određenoj

- legalno, tj. uređeno zakonom,
- svedeno na nužnu mjeru (princip srazmjernosti) i
- jedino moguće radi postizanja navedenih interesa (koje predstavljaju osnove za miješanje u pravo na privatnost).

Za miješanje javne vlasti u ostvarivanje prava iz stava 1., ne samo da se traži prethodna zakonska predviđenost, već se postavlja i jedan dodatni zahtjev, a to je nužnost zaštite navedenih dobara. Na osnovu toga može se utvrditi da su uslovi navedeni u stavu 2. vrlo strogo postavljeni. Ukoliko nije moguće opravdati ograničenje prava, u odnosu na neki od ciljeva, ne može se smatrati da se njima teži legitimnom cilju.²²

3. Krivično-procesna načela kao preduslov zaštite ljudskih prava u krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini

Država je dužna da zaštiti određena ljudska prava koja su uslov slobode, jednakosti i digniteta svakog čovjeka, tako da zaštita ljudskih prava i sloboda zauzima važno mjesto u pravnom sistemu BiH. Krivično-procesno (kao i materijalno) zakonodavstvo u BiH nastoji se približiti poznatim i prihvaćenim standardima za zaštitu ljudskih prava i sloboda. Promjene koje su do sada ostvarene predstavljaju doprinos približavanju domaćih krivično-pravnih normi međunarodnim normama o osnovnim pravima i slobodama čovjeka.²³

U glavi IX. u članu 116. stav 1. ZKP BiH, kao uslovi za primjenu određenih posebnih istražnih radnji, navedena su neka opća načela i uslovi koji su zajednički za sve posebne istražne radnje.

Prvi opći uslov je postojanje osnovna sumnje²⁴ da je osoba sama ili s drugim osobama učestovala ili učestvuje u izvršenju nekog od krivičnih djela iz člana 117. ZKP BiH. Drugim riječima, protiv osumnjičenog, za koga postoje

osobi kao mogućem počinitelju. Posebne istražne radnje osim osoba za koje postoje osnovi sumnje da su počinile krivično djelo, mogu se odrediti i prema osobama za koje postoje osnovi sumnje da počinitelju ili od počinitelja prenose informacije u vezi s krivičnim djelom, odnosno da se počinitelj koristi njihovim telefonom, telefaksom ili nekim drugim komunikacijskim uređajem (čl. 116. st. 3. ZKP BiH).

²⁵ Sijerčić-Čolić, H. Krivično procesno pravo, op. cit., str. 445.

osnovi sumnje da je sam izvršio krivično djelo iz zakonom izdvojene grupe krivičnih djela ili učestvuje u izvršenju takvog krivičnog djela, kao i protiv osumnjičenog za koga postoje osnovi sumnje da je s drugim osobama sudjelovao u izvršenju krivičnog djela navedenog u članu 117. ZKP BiH, odnosno učestvuje s drugim osobama u izvršenju takvog krivičnog djela, mogu se primijeniti posebne istražne radnje. Osnovi sumnje se moraju odnositi na konkretnu osobu kao pretpostavljenog izvršioca krivičnog djela, u smislu da predstavljaju izvore saznanja o činjenicama iz kojih proizilazi vjerovatnost, odnosno sumnja da je određena osoba počinila krivično djelo za koje zakon dopušta primjenu posebnih istražnih radnji.²⁵ Zakonodavac je ovaj uslov za mogućnost primjene posebnih istražnih radnji sveo na najniži stepen sumnje, "osnov sumnje", ali može se reći da je to opravdano jer opasnost od organizovanog kriminala zahtjeva reakciju državnih organa od najranijih faza sticanja saznanja o krivičnom djelu i počiniocu. Tužilac mora, u obrazloženom prijedlogu iz člana 118. stav 1. ZKP BiH, jasno izraziti osnove sumnje da je osoba počinila krivično djelo. Tužilac utvrđuje postojanje osnova sumnje na osnovu radnji i mjera koje su poduzete u skladu s čl. 218. i 219. ZKP BiH. Iz svega navedenog proizilazi da se, u pogledu osnova sumnje, zastupa stav prema kome je zaključak o ovom pravnom standardu rezultat već poduzetih provjera određenih činjenica o osumnjičenoj osobi kao izvršiocu određenog krivičnog djela. Drugim riječima, iako se u isti izraz "osnovi sumnje" koristi i za početne aktivnosti u otkrivanju djela i preduzimanju radnji po službenoj dužnosti od strane ovlaštenih službenih osoba (čl. 218. i 219. ZKP BiH), ipak se "osnovi sumnje" za poduzimanje prikrivenih ili posebnih istražnih radnji moraju prethodno provjeriti i biti u vezi s određenim činjenicama koje navode na zaključak da je osumnjičena osoba učestvovala ili učestvuje sama ili s drugim osobama u izvršenju krivičnog djela iz člana 117. ZKP BiH. Intenzitet zahvata u ustavom i međunarodnim pravom zaštićena prava čovjeka traži da se pomenuti dokazni standard pažljivo ocjenjuje u svakom konkretnom slučaju.²⁶

²⁶ Sijerčić-Čolić, H. i saradnici: Komentar zakona o krivičnom postupku u BiH, op. cit. str. 352. i 353.

²⁷ Up. Čl. 116. st. 1. ZKP BiH, čl. 130. st. 1. ZKP FBiH, čl. 116. st. 1. ZKP BD BiH, čl. 226. st. 1. ZKP RS.

²⁸ Sijerčić-Čolić, H. Krivično procesno pravo, op. cit. str. 445.-446.

²⁹ Sijerčić-Čolić, H. i saradnici: Komentar zakona o krivičnom postupku u BiH, op.

Drugi opći uslov je za određivanje posebnih istražnih radnji koji se dijeli u dva pravca:²⁷

- Nemogućnost pribavljanja dokaza na drugi način i
- Ako je njihovo pribavljanje povezano s nesrazmjernim teškoćama.

Iz naprijed navedene zakonske odredbe proizilazi da se prethodno moraju iskoristiti drugi – redovni načini prikupljanja dokaza. Nemogućnost da se na drugi način pribave dokazi, odnosno da je prikupljanje dokaza povezano s nesrazmjernim teškoćama, predstavlja takve okolnosti zbog kojih tužilac uopće ne može doći do dokaza o pravno relevantnim činjenicama, odnosno njihovo prikupljanje prate nesrazmjerne (neuobičajene) teškoće koje bi uticale na nemogućnost provođenja ili produženje istrage.

Treći opći uslov je da ograničavanje osnovnih prava i sloboda čovjeka mora biti srazmjerno težini učinjenog krivičnog djela.²⁸ Zbog toga se posebne istražne radnje mogu poduzeti samo za ona krivična djela koja su navedena u članu 117. ZKP BiH, odnosno članu 131. ZKP FBiH, članu 235. ZKP RS BiH i članu 117. ZKP BD BiH, navedena su krivična djela za koja se uz ispunjenje i drugih uslova, mogu odrediti posebne istražne radnje. Ograničavanje osnovnih prava i sloboda čovjeka mora biti u vezi s težinom izvršenog krivičnog djela, odnosno krivičnog djela koje se vrši i mora biti srazmjerno težini učinjenog krivičnog djela (načelo srazmjernosti). Kriminalno-politički je nedopustivo osnovna ljudska prava, kao što su pravo čovjeka na nepovredivost ličnog i porodičnog života, pravo na privatnost i nepovredivost doma, pravo na tajnost ličnih podataka, ograničiti zbog lakših krivičnih djela. Zato je zakonom primjena taksativno navedenih posebnih istražnih radnji dozvoljena samo za ona krivična djela određeno navedena samo u ovom članu. Tumačenjem odredbe ovog člana može se zaključiti da je zakonodavac odabrao veći broj krivičnih djela kod kojih je moguće ograničiti navedena prava čovjeka. To dalje znači da je posljedica ovog načela u tome da se primjena posebnih istražnih radnji iz člana 116. stav 2. ZKP BiH, odnosno člana 130. stav 2. ZKP FBiH, član 234. stav 2. ZKP RS BiH i člana 116. stav 2. ZKP BD BiH, ne može proširiti na krivična djela koja nisu navedena u ovom "katalogu" i koja nisu na spisku ovog propisa. Dakle, ograničenja opisanog prava čovjeka ne mogu se širiti na neka

cit., str. 362.

³⁰ Krivični zakon Bosne i Hercegovine, (Službeni glasnik BiH br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 47/14, 22/15 i 40/15).

druga krivična djela, ni pod kakvim uslovima i ni iz kakvog razloga. Zato, ukoliko se primjenom naređene posebne istražne radnje otkriju obavijesti i podaci koji upućuju na neko drugo krivično djelo, dobiveni rezultati ne mogu se koristiti za potrebe krivičnog postupka (vidi član 120. ZKP BiH).²⁹

Spisak krivičnih djela povodom kojih se mogu odrediti posebne istražne radnje, dobiven je kombinacijom dva kriterija.

Prvi kriterij je lista određenih krivičnih djela, kao što su:

- Krivična djela protiv integriteta BiH navedena u Glavi XVI. – Krivičnog zakona BiH (u daljnjem tekstu: KZ BiH).³⁰
- Krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, navedena u Glavi XVII.–KZ BiH,
- Krivična djela terorizma i finansiranje terorističkih aktivnosti iz čl. 201. i 202. KZ BiH.

Drugi kriterij je propisivanje donje granice kazne koja se može izreći (tri godine). U ovu grupu ulaze sva ona krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna.

Četvrti formalni uslov za primjenu posebnih istražnih radnji jeste da se one poduzimaju na osnovu naredbe sudije za prethodni postupak.³¹ Inicijativa za odobrenje posebnih istražnih radnji, sudiji za prethodni postupak dolazi od tužioca, koji podnosi obrazloženi pismeni prijedlog. Tužilac je dužan da sudiji za prethodni postupak ponudi sve elemente i činjenice potrebne za donošenje naredbe kao što su: osnov sumnje, razlog za poduzimanje radnji, odnosno da nije moguće na drugi način pribaviti dokaze ili je njihovo pribavljanje povezano s nesrazmjernim teškoćama, podatke o osobi protiv koje

³¹ Prema čl. 118. ZKP BiH (čl. 132. ZKP FBiH, čl. 118. ZKP BD BiH, čl. 228. ZKP RS BiH): Istražne radnje iz čl. 116. st. 2. ZKP BiH određuje naredbom sudija za prethodni postupak, na obrazloženi prijedlog tužioca koji sadrži: podatke o osobi protiv koje se radnja preduzima, osnove sumnje iz čl. 116. st. 1. ili 3. ovog zakona, razloge za njeno preduzimanje i ostale bitne okolnosti koje zahtijevaju preduzimanje radnji, navođenje radnje koja se zahtijeva i način njenog izvođenja, obim i trajanje radnje. Naredba sadrži iste podatke kao i prijedlog tužioca, kao i određenje vremenskog trajanja naređene radnje.

³² Sijerčić-Čolić, H. Krivično procesno pravo, op.cit. str. 452.

³³ Vidi: Čl. 118. st. 3 ZKP BiH, čl. 132. st. 3. ZKP FBiH, čl. 118. st. 3. ZKP BD BiH, čl. 228. st. 3. ZKP RS BiH.

se poduzima radnja, konkretnu radnju ili više njih, način njenog izvođenja te obim i trajanje radnje. Sudija je dužan da sve te elemente i činjenice provjeri pa ako utvrdi da zaista postoje svi ti elementi, da prihvati prijedlog tužioca i da donese naredbu.

Posebne istražne radnje se odobravaju po tačno utvrđenom postupku i ako su ispunjeni svi procesni uslovi. Sudska naredba mora biti u pisanoj formi i s propisanom sadržinom, dok je usmena naredba izuzetak. Može se početi s izvršavanjem posebne istražne radnje i s usmenom naredbom ako se pismena naredba ne može dobiti na vrijeme i ako postoji opasnost od odlaganja, s tim što zakon ne reguliše način njihovog sprovođenja. Pismena naredba mora biti pribavljena u roku od 24 sata od izdavanja usmene naredbe.

Naredbu sudije za prethodni postupak izvršava policijski organ,³² kao nadležni organ za sprovođenje ovih radnji u skladu s pravilima kriminalistike. To policijskom organu omogućava da, kada dobije naredbu sudije za prethodni postupak, istu sprovede na način koji će u konkretnom slučaju dati najbolje rezultate. Prema tome, krivično pravni aspekt posebnih istražnih radnji, odnosi se prvenstveno na njihovu formu, dok kriminalistički aspekt posebnih istražnih radnji treba da odredi sadržaj toj formi.

Peti uslov za primjenu posebnih istražnih radnji predstavljaju zakonom propisani rokovi³³ za njihovu primjenu. Ako se ima u vidu osjetljivost posebnih istražnih radnji, posebno u odnosu na mogućnost ugrožavanja ljudskih sloboda i prava i dostojanstva ličnosti, sasvim je razumljivo što ZKP reguliše trajanje ovih radnji, što ukazuje na potrebu da se u tom vremenskom roku završi operativna djelatnost i prikupe potrebni dokazi. Zakonodavac se opredijelio za više kriterija u razmatranju ovog pitanja:

a) Određen je početni i u prvom krugu najduži rok trajanja mjera, i to različito u zavisnosti o kojoj se prikrivenoj mjeri radi. U tom smislu, za nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija, pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka, nadzor i tehničko snimanje prostorija, tajno praćenje i tehničko snimanje osoba i predmeta, te nadzirani prijevoz i isporuku predmeta krivičnog djela predviđeno je u prvom krugu trajanje najduže do mjesec dana, dok je za simulirani otkup predmeta i simulirano davanje potkupnine određeno da se može odnositi samo na jednokratni akt.

b) Dozvoljeno je produžavati nabrojane mjere, i to u intervalima od po mjesec dana.

³⁴ Sijerčić-Čolić, H. i saradnici, Komentar Zakona o krivičnom postupku u BiH, op.

c) Određeno je najduže trajanje mjera u okviru prekluzivnog roka od šest mjeseci za mjere nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija, pristupa kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka i nadzora i tehničkog snimanja prostorija, odnosno tri mjeseca za tajno praćenje i tehničko snimanje osoba i predmeta, te nadzirani prijevoz i isporuku predmeta krivičnog djela.

d) Za svako produženje prethodno određene mjere moraju postojati "posebno važni razlozi" (ne svaki važan razlog, već posebno važan razlog). Zakon ne određuje koji su to razlozi, ali imajući u vidu specifičnost razmatranih mjera, kao i njihov utjecaj na osnovna prava i slobode čovjeka, opravdano je zaključiti da razlozi, po svom značaju, moraju biti izuzetni i odnositi se na cilj koji se želi postići primjenom mjera, te oduzimanjem ili ograničavanjem zajamčenih prava i sloboda čovjeka. Konkretno, naređena mjera može trajati u okviru zakonom propisanog maksimalnog trajanja, sve dok se redovni načini prikupljanja dokaza pokazuju neefikasnim zbog prirode izvršenog krivičnog djela.

e) Za svako naredno produženje, prethodno naređene mjere, mora postojati obrazloženi prijedlog tužioca, kao i obrazložena pisana naredba sudije za prethodni postupak. Uz propisani sadržaj prijedloga tužioca i sudske naredbe, i jedno i drugo moraju naročito obrazložiti razloge za produženje trajanja prikrivene mjere.

Policijski organ, po okončanju poduzimanja posebne istražne radnje, dužan je odmah sačiniti izvještaj i dostaviti ga tužiocu. ZKP ne propisuje formu takvog izvještaja, niti njegovu sadržinu, ali se u njemu mora navesti osoba (ili osobe) prema kojoj je radnja preduzeta, krivično djelo zbog kojeg je preduzeta posebna istražna radnja određena uz činjenični i pravni opis krivičnog djela, okolnosti tj. način i obim izvršenja naredbe, trajanje radnje, rezultati koji su ostvareni primjenom radnje, te naznačenje osobe koja je kao policijski službenik preduzela mjeru po naredbi sudije za prethodni postupak.³⁴ Uz izvještaj se moraju dostaviti i sve informacije, podaci i predmeti pribavljeni poduzetom radnjom, u cilju njihovog korištenja u krivičnom postupku. Tužilac je u mogućnosti da, na osnovu dostavljenog izvještaja policijskog organa,

cit, str. 369.

³⁵ Up. čl. 119. ZKP BiH.

³⁶ Sijerčić-Čolić, H. Krivično procesno pravo, op. cit, str. 448.

ocijeni je li u potpunosti postupljeno po naredbi suda. Tužilac je obavezan da dostavi pisani izvještaj o poduzetim posebnim istražnim radnjama sudiji za prethodni postupak.³⁵ Na osnovu pismenog izvještaja tužioca, sudija za prethodni postupak je u mogućnosti da provjeri da li se radilo po njegovoj naredbi prilikom primjene posebne istražne radnje, te da li su se zakonom propisana pravila o primjeni posebnih istražnih radnji iz člana 116. ZKP BiH poštovala. Sudija za prethodni postupak, na taj način, provjerava i samu zakonitost postupanja policijskog organa koji je provodio posebnu istražnu radnju. Na ovaj se način žele spriječiti eventualne zloupotrebe prilikom postupanja po naredbi sudije za prethodni postupak.³⁶

U slučaju da tužilac odustane od krivičnog gonjenja ili ako prikupljeni materijali nisu potrebni u krivičnom postupku, ti materijali će se uništiti pod nadzorom sudije za prethodni postupak, koji će o tome sastaviti poseban zapisnik. U ovom slučaju o poduzimanju radnji, razlozima za njihovo poduzimanje, informaciji da dobijeni materijal nije bio osnov za krivično gonjenje i da je uništen, pismeno se obavještava osoba prema kojoj je radnja bila određena, a ista ima pravo tražiti od suda ispitivanje zakonitosti naredbe i način na koji je radnja sprovedena, kao i naredbe suda koja je predstavljala osnov za njenu primjenu tzv. "notifikacija", što je još jedan vid zaštite građana od nezakonitog zadiranja u njihova prava i slobode. Čuvanje podataka i informacija dobijenih poduzimanjem posebnih istražnih radnji, čuvaju se koliko i sudski spis.

Prilikom primjene posebne istražne radnje, nepoštivanje pravila koja se odnose na primjenu, bilo formalnih ili materijalnih uslova, odnosno nisu poduzeti pod zakonskim uslovima, dovodi do toga da se dobijeni dokazi na takav način ne mogu koristiti, niti na njima zasnovati sudska odluka. Prema tome, ako su posebne istražne radnje poduzete bez naredbe sudije za prethodni postupak ili u suprotnosti s njom, sud na pribavljenim podacima, ili dokazima ne može zasnovati svoju odluku.³⁷ Kao dokaz ne mogu da posluže ni podaci koji su indirektno prikupljeni zahvaljujući nezakonito određenim i poduzetim posebnim istražnim radnjama. Tada, takvi materijali nemaju nikakav dokazni značaj i kredibilitet, po principu tzv. "plodova otrovne voćke".

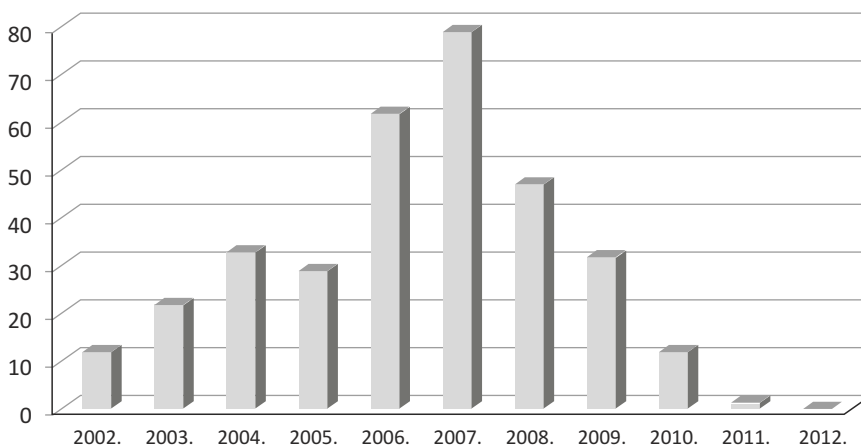
³⁷ Čl. 121. ZKP BiH, čl. 135. ZKP FBiH, čl. 121. ZKP BD BiH, čl. 239. ZKP RS BiH.

³⁸ Izvještaji Ambasade SAD-a u BiH - Ministarstvo vanjskih poslova; Dostupno na: Bosnian. Sarajevo. usembassy.gov/izvjestaji.html; Pristupano 30.10.2015. godine.

4. Odluke Ustavnog suda BiH po apelacijama za kršenje člana II/3f ustava BiH i člana 8. EKLJP u krivičnim postupcima

Izvršenom analizom apelacija građana zbog povrede prava na privatnost, zaštićeno članom II/3f Ustava BiH, odnosno članom 8. EKLJP podnesenih Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud BiH), kroz provedene krivične postupke u BiH, za vremenski period od 10 godina, odnosno za period od 2002. do 2012. godine, utvrđeno je da je podneseno ukupno 329 apelacija.

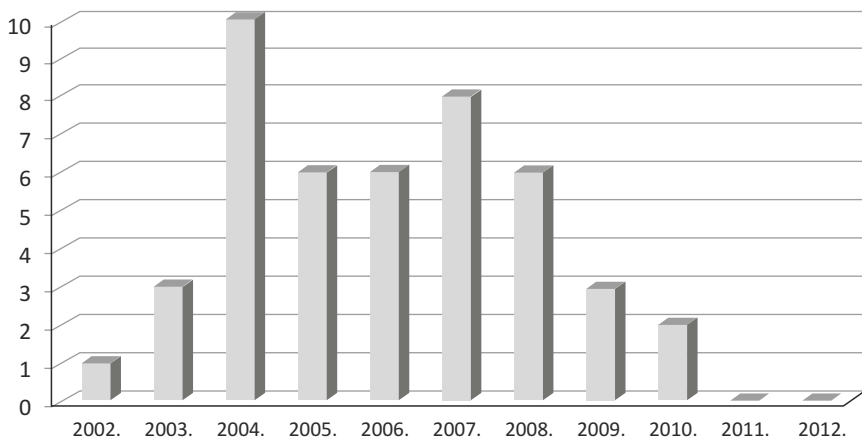
Navedeni broj apelacija je predstavljen grafičkim prikazom prema godinama podnošenja Ustavnom sudu BiH.



Grafički prikaz br. 1.

Brojčani prikaz podnesenih apelacija od strane građana Ustavnom Sudu BiH za kršenje člana II/3f Ustava BiH i člana 8. EKLJP u krivičnim postupcima u BiH za period od 2002.-2012. godine.

Ustavni Sud BiH je od ukupnog broja podnesenih apelacija, u 45 slučajeva, utvrdio kršenje člana II/3f Ustava BiH, odnosno članom 8. EKLJP. U svega dva slučaja od navedenih 45 slučajeva u kojima je utvrđeno kršenje odredbi Ustava i Konvencije, Ustavni Sud BiH je utvrdio da je povrijeđen član II/3f Ustava BiH, odnosno član 8. EKLJP zbog nezakonitog pretresa stana, dok nije podnesena niti jedna apelacija zbog narušavanja prava na privatnost, odnosno prava na nepovredivost privatnog i porodičnog života, doma i prepiske primjenom posebnih istražnih radnji u krivičnom postupku.



Grafički prikaz br. 2

Brojčani prikaz odluka po apelacijama građana od strane Ustavnog Suda BiH kojima su utvrđene povrede člana II/3f Ustava BiH i člana 8. EKLJP u krivičnim postupcima za period od 2002. – 2012. godine.

Iz navedenih podataka može se, pored konstatacije činjenice da nisu registrovani slučajevi kršenja prava na privatnost uslijed nezakonitog provođenja posebnih istražnih radnji, izvesti zaključak, da je primjena navedenih načela i principa, te sistem kontrole od strane sudova u BiH, u principu učinkovit. Rezultati analize ukazuju da, pored naprijed navedenih podataka, rezultati istraživanja istovremeno govore da je zabilježen veliki broj kršenja ostalih ljudskih prava opisanih u drugim članovima EKLJP, ali njihovo kršenje nije vezano za krivični, već za upravni postupak, tako da nije interesantno za temu ovoga rada.

U kontekstu rezultata navedenog istraživanja, također i Ambasada SAD-a u BiH, Ministarstvo vanjskih poslova, izvještavajući o stanju ljudskih prava u Bosni i Hercegovini³⁸ u Izvještajima za 2011., 2012., 2013. i 2014. godinu, u dijelu 1. Poštovanje integriteta osoba, uključujući i zabranu samovoljnog ometanja prava na privatnost, porodicu, dom i korespondenciju, navodi da *"...nije bilo izvještaja o propustu vlasti da ispoštuju ove zabrane"*.

Podaci dobijeni navedenim istraživanjem govore samo o tome da do sada nije bilo registrovanih slučajeva ugrožavanja prava na privatnost primjenom posebnih istražnih radnji, što apsolutno ne znači da se takvi slučajevi eventualno nisu desili u praksi i zato je potrebno do kraja insistirati i istrajavati na dosljednoj primjeni općeusvojenih načela i principa, te njihove kontrole od strane suda.

Zaključak

Princip racionalne i cjelishodne primjene posebnih istražnih radnji je od najvećeg značaja jer one, iako predstavljaju moćno "oružje" u suzbijanju nekih, uobičajenim dokaznim metodama inače teško dokazivih krivičnih djela, a prije svega organizovanog kriminaliteta, ako se pretjerano koriste, mogu da budu izrazito štetne po stabilnost pravnog sistema i demokratskog uređenja društva.

Rast organiziranog kriminaliteta na području BiH otvorio je put noveliranju procesnih rješenja u korist efikasnijeg otkrivanja krivičnih djela i njihovih počinitelja, te obuzdavanja kriminaliteta na način koji garantuje uspješnost i efikasnost u suzbijanju kriminaliteta, s jedne strane, i privremenom ograničavanju ljudskih prava, s druge strane. Ipak, prema procesnim rješenjima u BiH, bitno je navesti da se posebne istražne radnje odobravaju samo od strane suda, na prijedlog tužioca ili policije koja je dobila odobrenje od tužioca, po precizno utvrđenom postupku i pod uslovom da su ispunjeni svi procesni uslovi. Uloga suda prema odredbama ZKP-a nije svedena samo na davanje naredbe, već on ima odgovornost i kontrolnu funkciju nad radom organa koji sprovode navedene mjere, u cilju zaštite individualnih prava i sloboda čovjeka, kao i pružanja garancije protiv njihovog samovoljnog korištenja u krivičnom postupku.

Obzirom na činjenicu da se posebnim istražnim radnjama duboko ulazi u sferu zaštićenih sloboda i prava građana, te iz tog razloga njihova primjena mora biti precizno podvedena pod pravne norme, može se konstatovati da su procesna zakonska rješenja u BiH, u skladu s određenim načelima od kojih se posebno izdvajaju načela legaliteta, supsidijarnosti, srazmjernosti i sudskog nadzora, odnosno da se dosljedno držalo odredaba EKLJP i preporuka Rezolucije XVI. kongresa Međunarodnog udruženja za krivično pravo iz 1999. godine, te Preporuka Komiteta ministara Vijeća Evrope o specijalnim istražnim tehnikama iz 2005. godine prilikom normiranja posebnih istražnih

radnji. Tako, u krivično-procesnom zakonodavstvu BiH postoji i obaveza obavještanja osobe protiv koje su primijenjene posebne istražne radnje, po njihovom završetku ukoliko ne dođe do podizanja optužnice, tzv. "notifikacija", što je jedan od načina provjere eventualne zloupotrebe i kontrolni mehanizam od samovolje državnih organa u domenu kršenja osnovnih ljudskih prava, a posebno prava na privatnost. Pored navedenog, krivično-procesno zakonodavstvo BiH, kod primjene posebnih istražnih radnji, primjenjuje tzv. "ekskluzijska pravila", proglašavajući na taj način prikupljene dokaze – nezakonitim, u slučaju da su dokazi prikupljeni bez sudske naredbe, van njenih okvira ili u suprotnosti s izdatom naredbom. Nezakonito prikupljenim dokazima smatraju se i dokazi do kojih se došlo korištenjem samih rezultata nezakonito korištenih posebnih istražnih radnji po doktrini "plodova otrovne voćke".

Također se može konstatovati da su, pored zakonske određenosti u BiH, u definisanju posebnih istražnih radnji, standardi i načela koja se zahtijevaju u svim demokratskim državama, ispoštovani i u smislu njihove primjene u praksi. Tome u prilog govore rezultati izvršene analize apelacija podnesenih Ustavnom sudu BiH zbog kršenja člana II/3f Ustava BiH, odnosno člana 8. EKLJP, kojom je utvrđeno da se ni jedna apelacija ne odnosi na kršenje prava na privatnost, uslijed primjene posebnih istražnih radnji, u periodu od 2003. godine, kada su uvedene u krivično-procesno zakonodavstvo u BiH, do danas.

Na kraju, za krivično-procesno zakonodavstvo BiH može se utvrditi da dosljedno, usvajajući pomenuta načela, principe i standarde, osigurava adekvatnu zaštitu individualnih prava i sloboda čovjeka, te pruža garancije protiv njihovog samovoljnog korištenja u krivičnom postupku.

Literatura

Knjige i časopisi

1. Bejatović, S. (2005) "Krivičnoprocesna pitanja novih metoda otkrivanja i istrage krivičnih dela organizovanog kriminaliteta", Zbornik radova-organizovani kriminalitet, stanje i mere zaštite, Beograd, Policijska akademija.
2. Ćirić, M. (2006) „Organizaciona struktura i postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava“, *Pravna misao*, broj 5-6.
3. Dimitrijević, V., Paunović, M., Đerić, V. (1997) *Ljudska prava-udžbenik*, Beogradski centar za ljudska prava-elektronsko izdanje, Beograd.
4. Halilović, H. (2005) *Prikriveni istražitelj, pravno-kriminalistički pristup*, Sarajevo.
5. Halilagić, N. (2013) *Posebne istražne radnje kao odgovor na organizovani kriminalitet*, JP NIO Službeni glasnik BiH, Sarajevo.
6. Milićević, N. (2007) *Ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo.
7. Sarač, K. (2012) *Pravo na privatnost*, JP NIO Službeni list BiH, Sarajevo.
8. Sijerčić-Čolić, H. (2012) "Prikrivene istražne mjere u svjetlu efikasnosti krivičnog postupka i zaštite osnovnih prava i sloboda čovjeka", *Pravo i pravda*, broj 1, 2002. godine.
9. Sijerčić-Čolić, H. i saradnici (2005) *Komentar zakona o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini*, Zajednički projekat Vijeća Evrope/Evropska komisija, Sarajevo.
10. Sijerčić-Čolić, H. (2012) *Krivično procesno pravo*, Knjiga prva, *Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje*, Sarajevo.
11. Sadiković, L. (2002) "Apsolutno zaštićena ljudska prava", *Kriminalističke teme* broj 1-2, Fakultet kriminalističkih nauka, Sarajevo.

Pravni akti

1. *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, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09 i 93/09, 72/13).

2. Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik FBiH br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 i 59/14).
3. Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik RS br. 50/03, 111/04, 115/04, 29/07, 68/07, 119/08, 55/09, 80/09, 88/09, 92/09, 100/09 i 53/12).
4. Zakon o krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BD BiH br. 10/03, 6/06, 14/07, 19/07, 21/07, 2/08, 17/09, 10/10 i 33/13).
5. Krivični zakon Bosne i Hercegovine, (Službeni glasnik BiH br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 47/14, 22/15 i 40/15).
6. Dejtonski mirovni sporazum, aneks IV. sporazuma; Dostupno na: Pristupano 25.10.2015. godine.
7. Ustav FBiH; Dostupno na: http://skupstinabd.ba/ustavi/f/ustav_federacije_bosne_i_hercegovine.pdf; Pristupano 25.10.2015. godine.
8. Ustav RS BiH; http://skupstinabd.ba/ustavi/rs/Ustav_bosanski.pdf; Pristupano 29.10.2015. godine.
9. Izvještaji Ambasade SAD-a u BiH - Ministarstvo vanjskih poslova; Dostupno na: Bosnian.sarajevo.usembassy.gov/izvjestaji.html; Pristupano 30.10.2015. godine.
10. Rezolucija XVI. kongresa Međunarodnog udruženja za krivično pravo iz 1999. godine (Resolutions adoptees lors du XVIIeme Congres International de droit Penal, Le XVIIeme Congres international de droit penal s'est tenu a Budapest du 5 au 11 septembre 1999.) Dostupno na: [www.google.ba/#q=International+ Association+of+ Criminal+Law +in+ Budapest+in+1999](http://www.google.ba/#q=International+Association+of+Criminal+Law+in+Budapest+in+1999), Pristupano 21.10.2015. godine.
11. Preporuka Rec (2005)10 Komiteta ministara državama članicama o "specijalnim istražnim tehnikama" koje se odnose na ozbiljan kriminal, uključujući terorističke akte, (Recommendation Rec (2005)10 of the Committee of Ministers to member states on "special investigation techniques" in relation to serious crimes including acts of terrorism); Dostupno na: (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=849269&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC7>); Pristupano 21.10.2015. godine.

MECHANISMS OF HUMAN RIGHTS PROTECTION IN CONJUNCTION WITH SPECIAL INVESTIGATIVE MEASURES IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Specific features and characteristics of the application of the special investigative actions in combating organized crime indicate also the delicate character of the general rules and principles of their application in a way that they guarantee the performance and efficiency in fighting crime on one hand, and impose temporary restrictions on human rights, on the other hand. Protection of right to privacy and family life, home and correspondence are the most vulnerable rights during the implementation of special investigative measures and at the same time are one of the fundamental rights which realization is a prerequisite for the proper functioning of any democratic society. During the research, scientific methods such as historical, normative, dogmatic, comparative and statistical methods were used. The European Convention on Human Rights, recommendations of Resolution XVI Congress of the International Association of Criminal Law in 1999, recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe on special investigation techniques in 2005, the Constitution of Bosnia and Herzegovina and positive procedural legislation in B&H were analysed. Mechanisms, reflected in some generally accepted principles, which today define the scope of legal protection of citizens from unauthorized actions, were also considered. Besides that, the results of the appeal filed to the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina in violation of Article II / 3f of the Constitution and Article 8 of the European Convention of Human Rights reflects the degree of respect of human rights in the investigation procedure in Bosnia and Herzegovina.

Key words

Organized crime, special investigative actions, criminal procedure, human rights, the right to privacy.

PRAVA I OBAVEZE IZ UGOVORA O KREDITU

**Autor dr Zoran Vasiljević - Banja Luka: Univerzitet u Banja Luci,
Pravni fakultet, 2015 (Banja Luka : Grafopapir) 285 str.; 25 cm**

prikaz

Priradio: **prof. dr Branko Morait***

Krajem 2015. godine izašla je iz štampe knjiga dr Zorana Vasiljevića, docenta na Pravnom fakultetu Univerziteta u Banja Luci, pod naslovom PRAVA I OBAVEZE IZ UGOVORA O KREDITU. Kako sam i autor apostrofira u naslovu, na koranicama, većim slovima - UGOVOR O KREDITU, time ukazuje na centralnu temu svog istraživačkog rada nastalog na osnovu odbranjene doktorske disertacije. Ova naučna monografija je, kako sam autor napominje, nastavak njegove analize pravne teorije kredita koju je započeo monografijom pod naslovom PRAVNA TEORIJA KREDITA. Prva monografija je pretežno teorijsko istraživanje, dok se ova, koju prikazujemo, u osnovi produbljeno bavi praktičnom problematikom.

Autor ugovor o kreditu analizira kao obligacioni odnos i u centar svojih istraživanja stavlja prava i obaveze ugovornih strana. Sadržaj ugovora je opredijeljen pravnom prirodom ugovora o kreditu kao aktivnog bankarskog posla, što rezultira da se banka nalazi u ulozi povjerioca, a korisnik kredita u ulozi dužnika imajući u vidu samo glavnu dužničku obavezu, otplatu glavnice sa kamatama. Međutim, takav pojednostavljen pristup autor ne podržava, jer ugovor o kreditu posmatra i izlaže kao složen izvor obligacionih odnosa, dvostrano-obavezni obligacioni odnos.

Pored uvoda, monografija sadrži tri glave i zaključak. Autor je prava i obaveze kreditora obradio sistematski u prve dvije glave, a u trećoj glavi je obradio ona prava i obaveze korisnika kredita koja nemaju svoj odraz u pravima i obavezama kreditora. Autor predmet ugovora o kreditu izlaže kao novčanu obligaciju, ali ne zanemaruje mogućnost ugovaranja određenih

* Sudija Suda Bosne i Hercegovine

neimovinskih segmenata u ugovoru o kreditu, kao što su upravljački odnosno statusni segmenti.

Prema našem zapažanju, problematika sredstava obezbjeđenja kredita, među naučnim istraživačima, kako u Bosni i Hercegovini tako i u regionu, zauzima značajno mjesto već duže vrijeme. Napisano je mnoštvo magistarskih radova i odbranjen čitav niz doktorskih disertacija na ovu temu. U pozadini svih tih je stajala problematika ugovora o kreditu kome su sredstva zaštite upravo mnogobrojna sredstva obazbjeđenja ili pojačanja ugovora. Tako i autor prikazivane monografije u prvi plan postavlja pravo davaoca kredita na sredstva obazbjeđenja, kako realna tako i personalna sredstva obezbjeđenja.

Zanimljiva su izlaganja vezana za zaštitne klauzule u vezi sa otplatom kredita, posebno problem sa švajcarskim frankom u funkciji valorimetra. Autor se osvrće na aktuelno pitanje, prisutno posljednjih godina u Bosni i Hercegovini a i u regionu, opravdanosti primjene valutne klauzule u slučajevima kada se švajcarski franak pojavljuje u ulozi valute ugovora, tj. valute koja služi kao parametar za određivanje vrijednosti valute plaćanja. Problem nastaje kada promjena pariteta između valute ugovora i valute plaćanja dovodi do promjene iznosa koji treba izdvojiti na ime dužničke obaveze otplate kredita. Autor ne negira legitimnost ugrađivanja valutne klauzule, ali zadržava svoj konačni sud na sudskim procesima koji su još u toku, jer, u konačnici, sud će dati posljednju riječ u cijelom slučaju. Ono što autor ističe jeste, da se, uz neosporivu legitimnost ugovaranja valutne klauzule, treba ispitati poštovanje osnovnih principa obligacionog prava, kakvi su ravnopravnost ugovornih strana i načelo savjesnosti i poštenja. Autor zaključuje da nije dovoljno zadržati se na činjenici da je ugovaranje valutne klauzule dozvoljeno i da su njene odredbe dovoljno razumljive saugovoraču, već je potrebno ispitati i da li je, na strani kreditora, postojalo znanje da će spornu valutu zadesiti izraženi rast njene vrijednosti u odnosu na druge valute. Autor racionalno predlaže da oni koji se bave ovim slučajevima moraju ispitati da li je postojala određena doza izvjesnosti u pogledu kretanja kurseva određenih valuta, te ako jeste da li je to davaocu kredita moglo biti ili, čak, da jeste bilo poznato, što ilustruje i određenim saznanjima, koja se mogu naći u knjizi.

Knjiga je nastala upotrebom naučnih metoda uz korišćenje obimne građe (naučne, stručne, pozitivnopravne i *lex mercatoriae*) tako da bi nesumnjivo bila siguran priručnik praktičarima iz oblasti bankarskog prava,

korisna teoretičarima kojih nije malo u ovoj zanimljivoj materiji, ali i pravnim laicima koji se, sticajem okolnosti, neprestano upuštaju u ove obligacione odnose. Svima nama je poznata ona čuvena izreka po kojoj nema ništa praktičnije od dobre teorije.

Na kraju, svima nama toplo preporučujem ovu korisnu knjigu koja nam dolazi u pravo vrijeme.

TREĆI KONGRES O KATASTRU U BOSNI I HERCEGOVINI

prikaz

Pripremio **mr. Đemaludin Mutapčić***

Od 02. do 04.12.2015. godine u Mostaru održan je III. kongres o katastru u Bosni i Hercegovini, pod visokim pokroviteljstvom prof. dr. Dragana Čovića, predsjedavajućeg Predsjedništva Bosne i Hercegovine. Kongres je veoma uspješno organiziralo Geodetsko društvo Herceg-Bosne iz Mostara.

Temeljna zadaća tog geodetskog društva je promocija geodetske struke, poticaj na stvaranje i primjenu savremenih dostignuća u svim područjima geodetske struke. U skladu sa tom zadaćom, nakon Neuma 2007. godine i Ilidže 2011. godine, organiziran je i ovaj treći Kongres o katastru u Bosni i Hercegovini.

Kongres je okupio oko tri stotine sudionika iz Bosne i Hercegovine, regije, kao i pojedinih zemalja Evrope (Švedska i dr.). Na njemu su geodeti i drugi stručnjaci iz sektora zemljišne administracije razmijenili iskustva i aktuelne informacije iz oblasti katastra.

Jedan od ciljeva održavanja Kongresa jeste analiza trenutnog stanja sektora zemljišne administracije u Bosni i Hercegovini, posebno realizacije projekata koji su od izuzetnog značaja za geodetski i katastarski sektor. Infrastruktura prostornih podataka, primjena međunarodnih standarda i direktive Evropske unije o katastru su posebni izazovi.

Izabrane teme i ugledni prezentatori tokom Kongresa od pet sesija nastojali su dati odgovore na mnoga pitanja i trenutne dileme sektora zemljišne administracije, posebno u Bosni i Hercegovini i u regiji.

U okviru sesije, koja je nazvana Prezentacija aktivnosti Federalne uprave za geodetske i imovinsko-pravne poslove, posebno su zapaženi radovi, i to:

* *Notar;*
notar@notar-mutapcic.com

1. Željko Obradović: Izgradnja kapaciteta i izazovi sektora zemljišne administracije u Federaciji Bosne i Hercegovine i
2. Ferid Durmišević: Zakonodavnopравни okvir zemljišne administracije u Federaciji Bosne i Hercegovine.

Iz prezentiranih radova Željka Obradovića i Ferida Durmiševića, koji su stručnjaci geodetske struke, jasno i nedvosmisleno se može vidjeti nastojanje za napuštanje sudskog koncepta zemljišnih knjiga i uspostavu jedinstvene evidencije u okviru deset kantonalnih uprava za nekretnine u Federaciji Bosne i Hercegovine, bez obzira na primjenu Zakona o stvarnim pravima (Službene novine Federacije BiH; br. 66/13 i 100/13) kao sistemskog zakona, koji govori o zemljišnoknjižnom sudu odnosno tim uredima pri sudovima i upisu u knjigu položenih ugovora prema pravilima zemljišnoknjižnog prava i nastavlja pravno postojanje Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije BiH, br. 19/03 i 54/04) kao kompatibilnog sa Zakonom o stvarnim pravima. Tako se u prezentiranom radu Ferida Durmiševića navodi i to da bi se cjelokupni podaci o nekretninama u Federaciji Bosne i Hercegovine mogli voditi u deset kantonalnih uprava umjesto na sadašnjih čak 111 mjesta (uključujući zemljišnoknjižne urede pri općinskim sudovima i katastarske urede pri općinama odnosno gradovima, kao jedinicama lokalne samouprave).

Međutim, uz svo uvažavanje geodetske struke i Federalne uprave za geodetske i imovinsko-pravne poslove, te bez obzira na racionalnost rješenja koje se navodi u prezentiranom radu Ferida Durmiševića, a sa pravne tačke gledišta i pravne sigurnosti, u pravničkoj i drugoj naučnoj i stručnoj javnosti može se postaviti pitanje da li bi u slučaju da zemljišne knjige a posebno B – list (vlastovnicu) i C – list (teretovnicu) ne vode sudovi, došlo do kršenja principa podjele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast, na kome se zasnivaju Ustav Bosne i Hercegovine, Ustav Federacije Bosne i Hercegovine i svih deset kantonalnih ustava. Što se tiče zaštite ljudskih prava na osnovu i u okviru Evropske konvencije o ljudskim pravima (Službene novine BiH, broj 6/99), u slučaju da gruntovnica ostane u sudu ne bi bila prekršena tri temeljna principa navedene Konvencije i Ustava Bosne i Hercegovine, i to: pravo na imovinu, zabrana diskriminacije i jednakosti građanki i građana pred zakonom. Sud je sud. Organ uprave je organ uprave u sistemu izvršne vlasti, koji postupa na osnovu i u okviru načela Zakona o upravnom postupku kao procesnog zakona. Sudska kontrola upravnog akta propisana je Zakonom o upravnim sporovima. Postavlja se i pitanje da li je napuštanje sudskog

koncepta zemljišnih knjiga i u skladu sa Zakonom o stvarnim pravima kao sistemskim zakonom, kao i Zakonom o principima lokalne samouprave (Službene novine Federacije BiH, broj 49/06) u pogledu nadležnosti jedinica lokalne samouprave (općina i gradova) a ne kantona u vezi materije koja se uređuje u Nacrtu zakona o premjeru i registraciji nekretnina.

O tome je nužno voditi računa u javnoj raspravi o Nacrtu tog zakona, koja je najavljena od strane prezentatora Željka Obradovića na ovom Kongresu.

Naime, u vezi s tim, postavljaju se i pitanja, kao što su:

- da li se i u Federaciji Bosne i Hercegovine napušta sudski koncept zemljišnih knjiga („Grundbuch“ iz austrijskog i srodnih prava) i velika investicijska ulaganja GTZ iz SR Njemačke u postojeće zemljišnoknjižne urede pri sudovima i njihove postignute rezultate (tako zemljišnoknjižni ured Općinskog suda u Sarajevu postiže prosječnu trodnevnu ažurnost u postupanju);
- da li Federacija Bosne i Hercegovine na način predviđen u Nacrtu navedenog zakona prelazi na skandinavski način vođenja javnog registra o evidenciji na nekretninama;
- da li time napuštamo pravnu tradiciju grunтовница pri sudovima;
- da li je osnovano i opravdano preuzimati propise o katastru nepokretnosti Republike Srpske, s obzirom i na to da se Federacija Bosne i Hercegovine sastoji od deset kantona, koji imaju svoje kantonalne ustave i koji nisu jedinice lokalne samouprave;
- kakve su pravne posljedice ako organi uprave budu vodili "B" i "C" listove zemljišnoknjižnih izvadaka;
- zašto se jedinstvena registracija nekretnina ne bi vodila pri sudovima, a ne pri organima uprave;
- zašto se i dalje kreditno zaduživati za stvaranje kantonalnih uprava za nekretnine u situaciji kada su postojeći zemljišnoknjižni uredi općinskih sudova sve bolje i više ažurni u vođenju zemljišnih knjiga?

Postavljena pitanja u ovom radu zahtijevaju argumentirane odgovore u narednom periodu, a posebno u najavljenoj javnoj raspravi o Nacrtu zakona o premjeru i registraciji nekretnina u Federaciji Bosne i Hercegovine u vezi sa zaključcima i prijedlozima rješenja III. kongresa o katastru u BiH. Treba ukazati da su se navedena pitanja postavljala i u vrijeme kada je Parlament Federacije Bosne i Hercegovine usvojio važeći Zakon o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine.

Treba istaći da su u toku ovog Kongresa održane i još četiri posebne sesije, i to:

1. Projekti CILAP i IMPULS – pregled aktivnosti i rezultata,
2. Infrastruktura prostornih podataka,
3. Upis nekretnina i prava na nekretninama,
4. Geodetske osnove i potpora društvenim procesima.

Tako se među zapaženijim radovima na ovom Kongresu mogu navesti radovi, kao što su:

1. Dragan Kovačević i dr.: Unapređenje katastarskog informacionog sistema Crne Gore,
2. Vlado Ceti i dr.: Prostorni podaci za Dunavsku strategiju,
3. Marina Tavra i dr.: Razvoj infrastrukture prostornih podataka o moru u Republici Hrvatskoj,
4. Jakov Maganić, Ivan Lesko: Upis cesta u katastar nekretnina i zemljišnu knjigu po Zakonu o cestama Republike Hrvatske,
5. Varija Schmidt, Slobodanka Ključanin: Sustavna geodetska izmjera Austrijske/Austro-Ugarske monarhije sa naglaskom na katastarsku izmjeru u Bosni i Hercegovini,
6. Mario Landek, Josip Lisjak: Legalizacija nezakonito izgrađenih zgrada u Republici Hrvatskoj i njezini gospodarski učinci.

Što se tiče veoma aktuelnih tema uspostave i zamjene zemljišnih knjiga na osnovu i u okviru važećeg Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine, mogu se izdvojiti pravnički radovi na ovom Kongresu, i to:

1. Dijana Brkić: Razlozi za uspostavu/zamjenu zemljišne knjige i
2. Dino Aličić: Prikupljanje dokaza, utvrđivanje činjenica i utvrđivanje prava na nekretninama u postupku uspostave – zamjene zemljišne knjige.

Na kraju, treba istaći odličnu organizaciju ovog trodnevnog Kongresa, koji je osim radnog dijela, sadržavao i veoma lijepo druženje njegovih brojnih sudionika, koji nose lijepe uspomene i sjećanja na Kongres, Grad Mostar i Bosnu i Hercegovinu.

SUDSKA PRAKSA USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

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

PRAVO NA SLOBODU I SIGURNOST LIČNOSTI

Postoji kršenje prava iz člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5. stav 1.e) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda budući da su apelanti lišeni slobode i smješteni u Zavod za zbrinjavanje mentalno invalidnih lica "Drin" Fojnica, a da nije primijenjen Zakon o zaštiti lica sa duševnim smetnjama koji definiše mogućnost, uslove, način i postupak zadržavanja, odnosno pritvaranja lica sa mentalnim poremećajima, čime nije ispunjen zahtjev "zakonitosti" u smislu ove konvencije. Takođe, postoji kršenje člana 5. stav 4. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, budući da odluku o prinudnom smještaju i produženju prinudnog smještaja apelanata nije donio nadležni sud, kako to propisuje Zakon o zaštiti lica sa duševnim smetnjama, pri čemu proizlazi da je boravak apelanata u Zavodu potencijalno neograničen budući da nema dokaza da su odluke o smještaju preispitane od suda ili organa koji mora biti "nezavisan od izvršne vlasti i strana u postupku" u smislu utvrđivanja neophodnosti daljnjeg boravka apelanata u Zavodu.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud podsjeća da je činjenično i pravno pitanje lišavanja slobode i smještaja duševno oboljelog lica u Zavod razmatrao u odlukama br. AP 2472/11 od 31. januara 2013. godine, AP 620/13 od 25. aprila 2013. godine i AP 2440/11 od 16. maja 2013. godine. U navedenim odlukama Ustavni sud je

* Sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine;

** Tužilac Tužilaštva BiH;

detaljno ukazao na kriterije koji, prema praksi Evropskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Evropski sud), moraju biti ispunjeni da bi se pritvor mentalno oboljelog lica smatrao kao pritvor koji nije "proizvoljan", tj. da bi bio ispunjen zahtjev "zakonitosti" u smislu člana 5. stav 1.e) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda – u daljem tekstu: Evropska konvencija (vidi, npr., AP 2472/11, tač. 39-40, te 42. i 44). Naime, primjenjujući te kriterije na situaciju koja je razmatrana u navedenoj odluci, Ustavni sud je zaključio da nije bilo sudske odluke ni prilikom prinudne hospitalizacije, niti prilikom apelantovog smještaja u Zavod. Ustavni sud je naročito ukazao da je u tom slučaju apelant smješten u Zavod na osnovu Federalnog zakona o osnovama socijalne zaštite i Kantonalnog zakona o socijalnoj zaštiti, ali da nisu uzete u obzir odredbe Zakona o zaštiti lica sa duševnim smetnjama ("Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine" br. 37/01, 40/02, 52/11 i 14/13) koji propisuje način i postupak za utvrđivanje duševne poremećenosti pred nadležnim domaćim organom, kao i potrebu da se ispita opravdavaju li vrsta i stepen "duševne poremećenosti" prinudno zatvaranje takvog lica. Uz to, Ustavni sud je ukazao da odredbe tog zakona propisuju ograničeno trajanje pritvora, odnosno prinudnog smještaja uz obavezu da zdravstvena ustanova u kojoj se lice nalazi, po potrebi, dostavlja sudu izvještaje o zdravstvenom stanju tog lica. Konačno, Ustavni sud je u navedenoj odluci zaključio da je Centar za socijalni rad imao mogućnost postupanja u smislu navedenih odredaba Zakona o zaštiti lica sa duševnim smetnjama, ali da nije postupao u skladu s navedenim zakonom, pa je utvrdio kršenje apelantovog prava iz člana 5. stav 1.e) Evropske konvencije, ocijenivši da apelantovo lišavanje slobode, tj. prinudni smještaj u ustanovu, nije "zakonito", kako to zahtijeva Evropska konvencija (*idem*, tačka 46).

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 3443/13 od 16. septembra 2015. godine)*

PRAVO NA SLOBODU I SIGURNOST LIČNOSTI I PRAVO NA NEDISKRIMINACIJU

Nema kršenja prava na slobodu i sigurnost ličnosti iz člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5. stav 1. tačka c) i stav 3. Evropske konvencije kada odluke o produžavanju pritvora sadrže dovoljne, jasne i individualizirane razloge za produžavanje pritvora prema posebnom pritvorskom razlogu iz člana 146. stav 1. tačka b) Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH.

Nema kršenja prava na nediskriminaciju iz člana 14. u vezi sa članom 5. Evropske konvencije u situaciji kada redovni sudovi donesu drugačiju odluku povodom prijedloga Tužilaštva za produženje mjere pritvora za ostale osumnjičene u istom predmetu, jer se postojanje osnova za produženje mjere pritvora mora ocjenjivati u svakom konkretnom slučaju, pa se ne može smatrati da donošenje drugačijih odluka u odnosu na druge osumnjičene predstavlja, samo po sebi, diskriminaciju prema nekom zabranjenom osnovu.

Iz obrazloženja:

U vezi sa apelantovim navodima da je osnovana sumnja da je počinio krivično djelo koje mu je stavljeno na teret, kao opšti razlog za određivanje i produženje pritvora, utvrđena na osnovu nezakonitih dokaza, Ustavni sud napominje da je u svojoj Odluci broj AP 3343/09 od 15. maja 2012. godine (vidi, www.ustavnisud.ba, Odluka o dopustivosti, tačka 14) ukazao da pitanje "zakonitosti ili nezakonitosti" pribavljanja dokaza, na kojima je zasnovana osnovana sumnja kao opšti pritvorski razlog, nije pitanje koje potpada pod član 5. stav 1. tačka c) Evropske konvencije. Po mišljenju Ustavnog suda, to pitanje može biti predmet ispitivanja u eventualno daljnjem toku krivičnog postupka. Pored toga, Ustavni sud zapaža da iz dostavljene dokumentacije proizlazi da apelant u postupku produženja pritvora nije ni osporavao postojanje osnovane sumnje da je počinio krivično djelo koje mu je stavljeno na teret, već da je čak priznao "izvršenje krivičnog djela". Shodno navedenom, Ustavni sud u ovoj odluci neće razmatrati predmetne apelacione tvrdnje u vezi sa pravom na slobodu i sigurnost ličnosti.

Vezano za posebne pritvorske razloge iz člana 146. stav 1. tačka b) Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH, Ustavni sud zapaža da iz

obrazloženja osporenih rješenja proizlazi da su redovni sudovi, imajući u vidu da su svjedoka - oštećenog saslušali policijski službenici i postupajući tužilac, ocijenili da okolnosti da je apelant već prijetio oštećenom, što je izazvalo strah kod oštećenog i spriječilo ga da prijavi policiji počinjenje predmetnog krivičnog djela, kao i činjenica da su osumnjičeni već duži period iznuđivali novac od oštećenog, ukazuju na postojanje opravdane bojazni da bi apelant boravkom na slobodi uticao na oštećenog da promijeni svoj iskaz, te da bi na taj način ometao krivični postupak.

Opasnost da bi apelant boravkom na slobodi ometao krivični postupak, po mišljenju Ustavnog suda, ne može umanjiti činjenica da je apelant pred nadležnim tužiocem priznao izvršenje predmetnog krivičnog djela, te su apsolutno neosnovani apelantovi navodi da mu se pritvor ne može odrediti, jer je priznao izvršenje krivičnog djela. Shodno tome, Ustavni sud, nasuprot apelantovim navodima, smatra da su redovni sudovi dali dovoljno jasno i logično obrazloženje zašto smatraju da postoje naročite okolnosti koje ukazuju na to da bi apelant mogao ometati krivični postupak uticajem na oštećenog - svjedoka da promijeni svoj iskaz. U takvom zaključku redovnih sudova, s obzirom na činjenice konkretnog predmeta, Ustavni sud ne nalazi proizvoljnost, te smatra da okolnosti konkretnog slučaja upućuju na postojanje važnog i značajnog opšteg interesa koji preteže nad načelom poštovanja prava na slobodu pojedinca.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 2938/15 od 16. septembra 2015. godine)*

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Pravo na suđenje pred nezavisnim i nepristrasnim sudom

Povrijeđeno je apelantovo pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije pred nepristranim sudom jer je u istom predmetu ista sutkinja sudjelovala kao predsjednica vijeća u kojem je donesena odluka o apelantovoj žalbi, kojom je ukinuta prvostepena presuda i predmet vraćen na ponovni postupak i u sastavu sudskog vijeća koje je odlučivalo o apelantovoj reviziji.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud primjećuje da su u članu 357. Zakona o parničnom postupku ("Službeni glasnik Republike Srpske" br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07 i 49/09) predviđeni razlozi za izuzimanje sudije, te je u tački 4. navedenog člana (koji je bio na snazi u vrijeme donošenja osporene odluke) propisano da sudija ne može suditi ako je u istom predmetu sudjelovao u donošenju odluke nižeg suda, što pokazuje napor domaćeg zakonodavstva da otkloni sve razumne sumnje u pogledu nepristranosti tog suda. Isto se odnosi na sada važeću odredbu prema kojoj sudija ne može suditi ako je donio odluku koja se osporava.

Ustavni sud smatra da se odredbe člana 357. Zakona o parničnom postupku ne mogu razumjeti tako da se odnose na sud kao instituciju, već na višu ili nižu instancu koja meritorno odlučuje u pojedinim fazama parničnog postupka, odnosno ne može se tumačiti isključivo kao odluka koja se neposredno osporava. Suprotno razumijevanje i primjena bili bi protivni cilju članka 357. Zakona o parničnom postupku, kojim je predviđen objektivni temelj za izuzeće sudije zbog razloga koji su, prema opštim mjerilima, toliko značajni da samim svojim postojanjem opravdavaju sumnju u nepristranost sudije i predstavljaju apsolutne razloge za izuzeće po sili zakona. Ustavni sud, dalje, zapaža da u konkretnom slučaju apelant nije morao biti upoznat s članovima Vijeća Vrhovnog suda do donošenja odluke, što znači da nije ni mogao tražiti izuzeće sporne sutkinje. Međutim, Ustavni sud zapaža da je vijeće koje je odlučivalo u konkretnom slučaju moralo paziti na svoj sastav imajući u vidu upravo načelo nepristranosti suda iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije. Zbog toga, Ustavni sud smatra da je činjenica da je ista sutkinja u

istom predmetu sudjelovala u postupku povodom žalbe i u postupku povodom izjavljene revizije apelanta, pri čemu su u ta dva postupka donesene dvije različite odluke (u postupku pred Okružnim sudom je donesena usvajajuća odluka za apelanta, a u postupku pred Vrhovnim sudom je donesena odbijajuća odluka za apelanta), stvorilo situaciju koja može potaknuti legitimne sumnje u pogledu nepristranosti suda i dovesti u pitanje načelo nepristranosti suda iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

Ustavni sud naglašava da je gotovo identično pravno pitanje razmatrao u predmetu broj AP 504/08 (vidi Ustavni sud, Odluka broj AP 504/08 od 12. oktobra 2011. godine, "Službeni glasnik BiH" broj 99/11, tačka 48., dostupna i na www.ustavnisud.ba), u kojem je zaključio da je povrijeđeno apelantičino pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije pred nepristranim sudom jer je u istom predmetu ista sutkinja sudjelovala u sastavu vijeća u kojem je donesena odluka o žalbi kojom je ukinuta prvostepena presuda i predmet vraćen prvostepenom sudu na ponovni postupak, kao i u sastavu sudskog vijeća koje je odlučivalo o reviziji u ponovljenom postupku.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 3493/12 od 14. oktobra 2015. godine)*

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Pravo na pravično suđenje u razumnom roku

Postoji kršenje prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije u odnosu na donošenje odluke u razumnom roku kada postupak po tužbi apelantata podnesenoj radi isplate duga traje ukupno sedam godina i pet mjeseci i još je u toku pred Opštinskim sudom koji nije ponudio opravdane razloge i argumente za ovako dugo trajanje postupka.

Iz obrazloženja:

Prema konzistentnoj praksi Evropskog suda i Ustavnog suda, razumnost dužine trajanja postupka mora se ocjenjivati u svjetlu okolnosti pojedinog predmeta, vodeći računa o kriterijima uspostavljenim sudskom praksom Evropskog suda, a naročito o složenosti predmeta, ponašanju strana u postupku i nadležnog suda ili drugih javnih vlasti, te o značaju koji konkretna pravna stvar ima za apelanta (vidi Evropski sud, *Mikulić protiv Hrvatske*, aplikacija broj 53176/99 od 7.02.2002. godine, Izvještaj broj 2002-I, stav 38).

Evropski sud je ukazao na to da je potrebna naročita marljivost nadležnih vlasti u svim predmetima koji se tiču ličnog statusa i svojstva, a da je ovaj zahtjev naročito važan u državama u kojima domaći zakon propisuje da određeni sudski postupci imaju hitan karakter (vidi Evropski sud, *Borgese protiv Italije*, presuda od 26.02.1992. godine, serija A, broj 228-B, stav 18).

Ustavni sud zapaža da je postupak povodom apelantove tužbe radi naknade plata započeo u maju 2006. godine i da je okončan presudom Kantonalnog suda u avgustu 2009. godine. Cjelokupan postupak povodom apelantove tužbe trajao je tri godine i tri mjeseca, od čega je postupak o izjavljenoj žalbi pred Kantonalnim sudom trajao dvije godine i osam mjeseci.

U konkretnom slučaju se radi o postupku o žalbi tuženog izjavljenoj protiv prvostepene presude u radnom sporu koji je apelant pokrenuo protiv tuženog radi naknade plata. Složenost postupka se mora razmatrati u okviru činjeničnog i pravnog aspekta, a budući da je Kantonalni sud prvostepenu presudu preinačio zbog pogrešne primjene materijalnog prava, Ustavni sud smatra da se u postupku o žalbi nije radilo o složenom predmetu.

Što se tiče ponašanja redovnih sudova, Ustavni sud primjećuje da je Opštinski sud povodom apelantove tužbe postupak dovršio za sedam mjeseci, što je s obzirom na obim provedenih dokaza relativno kratko vrijeme u kojem

je donesena prvostepena presuda. Pred Kantonalnim sudom postupak povodom žalbe tuženog trajao je dvije godine i osam mjeseci. S tim u vezi, Ustavni sud napominje da Zakon o parničnom postupku ("Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine" br. 53/03, 73/05 i 19/06) propisuje konkretne rokove za preduzimanje svake pojedine radnje prilikom odlučivanja o žalbi, te je očigledno da se Kantonalni sud nije kretao u okviru propisanih rokova već je upravo u znatnoj mjeri odstupio od njih. Osim toga, Ustavni sud naglašava da se radi o radnom sporu koji zahtijeva hitno postupanje.

Ustavni sud primjećuje da Kantonalni sud u odgovoru na apelaciju nije naveo niti jedan razlog koji je eventualno mogao uticati na dužinu trajanja žalbenog postupka, a naročito imajući u vidu činjenicu da se radi o sporu iz radnog odnosa koji se prema izričitoj zakonskoj odredbi smatra hitnim. S tim u vezi, Ustavni sud podsjeća na praksu Evropskog suda i vlastitu jurisprudenciju prema kojima je dužnost države da organizuje svoj pravni sistem tako da omogući sudovima i javnim vlastima da se povinuju zahtjevima i uslovima iz Evropske konvencije (vidi Evropski sud, *Zanghi protiv Italije*, presuda od 19. februara 1991. godine, serija A, broj 194, stav 21 i Ustavni sud, Odluka broj AP 1070/05 od 9. februara 2006. godine, stav 34). Uzimajući u obzir sve navedeno, Ustavni sud smatra da nema razumnog i objektivnog opravdanja da postupak o žalbi protiv presude iz radnog spora traje dvije godine i osam mjeseci, te se za tako dugo trajanje postupka odgovornost može u cijelosti pripisati nadležnom Kantonalnom sudu. Ustavni sud smatra da dužina konkretnog postupka ne zadovoljava zahtjev "razumnosti" iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije, te da postoji kršenje prava na "suđenje u razumnom roku" kao jednog od elemenata prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 3286/09 od 10. oktobra 2012. godine)*

Uzevši u obzir sve okolnosti konkretnog predmeta, nema povrede prava na donošenje odluke u "razumnom roku" kao segmenta prava iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije i pored okolnosti da je predmetni postupak trajao duže od 13 godina, i još uvijek nije okončan, jer je bio prekinut odlukom suda duže od 11 godina, a apelant nije zatražio nastavak postupka.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 4943/10 od 28. februara 2013. godine)*

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE I PRAVO NA IMOVINU

Povrijeđeno je pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije, te pravo na imovinu iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju jer ne postoje garancije da će apelanti kao imaoци izvršnog sudskog naslova moći naplatiti svoja potraživanja u razumnom roku.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud naglašava da je gotovo identična pravna pitanja – neizvršenje rješenja o izvršenju na teret sredstava budžeta kantona – razmatrao u više svojih odluka, uključujući i Odluku o dopustivosti i meritumu broj AP 4368/11 od 25. juna 2013. godine (dostupna na internetskoj stranici Ustavnog suda www.ustavnisud.ba). U navedenoj odluci Ustavni sud je istakao: "U konkretnom slučaju Ustavni sud smatra da se radi o efektivnom neprovođenju rješenja o izvršenju koja su donesena u izvršnom postupku, a na osnovu pravnosnažnih presuda, te da apelanti nemaju na raspolaganju efektivan pravni lijek kojim bi ishodili traženo izvršenje." Razlozi navedeni u Odluci Ustavnog suda broj AP 4368/11 u pogledu dopustivosti apelacije u cijelosti se odnose i na konkretnu apelaciju, pa se Ustavni sud, umjesto posebnog obrazloženja o dopustivosti, u cijelosti poziva na razloge navedene u citiranoj odluci Ustavnog suda.

Osim navedenog, Ustavni sud podsjeća na to da je u Odluci o dopustivosti i meritumu broj AP 3023/10 od 23. decembra 2013. godine (dostupna na internetskoj stranici Ustavnog suda www.ustavnisud.ba) djelimično usvojio apelaciju i utvrdio povredu prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije zbog neizvršenja rješenja o izvršenju na teret sredstava budžeta kantona. Tom odlukom Vladi Hercegovačko-neretvanskog kantona naloženo je da izvrši svoje ustavne obaveze i osigura poštovanje ljudskih prava tako što će preduzeti mjere s ciljem da apelantica u razumnom roku naplati svoje potraživanje, za koje posjeduje izvršnu sudsku odluku, na teret budžetskih sredstava Hercegovačko-neretvanskog kantona. Takođe, naloženo je Vladi Hercegovačko-neretvanskog kantona da, na osnovu člana 74. stav 5. Pravila Ustavnog suda (ranije važeća), u roku od šest mjeseci od dana dostavljanja navedene

odluke, obavijesti Ustavni sud o preduzetim mjerama s ciljem izvršenja odluke. Nakon isteka ostavljenog roka Ustavni sud je donio Rješenje o neizvršenju broj AP 3023/10 od 21. oktobra 2014. godine, kojim je utvrđeno da Vlada Hercegovačko-neretvanskog kantona nije izvršila navedenu odluku.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 3454/15 od 14. oktobra 2015. godine)*

KAŽNJAVANJE SAMO NA OSNOVU ZAKONA

Osporenom presudom prekršeno je apelantovo ustavno pravo iz člana II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 7. stav 1. Evropske konvencije jer je Sud BiH u konkretnom slučaju, prilikom odlučivanja o krivičnoj optužbi protiv apelanta, retroaktivno primijenio odredbe Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine iako nedvosmisleno proizlazi da je, imajući u vidu zapriječeni raspon kazni, blaži Krivični zakon SFRJ koji je važio u vrijeme izvršenja kaznenog djela za koje je apelant proglašen krivim.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud podsjeća da je pitanje primjene blažeg zakona, u kontekstu odluke Evropskog suda u predmetu Abduladhima Maktoufa i Gorana Damjanovića (vidi Evropski sud, *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine*, aplikacije br. 2312/08 i 34179/08, presuda od 18. jula 2013. godine), razmatrao u čitavom nizu svojih odluka koje je donio nakon navedene odluke Evropskog suda, te se s obzirom na navedeno u tom kontekstu, u pogledu uopštenih razmatranja o primjeni blažeg zakona, u cijelosti poziva na obrazloženje tih odluka (vidi, npr. Odluka o dopustivosti i meritumu, br. AP 325/07 od 27. septembra 2013. godine, tač. 35-45 i AP 556/12 od 4. jula 2014. godine, tač. 44-50., dostupne na www.ustavnisud.ba), s obzirom na to da se navedena obrazloženja u tom dijelu u cijelosti odnose i na ovu odluku.

Dovodeći prethodne stavove u vezu s konkretnim predmetom, rukovodeći se načelom Evropskog suda prema kojem njegov zadatak nije razmotriti *in abstracto* je li retroaktivna primjena Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine - KZBiH („Službeni glasnik BiH“ br. 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06 i 32/07) iz 2003. godine u predmetima ratnih zločina sama po sebi inkompatibilna s članom 7. Evropske konvencije, Ustavni sud nalazi da odgovor na ovo pitanje ovisi o okolnostima svakog predmeta pojedinačno. Te okolnosti ovise o visini izrečene kazne i zapriječene kazne, odnosno ovisi o rasponu propisanih kazni prema zakonu koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela i zakonu na temelju kojeg je izrečena kazna (Krivični zakon SFRJ – KZSFRJ - „Službeni list SFRJ“ br. 44/76, 36/77, 56/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90 i 45/90, odnosno KZBiH). U tom kontekstu

Ustavni sud konstatuje da je krivično djelo genocid bilo definisano u oba zakona (KZSFRJ i KZBiH) na identičan način, ali je raspon zapriječene kazne različit. U vezi s tim, Ustavni sud nalazi da je, s obzirom na visinu izrečene kazne, od posebnog značaja bilo ustanoviti koji je zakon (KZSFRJ ili KZBiH) „blaži“, odnosno povoljniji u pogledu propisane maksimalne kazne.

Ustavni sud smatra da se ne može zauzeti uopšteno (apstraktno) stanovište koji od dva

krivična zakona (misli se na KZSFRJ i KZBiH) predviđa „blažu“ ili „težu“ kaznu za ovo krivično djelo, te u s vezi s tim, dalje, apstraktno zaključiti koji bi se od navedena dva zakona trebao primjenjivati (u slučajevima kada oba zakona propisuju konkretna krivična djela iz oblasti ratnih zločina koja se optužnicom stavljaju na teret) zbog toga što taj zakon propisuje „blažu kaznu“. Takvi zaključci moći će se izvoditi samo u konkretnim slučajevima, te je sasvim moguće da će dolaziti i do različite primjene navedenih zakona (KZSFRJ i KZBiH) jer se jedan te isti zakon može pokazati, ovisno o konkretnim okolnostima svakog pojedinog slučaja, u jednoj situaciji kao blaži, a u drugoj kao teži u odnosu na kaznu koja će se izreći. Ustavni sud je mišljenja da se može zaključiti da u slučaju kada je krivično djelo bilo inkriminisano u oba zakona (u zakonu koji je važio u vrijeme izvršenja kao i u zakonu koji je naknadno donesen) da tada, saglasno drugoj rečenici stava 1. člana 7. Evropske konvencije, obavezno treba ispitati koji od dva ili više sukcesivno donesenih zakona predviđa blažu kaznu, te primijeniti taj zakon, tj. zakon koji predviđa blažu kaznu (načelo *favor rei*).

U tom kontekstu, Ustavni sud ukazuje da je nesporno da je smrtna kazna, koja je kao maksimalna kazna za to kazneno djelo propisana KZSFRJ, stroža od kazne dugotrajnog zatvora, koja je kao maksimalna kazna propisana u KZBiH. Međutim, Ustavni sud podsjeća da je članom II/2. Ustava Bosne i Hercegovine propisano da se prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji i u njenim protokolima direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini, te da ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da je stupanjem na snagu Ustava Bosne i Hercegovine (14. decembar 1995. godine) stupio na snagu i Protokol broj 6 uz Evropsku konvenciju kojim je propisano da se smrtna kazna ukida (član 1.), te da država može u svom zakonodavstvu predvidjeti smrtnu kaznu za djela izvršena u doba rata ili neposredne ratne opasnosti (član 2.). Pri tome, Ustavni sud ukazuje da je nakon toga 3. juna 2002. godine, na nivou Vijeća Evrope, usvojen Protokol broj 13 uz Evropsku konvenciju o ukidanju smrtna kazne u

svim okolnostima, koji je Bosna i Hercegovina ratifikovala 28. maja 2003. godine. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud ukazuje da iz navedenog jasno proizlazi da u vrijeme donošenja osporene presude, u januaru 2012. godine, nije postojala mogućnost da apelantu bude izrečena smrtna kazna za ovo krivično djelo.

S obzirom na to da nije bilo moguće apelantu izreći smrtnu kaznu, postavlja se pitanje koja je to onda maksimalna kazna mogla biti izrečena apelantu prema KZSFRJ. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da je odredbama člana 38. stav 2. KZSFRJ propisano da „za krivična djela za koja je propisana smrtna kazna sud može izreći i zatvor od dvadeset godina“. Po mišljenju Ustavnog suda, iz citirane zakonske odredbe jasno proizlazi da maksimalna kazna za predmetno krivično djelo, u situaciji kada više nije moguće izreći smrtnu kaznu, jeste kazna zatvora od 20 godina. Poredeći kaznu zatvora od 20 godina (kao maksimalnu kaznu za predmetno kazneno djelo prema KZSFRJ) s kaznom dugotrajnog zatvora od 45 godina (kao maksimalnom kaznom za predmetno kazneno djelo prema KZBiH), Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju nesumnjivo da KZSFRJ predstavlja blaži zakon za apelanta. Imajući u vidu da je, dakle, prema KZSFRJ apelantu bilo moguće izreći maksimalnu kaznu od 20 godina, a da mu je u konkretnom slučaju, primjenom KZBiH, izrečena kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 31 godinu, Ustavni sud smatra da je retroaktivna primjena KZBiH bila na štetu apelanta u pogledu izricanju kazne, a što je protivno članu 7. stav 1. Evropske konvencije.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 3113/12 od 27. oktobra 2015. godine)*

SUDSKA PRAKSA SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

Priredio: **prof. dr Branko Morait***

NEDOPUŠTENOST REVIZIJE ZBOG NEDOSTATAKA U ZASTUPANJU

Prema odredbi člana 214. stav 2. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH ("Službeni glasnik BiH", broj 36/04, 84/07 i 58/13) revizija nije dopuštena ako nije izjavljena u skladu sa članom 241. b) navedenog zakona.

Stoga je revizijsko vijeće, prethodno ispitujući dopuštenost revizije utvrdilo da ista nije dopuštena s obzirom da je izjavljena lično od strane tužitelja, suprotno odredbi člana 241 b. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH kojom je propisano da u postupku po reviziji stranku mora zastupati advokat, osim ako je sama stranka advokat. To znači da reviziju može izjaviti samo advokat, kao punomoćnik stranke koja sama nije advokat. Iz stanja spisa proizlazi da je tužiteljica opunomoćila advokata K. H. da je zastupa u predmetnoj pravnoj stvari. Navedeni punomoćnik je tužiteljicu zastupao samo u prvostepenom parničnom postupku, pa iako mu je uredno dostavljena prvostepena i drugostepena presuda, isti nije uložio niti redovni - žalbu, a niti vanredni pravni lijek - reviziju, da bi se moglo smatrati da je revizija izjavljena od ovlaštenog lica.

*(Iz obrazloženja rješenja Suda Bosne i Hercegovine,
broj: S1 3 P 013855 15 Rev Uvp od 15.01.2016. godine)*

* sudija Suda Bosne i Hercegovine

ODBIJANJE SAGLASNOSTI CENTRALNE IZBORNE KOMISIJE BIH NA IMENOVANJE ČLANA IZBORNE KOMISIJE

Za člana izborne komisije ne može biti imenovano lice koje je kandidat za izbore na bilo koji nivo vlasti.

Iz obrazloženja:

Apelaciono vijeće smatra da je odredba člana 2.3. stav 1. tačka 4. Izbornog zakona BiH potpuno jasna i precizna i da ista ne ograničava svoju primjenu na izbornu razdoblje u smislu odredbe člana 1.1a stav 1. tačka 12. Izbornog zakona BiH, kao to smatra žaliteljica. Navedena odredba propisuje da za člana izborne komisije ne može biti imenovano lice koje je kandidat za izbore za bilo koji nivo vlasti. Nesporno je da se N. K. nalazio na kandidatskoj listi u svojstvu kandidata ispred političkog subjekta S. R. S. na Lokalnim izborima 2012.godine, za Skupštinu opštine P., kao i da je navedena lista ovjerena od strane Centralne izborne komisije BiH. Nakon izvršene ovjere kandidatskih lista, u smislu odredbe člana 4.21 stav 4. Izbornog zakona BiH, politička stranka, koalicija ili lista nezavisnih kandidata ne mogu mijenjati kandidatsku listu sve do isteka mandata organa. To iz razloga, što ako mandat kandidata sa liste političke stranke prestane u skladu sa članom 1.10 Izbornog zakona, mandat se dodjeljuje slijedećem kandidatu u skladu sa članom 13.5. stav 4 Izbornog zakona, a sve u cilju osiguranja kontinuiteta rada organa vlasti u slučaju prestanka mandata izabranom nosiocu mandata. Stoga i ne stoji tvrdnja žalitelja da je svojom izjavom da se više nije kandidovao na izborima i da se unaprijed odrekao mogućnosti da bude odbornik, izrazio svoj stav da odustaje od kandidature za odbornika, jer je takva izjava irelevantna. Ovakav stav je apelaciono odjeljenje već ranije zauzelo u predmetima: S1 3 Iž 019595 15 Iž po žalbi SO Lj., S1 3 Iž 013180 13 Iž donesenim po žalbi G. D., te broj S1 3 Iž 013785 13 Iž donesenim po žalbi O. V. i Općinskog vijeća Z. o nedavanju saglasnosti na imenovanje članova izborne komisije.

*(Iz obrazloženja rješenja Apelacionog upravnog vijeća
Suda Bosne i Hercegovine,
broj: S1 3 Iž 019745 15 Iž od 12.10.2015. godine)*

SUDSKA PRAKSA USTAVNOG SUDA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

Pripremio: **Sead Bahtijarević***

Zahtjev Dopremijera Federacije Bosne i Hercegovine kojim je zatraženo mišljenje o tome da li je Mišljenje Advokatske/Odvjetničke komore Federacije Bosne i Hercegovine, sadržano u aktu broj: 651/10, od 04.11.2010. godine, a koje je usvojio Upravni odbor te Komore, sukladno sa Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine.

MIŠLJENJE

Dopremijer Vlade Federacije Bosne i Hercegovine, podnio je zahtjev, kojim traži da Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine da mišljenje o tome da li je Mišljenje Advokatske/Odvjetničke komore Federacije Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: AOK FBiH) sadržano u aktu broj: 651/10 od 04.11. 2010. godine, koje je usvojio Upravni odbor AOK FBiH na sjednici od 04.11. 2010. godine, sukladno sa Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine, važećim međunarodnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava koji imaju snagu ustavnih odredbi, te sa Zakonom o odvjetništvu Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", br.: 40/02, 29/03, 18/05, 68/05 i 42/11) i Zakonom o zabrani diskriminacije ("Službeni glasnik BiH", broj: 59/09).

Podnositelj zahtjeva navodi da je Upravni odbor AOK F BiH usvojio Osporeno mišljenje po kojem pravo na obavljanje odvjetničke djelatnosti kao dopunske djelatnosti (članak 19. Zakona o odvjetništvu) imaju samo odvjetnici koji su pravo na mirovinu ostvarili u odvjetništvu. Prema Osporenom mišljenju samo će se tim odvjetnicima, kada podnesu zahtjev za brisanje iz Imenika odvjetnika radi ostvarivanja prava na mirovinu, a potom podnesu

* sudac Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine u mirovini

zahtjev za ponovni upis u Imenik, izdati rješenje da odvjetničku djelatnost mogu obavljati kao dopunsku djelatnost.

Podnositelj zahtjeva smatra da je Osporeno mišljenje u suprotnosti s relevantnim odredbama Zakona o odvjetništvu, a posebice je, kako se tvrdi, u suprotnosti sa člankom 18. toga Zakona. Osim toga, tvrdi nadalje podnositelj zahtjeva, osporeno mišljenje je u nesuglasnosti sa odjeljkom II. "Ljudska prava i temeljne slobode" Ustava Federacije te aneksom Ustava Federacije Bosne i Hercegovine koji sadrži instrumente za zaštitu ljudskih prava i koji, samim tim, imaju snagu ustavnih odredbi.

Osporeno mišljenje je prema tome, smatra podnositelj zahtjeva, u suprotnosti i sa Ustavom Bosne i Hercegovine, Europskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda i njenim Protokolima, kao i sa Zakonom o zabrani diskriminacije, koji se primjenjuje na postupanje svih javnih tijela na nivou Države, entiteta, Brčko Distrikta BiH, kantona unutar Federacije BiH, općinskih institucija i tijela, pravnih osoba sa javnim ovlaštenjima, kao i na postupanje svih pravnih i fizičkih osoba u svim, a posebice u oblastima zapošljavanja, rada i radnih uvjeta uključujući i pristup zaposlenju.

Posebice se ističe da članak 14. Zakona o odvjetništvu ne može biti pravni temelj za donošenje Osporenog mišljenja. Upravni odbor odvjetničke komore, smatra podnositelj zahtjeva, ne može uskraćivati pravo na obavljanje odvjetničke djelatnosti osobama koje ispunjavaju zakonom propisane uvjete, bez obzira na to radi li se o osobi koja obavlja odvjetničku djelatnost kao osnovno ili dopunsko zanimanje, niti može propisivati drugačije uvjete za obavljanje odvjetničke djelatnosti u odnosu na one propisane zakonom. Prema tome je, prema njegovom mišljenju, Upravni odbor Odvjetničke komore usvojio Osporeno mišljenje kao nenadležan organ, suprotno Zakonu o odvjetništvu.

Predlaže da Ustavni sud Federacije na temelju članka IV.C.3.10.(2)c) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine utvrdi da je osporeno mišljenje Odvjetničke komore u nesuglasnosti sa Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine.

Shodno članku 16. Zakona o postupku pred Ustavnim sudom Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", br. 06/95 i 37/03), Ustavni sud Federacije je dana 13.01.2015. godine zatražio od AOK F BiH odgovor na navode iz zahtjeva.

U dostavljenom odgovoru (akt AOK F BiH broj: 80/15 od 29.01.2015. godine, u Ustavnom sudu Federacije zaprimljen 02.02.2015. godine) se

navodi, kako je nesporno to da je da je Upravni odbor Odvjetničke komore dana 04.11.2010. godine, usvojio Osporeno mišljenje, po kome pravo na obavljanje odvjetničke djelatnosti kao dopunske imaju samo odvjetnici koji su pravo na penziju/mirovinu ostvarili u odvjetništvu i po kojem samo oni mogu sukladno sa člankom 19. Zakona o odvjetništvu obavljati odvjetničku djelatnost kao dopunsku, pa će se dakle samo njima moći izdati rješenje da odvjetništvo, nakon penzionisanja/umirovljenja, mogu nastaviti obavljati kao dopunsku djelatnost.

Ali, stoji u odgovoru, pri donošenju ovog mišljenja, koje je samo mišljenje, a ne odluka donijeta po upravnom postupku, Upravni odbor AOK F BiH se prije svega rukovodio odredbama članaka 2., 3. i 5. Zakona o odvjetništvu, gdje se odvjetništvo definira kao neovisna profesionalna djelatnost, koja se organizira i funkcionira sukladno sa Zakonom o odvjetništvu i propisima donesenih na temelju tog Zakona.

U nastavku se ističe kako je odvjetništvo u svim zemljama Europske unije, shodno pravnoj regulativi EU neovisna, samostalna, i samoregulirajuća društvena služba za pružanje pravne pomoći fizičkim i pravnim osobama u ostvarivanju i zaštiti njihovih prava i pravnih interesa. Zakonom o odvjetništvu se reguliraju pitanja realiziranja naprijed navedenih pravnih i društvenih načela o neovisnom i samostalnom odvjetništvu koje samo tako može i mora ostvarivati pružanje pravne pomoći svakoj fizičkoj i pravnoj osobi, te zaštititi njena temeljna ljudska prava i slobode. Osim naprijed navedenih postulata odvjetničke profesije, dakle i samostojnosti i neovisnosti i samoreguliranja, odvjetništvo je bila i ostala i samofinancirajuća društvena profesija. Odvjetništvo kao društvena služba je oduvijek financirala samu sebe, i od društva i države nije dobivala nikad bilo kakve grantove, kontribucije i davanja.

Kod takvog stanja stvari, kaže se dalje u odgovoru, to jest kod činjenice da je odvjetništvo samostalna, neovisna i samoregulirajuća profesija, osim donošenja Zakona o odvjetništvu, sasvim je jasno da organi AOK F BiH moraju i trebaju zaštititi svakog svog člana i osigurati ravnopravan položaj u smislu radno pravnog vijeka, sa pravima i obvezama koje su utvrđene za suce, na svim nivoima.

Nesporno je, navodi se nadalje u odgovoru na zahtjev, da postupajući suci na svim nivoima sudbene vlasti, mogu redovito raditi do 70. godine života, pa i dalje pod određenim uvjetima koje propisuje zakon. Kod takvog stanja stvari, Upravni odbor AOK F BiH je prilikom donošenja Osporenog

mišljenja zapravo nastojao pravno urediti mogućnost da i odvjetnici, nakon ispunjavanja zakonskih uvjeta za ostvarivanje prava na mirovinu, mogu i dalje obavljati svoju odvjetničku djelatnost, kao što to mogu i suci.

U odgovoru se, nadalje, iznosi stav po kojem je podnositelj, problematizirajući pitanja o kojima je u zahtjevu riječ "definitivno mislio na odredbe članka 9. i 11. Zakona o obrtu FBiH, pa je sve pravne implikacije navedene u predmetnom zahtjevu, vezao u tom pravcu i u tom kontekstu". A odvjetništvo, kako se dalje kaže, "nije i ne može biti obrt i ne može se raditi kao dopunska djelatnost", što kako stoji u odgovoru "jasno proizlazi iz odredaba članaka 19. pa do 30. Zakona o odvjetništvu FBiH".

Zato je, tvrdi se u nastavku, "predmetno mišljenje Upravnog odbora AOK FBiH pogrešno shvaćeno", jer organi AOK FBiH imaju pravo štiti odvjetništvo kao profesiju i svoje članove, a ta zaštita uključuje i ono što je Osporenim mišljenjem utvrđeno.

Prema daljnjim navodima odgovora na zahtjev, ne bi trebalo da diplomirani pravnici koji nikada nisu bili u odvjetništvu, kada odu u penziju/mirovinu imaju ista prava kao advokati/odvjetnici koji su u odvjetništvu radili 30 ili 40 godina i pritom članarinom izravno financirali AOK FBiH. Na taj bi način, diplomirani pravnik koji nije bio u odvjetništvu "u ime nekih demokratskih načela o nediskriminaciji mogao uživati povoljnosti, teško stečenih godina advokatskog/odvjetničkog rada", a da pri tom nije nikada financijski doprinio AOK FBiH.

U završnom dijelu odgovora, istaknut je i prigovor nenadležnosti Ustavnog suda Federacije u ovom predmetu, jer, kako se u odgovoru ističe, premda je "odredbom Ustava FBiH, odjeljak 4. točka b, članak 7. točka e, alineja 3 propisano da Dopremijer jeste nadležan za odlučivanje o tome da li će zatražiti mišljenje Ustavnog suda, ali se to pravo mora inkorporirati u odredbe članka 7. točka 1. i točka b, te točke d, i c. to jest ukupno sagledavanje nadležnosti Predsjednika Vlade FBiH i Dopredsjednika Vlade, a onda to sve sagledati u svjetlu odredaba dijela 4 Zakona o postupku pred Ustavnim sudom FBiH, koje u biti ne predviđaju mogućnost davanja traženog mišljenja iz zahtjeva Dopredsjednika FBiH". Zato se od Ustavnog suda Federacije traži prethodno očitovanje o ovom prigovoru, a ako Sud ipak utvrdi da je nadležan, predlaže se donošenje odluke kojom bi se utvrdilo da Osporeno mišljenje nije u suprotnosti sa ustavnim propisima na koje ukazuje podnositelj zahtjeva.

U odgovoru na kraju stoji i navod kako Upravni odbor AOK FBiH zajedno sa regionalnim advokatskim/odvjetničkim komorama radi na izradi

nacrta novog zakona o odvjetništvu, smatrajući "da bi takva vrsta uređivanja ovog pravnog problema bila efikasno i trajno rješenje u okviru novog Zakona o odvjetništvu ili pak izmjena i dopuna postojećeg Zakona".

Činjenično stanje i mišljenje Ustavnog suda Federacije

Koristeći se ovlaštenjem iz članka IV.B.3.7.d)(III) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, podnositelj zahtjeva zatražio je od Ustavnog suda Federacije mišljenje o tome da li je Osporeno mišljenje AOK FBiH, sadržano u aktu broj: 651/10, od 04.11.2010. godine, a koje je usvojio Upravni odbor te Komore, sukladno sa Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine, smatrajući kako to mišljenje protuslovi odredbama čl. 1. i 2. odjeljka II Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, kojima se štite ljudska prava i temeljne slobode, kao i odgovarajućim odredbama Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda i njenim protokolima.

Prema izričitom slovu Ustava Federacije Bosne i Hercegovine iz spomenute odredbe, Dopremijer Federacije ovlašten je, bezuvjetno, da odluči "da li će se tražiti mišljenje Ustavnog suda". Kako ta ustavna odredba ničim ne ograničava pravno područje u kojem bi se takvo mišljenje moglo zatražiti, neutemeljen je prigovor nenadležnosti istaknut u odgovoru na zahtjev AOK FBiH, jer su ispunjene procesne pretpostavke za postupanje u ovom ustavnosudskom predmetu.

Ustavni sud Federacije smatra kako je izvan svake sumnje da AOK FBiH, kao ugledna i iznimno društveno važna strukovna asocijacija, treba raditi na promicanju odvjetničke djelatnosti i na svaki način pružati potporu i zaštitu svojim članovima. O najširem društvenom značaju odvjetničke djelatnosti, uostalom, veoma jasno svjedoči baš to da postoji *lex specialis*, dakle poseban Zakon o odvjetništvu u Federaciji Bosne i Hercegovine, jer to nedvojbeno potvrđuje da je federalni zakonodavac brigu o toj, za društvo i zaštitu ljudskih prava esencijalno važnoj profesiji podigao na najvišu razinu. To međutim nikako ne znači, da se ta zaštita može aktima AOK FBiH protezati i *extra legem*.

Nesporna je činjenica da su uvjeti za obavljanje advokatske/odvjetničke djelatnosti izričito, metodom enumeracije, propisani Zakonom o odvjetništvu, kao što je nesporno i to da taj Zakon poznaje i dopušta mogućnost obavljanja odvjetničke djelatnosti kao osnovne ili dopunske, što se jasno vidi iz gore citiranih odredbi čl. 18. i 19. tog Zakona. Pritom nije propisano da

"pravo na obavljanje odvjetničke djelatnosti kao dopunske djelatnosti imaju samo odvjetnici koji su pravo na mirovinu ostvarili u odvjetništvu", a na čemu se inzistira u Osporenom mišljenju.

Ustavna odredba kojom se građanima Federacije Bosne i Hercegovine garantira jednakosti pred zakonom iz članka II.A.2.(1) c), nalaže da svaka osoba koja ispunjava uvjete propisane zakonom, u ovom slučaju Zakonom o odvjetništvu, ima pravo obavljati odvjetničku djelatnost bilo kao osnovnu ili kao dopunsku.

Kako AOK FBiH na temelju Osporenog mišljenja, ograničava mogućnost upisa u Imenik odvjetnika osobama koje inače ispunjavaju zakonske uvjete, ali penziju/mirovinu nisu stekle u odvjetništvu (u prilog tome podnositelj zahtjeva je, uz ostalo, priložio i fotokopiju pravosnažne sudske odluke Kantonalnog suda u Sarajevu broj: 09 O U 015755 12 U od 23.01.2014. godine), onda je potpuno jasno da je pravo građana Federacije Bosne i Hercegovine na jednakost pred zakonom ugroženo. Preciznije, odlukom jedne strukovne asocijacije, sužava se krug osoba koje pravo na obavljanje odvjetničke djelatnosti kao dopunske imaju po važećem zakonu. Takvo postupanje protivno je i odredbi članka 1. Protokola broj 12 uz Europsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, ali i izričitoj odredbi članka 2. Zakona o zabrani diskriminacije, a koje su odredbe također gore citirane.

Nemaju ustavnog niti zakonskoga utemeljenja razlozi uspostavljanje jednakosti u radno pravnom statusu između odvjetnika i nositelja sudbene funkcije, na koje se akcentirano ukazuje u odgovoru na zahtjev. To međutim može biti legitiman programski cilj AOK FBiH čijem postizanju mogu doprinijeti mišljenja i drugi akti Upravnog odbora, kao i drugih organa Komore doneseni na temelju zakona i Statuta, ali jedino tako što će utjecati na izmjene postojećeg zakonodavstva. Kategorična postavka AOK FBiH iznesena u odgovoru na zahtjev prema kojoj "organi Odvjetničke komore moraju i trebaju zaštititi svakog svog člana i osigurati ravnopravan položaj u smislu radno pravnog vijeka, sa pravima i obvezama koje su utvrđene za suce, na svim nivoima" mogla bi se prihvatiti jedino u tome kontekstu i smislu. Međutim, Osporeno mišljenje ne može se i ne smije praktično primjenjivati pri upisu u Imenik odvjetnika kao dopuna, odnosno kao korektiv Zakona o odvjetništvu.

Naime, Ustavni sud Federacije smatra nedopustivim da se, inače legitimno mišljenje jedne strukovne asocijacije, u ovom slučaju AOK FBiH, svojom praktičnom primjenom izdigne na rang zakona, te da se osobama koje ispunjavaju uvjete za vršenje odvjetništva propisane zakonom, onemogućiti upis u

Imenik odvjetnika radi obavljanja odvjetničke djelatnosti kao dopunske, zato što penziju/mirovinu nisu ostvarile u odvjetništvu.

Takva, prema mišljenju Ustavnog suda Federacije neprihvatljiva pretenzija, da se mišljenje strukovne asocijacije podigne na rang zakona, jasno je vidljiva iz stanovišta AOK FBiH izričito iznesenog u odgovoru na zahtjev, prema kojem je: "Upravni odbor Odvjetničke komore prilikom donošenja osporenog Mišljenja zapravo nastojao pravno urediti mogućnost da odvjetnici, nakon ispunjavanja zakonskih uvjeta za ostvarivanje prava na mirovinu mogu i dalje obavljati svoju odvjetničku djelatnost, kao što to mogu i suci.

To međutim nije točno. Odvjetnici mogu nakon penzionisanja/umirovljenja obavljati svoju djelatnost kao dopunsku već prema postojećem Zakonu o odvjetništvu, pa je Osporeno mišljenje u tom pogledu irelevantno. Ono je zapravo usmjereno ka tome da se ta mogućnost *praeter legem* "rezervira" samo za one odvjetnike koji su penzijski/mirovinski staž ostvarili u odvjetništvu, pri čemu bi, sljedstveno, ostalim odvjetnicima to pravo bilo nedostupno.

AOK F BiH naravno može imati, promovirati i zastupati takvo mišljenje, te ga i formalno ozvaničiti u vidu odluke Upravnog odbora, ali takav akt može imati samo programski karakter i cilj da utječe na izmjenu postojećih zakonskih rješenja. Ali dok takvo mišljenje ne bude eventualno pretočeno u opću pravnu normu, taj akt nema pravnu moć pa je njegovo primjenjivanje u postupku ponovnog upisa u Imenik odvjetnika diskriminirajuće, pa time i protuustavno.

*(Mišljenje Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine
u predmetu broj U-81/14 od 18.11.2015. godine
objavljeno je u "Službenim novinama Federacije BH" broj 96/15)*

PREGLED SADRŽAJA ČASOPISA "PРАВNA MISAO" U 2015. GODINI

BROJ 1-2/15

Uvodna riječ glavnog urednika

PREGLEDNI ZNANSTVENI RAD

- | | |
|-------------------------------|--|
| Enver Išerić | Međunarodno-pravni aspekti Dejtonskog mirovnog sporazuma |
| Izet Laličić i
Araif Nanić | Zaštita povjerenja u zemljišne knjige kada treća osoba stiče nekretninu koja je bračna stečevina |
| Jasmin Hasić | Konsocijacija u političkom sistemu Federacije BiH: testiranje teorijskog modela konsenzualne demokracije Arenda Lijpharta u praksi |

STRUČNI ČLANAK

- | | |
|----------------------------------|---|
| Goran Šimić i
Zarije Seizović | Kaznenopravni i građanskopravni aspekti naknade nematerijalne štete bivšim logorašima u Bosni i Hercegovini |
|----------------------------------|---|

PRIKAZ

- Mirjana Nadaždin Priказ knjige "Zabrana zlostavljanja u međunarodnom Defterdarević pravu ljudskih prava" autora dr Slaviše Bjelogrića

SUDSKA PRAKSA

- Ustavni sud Bosne i Hercegovine
(Pripremio akademik prof. dr Miodrag N. Simović, potpredsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banja Luci i doc. dr Vladimir M. Simović, tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine)
- Sud Bosne i Hercegovine
(Pripremio prof. dr Branko Morait, sudija Suda Bosne i Hercegovine)
- Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine
(Pripremio Sead Bahtijarević, sudac Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine)

Upute za autore

Pregled sadržaja časopisa "Pravna misao" u 2014. godini

Registar autora – suradnika časopisa "Pravna misao" u 2014. godini

BROJ 3-4/15

Uvodna riječ glavnog urednika

IZVORNI ZNANSTVENI RAD

- Maja Čolaković Utjecaj rješenja austrijskog Građanskog zakonika na regulaciju građanskopravnog statusa maloljetnih osoba u bosanskohercegovačkom pravu
- Ehlimana
Memišević Između zakona i stvarnosti: primjena Porodičnog zakona iz 2004. godine u Maroku

PREGLEDNI ZNANSTVENI RAD

- Samir Sabljica Politika zaštite potrošača u Bosni i Hercegovini u procesu evropskih integracija

STRUČNI ČLANAK

- Đemaludin Kratak prikaz Zakona o nasljeđivanju u Federaciji
Mutapčić Bosne i Hercegovine

SUDSKA PRAKSA

- Ustavni sud Bosne i Hercegovine
(Pripremio akademik prof. dr Miodrag N. Simović, potpredsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banja Luci i doc. dr Vladimir M. Simović, tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine)
- Sud Bosne i Hercegovine
(Pripremio prof. dr Branko Morait, sudija Suda Bosne i Hercegovine)
- Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine
(Pripremio Sead Bahtijarević, sudac Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine)

Upute za autore

BROJ 5-6/15

Uvodna riječ glavnog urednika

STRUČNI ČLANAK

- | | |
|----------------------------------|--|
| Đenita Kurbegović - Huseinspahić | Državljanstvo kao osnov diskriminacije sa posebnim osvrtom na državljanstvo Bosne i Hercegovine u kontekstu pristupa Evropskoj uniji |
| Mirza Ljubović i Mirza Dinarević | Pravni standardi i procedure transfuzijske medicine sadržane u direktivama Evropske unije i federalnog Zakona o krvi i krvnim sastojcima |
| Ivan Milić | Kazna rada u javnom interesu u Prekršajnom pravu Republike Srbije |

PRIKAZ

- | | |
|--------------------|--|
| Đemaludin Mutapčić | Osam godina službe notara u Bosni i Hercegovini |
| Nedžad Smailagić | Prikaz knjige G. Gilliéron, Public Prosecutors in the United States and Europe |

SUDSKA PRAKSA

Ustavni sud Bosne i Hercegovine
(Pripremio akademik prof. dr Miodrag N. Simović, potpredsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banja Luci i doc. dr Vladimir M. Simović, tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine)

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

Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine
(Pripremio Sead Bahtijarević, sudac Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine)

Upute za autore

BROJ 7-8/15

Uvodna riječ glavnog urednika

IZVORNI ZNANSTVENI RAD

Dejan Bodul i
Nikica Bodul Prilog raspravi o implementaciji potrošačkog stečaja u bosansko-hercegovačko pravo: anglosaksonski ili kontinentalni model

PREGLEDNI ZNANSTVENI RAD

Edin Halapić Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država i sudske doktrine

Adis Poljić Ispitivanje ugovorene međunarodne nadležnosti od strane suda u Bosni i Hercegovini

PRIKAZ

Đemaludin
Mutapčić Priraz knjige dr Predrag Baroš: Notar, nekretnine i privredna društva

Nedžad
Smailagić Priraz knjige S. Ruggeri (Ed.) Human Rights in European Criminal Law

Đemaludin
Mutapčić Trinaesto međunarodno savjetovanje: Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse

SUDSKA PRAKSA

Ustavni sud Bosne i Hercegovine
(Pripremio akademik prof. dr Miodrag N. Simović, sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banja Luci i doc. dr Vladimir M. Simović, tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine)

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

Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine
(Pripremio Sead Bahtijarević, sudac Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine)

In memoriam

Upute za autore

BROJ 9-10/15

Uvodna riječ glavnog urednika

PREGLEDNI ZNANSTVENI RAD

Mehmedalija H. Huremović Prikaz Zakona o zakupu stana
Đemaludin Mutapčić

STRUČNI ČLANAK

Amir Dehić Historijsko - pravna osnova utemeljenja državne imovine
Bosne i Hercegovine 1858. – 1921.

PRIKAZ

Hajrija Kriminologija, urednice Alenka Šelih, Katja Filipčić.
Sijerčić Čolić Grupa autora. Moždani na zatožni klopi. Nevroznanost,
kazensko pravo in kriminologija (Mozak na optuženičkoj
klupi. Neuronauka, krivično pravo i kriminologija).
Uredila Renata Salecl. Grupa autora

Kibernetska kriminaliteta (Kibernetički kriminalitet)
autor Aleš Završnik

Omer Gabela Prikaz knjige „Hanefijski fikh: novi, pojednostavljeni
pristup šerijatskim propisima po mezhebu imama Ebu
Hanife, uz navođenje argumenata iz Kur'ana i sunneta –
knjiga 3“ autora Abdulhamid Mahmud Tuhmaza

SUDSKA PRAKSA

Ustavni sud Bosne i Hercegovine
(Pripremio akademik prof. dr Miodrag N. Simović, sudija Ustavnog suda
Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banja Luci i doc.
dr Vladimir M. Simović, tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine)

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

Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine
(Pripremio Sead Bahtijarević, sudac Ustavnog suda Federacije Bosne i
Hercegovine)

In memoriam

Upute za autore

BROJ 11-12/15

Uvodna riječ glavnog urednika

IZVORNI ZNANSTVENI RAD

Alexandr Svetlicinii Prošireno tumačenje pojmova "privredni subjekt" i "privredna delatnost": primena pravila konkurencije na postupke organa državne uprave i lokalne samouprave u Bosni i Hercegovini

STRUČNI ČLANAK

Maja Mirković Opravdanost inkriminacije klevete u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine s osvrtom na građanskopravne aspekte reguliranja ovog pitanja

Mirza Čaušević Sličnosti i razlike Del Vekijevog i Radbruhovog poimanja prava

PRIKAZ

Marina M. Simović Krivično pravo (Uvod u krivično pravo, krivično djelo i krivnja) - autori Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A.

Đemaludin Mutapčić Privredna društva Federacije BiH, Republike Srpske, Brčko Distrikta BiH - autori Todorović, LJ. i Hadžimusić, M.

SUDSKA PRAKSA

Ustavni sud Bosne i Hercegovine
(Pripremio akademik prof. dr Miodrag N. Simović, sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banja Luci i doc. dr Vladimir M. Simović, tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine)

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

Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine
(Pripremio Sead Bahtijarević, sudac Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine)

Upute za autore

REGISTAR AUTORA - SURADNIKA ČASOPISA "PRAVNA MISAO" U 2015. GODINI

B	
Bahtijarević, Sead	1-2, 3-4, 5-6, 7-8, 9-10, 11-12
Bodul, Dejan	7-8
Bodul, Nikica	7-8
Č	
Čaušević, Mirza	11-12
Čolaković, Maja	3-4
D	
Dehić, Amir	7-8
Dinarević, Mirza	5-6
G	
Gabela, Omer	9-10
H	
Halapić, Edin	7-8
Hasić, Jasmin	1-2
Huremović H., Mehmedalija	9-10
I	
Išerić, Enver	1-2
K	
Kurbegović Huseinspahić, Đenita	5-6
L	
Laličić Izet	1-2
LJ	
Ljubović, Mirza	5-6

M

Memišević, Ehlimana	3-4
Milić, Ivan	5-6
Mirković, Maja	11-12
Morait, Branko	1-2, 3-4, 5-6, 7-8, 9-10, 11-12
Mutapčić, Đemaludin	3-4, 5-6, 7-8, 9-10, 11-12

N

Nadaždin Defterdarević, Mirjana	1-2
Nanić, Arif	1-2

P

Poljić, Adis	7-8
--------------	-----

S

Sabljica, Samir	3-4
Seizović, Zarije	1-2
Sijerčić Čolić, Hajrija	9-10
Simović, M. Marina	11-12
Simović, N. Miodrag	1-2, 3-4, 5-6, 7-8, 9-10, 11-12
Simović, M. Vladimir	1-2, 3-4, 5-6, 7-8, 9-10, 11-12
Smailagić, Nedžad	5-6
Svetlicinii, Alexandr	11-12

Š

Šimić, Goran	1-2
--------------	-----

ERRATA CORRIGE

Poštovani čitatelji i autori,

Redakcija časopisa "Pravna misao" je uočila određene tehničke pogreške u zadnjem broju časopisa koje ovom prilikom ispravljamo, a autorima i čitateljima se ispričavamo i molimo za razumijevanje!

Uočene pogreške su:

- Presuda Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj U-62/14 od 10.06.2015. godine, je već objavljena u našem časopisu broj 9-10/2015
- u sadržaju na str. 3. i 4. umjesto Svetlicinii treba da piše Svetlicinii

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.

Objavljeni radovi se ne honorarišu.

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

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
- Naslov, 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 navođenoj Web adresi:

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

Rad treba oblikovati prema sljedećim uputama:

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

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

Radujemo se Vašim priložima!

Redakcija