

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

PRAVNA MISAO

3 – 4

ožujak – travanj / mart – april

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

PREGLEDNI ZNANSTVENI RAD

Ivan Čulo Refleksija teorije o autonomiji volje
na građansko i radno pravo 7

STRUČNI ČLANAK

Aida Hadžialić Odnos rješenja o izvršenju i isprave o zapljeni
po pristanku dužnika 36

Ajla Papović Mujan Evropski nalog za hapšenje i predaju
– Izazovi za Bosnu i Hercegovinu 48

Đemaludin Mutapčić Uloga i značaj gruntovnica u vezi sudskog
koncepta zemljišnih knjiga u pravnom sistemu
u Federaciji Bosne i Hercegovine 71

PRIKAZ KNJIGE

Meliha Powlakić Arbitražno pravo, autor Mile Lasić 96

OSVRT

Branko Morait Osvrt na preispitivanja porodično-pravnih instituta
u procesu reforme građanskog zakonodavstva u Srbiji 100

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
prof. dr Vladimir M. Simović, tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine) 113

Sud Bosne i Hercegovine
(Pripremio prof. dr Branko Morait, sudija Suda Bosne i Hercegovine) 125

Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine
(Pripremio Sead Bahtijarević, sudac Ustavnog suda Federacije Bosne
i Hercegovine u mirovini) 131

Upute za autore 145

CONTENTS

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

SCIENTIFIC REVIEW

Ivan Čulo	Reflection of the Individualist Theory of the Autonomy of Will on Civil and Labour Law	7
-----------	-------------------------------------------------------------------------------------------	---

PROFESSIONAL PAPER

Aida Hadžialić	Relationship between Execution Writ and Execution upon Debtor's Consent	36
Ajla Papović Mujan	European arrest warrant - Challenges for Bosnia-Herzegovina	48
Đemaludin Mutapčić	The Role and Importance of the Land Registries in the Judicial Concept of the Property Registration in the Federation of Bosnia and Herzegovina	71

REVIEW

Meliha Powlakić	Arbitrary Law by Mile Lasić	96
-----------------	-----------------------------	----

OVERVIEW

Branko Morait	Reviewing the family-legal institute in the process of the civil law reform in Serbia	100
---------------	------------------------------------------------------------------------------------------	-----

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 and Professor Vladimir M. Simović, D.Sc. – Prosecutor at Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina)	113
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Court of Bosnia and Herzegovina (Prepared by Professor Branko Morait L.L.D., Judge of the Court of Bosnia and Herzegovina)	125
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

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)	131
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Instructions for authors	145
---------------------------------	-----

UVODNA RIJEČ GLAVNOG UREDNIKA

Poštovani čitaoci,

Pred nama se nalazi još jedan broj časopisa "Pravna misao", najrelevantnije i najaktuelnije štivo za pravnu teoriju i praksu u Bosni i Hercegovini i regionu.

U ovom broju objavljujemo nekoliko zanimljivih radova. U radu *Refleksija teorije o autonomiji volje na građansko i radno pravo*, autor istražuje refleksije individualističke teorije o autonomiji volje, kao filozofsko-sociološke koncepcije, na građansko i radno pravo. Upozoravajući da rasprava o autonomiji volje nužno vodi raspravi o nizu dvojbenosti, teza i antiteza, autor smatra da se do najprihvatljivijeg rješenja dolazi aristotelovskom sredinom.

Rad *Odnos rješenja o izvršenju i isprave o zapljeni po pristanku dužnika*, daje pojašnjenja o pravnoj prirodi rješenja o izvršenju i isprave o zapljeni po pristanku dužnika, sa posebnim osvrtom na njihov uzajamni odnos koji se reflektuje na primjenu isprave o zapljeni po pristanku dužnika.

U radu *Evropski nalog za hapšenje i predaju - Izazovi za Bosnu i Hercegovinu*, prezentirana je geneza okolnosti koje su dovele do usvajanja Evropskog naloga za hapšenje i predaju, izazove primjene ovog pravnog instrumenta u konkretnim slučajevima, kao i specifičnosti i prednosti ovog instituta u odnosu na dosadašnje procese, a prevashodno ekstradiciju.

Radom *Uloga i značaj gruntovnica u vezi sudskog koncepta zemljišnih knjiga u pravnom sistemu u Federaciji Bosne i Hercegovine*, autor daje doprinos javnoj raspravi o Nacrtu zakona o premjeru i registraciji nekretnina u Federaciji Bosne i Hercegovine. U radu se ukazuje na veliku odgovornost za ukidanje gruntovnica koje se sada vode pri općinskim sudovima kao nezavisnim organima sudske vlasti, te, uz prezentaciju odgovarajuće argumentacije, zalaže za jedinstveni sistem evidencije nekretnina, tj da gruntovnica zasnovana na sudskom konceptu vođenja zemljišnih knjiga treba da bude zadržana.

Polazeći od pretpostavke da je razmjena iskustava, stavova i ideja među pravnicima Bosne i Hercegovine i Srbije potrebna kako bi nova pravna rješenja u oba pravna sistema bila komplementarna sa evropskom perspektivom, kojoj se teži u cijelom regionu Jugoistočne Evrope, autor u radu *Osvrt na preispitivanja porodično-pravnih instituta u procesu reforme građanskog zakonodavstva u Srbiji* daje osvrt na radove prezentirane i objavljene na 27. i 28. Susretima Kopaoničke škole prirodnog prava.

Osim navedenih radova, u ovom broju objavljujemo i prikaz knjige *Arbitražno pravo*, autora Mile Lasića.

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

Čitajte i pišite!

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

REFLEKSIJA TEORIJE O AUTONOMIJI VOLJE NA GRAĐANSKO I RADNO PRAVO

pregledni znanstveni rad

UDK: 340.12:347
340.12:349.2

Ivan Čulo, dipl. iur., dipl. phil.*

Sažetak

S obzirom da se osjeća potreba za promjenama u Zakonu o parničnom postu u radu se istražuje refleksija individualističke teorije o autonomiji volje kao filozofsko-sociološke koncepcije na građansko i radno pravo. Teorija autonomije volje je zastupala posvemašnju i neograničenu slobodu pojedinca. Slijedom rasprava o društvenom ugovoru razvila se rasprava i o volji u privatnopravnim odnosima. Autonomija volje je prihvaćena u mnogim zakonodavstvima, osobito klasičnim građanskim zakonicima u ograničenom obliku, a vidljiva je najčešće u stipulacijama ograničavanja volje stranaka. Analizirajući autonomiju volje nužno se dolazi do rasprava o suprotnostima: individualizmu – kolektivizmu; pojedinačnom – društvenom, unutarnjem – vanjskom, subjektivnom – objektivnom; teorijskom – praktičnom, autonomiji – heteronomiji. U tim dvojbenostima, tezama i antitezama, kako u filozofiji tako i u pravu, do najprihvatljivijeg rješenja dolazi se, autor zaključuje, aristotelovskom sredinom.

Ključne riječi

Autonomija volje, sloboda ugovaranja, načelo privatne autonomije, građansko (ugovorno) pravo, radno pravo.

* Državni ured za reviziju / Institut Fontes Sapientiae
ivan.culo@revizija.hr; institutfs@net.hr

1. Uvod

Promišljanja o kvaliteti i ustrojstvu ljudskog društva kretala su se od krajnje individualističkih do krajnje kolektivističkih koncepcija, osobito u filozofiji i sociologiji. Refleksija tih učenja u građanskom pravu odrazila se prije svega kroz problematiku autonomije volje i slobode ugovaranja, a u radnom pravu, u raspravama o prirodi ugovora o radu. Konkretizacija individualističkih stavova ostvarena je u načelu *dispozitivnosti* (*načelo slobodne inicijative stranaka, načelo stranačke autonomije*) jednom od osnovnih načela građanskog prava. Tim načelom ostavlja se *pojedincu da samostalno organizira svoje pravne odnose prema svojoj volji*,¹ odnosno da *imovinskopравни odnos nastaje, prestaje i mijenja se u prvom redu voljom stranaka*.² Ovo načelo najpotpunije dolazi do izražaja u obveznom pravu, i to u svojstvenijem i užem smislu kao *načelo slobode ugovaranja*. Kroz povijest se ono različito manifestiralo i objašnjavalo, a najradikalnije shvaćanje je iznijela tzv. *teorija autonomije volje*, pridajući slobodi ugovaranja maksimalan značaj. U pravnoj teoriji se kao glavno pitanje javlja: "Do koje mjere treba dopustiti i omogućiti manifestaciju individualne volje prilikom ugovaranja?" Odnosno: "Koje odnose zajednica ne može prepustiti individualnoj proizvoljnosti?"

U pokušaju odgovora, argumentacija počinje u okviru prava, ali nužno odlazi u filozofsku antropologiju (volja, čovjekova sloboda), etiku (sloboda i odgovornost, ispravnost čina), kao i filozofiju prava. Objašnjenje i utemeljenje, negacija ili ograničenje autonomije volje i slobode ugovaranja u konačnici se svodi na iskonsko pitanje o biti prava - *quid sit iuris*. Prirodno-pravne teorije su naglašavale slobodu, individu i volju, te su preteče tzv. *teorije autonomije volje*, prema kojoj je individualna volja autonomna i bezgranična.

Mnogi autori skloni su *a priori* prihvatiti teoriju autonomije volje, zbog njenog utemeljenja na privlačnim postulatima slobode i jednakosti, ističući nedovoljan stupanj povijesnog razvitka za njenu potpunu primjenu. Stoga u njihovim radovima ostaje procijep između onoga što jest i onoga kako bi trebalo biti. U radu se prikazuju i ograničenja, te obrazloženja ograničenja slobode ugovaranja i autonomije volje u pozitivnim zakonodavstvima.

¹ Waltermann, R. (1996) *Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie*. Tübingen: Mohr. str. 62.

² Vedriš, M. i Klarić, P. (1984) *Osnove imovinskog prava*. Zagreb: Pravni fakultet. str. 7.

2. Sloboda ugovaranja prije pojave teorije autonomije volje

2.1. Antičko i rimsko doba

Svi ljudi imaju zajedničku težnju, da sve prilike razvijaju prema volji vlastite duše,³ navodi Platon u *Zakonima*. Mislioci nakon njega razrađuju ideju o savršenom društvu ne dovodeći u pitanje interakciju pojedinca i zajednice, već problematizirajući prvenstvo jednog ili drugog elementa. Grčka filozofija na prvo mjesto stavlja zajednicu, izuzev Sokrata i sofista. Začetnik sofističke misli, Protagora iz Abdere kao mjeru svih stvari, *koje jesu da jesu, i koje nisu da nisu*, vidi čovjeka. Takav stav rezultira sumnjom u vrijednost zakona, a vjerom u jednakost i slobodu pojedinca, koja poprima kod pojedinih sofista (Gorgija, Kalikle, Hipija, Trasimah) gotovo apsolutni značaj. Kalikle tvrdi da zakoni služe slabijima kako bi se zaštitili od vladanja jačih, te da je nepravedno da jaki i slabi, plemeniti i neplemeniti, valjani i nevaljani imaju jednaka prava.⁴ Pak, Trasimah ističe da je pravednost zakon jačega, odnosno da jaki ne trebaju nikakav zakon osim zakona svoje prirode.⁵ U tim stavovima nadziru se prve misaone naznake onoga što će kasnije kao osnovu sadržavati teorija autonomije volje.

U rimskom pravu do postklasičnog doba i Justinijana, sloboda ugovaranja je bila ograničena snažno prisutnim formalizmom. Prvobitno se razdoblje odlikuje prevagom izvanjske manifestacije nad unutrašnjom voljom stranaka. Rimsko pravo je izrazito zastupalo teoriju očitovanja. Uzimala se u obzir izjava, a subjektivnim elementima se nije pridavao značaj. Tumačenje ugovora je bilo strogo i doslovno (*secundum verba*). U najstarijem zakonodavnom aktu starog Rima *Zakoniku XII ploča*, kod *manicipacije* i *neksuma* izjavu volje tumačilo se onako kako je izgovorena (*cum neksum faciet mancioiumque uti lingua nuncupassit, ita ius esto*).⁶ Nizak stupanj razvitka društva i potreba skretanja strankama pažnje na važnost ugovora razlozi su

³ Platon (1957) *Zakoni*. Zagreb: Kultura. str. 87.

⁴ Tadić, Lj. (1983) *Filozofija prava*. Zagreb: Naprijed. str. 33.

⁵ Diels, H. (1983) *Predskoratovci: Fragmenti*, II. svezak. Zagreb: Naprijed. str. 304.

⁶ *Zakonik XII ploča* (1994) Zagreb: Latina et Graeca. str. 87.

inzistiranja strogo formalnih poslova. Tako je omogućen veći publicitet i lakše dokazivanje pri eventualnom nastanku spora. Valjanost pravnih poslova je ovisila od sudjelovanja komicija, pretora, svjedoka, izricanja zakletvi, formula i izražavanja gesta. Formalizam je osobito dolazio do izražaja kod pravnih poslova *gesta per aes et libram, in iure cessio* i *stipulatio*. *Gesta per aes et libram* (poslovi uz pomoć bakra i vage) nastali su prije pojave kovanog novca. Najznačajniji posao je *mancipacija*, tadašnja realna kupoprodaja, a zatim i način prenošenja vlasništva. Isplata duga se vršila vaganjem bakrenih šipki, a uz sudjelovanje stranaka, svjedoka i vagača. Kod *in iure cessio* (prijenos vlasništva) obavezno je bilo sudjelovanje pravosudnog magistrata. *Stipulatio* je bio najvažniji verbalni kontrakt, a formalizam se očitovao u izgovaranju određenih riječi. Stipulacija je nastajala pitanjem vjerovnika (*Spondesne mi hoc centum dare? - Da li obećaješ da ćeš mi dati sto?*) i potvrdnog neposrednog odgovora dužnika (*Spondeo - Obećajem*), u kojem je morao biti upotrijebljen isti glagol.⁷ Julije Paulo navodi da su stipulacije uvedene radi učvršćivanja obveza koje nastaju izgovaranjem određenih svečanih riječi, te da se tako i nazivaju, jer se pomoću njih pojačava čvrstina obveze: "*stari su, naime, riječju stipulum označavali nešto čvrsto (tvrdo)*".⁸ Justinijan u Institucijama bilježi da su se kod zaključivanja stipulacije upotrebljavale riječi *Da li svečano izjavljuješ - svečano izjavljujem, da li obećaješ - obećajem, da li daješ poštenu riječ - dajem poštenu riječ, da li pošteno garantiraš - garantiram pošteno, hoćeš li dati - dati ću, hoćeš li učiniti - učiniti ću*. Pri tome, Justinijan pojašnjava da "*nije bitno da li se stipulacija zaključuje na latinskom, grčkom ili nekom drugom jeziku, razumljivo, ako obojica ugovarača razumiju taj jezik, nije potrebno ni da se obojica služe istim jezikom, dovoljno je da se odgovori u skladu s pitanjem, pa tako i dvojica grka mogu na latinskom jeziku zaključiti ovu obvezu*".⁹

Zbog strogih određenja o formi pravnih poslova, neki autori smatraju da u rimskom pravu nije postojala sloboda ugovaranja, već da je ona kasnije pravno dostignuće. Osnovna opcija ugovarati ili ne nikada nije dolazila u pitanje, a nakon punskih ratova (264. – 146. god. pr. Krista) počeli su se i napuštati formalistički poslovi zbog novih uvjeta, osobito većeg razvoja prometa. Između ostalog, *Leonovom konstitucijom* 472. god. napušten je formalizam

⁷ Romac, A. (1992) Rimsko pravo. Zagreb: Narodne novine. str. 287.

⁸ Julije Paulo (1989) Sentencije. Zagreb: Latina et Graeca. str. 203.

⁹ Justinijan (1994) Institucije. Zagreb: Latina et Graeca, str. 346.

kod stipulacije. Ukinute su svečane riječi, naglašavajući važnost da obje stranke shvaćaju smisao posla i imaju suglasno mišljenje, bez obzira na riječi. Tada su također nastali *konsenzualni* i *realni ugovori*, kod kojih je bila odlučujuća volja stranaka, pa i po pitanju forme. Sve se više priznavala valjanost neformalnih ugovora, a što je vidljivo iz Justinijanovog prava, gdje su postojali brojni ugovori oslobođeni svake forme.¹⁰

Teorija očitovanja volje tako, preko povijesne bitke *verba - voluntas* prepušta dominaciju u Justinijanovom razdoblju teoriji volje. U tom razdoblju značaj je pridavan volji, iako je vrijedila i izreka - *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* - *Gdje su izjave jasne nema mjesta nikakvim istraživanjima prave volje*. Slabljenjem formalizma pruža se veći značaj individualnoj volji, ali je i dalje bila ograničena raznim formalnostima, osobito sudjelovanjem svjedoka i drugih osoba. Za valjanost pravnog posla tražilo se da nije u suprotnosti s civilnim pravom i aktima zakonodavca.

Značajno ograničenje slobode ugovaranja je proizlazilo i iz pojma *mores*, a kasnije i *boni mores*. Stranke nisu mogle zaključiti ugovore protivne dobrim običajima. Tako Paulo u *Sentencijama* navodi: "*Ne možemo zaključivati sporazume ni suprotno zakonu ni suprotno dobrim običajima (moralu) te da sporazum koji je unijet u pravni posao suprotno civilnom pravu, carskim konstitucijama ili odlukama Senata, ništav je*".¹¹ Običaji su tada podrazumijevali pravna i moralna načela. Pravni poslovi su smatrani suprotnima načelima morala ako je sadržaj pravnog posla bio usmjeren na nemoralno djelo i ako je činidba sama po sebi bila nemoralna.¹²

¹⁰ Tako se npr. u poglavlju *Konsenzualne obveze* navodi: *Obveze kod kupnje i prodaje, najma/zakupa/, ortakluka i naloga /mandata/ nastaju običnom suglasnošću volja.*

1. *U ovim se slučajevima kaže da obveze nastaju suglasnošću volja zbog toga što tu nije uopće potreban ni pismeni oblik /pismo/, niti prisutnost /stranaka/, pa nema ni potrebe da se nešto dade /preda/ da bi obveza nastupila, nego je dovoljno samo da se oni koji zaključuju ovaj pravni posao /stranke/ suglase.*

2. *Stoga se ovakvi pravni poslovi mogu zaključivati i između odsutnih /stranaka/, kao na primjer pomoću pisma ili glasnika.*

3. *U ovakvim ugovorima stranke se jedna drugoj obvezuju u smislu da svaka od njih treba dati /drugoj/ ono što je u skladu s načelom pravičnosti, za razliku od verbalnih obveza gdje je na jednoj strani stipulator /vjerovnik/, a na drugoj onaj koji prihvaća obvezu /dužnik/. Justinijan (1994) str. 373.*

¹¹ Julije Paulo (1989). str. 47.

¹² Romac (1992) str. 228.

2.2. Sloboda ugovaranja u feudalnom razdoblju

Propašću Rimskog carstva te prelaskom na feudalni sustav, ponovno se javlja tendencija ograničenja slobode ugovaranja obnovom formalističkih pravnih poslova. Za nastanak obveze nije dostatna samo suglasnost stranaka, već obveze nastaju faktičnim prijenosom stvari ili po izvršenom obredu.

Za rano srednjovjekovno pravo svojstveno je *longobardsko obvezno pravo* (7./8. st.), u kojem se miješaju načela rimskog postklasičnog i barbar-skog prava. U tom smislu karakteristična su i razmimoilaženja o prirodi ugovora. Pojedini autori (Anton Val De Lièvre, Heinrich Siegel, Francesco Schupfer) zastupali su tezu o konsenzualnosti u tom pravu, dok je npr. Francesco Brandileóne smatrao da je temelj obveza u longobardskom pravu stipulacija s ispravom koja je dokazuje. Formalizam se osobito očitovao kod kupnje za gotovinu, gdje je uvedeno sudjelovanje vadije s jamcem (*per vadium et fideiussorem*).¹³

U mletačkom i franačkom pravu također je na snazi strogi formalizam vidljiv u propisanim izrekama i ritualnim obredima, bez kojih posao nije bio valjan. U franačkom obveznom pravu bit je održanje dane riječi tj. ugovorne obveze nastaju davanjem svećanih riječi, uz veće ili manje formalnosti, ali uvijek uz simbolične radnje kao što su *bacanje grude zemlje, lomljenje pruta, preskakanje ograde, dodirivanje kućnih vrata* ili činjenje različitih takvih radnji pred svjedocima koji su predstavljali javnost posla i služili kao zamjena za pismenost.¹⁴ To je osobito izraženo npr. u *Salijskom zakonu*, zakonu salijskih Franaka, s kraja 5. stoljeća, u odredbama o određivanju nasljednika. Za taj čin potrebno je desetak svjedoka te formalne i ritualne radnje - bacanje grančica, dolazak sa štitom, boravak svjedoka u kući posjednika grančice, čašćenje kašom i sl.¹⁵ U mletačkom pravu kod *Parvum statutum* dužda Enrica Dandola nema nijednog konsenzualnog ugovora.¹⁶

¹³ Margetić, L. (1994) Antika i srednji vijek, Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti. str. 178.

¹⁴ Kurtović, Š. (1990) Opća historija države i prava, knjiga prva. Zagreb: Narodne novine, Zagreb. str. 169.

¹⁵ Salijski zakon, XLVI. O određivanju nasljednika (1988) U: Lj. Kandić: Odabrani izvori iz opšte istorije države i prava. Beograd. Savremena administracija. str. 124.

¹⁶ Margetić (1994) str. 205.

Isto vrijedi i za njemačko srednjovjekovno pravo sve do kraja trinaestog stoljeća, kada se uklanja formalizam i prelazi na priznanje pravne valjanosti neformalnih očitovanja volje.¹⁷ Iako je formalizam i u ovom razdoblju najznačajnije ograničenje, postojala su i druga standardna ograničenja, kao što su protivnost javnim običajima, načelima prava i osnovama društvenog poretka.

Za kasni feudalizam u pravnoj teoriji, osobito onoj obojenoj socijalističkom ideologijom, naglašava se kao negativnost postojanje dvostrukog ograničenja slobode ugovaranja slijedom dualizma svjetovnog i kanonskog prava. Ograničenje slobode ugovaranja možda i jeste dvostruko, ali pod različitim vidikom. Tako navode i Toma Akvinski i Charles-Louis de Secondat Montesquieu, premda je riječ o misliteljima različitih nadzora i razdoblja. Toma misli da se ljudskim zakonom "*ne može zabraniti sve što je oprečno kreposti, već je dovoljno da se zabrani ono što ruši ljudsko društvo*".¹⁸ Montesquieu, neformalni glasnik teorije autonomije volje, u svom djelu *Duh zakona* posvećuje dosta pažnje odnosu svjetovnog i kanonskog prava. Između ostalog, navodi: "*Zakonima o savršenstvu izvedenim iz religije cilj je više valjanost čovjeka koji ih poštuje negoli valjanost društva u kojem se oni poštuju; građanskim je zakonima naprotiv, cilj više moralna valjanost ljudi uopće, negoli valjanost pojedinca*".¹⁹

Od druge polovine 16. st. sloboda ugovaranja se i na razini objašnjenja udaljava od kanonskog i tumači kategorijama civilnog prava. Više je i ugovora neformalne naravi. Tako npr. u Engleskoj tog doba, ugovori su uglavnom neformalne naravi, uz poneki formalni u vezi s nekretninama.²⁰ A kao posljedica ideja Francuske revolucije nastaje i *teorija autonomija volje*, prema kojoj je individualna volja autonomna i bezgranična.

¹⁷ Isto, str. 221.

¹⁸ Toma Akvinski (1990) *Država*, Zagreb: Globus. str. 310.

¹⁹ Montesquieu, C. L. de S. (1989) *Duh zakona*, knjiga druga. Beograd: Filip Višnjić, str. 178.

²⁰ Kurtović, Š. (1990) *Opća historija države i prava*, knjiga druga. Zagreb: Narodne novine. str. 73.

3. Ishodišta i osnovne karakteristike učenja o autonomiji volje

Na izmaku srednjeg vijeka filozofija poprima naturalistička i racionalistička obilježja te počinje promicati neograničenu slobodu čovjeka. Prosvjetiteljstvo to proširuje kao društvenu pojavu, što u Francuskoj revoluciji postaje politička i gospodarstvena osnova. Dominantna tema *teandrije* nadomješta se *antropocentrizmom*. Sukladno udaljavanju od univerzalnog i istraživanju pojedinačnog, tako se i čovjek počinje doživljavati manje kao član zajednice, a više kao odijeljeni pojedinac. Upravo taj pojedinac postaje predmet istraživanja što je već renesansni filozof Giovanni Pico della Mirandola smatrao otkrivanjem *novog dostojanstva čovjeka*. Pored velikog doprinosa u razvoju međunarodnog prava i teorije modernog prirodnog prava, Hugo Grotius je značajan i za razvoj modernog ugovornog prava. Najavio kraj dugotrajne dominacije rimskog prava i najavio rođenje nove teorije utemeljene na uzajamnoj suglasnosti ili *susretu umova* stranaka.²¹ Grotius nagovještava velike promjene – prelazak iz formalizma u voluntarizam i individualizam. Odu staje se od traženja prava 'u naravi'. Budući da pravo ne postoji izvan ljudske svijesti, ono prestaje biti predmetom spoznaje. Trebat će ga, poput Thomasa Hobbesa, umjetno konstruirati, počevši od pojedinca.²² Za prirodno pravo novog vijeka tako postaje karakteristično da *patos pravедности* opada pred *patosom slobode i jednakosti*.²³

Nastankom individualizma kao filozofskog usmjerenja, jedina stvarnost postaje individuum, mjerilo i dobra i zla, a svi oblici društva su drugotne vrijednosti. Društvo postoji kao mnoštvo pojedinaca koji trebaju urediti svoje međuljudske odnose pozitivnim propisima. Svaki pojedinac je neka vrsta vrhovnika, s vlastitim životom i djelovanjem po svojoj volji, neovisno od društva, a sve što mu je zapreka, ima se ukloniti. Iz njegove samodostatne, autarkične i autonomne naravi proizlazi sloboda i jednakost za sve. Društvo bi pak bilo djelo ljudi uređeno ugovorom (John Locke, Jean Jacques Rousseau,

²¹ Ōnuma, Y. (1993) *A Normative Approach to War: Peace, War, and Justice in Hugo Grotius*. Oxford: Clarendon Press. str. 174.

²² Villey, M. (2002) *Pravo i prava čovjeka*. Zagreb: Disput. str. 102.-103.

²³ Bloch, E. (1977) *Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo*. Beograd: Komunist, str. 45.

Thomas Hobbes), u što se država ne bi smjela miješati, kako je to tvrdio krajnji individualizam, a sloboda bi imala granicu do tamo gdje dolazi u sukob s pravima drugog pojedinca. Nastaje *prirodno pravo* koje se temelji na slobodi pojedinca da koristi svoju moć u cilju očuvanja vlastite naravi i života. U skladu s tim, može činiti sve ono što po vlastitoj prosudbi i prirodnom razumu smatra najučinkovitijim. Sloboda subjekta je neograničena. Ondje gdje nema nikakve zabrane ili prisile čovjeku je dopušteno djelovati po svome nahođenju. Svaka sloboda u biti je neograničena, beskonačna. Prema Hobbesu, svakom čovjeku pripada samo jedno prirodno pravo: potpuna i neograničena sloboda svakoga da djeluje 'prema vlastitoj prosudbi' – pravo da čini sve što se izvodi iz nepostojanja nekog zajedničkog zakona u prirodnom stanju.

Prirodno pravo "jest sloboda svakog čovjeka da koristi svoju snagu kako hoće, radi očuvanja svoje vlastite naravi, to jest, svog vlastitog života, te dosljedno tome, da čini sve što po svom vlastitom sudu i razumu bude smatrao najprikladnijim sredstvom za to".²⁴ No ono je privremeno i nemoguće ga je provoditi. Njegova posljedica je trajni rat, nakon čega čovjeka razum navodi odreknuću svojega prirodnog prava u korist vladara, što u konačnici dovodi do apsolutizma. Locke iz hipoteze o prirodnom stanju dolazi do vrhunskog, nepovredivog pojma "vlasništva". Ono je iznad razuma svakog pojedinca i predstavlja zajednički zakon, nalažući ljudima njegovo uzajamno poštivanje. U tom smislu i Rousseau stavljajući u odnos pojedinačnu i opću volju smatra da se subjekt ne otuđuje od svoje slobode, već on ostaje jednak participirajući u općoj volji. 'Recipročnošću' ostaje individualna sloboda nepromijenjena: *volonté de tous* uzdiže se u *volonté générale*. Time je prirodno pravo prvi puta ušlo u plan suverenosti naroda. Nastaje društveni ugovor radi zaštite te slobode, a ta sloboda može otkazati ugovor. Otuda, sva ljudska prava proizlaze iz te slobode. Pojedinačna "sila ne čini pravo i da smo dužni pokoravati se samo legitimnoj vlasti".²⁵ Stav o 'općoj volji' Jacques Maritain je proglasio za Rousseov najljepši mit, mit političkog panteizma. "Što nam Rousseau ovdje nudi ako ne apsurdnu transpoziciju slučaja u kojem vjernik, ištući u molitvi ono što on drži prikladnim, ište međutim i želi poglavito volju Božju".²⁶

²⁴Hobbes, T. (2004) *Levijatan ili Građa, oblik i moć crkvene i građanske države*, Zagreb: Naklada Jesenski i Turk. str. 94.

²⁵ Rousseau, J. J. (2012) *Društveni ugovor / O podrijetlu i temeljima nejednakosti među ljudima*. Zagreb: Feniks knjiga. str. 14.

²⁶ Maritain, J. (1995) *Tri reformatora*. Split: Laus. str. 145.

John Stuart Mill smatra da se vlast s pravom može koristiti protiv volje bilo kojeg člana civilizirane zajednice, samo ako se time ne nanosi povreda drugima.²⁷ Društvo je zapravo interesna zajednica koju država mora osigurati. Otuda se postavlja i *zahtjev slobode pojedinca* i tvrdnja o *zarobljavanju od strane države*, koja se smatra nužnim zlom. Kod njemačkih mislilaca sloboda nije sama po sebi razumljiva.²⁸ Immanuel Kant povezuje volju i slobodu. Prema Kantu samo umna bića imaju volju, a *autonomija volje* jeste svojstvo volje, po kojemu je ona sama sebi zakon.²⁹ Stoga "autonomija je volje jedini princip svih moralnih zakona i njima primjerenih dužnosti; svaka heteronomija volje naprotiv, ne samo da ne osniva nikakvu obvezatnost, nego je čak suprotna njezinu principu i ćudorednosti volje".³⁰ Ako volja traži princip djelovanja negdje drugdje, a ne iz svojih maksima – na heteronomnom principu – tada djelovanje ne proizlazi iz same volje, nego iz objekta koji diktiraju djelovanje. Dakle, pojam slobode je, po Kantu, ključ za razrješenje autonomije volje.³¹ A umno biće sudi da nešto može zato što je svjesno da to treba da učini i tako saznaje u sebi slobodu.³² Kako u svojoj etici, tako i u filozofiji prava, Kant traži utemeljenje prirodno-pravnoga temelja određenja u nekom načelu *a priori*. To načelo, međutim, nije individualna sloboda, nego isključivo ograničena ili opća sloboda kao princip svake moguće ljudske koegzistencije.

Opstojnost društva u individualizmu se dopušta, ali je ono zapravo, neka fikcija koja izriče zbroj dijelova. Društvene obveze treba svesti na minimum jer društvo nema druge svrhe nego štititi slobodu i autonomiju pojedinca. Nasuprot individualizma javlja se kolektivizam, dajući društvu pojmovno i ontološki prvo mjesto, dok svrhu pojedinca vidi u službi za društvo. S ekonomskog stajališta, raspad feudalizma je bio neminovan. Privreda je bila nestabilna i zaostala. Tada se predbacivalo vladajućoj merkantilističkoj ekonomiji da je stanovništvo dovela na prosjački štap. Kritika se najprije javila kod preteče fiziokratske škole Pierrea Boisguilleberta. On je smatrao da treba dati slobodu pojedincu da radi prema svom vlastitom nahođenju, što najbolje

²⁷ Mill, J. S. (1879) *On Liberty/Subjection Of Women*. New York: Henry Holt and Company. str. 23.

²⁸ Bloch (1977) str. 65.

²⁹ Kant, I. (1953) *Dvije rasprave*. Zagreb: Matica hrvatska. str. 203.

³⁰ Kant, I. (1956) *Kritika praktičnog uma*. Zagreb: Kultura. str. 67.

³¹ Kant (1953) str. 209.

³² Kant (1956) str. 37.

izražava načelo *Laissez faire - Laissez passer* (*Ostavite ljudima da rade što hoće, pustite da stvari teku same od sebe*). Oslobođanje pojedinca još se više ističe u ekonomskom liberalizmu, osobito u učenju Adama Smitha koji tvrdi da prirodno djelovanje ljudi pokreće šest motiva: egoizam, altruizam, želja za slobodom, osjećaj pristojnosti, radne navike i sklonost za trgovanje.³³ S obzirom da ljudi najbolje rade ono za što su motivirani, vlast im treba prepustiti da rade ono što smatraju da je najbolje. Vlast se treba ograničiti na obranu zajednice izvana, provedbu pravde i poslove za koje pojedinci nemaju interesa. Takva stajališta se počinju odražavati i u pravu. U *Deklaraciji o pravima čovjeka i građanina 1789.* dominiraju odredbe o slobodi, ali na jedan novi način. To je snažno utjecalo na teoriju autonomije volje, a osobito odredba članka 4. prema kojoj se sloboda "sastoji u mogućnosti da se čini sve ono što ne škodi drugome: tako, vršenje prirodnih prava svakog čovjeka nema granica, osim onih koje osiguravaju drugim članovima društva uživanja ovih istih prava. Ove granice mogu biti određene samo zakonom". Pak, prema članku 5. te Deklaracije "Zakon ima pravo da zabrani samo radnje štetne za društvo. Sve ono što nije zabranjeno zakonom ne može biti spriječeno, a nitko ne može biti prinuđen da čini ono što on ne naređuje".³⁴

Kao posljedica koncepcije individualističke filozofije i ekonomskog liberalizma, te postavki francuske revolucije o oslobođanju pojedinca od političkih, privrednih i društvenih zabrana nastaje u građanskom pravu učenje o autonomiji volje. *Teorija autonomije volje* prenosi navedene individualističke i liberalne stavove u područje prava, koji radikalnu dimenziju zadobivaju u raspravama o granicama slobode ugovaranja. Shvaćajući individuum kao apsolut, njegovoj volji se pripisuje stvaralačka moć koja je time iznad zakona. Snaga i vrijednost te slobodne i stvaralačke volje proizlazi iz čovjekove slobode. Biti slobodan znači preuzeti obvezu kad god se hoće. Ugovorom se, dakle, slobodno reguliraju odnosi slobodnih ljudi. Zbog toga je ugovor *akt pravičnosti*. Odatle i stav francuskog filozofa Alfreda Fouilléa - *Qui dit contractuel dit juste* (*tko kaže ugovor, kaže pravičnost*)³⁵ postaje maksima

³³ Smith, A. (2010) *The Theory of Moral Sentiments*. New York: Penguin.

³⁴ Deklaracija o pravima čovjeka i građanina od 26. 8. 1789. (1988) U: Lj. Kandić: *Odabrani izvori iz opšte istorije države i prava*. Beograd. Savremena administracija. str. 249.

³⁵ Beale, H. (2002) *Contract Law: Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*. Oxford: Hart Publishing. str. 120.

teorije autonomije volje. Ograničenje autonomne i suverene volje pojedinca moguće je samo u slučaju povrede slobode drugog pojedinca, a nikako zbog općih ili zajedničkih interesa.

Sloboda ugovaranja, shvaćena u najširem smislu, kao što je to iznosila teorija autonomije volje, ima sljedeće značenje:

- ne postoji dužnost sklapanja bilo kakvog ugovora,
- stranke mogu sklopiti ugovor bilo koje vrste,
- izbor sukontrahenta zavisi od slobodne volje pojedinca koji želi sklopiti neki ugovor,
- ugovorne strane su slobodne u pogledu određivanja sadržaja obveznog ugovora,
- pri sklapanju ugovora stranke se ne moraju pridržavati bilo koje forme ugovora jer se ugovori zaključuju samom suglasnošću njihovih volja (*solo consensu*), i
- sklopljeni ugovor nitko nema prava mijenjati jer se on mora realizirati onako kako su se ugovorne strane sporazumjele u ugovoru (*pacta sunt servanda*).³⁶

Paradigma privatne autonomije i individualističke koncepcije gospodarskog sustava javlja se tijekom *Drugog njemačkog carstva* (1848.-1870.) iz individualizma i povijesne pravne škole, i to najprije u gospodarskim interesiranim krugovima koji su u tim idejama vidjeli misaonu nadgradnju svojih gospodarskih ciljeva. Nasuprot objektivnom pravu, kao skupu pozitivnih propisa, javlja se i "subjektivno pravo" koje za njemačke pandektiste predstavlja *Willensmacht* - moć djelovanja dodijeljena pojedincu.

U pedesetim godinama 19. st., njemački pravni teoretičari kao Gustav Lenz, Rudolf von Jhering, Carl Adolf Schmidt i Karl August Röder, raspravljaju o načelima rimskog prava i njemačkog zakonodavstva. Različiti pogledi autora postojali su samo po pitanju temeljnih ograničenja slobode. Tako Schmidt predviđa ograničenje slobode moralnim pravilima koja se temelje na germaniskim načelima kao što je *Fraternitätsverhältnis* (*bratski odnos*), slijedom kojeg bi, primjerice poslodavac, bio obavezan brinuti se o dobrobiti zaposlenika. Nasuprot tome, Jhering slijedeći Kantovu moralnu slobodu, ograničenje

³⁶ Vizner, B. (1978) Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima. Zagreb: vlastita naklada. str. 51.

načela slobode vidi u samom načelu. Jhering se okomljuje na volju jer je ona po sebi besadržajna. Važan je jedino sadržaj volje, što Ihering određuje kao sadržaj interesa. Tako nastaje definicija - subjektivna prava su 'pravno zaštićeni interesi'. Nešto kasnije, Georg Jellinek prošuje tu definiciju - subjektivno pravo je "interes koji je zaštićen priznavanjem ljudske voljne moći",³⁷ a što predstavlja prvi sustavni prodor subjektivnog javnog prava u pravnu znanost. Stav da subjektivna prava građana proizlaze iz obveze države doveo je Jellineka u pravnoj teoriji do statusa jednog od tvoraca koncepcije *Rechtsstaat-a*.³⁸ Sredinom druge polovice 19. st., povodom nacrtu Njemačkog građanskog zakonika 1896., o tome počinju raspravljati i ugledni njemački pravници iduće generacije Otto von Gierke, Anton Menger, Julius Baron i drugi, pitajući se da li uopće treba opravdavati ograničenje slobodne volje.³⁹

U pravnoj teoriji ugovornog prava razvile su se tri teorije o odnosu volje i očitovanja. To su *teorija volje*, *teorija očitovanja* i *teorija povjerenja*.

Teorija volje (*Willenstheorie*, *Willensdogma*),⁴⁰ koju su naročito zastupali Bernhard Windscheid, Ernst Zitelman, Friedrich Carl von Savigny i Ludwig Enneccerus, izraz je individualističke doktrine prema kojoj je unutrašnja volja stvarna volja, ona stvara ugovor. Izjavljena volja je relevantna ukoliko je identična s unutrašnjom voljom. Savigny, slijedeći Kantove ideje, smatra da je zadatak zakona rješavati samo slučajeve kada volje sudionika dođu u konflikt.⁴¹ Windscheid u svojem pravu pandekta dolazi do zaključka da je pravo volja, ukoliko ona kao volja objektivno postoji i za druge.⁴²

Nasuprot tome, za teoriju očitovanja (*Erklärungstheorie*) bitna je izjava, bez obzira na stvarnu volju. Značaj se pridaje shvaćanju druge stranke koja je

³⁷ Bloch (1997) str. 199.

³⁸ Costa, P. i Zolo, D. (2007) *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer. str. 247 i dalje.

³⁹ Abbegg, A. i Thatcher, A., 2004. „Freedom of Contract in the 19th Century: Mythology and the Silence of the Sources – Sibylle Hofer's Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert“, *German Law Journal*, 5 (2004), br. 1, str. 101.-114. Dostupno na: http://doc.rero.ch/record/4805/files/1_AbeggThatcher_ReviewHoferGLJ.pdf?version=1

⁴⁰ Teorija ima više imena, u širem značenju i voluntarizam, konsenzualizam. Suptilno razlikovanje ovisi o sadržaju i opsegu svakog koncepta, kao i o tome gdje i u kojem se kontekstu upotrebljavaju.

⁴¹ Füller, J. T. (2005) *Eigenständiges Sachenrecht?*. Tübingen: Mohr Siebeck. str. 28.

⁴² Bloch, 1977, str. 199.-200.

izjavu primila kao stvarnu volju, ne pretpostavljajući da protivna stranka hoće jedno, a očituje nešto drugo. U prvobitnim sustavima ova teorija je bila dominantna, ali ima i dalje niz pristalica. Najznačajniji predstavnici su Josef Kohler, Julius Binder, Otto Bähr i François Chabas.

Kako je teorija volje subjektivna koncepcija, a teorija očitovanja volje naglašava objektivnu namjeru, trebalo je pomiriti te suprotnosti. Između ta dva različita pristupa nastaje *teorija povjerenja* (*Vertrauenslehre*), koju naročito zastupaju Heinrich Dernburg i Ferdinand Regelsberger. Smatraju da treba uzeti u obzir volju stranaka, ali naglašavaju potrebu povjerenju u prometu, osobito da kod naplatnih poslova treba očitovanu volju uzeti kao istinitu. Dernburg sagledava prava u povijesnom smislu, navodeći da su prava u subjektivnom smislu povijesno postojala davno prije izgradnje nekog samosvjесnog poretka. Ta prava su se temeljila u osobnosti pojedinaca, te izborenom i iznuđenom poštivanju svoje osobe i njenih dobara. Pojam pravnog poretka dobio se postupno pomoću apstrakcije iz promatranja postojećih subjektivnih prava. Otuda, smatra da je nepovijesno i neispravno shvaćanje da su prava u subjektivnom smislu samo 'isticanja prava'.⁴³ Kao svojstveniji, i u germanskom zakonodavstvu normativno primjenjivi aspekt teorije povjerenja, nešto kasnije nastaje teorija valjanosti (*Geltungslehre*) kao pomirbeno rješenje između teorije volje i teorije očitovanja.⁴⁴

Slijedom brojnih kompromisa, danas su se uglavnom izgubile karakteristične suprotnosti različitih teorija. Zanimljivu komparaciju iznosi švicarski pravnik Heinrich Honsell.⁴⁵ On navodi da je za švicarski građanski zakon karakteristična teorija volje, a za njemački teorija očitovanja. No, iako to normativno na prvi pogled predstavlja značajnu razliku, u stvarnosti zahvaljujući upravo načelu povjerenj, te razlike postaju zanemarive.

U anglosaksonskom okruženju, teorije o očitovanju volje nisu imale većeg odjeka, kako zbog svojevrסne odvojenosti od kontinentalno-europskog pravnog kruga, tako i zbog drugačijeg društvenog konteksta,⁴⁶ iako neki

⁴³ Dernburg, H. (1884) *Pandekten, Erster Band*. Berlin: Müller. str. 86.-92.

⁴⁴ Flume, W. (1975) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft*. Berlin: Springer Verlag. str. 56.

⁴⁵ Honsell, H. (2005) „Willenstheorie oder Erklärungstheorie?“, Bern: Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis: Festschrift für Hans Peter Walter. str. 335.-350.

⁴⁶ Green, R. S. (2005) *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*. Cambridge: University Press. str. 8.

autori, kao npr. Roscoe Pound, nalaze utjecaj teorije volje i u tom pravu.⁴⁷ Većina engleskih (*common law*) slučajeva o očitovanjima volje rješavala se na praktičnoj razini, gdje je sudac u slučaju dvojbe davao prednost komercijalnim interesima. U novije vrijeme u američkoj filozofiji prava razvile su se rasprave o potrazi jednog imanentnog načela u ugovornom pravu kojim bi pojedinačni slučajevi bili u suglasnosti sa svrhom ugovornog prava. Glavni zagovornik teorije volje Charles Fried, na tragu Kantovih ideja o autonomiji volje, pronalazi temelj u moralnoj praksi obećanja.⁴⁸ Pak, Patrick S. Atyah smatra da je teorija volje paradoks,⁴⁹ dok za Olivera W. Holmesa, pa donekle i za H. L. A. Harta ona predstavlja nerazumljivu romantičku fikciju.⁵⁰ Različite pristupe u američkoj filozofsko-pravnoj tradiciji pokušao je razriješiti Lon Fuller tzv. *modelom sukobljenog razmatranja (conflicting considerations)* pravnog obrazloženja. On tvrdi da i nakon 'smrti' teorije volje to pitanje treba razmatrati na širem načelu privatne autonomije. Smatra nepobitnim da načelo privatne autonomije ispravno shvaćeno nikako nije u skladu s 'objektivnim tumačenjem ugovora'.⁵¹ Takav nedostatak tog načela nadopunjava potrebom usklađivanja i balansiranja s drugim protu-načelima.

4. Refleksija učenja o autonomiji volje na građansko i radno pravo

Kroz povijest je uočljivo da su radikalne ideje, teorije i teze raznih mislilaca, pokreta i škola rijetko prihvaćene. Broj sljedbenika je mogao biti znatan, ali takav je bio i broj protivnika. Dominaciju u stvarnosti su imali umjereni pravci temeljeni na praktičnosti i pragmatičnosti. Utopijska misao o bezgraničnoj slobodi volje bez ikakvih ograničenja nije prihvaćena ni u

⁴⁷ Pound, R. (2002) *The Ideal Element in Law*. Indianapolis: Liberty Fund. str. 25.

⁴⁸ Fried, C. (1981) *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge: Harvard University Press.

⁴⁹ Tunick, M. (1998) *Practices and Principles: Approaches to Ethical and Legal Judgment*. Princeton: University Press. str. 110.

⁵⁰ Hart, H. L. A. (1984) *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: University Press. str. 279.

⁵¹ Fuller, L. L., „Consideration and Form“, *Columbia Law Review*, New York, Vol. 41 – br- 5/1941, str. 799 – 824., na str. 808.

jednom zakonodavstvu. To je ostao postulat s većim ili manjim odjekom u različitim disciplinama građanskog prava. Npr. u *stvarnom pravu* je to vidljivo kroz širinu vlasničkih ovlaštenja, odnosno kroz maksimalnu dispozitivnost kao jedne od važnijih značajki prava vlasništva. Trag je uočljiv i kod *nasljednog prava*. Može se istaknuti sloboda oporučnog raspolaganja. Međutim, učenje o autonomiji volje ipak je najviše utjecalo na obvezno pravo, i to kod ugovornih odnosa. U građanskim zakonicima nema opće odredbe iz koje bi bilo razvidno da je autonomija volje prihvaća kao načelo, već njenu egzistenciju izvodimo iz njenih ograničenja. Ograničeno prihvaćanje načela autonomije volje uočljivo je posredno iz drugih odredbi, na primjer iz pravila o ništavosti ugovora. Francuski *Code Civil* iz 1804. ne sadrži načelo *sve što nije zabranjeno, dopušteno je iz Deklaracije o pravima čovjeka i građanina*, već ograničava važenje ugovora samo ako su zaključeni u skladu sa zakonom. Ograničenje autonomije volje proizlazi i iz članka 6. prema kojem ugovori ne mogu biti u suprotnosti s javnim poretkom i moralom. *Austrijski građanski zakonik* iz 1811. u paragrafu 879. ograničava volju stranaka dobrim običajima i suprotnostima s odredbama zakona. Slični standardi ograničenja postoje i u drugim modernim zakonima, kao i kod nas svih primjenjivanih zakona o obveznim (obligacionim) odnosima. U članku 2. sadašnjeg hrvatskog *Zakona o obveznim odnosima*⁵² (ZOO) predviđeno je da *sudionici u prometu slobodno uređuju obvezne odnose, a ne mogu ih uređivati suprotno Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima i moralu društva*.

Pored općih odredbi, postojanje ograničenja autonomije volje u ugovornom pravu može se promatrati i u odnosu na *sadržaj ugovora, formu ugovora i tumačenje ugovora*. Također treba napomenuti i jedan opći vid ograničenja slobode ugovaranja. To je tzv. *ustanova javnog poretka*.

S obzirom na *trenutak zaključivanja ugovora*, autonomija volje se očituje prije svega u načelnom prepuštanju na volju strankama hoće li ugovarati ili ne. No, suvremeno doba nosi i neke zakonski prinudne ugovore, osobito u oblasti osiguranja, prometa, komunalnih i sličnih djelatnosti. Značajno ograničenje autonomije volje proizlazi i u slučaju potrebe suglasnosti treće osobe za sklapanje ugovora. Kad je za sklapanje nekog ugovora potrebna privola treće osobe, ta privola može biti dana prije sklapanja ugovora, kao suglasnost, ili kao odobrenje poslije njegova sklapanja. Dozvola, odobrenje ili suglasnost treće osobe je predviđeno u mnogim slučajevima. Npr. kod

⁵² *Zakon o obveznim odnosima* (Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15).

poslovanja poslovno nesposobnih osoba, odobrenja za posloводство bez naloga, ispunjenja obveze trećoj osobi, davanja zakupljene stvari u podzakup, davanja podlicencije itd. Nadalje, stranka je načelno slobodna pri izboru subjekta sklapanja ugovora. Odstupanje od tog pravila je vidljivo u pravu prvokupa. Primjena autonomije volje očituje se i u slobodnom određivanju sadržaja ugovora, iako ovdje sloboda trpi mnoga ograničenja jer je za neke ugovore propisan sadržaj koji je *bitan sastojak pravnog posla (essentialia negoti)*. Odredbe o njima su *ius strictum* naravi, npr. predmet i cijena kod kupoprodajnog ugovora, a kod ugovora o građenju određenost građevine, zemljišta, itd. Zakonom propisan sadržaj vidljiv je i kod ugovora o korištenju stana, ugovora o zakupu poslovnih prostorija, ugovora o kreditu itd. Ovdje možemo uvrstiti i niz slučajeva kad je zakonom ili drugim propisom određena cijena nekih proizvoda. Čest je slučaj i da jedna strana pristaje na zaključenje ugovora samo uz unaprijed određen sadržaj ugovora. Obično se radi o iskorištavanju ekonomske nadmoći ili monopola, a ponekad i iz praktičnih razloga organizacije posla, najčešće u vidu tzv. općih uvjeta poslovanja.⁵³ Poslije *zaključenja ugovora*, primjena autonomije volje se očituje u stajalištu da slobodno zaključen ugovor uživa pravnu zaštitu te da ugovor mogu mijenjati samo stranke sporazumno. Teorija autonomije volje kaže da je ugovor zakon. Iz toga je uslijedilo - ako jedna strana ne izvrši svoju obvezu ili ne onako kako je ugovoreno, druga strana nema pravo na raskid ugovora, već može zahtijevati prisilno izvršenje i naknadu štete. Današnji zakoni uglavnom predviđaju mogućnost raskida ugovora, kako zbog neispunjenja, tako i zbog promijenjenih okolnosti. U međunarodnom privatnom pravu autonomija volje (kao i njeno ograničenje) ugovaratelja najvažnija je poveznica. Ugovorni odnosi s međunarodnim obilježjem uređuju se u prvom redu pravom kojeg su stranke izabrale.⁵⁴

Prihvatanje stavova teorije autonomije volje, s *obzirom na formu ugovora*, vidljivo je u dominaciji neformalnih pravnih poslova, odnosno u pravilu da su stranke slobodne u načinu izražavanja volje. Princip

⁵³ Goldštajn, A. (1991) Trgovačko ugovorno pravo: međunarodno i komparativno. Zagreb: Narodne novine. str. 108.-134.

⁵⁴ To proizlazi npr. i iz čl. 19. hrvatskog Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim okolnostima (Narodne novine, br. 53/91) - *Za ugovor mjerodavno je pravo što su ga izabrale ugovorne strane, ako ovim zakonom ili međunarodnim ugovorom nije drugačije riješeno.*

neformalnosti ugovora se često pogrešno naziva *konsenzualizam*.⁵⁵ Kod konsenzualizma akcent je na sadržaju, a ne na formi. Za mnoge ugovore se traži određena forma pa je u pravnoj teoriji. početkom ovog stoljeća. smatrano da je riječ o svojevrsnoj renesansi formalizma.⁵⁶ Formalnost pravnih poslova najčešće se očituje u zahtjevu pisane forme nekih ugovora, npr. ugovor o prenošenju prava vlasništva, ugovor o prodaji s obročnim otplatama, ugovor o građenju, ugovor o licenci, ugovor o trgovinskom zastupanju, itd.

Autonomija volje s obzirom na *tumačenje ugovora* dolazi do izražaja u pravilu da se pri eventualnom sporu o sadržaju ugovora, uloga suda svodi na otkrivanje zajedničke volje stranaka.

U svim pravnim sustavima postoji i opće ograničenje autonomije volje koje se može svesti pod zajednički nazivnik - *javni poredak*, iako je u različitim sustavima i različita terminologija. U Francuskoj i Švicarskoj to je *javni poredak i dobri običaji*, u Njemačkoj i Austriji *dobri običaji*, a u bivšim socijalističkim državama to su bila *pravila socijalističke zajednice*. O mogućnosti određenja sadržaja i granica tog pojma, u pravnoj teoriji su nastala različita, pa i kontradiktorna mišljenja. *Perović*, primjenjujući pojam javnog poretka na materiju ugovora, daje sljedeću definiciju: *javni poredak je skup principa na kojima je zasnovano postojanje i trajanje jedne pravno organizovane zajednice, a koji se ispoljavaju preko određenih društvenih normi koje su u domenu predmeta i cilja ugovora tako postavljene da ih ugovorne strane moraju poštovati*.⁵⁷ Sadržaj i okvir javnog poretka određuje se filozofskim, moralnim i političkim vrijednostima određene društvene zajednice. Dakle, očito je da sadržaj javnog poretka širinom nadmašuje mogućnosti normativnog određenja i da izlazi izvan sfere prava. Još u doba prosvjetiteljstva Claude Adrien Helvetius traga za jednim načelom koje bi vrijedilo za sva gore navedena. On smatra da je to načelo javne dobrobiti, odnosno dobrobiti najvećeg broja ljudi iz istog uređenja, te navodi *da tom načelu još nitko nije spoznao domašaje i plodnost, a u njemu je sadržano svekoliko zakonodavstvo i moral*.⁵⁸

⁵⁵ Vedriš i Klarić (1984) str. 104.

⁵⁶ Perović, S. (1980) *Obligaciono pravo*, knjiga prva. Beograd: Privredna štampa. str. 182.

⁵⁷ Perović, S. (2006) „Sloboda uređivanja obveznih odnosa i javni poredak“, *Zbornik Pravnog fakulteta, Zagreb*, posebni broj. str. 414.

⁵⁸ Helvetius, C. A. (1978) *O duhu*. Zagreb: Naprijed. str. 142.

Autonomija volje u radnom pravu se najčešće problematizira kod rasprave o pravnoj prirodi ugovora o radu. Postavlja se pitanje koliko je autonomija volje prisutna kod tog ugovora, a što dovodi i do rasprave o ravnopravnosti ugovornih strana i slobodi ugovaranja. Radni odnos u svom najširem značenju je vrsta društvenog odnosa koja je nastala pojavom kapitalističke proizvodnje. No, i prije je postojao rad za drugoga. Prve pojave suprotstavljanja centralizmu i individualne zahtjeve u radu neki autori smještaju već u razdoblje gradnje Kefrenove piramide (26. st. pr. n. e.).⁵⁹ U antičkoj Grčkoj rad se (ne)cijeni ovisno o pobudi obavljanja. Svaki rad, a osobito robovski, ovisan o tuđoj volji, nije bio cijenjen. Tako Aristotel tvrdi da su robovi i svi drugi radnici 'pokoreni' voljom drugih.⁶⁰ Platon pravi jasnu razliku između fizičkog radnika i filozofa, tvrdeći da je potonji slobodan.⁶¹ Otuda Lars Swendsen misli da rad nitko nije cijenio manje od filozofa antičke Grčke.⁶² U Rimu, kao i u Grčkoj, robovski rad nije u potpunosti eliminirao rad slobodnih ljudi, te su u pravno praktični Rimljani uspostavili pravnu fikciju o odvajanju radne snage od radnikove osobe. Time se izbjeglo da se jedna osoba u isto vrijeme javlja i kao subjekt i kao objekt ugovora. Radni odnos je bio najamni odnos, a ugovor o radu je predstavljao klasični ugovor obveznog prava - ugovor o najmu radne snage (*locatio-conductio operarum*). Pojavom kršćanske kulture u srednjem vijeku shvaćanje rada doživjelo je velike promjene. Sagledavan kao posljedica rezultata izgnanstva Adama i Eve iz rajskog vrta, rad svoj vrhunac doživljava u protestantskoj radnoj etici, potpunoj suprotnost grčkoj ideji rada.

U 19. st. je nastala teorija o radnom odnosu kao socijetetnom odnosu, prema kojoj se radni odnos shvaća kao odnos suradnje poslodavca i zaposlenika udruženih u zajedničkom stvaranju proizvoda. Proizvod je u njihovom suvlasništvu, ali on pripada poslodavcu jer zaposleni svoj dio prenosi na poslodavca za zaradu. Krajem 19. st. u Njemačkoj se javljaju shvaćanja o radnom odnosu kao osobnom odnosu. Ugovorom o radu ili normama radnog zakonodavstva ne nastaje radni odnos, već nastaje stvarnim stupanjem radnika na rad i uspostavom osobne radno-pravne veze sa poslo-

⁵⁸ Eggebrecht, A. (1987) Povijest rada: od starog Egipta do danas, Zagreb: Grafički zavod Hrvatske. str. 67.

⁶⁰ Aristotel (1992) Politika. Zagreb: Hrvatska sveučilišna naklada. str. 253.

⁶¹ Platon (2002) Država, Beograd: Beogradski izdavačko-grafički zavod. str. 187. i 292.

⁶² Swendsen, L. F. H. (2012) Filozofija rada, Zagreb: TIM press. str. 21.

davcem. U 20. st., podjela svijeta se odrazila i na različito shvaćanje radnog odnosa. U socijalističkom pristupu, kao npr. po bivšem *Zakonu o radnim odnosima* iz 1957., pravna osnova zasnivanja radno-pravnog odnosa između radnika i privredne organizacije bio je sporazum kojim su se zasnivali socijalistički radni odnosi. Za razliku od toga, klasičnim kapitalističkim ugovorom se zasnivao najamni radni odnos. U SAD-u je prijedeh put od društva *laissez faire* Adama Smitha do društva koje vrlo često i intenzivno regulira radni odnos, odnosno do društva erozije teorije volje po pitanju zapošljavanja.⁶³

Sva ta shvaćanja su utjecala na gubitak imovinsko-pravnih obilježja iz radnog odnosa i približavanje ugovora o radu javnom pravu, iako je se radno pravo razvilo iz građanskog prava. Ostavši u svojevršnom raskoraku, ugovor o radu je postao ugovor *sui generis* izvan svake klasifikacije, bez obzira na sličnosti s određenim ugovorima. Došlo je do ograničavanja privatne autonomije i slobodnog ugovaranja, naročito u vezi minimalnih prava i obveza. Ostala je jedino sloboda u izboru poslodavca od strane radnika i izbor radnika od strane poslodavca.⁶⁴ No, bez obzira na intervenciju države u zaštitu zaposlenog, ostaje *de facto* činjenica zaposlenikove podređenosti poslodavcu, odnosno njegovog statusa slabije ugovorne strane. Otuda se i postavljalo pitanje da li je ugovor o radu adhezioni, odnosno ugovor po pristupu zbog neravnopravnoga položaja ugovornih strana? Ova rasprava je aktualna danas, ali je zaokupljala i mislioce u prvoj polovici 20. stoljeća. To pitanje posebno obrađuje Juraj Šćetina. Zalažući se za transformaciju radnog odnosa u smjeru veće pravednosti ukazuje na negativnu tendenciju prevlasti kapitala nad radom, unatoč formalnoj jednakosti ugovornih strana, a koja se u konačnici negativno reflektira na slobodu, ravnopravnost i osobu radnika: "U režimu slobode rada i ugovora, u kojem se radnik načelno proglašuje ne samo pravnim subjektom, nego i ravnopravnom ugovarajućom strankom s poslodavcem, faktum vlasti poslodavca u gotovo neograničenom raspolaganju s radnom snagom radnika u radnom odnosu sadržava protuslovlje s pravnim načelom slobode i ravnopravnosti, a još više s etičkim poštanjem radnikove ličnosti".⁶⁵

⁶³ Feurbach T. R. (2010) *Employment Law: Going Beyond Compliance to Engagement and Empowerment*. New York: McGraw-Hill. str. 90.

⁶⁴ Tintić, N. (1972) *Radno i socijalno pravo*, knjiga prva, *Radni odnosi* (II). Zagreb: Narodne novine. str. 163.

⁶⁵ Šćetina, J. (1933) "Demokratizacija radnog odnosa", *Mjesečnik pravnčkog društva*, Zagreb, Vol. 58 - br. 6-7/1933, str. 308-324, br. 9-10/1933, str. 399-414; u br. 6-7, na str. 312.

Neki zaključuju da je ugovorna sloboda 'fantazija' koja nikada nije postojala kao stvarnost, osobito u dobi masovne proizvodnje i standardiziranih komercijalnih transakcija,⁶⁶ dok su drugi skloni tvrditi da je 'kraj rada' jako blizu, da je svijet bez rada naša povijesna sudbina.⁶⁷ Prijelazni oblik do tog 'kraja' neki vide u radu kod kuće, tele-radu ili digitalnom radu. *E-work* (rad kod kuće) je pojam Jack Nilesa sedamdesetih godina prošlog stoljeća za poslove u kojima zaposlenici uživaju veću fleksibilnost mjesta i obavljanja svog posla.⁶⁸ *Telework* (tele-rad) je nešto širi pojam, često objašnjavao motom 'posao je nešto što se radi, ne nešto kamo putujete'. Pak, *digitalni rad* "pruža mogućnost sve većem dijelu ljudi više slobode u radu, osobito u pogledu autonomnog prostornog dizajna i vremenskog okvira".⁶⁹ Svi ti novi pristupi radu naišli su na svoj odraz u međunarodnom, europskom i domaćem zakonodavstvu.⁷⁰ U svim tim novim oblicima rada i autonomija volje zadobiva jednu novu suvremenu dimenziju

5. Kritika teorije autonomije volje

Negativan stav o maksimalnoj dispozitivnosti pojedinca i prenamaganja njegove samostalne volje i slobode iznosili su mnogi prije i poslije pojave teorije autonomije volje. Tako npr. već Aristotel smatra: "*Kao što čovjek, kad je savršen krepošću najbolja životinja, tako je i odvojen od zakona i pravde najgori od svih*".⁷¹ Johann Gottlieb Fichte pretpostavlja posvemašnju slobodu trgovine u državi, te da trgovina ne podliježe nikakvim ograničenjima.

⁶⁶ van Jaarsveld, M. I. (2008), „Contract in Employment: Weathering Storms in Mixed Jurisdictions? Some Comparative Thoughts“, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12.1 (May 2008). Dostupno na: <http://www.ejcl.org/121/art121-26.pdf>

⁶⁷ Swendsen (2012) str. 9.

⁶⁸ Nilles, J. M. i dr. (2007) *The telecommunications-Transportation trade-off: Options for Tomorrow*, BookSurge Publishing.

⁶⁹ Schwemmler, M. i Wedde P. (2012) *Digitale Arbeit in Deutschland: Potenziale und Problemlagen*. Bonn: Friedrich-Ebert-Stiftung. str. 67.

⁷⁰ Bilić, A. (2011) „Rad na daljinu prema međunarodnom, europskom i hrvatskom radnom zakonodavstvu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol 48 - br. 3/2011, str. 631.-647.

⁷¹ Aristotel (1992) str. 4.

Zaključuje da to jeste sloboda, ali sloboda međusobnog upropašćivanja.⁷² Friedrich Julius Stahl, kao filozof prava reakcionarne romantike, minorizira subjektivna prava i uzdiže objektivne dužnosti. Subjektivno pravo je nesamostalno, izvedeno, 'sekundarno načelo'. "Pravo u subjektivnom smislu je običajna moć, koju neki čovjek ima spram ostalih u sferi koja mu je dodijeljena pravnim poretkom i pomoću njega".⁷³

Pobornici kolektivističkih shvaćanja o ustrojstvu ljudskog društva svoje neslaganje s učenjem o autonomiji volje izrazili su kroz tzv. *sociološku koncepciju ugovora i teoriju izjave volje*. Za iste činjenice navodili su suprotne argumente u odnosu na teoriju autonomije volje. Čovjek je dio, a zajednica je cjelina. Stoga treba dati prednost zajednici, odnosno individualna volja treba biti podložna zajedničkim interesima. Ugovor u većini slučajeva nije akt pravičnosti. Štoviše, on vrlo često može biti izraz eksploatacije. Za pravičnost se podrazumijeva jednakost subjekata, a najčešće to nije tako. Nadalje, ugovor u početku može biti pravičan, ali to se može promijeniti zbog novih okolnosti. Pristalice sociološke koncepcije ugovora ističu i to da čovjek od rođenja pripada obitelji, gradu i kolektivitetu, te da je nužno, u okviru bilo koje zajednice, postaviti prava i dužnosti. Teorija izjave volje negira značaj unutrašnje volje. Pravni značaj pridaje samo manifestiranoj volji koja, kao takva, može biti podložna objektivnom tumačenju. Na razini teorije prava, Savignyevu postavku o volji kao centralnom pojmu prava, Rudolf von Jhering nastoji pobiti tvrdeći da je uloga volje zavisna i podređena, te da je se može sagledavati samo u kontekstu zakonske zaštite interesa. Slično mišljenje iznosi i Gustav Radbruch. Suprotstavljajući interese privatne autonomije i sigurnosti u pravnom saobraćaju, individualnu slobodu i socijalni mir, odnosno individualističko i socijalno shvaćanje prava zastupa slobodu ugovaranja omeđenu zakonskim okvirima, a time i individualni interes okvirom socijalnog interesa.⁷⁴

Uspoređujući teoriju volje i teoriju očitovanja, možemo uočiti da su one u analognom odnosu. Dok prva daje primat onoj unutrašnjoj sadržajnosti volje, druga pak naglašava samodostatnost izvanjskog očitovanja. Tenzija zasnovana na ovoj protimbi razrješiva je jedino ako obadvije strane odustanu od autarkičnosti i stupe u odnos upotpunjavanja. Svaka je sama po sebi nedostatna za funkcionalnost odnosa među pojedincima, za susrete pojedinačnih

⁷² Fichte, J. G. (1979) *Zatvorena trgovačka država*. Beograd: Nolit. str. 73.-77.

⁷³ Stahl, F. J. (1878) *Philosophie des Rechts*, II. Leipzig. str. 279.

⁷⁴ Radbruch, G. (1980) *Filozofija prava*, Beograd: Nolit. str. 182.-188.

volja, za ustrojstvo zajedništva. U tom odnosu upotpunjavanja, svaka zado- biva svojevrсно mjesto i ulogu u izgradnji cjeline koja omogućuje gore navedene nedostatnosti. Volja se mora zadržati kao izvor odakle potječe raz- log za preklapanje više pojedinačnih volja, dokinućem volje dokinula bi se i sfera preklopivosti pa bi se samim time oduzela osnovica i za formalno oči- tovanje. Kada dvije ili više pojedinačnih volja, na osnovi uzajamne preklo- pivosti, stupe u odnos, tada njihov odnos stupa u sferu formalnog očitovanja kao jamstva prisutnosti dotične preklopivosti. Formalno očitovanje, bez nave- dene osnovice, bilo bi očitovanje ničega, dakle, urušilo bi se samo u sebi. Preklopivost pojedinačnih volja, bez vlastitog prerastanja u formalno oči- tovanje, bilo bi osakaćeno u vlastitoj funkcionalnosti. Stoga je neophodna suradnja pojedinačnih volja i njihovog formalnog očitovanja, a što ni jedna od navedenih teorija nije uzimala dovoljno u obzir. Ishodišta svih kritičkih misli o teoriji autonomije volje svode se, u konačnici, na shvaćanje čovjeka, odnosno na neuvažavanje različitosti individue i osobe. Čovjek je u radikalnom indivi- dualizmu savršeno biće pa, kao takav, treba imati, ako ne posvemašnju slobodu, onda što veću. Iz toga proizlazi da su svi jednaki i slobodni, ali još od ranog kapitalizma to donosi nekima nesagledivu korist, a nekima osiroma- šenje. Razvojem poslovnih aktivnosti i tehnologije, te uplivom ideja o solidar- nosti, formirani su brojni sustavi u kojima sudionici teže što većoj slobodi ugovaranja, a s druge strane, prenošenju posljedica odgovornosti na nekog drugog. Taj trend je prisutan u svim grupama prava, a naročito je vidljiv u tzv. obiteljskim, radnim i socijalnim pravima. Otuda, najznačajniji francuski filo- zof prava 20. stoljeća Michel Villey, veliki protivnik subjektivnosti prava, iskazuje da ne poznaje gorega zastranjenja no što je pristupanje pitanjima društvene pravde, polazeći od navodnoga 'subjekta prava'.⁷⁵

6. Zaključak

Od antičkog doba, sloboda ugovaranja bila je, više ili manje, ograničena formalizmom. Na izmaku srednjeg vijeka, filozofija poprima naturalistička i racionalistička obilježja te počinje promicati neograničenu slobodu čovjeka. Prosvjetiteljstvo to proširuje kao društvenu pojavu, što u Francuskoj

⁷⁵ Villey (2002) str. 81.-82.

revoluciji postaje politička i gospodarstvena osnova. Kao posljedica koncepcije individualističke filozofije i ekonomskog liberalizma, te postavki francuske revolucije o oslobađanju pojedinca od političkih, privrednih i društvenih zabrana, u građanskom pravu nastaje učenje o autonomiji volje. *Teorija autonomije volje* prenosi individualističke i liberalne stavove u područje prava, koji radikalnu dimenziju dobivaju u raspravama o granicama slobode ugovaranja. Shvaćajući individuum kao apsolut, njegovoj volji se pripisuje stvaralačka moć koja je time iznad zakona. Snaga i vrijednost te slobodne i stvaralačke volje proizlazi iz čovjekove slobode. U pravnoj teoriji ugovornog prava razvile su se *teorija volje*, *teorija očitovanja* i *teorija povjerenja*, koje su različito tumačile odnos volje i njenog očitovanja. Dominaciju u stvarnosti imali su umjereni pravci temeljeni na praktičnosti i pragmatičnosti. Utopijska misao o bezgraničnoj slobodi volje, bez ikakvih ograničenja, nije prihvaćena ni u jednom zakonodavstvu. Sloboda volje ostala je postulat s većim ili manjim odjekom u različitim disciplinama građanskog prava. U *stvarnom pravu* je to vidljivo kroz širinu vlasničkih ovlaštenja, a trag je uočljiv i kod *nasljednog prava*. Postojanje ograničenja autonomije volje u *ugovornom pravu* može se promatrati u odnosu na *sadržaj ugovora*, *formu ugovora* i *tumačenje ugovora*. Pored toga postoji i opće ograničenje slobode ugovaranja tzv. *ustanovom javnog poretka*. Autonomija volje u *radnom pravu* najčešće se problematizira u raspravama o pravnoj prirodi ugovora o radu.

Negativan stav o maksimalnoj dispozitivnosti pojedinca i prenamaganju njegove volje iznosili su mnogi prije i poslije pojave teorije autonomije volje. Osobito se ističu pobornici kolektivističkih shvaćanja o ustrojstvu ljudskog društva koji su svoje neslaganje s učenjem o autonomiji volje izrazili kroz tzv. *sociološku koncepciju ugovora* i *teoriju izjave volje*. Razvojem poslovnih aktivnosti i tehnologije, te uplivom ideja o solidarnosti, dodatno se komplicira problematika autonomije volje. S jedne strane, formiraju se sustavi u kojima sudionici teže što većoj slobodi ugovaranja, a s druge strane se nastoji prenijeti odgovornost na nekog drugog. U tim dvojbenostima, tezama i antitezama, kako u filozofiji tako i u pravu, do najprihvatljivijeg rješenja dolazi se aristotelovskom sredinom, a što je slučaj i s brojnim drugim filozofskopravnim pitanjima.

Literatura

1. Abbegg, A. i Thatcher, A., 2004. „Freedom of Contract in the 19th Century: Mythology and the Silence of the Sources – Sibylle Hofer's Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert“, *German Law Journal*, 5 (2004), br. 1, str. 101.-114.
2. Aristotel (1992) *Politika*. Zagreb: Hrvatska sveučilišna naklada.
3. Beale, H. (2002) *Contract Law: Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*. Oxford: Hart Publishing.
4. Bilić, A. (2011) „Rad na daljinu prema međunarodnom, europskom i hrvatskom radnom zakonodavstvu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol 48 - br. 3/2011, str. 631.-647.
5. Bloch, E. (1977) *Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo*. Beograd: Komunist.
6. Costa, P. i Zolo, D. (2007) *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer.
7. Deklaracija o pravima čovjeka i građanina od 26. 8. 1789. (1988) U: Lj. Kandić: *Odabrani izvori iz opšte istorije države i prava*. Beograd. *Savremena administracija*.
8. Dernburg, H. (1884) *Pandekten, Erster Band*. Berlin: Müller.
9. Diels, H. (1983) *Predskoratovci: Fragmenti, II. svezak*. Zagreb: Naprijed.
10. Eggebrecht, A. (1987) *Povijest rada: od starog Egipta do danas*, Zagreb: Grafički zavod Hrvatske.
11. Feurbach T. R. (2010) *Employment Law: Going Beyond Compliance to Engagement and Empowerment*. New York: McGraw-Hill.
12. Fichte, J. G. (1979) *Zatvorena trgovačka država*. Beograd: Nolit.
13. Flume, W. (1975) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft*. Berlin: Springer Verlag.
14. Fried, C. (1981) *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge: Harvard University Press.
15. Füller, J. T. (2005) *Eigenständiges Sachenrecht?*. Tübingen: Mohr Siebeck.

16. Goldštajn, A. (1991) Trgovačko ugovorno pravo: međunarodno i komparativno. Zagreb: Narodne novine.
17. Green, R. S. (2005) *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*. Cambridge: University Press.
18. Fuller, L. L., „Consideration and Form“, *Columbia Law Review*, New York, Vol. 41 – br- 5/1941, str. 799. – 824.
19. Hart, H. L. A. (1984) *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: University Press.
20. Helvetius, C. A. (1978) *O duhu*. Zagreb: Naprijed.
21. Hobbes, T. (2004) *Levijatan ili Građa, oblik i moć crkvene i građanske države*, Zagreb: Naklada Jesenski i Turk.
22. Honsell, H. (2005) „Willenstheorie oder Erklärungstheorie?“, Bern: Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis: Festschrift für Hans Peter Walter. str. 335.-350.
23. van Jaarsveld, M. I. (2008) „Contract in Employment: Weathering Storms in Mixed Jurisdictions? Some Comparative Thoughts“, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12.1 (May 2008).
24. Julije Paulo (1989) *Sentencije*. Zagreb: Latina et Graeca.
25. Justinijan (1994) *Institucije*. Zagreb: Latina et Graeca.
26. Kant, I. (1953) *Dvije rasprave*. Zagreb: Matica hrvatska.
27. Kant, I. (1956) *Kritika praktičnog uma*. Zagreb: Kultura.
28. Kurtović, Š. (1990) *Opća historija države i prava, knjiga prva*. Zagreb: Narodne novine, Zagreb.
29. Kurtović, Š. (1990) *Opća historija države i prava, knjiga druga*. Zagreb: Narodne novine. Margetić, L. (1994) *Antika i srednji vijek*, Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti.
30. Maritain, J. (1995) *Tri reformatora*. Split: Laus.
31. Mill, J. S. (1879) *On Liberty/Subjection Of Women*. New York: Henry Holt and Company.
32. Montesquieu, C. L. de S. (1989) *Duh zakona, knjiga druga*. Beograd: Filip Višnjić.

33. Nilles, J. M. i dr. (2007) *The telecommunications-Transportation trade-off: Options for Tomorrow*, BookSurge Publishing.
34. Ōnuma, Y. (1993) *A Normative Approach to War: Peace, War, and Justice in Hugo Grotius*. Oxford: Clarendon Press.
35. Perović, S. (1980) *Obligaciono pravo*, knjiga prva. Beograd: Privredna štampa.
36. Perović, S. (2006) „Sloboda uređivanja obveznih odnosa i javni poredak“, *Zbornik Pravnog fakulteta, Zagreb*, posebni broj.
37. Platon (2002) *Država*, Beograd: Beogradski izdavačko-grafički zavod.
38. Platon (1957) *Zakoni*. Zagreb: Kultura.
39. Pound, R. (2002) *The Ideal Element in Law*. Indianapolis: Liberty Fund.
40. Radbruch, G. (1980) *Filozofija prava*, Beograd: Nolit.
41. Romac, A. (1992) *Rimsko pravo*. Zagreb: Narodne novine.
42. Rousseau, J. J. (2012) *Društveni ugovor / O podrijetlu i temeljima nejednakosti među ljudima*. Zagreb: Feniks knjiga.
43. Salijski zakon, XLVI. O određivanju nasljednika (1988) U: Lj. Kandić: *Odabrani izvori iz opšte istorije države i prava*. Beograd. Savremena administracija.
44. Schwemmler, M. i Wedde P. (2012) *Digitale Arbeit in Deutschland: Potenziale und Problemlagen*. Bonn: Friedrich-Ebert-Stiftung.
45. Smith, A. (2010) *The Theory of Moral Sentiments*. New York: Penguin.
46. Stahl, F. J. (1878) *Philosophie des Rechts*, II. Leipzig.
47. Swendsen, L. F. H. (2012) *Filozofija rada*, Zagreb: TIM press.
48. Ščetinec, J. (1933) "Demokratizacija radnog odnosa", *Mjesečnik pravničkog društva, Zagreb*, Vol. 58 – br. 6-7/1933, str. 308–324, br. 9-10/1933, str. 399.–414.
49. Tadić, Lj. (1983) *Filozofija prava*. Zagreb: Naprijed.
50. Tintić, N. (1972) *Radno i socijalno pravo*, knjiga prva, *Radni odnosi (II)*. Zagreb: Narodne novine.
51. Toma Akvinski (1990) *Država*, Zagreb: Globus.

52. Tunick, M. (1998) *Practices and Principles: Approaches to Ethical and Legal Judgment*. Princeton: University Press.
53. Vedriš, M. i Klarić, P. (1984) *Osnove imovinskog prava*. Zagreb: Pravni fakultet.
54. Villey, M. (2002) *Pravo i prava čovjeka*. Zagreb: Disput.
55. Vizner, B. (1978) *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*. Zagreb: vlastita naklada.
56. Waltermann, R. (1996) *Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie*. Tübingen: Mohr.
57. *Zakon o obveznim odnosima* (Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15).
58. *Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim okolnostima* (Narodne novine, br. 53/91).
58. *Zakonik XII ploča* (1994) Zagreb: Latina et Graeca.

REFLECTION OF THE INDIVIDUALIST THEORY OF THE AUTONOMY OF THE WILL ON CIVIL AND LABOUR LAW

Summary

This paper presents the reflection of theory of individualism as a philosophical-social concept on civil law or, in a narrower sense, on contractual law. This theory made an important impact, above all, through the issue of autonomy of the will and the freedom of contracting. The theory of autonomy was supported by the overall and unlimited freedom of individuals. During discussions on the social contract, the debate on will in the private law relationships has developed. The autonomy of will has been accepted in much legislation, particularly in classical civil codes in a limited form, and it is mostly noticeable in stipulations where the will of the parties is limited. Therefore, by discussing the autonomy of will, we cannot avoid the debate on contrasts such as: individualism – collectivism; individual – social; internal – external; subjective – objective; theoretical – practical; autonomy – heteronomy. In these dualities, theses and antitheses, both in philosophy and in law, the most acceptable solution can be reached by the Aristotelian doctrine of the golden mean, as it is the case with many other philosophical-legal issues.

Key words

autonomy of the will, freedom of contract, the principle of private autonomy, civil (contract) law, labour law.

ODNOS RJEŠENJA O IZVRŠENJU I ISPRAVE O ZAPLJENI PO PRISTANKU DUŽNIKA

stručni članak

UDK: 347.952

mr. sc. Aida Hadžialić*

Sažetak

Rješenje o izvršenju i isprava o zapljeni po pristanku dužnika izuzetno su prisutni u poslovnom svijetu, naročito u bankarskom poslovanju. Prilikom primjene ova dva akta, pojavile su se nejasnoće i pitanja o njihovom odnosu pa se ukazala potreba za analizom, kako samih akata, tako i o njihovom međusobnom odnosu. Ovim radom, nakon izvršene analize, data su pojašnjenja o pravnoj prirodi rješenja o izvršenju i isprave o zapljeni po pristanku dužnika, s posebnim osvrtom na njihov uzajamni odnos koji se reflektuje na primjenu isprave o zapljeni po pristanku dužnika.

U radu se navedena dva akta, odnosno njihov međusobni odnos, posmatraju s teorijsko-analitičkog stanovišta, uz primjenu normativnog metoda, komparativnog metoda i empirijskog metoda. Normativni metod je korišten pri pregledu zakonskih propisa Bosne i Hercegovine, propisa entiteta i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, komparativni metod je korišten prilikom usporedbe ova dva akta u cilju određenja njihove pravne posebnosti i samostalnosti, dok su primjenom empirijskog metoda korištena iskustva stečena u dugogodišnjoj praksi samog autora.

Svrha i cilj ovog rada jeste da se rješenje o izvršenju i isprava o zapljeni po pristanku dužnika, kao i njihov međusobni odnos, razjasne i približe licima koja ih primjenjuju.

Ključne riječi

Rješenje, administrativna zabrana, izvršni postupak, plaća.

* *hadzialicaida@gmail.com*

1. Uvod

Rješenje o izvršenju i isprava o zapljeni po pristanku dužnika su u izuzetnoj primjeni u poslovnoj praksi Bosne i Hercegovine. Sa stanovišta poslovne prakse i uticajem koja ova dva instituta prava proizvode na više sudionika, i fizičkih i pravnih lica, te poslovnih aranžmana čiji su proizvodi, ukazala se potreba da se analiziraju. Prvenstveno, regulisanje ova dva akta pozitivno-pravnim zakonskim propisima, može dovesti do različitih tumačenja od strane pravnih ili fizičkih lica kojih se direktno tiču i koja ih primjenjuju. To se posebno odnosi na odredbe Zakona o izvršnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine¹ (u daljem tekstu: ZIP) kojima se reguliše zapljena i ograničenja na plaći dužnika, kao i njihovo reflektovanje na odredbe Zakona o radu Federacije Bosne i Hercegovine² (u daljem tekstu: ZOR) kojima se reguliše prisilna obustava plaće i nadoknade plaće.

Ovom analizom potrebno je razgraničiti rješenje o izvršenju s jedne strane, od isprave o zapljeni po pristanku dužnika s druge strane, tačnije, odrediti njihov, kako uzajamni odnos, tako i njihovu samostalnost i nezavisnost, s posebnim osvrtom na određenje da ovjerena isprava dužnika, kojom on daje saglasnost da se rade naplate potraživanja povjerioca, zaplijeni dio njegove plaće i da se isplati izravno povjeriocu na način određen u toj ispravi, ima pravno djelovanje rješenja o izvršenju.

2. Rješenje o izvršenju

Rješenje o izvršenju je regulisano ZIP-om. Prema članu 2. tačka 6. ZIP-a "rješenje o izvršenju" – označava rješenje kojim je u cijelosti ili djelimično prihvaćen prijedlog za izvršenje ili kojim se izvršenje određuje po službenoj dužnosti. U suštini, rješenje o izvršenju je sudska odluka u izvršnom postupku kojom se pozitivno odlučuje o zahtjevu tražioca izvršenja, bilo da se radi o prihvatanju u cijelosti ili djelimično. Izvršni postupak pokreće se prijedlogom tražioca izvršenja³ i izvršenje određuje i provodi sud određen zakonom.⁴ Sud

¹ "Službene novine FBiH", br. 32/03 i 33/06.

² "Službene novine FBiH", br. 62/15.

³ Čl. 3, st. 1. ZIP-a.

⁴ Čl. 4, st. 1. ZIP-a.

rješenjem određuje izvršenje onim sredstvom i na onim predmetima koji su navedeni u izvršnom prijedlogu.⁵ Ujedno, sud određuje izvršenje samo na osnovu izvršne ili vjerodostojne isprave, ako ZIP-om nije drukčije određeno.⁶

Članom 39. ZIP-a detaljno je navedeno koje sve elemente mora (i ne mora) da sadrži rješenje o izvršenju. U prilog tome može se, kao primjer, navesti pitanje unosa obrazloženja u rješenje o izvršenju. Naime, rješenje o izvršenju ne mora biti obrazloženo (i može se izdati stavljanjem pečata na prijedlog za izvršenje),⁷ ali mora sadržavati uputu o pravnom lijeku koji stranaka stoji na raspolaganju.⁸ Ukoliko se donosi Rješenje kojim se prijedlog za izvršenje potpuno ili djelimično odbacuje ili odbija, takvo Rješenje mora biti obrazloženo.⁹

Rješenje o izvršenju se može pobijati prigovorom, gdje se u pogledu sadržaja prigovora na odgovarajući način primjenjuju odredbe o žalbi iz Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine,¹⁰ dok u slučaju da je prijedlog za izvršenje rješenjem odbačen ili odbijen, daje se mogućnost tražiocu izvršenja da isto pobija samo žalbom.¹¹

Generalno posmatrajući, rješenje o izvršenju je samo jedna od faza u izvršnom postupku, obzirom da izvršni postupak završava namirenjem potraživanja tražioca izvršenja, tako da se izvršni postupak ne okončava samim donošenjem ovog rješenja. Osim rješenja o izvršenju, u izvršnom postupku, postoje i rješenje o dosudi i rješenje o namirenju. Dakle, što se tiče rješenja o izvršenju, radi se o sudskoj odluci koja ima karakter prioritarnosti u daljem toku provođenja prinudnog izvršenja, sve u cilju namirenja potraživanja tražioca izvršenja.

Glavom XII. ZIP-a regulisano je izvršenje na novčanom potraživanju izvršenika. Odredbama navedenim u Glavi XII. od člana 136. do člana 176., propisana je mjesna nadležnost suda, izuzimanje od izvršenja, ograničenje izvršenja, izvršne radnje, obim izvršenja, kao opšte odredbe (1), pljenidba

⁵ Čl. 8, st. 1. ZIP-a.

⁶ Čl. 22. ZIP-a.

⁷ Čl. 39, st. 4. ZIP-a.

⁸ Čl. 39, st. 5. ZIP-a.

⁹ Čl. 39, st. 6. ZIP-a.

¹⁰ "Službene novine FBiH", br. 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15.

¹¹ Čl. 46. ZIP-a.

potraživanja (2), prijenos potraživanja (3), posebne odredbe o izvršenju na plaći i drugim stalnim novčanim primanjima (4), te izvršenje na potraživanjima po računu kod banke (5). Ograničenja izvršenja na novčanim potraživanjima izvršenika određena članom 138. ZIP-a primjenjuju se i na ograničenja izvršenja na novčanim potraživanjima dužnika kod isprave o zapljeni po pristanku dužnika.

Analizirajući navedeno, odmah je vidljivo da je materija izvršenja na novčanom potraživanju izvršenika veoma detaljno razrađena, s davanjem rješenja za mnoga pitanja koja se tiču ove vrlo senzitivne materije koja tangira izvršenika. Najinteresantniji dio za ovu vrstu analize jeste onaj koji se odnosi na posebne odredbe o izvršenju na plaći i drugim stalnim novčanim primanjima izvršenika. Upravo plaća i druga stalna novčana primanja spadaju u potraživanja izvršenika na kojima je moguće provesti izvršenje, te je u tom smislu i jasno zašto je ovaj dio izdvojen u posebne odredbe koje su regulisane od člana 158. do člana 165. ZIP-a. Kako i dolikuje, počevši s članom 158. ZIP-a, određeno je da se u izvršenju na plaći i drugim novčanim primanjima primjenjuju odredbe od člana 137. do 157. ZIP-a ako daljim odredbama od 158. do 165. ZIP-a nije drugačije određeno. Dakle, nemultiplicirajući već jednom rečeno, na tretirano izvršenje se primjenjuju opšte odredbe (izuzimajući odredbu o mjesnoj nadležnosti - član 136. ZIP-a), te odredbe o pljenidbi potraživanja i njegovom prijenosu. Važno je napomenuti da je na ovom predmetu izvršenja, zapljena jedina izvršna radnja.

Konkretno, članom 159. ZIP-a, reguliše se pitanje rješenja o izvršenju (na plaći) koje nalaže poslodavcu koji izvršeniku isplaćuje plaću, da novčani iznos za koji je određeno izvršenje isplati, odnosno isplaćuje tražiocu izvršenja nakon izvršnosti rješenja o izvršenju, ako ZIP-om nije drugačije određeno,¹² te da se rješenje o izvršenju odnosi i na povećanje plaće do kojeg dođe nakon dostave rješenja o izvršenju, kao i na sva primanja izvršenika po osnovu rada.¹³ Uočljivo je da se, generalno, rješenje o izvršenju iz člana 39. ZIP-a sada konkretizuje kao odluka pri izvršenju na novčanim primanjima izvršenika i da više nije jedna u nizu faza izvršnog postupka, nego da je konačna odluka koja se ima sprovesti na propisani način.

¹² Čl. 159, st. 1. ZIP-a

¹³ Čl. 159, st. 2. ZIP-a.

3. Isprava o zapljeni po pristanku dužnika

Ispravom o zapljeni po pristanku dužnika (u daljem tekstu: Isprava), dužnik, najčešće zaposlenik, penzioner, odnosno primalac koji ostvaruje lična primanja koja nisu ograničena nekim zakonskim propisom,¹⁴ daje dobrovoljan pristanak da se stavi zabrana na njegovu plaću ili lična primanja i to u iznosu koji je dozvoljen pozitivnim zakonskim propisima, te da se ista preusmjere, odnosno prenesu označenom povjeriocu. Dakle, Isprava se zaključuje između dužnika i poslodavca.

U svojoj primjeni, Isprava ima više svojih naziva. Najpoznatiji i najčešće korišten naziv je "administrativna zabrana". Ovaj naziv, posebno u posljednje vrijeme, zamijenio je naziv "Saglasnost". Međutim, obzirom na način provođenja cjelokupnog procesa davanja dobrovoljnog pristanka dužnika na zapljenu i obaveze poslodavca da izvrši obustavu i prenos potrebnog iznosa, poslodava, rješavajući po zahtjevu dužnika da udovolji ili ne istom, donosi rješenje na osnovu kojeg je obavezan da vrši zatražene radnje ili donosi rješenje kojim odbija zahtjev dužnika uz obrazloženje.¹⁵

Navedenu zabranu, odnosno zapljenu, provodi poslodavac ili drugi nadležni organ koji vrši isplatu plaće, naknade ili drugog ličnog primanja. On će izvršiti obustavu od plaće ili druge naknade i plaćanje izvršiti označenom povjeriocu. U suštini, radi se o pljenidbi i prenosu novčanog potraživanja, i to samo u iznosu koji je naveden u Ispravi. Bilo da se radi o izjavi dužnika (administrativna zabrana ili Saglasnost) ili o rješenju poslodavca (rješenje o obustavi ili rješenje o zapljeni), taj akt je ovjeren od strane poslodavca i ostaje u dokumentaciji poslodavca. Iako Isprava predstavlja nalog za plaćanje redovnih mjesečnih anuiteta, ona može predstavljati i mjeru obezbjeđenja

¹⁴ Članom 137. ZIP-a regulisana su izuzimanja od izvršenja i to su izuzeta primanja po osnovu zakonskog izdržavanja, ukoliko se ne radi o potraživanjima iste vrste, te predmet izvršenja ne mogu biti potraživanja po osnovu poreza, taksi i doprinosa propisanih zakonom.

¹⁵ Prilikom odlučivanja po zahtjevu dužnika, poslodavac provjerava da li je visina traženog iznosa u okviru propisanih imovinskih cenzusa, te da li je iznos ukupnih obustava mjesečnog neto iznosa primanja tog dužnika u okviru propisanih imovinskih cenzusa. Po izvršenoj provjeri, poslodavac donosi adekvatno rješenje.

povrata datih kreditnih sredstava, tako da poslodavac Ispravu dostavlja povjeriocu na ime dokaza o ispunjenim uslovima za pljenidbu i prenos.¹⁶

Analizirajući pravnu prirodu Isprave, postavlja se pitanje da li se Isprava može posmatrati kao jednostrana izjava volje ili trajni nalog. U postupku zaključenja Isprave nesporno je da je dužnik svoju izjavu dao dobrovoljno i samostalno. Međutim, svaka jednostrana izjava ne predstavlja jednostrani pravni posao jer ona mora ispunjavati zakonom propisane uslove.¹⁷ Zakon o obligacionim odnosima Federacije Bosne i Hercegovine,¹⁸ kao jednostranu izjavu volje, reguliše javno obećanje nagrade i izdavanje vrijednosnih papira. Trajni nalog predstavlja nalog komitenta njegovoj banci da, na teret njegovog računa na određene termine u redovitim vremenskim razmacima, obavlja višekratna plaćanja (isplate) ponekad istih, fiksnih iznosa kao što su stanarina, osiguranje, porezi i slično.¹⁹ Sa pozicije obligacionog prava ne radi se o jednostranoj izjavi volje dok se, posmatrajući s aspekta poslovanja, naročito bankarskog poslovanja, Isprava može posmatrati kao trajni nalog.

Bitno je odrediti položaj Isprave u procesnom pravu, i to u smislu dispozitivne radnje stranaka. Uvažavajući načelo dispozitivnosti, koje "nalazi primjenu u parničnom, vanparničnom i izvršnom postupku i procesnom pravu",²⁰ Isprava nema karakter dispozitivne radnje stranaka. Prema ZIP-u,

¹⁶ Članom 2. Odluke o minimalnim standardima za dokumentovanje kreditnih aktivnosti banaka Agencije za bankarstvo Federacije Bosne i Hercegovine, ("Službene novine FBiH", br. 3/03 i 23/14), propisano je da je banka dužna da za svaki odobreni kredit otvori kreditni dosje na dan odobrenja kredita i isti vodi sve dok kredit ne bude u potpunosti otplaćen ili likvidiran (regulisan) na drugi način, a članom 3. iste Odluke navedeno je šta kreditni dosje mora sadržavati, te je u tački 11. istog člana precizirano da su za kredit osiguran kolateralom ili garancijom potrebni dokumenti navedeni u odluci o odobrenom kreditu, što Isprava i jeste, ukoliko je prihvaćena kao mjera osiguranja povrata datih sredstava.

¹⁷ Bikić, A. (2013) Obligaciono pravo. Opći dio. 3. izmijenjeno i dopunjeno izd. Sarajevo: Pravni fakultet univerziteta, str. 296.

¹⁸ "Službene novine FBiH", br. 2/92, 13/93, 13/94 i 29/03.

¹⁹ URL.: <http://www.moj-bankar.hr/kazalo/T/Trajni-nalog> Pregledano 2.5.2015. godine - Radi se o ugovornom odnosu između klijenta (vlasnika računa) i banke, prema kojem klijent daje ovlasti banci da u njegovo ime i za njegov račun obavlja redovita plaćanja.

²⁰ Čalija, B.; Omanović, S. (2000) Građansko procesno pravo. Sarajevo: Pravni fakultet, str. 50.-51.

Isprava nije ni izvršna, niti vjerodostojna isprava, tako da nadležni sud ne može odrediti izvršenje na osnovu Isprave, ali joj je dato pravno djelovanje rješenja o izvršenju.

U poslovnoj praksi, posebno u bankarskom poslovanju, Isprava se koristi kao mjera osiguranja povrata datih kreditnih sredstava pa se može reći da ova Isprava predstavlja jemstvo kreditoru od strane korisnika kredita/jemca/sudužnika da će se vršiti uredna otplata isplaćenih kreditnih sredstava. Prilikom odobravanja kreditnih aranžmana, veoma je bitno da banka izvrši prethodnu kreditnu procjenu klijenta (eventualnog budućeg korisnika kredita, jemca ili sudužnika)²¹ i njegovim mogućnostima za otplatu datih kreditnih sredstava, a što obuhvata i iznose mjesečnih anuiteta koje je tretirani klijent u mogućnosti izmiriti. Upravo navedeni iznosi mjesečnih anuiteta koje klijent izmiruje moraju biti usklađeni s pozitivno-pravnim zakonskim propisima.

ZIP svojim članom 164. (1) propisuje da Isprava ima pravno djelovanje rješenja o izvršenju, a svojim članom 138. ograničenja izvršenja na novčanim potraživanjima izvršenika, procentualno im određujući imovinske cenzuse.

Naime, zapljena po pristanku dužnika regulisana je članom 164. ZIP-a i to da dužnik može ovjerenom ispravom dati saglasnost da se, radi naplate potraživanja povjerioca, zapljene dio njegove plaće i da se isplati izravno povjeriocu na način određen u toj ispravi, te da takva isprava ima pravno djelovanje rješenja o izvršenju,²² a da izuzetno od navedene odredbe, zapljena, na osnovu saglasnosti dužnika, nema uticaja na provođenje izvršenja na plaći radi namirenja potraživanja po osnovi zakonskog izdržavanja, naknade štete nastale po osnovi narušenja zdravlja ili smanjenja, odnosno gubitka radne sposobnosti i naknade štete po osnovi izgubljenog izdržavanja zbog smrti davaoca izdržavanja.²³

Iz navedenog je odmah vidljivo određenje da Isprava ima pravno dejstvo rješenja o izvršenju, te da postoje izuzeća koja neće uticati na provođenje izvršenja na plaći radi namirenja potraživanja i to u slučaju:

- A. zakonskog izdržavanja;
- B. naknade štete na osnovu narušenog zdravlja;

²¹ Čl. 16, st. 1. Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga („Službene novine FBiH“, br. 31/14).

²² Čl. 164, st. 1. ZIP-a

²³ Čl. 164, st. 3. ZIP-a

- C. naknade štete po osnovu smanjenja/gubitka radne sposobnosti; i
- D. naknade štete na osnovu izgubljenog izdržavanja zbog smrti davaoca izdržavanja.²⁴

Međutim, određenje da Isprava ima pravno djelovanje rješenja o izvršenju, istovremeno ne znači izjednačavanje ova dva akta. Svaki akt, ponaosob, ima svoju funkciju i jasno označen modalitet i proces nastajanja. Prvenstvena razlika između ova dva akta je u tomu, da je rješenje o izvršenju sudska odluka koju donosi nadležni sud i čije izvršenje je prisilno, a Isprava o zapljeni po pristanku dužnika je administrativni akt koji zaključuju poslodavac i dužnik koji je svoju izjavu o zapljeni dao dobrovoljno.

4. Ograničenje na plaći

Članom 138. ZIP-a, ograničenje izvršenja regulisano je sljedeće:

- (1) "Izvršenje na: plaći, nadoknadi umjesto plaće, nadoknadi za skraćeno radno vrijeme i nadoknadi zbog umanjenja plaće i penzije, primanja po osnovu nadoknade zbog tjelesnog oštećenja prema propisima o invalidskom osiguranju, primanja po osnovu socijalne pomoći, primanja po osnovu privremene nezaposlenosti, primanja po osnovu dodatka za djecu, primanja po osnovu stipendije i pomoći učenicima studentima i nadoknada za rad osuđenika može se provesti do iznosa jedne polovine.
- (2) Ograničenja izvršenja na novčanim potraživanjima izvršenika iz stava 1. ovog člana, primjenjuju se samo ako potraživanja ne prelaze 1.000,00 KM mjesečno. Na dijelu potraživanja koji prelaze 1.000,00 KM mjesečno, izvršenje se može provesti do iznosa od dvije trećine potraživanja."

Iz navedene odredbe je vidljivo da su, kod ograničenja izvršenja na novčanim potraživanjima izvršenika, navedeni imovinski cenzusi koji su procentualno izraženi kao "jedna polovina" i "dvije trećine".

²⁴ Omanović, S. (2005) Glossarium uz novi Zakon o izvršnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine. Sarajevo: Pravni fakultet, str. 242.

Pregledom zakonskih propisa u Bosni i Hercegovini, koji regulišu izvršni postupak, navedeno ograničenje u dijelu imovinskih cenzusa navedenih u članu 138. ZIP-a je identično regulisano i u Zakonu o izvršnom postupku Republike Srpske,²⁵ dok je u Zakonu o izvršnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine,²⁶ regulisano da se na iznos primanja do 1.000,00 KM mjesečno, izvršenje može provesti do iznosa od jedne polovine (a radi naplate potraživanja po drugoj osnovi do iznosa od jedne trećine plate), a preko tog iznosa – bez ograničenja.

Dosadašnji Zakon o radu Federacije BiH²⁷ (u daljem tekstu: raniji ZOR), regulisao je pitanje zaštite plaće i naknade plaće na način da procentualno propisuje imovinske cenzuse kod obustave plaće zaposlenika, koji se razlikuju u odnosu na procentualne imovinske cenzuse navedene u ZIP-u.

Upoređujući stav 2. člana 138. ZIP-a i član 74. ranijeg ZOR-a, vidljivo je da se razlikuju postavljeni imovinski cenzusi koji se tiču obustave plaće, odnosno procentualnog iznosa obustave.

U poslovnoj praksi se postavljalo pitanje: "Koji procentualni iznos je primjenjiv u slučaju zapljene po pristanku dužnika?"

U dijelu "Prisilna obustava plaće i nadoknade plaće" ZOR-a, koji je u primjeni, izvršena je promjena i regulisano je da "Plaća ili nadoknada plaće radnika može se prisilno obustaviti, u skladu s propisom kojim se regulira izvršni postupak",²⁸ što predstavlja napredak u smislu usklađivanja dva propisa kojima se reguliše pitanje ograničavanja, odnosno obustave plaće i naknade na način da se na ovo pitanje primjenjuju odredbe ZIP-a.²⁹

²⁵ Čl. 138. ZIP-a Republike Srpske ("Službeni glasnik RS", br. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12 i 67/13).

²⁶ Čl. 157. ZIP-a Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik BD BiH", br. 39/13).

²⁷ "Službene novine FBiH", br. 43/99, 32/00 i 29/03, Ovaj Zakon prestao da važi 20.8.2015. godine. U dijelu "3. Zaštita plaće i naknade plaće", članom 74. bilo je propisano sljedeće: "Najviše polovica plaće ili naknade plaće zaposlenika može se prisilno obustaviti radi ispunjenja obaveze zakonskog izdržavanja, a za ostale obaveze može se prisilno obustaviti najviše jedna trećina plaće zaposlenika."

²⁸ Čl. 83. ZOR-a.

²⁹ U prilog navedenog je i komentar čl. 83.: "Novo pravno rješenje prisilnu obustavu plaće i naknade ne reguliše, već upućuje na primjenu propisa kojim se reguliše izvršni postupak (sada Zakon o izvršnom postupku)." Objavljen u NOVI zakon o radu Federacije BiH : priručnik (2015) Sarajevo: Refam creative solutions - REC doo, str. 119.

Kako pitanje o primjeni imovinskog cenzusa kod ograničavanja/obustavi na plaći nije jedino pitanje koje se tiče međusobnog odnosa rješenja o izvršenju i Isprave, potrebno je odgovoriti i na pitanje o svrsishodnosti odredbe ZIP-a koja Ispravi daje pravno djelovanje rješenja o izvršenju.

Ključna riječ za rješenje ovog pitanja jeste određenje u ZOR-u, da se plaća ili naknada plaće može "prisilno" obustaviti. Određenje "prisilne" obustave pretpostavlja postojanje sudske odluke - rješenja o izvršenju koje se ima provesti na način regulisan u toj odluci. Suprotno, Isprava jeste dobrovoljna izjava dužnika. Ukoliko je Isprava, sačinjena na odgovarajući način, odobrena od strane poslodavca i, ukoliko plaća, odnosno druga lična primanja dužnika mogu realizovati traženo opterećenje u skladu sa zakonskim propisima, Isprava će biti provedena na traženi način i u traženom iznosu, uzimajući u obzir da ima pravno djelovanje rješenja o izvršenju.

Zaključak

Primjena člana 164. (1) ZIP-a, da Isprava ima pravno djelovanje rješenja o izvršenju, stvara različita tumačenja, i u poslovnoj i u sudskoj praksi, po pitanju ograničenja izvršenja na plaći.

Iz provedene analize u ovom radu, zaključuje se sljedeće:

- da je rješenje o izvršenju sudska odluka koju donosi nadležni sud i čije izvršenje je prisilno, a Isprava je administrativni akt koji zaključuju poslodavac i dužnik koji je svoju izjavu o zapljeni dao dobrovoljno;
- da se ograničenja izvršenja na novčanim potraživanjima izvršenika određena članom 138. ZIP-a primjenjuju i na ograničenja izvršenja na novčanim potraživanjima dužnika kod Isprave;
- da određenje člana 164. (1) ZIP-a, da Isprava ima pravno djelovanje rješenja o izvršenju, jeste ispravno i djelotvorno iz razloga što dobrovoljno datoj izjavi dužnika daje mogućnost da se udovolji članu 83. ZOR-a i izvrši prisilna obustava plaće ili nadoknade plaće radnika.

Literatura

1. Bikić, A. (2004) Obligaciono pravo. Opći dio. 3. izmijenjeno i dopunjeno izd. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta.
2. Čalija, B.; Omanović, S. (2000) Građansko procesno pravo. Sarajevo: Pravni fakultet.
3. Novi zakon o radu Federacije BiH: priručnik (2015) Sarajevo: Refam creative solutions – REC doo.
4. Odluka o minimalnim standardima za dokumentovanje kreditnih aktivnosti banaka ("Službene novine FBiH", br. 3/03 i 23/14).
5. Omanović, S. (2005) Glossarium uz novi Zakon o izvršnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine. Sarajevo: Pravni fakultet.
6. Zakon o izvršnom postupku Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik BD BiH", br. 39/13).
7. Zakon o izvršnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine FBiH", br. 32/03 i 33/06).
8. Zakon o izvršnom postupku Republike Srpske ("Službeni glasnik RS", br. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12 i 67/13).
9. Zakon o obligacionim odnosima Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine FBiH", br. 2/92, 13/93, 13/94 i 29/03).
10. Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine FBiH", br. 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15).
11. Zakon o radu Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine FBiH", br. 43/99, 32/00 i 29/03).
12. Zakon o radu Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine FBiH", br. 62/15).
13. Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga ("Službene novine FBiH", br. 31/14).
14. <http://www.moj-bankar.hr/kazalo/T/Trajni-nalog>

RELATIONSHIP BETWEEN EXECUTION WRIT AND EXECUTION UPON DEBTOR'S CONSENT

Summary

Execution writ and execution upon debtor's consent are largely utilised in business world, especially in banking operations. In application of these two documents, doubts and questions have emerged regarding their relationship, thus the need aroused for the analysis of these two very acts, as well as their mutual relationship. This paper, following the analysis conducted, provides account of the legal nature of execution writ and execution document upon debtor's consent, with a special view of their mutual relationship, which is reflected on the application of the execution document upon debtor's consent.

The paper examines these two documents, and their mutual relationship from theoretically-analytical standpoint, applying the normative method, comparative method, and the empirical method. The normative method is used in review of the legislation of Bosnia and Herzegovina, legislation of the entities and of Brčko District of Bosnia and Herzegovina, the comparative method is used in making a comparison between the two documents as to establish their legal particularities and uniqueness, while the empirical method utilises experiences obtained during the years of the author's work in the field.

The goal and purpose of this paper is to clarify execution writ and execution document upon debtor's consent, their mutual relationship, and to bring them closer to the professionals.

Key words

Writ, document, enforcement procedure, salary.

EVROPSKI NALOG ZA HAPŠENJE I PREDAJU – IZAZOVI ZA BOSNU I HERCEGOVINU

stručni članak

UDK: 343.125:061.1EU

mr. sci. iur. Ajla Papović Mujan*

Sažetak

Institut Evropskog naloga za hapšenje i predaju predstavlja pravni institut Evropske unije i njene sinhronizovane legislative, koji je izazvao mnogo kontroverzi, kako tokom samih početaka primjene u pojedinim zemljama, tako i u godinama njegove primjene. Pojavio se u vrijeme kada se svijet suočio s ozbiljnim sigurnosnim problemima, prevashodno u borbi protiv terorizma. Njegovim usvajanjem su se pokušale, na što efikasniji način, zaobići komplikovane ekstradicione procedure kroz nacionalne pravne sisteme u zemljama članicama Evropske unije.

U ovom članku ćemo opisati nastajanje Evropskog naloga za hapšenje i predaju, njegov sadržaj i normu, kao i konkretne izazove u njegovoj primjeni. U predstavljanju ovog instituta imamo namjeru da opišemo samu genezu okolnosti koje su dovele do usvajanja, izazove primjene u konkretnim slučajevima, kao i da uvažimo sve specifičnosti i prednosti ovog instituta u odnosu na dosadašnje procese, a prevashodno ekstradiciju.

Ključne riječi

Evropski nalog za hapšenje i predaju, ekstradicija, Okvirna odluka, Evropska unija, efikasnost postupka, smetnje, obaveze, prava, okrivljena osoba.

* *Sutkinja, Općinski sud u Sarajevu;*
ajla1802@yahoo.com

Uvod

S aktuelnim razvojem pravnih instrumenata za jačanje učinkovitosti krivičnog pravosuđa na evropskom teritoriju, na području pravosuđa i unutrašnjih poslova, jedan od najvažnijih je Evropski nalog za hapšenje i predaju (u daljem tekstu ENH) koji, između ostalog, važi i za jedan od najoperativnijih instrumenata s područja uzajamne pravne pomoći i koji je ustanovljen kao jedan od mehanizama poboljšanja saradnje država članica Evropske unije (u daljem tekstu EU) u krivičnim stvarima.

Bosna i Hercegovina (u daljem tekstu BiH) na svom putu ka EU, za jedan od važnijih zadataka u pristupnom procesu, ima reformu svog pravosuđa. Bitan element te reforme će biti i uvođenje ENH kao supstituta za sadašnji pravni institut ekstradicije. Želja nam je da ovaj članak prezentira ENH u smislu nastanka unutar pravnih okvira EU, njegove forme i regulativa, te njegove očigledne prednosti u odnosu na prijašnje ekstradicione procese. Pokušat ćemo skrenuti pažnju i na izazove u primjeni ENH.

1. Od ekstradicije prema ENH

Ekstradicija je složen pravni proces za koji su neophodne jasno definisane smjernice kroz legislativne norme zakonodavstava subjekata međunarodnog prava. Ove smjernice definišu dinamiku i metodologiju implementacije procesa ekstradicije. Elementarna potreba svakog pravnog procesa je njegova efikasnost. Međutim, kada govorimo u kontekstu efikasnosti krivičnog postupka kod ekstradicije, moramo imati u vidu da je proces ekstradicije izuzetno složen pravni proces koji u svom pravnom biću sadržava elemente koji su direktno podložni ograničenjima definisanim u pravnim legislativama država, konkretno onima koja definišu nemogućnost izručenja vlastitih državljana. Ta ograničenja se prevashodno odnose na ustavne odredbe kod velikog broja zemalja o osnovnim ustavnim zaštitama građana. Ustavna ograničenja o neizručivanju vlastitih državljana bili su oni faktori koji su direktno uticali na potrebu sinhronizacije nacionalnih zakonodavstava s međunarodnim pravom, ali i primjetnu potrebu da novi institut ENH u samom svom pojavnom obliku postane isključivo sudska odluka, imuna na uslovljavanja od strane političkih instanci.

ENH je stvoren s namjerom da zamijeni dugu i složenu proceduru sistema ekstradicije, jednim brzim i efikasnim postupkom koji je pogodan za suprotstavljanje novim oblicima kriminaliteta, čiji bi učinioci otvaranjem granica mogli da izbjegnu pravdi. ENH zadire u glavne prerogative koji su oduvijek bili državni ekskluzivitet i glavne odlike nacionalnih suvereniteta. Upravo ta činjenica je njegova osnovna prednost u osnovu na klasičnu ekstradiciju. Unifikacija pravila neophodnih za efektivno procesuiranje krivičnih djela, koja je sublimirana u ENH, donijela je prednost u njegovoj adekvatnijoj primjeni, bržoj implementaciji i formiranju obuhvatnijih baza podataka u poređenju sa situacijama u kojim je primjenjivan dotadašnji institut ekstradicije kroz jačanje zajedničkih institucija EU (npr., Europol, ili Eurojust).¹

ENH je unaprijeđen institut, uspostavljen uvažavajući nedostatke pravnog instituta ekstradicije. Pojavio se u momentu kada je trebalo odgovoriti na izuzetne prijetnje globalnoj sigurnosti, nakon terorističkih napada na SAD u septembru 2001. godine. Međutim, globalne prijetnje su tražile efikasniji odgovor. EU je, kao specifičan subjekat međunarodnog prava, na te izazove odgovorila na adekvatan način, usvajanjem sasvim novog instituta kao što je ENH.

2. Nastanak ENH

Kako su se postepeno reducirale kontrole granica između EU i zemalja potpisnica Schengenskog sporazuma to su, s jedne strane, građani Evrope imali veću slobodu kretanja dok je, s druge strane, to predstavljalo idealnu priliku za pripadnike kriminalnih grupa da krenu sa svojim kriminalnim radnjama preko granica, posebno ako se ima u vidu činjenica da je nadležnost pravosudnih organa, kao i policije unutar EU, dugo vremena bila ograničena na granice svojih država. Sve obimnije uvezivanje i organizovanje međunarodnih kriminalnih krugova i saradnja među njima je, na neki način, bila podsticaj EU da napreduje na području saradnje pravosudnih organa u krivičnim stvarima u četiri smjera saradnje, koja su se ogledala u sljedećem: postizanje saglasnosti država članica EU da ujednače definicije krivičnih djela, priznavanje nacionalnih standarda, što bi dalje značilo da međunarodno

¹ Maria Fletcher, Robin Löf, William C. Gilmore (2008): EU Criminal law and justice, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Glos GL50 2JA, United Kingdom, str. 54.

priznavanje odluka nacionalnih sudova trebaju postati temelj pravosudne saradnje u krivičnim stvarima, usvajanje raznih specifičnih instrumenata za olakšavanje praktične pravosudne saradnje, a koji instrumenti su i danas na snazi, EU se počinje shvatati kao specifičan i unificiran model na području pravosudne saradnje na međunarodnoj sceni.²

Tokom razvoja svoje djelatnosti, EU ni jednog momenta ne zapostavlja, već insistira na osiguravanju visokog stepena zaštite pojedinca u demokratskim društvima, a glavni elementi u jačanju pravosudne saradnje u krivičnim stvarima EU su³: pravno usklađivanje, koordinacija postupka i uzajamno priznavanje konačnih odluka, jačanje uzajamnog povjerenja. Pri tome ne treba zaboraviti da je glavni cilj EU, od usvajanja Maastrichtskog ugovora o osnivanju EU iz 1993. godine, stvaranje zajedničkog prostora slobode, sigurnosti i pravde.

Vijeće članica EU je održalo vanredni sastanak u oktobru 1999. godine u Tampereu (Finska) koji je bio posvećen, isključivo i samo, pitanjima pravosuđa i unutrašnjih poslova. Zaključci s tog sastanka odnosili su se na aktivnosti EU na području krivičnog pravosuđa i to: usklađivanje zakonodavstava; razvoj instrumenata baziranih na zajedničkom prepoznavanju principa, unaprijeđeni mehanizmi saradnje između sudova, kao i razvoj odnosa sa zemljama EU.

ENH između država članica EU je stvoren Okvirnom odlukom Evropskog vijeća, a na prijedlogom Evropske Komisije i uz mišljenje Evropskog Parlamenta, od 16. juna 2002. godine, objavljenoj 18. jula 2002. godine u Službenom listu EU broj 2002/584/PUP. Okvirna odluka je donesena u skladu sa Zaključcima Evropskog vijeća donesenim u Tampereu, Finska, na sjednici održanoj 15. i 16. oktobra 1999. godine. U samoj Okvirnoj odluci su sadržani elementi i ugovorne obaveze koje su već ranije preuzete od zemalja članica, od kojih je većina bila i potpisnica Evropske konvencije o ekstradiciji iz 1957. godine, Evropske konvencije o suzbijanju terorizma od 27. januara 1977. godine, kao i zakona Nordijskih zemalja koji su pravno regulisali pitanja međusobnih ekstradicija.

² Blekxtoon R., van Ballegooij W., Vitorino A. (2005) Handbook on the European arrest warrant, T.M.C. Asser Press, str. 23.

³ European Comission(2011): GREEN PAPER – Jačanje međusobnog povjerenja u evropskom sudskom sektoru, Brussels, COM.

Ovdje je interesantno spomenuti da se, uvođenjem ENH, isti pominje kao prva konkretna mjera kojom se primjenjuje načelo uzajamnog priznavanja, koje Evropsko vijeće smatra "kamenom temeljcem" pravosudne saradnje.⁴

3. Šta je ENH?

ENH predstavlja sudsku odluku donesenu od strane jedne države članice, radi hapšenja i predaje lica od druge države članice, radi krivičnog gonjenja ili izvršenja zatvorske kazne ili sigurnosne mjere. Može ga izdati svaka članica EU i važi na teritoriji svih država članica.

Nalog u sebi sadržava četiri obaveze za državu kojoj se upućuje: zahtjev za pomoć u potrazi, zahtjev za hapšenje i zadržavanje, zahtjev za pritvaranje i zahtjev za predaju tražene osobe.

Bitan element ENH je da se isti donosi od strane sudske vlasti države koja izdaje nalog. Ovdje treba reći da se pod pojmom sudska vlast podrazumijevaju, pored nadležnog suda države članice, i ona tijela koja su u toj državi članici nadležna za krivično gonjenje, s tim da nadležna sudska vlast ne mora biti ista ona vlast koja je donijela odluku na temelju koje se izdaje ENH i mora sadržavati dokaze o izvršnoj presudi, nalogu za hapšenje ili bilo kojoj drugoj sudskoj odluci koja ima isti učinak. Zapravo, radi se o odlukama koje su donesene u državi izdavanja naloga na osnovu kojih nadležne sudske vlasti mogu izdati ENH. Takva odluka je usmjerena na hapšenje traženog lica od države članice kojoj je takav nalog upućen, kao i na izručenje lica onoj državi članici koja je nalog izdala.⁵

Što se tiče sredstava slanja naloga, Okvirna odluka s amandmanima⁶ od 28.3.2009. godine, te tri Direktive (2010/64/EU, 2012/13/EU, 2013/48/EU) prema kojima se unapređuju prava lica pri izvršenju ENH, propisuje da sudska vlast izdavanja naloga može poslati nalog bilo kojim sigurnim

⁴ EU (2002) OKVIRNA ODLUKA VIJEĆA od 13. juna 2002. o Evropskom nalogu za hapšenje i predaju i postupcima predaje između država članica (2002/584/PUP), Službeni list Evropske unije.

⁵ Blekxtoon R., van Ballegooij W, Vitorino A. (2005) Handbook on the European arrest warrant, T.M.C. Asser Press, str. 36.

⁶ Vijeće Evropske unije (2009): OKVIRNA ODLUKA VIJEĆA 2009/299/PUP objavljena u Službenom listu Evropske unije L 81/24 od 27.3.2009.godine.

sredstvom koje ostavlja pisani trag, a koji omogućava državi izvršenja naloga da ustanovi njegovu vjerodostojnost. Dakle, sudska vlast izdavanja naloga može se obratiti Evropskoj sudskoj mreži, Schengenskom informacionom sistemu EUROPOLA ili uredima INTERPOLA u zemljama članicama EU za pomoć oko slanja ENH.

Pri izdavanju ENH, organ koji ga izdaje mora pratiti formu koja je utvrđena Okvirnom odlukom, te je potrebno da sadrži sljedeće podatke: informacije o identitetu i državljanstvu traženog lica; kontakt informacije nadležnog organa sudske vlasti koja je uputila nalog; prirodu krivičnog djela, njegovu pravnu utemeljenost u unutrašnjem pravnom sistemu; kratki opis okolnosti i činjenica krivičnog djela s predviđenom sankcijom; pravosnažnu presudu ili neku drugu pravosudnu odluku sa sličnom pravnom snagom na osnovu koje nadležni sudski organ pokreće ENH.

U sprovođenju ENH obaveza svake države članice jeste da izruči odgovarajuće lice, ukoliko je ono počinilo neko od 32 krivična djela. To znači da će se ENH sprovoditi bez obzira na to što država koja ga izvršava ne prepoznaje takvo djelo u svom pravnom sistemu. Problem je što za pojedina djela, poput terorizma, ne postoji pravna unifikacija djela u svim zemljama, kao ni međunarodno usaglašene definicije tih djela. Krivična djela na koja se odnosi ENH su: učestvovanje u organizovanoj kriminalnoj grupi, terorizam, trgovina ljudima, seksualna eksploatacija djece i dječja pornografija, pranje novca ilegalna trgovina narkoticima, ilegalna trgovina oružjem, korupcija, finansijske prevare, falsifikovanje novca, djela visokotehnološkog kriminala, ekološki kriminal, neovlašteni ulazak i boravak u državi, ubistvo, ilegalna trgovina ljudskim organima, kidnapovanje, rasizam i ksenofobija, oružana pljačka, ilegalna trgovina kulturnim dobrima, obmane i prevare, reketiranje i iznude, krivotvorenje i piratstvo proizvoda, falsifikovanje administrativnih dokumenata i njihova trgovina, falsifikovanje sredstava plaćanja, nezakonita trgovina hormonskih supstanci, nelegalna trgovina nuklearnim i radioaktivnim materijalima, trgovina ukradenim vozilima, silovanje, piromanija, zločini u okviru nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda, nezakonita otmica aviona i brodova, sabotaža.

4. Pravna priroda ENH

ENH je pravni mehanizam i dio zajedničkih temeljnih vrijednosti EU. On je vrijednost o kojoj se sadržajno ne pregovara, već se Okvirna odluka

ugrađuje u domaće zakonodavstvo. Okvirna odluka Evropske komisije o ENH i o proceduri predaje lica između država članica iz 2002. godine, sa svojim izmjenama i dopunama iz 2009. godine o jačanju procesnih prava lica u postupku i poticanja primjene načela uzajamnog priznavanja odluka donesenih na suđenju u odsutnosti dotičnog lica, je unesena u zakonske regulative zemalja članica.

Materija ENH, uprkos više od decenije primjene u EU, još uvijek je u razvoju. ENH, prema Okvirnoj odluci, omogućuje predaju vlastitih državljana i još uvijek predstavlja "kamen spoticanja" za većinu država članica, kao i uvođenje cijele liste od 32 krivična djela koja ne traže provjeru dvostruke kažnjivosti, zbog čega većina država članica smatra da su ugrožena prava traženog lica zbog neodređenosti i široko opisanih kategorija djela. Osim toga, tokom primjene ENH u praksi su se pokazali problematičnim različiti standardi zatvorskih uslova u pritvorskim jedinicama u državama članicama EU, neprovođenje testa razmjernosti, te potreba jačanja i ujednačavanja minimalnih prava traženog lica na nivou cijele EU (npr. pravo na tumača, prevođenje, branioca i kontaktiranja članova obitelji). S obzirom na postupak izvršenja naloga, osnovni problemi su značajan vremenski razmak od datuma počinjenja djela i izdavanja naloga, te nemogućnost traženog lica da utiče na odustajanje od izdanog naloga kada se u pojedinoj državi članici odbije predaja ili se ne utvrdi krivica. U odnosu na posljednji problem, navodi se da je načelo međusobnog priznanja "jednosmjerno" jer odluka o odbijanju predaje države izvršenja naloga, i ako se temelji na jednom od tri obligatorna razloga iz Okvirne odluke (amnestija, ne bis in idem i dob traženog lica), ne obvezuje državu izdavanja naloga da nakon takve odluke nalog i povuče.⁷

5. Smetnje za izvršenje ENH

Postoje apsolutne i relativne smetnje koje dovode do neizvršenja ENH. Apsolutne smetnje-države članice moraju ugraditi u svoje nacionalno pravo, implementirajući Okvirnu odluku, dok za relativne smetnje-države članice same odlučuju hoće li to učiniti ili ne.

⁷ I. Turudić: Evropski uhiđbeni nalog s osvrtom na praksu hrvatskih sudova, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 21, broj 2/2014, str. 327.-328.

a) Apsolutne smetnje za izvršenje ENH

Kada govorimo o istim, treba razlikovati, kao prvo, one zbog kojih država članica kojoj je upućen evropski nalog mora odbiti njegovo izvršenje. Tih smetnji ima tri, a to su:

1. ako je krivično djelo na koje se odnosi nalog obuhvaćeno amnestijom u državi izvršenja naloga, a ta je država prema vlastitom krivičnom pravu za to krivično djelo bila nadležna za krivično gonjenje;
2. ako je izvršna sudska vlast obaviještena da je država članica već donijela pravosnažnu presudu za isto lice, za isto krivično djelo, uz uslov da, ako je to lice osuđeno, kazna već izvršena ili se izvršava ili se više ne može izvršiti po pravu države članice koja je donijela osuđujuću presudu (pravilo ne bis in idem);⁸
3. ako lice na koje se odnosi nalog ne može zbog svojih godina krivično odgovarati za to djelo na koje se nalog odnosi prema pravu države izvršenja naloga.

b) Relativne smetnje za izvršenje ENH

Relativnih smetnji ima sedam, a kao razloge za moguće odbijanje izvršenja ENH, Okvirna odluka predviđa sljedeće:

1. načelo identiteta norme, odnosno obostrana kažnjivost - prema kojem načelu, ako djelo na koje se odnosi nalog ne predstavlja krivično djelo po pravu države izvršenja naloga, izvršna sudska vlast može odbiti izvršenje ENH, s tim da je ovdje potrebno naglasiti da se to ne odnosi na ona krivična djela koja su nabrojana (njih 32) jer se na ta djela ne primjenjuje načelo identiteta norme;
2. litispendencija u državi članici izvršenja naloga što znači da, ako država članica izvršenja naloga protiv tražene osobe vodi krivični postupak za ono krivično djelo na koje se odnosi nalog, država koja je primila nalog može odbiti njegovo izvršenje;
3. ako je krivično gonjenje ili kažnjavanje tražene osobe zakonom zabranjeno u skladu s pravom države izvršenja naloga, a predmetno djelo spada pod sudsku nadležnost te države članice prema njenom krivičnom pravu, ista ima nadležnost za to krivično djelo;

⁸ Rob Blekxtoon, Wouter van Ballegoij, António Vitorino, op.cit. str 60.

4. radi se o pravilu *ne bis in idem*, odnosno ako sudske vlasti države članice izvršenja naloga odluče ne podići optužnicu protiv traženog lica za krivično djelo iz naloga, ili ako obustave krivični postupak za to krivično djelo, ili ako je u nekoj od država članica traženom licu za to krivično djelo već izrečena pravomoćna presuda. Primjena pravila *ne bis in idem*, što znači ako je izvršna sudska vlast obaviještena da je neka treća država već donijela pravomoćnu presudu u vezi s istom osobom za isto krivično djelo, a ako je izrečena kazna uz dodatni uslov da je već izvršena ili se izvršava ili da se više ne može izvršiti prema pravu treće države koja je donijela osuđujuću presudu;
5. zastara kao smetnja za izvršenje ENH, a ono što je mjerodavno za priznavanje učinaka zastare jeste pravo države članice izvršenja naloga, odnosno potrebno je da država članica izvršenja naloga ima;
6. ako je ENH izdat kako bi se izvršila zatvorska kazna ili sigurnosna mjera, a traženo lice boravi ili je državljanin ili ima prebivalište na području države članice izvršenja naloga i ta država preuzme izvršenje kazne ili sigurnosne mjere u skladu sa svojim pravom;
7. ako se ENH odnosi na krivična djela koja su:
 - prema pravu države izvršenja naloga počinjena u cijelosti ili djelimično na njenom teritoriju ili na drugom mjestu koje ima jednak status;
 - počinjena izvan teritorija države izdavanja naloga, a pravo države izvršenja naloga ne dopušta krivično gonjenje za isto krivično djelo kad je počinjeno izvan njenog teritorija.

6. Prava tražene osobe prilikom izvršenja ENH

Uhapšena osoba ima pravo od izvršne sudske vlasti, u skladu s nacionalnim pravom te države, biti obaviještena o postojanju naloga, o njegovu sadržaju, te o mogućnosti davanja pristanka na predaju sudskoj vlasti izdavanja naloga. Važno je naglasiti da su države članice dužne Odlukom zagarantovana prava ugraditi u svoje nacionalno pravo, ali način na koji će biti ostvareno pravo tražene osobe na obaviještenost zavisi o nacionalnom pravu države izvršenja naloga.⁹

⁹ Maria Fletcher, Robin Lööf, William C. Gilmore, op.cit. str. 134.

Osim prava na obaviještenost, uhapšena osoba ima pravo i na pomoć pravnog savjetnika i tumač, u skladu s nacionalnim pravom države članice koja izvršava nalog. Činjenica da Okvirna odluka uhapšenoj osobi garantuje određena prava, novost je u odnosu na dosadašnji postupak ekstradicije. Ta novost je izraz nastojanja da se postigne ravnoteža između učinkovitosti predaje i zaštite prava tražene osobe.

ENH ne dovodi automatski do pritvaranja uhapšene osobe, kako je to kod hapšenja traženog lica. To upućuje na zaključak da država izdavanja naloga nema nikakav uticaj na donošenje odluke o pritvaranju traženog lica, a to dalje znači da države članice nisu dužne pritvoriti lice uhapšeno na osnovu ENH, već ako to žele, neće to moći učiniti na osnovu naloga, pošto o tome moraju donijeti posebnu odluku. Da bi lice bilo pritvoreno, potrebna je odluka izvršne sudske vlasti, donesena u skladu s pravom države izvršenja naloga. O pretpostavkama propisanim tim pravom zavisi hoće li se uhapšeno lice pritvoriti. Okvirna odluka predviđa mogućnost privremenog puštanja na slobodu lica pritvorenog na osnovu sudske odluke donesene u povodu ENH, ali tu mogućnost ograničava samo na one slučajeve kad nacionalno pravo države izvršenja predviđa takvu mogućnost i uz uslov da nadležni organi te države poduzmu sve mjere potrebne kako bi se spriječio bijeg traženog lica.

Treba naglasiti da pristajanje traženog lica na predaju ne dovodi automatski do predaje tog lica jer o predaji uvijek konačno odlučuje izvršna sudska vlast, na osnovu pretpostavki koje su propisane Okvirnom odlukom. Osim toga, sama činjenica da je lice pristalo na predaju ni na koji način ne utiče na donošenje odluke izvršne sudske vlasti, barem ne u onom dijelu koji se odnosi na ispunjenje pretpostavki za ekstradiciju. Učinci pristanka ograničeni su na ubrzanje postupka predaje jer su bitno kraći rokovi za donošenje odluke o predaji, ako toj odluci prethodi pristanak na predaju.¹⁰

U slučaju pristanka na predaju uhapšenog lica, taj će pristanak isti dati pred izvršnom sudskom vlasti, u skladu s domaćim pravom države izvršenja, uz izričito odricanje od prava na primjenu načela specijalnosti. Pristanak, kao i odricanje, moraju se dati dobrovoljno i pri punoj svijesti o posljedicama, te isti moraju biti formalno zabilježeni u skladu s postupkom propisanim nacionalnim pravom države izvršenja naloga. Načelno se pristanak ne može opozvati. Međutim, svaka država članica može u nacionalnom pravu predvidjeti da se pristanak i odricanje mogu opozvati. Ako država članica

¹⁰ Reljanović Mario: op.cit. str. 84.

omogućiti u svom nacionalnom pravu opozivanje pristanka, pa traženo lice iskoristi tu mogućnost i opozove prije dati pristanak na predaju, razdoblje između pristanka i njegov opoziva se neće uračunati u rokove koji su propisani Okvirnom odlukom za donošenjem odluke o izvršenju ENH.

U slučaju da traženo lice ne pristane na predaju, ima pravo biti saslušano od izvršne sudske vlasti, u skladu s nacionalnim pravom države izvršenja.

Mogućnost saslušanja od strane izvršne sudske vlasti treba omogućiti traženom licu da iznese svoje argumente vezane za ENH, te da upozori na okolnosti zbog kojih smatra da donošenje odluke o izvršenju naloga ne bi bilo u skladu s Okvirnom odlukom. U kolikoj će se mjeri lice lišeno slobode moći koristiti tom mogućnošću, zavisi o nacionalnom pravu države izvršenja.¹¹ Okvirna odluka licu lišenom slobode garantuje pravo na obaviještenost, pravo na pomoć pravnog savjetnika i tumača.

Odluku o predaji lica, do koje se ne može doći samo na osnovu naloga, donosi izvršna sudska vlast. Što se tiče hapšenja, ENH se izvršava automatski, iako se radi o sudskoj odluci koju je donijela druga država. Međutim kod predaje, situacija je sasvim drugačija jer predaji mora prethoditi odluka izvršne sudske vlasti donesena u postupku kojem je cilj ispitati jesu li ispunjene sve pretpostavke za predaju, a koje su propisane Okvirnom odlukom ili tačnije, postoji li neka od smetnji za predaju i pritom omogućiti i traženom licu aktivno sudjelovanje u tom postupku. Izvršna sudska vlast mora paziti na rokove za donošenje odluke koji su propisani. Činjenica da je traženo lice pristalo na predaju ne dovodi automatski do odluke kojom se predaja dopušta, već se vrši provjera ispunjenja svih pretpostavki za predaju koje je izvršnoj i sudskoj vlasti dostavila sudska vlast koja je izdala nalog i tek se tada donosi odluka o izvršenju naloga. Novosti koje sa sobom nosi ENH jesu i direktni kontakti između nadležnih sudskih vlasti država izdavanja i izvršenja naloga. Izvršna sudska vlast obavijestit će odmah sudsku vlast izdavanja naloga o odluci donesenoj na osnovu ENH.

Proceduralna prava lica na koje se primjenjuje ENH su modifikovana i s tri direktive EU, i to: Direktiva 2010/64/EU kojom se definira pravo lica na prevod i prevođenje u krivičnim procedurama prilikom izvršenja ENH; Direktiva 2012/13/EU kojom se određuje pravo lica da bude informisano o njegovim pravima pri izvršenju ENH; Direktiva 2013/48/EU kojom se

¹¹ Rob Blekxtoon, Wouter van Ballegooij, António Vitorino, op.cit. str. 80.

određuje pravo lica da tokom pritvora ima pristup advokatu i pravo na komunikaciju s članovima porodice i uposlenicima.

7. Izazovi primjene ENH u BiH i regiji

Hrvatska, Crna Gora, Srbija i BiH pojačale su međusobnu saradnju, te su moguća izručenja vlastitih državljana zbog organiziranog kriminala i korupcije, ali sporazumima nisu pokrivena ostala teška krivična djela. Stoga njihovi počinitelji, skrivajući se iza dvostrukog državljanstva, mogu lako izmaći pravdi. Činjenica je da u regiji još postoje ustavna ograničenja za izručenje vlastitih državljana, ali to će se potpuno promijeniti ulaskom svih zemalja regija u EU, kad na snagu stupi ENH. Tada će biti moguće izručivati vlastite državljanke koje zbog teških krivičnih djela traže u zemljama EU.

Otvorena pitanja u vezi s regionalnom saradnjom između BiH, Republike Srbije, Republike Hrvatske i Republike Crne Gore predstavljaju jedan od izazova na putu postizanja veće efikasnosti u provođenju istraga i optuženja lica koja se terete za krivična djela ratnih zločina. Položaj BiH u regiji je specifičan u odnosu na druge jurisdikcije u okruženju: najveći broj potencijalnih istraga i optuženja; neriješeni predmeti ratnih zločina često obuhvataju izrazito složena pravna i činjenična pitanja ili veliki broj svjedoka i žrtava koji uglavnom borave u BiH ili imaju jake lične veze sa BiH. Takođe, pravosudna tijela iz susjednih država vode krivične postupke u nekim predmetima iako je krivično djelo učinjeno na teritoriji BiH, gdje se nalazi većina dokaznog materijala i gdje boravi najveći broj svjedoka.

Ovo pitanje je izuzetno kompleksno, ako se ima na umu da u ovo vrijeme još uvijek postoje velike hipoteke neposredne prošlosti. U biti, interes za zaštitu vlastitog državljanina je jedan od osnovnih postulata ENH, čime su vlastiti državljanin postali primaran interes država članica EU. Implementacija ENH je uslovljena vraćanjem državljanina u vlastiti penalni sistem, nakon obavljenog procesa u drugoj državi. U sadašnje vrijeme, takva implementacija bi možda i bila trenutno najbliža poboljšanju dobrosusjedskih odnosa u regiji, ali pitanje prihvatanja sudskih odluka bi se vjerovatno opet, prema uobičajenoj praksi, dovelo na političku ravan, što je sušta suprotnost osnovnim namjerama ENH. Primjena ENH u regiji bi umnogome pomogla u efikasnoj borbi protiv organizovanog kriminala, procesuiranju krivičnih djela protiv čovječnosti i ratnih zločina u ratovima s kraja 20. stoljeća na području bivše SFRJ, dosljedno bi se ispunila preventivno-represivna svrha kažnja-

vanja jer primjenom ENH se ne bi više mogle zloupotrebljavati ustavno-pravne odredbe o neizručenju vlastitih državljana i bijegom iz jedne u drugu državu se izbjegavala krivična odgovornost i primjena kazne. ENH bi bio odgovor za sve složenije postupke ekstradicije s jasnim ograničenjima zakonodavstava država članica, a u svjetlu internacionalizacije kriminalnog miljea, kao i kompleksnosti krivičnih djela s kojima se danas suočava svijet iz dana u dan sa sve bolje i moćnije uvezanim grupacijama organizovanog kriminala, te sofisticiranim načinima izvršenja krivičnih djela. ENH je zamišljen kao brz i efikasan pravni institut koji će na najefikasniji mogući način odgovoriti na sve izazove u borbi protiv kriminaliteta. Novi sistem je uklonio sve političke prepreke u ekstradicijskom procesu, olakšao tradicionalne pravne prepreke za izručenje i učinio transfere mnogo bržima. U zadnjoj dekadi, izvršeno je hiljade transfera osumnjičenih i osuđenih lice između zemalja članica EU. ENH ustanovljen je kao jedan od mehanizama pospješivanja saradnje država članica EU u krivičnim stvarima.

Postavlja se osnovno pitanje: "Koji su to benefiti koje će BiH dobiti uvođenjem ENH u odnosu na sadašnju važeću regulativu o ekstradiciji koja se tretira kroz Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći?"

ENH je evolutivni element same ekstradicije, moćno sredstvo u rukama pravosuđa jedne države. Kao takav, pa i samom svojom formom, ispunjava većinu zahtjeva koji se postavljaju u efikasnoj borbi protiv kriminala. Njegove manjkavosti u ovom momentu su ipak zanemarljive u odnosu na prednosti koje se, njegovom dosljednom primjenom, daju pravosudnim organima u Evropi bez granica.

Šta da BiH očekuje od primjene ENH? Ovo pitanje smo možda postavili obrnuto od same dileme šta je za BiH bolje: ENH ili ekstradicija? To pitanje je već determinisano političkom spremnosti na reforme koje stoje pred našom zemljom u pristupnim procesima prema punopravnom članstvu u EU.

Tokom pregovora u Poglavlju 23.: Pravosuđe i osnovna prava, BiH očekuje vrlo zahtjevan proces harmonizacije naše legislative prema EU standardima. Institut ENH će biti jedan od subjekata ovih promjena. Samom primjenom ovakvog instituta u našoj zemlji, po prvi put ćemo imati jedan model koji će, svojim sofisticiranim pristupom ekstradicionim procesima, kao i efikasnim tehničkim rješenjima, odgovoriti na adekvatan način na sve zahtjevniju borbu protiv transnacionalnog kriminaliteta, borbe protiv terorizma, te pravosudnim organima naše zemlje dati efikasan instrument za rješavanje i procesuiranje velikog broja krivičnih djela koja danas ostaju ili

nekažnjena ili neprocesuirana, zbog nezgrapnosti trenutno važećih normi kroz zakone o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima.

Pripreme za članstvo u EU će podrazumijevati sveobuhvatno prilagođavanje čitavog pravnog, privrednog i administrativnog sistema BiH. U svrhu ispunjavanja kriterija za članstvo, BiH će morati proći kroz složeni proces usklađivanja zakonodavstva i jačanja administrativnih kapaciteta, te izvršiti odgovarajuće reforme koje će u jednom dijelu uključivati i reformu temeljnih funkcija i nadležnosti pojedinih državnih tijela i institucija. Članstvo u EU ujedno podrazumijeva i prijenos određenih ustavnih ovlasti na institucije EU, direktan pravni učinak i primjenu prava EU, te garanciju određenih prava građanima EU na području BiH. Također, svaka država kandidatkinja, prije pristupanja EU, treba utvrditi ustavno-pravnu osnovu temeljem kojem želi pristupiti EU, a koja može podrazumijevati i raspisivanje referenduma. Tako na primjer, Republika Hrvatska je trebala od dana pristupanja EU osigurati efikasnu primjenu ENH.¹² U odnosu na dio odredbe promjene Ustava koji se odnosi na izvršenje odluka o predaji donesenih prema pravnim normama EU, predloženo je stupanje na snagu dijela te odredbe danom pristupanja Republike Hrvatske EU, budući da se ENH nije mogao primjenjivati prije nego što je Republika Hrvatska pristupila EU.

Promjena Ustava, radi stvaranja pravnih pretpostavki za primjenu ENH, bilo je jedno od dva mjerila za zatvaranje pregovora Republike Hrvatske s EU.¹³ Drugo mjerilo je donošenje Zakona o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama EU, a koji se nije mogao uputiti u proceduru, sve dok Ustav Republike Hrvatske nije promijenjen. Dakle, ovaj dio odredbe stvorio je pretpostavke za donošenje Zakona o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama EU, u koji su ugrađene odredbe o predaji traženih lica na osnovu ENH.

Prva od zemalja nastalih raspadom bivše Jugoslavije koja se suočila sa svim poteškoćama primjene ENH je svakako Republika Hrvatska u slučaju Josipa Perkovića. Slučaj Perković je doveo pravosudne organe Republike Hrvatske u ozbiljnu dilemu: postupiti prema ENH bez vremenskih

¹² Blagojević A. Herke C., Mohay A. (2012) Pravne karakteristike europskog uhidbenog naloga, njegova implementacija u Mađarskoj i njegova buduća implementacija u Hrvatskoj, Pravni fakultet Sveučilišta u Pečuhu, Pécs, Hungary, str. 53.

¹³ Sabor Republike Hrvatske (2012) Izvješće Hrvatskog Sabora, broj 516, Tiskara Hrvatskog Sabora, str. 11.

ograničenja ili postaviti određeni vremenski period za počinjena krivična djela na koja će se odnositi primjena ENH. Naime, slučaj Perković je otvorio mnoga pitanja, i to ne samo pravosudne tematike, već prevashodno i političkog nasljeđa bivše SFRJ. Da podsjetimo da se slučaj Perković odnosi na ubistvo Stjepana Đurekovića, 28.7.1983. u Wolfratshausenu, u tadašnjoj SR Njemačkoj. Đureković je bio hrvatski privrednik i disident u Njemačkoj nakon 1982. kada je iz bivše SFRJ pobjegao kao visoko pozicionirani član uprave i jedan od direktora INE - hrvatske naftne kompanije, usko povezan s vladajućim strukturama, kako na republičkom nivou Hrvatske, tako i na saveznom nivou u Beogradu. Uslijed nerazjašnjenih okolnosti, Đureković je ubijen nakon samo 16 mjeseci boravka u SR Njemačkoj. Kasnijim istražno-obavještajnim radnjama ustanovljeno je da je izvršitelj ubistva Đurekovića bio Josip Perković, operativac Savezne Uprave Državne Bezbjednosti SFRJ. Njemački Bundeskriminalamt BKA (kriminalistički odjel njemačke policije) je Josipa Perkovića vodio kao osumnjičenog za još nekoliko ubistava hrvatskih disidenata i članova emigracije u kasnim 70-tim i 80-tim godinama XX. stoljeća. Godine 2005., Njemačka je preko ureda Interpola raspisala međunarodnu potjernicu za Josipom Perkovićem i još nekoliko operativaca hrvatske uprave UDB-e. Josip Perković je bio posljednji direktor UDB-e u Hrvatskoj, a nakon osamostaljenja Republike Hrvatske bio je visoko pozicionirani kadar novoformiranih sigurnosnih agencija Republike Hrvatske.

ENH je u pravosudni sistem Republike Hrvatske implementiran kroz Zakon o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama Europske unije (dalje: ZPSKS-EU) koji je stupio na snagu i zvaničnim ulaskom Hrvatske u EU dana 1.7.2013. godine. Automatski su se aktivirali evropski nalozi za hapšenje i predaju od raznih zemalja EU, ukupno njih 84, koji su stigli na adresu hrvatskih pravosudnih organa već prvog dana primjene ZPSKS-EU i ENH, odnosno do 2.7.2013. godine.

Međutim, među pristiglim nalogima je bio i onaj za Josipa Perkovića, ali hrvatska policija po njemu nije htjela postupati, jer se Perkoviću stavljalo na teret krivično djelo počinjeno prije 2002. godine, a po istom kriteriju nije moglo biti realizirano još 19 pristiglih naloga.¹⁴

¹⁴ Al Jazeera Balkans (2013) Brojna izručenja u EU po uhidbenom nalogu, Sarajevo: Al Jazeera Balkans (web). Dostupno na: <http://balkans.aljazeera.net/vijesti/brojna-izrucenja-u-eu-po-uhidbenom-nalogu>

Upravo ovo vremensko ograničenje ENH na krivična djela počinjena nakon jula 2002. godine bio je razlog velikih polemika u Republici Hrvatskoj, kao i problema u međunarodnim odnosima, prvenstveno između Njemačke i Hrvatske zbog slučaja Perković. Moramo podsjetiti da je vladajućim strukturama u Hrvatskoj ovo vremensko ograničenje pri primjeni ENH bio uslov za brzo usvajanje ZPSKS-EU u Saboru Republike Hrvatske i zatvaranje poglavlja o pravosuđu u pristupnim pregovorima Hrvatske i EU. Međutim, ovo vremensko ograničenje je ono i koje je umnogome kompromitovalo primjenu ENH u Hrvatskoj. Naime, ova vremenska zakonska barijera je bila razlog odbacivanja mnogih evropskih naloga za hapšenje i predaju prema najtežim krivičnim djelima u periodu prethodnih ratova na području bivše Jugoslavije i politički motiviranih ubistava od strane jugoslovenskih tajnih službi, kao i određenog broja ubistava i najtežih krivičnih djela od strane kriminalnih grupa iz bivše Jugoslavije. Pred hrvatskim zakonodavnim organima se nalazio ogromni izazov: postupiti bezuvjetno po ENH u okviru ZPSKS-EU, bez vremenskih ograničenja, što bi ujedno otvorilo "Pandorinu kutiju" neriješenih najtežih krivičnih djela u prošlosti. Tako se jedan unificirani pravni instrument, kao što je ENH, upleo u osjetljive deblanse političko-pravnih sistema zemalja nastalih raspadom bivše Jugoslavije. U Hrvatskoj je "*Lex Perković*", kako je popularno nazvan ZPSKS-EU, bio inicijator velike rasprave na političkim relacijama vladajuće koalicije okupljene oko SDP-a i opozicionog HDZ-a. Višemjesečne polemike u Saboru Republike Hrvatske oko izmjena ZPSKS-EU, kako bi se novoprimitljene članice EU - Hrvatska povinovale evropskim zakonskim normama i isporučila Josipa Perkovića su konačno iznijela na vidjelo sve izazove pri primjeni ENH. Naposljetku, izmjene ZPSKS-EU su izglasane u Hrvatskom Saboru, te je odobreno izručenje Josipa Perkovića Njemačkoj:

"- Na temelju članka 29. stavak 4. i 5. Zakona o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama Europske unije, odobrava se predaja Josipa Perkovića (alias Tomo Novaković) Njemačkoj, na temelju europskog uhiđenog naloga izdanog od Generalnog saveznog tužitelja pri Saveznom sudu, S.R.NJ. broj 3BJs 25/05-2(4) od 28. rujna 2005., protiv tražene osobe J. P., radi vođenja kaznenog postupka, zbog počinjenja kaznenog djela iz članka 211. u vezi članka 27. Kaznenog zakona S R Nj, na način da je pomogao u ubojstvu dosad nepoznatim počiniteljima, dana 28. srpnja 1983. kada je bio ubijen jugoslavenski državljani S. Đ. u W, u garaži koja se upotrebljavala kao tiskara, sa više hitaca i udarcem u glavu, a bio likvidiran po nalogu bivše tajne službe SDS, zbog njegove kritike tadašnjeg političkog rukovodstva bivše Jugoslavije.

Navedeni su i uvjeti pod kojima se predaja odobrava:

- da se bez dopuštenja RH protiv J. P. ne smije voditi kazneni postupak niti izvršiti kazna zatvora za drugo kazneno djelo počinjeno prije predaje
- da bez dopuštenja RH ne smije biti predan drugoj državi članici radi vođenja kaznenog postupka ili izvršenja kazne zatvora za djela počinjena prije predaje
- da bez dopuštenja RH ne smije biti izručen trećoj državi zbog kaznenog progona ili izvršenja kazne zatvora za djela počinjena prije predaje
- da nakon pravomoćnosti odluke o kaznenoj sankciji bude vraćen u RH radi izvršenja kaznene sankcije.”¹⁵

Josip Perković je isporučen Njemačkoj u septembru 2014. godine, a na osnovu istih izmjena u slučaju Perković, izručenje čeka i njegov tadašnji nadređeni u jugoslovenskim tajnim službama, Zdravko Mustač.

Zaključak

Prema dosadašnjoj praksi, institut ENH je na pozitivan način odgovorio na izazove koji su se pojavljivali kroz samu ekstradiciju. Međutim, moramo imati u vidu i vrijeme kada se pojavio isti. Naime, 2002. godine, kada je ENH usvojen u zemljama EU, svijet je još uvijek bio potresen strašnim terorističkim napadima na New York 11.9.2001. godine, te je isti došao do situacije da mora, na maksimalno efikasan način, odgovoriti na transnacionalne mreže koje ugrožavaju globalnu sigurnost. Efikasnost i proceduralna brzina su postali ključni, proporcionalno važnosti izazova pred kojima se nalazi.¹⁶ Ipak, uzajamno priznavanje koncepta na kojem se temelji ENH, počiva na pretpostavci međusobnog povjerenja u sastav krivičnoga pravosuđa u EU. S obzirom na jake mehanizme zaštite prava u EU, ne postoji dobra osnova za takvo povjerenje u ostatku svijeta pa čak i u tako, manje-više homogenoj pravnoj zajednici kao što je EU, postoje razlike u prihvaćanju principa koji bi

¹⁵ Slobodna Dalmacija (2014) Županijski sud: Evo zašto smo odlučili isporučiti Perkovića. Split: Slobodna Dalmacija (web) Dostupno na: <http://www.slobodnadalmacija.hr/Hrvatska/tabid/66/articleType/ArticleView/articleId/232445/Default.aspx>

¹⁶ Górski A., Hofmański P. (2008) The European Arrest Warrant and its Implementation in the Member States of the European Union, , Wydawnictwo C. H. BECK Warszawa, str. 46.

bili okvirno prihvatljivi svim članicama. Od početka primjenjivosti ENH prisutne su brojne kontroverze. Jedna od osnovnih je da je uslijed jake uvezanosti sistema, gotovo pa nemoguće u nekom prihvatljivom roku brisati ENH iz krivične evidencije, iako su razlozi za njegovo raspisivanje odbijeni. Neki slučajevi su stari i više godina. S druge strane, u odnosu na ekstradiciju, ENH je umnogome ubrzao proceduru koja u prosjeku sada iznosi oko 42 dana, za razliku od dugotrajnog procesa ekstradicije koji je u evropskom prosjeku trajao oko devet mjeseci. Samo ovaj detalj dovoljno govori o prednosti ENH u odnosu na ekstradiciju, prije svega u efikasnosti i ekonomičnosti krivičnog procesa. Pored toga ENH, uslijed mnogo kompatibilnijeg zakonskog okvira u okviru EU, faktore bitne u zaštiti osnovnih ljudskih prava bez velikih teškoća sublimira u svoju strukturu, dok su oni u procesu ekstradicije još uvijek u fazi dodatnih mehanizama zaštite. Ali možda i njegova najveća prednost je u tome što je to sudska odluka po svojoj prirodi.¹⁷ Za razliku od ekstradicije, ENH stvara mehanizam prema kome se sudska odluka nastala u jednoj državi-članici mora poštovati kao odluka domaćeg suda u svakoj drugoj državi-članici EU. Iako postavljeno relativno jednostavno, ovo pravilo po prvi put u istoriji saradnje među državama eksplicitno briše mnoge tradicionalne prepreke izručivanju lica stranoj državi. Uvedena je brža i ekonomičnija procedura. Kao što je već rečeno, opći rok za okončanje cijelog postupka je 60 dana, a on se može i dodatno smanjiti ako uhapšeno lice saraduje. Prema nekim raspoloživim statistikama, u dosadašnjoj praksi izvršenja naloga za hapšenje, prosječno trajanje postupka traje šest puta kraće nego što bi trajao postupak po pravilima o ekstradiciji. Procedura je jednostavnija i svedena na tehničke elemente. U proceduri po ENH nema ocjene dokaza od strane sudije koji ispituje ispunjenost uslova za izručenje uhapšenog lica državi koja ga traži. Takođe, pravilo inkriminisanja djela na isti ili sličan način u obje države trpi značajne izuzetke, tako da dvostruka inkriminacija više ne može biti izgovor za neizručenje lica koje je počinilo neko ozbiljno krivično djelo.

Politički faktor pri odlučivanju nije dominantan. Iako je namjera bila da se politički faktor u potpunosti prevaziđe, tako nešto očigledno još uvijek nije moguće u odnosima između država. Ipak, rješenje koje je usvojeno postavlja političku dimenziju na jedan sasvim periferni nivo. Ako je neki slučaj od posebne političke važnosti, uticaj vanpravnih argumenata će biti

¹⁷ Keijzer N., van Sliedregt E. (2009) *The European Arrest Warrant in Practice*, T.M.C. Asser Press, str.33.

neminovan; ali za veliku većinu slučajeva koji nemaju takvu političku pozadinu, ENH znači mnogo efikasniji rad bez ikakvog upliva političkih činilaca.

Dozvoljeno je izručenje domaćih državljana drugoj državi. Ovo je jedno od izuzetnih dostignuća ENH. Državljanstvo se u velikom broju slučajeva postavljalo kao osnovna prepreka u postupcima ekstradicije. Prema Okvirnoj odluci o uvođenju ENH, to nije slučaj – lice se može izručiti ako su ispunjeni ostali uslovi, bez obzira na državljanstvo. U praksi, ovo rješenje često nailazi na otpor kod nacionalnih sudskih organa.

O pravima lica koje je predmet izvršenja ENH, odlučuje se i pazi po službenoj dužnosti na tri nivoa.¹⁸ Ono je zaštićeno u prvostepenom i drugostepenom postupku izvršenja ENH u državi u kojoj je uhapšeno, a takođe je i zaštićeno svim procesnim garancijama države koja traži njegovo hapšenje i izručenje. Konačno, obje države u pitanju moraju da poštuju minimume procesnih prava lica koji su određeni nadnacionalnim zakonodavstvom i drugim instrumentima međunarodnog prava koji ih obavezuju. Iako je osnovni cilj ENH da uspostavi efikasan i depolitizovan sistem ekstradicije, postoje slučajevi kada ovaj mehanizam ne funkcioniše dobro. Slučajevi koji se kvalifikuju za izdavanje naloga, prema postavljenim uslovima u Okvirnoj odluci, nisu uvijek dovoljni za sprječavanje njegove zloupotrebe ili pogrešne upotrebe.¹⁹

Pretenciozno bi bilo napisati da je ENH izuzetan institut bez negativnih uticaja na samu efikasnost u krivičnim postupcima. Tradicionalni sistem ekstradicije je bio izuzetno spor i skup proces gdje se, zarad zaštite nacionalnih interesa, ustavnih elemenata i neusklađenosti legislativa subjekata međunarodnog prava, zanemarivala efikasnost krivičnog postupka, posebno kroz neprimjenjivanje između ostalog i principa ekonomičnosti postupka. ENH je plod truda zakonodavstva EU da se izbjegnu skoro svi nedostaci ekstradicije. Međutim, brzina kojom je ENH donošen u vremenu kada se svijet suočio s izuzetnim sigurnosim prijetnjama, uzrokovala je niz manjkavosti koje direktno utiču na efikasnost postupka. Te manjkavosti se ogledaju u činjenici da je ENH institut u kojem se željela izbjeći

¹⁸ Mansell D. (2012) The European Arrest Warrant and Defence Rights, European Criminal Law Review, Volume 2, Number 1, Hart Publishing, str. 37.

¹⁹ Burić Z. (2007) Europski uhidbeni nalog, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, str. 12.

bilo kakva zavisnost od strane političkih faktora i u cijelosti prebaciti materija ekstradicionih procesa na polje sudskih organa. Ta transformacija je tekla u jednom ubrzanom procesu formiranja evropskih baza podataka oko učinitelja krivičnih djela. To je uzrokovalo da sada imamo situaciju da su te baze često u disproportiji s faktičkim stanjem u stvarnom vremenu, odnosno da se često sistematski ENH izdaje za već procesuirana krivična djela, ali i za vrlo minorne prekršaje. Uz to je primijećeno i nepoštovanje principa reciprociteta i ENH u pojedinim evropskim zemljama. Ovo ima za posljedicu da se primjenjuju drakonski principi izručivanja i za djela koja nemaju karakter prekograničnosti i međunarodni elementi što jako negativno utiče na neekonomičnost i efikasnost procesa jer se znatno iscrpljuju resursi koji su eventualno potrebni u borbi protiv ozbiljnih vidova kriminaliteta, u odnosu na minorne prekršaje na koje se ENH u praksi primjenjuje. Striktna pravila instituta poput ENH dovodi do čestih kršenja načela humanosti i ljudskih prava, što za posljedicu ima i česte tužbe u vezi sa primjenom ENH Evropskom sudu za ljudska prava, a što značajno odlaže proces primjene ENH u konkretnim slučajevima i za direktnu posljedicu ima produženje samih krivičnih procesa.

Slučaj Perković možda i najslikovitije opisuje sve izazove koji stoje pred implementacijom ENH u zakonodavstvo BiH, ali i ostalih zemalja regiona koje idu svojim putevima prema članstvu u EU.

BiH će otvoriti u sklopu pristupnih pregovora sa EU u Poglavlju 23: Pravosuđe i osnovna prava, jedno od najtežih poglavlja u pristupnim pregovorima s bremenitom historijom neprocesuiranih najtežih krivičnih djela iz naše bliže prošlosti. Sama izrada strategije za pregovore u Poglavlju 23. će koincidirati sa završetkom rada Haškog Tribunala za ratne zločine. Time će se otvoriti i veliki izazovi pri sinhronizaciji našeg pravnog sistema s EU normama i donošenje zakona o pravnoj pomoći sa zemljama EU. Moramo imati u vidu da će samim tim i primjena ENH u BiH nositi velike izazove i odgovornosti pri adaptacijama novih pravnih sistema kao pozitivnih legislativnih tekovina EU. Samim tim i primjena ENH će u BiH imati svoje brojne prepreke ukoliko se samom pravnom reformom kroz pristupne razgovore i Poglavlje 23. budu isključivo po automatizmu prihvatale EU norme koje bi eventualno zanemarile osobenosti specifikuma nedavne historije ovih područja, kao što smo imali slučaj u Hrvatskoj sa "Lex Perković".

Sasvim sigurno, dodatno pitanje koje će biti od posebnog interesa za legislativu BiH pri usvajanju ENH, bit će činjenica da građani BiH

procentualno imaju najveći broj državljana s dvojim državljanstvom s nekom od zemalja članica EU ili zemalja regiona koje su trenutno u procesu pristupa EU. Na koji način će se regulirati ova pitanja, jako bitna za same nadležnosti primjene ENH, koliko će se čekati na zakonodavstvo BiH da se usvoji Zakon o pravosudnoj saradnji u krivičnim stvarima sa zemljama članicama EU kao osnova za primjenu ENH, ostaje nam da vidimo.

Bibliografija

1. Blagojević A. Herke C., Mohay A. (2012) Pravne karakteristike europskog uhidbenog naloga, njegova implementacija u Mađarskoj i njegova buduća implementacija u Hrvatskoj, Pravni fakultet Sveučilišta u Pečuhu, Pécs, Hungary.
2. Blekxtoon R., van Ballegooij W., Vitorino A. (2005) Handbook on the European arrest warrant, T.M.C. Asser Press.
3. Burić Z. (2007) Europski uhidbeni nalog, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 1/2007.
4. Evropska komisija - European Commission (2011): GREEN PAPER – Jačanje međusobnog povjerenja u evropskom sudskom sektoru, Brussels, EU publishing.
5. EU (2002) OKVIRNA ODLUKA VIJEĆA od 13. lipnja 2002. o Europskom uhidbenom nalogu i postupcima predaje između država članica (2002/584/PUP), Službeni list Europske unije član 6.
6. Fletcher M, Löf R, Gilmore W.: EU Criminal law and justice, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Glos GL50 2JA, United Kingdom.
7. Górski A., Hofmański P. (2008) The European Arrest Warrant and its Implementation in the Member States of the European Union, , Wydawnictwo C. H. BECK Warszawa.
8. Keijzer N., van Sliedregt E. (2009) The European Arrest Warrant in Practice, T.M.C. Asser Press.
9. Mansell D. (2012) The European Arrest Warrant and Defence Rights, European Criminal Law Review, Volume 2, Number 1, Hart Publishing.

10. Narodne novine RH 91/10, 81/13, 124/13 - Narodne novine d.d. – Savski gaj, XIII. put 6, 10020 Zagreb.
11. Petričušić A. (2005) Euroscope 79, Institute for International Relations, Zagreb.
12. Reljanović Mario: Pravo i politika EU iz perspektive domaćih autora: Zbirka radova, Centar za unapređivanje pravnih studija, Beograd, 2009.
13. Sabor Republike Hrvatske (2012) Izvješće Hrvatskog Sabora, broj 516, Tiskara Hrvatskog Sabora, Zagreb.
14. Službeni glasnik BiH, br. 53/09 Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima.
15. Službeni glasnik BiH br. 58/13 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarim.
16. Turudić I.: Evropski uhidbeni nalog s osvrtom na praksu hrvatskih sudova Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 21, broj 2/2014.

Ostali izvori

1. Al Jazeera Balkans (2013) Brojna izručenja u EU po uhidbenom nalogu, Sarajevo: Al Jazeera Balkans (web). Dostupno na: <http://balkans.aljazeera.net/vijesti/brojna-izrucenja-u-eu-po-uhidbenom-nalogu>. Datum pristupanja: 23.6.2015. godine.
2. European Commission (2013) Press Release "Schengen Information System (SIS II) goes live" str. 1-2. Dostupno na: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-309_en.pdf. Datum pristupanja: 10.6.2015. godine.
3. Slobodna Dalmacija (2014) Županijski sud: Evo zašto smo odlučili isporučiti Perkovića. Split: Slobodna Dalmacija (web) Dostupno na: <http://www.slobodnadalmacija.hr/Hrvatska/tabid/66/articleType/ArticleView/articleId/232445/Default.aspx>. Datum pristupanja: 23.6.2015. godine.

EUROPEAN ARREST WARRANT – CHALLENGES FOR BOSNIA-HERZEGOVINA

Summary

European arrest warrant represents a legal institute of the European Union and its synchronised legislation which has caused much controversy, as during the very beginning of its application in individual countries so in the years of its implementation. It emerged at the time when world faced serious security problems, notably in the fight against terrorism. By its adoption the member states of the European Union had tried to bypass complicated extradition procedures of their own national legal systems in the most efficient way.

This paper describes the emergence of the European arrest warrant, its content and standard, as well as the specific challenges of its implementation. In presentation of this institute, intention was to describe the very genesis of the circumstances that had led to its adoption, implementation challenges in specific cases, as well as to acknowledge all the specific features and advantages of this institute in comparison to the current processes, and primarily extradition.

Key words

The European arrest warrant, extradition, the Framework Decision, the European Union, the efficiency of the process, interference, obligations, rights, accused person.

ULOGA I ZNAČAJ GRUNTOVNICA U VEZI SUDSKOG KONCEPTA ZEMLJIŠNIH KNJIGA U PRAVNOM SISTEMU U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE

stručni članak

UDK: 347.235

mr. Đemaludin Mutapčić*

Sažetak

S pravne tačke gledišta (pravna sigurnost, efikasnost i dr.), u ovom momentu veoma je aktuelno i važno pitanje, da li će i u Federaciji Bosne i Hercegovine doći do napuštanja sudskog koncepta vođenja zemljišnih knjiga i njenog prelaska u nadležnost organa izvršne vlasti.

Naime, u traženju odgovora na ovo pitanje vodile su se rasprave, ali uglavnom unutar geodetske struke. Do sada se pravnička struka o istoj materiji, u dovoljnoj mjeri, nije očitovala.

Uočivši ovu manjkavost, federalni ministar pravde Mato Jozić je, nakon što je 23.12.2015. godine utvrđen Nacrt zakona o premjeru i registraciji nekretnina, predložio da se o navedenom Nacrtu provede javna rasprava u koju će, prije svega, biti uključeni stručnjaci iz ove pravne oblasti (teoretičari i praktičari).

Slijedom toga, ovim radom želimo dati doprinos javnoj raspravi o Nacrtu zakona o premjeru i registraciji nekretnina s ciljem da, prije svega, ukažemo na veliku odgovornost za ukidanje gruntovnica koje se sada vode pri općinskim sudovima kao nezavisnim organima sudske vlasti.

Sadašnje stanje evidencije nekretnina može se premostiti na taj način da s, putem računarskih tehnologija, sudovi i službe za katastar tako umreže da se dobije jedinstvena evidencija nekretnina na osnovu i u okviru sudskog koncepta zemljišnih knjiga i uz primjenu važećeg Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine.

Polazeći od ovako uspostavljene jedinstvene evidencije nekretnina, a imajući u vidu sve pravne i stvarne razloge, može se izvesti nedvojben zaključak da gruntovnica, zasnovana na sudskom konceptu vođenja

* Notar;
notar@notar-mutapcic.com

zemljišnih knjiga, treba da ostane, bez prijenosa zemljišnoknjižnih poslova iz nadležnosti suda, kao nezavisnog organa sudske vlasti u organe uprave, pri čemu smatramo da će u takvim okolnostima biti osigurana još veća pravna sigurnost, ažurnost, a svakako i tačnost podataka koji se odnose na nekretnine i prava na nekretninama.

Ključne riječi

Gruntovnica, katastar, jedinstvena evidencija nekretnina, umrežavanje.

Uvod

Cilj ovog rada je da ukaže na veliku odgovornost za ukidanje gruntovnica, a što se reflektuje na povećanje stranih investicija. Napuštanje sudskog koncepta zemljišnih knjiga bi prouzrokovalo značajne pravne posljedice, posebno zbog toga što se zemljišne knjige ne bi vodile prema pravilima sudskog postupka, nego prema pravilima upravnog postupka. Transformacija stvarnog prava zasniva se na sudskom konceptu zemljišnih knjiga. Radi toga je to veoma aktuelno i važno pitanje koje zaslužuje poseban interes i pažnju pravničke i druge naučne i stručne javnosti, s pravne tačke gledišta i pravne sigurnosti. Generacije diplomiranih pravnika s položenim pravosudnim ispitom, školovale su se na gruntovnom pravu. Gruntovne knjige u Federaciji Bosne i Hercegovine vode sudovi duže od stotinu dvadeset godina. Zakon o stvarnim pravima, koji se primjenjuje od 6.3.2014. godine u Federaciji Bosne i Hercegovine, kao sistemski i reformski zakon, zasnovan je na sudskom konceptu zemljišnih knjiga, a ne na nadležnosti organa uprave za vođenje zemljišne knjige. Ne treba smetnuti s uma veliki doprinos notarske službe ažuriranju zemljišne knjige od 4.5.2007. godine kao dana početka rada prvih notara u Federaciji Bosne i Hercegovine. Rad notara u ovoj oblasti doprinio je ubrzanju projekta elektronizacije zemljišne knjige. Knjiženja se sada vrše za nekoliko dana (ranije se na provođenje u zemljišnoj knjizi čekalo nekoliko godina) i to zahvaljujući, ne samo izvršenoj elektronizaciji zemljišne knjige, nego i osiguranju odgovarajućih uvjeta za rad nakon adaptacije zemljišnoknjižnih ureda i profesionalno osposobljenih zemljišnoknjižnih referenata (diplomiranih pravnika s položenim stručnim ispitom za zemljišnoknjižne referente), već značajnim dijelom zbog toga što su notarski obrađene isprave potpuno podobne za provođenje pa zemljišnoknjižni referent može odmah

pristupiti knjiženju takvih isprava. Osim toga, sudska praksa u sporovima o nekretninama zasniva se na načelu pouzdanja u zemljišnu knjigu, odnosno na sudski koncept zemljišne knjige. U takvoj se situaciji postavljaju pitanja: "Zašto napuštati sudski koncept zemljišne knjige? Da li ima osnova i opravdanja da prestane važiti Zakon o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine? Zašto se jedinstvena registracija nekretnina ne bi vodila isključivo prema sudskom konceptu zemljišnih knjiga? Zašto Nacrt zakona o promjeru i registraciji nekretnina od 23.12.2015. godine uopće sadrži dio koji se odnosi na registraciju nekretnina u situaciji postojanja važećeg Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine, koji je u dosadašnjoj primjeni pokazao dobre rezultate?"

Zemljišne knjige (gruntovnica)

Zemljišne knjige (gruntovnica, baštinske knjige)¹ su javni registri u kojima se bilježe sva stvarna prava koja se tiču nekretnina (vlasništvo, služnosti, hipoteka i dr.), kao i neka obligaciona prava (pravo preče kupovine, pravo otkupa, zakup i dr.). Upisom u zemljišne knjige, ta prava se stiču, prenose, ograničavaju ili ukidaju, što znači da upis ima konstitutivni karakter.

Začeci zemljišnih knjiga javljaju se još u starom vijeku. Kod starih Grka postojali su naročiti registri u kojima su bilježene hipoteke. Međutim, u rimskom i pandektnom pravu nije bilo zemljišnih knjiga u današnjem smislu, s obzirom na to da se vlasništvo na nekretninama stjecalo na isti način kao i na pokretnim stvarima: dovoljan je bio sporazum stranaka i prosta predaja stvari pribaviocu. U starom germanskom pravu vladalo je shvatanje da prijenos vlasništva na nekretninama treba da se obavlja na javan i svečan način (pred svjedocima, pred crkvom i narodnom skupštinom, a kasnije pred sudom); stranke su bile dužne da se lično pojave i daju svečane izjave o prijenosu vlasništva. Takve izjave su zapisivane i čuvane u sudu, a kasnije unošene u naročite knjige, što je postepeno dovelo do shvatanja da se takav upis ima smatrati kao glavna formalnost za pribavljanje vlasništva na nekretninama. Pod uticajem ovih ideja germanskog prava, u Njemačkoj se razvio sistem baštinskih knjiga.

¹ Za reformu zemljišnoknjižnog prava u Bosni i Hercegovini karakteristična je i aktuelna misao nobelovca književnika Ive Andrića u njegovom djelu "Rzavski bregovi", koja glasi: "Ali i taj se posao dovrši. Konačno sva zemlja bi premjerena i razgraničena, sva se šuma obilježi i podijeli. Seljaci se navikoše da idu u **gruntovnicu** kao u crkvu ili mehanu."

U drugoj polovini XIX. vijeka u Njemačkoj se uvode registri prava na nekretninama, bazirani na općem premjeru zemljišta, odnosno na katastru. Prvi takvi registri (zemljišnih knjiga u modernom smislu) bili su predviđeni 1872. godine u Pruskoj i Austriji. Sistem zemljišnih knjiga baziran na katastru uskoro se proširio u srednjoj Evropi. Njemački građanski zakonik (1900.) zasniva cjelokupno pravo na nekretninama na zemljišnim knjigama i predviđa da se nijedno stvarno pravo na nekretninama ne može pribaviti na drugi način, već samo upisom u zemljišne knjige. Uz to, zemljišne knjige veoma slične današnjim, pojavile su se u Češkoj još u drugoj polovini XIII. vijeka. To su bile tzv. zemljišne tablice (*zemske desky*) koje su bile javne knjige, a upis u te tablice bio je pretpostavka stvarno-pravnog dejstva prijenosa nekretnina.

Postoje uglavnom tri sistema (tipa) zemljišnih knjiga, i to:

1. francuski (tzv. sistem transkripcije),
2. australijski (Torensov sistem) i
3. njemačko-austrijski sistem.²

1. Sistem transkripcija i inskripcija uveden je u Francuskoj 1855. godine. Po ovom sistemu, u javne knjige se unose prijepisi ugovora i drugih isprava o prijenosu nekretnina ili teretima na nekretninama. Upis u ove knjige nema konstitutivni karakter, kao što je to slučaj s upisom u zemljišne knjige. Francusko pravo je ostalo dosljedno principu da se vlasništvo prenosi samim ugovorom pa je otuda postavilo pravilo da se vlasništvo između stranaka prenosi samim ugovorom, ali da prema trećim licima ugovor ne proizvodi dejstvo prijenosa vlasništva sve dok se ne izvrši transkripcija u javnim knjigama. Prema tome, tek od momenta transkripcije pribavilac postaje vlasnik nekretnine i prema svim licima (dotle je to samo prema licu od koga stječe vlasništvo). Ovaj sistem je nesavršen, s obzirom na to da pruža mogućnost za neslaganje stvarnog stanja i stanja koje je označeno u javnim knjigama, pošto se u ove knjige ne bilježe svi pravni odnosi koji postoje na nekretninama, već samo imena vlasnika s bližim opisom same nekretnine. Zbog nesavršenosti ovog sistema država nije ni mogla da primi odgovornost za tačnost javnih knjiga, zbog toga što u francuskom pravu i ne postoji tzv. fikcija apsolutne tačnosti. S

² Poredeći sisteme evidencije nekretnina (francuski, Torensov i zemljišnoknjižni) Simonović, D. Reafirmacija zemljišnih knjiga, Pravni život, Beograd, broj 10/1998, str. 779. ističe: "Sistem zemljišnih knjiga, po austrijsko-pruskom modelu, pokazao je svoju vitalnost. Tamo gdje je uveden, egzistira i dalje. Vekovima. Izuzetak se desio samo u Srbiji i Bosni i Hercegovini. Moderna, usklađena, uređena i ažurna zemljišna knjiga mogla bi poneti epitet šampiona u oblasti evidentiranja nepokretnosti".

gledišta pravne logike, ovom sistemu se mogu staviti zamjerke: ako je pribavilac postao vlasnik na osnovu samog ugovora, onda bi on po samom karakteru prava vlasništva morao biti vlasnik i prema svim licima (*erga omnes*); ako on nije postao vlasnik sve dok se ne izvrši transkripcija, onda on to nije ni prema svom saugovaraču. Međutim, pravo razlikuje te odnose.

2. Australijski (Torenssov) sistem uveden je u Australiji Zakonom o vlasništvu na nekretninama (Real Property Act – 1858). On se primjenjuje takođe u Kanadi, na Filipinima, Havajima, u Tunisu i u nekim drugim zemljama. Po ovom sistem, sam vlasnik vrši premjer svojih nekretnina i, s planom i dokazima o pravu vlasništva, prijavljuje se nadležnom organu koji, pošto se uvjeri da je ovaj zaista vlasnik, izdaje pismenu ispravu vlasniku, a drugi primjerak isprave postaje sastavni dio zemljišne knjige. Ove knjige uređene su po sistemu tzv. realnih folija, što znači da se vode po zemljištima, a ne po vlasnicima, tj. svaka parcela predstavlja posebno zemljišnoknjižno tijelo. Vlasništvo koje se na ovaj način stiče neoborivo je pošto nikakav protvodokaz nije dopušten. Ako dođe do greške prilikom upisivanja, zemljišne knjige se ne ispravljaju, već država daje naknadu oštećenim licima iz naročitog fonda osiguranja, u koji uplaćuju svi vlasnici upisani u zemljišne knjige. Ovaj sistem je vrlo jednostavan, ali se može uspješno primijeniti samo u zemljama gdje ne postoji iscjepkan posjed.

3. Njemačko-austrijski sistem zemljišnih knjiga osniva se na općem katastarskom premjeru zemljišta. Ovaj sistem usvojen je u pravu RBiH Zakonom o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga i Zakonom o zemljišnim knjigama – oba od 18.5.1930. godine, kao i Zakonom o zemljišnoknjižnim diobama, otpisima i prepisima od 19.3.1931. godine. U krajevima Jugoslavije koji su bili u sastavu Austro-Ugarske, zemljišne knjige su postepeno uvođene tokom druge polovine XIX. vijeka. U tom sistemu, osnovnu pravnu jedinicu zemljišnih knjiga čini zemljišnoknjižno tijelo koje se, po pravilu, bazira na katastarskoj parceli. Svakom zemljišnoknjižnom tijelu odgovara poseban zemljišnoknjižni uložak, koji ima svoj broj i koji se sastoji iz tri dijela: popisnog, vlasničkog i teretnog lista. Same zemljišne knjige se u stvari sastoje iz glavne knjige, zbirke isprava i registara. Postoje tri vrste upisa u zemljišne knjige: uknjižba, predbilježba i zabilježba. Vođenje zemljišnih knjiga vrši se po određenim načelima (konstitutivnosti, javnosti, povjerenja, formalnosti, prioriteta, legaliteta, upisa i dr.).

Treba istaći da je zemljišna knjiga u gruntovnici pravni institut za potpuno i pregledno evidentiranje svih nekretnina i svih prava vezanih za nekretnine. Sva zemljišta i objekti na njima – stambene i poslovne zgrade i

drugi građevinski objekti evidentirani su u zemljišnoj knjizi, s upisom svih prava i tereta na njima. U njoj se evidentiraju i nosioci prava na nekretninama.

Na primjer, za Općinski sud u Gradačcu, gruntovne knjige koje su sačuvane, kako iz perioda 1887. godine, tako i svih narednih godina, pa do danas, predstavljaju izuzetnu dokumentacionu, upotrebnu, arhivsku i historijsku vrijednost.³

Osnova za zemljišnu knjigu je katastarski operat, tj. katastarski premjer zemljišta sa svim podacima o veličini, kulturi i obliku zemljišta i objekata na njima. Stanje u katastarskom operatu je zasnovano na faktičkom stanju – premjeru zemljišta i objekata – te takvo stanje čini osnov zemljišne knjige.

Sadržavajući evidenciju o svim nekretninama, zemljišna knjiga omogućuje brzo i lako prenošenje svih nekretnina i prava na njima na druga lica. Sve pravne transakcije na nekretninama putem zemljišne knjige vrše se brzo i lako, a što je najvažnije i sigurno. Upis u zemljišnu knjigu za sva treća dobronamjerna lica znači definitivno sticanje upisanog prava koje se ne može pobijati, niti na koji način izigrati. Ovu sigurnost garantuje još i to što zemljišnu knjigu vode općinski sudovi koji kao nezavisni mogu objektivno i bez ikakvog uticaja da vode tačnu evidenciju i da osiguravaju pravilnu primjenu zakona, u oblasti prometa nekretnina i drugih prava na njima. Ova sigurnost se pojačava i javnom kontrolom svih koji kod suda mogu razgledati zemljišne knjige, uzeti iz njih izvod i činiti sve da svoja prava zaštite, ako su ugrožena.

Prema historijskim podacima, kojima se raspolaže o zemljišnoj knjizi, porijeklo današnje zemljišne knjige je u zemaljskim "daskama stare Češke", odnosno ona je prije slovenskog, a ne germanskog porijekla, kako to inače većina stručnjaka tvrdi. Istina je da su današnje zemljišne knjige, a koje se još vode, u upotrebi u Austriji, Češkoj republici, Slovačkoj, Italiji, bivšoj Jugoslaviji, SR Njemačkoj, Poljskoj, Rumuniji i Švicarskoj, tvorevina njemačkog, odnosno austrijskog zakonodavstva, ali se iz toga ne može zaključiti da je njihovo porijeklo isključivo germansko, a ne i iz *zemske dasky* češkog prava. Na ovo ukazuje i činjenica da je savremena zemljišna knjiga vođena i vodi se na istom načelu i približno istom sastavu kao i stare češke *zemske dasky*.

U bivšoj SFRJ zemljišne knjige se vode u Bosni i Hercegovini, Hrvatskoj, Sloveniji i Vojvodini. U užoj Srbiji postoje zemljišne knjige samo na jednom dijelu njene teritorije, dok na Kosovu i Metohiji nema zemljišnih knjiga. Zemljiš-

³ Sadik, Š. (1999) 112 godina Gradačaćkog suda (1887. – 1999.), izdavač Općinski sud u Gradačcu, Gradačac, str. 124.-126.

ne knjige ne postoje ni u Makedoniji i Crnoj Gori. U tim bivšim republikama bivše Jugoslavije, umjesto zemljišnih knjiga postoje tapije.

U SFRJ nisu doneseni propisi o zemljišnoj knjizi, ali se u svim zakonima koji reguliraju imovinsko-pravne odnose na nekretninama nalaze odredbe koje upućuju na zemljišnu knjigu, kao na institut u kome se evidentiraju pravno stanje nekretnina i prava vezana za nekretnine.

Sudska praksa, rješavajući imovinsko-pravne odnose na nekretninama, priznaje zemljišnu knjigu kao zakonski dokaz o pravima na nekretninom, pozivajući se na pravna pravila iz ranijih zakona: Zakona o zemljišnim knjigama iz 1930. godine, Zakona o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga iz 1930. godine i Zakona o zemljišnoknjižnim diobama, otpisima i prepisima iz 1931. godine.

Katastar

Katastar je naziv za uporedne popise iz kojih se može dobiti uvid u jednovremeno postojanje činjenica određene vrste. To je skupna evidencija ("očevidnik"). U pravu je od posebnog značaja katastar zemljišta koji predstavlja zbirku podataka o dijelovima zemljine površine koji su od uticaja na pravne odnose. Katastar se izrađuje na osnovu izvršenog općeg premjera zemljišta (geodetski podaci) i katastarskog klasiranja zemljišta prema kulturi i kvalitetu. Katastar zemljišta služi za tehničke, ekonomske, statističke i finansijske svrhe, a za građansko pravo je od značaja, zato što služi kao osnova za ustrojstvo zemljišnih knjiga. Zemljišne knjige ne bi mogle da postoje bez katastarskog premjera zemljišta.

Geodetski organ je organ uprave odgovarajućeg nivoa vlasti koji vrši stručne i upravne poslove u oblasti premjera i katastra zemljišta.

Sudski koncept zemljišnih knjiga u vezi Zakona o stvarnim pravima

Transformacija stvarnog prava zasniva se na sudskom konceptu zemljišnih knjiga.⁴

⁴ O transformaciji stvarnog prava detaljnije vidjeti kod Povlakić, M. (2009) Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo.

Zakon o stvarnim pravima,⁵ kao sistemski i reformski zakon, zasnovan je na sudskom konceptu zemljišnih knjiga, a ne na nadležnosti organa uprave za vođenje zemljišnih knjiga.

Sudski koncept zemljišnih knjiga u vezi Nacrta zakona o premjeru i registraciji nekretnina

U Nacrtu zakona o premjeru i registraciji nekretnina od 23.12.2015. godine predviđeno je da prestane važnost Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine,⁶ odnosno napuštanje sudskog koncepta zemljišnih knjiga.

Ovdje treba ukazati da je Bosna i Hercegovina prva republika u bivšoj SFRJ koja je donijela Zakon o premjeru i katastru nekretnina.⁷

U vezi Nacrta zakona o premjeru i registraciji nekretnina (u daljem tekstu: Nacrt), ukazuje se na sljedeće:

⁵ Službene novine Federacije BiH, br. 66/13 i 100/13.

⁶ Službene novine Federacije BiH, br. 58/02, 19/03 i 54/04. Na taj način, Vlada Federacije Bosne i Hercegovine utvrđujući dana 23.12.2015. godine Nacrt tog zakona, u ovoj fazi zakonodavnog procesa, opredijelila se protiv sudskog koncepta zemljišnih knjiga. Tehnički obrađivač Nacrta tog zakona je Federalno ministarstvo pravde, koje je bilo tehnički obrađivač i Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine, čije se brisanje, odnosno uklanjanje iz pravnog sistema, sada traži.

⁷ Službeni list SRBiH, br. 22/84 i dr. O tome Krneta, S. Primjedbe povodom Nacrta zakona o premjeru i katastru nekretnina, Advokatura Bosne i Hercegovine, br.33-36/1983. Vidjeti više u navedenom radu o prigovorima na račun same koncepcije jedinstvene evidencije nekretnina kao i pojedinih normativnih rješenja, uz konstataciju autorice da Nacrt zakona o premjeru i katastru nekretnina: "predstavlja krupan promašaj" (str. 20). **Tvorci nove evidencije stavili su u istu ravan tehničke podatke o zemljištu i zgradama s podacima o pravima na njima.** Vrlo je ubjedljiv i prigovor na sam naziv Zakona: "Zakon o premjeru i katastru nekretnina. Nikoga, ne samo laika, već ni pravnika, ovakav naziv ne bi upozorio da se radi o zakonu koji je preuzeo i funkciju zemljišne knjige. Svakog bi ovaj naslov zakona navodio na pomisao da se radi o katastru, dakle normama o specifičnim registrima ili evidenciji podataka o nekretninama koji služe za razne svrhe i ciljeve, a kod običnog čovjeka u pravilu bi izazvao predstavu o institutu koji vodi računa o poreskoj obavezi" (Krneta, S. op. cit. str. 12.-13.). U vezi s tim, ukazuje se da se isti prigovori mogu staviti i nazivu iz Nacrta od 23.12.2015. godine: "Zakon o premjeru i registraciji nekretnina".

I.

1. Nakon što je 6.3.2014. godine počela primjena Zakona o stvarnim pravima, kao **SISTEMSKOG ZAKONA**, uputan je novi naziv Nacrta zakona o premjeru i registraciji nekretnina, tako da novi naziv glasi:
"ZAKON O PREMJERU I KATASTARSKOJ REGISTRACIJI NEKRETNINA".
Ovo s toga što je navedeni sistemski zakon preuzeo Zakon o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine kao kompatibilan sa Zakonom o stvarnim pravima.
2. Iz tih razloga uputno je izvršiti usklađivanje Nacrta s važećim Zakonom o stvarnim pravima.⁸
3. Shodno inicijativi iz tačke 1. ovog osvrta, uputno je u cjelokupnom tekstu Nacrta prije riječi: "registraciji nekretnina" navesti riječ "katastarske", u odgovarajućem padežu.

⁸ Tako je Vlada Federacije Bosne i Hercegovine dana 10.12.2015. godine na osnovu člana 115. stav 2. Zakona o organizaciji organa uprave u Federaciji Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH, broj 35/05) donijela Odluku o prijenosu prava raspolaganja na zemljištu u kasarni "Stanislav Baja Kraljević" u Mostaru ("Službene novine Federacije BiH, broj 97/15), kojom je odlučeno da Vlada Federacije Bosne i Hercegovine prenosi pravo raspolaganja na zemljištu u kasarni "Stanislav Baja Kraljević" u Mostaru, označeno kao k.č. 2589/1, K.O. Rodoč, ukupne površine 1.917.235 m², na Sveučilište u Mostaru. Dana 19.12.2015. godine, na osnovu te odluke, Sveučilište u Mostaru je ovlašteno da, samostalno i u svoje ime, pokrene sve postupke koji se odnose na upis prava vlasništva u zemljišnim knjigama i katastarskom operatu. Ne ulazeći u meritum ove odluke, mogu se uočiti njeni formalni nedostaci, s obzirom na to da se ova odluka ne poziva na Zakon o stvarnim pravima ("Službene novine Federacije BiH, br. 66/13 i 100/13), kao sistemski zakon, kao i na važeći Zakon o premjeru i katastru nekretnina (Službeni list SRBiH, br. 22/84, 12/87, 26/90, 36/90 i Službeni list R BiH, br. 4/93 i 13/94), koji se primjenjuje kao federalni propis na osnovu člana IX.5.(1) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, te na važeći Zakon o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine. Izgleda kao da se sa nekretninama kasarne u Mostaru već počeo primjenjivati neusvojeni "Zakon o premjeru i registraciji nekretnina", iako će Nacrt istog biti upućen na javnu raspravu, s obzirom na važnost te zakonske materije. Prema logici iz citirane odluke u vezi kasarne u Mostaru, ima osnova i mjesta da se i kasarna "Jajce" u Sarajevu prenese Općini Stari Grad Sarajevo. Ovo i iz razloga što se navedenom odlukom odlučuje o raspolaganju državnom vojnom imovinom, ne pozivajući se na eventualnu odluku Komisije za državnu imovinu Vijeća ministara Bosne i Hercegovine i eventualna mišljenja Ministarstva odbrane Bosne i Hercegovine i Pravobranilaštva/Pravobraniteljstva Bosne i Hercegovine, koji vodi postupak u gruntovnicama za uknjiženje vojne imovine na Bosnu i Hercegovinu.

II.

Na način izložen u glavi I. tač. 1., 2. i 3. ovog osvrta, osnovano je da se u prijelaznim i završnim odredbama u članu 218. stav 1. Nacrta brišu riječi: "Zakon o zemljišnim knjigama ("Službene novine Federacije BiH", br. 58/02, 19/03 i 54/04)", kao i sve ostale odredbe Nacrta koje upućuju na prestanak važenja tog Zakona o zemljišnim knjigama.

III.

Shodno izloženom u glavama I. i II. ovog osvrta, u pravnom sistemu u Federaciji Bosne i Hercegovine nastavlja pravno postojanje sudski koncept zemljišnih knjiga, kao javnih knjiga koje vode općinski sudovi prema mjestu gdje se nekretnina nalazi na osnovu i u okviru važećeg Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine.

Što se tiče zaštite ljudskih prava, u skladu s Evropskom konvencijom o ljudskim pravima,⁹ svakako je bolje da gruntovnica ostane u sudu jer bi se time osigurala tri temeljna principa navedene konvencije i Ustava Bosne i Hercegovine, i to: pravo na imovinu, zabrana diskriminacije i jednakost građanki i građana pred zakonom.

Ovo je i u skladu s principom 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.¹⁰

U protivnom, odnosno u slučaju da zemljišne knjige ne vode sudovi, došlo bi do kršenja navedenog principa podjele vlasti. Sud je sud. Organ uprave je organ uprave u sistemu izvršne vlasti i on postupuje na osnovu i u okviru načela Zakona o upravnom postupku kao procesnog zakona. Sudska kontrola upravnog akta propisana je Zakonom o upravnim sporovima.

⁹ Službeni glasnik BiH, broj 6/99.

¹⁰ Da bi se donio Zakon o premjeru i registraciji nekretnina u istovjetnom tekstu utvrđenom u njegovom Nacrtu od 23.12.2015. godine nužno je prethodno izvršiti ustavne promjene u Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine, s obzirom na to da je član 11. Nacrta, koji uvodi u pravni sistem kantonalne organe uprave nadležne za geodetske poslove i registraciju nekretnina, očigledno imao u vidu jačanje kantona u Federaciji Bosne i Hercegovine odnosno Federalne geodetske uprave na uštrb općina, kao jedinica lokalne samouprave, a što je suprotno Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine i kantonalnim ustavima, kao i Evropskoj povelji o lokalnoj samoupravi i Zakonu o principima lokalne samouprave.

IV.

Osim toga, uputno je cio Nacrt uskladiti s važećim Zakonom o principima lokalne samouprave¹¹ u pogledu nadležnosti jedinica lokalne samouprave (općina i gradova), a ne kantona, a u vezi materije koja se uređuje u Nacrtu.

Prema članu 218. stav 1. Nacrta predviđeno je da prestaje važenje Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine, uključujući odredbe o stvarnoj i mjesnoj nadležnosti sudova zavođenje zemljišnih knjiga iz čl. 11. i 12. tog Zakona.

Iz toga proizlazi da, prema Nacrtu, zemljišne knjige ne bi bile u nadležnosti sudova, nego u nadležnosti organa uprave, tako da bi registraciju nekretnina trebalo da vodi deset kantonalnih samostalnih upravnih organizacija u upravnom postupku.¹²

S obzirom na to, a kako Nacrt tangira odredbe o nadležnosti sudova u Federaciji Bosne i Hercegovine, koje su uređene u Zakonu o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine i Zakonu o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine, smatramo nužnim da se i Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, u okviru svoje nadležnosti, očituje i uključi u parlamentarnu proceduru pred Parlamentom Federacije Bosne i Hercegovine u vezi ovog Nacrta.

S obzirom na to, a kako Nacrt tangira odnosi i na stvarnu i mjesnu nadležnost općinskih sudova u Federaciji Bosne i Hercegovine iz Zakona o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine i Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine, zakonito je i uputno da se Visoko sudsko i tužilačko vijeće u okviru svoje zakonske nadležnosti očituje i uključi u parlamentarnu proceduru pred Parlamentom Federacije Bosne i Hercegovine u vezi Nacrta tog Zakona.

¹¹ Službene novine Federacije BiH, broj 49/06.

¹² U vezi s tim, u Notarskoj komori Federacije Bosne i Hercegovine postavljena su pitanja:

1. Da li Notarska komora Federacije Bosne i Hercegovine podržava Nacrt zakona o premjeru i registraciji nekretnina, odnosno napuštanje sudskog koncepta zemljišnih knjiga (za koji smo se svojevremeno vrlo teško, ali uspješno izborili)?
2. Kako da se notari postave u vezi s Nacrtom u pogledu gašenja gruntovnica pri sudovima?

U vezi s tim, data je inicijativa da se na ovu temu održi sjednica tog Vijeća te da se, nakon rasprave, daju odgovori tog Vijeća na pitanja koja mogu da budu:

- Da li i u Federaciji Bosne i Hercegovine napuštamo sudski koncept zemljišnih knjiga ("Grundbuch" iz austrijskog i srodnih prava) i uložene velike investicije GTZ SR Njemačke i kreditna sredstva Svjetske banke prema ugovoru iz 2006. godine u postojeće zemljišnoknjižne urede pri općinskim sudovima, ulaganjem u infrastrukturu i osiguranjem profesionalno osposobljenih zemljišnoknjižnih referenata za rad u zemljišnoknjižnim uredima općinskih sudova, a čiji je rad sve kvalitetniji, uz postizanje veće ažurnosti u vođenju zemljišnih knjiga?
- 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 gruntovnica u sudovima?
- Da li je to u suprotnosti sa sistemskim zakonom-Zakonom o stvarnim pravima?
- Kakve su pravne posljedice ako organi uprave budu vodili "B" i "C" listove zemljišnoknjižnih izvadaka?
- Da li Vijeće podržava Nacrt zakona o premjeru i registraciji nekretnina, odnosno napuštanje sudskog koncepta zemljišnih knjiga (za koji smo se svojevremeno vrlo teško, ali uspješno izborili) i gašenje gruntovnica pri sudovima?¹³

¹³ U dopisu Visokog sudskog i tužilačkog vijeća Bosne i Hercegovine broj: 01-02-2797-2/14 od 26.9.2014. godine o sudskom konceptu zemljišnih knjiga u vezi Nacrta zakona o premjeru i registraciji nekretnina (koji je usvojio Predstavnički dom Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine u ranijem sazivu), istaknuto je da navedeno Vijeće, u skladu s članom 17. tačka 28. Zakona o Visokom sudskom i tužilačkom vijeću Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BiH, br. 25/04, 93/05, 48/07 i 15/08), razmatra nacрте/prijedloge propisa dostavljene od strane ovlaštenog predlagača, te da u konkretnom slučaju ovlašteni predlagač nije zatražio mišljenje Vijeća na Nacrt tog zakona. Ukoliko ovaj nacrt zakona bude usvojen u oba doma Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine, uz pokretanje javne rasprave, Vijeće će od Vlade Federacije Bosne i Hercegovine zatražiti da mu se isti dostavi na davanje mišljenja.

Osvrt na III. kongres o katastru u BiH

Od 2. do 4.12.2015. godine u Mostaru održan je III. kongres o katastru u BiH,¹⁴ 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:

1. Željko Obradović: Izgradnja kapaciteta i izazovi sektora zemljišne administracije u Federaciji Bosne i Hercegovine i
2. Ferid Durmišević: Zakonodavno-pravni 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

¹⁴ III. kongres o katastru u BiH s međunarodnim sudjelovanjem 2.12.-4.12.2015. u Mostaru, Geodetsko društvo Herceg-Bosne, Stjepana Radića 3, Mostar, www.gdhh.ba

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).¹⁵

Međutim, uz sve 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 s 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 okvi-

¹⁵ Prema stavu Ferida Durmiševića, treba donijeti Zakon o premjeru i registraciji nekretnina prema sadržaju njegovog Nacrta, a koji i po njegovom stavu razvlašćuje jedinice lokalne samouprave i njihove nadležnosti prenosi na kantone. U tome se poziva i na Zakon iz Republike Srpske, u kojem postoji Republička uprava za geodetske i imovinsko-pravne poslove, zatim područne jedinice te uprave. Očito je vidljiva razlika u pristupu ova dva entitetska zakona, s obzirom na to da bi se u Federaciji Bosne i Hercegovine razvlastile općine, kao jedinice lokalne samouprave, što konstatira i sam Durmišević u svom očitovanju, tako što navodi: “da treba mijenjati Zakon o principima lokalne samouprave u cilju uspostave jedinstvene baze podataka o nekretninama i prava na nekretninama, s obzirom da prava ne bi mogla ostati na lokalnom nivou”. Treba ukazati da je Općina Novi Grad Sarajevo u martu 2015. godine organizirala Javnu tribinu o ovoj tematici, na kojoj je konstatirano: “Nacrt zakona o premjeru i registraciji nekretnina je štetan za sve građane”. Na tribini su učestvovali i Predsjedavajući Predstavničkog doma Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine Edin Mušić i federalni poslanici Aiša Čenanović, Safet Kešo i Dževad Hodžić, kao i predstavnici općina, obrazovnih ustanova, advokati, pravници i brojni građani.

ru 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 i on 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 gruntovnica 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 je ulaganjem u infrastrukturu i

osiguranjem profesionalno osposobljenih zemljišnoknjižnih referenata u zemljišnoknjižnim uredima općinskih sudova njihov rad sve kvalitetniji, uz postizanje veće ažurnosti 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 s 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 ovog osvrta, 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.¹⁶

Dosadašnja iskustva o jedinstvenoj evidenciji nekretnina i prijenosu nadležnosti iz suda na organe uprave

Što se tiče iskustava o jedinstvenoj evidenciji nekretnina¹⁷ i primjeni Zakona o premjeru i katastru u Republici Srpskoj, kao sastavnom dijelu Bosne i Hercegovine, mogu se, manje-više, izdvojiti zapažanja na koja treba skrenuti pažnju u vezi Nacrta od 23.12.2015. godine u Federaciji Bosne i Hercegovine, kao što su:

1. Jedinstvena evidencija nekretnina iziskuje ogromna finansijska sredstva koja Republika Srpska nema, tako da se finansiranje vrši iz sredstava doniranih od Vlade Kraljevine Švedske i Svjetske banke. Dakle, kada ovih sredstava ne bude, postavlja se pitanje šta će biti s projektom i primjenom zakonskih odredbi o uspostavljanju jedinstvene evidencije nekretnina. Ovo pogotovo stoga jer su do sada ogromna finansijska sredstva (posebno GTZ iz SR Njemačke) uložena u zemljišne knjige pri sudovima pa bi bilo, i u tom

¹⁶ Po svim procjenama, navedeni Kongres i njegove poruke, objektivno predstavljaju stvaranje klime da se zakonodavnim putem ukinu gruntovnice, odnosno zemljišnoknjižni uredi pri općinskim sudovima i njihovim odjeljenjima po mjestu gdje se nekretnina nalazi i napusti sudski koncept zemljišnih knjiga.

¹⁷ O stavovima i mišljenjima o jedinstvenoj evidenciji nekretnina u doktrini detaljnije vidjeti kod Cvetić, R. (2009) Savremena evidencija nepokretnosti, Izdavač "3D+" Beograd, Novi Sad, str. 70.-93.

smislu, sasvim uputno i svrsishodno da se nastavi sa zemljišnim knjigama pri sudovima.

2. Od 2011. godine, kada je donesen Zakon o katastru Republike Srpske¹⁸ (koji je Odlukom Ustavnog suda Republike Srpske proglašen neustavnim), odnosno od 2012. godine kada je donesen Zakon o premjeru i katastru Republike Srpske,¹⁹ izloženo je oko 1% područja Republike Srpske. Dovoljno je napomenuti da samo u Banjoj Luci, koja je epicentar svih događanja u Republici Srpskoj, nije izložena nijedna katastarska opština u cijelosti, a one koje su izložene nisu stupile na snagu. Pobornici jedinstvene evidencije nekretnina pozivaju se na činjenicu da u većini opština u Republici Srpskoj nije uspostavljena zemljišna knjiga ili da su iste spaljene ili oštećene u toku rata 1992.-1995. godine u Bosni i Hercegovini, a što je neodrživa teza, s obzirom na to da se pokrivenost zemljišnim knjigama ne može gledati po broju opština i gradovima u Republici Srpskoj, već prema teritorijalnom principu. U svakom slučaju, čak i da se uzmu kao tačne tvrdnje pobornika jedinstvene evidencije nekretnina opet je teritorijalna pokrivenost zemljišnim knjigama, i u 2011. godini i danas, daleko veća u odnosu na katastar nekretnina – jedinstvenu evidenciju nekretnina.

3. Pobornici jedinstvene evidencije nekretnina smatraju da je ista daleko praktičnija i lakša,²⁰ s obzirom na to da se u jednom dokumentu spaja i gruntovna i katastarska evidencija, što je tačno. Međutim, i pored toga, zemljišne knjige i dalje mogu ostati u nadležnosti sudova, katastar u nadležnosti službi za katastar kao organa uprave, **s tim da se računarskim mrežama i drugim tehnologijama sudovi i službe za katastar tako umreže da se dobije jedinstvena evidencija nekretnina.**²¹ U ovom radu se ukazuje da o

¹⁸ Zakon o katastru Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, broj 60/11).

¹⁹ Službeni glasnik Republike Srpske, broj 6/12.

²⁰ Sarić, M. (2012) Objedinjavanje evidencija o nepokretnostima i pravima na nepokretnostima u Republici Srpskoj, Master rad, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd. U tom radu autor zastupa suprotnu tezu od teze ovog rada.

²¹ U doktrini o tome imamo razmišljanja. O tome vidjeti kod Josipović, T. (2001) Zemljišnoknjižno pravo, Informator, Zagreb, str. 44. gdje se ističe da se vođenje zemljišnih knjiga s pomoću EOP (elektroničke obrade podataka) omogućuje LINK tako da se uvid u zemljišnu knjigu ostvaruje i izvan zemljišnoknjižnog suda preko uređaja kojima su, na primjer, katastarski uredi, javni bilježnici, odvjetnici i druge

ovakvom načinu rješavanja problema jedinstvene evidencije nekretnina u praksi, manje-više, nema razmišljanja.²²

4. Umjesto da jedinstvena evidencija nekretnina u Republici Srpskoj građankama i građanima bude olakšanje, ista je sada opterećenje, s obzirom na to da se List nepokretnosti kao dokument koji sadrži podatke o jedinstvenoj evidenciji nekretnina može izvaditi samo na teritoriji koja je izložena, a to je manje od 1% područja Republike Srpske. Povrh svega, građankama i građanima više nije jasno zašto postoje zemljišne knjige, ako imamo jedinstvenu evidenciju nekretnina, te šta je i gdje upisano, ukratko jedna situacija u kojoj se ljudi jako teško snalaze.

5. Suština nedostatka jedinstvene evidencije nekretnina je prijenos nadležnosti na organe uprave i tu je ključ problema. Očigledno je da to nije samo organizacijsko pitanje, već se ovdje radi i o materijalno-pravnim i procesno-pravnim aspektima.

6. Sud je u svom djelovanju nezavisan i samostalan organ vlasti, po pravilu, ne bi trebalo da postoji utjecaj na rad suda. Međutim, u upravnom postupku, a u skladu sa Zakonom o državnoj službi, državni službenik mora postupiti po nalogu pretpostavljenog, dakle nema samostalnost i nezavisnost koja postoji u sudskom postupku. Ovo pogotovo s obzirom na to da zemljišnoknjižni referenti i zemljišnoknjižne sudije imaju ogromno znanje i

osobe spojeni s kompjuteriziranom zemljišnom knjigom. Bitno je napomenuti da u Republici Hrvatskoj uspješno funkcioniraju zemljišnoknjižni uredi pri općinskim sudovima u sudskom sistemu te zemlje i veoma brzo se mogu dobiti aktuelni i tačni podaci za zemljišne čestice iz elektroničke baze podataka (broj zadnjeg upisa, provedba upisa, sadržaj upisa, plomba i drugi podaci) od suda u kome se vodi jedinstvena evidencija nekretnina. Imajući to u vidu, postavlja se pitanje zašto se i u Federaciji Bosne i Hercegovine ne bi primijenila uspješna iskustva iz Republike Hrvatske u pogledu uspostavljanja jedinstvene evidencije nekretnina na osnovu i u okviru sudskog koncepta zemljišnih knjiga?

²² Umrežavanjem sudova i službi za katastar, putem računarskih mreža, može se dobiti jedinstvena evidencija nekretnina. Međutim, ovdje ima veliku ulogu lobi geodeta okupljenih u Geodetsko društvo Herceg-Bosne u Mostaru preko Federalne geodetske uprave u Sarajevu. O tome vidjeti materijale III. Kongresa o katastru u BiH, 2.-4.12.2015. u Mostaru. Pri tome je puno manje aktivna pravnička struka, iako su generacije diplomiranih pravnikâ s položenim pravosudnim ispitom školovane na gruntovnom pravu. O tome, manje-više, šute zemljišnoknjižne sudije i zemljišnoknjižni referenti, notari, advokati i ostali diplomirani pravnici koji se bave zemljišnoknjižnim pravom.

iskustvo u primjeni pravila zemljišnoknjižnog prava, a posebno zbog toga što su sudije do početka primjene Zakona o premjeru i katastru Republike Srpske u sudskoj praksi vodili postupke i rješavali predmete u vezi sa zemljišnim knjigama.²³

7. Ako se pitanje nepostojanja nezavisnosti i samostalnosti rada organa uprave dovede u vezu sa ustavnim principom prava na imovinu,²⁴ može se reći da je pravo na imovinu građanki i građana ugroženo. Očigledno je da se ovdje ne radi o geodetskom pitanju, nego se ovdje radi o pravnim stvarima. Isto tako, pravni lijekovi u upravnom i sudskom postupku nisu isti i u upravnom postupku ne pružaju dovoljnu zaštitu prava na imovinu.²⁵

8. Prijenos nadležnosti iz sudske vlasti na organe uprave i davanje širokih ovlaštenja organima uprave da isključivo vode jedinstvenu evidenciju nekretnina je veoma osjetljivo pitanje.²⁶ U izvjesnom smislu, organ uprave postaje "država u državi". Mnoge građanke i građani zbog finansijskih sredstava ne idu na upravni spor protiv odluka organa uprave.

Umrežavanje gruntovnica i katastra kao način rješavanja problema uspostavljanja jedinstvene evidencije nekretnina.

Kao što je u naprijed navedenom izlaganju istaknuto, jedan od realnih načina rješavanja problema uspostavljanja jedinstvene evidencije nekretnina

²³ I sudije se poprilično teško snalaze u vezi sa jedinstvenom evidencijom nekretnina u Republici Srpskoj.

²⁴ Vidjeti član 1. Protokola 1. uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima (Službeni glasnik BiH, broj 6/99).

²⁵ Ovo pogotovo zbog toga što je prijenos sudske nadležnosti na geodetsku upravu vršen i odredbom člana 8.a Zakona o privatizaciji, pri čemu je geodetska uprava svojim rješenjima utvrđivala pravo vlasništva na imovini privatiziranih preduzeća, radi čega postoji veći broj krivičnih prijava u nadležnim tužilaštvima.

²⁶ U vezi s tim, u medijima se plasiraju informacije o korupciji prilikom obavljanja poslova jedinstvene evidencije nekretnina u Republičkoj upravi za geodetske i imovinsko-pravne poslove u Republici Srpskoj u njenim pojedinim područnim jedinicama. Na primjer, u Područnoj jedinici Šipovo, šef te područne jedinice je u postupcima izlaganja, svugdje gdje se vlasnici nekretnina nisu pojavili ili odazvali, sve upisivao na sebe lično. Zbog takvih i sličnih slučajeva u praksi se uvriježio termin ZKM (zemljišnoknjižna mafija).

jeste umrežavanje gruntovnica i katastra. U tom slučaju, realno je i praktično, i s geodetskog i pravnog aspekta, da se **gruntovnice i geodetski uredi umreže elektronskim putem tako da se dobije jedinstvena evidencija nekretnina, a da pri tome ostane na snazi sudski koncept zemljišnih knjiga**. U slučaju umrežavanja gruntovnica i katastra, u svrhu uspostavljanja jedinstvene evidencije nekretnina, zemljišne knjige bi mogle i ubuduće ostati u nadležnosti sudova po principu *forum rei sitae* (po mjestu gdje se nekretnina nalazi), a katastar u nadležnosti organa uprave.

Doprinos notarske službe u ažuriranju i elektronicizaciji zemljišnih knjiga

Ne treba smetnuti s uma veliki doprinos notarske službe ažuriranju zemljišne knjige od 4.5.2007. godine, kao dana početka rada prvih notara u Federaciji Bosne i Hercegovine. Rad notara u ovoj oblasti doprinio je ubrzanju projekta elektronicizacije zemljišne knjige. Knjiženja se sada vrše za nekoliko dana (ranije se na provođenje u zemljišnoj knjizi čekalo nekoliko godina) i to zahvaljujući, ne samo izvršenoj elektronicizaciji zemljišne knjige, već značajnim dijelom, zbog toga što su notarski obrađene isprave potpuno podobne za provođenje pa zemljišnoknjižni referent može odmah pristupiti knjiženju takvih isprava.²⁷

Promet nekretninama

Promet nekretninama može se ostvarivati samo prometom prava na njima i zato služe zemljišne knjige kao javni registri u koje se upisuju nekretnine i stvarna prava na njima, te drugi pravni odnosi s njima vezani.

U zemljišnim knjigama vrši se potpuno i pregledno evidentiranje svih nekretnina i prava vezanih za nekretnine koje su u prometu, tj. zemljišta i objekata na njima, stambenih i poslovnih zgrada, te drugih građevinskih objekata, kao i upisi svih prava i tereta na njima, a evidentiraju se i nosioci prava na nekretninama, što sve služi u svrhu upisa stjecanja, prijenosa, izmjene i ograničenja stvarnih prava na nekretninama.

²⁷ Škaljić, M. (2014) Uloga i značaj latinskog tipa notarijata u oblasti stvarnih prava u Bosni i Hercegovini, CJP Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo.

Od zemljišnih knjiga treba razlikovati:

1. Katastar kojeg vode organi općinske uprave nije zemljišna knjiga, u smislu zemljišnoknjižnog prava, pa ga valja od zemljišne knjige razlikovati jer se u njemu, doduše, evidentiraju zemljišta, i to na osnovi izmjene, klasiranja i procjene, ali samo radi oporezivanja.

2. Katastarski operat je katastarski premjer zemljišta sa svim podacima o opsegu, kulturi i oblicima zemljišta, te objekata na njima, čime se prikazuje stvarno stanje na terenu. Zato je katastarski operat osnova za zemljišnu knjigu pa, između zemljišne knjige i katastra mora postojati potpuna usklađenost, zbog čega svaku promjenu u zemljišnoj knjizi treba po službenoj dužnosti javiti katastru i obratno.

Prema tome, treba razlikovati gruntovnicu i katastar, s tim da se jedinstvena registracija nekretnina vodi prema sudskom konceptu zemljišnih knjiga.

Zaključak

Savremena evidencija nekretnina implicira tendenciju da se uspostavi jedinstvena baza podataka o nekretninama kroz povezivanje različitih evidencija (baza podataka) o njima. To je omogućeno donedavno neslućenim razvojem tehnologija u polju elektronskih informacija i komunikacija. Stvaranjem jedinstvene elektronske baze postiglo bi se automatsko ažuriranje svih podataka o nekretninama, a što je zahtjev savremenog tempa pravnog prometa i života uopće. To međutim, po pravilu, ne dovodi do bitnih konceptijskih promjena postojećeg sistema evidencije nekretnina, već do njegovog unapređivanja i usklađivanja s postignutim stepenom razvoja.

Osnovna teza istraživanja u ovom radu jeste upravo u tome da ne postoje valjani razlozi za odstupanje od pravne tradicije sudskog koncepta zemljišnih knjiga i uvođenje nove i objedinjene evidencije nekretnina u Federaciji Bosne i Hercegovine, u okviru organa uprave, jer je i bez napuštanja sudskog koncepta zemljišnih knjiga moguće ustanovljavanje jedinstvene baze podataka o nekretninama i pravima na njima, **kroz umrežavanje gruntovnica i katastra elektronskim putem.**

Sadašnje stanje evidencije nekretnina može se premostiti na taj način da se, putem računarskih tehnologija, sudovi i službe za katastar tako umreže da se dobije jedinstvena evidencija nekretnina, na osnovu i

u okviru sudskog koncepta zemljišnih knjiga i uz primjenu važećeg Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine.

Polazeći od ovako uspostavljene jedinstvene evidencije nekretnina, a imajući u vidu sve naprijed izložene pravne i stvarne razloge, može se izvesti nedvojben zaključak da gruntovnica, zasnovana na sudskom konceptu vođenja zemljišnih knjiga, treba da ostane, bez prijenosa zemljišnoknjižnih poslova iz nadležnosti suda, kao nezavisnog organa sudske vlasti u organe uprave, pri čemu smatramo da će u takvim okolnostima biti osigurana još veća pravna sigurnost, ažurnost, a svakako i tačnost podataka koji se odnose na nekretnine i prava na nekretninama.

Literatura i izvori

1. Weike, J. i Tajić, L. (2005) Komentar Zakona o zemljišnim knjigama u Bosni i Hercegovini, Privredna štampa d.d. Sarajevo, Sarajevo.
2. Čolak, B. (2015) Priručnik za polaganje pravosudnog ispita, JP NIO Službeni list BiH, Sarajevo.
3. Medić, D. (2011) Novo stvarno pravo Republike Srpske, Izdavači: Fakultet pravnih nauka, Panevropski univerzitet „APEIRON“ Banja Luka, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka.
4. Povelakić, M. (2003) Reforma zemljišnoknjižnog prava kao dio ukupne reforme građanskog prava, Zbornik radova „Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar.
5. Vuković, M., Vedriš, M., Vuković, Đ (1955) Opći građanski zakonik s novelama i ostalim naknadnim propisima, Školska knjiga, Zagreb.
6. Arnautović, H., Vesković, B, (1978) Zbirka propisa o nekretninama, Izdavači Novinsko-izdavačka organizacija Službeni list SRBiH, IGKRO „Svjetlost“ Sarajevo, Republički zavod za javnu upravu Sarajevo, Sarajevo.
7. Josipović, T. (2001) Zemljišnoknjižno pravo, Informator, Zagreb.
8. Povelakić, M. (2009) Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo.
9. Šehić, S. (1999) 112 godina Gradačačkog suda (1887.-1999.), Općinski sud u Gradačcu, Gradačac.

10. Cvetić, R. (2009) Savremena evidencija nepokretnosti, Izdavač „3D+“ Beograd, Novi Sad.
11. III. kongres o katastru u BiH s međunarodnim sudjelovanjem 02.12.-04.12.2015. u Mostaru, Geodetsko društvo Herceg-Bosne, Stjepana Radića 3, Mostar, www.gdhb.ba
12. Krneta, S. (1983) Primjedbe povodom Nacrta zakona o premjeru i katastru nekretnina, Advokatura Bosne i Hercegovine, br.33-36/1983.
13. Simonović, D. (1998) Reafirmacija zemljišnih knjiga, Pravni život, Beograd, broj 10/1998.
14. Škaljić, M. (2014) Uloga i značaj latinskog tipa notarijata u oblasti stvarnih prava u Bosni i Hercegovini, CJP Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo.
15. Program pravosudnog ispita (Službene novine Federacije BiH, br. 99/13 i 4/14).
16. Program notarskog ispita (Službene novine Federacije BiH, broj 61/02).
17. Zakon o premjeru i katastru zemljišta (Službeni list SR BiH, broj 14/78).
18. Zakon o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije BiH, br. 58/02, 19/03 i 54/04).
19. Zakon o organizaciji organa uprave u Federaciji Bosne i Hercegovine (“Službene novine Federacije BiH, broj 35/05).
20. Zakon o stvarnim pravima (“Službene novine Federacije BiH, br. 66/13 i 100/13).
21. Zakon o premjeru i katastru nekretnina (Službeni list SRBiH, br. 22/84, 12/87, 26/90, 36/90 i Službeni list R BiH, br. 4/93 i 13/94) koji se primjenjuje kao federalni propis na osnovu člana IX.5.(1) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine.
22. Zakon o Visokom sudskom i tužilačkom vijeću Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BiH, br. 25/04, 93/05, 48/07 i 15/08).
23. Zakon o katastru Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, broj 60/11).

THE ROLE AND IMPORTANCE OF THE LAND REGISTRIES IN THE JUDICIAL CONCEPT OF THE PROPERTY REGISTRATION IN THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

A very important and current issue from the legal point of view (legal security, efficiency, etc.), is whether the Federation of Bosnia and Herzegovina will leave the judicial concept of land administration and transfer it into the jurisdiction of the executive branch?

Namely, in searching for an answer a numerous discussions were led, but mostly among the geodetic profession, while the legal profession hasn't been sufficiently heard on this matter so far.

Recognising this deficiency, Federal Minister of Justice Mato Jozić has proposed, after the Draft Law on Survey and Property Registration was adopted on 23rd December 2015, public discussion to be held involving primarily legal professionals in this area (both practitioners and theoreticians).

Therefore this paper is a contribution to the public discussion on the Draft Law on Survey and Property Registration with the aim to stress, above all, the enormous responsibility for abolishing the land registries administered now by the municipal courts as independent judicial authorities.

The current situation of land records can be bridged in a way to apply computer technologies to network courts and cadastres in order to have a unique records on the properties based upon and within the judicial concept of the land registration and by applying the present Law on Land Registries in the Federation of Bosnia and Herzegovina.

Starting from such uniquely established property records and having in mind all the legal and real reasons, an unambiguous conclusion can be reached that the land registry based on the judicial administration of the records should be preserved, without it being transferred from the jurisdiction of the independent body of judicial authority into the administrative authority, and we believe that only in such circumstances higher degree of legal certainty, efficiency and of course accuracy of the records contained therein will be provided.

Key words

land registry, cadastre, unique property records, networking.

ARBITRAŽNO PRAVO

Autor: Mile Lasić, Mostar 2013

prikaz knjige

Pripremila: **Prof. dr. Meliha Powlakić***

Knjiga "Arbitražno pravo" autora Mile Lasića, izašla je iz štampe prije dvije i pol godine. Iako je od njenog objavljivanja do ovog prikaza prošlo relativno dosta vremena, ova knjiga nije izgubila na svojoj aktuelnosti. Moglo bi se reći da aktuelni razvoj arbitražnog prava, ali i pravci reforme pravosuđa u BiH, ovu knjigu svakim danom čine aktuelnijom.

Knjiga je obima 446 stranica, od toga je detaljan sadržaj dat na sedam, lista skraćenica na tri, spisak korištene literature na šest stranica. Knjiga ima i detaljno razrađeno stvarno kazalo koje je dato na 14 stranica. Autor je pri izradi ove knjige koristio obimnu i aktuelnu literaturu sa područja bivše Jugoslavije; lista korištene literature je impresivna i obuhvata gotovo sve relevantne naslove objavljene na pomenutom području u posljednjih desetak godina. Na dvije stotine i deset stranica autor je izložio svoje viđenje arbitražnog prava u BiH, uz osvrt na komparativno i međunarodno pravo.

Autorski tekst (str. 19 do 229) je podijeljen u osam poglavlja i to Uvod (str. 19 do 46), Osnove arbitraže (str. 47 do 94), Ustroj i rad Vanjskotrgovačke arbitraže BiH (str. 95 do 108), Pravna sredstva protiv pravorijeka (str. 109 do 114), Priznanje i ovrha pravorijeka (str. 115 do 125), Sudski postupak u arbitražnim stvarima (str. 127 do 135), Međunarodno trgovačko arbitražno pravo (str. 137 do 214), te Alternativno rješavanje sporova (str. 215 do 229).

U prvom uvodnom dijelu autor izlaže pojam, predmet i metode arbitražnog prava, izvore arbitražnog prava i vrste arbitraže. Ovim pitanjima je posvećeno tridesetak stranica. Ova uvodna razmatranja smatramo vrlo važnim za cijela kasnija izlaganja, kao i za opće razumijevanje arbitražnog rješavanja sporova, a posebno kada su u pitanju studenti koji se prvi put sreću sa pitanjima arbitražnog prava.

* redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu

U drugom dijelu su izložena načela arbitražnog postupka, pojam arbitralnosti. Arbitražnom sporazumu je posvećen ovdje veliki prostor, što je i razumljivo, jer je pitanje valjanosti arbitražnog sporazuma istovremeno i jedno značajno doktrinarno pitanje, ali i jedno praktično pitanje. Mnogi su sporovi u domaćem, ali i međunarodnom pravu, o tome da li postoji i da li je valjan sporazum o arbitraži u određenom slučaju. O ovom pitanju postoji obimna literatura, čiji sukus daje autor, a od ovog pitanja zavisi nadležnost arbitraže i kasnija mogućnost pobijanja arbitražnog pravorijeka.

Treći dio je posvećen Arbitražnom sudu pri Vanjskotrgovačkoj komori BiH i obrađeni su organizacija ove arbitraže, postupak i donošenje odluke.

U četvrtom dijelu autor izlaže pravna sredstva protiv arbitražne odluke/pravorijeka. Ovo je veoma značaj dio knjige, budući da u praksi ne postoji često dovoljna svijest o tome da u arbitražnom postupku nema u pravilu drugostepenog postupka i da je mogućnost pobijanja jedne arbitražne odluke vrlo ograničena.

O priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka u našem se pravu malo pisalo, a ovo je jedno praktično vrlo značajno pitanje i autor ga obrađuje u petom dijelu knjige. Ponekad o tome i kod pravnih zastupnika i sudova nedostaju temeljna znanja pa nije mali broj apelacija upućenih Ustavnom sudu a protiv odluka Kantonalnih sudova o pravosnažnom priznanju ili odbijanju priznanja strane arbitražne odluke.

Šesti dio je posvećen ulozi suda prije, u toku i po okončanju jednog arbitražnog postupka.

Sedmi dio knjige vrlo detaljno i opširno obrađuje pitanja međunarodnog trgovačkog arbitražnog prava. Posebna je pažnja posvećena investicionoj arbitraži.

U osmom dijelu knjige autor obrađuje alternativno rješavanje (ADR) trgovačkih sporova. Prvo se razmatra posebna značaj ADR metoda, pod čim autor podrazumijeva sve metode sprječavanja i rješavanja sporova uz pomoć treće stranke, osim parnice (mirenje, ugovorno vještačenje, arbitriranje kao metod prihvaćen od Jadransko-jonske arbitraže, mini-trial, rješavanje sporova kod FIDIC ugovora). Upravo su ADR metode kod složenih trgovačkih sporova koji pretpostavljaju poznavanje određenih specifičnih, visoko stručno profiliranih oblasti od posebnog značaja. Kod takvih sporova takva specifična znanja ne može imati sudac već vještak ili odbor za rješavanje sporova u kojem su stručnjaci određenog profila (inžinjeri). U ovom sporovima je bitno

da do izražaja dođe ekonomičnost, fleksibilnost, koncentrisanost na interese, angažiranje stručnjaka odgovarajućih profila.

Na stranicama 233 do 244 dati su prilozi, koje čine međunarodni, evropski i domaći pravni izvori arbitražnog prava. U grupi međunarodnih konvencija dati su Konvencija o priznanju i ovrsi stranih arbitražnih odluka (New York, 1958), Evropska konvencija o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži (1961. g.), Konvencija o rješavanju ulagačkih sporova između država i državljana drugih država (Washington, 1965), te određeni broj bilateralnih sporazuma koje je zaključila BiH o unapređenju i zaštiti investicija. Drugu grupu čine UNCITRAL dokumenti kao npr. Arbitražna pravila iz 2010. godine koja je preveo sam autor, Pravila o mirenju iz 1980. g., UNCITRAL Model zakon o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži iz 1985. godine. Zatim slijede Arbitražna pravila Međunarodne trgovačke komore (ICC). U grupi Evropskih izvora dati su Uredba 44/2001 od 22.12.2000. o sudskoj nadležnosti, priznanju i ovrsi odluka u građanskim i trgovačkim predmetima, te Smjernica 2008/52/EZ o određenim aspektima mirenja u građanskim i trgovačkim predmetima. Osim toga dati su za arbitražno rješavanje sporova relevantni izvodi iz Zakona o parničnom postupku, Zakona o izvršnom postupku Federacije BiH, Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, te Zakon o postupku medijacije i Pravilnik o ustroju i radu Arbitražnog suda Vanjskotrgovačke komore Bosne i Hercegovine.

Svako ko se bavi arbitražom a pogotovo međunarodnom trgovinskom arbitražom će imati potrebu konsultirati određene međunarodne izvore (relevantne međunarodne konvencije, te UNCITRAL i ICC izvore), a njihovo prikupljanje na jednom mjestu i u prevodu na hrvatski jezik, kao jedan od jezika u službenoj upotrebi u BiH, će mnogom arbitru olakšati njegov posao. Prilozi će olakšati i studentima pripremu ispita iz predmeta građansko procesno i arbitražno pravo.

Predmetna knjiga je napisana prije svega za potrebe studenata i ona slijedi *curriculum* iz Arbitražnog prava ali i Međunarodnog privatnog prava na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Mostaru. Budući da je materija arbitražnog prava regulirana dijelom entitetskim propisima, koji su u velikoj mjeri harmonizirani, dijelom propisima bivše SFRJ, koji su preuzeti u cijeloj BiH, dijelom međunarodnim sporazumima, koje je zaključila ili kojima je pristupila BiH, nedvojbeno je da je arbitražno pravo, uprkos podjeli nadležnosti, u velikoj mjeri jedinstveno u cijeloj BiH, te ovu knjigu mogu koristiti i studenti drugih fakulteta u BiH, kako oni sa prvog tako i oni na drugom ciklusu studija prava.

Ova knjiga će, međutim, biti nezaobilazna literatura i za sve one koji se praktično bave arbitražnim pravom, a prije svega arbitre, advokate i suce.

Iako arbitražno pravo budi sve više interesa u BiH, do ove knjige, nije bilo cjelovite, sistemske a ni obimne udžbeničke obrade ove materije u BiH. U tome svakako treba vidjeti značaj ovog izdanja.

Naravno, nije dovoljno jednu knjigu smatrati značajnom i korisnom, samo zato što je jedna od rijetkih na određenom tržištu. Sigurno je da bi ova knjiga mogla izdržati i jaču konkurenciju. Radi se o jednom sistematičnom, kvalitetnom i naučno utemeljenom tekstu. Značaj ove knjige leži i u vremenu njenog objavljivanja. Moglo bi se s puno opravdanja reći da je ova knjiga došla u pravom momentu. U okviru reforme pravosuđe i strukturalnog dijaloga potpuno je izvjesno da je jedan od temeljnih zahtjeva u tom procesu rasterećenje sudova, kome znatno mogu doprinijeti različiti oblici alternativnog rješavanja sporova. Arbitražnom rješavanju sporova tu pripada najznačajnija uloga. Međutim, osim toga autor se osvrnuo i na druge oblike alternativnog rješavanja sporova posebno u oblasti trgovačkih sporova. Veći značaj arbitražnog rješavanja sporova u određenoj zemlji ima i dobro organizovana i respektabilna institucionalna arbitraža. Arbitražni sud pri Vanjskotrgovačkoj komori BiH u posljednjim godinama sve više dobiva na značaju, stoga je posebno značajno da je autor jedno cijelo poglavlje u svojoj knjizi posvetio ustroju i funkcioniranju ove institucionalne arbitraže. Time je on sasvim sigurno, iako to ne mora biti namjera jednog naučnog teksta, doprinio i razumijevanju i popularizaciji ove arbitraže, što predstavlja dodatni aspekt o ocjeni značaja ovog izdanja.

Tekst je pisan jednostavnim i jasnim jezikom, što olakšava čitanje, ali govori i o tome da se radi o knjizi jednog znalca. Autor je veliki dio svoje karijere posvetio upravo arbitražnom pravu i samo veliko poznavanje materije za posljedicu može imati tekst koji se lako čita i prati. Knjiga je značajno oslonjena na praksu – na nizu mjesta autor daje određene statističke pokazatelje iz kojih je moguće jasnije sagledati domet i praktični značaj jednog pitanja.

Prethodno izneseno daje osnova za tvrdnju da će se ova knjiga naći na radnom stolu kako onih koji studiraju pravo, onih koji na različite načine učestvuju u arbitražnom postupku tako i onih koji se bave naučno-istraživačkim radom u ovoj oblasti prava.

OSVRT NA PREISPITIVANJA PORODIČNO -PRAVNIH INSTITUTA U PROCESU REFORME GRAĐANSKOG ZAKONODAVSTVA U SRBIJI

osvrt

prof. dr Branko Morait*

Uvod

Za 27. Susrete Kopaoničke škole prirodnog prava prihvaćeno je od uredništva i objavljeno¹ sedam referata/radova koji obrađuju aktuelna pitanja iz porodičnog prava, a za 28. Susret šest radova.² Cilj ovog rada je da prikaže ove radove i njihove teme s obzirom na povezanost bosansko-hercegovačkog i srbijanskog pravnog sistema u prošlosti i potrebu modernizacije oba pravna sistema u sadašnjosti i budućnosti. Takav pristup omogućava razmjenu iskustava, stavova i ideja kako bi nova pravna rješenja u oba pravna sistema bila komplementarna sa evropskom perspektivom kojoj se teži u cijelom regionu Jugoistočne Evrope.

Javna rasprava o Prednacrta Građanskog zakonika otvara mogućnost pravničkoj i opštoj javnosti da se izjasni o predloženim novim i modifikovanim pravnim institutima i doprinese iznalaženju najboljih zakonskih rješenja. U dijelu Prednacrta Građanskog zakonika koji se tiče porodično-pravnih odnosa iskristalisalo se je dvadesetak pitanja: podstičaju rađanja djece; inovirana rješenja o vanbračnoj zajednici; dopunjene odredbe o zaključenju i prestanku braka; usklađene odredbe o pravima djece sa Konvencijom UN o pravima djeteta i dopunjene o pravima djeteta pod roditeljskim staranjem; nove odredbe o materinstvu i očinstvu u slučaju začeca uz biomedicinsku pomoć i ugovor o surogat materinstvu; ukinuta je mogućnost produženja roditeljskog prava i predloženo stavljanje djeteta pod starateljstvo; razrađeno je usvojenje od stranog državljanina; predloženo je nepotpuno usvojenje; modifikovane su odredbe o zasnivanju, dejstvu i prestanku

* *Sudija Suda Bosne i Hercegovine*

¹ "Pravni život" broj 10, Beograd 2014., Tom II, Udruženje pravnika Srbije, str. 5-107

² "Pravni život" broj 10, Beograd 2015., Tom II, Udruženje pravnika Srbije, str. 5-95

starateljstva; ojačana je pravna zaštita štíćenika; poboljšane su odredbe o supružanskom izdržavanju i imovinskim odnosima supružnika i članova porodične zajednice; predloženo je formiranje alimentacionog fonda radi osiguranja izdržavanja one djece čiji roditelj izbjegava plaćanje alimentacije; inovirana su procesno-pravna pitanja u sudskom i upravnom postupku u kojima se odlučuje ili rješava o porodično-pravnim sporovima i pitanjima.

Porodično-pravne teme sa Susreta 2014. godine

1. Ustavna pitanja

Uvodni referat³ obrađuje potrebu za izmjenama i dopunama Ustava Srbije iz 2006. godine radi potpunije zaštite pravnog položaja subjekata porodično-pravnih odnosa i obezbjeđenja ljudskih prava. U tom kontekstu se u prvi plan postavlja pitanje zabrane diskriminacije (prava na nediskriminaciju), koja bi, prema autorovom zalaganju trebala uključiti i zabranu diskriminacije prema polnoj orijentaciji i rodnom identitetu; zabranu fizičkog kažnjavanja djeteta i princip zaštite najboljeg interesa djeteta. Nadalje se predlaže redefinisane ustavne odredbe o planiranju porodice; odredbe o slobodnom odlučivanju o zaključivanju i raskidanju braka, te potrebe za uvođenjem crkvene forme braka kao paralelne forme u odnosu na građansku formu braka. Reformisani Ustav Srbije bi trebao na jasan i nedvosmislen način garantovati ravnopravnost i zabranu diskriminacije prema LGBT populaciji, čime bi se slijedila praksa Evropskog suda za ljudska prava, po tom pitanju kao i po pitanju zaštite prava lica koja su promijenila pol.⁴

Zabrana fizičkog kažnjavanja djeteta mora biti izričito propisana, zbog nedopustive tolerantnosti srpskog društva prema mjerama fizičkog kažnjavanja djece. U Republici Srbiji je Zakonom o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja iz 2009. godine zabranjeno fizičko nasilje, fizičko kažnjavanje djece i učenika. Drugi zakoni, kao, Zakon o socijalnoj zaštiti i Porodični zakon iz 2005. Ne sadrže odredbe o izričitoj zabrani fizičkog kažnjavanja djece. Iz tih razloga autor smatra da bi ustavna zabrana fizičkog vaspitanja bila značajna na najširem društvenom planu.

³ Cvejić-Jančić, O. "Šta je potrebno menjati u Ustavu Srbije u oblasti porodično-pravnih odnosa", Ibid., str. 5-20.

⁴ Ibid, 6-7.

Prednacrt Građanskog zakonika Srbije⁵ sadrži odredbu člana 7. Stav 8. (alternativa) koja glasi: "*Zabranjeno je svako zlostavljanje deteta, a naročito fizičko kažnjavanje*". U prilog ovako pregnantno izraženoj zabrani navodi se praksa Evropskog suda za ljudska prava kao i stanje u uporednom zakonodavstvu, od Austirije 1989, preko Kipra 1994, Hrvatske 1999, Bugarske 2000, Mađarske 2004, Rumunije 2004, Grčke 2006, Albanije 2010 i Makedonije 2013. godine.

Što se tiče **principa najboljeg interesa djeteta** koji prema Konvenciju UN o pravima djeteta treba biti od primarnog značaja svih privatnih i javnih institucija socijalnog staranja, upravnih organa i zakonodavnih tijela, te bi, zbog toga, morao dobiti ustavnu verifikaciju tako da bi onda postao opšti pravni princip i ne samo porodično-pravni princip.⁶

Za sve navedene prijedloge reafirmacije ustavnih odredbi o zaštiti porodice autor izlaže ubjedljivu argumentaciju; odgovara na pitanje zašto je potrebna ustavno-pravna proklamacija i garancija, jer je Ustav najviši pravni akt jedne zemlje i što bi ustavna odredba obezbijedila najširu zastupljenost principa za koje se zalaže za sve grane prava i ulaženje toga principa u sve grane prava, univerzalnost važenja principa, jer zakoni moraju biti u skladu sa Ustavom. To naročito potencira zbog socijalnog stanja u zemlji (Srbiji) koja je još uvijek opterećena patrijarhalnim shvatanjem porodice i privržena tradicionalnim porodičnim vrijednostima, prema kojima nije neobično da se djeca smatraju potčinjenim roditeljima i njihovim interesima, a ne sopstvenima tj. dječijima.⁷

Što se tiče **prava na planiranje porodice** važeći Ustav Srbije dopušta ograničenja ovog prava. Međutim, u pogledu odlučivanja o rađanju/nerađanju djece, Ustav Srbije ne predviđa mogućnosti ograničenja ovog prava, bilo u pozitivnom smislu - pravo na rađanje, pravo na začće, bilo u negativnom smislu - pravo na kontracepciju i prekid trudnoće. Zbog toga autor smatra da bi trebalo izmjenama Ustava predvidjeti mogućnost zakonskih ograničenja ovog prava u slučaju planiranja porodice u negativnom aspektu, radi nerađanja i dozvoliti prekid trudnoće u slučaju postojanja zakonskih indikacija, kako to i sada čini Zakon o prekidu trudnoće u zdravstvenim ustanovama, koji za sada nije ustavno utemeljen.

⁵ Prednacrt Građanskog zakonika Srbije, Knjiga treća, Izdanje Generalnog sekretarijata Vclade, Beograd, 2011., str.13.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.,14.

Najzad, **pravo na slobodu odlučivanja o planiranju porodice** treba ustavno definisati kao bezuslovno lično pravo, bez potrebe dobijanja saglasnosti partnera za odlučivanje o ovom životnom pitanju.⁸

Pravo na zaključivanje i raskidanje braka u odredbi člana 62. Stava 1. Važećeg ustava Srbije dopušteno je "svakome", što je, po mišljenju autora, nespretna i neprecizna formulacija, jer, istini za volju, ovo pravo, po prirodi stvari ne pripada nikako "svakome" nego samo supružnicima odnosno svakom supružniku pojedinačno. Pored toga sloboda odlučivanja je nespretna formulacija, jer o razvodu ne odlučuju supružnici slobodno nego odlučuje sud kao nadležni organ za razvod braka, te sadašnja formulacija podsjeća autora na repudrijaciju ili jednostrani otkaz braka, što nema nikakvog oslonca u društvenim prilikama niti u tradiciji srpskog društva. Zaključenje braka u vjerskoj formi prije zaključenja braka u građanskoj formi kao krivično djelo ukinuto je izmjenama KZ Srbije 1994. godine. Autor izlaže prednosti i nedostatke alternativnog rješenja člana 24. Prednacrta GZRS, po kojoj se brak zaključuje u svečanom građanskom ili vjerskom obliku. Pozitivni efekti koji se očekuju od ove opcione forme braka vide se u potvrđivanju ustavnog prava na slobodu misli, savjesti i vjeroispovjesti, a negativni efekti se vide u mogućnosti nastanka pravne nesigurnosti evidentiranja pravnog statusa građana.

2. Status djeteta

Slijedi prilog koji se bavi utvrđivanjem porijekla djeteta.⁹ Autor se zalaže da je pravo odnosno pravna pravila nadležno za određivanje identiteta i statusa djeteta. Biološka veza je najčešća pravna činjenica, osnov za identifikaciju djeteta unutar porodičnog kruga, ali nije jedini osnov, jer je sam srodnički odnos istovremeno i biološki i sociološki i psihološki i svaki od tih elemenata učestvuje u izgradnji pojma **pravog** roditeljstva.¹⁰ Pravila kojima se utvrđuje porijeklo djeteta nisu u domenu privatnog prava, jer je, u tom pitanju, značaj autonomije volje ograničen. Tradicionalno gledano, autonomija se ogleda u odbijanju ili prihvatanju (priznanjem) roditeljstva. Moderne tendencije po tom pitanju vide se u tome da dozvoli izvjesna

⁸ Ibid.,16.

⁹ Ponjavić, Z. Utvrđivanje porekla deteta-između biološke istine i stabilnosti, "Pravni život", broj 10, Beograd 2014., Tom II, Udruženje pravnika Srbije

¹⁰ Ibid., 21.

kontraktualizacija u sferi asistirane prokreacije ili surogat materinstva. Autor se zalaže za stabilnost porodice, odnosno za stabilnost pravila kojim se utvrđuje porijeklo djeteta, a koja se zasnivaju iz potrebe zaštite prava pojedinaca. Pravila kojima se utvrđuje porijeklo djeteta predstavljaju jednu pravnu instituciju i država ne smije dozvoliti članovima porodice da sami određuju pravila o uvođenju djeteta u porodicu. Autor problematizuje dostignuti stepen afirmacije postulata "genetske istine" i fenome da pravni poredak popušta pod efektima DNK analize kao ključnog dokaznog sredstva biološkog porijekla djeteta i posljedičnog uvjerenja da se biološka (genetska) realnost prihvata kao "zalog spokojsva". Autor se priklanja radije zastupnicima onih stavova koji apeluju na spoznaju da je tehnički progres dao biološkim nauka-ma snagu koja ugrožava pravnu vezu koja se sada mora odupirati pojednostavljenom poistovjećivanju sa biološkom vezom. Autor smatra da je biološka veza samo jedan od mogućih kriterija za uspostavljanje roditeljskog odnosa, a da uopšte nije relevantan kriterij kod uspostavljanja usvojenja ili heterologne insjemenacije. Stoga se autor zalaže da se zaustavi neograničeno korišćenje DNK analize kao krunskog dokaza i to razlozima koji su u nekom konkretnom odnosu jači u odnosu na biološku istinu. Zakon a ne tehnika treba da odgovori na pitanje koja se dokazna sredstva mogu koristiti i u ime kojih vrijednosti se njihova primjena mora ograničiti. U srpskom pravu je vremenski neograničeno **pravo djeteta na utvrđivanje svoga porijekla**, što primat daje biološkoj istini na uštrb stabilnosti srodničkih odnosa. Autor zaključuje da je zakonodavac 2005. Bio fasciniran biološkom istinom, a da sada rastu pritisci da afirmiše volju idejom uvođenja surogat materinstva. Autor poziva zakonodavca na više odgovornosti u pravnom eksperimentisanju.¹¹

3. Pravo na poštovanje porodičnog života

Dušica Palačković i Sanda Ćorve raspravljaju o **zaštiti prava na poštovanje porodičnog života** koje je garantovano odredbom člana 8 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Autori analiziraju u prvom redu procesnopravne aspekte prava na poštovanje porodičnog života s obzirom na specifičnosti njegove pravne prirode i neadekvatne sudske zaštite. Koji pruža važeći porodični zakon Republike Srbije.¹² Pravo na

¹¹ Ibid 36.

¹² "Službeni glasnik RS", 18/05 i 72/11

poštovanje porodičnog života pretpostavlja postojanje porodice, prema osnovnom jezičkom značenju ili podrazumijeva postojanje ličnih odnosa, stvarne i bliske veze, prema širem značenju.¹³ Nedostatke zakonske regulative autori vide u tome PZ RS garantuje poštovanje porodičnog života, ali ne definiše porodicu, za razliku od porodičnih zakona u okruženju.¹⁴ Porodica kao poseban entitet ne uživa sudsku zaštitu.¹⁵ Radna verzija GZ RS donosi pokušaj normiranja definicije porodice, kao zajednice određenih lica povezanih odgovornošću za život i uzajamnu dobrobit koji imaju pravo na posebnu zaštitu i društvenu podršku.¹⁶ Po svojoj pravnoj prirodi, pravo na porodični život je lično, neimovinsko, subjektivno pravo, čija sadržina nije unaprijed određena te je "omnibus" pravo. Kao lično pravo uživa dva procesnopravna sredstva zaštite: preventivni - zahtjev za propuštanje, usmjeren na sprječavanje povrede prava ličnosti i restitutivni - zahtjev za uklanjanje povrede ako je ova nastupila.

Autori se zalažu za zaštitu prava na poštovanje porodičnog života po posebnoj tužbi, koja nije predviđena porodičnim zakonodavstvom. Kao moguća sredstva vide deklaratornu tužbu za uklanjanje i kondemnatornu tužbu.¹⁷ ZPP RS iz 2011. godine odredbom člana 194. Omogućava podizanje deklaratorne tužbe i u slučaju **povrede prava ličnosti**. Prethodno utvrđenje povrede prava ličnosti olakšava podnošenje kondemnatorne tužbe.

4. O populacionoj politici

Dr Mirjana Rašević u prilogu pod naslovom „Ka odgovornoj populacionoj politici“ zalaže se za dostizanje društveno prihvatljivog nivoa dovoljnog broja rođene djece. Autor prezentira konsenzus oko pet principa populacione politike koji pokazuju da ublažavanje fenomena „bijele kuge“ ne otklanja ni ekonomski determinizam, ni restriktivne mjere, ni razdvajanje populacione od socijalne politike, podsticanje rađanja četvero djece niti uključivanje populacione edukacije u pronatalitetnu politiku.

¹³ „Pravni život, broj 10, Beograd 2014., Tom II, Udruženje pravnika Srbije, str. 38.

¹⁴ Porodični zakon Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br. 54/02 i 41/08) i PZ FBiH („Službeni glasnik FBiH“, 35/05)

¹⁵ *Idid.*, 41.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, 47.

5. Prava djeteta

Olga S. Jović izlaže na temu: "Evropski koncept prava djeteta". Autor se osvrće na ciljeve Strategije Savjeta Evrope za prava djeteta 2012-2015. U osnovi je metod pružanja podrške državama članicama SE u dosljednom poštovanju četiri principa Konvencije UN o pravima djeteta: - Prava na život, opstanak i razvoj, najbolji interes djeteta, nediskriminacija, participacija, informisanje, podizanje svijesti i izgradnja kapaciteta, integrisanje i praćenje. Takva podrška ima smisla da se na što bolji način premoste razlike između prava djece i realnog stanja prava djeteta u Evropi. Autor navodi da je Srbija povelu aktivnosti kroz Strategiju prevencije i zaštite od diskriminacije 2013-2018 i Akcioni plan za sprovođenje strategije za unapređenje položaja Roma 2013-2014, sa posebnim osvrtom na djecu.

6. Istopolne zajednice

Melaniya Jančić obrađuje temu: "Izazovi ljudskih prava u odnosu na životne zajednice lica istog pola". Teorijski, lica istog pola imaju tri mogućnosti saživljavanja: a) faktičku odnosno neformalnu, neregistrovanu zajednicu (civilno partnerstvo), b) registrovano partnerstvo i c) zaključenje braka.¹⁸ U Srbiji nije pravno uređen ni jedan spomenuti oblik saživljavanja lica istog pola. Prednacrt GZ RS-treća knjiga, Porodični odnosi, Beograd, juni 2011. godine, u članu 4. Predviđa da će se zajednica života lica istog pola urediti posebnim zakonom. Osvrćući se na zakonodavno stanje u Republici Hrvatskoj, u kojoj je bračna zajednica ustavna kategorija, kao zakonom uređena zajednica života žene i muškarca, pledira za rješenje kakvo postoji u Zakonu o istospolnim zajednicama u Republici Hrvatskoj¹⁹ po kojem su to neregistrovane kohabitacije, koje traju najmanje tri godine i koje su zasnovane na ravnopravnosti, međusobnom pomaganju i poštovanju i emotivnoj vezanosti, te je pod takvim uslovima istospolnim partnerima priznato pravno postojanje. Novi hrvatski Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola ide u pravcu izjednačavanja ovih sa pravnim položajem lica različitog pola, a takva zajednica se definiše kao zajednica porodičnog života, što je, po autoru ovog priloga, neuobičajeno i zbunjujuće, jer istim zakonom nije predviđeno da lica

¹⁸ Ibid., 79.

¹⁹ "Narodne novine", broj 116/2003.

istog pola mogu da usvajaju djecu. Prema istom zakonu dozvoljava se i neformalno životno partnerstvo, koje traje najmanje tri godine i udovoljava zakonskim pretpostavkama za zakonom priznato registrovano životno partnerstvo, koje se zaključuje pred matičarem; samo u građanskoj formi, jer je crkvena forma (uz građansku) rezervisana samo za lica različitog pola. Registrovano životno partnerstvo obuhvata čitav spektar ličnih odnosa što je sadržaj i supružničkog odnosa, zatim prva na zajedničku imovinu i izdržavanje, ugovor o imovini, pravo na nasljeđivanje kao i prava iz penzijsko-invalidskog, zdravstvenog i radnog zakonodavstva.²⁰ Autor zaključuje da odredbe Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola RH²¹ predstavljaju moderno rješenje ovih odnosa, jer poštuju prava LGBT populacije i zabranu diskriminacije.

7. Razvod braka

Dragan D. Pantić izlaže na temu: "Razvod braka u Srbiji *de lege ferenda*". Autor pravi istorijski osvrt i pozitivnopravna rješenja, kao i uporednopravni prikaz te proces harmonizacije u Evropi, prelazi na predloge i sugestije o budućim rješenjima u Srbiji.²² Smatra da se usklađivanje srbijanskog porodičnog zakonodavstva sa pravom EU mora sprovoditi s oprezom, jer je pravo EU u nekim sekvencama neprecizan i nepotreban uzor, odnosno domaća regulativa je u nekim segmentima bolja od evropske.²³ Nadalje, ukazuje na rješenja o razvodu braka iz Prednacrta GZ RS koji predviđa dvije vrste razvoda: sporazumni i jednostrani (na zahtjev jednog od supružnika) ako su odnosi ozbiljno i trajno poremećeni. Prema dvije alternative ovom rješenju, po prvoj alternativni, razvod se pokreće na zahtjev jednog ili drugog supružnika ako postoji nesaglasnost oko bitnih pitanja zajedničkog života, a po drugoj alternativni brakorazvodnog uzroka, ako je zajednica supružnika trajno prestala.²⁴

²⁰ Ibid., 87.

²¹ „Narodne novine“, 92/2014.

²² „Pravni život, broj 10, Beograd 2014., Tom II, Udruženje pravnika Srbije, str.100.

²³ Ibid., 101.

²⁴ Ibid.

Referati iz porodičnog prava izloženi na Susretu 2015. godine

Kako smo u uvodu istakli, na Susretu 2015. Izloženo je šest referata. Ovdje ćemo prikazati samo dva referata koja se referiraju na Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije.

1. Zabrana fizičkog kažnjavanja djeteta²⁵

U svom uvodnom referatu, prof. dr Olga Cvejić-Jančić iznijela je promjene do kojih je došlo u tekstu Prednacrta Građanskog zakonika iz 2011. izvršenim u radnom tekstu Prednacrta GZ pripremljenom u elektronskoj formi za javnu raspravu sa alternativnim predlozima (od 29. maja 2015. godine).

U radnom tekstu Prednacrta GZ, u članu 2218 koji je posvećen posebnoj zaštiti djeteta, dodana je još jedna varijanta stava 2 (pored varijante I koja je ostala ista: "Zabranjeno je svako zlostavljanje deteta, a naročito fizičko kažnjavanje"), kojom je ublažena prehodna varijanta, a glasi: "Nije dozvoljeno zlostavljanje deteta, a naročito neprimereno fizičko kažnjavanje". Pored toga, u članu 2301 koji se odnosi na fizičko kažnjavanje djeteta, izostavljena je rečenica da roditelji ne smiju fizički kažnjavati dijete nego je predviđena samo dužnost roditelja da štite dijete od zlostavljanja od strane drugih lica.²⁶ Autor ističe da je ovo jedan ustupak onom dijelu javnosti koji negoduje zbog nastojanja da se zabrani fizičko kažnjavanje djece u odredbama Prednacrta GZ. Autor se poziva na Opšti komentar o pravu djeteta na zaštitu od fizičkog kažnjavanja i drugih okrutnih i degradirajućih oblika kažnjavanja Komiteta za prava djeteta UN od 2006/2007 godine, u kojem je istaknuta obaveza svih država da hitno zabrane i eliminišu svako fizičko kažnjavanje i sve druge okrutne ili degradirajuće forme kažnjavanja djece i pretoče ih u zakonsku formu.²⁷ Autor suprotstavlja iskustvene spoznaje, po kojima je stepen tolerancije nasilja u Srpskom društvu i dalje vrlo visok kao relikv prošlosti, kada su roditelji, odnosno otac, imali široka ovlašćenja prema djeci, u odnosu

²⁵ Cvejić-Jančić, O. Zabrana fizičkog kažnjavanja deteta-Prilog diskusiji povodom Prednacrta Građanskog zakonika Srbije, „Pravni život, broj 10, Beograd 2015., Tom II, Udruženje pravnik Srbije, str. 5-24.

²⁶ Ibid., str. 5-6.

²⁷ Ibid., str. 7.

na definiciju fizičkog kažnjavanja Komiteta za prava djeteta u Opštem komentaru o pravu djeteta na zaštitu od fizičkog kažnjavanja i drugih okrutnih i degradirajućih oblika kažnjavanja. Po toj definiciji, fizičko kažnjavanje je *"svako kažnjavanje pri kome je korišćena fizička sila sa namerom da prouzrokuje određeni stepen bola i neugodnosti, ma kako laki bili. To najčešće podrazumeva udaranje (šamar, čuška, pljuska) dece rukom ili nekim sredstvom - bičom, štapom, kaišem, cipelom, drvenom varjačom itd. Ali može takođe da obuhvata i šutiranje, trešenje ili bacanje deteta, grebanje, štipanje, ujedanje, čupanje za kosu, udaranje po ušima, prisiljavanje dece da stoje u neudobnim položajima, izazivanje opekotina, šurenje ili nasilno gutanje (npr. ispiranje dečijih usta sapunicom ili prisiljavanje da progutaju ljute začine)."*²⁸

Autor ističe da, osima zabrane fizičkog kažnjavanja djece, Prednacrtom GZ nisu predviđene nikakve dodatne kaznene mjere za roditelj, koje već nisu predviđene važećim Porodičnim zakonom.²⁹ Kao zaključak, ističe se da tok javne rasprave koja traje pokazaće koje od dva alternativna rješenja treba postati zakonsko rješenje ove problematike, da li ono koje zabranjuje "svako" fizičko kažnjavanje djece, koje zagovara autor ovog referata, ili samo "nepri-mjereno" kažnjavanje djece kao razblažena varijanta, uz ogradu da primjena sile prema djetetu koje se nađe u opasnoj situaciji ne treba smatrati fizičkim kažnjavanjem djeteta.³⁰ Autor zaključuje da postoji stručni konsenzus kod nas i u svijetu da se dobro roditeljstvo ne postiže nasilnim mjerama i sredstvima, da je Evropski sud za ljudska prava zauzeo stav da je fizičko kažnjavanje djece povreda Konvencije, a da su zemlje u okruženju kao i još 40 drugih evropskih i vanevropskih zemalja zabranile fizičko kažnjavanje djece.³¹

2. Surogat materinstvo-*pro et contra*³²

U osnovi teorijskih promišljanja leži dilema da li praksa surogat materinstva zavređuje da bude pravno regulisana na nacionalnom nivou i to u Građanskom zakoniku.³³ Kako ističe autor, u većini zapadnih zemalja pravila o

²⁸ Poglavlje III Opšteg komentara-Definicije, tačka 11., navedeno prema: *ibid.*, str. 8.

²⁹ Prof.dr Olga Cvejić-Jančić, *op.cit.*, str.13.

³⁰ *Ibid.*, 23.

³¹ *Ibid.*

³² Prof.dr Olga Jović-Prlainović, Surogat materinstvo-argumenti *pro et contra*, "Pravni život", broj 10, Beograd 2015., Tom II, Udruženje pravnika Srbije, str. 41-51

³³ *Ibid.*, str.49.

roditeljstvu nalaze se u posebnim porodičnim zakonima ili u posebnim zakonima o reproduktivnoj medicini. To je rezultat dva suprotstavljena stanovišta u uporednom pravu: s jedne strane se pledira da treba isključiti svako miješanje prava u problematiku začeca uz biomedicinsku pomoć, jer sputava biomedicinski razvoj. Drugo stanovište zagovara pravnu regulativu kao kontrolu moći koju biotehnologije pružaju naručiocima i korisnicima.³⁴

Protivnici surogat materinstva svoje argumente zasnivaju na ocjeni kako je surogacijski ugovor na kojem se temelji odnos između naručioca i izvršioca usluge neprirodan i nemoralan, nepunovažan jer je suprotan javnom poretku i asocira na "prodaju djeteta" odnosno segment trgovine ljudima što se krivično-pravno sankcioniše te da princip slobode tržišta ne može obuhvatiti dijete kao predmet svojine, te da je čitav postupak suprotan dostojanstvu čovječe ličnosti, jer surogat majka ulazi u materinstvo samo radi finansijske koristi, naknade koja joj se obećava, kao obaveze na strani naručilaca.³⁵

S druge strane, pristalice postupka surogat materinstva, posmatraju ovo pitanje kao afirmaciju privatne autonomije i način liječenja neplodnosti i dio prava na prokreaciju koja obuhvata i pravo ličnosti da se dođe do djeteta i ovom metodom, dok je, s druge strane, i na strani surogat-majke autonomija ličnosti da odlučuje o svojoj reproduktivnoj funkciji. Pored toga, radi se o pomoći neplodnom paru, koji ima izraženu namjeru da se stara o djetetu, što obuhvata fenomene kao što je "psihološko roditeljstvo" i "namjeravano roditeljstvo". Najzad, medicinski argumenti u prilog surogat materinstva su medicinske implikacije na strani naručilaca koje stvaraju moralno prihvatljivu situaciju za odobravanje surogat materinstva.³⁶

I, najzad, autor se zalaže za uravnotežen zakonodavni pristup koji isključuje potpunu zabranu postupka surogacije materinstva kao protivnog prirodnim zakonima, neke vrste "genetskog inženjeringa" na ljudima odnosno odmjerenu pravnu regulativu za one koji do potomstva ne mogu doći konvencionalnim postupkom. Autor se zalaže za pravnu regulativu surogacijskog postupka osmišljenoj kao planska prokreacija za rađanje željenog djeteta, na osnovu saglasnosti volja partnera, čime se tako rođenom djetetu najbolje štite njegovi interesi. Osim toga, mora se voditi računa i o moralnom aspektu, tj.

³⁴ Ibid., 50.

³⁵ Ibid., 45.

³⁶ Ibid., 49.

jasnom isključivanju iz regulative onih pojava oblika surogat materinstva koji unose konfuziju u uspostavljanje zakonitog roditeljskog odnosa.³⁷ Autor izražava oprezan stav kakav se nalazi i u odredbama odredbama čl. 2272-2281. Prednacrta GZ o rađanju za drugog, koji je formulisan kao ilustracija mogućih zakonskih rješenja ako se, nakon javne rasprave prihvati ideja da se surogat materinstvo legalizuje.³⁸

Odjeci u javnosti

Nakon ovog prikaza radova pravnih pisaca o problematici reformisanja porodično-pravnih instituta, osvrnućemo se i na javne rasprave koje se vode povodom toga. Pored naučnih i stručnih rasprava nagoviještena rješenja koja donosi Prednacrt Građanskog zakonika Srbije naišla su na širok odjek u civilnom sektoru, među medicinskim, sociološkim, etičkim i drugim interesnim sferama, te se razvila debata na više otvorenih tema. Jedna od tih tema je **surogat – materinstvo**, kao način da parovi koji ne mogu koncipirati djecu usljed medicinskih prepreka, dođu do djeteta uz pomoć surogat-majke; žene koja nosi i rodi (tuđe?) dijete začeto vještačkim putem, a koje je, prema sadržaju iz "ugovora o rađanju" obavezna da preda paru koji je s njom zaključio takav ugovor. Prema važećem krivičnom zakonodavstvu institut "surogat-majke" nije dozvoljen; takav postupak ima obilježja krivičnog djela sa zaprijećenom kaznom od tri do deset godina zatvora.

Druga tema, kao jedan od inovativnih prijedloga iz Prednacrta GZ RS, koja zaokuplja pažnju šire javnosti jeste nagovještaj **zabrane fizičkog kažnjavanja djece**. Bez nekog egzaktnog istraživanja pojedinci tvrde da je fizičko kažnjavanje djece tradicionalni kulturni obrazac srpskog društva i balkanskih društva u cjelini. U tom smislu se izjašnjavaju i redaktori odredaba iz Prednacrta GZ RS o roditeljskom pravu. Svoje stavove podcrtavaju iznošenjem da je zabrana fizičkog kažnjavanja djece međunarodna obaveza koja za Srbiju proizilazi iz Konvencije o pravima djeteta kao i iz Opšteg komentara o pravu djeteta na zaštitu od fizičkog kažnjavanja i drugih okrutnih i degradirajućih oblika kažnjavanja, te da treba promovisati nultu toleranciju nasilja.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid., 49.

Na drugoj strani su pojedini stručnjaci psihološko-medicinskih profila koji, za razliku od involviranih pravnika, ističu da roditelju znaju da razlikuju fizičko kažnjavanje od fizičkog zlostavljanja. Oni ističu i da bi apsolutna zabrana roditeljima da fizičkim postupcima prema djeci ukazuju na štetnost i pogrešnost nekih postupaka djece koja ona drugim vaspitnim metodama ne bi mogla da uvide zbog svog uzrasta i sl., značila bi raskid nad dominantnim načinom domaćeg vaspitanja djece i značila bi suprotnost domaćim kulturnim obrascima. Protivnici apsolutne zakonske zabrane fizičkog sankcionisanja djece iz redova medicinara-psihoterapeuta zauzimaju stanovište da fizička sankcija ima smisla ako je opravdana tako što sama zabrana fizičkog sankcionisanja ne bi bila kontraproduktivna i izazvala štetne posljedice, te ako su zagovornici zabrane u stanju da dokažu da odmjereni oblici tjelesnog kažnjavanja izazivaju štetne posljedice. Oni plediraju na tome da ozbiljna psihosociološka istraživanja tek treba provesti da bi ona eventualno pokazala kako fizičko kažnjavanje (čak i blago) ima više negativnih nego pozitivnih posljedica, tj. da će obrazac po kojem je za roditelja lakše istući dijete da bi se ostvario kratkoročan vaspitni cilj, a da je to kao navika i kao „kulturni obrazac“ dugoročno štetno. Međutim, nasuprot medijski eksponiranom Zoranu Milivojeviću, pojavilo se otvoreno pismo 110 psihologa i pedagoga iz Srbije, koji su se obratili javnosti pod naslovom: “Struka i aktivizam protiv fizičkog kažnjavanja dece”, po kojima navedeni Zoran Milivojević u javnim nastupima plasira netačne i u nauci neutemeljene informacije, te da nije kvalifikovan da daje savjete za važna pitanja koja spadaju u domen ekspertize pedagoga, psihologa i psihoterapeuta.³⁹

³⁹ Ibid., str.12.

SUDSKA PRAKSA USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

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

Član VI/3.c) Ustava Bosne i Hercegovine (prosljeđivanje pitanja Ustavnom sudu)

Zahtjev će se odbaciti kao nedopušten ukoliko se utvrdi da Ustavni sud nije nadležan za odlučivanje,

Iz obrazloženja:

U konkretnom slučaju, podnosilac se ne žali na nedostatak zakonodavnog okvira, niti na to da Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju ("Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine", br. 29/98, 49/00, 32/01, 61/02, 73/05, 59/06) ili Zakon o odbrani ("Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine", broj 15/96) nisu u skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine. Naprotiv, podnosilac zahtjeva tvrdi da nadležna izvršna vlast nije donijela provedbeni propis u odnosu na zakone, ustavnost kojih (zakona) podnosilac zahtjeva ne dovodi u pitanje. Podnosilac zahtjeva eksplicitno traži da Ustavni sud naloži nadležnoj izvršnoj vlasti da donese provedbeni propis ili da "realizaciju prava na staž osiguranja sa uvećanim trajanjem vojnim osiguranicima... omogućiti kroz provedbu ranijih propisa".

Međutim, Ustavni sud zapaža da je neposredan povod zahtjevu u konkretnom slučaju, tužbeni zahtjev koji je istovjetan onima koje su sudovi odbijali, a o kojim presudama je Ustavni sud odlučivao u okviru svoje apelacione nadležnosti. Dakle, tužbeni zahtjev se u konkretnom slučaju odnosi na isto pravno pitanje - da se beneficirani staž osiguranja za vojne osiguranike, za period od 1. januara 1996. do 1. januara 2006. godine, računa u skladu sa ugovorom koji su oni zaključili sa Ministarstvom Hrvatske Republike Herceg Bosne

* Sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci;

** Tužilac Tužilaštva BiH;

prije stupanja na snagu Zakona o odbrani. Tu odredbu ugovora sudovi, kako je već pokazano, prema utvrđenoj sudskoj praksi koju je prihvatio i Ustavni sud, smatraju ništavom i zbog toga odbijaju takve tužbene zahtjeve. Bez obzira na to što podnosilac zahtjeva pravnom prazninom smatra navodne propuste izvršne vlasti da donese odgovarajuće provedbene propise u odnosu na vojne osiguranike, Ustavni sud zapaža da se u takvoj situaciji ne može razmatrati pitanje postojanja pravne praznine kako to podnosilac traži. Naime, u konkretnom slučaju, zakonom je regulisano pitanje beneficiranog radnog staža za vojne osiguranike, a propisana je i eksplicitna obaveza izvršne vlasti da svoje propise uskladi sa zakonom u propisanom roku. To što su odredbu ugovora koji su tužoci sklopili prije stupanja na snagu Zakona o odbrani iz 1996. godine sudovi proglasili ništavom, ne znači da je došlo do pravne praznine. U takvoj situaciji, Ustavni sud smatra da zahtjev koji je postavljen tako da Ustavni sud naloži izvršnoj vlasti ono što je već zakonom propisano kao njena obaveza ili, kako to takođe traži podnosilac – da naloži primjenu zakona koji su prestali važiti donošenjem Zakona o odbrani iz 1996. godine, nije moguće razmatrati u okviru njegove nadležnosti iz člana VI/3.c) Ustava Bosne i Hercegovine.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj U 3/15 od 21. januara 2016. godine)*

Član 25. stav 1. tačka b) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i zabrana diskriminacije

Nije bilo kršenja prava iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u vezi s pravom iz člana 25. stav 1. tačka b) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima kada se apelant neosnovano pozvao na kršenje navedenog prava jer iz osporenih odluka ne proizlazi da je apelant u predmetnim postupcima na bilo koji način diskriminisan u odnosu na ostale poslanike Narodne skupštine Republike Srpske.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud uočava da odredba člana 25 stav 1 tačka b) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima propisuje da: „Svaki građanin treba da ima pravo i mogućnost da bez ikakvih razlika navedenih u članu 2. i bez

nerazumnih ograničenja: b) bira i bude biran pravedno provedenim, povremenim izborima sa opštim i jednakim pravom glasa i tajnim glasanjem, koji osiguravaju slobodno izražavanje volje birača.“ Ustavni sud nalazi da citirane odredbe Međunarodnog pakta propisuju da svako lice ima pravo da bira i da bude birano, odnosno da ima pristup javnim službama, te da se osigura pravo na žalbu u ostvarivanju priznatih prava. Ustavni sud nalazi da iz obrazloženja odluke Centralne izborne komisije Bosne i Hercegovine (CIK), potvrđene rješenjem Suda BiH, slijedi da pošto je apelant istovremeno obavljao funkciju poslanika u Narodnoj skupštini Republike Srpske, što je neposredno izabrana javna funkcija na koju je izabran na izborima 2014. godine, i funkciju vršioca dužnosti načelnika Odjeljenja za stambeno-komunalne poslove i zaštitu životne sredine u Gradskoj upravi grada Bijeljine, što je izvršna funkcija, a koje funkcije su nespojive u smislu relevantnih odredbi Izbornog zakona (člana 1.8. st. (4) i (6) Izbornog zakona) - mandat poslanika u Narodnoj skupštini Republike Srpske mu je prestao prije isteka vremena na koji je izabran i dodijeljen je sljedećem kvalifikovanom kandidatu. Ustavni sud smatra da su CIK i Sud BiH u okolnostima konkretnog slučaja postupili shodno odredbama Izbornog zakona, a sve da bi zaštitili izborni sistem u Bosni i Hercegovini od svih oblika zloupotreba i da su preduzete mjere bile proporcionalne cilju kojem se težilo. Prema tome, Ustavni sud nalazi da osporenim odlukama nije dovedeno u pitanje apelantovo pravo da bude biran u smislu člana 25. stav 1. tačka b) u vezi s članom 2. Međunarodnog pakta.

Ustavni sud naglašava da je član 14 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda primjenjiv u slučajevima kada postoji različito postupanje po zabranjenom osnovu prema licu ili grupi lica koja se nalaze u sličnoj situaciji u vezi s nekim pravom iz Evropske konvencije i njenih protokola, a za to različito postupanje nema objektivnog ili razumnog opravdanja. Prema tome, da bi se primijenio član 14. Evropske konvencije, pravilo, akt ili propust moraju potpadati pod djelokrug nekog materijalnog prava iz Evropske konvencije. U vezi s tim, Ustavni sud primjećuje da se apelant nije izjasnio u vezi s kojim pravom Evropske konvencije smatra da je diskriminisan, ali da iz navoda apelacije proizlazi da smatra da je diskriminisan u odnosu na pravo iz člana 25 stav 1 tačka b) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 3891/15 od 8. decembra 2015. godine)*

Pravo na život i pravo na zabranu nehumanog postupka

Uvažavajući bol i patnju srodnika nestalih lica koje su trpjeli i koje još uvijek trpe zbog gubitka svojih srodnika, a imajući u vidu ponašanje nadležnih organa vlasti, i to Instituta za nestale i Tužilaštva BiH u postupcima pronalaženja tijela srodnika i rasvjetljavanja okolnosti spornih događaja, zatim, ponašanje samih apelanata i njihov odnos i saradnju sa nadležnim organima, za Ustavni sud je sasvim dovoljno da zaključi da u odnosu na apelante iz predmetnih apelacija nije došlo do kršenja prava na život iz člana II/3.a) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 2. Evropske konvencije i prava na zabranu nehumanog postupka iz člana II/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 3. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Iz obrazloženja:

U kontekstu prigovora pojedinih apelanata da citirana Odluka broj AP 129/04 još uvijek nije u cijelosti izvršena, Ustavni sud podsjeća da je navedenom odlukom nadležnim organima vlasti, između ostalog, naloženo da bez odgađanja, a najkasnije u roku od 30 dana, u skladu sa Zakonom o nestalim licima, osiguraju operativno funkcioniranje fonda. Ustavni sud, takođe, podsjeća da je u citiranom predmetu 27. maja 2006. godine doneseno rješenje o neizvršenju odluke, kojim je utvrđeno da predmetna odluka nije u potpunosti izvršena (budući da su porodicama nestalih - apellantima u tim predmetima dostavljene dostupne i raspoložive informacije o članovima njihovih porodica koji su nestali u ratu, ali da nije osigurano operativno funkcioniranje Instituta, fonda i Centralne evidencije). Ustavni sud podsjeća da je, u međuvremenu, osigurano operativno funkcioniranje Instituta i Centralne evidencije, ali da fond još uvijek nije počeo da radi. Međutim, Ustavni sud podsjeća da je, nakon donošenja rješenja o neizvršenju Odluke Ustavnog suda broj 129/04, naknadnom provjerom utvrđeno da je citirana odluka, nakon donošenja rješenja o neizvršenju, u bitnom naknadno, ipak, izvršena.

U vezi sa nefunkcionisanjem fonda, Ustavni sud podsjeća da se Evropski sud za ljudska prava u citiranim odlukama pozabavio i tim prigovorima - ocijenivši prigovore neosnovanim. U tom kontekstu Evropski sud za ljudska prava je istakao: "Takođe, iako je tačno da isplata finansijske pomoći srodni-

cima nestalih osoba nije otpočela, jer još uvijek nije osnovan fond za nestale osobe, aplikanti nisu pokazali da bi oni imali pravo na takvu pomoć" (*Lejla Fazlić i drugi protiv BiH*, tačka 47). U tom pravcu Ustavni sud podsjeća da član 11. Zakona o nestalim licima propisuje pravo na novčanu potporu, zatim, član 12. kriterije za korištenje potpore, a član 14. propisuje uslove za prestanak prava na novčanu potporu. U takvim okolnostima, kada apelanti ni na koji način nisu predložili Ustavnom sudu niti jedan dokaz da ispunjavaju uslove za sticanje prava na novčanu potporu, u skladu sa propisanim kriterijima, Ustavni sud ni te prigovore ne može prihvatiti kao opravdane.

Podržavajući praksu Evropskog suda za ljudska prava, a imajući u vidu okolnosti konkretnih slučajeva, i to, između ostalog, ponašanje apelanata, kao i nadležnih organa vlasti, Instituta i Tužilaštva BiH, Ustavni sud ne može izvesti zaključak da su nadležni organi u konkretnim slučajevima bili pasivni i neučinkoviti, čija bi posljedica bilo kršenje prava apelanata iz člana II/3.a) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 2. Evropske konvencije i člana II/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 3. Evropske konvencije.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 1423/13 od 3. februara 2016. godine)*

Pravo na ličnu slobodu i sigurnost

Pritvor

Povrijeđeno je pravo apelanata na ličnu slobodu i sigurnost iz člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5. stav 1. tačka c) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda jer su u osporenim rješenjima izostali konkretni dokazi i razlozi o postojanju posebnih pritvorskih razloga iz člana 146. stav 1. tač. c) i d) Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, koji bi bili relevantni i dovoljni da opravdaju držanje apelanata u pritvoru.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud smatra da je bilo neophodno jasno utvrditi vanredne okolnosti i konkretizirati stvarnu prijetnju narušavanju javnog reda u slučaju puštanja apelanata na slobodu, i to posebno u fazi produženja pritvora, jer takvi (konkretni) razlozi moraju opravdati mjeru pritvora u daljnjem trajanju od dva mjeseca. Iz navedenog proizlazi da su redovni sudovi primjenu tog

zakonskog osnova prilikom produženja pritvora apelantima u suštini vezali za težinu krivičnog djela i način izvršenja djela, ne navodeći pri tome niti jedan konkretan dokaz i suštinski razlog u pogledu postojanja vanrednih okolnosti zasnovanih na stvarnoj i razumnoj opasnosti od narušavanja javnog reda koje bi nastalo puštanjem apelanata iz pritvora. Ustavni sud podsjeća na to da, ma koliko neko krivično djelo bilo teško, ono *per se* ne može opravdati pritvor iz osnova koji propisuje tačka d) člana 146. stav 1. Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“ br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 i 59/14). U tom smislu, Ustavni sud ponovo ukazuje na stav Evropskog suda za ljudska prava da težina kazne nije dokaz niti može opravdati tvrdnju da je ugrožena sigurnost i imovina građana (vidi Evropski sud, *Tomasi protiv Francuske*, presuda od 27. avgusta 1992. godine, serija A, broj 241-A, st. 90. i 91) bez drugih konkretnih dokaza ili indicija koji bi opravdali zaključak da će doći do određenih nemira, protesta, osveta ili opasnosti za javni red (vidi Evropski sud, *Kemmache protiv Francuske*, presuda od 27. novembra 1991. godine, serija A, broj 218, stav 51). Ustavni sud u obrazloženjima osporenih rješenja nije uočio takve dokaze. Kako su u osporenim rješenjima izostali konkretni dokazi i jasni razlozi da će zaista i doći do narušavanja javnog reda ukoliko apelanti budu pušteni iz pritvora, pri čemu su redovni sudovi strah od narušavanja javnog reda zasnovali na razlozima koji su nedostatni za primjenu tog pritvorskog osnova, Ustavni sud zaključuje da je povrijeđeno pravo apelanata na zakonit pritvor zagaranatovan članom 5. stav 1.c) Evropske konvencije u odnosu na postojanje posebnog pritvorskog razloga iz člana 146. stav 1. tačka d) Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine.

Konačno, u pogledu navoda apelanata da sud nije primijenio neku od blažih mjera prinude koja im je bila na raspolaganju, iako su apelanti na to ukazivali, Ustavni sud podsjeća na to da, prema praksi Evropskog suda, a što proizlazi i iz relevantnih odredaba Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, redovni sudovi trebaju najprije da razmotre izricanje blažih mjera prilikom odlučivanja o određivanju i produženju pritvora. Međutim, Ustavni sud, u vezi s tim, ističe da osim tih paušalnih navoda redovni sudovi nisu, u smislu standarda Evropskog suda za ljudska prava, ponudili konkretne razloge koji bi opravdali njihov zaključak da se mjerama zabrane ne bi mogla postići svrha zbog koje je apelantima produžen pritvor.

Imajući u vidu da je pritvor koji je apelantima određen osporenim rješenjima u međuvremenu istekao, Ustavni sud ističe da, podržavajući

praksu u predmetima koji su s konkretnog aspekta pokretali slična pitanja (vidi Ustavni sud, Odluka broj AP 2860/14 od 6. novembra 2014. godine, tačka 26), iako je utvrdio povredu prava apelantata garantovanih članom II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine i članom 5. stav 1.c) Evropske konvencije, nije bilo osnova za ukidanje osporenih rješenja. S obzirom na navedeno, Ustavni sud smatra da je dovoljno to što je ukazao na propuste redovnih sudova pri utvrđivanju mjere pritvora apelantima, naglašavajući da redovni sud pri određivanju i produženju mjere pritvora mora osigurati garancije koje su date odredbama člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine, kao i članom 5. Evropske konvencije.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 4534/15 od 17. februara 2016. godine)*

Pravo na ličnu slobodu i sigurnost

Status lica s duševnim smetnjama

U konkretnom slučaju postoji kršenje prava iz člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5. stav 1. tačka e) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, jer prilikom apelantovog smještaja i boravka u Zavodu za zbrinjavanje mentalno-invalidnih lica "Drin" Fojnica nisu poštovani suštinski proceduralni propisi i pravila Zakona o zaštiti lica s duševnim smetnjama. Takođe, postoji kršenje člana 5. stav 4. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada o apelantovom prisilnom smještaju u Zavod odluku nikada nije donio sud, niti neki drugi nezavisni organ.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud podsjeća na to da je o istom ili sličnom činjeničnom i pravnom osnovu odlučio u Odluci broj AP 2472/11 od 31. januara 2013. godine, u kojoj je razmatrao apelaciju apelantice kojoj je oduzeta poslovna sposobnost i koja je na osnovu rješenja Službe socijalne zaštite donesenog na osnovu federalnog Zakona o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice sa djecom ("Službeni glasnik FBiH" br. 36/99, 54/04, 39/06 i 14/09) i kantonalnog Zakona o socijalnoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti porodice sa djecom - Prečišćeni tekst ("Službene novine Kantona Sarajevo" broj 38/14) smještena u Zavod. Nakon te odluke slijedile su i druge

odluke (npr. AP 2440/11 od 16. maja 2013. godine i AP 2038/11 od 12. juna 2013. godine, sve odluke objavljene na www.ustavnisud.ba). U tim odlukama Ustavni sud je detaljno ukazao na kriterije koji, prema praksi Evropskog suda za ljudska prava, 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 (vidi, npr., AP 2472/11, tač. 39. i 40, te 42. i 44). Dalje, 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 apelantičinog smještaja u Zavod.

Ustavni sud zapaža da je apelant (mada inicijalno uz dobrovoljni pristanak), takođe, lišen slobode i smješten u Zavod na osnovu zahtjeva majke kao staraoca imenovanog rješenjem Opštinskog suda od 14. januara 2008. godine, pri čemu nije poštovana procedura propisana Zakonom o zaštiti lica sa duševnim smetnjama ("Službene novine FBiH" br. 37/01, 40/02, 52/11 i 14/13), te da se nalazi u Zavodu od 31. marta 2015. godine, bez ikakvog sudskog preispitivanja produženja njegovog smještaja u smislu odredaba Zakona o zaštiti lica. Stoga, Ustavni sud smatra da su stavovi koji su izneseni u navedenim odlukama Ustavnog suda i Evropskog suda za ljudska prava primjenjivi i na konkretni slučaj, pa u ovoj odluci Ustavni sud neće posebno obrazlagati kršenje prava iz člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5. stav 1.e) i stav 4. Evropske konvencije, nego se poziva na obrazloženja i razloge date u Odluci broj AP 2472/11, jer se razlozi navedeni u toj odluci mogu primijeniti i na ovu odluku.

Imajući u vidu okolnosti konkretnog predmeta, te činjenicu da je apelantov boravak u Zavodu bio znatno kraći nego u drugim predmetima u kojima je Ustavni sud ranije dosuđivao naknadu na ime nematerijalne štete, kao i dosadašnju praksu (vidi Ustavni sud, odluke o dopustivosti i meritumu br. AP 3628/13 od 22. oktobra 2013. godine i AP 3443/13 od 16. septembra 2015., dostupne na internetskoj stranici Ustavnog suda www.ustavnisud.ba), Ustavni sud smatra da je apelantu dovoljna satisfakcija nalog nadležnim organima da preduzmu aktivnosti radi osiguravanja njegovih prava koja proizlaze iz člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5. stav 1.e) i stav 4. Evropske konvencije.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 5103/15 od 3. februara 2016. godine)*

Pravo na pravično suđenje

Nepriistrasnost suda

Povrijeđeno je apelantkinjino pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda pred nepristrasnim sudom, jer je isti sudija učestvovao pred prvostepenim sudom i u žalbenom postupku u kojem je ukinuta prvostepena presuda i apelantkinjin tužbeni zahtjev odbijen.

Iz obrazloženja:

Apelantkinja u konkretnom slučaju nije dovela u pitanje subjektivnu nepristrasnost sudije tako da se Ustavni sud neće ni baviti tim pitanjem. Apelantkinja je osporila pristrasnost sudije prema objektivnom principu, jer je isti sudija prvo kao sudija pojedinac donio presudu kojom je udovoljio tužbenom zahtjevu apelantkinje, ali je povodom žalbe tužene ta presuda ukinuta i predmet vraćen prvostepenom sudu na ponovni postupak. U ponovnom postupku imenovani sudija je kao član sudskog vijeća učestvovao u postupku povodom žalbe u kojem je osporenom presudom Okružnog suda žalba tužene uvažena i prvostepena presuda, koja je donesena u ponovnom postupku, preinačena na način da je apelantkinjin tužbeni zahtjev odbijen. Što se tiče objektivne nepristrasnosti, mora se utvrditi da li se, nezavisno od ponašanja određenog sudije, mogu utvrditi činjenice koje mogu dovesti u sumnju njegovu nepristrasnost.

Međutim, pri odlučivanju da li u konkretnom slučaju postoje opravdani razlozi za bojazan da određeni sudija nije nepristrasan, apelantkinjino stanovište jeste važno, ali nije odlučujuće. Ono što je odlučujuće jeste da li se takva bojazan može objektivno opravdati (*Mežnarić*, stav 31). U vezi s tim, čak je i utisak koji sud ostavlja u javnosti od određene važnosti, odnosno pravda se ne treba samo sprovesti već se mora i vidjeti da se ona sprovodi (vidi, *Evropski sud, De Cubber protiv Belgije*, presuda od 26. oktobra 1984. godine, Serija A broj 86, stav 26). Dakle, važno je povjerenje koje sudovi moraju uživati i podsticati u javnosti u demokratskom društvu.

Ustavni sud zapaža da se u konkretnom predmetu radi o sličnom postupku u kojem je o apelantkinjinom tužbenom zahtjevu, iako je odredbom člana 357. stav 4. Zakona o parničnom postupku ("Službeni glasnik Republike Srpske" br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07 i 49/09) eksplicitno regulisano da

sudija ne može suditi ako je u istom predmetu učestvovao u donošenju odluke nižeg suda - meritorno odlučivao isti sudija u dvije faze postupka. Time se imenovani sudija "direktno bavila odlučnim pitanjima koja su relevantna za odlučivanje, odnosno meritumom predmeta". Zbog toga, Ustavni sud smatra da je činjenica da je isti sudija u istom predmetu učestvovao u prvostepenom postupku i povodom žalbe u ponovljenom postupku stvorila situaciju koja, u smislu navedenih stavova, može podstaknuti legitimne sumnje u pogledu nepristrasnosti suda i dovesti u pitanje princip nepristrasnosti suda iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 4659/12 od 22. decembra 2015. godine)*

Pravo na pravično suđenje

Princip *ne bis in idem*

Postoji kršenje apelantovog prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u odnosu na primjenu procesnog prava i odredaba Evropske konvencije u smislu principa *ne bis in idem* kada Okružni sud u krivičnom postupku koji je vođen protiv apelanta nije razriješio pitanje da li je apelant već ranije pravosnažno osuđen za isto djelo u prekršajnom postupku i pored toga što je apelant tu tvrdnju prezentirao tek u žalbenom postupku i što je dostavio nepravosnažno prekršajno rješenje.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud smatra da je, u kontekstu navedenih odredaba Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije, u okolnostima kakve su konkretne, Okružni sud bio dužan ispitati apelantovu žalbenu tvrdnju da je u prekršajnom postupku već osuđen za istovjetno djelo koje je predmet i krivičnog postupka, bez obzira na to što je taj navod apelant istakao tek u žalbenom postupku i što je dostavio prekršajno rješenje bez klauzule pravosnažnosti. S tim u vezi, Ustavni sud podsjeća i na svoju praksu u predmetu broj AP 2028/11 (vidi Ustavni sud, Odluka broj AP 2028/11 od 8. maja 2014. godine, tačka 42, dostupna na internetskoj stranici Ustavnog suda www.ustavnisud.ba) u kojoj je utvrđeno kršenje prava iz člana 4. Protokola broj 7. uz Evropsku konvenciju.

Imajući u vidu navedeno, kao i da se u konkretnom slučaju apelant nije eksplicitno pozvao na kršenje prava iz člana 4. Protokola broj 7. uz Evropsku konvenciju nego na proizvoljnu primjenu prava u smislu principa *ne bis in idem*, Ustavni sud smatra da se navedeni stav može primijeniti i na konkretan slučaj, zbog čega se Ustavni sud umjesto posebnog obrazloženja u konkretnom predmetu poziva na navedeno obrazloženje iz Odluke broj AP 2028/11. Ustavni sud smatra da su apelantovi navodi osnovani, te da je u konkretnom slučaju Okružni sud proizvoljno primijenio navedene odredbe procesnog prava i Evropske konvencije u smislu principa *ne bis in idem*, čime je prekršeno apelantovo pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 272/13 od 8. decembra 2015. godine)*

Pravo na pravično suđenje

Izvršenje presude

Povrijeđeno je pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, jer ne postoje garancije da će apelant kao imalac izvršnog sudskog naslova moći naplatiti svoja potraživanja u razumnom roku.

Iz obrazloženja:

Prema praksi Evropskog suda za ljudska prava, u slučajevima kada je presuda donesena u korist pojedinca, a protiv države, aplikant nije, u principu, dužan koristiti se sredstvima kojima se ubrzava postupak, nego je teret postupanja po takvim presudama primarno na državnim vlastima koje su dužne koristiti sva raspoloživa sredstva predviđena u domaćem pravnom sistemu u cilju ubrzanja izvršenja kako bi se spriječilo kršenje Evropske konvencije. Znači, od osobe koja je dobila presudu protiv države, ne bi trebalo ni očekivati da pokrene poseban izvršni postupak, nego bi tužene državne vlasti, kada su uredno obaviještene o presudi, morale preduzeti sve neophodne korake kako bi postupili po njoj ili je prosljediti drugom državnom organu vlasti nadležnom za izvršenje.

Ustavni sud zaključuje da odgovorni nivoi vlasti (država, entitet, kanton, odnosno grad ili opština), u okviru svojih nadležnosti, moraju predvidjeti i implementirati odgovarajuće mjere, te uvesti pravni lijek koji će osigurati istinski djelotvorno ispravljanje kršenja prava iz Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije zbog dugotrajnog propusta vlasti da izvrši sudske odluke koje su donesene protiv države, entiteta, kantona, odnosno grada ili opštine. Takve mjere i pravni lijek moraju biti u skladu sa principima iz Evropske konvencije.

U vezi s pitanjem isplate naknade na ime nematerijalne štete, u skladu s praksom Ustavnog suda, koju je apelant tražio zbog povrede svojih prava, Ustavni sud zapaža da, prema članu 74. Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud, izuzetno, može odrediti naknadu za nematerijalnu štetu na osnovu pravednosti, uzimajući u obzir standarde koji proizlaze iz prakse Ustavnog suda. Međutim, kao što je navedeno, dodjeljivanje kompenzacije zbog utvrđene povrede određenih ustavnih prava predstavlja izuzetak, a ne pravilo, pa, s obzirom na navedeno, Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju izdavanje naloga Vladi FBiH da izvrši svoje ustavne obaveze i osigura poštovanje ljudskih prava tako što će preduzeti odgovarajuće zakonske i druge mjere s ciljem da apelant i ostali povjerioci koji posjeduju izvršne sudske odluke na teret budžetskih sredstava Federacije Bosne i Hercegovine naplate svoja potraživanja u što kraćem roku - odgovarajuća satisfakcija za apelanta.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 4825/15 od 3. marta 2016. godine)*

SUDSKA PRAKSA SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

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

Dosuđivanje novčane naknade nematerijalne štete zbog povrede ugleda, časti, slobode i prava ličnosti

(Odredba člana 436. stav 1. Zakona o krivičnom postupku BiH („Službeni glasnik BiH“ broj 3/03 sa izmjenama; odredba člana 7. stav 1. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH; odredba člana 334. stav 2. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH; odredba člana 200. Zakona o obligacionim odnosima)

I z o b r a z l o ž e n j a:

Prvostepeni sud je utvrdio, a što je pravilnim ocijenio i drugostepeni sud, da je tužitelju na teret stavljeno krivično djelo genocid, da je u pritvoru proveo 1327 dana, da je prvostepenom presudom broj X-KR-06/180-2 od 22.04.2010.godine osuđen na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 31 godinu i da je pravosnažnom drugostepenom presudom broj S1 K 006124 11 Kžk od 25.01.2012.godine oslobođen od optužbe da je počinio krivično djelo koje mu je stavljeno na teret. Pravilna su zaključnja kako prvostepenog suda, tako i drugostepenog vijeća, o osnovanosti zahtjeva za naknadu nematerijalne štete. Utvrđivanjem činjenica da je tužitelj proveo u pritvoru 1327 dana i da je oslobođen od optužbe da je počinio krivično djelo genocida, ispunjeni su uslovi propisani odredbom člana 436. stav 1. Zakona o krivičnom postupku BiH („Službeni glasnik BiH“ broj 3/03 sa izmjenama) za sticanje prava na naknadu štete. U ovom revizijskom postupku sporno je da li su nižestepeni sudovi pravilno odmjerili naknadu nematerijalne štete tužitelju za duševne bolove zbog povrede časti, ugleda, slobode proizašle zbog

* sudija Suda Bosne i Hercegovine

neosnovanog pritvora, odnosno da li su pravilno utvrdili sve činjenice koje opravdavaju odbijanje zahtjeva da se tužitelju naknadi materijalna šteta u iznosu od 12.540,00 KM koja se odnosi na putne troškove putovanja članova njegove porodice iz Zvornika za Tuzlu, odnosno Istočno Sarajevo, gdje se tužitelj nalazio u pritvorskoj jedinici.

Prema ocjeni revizijskog vijeća, cijeneći navode revidenata, drugostepena presuda kojom je žalba tužitelja djelimično uvažena i prvostepena presuda preinačena u dijelu zahtjeva za naknadu nematerijalne štete na način da se tužena obavezuje da tužitelju zbog neosnovanog lišenja slobode isplati iznos pod 90.000,00 KM, donesena je uz pravilnu primjenu materijalnog prava. Takvu svoju odluku drugostepeno vijeće je opravdalo jasnim, valjanim i potpunim razlozima.

Neprihvatljiv je revizijski navod tužene da drugostepeno vijeće nije vodilo računa o ukazanim nepravilnostima u pogledu postavljenog tužbenog zahtjeva odnosno da je dosuđivanjem jedinstvene naknade nematerijalne štete prvostepeni sud prekoračio tužbeni zahtjev i postupio protivno članu 7. stav 1. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH. Naime, tačno je da je tužitelj tužbeni zahtjev za naknadu nematerijalne štete opredijelio u iznosu od 132.700,00 KM na ime lišenja slobode i iznos od 35.000,00 KM na ime pretrpljenih duševnih bolova zbog povrede časti i ugleda, te pretrpljenog straha. Pravilan je zaključak drugostepenog vijeća kada prihvata shvatanje prvostepenog suda da je tužitelj usljed neosnovanog lišenja slobode pretrpio jedinstven vid štete i za sve oblike dosudio jedinstvenu naknadu. Na taj način nije došlo do prekoračenja granice postavljenog tužbenog zahtjeva, što tužena ponovno i u reviziji naglašava, odnosno nije postupljeno protivno članu 7. stav 1. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH. O navedenom revizionom prigovoru koji je istaknut i u žalbi drugostepeno vijeće je dalo pravilno i jasno obrazloženje koje u cijelosti prihvata i revizijsko vijeće. Duševni bolovi zbog neosnovanog lišenja slobode, koje u ovom sporu potražuje tužitelj, predstavljaju jedinstven vid štete koje obuhvataju sve posljedice nematerijalne štete vezane za ličnost tužitelja proistekle iz neosnovanog lišenja slobode, te da se za ovaj vid štete dosuđuje jedan iznos naknade bez obzira kako je to tužitelj opredijelio u tužbi jer isti proističu iz neosnovanog lišenja slobode. Stoga je pravilno postupanje prvostepenog suda kada dosuđivanjem jedinstvene naknade otklanja nedostatke postavljenog tužbenog zahtjeva jer sud poznaje pravo i mora u takvim situacijama da postupa onako kako zakon nalaže, a da se to ne smatra

postupanjem protivno članu 7. stav 1. gore navedenog zakona, kako to pogrešno ističe tužena. Nesporno je da svako neosnovano lišenje slobode može dovesti do narušavanja psihičkog zdravlja iz razloga što se takvo lice prisilno odvajava od svoje porodice, uskraćena mu je sloboda kretanja, nalazi se na mjestu gdje ne bi želio da bude, kao i činjenica da sam ne može da utiče na dužinu trajanja pritvora. Duševni bolovi zbog neosnovanog lišenja slobode i pretrpljeni strah (kako tužitelj ističe strah od ishoda suđenja, strah od boravka u u pritvorskoj jedinici gdje je bilo više B. koji su ga provocirali i prijetili itd..) koje u ovom sporu tužitelj traži tužbenim zahtjevom, predstavljaju jedinstven vid štete vezane za ličnost oštećenog proistekle iz neosnovanog lišenja slobode. Za tu štetu se dosuđuje jedan iznos naknade pri čijem odmjeravanju sud uzima u obzir sve okolnosti slučaja kao što su: ugled koji je tužitelj ranije uživao u svojoj sredini, odnos sredine prema njemu poslije osude, odnosno lišenja slobode, težina i priroda krivičnog djela, vrijeme trajanja lišenja slobode, uslovi u kojima je tužitelj bio u vrijeme lišenja slobode, objavljivanje imena osumnjičenog, krivičnog djela i određivanja pritvora u dnevnoj štampi i u drugim sredstvima informisanja, intenzitet duševnih bolova u vezi sa kvalifikacijom krivičnog djela, gubitak ugleda u radnoj organizaciji i okolini, prisilno odvajanje od porodice i životne okoline

Suprotno shvatanju tužitelja, revizijsko vijeće prihvata zaključivanje drugostepenog vijeća u pogledu dosuđene visine nematerijalne štete koju je tužitelj pretrpio zbog neosnovanog lišenja slobode u iznosu od 90.000,00 KM. Navedeni dosuđeni iznos je prema shvatanju revizijskog vijeća utvrđen pravilnom ocjenom provedenih dokaza u prvostepenom postupku, a posebno ocjenom nalaza i mišljenja vještaka medicinske struke dr Z. L. Iz nalaza vještaka proizlazi, kako to pravilno ocjenjuje drugostepeno vijeće, da je tužitelj trpio duševne bolove jakog intenziteta tokom boravka u pritvoru zbog neosnovanog lišenja slobode i povrede časti i ugleda. Za vrijeme boravka u pritvoru je doživio strah jakog intenziteta zbog težine djela koja mu je stavljena na teret, zapriječene kazne dugotrajnog zatvora, te raznih provokacija i prijetnji tokom boravka u KPZ T. Vještak je takvo stanje verificovala simptomatologijom posttraumatskog stresa zbog izlaganja stresnoj situaciji, a nalaz je zasnovala na ispitivanju i pregledu tužitelja u medicinskoj ustanovi. Pravilno je od strane nižestepenih sudova prihvaćen nalaz vještaka kao objektivan i urađen po pravilima struke i nauke, te je drugostepeno vijeće ocijenilo žalbene prigovore tužene u pogledu nalaza vještaka kao neosnovane i neargumentovane. Pri tome je cijenjen i ugled koji

je tužitelj ranije uživao u svojoj sredini, odnos sredine prema njemu poslije osude, odnosno lišenja slobode, težina i priroda krivičnog djela, vrijeme trajanja lišenja slobode, uslovi u kojima je tužitelj bio u vrijeme lišenja slobode, objavljivanje imena osumnjičenog, krivičnog djela i određivanja pritvora u dnevnoj štampi i u drugim sredstvima informisanja, intenzitet duševnih bolova u vezi sa kvalifikacijom krivičnog djela, gubitak ugleda u radnoj sredini i okolini, prisilno odvajanje od porodice i životne okoline. Tužitelj nije u toku postupka dokazao da je nastupila povreda njegovog ugleda u razmjeri koja bi bila od uticaja na jačinu i intenzitet duševnih bolova nakon prestanka pritvora, što bi moglo uticati na povećanje već dosuđene naknade nematerijalne štete od strane drugostepenog vijeća. Ugled je objektivna kategorija koja se definiše kao mišljenje sredine o oštećenom i ona se ne pretpostavlja nego se dokazuje u svakom konkretnom slučaju. U prvostepenom postupku na te okolnosti tužitelj nije predložio provođenje dokaza, pa stoga nižestepeni sudovi nisu mogli sami utvrditi jačinu duševnih bolova tužitelja zbog povrede ugleda kojeg je isti uživao u sredini u kojoj živi i u kojoj je radio, odnosno radi. Revizijsko vijeće stoga i prihvata zaključak drugostepenog vijeća da dosuđena naknada nematerijalne štete u iznosu od 90.000,00 KM predstavlja pravičnu satisfakciju za pretrpljene duševne bolove zbog povrede ugleda, časti i slobode, te da je pravilno primijenjena odredba člana 200. Zakona o obligacionim odnosima. Drugostepeno vijeće je i cijeno sve gore navedene okolnosti smatrajući opravdanim da prvostepeni sud nije pravilno odmjerio visinu dosuđene naknade na ime nematerijalne štete koju je tužitelj pretrpio.

Novčana naknada nematerijalne štete nije cilj, već sredstvo kojim oštećeni zadovoljavanje potreba ne bi mogao podmiriti, olakšava sebi život i čineći ga podnošljivim, ublažava duševni bol koji podnosi. Čast, kao skup čovjekovih vrlina, predstavlja subjektivnu kategoriju koja podrazumijeva mišljenje koje pojedinac ima o sebi. Ugled je mišljenje koje ima uža ili šira sredina o jednoj ličnosti i predstavlja objektivnu kategoriju. Kod nematerijalne štete za pretrpljene duševne bolove zbog povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, šteta se zapravo ogleda u subjektivnom trpljenju sramote, povrede časti, ugleda, slobode i određenih duševnih bolova, a te činjenice treba u postupku i dokazati. Stoga su takva stanja osnov dosuđivanja naknade štete radi pribavljanja neke priyatnosti oštećenom, nekog uživanja, pogodnosti ili zadovoljštine (satisfakcije) i ukoliko je to moguće uspostavljanje ravnoteže u poremećenom subjektivnom (psihičkom) stanju

oštećenog. Dosuđeni iznos pravične naknade je srazmjeran težini i postojanju duševnih bolova koje je tužitelj pretrpio.

Nema osnova revizioni prigovor tužitelja u pogledu odbijajućeg dijela tužbenog zahtjeva koji se odnosi na naknadu materijalne štete u iznosu od 12.540,00 KM. Prema shvatanju revizijskog vijeća, drugostepeno vijeće je pravilno odbilo žalbene navode tužitelja u odnosu na ovaj vid štete i pri tome dalo jasne i pravilne zaključke koje prihvata i ovo vijeće. Naime, tužitelj potražuje štetu koja se odnosi na naknadu putnih troškova članovima njegove porodice za dolazak u pritvorske jedinice u kojima je bio smješten. Pravilno je shvatanje drugostepenog vijeća kada prihvata zaključenje prvostepenog suda da tužitelj nije aktivno legitimisan za podnošenje navedenog zahtjeva za naknadu štete koju su imali članovi njegove porodice. Iz stanja spisa proizlazi da je tužitelj proveo dokaze na okolnosti broja dolazaka oca, majke i dva brata u pritvorske jedinice u T. i I. S., te na okolnosti cijene karte javnog prevoza na relaciji Z.-I. S. Suprotno shvatanju revidenta-tužitelja, ovo vijeće smatra da tužitelj nije niti jednim provedenim dokazom potvrdio tvrdnje da je naknada plate koju je primao za vrijeme trajanja pritvora korištena u svrhu troškova prevoza članova njegove porodice, niti je dokazao u čemu se ogleda materijalna šteta preko iznosa traženog na ime prevoza.

Prema shvatanju revizijskog vijeća pravilno je drugostepeno vijeće utvrdilo visinu troškova parničnog postupka primjenom odredbe člana 334. stav 2. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH, pa revizijski navodi tužene u tom pogledu nemaju osnova. Obzirom da je u žalbenom postupku preinačena prvostepena presuda, to je i bilo opravdano preinačiti i odluku o troškovima parničnog postupka cijeneći pri tome činjenicu da je žalba tužitelja djelimično osnovana. U predmetnom slučaju, suprotno shvatanju revidenta-tužene, pravilan je stav drugostepenog vijeća da u slučaju djelimičnog uspjeha tužitelja u sporu za naknadu nematerijalne štete troškovi postupka na ime nagrade za rad advokata određuje se prema visini dosuđenog iznosa naknade. Primjena pravila o procesnom prebijanju troškova u slučaju djelimičnog uspjeha stranaka u sporu mogla bi dati nepravične rezultate u parnicama za naknadu nematerijalne štete, jer cilj naknade nematerijalne štete nije restitucija i izjednačavanje štete i naknade već satisfakcija, zadovoljenje i ublažavanje bolova i patnje i zavisi od okolnosti slučaja, a odmjerava se (najčešće) prema slobodnoj ocjeni i njena visina nije poznata ni sudu u momentu podnošenja tužbe. Troškovi postupka su detaljno pobrojani u obrazloženju drugostepene presude, te po ocjeni revizijskog

vijeća pravilno odmjereni, tako da ukupni troškovi parničnog postupka iznose od 5.5396,00 KM primjenom odredbe člana 334. stav 2. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH. Pri tome na visinu naknade troškova prvostepenog postupka nije uticala činjenica da je tužitelj odbijen sa zahtjevom za naknadu materijalne štete, budući da je ista neznatna u odnosu na usvojeni tužbeni zahtjev i da povodom tog zahtjeva nisu nastali posebni troškovi.

(Iz obrazloženja presude apelacionog upravnog vijeća Suda Bosne i Hercegovine, broj: S1 3 P 011343 15 Rev od 15.01.2016. godine)

SUDSKA PRAKSA USTAVNOG SUDA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

Pripremio: **Sead Bahtijarević***

Zahtjev grupe izaslanika Doma naroda Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine za rješavanje spora sa Domom naroda Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine.

Utvrđuje se da je 4. izvanredna sjednica Doma naroda Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine od 30.07.2015. godine u dijelu odlučivanja po točki 2. Dnevnog reda – Prijedlog zakona o radu, održana u suprotnosti sa Poslovníkom Doma naroda Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine", br. 27/03 i 21/09), a time i s Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine, čime su povrijeđena ustavna prava grupe izaslanika Doma naroda Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine.

Sukladno sa točkom 1. izreke ove presude, Zakon o radu ("Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine", broj. 62/15) je donijet suprotno Poslovníku Doma naroda Federacije Bosne i Hercegovine i Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine, te se vraća u fazu predlaganja tog zakona u Dom naroda Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine, s tim da se poslovnički rokovi imaju računati počev od dana objavljivanja ove presude u "Službenim novinama Federacije BiH".

Iz obrazloženja:

Dana 27.10.2015. godine Ustavnom sudu Federacije Bosne i Hercegovine dostavljen je podnesak označen kao: "Ustavni spor Doma naroda Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine BiH". Kao pokretač spora su navedeni izaslanici u Domu naroda Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine.

Pravni osnov je označen u smislu članka IV.C.3.10.(1) f) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine i članka 33. Zakona o postupku pred Ustavnim

** sudac Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine u mirovini*

sudom Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", br. 6/95 i 37/03), dok su kao povrijeđene odredbe Ustava Federacije Bosne i Hercegovine označeni čl. IV.A.11., II.A.2 stavak 1. točka 2b.), nadalje druga alineja Preambule Ustava Bosne i Hercegovine, princip demokracije, a sve navedeno u svezi sa odredbama čl. 173., 174. i 177. Poslovnika o radu Doma naroda Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine.

Istaknuta je tvrdnja da, da bi se jedan zakon smatrao demokratski usvojenim mora biti poštovana procedura, koja omogućava da svaki izaslanik iskoristi svoja prava učestvovanja u radu organa bez obzira kojoj političkoj stranci pripada, te da li je pripadnik pozicije ili opozicije. Korištenje osnovnih odredbi Poslovnika zakonodavnog doma Parlamenta, koje za posljedicu ima da zastupnici ne mogu efektivno učestvovati u njegovom radu, čime se onemogućavaju da djeluju, oduzima osnovni element demokratski usvojenog zakona. Suština Zahtjeva se tiče odnosa unutar Doma naroda između opozicionih i pozicionih stranaka, te ugrožavanja osnovnih demokratskih prava zastupnika tog Doma da prilikom usvajanja Zakona o radu nisu mogli sudjelovati u demokratskoj proceduri. Konkretno, zastupnicima Doma naroda je onemogućeno da imaju pravo predlagati amandmane. Zbog kršenja Poslovnika u odnosu na postupak predlaganja amandmana i Prijedlog Zakona o radu se razmatrao u znatno kraćem roku od roka koji je propisan tim Poslovníkom.

U odnosu na činjenične navode taksativno je navedeno da je Predsjedateljica Doma naroda 27.7.2015. godine uputila zastupnicima poziv za 4. izvanrednu sjednicu zakazanu za 30.7.2015. godine u 11 sati. U prijedlog dnevnog reda sjednice uvršten je Prijedlog Zakona o radu, a posebice naglašavaju da je taj Prijedlog predložen za razmatranje u redovitoj proceduri. S obzirom na takav rok, evidentno je da izaslanici Doma naroda nisu imali mogućnost podnošenja amandmana. Poslovníkom je propisano da se amandmani na zakon koji se razmatra u redovitoj proceduri mogu podnijeti najkasnije 3 dana prije održavanja sjednice.

Zakon o radu je na sjednici od 30.7.2015. godine razmatran i usvojen bez izvješća nadležnih radnih tijela iz članka 174. Poslovnika.

O svim ovim činjenicama je rukovodstvo Doma naroda upozoravano na sjednici, pa kako upozorenja nisu uvažena, izaslanici iz opozicionih stranaka napustili su zasjedanje Doma naroda. Nakon toga sjednica je nastavljena i Prijedlog zakona o radu je usvojen.

Osim ponovnog ukazivanja na naprijed navedeno, podnositelj Zahtjeva posebice naglašava odredbu članka 173. Poslovnika, kojim je propisano da se

o prijedlogu zakona može raspravljati na sjednici Doma naroda po isteku roka od 10 dana od dana dostave izaslanicima. Prijedlog Zakona o radu je dostavljen elektronskom poštom 24.7.2015. godine (6 dana prije održavanja sjednice). Stoga smatraju da Prijedlog Zakona o radu nije mogao biti na dnevnom redu sjednice od 30.7.2015. godine.

Nadalje, pozivaju se na članak 177. Poslovnika, kojim se propisuje rok koji ne može biti kraći od 3 dana od dana određenog za održavanje sjednice na kojoj će se raspravljati prijedlog zakona za amandmanske intervencije.

Apostrofiran je članak 174. Poslovnika, kojim se propisuje da prijedloge zakona prethodno razmatra Zakonodavno-pravno povjerenstvo i nadležno radno tijelo. Zakon o radu je razmatran i usvojen bez izviješća nadležnih radnih tijela.

Podnositelj Zahtjeva ukazuje na značaj Zakona o radu, ističući da je u pitanju jedan od ključnih propisa kojim se manifestira socijalna politika kao isključiva nadležnost Federacije Bosne i Hercegovine. Njime se uređuju pitanja ostvarivanja prava na rad kao temeljnog ljudskog prava, uključujući zaključivanje ugovora o radu, trajanje i prestanak radnog odnosa, plaće, ugovaranje kolektivnih radnih prava itd. Samim tim je jasno da se uređuju i osiguravaju garantirana prava i slobode, kao što je osnivanje i rad sindikata, sloboda na rad i dr. Zakonom o radu se osiguravaju i štite Ustavom zaštićena prava koja se tiču zabrane diskriminacije, socijalna i zdravstvena zaštita iz radnog odnosa, čime se svrstava u jedan od najvažnijih zakonskih propisa u svakoj državi. On se odnosi na veliki i neograničen broj ljudi, te o jednom ovako važnom zakonu je nužno da u donošenju učestvuju svi zastupnici putem rasprave i amandmanskim djelovanjem, kako bi tekst bio što kvalitetniji, inkorporirajući standarde zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Podnositelj Zahtjeva ne osporava potrebu da se radno zakonodavstvo modernizira, sukladno sa novim društvenim i ekonomskim prilikama, jer se radi o pitanjima od općeg društvenog interesa. Međutim, s obzirom na značaj tih pitanja, namjera da se Zakon o radu pod različitim pritiscima na Vladu Federacije Bosne i Hercegovine donese što prije, bez poštivanja minimalne poslovničke i opće demokratske procedure, ne znači da su stranke pozicije mogle ograničiti prava drugih zastupnika da aktivno učestvuju u donošenju ovako značajnog zakonskog propisa.

Podnositelj Zahtjeva ukazuje na povrede Ustava i to kršenje članaka IV.A.3.11. (oba Doma moraju raditi javno sukladno sa Poslovnicama i donositi zakone u "razumnom roku"), te članak II./A.2. stav 1. točka 2b) (ugrožavanje

političkog prava učestvovanja u demokratskim procedurama usvajanja jednog zakona).

Smatraju da se samim tim ne može više govoriti da Parlament Federacije Bosne i Hercegovine radi kao "demokratska institucija" i u smislu Preambule Ustava Bosne i Hercegovine. Ukazuje se i na Presudu ovog suda broj: U-19/12 od 28.08.2012. godine ("Službene novine Federacije BiH", broj: 93/12), u pogledu statusa poslovnika federalnih organa vlasti.

Podnositelj Zahtjeva je predložio da Ustavni sud usvoji Zahtjev kao utemeljen. Da primjenom članka 34. Zakona o postupku pred Ustavnim sudom Federacije Bosne i Hercegovine utvrdi da je podnositeljima Zahtjeva povrijeđeno pravo efektivnog učestvovanja u zakonodavnom postupku sukladno sa odredbama čl. 173., 174. i 177. Poslovnika, tj. člankom II/A.2. stavak 1. točka 2b) Ustava. Da stavi van snage usvojeni Zakon o radu i naredi Domu naroda da Prijedlog Zakona o radu stavi u zakonodavnu proceduru sukladno sa relevantnim propisima.

Dom naroda dostavio je odgovor na Zahtjev u kom je isti u cijelosti osporen.

Dom naroda je osporio aktivnu legitimaciju podnositelja Zahtjeva za pokretanje ovog spora pred Ustavnim sudom, jer ne predstavljaju jednu trećinu izaslanika u Domu naroda. U pitanju je grupa od 17 izaslanika, označenih kao "opozicione stranke" i ne predstavljaju organizacioni oblik tog Doma, koji je organiziran po Klubovima naroda.

Odgovor se pretežitim dijelom upravo zasniva na argumentaciji kojom se osporava legitimitet za pokretanje spora i osnovni prijedlog je da Ustavni sud odbaci Zahtjev.

U materijalnopravnom smislu u Odgovoru je navedeno da se ovdje ne radi o grubom kršenju Poslovnika, te konkretizirano po pojedinim poslovničkim odredbama i to:

- Činjenično se navodi da je sukladno sa praksom Stručne službe Doma naroda Zakon dana 24.07.2015. godine objavljen na web stranici tog Doma, čime je postao dostupan svima, a ne samo izaslanicima, a u isto vrijeme (u 9,45 h), je putem elektronske pošte distribuiran izaslanicima, te su ga dobili šest dana prije zakazivanja sjednice Doma. Na taj način je poštovan članak 16. Poslovnika, koji navodi da se "materijal za sjednicu Doma naroda i njegovih radnih tijela, kao i materijali namijenjeni za informiranje izaslanika dostavljaju se u pravilu deset (10) dana prije održavanja sjednice". Odrednicom "u pravilu" smatraju da je ostavljena mogućnost sazivanja sjednice i u kraćem roku, što je višegodišnja praksa Doma naroda.

- Predsjedateljica Doma naroda je zakazala izvanrednu sjednicu sukladno sa člankom 86. stavak 5. Poslovnika, sa prijedlogom dnevnog reda i Zakonom o radu, koji je dostavljen 27.7.2015. godine. Na samom početku je izaslanik Slaviša Šućur u ime Kluba srpskog naroda zatražio da se prijedlog tog zakona skine sa dnevnog reda, što je zahtijevala i izaslanica Lejla Imamović. Navedena lica su i potpisnici ovog Zahtjeva. O tome se glasovalo i prijedlog nije dobio potrebnu većinu (20 za; 23 protiv; 7 suzdržanih). Nakon toga se pristupilo glasovanju za dnevni red, a kada je usvojen, podnositelji zahtjeva su napustili sjednicu.

U odnosu na amandmanske procedure, smatraju da je bitno naglasiti da se o Prijedlogu Zakona o radu raspravljalo na Kolegiju Doma naroda, a da nadležna radna tijela nisu mogla razmatrati predloženi zakon, jer u to vrijeme nisu bila ni formirana. Zbog toga je Premijer Vlade Federacije Bosne i Hercegovine i ostavio mogućnost ulaganja amandmana, a uložene amandmane Vlada Federacije Bosne i Hercegovine je razmotrila i prihvatila 9 amandmana, od kojih i četiri koje je predložio izaslanik Predrag Kojović, koji je jedan od potpisnika Zahtjeva. Ovim smatraju da je osporena tvrdnja iz Zahtjeva o uskraćivanju "političkih" prava pokretačima ovog spora.

- Nadalje obrazlažu pojam "razumnog roka", koji je u funkciji sprječavanja eventualne opstrukcije u donošenju zakona, a nije povezan za nekom povredom.

- Konačno, smatraju da je važno napomenuti kako je za izvorno tumačenje Poslovnika mjerodavan Dom naroda, te kako se donosi natpolovičnom većinom, pa predstavlja većinski izraženu političku volju za izglasavanje zakona u konkretno propisanoj proceduri za ovaj zakon, što čini apsurdnim isticanje eventualnih proceduralnih manjkavosti koje su eventualno prethodile samom izglasavanju Zakona. Predlažu da Ustavni sud utvrdi da prilikom usvajanja Zakona o radu nije povrijeđena procedura propisana Ustavom i Poslovníkom, pa da se Zahtjev 17 izaslanika odbije kao neosnovan.

Ustavni sud je po pitanju aktivne legitimacije za podnošenje Zahtjeva održao konzultativni sastanak dana 12.1.2016. godine, te utvrdio da je podnositelj Zahtjeva oličen u grupi od 17 izaslanika u Domu naroda legitimiran za podnošenje Zahtjeva. Osnovni prigovor iz Odgovora je bio upravo u pravcu prijedloga da se Zahtjev odbaci, jer, kako navodi Dom naroda, kao prvo, "nije podniet od strane jedne trećine izaslanika", a, kao drugo, da grupa od 17 izaslanika - opozicione stranke ne predstavlja organizacioni dio tog Doma, koji je strukturiran po klubovima naroda, a koji bi mogao biti ovlašten za pokretanje postupka.

U odnosu na ovaj prvi navod, očigledno je da Dom naroda u konkretnom slučaju ne prepoznaje razliku između postupka za utvrđivanje ustavnosti, propisanog u smislu ovlaštenja za pokretanje i predmeta postupka za utvrđivanje, odnosno ocjenu ustavnosti, usklađenosti općih pravnih akata sa Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine. Ova vrsta postupka je propisana člankom IV.C.3.10. (2) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine. U ovom slučaju se, pak, radi i potpuno drugom postupku, postupku za rješavanje spora, koji se pokreće po osnovu članka IV.C.3.10.(1) f) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, gdje kvalificirana većina od jedne trećine zastupnika, odnosno izaslanika nema nikakvu ulogu, nego se ovlaštenje za pokretanje crpi iz navedene ustavne odredbe, te procesnog zakona i to na način kako slijedi:

Naime, kako je već ustanovljeno praksom Ustavnog suda (Presuda broj: U-19/12 od 28.8.2012. godine), a bazirajući se prvenstveno na osnovnoj funkciji Ustavnog suda kako je definirano člankom IV.C.3.10 (1) Ustava, a to je rješavanje sporova između različitih razina vlasti u Federaciji Bosne i Hercegovine i između ili unutar institucija federalne vlasti, u ovom posljednjem slučaju se radi o preispitivanju nekog odnosa (radnje ili akta) koji je izvor spora o nadležnostima i opsegu prava i obveza koje imaju dužnosnici unutar institucija federalne vlasti, njenog organizacionog ili drugog oblika (primjer organa upravne vlasti) ili između institucija federalne vlasti. Sva navedena lica, uključujući zastupnike oba doma Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine, ukoliko imaju stvarni pravni interes za koji smatraju da im je nekom radnjom ili aktom (pojedinačnim ili općim, zakonom ili drugim propisom) povrijeđen od strane institucije ili nekog njenog organizacionog oblika, a može se dovesti u svezu sa njihovim ustavnim pravima i obvezama, ovlaštena su za pokretanje spora pred Ustavnim sudom, posebno u situacijama ako ne postoje neki drugi sudski organi nadležni za rješavanje spornog odnosa. U konkretnom slučaju su ostvarene sve ustavne, zakonske i praksom Ustavnog suda ustanovljene pretpostavke koje određeno lice čine strankom u postupku, aktivno legitimiranom za podnošenje ovakvog zahtjeva.

Niti u jednom momentu za Ustavni sud nije bilo, niti jeste relevantno kojim strankama pripadaju izaslanici koji su pokrenuli ovaj spor, da li opozicionim ili vladajućim, jer je ovdje u fokusu ustavno pravo, odnosno prava i dužnosti svakog pojedinog izaslanika, člana Doma naroda, a potpuno je irelevantno kojoj političkoj opciji ili statusu ("poziciji" ili "opoziciji") pripada. U tom pravcu je točna konstatacija iz Odgovora da "opozicione stranke" ne predstavljaju organizacioni oblik tog Doma, ali su ovdje spor pokrenuli konkretni

izaslanici, grupa od njih 17, kako su i označeni u Presudi Ustavnog suda, bez navođenja bilo kakve druge odrednice, izuzev njihovog izaslaničkog statusa.

Ustavni sud smatra da je nužno ponovo ukazati na odnos poslovnčkih odredbi organa federalne vlasti i Ustava na način kako je to već utvrđeno naprijed navedenom presudom Ustavnog suda.

Naime, u konkretnom slučaju, relevantna odredba članka IV.A.3.11. Ustava propisuje da će svaki dom većinom glasova usvojiti svoj poslovnik o radu i izabrati među svojim članovima predsjedatelja i dva potpredsjedatelja koji ne mogu biti iz reda istog konstitutivnog naroda ili iz reda ostalih. Poslovnici domova Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine, dakle i Doma naroda u konkretnom slučaju, a koji predstavljaju zakonodavnu vlast u Federaciji Bosne i Hercegovine, u suštini se bave organizacijom i propisuju procedure rada zakonodavnog tijela, da bi ono moglo vršiti Ustavom mu povjerenu funkciju. Osim što kao i svaki opći pravni akt ima obvezujući karakter, evidentna je uska i nedvojbeno veza sa ustavnim odredbama koje definiraju strukturu federalne vlasti, u ovom slučaju zakonodavne, te način ostvarivanja Ustavom povjerenih nadležnosti. Stoga, eventualno postupanje (radnjama ili aktima) organa vlasti u Federaciji Bosne i Hercegovine suprotno propisanim i usvojenim procedurama, nedvojbeno posljedično dovodi i do kršenja Ustava, čime se stiče osnovni uvjet da se takva vrsta pitanja pokrenu i razriješe pred Ustavnim sudom.

Stoga nisu prihvatljivi navodi iz Odgovora koji posredno upućuju na pitanje nadležnosti Ustavnog suda navodima da je izvorno tumačenje Poslovnika u nadležnosti tog Doma, te se prema tome ne može ni postaviti pitanje spora u odnosu na poslovničke odredbe.

Činjenično stanje i stav Ustavnog suda

Općepoznata je činjenica da je u nacrtu materija radnog zakonodavstva obrađivana više puta, počev još od 2012. godine, da je po više verzija nacrtu zakona raspravljao i raniji saziv kako Doma naroda, tako ga obrađivao i ovlaštenu predlagač, Vlada Federacije Bosne i Hercegovine, što govori da su različita zakonska rješenja bila predmetom analiza i diskusija. Svakako, ovakav fundamentalni zakonski projekt zahtijeva duboku i promišljeniju analizu, da bi se o konačnom Prijedlogu Zakona o radu moglo glasovati, odnosno pristupiti njegovom usvajanju.

Ustavni sud smatra da nije nužno da detaljno elaborira značaj materije koju obrađuje Zakon o radu. Dovoljno je navesti da je u pitanju jedan od

fundamentalnih zakona kojim se reguliraju sva pitanja radnih odnosa, sindikalnog uključivanja i osnovna pitanja zakonitog reguliranja kolektivnih ugovora, koja rješenja se indirektno tiču svih građana, a ne samo zaposlenih u Federaciji Bosne i Hercegovine. Stoga donošenje kvalitetnog i proceduralno usuglašenog zakona iz ove oblasti, uz puno poštivanje svih učesnika u tom procesu, a naročito izaslanika u zakonodavnom tijelu na kojima leži konačna odgovornost za kvalitetu i provodljivost zakona, te njegovog usuglašavanja sa dobrim praksama i standardima nužnim za proces integracije našeg društva u razvijeni svijet država članica Europske unije, pretpostavlja puno i striktno poštivanje procedura propisanih poslovničkim odredbama zakonodavnog tijela. Imperativ takvog postupanja nije formalan, još manje formalistički. Nužnost je da se svi zakoni i odluke moraju donositi i usvojiti uz striktno poštivanje procedura koje su uspostavljene i propisane upravo da bi izaslanici, konkretno ovdje Doma naroda, imali mogućnost kvalitetnog sagledavanja predloženih zakonskih rješenja i mogućnost intervencije u smislu ulaganja amandmana na predložena zakonska rješenja. To svakako podrazumijeva uvažavanje barem minimalno propisanog vremena, odnosno poslovničkih rokova za poduzimanje radnji u procesu donošenja akata Doma naroda, počev od dostavljanja Prijedloga Zakona o radu, zakazivanja sjednice, dostavljanja poziva, prethodnog razmatranja Prijedloga Zakona i dr., što je sve precizno i jasno definirano u Poslovniku Doma naroda.

Ustavni sud smatra da je nužno da istakne da se u ovom postupku, koji je postupak za rješavanje spora unutar Doma naroda, nije upuštao u sadržaj odredbi Zakona o radu, dakle, u materijalnopравnu prirodu ovog zakonskog teksta, jer to i nije i ne može biti predmet ovog konkretnog postupka. Eventualni zahtjev u tom pravcu se može postaviti od strane ovlaštenih podnositelja zahtjeva za utvrđivanje, ocjenu ustavnosti pojedinih odredbi ili čak cijelog teksta zakona.

Također, napominjemo da je Ustavni sud u točki 6. i 7. obrazloženja Presude već detaljno iznio razloge i stav u pogledu neprihvatanja prigovora proceduralne prirode koji su istaknuti u Odgovoru, koji su navedeni u točki 4.1. i 4.2. (posljednja alineja) obrazloženja Presude.

Dakle, prigovor podnositelja Zahtjeva koji suštinski ide u pravcu kršenja procedura u postupku usvajanja zakona, zahtijeva da se pažljivo analizira način donošenja ovog zakona u svjetlu poštivanja poslovničkih odredbi. U fokusu analiziranja su procedure vezano za točku Dnevnog reda sjednice Doma naroda na kojoj je usvojen Zakon o radu.

Ustavni sud je u tom pravcu analizirao dostavljenu dokumentaciju i to od strane podnosioca Zahtjeva: Prijedlog Zakona o radu sa ugrađenim amandmanima Vlade Federacije Bosne i Hercegovine broj: 03/05-02-847/2011, koji je utvrdila Vlada Federacije Bosne i Hercegovine na 9. žurnoj sjednici od 30.7.2015. godine; poziv za 4. izvanrednu sjednicu Doma naroda broj: 02-02-7-1071/15 od 27.7.2015. godine, uz kopije izvoda iz elektronske pošte istog poziva upućenog dana 27.5.2015. godine i dostavljanja Prijedloga Zakona o radu od 24.7.2015. godine, te transkripta 4. izvanredne sjednice Doma naroda održane 30.7.2015. godine, kao i od strane Doma naroda i to: kopije izvoda iz elektronske pošte za dostavljanje Prijedloga zakona o radu izaslancima Doma naroda od 24.7.2015. godine, poziva za 4. izvanrednu sjednicu poslanog 27.7.2015. godine, kopiju dopisa i podneska Vlade Federacije Bosne i Hercegovine broj: 03/05-02-847/2011. od 23.7.2015. godine kojim se na ruke predsjedavajućih oba doma Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine dostavlja na razmatranje i usvajanje Prijedlog zakona o radu utvrđen na sjednici Vlade Federacije BiH na 16. sjednici održanoj istog dana, dakle 23.7.2015. godine, amandmani kluba Hrvata i četiri amandmana Naše stranke koje je prihvatio predlagač zakona, te također transkript sa sjednice Doma naroda.

Dana 11.2.1016. godine ovom Sudu od strane Vlade Federacije Bosne i Hercegovine dostavljen je podnesak označen kao Informacija o postupku donošenja Zakona o radu, sa priložima i to: akt Vlade Federacije Bosne i Hercegovine broj: 03/05-02-847/2011 od 23.7.2015. godine kojim se Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine na ruke predsjedavajućih oba doma dostavlja Prijedlog Zakona o radu; ponovno kopija poziva za 4. vanrednu sjednicu Doma naroda, akt Vlade Federacije Bosne i Hercegovine od 30.7.2015. godine kojim se na ruke predsjedavajućeg Doma naroda dostavlja Prijedlog Zakona o radu sa ugrađenim amandmanima, kao i akt kojim se Prijedlog Zakona dostavlja istog dana i Predstavničkom domu putem predsjedavajućeg tog doma, te tekstovi Amandmana usvojeni na žurnoj sjednici Vlade Federacije Bosne i Hercegovine na sjednicama od 30.7.2015. i 31.7.2015. godine.

Nadalje je potrebno navesti da je Premijer Vlade Federacije Bosne i Hercegovine dostavio Ustavnom sudu podnesak označen kao Informacija o postupku donošenja Zakona o radu broj: 01-02-232/16 od 10.2.2016 godine (u daljnjem tekstu: Informacija). U Informaciji se izjašnjavaju povodom zahtjeva za ocjenu ustavnosti grupe zastupnika Predstavničkog doma Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine, no kako u pogledu donošenja osporenog zakona nije pokrenut takav postupak od strane tako označenog podnosioca, osnovano je zaključiti da se Informacija odnosi na ovaj ustavnosudski spor.

U njoj se navodi da opravdano smatraju iz dostavljenih dokaza da su tvrdnje grupe zastupnika iz Predstavničkog doma netočne, neutemeljene i ničim argumentirane, a to se obrazlaže navodima koji suštinski potvrđuju činjenično stanje kako je već utvrđeno, dakle o datumu slanja Prijedloga zakona o radu, zatim utvrđivanja i ugradnji amandmana na sjednicama Vlade Federacije Bosne i Hercegovine i dostavljanje teksta na ruke predsjedavajućih domova Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine.

Navodi iz Informacije ne predstavljaju nove činjenice i dokaze koji bi mogli utjecati na drugačiju odluku Ustavnog suda u ovom predmetu.

Analizom navedene dokumentacije, kao pismenih navoda stranaka u ovom postupku, Ustavni sud je utvrdio činjenično stanje i direktno ga povezo sa relevantnim poslovničkim odredbama, kako slijedi:

Iz poziva za 4. vanrednu sjednicu je utvrđeno da je on datiran 27.7. 2015. godine, dakle tri dana prije datuma zakazivanja sjednice, za 30.7.2015. godine. Predloženi Dnevni red je uključivao, između ostalog, tri zakona po žurnom postupku (toč. 3., 4. i 5. Dnevnog reda), te pod točkom 1. Reformsku agendu za Bosnu i Hercegovinu za period 2015- 2018. godine i pod točkom 2. Prijedlog zakona o radu.

Relevantna poslovnička odredba na koju se pozvao predsjedavajući Doma naroda kao potpisnik poziva (članak 86. stavak 5. Poslovnika) propisuje mogućnost da se sjednica Doma naroda zakaže i u ovom roku, u izuzetnim okolnostima. Redovito se pozivi za sjednice dostavljaju sukladno sa stavkom 4. citirane odredbe Poslovnika, tj. 10 dana prije dana određenog za sazivanje sjednice. Ovaj izuzetak, kako je bilo u konkretnom slučaju, svakako podrazumijeva da onaj ko saziva i ko je ovlašten za to treba i mora iznijeti razloge za sazivanje izvanredne sjednice u ovako kratkom roku, te navesti i obrazložiti postojanje izuzetnih okolnosti koje zahtijevaju izvanredno postupanje ovog zakonodavnog tijela. Iz transkripta sa 4. žurne sjednice nije vidljivo da je dato bilo kakvo, čak i da isključimo odrednicu "relevantno", obrazloženje u tom pravcu.

Prijedlog Zakona o radu, kao radni materijal je elektronskim putem dostavljen izaslanicima dana 24.7.2015., šest dana prije zakazanog datuma ove 4. izvanredne sjednice, a također i postavljen na web stranici Doma naroda. Na ovakav zaključak upućuju izvodi iz elektronske pošte. Članak 173. Poslovnika precizno propisuje da se prijedlog zakona može pretresati na Domu naroda po isteku roka od 10 dana od dana dostavljanja delegatima.

Na taj način Poslovnik logično vezuje isti rok od 10 dana i za slanje poziva i za dostavljanje zakona koji su predmetom pretresanja, raspravljanja.

Samo izuzetno se propisuje mogućnost pozivanja (napominjemo da su to dvije odvojene radnje) u izuzetnim slučajevima, kako je već obrazloženo u točki 10.1. ove Presude. Dom naroda je sam donio Poslovnik i procijenio, u skladu sa svojim ovlastima, da je 10 dana praktično najkraći primjeren rok koji omogućava da izaslanici kvalitetno obavljaju svoje izaslaničke dužnosti. Prava i dužnosti izaslanika su u tom smislu detaljno propisana u cijelom poglavlju II Poslovnika, odredbama od 8. do 19.

Ustavni sud ne može prihvatiti argumentaciju Doma naroda, pri čemu se pozivaju na ustaljenu praksu i članak 16. Poslovnika sa odrednicom “u pravilu”, jer se posebnim odredbama Poslovnika (a citirana odrednica iz članka 16. Poslovnika se odnosi na poglavlje općih prava i dužnosti izaslanika) koje su relevantne u ovom slučaju (detaljno propisana procedura za usvajanje zakona) precizira da se zakoni ne mogu pretresati na sjednici Doma naroda prije isteka roka od 10 dana. Pojam “materijali” za sjednicu (članak 16. Poslovnika) uključuje mnogo toga, različite informacije, odluke i slično, u kojem slučaju se može tolerirati da rok za dostavu može biti kraći od 10 dana, iako je i tu propisan u pravilu desetodnevni rok.

Za pretresanje, razmatranje i usvajanje zakona je, dakle, isključivo relevantna poslovnička procedura propisana za postupak donošenja zakona, te je članak 173. Poslovnika evidentno prekršen.

Iz transkripta sa 4. izvanredne sjednice Doma naroda je utvrđeno da je dana 30.07.2015. godine održana sjednica Doma naroda na kojoj je stavljen na glasanje Prijedlog dnevnog reda, te su kao prethodna pitanja za razmatranje po žurnom postupku predloženi Prijedlog Zakona o izmjeni Zakona o poštanskom prometu Federacije Bosne i Hercegovine, Prijedlog Zakona o izmjenama Zakona o pomilovanju i Prijedlog Zakona o stranim ulaganjima, koji su i usvojeni bez primjedbi od strane izaslanika.

Dakle, Prijedlog Zakona o radu nije bio predviđen za donošenje po žurnom postupku, nego po redovitom, na što ukazuju i podnositelji Zahtjeva. Ustavni sud napominje da Poslovnik striktno propisuje različite procedure i rokove za redovit postupak (IX.2.f), čl. 171.-176.) i donošenje zakona po žurnom postupku (IX.2. h), čl.186-191.). Na ovu činjenicu se Dom naroda uopće ne osvrće, niti daje bilo kakvo obrazloženje i tumačenje u Odgovoru.

Nakon toga, tok sjednice je takav da, povodom sporne točke dnevnog reda koja se odnosi na Prijedlog Zakona o radu, pojedini izaslanici su reagirali tražeći da se skine sa dnevnog reda i da im se omogući razumnih 10 do 15 dana da bi mogli da djeluju sukladno sa vlastitim delegatskim obvezama i

dužnostima. Pritom su ukazivali na povrede procedura, između ostalih nemogućnost da pravovremeno ulože pismene amandmane, što je regulirano člankom 177. Poslovnika, kao i da Prijedlog Zakona nije prethodno razmatralo Zakonodavno-pravno povjerenstvo, što je propisano odredbama članka 174. Poslovnika.

U odnosu na amandmansku proceduru, propisano je da se amandmani podnose u pismenom obliku sa obrazloženjem (stavak 1. naprijed citiranog članka) i to na ruke predsjedatelja Doma naroda u roku ne kraćem od tri dana od dana određenog za održavanje sjednice (stavak 3. istog članka), dok podnositelj prijedloga zakona (u ovom slučaju Vlada Federacije Bosne i Hercegovine) može podnositi amandmane do završetka pretresa o prijedlogu zakona. Činjenično je utvrđeno da je poziv upućen tri dana prije dana zakazivanja sjednice (27.7.2015.), a sjednica zakazana i održana 30.7.2015. godine. Kako se po općim pravnim pravilima svi rokovi imaju računati od narednog dana od dana kada je primljen neki akt (konkretno u ovom slučaju poziv), to izaslanici nisu ni imali poslovničku mogućnost da amandmanski pismeno interveniraju. Stoga nije relevantno to da su pojedini izaslanici amandmanski intervenirali na samoj sjednici. Posebno nije od značaja da su neki članovi stranke čiji su amandmani usvojeni istovremeno i potpisnici ovog Zahtjeva. Ustavni sud smatra da se svakom izaslaniku ponaosob mora omogućiti da u punom kapacitetu obavlja svoju dužnost, a da bi se to moglo, striktno je propisana procedura, naročito u odnosu na pretresanje, razmatranje i usvajanje najviših pravnih akata poslije Ustava, a to su zakoni, kojima se uređuju i propisuju najsloženija pitanja funkcioniranja svih oblasti društva.

Članak 174. Poslovnika Doma naroda propisuje da prijedlog zakona prethodno razmatra Zakonodavno-pravno povjerenstvo i nadležno radno tijelo. Odgovor (točka 4.2. alineja dva iz obrazloženja) da u vrijeme održavanja ove sjednice radna tijela nisu formirana, ne samo da nije relevantan, nego ozbiljno dovodi u pitanje zakonodavnu aktivnost Doma naroda u tom periodu.

Nakon što njihova intervencija nije uspjela, dio izaslanika je napustio sjednicu Doma naroda, a usvojen je predloženi Dnevni red uključujući točke 1. i 2. (dakle i usvajanje Zakona o radu). Nakon diskusija i promptno prihvaćenih amandmanskih intervencija (citat na strani 7/3 AS iz kojeg je vidljivo da se Premijer Federacije Bosne i Hercegovine odmah, na sjednici Doma naroda, a prije hitne sjednice Vlade Federacije Bosne i Hercegovine i utvrđivanja Prijedloga Zakona o radu sa amandmanima, usmeno izjasnio da su ("nam razne stranke je li mislim ponudili, klubovi naroda pardon, klubovi naroda ponudili

izmjene i mi kao Vlada prihvaćamo dakle *ad hoc* bez problema..."), već prihvaćeni svi amandmani.

Nakon toga je Vlada Federacije Bosne i Hercegovine, 30.7.2015. godine održala žurnu sjednicu i dostavila tekst Prijedloga zakona o radu sa ključnim amandmanima. Zakon o radu je, kako je konstatirano, zatim usvojen u Domu naroda većinom od 28 glasova izaslanika. Između ostalog, i ovo indicira da je postojala žurba da se usvoji predloženi Zakon o radu u Domu naroda, a, iako je to irelevantno za ustavnosudsko odlučivanje, Ustavni sud primjećuje da je iz transkripta sa sporne sjednice Doma naroda vidljivo da je kompletan postupak tekao u, slobodno možemo konstatirati, užarenoj atmosferi, uz aktivnu ulogu sindikata i žučne diskusije izaslanika. Ovo samo potvrđuje stav Ustavnog suda o značaju i složenosti ove zakonske materije, naveden u pasusu 2 točke 10. obrazloženja ove Presude.

Na ovako utvrđeno činjenično stanje, sa analizom relevantnog prava, Ustavni sud je stava da je Zakon o radu od strane Doma naroda usvojen suprotno preciznim i jasnim poslovnim odredbama tog doma, na koje je ukazivao i na samoj sjednici određeni broj izaslanika a na koje kršenje se pozvao podnositelj Zahtjeva u ovom predmetu. Kršenje naprijed obrazloženih poslovnih odredbi, koje su u uskoj vezi sa pravima i dužnostima izaslanika Doma naroda, jer razrađuju nužne procedure koje omogućavaju da izaslanici u punom kapacitetu, zakonito i odgovorno vrše svoju ustavnu funkciju članova jednog zakonodavnog tijela, svakako da ozbiljno dovode u pitanje sintagmu o "demokratski" usvojenom zakonu, na što je osnovano ukazao podnositelj Zahtjeva. Konstatirano kršenje procedure proizvodi posljedicu u vidu povrede Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, odredbi koje propisuju ko i kako vrši zakonodavnu vlast u Federaciji Bosne i Hercegovine, jer su, zbog naprijed navedenog specifičnog odnosa Poslovnika i Ustava, u direktnoj svezi sa ustavnim pravima i dužnostima izaslanika, konkretno članova Doma naroda.

Sukladno sa relevantnim, naprijed citiranim odredbama Zakona o postupku pred Ustavnim sudom Federacije Bosne i Hercegovine, kršenje Poslovnika obvezuje Ustavni sud ne samo da deklaratorno utvrdi da je Dom naroda usvojio Zakon o radu u suprotnosti sa Poslovníkom, a posljedično tome i Ustavom, što je obrazloženo kroz poseban odnos ta dva pravna akta u točki 7. ove Presude, i to na način da je povrijedio prava podnosioca Zahtjeva kao strane u ovom sporu, što je utvrdio u točki 1. izreke ove Presude, nego i da odredi otklanjanje nastalih posljedica takve radnje. Ta zakonska obveza ovog

Suda u suštini propisuje put i način da se sankcionira neustavno ponašanje organa vlasti, te da se otklone posljedice takvog ponašanja. Upravo navedeno ustavno i zakonsko ovlaštenje jasno propisano u članku 34. Zakona o postupku pred Ustavnim sudom Federacije Bosne i Hercegovine, omogućava da presude ovog Suda moraju biti i jesu stvarni pravni mehanizam koji omogućava da se Ustav poštuje u cjelini i bez izuzetka i da svi organi vlasti u Federaciji Bosne i Hercegovine vrše propisanu nadležnost na ustavan način.

Pritom, u konkretnom slučaju nije od značaja što je Zakon o radu usvojen dan kasnije u drugom domu, Predstavničkom domu Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine, te nakon toga i objavljen u "Službenim novinama Federacije BiH", iako ovo također može biti indikativno imajući u vidu opće pravilo sadržano u članku 138. Poslovnika, koje u stavku 4. propisuje da Dom naroda akte iz stavka 1. tog članka (Ustav, zakone, budžet i autentično tumačenje zakona) u pravilu razmatra nakon njihovog razmatranja u Predstavničkom domu, osim ako Ustavom i zakonom nije drukčije utvrđeno. Kako je Prijedlog zakona sa amandmanima utvrđen na žurnoj sjednici Vlade Federacije Bosne i Hercegovine dana 30.7.2015. godine, nedvosmisleno je da je u istom tekstu, kao takav, bio predmetom usvajanja na sjednici Predstavničkog doma 31.7.2015. godine, dan nakon usvajanja u Domu naroda. Na to ukazuje preambula Ukaza o proglašenju Zakona o radu.

Stoga je Ustavni sud u točki 2. izreke ove Presude naložio da se u cilju otklanjanja posljedica povreda u Domu naroda koje je utvrdio, ovaj zakonski tekst ima vratiti u Dom naroda u stanje prije nego je započet neustavan postupak njegovog usvajanja u tom Domu, dakle, u fazu Prijedloga Zakona, uz strogo poštivanje poslovnčkih odredbi, koje propisuju proceduru donošenja i usvajanja zakona.

Ovim se Zakon o radu ima smatrati neusvojenim i ne može proizvoditi pravne posljedice od dana objave ove presude u "Službenim novinama Federacije BiH", koje je naloženo u točki 3. izreke Presude, sve dok ne bude predmetom usvajanja sukladno sa propisanom procedurom.

*(Presuda Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine
broj U-29/15 od 17.2.2016. godine
objavljena je u "Službenim novinama Federacije BiH", broj 20/16)*

UPUTE ZA AUTORE

Radovi se objavljuju na hrvatskom, bosanskom i srpskom jeziku (u latiničnom ili ćirilичnom 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 navodenoj 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