Godišnjak

PRAVNOG FAKULTETA U SARAJEVU

LV

2012.

UDC 34 ISSN 0581-7471

GODIŠNJAK PRAVNOG FAKULTETA UNIVERZITETA U SARAJEVU
LV – 2012.

YEARBOOK OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF SARAJEVO
LV – 2012

Izdavač
Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

Redakcijski odbor
Prof. dr. Jasna Bakšić-Muftić, prof. dr. Abedin Bikić, prof. dr. Enes Durmišević, dr. Kanita Imamović-Čizmić, prof. dr. Borislav Petrović, prof. dr. Zvonimir Tomić

Glavni i odgovorni urednik
Prof. dr. Borislav Petrović

Izvršni urednik
Doc. dr. Kanita Imamović-Čizmić

Korektura
Mirela Rožajac-Zulčić
Ivana Teronić

Tekstove na engleski prevela
Leila Kadribašić

Tehničko uređenje
Magistrat d.o.o. Sarajevo

Štampa
Štamparija Fojnica

Za štampariju
Šehzija Buljina

Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu indeksira se u međunarodnim referentnim bazama *CSA Sociological Abstracts (Proquest), CSA Worldwide Political Science Abstracts (Proquest), Political Science Complete (EBSCOhost),* a puni tekst je uključen u *Central and East European Academic Source (EBSCOhost).*

SADRŽAJ

RADOVI

Dr. Enver Ajanović
VAŽEĆI ZAKON O VODAMA
U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE 13

Dr. Jasna Bakšić Muftić
PRAVNI FAKULTET U SARAJEVU
– ISKUŠENJA U VREMENU 37

Mr. Lejla Balić
PRAVNI REŽIM KOMITOLOGIJE
NAKON LISABONSKOG UGOVORA 83

Dr. Nežla Borić
ZNAČAJ VOJNE UNIFORME U
MEĐUNARODNOM HUMANITARNOM PRAVU 99

Dr. Sead Dedić
OSNOVNA NAČELA DJELOVANJA DRŽAVNIH
SLUŽBENIKA U KONTEKSTU MEĐUNARODNIH
STANDARDA S PODRUČJA SLUŽBENIČKOG PRAVA 121

Mr. Džamna Duman
MODELI POSREDOVANJA 135

Mr. Amila Ferhatović
ZLOUPOTREBA POLOŽAJA ILI OVLAŠTENJA 147

Dr. Jasminka Gradaščević-Sijerčić
RADNOPRAVNI ASPEKT TRGOVINE
LJUDSKIM BIĆIMA 181

Dr. Zinka Grbo
PRAVO POSLOVNOG NASTANA
– SLOBODA KRETANJA PRIVREDNIH DRUŠTAVA 207

Dr. Edin Halapić
USTAV SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA (1787)
I SUDSKA INTERPRETACIJA 227

Ednar Idriz
STRANAČKE PROCESNE PRETPOSTAVKE 247

Dr. Kanita Imamović-Čizmić
MODALITETI PRAVNE REGULACIJE TRŽIŠNE KONKURENCIJE I NJIHOVA VEZA SA EKONOMSKOM ULOGOM DRŽAVE 263

Dr. Dragan Jovašević
RAD U JAVNOM INTERESU KAO ALTERNATIVNA KRIVIČNA SANKCIJA 285

Dr. Fikret Karčić
DŽIHAD FETVA U BOSNI I HERCEGOVINI 305

Mr. Amina Nikolajev
EKONOMSKA ANALIZA PRAVA – NASTANAK, POJAM I ZNAČAJ 319

Dr. Borislav Petrović, dr. Miomira Kostić
MEĐUNARODNOPRAVNA ZAŠTITA DJECE 329

Dr. Hajrija Sijerčić-Čolić
IZAZOVI EVROPSKOG KRIVIČNOG PRAVA – OBAVEZE DRŽAVE U OBLASTI KRIVIČNOG ZAKONODAVSTVA 345

Mr. Irena Stanić
UPOREDNOPRAVNI PRIKAZ NEKIH PRAVILA RIMSKOG I PRAVILA ŠERIJATSKOG NASLJEDNOG PRAVA 367

Mr. Edina Sudžuka
POREZNE REFORME: POUKE I PREPORUKE IZ ISKUSTVA ZEMALJA ČLANICA OECD-A I ZEMALJA U RAZVOJU 385

Mr. Almedina Šabić
MEDIJACIJA U POTROŠAČKIM SPOROVIMA: ZAŠTITA POTROŠAČA U POSTUPKU MEDIJACIJE ILI ZAŠTITA POTROŠAČA OD MEDIJACIJE? 407

Dr. Ivo M. Tomić
PROBLEM GLOBALIZACIJE: VJEČNI MIR ILI VJEČNI RAT – O DANAŠNJOJ I NOVOJ ULOZI I POZIVU SOCIOLOGIJE 423

Mr. Vildana Vranj
NACIONALNI PREVENTIVNI MEHANIZAM
PROTIV TORTURE I NJEGOVA USPOSTAVA
U BOSNI I HERCEGOVINI 459

PRIKAZI

Mr. Amila Ferhatović
MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA
"TURSKO-BOSANSKOHERCEGOVAČKI PRAVNI
SIMPOZIJ" 485

Dr. Edin Halapić
DESET GODINA OD SMRTI
AKADEMIKA PROF. DR. AVDE SUĆESKE
21. decembar 2001. – 21. decembar 2011. godine 489

Dr. Edin Halapić
FIKRET KARČIĆ, KOMPARATIVNA PRAVNA HISTORIJA
(drugo dopunjeno i izmijenjeno izdanje) Pravni fakultet
Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2012, str. 145 493

Mr. Vildana Vranj
CRIME AND TRANSITION
IN CENTRAL AND EASTERN EUROPE
(Alenka Šelih, Aleš Završnik Editors,
Springer, 2012, 282 str.) 495

CONTENT

ARTICLES

Dr Enver Ajanović
THE APPLICABLE LAW ON WATERS IN
THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA 13

Dr Jasna Bakšić Muftić
THE FACULTY OF LAW IN SARAJEVO
– CHALLENGES THROUGH TIME 37

MA Lejla Balić
THE LEGAL REGIME FOR COMITOLOGY
AFTER THE LISBON TREATY 83

Dr Nežla Borić
THE SIGNIFICANCE OF MILITARY UNIFORMS
IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW 99

Dr Sead Dedić
THE BASIC PRINCIPLES OF CONDUCT FOR CIVIL
SERVANTS IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL
STANDARDS IN THE AREA OF CIVIL SERVICE LAW 121

MA Džamna Duman
MEDIATION MODELS 135

MA Amila Ferhatović
THE ABUSE OF OFFICIAL POSITION OR AUTHORITY 147

Dr Jasminka Gradaščević-Sijerčić
THE EMPLOYMENT AND LEGAL ASPECTS
OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS 181

Dr Zinka Grbo
THE RIGHT OF ESTABLISHMENT
– THE FREE MOVEMENT OF COMPANIES 207

Dr Edin Halapić
THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF
AMERICA (1787) AND JUDICIAL INTERPRETATION 227

Ednar Idriz
PROCEDURAL PREREQUISITES FOR PARTIES 247

Dr Kanita Imamović-Čizmić
THE MODALITIES OF LEGAL REGULATION OF MARKET COMPETITION AND THEIR RELATIONSHIP TO THE ECONOMIC ROLE OF THE GOVERNMENT 263

Dr Dragan Jovašević
COMMUNITY SERVICE AS ALTERNATIVE CRIMINAL SANCTION 285

Dr Fikret Karčić
JIHAD FATWA IN BOSNIA AND HEREZEGOVINA 305

MA Amina Nikolajev
THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW – ITS GENESIS, CONCEPT AND SIGNIFICANCE 319

Dr Borislav Petrović, dr Miomira Kostić
CHILD PROTECTION IN INTERNATIONAL LAW 329

Dr Hajrija Sijerčić-Čolić
THE CHALLENGES OF EUROPEAN CRIMINAL LAW – THE OBLIGATIONS OF THE STATE IN THE AREA OF CRIMINAL LEGISLATION 345

MA Irena Stanić
THE COMPARATIVE LEGAL REVIEW OF SOME OF THE RULES OF ROMAN AND SHARIA INHERITANCE LAW 367

MA Edina Sudžuka
TAX REFORM: LESSONS AND RECOMMENDATIONS FROM THE EXPERIENCE OF OECD MEMBER COUNTRIES AND THE DEVELOPING COUNTRIES 385

MA Almedina Šabić
MEDIATION IN CONSUMER DISPUTES (CONSUMER COMPLAINT MEDIATION): CONSUMER PROTECTION IN THE MEDIATION PROCESS OR THE PROTECTION OF CONSUMERS FROM MEDIATION? 407

Dr Ivo M. Tomić
PROBLEM OF GLOBALISATION: ETERNAL PEACE OR ETERNAL WAR – ON CURRENT AND NEW ROLE AND MISSION OF SOCIOLOGY 423

MA Vildana Vranj
NATIONAL PREVENTIVE MECHANISM AGAINST TORTURE AND ITS ESTABLISHMENT IN BOSNIA AND HERZEGOVINA 459

SURVEYS

Mr. Amila Ferhatović
INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE "TURKISH-BOSNIAN AND HERZEGOVINIAN LEGAL SYMPOSIUM" 485

Dr. Edin Halapić
TEN YEARS SINCE DEATH OF ACADEMICIAN PROF. DR. AVDO SUĆESKA
21 December 2001 – 21 December 2011 489

Dr. Edin Halapić
FIKRET KARČIĆ, KOMPARATIVNA PRAVNA HISTORIJA
(drugo dopunjeno i izmijenjeno izdanje)
Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu,
Sarajevo, 2012, str. 145 493

Mr. Vildana Vranj
CRIME AND TRANSITION IN CENTRAL AND EASTERN EUROPE
(Alenka Šelih, Aleš Završnik Editors,
Springer, 2012, 282 str.) 495

RADOVI

Dr. Enver Ajanović: *Važeći Zakon o vodama u Federaciji Bosne i Hercegovine,* Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LV – 2012., s. 13-36

Dr. Enver Ajanović
Docent

UDK: 351.79(497.6)
Prethodno naučno saopćenje

VAŽEĆI ZAKON O VODAMA U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak

Ustav Bosne i Hercegovine ne sadrži odredbe o nadležnosti države BiH u pravu javnog vodnog dobra. Zato su Federacija Bosne i Hercegovine i Republika Srpska u skladu sa svojim ustavima donijele zakone o vodama. Zakonodavstvo o vodama, odnosno javnom vodnom dobru u Bosni i Hercegovini reformirano je u skladu s Uputstvom Evropskog parlamenta i Savjeta o donošenju okvirnih propisa za mjere Zajednice u vodnoj politici, br. 2000/60/EZ od 23. oktobra 2000. godine. Ako se vodno područje nalazi i izvan područja Zajednice, države članice ili oštećene države članice pokušavaju adekvatno koordinirati sa državama nečlanicama radi ostvarenja Uputstva 2000/60/EZ na cijelom vodnom području. Na osnovu ovog pravnog akta promijenjena je sadržina Zakona o vodama, iz koje se vidi da je Bosna i Hercegovina jedna država sa svojim pravnim poretkom. Novim Zakonom o vodama dijelom su reformirane i upravne organizacije nadležne za upravljanje vodama. Države nečlanice nadležne su za primjenu Uputstva na svom vodnom području (član 3. stav 5.) Naime, ako se vodno područje (distrikt) proteže izvan područja Zajednice, oštećena ili oštećene države članice nastoje adekvatno koordinirati s odgovarajućim državama nečlanicama radi ostvarenja ciljeva ovog uputstva.

Ključne riječi: *upravljanje, korištenje, zaštita javnog vodnog dobra, nadzor nad primjenom propisa o javnom vodnom dobru*

I
PREDMET ZAKONA

U uvodnim odredbama novog Zakona o vodama propisan je njegov predmet. To je upravljanje vodama u Federaciji Bosne i Hercegovine koje obuhvata zaštitu i korištenje voda, zaštitu od njihovog štetnog djelovanja, uređaje i vodotoke drugih voda. Tim aktom uređuju se vodno dobro i javno vodno

dobro, vodni objekti, pravne osobe i druge institucije nadležne za pojedina pitanja upravljanja i druga problematika o vodama u Federaciji.[1]

Zakon propisuje i svrhu njegovog donošenja. Ova specifičnost izražena je u osiguranju upravljanja vodama radi smanjenja zagađenja voda i sprečavanja degradacije voda, postizanja održivog korištenja voda, osiguranja pravičnog pristupa vodama, poticanja društvenog i privrednog razvoja, zaštite ekosistema, smanjenja rizika od poplava i drugih negativnih uticaja voda, osiguranja učešća javnosti u donošenju odluka o vodama, sprječavanja i rješavanja sukoba vezanih za zaštitu i korištenje voda, ispunjavanja obaveza iz međunarodnih ugovora obaveznih za Bosnu i Hercegovinu.[2]

II
NAČELA ZAKONA

Upravljanje vodama zasniva se na novim načelima. Za svako pojedino načelo zakon daje i normativno tumačenje njihovog značaja. To su načela nekomercijalnosti, cjelovitosti, dugoročne zaštite kvaliteta i racionalne upotrebe raspoloživih količina vode, osiguranja zaštite od štetnog djelovanja voda, ekonomskog vrednovanja voda, učešća javnosti u donošenju planova upravljanja vodama, uvažavanja najboljih raspoloživih tehnologija i novih dostignuća o prirodnim zakonitostima i najboljih okolinskih praksi.[3]

Zakon o vodama pojašnjava smisao pojedinih navedenih načela. Nekomercijalnost znači da voda nije komercijalni proizvod, već naslijeđe koje se mora čuvati, štititi i u skladu s time postupati. Cjelovitost se odnosi na prirodne procese i dinamiku voda, te međusobnu povezanost i međuzavisnost vodnih i uz vodu vezanih ekosistema. Osiguranje zaštite od štetnog djelovanja voda proizlazi iz potreba za zaštitom stanovništva i njihove imovine, uzimajući u obzir djelovanje prirodnih procesa. Ekonomsko vrednovanje voda uključuje troškove opterećenja, zaštite i uređenja voda i zaštite od štetnog djelovanja voda.[4]

Bivši Zakon o vodama sadržavao je više načela upravljanja vodama. Voda je nezamjenjiv uvjet života i rada, vodama se upravlja prema načelu održivog razvoja. Teritorijalne jedinice za upravljanje vodama su vodne i vodopri-

[1] Član 1. Zakona o vodama FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 70/06 od 20. novembra 2006. godine).

[2] Član 2. Zakona o vodama FBiH iz 2006. godine.

[3] Član 3. stav 2. Zakona iz 2006. godine.

[4] Član 3. stav 2. Zakona iz 2006. godine.

vredne cjeline. Planskim aktima se utvrđuju zadaci i obaveze u vezi s vodoprivrednim sistemima, te izvori i obim sredstava za njihovo finansiranje.[5]

Pod uticajem Uputstva 2000/60/EZ novi Zakon o vodama sadrži više novih normi definicija o pojmovima upotrijebljenim u ovom pravnom aktu. To su površinske, kopnene i podzemne, obalne morske i prijelazne vode, ekosistemi, rijeke, riječni bazeni (sliv), podbazeni (podsliv), vodno područje (distrikt), vodno tijelo površinskih voda, stanje površinskih i podzemnih voda, ekološko i hemijsko stanje, vodno tijelo podzemnih voda, vještačko vodno i jako izmijenjeno vodno tijelo, akvifer, kvantitativno stanje podzemnih voda, voda za piće, javno vodosnabdijevanje, mineralne sirovine, termomineralne vode, direktno ispuštanje u podzemne vode, materijal u vodotocima, opasne i prioritetne materije, zagađujuće materije, otpadne vode, operater, aktivnost, zainteresirana strana, urbano područje.

Pojedine stare norme definicije su ostale i u novom zakonu i dobile su drugačiju sadržinu, odnosno značenje. Radi se o vodnom režimu i njegovoj promjeni, međudržavnim vodama, vodotocima i koritima, uređenim inundijacijskim pojasevima.

Pojedine ranije norme definicije više ne postoje. To su vodoprivredni sistem, vodna bilansa, obala, morska obala, neuređeno inundijacijsko područje, pojam voda odnosno objekata na području dva ili više kantona.[6]

III
VODNI OBJEKTI

U novom Zakonu o vodama glavna slivna područja propisana bivšim Zakonom o vodama[7] više ne postoje. Vodna područja Save i Jadranskog mora podijeljena su na vodotoke i vještačke akumulacije. Vodotoci na području Save su: Sava, Una, Unac, Sana, Vrbas, Pliva, Bosna, Krivaja, Usora, Spreča (nizvodno od ušća rijeke), Željeznica, Tinja, Drina, Sanica i Klokot. Vještačke akumulacije na ovom vodotoku su Hazna, Vidara, Jajce I i II, te Župica. Vodotoci na području Jadranskog mora su: Neretva, Trebišnjica (regulirani dio vodotoka, Matica (Vrljika), Tihaljina, Mlada, Trebižat, Bregava, Krupa, Lištica (nizvodno od Širokog Brijega) i Rama. Vještačke akumulacije na ovom vodotoku su Rama, Jablanica, Grabovica, Salakovac, Mostar, Buško Blato,

[5] Član 7. Zakona o vodama FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 18/98 od 11. maja 1998. godine).

[6] Član 4. Zakona o vodama FBiH iz 2006. godine.

[7] Član 8. Zakona o vodama iz 1998. godine.

Majdej i Lipa. Prirodna jezera su: Boračko jezero, Blidinje i Hutovo blato. Sve ove vode pripadaju I kategoriji. Ostale vode su vode II kategorije.[8]

U reformiranom vodnom zakonodavstvu površinske vode se prema prirodnim osobinama dijele i na tekuće i stajaće vode. Tekuće vode su prirodni vodotoci poput bujica, potoka i rijeka, iako im je tok stalan ili privremen. Ovim vodama pripadaju i regulirani vodotoci nastalim izmještanjem prirodnog vodotoka ili djelimičnim zahvatanjem voda iz prirodnog vodotoka. Stajaće vode su obalne morske vode, prirodna jezera, uključujući i privremeno presušene bare, močvare i druge prirodne vodne akumulacije sa stalnim ili privremenim oticajem površinskih ili podzemnih voda. U stajaće vode novi zakon svrstava i vodne akumulacije nastale pregrađivanjem tekućih voda ili drugim zahvatima u prostoru.[9]

I novi zakon, kao i stari, propisuje da je vodno dobro skup zemljišnih čestica. Sada te čestice obuhvataju više pravnih objekata u odnosu na stari Zakon o vodama. To su:

- zemljište na kojem je površinska voda trajno ili povremeno prisutna i zbog toga se oblikuju posebni hidrološki, geomorfološki i biološki odnosi koji određuju vodne i od vode zavisne ekosisteme;
- osnovno korito tekućih voda, uključujući otoke i obale do izrazite geomorfološke promjene;
- priobalni pojas širine 15 metara od granice obale (izrazite morfološke promjene) za površinske vode I kategorije, odnosno priobalni pojas širine 5 metara od granice obale (izrazite morfološke promjene) za površinske vode II kategorije;
- zemljište potopljeno stajaćim vodama, uključujući obalu do najvišeg zabilježenog vodostaja;
- napuštena riječna korita koje voda povremeno plavi, močvare i zemljišta potopljena vodom zbog zahvata u prostoru;
- uređeni inundijacijski pojas;
- zemljište ispod i pored zaštitnih vodnih objekata – nasipa, obaloutvrda, uređenih korita vodotoka, odvodnih kanala, obodnih (lateralnih) kanala za zaštitu od vanjskih voda, odvodnih tunela, brana s akumulacijama, ustava, retenzija, crpnih stanica za odbranu od poplava i drugih pripadajućih objekata, kao i objekata za zaštitu od erozija i bujica.[10]

---

[8] Član 5. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[9] Član 6. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[10] Članovi 7. i 14. stav 1. Zakona o vodama iz 2006. godine i član 32. Zakona o vodama iz 1998. godine.

Vlada Federacije, federalni ministar poljoprivrede, vodoprivrede i šumarstva, te federalno i kantonalno ministarstvo poljoprivrede, vodoprivrede i šumarstva nadležni su za određivanje konkretnog javnog i privatnog vodnog dobra kao pravnog objekta. Na osnovu diskrecione ocjene Vlada Federacije može odstupiti od propisane širine priobalnog pojasa od 15, odnosno 5 metara ako je to potrebno radi zaštite voda, zaštite od štetnog djelovanja voda, omogućavanja opće upotrebe voda i djelovanja nadležnih institucija kojima su dodijeljena javna ovlaštenja na osnovu Zakona o vodama iz 2006. godine. Ovlašteni federalni ministar donosi propis o vodnom dobru. Tim aktom utvrđuje se i postupak utvrđivanja pripadnosti zemljine čestice javnom vodnom dobru na osnovu Zakona o vodama.[11] U skladu s ovim propisom Federalno ministarstvo poljoprivrede, vodoprivrede i šumarstva određuje i granicu pojedinačnog vodnog dobra za površinske vode I kategorije i kantonalno ministarstvo nadležno za vode. Stari Zakon o vodama propisivao je da federalni ministar poljoprivrede, vodoprivrede i šumarstva rješenjem utvrđuje pripadnost nekog zemljišta vodnom dobru. Granica vodnog dobra upisuje se u zemljišni katastar.[12]

Javno vodno dobro je pravni objekt *extra commercium*. Izuzetno, pod uvjetima propisanim Zakonom o vodama ili na osnovu zakona donesenom podzakonskom aktu, može biti predmet ograničenog prava korištenja u formi zakupa. Federalni ministar donosi propis o načinu i uvjetima ograničenog prava korištenja javnog vodnog dobra. Drugi izuzetak u pogledu pravnog prometa javnim vodnim dobrom postoji u pogledu prava preče kupovine u korist Federacije, kantona, grada ili općine ako se prodaju zemljišne čestice u vlasništvu pravne ili fizičke osobe koja pripada vodnom dobru.

Novi Zakon o vodama propisuje dva uvjeta pod kojim zemljišna čestica prestaje biti dijelom javnog vodnog dobra.

Prvi uvjet je da se rješenjem nadležnog federalnog i kantonalnog ministra utvrdi da ta čestica više ne ispunjava propisane uvjete za vodno dobro iz Zakona o vodama.

Drugi uvjet je odluka Vlade Federacije o upotrebi tog javnog dobra na drugi način za posebne opće potrebe i namjene.

Status javnog vodnog dobra prestaje na dan upisa njegove promjene u zemljišne knjige na osnovu vanparničnog rješenja ili odluke nadležnog ministra.[13]

---

[11] Član 9. stav 1. i 2. novog Zakona o vodama iz 2006. godine.

[12] Član 7. stav 2. i 3., član 8 i član 10. stav 1. Zakona o vodama iz 2006. godine, te član 32. i 34. Zakona o vodama iz 1998. godine.

[13] Član 11. Zakona o vodama iz 2006. godine.

Zakon iz 2006. godine zabranjuje zahvate na vodnom dobru, osim gradnje objekata javne infrastrukture (putevi, željeznice, mostovi, gasovodi i sl.), zaštitnih vodnih objekta, objekata potrebnih za korištenje voda (objekti za zahvat i akumuliranje vode) i objekata za osiguranje plovidbe i zaštitu od utapanja na prirodnim kupalištima, objekata namijenjenih zaštiti voda od zagađenja, objekata namijenjenih za potrebe rada državnih organa, zaštitu i spašavanje ljudi, životinja ili imovine od prirodnih i drugih nepogoda, te zahvata radi poboljšanja hidromorfoloških i bioloških karakteristika površinskih voda, zahvata radi zaštite prirode, te provođenje zadataka policije. Ovi zahvati preduzimaju se na osnovu Zakona o vodama i propisa o građenju.[14]

Novim Zakonom djelimično je izmijenjena norma definicija objekata. Sada su to objekti ili skupovi objekata koji zajedno sa pripadajućim uređajima čine tehničku, odnosno tehnološku cjelinu i služe za zaštitu od štetnog djelovanja voda, zahvatanja voda radi njihovog namjenskog korištenja i zaštitu voda od zagađivanja.[15] Prema bivšem Zakonu o vodama vodoprivredni objekti su hidrografski objekti ili skupovi takvih objekata s pripadajućom opremom koji čine tehničku odnosno tehnološku cjelinu, a služe za uređenje vodotoka i drugih voda, za zaštitu od štetnog djelovanja voda, zahvaćanje voda radi njihova namjenskog korištenja i za zaštitu voda.[16]

Sadašnji Zakon o vodama preciznije propisuje da pored Federacije, kantona, pravnih ili fizičkih osoba vlasnici vodnog javnog dobra mogu biti i grad i općina.[17] Prethodni Zakon o vodama sadržavao je za pravne osobe formulaciju *druge pravne osobe*. To znači da su te pravne osobe mogle biti jedinice lokalne samouprave zato što imaju status pravne osobe.[18] Važeći Zakon o vodama precizira da postoje i druge pravne osobe. One su privatnopravne prirode zato što ovaj pravni akt izričito navodi javnopravne osobe organizirane kao političko-teritorijalne jedinice i jedinice lokalne samouprave. Tako su zaštitni objekti na vodotocima koji pripadaju površinskim vodama II kategorije i uređena korita u urbanim područjima na površinskim vodama I kategorije u vlasništvu općine i grada, ukoliko kantonalnim propisom nije drugačije određeno. Ovi vlasnici pravo upravljanja i korištenja mogu prenijeti u nadležnost organa vlasti, pravnih osoba ili drugih institucija u obimu i kako je propisano Zakonom iz 2006. godine ili drugim aktima grada

[14] Član 12. Zakona o vodama iz 2006.godine.

[15] Član 13. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[16] Član 18. Zakona o vodama iz 1998. godine.

[17] Član 7. stav 3. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[18] Član 6. Zakona o osnovama lokalne samouprave ("Sl. novine FBiH", br. 6/95 od 8. novembra 1995. godine).

i općine.[19] U vlasništvu grada i općine su i objekti za vodosnabdijevanje i za zaštitu voda od zagađivanja, ako kantonalnim propisom nije drugačije određeno.[20] Vlasnici ovih objekata pravo upravljanja i korištenja mogu prenijeti na pravne osobe osnovane u skladu s propisima o komunalnoj djelatnosti.[21] Ako su za svoje potrebe ove objekte izgradile pravne ili fizičke osobe u njihovom su vlasništvu i one brinu o upravljanju tim objektima.[22]

U vlasništvu pojedinog kantona su objekti za odvodnjavanje, osnovna i detaljna odvodna kanalska mreža, crpne stanice za odvodnjavanje i ostali pripadajući objekti, te za snabdijevanje vodom privrednih subjekata, za navodnjavanje i ostale namjene, ako su izgrađeni državnim sredstvima i ukoliko se nalaze na njegovom području.[23]

Ako su za svoje potrebe ove vodne objekte izgradile pravne ili fizičke osobe u njihovom su vlasništvu i one brinu o upravljanju tim objektima.[24]

Vodni objekti za korištenje vodnih snaga izgrađeni angažmanom fizičkih ili pravnih osoba su u njihovom vlasništvu i ona upravljaju tim objektima.

Plovni vodni objekti su vlasništvo Federacije koja upravljanje i korištenje može prenijeti na pravnu osobu ili drugu instituciju u obimu i kako je propisano zakonom.[25]

IV
UPRAVLJANJE VODAMA

Novi Zakon o vodama izričito propisuje da su Bosna i Hercegovina, Federacija, kanton, grad i općina nadležni za upravljanje vodama.

Za razliku od ranijeg Zakona o vodama, prema sadašnjem zakonu ciljevi upravljanja vodama su više razvijeni. To su: postizanje dobrog stanja, odnosno dobrog ekološkog potencijala površinskih i podzemnih voda, odnosno vodnih i za vodu vezanih ekosistema, umanjenje šteta uzrokovanih raznim štetnim djelovanjem voda, osiguranje potrebnih količina vode odgovarajućeg

[19] Član 15. stav 3. i 4. Zakona o vodama iz 2006. godine.
[20] Član 17. stav 1. Zakona o vodama iz 2006. godine.
[21] Član 7. stav 2. Zakona o vodama iz 2006. godine.
[22] Član 17. stav 3. Zakona o vodama iz 2006. godine.
[23] Član 16. stav 3. Zakona o vodama iz 2006. godine.
[24] Član 16. stav 3. Zakona o vodama iz 2006. godine.
[25] Član 19. Zakona o vodama iz 2006. godine.

kvaliteta za razne namjene i podsticanje održivog korištenja voda, uzimajući u obzir dugoročnu zaštitu raspoloživih izvorišta i njihovog kvaliteta.[26]

Stari zakon je imao drugačiji pristup upravljanju vodama. Ova funkcija činila je skup odluka, aktivnosti i mjera radi održavanja, poboljšavanja i ostvarivanja potrebnog i održivog vodnog režima na određenom prostoru u skladu s prirodnim uvjetima, planom, potrebama i mogućnostima. Upravljanje vodama ostvaruje se osobito osiguranjem potrebnih količina voda odgovarajuće kakvoće za različite namjene, zaštitom voda od onečišćenja, uređenjem voda i vodotoka i zaštitom od štetnog djelovanja voda.[27]

Upravljanje vodama vrši se prema teritorijalnim osnovama upravljanja vodama, te Strategiji i planovima upravljanja vodama. Vodno područje je osnovna teritorijalna jedinica za upravljanje vodama. Postoje vodna područja Save i Jadranskog mora. Prvo je dio međunarodnog riječnog bazena Dunava (dio međunarodnog podbazena Save) na teritoriji Bosne i Hercegovine, odnosno području Federacije. Drugi se odnosi na dijelove međunarodnih riječnih bazena Neretve s Trebišnjicom, Cetinom i Krkom na teritoriji Bosne i Hercegovine, odnosno području Federacije.[28] Ove osnove postojale su i u ranijem Zakonu o vodama bez isticanja međunarodnog značaja ova dva vodna područja.[29] Danas na prijedlog Federalnog ministarstva Vlada utvrđuje granice bazena i vodnih područja na teritoriji Federacije.[30]

Strategija upravljanja vodama je novi dokument u pravu javnog vodnog dobra. Priprema ga Federalno ministarstvo za poljoprivredu, vodoprivredu i šumarstvo uz saglasnost federalnog ministarstva za okolinu. Zajedno s kantonalnim ministarstvima za vode i savjetodavnim vijećima za vodna područja, ovo ministarstvo daje primjedbe i prijedloge. Novi Zakon o vodama propisuje obavezu koordinacije svih aktivnosti s ministarstvom za vode Republike Srpske radi donošenja jedinstvene strategije upravljanja vodama za cijelu Bosnu i Hercegovinu. Ovom odredbom Zakon uvažava činjenicu da je Bosna i Hercegovina jedna država, a da entiteti nemaju politički i pravni status nezavisne države. Ovu strategiju usvaja Parlament Federacije Bosne i Hercegovine, odnosno Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine za period od 12 godina.

Obavezni dijelovi Strategije su ocjena stanja upravljanja vodama, ciljevi i pravci zaštite voda, zaštita od njihovog štetnog djelovanja i održivog korištenja

[26] Član 22. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[27] Član 6. Zakona o vodama iz 1998. godine.

[28] Član 23. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[29] Član 9. Zakona o vodama iz 1998. godine.

[30] Član 23. stav 5. Zakona o vodama iz 2006. godine.

voda, prioriteti za postizanje ciljeva upravljanja vodama, ocjena potrebnih sredstava za provođenje programa i rokove za postizanje ciljeva, te aktivnosti za provođenje obaveza iz međunarodnih ugovora o upravljanju vodama.[31]

U starom Zakonu o vodama planske osnove za upravljanje vodama dijelile su se na vodoprivrednu osnovu Federacije i vodoprivrednu osnovu glavnih slivnih područja Une s dijelovima slivova Korane i Gline, Vrbasa, Bosne, Drine, Neretve s dijelom sliva Trebišnjice, Cetine s dijelom sliva Krke. Za manje slivove kao dijelova glavnih slivnih područja mogla se donijeti vodoprivredna osnova. Ovo su bili pravni akti iznad kojih se nalazio samo Zakon o vodama iz 1996. godine.[32]

Umjesto planske osnove u novom Zakonu o vodama postoje planovi upravljanja vodama. Ovo je druga vrsta dokumenata o upravljanju vodama. Usvajaju se radi provođenja Strategije o upravljanju vodama. Dijele se na planove upravljanja vodama za vodno područje Save i vodno područje Jadranskog mora.

Obavezni dijelovi ovih planova su opći popis karakteristika vodnog područja, sažeti prikaz svih značajnih pritisaka i uticaja ljudske djelatnosti na stanje površinskih i podzemnih voda, identifikacija i karte zaštićenih područja, karta mreže monitoringa i prikaz rezultata programa monitoringa, ciljevi upravljanja vodama, pregled ekonomskih analiza korištenja voda, prikaz programa mjera, pregled svih detaljnih programa i planova upravljanja vodama u određenim riječnim bazenima, podbazenima, sektorskim planovima, problemima ili tipovima voda zajedno s pregledom njihovih sadržaja, izvještaj o opisu aktivnosti i rezultatima učešća javnosti u izradi plana, lista institucija i način dobijanja dokumenata na osnovu kojih je plan izrađen, pregled međunarodnih obaveza Bosne i Hercegovine o upravljanju vodama i način njihovog izražavanja.

Opći opis karakteristika vodnog područja, sažeti prikaz svih značajnih pritisaka i uticaja ljudske djelatnosti na stanje površinskih i podzemnih voda, karta mreže monitoringa i prikaz rezultata programa monitoringa, ciljevi upravljanja vodama i prikaz programa mjera konkretizirani su u odgovarajućim odredbama Zakona.

U pogledu ovih planova Zakon o vodama uvažava činjenicu da je Bosna i Hercegovina jedna država. Naime, izrada planova upravljanja vodama FBiH koordinira se sa izradom plana za isto vodno područje iz Republike Srpske

[31] Član 24. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[32] O tome više vidjeti u članovima 11.–17. Zakona iz 1996. godine.

i Distrikta Brčko radi osiguranja donošenja jedinstvenog plana upravljanja vodama vodnog područja u Bosni i Hercegovini.[33]

Plan upravljanja vodama povezan je s prostornim i drugim planovima. U ove planove i druge planove zaštite voda, njihovom uređenju i korištenju unose se zaštićena i ugrožena područja u skladu s novim Zakonom o vodama. Za donošenje ovog plana, predlagač nacrta plana mora voditi računa o dozvoljenim aktivnostima i zabranama u vezi sa zahvatima u prostoru na navedenim područjima. Ova ograničenja odnose se na izgradnju vodne infrastrukture predviđene planovima upravljanja vodama.

Saglasnost federalnog ministarstva na nacrt tog plana obavezan je za Federaciju, kanton, grad i općinu. Ministar daje saglasnost ako utvrdi da je ovaj dokument u skladu s odredbama Zakona o vodama i planom upravljanja vodama.[34]

Program mjera je sadržaj planova upravljanja vodama. Njegovim donošenjem utvrđuju se osnovne mjere potrebne za postizanje ciljeva korištenja, zaštite i uređenja voda, te zaštite od njihovog štetnog djelovanja. Ako nadzor ili drugi podaci pokažu da se ciljevi iz Strategije i planova upravljanja vodama ne mogu ostvariti za pojedino vodno tijelo, Federalno ministarstvo utvrđuje razloge, pregleda i provjerava izdate dozvole i koncesije, te pregleda i prilagođava programe nadzora. Ovaj organ uprave predlaže Vladi Federacije usvajanje dodatnih mjera, uključujući i određivanje strožih graničnih vrijednosti opterećenja voda.[35]

Provođenjem programa mjera utvrđenih planovima upravljanja okolini se pruža zaštita. Njome se osigurava sprečavanje pogoršanja stanja vodnih tijela površinskih i podzemnih voda i postizanje njihovog najmanjeg dobrog stanja, postizanje dobrog ekološkog potencijala i hemijskog stanja vještačkih ili jako izmijenjenih vodnih tijela, zaštita, unapređenje i obnova vodnih tijela površinskih voda radi postizanja navedenih stanja najkasnije šest godina od usvajanja prvog plana upravljanja vodama, zaštita, unapređenje i obnova vodnih tijela podzemnih voda radi postizanja njihovog najmanjeg dobrog stanja najkasnije šest godina od usvajanja prvog plana upravljanja vodama, provođenje progresivnog smanjenja zagađenja vodnih tijela površinskih voda prioritetnim materijama, postupno smanjenje zagađenja vodnih tijela podzemnih voda uzrokovanog ljudskom djelatnošću, te harmonizacija standarda i ciljeva zaštite voda u zaštićenim zonama prema kojima su uspostavljena

[33] Član 39. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[34] Član 42. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[35] Član 26. Zakona o vodama iz 2006. godine.

pojedina zaštićena područja podzemnih voda s međunarodnim standardima za takvu zaštitu najkasnije za šest godina od usvajanja prvog plana upravljanja vodama.[36]

U ovim odredbama novog Zakona o vodama propisane su nove kategorije iz Uputstva 2000/60/EZ kao što su: određivanje karakteristika tipova vodnih tijela, klasifikacija stanja voda, vještačka ili jako izmijenjena vodna tijela, postepeno postizanje ciljeva zaštite okoline, modifikacija okolinskih ciljeva, izuzeci od okolinskih ciljeva.

Planovi upravljanja vodama mogu se konkretizirati detaljnim planovima i programima za pojedine podbazene, pojedine kategorije voda i pojedina pitanja upravljanja vodama. O dodatnim planovima Agencija za vodno područje pisanim putem obavještava Savjetodavno vijeće vodnog područja, kanton, grad i općinu na koje se odnose ovi pravni akti. Preko sredstava javnog informiranja obavještava pravne i fizičke osobe s prebivalištem i sjedištem na tom području.[37]

Zakonom o vodama iz 2006. godine promijenjeni su subjekti upravljanja vodama. Donošenjem ovog pravnog akta predviđeno je ukidanje Javnog preduzeća za "Vodno područje slivova rijeke Save" sa sjedištem u Sarajevu i Javnog preduzeća za "Vodno područje slivova Jadranskog mora" sa sjedištem u Mostaru. Umjesto njih, ovim zakonom osnovane su agencije za vodna područja. Ove upravne ustanove imaju zadatak da upravljaju vodama u njihovoj nadležnosti na osnovu važećeg Zakona o vodama i pripadajućih propisa. Njihovi nazivi su "Agencija za vodno područje rijeke Save" i "Agencija za vodno područje Jadranskog mora."[38]

Drugi organi upravljanja vodama su Savjetodavno vijeće vodnog područja rijeke Save i Savjetodavno vijeće vodnog područja Jadranskog mora. Osniva ih Vlada Federacije za razmatranje sistemskih pitanja upravljanja vodama značajnim za vodno područje i različitih potreba i interesa, te predlaganje mjera za razvoj i poboljšanje upravljanja vodama na vodnom području.[39]

Vijeće ima slijedeće zadatke: učestvuje u pripremi nacrta plana upravljanja vodama i strategije upravljanja vodama, razmatra i daje mišljenje o strateškim dokumentima iz nadležnosti drugih federalnih i kantonalnih ministarstava o upravljanju vodama i obrnuto, o pitanjima od interesa za riječni bazen ili podsliv u sklopu vodnog područja, a koja se tiču međuentitetske saradnje

[36] Član 30. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[37] Više o tome u članu 41. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[38] Član 152. Zakona o vodama iz 2006. godine. Više o tome u članovima 154.–163.

[39] Član 164. Zakona o vodama iz 2006. godine.

i za oba vodna područja o korištenju ili zaštiti voda, upravljanja vodama značajnim za međuentitetsku saradnju, Bosnu i Hercegovinu u cjelini i njene međunarodne obaveze.[40]

V
KORIŠTENJE

Zakon o vodama propisuje načine korištenja voda. To su zahvatanje, crpljenje i upotreba površinskih i podzemnih voda za različite namjene (snabdijevanje vodom za piće, sanitarne i tehnološke potrebe, navodnjavanje i dr.), korištenje vodnih snaga za proizvodnju električne energije i druge pogonske namjene, voda za uzgoj ribe, plovidbu, sport, kupanje, rekreaciju i druge slične namjene.

Naredna novina opće upotrebe voda jeste njen predmet. Ranija odredba je precizirana i dodani su novi vidovi takve upotrebe. Zakon o vodama određuje da opća upotreba voda obuhvata najčešće: prikupljanje i korištenje oborinskih voda za osnovne potrebe jednog domaćinstva koje se skupljaju na vlastitom zemljištu, rekreaciju na vodama, zahvatanje vode bez posebnih naprava iz vodotoka i jezera za osnovne potrebe jednog domaćinstva, te podzemne vode (bunar na vlastitom zemljištu) ili vode sa izvora na vlastitom zemljištu koja se koristi za osnovne potrebe jednog domaćinstva. Ovakvim potrebama smatra se korištenje vode za piće, održavanje čistoće i slične potrebe u domaćinstvu, a ne smatra se korištenje vode za navodnjavanje, te u tehnološkom procesu pri obavljanju privredne djelatnosti.[41]

Slijedeća novina je da se zbog određenih specifičnih uvjeta i potreba planom upravljanja vodama može odrediti pravo prednosti korištenja vode za ostale namjene, uz obavezno davanje prvenstva za snabdijevanje stanovništva vodom za piće, sanitarne i potrebe protivpožarne zaštite u odnosu na korištenje vode za ostale namjene.[42]

Za kvalitet pitke vode uvedena je odredba da je pravna osoba s djelatnošću vodosnabdijevanja dužna osigurati njen stalni i sistematski pregled i preduzimati mjere osiguranja njene zdravstvene ispravnosti i tehničke ispravnosti uređaja, u skladu s njenim kvalitetom (vodosnabdijevanje) prema propisu o kvalitetu ove vode Federalnog ministra zdravstva.[43]

---

[40] Član 165. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[41] Član 46. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[42] Član 47. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[43] Član 48. stav 1. i 2. Zakona o vodama iz 2006. godine.

U vezi s korištenjem izvorskih i podzemnih vodâ, odobrenje se može dati ako su prethodno obavljeni vodoistražni radovi. To su radovi i ispitivanja radi utvrđivanja postojanja, rasprostranjenosti, količine i kvaliteta podzemne vode na određenom području.[44]

Federalni zakonodavac uveo je i obavezu vođenja evidencije o količinama zahvaćene vode pravnim i fizičkim osobama koje zahvataju i crpe vodu. Podatke o tome korisnik dostavlja nadležnoj agenciji za vode.[45]

Novi Zakon o vodama promijenio je nazive pravnih akata u vodnom pravu. Izbrisan je zbirni naziv vodoprivredni akti iz bivšeg zakona, a uveden vodni akti. Više ne postoje podzakonski akti pod nazivom vodoprivredni uvjeti koje je donosilo Ministarstvo poljoprivrede, vodoprivrede i šumarstva i kantonalna uprava za poslove vodoprivrede.[46] Zamijenjeni su i raniji upravni akti kao pravni osnov pojedinačnog korištenja voda. Prije su postojale vodoprivredne saglasnosti i dozvole, te vodoprivredni nalozi,[47] a sada postoje prethodna vodna saglasnost, vodna saglasnost i dozvola.

Ovi novi upravni akti donose se za izgradnju objekata radi iskorištavanja hidroenergije, objekata za zaštitu od poplava, saobraćajnica (cestovne i željezničke) uključujući i šumske puteve, mostova ili drugih objekata iznad ili u vodotoku, ili uređenje deponija otpada, za zahvatanje vode u svim privrednim granama i djelatnostima, a naročito za industriju i energetiku, poljoprivredu, vodosnabdijevanje, uslužne djelatnosti koje u tehnološkom postupku koriste vodu, turističke djelatnosti. Navedeni akti donose se i za ispuštanje otpadnih voda u površinske vode, indirektno ispuštanje otpadnih voda u podzemne vode, vještačko prihranjivanje podzemnih voda, vađenje materijala iz vodotoka, trajno podizanje nivoa vode i kao rezultat toga plavljenje normalno suhog zemljišta, pokretanje postupka izdavanja koncesija na vodama i vodnom dobru, za promet opasnih materija kao i proizvoda od tih materija koji nakon upotrebe dospijevaju u vode, te uređenje vodotoka. Ovi upravni akti izdaju se i za aktivnosti koje mogu privremeno ili trajno degradirati kvalitet voda, ili ometati poboljšanje njihovog postojećeg kvaliteta, štetno uticati na akvatične i poluakvatične ekosisteme, povećati rizik od poplave ili erozije, značajno smanjiti kvantitet voda, promijeniti morfologiju vodotoka, ometati korištenje površinskih voda za rekreaciju i dr.[48]

---

[44] Član 49. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[45] Član 50. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[46] Član 41. Zakona o vodama iz 1998. godine.

[47] Član 38, 42.–47, 49.–68. Zakona o vodama iz 1998. godine.

[48] Član 109. Zakona o vodama iz 2006. godine.

Vodni akti ne donose se za korištenje vode u općoj upotrebi, te gašenje požara i preduzimanje hitnih sanitarnih i drugih mjera u slučaju opće opasnosti bez pribavljanja okolinske dozvole u smislu Zakona o zaštiti okoline ("Sl. novine FBiH", br. 33/03), a koji za obavljanje privredne ili obrtničke djelatnosti vodu osiguravaju priključkom na javni vodovodni sistem i otpadne vode ispuštaju u javni kanalizacioni sistem prema odobrenju operatera tih sistema. Ovi akti ne donose se ni za građenje novih i rekonstrukciju postojećih stambenih objekata koji se snabdijevaju vodom, priključkom na javni vodoprivredni sistem, a ispuštaju otpadne vode u javni kanalizacioni sistem. Ove odredbe ne važe za objekte čija veličina i način fundiranja utiču na režim podzemnih voda.[49]

Prethodna vodna saglasnost izdaje se po privatnom načelu. To je odluka o postojanju uvjeta za ostvarivanje prava stranke na vodu, kao i način njegovog ostvarivanja, te uvjetima kojima mora odgovarati dokumentacija za građenje novih, rekonstrukciju ili uklanjanje postojećih objekata i druge negrađevinske aktivnosti, a mogu trajno, povremeno ili privremeno uticati na promjenu režima voda. Ova saglasnost izdaje su u postupku izdavanja okolinske dozvole i urbanističke saglasnosti za objekte i aktivnosti za koje je nepotrebna ova dozvola. Ovaj upravni akt može se donijeti i u postupku izdavanja koncesije na vodama i vodnom dobru. Navedeni upravni akt za objekte ili radove prestaje u roku od tri godine, ako se do njegovog isteka ne podnese zahtjev za izdavanje vodne saglasnosti.

Prethodna vodna saglasnost je pretpostavka za izdavanje okolinske dozvole za pogone i postrojenja. Pravni osnov ove dozvole je i Zakon o zaštiti okoline. Pravni objekat dozvole isti je kao i za prethodnu vodnu saglasnost. Organ nadležan za izdavanje okolinske dozvole podnosi zahtjev za izdavanje prethodne vodne saglasnosti. Radi izdavanja okolinske dozvole postupak procjene uticaja pogona, postrojenja i aktivnosti na okolinu provodi nadležni organ u kojem na njegov zahtjev učestvuje organ nadležan za izdavanje vodnih akata. Za ove pravne objekte ili aktivnosti podnosi se zahtjev, kao i za izdavanje vodnog akta i studija o uticaju na okolinu prema Zakonu o zaštiti okoline.[50]

Nadležni organ može pokrenuti postupak za dodjelu koncesije korištenja vode i vodnog dobra ako je prije toga pribavio prethodnu vodnu saglasnost od nadležnog organa uprave u skladu sa Zakonom o vodama. Ova saglasnost se nakon provedenog postupka dodjele koncesije prenosi na pravnu

[49] Član 110. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[50] Član 112. Zakona o vodama iz 2006. godine.

osobu koja je dobila koncesiju (koncesionar). Ovaj pravni subjekt obavezan je pribaviti ostale vodne akte prema važećem Zakonu o vodama.

Drugi vodni akt je vodna saglasnost i izdaje se na zahtjev stranke. Tim upravnim aktom utvrđuje se usklađenost dokumentacije određene u propisima o vodama i planskim dokumentima i zahtjevu za prethodnom vodnom saglasnošću. Vodna saglasnost pretpostavka je odobrenja za građenje novih ili rekonstrukciju postojećih objekata za koje se mora donijeti ova saglasnost. Organ uprave neće izdati vodnu saglasnost ako dokumentacija za građenje ili druge aktivnosti nisu obavljene u skladu s prethodnom vodnom saglasnošću. Vodna saglasnost prestaje važiti, ukoliko se u roku od dvije godine ne pribavi odobrenje za građenje i ne započnu radovi. Izuzetno, samo vodnom saglasnošću utvrđuju se uvjeti za uređenje lokaliteta i predmetne dionice vodotoka.[51]

Vodna dozvola izdaje se za sve objekte i aktivnosti, kao i vodna saglasnost u skladu sa Zakonom o vodama iz 2006. godine. Nova vodna dozvola mora se izdati ako promjene u tehnologiji ili drugi razlozi uzrokuju naknadno izmjenu obima i uvjeta korištenja vode, odnosno ispuštanje otpadnih voda u površinske vode.

Vodnom dozvolom određuje se namjena, način i uvjeti iskorištavanja vode, režim rada objekata i postrojenja, način i uvjeti ispuštanja otpadnih voda i odlaganja krutog i tečnog otpada i ostali uvjeti. Ovim upravnim aktom utvrđuje se da su ispunjeni uvjeti iz vodne saglasnosti i da je zahtjevu za izdavanje vodne dozvole priložen opći akt federalnog ministra poljoprivrede, vodoprivrede i šumarstva.[52]

Vodna dozvola izdaje se na određeno vrijeme, a najduže do 15 godina. Pravo korištenja ili upotrebe vode ili ispuštanje otpadnih voda na osnovu upravnog akta je osobne prirode. Ova dozvola prethodi izdavanju upotrebne dozvole prema propisima o građenju.[53]

Zakon o vodama propisuje da vodna dozvola prestaje važiti istekom roka u dozvoli, odricanjem korisnika od prava iz vodne dozvole i nekorištenjem prava iz vodne dozvole bez opravdanih razloga duže od dvije godine.

Rješenje o prestanku prava na jedan od ovih načina donosi isti organ koji je izdao vodnu dozvolu. Na zahtjev korisnika ova dozvola može se produžiti.[54]

---

[51] Član 114. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[52] Član 116. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[53] Član 117. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[54] Član 118. Zakona o vodama iz 2006. godine.

U vezi s vodnim aktima Zakon o vodama propisuje i odredbe o obavezama budućeg imaoca prava na korištenje voda, zahtjevu za izdavanje vodnog akta, dodatnim zahtjevima prema podnosiocu zahtjeva, stručnom mišljenju agencije za vode, obavještavanju zainteresiranih strana i javnosti, izjašnjenju podnosioca zahtjeva, dostavljanju odluke i obavještavanju, troškovima postupka, dodatnim uvjetima u izdatom vodnom aktu, vremenskom važenju vodnog akta, izmjenama vodnih akata, privremenom ograničenju i prilagođavanju prava na korištenje voda, nalogu i njegovom izdavanju, prigovoru na nalog, privremenom i trajnom oduzimanju vodnog akta, postupku oduzimanja vodnog akta, podjeli nadležnosti izdavanja vodnih akata.[55]

Među svim ostalim odredbama o vodnim aktima treba posebno istaći saradnju organa u postupku izdavanja vodnih akata. Naime, sadašnji Zakon o vodama polazi od toga da se u Bosni i Hercegovini vodni tokovi nalaze u oba entiteta. Ako se u donošenju vodnih akata, a posebno prethodne vodne saglasnosti utvrdi postojanje razloga koji ukazuju da objekat, instalacija ili planirane aktivnosti u području Federacije mogu imati negativne posljedice na vode na području Republike Srpske, nadležni organ Federacije dostavlja podatke i dokumentaciju iz zahtjeva nadležnom organu Republike Srpske i traži izdavanje prethodne vodne saglasnosti. Ukoliko isti razlozi postoje u vezi s negativnim uticajem na vode druge države, agencija za vodno područje dužna je sve podatke iz dokumentacije proslijediti nadležnom organu te države radi njegovog izjašnjenja preko institucija Bosne i Hercegovine nadležne za vode. Nadležna institucija Bosne i Hercegovine provodi svoje međunarodne aktivnosti na osnovu ratifikovanih, odnosno potpisanih konvencija i međunarodnih sporazuma.[56]

VI
NADZOR

U skladu s reformom vodnog zakonodavstva nadzor je znatno proširen. Vrše ga Federalno ministarstvo, te federalna i kantonalna inspekcija.

Federalno ministarstvo nadzire provođenje Zakona o vodama i pripadajućih podzakonskih akata, kao i upravni nadzor nad radom Agencije za vode u obavljanju poslova iz njihove zakonom određene nadležnosti.[57]

---

[55] Članovi 119.–122, 124.-134, 136.–139. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[56] Član 123. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[57] Član 179. Zakona o vodama iz 2006. godine.

U vezi s poslovima iz nadležnosti Agencije za vode, Federalno ministarstvo vrši neposredan uvid i kontrolu u rad Agencije, pregleda njene akte i dokumentaciju o kojoj se vodi evidencija, izdaje naloge i instrukcije za obavljanje poslova i traži podatke i obavještenja o izvršavanju obaveza iz Zakona o vodama i druge propise donesenih na osnovu ovog zakona, te izvještaje o izvršavanju zadataka Agencije propisanih ovim zakonom.

Federalno ministarstvo određuje rok u kojem se obaveze iz Zakona, propis ili opći akt moraju izvršiti, odnosno nepravilnosti ukloniti, ako ih Agencija za vode prekrši, odnosno prouzrokuje. Ukoliko Agencija ne izvrši naložene obaveze, Federalno ministarstvo o tome obavještava Vladu Federacije. U ovom slučaju Vlada izdaje smjernice Agenciji, odnosno preduzima mjere kojima se osigurava vršenje poslova prema Zakonu o vodama.[58]

Isto ministarstvo nadzire zakonitost vodnih akata Agencija za vode, kantonalnih organa uprave, te gradskih i općinskih službi za upravu nadležnih za vode kada rješava o upravnim stvarima o pravima i obavezama fizičkih i pravnih osoba koje su Zakonom stavljene u nadležnost navedenih upravnih ustanova. Ovom ministarstvu se u upravnom postupku izjavljuje žalba protiv vodnih akata.

Inspekcijski nadzor je u organizacionom i funkcionalnom smislu proširen. Nadzor nad provođenjem Zakona o vodama i odgovarajućih podzakonskih akata provodi Federalna vodna inspekcija u sastavu Federalnog ministarstva za poljoprivredu, šumarstvo i vodoprivredu. Zakonitost podzakonskih akata federalnog ministra za okolinu donesenih na osnovu Zakona o vodama nadzire federalni inspektor u sastavu Federalnog ministarstva za okolinu.

Federalna vodna inspekcija organizira se za neposredni sliv Save, podslivove Une s Glinom i Koranom, Vrbasa, Bosne, Drine, bazen Neretve, Krke i Cetine, te obalno more.

Broj i teritorijalna raspoređenost federalnih vodnih inspektora utvrđuje se Pravilnikom o unutrašnjoj organizaciji Federalnog ministarstva.[59]

Osnovane federalne vodne inspekcije moraju sarađivati u skladu sa Zakonom o vodama.[60]

U odnosu na stari Zakon o vodama, novi je proširio i upravne radnje federalnog vodnog inspektora. Ovaj inspektor dodatno je ovlašten donijeti pisano rješenje

[58] Član 180. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[59] Član 184. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[60] Član 194. Zakona o vodama iz 2006. godine.

i odmah naređuje njegovo izvršenje, ako prijeti neposredna opasnost od poplava, izlijevanja voda ili pogoršanja stanja u toku poplave, nestašice vode ili teškoće u snabdijevanju vodom. Inspektor može donijeti pisano rješenje i ukoliko postoji opasnost od zagađenja vode ili je nastupilo zagađenje u obimu u kojem to predstavlja neposrednu opasnost po život i zdravlje ljudi ili za životinjski ili biljni svijet, za zagađenje izvora vode namijenjenog snabdijevanju pitkom vodom, za zagađenje površinskih i podzemnih voda i od pojave odrona zemlje, klizišta ili drugih vidova erozije. Isti upravni službenik može donijeti rješenje pod uvjetom da nastupi suša ili bi iz drugih razloga moglo doći do nestašice vode ili poteškoća u snabdijevanju vodom za piće, a to je potrebno za osiguranje opće upotrebe voda[61] ili za osiguranje zakonom, propisane stvarne služnosti, ako se vlasnik ili drugi korisnik vodnog dobra ili drugog priobalnog zemljišta suprotstavlja prelasku preko svoje zemlje ili obavljanju radova radi provođenja Zakona o vodama. I na kraju, inspektor hitno donosi rješenje i izvršava ga ako je to potrebno za osiguranje izvođenja radova na istraživanju voda, u skladu s odredbama ovog zakona, a to zahtijevaju i druge hitne situacije određene Zakonom.[62]

U skladu s reformom vodnog zakonodavstva u Federaciji Bosne i Hercegovine ovlaštenja i dužnosti federalnog vodnog inspektora su potpuno iznova propisani i mogu se podijeliti u četiri grupe. Tako je ovaj inspektor ovlašten i dužan spriječiti neovlašteno korištenje vode, ostvarivanje prava na korištenje vode, ako se ona ne koristi u skladu s vodnom dozvolom ili ograničiti korištenje. Može odrediti i privremeni prekid obavljanja djelatnosti, ako se krše odredbe dozvole o sprečavanju ili ograničavanju, obavezu utvrđivanja štete i naknade štete nastale radnjama vađenja materijala iz površinskih voda i obavezu vraćanja u prvobitno stanje i druge mjere u skladu sa Zakonom, ili na osnovu propisa i vodnih akata donesenih na osnovu Zakona. Inspektor može zabraniti upotrebu objekta i uređaja, ako se koriste bez ili u suprotnosti s vodnom dozvolom, vađenje materijala iz površinskih voda, ako se vađenje tog materijala vrši bez vodnog ili u suprotnosti s vodnim aktima, zabraniti ispuštanje otpadnih voda u površinske vode ili indirektno ispuštanje otpadnih voda u podzemne vode, ako se to ispuštanje vrši u suprotnosti sa Zakonom[63] ili ograničiti ga i zatim odrediti uspostavljanje prvobitnog stanja. Četvrta vrsta ovlaštenja je da može zaustaviti izgradnju ili izvođenje zahvata u prostoru, ako se ta izgradnja i zahvati izvode bez ili u suprotnosti s vodnom saglasnošću.[64]

---

[61] Član 46. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[62] Član 188. stav 2. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[63] Član 55. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[64] Član 187. Zakona o vodama iz 2006. godine.

Inspekcijski postupci u starom i novom Zakonu o vodama ostali su u potpunosti isti.[65]

Posebno treba naglasiti novi institut međuentitetske saradnje vodnih inspekcijskih službi. Takvim odredbama je prvi put propisana uža saradnja entitetskih inspekcija, što bi trebalo da vodi jačanju principa pravne države u Bosni i Hercegovini. Tako su Zakonom propisana zajednička ovlaštenja vodnih inspektora Federacije i Republike Srpske.

VII
ZAŠTITA SUPSTANCE VODA

Novi Zakon o vodama također je izmijenio zaštitu voda. Naime, ovaj pravni akt sadrži nova pravila koja nisu postojala u Zakonu o vodama iz 1998. godine.

Radi zaštite supstance voda sadašnji Zakon i podzakonski propisi Vlade Federacije BiH o graničnim vrijednostima za ispuštanje otpadnih voda reguliraju način ispuštanja otpadnih voda u površinske vode. Takvu vodu zabranjeno je ispuštati u prirodno jezero, ribnjak, močvaru i drugu prirodnu vodnu akumulaciju sa stalnim ili povremenim dotokom ili isticanjem površinske ili podzemne vode, te u vodnu akumulaciju nastalu zbog vađenja ili iskorištavanja mineralne sirovine ili drugog sličnog zahvata, a koja je u kontaktu s podzemnom vodom. U navedenim javnim vodnim dobrima zabranjeno je korištenje vode koje bi moglo prouzrokovati ugrožavanje njenog ekološkog ili hemijskog stanja. Zabranjeno je i ispuštati otpadnu vodu direktno u podzemnu vodu. Isto tako, indirektno ispuštanje otpadne vode u podzemnu vodu dozvoljeno je samo kako je propisano i pod uvjetom utvrđenim ovim zakonom i istim već navedenim podzakonskim propisom Vlade Federacije Bosne i Hercegovine.[66]

Fizičkim i pravnim osobama propisana je opća obaveza odvodnje i tretmana otpadnih voda. Ovi pravni subjekti dužni su otpadnu vodu ispuštati u javni kanalizacioni sistem ili na drugi način, u skladu s odlukom o odvodnji otpadnih voda. Propisani dijelovi ovog pravnog akta su o načinu odvodnje otpadnih voda, obavezi priključenja na javni kanalizacioni sistem, uvjetima i načinu ispuštanja otpadnih voda na područjima na kojima nije izgrađen takav sistem, obavezi posebnog odlaganja i odstranjivanja opasnih i drugih materija, te obavezi održavanja javnih kanalizacionih sistema. Navedenu

[65] Član 213. Zakona o vodama iz 1998. godine i član 190. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[66] Član 53. Zakona o vodama iz 2006. godine.

odluku na području grada i općine donosi gradsko, odnosno općinsko vijeće. U slučaju da se istim sistemom javne odvodnje otpadnih voda odvodi voda s područja više općina, odluku donosi organ određen propisom kantona.[67]

Zakonom su propisane granične vrijednosti za ispuštanje otpadnih voda. Njih utvrđuje Vlada Federacije BiH propisom o graničnim vrijednostima zagađujućih materija u otpadnim vodama i drugim zahtjevima o ispuštanju otpadnih voda u površinske vode i indirektno ispuštanje otpadnih voda u podzemne vode. Na prijedlog federalnog ministra nadležnog za okolinu Vlada donosi i propis o opasnim i prioritetnim materijama. Vlada Federacije donosi propis pod uvjetom ako Vijeće ministara Bosne i Hercegovine nije donijelo takav propis. Naime, ovaj podzakonski akt donosi se uz konsultaciju s Vladom Republike Srpske radi njegove harmonizacije sa istim pravnim aktom u ovom entitetu. Dodatno, kanton je ovlašten dodatno propisati strože uvjete od ovih u federalnom podzakonskom aktu za vode s njihovog područja.[68]

Zakon o vodama štiti supstancu vode zabranom đubrenja i upotrebe sredstava za zaštitu bilja na vodnom dobru. Međutim, postoje i vode zagađene nitratima i sredstvima za zaštitu bilja ili područja gdje postoji rizik od takvog zagađivanja. Radi zaštite supstance voda Zakon je uspostavio horizontalne odnose između federalnog ministra poljoprivrede, vodoprivrede i šumarstva i federalnog ministra za okolinu. Naime, federalni ministar poljoprivrede, vodoprivrede i šumarstva uz saglasnost s federalnim ministrom za okolinu donosi propis o pravilima dobre poljoprivredne prakse. Takva praksa je pravni standard koji zahtijeva prilagodbu podzakonskog akta kada god se ukaže potreba za to. Federalni ministar u saradnji s federalnim ministrom za okolinu donosi propis o metodologiji za određivanje spomenutih područja. Isti ministar može svojim propisom ograničiti ili zabraniti korištenje vještačkih đubriva, gnojiva ili sredstava za zaštitu biljaka u predmetnim područjima.[69]

Supstanca vode štiti se i ograničenjem plovidbe plovilima koja za pogon koriste naftne derivate. Izuzetak su vanredne okolnosti spašavanja ljudi, imovine i dobara, kao i plovila u funkciji provođenja policijskih zadataka i odbrane.[70]

Zakonom je dozvoljeno i vađenje materijala na način i u obimu da se ne mijenjaju prirodni procesi i ne remeti prirodna ravnoteža ekosistema ili ne pospješuje štetno djelovanje voda.[71]

---

[67] Član 54. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[68] Član 55. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[69] Član 56. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[70] Član 57. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[71] Član 63. Zakona o vodama iz 2006. godine.

Zaštitu supstance voda Zakon pruža i kroz instituciju referentne i ovlaštene laboratorije. Referentna laboratorija prati stanje voda, verificira rezultate rada ovlaštene laboratorije i za izvršavanje zadataka i nadležnosti Federalnog ministarstva za poljoprivredu, vodoprivredu i šumarstvo i federalnog ministarstva nadležnog za okolinu, kantonalnih ministarstava nadležnih za vode i okolinu, te agencije za vodno područje. Referentna laboratorija je državna institucija i do njenog osnivanja njene poslove i zadatke vršit će neka od ovlaštenih laboratorija. Uvjete osnivanja ovih laboratorija utvrđuje federalni ministar poljoprivrede, vodoprivrede i šumarstva posebnim propisom.[72]

Zaštićena područja su novi pravni objekti u materiji zaštite voda. Proglašavaju se radi posebne zaštite površinskih i podzemnih voda, staništa biljnih i životinjskih ili akvatičnih vrsta područja i vodnih tijela. Ova područja su namijenjena za zahvatanje pitke vode, zaštitu ekonomski važnih akvatičnih vrsta u kojima je održavanje ili poboljšanje stanja voda bitan uvjet za njihov opstanak i reprodukciju. To su i površinska vodna tijela namijenjena rekreaciji, uključujući i područja određena za kupanje i područja podložna eutrofikaciji i područja osjetljiva na nitrate.

U vezi sa izvorištima pitke vode, Zakon propisuje da područja koja se po količini i kvalitetu može koristiti ili se koristi za njeno vodosnabdijevanje mora biti zaštićeno od zagađenja i drugih nepovoljnih uticaja na zdravstvenu ispravnost vode ili izdašnost izvora. Ovakva zaštita ostvaruje se utvrđivanjem zona samostalne zaštite čija se veličina, granice, sanitarni režim, mjere zaštite i drugi uvjeti određuju propisom o načinu utvrđivanja uvjeta za određivanje zona sanitarne zaštite i zaštitnih mjera za navedena izvorišta. Ovaj pravni akt donosi federalni ministar u saradnji s federalnim ministrima za zdravstvo i okolinu. Ovaj podzakonski akt i istražni radovi osnov su za odluku o zaštiti izvorišta. Navedeni pojedinačni pravni akt sadrži naročito granice zona sanitarne zaštite, sanitarne i druge uvjete u pojedinim zonama i druge mjere zaštite, zabrane i ograničenja, izvore i način finansiranja za provođenje zaštitnih mjera, nazive organa i pravne osobe koje će provoditi odluku, te kazne za povredu odredaba te odluke.[73]

Dio plana upravljanja vodama su i zone sanitarne zaštite utvrđene odlukom o zaštiti izvorišta, kao i prostor rezerviran za uspostavljanje zona bez odgovarajuće odluke.[74]

Općinski organ uprave nadležan za vode na čijem području se nalazi izvorište utvrđuju zone sanitarne zaštite i zaštitne mjere.

---

[72] Član 64. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[73] Član 66. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[74] Član 67. Zakona o vodama iz 2006. godine.

Odluka o zaštiti izvorišta donosi se na više nivoa vlasti zavisno od toga na čijem području se nalazi. Ako se npr. izvorište sa zonom sanitarne zaštite prostiru na području jednog grada ili općine odluku donosi nadležno gradsko, odnosno općinsko vijeće. Kantonalnim propisom određuje se nadležni organ ako se zone sanitarne zaštite nalaze na području više gradova ili općina na području istog kantona. Ako se prostiru na području dva ili više kantona, na prijedlog federalnog ministarstva poljoprivrede, vodoprivrede i šumarstva odluku donosi Vlada Federacije. Ukoliko se zone sanitarne zaštite nalaze na području dva entiteta, odnosno Distrikta Brčko, odluka se donosi sporazumom entitetskih vlada, odnosno Distrikta Brčko. Međunarodni ugovor je pravni osnov za donošenje navedene odluke za zone sanitarne zaštite na području Bosne i Hercegovine i susjedne države.[75]

Agencija za vodno područje može utvrditi i zaštićena područja rezervi kopnenih voda, bez obzira na to šta je njihova buduća namjena. Ova područja određuju se na osnovu utvrđenih rezervi kopnenih voda koje se klasificiraju u najviši red prema hemijskim, fizičko-hemijskim i mikrobiološkim karakteristikama. Na prijedlog ove agencije u saradnji s federalnim ministrima za zdravstvo i prostorno uređenje federalni ministar donosi propis o ograničenjima i zabranama opterećenja prostora i aktivnosti koje mogu ugroziti kvalitativno ili kvantitativno stanje kopnenih voda u kopnenim područjima.[76]

Vode za kupanje štite se zabranom postavljanja stalnih ili privremenih objekata ili drugih prepreka koje bi sprečavale slobodan protok robe, slobodan prijelaz preko vodnog dobra, odnosno sprečavale slobodan prilaz obalama i koritu vodotoka, prirodnog i vještačkog jezera, kao i obalnoj morskoj vodi. Ovo područje mora se zaštititi od zagađenja i od ostalih oblika korištenja ili pojava koje mogu uticati na kvalitet vode za kupanje. Zabranjuju se i aktivnosti koje ugrožavaju ili bi mogle ugroziti zdravlje ili život kupača.[77]

Supstanca voda štiti se i podjelom područja na osjetljiva i manje osjetljiva područja podložna eutrofikaciji i osjetljivih na nitrate. U saglasnosti s federalnim ministrom poljoprivrede, vodoprivrede i šumarstva federalni ministar za okolinu donosi propis o osjetljivim područjima, kao i mjere zaštite, zabrane i ograničenja u osjetljivom području.[78]

Federalni ministar za okolinu proglašava osjetljiva područja na teritoriji Federacije.

---

[75] Član 68. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[76] Član 69. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[77] Član 72. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[78] Član 73. Zakona o vodama iz 2006. godine.

Zakon propisuje da osjetljivo i manje osjetljivo područje na teritoriji oba entiteta proglašava ministarstvo Bosne i Hercegovine nadležno za vode na prijedlog oba entitetska ministra za vodu i okolinu. Osjetljivo područje na teritoriji BiH i susjedne države proglašava organ Bosne i Hercegovine određen državnim propisom.[79]

Podzakonskim aktom nadležnih federalnih ministara se u osjetljivom području ograničavaju ili zabranjuju aktivnosti koje mogu ugroziti kvantitativno ili kvalitativno stanje vode. Vlasnik, odnosno posjednik zemljišta u osjetljivom području mora preduzimati mjere zaštite kvantiteta ili kvaliteta vode. Zabrane i ograničenja periodično se revidiraju u zavisnosti od rezultata monitoringa.[80]

Dr Enver Ajanović
Assistant Professor

THE APPLICABLE LAW ON WATERS IN THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The Constitution of Bosnia and Herzegovina does not contain provisions on the competence of the state of Bosnia and Herzegovina with regards to the management of public water resources. Therefore, the Federation of Bosnia and Herzegovina and Republika Srpska have adopted water laws in accordance with their constitutions. The legislation on water and public water resources (public water property, as referred to in the laws) in Bosnia and Herzegovina has been reformed in accordance with the Directive no. 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of October 23rd, 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy. Where a water (river basin) district extends beyond the territory of the Community, the Member State or Member States concerned shall endeavor to establish appropriate coordination with the relevant non-Member States, with the aim of achieving the objectives of Directive 2000/60/EC throughout the water (river basin) district. It is on the basis of this legal document that the content of the Water Law had been changed, thereby making it evident that Bosnia and Herzegovina is a country with its own legal system. The new Water Law also partly reformed the administrative authorities competent and responsible for water management. The non-Member states are responsible for ensuring

[79] Član 74. Zakona o vodama iz 2006. godine.

[80] Član 75. Zakona o vodama iz 2006. godine.

the application of the rules of the Directive throughout their water (river basin) district (Article 3, paragraph 5) Namely, where the water (river basin) district extends beyond the territory of the Community, the Member State or Member States concerned endeavor to establish appropriate coordination with the relevant non-Member States with the aim of achieving the objectives of this Directive.

Key terms: *management, use, protection of public water property, supervision over the implementation of regulations regarding public water property*

Dr. Jasna Bakšić Muftić
Vanredna profesorica

UDK: 378:34-055.2
378.14:34
Izvorni naučni rad

PRAVNI FAKULTET U SARAJEVU – ISKUŠENJA U VREMENU

Sažetak

Predmet ovog rada je analiza strukture diplomiranih studenata/ica 1950–2011, strukture osoba koje su na Pravnom fakultetu u Sarajevu stekle naučne stepene magistra/ice pravnih nauka i doktora pravnih nauka. Analiza je rađena iz rodne perspektive koja ukazuje na indikatore promjena u oblasti pravnog obrazovanja. Rezultati analize su pokazali da od dominantne većine, preko približno ravnomjernog učešća u strukturi diplomiranih studenata/ica muškarci postaju manjina, tako da danas čine manje od jedne trećine u strukturi redovnih studenata/ica na Pravnom fakultetu u Sarajevu. Analiziran je trend prisutne feminizacije koji ukazuje na gubitak moći, ugleda i mogućnosti koje ova profesija nudi u kontekstu nastalih promjena u Bosni i Hercegovini. Analizirana je i struktura osoba koje su stekle naučna zvanja magistra/ice pravnih nauka i doktora/ice pravnih nauka na Pravnom fakultetu u Sarajevu, gdje muškarci ostaju većina uz prisutan porast broja žena koje imaju ove naučne stepene. Drugi dio rada posvećen je analizi osoba u svim akademskim zvanjima i tendencije prisutne na Pravnom fakultetu u Sarajevu. Od izrazito "muškog" fakulteta, u saradničkim zvanjima prisutna je feminizacija, što ukazuje da Univerzitet u cjelini, kao i fakulteti pojedinačno, prestaju biti centri moći i poželjna mjesta za profesionalnu karijeru. U sadašnjim uslovima rad na fakultetu podrazumijeva mnogo obaveza u nastavi, malo vremena za naučnoistraživački rad i manju plaću u odnosu na mogućnosti koje postoje u drugim djelatnostima izvan akademske zajednice. U trećem dijelu analizirana je situacija u oblasti pravnog obrazovanja i razmotrene mjere koje fakultet može poduzeti u cilju ponovnog zadobivanja ugleda i statusa u izmijenjenim društvenim, političkim i ekonomskim uslovima.

Ključne riječi: *muškarci, žene, diplomirani pravnici/e, magistri/ce pravnih nauka, doktori pravnih nauka*

Uvod

Pravni fakultet je obilježio 66 godina svog postojanja i 7 godina od početka primjene reformiranog nastavnog plana i programa koji je imao za cilj prilagođavanje zahtjevima postavljenim iz Bolonjske deklaracije, koju je Bosna i Hercegovina potpisala 18. septembra 2003. godine u Berlinu, obavezujući se, tako, na njenu primjenu. Simbolika datuma je više nego poticajna za analizu pravnog obrazovanja i samog Pravnog fakulteta u Sarajevu, uzimajući u obzir prethodna iskustva vezana za godine postojanja i moguće perspektive razvoja pravnog obrazovanja na Pravnom fakultetu u Sarajevu. Pravni fakultet je zajedno s državom Bosnom i Hercegovinom trpio značajne promjene i turbulencije u svom postojanju. Djelovao je u akademskom prostoru Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, kao prva visokoškolska ustanova osnovana u Bosni i Hercegovini, sve do raspada SFRJ devedesetih godina prošlog stoljeća. Nastavio je postojanje u nezavisnoj državi, Republici Bosni i Hercegovini, u kojoj je djelovao i u ratnom periodu (1992–1995). Prema Ustavu Bosne i Hercegovine, kojim je nadležnost za visoko obrazovanje data kantonima, Pravni fakultet u Sarajevu je nastavio svoje djelovanje u izmijenjenim političkim i pravnim okolnostima. Smjenjivali su se periodi komunizma, rata protiv Bosne i Hercegovine, političke i ekonomske tranzicije, reforme visokog obrazovanja s ciljem uključivanja u evropski akademski prostor, koji su određivali i određuju uslove u kojima Fakultet djeluje i usmjeravali pravce promjena na samom fakultetu. Sve nastale društvene, ekonomske i političke promjene utječu na djelovanje Pravnog fakulteta u Sarajevu i imaju posljedice na razvoj pravnog obrazovanja i pravne nauke u Bosni i Hercegovini.

Cilj ovog rada je analiza razvoja Pravnog fakulteta u Sarajevu i praćenje trendova u strukturi studentske populacije, u strukturi zaposlenih osoba u svim akademskim zvanjima i dovođenje u vezu s promjenama u širem društvenom i političkom kontekstu, unutar kojeg Fakultet djeluje od svog osnivanja. Slijedeći nivo analize se odnosi na način organiziranja nastave (nastavni planovi i programi), uz kritičku procjenu postojećeg stanja u odnosu na mogućnost ostvarivanja ciljeva postavljenih Bolonjskom deklaracijom, odnosno uklapanja u evropski prostor visokog obrazovanja u skladu s Bolonjskom deklaracijom. Kritička analiza je prijeko potrebna kako bi se sagledale promjene nastale u vremenu od osnivanja fakulteta, za realnu procjenu stvarnog stanja u kojem se nalazi pravno obrazovanje i nauka, za sagledavanje mogućnosti i perspektiva razvoja pravnog obrazovanja i pravne nauke na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

U radu se zagovara teza da je došlo do feminizacije pravnog obrazovanja na Pravnom fakultetu u Sarajevu, koja predstavlja indikator da pravna profesija gubi na društvenom ugledu i da su smanjene mogućnosti za ostvarivanjem ekonomskog statusa diplomiranim studentima/icama u Bosni i Hercegovini. Dalje, u radu se zagovara teza da napuštanje rodno neutralne u korist rodno odgovorne politike u kreiranju nastavnih planova i programa, u organiziranju izvođenja nastave, može donijeti pozitivne promjene u podizanju kvaliteta pravnog obrazovanja i imati pozitivan utjecaj na jačanje pozicije ovog fakulteta u akademskoj zajednici Bosne i Hercegovine. U širem kontekstu to je i jedna od mjera, kojom se ispunjavaju zahtjevi Evropske komisije za kreiranje uslova za podršku ženama u nauci, koji datiraju još iz 1999 godine.[1]

U radu je korišten analitički, komparativni i metod feminističke jurisprudencije, koji polazi od analize konkretnog stanja ili slučaja, na osnovu čega se izvode opšti zaključci. Manjinska pozicija, a žene jesu manjina u pogledu posjedovanja društvene moći, omogućava nepogrešivo lociranje centara društvene moći, detekciju ekonomskih i političkih kretanja u društvu i ukazuje na slabosti postojećeg sistema. Već je odavno pokazano da feminizacija profesija ukazuje na gubitak njihove ekonomske moći i pad društvenog ugleda. Takva veza se može uspostaviti s pozicijom koju danas ima univerzitet, akademska zajednica, njen ekonomski status i društveni ugled u čijoj pozadini stoji feminizacija prisutna u određenim naukama.

---

[1] U 1999. godini Savjet za istraživanje je usvojio Rezoluciju o ženama i nauci, pozivajući države članice da se angažiraju u dijalogu i da razmijene poglede o nacionalnim politikama, uzimajući u obzir prakse, koje su dale najbolje rezultate. Takođe, države članice su pozvane da naprave studiju, koja uključuje osnovne informacije o rodnom balansu – Istraživanje i Razvoj osoblja – i istraže metode i procedure za prikupljanje podataka, te razviju indikatore za mjerenje participacije žena u istraživanjima u Evropi. Kao posljedica tih aktivnosti je ustanovljena grupa, koju su činili službenici i gender eksperti iz 15 zemalja, tadašnjih članica EU i 15 drugih zemalja, pridruženih Petom okvirnom programu za istraživanja, tehnologiju, razvoj i praktične aktivnosti (1998–2002). Njihov zadatak je bio da istraže položaj žena u nauci. Ta grupa je postala poznata kao Helsinška grupa, jer je svoj prvi sastanak održala u Helsinkiju, tokom predsjedavanja Finske EU. Pridružene zemlje članice ovog programa su bile: Bugarska, Kipar, Republika Češka, Estonija, Mađarska, Island, Izrael, Latvija, Litvanija, Malta, Norveška, Poljska, Rumunija, Slovačka i Slovenija. Mandat Helsinške grupe je da promovira razgovor i razmjenu iskustava u pogledu mjera i politika, osmišljenih i implementiranih na lokalnom, regionalnom, nacionalnom i evropskom nivou, s ciljem ohrabrivanja žena za učešće u istraživanjima i izgradnji naučnih karijera. Države članice ove grupe su se, takođe, obavezale za pribavljanje spolno razvrstanih statistika i razvijanje rodno senzitivnih indikatora, koji omogućavaju praćenje participacije žena u evropskim istraživanjima. – Teresa Rees: "Report about women and science in 30 countries" (Izvještaj o ženama i nauci u 30 zemalja), "Nacionalne politike o ženama i nauci u Evropi", Evropska komisija, mart 2002.
ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/improving/docs/women_national_policies_part_1.pdf

Ovdje je predmet analize stanje na Pravnom fakultetu u Sarajevu, otkrivanje poruka i značenja koji stoje iza statističkih podataka, cifara i brojki, koje se odnose na strukturu diplomiranih studenata/ica na Pravnom fakultetu u Sarajevu, od vremena njegovog osnivanja do danas, te kritička analiza brojki i statistika, koje se odnose na zaposlene osobe u svim akademskim zvanjima na fakultetu. Kritička analiza je najbolji pokazatelj promjena koje su se dešavale na Pravnom fakultetu u Sarajevu i u okruženju u kojem Fakultet djeluje. Istovremeno, rezultati analize mogu poslužiti kao osnova za kreiranje razvojne politike na Fakultetu. Analiza je osnova za utvrđivanje prednosti, slabosti i postojećih ograničenja u pogledu uslova rada, mogućnosti za razvoj pravnog obrazovanja i razvoj naučnoistraživačkog rada na Pravnom fakultetu u Sarajevu. Pravni fakultet u Sarajevu je osnovan s ciljem da bude vodeća visokoškolska ustanova u oblasti pravnog obrazovanja, da osigura kvalitet u pravnom obrazovanju potreban za obavljanje poslova vezanih za pravnu profesiju. Ovaj cilj dobiva na težini, jer je Bosna i Hercegovina sada samostalna država koja prolazi kroz turbulentni period u svom razvoju. Pravni fakultet nije jedini koji djeluje u oblasti pravnog obrazovanja, osnivaju se novi fakultetu u okruženju, osnivaju se privatni fakulteti i univerziteti koji uključuju pravne studije, što mijenja sliku društvenih i političkih uslova u kojem djeluje Pravni fakultet u Sarajevu. U vremenskom periodu od 1995. česte su situacije u kojima se od svih traži prilagođavanje novim uslovima rada, novom okruženju, traže se odgovori na nastale probleme, a u pozadini dešavanja izostaje vizija, strategija i na njoj zasnovan plan razvoja. Motiv ovog istraživanja je želja da se ispitaju mogućnosti da pravna profesija bude poželjna, društveno priznata, ekonomski profitabilna, koja svojim diplomiranim studentima/icama nudi izglednu profesionalnu karijeru u postojećim uslovima. Motiv je ispitati mogućnosti za unapređenje naučnog i istraživačkog rada na Fakultetu, njegovo uključivanje u regionalnu i evropsku akademsku mrežu.

U prvom dijelu je izvršena analiza spolne strukture diplomiranih studenata/ica, počevši od prve generacije diplomiranih pravnika/ica iz 1950. godine pa do generacije 2010/11., koja je diplomirala po bolonjskom programu. Cilj analize je praćenje promjene u strukturi studenata s obzirom na spolnu pripadnost. Pokazao se prelaz od početne, dominantno muške studenske populacije, preko približno ravnomjerne spolne distribucije, do zadnje faze koju karakterizira ženska dominacija u postojećoj strukturi studentske populacije na Pravnom fakultetu. Napravljena je i spolna analiza osoba, koje su stekle naučne stepene magistra i doktora nauka na Pravnom fakultetu u Sarajevu, od vremena njegovog osnivanja do danas. U ovom dijelu se analiziraju uzroci i posljedice feminizacije Pravnog fakulteta u Sarajevu i

feminizacija pravne profesije unutar šireg društvenog i političkog konteksta u Bosni i Hercegovini.

U drugom dijelu rada je izvršena rodna analiza osoba u akademskim zvanjima od osnivanja Pravnog fakulteta u Sarajevu pa do analize postojećeg stanja po katedrama i na Fakultetu kao cjelini. Cilj analize nije samo ukazivanje na distribuciju moći unutar akademske zajednice nego na posljedice, koje postojeća struktura može imati na razvoj ove visokoškolske institucije. Potpuno raščlanjivanje postojećih katedri i Fakulteta kao cjeline s obzirom na spolnu i starosnu strukturu, struktura zaposlenih osoba u svim akademskim zvanjima treba ozbiljno biti uzeta u obzir prilikom formuliranja razvojnih politika i mjera za unapređivanje kvaliteta obrazovanja. Rodno odgovorna politika, koja uzima u obzir interese i žena i muškaraca zaposlenih u akademskoj zajednici, u konačnici dovodi do maksimiziranja korištenja potencijala postojećih ljudskih resursa. Korist od toga imaju jedinke, ali i zajednica u cjelini. Opšti trend feminizacije može biti preokrenut u prednost, rodno odgovornom politikom. Cilj je povećanje kvaliteta obrazovanja i istraživačkog rada što doprinosi atraktivnosti profesije, jer povećava kompetitivne prednosti Fakulteta u odnosu na druge fakultete u okruženju.

Treći dio rada je posvećen analizi nastavnih planova i posljedicama koje ovakav način izvođenja nastave ima na opterećenje akademskog osoblja i studenata/ica, a samim tim i na kvalitet studija na Pravnom fakultetu. Analiza je napravljena korištenjem starih nastavnih planova i programa, rasporeda broja sati po semestrima s postojećom organizacijom izvođenja nastave na Pravnom fakultetu u Sarajevu. Cilj analize je pronalaženje modela koji će imati pozitivan efekat na sve učesnike u nastavnom procesu i na kvalitet pravnog obrazovanja na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

Analiza strukture diplomiranih studenata/ica na Pravnom fakultetu u Sarajevu (1950–2011)

S aspekta društvene i ekonomske moći koju podrazumijevaju određene profesije, pravo i medicina su sigurno među prvima na profesionalnoj ljestvici. U globalnim razmjerama interes studenata/ica za ovaj studij je velik i nije slučajno da su postavljeni visoki kriteriji za prijem studenata na ove studije.[2] Istina, postoji značajna razlika među pravnim fakultetima koja se ogleda u akademskoj reputaciji fakulteta i osoba koje na njemu predaju, u kvalitetu

[2] Problem je mnogo kompleksniji u odnosu na način na koji se koristi kao ilustracija u ovom radu; za primjer mogu biti uzeti protesti širom Indije, koje su organizirali studenti

nastavnih programa koje studij nudi, u razvoju pojedinih oblasti prava koje se na njima predaju, u mogućnostima zaposlenja koje diploma određenog univerziteta otvara.[3]

Pravni fakultet u Sarajevu je osnovan Zakonom od 20. augusta 1946, koji je donijela Skupština Narodne Republike Bosne i Hercegovine. Imajući u vidu karakter države, Federativne Narodne Republike Jugoslavije, koja je od 1963. godine promijenila ime u Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija, moguća je usporedba sa ostalim fakultetima u tadašnjoj državi. Do formiranja nove države na ovim prostorima su djelovali Pravni fakultet u Zagrebu (1776),[4] Pravni fakultet u Beogradu (1905) i Pravni fakultet u Ljubljani (1919).[5] Uredbom za pravne fakultete iz 1938. godine predviđen je jedinstveni nastavni plan za sva tri pravna fakulteta, koji su postojali u Kraljevini Jugoslaviji. Njime je predviđeno 20 predmeta s tim što se na Pravnom fakultetu u Beogradu predavalo i Šerijatsko pravo za studente islamske vjeroispovijesti.[6] U isto vrijeme 1938. godine u Sarajevu je osnovana Viša

protiv uvođenja kvota (rezerviranih mjesta) za studente koji pripadaju nižim kastama (Other Backwrad Caste) u centralnim i privatnim institutima za visoko obrazovanje. Preporuka Mandal Komisije (2005) da se rezervira 27% mjesta u svim indijskim institutima za medicinske studije, indijskim institutima za tehnologiju i indijskim institutima za menadžment, kao i na ostalim obrazovnim institucijama kao pozitivna mjera kojom se osigurava njihov pristup visokom obrazovanju. Ova odluka je izazvala niz protesta i demonstracija širom Indije, jer je bila procijenjena kao diskriminatorna i politička (diskriminatorna jer su studenti/ice koji su po rezultatima prijemnih ispita i ispunjavanju svih uslova ostali neupisani na određene fakultete zbog primjene kvota za niže kaste, na osnovu kojih su upisani studenti/ice s lošijim rezultatima, a politička jer je ta politika doživljena kao kupovanje političke podrške među pripadnicima određenih društvenih grupa). Iako se nigdje javno ne navodi, to može biti i otpor prema pristupu finansijskoj i društvenoj moći koju te profesije podrazumijevaju. Ova odluka je bila predmet velike debate u Indiji, pa se u jednom kritički nastrojenom članku ističe da je ta odluka donošena u vremenu kada su svršeni studenti s ovih fakulteta dobivali jako visoke plate u industriji i da je mjera vlade povezana s otvaranjem mogućnosti zarade predstavnicima nižih kasti i njihove društvene promocije. http://www.chillibreeze.com/articles/India-reservation.asp

[3] U Sjedinjenim Američkim Državama kriteriji za rangiranje pravnih fakulteta su: akademska reputacija (reputacija koju pojedini fakulteti uživaju između sebe), reputacija koja se zasniva na ocjenama sudija i pravnika, ukupni rezultat koji se temelji na prolaznosti, stepen zapošljavanja u roku od 9 mjeseci nakon završetka studija, troškovi po studentu koji uključuju instrukcije, biblioteku i sistem podrške, ukupni rezultat odnosa profesor-student/ica, stopa prolaznosti studenata u institucijama gdje se zahtijevaju ispiti, broj knjiga kojima raspolaže biblioteka. http://www.leiterrankings.com/usnews/guide.shtml

[4] http://www.pravo.unizg.hr/

[5] http://www.pf.uni-lj.si/fakulteta/nagovor-dekana-na-slavnostni-akademiji-ob-90-oblet/

[6] http://www.ius.bg.ac.rs/istorijat/

islamsko-šerijatsko-teološka škola (VIŠT), koja je imala rang fakulteta. "*U njoj je najvećim dijelom izučavano šerijatsko pravo, ali i pravo uopće, tako da bi se moglo kazati da je u Bosni i Hercegovini i prije formiranja Pravnog fakulteta u Sarajevu, postojala neka vrsta visoke pravne škole. VIŠT je prestao sa radom 1945.godine, a već slijedeće, 1946. godine osnovan je Pravni fakultet u Sarajevu. Vrijedno je spomena, da su neki profesori studenti VIŠT-a kasnije postali profesori Pravnog fakulteta u Sarajevu"*[7]. S obzirom na to da se na svim zvaničnim web-stranicama fakulteta u državama nastalim raspadom SFRJ spominju začeci pravnog obrazovanja na tim prostorima naveden je i ovaj podatak, vezan za začetke pravnog obrazovanja..

Imajući u vidu ranije postojanje pravnih fakulteta u Zagrebu, Beogradu i Ljubljani razumljiv je podatak da su matičari Pravnog fakulteta u Sarajevu profesori s ovih fakulteta i to akademik, prof. dr. Mehmed Begović (Pravni fakultet u Beogradu), akademik prof. dr. Gorazd Kušej (Pravni fakultet u Ljubljani) i prof. dr. Pavao Rastovčan (Pravni fakultet u Zagrebu).[8]

U povodu obilježavanja 65 godina Pravnog fakulteta u Sarajevu, objavljena je Spomenica[9] koja, između ostalih podataka, sadrži imena svih diplomiranih studenata/ica na Pravnom fakultetu u Sarajevu. Ona je osnovni izvor podataka za analizu kretanja u spolnoj strukturi diplomiranih studenata/ica. Moguće su neznatne greške, nastale kao rezultat nesigurnosti u pogledu pola osobe, jer je bilo teško procijeniti spol na osnovu imena osobe. Neka imena se koriste i kao muška i kao ženska imena. U takvim slučajevima uzeta je u obzir učestalost vezivanja nekog imena za spol. Međutim, takve greške ne utječu na ukupnu sliku spolne strukture određene generacije diplomiranih studenata/ica.

Prema ovim podacima na Pravnom fakultetu u Sarajevu, u vremenskom periodu od 1950–2011, diplomiralo je ukupno 13801 studenata od kojih su 7006 (50,76%) muškarci, a 6795 (49,24%) žene.

Diplomirani pravnici/ice na Pravnom fakultetu 1950–2011.

Ukupno	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
13801	7006	50,76	6795	49,24

[7] Spomenica Šezdeset pet godina Pravnog fakulteta u Sarajevu 1946–2011, Sarajevo 2011.

[8] Spomenica Šezdeset pet godina Pravnog fakulteta u Sarajevu 1946–2011, Sarajevo 2011.

[9] Spomenica Šezdeset pet godina Pravnog fakulteta u Sarajevu 1946–2011, Sarajevo 2011.

Ove brojke ukazuju na dvije karakteristike, prva se odnosi na masovnost studija, a druga na gotovo ravnopravno učešće žena i muškaraca u sticanju stručnog naziva diplomiranog pravnika/ice.

Ako se procjenjuju pozitivni efekti ovako velikog broja diplomiranih pravnika/ica, može se zaključiti da je Pravni fakultet u Sarajevu imao vodeću ulogu u pravnom obrazovanju i stručnom osposobljavanju osoba za rad u organima državne uprave, u pravosuđu, u privredi, a otvarao je mogućnost zapošljavanja u svim oblastima za koje se tražio fakultet iz oblasti društvenih nauka. Obrazovna politika, zasnovana na socijalističkoj ideologiji, kreirala je uslove za ostvarivanje jednakih mogućnosti svima bez obzira na socijalno porijeklo, ekonomski status, spol, religijsku pripadnost, što se vidi iz ekonomski, spolno i etnički heterogene strukture studentske populacije. Dublja analiza bi pokazala da su na Pravnom fakultetu u Sarajevu studirale osobe iz svih socijalnih struktura društva, etničkih grupa i iz svih dijelova Bosne i Hercegovine.

Za primjer pozitivnih efekata rodne ravnopravnosti u pravnom obrazovanju mogu se uzeti pokazatelji koji se odnose na spolnu strukturu osoba zaposlenih u pravosuđu. Prema podacima iz Godišnjeg izvještaja Visokog sudskog i tužilačkog vijeća BiH u sudovima je zaposleno 878 osoba od kojih su 563 žene (64,12%) i 315 (35,88%) muškarci. U Tužilaštvu je 298 osoba od kojih su 138 (46,30%) žene a 160 (53,70%) muškarci.[10]

Iza ove politike stajala je socijalistička ideologija, koja je u sistemu vrijednosti imala ekonomska, socijalna i kulturna prava kao i ravnopravnost žena i muškaraca. Ona je otvorila mogućnosti osobama iz nerazvijenih, ruralnih krajeva, lošeg imovinskog stanja da završe studije i da izgrade profesionalne karijere. Postigla je rezultate u podizanju, ranije veoma niske razine nivoa obrazovanosti stanovništva.[11] Iz ugla rodne ravnopravnosti, ova politika je

[10] http://www.hjpc.ba/intro/gizvjestaj/pdf/VSTVBiH2009web.pdf

[11] Dolazak Austro-Ugarske monarhije u Bosnu i Hercegovinu pokrenuo je i mnoge promjene, posebno u oblasti javnog obrazovanja. Neke aspekte promjena koje se odnose na školovanje, a posebno školovanje žena muslimanki opisala je Fatima Žutić u studiji "Sofija Pletikosić, Safija-hanum, i rasprava o emancipaciji i školovanju žene muslimanke". Kada autorica opisuje vrijeme i opšte prilike u kojem se vodi rasprava o obrazovanju žena muslimanki autorica navodi: "Bosanski muslimani uveliko kasne za ostala dva naroda kad je riječ o školovanju djece u državnim školama, što ih dovodi u određen položaj u društvu. To nam pokazuje statistika. Godine 1910., na Sarajevskoj gimnaziji bilo je 516 učenika, od toga 185 katolika, 208 pravoslavnih i 76 muslimana, što je 14,6%. U Bosni i Hercegovini 1910. godine bilo je pismenih (na latiničnom pismu, op. a.) 637 muslimanki, pravoslavnih 13.167 i katolkinja 26.375". http://www.rijaset.ba/images/stories/GLASNIK/7-8-2009/Rasprava-o-emancipaciji.pdf

otvorila vrata ženama, dajući im mogućnost obrazovanja, uključujući i pravno obrazovanje. Treba svakako imati u vidu da se početkom stoljeća u Bosni i Hercegovini vodila javna rasprava da li treba muslimankama dozvoliti školovanje,[12] a da se već u prvim generacijama diplomiranih pravnica pojavljuju žene muslimanke (1951. godine od devet žena iz te generacije dvije imaju muslimanska imena).

Rezultat visokog broja diplomiranih pravnica je visoki procenat učešća žena u organima pravosuđa. Kao što se vidjelo iz primjera strukture zaposlenih u sudovima i tužilaštvima, radi se o izuzetno visokom procentu učešća ženama u ovim organima što nije slučaj u zapadnim demokracijama.

"Iako praksa krivičnog prava može biti povremeno "gruba", ona je poslužila za održavanje slike i stereotipa koji zakon i pravo povezuju s muškošću (maskulinitetom). Ta slika, zasnovana na stereotipu, korištena je kao opravdanje za isključivanje žena iz prestižne i moćne pravne profesije u Sjedinjenim Američkim Državama sve do 70-ih godina (prošlog stoljeća). Ryanov jezik upotrijebljen za pravnice "koje vjerovatno imaju pojma o zakonu" još uvijek je aktuelan i blisko povezan sa pozicijom moći u našem društvu.[13] Zaoštrena je profesionalna struktura moći koja postoji među grupama i klasama, jer muškarci imaju ogromnu moć i mogu, da bez upotrebe sile, otvore ili ograniče mogućnosti za druge. (Hagan, Zatz, Arnold, & Kay, 1991).

"Mnogo godina putem kontrole članstva, pravna zajednica je imala mogućnost da ograniči broj pravnika/ica i da utječe na socijalnu strukturu članstva putem dozvola za obavljanje prakse. To je radila formalnom kontrolom prijema na pravne fakultete i u udruženje pravnika i korištenjem neformalnih društvenih mehanizama. Ti procesi su bili ojačani uvjerenjem da autsajderi, kao što su žene i rasne manjine, trebaju biti isključene iz pravne zajednice ili zadržane na njenim marginama i biti nevidljivi. (Epstein, 1993)

Od 1960-ih godina pravni svijet je pretrpio nekoliko krupnih promjena. Broj pravnika je više nego uduplan. Priroda i organizacija pravnog posla je promijenjena. Značajan broj advokata samostalno vrše profesiju kao i veliki broj

---

[12] Safija-Hanum – Sofija Pletikosić "Polemika o emancipaciji žene" ujedno odgovor dr. Hamdiji Karamehmedoviću i drugima, Tiskara V. Tomičića, Opatija 1911 http://muzejkulturnebastine.ba/index.php?option=com_hotproperty&view=property&id=667

[13] "Priroda je onoliko slabo prilagodila ženu za pravne sukobe u sudnici koliko i za fizičke borbe na bojnom polju (...) Naša (...) profesija suštinski se bavi svime što je sebično i iznuđivačko, podmuklo i kriminalno, prisilno i brutalno, odvratno i opsceno u ljudskom životu. Za ženski osjećaj nevinosti i svetost njihovog spola, to bi bilo odbojno." Sudac Vrhovnog suda Wisconsina C. J. Ryan suprotstavljajući se prijemu Lavinie Goodel u advokatsku komoru, 1895, citirano u Epstein, 1993, str. 269.

pravnih (advokatskih) firmi, postoje dobro plaćene pozicije u korporacijama i vladinim agencijama. Prati se porast pravnih firmi i porast zaposlenosti osoba koje u njima rade, što je rezultiralo porastom birokracije i uspostavljenjem hijerarhijskih odnosa. Nastaju nove oblasti, kao što je pravo javnog interesa (public interest law) i povećava se broj žena (niču kao trava poslije kiše). Povećano učešće žena u oblasti prava počinje 70-ih godina, zajedno s promjenama u oblasti pravne profesije. Povećani broj žena potakao je ostale promjene u organizaciji i pravnim aktivnostima.

Žene danas čine četvrtinu osoba u pravnoj profesiji i gotovo polovinu studenata prava, međutim, povećavanje njihovog broja nije se odrazilo na povećanje moći i mogućnosti u profesiji. U Izvještaju (2001) ABA – American Bar Association, Commission on Women in the Profession –zaključuje se da uprkos ostvarenom napretku u pogledu ostvarivanja jednakih mogućnosti ono ostaje otvoreno, nezavršeno poglavlje. Žene u pravnoj profesiji još uvijek nisu dovoljno zastupljene na pozicijama koje imaju društveni status, utjecaj i ekonomsku moć. Ovakva situacija je izraz izostanka konsenzusa, što predstavlja veliki problem.[14]

Usporedivost s opisanom situacijom u Sjedinjenim Američkim Državama vidi se u činjenici da se od 70-ih godina procentualno izjednačava broj studenata i studentica na Pravnom fakultetu u Sarajevu (veza s brojem žena u sudovima i tužilaštvima u BiH), ali pozicije moći u ovim institucijama i dalje zadržavaju muškarci.

Sjedinjene Američke Države su izrazit primjer načina funkcioniranja liberalne demokracije u kojoj profesionalna udruženja (BAR) uspostavljaju i formalne i suptilne mehanizme kontrole dostupnosti utjecajnim pozicijama koje podrazumijevaju status, finansijsku i ekonomsku moć dok je u socijalističko vrijeme politička moć (ekonomski i društveni status) bila isključivo povezana s Komunističkom partijom – Savezom komunista, koji je određivao i kontrolirao društvena kretanja u državi i postavljao osobe na pozicije moći. Politička moć je bila i ostala u rukama muškaraca (u socijalizmu su bila rezervisana mjesta za žene, ali njihov broj nije odgovarao i stvarnoj političkoj moći u Partiji), a danas žene nisu ni u jednom parlamentu dosegle kvotu od 30%, koja se smatra minimalnom kritičnom masom potrebnom za utjecaj u odlučivanju. Žene su simbolično zastupljene u izvršnoj vlasti.[15] U sudskoj

[14] Susan Erhlich Martin, Nancy C. Jurik "Doing Justice Doing Gender – Women Entering The Legal Proffesion" pages 107, Sage Publications, 2007. http://www.sagepub.com/upm-data/12634_Chapter5.pdf

[15] U Parlamentarnoj skupštini BiH od 42 zastupnika je 8 žena (19%), u Zastupničkom domu Parlamenta FBiH procent zastupnica je 17,3% (od 98 zastupničkih

vlasti, gdje su procentualno najviše zastupljene, na mjestima odlučivanja dominiraju muškarci.

Pravna profesija, u liberalnim demokracijama povezana s društvenim statusom i ekonomskom moći, u vremenu socijalizma, na ovim prostorima nije smatrana elitnom ni prestižnom profesijom. Međutim, pravna profesija i studij prava bili su važne i moćne ideološke poluge vlasti. Iza Pravnog fakulteta u Sarajevu stajao je društveni interes, može se suziti i na partijski interes, koji je davao stabilnost i značaj pravnom obrazovanju i Pravnom fakultetu u Sarajevu.

Ako se prati broj diplomiranih studenata od 1950. godine do 1973. godine može se uočiti porast broja diplomiranih pravnika, a procent žena varira od najnižeg 10,53% u 1952. godini pa do porasta u 1973. godini na 30,89% (Izuzetak je generacija diplomiranih pravnika iz 1951. u kojoj je procenat žena 40,91%). U prosjeku su žene činile manje od trećine u ukupnom broju diplomiranih pravnika/ica. Međutim, treba imati u vidu da se radi o generacijama žena rođenih prije, u toku i neposredno poslije Drugog svjetskog rata.

Dramatičan porast ukupnog broja diplomiranih pravnika, ali i žena u strukturi diplomiranih studenata/ica na Pravnom fakultetu u Sarajevu može se pratiti od 1974. godine. Od te generacije pa do generacije, koja je diplomirala 1991. godine, žene čine gotovo polovinu (u nekim generacijama i iznadpolovičnu većinu – npr. u generaciji diplomiranih studenata/ica iz 1980. godine je 57,64%) u strukturi diplomiranih studenata/ica.

---

mjesta, 17 mjesta zauzimaju žene, u Narodnoj skupštini Republike Srpske, žene čine 20,5% u strukturi zastupnika (od 83 zastupnička mjesta, 18 mjesta imaju žene). Statistika općih izbora 2010, Agencija za statistiku BiH. http://www.bhas.ba/tematskibilteni/2010_OP_IZB_bh.pdf

"Od ukupno 148 čelnih pozicija izvršne vlasti u BiH, samo 22 zauzimaju žene. Među njima nema predsjednica vlada – tih 13 mjesta rezervisano je za muškarce. Broj žena u upravnim odborima na državnom, entitetskom i kantonalnom nivou gotovo je nezamjetljiv." http://msnjine.ba/?p=1804

Diplomirani studenti/ce na Pravnom fakultetu 1950–1960.

Godina	Ukupno	Muškarci	%	Žene	%
1950.	35	28	80,00	7	20,00
1951.	22	13	59,09	9	40,91
1952.	19	17	89,47	2	10,53
1953.	46	35	76,08	11	23,92
1954.	37	28	75,67	9	24,33
1955.	45	40	88,88	5	11,12
1956.	103	83	80,58	20	19,42
1957.	67	57	85,07	10	14,93
1958.	78	59	75,64	19	24,36
1959.	130	101	77,69	29	22,31
1960.	155	127	81,93	28	18,07
Ukupno	**737**	**588**	**79,78**	**149**	**20,22**

Diplomirani studenti/ce 1961–1971.

Godina	Ukupno	Muškarci	%	Žene	%
1961.	187	162	86,63	25	13,37
1962.	214	167	78,03	47	21,97
1963.	196	157	80,10	39	19,90
1964.	177	133	75,14	44	24,86
1965.	158	125	79,11	33	20,89
1966.	163	131	80,36	32	19,64
1967.	114	84	73,68	30	26,32
1968.	110	78	70,90	32	29,10
1969.	150	106	70,66	44	29,34
1970.	164	112	68,29	52	31,71
1971.	121	90	74,38	31	25,62
Ukupno	**1754**	**1345**	**76,68**	**409**	**23,32**

Diplomirani studenti/ce 1972–1982.

Godina	Ukupno	Muškarci	%	Žene	%
1972.	188	139	73,93	49	26,07
1973.	204	141	69,11	63	30,89
1974.	291	181	62,19	110	37,81
1975.	329	188	57,14	141	42,86
1976.	483	247	51,13	236	48,87
1977.	464	216	46,55	248	53,45
1978.	491	216	43,99	275	56,01
1979.	365	183	50,13	182	49,87
1980.	406	172	42,36	234	57,64
1981.	403	203	50,37	200	49,63
1982.	470	224	47,65	246	52,35
Ukupno	**4094**	**2110**	**51,53**	**1984**	**48,47**

Diplomirani studenti/ce 1983–1991.

Godina	Ukupno	Muškarci	%	Žene	%
1983.	402	182	45,27	220	54,73
1984.	348	148	42,52	200	57,48
1985.	339	174	51,32	165	48,68
1986.	308	149	48,37	159	51,63
1987.	277	145	52,34	132	47,66
1988.	269	142	52,78	127	47,22
1989.	237	114	48,10	123	51,90
1990.	261	121	46,36	140	53,64
1991.	263	127	48,28	136	51,72
Ukupno	**2704**	**1302**	**48,15**	**1402**	**51,85**

Pravni fakultet u Sarajevu je svoje djelovanje nastavio i u periodu rata protiv Bosne i Hercegovine (1992–1995) sa smanjenim broja nastavnika/ica i saradnika/ica, ali i sa znatno smanjenim brojem studenata/ica. Ako se napravi analiza strukture diplomiranih studenata/ica koji su studij na Pravnom fakultetu u Sarajevu započeli prije rata, studenata/ica, koji su studirali u ratnom periodu, vidljiva je natpolovična zastupljenost žena. U generaciji

diplomiranih studenata/ica 1995. njihov procenat je 67,62%. Izuzetak u odnosu na opšti trend predstavlja generacija studenata/ica koji su diplomirali 1999. godine u kojoj je istovremeno i najniži procenat žena u odnosu na ostale generacije 49,68%, iako se radi o polovini u ukupnoj strukturi diplomiranih pravnika/ica.

Trend feminizacije pravnog studija, započet u ratnom periodu nastavlja se i u sljedećim generacijama. Ako se prati struktura diplomiranih studenata/ica od 2000. godine do 2011. vidljiva je natpolovična većina žena u svim generacijama, a u nekim generacijama se približava dvotrećinskoj većini. U generaciji koja je diplomirala 2011. godine procenat žena je najviši 86,67%, a muškaraca 13,33%. Ponavlja se situacija iz prvih generacija koje su diplomirale na Pravnom fakultetu u Sarajevu, samo su sada muškarci manjinska grupa u strukturi diplomiranih studenata/ica. Njihov procenat je gotovo jednak procentu žena iz generacije koja je diplomirala 1961. godine, u kojoj su žene bile zastupljene 13,37% u ukupnoj strukturi studenata/ica.

Diplomirani studenti/ce 1992–1999.
(studenti koji su upisali studij prije rata, a diplomirali u ratu i studenti koji su studirali za vrijeme rata, a diplomirali nakon rata)

Godina	**Ukupno**	**muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
1992.	159	71	44,65	88	55,35
1993.	95	46	48,42	49	51,58
1994.	58	26	44,82	32	55,18
1995.	151	64	42,38	87	67,62
1996.	100	38	38,00	62	62,00
1997.	61	27	44,26	34	55,74
1998.	129	51	39,53	78	60,47
1999.	153	77	50,32	76	49,68
Ukupno	**906**	**400**	**44,15**	**506**	**55,85**

Diplomirani studenti/ce 2000-2011.

Godina	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
2000.	166	75	45,18	91	54,82
2001.	165	72	43,63	93	56,37
2002.	237	92	38,81	145	61,19
2003.	298	113	37,91	185	62,09

Godina	Ukupno	Muškarci	%	Žene	%
2004.	282	98	34,75	184	65,25
2005.	342	138	40,35	204	59,65
2006.	397	123	30,98	274	69,02
2007.	148	45	30,40	103	69,60
2008.	433	134	30,94	299	69,06
2009.	570	180	31,57	390	68,43
2010.	310	114	36,77	196	63,23
2011.	30	4	13,33	26	86,67
Ukupno	**3378**	**1188**	**35,15**	**2190**	**64,85**

Na Pravnom fakultetu u Sarajevu naučni stepen magistra/ice nauka je steklo 150 osoba od kojih su 96 (64%) muškarci, a 54 (36%) žene.

Muškarci i žene koji su stekli naučni stepen magistra/ice nauka na Pravnom fakultetu u Sarajevu

Ukupno	Muškarci	%	Žene	%
150	96	64,00	54	36,00

Zaključno s 1991. godinom naučni stepen magistra/ice nauka stekle su 52 osobe od kojih su 38 (73,07%) muškarci i 14 (26,93) žene. U ratnom periodu 1992–1995. naučni stepen magistra/ice nauka stekle su 3 osobe i to (100%) muškarci. Od 1996. naučni stepen magistra/ice nauka je steklo 94 osobe, od kojih su 54 (57,44%) muškarci, a 40 (42,56) žene.

Osobe koje su stekle naučni stepen magistra/ice pravnih nauka 1970–1991.

Godina	Ukupno	Muškarci	%	Žene	%
1970.	1	1	100	0	0
1971.	4	3	75	1	25
1972.	4	2	50	2	50
1973.	1	1	100	0	0
1974.	4	3	75	1	25
1975.	4	3	75	1	25
1976.	8	5	62,50	3	37,50
1978.	3	3	100	0	0

Godina	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
1979.	3	1	33,34	2	66,66
1980.	1	1	100	0	0
1981.	1	1	100	0	0
1982.	3	2	66,66	1	33,34
1985.	2	2	100	0	0
1986.	3	2	66,66	1	33,34
1987.	1	0	0	1	100
1988.	3	2	66,66	1	33,34
1989.	1	1	100	0	0
1990.	2	2	100	0	0
1991.	4	4	100	0	0
Ukupno	**53**	**39**	**75,58**	**14**	**24,42**

Ako se ovi podaci uporede sa strukturom diplomiranih pravnika/ica mogu se uočiti dvije karakteristike. Prva karakteristika je da je od 9.289 osoba, koje su diplomirale na Pravnom fakultetu u Sarajevu (zaključno s generacijom diplomiranih iz 1991. godine) njih 53 (0,57%) steklo naučni stepen magistra/ice pravnih nauka na Pravnom fakultetu u Sarajevu. Druga karakteristika se odnosi na procenat žena u strukturi osoba, koje su stekle naučni stepen magistara pravnih nauka, a iznosi jednu trećinu u od ukupnog broja osoba koje su stekle ovaj naučni stepen. Zaključno s generacijom iz 1991. godine na Pravnom fakultetu u Sarajevu su diplomirale 3.944 (42,45%) žene, a stepen magistra pravnih nauka na ovom fakultetu je steklo je 14 žena (0,35%).

Osobe koje su stekle naučni stepen magistra/ice pravnih nauka 1992–1995.

Godina	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
1993.	1	1	100	0	0
1995.	2	2	100	0	0
Ukupno	**3**	**3**	**100**	**0**	**0**

Osobe koje su stekle naučni stepen magistra/ice pravnih nauka 1996–2011.

Godina	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
1996.	2	1	50	1	50
1997.	2	2	100	0	0
1999.	1	1	100	0	0
2000.	4	3	75	1	25
2001.	4	4	100	0	0
2002.	3	2	66,66	1	33,34
2003.	4	2	50	2	50
2004.	5	2	40	3	60
2005.	7	5	71,42	2	28,58
2006.	4	2	50	2	50
2007.	11	5	45,45	6	54,55
2008.	9	4	44,44	5	55,56
2009.	19	11	57,89	8	42,11
2010.	17	6	35,29	11	64,71
2011.	2	2	100	0	0
Ukupno	**94**	**52**	**55,31**	**42**	**44,69**

Analiza osoba koje su stekle naučni stepen magistra/ice pravnih nauka na Pravnom fakultetu u Sarajevu od 1996. godine pokazuje dvije tendencije: prva je porast broja osoba koje su stekle naučni stepen magistra/ice pravnih nauka u odnosu na period do 1991. godine, a druga tendencija je povećanje učešća broja žena, koje su stekle ovaj naučni stepen. U dvije generacije, 2007/2008. one predstavljaju natpolovičnu većinu u ukupnom broju magistara/ica pravnih nauka, a smanjen je omjer između muškaraca (55,31%) u odnosu na žene (44,69%). Ovu činjenicu treba dovesti u vezu s povećanim brojem žena u akademskom zvanju asistentice i s naznačenim trendom povećavanja broja žena u strukturi diplomiranih studenata/ica.

Muškarci i žene koji su stekli naučni stepen doktora nauka na Pravnom fakultetu

Ukupno	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
90	73	81,11	17	18,89

U ukupnom broju osoba s naučnim stepenom doktora pravnih nauka dominiraju muškarci, a žene su ispod jedne četvrtine u ukupnoj strukturu osoba, koje su stekle ovaj naučni stepen na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

Osobe koje su stekle naučni stepen doktora pravnih nauka na Pravnom fakultetu u Sarajevu 1952–1991.

Godina	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
1952.	1	1	100	0	0
1956.	1[16]	1	100	0	0
1957.	1[17]	1	100	0	0
1958.	2[18]	2	100	0	0
1961.	2[19]	2	100	0	0
1962.	1	1	100	0	0
1963.	2	1	50	1[20]	50
1964.	2[21]	2	100	0	0
1965.	5[22]	4	80	1	20
1966.	1	0	0	1[23]	100
1968.	1	1	100	0	0
1969.	1[24]	1	100	0	0
1971.	1	1	100	0	0
1973.	2[25]	2	100	0	0
1974.	3	3	100	0	0
1975.	3[26]	3	100	0	0
1976.	1	1	100	0	0

[16] Milivoje Erić, profesor na Pravnom fakultetu u Sarajevu (1947–1982).

[17] Bogdan Loza, profesor na Pravnom fakultetu u Sarajevu (1951–1985).

[18] Đorđe Samarđić, profesor na Pravnom fakultetu u Sarajevu (1950–1990).

[19] Besim Ibrahimpašić, profesor na Pravnom fakultetu u Sarajevu (1955–1973).

[20] Prva žena koja je na Pravnom fakultetu u Sarajevu stekla naučni stepen doktora nauka je Slavica Krneta, kasnije redovna profesorica na ovom Fakultetu i jedina žena dekanesa i akademik s Pravnog fakulteta u Sarajevu.

[21] Aleksandar Peleš, profesor na Pravnom fakultetu u Sarajevu (1961–1977).

[22] Rajka Kupčević-Mlađenović, profesorica na Pravnom fakultetu u Sarajevu (1954–1987), Gašo Mijanović, profesor na Pravnom fakultetu u Sarajevu (1959–1987), Mihajlo Velimirović predavao na Pravnom fakultetu u Sarajevu (1952–1993).

[23] Muba Dizdarević-Peleš, profesorica na Pravnom fakultetu u Sarajevu (1962–1994).

[24] Ibrahim Festić, profesor na Pravnom fakultetu u Sarajevu (1964–2010).

[25] Dušan Milidragović, profesor na Pravnom fakultetu u Sarajevu (1974–1985).

[26] Zvonimir Stenek, profesor na Pravnom fakultetu u Sarajevu (1960–1993) i Drago Bago, profesor na Pravnom fakultetu u Sarajevu (1965–1989).

Godina	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
1977.	3	2	66.66	1[27]	33,34
1978.	2	1	50	1[28]	50
1981.	1[29]	1	100	0	0
1982.	1[30]	0	0	1	100
1983.	1	1	100	0	0
1984.	2[31]	2	100	0	0
1987.	2	2	100	0	0
1988.	2	2	100	0	0
1989.	2	1	50	1	50
1990.	1	1	100	0	0
1991.	1[32]	1	100	0	0
Ukupno	**48**	**41**	**85,41**	**7**	**14,59**

Podaci pokazuju da je do 1991. godine 48 osoba steklo naučni stepen doktora nauka od čega su 48 (85,41%) muškarci, a 7 (14,59%) žene. Analiza strukture osoba koje su stekle naučni stepen doktora pravnih nauka pokazuje da je 20 osoba gradilo akademsku karijeru na Pravnom fakultetu u Sarajevu. Od 7 žena koje su stekle naučni stepen doktora nauka samo jedna nije bila članica akademskog osoblja na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

Na Pravnom fakultetu u Sarajevu, zaključno s 1991. godinom, diplomiralo je 5.345 muškaraca, naučni stepen magistra pravnih nauka na Pravnom fakultetu u Sarajevu steklo je 39 muškaraca, a naučni stepen doktora nauka 41 muškarac. U isto vrijeme diplomiralo je 3.944 žena, naučni stepen magistra pravnih nauka steklo je 14 žena, a naučni stepen doktora pravnih nauka 7 žena. Sticanje naučnih stepena (magistra i doktora nauka) direktno je povezano s interesom za izgradnju akademske karijere. Iz ovih podataka je vidljivo da je akademska karijera, koja je u doba komunizma sigurno podrazumijevala političku moć i društveni status, bila pod kontrolom muškaraca (vidljiva je direktna veza partije, statusa, društvenog ugleda, moći odlučivanja). Ovi podaci, također, ukazuju da je težište bilo stavljeno na

[27] Ljiljana Obradović, profesorica na Pravnom fakultetu u Sarajevu (1974–1993).

[28] Milanka Vešović, profesorica na Pravnom fakultetu u Sarajevu (1965–1992).

[29] Nevenko Misita, profesor na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

[30] Vlasta Horvat, profesorica na Pravnom fakultetu u Sarajevu (1965–1993).

[31] Zoran Pajić, profesor na Pravnom fakultetu u Sarajevu (1972–1993).

[32] Edin Muminović, profesor na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

nastavne aktivnosti, da nije potican naučnoistraživački rad i da žene nisu ohrabrivane u izgradnji akademske karijere.

Osobe koje su na Pravnom fakultetu u Sarajevu stekle diplomu, naučni stepen magistra i doktora pravnih nauka od 1950–1991. godine

Profesionalni i naučni stepen	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
Diplomirani pravnik	9289	5345	57,54	3944	42,45
Magistar pravnih nauka	53	39	75,58	14	24,42
Doktor pravnih nauka	48	41	85,41	7	14,59

Osobe koje su stekle naučni stepen doktora pravnih nauka na Pravnom Fakultetu u Sarajevu u ratnom periodu (1992–1995)

Godina	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
1994.	3	3	100	0	0
Ukupno	**3**	**3**	**100**	**0**	**0**

Osobe koje su stekle naučni stepen doktora pravnih nauka na Pravnom fakultetu u Sarajevu 1997–2011.

Godina	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
1997.	2[33]	2	100	0	0
1999.	6[34]	6	100	0	0
2000.	2[35]	0	0	2	100
2001.	4[36]	3	75	1	25
2002.	2	1	50	1[37]	50
2003.	2	1[38]	50	1	50
2004.	3	2	66,66	1	33,34

[33] Sanjin Omanović, profesor na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

[34] Abedin Bikić, profesor na Pravnom fakultetu u Sarajevu, Zdravko Lučić, profesor na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

[35] Jasminka Gradaščević-Sijerčić, profesorica na Pravnom fakultetu u Sarajevu i Jasna Bakšić-Muftić, profesorica na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

[36] Udžejna Habul, angažirana na Pravnom fakultetu, Veljko Trivun, profesor na Pravnom fakultetu u Sarajevu 2006–2008.

[37] Meliha Povlakić, profesorica na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

[38] Enes Durmišević, profesor na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

Godina	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
2005.	2	2	100	0	0
2006.	3	2	66,66	1[39]	33,34
2007.	4	3	75	1[40]	25
2008.	4	4	100	0	0
2009.	3[41]	3	100	0	0
2010.	2	0	0	2	100
Ukupno	**39**	**29**	**74,35**	**10**	**25,65**

Iz ovih podataka se vidi da je u zadnjih 13 godina (1997–2010) više žena steklo naučni stepen doktora pravnih nauka nego u 40 prethodnih godina (1952–1991). Prati se i povećanje broja muškaraca koji imaju naučni stepen doktora nauka.

Ukupna slika u pogledu pokazanih trendova na Pravnom fakultetu u Sarajevu se uklapa u opštu sliku obrazovanja na univerzitetima u Bosni i Hercegovini. Kritička studija o ocjeni 7 univerziteta u Bosni i Hercegovini, koju su uradili evropski eksperti (Evropska komisija i Vijeće Evrope) ukazuje na "vrlo nizak broj magistranata na univerzitetima i još niži broj doktoranata. S obzirom na veličinu većine univerziteta u BiH, sadašnji nivo svršenih studenata je prenizak, čak i u svrhu osiguravanja kontinuiteta broja akademskog osoblja u budućnosti, a kamoli formiranja visoko kvalificiranih naučnika za bh. privredu."[42]

Analiza sastava osoba u svim akademskim zvanjima na Pravnom fakultetu u Sarajevu

Akademska prošlost Pravnog fakulteta u Sarajevu vidi se iz navedenih imena nastavnika/ica i saradnika/ica, koji su predavali na ovom Fakultetu, čiji je rad davao značajan doprinos i težinu pravnom obrazovanju u Bosni i Hercegovini. Analiza bi se mogla praviti i na osnovu njihovog naučnog rada i

[39] Nežla Borić, docentica na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

[40] Zinka Grbo, docentica na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

[41] Enver Ajanović, docent na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

[42] Zajednički projekat Evropske Komisije i Vijeća Evrope "Modernizacija rukovodnih i upravljačkih sposobnosti univerziteta Bosne i Hercegovine" – EUA institucionalne analize 7 univerziteta u Bosni i Hercegovini, Kratki izvještaj, opći prikaz http://www.coe.ba/pdf/Cross_cutting_summary_report_BiH.pdf

doprinosa razvoju pravne nauke, ali je u ovom radu fokus analize na rodnu analizu i zadržava se na tom nivou. Među nastavnicima, navedenim u Spomenici[43] upadljiva je dominacija muškaraca. Od 61 osobe, profesora Pravnog fakulteta u Sarajevu, njih 49 (81,66%) su bili muškarci, a 12 (18,34%) žene. (Nisu uzete u obzir žene koje su predavale u odjeljenjima Pravnog fakulteta u Sarajevu)[44]. Među navedenim saradnicima nalazi se 21 osoba od kojih je 13 muškaraca (61,90%) i 8 (38,1%) žena.

S obzirom na to da se radi o osobama koje su vezane za prošlost fakulteta, učinjen je izuzetak u spominjanju imena nastavnika/ica i saradnika/ica.

Profesori/ce koji su predavali na Pravnom fakultetu u Sarajevu prikazani po spolu i katedrama[45]

Katedra	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
građanskog prava	16	12	75	4	25
krivičnog prava	7	3	42,85	4	57,15
historije prava	6	4	66,66	2	33,34
državnog i međunarodnog javnog pravo	22	20	90,90	2	9,10
ekonomsko-pravnih nauka	7	7	100	0	0
Ukupno	**58**	**46**	**79,31**	**12**	**20,69**

- **Katedra građanskog prava:**
  - profesorice: Dubravka Alagić predavala Međunarodno privatno pravo, Ljiljana Obradović predavala Obligaciono pravo, Nerimana Traljić predavala Porodično pravo i Nasljedno pravo, akademik Slavica Krneta predavala Građansko i Autorsko pravo
  - profesori: akademik Vojislav Spaić predavao Građansko pravo i Autorsko pravo, Stevan Jakšić predavao Obligaciono pravo, Ananije Ilić – Privredno pravo, Samuel Kamhi – Građansko procesno pravo, Alija Silajdžić – Porodično i Nasljedno pravo, Bogdan Lozo – Obligaciono pravo, Mihajlo Velimirović – Privredno pravo, Branko Čalija – Građansko

[43] Spomenica u povodu 65 godina Pravnog fakulteta u Sarajevu.

[44] Branislava Jojić, predavala Teoriju države i prava na Odjeljenju u Mostaru (1973–1976).

[45] Broj naveden u Spomenici i prikaz po katedrama se ne podudara jer imaju navedena imena, a nema oznake predmeta na kojima su bili angažirani (npr. Đorđe Milović) ili predmet ne pripada pravnoj oblasti kao Fizičko vaspitanje, Opštenarodna odbrana i društvena samozaštita.

procesno pravo, Drago Bago – Građansko pravo i Društvena svojina, Radomir Lukić – Građansko procesno pravo, Ševkija Čović – Privredno pravo, Veljko Trivun – Privredno pravo.

- **Katedra krivičnog prava:**
  - profesorice Rajka Kupčević-Mlađenović – Krivično pravo i Kriminologija s penologijom, dr. Milanka Dejanović-Vešović – Krivično pravo, dr. Nada Mićanović-Pavelić – Krivično pravo, Vlasta Horvat – Krivično procesno pravo.
  - profesori: Aleksandar Stajić – Krivično pravo i Kriminalistika, Besim Ibrahimpašić – Krivično pravo i Opšta sociologija, Mihajlo Ilić – Krivično procesno pravo i Kriminalistika.
- **Katedra za historiju prava – današnja Katedra za pravnu historiju i komparativno pravo:**
  - profesorice : Vera Čučković – Rimsko pravo, Raifa Festić – Opća historija države i prava
  - profesori: Aleksandar Solovjev – Istorija države i prava Jugoslavije, Miloš Bajić – Rimsko pravo i Opšta istorija države i prava, Đorđo Samardžić – Opšta istorija države i prava, akademik Avdo Sućeska – Istorija države i prava naroda SFRJ.
- **Katedra za državno i međunarodno javno pravo:**
  - profesorice: Muba Dizdarević-Peleš – Teorija države i prava i Pravno normiranje, Olga Kozomara – Opšta sociologija,
  - profesori: Vlado Jokanović – Teorija države i prava, Istorija pravnih i političkih doktrina i Opšta sociologija, akademik Hamdija Čemerlić – Ustavno pravo i Istorija narodne vlasti, Boško Perić – Radno pravo, Mustafa Kamarić – Upravno pravo i Nauka o upravi, Branimir Janković – Međunarodno javno pravo, Ljubomir Tadić – Teorija države i prava, Gašo Mijanović – Politički sistemi, Komunalni sistem i Ustavno pravo, Aleksandar Peleš – Međunarodno javno pravo, Fuad Muhić – Teorija države i prava, Ustavno pravo i Politički sistemi, Franjo Kožul – Opšta sociologija, Dušan Milidragović – Ustavno pravo i politički sistemi, Zvonko Stenek – Radno pravo, Zoran Pajić – Međunarodno javno pravo, Milimir Mučibabić – Opšta sociologija, Bećir Meholjić – Međunarodno javno pravo, Mladen Čaldarević (viši predavač) – Opšta sociologija, Ibrahim Festić – Upravno pravo, Ćazim Sadiković – Politički sistemi, Sead Dedić – Radno pravo, Neđo Miličević – Uvod u nauku o državi i pravu i Teorija prava.

- **Katedra za pravno-ekonomske nauke**
  - profesori: Dragomir Krndija – Politička ekonomija, akademik Stjepan Lovrenović – Ekonomska politika, Milivoje Erić – Politička ekonomija, Ljubomir Bakić – Politička ekonomija, Milan Tomić – Politička ekonomija, Ismet Dautbašić – Finansije i finansijsko pravo, Kasim Begić – Finansije i finansijsko pravo.

Analiza rasporeda žena po katedrama i po predmetima, koje su predavale, pokazuje odnos moći na Pravnom fakultetu i odnos ideologije i prava. Predmeti s Katedre za ekonomskopravne nauke (predmeti Politička ekonomija, Ekonomska politika, Finansije i finasijsko pravo) i Katedre za državno i međunarodno javno pravo (Teorija države i prava, Ustavno pravo, Politički sistemi, Upravno pravo, Međunarodno javno pravo, Opšta sociologija), te Katedre za historijskopravne nauke (Opšta historija države i prava, Istorija države i prava naroda SFRJ) imale su u svojim sadržajima snažnu ideološku komponentu u skladu s vladajućom socijalističkom-komunističkom ideologijom i sistemom vrijednosti. Na ovim katedrama je istovremeno i najmanje učešće žena, na Katedri za ekonomskopravne nauke nema ni jedne žene, na Katedri za državno i međunarodno javno pravo su dvije žene (9,10%) i to na predmetima Opšta sociologija i Teorija države i prava, na Katedri za historijskopravne nauke takođe su dvije žene (33,34%) i to na predmetima Rimsko pravo i Opšta istorija države i prava, dok ih je procentualno najviše na Katedri krivičnog prava gdje čine i natpolovičnu većinu, na pozitivnim pravnim predmetima Krivično pravo i Kriminologija i Krivično procesno pravo, zatim na Katedri građanskog prava (25%) na pozitivnim pravnim predmetima Građansko pravo, Autorsko pravo, Obligaciono pravo, Porodično pravo, Nasljedno pravo i Međunarodno privatno pravo.

Saradnici koje su bili na Pravnom fakultetu u Sarajevu prikazani po spolu i katedrama[46]

Katedra	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
građanskog prava	4	3	75	1	25
krivičnog prava	1	1	100	0	0
historije prava	2	0	0	2	100
državnog i međunarodnog javnog pravo	9	8	88,88	1	11,12
Ekonomsko-pravnih nauka	4	1	25	3	75
Ukupno	**20**	**13**	**65**	**7**	**35**

[46] Broj naveden u Spomenici i prikaz po katedrama se ne podudara jer imaju navedena imena a nema oznake predmeta na koji su bili angažirani.

- **Katedra građanskog prava**
  - žene: Amra Softić na predmetu Porodično pravo,
  - muškarci: Jovan Radulović na predmetu Građansko procesno pravo, Slavko Žugić na predmetu Privredno pravo, Svetislav Plavšić na predmetu Privredno pravo
- **Katedra Krivičnog prava**
  - žene: —
  - muškarci: Sulejman Resulović bio saradnik na Krivičnom procesnom pravu
- **Katedra za historiju prava – današnja Katedra za pravnu historiju i komparativno pravo:**
  - žene: Slavenka Aganović Begić - Istorija države i prava naroda SFRJ, Dragana Knežević - Rimsko pravo,
  - muškarci: —
- **Katedra za državno i međunarodno javno pravo:**
  - žene: Amila Kunosić na predmetu Teorija države i prava
  - muškarci: Siniša Jevđević – Upravno pravo, Nerkez Smailagić – Teorija države i prava i Istorija političkih doktrina, Vladimir Sultanović – Opšta sociologija, Rodoljub Marjanović – Ustavno pravo i Politički sistemi, Dražen Petrović – Međunarodno javno pravo, Edin Šarčević – Teorija države i prava, Slađan Ajvaz – Ustavno pravo i Politički sistemi, Šukrija Bakšić – Ustavno pravo.
- **Katedra za pravno-ekonomske nauke**
  - žene: Aida Balić – Politička ekonomija, Mirela Janjić – Politička ekonomija, Sabina Ćosić – Politička ekonomija.
  - muškarci: Slobodan Lovrenović – Ekonomska politika.

Analiza osoba u saradničkim zvanjima pokazuje na male izmjene u odnosu na opštu sliku. Povećano je ukupno učešće žena (35%), a prisutna su i odstupanja u odnosu na opštu sliku pojedinih katedara. Odstupanja se odnose na Katedru krivičnog prava (jedan saradnik i to muškarac), a Katedru za pravno-ekonomske nauke, gdje su bile 3 žene u saradničkom zvanju, na predmetu Politička ekonomija. Ostale su katedre zadržale isti trend, posebno Katedra za državno i međunarodno pravo, jer je među saradnicima samo jedna žena i to na predmetu Teorija države i prava.

Dublja analiza tema naučnih radova, koje su pisali nastavnici i saradnici na Pravnom fakultetu u Sarajevu u okviru svog naučnog i istraživačkog rada sigurno bi pokazala snažnu vezu između ideologije i prava. Pokazala bi se snažna ideološka komponenta karakteristična za to vrijeme, ali i subverzivni radovi koji su, direktno ili indirektno, dovodili u pitanje ideološki obrazac na kojem je počivala država (takva pretpostavka se izvodi iz disidentske reputacije osoba koje su radile na ovom fakultetu i njihovi kasniji radovi – u tom smislu, na prvi pogled, privlače pažnju imena Aleksandra Solovjeva, Ljubomira Tadića, Nerkeza Smailagića). Sigurno bi bila zanimljiva i analiza kasnijih profesionalnih karijera osoba koje su radile na Pravnom fakultetu u Sarajevu, a u okviru šire teme raspada SFRJ, agresije protiv Bosne i Hercegovine i nacionalističkih ideologija razvijanih na prostorima Bosne i Hercegovine, što izlazi izvan okvira ovog rada.

Na zvaničnoj web-stranici Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu,[47] iz dijela u kojem se govori o historiji Fakulteta, čita se da se ovaj fakultet smatra sljedbenikom Pravnog fakulteta u Sarajevu. Navode se isti podaci o vremenu osnivanja Pravnog fakulteta u Sarajevu, nastavnici i saradnici, koji su predavali na Pravnom fakultetu u Sarajevu, diplomirani studenti/ice, magistri/ice pravnih nauka. U tekstu se navodi sljedeće:

"Nakon početka rata u Bosni i Hercegovini, 1992. godine, znatan dio nastavnika i saradnika Pravnog fakulteta u Sarajevu napustio je grad, a time i instituciju u kojoj su dotad radili. Jedan dio njih napustio je zemlju, dok je drugi nastavio život i rad u Republici Srpskoj. Taj dio nastavnika i saradnika Pravnog fakulteta u Sarajevu produžio je nastavno-naučni rad na Ilidži, gdje je Pravni fakultet u početku bio smješten.

Narodna skupština Republike Srpske 14. septembra 1992. godine donijela je Odluku o izdvajanju visokoškolskih ustanova iz Univerziteta u Sarajevu i njihovom udruživanju u Univerzitet u Sarajevu Republike Srpske ("Službeni glasnik Republike Srpske" broj 17/92).

Ministarstvo obrazovanja, nauke i kulture Republike Srpske je 30. novembra 1994. godine utvrdilo da Pravni fakultet ispunjava uslove za rad i donijelo rješenje kojim mu se odobrava rad. Za v. d. dekana imenovan je prof. dr. Bogdan Loza, a sjedište Fakulteta je locirano u Ilidži."

Akademija nauka Bosne i Hercegovine[48]je do 1995. godina imala značaj najviše naučne i umjetničke institucije u Bosni i Hercegovini. Novom orga-

[47] http://www.pravnifis.com/sr/o-fakultetu.html

[48] "Akademija nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine nastala je iz Naučnog društva koje je utemeljeno 1951. godine, odlukom Skupštine Republike Bosne i Hercegovine,

nizacijom države, uspostavljene Aneksom IV Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, Akademija je izgubila značaj koji je imala. Međutim, na simboličkoj razini je zadržano uvjerenje da članstvo u ovoj instituciji predstavlja visoki oblik priznanja za naučni i stvaralački rad u određenim oblastima. U članstvu ove institucije je bilo sedam osoba s Pravnog fakulteta u Sarajevu (5 kao redovna i 2 kao dopisna člana). Od redovnih, muškaraca je 4 (80%) i jedna žena (20%). U članstvo Akademije su do 1991. godine primljeni Hamdija Ćemerlić, Stjepan Lovrenović, Vojislav Spaić, Avdo Sućeska, a Slavica Krneta 2002. godine kao redovni članovi. Mustafa Kamarić i Vlado Jokanović su bili dopisni članovi ANUBiH.

Akademici s Pravnog fakulteta

Ukupno	**7**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
Redovni	5	4	80	1	20
Dopisni	2	2	100	0	0

Od vremena osnivanja na Pravnom fakultetu u Sarajevu bila su 32 dekana od kojih je 30 (93,75%) muškaraca, a 2 (6,25%) žene. Od 1947. do 2002. godine dekani su imali mandat od dvije godine, bili u zvanju redovnog profesora, a smjena se vršila na osnovu vremena izbora u akademsko zvanje redovnog profesora. Ovaj podatak treba razumijevati u kontekstu broja muškaraca u akademskim zvanjima i njihovoj potpunoj dominaciji među profesorima.

Dekani na Pravnom fakultetu u Sarajevu

Ukupno	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
32	30	93,75	2	6,25

najvišeg organa države vlasti u zemlji o osnivanju Naučnog društva Bosne i Hercegovine. Naučno društvo, kao najviša ustanova za brigu o naučnom životu, funkcioniralo je sve dok Skupština Bosne i Hercegovine nije donijela Zakon o Akademiji nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine. Tim zakonom, donesenim 1966. godine, ustanovljena je Akademija nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, kao najviša naučna i umjetnička institucija na prostoru države Bosne i Hercegovine. Zakonom je Akademiji nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine stavljeno u zadatak da vodi brigu o ukupnom razvoju nauke i umjetnosti, da organizira naučna istraživanja i umjetničke manifestacije, da objavljuje radove svojih članova i saradnika Akademije i da u cjelini brine o stanju i razvoju nauke i umjetnosti u zemlji. Akademija je u svom radu potpuno samostalna i slobodna, a rukovodi se isključivo principima i interesima nauke i slobodnog uvjerenja svojih članova." zvanična web-strana Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, http://www.anubih.ba/

Postojeća situacija sastava osoba u svim akademskim zvanjima na Pravnom fakultetu u Sarajevu

Sadašnju situaciju na Pravnom fakultetu treba posmatrati u kontekstu promjena, koje su se desile nakon unutrašnje reorganizacije države, nastale na Ustavu, Aneks IV Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, (dva entiteta Federacija Bosne i Hercegovine i Republika Srpska i Distrikta Brčko), političkog pluralizma, ekonomske tranzicije, snažnog utjecaja međunarodne zajednice i napora za priključivanjem Bosne i Hercegovine u evroatlantske integracije.

Danas na Pravnom fakultetu u Sarajevu je 39 osoba u svim akademskim zvanjima (nastavnici i saradnici) od kojih je 20 muškaraca i 19 žena. U odnosu na prethodno analizirani vremenski period uočljivo je povećanje žena u strukturi zaposlenih osoba u svim akademskim zvanjima i smanjivanje rodne disproporcije karakteristične za prethodni vremenski period. Smanjena je disproporcija između broja nastavnika/ica (21) i saradnika/ica (18). Međutim, uočljiva je sljedeća karakteristika: potpuni obrat u omjeru između muškaraca i žena u nastavničkim zvanjima i saradničkim zvanjima. U nastavničkim zvanjima od 21 osobe njih 14 su muškarci (66,66%), a 7 žene (83,34%). U saradničkim zvanjima od 18 osoba je 6 (33,34%) muškaraca a 12 (66,66%) žena. Potpuno izmijenjena slika ukazuje na trend feminizacije osoba u akademskim zvanjima na Pravnom fakultetu u Sarajevu. U odnosu na period u kojem je procenat žena među nastavnicima 20%, a među saradnicima 35%, sada se uočava trend da muškarci postaju akademska manjina (jedna trećina u strukturi osoba u saradničkim zvanjima). Poređenje broja osoba koje su od 1997. godine stekle naučni stepen magistra pravnih nauka (52 muškarca i 42 žene) s brojem muškaraca u zvanjima asistenta i višeg asistenta (6 muškaraca i 12 žena) je indikator da muškarci gube interes za rad na Pravnom fakultetu u Sarajevu. Takođe, potrebno je ovaj podatak dovesti u vezu s drastičnim smanjivanjem muškaraca u strukturi studentske populacije (manje od jedne trećine) i jasno je da prisutni trend feminizacije među osobama u nižim akademskim zvanjima i među studentima/icama na Pravnom fakultetu u Sarajevu govori o gubitku moći, statusa i ekonomskih mogućnosti koje nudi pravna profesija s jedne strane i akademska karijera, s druge strane.

Osobe u svim akademskim zvanjima	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
Nastavnici	21	14	66,66	7	33,34
Saradnici	18	6	33,34	12	66,66
Ukupno	**39**	**20**	**51,28**	**19**	**48,72**

Akademski status	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
Redovni profesor/ica	9	8	88,88	1	11,12
Vanredni profesor/ica	7	4	57,14	3	42,86
Docent/ica	5	2	40	3	60
Viši asistent/ica	13	2	15,38	11	84,62
Asistent/ica	5	4	80	1	20
Ukupno	**39**	**20**	**51,28**	**19**	**48,27**

Naučni stepen	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
Magistar/ica	13	3	23,07	11	76,93
Doktor/ica	22	15	68,18	7	31,82
Bez naučnog stepena	4	2	50,00	2	50,00
Ukupno	**39**	**20**	**51,28**	**19**	**48,27**

Starosna struktura nastavnika/ica i saradnika/ica

Godine	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
25–39	22	9	40,90	13	59,10
40-60	14	8	57,14	6	42,86
61+	3	3	100,00	0	0
Ukupno	**39**	**20**	**51,28**	**19**	**48,27**

Iz analize starosne strukture osoba u svim akademskim zvanjima vidljivo je da su u populaciji do 40 godina starosti žene natpolovična većina (veza s brojem žena u saradničkim zvanjima), a muškarci su natpolovična većina u starosnoj grupi od 40 godina i više. Starosna struktura također potvrđuje uočene trendove feminiziranja osoba u akademskim zvanjima.

Katedra za državno i međunarodno javno pravo

Akademsko osoblje	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
Nastavnici	7	4	57,14	3	42,86
Saradnici	5	3	60,00	2	40,00
Ukupno	**12**	**7**	**58,33**	**5**	**41,67**

Akademski status	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
Redovni profesor/ica	1	1	100	0	0
Vanredni profesor/ica	4	2	50	2	50
Docent/ica	2	1	50	1	50
Viši asistent/ica	4	2	50	2	50
Asistent/ica	1	1	100	0	0
Ukupno	**12**	**7**	**58,33**	**5**	**41,67**

Katedra građanskog prava

Osobe	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
Nastavnici	6	4	66,66	2	33,34
Saradnici	5	1	20,00	4	80,00
Ukupno	**11**	**5**	**45,45**	**6**	**54,55**

Akademski status	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
Redovni profesor/ica	4	4	100	0	0
Vanredni profesor/ica	1	0	0	1	100
Docent/ica	1	0	0	1	100
Viši asistent/ica	4	0	0	4	100
Asistent/ica	1	1	100	0	0
Ukupno	**11**	**5**	**45,45**	**6**	**54,55**

Katedra krivičnog prava

Akademsko osoblje	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
Nastavnici	3	2	66,66	1	33,34
Saradnici	3	1	33,34	2	66,66
Ukupno	**6**	**3**	**50,00**	**3**	**50,00**

Akademski status	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
Redovni profesor/ica	3	2	66,66	1	33,34
Vanredni profesor/ica	0	0	0	0	0
Docent/ica	0	0	0	0	0
Viši asistent/ica	2	0	0	2	100
Asistent/ica	1	1	100	0	0
Ukupno	**6**	**3**	**50**	**3**	**50**

Katedra pravno-ekonomskih nauka

Akademsko osoblje	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
Nastavnici	1	0	0	1	100
Saradnici	2	0	0	2	100
Ukupno	**3**	**0**	**0**	**3**	**100**

Akademski status	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
Redovni profesor/ica	0	0	0	0	0
Vanredni profesor/ica	0	0	0	0	0
Docent/ica	1	0	0	1	100
Viši asistent/ica	2	0	0	2	100
Asistent/ica	0	0	0	0	0
Ukupno	**3**	**0**	**0**	**3**	**100**

Katedra za pravnu historiju i komparativno pravo

Akademsko osoblje	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
Nastavnici	4	4	100	0	0
Saradnici	3	1	33,33	2	66,67
Ukupno	**7**	**5**	**0**	**2**	**100**

Akademski status	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**
Redovni profesor/ica	1	1	100	0	0
Vanredni profesor/ica	2	2	100	0	0
Docent/ica	1	1	100	0	0
Viši asistent/ica	1	0	0	1	100
Asistent/ica	2	1	50	1	50
Ukupno	**7**	**5**	**71,42**	**2**	**28,58**

Poređenje sa slikom do 1991. godine pokazuje značajne promjene na svim katedrama. Posebno su uočljive promjene na tri katedre čiji predmeti imaju ideološke karakteristike Katedri za državno i međunarodno pravo, Katedri za pravno-ekonomske nauke i Katedri za historiju prava i komparativno pravo. Na Katedri za državno i međunarodno pravo sada je 7 muškaraca i 5 žena, na Katedri za pravno-ekonomske nauke su 3 žene[49] a nema muškaraca, na Katedri za pravnu historiju i komparativno pravo je 5 muškaraca i 2 žene. Najizraženija je feminizacija na Katedri građanskog prava u kojoj su žene natpolovična većina dok Katedra krivičnog prava ima ravnomjeran odnos žena i muškaraca.

U odnosu prema drugim fakultetima društvenih nauka, koji imaju sličan broj studenata nastavnici/ice i saradnici/ice na Pravnom fakultetu imaju najveće opterećenje. Na Ekonomskom fakultetu je 121 osoba u svim akademskim zvanjima (67–55,37 muškaraca i 54–44,62% žena)[50], na Fakultetu političkih nauka 85 (52–61,17% muškaraca i 33–38,82% žena)[51], a nastava je organizirana po odsjecima, što se odražava na opterećenje nastavnika s obzirom na broj studenata.

Moć, status i ekonomske mogućnosti koje nudi pravna profesija

Do rata protiv Bosne i Hercegovine[52] (1992–1995) Pravni fakultet u Sarajevu je imao važnu poziciju u oblasti visokog obrazovanja i ideološku podršku države, koja je stajala iza pravnog obrazovanja. Kao vodeći fakultet u Bosni i Hercegovini imao je svoja odjeljenja u Banjoj Luci, (od 1965. godine do 1975. godine, kada se osniva Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci), odjeljenje u Mostaru (do osnivanja Pravnog fakulteta u Mostaru 1976. godine na Univerzitetu Džemal Bijedić), odjeljenje u Zenici (do osnivanja Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici), odjeljenje u Tuzli (do osnivanja Pravnog fakulteta Univerziteta u Tuzli) i odjeljenje u Doboju.

---

[49] Smrću profesora dr. Bajre Golića ova katedra je ostala bez muškaraca (2012).

[50] Podaci sa zvanične web-strane Ekonomskog fakulteta.

[51] Podaci sa zvanične web-strane Fakulteta političkih nauka.

[52] Upotreba ovog termina u značenje uključuje ciljeve rata na području bivše SFRJ i ideju o podjeli države Bosne i Hercegovine, a nakon uspostavljena mira u Bosni i Hercegovini, Opštim okvirnim sporazumom za mir u Bosni i Hercegovini – Dejtonski mirovni sporazum, protiv ideje o državi Bosni i Hercegovini i njenu unutrašnju podjelu po etničkom principu.

Nakon 1995. godine bilježe se dvije tendencije. Prva je vezana za nadležnost kantona u Federaciji Bosne i Hercegovine u oblasti obrazovanja, a druga za ideološku dimenziju pravnog obrazovanja. Kantonalna nadležnost za visoko obrazovanje inicirala je nastanak univerziteta u kantonima (Sarajevo, Bihać, Tuzla, Zenica, Mostar, Travnik i njihovih odjeljenja u drugim mjestima tog kantona), pa danas na području Federacije BiH djeluje osam pravnih fakulteta. U Republici Srpskoj su dva državna univerziteta, Univerzitet u Banjoj Luci u čijem sastavu je Pravni fakultet i Univerzitet u Istočnom Sarajevu u čijem sastavu postoji Pravni fakultet. Ovi fakulteti imaju svoja odjeljenja u Republici Srpskoj, Pravni fakultet Univerziteta Istočno Sarajevo ima odjeljenja u Bijeljini i Srebrenici. Cijela Bosna i Hercegovina je prekrivena mrežom pravnih fakulteta. Promijenjena je ideološka matrica pravnog obrazovanja, izgubljeno je ranije jedinstveno ideološko uporište, koje se oslanjalo na vladajuću Komunističku partija – Savez komunista. Nacionalne ideologije, koje zagovaraju podjelu Bosne i Hercegovine po etničkom principu, jačaju svoje obrazovne centre i trebaju im pravni fakulteti koji u obrazovanju slijede novu dominantnu ideološku matricu.

U kritičkoj procjeni evropskih eksperata u 7 univerziteta Bosne i Hercegovine se zaključuje: "Nastava i učenje su u srži onoga čime se univerzitet bavi, a to je u BiH još značajnije, obzirom na društveno-ekonomsko okruženje. Međutim, EUA timovi su jednoglasnog mišljenja da su ovi aspekti rada univerziteta u cijeloj BiH daleko od zadovoljavajućih. Mnogo je razloga za to, od kojih su većina u potpunosti razumljivi, ali stvarnost jeste da bez značajnog napretka u ovim područjima u skorijoj budućnosti, univerziteti u BiH kolektivno neće ispunjavati svoj primarni zadatak. Uprkos omjeru nastavnika i studenata koji je dosta povoljan u odnosu na većinu evropskih zemalja, univerzitetski nastavnici u BiH osjećaju se pretrpani predavanjima, sa vrlo malo vremena za istraživački rad. Međutim, u stvarnosti, barem na jednom univerzitetu u BiH, minimalna nastavna obaveza stalno zaposlenog osoblja je samo tri sata sedmično, a pretrpanost nastavnika posebno onih iznad određenog nivoa, proističe iz činjenice da predaju istovremeno na drugim fakultetima istog univerziteta ili na drugim univerzitetima i na taj način primaju po nekoliko plata. Svi se univerziteti, zapravo, u velikoj mjeri oslanjaju na ovakve gostujuće profesore, što je skupa navika, posebno što je rezultat malo istraživačkog rada. Prema tome, situacija s organizacijom nastave je besmislena: nastavnici su loše plaćeni i imaju vrlo malo obaveza prema primarnom poslodavcu, ali ti isti poslodavci troše značajne sume da bi im predavali nastavnici sa drugih fakulteta i univerziteta. Uz lošu ekonomsku stranu takvog sistema, upitni su pedagoški[53] i akademski

[53] Citirani izvještaj.

razlozi. Jedan EUA tim dao je komentar da postojeći sistem više djeluje kao šema za podršku zaposlenosti nastavnika, a ne nešto što kod studenta potiče učenje. Ovaj Gordijev čvor mora se u nekom trenutku presjeći, a što prije, to bolje. Osoblje mora imati veće odgovornosti na svojim matičnim ustanovama i mora biti plaćeno u skladu s tim. Gostujući profesori trebali bi biti izuzetak, a ne pravilo i to samo tamo gdje je to očigledno neophodno."

Ovu ocjenu treba dovesti u kontekst broja pravnih fakulteta u Federaciji Bosne i Hercegovine i broja osoba u akademskim zvanjima, odnosno s brojem doktora pravnih nauka u Bosni i Hercegovini, iz čega se može zaključiti da određen broj ljudi pokriva rad svih postojećih pravnih fakulteta i u Federaciji Bosne i Hercegovine i u Republici Srpskoj. Značajna napomena na tragu ideološke dimenzije, održavanju nastave na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Mostaru doprinio je angažman profesora s Pravnog fakulteta u Osijeku i Splitu,[54] a održavanju nastave na Pravnom fakultetu Univerziteta Istočno Sarajevo profesori iz Beograda i Kragujevca.

Pravni fakultet u Sarajevu je ostao u praznom prostoru, izgubio je raniju podršku države, a zadržala se samopercepcija značaja i mjesta koju ima u pravnom obrazovanju u Bosni i Hercegovini. Snažni utjecaj međunarodne zajednice u iniciranju, kreiranju pa i nametanju zakona u Bosni i Hercegovini, njen utjecaj u reformama obrazovanja, pravosuđa i uprave je marginalizirao poziciju domaćih eksperata i pravne nauke, koja je razvijana na ovim prostorima. Međutim, s aspekta socijalnih i razvojnih ciljeva države, visoko obrazovanje i, unutar njega, pravno obrazovanje, imaju svoj značaj. Pravni fakultet u Sarajevu zadržava značaj i kao institucija u oblasti pravnog obrazovanja i kao mjesto razvoja pravne nauke i pravne misli u Bosni i Hercegovini. Međutim, obrazovnu i naučnu reputaciju je potrebno ponovo zadobiti u novim ideološkim, ekonomskim i političkim uslovima, koji postavljaju druge kriterije za ocjenu uspješnosti.

Pristupanjem Bosne i Hercegovine Bolonjskoj deklaraciji inicirana je reforma visokog obrazovanja. Paralelno s tim, visoko obrazovanje je došlo u fokus kritičke analize evropskih eksperata, koji su procjenjivali stanje na bosanskohercegovačkim univerzitetima i mogućnosti ispunjavanja ciljeva iz Bolonjske deklaracije – organizaciju nastave, nastavne planove i programe, nastavne metode, način provjere znanja, naučnoistraživački rad, primjenjujući evropske standarde i upoređujući stanje na našim sa stanjem na evropskim fakultetima u određenim oblastima. Imajući u vidu raniji zatvoreni političkim sistem, koji je obrazovanjem promovirao vlastite ideološke

[54] Podatak sa zvanične web-stranice Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru.

vrijednosti, ograničenja u akademskom radu (ideološka kontrola izražena u oblasti društvenih i humanističkih nauka), ograničenu dostupnost literature, znanje stranih jezika i profesora i studenata, ograničeno međunarodno iskustvo, jer se akademska razmjena uglavnom odvijala unutar prostora Jugoslavije (relativno mali broj osoba koji su se školovali ili sticali naučne stepene i dodatno obrazovanje na stranim univerzitetima), može se razumjeti evropska kritička procjena stanja u visokom obrazovanju.

> "Kao što je rečeno, osiguranje kvaliteta nije samo jedan od centralnih elemenata Bolonjskog procesa, već je i od ključnog značaja za sveukupni akademski rad i postojanje univerziteta. Univerzitet mora biti u stanju da pokaže da zna šta radi, kako to radi, da je svjestan onoga što radi i da se može prilagoditi da to unaprijedi. Proces ocjene EUA izgrađen je na ovim centralnim pitanjima.
>
> Na univerzitetima u BiH, EUA timovi su zaključili da su univerziteti, formalno, u stanju da kažu šta rade, zahvaljujući svojim nedavno razrađenim izjavama o misiji. Kroz nacrte planova institucionalnog razvoja u mogućnosti su i da daju određene izjave i o tome kako će to ostvariti. Međutim, kako je već rečeno, neki univerziteti nisu uspostavili vezu između planova institucionalnog razvoja, strateškog menadžmenta i procedura osiguranja kvaliteta i ocjenjivanja. U smislu ocjene izvodivosti i provedbe strategija, EUA timovi su zaključili da univerziteti, koji su bili predmet ocjenjivanja, nemaju djelotvorne sisteme praćenja. Nema tijela na univerzitetu kojem je dodijeljena ova značajna odgovornost, vrlo je malo ili nimalo mehanizama za davanje povratnih informacija od studenata, a tamo gdje ih ima, to je uglavnom rutinski rad i bez nekog velikog značaja, a time i bez prave analize.
>
> Novom, ali i postojećem osoblju, potrebna je podrška i pomoć u radu, posebno kad se od njega očekuje da uvodi nove nastavne metode i metode provjere, da radi s raznovrsnijim grupama studenata, da poveća svoj istraživački rad, itd. Takva pitanja menadžmenta i razvoja ljudskih resursa bit će sve značajnija na univerzitetima BiH u narednih nekoliko godina. Univerziteti će morati uspostaviti sisteme unapređenja vještina svog akademskog osoblja, da bi im pomogli da odgovore na nove izazove i zahtjeve. To je centralni element u održavanju kvaliteta na univerzitetu, koji je u ovom trenutku predugo bio zanemaren."[55]

Za Pravni fakultet u Sarajevu, koji sada djeluje kao jedan od osam postojećih pravnih fakulteta u Federaciji Bosne i Hercegovine i kao jedan od deset u Bosni i Hercegovini, ostao je izazov kako profilirati svoj razvoj i kako postati

[55] Citirani izvještaj.

atraktivna visokoobrazovna ustanova u oblasti pravnog obrazovanja. Novi nastavni plan i program i novi model studija koji se primjenjuje od 2005. godine, nastao kao rezultat usklađivanja obrazovanja na Pravnom fakultetu sa zahtjevima Bolonjske deklaracije, može biti kritički preispitan u odnosu na rezultate koji su postignuti i na indikatore razvoja.

S akademskog aspekta potrebno je naći optimalne mogućnosti za usklađivanje obaveza koje proizlaze iz nastavnog procesa i zahtjeva za naučni i istraživački rad. Postojeći model 4+1+3 ukazuje na potrebu preispitivanja fonda sati koje imaju pojedini predmeti i njihovo usklađivanje s normom o opterećenju nastavnika/ica i saradnika/ica u nastavi. Očito je da postojeći fond sati ne ostavlja dovoljno vremena studentima/icama za njihov samostalni rad (orijentiranost na studente kao jedan od zahtjeva iz Bolonjske reforme), a prevazilazi i opterećenja nastavnika/ica u nastavnim aktivnostima. Potrebno je primijeniti mjere koje omogućavaju akademsku mobilnost, akademsko usavršavanje, međunarodnu razmjenu koja je teško ostvariva u postojećem rasporedu izvođenja nastave – u semestru se paralelno izvode svi predmeti po sedmičnom rasporedu izvođenja nastave. Ovakav model ne ostavlja prostora za akademsku mobilnost, dodatnu edukaciju, naučni i istraživački rad koji traži vrijeme. Postojeći način je pokazao da se smanjuje naučna i istraživačka komponenta u korist obaveza iz nastavnog procesa. Ovo smanjivanje utječe na ukupnu reputaciju Pravnog fakulteta u Sarajevu, koja se između ostalog mjeri obimom i kvalitetom naučnoistraživačkog rada na pojedinom fakultetu. Poređenje s drugim fakultetima pokazuje da je usvojen dosljedni model semestralnog izvođenja pojedinih predmeta uz povećavanje fonda sati, ali su nastavnici/ice i saradnici/ice dobili drugi slobodniji semestar koji se može koristiti u navedene svrhe. Drugi model, takođe u primjeni, jeste model izvođenja nastave predmet po predmet, u kojem se nastava izvodi određen broj sedmica samo iz jednog predmeta, a za tim dolazi sljedeći predmet po logičkom i sadržajnom rasporedu predmeta. Na ovaj način studenti/ice dobivaju cjelinu sadržaja predmeta, imaju vremena za savladavanje materije i postoji hronološki slijed kojim se savladavaju predmeti. U odnosu na tradiciju oba modela predstavljaju radikalnu promjenu, ali se mogu očekivati rezultati, koji imaju pozitivan efekat na kvalitet rada i znanja.

> "U ovom trenutku nije lako biti savjestan, marljiv i ambiciozan student u BiH. Sadašnja struktura akademskih programa i ispita skoro potpuno onemogućava pravilno učenje, polaganje ispita i diplomiranje u normalnom vremenskom okviru. Planovi i programi su pretrpani i u velikoj mjeri, ako ne i isključivo, zasnovani na nastavi ex cathedra i učenju napamet. Akademski predmeti uglavnom su previše specijalizirani i kruti, sa dosta preklapanja i nekoherentnosti i, na taj način, studentima onemogućavaju

fleksibilnost potrebnu za spremanje za budućnost. Vrlo je malo primjera interdisciplinarnosti. Teoretska znanja dominiraju u odnosu na praktično učenje. Vremenski rasporedi su loši, za rezultat imaju da studenti gube veliki broj sati, bez odgovarajuće biblioteke ili drugih uvjeta za samostalno učenje. Sve to znači da postoji generalna i hitna potreba da se na svim univerzitetima uvede pristup okrenut ka učenju, u kojem je student u centru procesa, a ne slučajni element na periferiji."[56]

Imajući u vidu izdvajanja za obrazovanje iz budžeta Kantona Sarajevo po kojima se za Pravni fakultet izdvaja 5,94% od ukupnog iznosa za Univerzitet Sarajevo, jasno je da se dodatni izvori finansiranja moraju tražiti. Ti drugi izvori mogu biti plaćeni specijalistički studiji za kojima postoji potreba na tržištu, održavanje edukacije ciljnim grupama, koje za to imaju interes, osnivanje plaćenih postdiplomskih programa u saradnji s drugim univerzitetima, a za sve te aktivnosti je potrebno usklađivanje postojećih obaveza s novim ciljevima. Pravni fakultet u Sarajevu treba pronaći način da privuče studente/ice i druge potencijalne korisnike usluga, kako bi povećao svoju konkurentnost u oblasti pravnog obrazovanja.

"Istraživački rad je ključni i integralni element zadatka univerziteta. Osnovnim istraživačkim radom univerzitet stvara nova znanja za dobrobit društva, a kroz primijenjena istraživanja koristi postojeća znanja da bi pronašao rješenja za potrebe koje društvo izrazi. U BiH danas postoji jasna potreba i za osnovnim i za primijenjenim istraživanjima. Uspješan i koristan istraživački rad obično traži značajna sredstva, prvo u smislu naučnog i drugog osoblja i, drugo, u smislu infrastrukture, opreme, financiranja, itd. S obzirom na to da je, kao što je već rečeno, javno financiranje istraživačkog rada na univerzitetima u BiH na vrlo niskom nivou i trenutno je naglasak *de facto* na nastavnim aktivnostima, neki EUA timovi su preporučili da bi se univerziteti trebali koncentrirati na primijenjena istraživanja u ograničenom broju strateških područja, koja su najrelevantnija partnerima univerziteta. Dodatni element od značaja za razvoj istraživačkih aktivnosti na univerzitetima su strategija i menadžment istraživačkog rada. Svi EUA timovi su u tom smislu došli do istog zaključka: da u ovom trenutku nema djelotvornih istraživačkih strategija na nivou cijelog univerziteta, da sadašnja fragmentirana struktura univerziteta ide protiv bilo kakvog koherentnog pristupa menadžmentu istraživačkog rada i da su sadašnji kapaciteti ograničeni na pojedinačne aktivnosti, a ne na razvijanje kritične mase u određenom broju definiranih strateških područja."[57]

[56] Citirani izvještaj.

[57] Citirani izvještaj.

Iz ovih ocjena proizlazi da se na Pravnom fakultetu u Sarajevu moraju pronalaziti načini za naučni i istraživački rad i da je u tom naporu Fakultet usmjeren na razvoj vlastite strategije, planova i usvajanje potrebnih mjera za njihovo ostvarivanje. Krajnji cilj je profiliranje Pravnog fakulteta u Sarajevu kao savremene, fleksibilne, visokoobrazovne institucije u oblasti pravnog obrazovanja, koja nudi perspektivan studij i kreira uslove za razvoj pravne nauke u Bosni i Hercegovini.

Trenutno, na Pravnom fakultetu u Sarajevu ukupan broj redovnih studenata i studentica u 2010/2011(Bolonjski program) je bio 967 od čega je 276 studenata (28,85%) i 681 studentica (71,15%). Pravni fakultet u Sarajevu se sada može svrstati u red "ženskih fakulteta" zajedno s Filozofskim fakultetom, Odsjekom za biologiju i Odsjekom za hemiju na Prirodno-matematičkom fakultetu, Farmaceutskim fakultetom, Fakultetom zdravstvenih studija i Pedagoškim fakultetom, koji imaju približno isti procenat studentica u ukupnoj strukturi studentske populacije.

Gubitak interesa muškaraca za studij prava, ali i za izbor akademske karijere je ozbiljan indikator da je ova profesija u Bosni i Hercegovini izgubila na društvenom ugledu, da ne obećava stabilan ekonomski status svojim diplomiranim studentima/icama i da ne otvara perspektive za razvoj profesionalne karijere.

Indikator za opredjeljenje mladih za izbor studija i buduće profesije mogu biti informacije koje se objavljuju na web-strani (www.studiram.ba) i sadrže dva ključna elementa: broj nezaposlenih po vrsti stručne spreme i pregled plaća po strukama. Ovdje se ukazuje da je analiza nezaposlenosti visokoobrazovanih osoba u Federaciji Bosne i Hercegovine pokazala da je u svim kantonima najviše nezaposlenih ekonomista i pravnika, a slijede diplomirani kriminalisti, profesori i novinari. Analiza postojeće strukture studenata/ica na Univerzitetu u Sarajevu (redovni studenti upisani 2011. godine) pokazuje da je na Filozofskom fakultetu od 1313 redovnih studenata/ica 302 (23%) muškarca, a 1011(77%) žena, na Ekonomskom fakultetu u Sarajevu od 950 redovnih studenata/ica 290 (30,52%) su muškarci a 660 (69,48%) žene, na Fakultetu političkih nauka (gdje je Odsjek za žurnalistiku) ukupno ima redovno upisanih studenata 1190 i to 417 (35,04%) muškaraca i 773 (64,96%) žene, na Fakultetu kriminalističkih nauka ima 486 redovno upisanih studenata/ica od kojih su 322 (66,25%) muškarci a 164 (33,75%) žene. Sa izuzetkom Fakulteta kriminalističkih nauka, riječ je fakultetima gdje je izražen trend feminizacije studentske populacije i koji se po omjeru žena i muškaraca koji završavaju ove studije svrstavaju u "ženske fakultete" a ove profesije imaju tendenciju pretvaranja u "ženske profesije".

Fakulteti na Univerzitetu u Sarajevu,
broj redovnih studenata/ica i broj nezaposlenih na Kantonu Sarajevo

Fakultet	**Ukupno**	**Muškarci**	**%**	**Žene**	**%**	**Nezaposleni**
Ekonomski	950	290	30,52	660	69,48	786
Pravni	967	276	28,85	681	71,15	675
FPN – Socijalni rad	1190	417	35,04	773	64,96	373
FPN –Žurnalistika						351
FPN –Politologija						282

Pravni fakulteti u kantonima Federacije Bosne i Hercegovine i
broj nezaposlenih diplomiranih pravnika/ica

Kanton	**Pravni fakultet**	**Broj nezaposlenih**
Sarajevski	Pravni fakultet u Sarajevu	675
Unsko-sanski	Pravni fakultet u Bihaću	254
Posavski	Odjeljenje Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru	21
Tuzlanski	Pravni fakultet u Tuzli	373
Zeničko-dobojski	Pravni fakultet u Zenici	313
Bosansko-podrinjski	Odjeljenje Pravnog fakulteta u Sarajevu	15
Srednjobosanski	Pravni fakultet u Travniku i Kiseljaku	148
Hercegovačko-neretvanski	Pravni fakultet u Mostaru i Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru	317
Livanjski	Nema pravnog fakulteta	194
Ukupno	**8 Pravnih fakulteta**	**2310**

U postojećim okolnostima pravna profesija ne nudi brzo i lako zapošljavanje s obzirom na broj pravnih fakulteta u Bosni i Hercegovini i na njihovu distribuciju po teritorijalnom principu. Broj diplomiranih pravnika/ica uključujući i broj nezaposlenih završenih studenata/ica utječu na smanjivanje društvenog ugleda ove profesije. S aspekta ekonomske profitabilnosti prosjek plaća po profesijama izgleda privlačan motiv za izbor ovog studija (na visinu plaća utječe visina plaće zaposlenih u pravosuđu, u notarskim uredima i advokatskim kancelarijama). Imajući ovo u vidu potrebno je povećati konkurentnost studija u odnosu na druge pravne fakultete nuđenjem programa, specifičnih znanja i vještina za kojima postoji potreba na tržištu.

Pregled prosječnih plaća po strukama u BiH i njihova veza s poslovima koje omogućavaju fakulteti društvenih nauka: pravni, ekonomski, političkih nauka

Ekonomija, finansije, računovodstvo	1106
Obrazovanje, naučni i istraživački rad	642
Administracija	771
Javna administracija lokalna samouprava	1209
Novinarstvo, štamparstvo i mediji	824
Viši menadžment	2485
Pravo	2066
Bankarstvo	1306
Hemijska industrija	952
Veterina, farmacija, medicina	1100

Feminizacija među osobama u saradničkim akademskim zvanjima takođe je indikator da univerzitet nije mjesto koje nudi dobro plaćeni posao, otvara prostor za profesionalno usavršavanje i razvijanje akademske karijere. Logično se nameće potreba usvajanja mjera koje će Pravni fakultet u Sarajevu učiniti privlačnim mjestom za izbor profesionalne karijere. Mjere se odnose na otvaranje mogućnosti za profesionalni razvoj, za usklađivanje nastavnog i naučnoistraživačkog rada, na razvijanja prednosti akademske profesije.

Zaključak

U ovom radu je za predmet analize uzeta struktura i broj diplomiranih studenata/ica na Pravnom fakultetu u Sarajevu, struktura magistara/ica pravnih nauka i struktura doktora/ica pravnih nauka koji su stručno i naučno zvanje stekli na Pravnom fakultetu u Sarajevu od prve generacije diplomiranih studenata/ica iz 1950. pa do 2011. godine.

U analizi diplomiranih studenata/ica uzeta su u obzir tri vremenska razdoblja, 1950–1991, 1992–1998, 1999–2011. i pravljena je iz rodne perspektive jer ova perspektiva ukazuje na prisutne tendencije u oblasti pravnog obrazovanja. Rodna analiza je izabrana jer se na osnovu nje mogu ustanoviti indikatori statusa, društvene moći i ekonomskih mogućnosti koje otvara određeno profesionalno usmjerenje. Rodna analiza detektuje centre ekonomske, političke i društvene moći. Na primjeru Pravnog fakulteta u Sara-

jevu može se potvrditi opće pravilo po kojem se smanjuje broj žena kako se penje ljestvica u profesionalnom obrazovanju. Dok predstavljaju većinu u strukturi studenata/ica na dodiplomskim studijama postaju manjina na studijama za naučne stepene magistra pravnih nauka, a broj se smanjuje u strukturi doktora pravnih nauka koji su ovo zvanje stekli na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

Analiza je pokazala da među populacijom diplomiranih studenata/ica sve do 1975. godine dominiraju muškarci. Od tada se povećava broj žena među diplomiranim studentima/icama, a u nekim generacijama bilježi i natpolovičnu većinu. Može se govoriti o ravnomjernom učešću žena i muškaraca u strukturi diplomiranih studenata/ica na Pravnom fakultetu u Sarajevu zaključno s generacijom diplomiranih studenata/ica iz 1991. godine. S obzirom na broj studenata/ica, njihovo porijeklo, ekonomski status i spol, nije se radilo o elitnom studiju. U skladu sa socijalističkom-komunističkom ideologijom, koja je u svojim vrijednostima imala ekonomska, socijalna i kulturna prava, ovakva politika je rezultirala visokim procentom učešća žena u pravosudnim organima (sudovima, tužilaštvima na svim nivoima) što istovremeno predstavlja izuzetak u odnosu na broj žena u zakonodavnim i izvršnim organima na svim nivoima vlasti u Bosni i Hercegovini. U smislu dostupnosti pravnog obrazovanja Pravni fakultet je u to vrijeme imao misionarsku ulogu podržanu vladajućom ideologijom. Od vremena rata, a naročito u periodima nakon 2000. godine vidljiv je porast žena u strukturi diplomiranih pravnika/ica gdje muškarci na kraju padaju procentualno ispod jedne trećine u ukupnoj strukturi diplomiranih studenata/ica. Ovaj trend feminizacije pravnog obrazovanja je indikator pada ugleda profesije i smanjenih finansijskih mogućnosti koje otvara pravna profesija. Na pad ugleda profesije utječe broj pravnih fakulteta u Bosni i Hercegovini (8 u FBiH i 2 vodeća u RS s njihovim odjeljenjima po Republici Srpskoj), broj nezaposlenih diplomiranih pravnika/ica na spiskovima zavoda za zapošljavanje, kritička evaluacija visokog obrazovanja u Bosni i Hercegovini koja je ukazala na postojeće slabosti – posebno vidljive u poređenju s evropskim univerzitetima.

Drugi nivo analize obuhvatio je strukturu magistara/ica pravnih nauka koji su ovaj naučni stepen stekli na Pravnom fakultetu u Sarajevu. Od 9.289 osoba, koje su diplomirale na Pravnom fakultetu u Sarajevu (zaključno s generacijom diplomiranih iz 1991. godine), njih 53 (0,57%) steklo je naučni stepen magistra/ice pravnih nauka na Pravnom fakultetu u Sarajevu. Druga karakteristika odnosi se na procenat žena u strukturi osoba koje su stekle naučni stepen magistra pravnih nauka, a iznosi jednu trećinu od ukupnog broja osoba, koje su stekle ovaj naučni stepen. Zaključno s generacijom

iz 1991. godine na Pravnom fakultetu u Sarajevu diplomirale su 3.944 (42,45%) žene, a stepen magistra pravnih nauka na ovom fakultetu je steklo 14 žena (0,35%). Analiza osoba koje su stekle naučni stepen magistra/ice pravnih nauka na Pravnom fakultetu u Sarajevu od 1996. godine pokazuje dvije tendencije; prva je porast broja osoba koje su stekle naučni stepen magistra/ice pravnih nauka u odnosu na period do 1991. godine, a druga tendencija je povećanje učešća broja žena koje su stekle ovaj naučni stepen. U dvije generacije, 2007/2008. one predstavljaju natpolovičnu većinu u ukupnom broju magistara/ica pravnih nauka, a smanjen je omjer između muškaraca (55,31%) u odnosu na žene (44,69%). Ovu činjenicu treba dovesti u vezu s povećanim brojem žena u akademskom zvanju asistenta/ice i s naznačenim trendom povećavanja broja žena u strukturi diplomiranih studenata/ica. Podaci o broju osoba, koje su stekle naučni stepen magistra/ice pravnih nauka, treba dovesti u kontekst kritičke evaluacije visokog obrazovanja u Bosni i Hercegovini što su uradili evropski eksperti. Obrazovanje je bilo usmjereno na sticanje diplome visoke stručne spreme, dok je veoma mali broj osoba sticao naučna zvanja i vezan je za osobe koje su se usmjeravale na akademsku karijeru. To je vidljivo iz analize strukture osoba u akademskim zvanjima na Fakultetu. Ovaj broj je neodgovarajući u smislu zadovoljavanja potreba u akademskoj zajednici i ne korespondira s potrebama razvoja privrede u Bosni i Hercegovini. Od 2005. godine je nastupila značajna promjena, kao rezultat primjene Bolonjske deklaracije. Model studija 4+1+3, koji se primjenjuje na Pravnom fakultetu u Sarajevu, integrira u obrazovanje stručni stepen magistra i doktoralne studije, koje obrazuju studente/ice za naučni stepen doktora pravnih nauka.

Sljedeći nivo analize je obuhvatio osobe, koje su na Pravnom fakultetu u Sarajevu stekle naučni stepen doktora/ica pravnih nauka. Analiza je pokazala da je do 1991. godine 48 osoba steklo naučni stepen doktora nauka, od čega su 48 (85,41%) muškarci a 7 (14,59%) žene. Analiza strukture osoba, koje su stekle naučni stepen doktora pravnih nauka, pokazuje da je 20 osoba gradilo akademsku karijeru na Pravnom fakultetu u Sarajevu. Od 7 žena koje su stekle naučni stepen doktora nauka samo jedna nije bila članica akademskog osoblja na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

Na Pravnom fakultetu u Sarajevu zaključno s 1991. godinom je diplomiralo 5.345 muškaraca, naučni stepen magistra pravnih nauka na Pravnom fakultetu u Sarajevu je steklo 39 muškaraca, a naučni stepen doktora nauka 41 muškarac. U isto vrijeme diplomiralo je 3.944 žena, naučni stepen magistra pravnih nauka steklo je 14 žena, a naučni stepen doktora pravnih nauka 7 žena. Sticanje naučnih stepena (magistra i doktora nauka) direktno je povezano s interesom za izgradnju akademske karijere. Iz ovih podataka je

vidljivo da je akademska karijera, koja je u doba komunizma sigurno podrazumijevala političku moć i društveni status, bila pod kontrolom muškaraca (vidljiva je direktna veza partije, statusa, društvenog ugleda, moći odlučivanja). Analiza je, takođe, pokazala da je težište bilo stavljeno na nastavne aktivnosti, da nije potican naučnoistraživački rad i da žene nisu ohrabrivane u izgradnji akademske karijere. Takođe rezultati analize pokazuju da je u zadnjih 13 godina (1997–2010) više žena steklo naučni stepen doktora pravnih nauka nego u 40 prethodnih godina (1952–1991). Prati se i povećanje broja muškaraca, koji imaju naučni stepen doktora pravnih nauka.

U drugom dijelu rada predmet analize bila je struktura osoba u svim akademskim zvanjima, prateći dva perioda, onaj do 1995. godine i period nakon izmjene unutrašnje organizacije Bosne i Hercegovine, nastale kao rezultat primjene Dejtonskog mirovnog sporazuma. Rezultati analize strukture osoba, koje su predavale na Pravnom fakultetu u Sarajevu, a kojima je prestao radni odnos pokazao je dominaciju muškaraca. Među nastavnicima, navedenim u Spomenici, od 61 osobe, profesora Pravnog fakulteta u Sarajevu, njih 49 (81.66%) bili su muškarci, a 12 (18,34%) žene (nisu uzete u obzir žene koje su predavale u odjeljenjima Pravnog fakulteta u Sarajevu[58]). Među navedenim saradnicima nalazi se 21 osoba od kojih je 13 muškaraca (61,90%) i 8 (38,1%) žena.

Analiza rasporeda muškaraca i žena po predmetima i katedrama pokazala je da su muškarci bili dominantni na katedrama čiji su predmeti imali naglašene ideološke karakteristike i ukazuje na odnos između ideologije i prava. To su predmeti koji pripadaju Katedri za ekonomskopravne nauke, Katedri za državno i međunarodno javno pravo i Katedri za pravnu historiju. Analiza rasporeda žena po katedrama i po predmetima koje su predavale pokazuje stvarni odnos moći. Na Katedri za državno i međunarodno javno pravo su dvije žene (9,10%) i to na predmetima Opšta sociologija i Teorija države i prava, na Katedri za historijskopravne nauke, takođe su dvije žene (33,34%) i to na predmetima Rimsko pravo i Opšta istorija države i prava, dok ih je procentualno najviše na Katedri krivičnog prava, gdje čine i natpolovičnu većinu, na pozitivnim pravnim predmetima Krivično pravo, Kriminologija i Krivično procesno pravo, zatim na Katedri građanskog prava (25%) na pozitivnim pravnim predmetima Građansko pravo, Autorsko pravo, Obligaciono pravo, Porodično pravo, Nasljedno pravo i Međunarodno privatno pravo.

Danas je na Pravnom fakultetu u Sarajevu 39 osoba u svim akademskim zvanjima (nastavnici i saradnici), od kojih je 20 muškaraca i 19 žena. U

[58] Branislava Jojić, predavala Teoriju države i prava na odjeljenju u Mostaru (1973–1976).

odnosu na prethodno analizirani vremenski period uočljivo je povećanje broja žena u strukturi zaposlenih osoba u svim akademskim zvanjima i smanjivanje rodne disproporcije karakteristične za prethodni vremenski period. Smanjena je disproporcija između broja nastavnika/ica (21) i saradnika/ica (18). Međutim, uočljiva je sljedeća karakteristika – potpuni obrat u omjeru između muškaraca i žena u nastavničkim zvanjima i saradničkim zvanjima. U nastavničkim zvanjima od 21 osobe njih 14 su muškarci (66,66%), a 7 žene (83,34%). U saradničkim zvanjima od 18 osoba je 6 (33,34%) muškaraca, a 12 (66,66%) žena. Potpuno izmijenjena slika ukazuje na trend feminizacije osoba u akademskim zvanjima na Pravnom fakultetu u Sarajevu. U odnosu na period u kojem je procenat žena među nastavnicima bio 20%, a među saradnicima 35%, sada se uočava trend da muškarci postaju akademska manjina (jedna trećina u strukturi osoba u saradničkim zvanjima). Poređenje broja osoba koje su od 1997. godine stekle naučni stepen magistra pravnih nauka (52 muškarca i 42 žene) s brojem muškaraca u zvanjima asistenta i višeg asistenta (6 muškaraca i 12 žena) je indikator da muškarci gube interes za rad na Pravnom fakultetu u Sarajevu. Takođe, potrebno je ovaj podatak dovesti u vezu s drastičnim smanjivanjem muškaraca u strukturi studentske populacije (manje od jedne trećine) i jasno je da prisutni trend feminizacije među osobama u nižim akademskim zvanjima i među studentima/icama na Pravnom fakultetu u Sarajevu govori o gubitku moći, statusa i ekonomskih mogućnosti koje nudi pravna profesija s jedne strane i akademska karijera, s druge strane.

Treći dio rada posvećen je analizi nastalih promjenama u Bosni i Hercegovini. Od vodećeg fakulteta u oblasti pravnog obrazovanja, kakav status je imao do 1992. godine, danas djeluje kao jedan od deset postojećih pravnih fakulteta u Bosni i Hercegovini. Zadržan je značaj pravnog obrazovanja s aspekta socijalnih ciljeva države u oblasti obrazovanja, ali je nestala ranija snažna ideološka podrška, koju je davala Komunistička partija – Savez komunista. Pravni fakultet u Sarajevu se našao u situaciji da ponovo zadobije obrazovni i naučni značaj u izmijenjenim ekonomskim, političkim i društvenim uslovima i na osnovu drugih kriterija i standarda. Razmotreni su izazovi usklađivanja nastavnih aktivnosti i razvoja naučnoistraživačkog rada, potrebne mjere za povećanja kvaliteta obrazovanja i reputacije Pravnog fakulteta u Sarajevu. Osnovno pitanje u odnosu na koje su analizirane moguće mjere je kako povećati konkurentnost studija i kako fakultet učiniti poželjnim mjestom za izgradnju profesionalne karijere. Na tragu tog pitanja ponuđeni su postojeći modeli izvođenja nastave koji doprinose povećanju kvaliteta rada na Fakultetu i koji mogu imati pozitivne efekte na gradnju reputacije Pravnog fakulteta u Sarajevu. Mjere se odnose na smanjivanje

fonda sati po predmetima slijedeći model obrazovanja orijentiranog na studente/ice i na promjenu u organizaciji izvođenja nastave uzimajući u obzir sva tri ciklusa studija. Jedan od modela je dosljedno provođenje principa jednosemestralnih predmeta, koji prati povećanje sedmičnog fonda sati u semestru. Drugi model je napuštanje dosadašnjeg modela po kojem se svi predmeti u semestru izvode paralelno po sedmičnom rasporedu u korist izvođenja samo jednog predmeta po utvrđenom rasporedu sedmica, tako da slijed izvođenja predmeta po sedmicama prati logiku sadržaja i materije određenih predmeta. Ovom promjenom bi se otvorile mogućnosti za druge aktivnosti i za razvoj naučnoistraživačkog rada. Pretpostavka je da bi imale pozitivan utjecaj na kvalitet studija i usvajanje znanja i vještina. Pravni fakultet u Sarajevu ne može čekati na sistemske promjene, potrebno je da sam razvije strategiju razvoja, plan i mjere za unapređenje kvaliteta i razvoja pravnog obrazovanja.

Dr Jasna Bakšić Muftić
Associate Professor

THE FACULTY OF LAW IN SARAJEVO – CHALLENGES THROUGH TIME

Summary

The subject of this paper is to analyze the structure of graduates (male and female) from 1950 to 2011, the structure of persons who have obtained degrees of Master of Science in Legal Studies and Doctor of Legal (Juridical) Sciences at the Faculty of Law in Sarajevo. The analysis had been conducted from a gender perspective, which points to the indicators of changes in the field of legal education. The results of the analysis have shown that from the dominant majority to an approximately equal participation in the structure of graduates (male and female graduated students), men are becoming a minority, and, thus, today, they make up less than one third in the structure of regular students (male and female) at the Faculty of Law in Sarajevo. There has been an analysis of the present trend of feminization, which indicates a loss of power, prestige, and opportunities that this profession offers in the context of changes that occurred in Bosnia and Herzegovina. An analysis has also been conducted with regards to the structure of persons who obtained degrees of Master of Science in Legal Studies and Doctor of Legal (Juridical) Sciences at the Faculty of Law in Sarajevo, where men remain the majority with a present increase in the number of women who

have acquired these post-graduate degrees. The second part of the paper is devoted to the analysis of persons in all academic professions and the tendencies present at the Law Faculty in Sarajevo. From a predominantly "male" faculty, feminization is present in all assistant profession categories, indicating that the University as a whole, as well as individual faculties, is ceasing to be a power center and a desirable place for a professional career.. Under the current circumstances, work at the faculty entails many teaching obligations, limited time for scientific work, and lower wages compared to the opportunities that exist in other professions outside of the academic community. The third section analyzes the situation in the field of legal education and discusses the measures that the faculty can take to regain its reputation and status in the changed social, political, and economic conditions.

Key terms: *men, women, law graduates (male and female), male and female holders of Master of Science degree in Legal Studies, and Doctors of Legal (Juridical) Sciences*

Mr. Lejla Balić
Viša asistentica

UDK: 342.6:061.1EU
Prethodno naučno saopćenje

PRAVNI REŽIM KOMITOLOGIJE NAKON LISABONSKOG UGOVORA

Sažetak

Komitologija predstavlja mehanizam putem kojeg Komisija ostvaruje provedbenu funkciju, a u čemu je kontrolišu države članice kroz posebne komitete u čiji sastav ulaze predstavnici nacionalnih vlada. Fokus ovo rada je predstaviti pravni režim komitologije koji je utvrdio Lisabonski sporazum, kojim je temeljno izmijenjen dotadašnji sistem komitologije. Naime, u odnosu na nekadašnje tzv. delegirane nadležnosti Komisije, Ugovor o funkcionisanju Evropske unije razlikuje prenesene ovlasti Komisije i provedbene ovlasti Komisije, što je i pravni osnov novog sistema komitologije. Da bi značaj novih rješenja u komitologiji bio jasniji, ukratko će biti predstavljen i raniji sistem komitologije. U vezi s tim, biće dat kratki osvrt na dva najvažnija aspekta koji su odredili komitologiju i koji su direktno povezani, prvi je svakako pravna regulacija, a drugi je demokratski diskurs evropskih integracija koji potencira Evropski parlament.

Ključne riječi: *komitologija, Evropska unija, Lisabonski sporazum, Evropski parlament*

Uvod

Komitologija je prije stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona,[1] definisana kao mehanizam putem kojeg Komisija ostvaruje zakonodavno-provedbenu funkciju, a u čemu je kontrolišu države članice kroz posebne komitete u čiji sastav ulaze predstavnici nacionalnih vlada. Neki od autora razlikuju komitologiju u užem i komitologiju u širem smislu, gdje komitologija u širem smislu podrazumijeva administrativnu dimenziju rada komunitarnih

[1] "Ugovor iz Lisabona o izmjenama i dopunama Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o osnivanju Evropske zajednice" potpisan je u Lisabonu 13. decembra 2007. godine s ciljem rješavanja pitanja daljnjeg institucionalnog funkcioniranja Evropske unije. Lisabonski ugovor dopunjuje postojeće ugovore o Evropskoj uniji i Evropskoj zajednici, ne zamjenjujući ih. Ugovor je stupio na snagu 1. decembra 2009., nakon što je prošao proces ratifikacije u svim državama članicama EU..

institucija koja objedinjava veliki broj stručnih, savjetodavnih ali i provedbenih komiteta koji djeluju pri evropskim institucijama.[2] U ovom tekstu, komitologija će se predstaviti isključivo iz ugla užeg tumačenja, odnosno kao organizovani i kodifikovani sistem komiteta koji nadziru rad Komisije prilikom izvršavanja provedbenih ovlasti koje Komisiji delegiraju Evropski parlament i Savjet, što je jedna od novina koju je donio Ugovor iz Lisabona koje će u daljem tekstu biti razjašnjene. U vezi s tim, fokus ovog rada je predstaviti pravni režim komitologije kako je definisan Lisabonskim sporazumom i aktima koje su donijeli Evropski parlament i Savjet. Međutim, još je rano za realne ocjene i konačne zaključke o uspješnosti novih rješenja, jer se neke od novih procedura još ne primjenjuju.

Da bi značaj novih rješenja u komitologiji bio jasniji, ukratko će biti predstavljen i raniji sistem komitologije. U vezi s tim, biće dat kratki osvrt na dva najvažnija aspekta koji su odredili komitologiju i koji su direktno povezani, prvi je svakako pravna regulacija, a drugi je demokratski diskurs evropskih integracija koji potencira Evropski parlament. Moramo napomenuti da će u ovom tekstu pitanje demokratskog deficita kao problema komitologije biti samo spomenuto, jer bi detaljna analiza komitologije iz ugla demokratske teorije zahtijevala odvojenu analizu i mnogo više prostora.

Nastanak komitologije

Komitologija je fenomen koji preko četrdeset godina na jedan poseban način oblikuje evropske integracije, te predstavlja sponu dvije izvršne vlasti Savjeta i Komisije, gdje je Savjet formirajući komitete u čijem su sastavu predstavnici država članica, uspostavio kontrolu nad vršenjem tzv. delegiranih ovlasti Komisije.[3] Pravni osnov za formiranje komiteta bio je čl. 202 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, kojim je utvrđeno da Savjet može prenijeti na Komisiju dio svojih ovlaštenja za sprovođenje propisa koje donosi Savjet (tzv. delegirane ili prenesene nadležnosti Komisije)[4].

Prvi komiteti osnovani su početkom 60-ih godina, kada je Savjet odlučio da određene ovlasti za implementaciju mjera poljoprivredne politike delegira Komisiji.[5] Nacionalne vlade protivile su se ovakvom prenosu ovlaštenja, te je

---

[2] Misita Nevenko, "Evropska unija – institucije", 2009., str. 135.
Joerges Christian, "Bureaucratic Nightmare, Technocratic Regime and the Dream of Good Transnational Governance", Hart Publishing 1999, str. 3.

[3] Hiks Sajmon, "Politički sistem Evropske unije", Službeni glasnik, Beograd 2007., str. 68.

[4] Više kod: Turk Alexander, "The Role of the European Court of Justice in the area of Comitology; The Role of Committees in the Policy-Process of the European Union", Edwards Elgar, Cheltenham, UK, 2007. str. 229.

[5] Ballmann Alexander, Epsatin David and O'Halloran, "Delegation, Comitology, and the

nađen kompromis u vidu formiranja komiteta u čiji sastav su ušli predstavnici država članica. Cilj osnivanja komiteta bio je osigurati da države članice imaju kontrolu nad delegiranim nadležnostima Komisije, te da kroz aktivnu raspravu na sjednicama unaprijede kvalitet akata koje im podnosi Komisija.[6] U vezi s tim, uspostavljena je praksa, da ako komitet podrži prijedlog Komisije ili se o njemu ne izjasni, Komisija može usvojiti predloženi akt. U slučaju da komitet odbije predložene mjere, Komisija nije mogla usvojiti akt već ga je dostavljala Savjetu čija odluka je bila konačna.

Evropski parlament i pravna regulacija komitologije

Trebalo je proći punih dvadeset pet godina od formiranja i djelovanja prvih komiteta, do prve pravne regulacije 1987. godine. Rasprave o nedostatku transparentnosti i zakonitosti u radu komiteta inicirale su prvu kodifikaciju, te značajno utjecale i na današnji pravni status komitologije. Osporavanje rada komiteta pokrenula je Komisija, koja je smatrala da uloga komiteta treba biti isključivo savjetodavna. U vezi s tim pokrenut je i niz postupaka pred Evropskim sudom pravde u kojem je Sud podržao Savjet u stavu da zadržava pravo uređivanja pravila za provođenje delegiranih nadležnosti Komisiji.[7] Procesi legitimiranja i snaženja Evropskog parlamenta, najavljeni su direktnim izborima 1979. godine, a nastavljeni Jedinstvenim evropskim aktom i uvođenjem postupka saradnje. Jačanjem svojih ovlasti, Evropski parlament se uključio u međuinstitucionalne rasprave oko komitologije, te je sistem komitologije ocijenio kao netransparentan i bez odgovornosti, odnosno kao sistem sa značajnim demokratskim deficitom u radu komiteta.[8] Uz konstantan pritisak Komisije koja je uživala podršku Evropskog parlamenta, Savjet je 1987. godine pozivajući se na čl. 202 Ugovora o Evropskoj

Separation of Powers in the European Union", International Organization 56, 3, Summer 2002. str. 557.

[6] E. Vos, "50 Years of European Integration, 45 Years of Comitology", Maastricht Faculty of Law Working Paper 2009–3; str. 52; http://ssrn.com

[7] Presude Evropskog suda pravde 25/70 Koster (1970), ECR 1161, 23/75 Rey Soda v. Cassa Conguaglio Zucchero (1975)ECR 1279, 5/77 Tedeschi v. Denkavit Commerciale Srl. (1977) ECR 1555; kod E. Vos; "50 Years of European Integration, 45 Years of Comitology", Maastricht Faculty of Law Working Paper 2009–3; str. 6–8.; http://ssrn.com Kod: Turk Alexander; The Role of the European Court of Justice in the area of Comitology; The Role of Committees in the Policy-Process of the European Union; Edwards Elgar, Cheltenham, UK, 2007.; str. 227–245.

[8] Početkom 80-ih godina stanje komitologije moglo se definisati kao "haotično", jer je postojalo preko 30 procedura prema kojima su djelovali komiteti, a tačan broj komiteta bilo je skoro nemoguće utvrditi kod Vos E.; "50 Years of European Integration, 45 Years of Comitology", Maastricht Faculty of Law Working Paper 2009–3; str. 7.; http://ssrn.com

zajednici donio prvu tzv. Odluku o komitologiji (87/373 EEC). Odlukom o komitologiji utvrđene su tri procedure: savjetodavna, upravljačka i regulatorna, a samo mišljenje savjetodavnih komiteta nije obavezivalo Komisiju. Utvrđenim rješenjima nije bila zadovoljna Komisija, niti Evropski parlament koji je smatrao da treba biti pravovremeno informisan o svim aktima koje u postupcima komitologije predlaže Komisija, a bio je u tome izostavljen. U vezi s tim, Evropski parlament je pokrenuo postupak pred Evropskim sudom pravde, međutim Sud ga nije podržao u njegovim zahtjevima.[9] Evropski parlament je istrajao u svojim zahtjevima da se rad komitologije učini podložnim parlamentarnoj kontroli, a što je rezultiralo potpisivanjem sporazuma između Komisije i Evropskog parlamenta (tzv. Plumb-Delors sporazum)[10], kojim se Komisija obavezala da će sve nacrte akata koje je podnijela komitetima dostaviti i Evropskom parlamentu. Nakon potpisivanja Mastrihtskog sporazuma i uvođenja postupka saodlučivanja, Evropski parlament je uz raniju retoriku o netransparentnosti komitologije, počeo koristiti nove ovlasti da blokira odluke komitologije, nastavljajući tako borbu za kontrolu komitologije.[11] Da bi se prevazišla međuinstitucionalna kriza, 1994. godine potpisan je sporazum između Evropskog parlamenta, Savjeta i Komisije tzv. "Modus Vivendi", kojem je redefinisana uloga Evropskog parlamenta u postupcima komitologije. Ovim sporazumom definisano je da će Komisija dostavljati nacrte svih akata, istovremeno komitetima i Evropskom parlamentu. Također, u slučaju kada komitet ne podrži nacrt akta, te se akt proslijedi Savjetu, prije izjašnjavanja Savjet je obavezan konsultovati se s Evropskim parlamentom.[12]

Pod konstantnim pritiskom Evropskog parlamenta čiji je institucionalni položaj svakim novim ugovorom jačao, Savjet je donio tzv. drugu Odluku o komitologiji 99/468/EC, kojom je stavio van snage Odluku o komitologiji (87/373/EEC). Pozivajući se na čl. 202 (Ugovora o Evropskoj zajednici) utvrđene su tri različite procedure komitologije prema kojima djeluju komiteti: savjetodavni (advisory), upravljački (management), regulativni (regulatory). Novom Odlukom (99/468/EC), Evropski parlament je intenzivnije uključen u komitologiju, mada još uvijek daleko od toga da je izjednačen sa Savjetom.

---

[9] Presuda Evropskog suda pravde 302/87, Parliament v. Council (Comitology) (1988), ECR 5615, kod. E. Vos; "50 Years of European Integration, 45 Years of Comitology", Maastricht Faculty of Law Working Paper 2009–3; str. 10.; http://ssrn.com

[10] Corbett Richard, Jacobs Francis and Shackleton Michael, "The European Parliament", John Harper Publishing; 2005; str. 288.

[11] Odlučujući u postupku saodlučivanja, Evropski parlament je 1994. godine odbio usvojiti akt upravo zbog nezadovoljstva s radom komitologije, Ibid, str. 289.

[12] Corbett Richard, Jacobs Francis and Shackleton Michael, "The European Parliament; John Harper Publishing; 2005", str. 290.

U regulativnu proceduru (čl. 5), uvrštena su rješenja spomenutog modus vivendija, kojim je utvrđeno obavezno konsultovanje Evropskog parlamenta. Također, Evropski parlament je dobio izvjesno "pravo nadzora" (čl. 8), odnosno pravo da zahtijeva preispitivanje nacrta implementirajućih mjera. Da bi ostvario tzv. "pravo nadzora" potrebno je da su ostvarena dva uslova. Prvi je da je osnovni akt donesen u postupku saodlučivanja, a drugi da je Rezolucijom Evropskog parlamenta utvrđeno da je Komisija prekoračila ovlaštenja dodijeljena osnovnim aktom. Što se tiče zahtjeva Evropskog parlamenta da se rad komitologije učini javnim, Odlukom je Komisija obavezana da Parlament redovno informiše o sjednicama komiteta, dnevnom redu, rezultatima glasanja. U vezi s tim, Komisija je uvela registar svih komiteta koji sudjeluju u postupku komitologije, te se obavezala da podnosi godišnji izvještaj o radu komiteta.

Odluka o komitologiji (99/468/EC) dopunjena je Odlukom Savjeta 2006/512/EC, a kojom je uveden regulativni postupak s nadzorom (regulatory with scrutiny). Uvođenje nove procedure direktan je rezultat dugogodišnjih napora i zahtjeva Evropskog parlamenta da se unaprijedi parlamentarni nadzor nad radom komitologije, a posebno nad primjenom legislativnih akata usvojenih u postupku saodlučivanja.[13] Kako je aktuelnim aktom koji regulira rad komitologije Regulativom 182/2011, Odluka o komitologiji (99/468/EEC) stavljena van snage, u ovom tekstu biće izložen jedino regulativni postupak s nadzorom, koji će se još neko vrijeme primjenjivati u odnosu na osnovne akte koji se referišu na taj postupak.[14]

Regulativni postupak s nadzorom[15] primjenjuje se prilikom izmjena manje bitnih elemenata sekundarnih legislativnih akata uz ispunjenje dva uslova. Prvi uslov je da je osnovni akt (akt kojim se vrši prenos ovlaštenja na Komisiju) usvojen u postupku saodlučivanja i drugi da su mjere koje Komisija treba usvojiti opšte primjene kojima se vrše izmjene manje bitnih elemenata osnovnog akta i koje su po karakteru kvazilegislativne mjere. Kvazilegislativne mjere definisane su kao svaka izmjena ili dopuna regulative ili direktive, odnosno svaka promjena pravnog sadržaja osnovnog akta.[16] Pridjev kvazilegislativni bio je šifra za politički osjetljiva pitanja, u kojima je zakonodavac želio imati dodatnu kontrolu nad radom Komisije kao što su:

---

[13] „Introduction of a regulatory process with scrutiny in the "comitology decision"; Working Document ESC/56/2006, 20. 10. 2006; http://ec.europa.eu

[14] Regulation /EU) No 182/2011 (21)

[15] 1999/468/EC, član 5a.

[16] "Introduction of a regulatory process with scrutiny in the "comitology decision"; Working Document ESC/56/2006, 20. 10. 2006; http://ec.europa.eu , str. 2.

zaštita okoliša, finansijske usluge, javno zdravlje.[17] Dakle, budući da Komisija nije samo implementirala, već je i dobila i pravo da mijenja osnovni akt, regulativna procedura s nadzorom podrazumijevala je dva nivoa kontrole. U prvoj fazi postupka, Komisija podnosi prijedlog mjera odgovarajućem komitetu. Ukoliko komitet da pozitivno mišljenje, odluka se dostavlja Evropskom parlamentu i Savjetu, koji u roku tri mjeseca mogu iznijeti prigovor na predložene mjere. Prigovor može biti utemeljen na tri pravna osnova: prekoračenje nadležnosti definisanih u osnovnom aktu, u slučaju da mjere nisu kompatibilne s ciljem i sadržajem osnovnog akta i kao treći uslov da su mjere u suprotnosti s principima supsidijarnosti i proporcionalnosti.

Ukoliko bi Evropski parlament ili Savjet iznijeli prigovor na osnovu jednog od tri kriterija, prijedlog mjera se smatra odbijenim. U slučaju da nakon iznesenog prijedloga mjera komitet da negativno mišljenje ili da mišljenje izostane, Komisija prijedlog mjera dostavlja Savjetu i Evropskom parlamentu. Savjet ima rok od dva mjeseca da se očituje o predloženim mjerama. Savjet može odbiti predloženi prijedlog Komisije kvalifikovanom većinom, u tom slučaju Komisija ne može usvojiti predložene mjere (u ovom slučaju Parlament nema nikakvih prava). Ukoliko Savjet podrži prijedlog mjera ili u roku od dva mjeseca ne donese nikakav stav, Komisija predložene mjere dostavlja Evropskom parlamentu, koji u roku dva mjeseca može odbiti prijedlog Komisije i mjere ne mogu biti usvojene. Ako Evropski parlament prihvati prijedlog Komisije ili se ne očituje o prijedlogu, Savjet ili Komisija mogu usvojiti predložene mjere.

Iako je usvajanjem regulativnog postupka s nadzorom, Evropski parlament dobio značajniju ulogu i kontrolu nad Komisijom i sistemom komitologije, ipak, nije izjednačen sa Savjetom. Naime, kako je već navedeno u slučaju negativnog mišljenja Savjeta, odluka je konačna i Komisija ne može usvojiti predložene mjere, bez obzira na stav i mišljenje Evropskog parlamenta.

Lisabonski ugovor i komitologija

Rekonstrukcija sistema komitologije najavljena je Konvencijom o budućnosti Evrope,[18] gdje je naznačeno da je potrebno redefinisati podjelu zakonodavnih

---

[17] Hardacre Alan and Kaeding Michael, "Delegated & Implementing Acts – The New Comitology", http://publications.eipa.eu/, str. 10.

[18] Evropski savjet je u decembru 2001. godine na zasjedanju održanom u Lakenu odlučio o formiranju posebne institucije "Konvencije", čiji zadatak je bio da generalno odredi "ustavnu budućnost Evrope". Konvencija je okončala svoj posao u julu 2003. godine pripremivši Nacrt Ugovora o Evropskom ustavu koji je dostavljen Evropskom savjetu. Kod: Misita Nevenko, "Evropska unija – institucije", 2009., str. 178, i na www. *european-convention.eu.int/*

i izvršnih ovlasti institucija Evropske unije u duhu demokratskih načela, a posebno načela transparentnosti. Slijedeći principe utvrđene Konvencijom, Ugovorom iz Lisabona, tačnije Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije, u značajnom dijelu izmijenjen je pravni osnov komitologije. Naime, nekadašnje tzv. delegirane nadležnosti Komisije (čl. 202 Ugovora o Evropskoj zajednici) razdvojene su na prenesene ovlasti Komisije (sada čl. 290) i ovlasti Komisije za provođenje akata – provedbene ovlasti (sad čl. 291), a što je direktno impliciralo i značajne promjene sistema komitologije.[19] Tako je zajednički stav pojedinih autora, da je Lisabonskim sporazumom najradikalnije izmijenjen upravo sistem komitologije.[20] Preciznije, nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona, komitologiju se može definisati kao mehanizam kojim Komisija izvršava isključivo provedbene ovlasti, u čemu je kontrolišu države članice kroz posebne komitete.[21] Za razliku od ranijeg pravnog režima, u izvršavanju delegiranih, prenesenih ovlasti koje imaju tzv. kvazizakonodavni karakter, Komisiju kontrolišu isključivo Savjet i Evropski parlament, dakle legislativna tijela Evropske unije.

Prenesene ovlasti Komisije

Sistem komitologije koji je egzistirao do Lisabonskog sporazuma, a koji je podrazumijevao da komiteti kontrolišu Komisiju prilikom izvršavanja prenesenih/delegiranih ovlasti, Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije stavljen je van snage.[22] Naime, članom 290 Ugovora o funkcionisanju Evropske

---

[19] Kritički osvrt na probleme koje je iniciralo razdvajanje nekadašnjih tzv. delegiranih nadležnosti, i njihov utjecaj na komitologiju kod: Craig Paul, "Delegated Acts, Implementing Acts and the New Comitology Regulation; Legal Research Paper Series", No 58/2011; na http://ssrn.com

[20] Hardacre Alan and Kaeding Michael, "Delegated & Implementing Acts – The New Comitology"; http://publications.eipa.eu/; Stratulat Corina and Molino Elisa, "Implementing Lisbon: what's new in comitology?", European Policy Centre, april 2011; Metsealaar Alke, "The Functions of Comitology – What Will Lisbon Change?", Universiteit Maastricht, 2008., Craig Paul, "Delegated Acts, Implementing Acts and the New Comitology Regulation", Legal Research Paper Series; No 58/2011; na http://ssrn.com

[21] U Godišnjem izvještaju Komisije o radu komiteta za 2010. godinu navedeno je 259 komiteta. Dostupno na: http://ec.europa.eu/transparency/regcomitology/index.cfm

[22] Član 290. decidno utvrđuje da

1. Zakonodavnim aktom na Komisiju se može prenijeti ovlaštenje da donosi nezakonodavna akta opšte primjene, na kojima se vrši dopuna ili izmjena određenih manje bitnih elemenata zakonodavnog akta.
   Zakonodavnim aktima izričito se određuju ciljevi, sadržaj, područje primjene i trajanje prenijetog ovlaštenja. Bitni elementi neke oblasti rezervisani su za zakonodavna akta i u skladu s tim, ne mogu biti predmet prenosa ovlaštenja.
2. Zakonodavnim aktima izričito se utvrđuju uslovi za prenos ovlaštenja; ti uslovi mogu biti sljedeći:

unije precizirano je da nad vršenjem prenesenih ovlasti Komisije nadzornu ulogu imaju isključivo Savjet i Evropski parlament. Komisija prilikom vršenja delegiranih/prenesenih ovlasti, nacrt akta podnosi direktno Evropskom parlamentu i Savjetu**,** a ne kao prije komitetima. U vezi s tim utvrđene su Zajedničke smjernice[23] koje predstavljaju usaglašeno tumačenje (agreed clarifications) člana 290.

Procedura koju utvrđuju Zajedničke smjernice za implementaciju čl. 290 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, oslanja se na ranije predstavljeni regulatorni postupak s nadzorom, ali uz određene izmjene.[24]

Zakonodavnim aktom (legislative act) kojim se vrši prenos ovlasti (u daljem tekstu osnovnim aktom) utvrđuju se ciljevi, sadržaj, djelokrug i trajanje prenesenog ovlaštenja, precizno i posebno za svaki pojedinačni akt. Dakle, nema unaprijed utvrđenog opšteg obavezujućeg okvira za prenos ovlaštenja. Osnovnim aktom može se odrediti ograničeni i neograničeni rok u kojem Komisija treba da donese delegirani akt. Evropski parlament i Savjet mogu odlučiti da opozovu prenos ovlaštenja, a akt s prenesenim ovlaštenjima može stupiti na snagu samo ako u utvrđenom roku Savjet i Evropski parlament ne iznesu primjedbe. U oba gore navedena slučaja, Evropski parlament odlučuje većinom svojih članova, a Savjet kvalifikovanom većinom. Prilikom poduzimanja mjera koje bi mogle dovesti do opoziva delegiranog ovlaštenja, institucija koja poduzima te mjere, Evropski parlament ili Savjet dužna je Komisiju i drugu instituciju (Evropski parlament, odnosno Savjet) informisati najmanje mjesec prije donošenja odluke o opozivu.

---

a) Evropski parlament i Savjet mogu odlučiti da opozovu prenos ovlaštenja;
b) akt o prenosu ovlaštenja može stupiti na snagu samo ako u roku utvrđenom zakonodavnim aktom Evropski parlament ili Savjet ne iznesu primjedbe;

Za svrhe iz tač.(a) i (b), Evropski parlament odlučuje većinom svojih članova, a Savjet kvalifikovanom većinom.

3. U nazivu akata kojima se prenosi ovlaštenje, navodi se riječ "prenesen" u odgovarajućem rodu.

[23] Common Understanding, on Delegated Acts 4. 6. 2011. godine (8640/11). Zajedničke smjernice utemeljene su na Obraćanju Komisije Evropskom parlamentu i Savjetu Delegated Act Communication: COM (2009) 673 Final "Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Impelmentation of Article 290 of the Treaty on the Functioning of the European Union", od 9. 12. 2009. godine.

[24] Definicija akata na koje se odnose delegirane/prenesene ovlasti iz člana 290 (1)., veoma je slična definiciji akata koji su bili predmet regulatornog postupka s nadzorom, koja je utvrđena Odlukom Savjeta 2006/512/EC. Naime, i regulativni postupak s nadzorom primjenjivao se na akte opšte primjene, kojima se vrši dopuna ili izmjena određenih manje bitnih elementa osnovnog akata.

Prilikom pripreme i izrade nacrta prenesenog akta, Komisija je dužna istovremeno, redovno i adekvatno dostavljati sve relevantne dokumente Evropskom parlamentu i Savjetu, te se s njima unaprijed, na odgovarajući način i transparentno konsultovati, uključujući i savjetovanje s odgovarajućim stručnjacima.[25] Dakle, Komisija se tokom pripreme akata s delegiranim ovlastima, ne konsultuje s komitetima komitologije, što je ranije bio slučaj. Ipak, Zajedničke smjernice utvrđuju i konsultacije s ekspertima, a koji će vjerovatno biti instrument dodatne kontrole od strane država članica. Vezano za prigovor koji Komisiji mogu uputiti Evropski parlament i Savjet, osnovi za prigovor nisu decidno utvrđeni, što Evropskom parlamentu i Savjetu svakako daje šire ovlasti nad kontrolom i usmjeravanjem rada Komisije. Rok utvrđen za prigovore koje mogu uputiti Evropski parlament i Savjet je dva mjeseca, s mogućnošću produženja na još dva mjeseca ukoliko jedna od ove dvije institucije to zatraži. Međutim, delegirani akt može i prije isteka roka od dva mjeseca biti objavljen i stupiti na snagu ukoliko Evropski parlament i Savjet obavijeste Komisiju da nemaju primjedbu i da neće uložiti prigovor.

Također u Zajedničkim smjernicama III (5. i 6.) utvrđeno je da će Savjet i Evropski parlament donijeti svaki svoja interna pravila prema kojima će Komisija vršiti zvaničnu predaju delegiranih akata. Utvrđeni su i rokovi u kojima Komisija (radi perioda godišnjih odmora) neće dostavljati delegirane akte Evropskom parlamentu i Savjetu, ali je decidno naznačeno da se to odnosi samo na akte u redovnom postupku, a da će se posebno definisati rokovi za akte koji se donose u hitnom postupku. Značajno je napomenuti i da neće biti automatskog prelaska s regulatorne procedure s nadzorom koja podrazumijeva i učešće komiteta, na novu tzv. proceduru delegiranih akata, već će se ona postepeno ukidati tokom narednih godina. Komisija se obavezala da će do kraja 2014. godine okončati rad nad svim aktima koji su uključeni u regulatornu proceduru s nadzorom. Zajedničkim smjernicama utvrđena je i hitna procedura, koja će se primjenjivati samo u izuzetnim slučajevima, kao što su donošenje sigurnosnih mjera, zaštite zdravlja ili u vanjskim odnosima uključujući i humanitarne krize. Da bi se mogla provesti hitna procedura, neophodno je da Evropski parlament i Savjet u osnovnom aktu navedu mogućnost provođenja hitne procedure, te specificiraju slučajeve u kojima se može provesti. Komisija je obavezna u potpunosti informisati Evropski parlament i Savjet ukoliko se pojavi mogućnost da se preneseni akt usvoji prema hitnoj proceduri, te je dužna iznijeti razloge za hitnu proceduru. Preneseni akt usvojen prema hitnoj proceduri odmah stupa na snagu, i primjenjuje se u roku koji je naznačen u osnovnom aktu ukoliko se

[25] Common Understanding, on Delegated Acts II, član 4.

ne uloži prigovor. Ako Evropski parlament ili Savjet ulože prigovor, Komisija će opozvati delegirani akt.

Nova "stara" komitologija

Tradicionalni sistem komitologije, kakav je egzistirao prije Lisabonskog ugovora, pravni osnov ima u čl. 291 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.[26] Navedenim članom utvrđeno je da se, u slučaju da su potrebni jedinstveni uslovi za sprovođenje pravno obavezujućih akata Unije, ta ovlaštenja za sprovođenje povjeravaju Komisiji, te da će u nazivu tih akata stajati riječi "za sprovođenje". Također, utvrđeno je da će Savjet i Evropski parlament u redovnom zakonodavnom postupku (in accordance with ordinary legislative procedure) utvrditi pravila na osnovu kojih države članice mogu vršiti nadzor nad ovlaštenjima za sprovođenje koja su data Komisiji. U tzv. novom sistemu komitologije, Komisija nema nikakve kvazizakonodavne ovlasti, već su njene provedbene ovlasti izvršnog karaktera.[27] Iz ugla Evropskog parlamenta već je Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije učinjen značajan pomak u odnosu na raniju komitologiju. Naime, dosadašnje Odluke kojima je kodificirana komitologija donosio je isključivo Savjet, međutim, Lisabonskim sporazumom u ovom smislu izjednačeni su Savjet i Evropski parlament. To je svakako jedna velika pobjeda Evropskog parlamenta u svojoj dugogodišnjoj borbi i zahtjevima za ravnopravan status sa Savjetom u odnosu prema komitologiji. Regulativa 182/2011[28] stupila je na snagu 1. 3. 2011. godine, a njom su u nekadašnji postupak komitologije unesene određene izmjene. Naime, tzv. nova komitologija poznaje dvije osnovne procedure: savjetodavnu (advisory) i istražnu (examination) proceduru.

---

[26] Član 291:
1. Države članice utvrđuju sve mjere domaćeg prava koje su potrebne za sprovođenje pravno obavezujućih akata Unije.
2. Ukoliko su potrebni jedinstveni uslovi za sprovođenje pravno obavezujućih akata Unije, tim se aktima ovlaštenja za sprovođenje povjeravaju Komisiji, ili, u posebnim opravdanim slučajevima i u slučajevima iz čl. 24. i 26 Ugovora o Evropskoj uniji, Savjetu.
3. Za svrhe iz stava 2, Evropski parlament i Savjet, regulativama u redovnom zakonodavnom postupku, unaprijed utvrđuju pravila i opšta načela na osnovu kojih države članice vrše nadzor nad izvršavanjem ovlaštenja za sprovođenje koja su povjerena Komisiji.
4. U nazivu akata za sprovođenje navode se riječi "za sprovođenje".

[27] Communication From **Commission to the European Parliament and the Council; Implementation** of Article 290 of the Treaty on the Functioning of the European Unioin, COM (2009) 673; str. 3.

[28] Regulation 182/2011 OJ L55/13.

Zajedničke odredbe[29] uređuju tehnička pitanja, u smislu da u sastav komiteta ulaze predstavnici država članica, sastancima komiteta predsjedava predstavnik Komisije, koji ne učestvuje u glasanju. Također, utvrđeno je da predsjedavajući komiteta treba nastojati da pronađe rješenja koja mogu dobiti najširu podršku unutar komiteta.

U čl. 2 (2) taksativno je nabrojano u kojem se slučaju primjenjuje istražna procedura i to: prilikom sprovođenja akata s opštom primjenom, te kod drugih provedbenih akata vezanih za: programe sa supstancijalnim implikacijama, kod zajedničke poljoprivredne i ribolovne politike, za zaštitu okoliša, sigurnost, zaštitu zdravlja i sigurnost ljudi, životinja i biljaka, zajedničku trgovačku politiku i poreze.

Savjetodavna procedura primjenjuje se kao opšte pravilo za usvajanje provedbenih akata koji nisu podvedeni pod istražnu proceduru. Ipak, ostavljena je mogućnost da se savjetodavni postupak primijeni i za akte koji su podvedeni pod istražni postupak, ukoliko je to zaista opravdano (duly justified). Međutim, Regulativom nije predviđeno ko i iz kojih razloga utvrđuje šta se smatra zaista opravdanim. Kod savjetodavnih komiteta (čl. 4), nacrt akta se dostavlja odgovarajućem komitetu, a rok za izjašnjavanje utvrđuje predsjedavajući komiteta vodeći računa o hitnosti postupka i kompleksnosti materije. Komitet usvaja mišljenje, ukoliko je potrebno i glasanjem većine članova. Komisija iznijeti stav uzima u obzir i donosi odluku, ali je mišljenje ne obavezuje. Međutim, Regulativom je utvrđeno da Komisija treba da s "krajnjom pažnjom" razmotri dato mišljenje, i zaključke iznesene tokom rasprave.

Što se tiče istražne procedure (čl. 5), komiteti imaju naglašeniju ulogu, a radi se o proceduri kojom su u biti zamijenjene nekadašnje upravljačka i regulatorna procedura.[30] Što se tiče načina donošenja odluka u istražnim komitetima, za usvajanje nacrta provedbenog akata, potrebna je kvalifikovana većina.[31] Ukoliko komitet da pozitivno mišljenje, Komisija može usvojiti provedbeni akt. U slučaju negativnog mišljenja Komisija ne može usvojiti predloženi provedbeni akt, ali ako procijeni da se odbijeni akt čini neophodnim, predsjedavajući komiteta (predstavnik Komisije), ima dvije mogućnosti. Prva je da odbijeni provedbeni akt uz određene izmjene iznese pred isti komitet u roku od dva mjeseca, ili druga mogućnost da provedbeni akt o kojem je komitet dao negativno mišljenje u roku od jednog mjeseca iznese pred apelacioni komitet.

---

[29] Regulation (EU) No 182/2011, član 3.

[30] 99/468/EC, članovi 4 i 5.

[31] Regulation (EU) No 182/2011, član 5 (1).

U situaciji da komitet u zadanom roku ne donese mišljenje, Komisija može usvojiti nacrt provedbenog akata, osim kada je riječ o: porezima, finansijskim uslugama, zaštiti zdravlja i sigurnosti ljudi, životinja i biljaka i konačnim multilateralnim sigurnosnim mjerama, zatim u slučaju da osnovni akt utvrđuje da se provedbeni akt ne može usvojiti u slučaju da komitet ne da mišljenje, te ako se prosta većina unutar komiteta protivi usvajanju akta.

Predviđena je mogućnost da ukoliko se predloženi provedbeni akt čini neophodnim, predsjedavajući komiteta uz određene izmjene može iznijeti pred isti komitet u roku od dva mjeseca, ili druga mogućnost da se provedbeni akt o kojem je dato negativno mišljenje u roku od jednog mjeseca iznese pred apelacioni komitet.

Članom 5 (5), predviđena je posebna procedura u slučaju da se radi o provedbenom aktu kojim se definiraju antidamping i kompenzacijske mjere (antidumping and countervailing measures), a komitet nije dao mišljenje ili se prosta većina u komitetu protivi usvajanju takvog provedbenog akta. Tada Komisija obavlja dodatne konsultacije s državama članicama, te u roku koji nije kraći od 14 dana niti duži od jednog mjeseca, informiše komitet o rezultatima konsultacija, a nacrt provedbenog akta podnosi apelacionom komitetu.

Osim dvije osnovne procedure, savjetodavne i istražne, Regulativom 182/2011 predviđene su još dvije mogućnosti, tzv. izuzetni slučajevi (exceptional cases) (čl. 7) i neposredno primjenjivi provedbeni akti (immediately applicable implementing acts) (čl. 8).

Procedura vezana za izuzetne slučajeve odnosi se na situaciju kada komitet o aktu nije dao mišljenje ili se o aktu negativno odredio, ali ostavljena je mogućnost da Komisija usvoji provedbeni akt da bi bio izbjegnut značajan prekid na poljoprivrednom ili finansijskom tržištu. U tom slučaju Komisija treba odmah proslijediti provedbeni akt apelacionom komitetu. Ukoliko apelacioni komitet da negativno mišljenje, Komisija mora automatski opozvati akt, u svakom drugom slučaju provedbeni akt se smatra usvojenim.

Neposredno primjenjivi provedbeni akti podliježu tzv. hitnoj proceduri, što omogućava Komisiji da usvoji provedbeni akt koji se direktno primjenjuje, a koji ne može biti na snazi duže od šest mjeseci. Komisija je obavezna u roku od četrnaest dana odgovarajućem komitetu podnijeti provedbeni akt, a koji može biti opozvan u slučaju da se komitet kvalifikovanom većinom izjasni protiv.

Regulativom 182/2011 u sistem komitologije uvedeni su i novi kontrolni mehanizmi. Uspostavljen je apelacioni komitet (čl. 6), te je predviđen novi mehanizam kontrole rada komiteta od strane Evropskog parlamenta i Savjeta (čl. 11).

Apelacioni komitet[32] (čl. 3(7) i čl. 6) ima ulogu dosta sličnu kakvu je imao Savjet u ranijem režimu komitologije. U apelacionom komitetu predstavljene su sve države članice, a o sastavu svoje delegacije dužne su informisati predsjedavajućeg komiteta (predstavnika Komisije). Prilikom određivanja predstavnika u apelacionom komitetu države članice trebaju voditi računa o prirodi pitanja povodom kojeg se formira apelacioni komitet.[33] Dakle, zvanično su razdvojeni predstavnici država u Savjetu, i oni koji ulaze u sastav apelacionog komiteta. Prilikom glasanja unutar apelacionog komiteta, zadržan je isti princip kvalifikovane većine, kao i kod istražnih komiteta, odnosno u slučaju istražne procedure.[34] Apelacioni komitet ima ovlasti da mijenja predloženi provedbeni akt, a predsjedavajući apelacionog komiteta dužan je da kroz široku diskusiju, izloži sve predložene izmjene i da pokuša osigurati što veću podršku komiteta za predložene amandmane. Predsjedavajući komiteta dužan je osim nacrta provedbenog akta, članovima apelacionog komiteta dostaviti i sve ostale dokumente koji su relevantni za odlučivanje, vodeći računa o rokovima, hitnosti procedure i kompleksnosti materije.[35]

Ukoliko apelacioni komitet da pozitivno mišljenje, Komisija će usvojiti predloženi provedbeni akt. Ukoliko, pak, apelacioni komitet da negativno mišljenje, provedbeni akt ne može biti usvojen. U slučaju da apelacioni komitet u predviđenim rokovima ne da nikakvo mišljenje, Komisija može usvojiti nacrt provedbenog akta, osim ako se radi o konačnim multilateralnim sigurnosnim mjerama (definitive multilateral safaguard mesures), kada se takav akt ne može usvojiti.[36]

Poslovnikom o radu (čl. 6) apelacionog komiteta utvrđeno je da sastancima mogu prisustvovati i predstavnici trećih država ili organizacija koji predstavljaju zainteresovane strane. Također, moguće je prisustvo sjednicama predstavnika ostalih institucija i agencija Evropske unije, ukoliko se tome ne protivi većina predstavnika država članica. Na sjednice apelacionog komiteta pozivaju se predstavnici država koje su potpisale Ugovor o pristupanju Evropskoj uniji.

Kada se govori o novim rješenjima komitologije, Regulativom 2011/182 čl. 11, uvedeno je i pravo kontrole/nadzora za Evropski parlament i Savjet. Naime, u slučaju da je osnovni akt usvojen redovnim zakonodavnim postupkom,

---

[32] Apelacioni komitet usvojio je Pravilnik o radu (2011/C 183/05) 29. marta 2011. godine.

[33] Rules of procedure for the appeal committee (2011/C 183/05), član 5.

[34] Regulation (EU) No 182/2011, član 6 (1).

[35] Rules of procedure for the appeal committee (2011/C 183/05), član 3.

[36] Regulation (EU) No 182/2011, član 6 (3. i 4.).

oba tijela mogu u bilo kojem trenutku ukazati Komisiji da je prekoračila svoje provedbene ovlasti koje su joj dodijeljene osnovnim aktom. U tom slučaju, Komisija treba preispitati nacrt provedbenog akta vodeći računa o iznesenim zamjerkama, te informisati Evropski parlament i Savjet o svojoj odluci vezano za sporni akt.

U cilju jačanja demokratskih načela, a posebno načela transparentnosti i dostupnosti podataka, Regulativom je definisano da je Komisija obavezna voditi registar komiteta[37] koji između ostalog treba da sadrži: listu komiteta, dnevni red sjednica komiteta, zapisnike sjednica, nacrte provedbenih akata o kojima je raspravljano, rezultate glasanja. Također, Komisija je dužna objavljivati godišnje izvještaje o radu komiteta.

Umjesto zaključka

Promjene u sistemu komitologije koje je donio Lisabonski sporazum, analizirano čisto s teoretskog aspekta, trebalo bi da komitologiju učine transparentnijom i više demokratskom. Prije svega, Evropski parlament uključen je u donošenje akata koji definiraju komitologiju, te je izjednačen sa Savjetom u kontrolnoj funkciji Komisije. Međutim, treba sačekati da prođe neko vrijeme i da sistem profunkcioniše da bi se moglo realno ocijeniti da li su demokratske promjene i sprovedene u praksi. Naime, jedno od najvažnijih rješenja je isključenje Savjeta iz procesa komitologije i uvođenje apelacionog komiteta kao krajnje instance koja u konačnici odlučuje o provedbenim aktima. Međutim, iako je Regulativnom razdvojen sastav apelacionog komiteta u odnosu na članove Savjeta, jasno je da omjer snaga isti i da će glasanje u apelacionom komitetu biti odraz volje Savjeta.

Gore predstavljeni sistem delegiranih/prenesenih ovlasti Komisije predstavlja novitet u sistemu Evropske unije. Vezano za kontrolu Komisije u izvršavanju prenesenih ovlasti u potpunosti su izjednačeni Evropski parlament i Savjet, što je i velika pobjeda Evropskog parlamenta u dugogodišnjim nastojanjima da se "kvazizakonodavne" ovlasti Komisije podvrgnu parlamentarnoj kontroli. Procedura delegiranih akata više je transparentna jer se Komisija obraća direktno donosiocima akata (Evropskom parlamentu i Savjetu). Na taj način izbjegnuto je lobiranje unutar komiteta, što je smatrano negativnim trendom koji ne doprinosi jačanju demokratskih načela, a članice osim kroz Savjet nemaju utjecaj na delegirane akte. Kao krajnju mjeru u slučaju prekoračenja datih ovlasti Komisije, Evropski parlament i Savjet zadržavaju pravo opoziva delegiranih nadležnosti, međutim, praksa će pokazati da li

[37] Regulation (EU) No 182/2011, član 10.

će ova mjera često biti korištena. Mnogi smatraju kako distinkcija između delegiranih i provedbenih akata nije dovoljno jasna, te postoje rezerve da će ovakav sistem omogućiti Savjetu i državama članicama da ovisno o interesima akte definišu kao prenesene ili provedbene.[38] Drugo sporno pitanje su predviđene konsultacije sa stručnjacima prilikom pripreme delegiranih akata. Naime, postoje rezerve, da će tzv. ekspertne grupe zamijeniti nekadašnje komitete i omogućiti državama članicama kontrolu nad vršenjem delegiranih ovlasti Komisije. Ipak, kako nema automatskog prelaska s regulativnog postupka s nadzorom, na sistem kontrole prenesenih ovlasti od strane Evropskog parlamenta i Savjeta, treba sačekati određeno vrijeme da bi se mogli izvoditi zaključci o (ne)uspješnosti novog sistema prenesenih ovlasti Komisije.

MA Lejla Balić
Senior Assistant

THE LEGAL REGIME FOR COMITOLOGY AFTER THE LISBON TREATY

Summary

Comitology is the mechanism through which the Commission exercises its enforcement function, in which it is controlled by the Member States through special committees consisting of the representatives of national governments. The focus of this paper is to present the legal regime for comitology established by the Lisbon Treaty, which fundamentally changed the previous system of comitology. Specifically, compared to the former so-called delegation of implementing powers to the Commission (formerly Article 202), the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) makes a distinction between the delegated powers and the implementing powers of the Commission, which is the legal basis of the new comitology system. In order to make the importance of new solutions in comitology clearer, there will be a brief presentation of the evolutionary development of the comitology system. In line with this, the paper will provide a brief overview of the two most important aspects that have determined comitology and are directly linked, the first certainly being legal regulation, and the second, the democratic discourse of European integrations, which lays an emphasis on the European Parliament.

Key terms: *comitology, the European Union, the Lisbon Treaty, the European Parliament*

[38] Craig Paul, Delegated Acts, Implementing Acts and the New Comitology Regulation; Legal Research Paper Series; No 58/2011, str. 675–677. na http://ssrn.com

Dr. Nežla Borić
Docentica

UDK: 341.3:355.14
Pregledni naučni rad

ZNAČAJ VOJNE UNIFORME U MEĐUNARODNOM HUMANITARNOM PRAVU

Sažetak

U međunarodnom humanitarnom pravu postoji važna funkcija vojne uniforme kod potvrđivanja općeprihvaćene prakse država u pogledu nošenja uniforme od strane vojnih snaga. Kratak pregled prakse pojedinih država, koji je u velikoj mjeri pod uticajem međunarodnog humanitarnog prava, pokazuje da države primjenjuju pravilo da se njihovi vojnici moraju razlikovati od civilnog stanovništva prema razlikovnom obilježju, obično putem vojne uniforme kao i putem nošenja oružja bez prikrivanja.

U prvom dijelu rada sadržane su odredbe o vojnoj uniformi koja se tradicionalno smatrala za razlikovno obilježje oružanih snaga i odredbe o načelu razlikovanja, koje su osnova na kojoj počivaju zakoni i običaji rata. Član 48. Dodatnog protokola I uz Ženevske konvencije po prvi put izričito definira osnovno načelo međunarodnog humanitarnog prava, čija je svrha postojanje jasne razlike između boraca i civilnog stanovništva, koja je u skladu sa zahtjevom za nošenje vojne uniforme.

U drugom dijelu rada sadržane su odredbe o statusu ratnog zarobljenika s obzirom na to da zarobljeni pripadnici regularnih oružanih snaga automatski imaju status ratnih zarobljenika zbog veze koju imaju s njihovom de jure ili de facto vladom i oružanim snagama čiji su pripadnici. Taj status odražava vezu između države kao subjekta međunarodnog prava, oružanih snaga kao organa države i pripadnika oružanih snaga kao boraca s razlikovnim obilježjem vojne uniforme.

Ključne riječi: *međunarodno humanitarno pravo, vojne uniforme i obilježja, status ratnog zarobljenika, III ženevska konvencija i Dodatni protokol I.*

Uvod

U skladu s tradicijom koju vojske velikog broja država postepeno usvajaju od sedamnaestog stoljeća, kodifikacija ratnog prava pretpostavlja da se regularne vojske trebaju razlikovati od civilnog stanovništva, po svojoj uniformi. Vojna uniforma se smatrala za razlikovno obilježje oružanih snaga. Svrha osnovnog načela međunarodnog humanitarnog prava, da mora postojati

jasna razlika između boraca i civila, u skladu je sa zahtjevom za nošenje vojne uniforme.

U smislu međunarodnog humanitarnog prava, cilj historijske upotrebe vojnih uniformi je u velikoj mjeri zamijenjen relativno novim zahtjevom da se vojnici moraju razlikovati od civilnog stanovništva. To se očigledno poklapa s faktičkim razvojem u smislu da moderno vođenje ratova više nije ograničeno na zaraćene vojske, te da civili nisu više jedini posmatrači i očevici oružanih sukoba između država, već su direktno pogođeni neprijateljstvima. Uniforma kao element identifikacije vojski ne odnosi se više isključivo ili prvenstveno na potrebu da se jedna vojska razlikuje od druge, kao što je to bio slučaj u prošlosti, već je uniforma u velikoj mjeri postala razlikovni element u odnosu na civilno stanovništvo.

Dva najznačajnija pravna instrumenta koja sadrže odredbe koje se odnose na definisanje oružanih snaga, odnosno zaraćenih strana u sukobu, su odredbe člana 4(A) Treće ženevske konvencije iz 1949. godine o postupanju s ratnim zarobljenicima, koje imaju svoju osnovu u Haškim pravilima iz 1907. godine i konceptu "statusa zaraćene strane". U članu 1. Pravila iz 1907. godine, pod naslovom "Karakteriziranje zaraćenih strana", je sadržano: "Ratni zakoni, prava i obaveze ne odnose se samo na vojske već i na milicijske i dobrovoljne snage koje ispunjavaju sljedeće uslove: 1. takvim snagama zapovijeda osoba koja je odgovorna za svoje potčinjenje; 2. pripadnici tih snaga imaju stalno razlikovno obilježje koje se može prepoznati s udaljenosti; 3. pripadnici tih snaga nose oružje bez prikrivanja; 4. pripadnici tih snaga vrše operacije u skladu sa zakonima i običajima rata."

Spomenuta četiri elementa ukazivala su na zajedničke karakteristike vojske, koja se uglavnom sastoji od vojnika na prvoj liniji, kako je to bilo na početku dvadesetog stoljeća. Uzimajući u obzir činjenicu da vojnici nisu uvijek nosili uniforme i da su koristili druge načine identificiranja, posebno u vrijeme borbe, zahtjev za nošenjem uniforme zamijenjen je zahtjevom za nošenjem "stalnog razlikovnog obilježja koje se može prepoznati s udaljenosti." Prema oba pravna instrumenta, neregularne snage moraju da ispune četiri kriterija i, ustvari, te snage moraju biti što je moguće više jednake regularnim oružanim snagama kako bi se njihovim pripadnicima omogućilo da uživaju prava kao ratni zarobljenici.

Zarobljeni pripadnik oružanih snaga obično ima status ratnog zarobljenika i ima pravo na zaštitu u skladu s Trećom ženevskom konvencijom. Automatsko dodjeljivanje statusa ratnog zarobljenika zarobljenim pripadnicima regularnih oružanih snaga podrazumijeva da današnje ratno pravo smatra relevantnim razlikovno obilježje prepoznatljivo s udaljenosti i njegovu najuobičajeniju

formu vojnu uniformu, upravo zato kako bi se civilno stanovništvo što je više moguće zaštitilo od utjecaja rata.

I DIO
Načelo razlikovanja u međunarodnom humanitarnom pravu

Načelo razlikovanja osnova je na kojoj počivaju zakoni i običaji rata. Član 48. Dodatnog protokola I uz Ženevske konvencije po prvi put izričito definira načelo razlikovanja: "Da bi se osiguralo poštivanje i zaštita civilnog stanovništva i civilnih objekata, strane u sukobu moraju u svakom trenutku povlačiti razliku između civilnog stanovništva i boraca, kao i između civilnih objekata i vojnih objekata, te da, shodno tome, usmjere svoje vojne operacije samo protiv vojnih objekata." Član 48. Dodatnog protokola I predstavlja jedno od osnovnih načela ne samo za Dodatni protokol nego i za međunarodno humanitarno pravo u cjelini. Sadržina ovog člana odnosi se na veoma važna ograničenja ratovanja obavezna u oružanim sukobima, s osnovnim ciljem da se ratovanje ograniči na djelovanja vojnih snaga protiv neprijatelja koja su isključivo neophodna s vojnog stanovišta.[1]

Iako postoji praksa nošenja uniforme u vojskama, prema međunarodnom humanitarnom pravu ne postoji obaveza da se ona nosi s obzirom na to da se ona podrazumijeva u vrijeme trajanja neprijateljstava. Ova obaveza predstavlja odredbe običajnog prava.[2] Nošenje civilne odjeće je nezakonito samo onda kad uključuje prevaru. Međunarodno humanitarno pravo ne sadrži odredbe o sastavnim dijelovima uniforme. Države članice same to određuju unutrašnjim zakonodavstvom, a posebno vojnim priručnicima. Praksa država o upotrebi razlikovnih obilježja određuje šta čini vojnu uniformu. Već je istaknuto da uniforme mogu biti različitog dizajna i boja i da su, u nedostatku opće definicije, države te koje moraju odlučiti koje kriterije uniforma mora zadovoljiti.

Član 44. (7) Dodatnog protokola uz Ženevske konvencije od 12. augusta 1949. godine, a koji se odnosi na zaštitu žrtava međunarodnih oružanih sukoba (Protokol I), koristi se u vezi s općeprihvaćenom praksom država vezanom za nošenje uniforme od strane boraca,[3] prevaru, znak državne

---

[1] V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2011, str. 825–949.

[2] Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol I, Rules, ICRC/Cambridge University Press, Geneva/Cambridge, 2005.

[3] Član 44. (7) Dodatnog protokola uz Ženevske konvencije od 12. augusta 1949. godine,

pripadnosti, kao i na pravno regulisanje nošenja neprijateljske uniforme.[4] Pored toga, nijedan instrument međunarodnog humanitarnog prava ne daje definiciju vojne uniforme.[5]

U Dodatnom protokolu I, u članu 46. (2) "Ne smatra se da je pripadnik oružanih snaga, angažiran na špijunskim aktivnostima ukoliko je pri obavljanju tih aktivnosti odjeven u uniformu svojih oružanih snaga." U vojnim priručnicima izričito je navedeno da je nošenje uniforme ključni faktor u donošenju odluke o tome da li je vojnik učestvovao u špijuniranju. Međutim, borci koji su uhvaćeni za vrijeme provođenja špijunskih aktivnosti, tj. prilikom prikupljanja informacija iznošenjem lažnih navoda ili namjernim skrivanjem na teritoriji koju kontrolira suprotna strana, mogu se izvesti pred sud kao špijuni. Treba naglasiti da u takvim slučajevima razlikovno obilježje ne zamjenjuje uniformu.[6] To se posebno odnosi na pripadnike oružanih snaga koji djeluju "prerušeni ili pod lažnim izgovorom"[7], a posebno ako umjesto svoje vlastite uniforme nose civilnu odjeću ili neprijateljsku uniformu.

Nastanak razlikovnog obilježja kroz istoriju pokazuje da različite vrste elemenata razlikovanja više odražavaju tradiciju vojnih snaga, nego razlike tih snaga od drugih vojski, ili čak od civilnog stanovništva. Pored toga, razli-

---

a koji se odnosi na zaštitu žrtava međunarodnih oružanih sukoba (Protokol I), 8. juni 1977. godine "Dodatni protokol I"; vidi također AP I, član 46. (2) (o špijunima i uniformama).

[4] Članovi 63. i 83. "Upute za rukovođenje vojnim snagama SAD na terenu" (*Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*), 24. april 1863., preštampano u Dietrich Schindler i Jiri Toman (urednici), "Zakoni oružanih sukoba" (*The Laws of Armed Conflicts*), Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988., str. 3–23 (poznat i kao "Lieberov zakon"); član. 23 (f) *Pravila koja se tiču poštivanja zakona i običaja ratovanja na kopnu*, dodata Drugoj konvenciji o poštivanju zakona i običaja ratovanja na kopnu, Hag, 29. juli 1899. (u daljem tekstu: "Haška pravila iz 1899. godine"), te Četvrtoj konvenciji o poštivanju zakona i običaja ratovanja na kopnu, Hag, 18. oktobra 1907. (u daljem tekstu: "Haška pravila iz 1907. godine"); član 27. Treće konvencije o postupanju sa ratnim zarobljenicima, Ženeva, 12. august 1949. (u daljem tekstu "GC III" ili "Treća ženevska konvencija"); član 39. (1) i (2) AP I. Vidi i AP I, čl. 37(1)(d) (o perfidnosti u pogledu upotrebe uniformi UN).

[5] Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol I, Rules, ICRC/Cambridge University Press, Geneva/Cambridge, 2005.

[6] Vidi, međutim, Sandoz, Swinarski i Zimmermann (urednici), *op. cit.*, str. 566, br. 1776: "... podrazumijeva se da se riječ 'uniforma' primjenjuje ne samo na uniformu u klasičnom smislu, nego i na svaki znak za razlikovanje koji garantira da se u okviru date aktivnosti ne provode nikakve skrivene radnje".

[7] Član 88. Lieberovog zakona; članovi 19. i 22. Briselske deklaracije iz 1874. godine; član 24. *Oxfordskog priručnika* (Zakoni ratovanja na kopnu, Oxford, 9. septembar 1880.); član 29. Haških pravila iz 1899. i 1907. godine.

kovno obilježje uzeto je kao zamjena za uniformu u svrhu identifikacije u ratnom pravu, koje se razvijalo u devetnaestom stoljeću.[8] Čak i sa širenjem upotrebe uniformi, jednostavno nošenje traka oko ruku u izuzetnim situacijama još uvijek je bilo prihvatljivo za vojske i to im je omogućavalo da identifikuju i odrede pripadnost borca jednoj strani u sukobu. U skladu s tom tradicijom, međunarodno humanitarno pravo često upućuje na simbol ili razlikovno obilježje.[9] Ranije upućivanje na amblem[10] umjesto na znak ponovo ističe porijeklo znaka kao elementa određivanja pripadnosti.

Vojna uniforma kao razlikovno obilježje

Od posebnog značaja za međunarodno humanitarno pravo jeste načelo da se borci moraju razlikovati od civilnog stanovništva. Mogućnost prepoznavanja borca kao takvog posebno je važna za neprijateljske snage, kako u vojne svrhe tako i radi zaštite civilnog stanovništva i izbjegavanja civilnih žrtava. Razlikovanje je još uvijek važno u vođenju ratova, ali je na bojištu posebno važno razlikovanje vlastitih snaga od neprijateljskih, u čemu pomaže moderna tehnologija. "Vatra otvorena na vlastite snage", koja se često u medijima označava kao "prijateljska vatra", predstavlja glavni problem modernog ratovanja.[11]

Odredbe člana 1(2) Haških pravila i člana 4(A)(2)(b) Treće ženevske konvencije odnose se na uniformu u tradicionalnom vojnom smislu i koriste izraz "stalni razlikovni simbol ili znak prepoznatljiv sa udaljenosti".

Veoma je važno posebno napomenuti da je sudska praksa država u slučajevima koji se odnose na vojne uniforme veoma oskudna. Prilikom odlučivanja o vojnim uniformama posebno je istaknuta uloga koju ima razlikovno obilježje i načelo razlikovanja kao jedno od osnovnih načela međunarodnog humanitarnog prava. Element razlikovanja naglasio je jedan sud u Maleziji u predmetu *Osman* iz 1969. godine. Malezijski sudac u prvostepenom postupku odlučio je da dva Indonežana koji su tvrdili da pripadnici indonezijskih oružanih snaga (iako su bili bez uniforme i identifikacijskih dokumenata) nemaju pravo na status ratnih zarobljenika. "Međutim, nije rečeno

[8] Tony Pfanner, "Military uniforms and the Law of War", International Review of the Red Cross, March 2004., volume 86, no. 853, str. 102.

[9] Tony Pfanner, "Military uniforms and the Law of War", International Review of the Red Cross, March 2004., volume 86, no. 853 , str. 105.

[10] Vidi različite formulacije u Haškim pravilima iz 1907. godine i Trećoj ženevskoj konvenciji iz 1949. godine (u nastavku, u odjeljku o oružanim snagama i vojnim uniformama).

[11] Tony Pfanner, "Military uniforms and the Law of War", International Review of the Red Cross, March 2004., volume 86, no. 853, str. 109.

da ti pripadnici (oružanih snaga) moraju u vrijeme zarobljavanja da nose 'istaknuti razlikovni znak, vidljiv s udaljenosti'. Međunarodno pravo, međutim, priznaje neophodnost razlikovanja između pripadnika zaraćenih strana i civilnih stanovnika."[12]

Sljedeći primjer sudske prakse je vojni sud u Izraelu koji je u predmetu *Kassem* iste godine presudio da je nošenjem kamuflažne kape i zelene odjeće ispunjen zahtjev za razlikovanjem jer to nije bila uobičajena odjeća stanovništva na području u kojem su djelovali (palestinski partizani).[13] Ovaj primjer pokazuje i da prvenstveni cilj nošenja razlikovnog obilježja više ne bi trebao biti da se identificira određena grupa unutar vojske nego da se pokaže njena razlika u odnosu na civilno stanovništvo.[14] Obilježje mora biti stalno ili se ne smije odviše lako uklanjati.[15]. Pojam razlikovnog obilježja nije definiran, ali općeprihvaćeno stanovište glasi da traka oko ruke, oznake čina i roda vojske, ili karakteristično pokrivalo za glavu, beretka ili kaput zadovoljavaju postavljene zahtjeve,[16] čime se dovodi u pitanje odredba da obilježje mora biti stalno.

Obilježje treba biti "prepoznatljivo s udaljenosti". Premda ovaj zahtjev nije u saglasnosti s uobičajenom vojnom taktikom, koja kaže da treba izbjegavati otkrivanje i da se ne treba izlagati neprijateljskoj vatri kao laka meta, spomenuto pravilo odnosi se i na mogućnost boraca da prepoznaju civile s udaljenosti na kojoj bi se oružjem moglo djelovati po njima.[17] Maskirna odjeća, koju nose pripadnici gotovo svih vojski, pokazuje da se ovaj kriterij

---

[12] Gornji dom (Savjetodavno vijeće) na žalbu Federalnog suda, 1969., citirano u Sassòli i Bouvier, *op. cit.*, str. 773.

[13] Izrael, Vojni sud u Ramallahu, predmet *Kassem*, presuda od 13. aprila 1969., sadržano u: Marca Sassòlija i Antoine A. Bouviera (ed.), (*How Does Law Protect In War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*), International Comitee of the Red Cross, Geneva, 1999., str. 806–811.

[14] U izraelskom *Priručniku o zakonima ratovanja* ističe se: "zabranjeno je koristiti civile s ciljem maskiranja pokreta vojnih snaga ili sakrivanja među njima. Iz te odredbe proističe obaveza vojnika da nose uniformu ili identificirajući simbol kako bi se nedvosmisleno razlikovali od civila", Izrael, *Priručnik o zakonima ratovanja* (1998.), str. 38.

[15] Jean Pictet, *Ženevske konvencije od 12. augusta 1949., Komentar, Treća Ženevska konvencija o postupanju sa ratnim zarobljenicima*, Međunarodni komitet Crvenog krsta/križa, Ženeva, 1960., str. 60; Percy Bordwell, *Zakoni ratovanja među zaraćenim stranama: Historijat i komentar* (The Law of War between Belligerent: A History and Commentary), Fred B. Rothman & Co., Chicago, 1908., str. 232.

[16] Thomas Mallison i Sally V. Mallison, "Pravni status neregularnih vojnika prema međunarodnom pravu u slučaju oružanog sukoba", Case Western Journal of International Law, sv. 9, 1977., str. 56/57; Pictet, *op. cit.* (fusnota 44), str. 60.

[17] Tony Pfanner, "Military uniforms and the Law of War", International Review of the Red Cross, March 2004., volume 86, no. 853, str. 111.

vidljivosti ne može primijeniti odviše strogo na borce koji ne nose uniforme nego neka druga razlikovna obilježja.[18]

Ponekad je teško povući liniju između nošenja razlikovnog obilježja i odijevanja u civilnu odjeću.[19] U tajnim operacijama, identificiranje putem stalnog razlikovnog obilježja koje se vidi s udaljenosti ili putem karakteristične uniforme izgleda kao pojmovna kontradikcija. Pripadnici jedinica za posebne namjene mogu djelovati i ako nemaju uniformu na sebi, dok će, sasvim razumljivo, izbjegavati upotrebu nekog drugog razlikovnog obilježja, vidljivog s udaljenosti, kako ne bi doveli u pitanje svoju operaciju. Postoji određena tendencija da se odustane čak i od tog zahtjeva za identificiranje kako bi se ostvarilo stapanje takvih vojnika s civilnim stanovništvom.[20]

Sva ova razmatranja pokazuju da se ne može jasno utvrditi da li se borac razlikuje od civilnog stanovništva samo na osnovu činjenice što nosi vojnu uniformu ili razlikovno obilježje koje se prepoznaje s udaljenosti.[21]

Pravne odredbe o statusu zaraćenih strana

Dva najznačajnija pravna instrumenta koji sadrže odredbe koje se odnose na definisanje oružanih snaga, odnosno zaraćenih strana u sukobu su odredbe Konvencije o postupanju s ratnim zarobljenicima iz 1949. godine i Dodatni protokol I iz 1977. godine. Član 4(A) Treće ženevske konvencije iz 1949. godine o postupanju s ratnim zarobljenicima ima svoju osnovu u Haškim pravilima iz 1907. godine i konceptu "statusa zaraćene strane". U članu 1. Pravila iz 1907. godine, pod naslovom "Karakteriziranje zaraćenih strana", je sadržano: "Ratni zakoni, prava i obaveze ne odnose se samo na vojske već i na milicijske i dobrovoljne snage koje ispunjavaju sljedeće uslove: 1. takvim snagama zapovijeda osoba koja je odgovorna za svoje potčinjenje; 2. pripadnici tih snaga imaju stalno razlikovno obilježje koje se može prepoznati s udaljenosti; 3. pripadnici tih snaga nose oružje bez prikrivanja; 4. pripadnici tih snaga vrše operacije u skladu sa zakonima i običajima rata."[22] U članu 1. (2) Pravila iz

[18] Vidi Richard Baxter, "Obaveze boraca i vođenje neprijateljstava (Haška pravila)" u: *International Dimensions of Humanitarian Law*, UNESCO/Institut Henry Dunant, Pariz/Ženeva, 1988., str. 229.

[19] Tony Pfanner, "Military uniforms and the Law of War", International Review of the Red Cross, March 2004., volume 86, no. 853, str. 118.

[20] Tony Pfanner, "Military uniforms and the Law of War", International Review of the Red Cross, March 2004., volume 86, no. 853, str. 120.

[21] Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol I, Rules, ICRC/Cambridge University Press, Geneva/Cambridge, 2005.

[22] Haška konvencija iz 1907. godine, čl. 1.

1907. godine navodi se: "U zemljama u kojima milicijske ili dobrovoljne snage čine vojsku ili jedan njen dio, izraz 'vojska' obuhvata i takve snage."

Spomenuta četiri elementa ukazivala su na zajedničke karakteristike vojske, koja se uglavnom sastoji od vojnika na prvoj liniji, kako je to bilo na početku dvadesetog stoljeća. Uzimajući u obzir činjenicu da vojnici nisu uvijek nosili uniforme i da su koristili druge načine identificiranja, posebno u vrijeme borbe, zahtjev za nošenjem uniforme zamijenjen je zahtjevom za nošenjem "stalnog razlikovnog obilježja koje se može prepoznati s udaljenosti."[23]

Prema oba pravna instrumenta, neregularne snage moraju da ispune četiri kriterija koja se odnose na zapovjednu strukturu, identifikaciju, nošenje oružja bez prikrivanja i vođenje operacija u skladu sa zakonima i običajima rata, te se moraju boriti u ime jedne strane u međunarodnom oružanom sukobu. Ustvari, te snage moraju biti što je moguće više jednake regularnim oružanim snagama kako bi se njihovim pripadnicima omogućilo da uživaju prava kao ratni zarobljenici.

Ratno pravo se prvenstveno trebalo odnositi na vojske; samo je vojskama i njihovim pripadnicima, uključujući milicijske snage i dobrovoljne jedinice koje ulaze u sastav vojnih snaga, trebalo biti dozvoljeno da ratuju. Prema članu 3. Haških pravila iz 1907. godine oružane snage se ne sastoje samo od boraca već i od pripadnika koji nisu borci, te se i jedni i drugi trebaju tretirati kao ratni zarobljenici u slučaju da budu zarobljeni od strane neprijateljskih snaga. Kriteriji navedeni u Haškim pravilima nedvosmisleno se odnose na situacije na ratištu, a ne na pozadinske službe udaljene od borbi.

Prema Haškim pravilima iz 1907. godine, milicijske i dobrovoljne jedinice, koje ne čine dio regularnih oružanih snaga, moraju ispunjavati već navedene uvjete da bi se nazvale zaraćenim stranama. Samo u situacijama u kojima civili spontano uzimaju oružje kako bi se odbranili od snaga koje ih napadaju, ne postoji zahtjev za isticanjem nekog razlikovnog obilježja, ali takvi borci moraju nositi oružje bez prikrivanja i moraju poštovati zakone i običaje rata pri organiziranju otpora[24].

Treća ženevska konvencija iz 1949. godine se, u principu, ne odnosi na vojne snage, već na određenu kategoriju ratnih zarobljenika, na postupanje s njima, kao i na uvjete pritvora. Međutim, Konvencija primjenjuje isti koncept kao i Haška pravila; nije izmijenjena njena suština, ali je promijenjen tekst u članu 4(A) koji određuje ko je ratni zarobljenik. Pripadnici oružanih snaga

[23] Tony Pfanner, "Military uniforms and the Law of War", International Review of the Red Cross, March 2004., volume 86, no. 853, str. 122.

[24] Član 2. Haških pravila iz 1907. godine.

(stav 1) izdvojeni su od pripadnika milicije i dobrovoljačkih jedinica koje nisu u sastavu oružanih snaga (stav 2). Spomenuta četiri kriterija izrečena su samo u vezi s drugom navedenom kategorijom boraca kao neophodni elementi koji se trebaju uzeti u obzir kad se tim osobama dodjeljuje status ratnog zarobljenika prilikom zarobljavanja od strane neprijatelja.

Konvencija o ratnim zarobljenicima iz 1949. godine predstavlja dopunu odjeljka I poglavlja II Haških pravila iz 1907. godine,[25] kojim se ukazuje da prethodno poglavlje I Haških pravila o zaraćenim stranama ostaje nepromijenjeno, te da pripadnici oružanih snaga koji nisu borci također uživaju status ratnog zarobljenika u slučaju zarobljavanja. Kao što je to istaknuto u Haškim pravilima, izraz "pripadnici oružanih snaga" u smislu člana 4. Treće ženevske konvencije, stoga, obuhvata i pripadnike oružanih snaga koji nisu borci.[26] Drugačijim tumačenjem bi se sve veći broj pripadnika oružanih snaga koji ne učestvuju direktno u neprijateljstvima mogao izuzeti prilikom dodjeljivanja statusa ratnog zarobljenika. Konvencijom se samo vojnom medicinskom osoblju i vjerskim službenicima[27] dodjeljuje poseban status ratnog zarobljenika pripadnicima oružanih snaga koji nisu borci. Na taj način, civil koji je uključen u sastav oružanih snaga postaje pripadnik vojske i borac u pravnom smislu bez obzira na to da li zaista učestvuje u borbi ili je naoružan i uniformiran.

Ova odredba dodatno je potvrđena ustanovljenim pravilom u općem međunarodnom pravu, a posebno u odredbama o odgovornosti država, prema kojem su *de facto* vlada ili organ vlasti odgovorni za djela koja počine njihova tijela.[28] Odredbe o regularnim oružanim snagama sadržane su u Haškoj konvenciji i Pravilima iz 1899. i 1907. godine kao i u nacrtu Ženevske konvencije iz 1949. godine; smatra se da regularne oružane snage imaju sve navedene karakteristike, čime također zadovoljavaju kriterije koji se odnose

[25] Treća ženevska konvencija, član 135.

[26] Čl. 4 A.1 Treća ženevska konvencija.

[27] Treća ženevska konvencija, čl. 4 (c). Vidi i: M. H. F. Clark, T. Glynn i A. P. V. Rogers, "Borci i status ratnog zarobljenika" u: Michael A. Meyer (urednik), *Oružani sukob i novo pravo: Aspekti Ženevskih protokola iz 1977. godine i Konvencije o naoružanju iz 1981. godine*, Britanski Institut međunarodnog i komparativnog prava, London, 1989., str. 107–128. Autori govore o "posebnom statusu osoba koje nisu vojnici, ali jesu pripadnici medicinskog i vjerskog osoblja" (str. 110).

[28] Vidi čl. 9. i 10. odredbi o odgovornosti država za međunarodna protupravna djela, koje je usvojila Komisija za međunarodno pravo 2001. godine, uz uvažavanje od strane Generalne skupštine Ujedinjenih naroda 28. januara 2002., Dokument UN A/Res/56/83(2002). Vidi i: Marco Sassòli, "Odgovornost država za kršenja odredbi međunarodnog humanitarnog prava", International Review of the Red Cross, vol. 846, juni 2002., str. 401–434.

na identifikaciju, te nije postojala potreba za specificiranjem tih zahtjeva za spomenute snage. To nužno ne znači da pojedinačnim pripadnicima ne pripada status ratnih zarobljenika ako ne ispune potrebne zahtjeve.

Od država članica potpisnica Ženevskih konvencija se očekuje da se osigura da se pripadnici njihovih oružanih snaga razlikuju od civilnog stanovništva, i to obično putem nošenja vojnih uniformi određene države.

Drugačiji je slučaj kad su u pitanju neregularne snage. Po definiciji, borci tih snaga nisu pripadnici regularnih oružanih snaga i nemaju pravo da učestvuju u neprijateljstvima[29] ukoliko nisu stekli status zaraćene strane shodno Haškim pravilima iz 1907. godine[30] i/ili uživaju status ratnog zarobljenika prema Trećoj ženevskoj konvenciji.[31] Prema oba pravna instrumenta, neregularne snage moraju da ispune četiri kriterija koja se odnose na zapovjednu strukturu, identifikaciju, nošenje oružja bez prikrivanja i vođenje operacija u skladu sa zakonima i običajima rata, te se moraju boriti u ime jedne strane u međunarodnom oružanom sukobu. Ustvari, te snage moraju biti što je moguće više jednake regularnim oružanim snagama kako bi se njihovim pripadnicima omogućilo da uživaju prava kao ratni zarobljenici.

Element identifikacije može posebno nedostajati pošto je on sam u suprotnosti s mogućom vojnom strategijom neregularnih snaga koja se očituje u miješanju njihovih pripadnika s civilnim stanovništvom.[32] Na okupiranim teritorijama, borci pokreta otpora s razlikovnim obilježjima prepoznatljivim s udaljenosti ili s vojnom uniformom, ako ih imaju, izlagali bi se riziku da gotovo sigurno budu otkriveni, ubijeni ili zarobljeni. Ipak, to je rizik koji neregularni borac mora preuzeti ukoliko želi da ima pravo na status ratnog zarobljenika u slučaju da bude zarobljen. Suprotno regularnim snagama, četiri spomenuta kriterija u slučaju neregularnih snaga nisu data implicitno već predstavljaju izričit uslov bez koga se ne može, za dodjeljivanje statusa ratnog zarobljenika.

---

[29] Vidi: Knut Doermann, "Pravna situacija 'nezakonitih/obespravljenih' boraca", International Review of the Red Cross, vol. 849, mart 2003., str. 45–74. U tzv. "Slučaju njemačkih sabotera", Vrhovni sud SAD saslušao je slučaj njemačkih simpatizera koji su podmornicom došli u SAD s namjerom da počine djela sabotaže. Sud je istakao da "u skladu sa Pravilima ratovanja na kopnu, naša vlada zauzima stav da oni koji za vrijeme rata tajno prelaze s neprijateljske na našu teritoriju, te odbacuju svoju uniformu prije nego počine neprijateljska djela, što obuhvata ugrožavanje života i imovine, imaju status nezakonitog borca". (*Ex parte Quirin* (1942.) 317 U. S 1).

[30] Čl. 1. Haških pravila iz 1899./1907. godine.

[31] III ženevska konvencija, član 4 A.(2).

[32] Tony Pfanner, "Military uniforms and the Law of War", International Review of the Red Cross, March 2004., volume 86, no. 853, str. 124.

Član 43. Dodatnog protokola I uz Ženevske konvencije iz 1977. godine definira oružane snage jedne strane u sukobu tako da se one sastoje od "organiziranih oružanih snaga, grupa i jedinica stavljenih pod komandu koja je odgovorna toj strani za rukovođenje svojim potčinjenima. Te oružane snage podliježu internom disciplinskom sistemu koji osigurava, između ostalog, poštivanje pravila međunarodnog prava koja se primjenjuju u oružanom sukobu". Dodatni protokol I, čl. 43(2) propisuje da svi "pripadnici oružanih snaga imaju status boraca". Samo se medicinsko osoblje i vjerski službenici smatraju pripadnicima oružanih snaga koji nisu borci. Na taj način, Protokol definitivno ukida opću razliku između pripadnika oružanih snaga koji imaju status boraca i onih koji nemaju status boraca, koja sve više postaje zastarjela imajući u vidu današnje oblike ratovanja.[33] U modernim vojskama, samo manji dio pripadnika oružanih snaga direktno izvršava borbene dužnosti, ali se oni uveliko oslanjaju na druge pripadnike oružanih snaga koji im pružaju podršku.

U Dodatnom protokolu I daje se opća definicija oružanih snaga, koja nije postojala do njegovog usvajanja. Svaki pojedinačni kriterij dodatno je prilagođen novim tumačenjima nastalim usljed razvoja načina ratovanja. Nova definicija omogućava da se borci oslobodilačkih snaga, u smislu člana 1(4), obuhvate definicijom oružanih snaga, ali je element identifikacije u smislu razlikovnog obilježja potpuno izostavljen.

II DIO
Status ratnog zarobljenika s obzirom na vojnu uniformu

Osnovni principi međunarodnog javnog prava, prvenstveno sadržani u pravu međunarodnih ugovora primjenjivi su i u međunarodnom humanitarnom pravu. Stoga je potrebno posebno spomenuti Bečku konvenciju o pravu ugovora iz 1969. godine čije su odredbe primjenjive i u međunarodnim ugovorima koji reguliraju ovu oblast međunarodnog prava. Prema odredbama člana 31 (1) Bečke konvencije o pravu ugovora iz 1969. godine, Ženevske konvencije moraju se tumačiti u dobroj vjeri i u skladu s uobičajenim značenjem izraza u ugovoru u njihovom kontekstu te u svjetlu predmeta i svrhe tog ugovora.

Primjena ovih pravila posebno dolazi do izražaja prilikom odlučivanja o kriterijumima između regularnih i neregularnih snaga. Prema odredbama

[33] Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol I, Rules, ICRC/Cambridge University Press, Geneva/Cambridge, 2005.

člana 4(A)(1) Treće ženevske konvencije ratni zarobljenici su: "Pripadnici oružanih snaga jedne strane u sukobu, kao i pripadnici milicija i dobrovoljačkih jedinica koje ulaze u sastav tih oružanih snaga", "koji su pali u ruke neprijatelja". U Dopunskom protokolu I čl. 43. i 44. stoji slična formulacija. "Pripadnici oružanih snaga jedne strane u sukobu su borci" i "svaki borac ima status ratnog zarobljenika".

Postoje dva različita stanovišta o tome koji kriteriji moraju biti ispunjeni u slučaju zarobljavanja boraca i dodjeljivanja statusa ratnog zarobljenika. Osim kriterija pripadnosti oružanim snagama, nema potrebe da pripadnici oružanih snaga ispunjavaju dodatne kriterije kako bi im se dodijelio status ratnih zarobljenika u slučaju zarobljavanja.[34] Drugi stav odnosi se na to da, uprkos formulaciji, zarobljeni borac mora da ispuni svaki pojedinačni kriterij naveden u članu 4(A)(2) spomenute konvencije kako bi imao pravo na status ratnog zarobljenika, s obzirom na to da samo ti elementi na odgovarajući način opisuju pripadnika oružanih snaga.[35]

Odredbe Treće ženevske konvencije i Haških pravila propisuju izričito da pripadnici regularnih oružanih snaga moraju ispunjavati četiri kriterija kako bi imali pravo na status ratnih zarobljenika u slučaju zarobljavanja. S obzirom na to da je nošenje uniforme ili barem razlikovnog obilježja, spomenuto samo za neregularne, ali ne i za regularne snage, odredbama Ženevskih konvencija iz 1949. godine razdvajaju se dvije kategorije oružanih snaga. Član 4(A) Treće ženevske konvencije jasno pokazuje da samo pripadnici neregularnih snaga moraju ispunjavati četiri spomenuta kriterija kako bi imali pravo na status ratnih zarobljenika, te da su te dvije kategorije namjerno razdvojene. Izvještač posebnog odbora za pitanja definiranja ratnih zarobljenika ranije je istakao da samo pripadnici milicijskih i dobrovoljačkih jedinica koji nisu u sastavu regularnih oružanih snaga podliježu obavezi ispunjavanja četiri navedena kriterija, te da je podjela u dvije odvojene alineje koje se odnose na ovo pitanje napravljena "kako bi se izbjegla svaka mogućnost pogrešnog razumijevanja."[36] Pored uobičajenog tumačenja člana 4(A)(1), pokazuje se da regularni pripadnici oružanih snaga, uključujući pripadnike milicijskih i dobrovoljačkih jedinica koje se nalaze u sastavu oružanih snaga, ne

[34] Avril McDonald, "Definiranje rata protiv terorizma i statusa zatočenih osoba: Komentari na izlaganje sudije Georgea Aldricha", *Humanitäres Völkerrecht*, sv. 4, 2002., str. 207 ff.; George H. Aldrich, "Talibani, al Quaida i definiranje nezakonitih boraca", *Humanitäres Völkerrecht*, sv. 4, 2002., str. 208.

[35] Alan Rosas, *Pravni status ratnih zarobljenika: Studija iz međunarodnog humanitarnog prava primjenjivog u oružanim sukobima*, Helsinki, Suomalanine Tiedeakatemia, 1976., str. 328.

[36] Završni zapisnik Diplomatske konferencije u Ženevi, 1949., sv. II A., str. 387.

moraju formalno ispuniti četiri kriterija kako bi imali pravo na status ratnih zarobljenika.

Zarobljeni pripadnici regularnih oružanih snaga automatski imaju status ratnih zarobljenika zbog veze koju imaju s njihovom *de jure* ili *de facto* vladom i oružanim snagama čiji su pripadnici. Taj status odražava vezu između države kao subjekta međunarodnog prava, oružanih snaga kao organa države i pripadnika oružanih snaga kao boraca. Sama suština Treće ženevske konvencije ovisi o toj vezi kojom se kaže da pripadnici oružanih snaga države učesnice u međunarodnom oružanom sukobu zakonito učestvuju u neprijateljstvima i ne mogu biti kažnjeni zbog samog učešća u sukobu. Na državi je da odluči ko su pripadnici tih snaga, ali može se opravdano pretpostaviti da regularne snage obično ispunjavaju kriterije koji vrijede za oružane snage. Međutim, ne može se tek tako očekivati da neregularne snage budu više ili manje izjednačene s regularnim snagama. Partizani, ili borci otpora imaju pravo na status ratnog zarobljenika samo ako formalno ispunjavaju uvjete koji su slični uvjetima predviđenim za regularne snage. Zahtjev da pripadnici neregularnih snaga moraju ispunjavati navedene kriterije kako bi dobili status ratnog zarobljenika stoga svakako ima smisla. Pristup prema kojem se razdvajaju regularne od neregularnih snaga kao u članu 4(A) objašnjava razliku među njima i razumljivo je da samo pripadnici neregularnih snaga moraju ispunjavati četiri navedena kriterija.[37]

Pravno tumačenje člana 4(A) tako pokazuje da svi zarobljeni pripadnici regularnih oružanih snaga automatski imaju status ratnog zarobljenika. Odlučujući kriterij za sticanje prava na status ratnog zarobljenika predstavlja isključivo pripadnost regularnim oružanim snagama. Samo pripadnici milicije i dobrovoljnih jedinica koje nisu u sastavu regularnih oružanih snaga moraju biti podvrgnuti "pravnom testu za dodjeljivanje statusa ratnog zarobljenika",[38] kako bi se ustanovilo da li su oni djelovali u skladu s četiri navedena uvjeta.

---

[37] Međutim, u predmetu *Swarska* izraelski vojni sud presudio je da čak i regularni vojnici egipatske vojske koji provode operacije u skladu s naredbama njihovih komandanata ne mogu uživati status ratnih zarobljenika imajući u vidu da su nosili civilnu odjeću dok su izvršavali svoju misiju. Sud je primijetio kako bi bilo sasvim nelogično smatrati da je obaveza nošenja vojne uniforme (u smislu razlikovnog znaka) nametnuta samo pripadnicima paravojnih jedinica navedenih u Trećoj ženevskoj konvenciji, čl. 4(A)(2), ali ne i pripadnicima regularnih snaga. Sud je zaključio da se optuženima treba suditi kao saboterima. (Izrael, Vojni sud, predmet *Swarka*, Presuda, 1974.)
Tony Pfanner, "Military uniforms and the Law of War", International Review of the Red Cross, March 2004., volume 86, no. 853, str. 125.

[38] Paust, *op. cit.*

Na isti način, Treća ženevska konvencija bi se pogrešno tumačila ukoliko bi države potpisnice Konvencije kolektivno i sistematski dovodile u pitanje njenu primjenjivost na regularne oružane snage neprijatelja koje su uključene u međunarodni oružani sukob, postavljanjem pitanja da li oružane snage suprotne strane, kao cjelina, ne ispunjavaju određeni kriterij, te izražavanjem stava da pripadnici tih oružanih snaga nemaju pravo na status ratnih zarobljenika u slučaju da budu zarobljeni.[39] U napetom ratnom okruženju, svaka strana u sukobu obično optužuje neprijateljsku stranu da ne vrši svoje operacije u skladu sa zakonima i običajima rata i da je odgovorna za teške i sistematske povrede prava. Može se tvrditi i da neprijateljski vojnici ne nose uniforme, pa čak ni "stalno razlikovno obilježje prepoznatljivo s udaljenosti."[40]

Takve tvrdnje nedavno su iznesene u međunarodnom oružanom sukobu između Sjedinjenih Američkih Država i Afganistana 2001. godine. Čini se da se suprotne izjave američke administracije[41] podudaraju u tome da pojedinačni zarobljeni talibanski vojnici nemaju pravo na status ratnih zarobljenika iako se Treća ženevska konvencija odnosi na talibanske snage u cjelini. Iako Bijela kuća nije pojasnila zašto ti borci ne uživaju status ratnog zarobljenika, ministar odbrane SAD tvrdi da talibanski vojnici nisu ispunili uvjete navedene u članu 4(A)(2). Ministar je posebno podvukao nedostatak uniformi.[42]

Ovo nije mjesto gdje bi se utvrdilo da li su talibanski vojnici nosili uniforme ili druga razlikovna obilježja prepoznatljiva s udaljenosti, te da li su se

---

[39] Tony Pfanner, "Military uniforms and the Law of War", International Review of the Red Cross, March 2004., volume 86, no. 853, str. 125.

[40] Još 1907. godine, za vrijeme usvajanja Haških pravila, spomenuto je da se milicije koje ulaze u sastav vojske bore bez razlikovnog obilježja.

[41] Vidi: "Savremena praksa SAD: Odluka da se osobe zatočene u Afganistanu ne smatraju ratnim zarobljenicima", American Journal of International Law, vol. 96, 2002., str. 475–480.

[42] "Što se tiče Talibana, ni oni nisu nosili uniforme, nisu imali svoja obilježja, nisu otvoreno nosili oružje i bili su blisko povezani sa al-Quaidaom (...)" Čini se da se posljednji argument (upućivanje na al-Quaidau) odnosi na element nepoštivanja zakona i običaja rata. Sekretar je dodao da "po meni, uopće nema sumnje (...) da oni nisu, da oni neće dosegnuti standarde za proglašavanje ratnim zarobljenicima". (Prepis vijesti Ministarstva odbrane SAD, citirano iz: "Savremena praksa SAD", *op. cit.*, str. 479). U izjavama drugih zvaničnika SAD također se govori (iako bez adekvatne činjenične potpore) o nedostatku odgovornog zapovijedanja, o pravno irelevantnoj činjenici da SAD nisu priznale talibanski režim, te o argumentima koji proističu iz prirode i porijekla rata i motivima za svrgavanje talibanskog režima (*ibid.*, str. 480). u Tony Pfanner, "Military uniforms and the Law of War", International Review of the Red Cross, March 2004., volume 86, no. 853, str. 127.

razlikovali od civilnog stanovništva.[43] Dovoljno je reći da se čini kako, u praktičnom smislu, razlika između talibanskih snaga i civilnog stanovništva u Afganistanu nije predstavljala problem za učesnike u oružanom sukobu između SAD i Afganistana, iako se taj problem pojavljivao s vremena na vrijeme, a sve češće nakon raspada talibanskih snaga. S druge strane, talibanske snage sigurno nisu bile redovne oružane snage i nisu nosile odjeću koja je ličila na tradicionalne vojne uniforme.[44] Sa stanovišta humanitarnog prava, te zbog zaštite civilnog stanovništva, važan je opći zahtjev da se vojska razlikuje od civilnog stanovništva, dok sam zvanični kriterij nije u prvom planu, iako on može u velikoj mjeri olakšati to razlikovanje.

Nepoštivanje obaveze borca da se razlikuje od civilnog stanovništva

Zarobljeni pripadnik oružanih snaga obično ima status ratnog zarobljenika i ima pravo na zaštitu u skladu s Trećom ženevskom konvencijom. Automatsko dodjeljivanje statusa ratnog zarobljenika zarobljenim pripadnicima regularnih oružanih snaga ne podrazumijeva da današnje ratno pravo ne smatra relevantnim razlikovno obilježje prepoznatljivo s udaljenosti i njegovu najuobičajeniju formu – vojnu uniformu. Upravo suprotno, kako bi se civilno stanovništvo što je više moguće zaštitilo od utjecaja rata, borci se moraju razlikovati od civilnog stanovništva.[45]

Osnovna ideja Ženevskih konvencija je da se vojnici moraju razlikovati od civilnog stanovništva odijevanjem uniformi i nošenjem oružja bez prikrivanja kako bi stekli pravo na zaštitu kao borci. Borci koji pokušaju iskoristiti civile sakrivanjem među njima u civilnoj odjeći i prikrivanjem oružja, gube pravo da se s njima postupa kao s vojnicima. Upravo na taj način se podstiče borce da izbjegavaju izlaganje civila nepotrebnoj opasnosti.

S obzirom na sadržaj vojnih priručnika velikog broja država, još uvijek je prisutan tradicionalni zahtjev za nošenjem uniforme. U svjetlu ove prakse, teško bi bilo potvrditi da vojnici nisu obavezni nositi razlikovno obilježje za vrijeme vojnih operacija, pored obaveze da oružje nose bez prikrivanja. S druge strane, bilo bi suprotno sadašnjoj praksi kad bi suviše strogi uslovi

---

[43] Vidi, na primjer, Robert K. Goldman i Brian D. Tittemore, "Borci bez prava i neprijateljstva u Afganistanu: Njihov status i prava prema međunarodnom humanitarnom pravu i pravu o ljudskim pravima", na internet stranici: <http://www.asil.org/taskforce/index.htm

[44] Dodatni protokol I, čl. 44 (7) (o nošenju uniforme od strane regularnih vojnika).

[45] Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol I, Rules, ICRC/Cambridge University Press, Geneva/Cambridge, 2005.

bili dodati ovom kriteriju identifikacije isključivo putem uniforme ili razlikovnog obilježja. Samo se ispitivanjem svakog pojedinačnog slučaja i uzimajući u obzir sve okolnosti može procijeniti da li se načelo razlikovanja između boraca i civilnog stanovništva poštuje u konkretnoj situaciji.[46]

Otvoreno je pitanje da li pripadnik regularnih oružanih snaga koji padne u ruke suprotne strane, pri čemu ne ispunjava uvjet razlikovanja od civilnog stanovništva, gubi svoje pravo na status ratnog zarobljenika. Takvo gubljenje statusa nije izričito navedeno u Haškim pravilima iz 1907. godine, niti u Trećoj ženevskoj konvenciji.

U Dodatnom protokolu I predviđeno je takvo gubljenje statusa za špijune, a posebno u članu 44(A)[47] ukoliko borci ne ispune uvjete za razlikovanje od civilnog stanovništva. Međutim, to posebno pravilo u Protokolu I odnosi se na jednu izuzetnu situaciju, dok je svrha ove odredbe da pomogne borcima u ratnim situacijama na okupiranim teritorijama i u sukobima opisanim u članu 1(4) tog Protokola.[48] Odredba je slična onoj u članu 4(A)(2) Treće ženevske konvencije u mjeri u kojoj pripadnici neregularnih snaga nemaju pravo na status ratnih zarobljenika ukoliko ne učine ništa na tome da se razlikuju od civilnog stanovništva, a posebno ako ne ispune zahtjev za nošenjem razlikovnog obilježja i nošenjem oružja bez prikrivanja.

Potrebno je ponovo napomenuti jedan od osnovnih principa međunarodnog humanitarnog prava, a to je princip razlikovanja. U tom principu je sadržano da će borci koji se ne razlikuju od civilnog stanovništva, dok učestvuju u napadu ili u vojnoj operaciji koja prethodi napadu, izgubiti svoje pravo na status ratnog zarobljenika.[49] U već navedenim slučajevima pred sudovima,

---

[46] Slično predmetu *Osman* iz Malezije. "Međutim, nije rečeno da takvi pripadnici (oružanih snaga) moraju u vrijeme zarobljavanja nositi određeno razlikovno obilježje koje se prepoznaje sa udaljenosti. Međunarodno pravo, međutim, priznaje potrebu razlikovanja između pripadnika zaraćene strane i miroljubivih stanovnika". (Gornji dom (Savjetodavno vijeće) na žalbu federalnog suda, citirano iz Sassòli i Bouvier, str. 773.

[47] "Borac koji padne u ruke neprijateljske strane, pri čemu ne ispunjava zahtjeve navedene u drugoj rečenici stava 3, gubi pravo na status ratnog zarobljenika, ali ipak uživa zaštitu koja je u svim aspektima jednaka zaštiti koja se ratnim zarobljenicima dodjeljuje prema Trećoj ženevskoj konvenciji i ovom protokolu. Ta zaštita uključuje zaštitu jednaku zaštiti koja se dodjeljuje ratnim zarobljenicima prema Trećoj ženevskoj konvenciji u slučaju kada se takvoj osobi sudi i izriče kazna za bilo koje krivično djelo koje je ona počinila". (Čl. 44(4) Dodatni protokol I).

[48] Michael Bothe, Karl Joseph Partsch i Waldemar A. Solf, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Comitee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, Hag/Boston/London, 1982., str. 253.

[49] Za vrijeme Prvog i Drugog svjetskog rata naoružane osobe koje su bile zarobljene, a koje nisu nosile uniformu često su ubijane na licu mjesta jer nisu smatrane borcima

pripadnici oružanih snaga su izgubili status ratnih zarobljenika jer se nisu razlikovali od civilnog stanovništva.[50]

Prema odredbama Treće ženevske konvencije, posebno člana 5 (2) i Dodatnog protokola I, člana 45, u slučaju da postoji sumnja u pogledu statusa ratnog zarobljenika, predviđa se mogućnost određivanja statusa od strane nadležnog tribunala za kršenja odredbi međunarodnog humanitarnog prava. Sadržaj ovih odredbi ukazuje na to da postoji mogućnost da se izgubi status ratnog zarobljenika u slučaju kad se borac ne razlikuje od civilnog stanovništva.[51] Nepoštivanje obaveze borca da se razlikuje od civilnog stanovništva svakako predstavlja kršenje odredbi međunarodnog humanitarnog prava. Međutim, prema odredbama Dodatnog protokola I člana 37 (1)(c) to djelo može predstavljati čak i prevaru. Sadržaj člana je djelo prevare kojim se protivniku ulijeva povjerenje i navodi ga se da vjeruje da ima pravo na zaštitu ili da treba da prihvati zaštitu prema međunarodnom humanitarnom pravu.[52]

Djelo prevare se može izvršiti na više načina u zavisnosti od toga da li se koristi civilna odjeća ili uniforma neprijateljske vojske. Posebno se smatra prevarom nošenje civilne odjeće kao maske s ciljem ubijanja, ranjavanja ili zarobljavanja neprijatelja.[53] Prema odredbama Dodatnog protokola I, član 39(2) takva djela mogu se takođe izvršiti u uniformama neprijateljskih snaga, moguće na način suprotan međunarodnom humanitarnom pravu. Opća zabrana upotrebe neprijateljskih uniformi generalno je priznata barem u borbenim misijama, ali ne nužno i u drugim vojnim operacijama.[54] Prema odredbama člana 8 (2)(b)(xi) Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda djela prevare se mogu kazniti kao ratni zločini.[55]

---

nego osobama izvan zakona. Ed. Sandoz, Swinarski i Zimmerman (urednici), *op. cit.*, str. 465, n. 1572.

[50] Predmet *Osman, op. cit.* i predmet *Kassem, op. cit.*

[51] Pogledati u: Yasmin Naqvi, "Status of the War Prisoners", International Review of the Red Cross, no. 847, september 2002., str. 571–595.

[52] Djelo prevare kojim se protivnika ulijeva povjerenje i navodi ga se da vjeruje da ima pravo na zaštitu ili da treba da prihvati zaštitu prema međunarodnom humanitarnom pravu. Dodatni protokol I čl. 37 (1)(c). Vidi i čl. 23 (b) Haških pravila iz 1907. godine ("radi podmuklog ubijanja ili ranjavanja osoba koje pripadaju neprijateljskoj državi ili vojsci").

[53] Valentine Jobst, "Je li nošenje uniforme neprijatelja kršenje ratnog prava?", American Journal of International Law, vol. 35, 1941., str. 435–442.
Opća zabrana upotrebe neprijateljskih uniformi generalno je priznata barem u borbenim misijama, ali ne nužno i u drugim vojnim operacijama. Parks, str. 522–523.

[54] Tony Pfanner, "Military uniforms and the Law of War", International Review of the Red Cross, March 2004., volume 86, no. 853, str. 127.

[55] Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda od 17. jula 1998. godine Antonio Cassese, *International Criminal Law,* University Press, 2009.

Pripadnik oružanih snaga koji bude zarobljen od protivničke strane dok učestvuje u špijuniranju također nema pravo na status ratnog zarobljenika i ta osoba se može smatrati kao špijun.[56] U Dodatnom protokolu I, članu 46. (1) i (2) sadržane su odredbe koje se odnose na špijune. Prema odredbama međunarodnog humanitarnog prava postoje suštinske razlike između prevare i špijunaže. Za razliku od prevare, špijunaža kao metoda borbe nije zabranjena i prikupljanje informacija u uniformi se ne smatra špijunažom. Zarobljeni pripadnik oružanih snaga koji učestvuje u špijunaži nije zaštićen Trećom ženevskom konvencijom čije se odredbe odnose na ratne zarobljenike. Prema svom statusu on jeste civil zaštićen odredbama Četvrte ženevske konvencije, kao i svaki drugi špijun koji nije pripadnik oružanih snaga.[57]

Poštovanje principa razlikovanja, prvenstveno u pogledu vojne uniforme, u međunarodnom humanitarnom pravu primjenjivo je i u oružanim sukobima koji nemaju međunarodni karakter. Razlikovanje boraca i civila predstavlja osnovni preduslov i u nemeđunarodnom oružanom sukobu. Dok se borci u međunarodnom oružanom sukobu definiraju kao pripadnici oružanih snaga, osobe koje direktno učestvuju u unutrašnjem oružanom sukobu također se često nazivaju "borcima", te takav naziv ima opći karakter.[58] Prema odredbama Dodatnog protokola II, član 13(3) i odredbama člana 3. zajedničkog za Ženevske konvencije iz 1949. godine koji se odnose na zaštitu osoba koje ne učestvuju aktivno u neprijateljstvima, kao i u međunarodnom oružanom sukobu, civili ostaju bez zaštite u vremenu u kojem direktno učestvuju u neprijateljstvima, te mogu biti izloženi napadima.

Prema odredbama Dodatnog protokola II, član 1(2) oružane snage mogu nositi uniforme ili razlikovna obilježja u i oružanim sukobima koji nemaju međunarodni karakter. Vojne uniforme također mogu nositi i odmetnute oružane snage u unutrašnjem oružanom sukobu.[59] Zakonitost nošenja takvog elementa identifikacije regulira se unutrašnjim pravom, baš kao i pitanje direktnog učestvovanja u neprijateljstvima. Suprotno tome, stranama koje su izvan okrilja države u oružanom sukobu koji nema međunarodni karakter nije dozvoljeno da nose vojne uniforme prema unutrašnjem pravu, što ograničava njihovu upotrebu. Međutim, prema međunarodnom humanitarnom pravu, ništa ne sprečava odmetnute oružane snage ili druge

[56] Degan, *Međunarodno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2011, str. 825–949.

[57] Tony Pfanner, "Military uniforms and the Law of War", International Review of the Red Cross, March 2004., volume 86, no. 853, str. 128.

[58] Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol I, Rules, ICRC/Cambridge University Press, Geneva/Cambridge, 2005.

[59] Dodatni protokol II, čl. 1(2).

organizirane oružane grupe da nose takvo razlikovno obilježje, iako nisu u obavezi da to čine.[60]

Čak i tijela i pojedinci izvan okrilja države koji su uključeni u oružane sukobe koji nemaju međunarodni karakter, imaju obavezu da poštuju pravila o vođenju neprijateljstava, a posebno načelo razlikovanja u svojim operacijama.[61] Svi standardi koji se moraju poštovati obuhvaćeni su zabranom napada u kojim se ne obraća pažnja na razliku između vojnika i civila, zahtjevom proporcionalnosti, te mjerama predostrožnosti koje se preduzimaju za vrijeme napada. Posljednji navedeni zahtjev o mjerama koje treba poduzeti protiv efekta napada posebno je važan s ciljem zaštite civilnog stanovništva i civilnih objekata, ali taj zahtjev mogu ispuniti samo borci koji se izgledom vidljivo razlikuju od civilnog stanovništva.[62]

Zaključak

Osnovna funkcija vojne uniforme i drugih razlikovnih obilježja jeste identifikacija različitih vojnih snaga. Pripadnost određenim oružanim snagama razlikovala je borce od njihovih neprijatelja i što je još važnije određivala je razlikovanje od civilnog stanovništva. Međunarodno humanitarno pravo dalo je novu dimenziju tom elementu identifikacije jer je ustanovljeno temeljno načelo da se borci moraju razlikovati od civila. Kad učestvuju u vojnim operacijama, borci se moraju razlikovati od civilnog stanovništva kako bi ono bilo zaštićeno od efekata neprijateljstava i kako bi se ratovanje ograničilo na vojne ciljeve.

Upotreba vojnih uniformi od strane država prilikom izvođenja ratnih dejstava pomaže da se ostvari taj opći cilj razlikovanja. Države imaju obavezu da slijede načelo razlikovanja, ali uniforma nije jedino sredstvo da se to i postigne. Pripadnici vojske, posebno kad učestvuju u tajnim operacijama,

---

[60] Tony Pfanner, ""Military uniforms and the Law of War", International Review of the Red Cross, March 2004., volume 86, no. 853, str. 128.

[61] Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju (ICTY), predmet *Tužilac* protiv *Duška Tadića*, odluka o prijedlogu Odbrane za provizornu žalbu po osnovu nadležnosti, 2. oktobar 1995., stav. 225: "Praksa države pokazuje da su se opći principi međunarodnog običajnog prava razvili u pogledu unutarnjeg oružanog sukoba u područjima koja se odnose na načine ratovanja. Pored svega što je rečeno, u pogledu zabrane napada na civile u područjima neprijateljstava, može se spomenuti zabrana perfidnih djela. Dokument je dostupan na internet stranici ICTY <http://www.icty.org>. Tony Pfanner, "Military uniforms and the Law of War", International Review of the Red Cross, March 2004., volume 86, no. 853.

[62] Tony Pfanner, "Military uniforms and the Law of War", International Review of the Red Cross, March 2004., volume 86, no. 853, str. 130.

ne nose uvijek uniforme kad su uključeni u ovu vrstu vojnih operacija. Upotreba vojne uniforme u velikoj mjeri može smanjiti opasnost za civilno stanovništvo za vrijeme ratnih dejstava. Međutim, posjedovanje vojne uniforme nije preduvjet za definiranje oružanih snaga, iako se ta praksa poštuje od strane vojnih snaga država.

Pravni aspekt upotrebe vojne uniforme sadržan je u odredbama Treće ženevske konvencije, prema kojima pripadnici regularnih oružanih snaga moraju da ispunjavaju propisane uslove kako bi imali pravo na status ratnih zarobljenika u slučaju da budu zarobljeni. Pripadnici neregularnih oružanih snaga, borci koji su pod kontrolom jedne od strana u međunarodnom oružanom sukobu i ne moraju da ispunjavaju posebne kriterije, uključujući razlikovno obilježje i nošenje vojne uniforme. Prema tumačenju Ženevske konvencije ne može se uskratiti status ratnog zarobljenika svim zarobljenim borcima koji pripadaju regularnim oružanim snagama jedne države samo na osnovu toga što nisu nosili vojnu uniformu u trenutku zarobljavanja. Poseban slučaj predstavlja prevara kada pojedini pripadnici regularnih oružanih snaga mogu prekršiti zahtjev da se razlikuju od civilnog stanovništva u situacijama kad ne nose uniformu i tada mogu izgubiti status ratnog zarobljenika.

Potrebno je ponovo napomenuti jedan od osnovnih principa međunarodnog humanitarnog prava, a to je princip razlikovanja. U tom principu je sadržano da će borci koji se ne razlikuju od civilnog stanovništva, dok učestvuju u napadu ili u vojnoj operaciji koja prethodi napadu, izgubiti svoje pravo na status ratnog zarobljenika. U već navedenim slučajevima pred sudovima, pripadnici oružanih snaga izgubili su status ratnih zarobljenika jer se nisu razlikovali od civilnog stanovništva. Nepoštivanje obaveze borca da se razlikuje od civilnog stanovništva svakako predstavlja kršenje odredbi međunarodnog humanitarnog prava. Poštovanje principa razlikovanja, prvenstveno u pogledu vojne uniforme, u međunarodnom humanitarnom pravu primjenljivo je i u oružanim sukobima koji nemaju međunarodni karakter. Razlikovanje boraca i civila predstavlja osnovni preduslov i u nemeđunarodnom oružanom sukobu.

Značaj vojne uniforme u međunarodnom humanitarnom pravu jeste da odigra važnu ulogu u ispunjavanju zahtjeva za razlikovanjem vojnika od civila a sve u cilju zaštite civilnog stanovništva od ratnih razaranja. Potrebno je posebno uzeti u obzir činjenicu velikog povećanja procenta civilnih žrtva u broju ukupnih žrtava, koja predstavljaju neizostavnu karakteristiku savremenih ratova, kako bi se još jednom naglasio značaj upotrebe vojne uniforme i drugih razlikovnih obilježja.

Dr Nežla Borić
Assistant professor

THE SIGNIFICANCE OF MILITARY UNIFORMS IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Summary

In the international humanitarian law, military uniforms have an important function in affirming the generally accepted practice of States with respect to the wearing of the uniform by combatants. A brief survey of some of the States' practice, which is heavily influenced by the international humanitarian law, shows that the States implement the rule whereby their soldiers must distinguish themselves from the civilian population by means of a fixed distinctive sign, usually a military uniform, and by carrying their arms openly, without concealment.

The first part of the document contains provisions on military uniforms, which are traditionally considered as a distinctive feature of the armed forces, and the provisions concerning the principle of distinction, which is the is the foundation on which the laws and customs of war rest. For the first time, Article 48 of the Additional Protocol I to the Geneva Conventions explicitly defines the basic principle of international humanitarian law, which purpose is to make a clear distinction between the combatants and the civilian population, which is consistent with the requirement to wear a military uniform. The second section of the document contains provisions on the prisoner of war status since the captured members of regular armed forces automatically have the prisoner of war status, because of their connection with their de jure or de facto government and the armed forces to which they belong. That status reflects the relationship between the State as a subject of international law, the armed forces as organs of the state, and the members of armed forces as combatants with the distinctive features/insignia of military uniforms

Key terms: *International humanitarian law, military uniforms and insignia, Prisoner of war (POW) status, III Geneva Convention and the Additional Protocol I.*

Dr. Sead Dedić
Profesor emeritus

UDK: 35.08
Prethodno naučno saopćenje

OSNOVNA NAČELA DJELOVANJA DRŽAVNIH SLUŽBENIKA U KONTEKSTU MEĐUNARODNIH STANDARDA S PODRUČJA SLUŽBENIČKOG PRAVA

Sažetak

Predmet razmatranja u ovom radu jesu osnovna, odnosno glavna zakonska načela, odnosno principi u Bosni i Hercegovini. Ovo razmatranje vrši se u kontekstu međunarodnih standarda s područja službeničkog prava Evropske unije.

Zbog navedenog predmeta rada, bilo je nužno (1) dati prikaz zakonodavnih rješenja službeničkog prava u BiH, i to kako na nivou BiH, koja su relevantna za državne službenike u institucijama BiH, tako i u okviru FBiH koja se primjenjuju na radne odnose državnih službenika zaposlenih na svim nivoima vlasti u ovom entitetu, a u RS ona se odnose samo na državne službenike organa uprave RS. Također je dat osvrt na ova načela u BDBIH. Prethodno je, radi kontinuiteta, dat kratak prikaz osnovnih načela sistema radnih odnosa, koja se kao takva, po principu supsidijariteta, primjenjuju i na radne odnose državnih službenika u BiH.

Međunarodni pravni standardi s područja službeničkog prava razmatrani su na nivou EU, a oni su separatno utvrđeni na više konferencija EU, a zatim i u sekundarnim pravnim izvorima EU. Potom je navedena jedna interesantna skala ovih standarda, koja se navodi u literaturi službeničkog prava i plod je seriozne analize službeničkog zakonodavstva više evropskih zemalja.

U završnom dijelu rada ukazuje se na predstojeću harmonizaciju kako upravnog, tako i službeničkog prava s evropskim upravnim i službeničkim pravom za što bi i ovaj rad mogao biti podsticaj u tom pravcu. To je nezaobilazni zadatak svih država kandidata za prijem u EU, jer je izvjesno da će i naša država, kad-tad, postati takav kandidat.

Ključne riječi: *standardi, principi, službeničko pravo, usklađenost, harmonizacija, sekundarno pravo EU*

Uvodne napomene

U domenu reforme službeničkog prava u državnoj upravi nezaobilazno je pitanje uspostavljanja adekvatnog sistema osnovnih načela za djelovanje državnih službenika. Pri tome je nužno voditi računa da ova reforma treba da korespondira s ukupnom reformom državne uprave, lokalne samouprave i javne službe, što su glavni segmenti velikog sistema javne uprave, odnosno javnog sektora ako se ovi pojmovi posmatraju s funkcionalnog aspekta.

Naime, kao i za druge države koje se nastoje pridružiti EU, modernizacija javne uprave, njena profesionalna osposobljenost kao garancija za pružanje raznovrsnih usluga s velikog sektora javnih usluga raznovrsnim i mnogobrojnim subjektima, nezaobilazno je područje na kojem će EU posebno insistirati i tražiti konkretne rezultate. To je zadatak na kojem će se naša država već sada svestrano založiti.

Zbog navedenog, čini se uputnim da se (1) da osvrt na osnovna načela koja su već "zaživjela" u našem službeničkom pravu, čija je reforma započeta donošenjem Zakona o državnoj službi u institucijama BiH prije desetak godina, kojeg prati i entitetsko zakonodavstvo, a zatim da se (2) ukratko izlože međunarodni standardi s ovog područja, što bi omogućilo (3) davanje zaključnog osvrta o usklađenosti zakonodavne regulative službeničkog prava u BiH koja se odnosi na osnovna načela djelovanja državnih službenika s međunarodnim standardima s područja službeničkog prava.

Prije pristupa navedenom prikazu principa, odnosno standarda službeničkog prava, potrebno je dati kratak osvrt na osnovna načela sistema radnih odnosa u BiH, koja se primjenjuju i na radne odnose državnih službenika po principu supsidijariteta.

Osnovna načela sistema radnih odnosa u Bosni i Hercegovini

Svaki sistem radnih odnosa temelji se na većem broju načela, čija primjena treba da omogući ostvarivanje najvažnijih segmenata u funkciji radnog zakonodavstva. Bez obzira na različite klasifikacije ovih načela, većina autora slaže se oko osnovnih načela koja su jedinstvena za sve radne odnose kod svih poslodavaca. Osnovu tih načela čini čovjekov rad i njegov položaj na radu i u vezi s radom, te se govori o grupi ovih načela tj. prava kao temeljnih pravila ponašanja subjekata radnog odnosa.

U klasična načela sistema radnih odnosa najčešće se u literaturi radnog prava navode:

1. sloboda rada,
2. pravo rada i
3. pravo na rad.

Ova načela, proizašla iz osnovnih vrijednosti društva, predstavljaju svojevrsni generalni putokaz kako za normiranje i tumačenje raznovrsnih propisa i drugih općih akata iz oblasti rada, tako i za ostvarivanje konkretnih prava i obaveza iz raznovrsnih radnih odnosa.

U katalogu ljudskih prava, socijalna prava, popularno nazvana "prava druge generacije" predstavljaju čitav niz prava pojedinca prema državi koja i u materijalnom pogledu treba da omoguće dostojnu egzistenciju čovjeka[1].

Osnovna načela djelovanja državnih službenika u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine

Ova načela mogu se razvrstati u tri grupe, i to: (1) načela koja se odnose na državne službenike u institucijama BiH i na državne službenike u organima uprave u FBiH, (2) načela koja se primjenjuju na radne odnose državnih službenika u organima uprave RS i (3) na načela u državnoj službi u BDBiH.

(1) Naime, Zakon o državnoj službi u institucijama BiH i Zakon o državnoj službi u FBiH sadrže istovjetne principe, s tom razlikom što je u federalnom zakonu povećan broj principa s pet na šest.

U navedenim zakonima utvrđeni su sljedeći zakonski principi:

1. zakonitosti;
2. transparentnosti i javnosti;
3. odgovornosti;
4. efikasnosti, odnosno učinkovitosti i javnosti;
5. profesionalne nepristrasnosti i
6. političke nezavisnosti.

Precizirano je da poštivanje i primjenu ovih principa osigurava državna služba u institucijama BiH, odnosno u organima uprave u FBiH.[2]

---

[1] Širi tekst o ovim načelima nalazi se na str. 183–187. udžbenika pod naslovom: *Radno pravo* – Drugo novelirano i prošireno izdanje autora S. Dedića i J.Gradaščević-Sijerčić, Pravni fakultet Sarajevo, 2005.

[2] Član 3. Zakona o državnoj službi u institucijama BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09 i 8/10).
Član 4. Zakona o državnoj službi u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 29/03, 23/04, 39/04, 54/04, 67/05, 8/06).

1. Zakonitost rada, odnosno djelovanja uprave, pa time i državne službe u njoj, znači postupanje u skladu s pravnim normama, odnosno legalno djelovanje državnih službenika. U pitanju je prvi i najvažniji postulat kako upravne nauke, tako i službeničkog prava.
2. Princip transparentnosti i javnosti djelovanja uprave i njenih državnih službenika jedan je od temeljnih principa na kojem počiva javna uprava u savremenim demokratskim državama, što je metod za otvorenost prema građanima i drugim subjektima kao korisnicima njenih usluga, a istovremeno i za njenu javnu kontrolu.
   Otvorenost uprave prema građanima i drugim subjektima znači informiranje javnosti o različitim djelatnostima uprave, s obzirom na to da je uprava višefunkcionalni sistem, odnosno o mjerama koje ona poduzima u okviru svoga djelokruga, odnosno nadležnosti, kao i o rezultatima koje postiže. Ovim putem građanima se omogućuje da kao subjekti posredno djeluju na upravu i njene službenike u cilju što boljeg rada i otklanjanja u javnosti uočenih nedostataka.
   Isključivanje javnosti je restriktivno i dozvoljeno je samo u zakonom određenim slučajevima.
3. Princip odgovornosti je imanentan i u djelovanju subjekata javne uprave, posebno organa uprave. Za rad, odnosno unutrašnje organiziranje i funkcioniranje organa uprave odgovara rukovodilac tog organa. Ova odgovornost prioritetno je političke naravi. Ona ne isključuje druge odgovornosti, osim disciplinske, koju supsumira. Državni službenici odgovaraju disciplinski u posebnom postupku u kojem najznačajniju ulogu ima rukovodilac organa uprave. Ova odgovornost ne isključuje druge vidove odgovornosti, ali ima poseban "odnos" prema krivičnopravnoj odgovornosti.
4. Princip efikasnosti, odnosno učinkovitosti i ekonomičnosti svodi se na zahtjev da organi državne službe poslove iz svoje nadležnosti vrše brzo i efikasno. Pretpostavka za to je permanentno podizanje nivoa profesionalnog znanja državnih službenika. Ovako obavljanje poslova državne uprave, kao najznačajnijeg segmenta javne uprave, odnosno javnog sektora, trebalo bi da bude obavljeno sa što manje troškova, tj. da bude ekonomično, posebno kada su u pitanju tzv. posebni troškovi koje, u pravilu, naknađuju stranke u upravnom postupku.
5. Princip profesionalne nepristrasnosti državnih službenika počiva na traženju da državni službenik poslove svoga radnog mjesta obavlja primarno u skladu s načelom zakonitosti i bez bilo kakvog uticaja sa strane, tj. da u svom radu maksimalno otkloni bilo kakve elemente pristrasnosti. To pretpostavlja profesionalno postupanje u kojem se eliminišu bilo kakvi lični i drugi interesi koji nemaju nikakve veze s državnom službom. Eventualno

postojanje ličnih i nekih drugih interesa van službe na strani državnog službenika traži od njega podnošenje zahtjeva za izuzeće u konkretnoj upravnoj stvari ili u nekoj drugoj stvari.

6. Princip političke nezavisnosti državnih službenika, koja je predviđena za državne službenike zaposlene u organima uprave u FBIH, pretpostavlja eliminaciju uticaja političkih partija, posebno tzv."vladajućih". One su u legitimnoj poziciji da kreiraju zakonodavnu i drugu regulativu, pri čemu izražavaju i ugrađuju političke stavove iz svojih izbornih programa, koji su i omogućili izbornu pobjedu. Realizacija, odnosno primjena zakonodavne regulative "u rukama" je sudskih i upravnih organa, koji treba da budu nezavisni u svom radu.
   Ovaj princip posebno je značajan za državne službenike koji su članovi pojedinih političkih stranaka, jer i oni ne bi trebalo da u svom radu ispoljavaju, odnosno primjenjuju stavove svoje stranke, niti bi ti stavovi trebalo da utiču na njihovo zakonito, nepristrasno i objektivno postupanje. U pravilu, političko djelovanje državnih službenika, kao i drugih građana treba da se odvija u stranačkim strukturama i u javnom životu zemlje.

(2) U RS Zakon o državnim službenicima ne sadrži na jednom mjestu, odnosno u jednoj zakonskoj odredbi osnovna načela, odnosno principe za djelovanje državnih službenika.[3] Međutim, pojedini autori s područja službeničkog prava iz cjeline odredbi navedenog zakona posredno zaključuju da on utvrđuje 12 osnovnih, odnosno polaznih načela službeničkog sistema RS, i to:

1. da se pojedina prava i dužnosti državnih službenika mogu posebnim zakonom urediti i na drukčiji način, ako to proizlazi iz prirode njihovih poslova (npr. oblast unutrašnjih poslova, inspekcijski poslovi i sl.), pri čemu će se, u tom slučaju, primarno primjenjivati odredbe posebnih zakona (lex specialisa), a supsidijarno odredbe Zakona o državnim službenicima (lex generali). Takođe, na prava i dužnosti državnih službenika primjenjuju se opšti propisi o radu i kolektivni ugovori po principu supsidijariteta;
2. da poslove iz djelokruga republičkih organa uprave obavljaju državni službenici i namještenici kao zaposlena lica bez statusa državnog službenika;
3. državni službenik je lice s visokom stručnom spremom koje je zaposleno u organu republičke uprave i koje obavlja poslove osnovne djelatnosti republičke uprave. Izuzetno, to može biti i lice sa završenom višom i srednjoj stručnom spremom, u skladu s posebnom uredbom Vlade RS;
4. namještenik je lice zaposleno u republičkom organu uprave koje obavlja administrativne, računovodstveno-finansijske ili pomoćno-tehničke

[3] Zakon o državnim službenicima ("Sl. glasnik RS", br. 118/08, 117/11).

poslove čije obavljanje je potrebno radi obavljanja poslova iz djelokruga republičkih organa uprave;

5. također, odredbe Zakona o državnim službenicima primjenjuju se i na lica zaposlena u stručnoj službi Vlade RS i Pravobranilaštva RS, ako posebnim zakonom nije drukčije određeno;
6. prava i dužnosti poslodavca vrši rukovodilac republičkog organa uprave (rukovodilac organa), ako posebnim zakonom ili drugi propisom nije drukčije uređeno. Treba podsjetiti da je "pravi poslodavac" RS, a rukovodilac organa je njen svojevrsni predstavnik u radnopravnim odnosima državnih službenika;
7. struktura državnih službenika treba da okvirno odražava nacionalnu strukturu stanovništva prema posljednjem popisu stanovništva, a nacionalna pripadnost državnog službenika određuje se na osnovu dobrovoljnog izjašnjavanja;
8. prilikom obavljanja poslova državni službenici su dužni da se pridržavaju principa profesionalnosti, nepristrasnosti, odgovornosti, poštenja, transparentnosti, efikasnosti i ekonomičnosti, u skladu s kodeksom ponašanja državnih službenika, kojeg donosi Vlada RS, na prijedlog Agencije za državnu upravu RS;
9. državni službenik je dužan da postupa u skladu sa Ustavom, zakonom i drugim propisima, prema pravilima struke i politički neutralno – načelo profesionalnosti; ne mogu biti osnivači, niti članovi organa političkih stranaka i ne smiju u obavljanju poslova svog radnog mjesta izražavati i zastupati politička uvjerenja – načelo nepristrasnosti;
10. niko ne smije vršiti uticaj na državnog službenika da čini nešto što je suprotno važećim propisima;
11. rukovodioci organa i državni službenici u obavljanju svojih poslova su dužni da poštuju principe jednakosti mogućnosti i različitosti i ne smiju vršiti diskriminaciju u odnosu na rasu, spol, jezik, nacionalnu pripadnost, vjeroispovijest, socijalno porijeklo, rođenje, obrazovanje, imovno stanje, političko i drugo uvjerenje, društveni položaj ili neko drugo lično svojstvo, i
12. svi državni službenici jednaki su u svojim pravima i obavezama utvrđenim zakonom i po osnovu rada ostvaruju zakonom utvrđena prava.[4]

[4] Milan Vlatković: *Službeničko pravo*, Blic, B. Luka, 2009, str. 338–9. Navedeni principi preuzeti su s ovih stranica s neznatnim izmjenama i dopunama.

(3) Za razliku od zakonodavnih rješenja na nivou BiH i u njenim entitetima, Zakon o državnoj službi u organima uprave BDBiH[5] ne sadrži samo osam općih načela u radu uprave koje su dužni da poštuju kako službenici, tako i namještenici, već iste i bliže objašnjava.

U pitanju su sljedeća načela:

1. Načelo zakonitosti – Službenici i namještenici su dužni u obavljanju svojih poslova postupati u skladu sa Statutom, zakonom i drugim propisima zasnovanim na zakonu;
2. Načelo materijalne istine – U obavljanju svakodnevnih aktivnosti, službenici i namještenici su dužni da potpuno i istinito utvrde sve činjenice i okolnosti u poslovima iz svoje nadležnosti;
3. Načelo zabrane diskriminacije i povlašćivanja – Službenicima i namještenicima u svom poslovanju nije dozvoljeno praviti diskriminaciju i povlašćivati građane po osnovu starosti, spola, rasne, etničke i teritorijalne pripadnosti, entitetskog državljanstva, jezičkog, političkog ili vjerskog opredjeljenja, socijalnog, bračnog ili vanbračnog statusa, ili po bilo kojem drugom osnovu vršiti diskriminaciju;
4. Načelo odgovornosti, efikasnosti i ekonomičnosti u radu – Službenici i namještenici pri obavljanju svojih poslova su dužni voditi računa da svoje poslove obavljaju u što kraćem roku uz minimalno potrebne troškove, te da odgovaraju za svoje postupke i rezultate rada;
5. Načelo čestitosti – Službenici i namještenici u svom radu dužni su ulijevati, odnosno pridobijati povjerenje građana, svoj rad obavljati profesionalno i čestito;
6. Načelo transparentnosti i javnosti – Rad službenika i namještenika je javan i dostupan javnosti, osim u slučajevima kada njihov rad predstavlja službenu, odnosno profesionalnu tajnu;
7. Načelo hijerarhijske podređenosti – Službenici i namještenici su dužni izvršavati naloge rukovodioca organa uprave i svog neposredno nadređenog rukovodioca tako da svakom hijerarhijskom nivou pripada određen stepen ovlaštenja i odgovornosti, osim ako to zakonom nije drukčije određeno;
8. Načelo političke nezavisnosti u radu – Službenicima i namještenicima u radu u službi nije dozvoljeno da u svom radu potpadaju političkom uticaju, niti da u toku radnog vremena promovišu ideje političkih stranaka.

[5] Član 4. Zakona o državnoj službi u organima uprave BDBiH ("Sl. glasnik BDBiH", br. 28/06, 29/06, 19/07, 2/08, 25/09, 96/09).

Međunarodni standardi u službeničkom pravu

U literaturi službeničkog prava navodi se da ne postoji kodificiran skup upravnih načela i standarda, koji bi jednako važili za sve zemlje članice EU, s tim što se istovremeno podsjeća da postoji skup načela i standarda koji proizlaze iz prakse zemalja članica i međunarodnih dokumenata.[6]

Također se podsjeća da su pravni odnosi između države i državnih službenika rijetko predmet međunarodnog pravnog uređenja. Iako su "male mogućnosti za uređenje tih odnosa međunarodnim ugovorima" (Ž. Potočnjak), ipak se navodi kao jedan o rijetkih međunarodnih ugovora koji se odnosi na uređenje službeničkih odnosa Konvencija broj 151 MOR-a o radnim odnosima u javnoj službi iz 1978. godine. Iako je nisu ratificirale susjedne zemlje, kao ni naša, ipak se osnovano konstatuje da su u zakonodavstvu, kao i u praksi primijenjeni standardi iz navedene konvencije, jer se njena rješenja odnose na sindikalno organizovanje, kolektivno pregovaranje, mirno rješavanje sporova, na građanska i politička prava zaposlenih u javnim službama.[7]

Iz navedene literature da se uočiti da bez obzira na činjenicu da ni primarno ni sekundarno pravo EU ne sadrži odredbe koje bi zemljama članicama nametale obaveze u vezi s uređenjem službenih odnosa, ipak EU u postupku pripremanja novih članica nameće obaveze primjene pravne stečevine EU u odnosu na upravu, pa time i na službeničke radne odnose.

Zbog toga se, u prvom redu, od država kandidatkinja zahtijeva prihvaćanje upravnih načela, koja su usaglašena i prihvaćena na više konferencija EU (Kopenhagen 1993. – zahtjev za stabilnošću institucija koje jamče demokratiju, vladavinu prava i ljudska prava, Madrid 1995. – zahtjev za prilagođavanje upravnih i pravosudnih institucija novim zahtjevima kako bi mogle efikasno usvojiti i provoditi pravo EU, Helsinki 1999. – zahtjev kandidatima da moraju dijeliti i usvojiti vrijednosti i ciljeve EU izražene u osnivačkim aktima EU).

Cijeni se da značajnu ulogu u "profiliranju upravnih načela i standarda EU koji su putokaz za unapređenje upravnih kapaciteta, odnosno državne uprave budućih članica EU, imaju dvije organizacije, i to: SIGMA (Support for Improvement and Management in Central and Eastern European Countries) koju su zajednički osnovali OECD i EU 1992. godine i CARDS (Community Assistance for Reconstruction, Development and Stabilization).

---

[6] Edmond Miletić, "Reforma službeničkog zakonodavstva u državnoj upravi te lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi", Hrvatska pravna revija, br. 7–8/10, str. 55–63.

[7] Željko Potočnjak: Radni odnosi državnih službenika, u knjizi pod naslovom: *Radni odnosi u RH*, Pravni fakultet i Organizator, Zagreb, 2007, str. 868.

Kao evropski upravni standardi najčešće se navode sljedeći:

1) vladavina prava;
2) otvorenost i transparentnost;
3) odgovornost javne službe i
4) efikasnost u korišćenju javnih prihoda i djelotvornost u postizanju ciljeva koji su utvrđeni zakonom i podzakonskim aktima.

SIGMA je "zadužena" da putem evaluacije, odnosno procjene kandidata za prijem u EU utvrdi stepen ispunjavanja postavljenih kriterija, što čini putem posebnog postupka (baseline assessment framework), iz kojeg se mogu uočiti i standardi koje SIGMA označava kao najznačajnije s područja službeničkog prava.

Smatra se da u definiranju evropskih standarda koji se odnose na službeničko pravo, a polazeći od karaktera i vrijednosti državne službe, SIGMA uzima u obzir dužnosti države koje su u vezi s javnim interesom, potom da ima obavezu pružanja javnih usluga i to efikasno, profesionalno i nepristrasno.

Da bi se mogle ostvariti sve svestranije dužnosti državne službe, nužno je da državna služba u cjelini ispunjava slijedećih 11 uvjeta:

1. Zakonska i podzakonska regulativa, kao i poštivanje načela zakonitosti osnovne su pretpostavke uređenja državne službe;
2. Depolitizacija državne službe – jasno razgraničavanje između političkih i najviših službeničkih mjesta kako bi se osigurala depolitizacija državne uprave, nezavisno od svakodnevnih političkih intervencija;
3. Zapošljavanje i napredovanje u državnoj službi mora biti utemeljeno na sposobnostima, znanju i kompetencijama kandidata (merit sistem) kako bi se unaprijedila profesionalna razina državnih službenika, odnosno državne službe u cjelini;
4. Uspostavljanje cjelovitog sistema edukacije nužna je pretpostavka uspješne i profesionalne državne uprave;
5. Kvalitetna regulacija dužnosti i prava službenika, posebno političke neutralnosti, poštenja i profesionalnog postupanja;
6. Kvalitetna regulacija svih slučajeva u kojima državni službenici mogu doći u sukob interesa;
7. Sistem dvostepenosti u rješavanju službeničkih odnosa, odnosno treba biti uspostavljen sistem sudske kontrole upravnih službeničkih akata;
8. Jačanje svih mehanizama uspravljanja ljudskim potencijalima, osobito osnivanje jedne središnje službe koja bi imala te ovlasti;

9. Fair regulacija ocjene rada državnih službenika s dovoljnim jamstvima da se službenici mogu zaštititi od nepravednih ocjena;
10. Sistem plaća u državnoj službi treba biti utemeljen zakonom i s malim stepenom slobode rukovodioca u određivanju plaće pojedinog državnog službenika;
11. Klasifikacioni sistem mora biti pretpostavka kvalitetnog sistema napredovanja, ocjenjivanja i određivanja plaća.

Navedeni uvjeti mogu se shvatiti i kao "krovni" standardi službeničkog prava EU. Kao takvi, oni se dopunjuju bližim reguliranjem u okviru sekundarnog prava EU, posebno normativnim aktima donesenim od strane Vijeća Evrope. U tom kontekstu, u literaturi službeničkog prava akcentira se Preporuka br. (2000)6 o statusu državnih službenika u Evropi.

Sljedeći standardi iz ove preporuke smatraju se najvažnijim smjernicama, odnosno standardima evropskog službeničkog prava:

1. Status državnih službenika mora biti reguliran zakonom ili na zakonu temeljenim podzakonskim aktima ili kolektivnim ugovorima;
2. Vlada treba imati generalnu odgovornost za stanje i upravljanje u upravi;
3. Kategorije i razine državnih službenika moraju biti definirane u vezi s poslom koji obavljaju, a nivo odgovornosti mora biti povezan s time;
4. Uvjeti i zahtjevi za zapošljavanje u državnoj službi moraju omogućavati jednaku mogućnost prijavljivanja na prazna radna mjesta u državnoj službi, a izbor kandidata mora biti baziran na merit sistemu. Postojanje posebnih uvjeta pri zapošljavanju, a s obzirom na specifičnosti pojedinih službi, je moguće, ali samo ako je to regulirano zakonom;
5. Procedure prilikom zapošljavanja moraju biti jasne, otvorene i transparentne, tako da osiguravaju izbor najboljeg kandidata. Nezadovoljni kandidati moraju imati pravo prigovora na odluku o izboru;
6. Koliko je to moguće, državni službenici neće biti premještani bez njihove saglasnosti, osim ako se ne radi o javnom interesu ili interesu službe. Državnom službeniku svakako se mora omogućiti pravo prigovora u odgovarajućem postupku na ovakve odluke;
7. Napredovanje na više radno mjesto ili položaj mora biti bazirano isključivo na merit sistemu;
8. Državni službenici, u pravilu, imaju ista prava kao i ostali građani. Pojedina njihova prava, pravo na sindikalno organiziranje ili političko djelovanje, mogu biti ograničena jedino zakonom, ako je to nužno za izvršavanje javnih funkcija;

9. Ne smije postojati diskriminacija u pogledu dobi, boje kože, spola, seksualne orijentacije, bračnog statusa, rase, etničke i rasne pripadnosti, socijalnog porijekla, političkih ili filozofskih opredjeljenja ili vjere, ako se to odnosi na njihovu mogućnost pristupa u državnu službu ili na napredovanje u državnoj službi;
10. Državnim službenicima treba omogućiti sudjelovanje ili konsultacije prilikom donošenja važnih odluka koje se tiču organizacije uprave i rukovodećih principa u izvršavanju javnih funkcija;
11. Državnim službenicima treba osigurati socijalnu zaštitu, uključujući penzijsko osiguranje;
12. Za svoj rad državnim službenicima treba osigurati plaću koja odgovara njihovim zadacima i odgovornostima. Plaća mora biti dostatna za stimulaciju državnog službenika u izvršavanju njegovih zadataka i dovoljna za izbjegavanje rizika korupcije ili aktivnosti koje su nespojive s obavljanjem službene dužnosti;
13. U izvršavanju svojih javnih dužnosti državni službenici su dužni voditi računa o zaštiti interesa građana na način da su dužni poštivati načelo zakonitosti, diskrecije, neutralnosti, nezavisnosti, hijerarhijske potčinjenosti, javnog interesa i lojalnosti prema demokratskim institucijama;
14. Državni službenici su odgovorni disciplinski za kršenje službene dužnosti. U postupcima kojima se izriču disciplinske kazne službeniku treba omogućiti pravo prigovora protiv tih odluka;
15. Postojanje sistema edukacije državnih službenika nužni je preduvjet efikasnog sistema državne uprave. Dužnost je vlade da osigura odgovarajući sistem edukacije baziran na odgovarajućoj strategiji (policy dokumenti, programi). Državni službenici imaju pravo i obavezu educirati se za vrijeme državne službe bez diskriminacije. U određenim slučajevima određeni oblici edukacije mogu biti preduvjet za napredovanje;
16. Državna služba može prestati samo u zakonom određenim slučajevima. Pravo na prigovor protiv odluka o prestanku državne službe mora biti zajamčeno;
17. Protiv svih odluka kojima se reguliraju obaveze i prava iz državne službe mora biti osigurana odgovarajuća sudska zaštita ili zaštita pred drugim nezavisnim organom.[8]

[8] Evropske standarde prikazao je u već citiranom stručnom članku E. Miletić pod naslovom: "Reforma službeničkog zakonodavstva..." iz kojeg je preuzeto 11 uvjeta i 17 smjernica, odnosno standarda evropskog službeničkog prava sa neznatnim adaptacijama.

Za razliku od izloženog pristupa standardima službeničkog prava, interesantno je i navođenje standarda, odnosno osnovnih načela djelovanja javnih službenika, pa time i državnih službenika. Ovo uopštavanje načela zasniva se na uvidu u zakone desetak zemalja evropskog pravnog prostora i na osnovu više uporednih iskustava državnih uprava koja su obrađena u više monografskih knjiga.[9]

U ovom interesantnom pristupu navode se kao standardizirana najvažnija načela djelovanja javnih službi:

1. Načelo savjesnosti;
2. Načelo zakonitosti;
3. Načelo srazmjernosti;
4. Načelo nepristrasnosti;
5. Načelo primarnosti javnog interesa;
6. Načelo zabrane da državni službenik izražava i zastupa na radu svoja politička uvjerenja;
7. Načelo odgovornosti javnog službenika za stručnu djelotvornost njegovog rada;
8. Načelo odgovornosti za štetu službenika i
9. Načelo javnosti.

Završni osvrt na zakonodavne regulative u Bosni i Hercegovini o radnim odnosima s aspekta međunarodnih standarda s ovog pravnog područja

Iz izložene materije mogu se, bar u osnovnim elementima, sagledati osnovna zakonodavna rješenja u BiH o standardima službeničkog prava koja se zastupaju uz našem pozitivnom pravu na (1) nivou BiH, (2) u entitetima i (3) u BDBiH.

Može se načelno konstatovati da su ona međusobno dosta usaglašena, što je, vjerovatno, posljedica aktivnog učešća međunarodnih predstavnika, odnosno stručnjaka raznih institucija međunarodne zajednice u normativno-zakonodavnom postupku izrade zakona o državnoj službi, odnosno o

[9] Milan Vlatković: *Službeničko pravo*, Blic, B. Luka, 2009, str. 118. Ovaj autor, na osnovu analize zakona i razmatranja više monografija s područja službeničkog prava, navodi i šire obrazlaže devet osnovnih načela djelovanja javnih službenika (str. 118–122) da bi ista prikazao s aspekta njihovih svojstava (str. 122–123)... Načela ćemo navesti samo iz ovog štiva, a zainteresovanog čitaoca upućujemo na njihov širi prikaz na navedenim stranicama citiranog djela.

radnopravnom statusu zaposlenika u državnoj upravi, a naročito državnih službenika na svim nivoima vlasti u BiH.

S druge strane, iz prikaza međunarodnih standarda službeničkog prava može se, ipak, zaključiti da postoji izvjestan korpus standarda, koji su, po prirodi stvari, naslonjeni na standarde upravnog prava EU. Istina, oni nisu kodifikovani, što se u literaturi službeničkog prava osnovano konstatuje, ali su i kao takva relativno brojana i sveobuhvatna.

Iz površne uporedbe standarda službeničkog prava BiH sa standardima evropskog službeničkog prava može se konstatovati da postoji relativno visok stepen njihove međusobne usaglašenosti.

No, i pored takve globalne usaglašenosti, postoji izvjesna nekonzistentnost u domaćoj zakonskoj regulativi službeničkog prava, što bi trebalo postepeno otklanjati u regulativi svih zakonodavnih nivoa *de lege ferenda* u BiH.

Bez obzira na izvjesnu podudarnost zakonodavnih standarda s područja službeničkog prava u BiH s međunarodnim standardima, slijedi seriozno sagledavanje procesa modernizacije javne uprave, odnosno javnog sektora, a u okviru njega – posebno državne uprave, što je preduvjet svih uvjeta koji se postavljaju od strane EU pred države koje žele biti kandidati za prijem. U ovoj ukupnoj reformi, odnosno modernizaciji javnog sektora, nezaobilazna je nužnost postizanja harmonizacije i modernizacije upravnog zakonodavstva, a u tom domenu i službeničkog zakonodavstva. Smatra se da je modernizacija i harmonizacija službeničkog zakonodavstva ključni preduvjet za modernizaciju državne uprave.

Dr Sead Dedić
Professor Emeritus

THE BASIC PRINCIPLES OF CONDUCT FOR CIVIL SERVANTS IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL STANDARDS IN THE AREA OF CIVIL SERVICE LAW

Summary

The subjects of study in this paper are the primary or main legal principles in Bosnia and Herzegovina. This review is conducted in the context of international standards in the area of civil service law of the European Union.

Because of the above mentioned subject of study, it was necessary to (1) provide a review of legislative decisions concerning the civil service law in Bosnia and Herzegovina, both at the state level, relevant for civil servants in the institutions of Bosnia and Herzegovina, and the level of the Federation of Bosnia and Herzegovina, applicable to labor relations of civil servants employed at all levels of government in this entity, while in Republika Srpska, they relate only to civil servants employed in the administrative authorities of RS. An overview of these principles in the Brčko District of Bosnia and Herzegovina has also been provided. Previously, for continuity, a brief review of the basic principles of the system of labor relations has been provided, which, as such, according to the principle of subsidiarity, is applied to the labor relations of civil servants in Bosnia and Herzegovina,.

The international legal standards in the area of civil service law were discussed at the EU level, separately defined in several EU conferences, and then in the secondary legal sources of the EU as well ... The work subsequently provides an interesting scale of these standards, which is reported in the literature concerning the civil service law and is the fruit of a serious scientific analysis of civil service legislation of a number of European countries.

The final section of the paper points to the upcoming harmonization of both administrative, as well as civil service law, with the European administrative and civil service law, and even this work could be an incentive for advancing further in this direction. This is an unavoidable task for all the countries candidates for accession to the EU, for it is certain that even our little country will, sooner or later, become one such candidate.

Key terms: *standards, the principles of civil service law, compliance and harmonization, secondary EU law.*

Mr. Džamna Duman
Viša asistentica

UDK: 347.61/.64:347.965.42
Prethodno naučno saopćenje

MODELI POSREDOVANJA

Sažetak

Porodični spor za sobom nosi mnoštvo bolnih emocija koje pogađaju sve članove porodice, a posebno djecu. Upravo zbog te činjenice i isprepletenosti veza među subjektima spornog odnosa koje se nastavljaju, porodično posredovanje predstavlja adekvatan i efikasan mehanizam rješenja. Time ovaj način rješavanja sporova otvara jednu novu perspektivu koja težište stavlja na budućnost. Iako je bilo potrebno dugo vremena za to, postignut je konsenzus o tome da sudsko rješavanje u tradicionalnoj parnici nije prikladno za porodične sporove. Cilj posrednika je da dođe do sporazuma koji zadovoljava potrebe i interese strana. U teoriji i praksi, međutim, ne postoji jedinstven stav oko toga šta je uloga posrednika. Razlike između njih jesu u tome, da li olakšavaju proces posredovanja ili vrše evaluaciju onoga što su stranke rekle. Radi davanja odgovora na ovo pitanje razvijeni su različiti modeli posredovanja koji se generalno mogu označiti kao fasilitativni, evaluativni i transformativni. Ovaj rad daje prikaz spomenutih modela.

Ključne riječi: *porodični sporovi, posredovanje, transformativni model, fasilitativni model, evaluativni model*

Uvod

Porodični sporovi, za razliku od svih ostalih, najviše se odražavaju na društveni i lični identitet osobe.[1] Ti sporovi utječu kako na identitet pojedinaca u sporu tako i na identitet porodice koja predstavlja društveni, ekonomski, ali i sistem međusobnih odnosa. Razvod braka ne povlači samo pitanje neslaganja ili konflikta među bračnim partnerima, tim su konfliktom neminovno obuhvaćeni i drugi članovi: djeca, djedovi/bake i drugi srodnici čije razumijevanje i doživljavanje konflikta te njegovih posljedica je sigurno drugačije od bračnih drugova koji žele okončanje njihove veze.

[1] Opširnije vidjeti u: Taylor, A., *The Handbook of Family Dispute Resolution: Mediation Theory and Practice*, Jossey – Bass, 2002.

Iako je bilo potrebno dugo vremena za to, postignut je konsenzus o tome da sudsko rješavanje u tradicionalnoj parnici nije prikladno za porodične sporove. Sudski postupci gotovo uvijek doprinose povećanju emocija. Strasti, ogorčenost i uzajamno optuživanje se još više intenziviraju, što za već komplicirane i teške porodične sporove može imati pogubne posljedice. Pored toga, upravo to pojačavanje emocija ide na štetu pojedinaca, u prvom redu djece, koji ne moraju u formalnom smislu biti "stranke" u porodičnom sporu, ali su najugroženiji jer na njih posljedice spora utječu u najvećoj mjeri.

Porodični sporovi su povezani i s društvenim nesrećama koje su mnogo šireg obima od zakonskih prava i obaveza: nasilje u porodici, zlostavljanje djece, ugrožavanje pravih vrijednosti, siromaštvo, ratne traume i mnogi drugi.

Od velike je važnosti odrediti i uspostaviti mehanizme rješavanja ove vrste sporova s obzirom na to da strane u sporu, bez obzira na činjenicu prestanka braka, ostaju u odnosu koji je međuovisan. Ovakav odnos bračnih partnera je uvjetovan postojanjem zajedničke djece, te se po prirodi stvari, zbog dobrobiti djeteta, u budućnosti treba nastaviti.

Jedan od ovih mehanizama je porodično posredovanje kao alternativni metod rješavanja porodičnih sporova. Taj institut prisutan je u svim pravnim sistemima. Iako osim posredovanja postoje i drugi načini mirnog rješavanja porodičnih sporova, koji istina s posredovanjem dijele neke zajedničke karakteristike, ovo je ipak institut koji u najvećem stepenu uvažava i promoviše odgovornost strana za preduzete aktivnosti i odluke, što ga i razlikuje od drugih.

Porodični spor za sobom nosi mnoštvo bolnih emocija koje pogađaju sve članove porodice, a posebno djecu. Upravo zbog te činjenice i isprepletenosti veza među subjektima spornog odnosa koje se nastavljaju, porodično posredovanje predstavlja adekvatan i efikasan mehanizam rješenja. Time ovaj način rješavanja sporova otvara jednu novu perspektivu koja težište stavlja na budućnost.

Može se dogoditi da strane u sporu ne riješe svoje odnose u ovom postupku. Ali sasvim je sigurno da će njegova primjena olakšati rješavanje niza posljedica razvoda braka i s tim povezanih napetosti.

Svaki spor, a porodičnopravni naročito, kod njegovih sudionika stvara osjećaj dezorijentiranosti, napuštenosti, ranjivosti. Upravo iznošenje spora pred neko treće lice i očekivanje njegovog rješenja za stranke znači izlaz iz stanja u kojem se, kako je navedeno, nalaze. Time, stranke u sporu uvijek od posrednika očekuju puno više od pukog rješenja spora. Njima je potrebno da

posrednik razumije problem, te da svojim ponašanjem i postupcima zadobije njihovo povjerenje. Pristup posrednika sporu i stranama mora biti izraz poštovanja autonomije svake od strana i njihovih individualnosti. Umješnost i mudrost posrednika dovode do demistificiranja problema i njegovog shvatanja na drugačiji način. Ukoliko posrednik ima navedena svojstva, to predstavlja svojevrsno jamstvo rješenja spora na najbolji način. Spremnost posrednika da pažljivo sasluša i razumije strane i pri tome bude u stanju da svojim postupcima smanji ispoljavanje negativnih emocija strana, daju mogućnost za stvaranje optimalnih uslova za početak samog postupka.

Cilj posrednika je da dođe do sporazuma koji zadovoljava potrebe i interese strana. U teoriji i praksi, međutim, ne postoji jedinstven stav oko toga šta je uloga posrednika. Razlike između njih jesu u tome, da li olakšavaju proces posredovanja ili vrše evaluaciju onoga što su stranke rekle. Radi davanja odgovora na ovo pitanje razvijeni su različiti modeli posredovanja koji se generalno mogu označiti kao fasilitativni, evaluativni, i transformativni.[2] Iako ovi modeli imaju određene sličnosti, ciljevi svakog od njih su drugačiji, što ima za posljedicu različite rezultate postupka posredovanja. U zavisnosti od izabranog modela koji će se u praksi koristiti, posrednik mora proći odgovarajuću obuku karakterističnu upravo za taj model.

Fasilitativni model

Fasilitativni model se pojavio u Sjedinjenim Američkim Državama u šezdesetim i sedamdesetim godinama 20. stoljeća pod okriljem centara koji su se, na dobrovoljnoj osnovi, bavili rješavanjem sporova. U to vrijeme, posrednici koji su pružali usluge strankama nisu morali imati posebno stručno znanje o pitanjima koja su bila predmetom posredovanja.

Fasilitativni posrednik koristi tehnike da pomogne strankama da bolje komuniciraju, postavlja pitanja koja trebaju ohrabriti roditelje da artikuliraju zašto, na primjer, žele staranje nad djetetom i koju ulogu u životu djeteta vide za drugog roditelja kome dijete nije povjereno.[3] Posrednik, u ovom modelu, je u potpunosti neutralna treća strana koja ne daje svoje mišljenje, savjete ni preporuke.

Fasilitativno posredovanje djeluje pod pretpostavkom da strane imaju najbolju mogućnost da donesu odluke i dođu do produktivnih rješenja njihovih

[2] Opširnije o modelima posredovanja: Zumeta, Z., "Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative and Transformative Mediation", septembar 2000., na www.mediate.com

[3] Schepard, A., *Children, Courts and Custody: Interdisciplinary Models for Divorcing Families*, Cambridge University Press, 2004. str. 52.

neslaganja. Uloga posrednika je da pruži forum i proces koji im dozvoljava da ostvare ove ciljeve. U tom pravcu, uloga posrednika je da stranama osigura neophodne uvjete i okvir za dostizanje tih rješenja.

Fasilitativni posrednici nastoje da osnaže porodice da budu u mogućnosti da donesu odluke u teškim okolnostima. Sudski sistemi su neophodni u slučaju kada ljudi ne mogu donijeti ove odluke, ili kada jedna strana sprovodi ugnjetavanje druge strane. Cilj fasilitativnog posrednika je da pomogne stranama da riješe konflikt na konstruktivan način zagovarajući proces s učinkovitom komunikacijom i rješavanjem problema između strana.

Debra Kolb[4] je u svojim istraživanjima postupka posredovanja široko definirala dva tipa posrednika: oni koji dogovaraju i oni koji dirigiraju. Dirigiranje je metafora koju možemo smatrati fasilitativnim posredovanjem, što podrazumijeva vođenje ljudi kroz komunikacijski proces u kojem su glasovi, misli, osjećaji i ideje obiju strana važan faktor.[5] Posrednik ne pokušava da uvjeri strane da prihvate dogovor za koji on ili ona smatra da je izvodljiv ili pravedan, nego u procesu dozvoljava ovim glasovima da se ujedine na efikasan i harmoničan način. Podjela na evaluativni i fasilitativni model proizlazi upravo iz navedene metafore "onih koji dogovaraju i onih koji dirigiraju":

> *Koristeći se fasilitativnim stilom posrednici se fokusiraju na izlaganje mišljenja strana i uzdržavaju se od nametanja sopstvenih mišljenja o preferiranim opcijama nagodbe. Koristeći se evaluativnim stilom posrednici razvijaju svoje mišljenje o preferiranim opcijama nagodbe i mogu pokušati da utječu na strane da ih prihvate.*[6]

Posredovanje je proces koji naglašava vlastitu odgovornost sudionika za donošenje odluka koje utječu na njihove živote. Moore[7] definira posredovanje kao "intervenciju u pregovorima ili konfliktu prihvatljive treće strane koja ima ograničenu ili neautoritativnu moć donošenja odluka, ali koja asistira uključenim stranama u dobrovoljnoj težnji za zajedničkom prihvatljivom nagodbom".

U jednom od najjasnijih sažetaka fasilitativnog posredovanja Zumeta kaže[8] "posrednik strukturira proces tako da pomaže stranama da dođu do zajed-

---

[4] Kolb, D., *The Mediators*, Cambridge, 1983., preuzeto iz: Folberg, J., Milne, A. L. and Salem, P., *Divorce and Family Mediation, Models, Techniques and Application*, The Guilford Press, New York, 2004. str. 30.

[5] Ibid.

[6] Lande, J., "Toward More Sophisticated Mediation Theory", Journal of Dispute Resolution 2000(2), str. 321–334.

[7] Moore, C. W., *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, San Francisco, 1996, str. 15.

[8] Opširnije: Zumeta, Z., "Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative and Transformative Mediation", septembar 2000., na www.mediate.com

ničkog rješenja koje je rezultat njihovog dogovora; postavlja pitanja, potvrđuje i normalizira stajališta strana i pomaže im u pronalaženju i analiziranju opcija za rješenje; ne daje im preporuke niti savjete i mišljenja za ishod slučaja. Posrednik je zadužen za proces, dok su strane zadužene za ishod".

Uloga fasilitativnog posrednika nije savjetodavnog niti edukativnog karaktera. Njegov zadatak je da osnaži strane u cilju postizanja rješenja nastalog spora. Znanje koje fasilitativni posrednik ima, a koje se odnosi na razvoj djeteta, porodičnu dinamiku i zakonska rješenja pomaže mu da stranke usmjerava ka mogućem ishodu spora.

Fasilitativni posrednik pravi razliku između pružanja informacija i davanja savjeta ili preporuka.[9] Iako je teško jasno razgraničiti ova dva aspekta, otvara se pitanje do kojeg stepena je prihvatljivo da posrednik pruža informacije strankama, a da strane to ne prihvate kao moguće rješenje njihovog spora. U slučaju prihvatanja informacija, ispravke pogrešne informacije ili mogućeg savjeta od strane posrednika može se desiti da posrednik pažnju usmjeri više na davanje savjeta nego na vođenje samog postupka, što predstavlja njegov osnovni zadatak. Stručnost porodičnih posrednika omogućava postavljanje smislenih pitanja i predlaganja područja koja će stranke u postupku *možda htjeti* razmotriti upućujući ih na moguće izvore informacija i usmjeravajući ih prema tim izvorima. Posrednici mogu informisati stranke o mogućnosti obavljanja konsultacija s advokatima koji im mogu pružiti stručne informacije i pomoć prije postizanja konačnog sporazuma u postupku posredovanja.[10]

Porodični sporovi u velikom broju slučajeva podrazumijevaju prestanak odnosa između članova porodice. Upravo je zbog toga uloga porodičnih posrednika značajna. Njihov glavni cilj jeste uspostava komunikacije koja će stranke u postupku povezati, što stvara pretpostavke za eventualno rješenje spora. Ukoliko ne postoji način da se uspostavi učinkovita i produktivna komunikacija, onda fasilitativno posredovanje nije odgovarajuće.

U ovom modelu se polazi od premise da su roditelji ti koji će donijeti najbolje odluke za sebe i svoju djecu. Upravo je glavni zadatak posredovanja snaženje porodice koja će biti u stanju da sama donosi takve odluke. Prihvatanjem uloge fasilitativnog posredovanja koja je zasnovana na pružanju pomoći stranama da dođu do rješenja, nameće se pitanje odnosa posrednika prema rješenjima koja su nastala kao rezultat zajedničke odluke strana u postupku, a koja odstupaju od zakonskih načela i etičkih principa.

[9] Ibid.

[10] Ibid.

Posrednici neće napraviti uslugu roditeljima i djeci ako dopuste da takav dogovor zaživi samo zbog provođenja fasilitativnog pristupa. Kada posrednici upravljaju ovom situacijom informirajući roditelje da ono što oni predlažu nije u skladu sa zakonskim regulama i da kao takvo neće biti prihvaćeno na sudu, oni izlaze iz okvira fasilitativnog pristupa. Međutim, fasilitativni posrednik vrlo vjerovatno neće svjesno dopustiti jedan takav protuzakonit dogovor. Važno je pitanje *kako* posrednik izlaže svoje zabrinutosti o takvim dogovorima.

Fasilitativni posrednici nastoje da stvore okvir u kojem će biti moguće ostvariti povezivanje strana do najveće moguće mjere. To postižu fokusirajući se na bitne interese ili potrebe roditelja, i na roditeljsko razumijevanje potreba djece.

> *"Interesi su bit posredovanja… Razumijevanje i način najboljeg rješavanja sporova odražava se u složenom sistemu vrijednosti prilikom fokusiranja na interese. Ove vrijednosti mogu biti suprotstavljene pretpostavkama koje podupiru sudski model rješavanja sporova. Umjesto da pretpostavljamo da je spor prerastao u inkompatibilne etičke stavove, rješenje zasnovano na interesu potiče strane da preispitaju da li je njihov spor veći od dijeljenja resursa u kojima imaju zajednički interes… Posredovanje je mnogo više od samog uključivanja nepristrane treće strane u spor; ono predstavlja promjenu shvatanja kako strane razumijevaju rješenje njihovog spora."*[11]

Iz izloženog proističu četiri elementa prisutna u većini definicija fasilitativnog posredovanja koje preuzimamo od Bernarda Mayera[12]:

1. *Fasilitativno posredovanje je orijentisano na proces.*
   Posrednik vodi postupak da bi pomogao stranama da pažnju usmjere na međusobni odnos.
2. *Fasilitativno posredovanje je usmjereno na stranku.*
   Posao posrednika je da pomogne stranama da budu što uspješnije u komunikaciji i rješavanju problema. To postiže time što utvrđuje svrhu, odobrava proces, ocjenjuje sporna pitanja i informacije, stvara mišljenja, i razmatra implikacije tih opcija.
3. *Fasilitativno posredovanje je fokusirano na komunikaciju.*
   Posrednik treba da prvo uspostavi efikasnu komunikaciju između sebe i strana. Krajnji cilj je da pomogne stranama da pronađu način komunikacije jednih s drugima o brigama koje imaju i spornim stvarima koje žele riješiti.

---

[11] MacFarlane J., Dispute Resolution: Readings and Case studies, Toronto, 1999., str. 259.

[12] Mayer, B., "Facilitative Mediation", u: Folberg, J., Milne, A. L. and Salem, P., u *Divorce and Family Mediation, Models, Techniques and Application*, The Guilford Press, New York, 2004. str. 32–33.

4. *Fasilitativno posredovanje se temelji na interesu.*
   Fasilitacijski posrednici nastoje da pomognu stranama da jasnije razumiju svoje vlastite potrebe i brige. Posrednici se fokusiraju na integracijsku dimenziju konflikta, a ne na distributivnu.

Ove četiri izložene karakteristike opisuju suštinu fasilitativnog posredovanja, a posrednici koji odluče da ovaj postupak provode uz uvažavanje svih naprijed postavljenih elemenata, mogu se opisati kao fasilitativni posrednici.

Evaluativni model

Evaluativni model je nastao u osamdesetim godinama 20. stoljeća, kada je posredovanje bilo organizirano kao postupak čije provođenje je nalagao sud. Organiziranje posredovanja na taj način bitno je utjecalo i na ulogu koju posrednik ima u ovom modelu. Za razliku od fasilitativnog modela, ovaj model pretpostavlja da posrednik posjeduje stručno znanje koje mu omogućuje da strankama daje savjete i preporuke za rješenje spora. Posrednik nastoji da učesnici postupka razumiju prednosti i slabosti svoje pozicije i interesa.[13] On može predvidjeti šta će se desiti na sudu ako se stranke u postupku posredovanja ne dogovore, može evaluirati predložena rješenja i dati svoj prijedlog sporazuma, te izložiti moguće zapreke njegove primjene.[14]

Fokus ovog modela je evaluativni pristup u posredovanju i zagovara njegovu upotrebu kao legitimno i korisno sredstvo posredovanja. Evaluativni pristup je analitički proces koji usredotočuje pažnju posrednika na srž konflikta i na ono što je neophodno da se postigne nagodba.[15] Ovaj model pretpostavlja da je posrednik upoznat sa slučajem koji je predmet posredovanja. Navedeno se čini bitnim budući da posrednik po ovom modelu, osim fasilitativne uloge, ima mogućnost da donese odluku o sporu između strana.

Za razliku od fasilitativnog modela, ovaj model predviđa da je aktivnost posrednika prvo usmjerena na sam predmet posredovanja. Posrednik će analizirati ono što su stranke u postupku iznijele kao problem, procijeniti mogućnosti rješenja te, ukoliko posredovanje ne rezultira uspjehom, strankama predočiti rješenje koje bi eventualno moglo proisteći iz sudskog postupka.

Ovaj model posmatra sukob kao kratkotrajni problem koji uz zajedničke napore strana u sporu treba biti riješen. Evaluativni posrednik je ekspert

[13] Ibid.

[14] Ibid.

[15] Lowry, L. Randolf, «Evaluative Mediation», u: Folberg, J., Milne, A. L. and Salem, P., *Divorce and Family Mediation, Models, Techniques and Application*, The Guilford Press, New York, 2004., str. 73.

koji usmjerava proces posredovanja, objašnjava da je cilj postupka postizanje sporazuma i uspostavlja pravila postupka. Fokus posrednika je usmjeren na pitanja kod kojih je vidljiva naznaka rješenja.[16] U cilju efikasnog rješenja spora, postavlja se vremenski okvir u kojem ova pitanja trebaju biti riješena. Posrednik tokom postupka nastoji izbjeći situacije ispoljavanja emocija stranaka, obeshrabruje ih da razgovaraju o prošlosti, te koristeći svoje znanje razvija opcije za postizanje sporazuma. Navedeno predstavlja osnovu aktivnost evaluativnog posrednika u ovom postupku s većim ili manjim odstupanjima.

Posrednik koji koristi evaluativni model fokusira se na sljedećih pet područja[17]:

1. Posrednik se može *fokusirati na status pregovora* između strana.
   Budući da evaluativni posrednik ima stručno znanje iz oblasti koja je predmetom posredovanja, on je u stanju da ocijeni pregovore na objektivan i stručan način, te mogućnost/nemogućnost rješenja i identificira prepreke koje mogu uticati na postizanje rješenja. Na taj način posrednik može ocijeniti dinamiku procesa.
2. Evaluacija u posredovanju se može *fokusirati na ponašanje strana.*
   Posrednik je u mogućnosti da naglasi postupke ili ponašanja koji mogu voditi ka dogovoru ili ga mogu spriječiti. Evaluacija se fokusira na *ponašanje koje utječe na uspješnost procesa posredovanja i postizanja dogovora.* Ova vrsta posredovanja može biti od pomoći prilikom razvoda braka gdje je ekscesno ponašanje naglašeno.
3. Evaluacija posrednika se može *fokusirati na prioritete strana.*
   Posrednik treba da razumije i procijeni ono što strane smatraju prioritetnim kako bi se mogao postići sporazum koji vodi ostvarivanju najvećeg mogućeg stepena zadovoljenja jedne i druge strane. U tom smislu, važan je prijelaz s razumijevanja na ocjenjivanje prioriteta strana, što može voditi njihovoj promjeni, a koja utječe na tok pregovaranja i krajnji ishod.
4. Evaluacija posrednika se može *fokusirati na zasebne planove* strana u cilju rješenja konflikta.
   Evaluativni posrednik može imati ključnu ulogu kod razmatranja zasebnih planova strana. Posebnost ove uloge ogleda se u evaluaciji predloženih planova na najrealističniji način, budući da svi oni nisu jednako korisni i ostvarivi.
5. Posrednik koji se bavi evaluacijom može se *fokusirati na alternative* van pregovora u posredovanju.

[16] Ibid.

[17] Ibid, str. 80–84.

Ukoliko se strane u postupku posredovanja saglase oko ishoda postupka, posrednik ih može ohrabriti da prihvate predloženi dogovor ili im ukazati na opasnosti koje takav dogovor u budućnosti može proizvesti. U tom pravcu, nudeći alternativu predloženom dogovoru, posrednik može utjecati na strane da u svjetlu nove alternative razmotre svoj prvobitni dogovor.

Transformativni model

Treći model koji se označava kao transformativni je relativno novijeg datuma, a nastao je pod utjecajem knjige *The Promise of Mediation,* autora Roberta Busha i Josepha Folberga. Ovaj model posredovanju daje jednu novu dimenziju, koju ono nije imalo u prethodnim modelima, a koja se može označiti kao transformacija odnosa među stranama učesnicima posredovanja putem njihove interakcije i komunikacije.

Transformativni model posredovanja predstavlja, ako ga dovedemo u vezu s prethodna dva izložena modela, bitno drugačiji pristup u rješavanju sporova. Cilj transformativnog posredovanja nije u tome da riješi probleme strana u sukobu već da kvalitativno promijeni njihov međusobni odnos. Uspjeh ove vrste posredovanja ne mjeri se postignutim sporazumom već jačanjem samopouzdanja strana, odgovornosti jedne strane spram druge i konstruktivnim dijalogom.

Transformativno posredovanje na sukob strana gleda kao na krizu njihovih odnosa koja se ogleda kroz međusobno neprijateljstvo i agresivnost, što uzrokuje stvaranje iskrivljene slike o sebi i drugome.[18] U transformativnom modelu posredovanje se definira kao proces u kojem treća neutralna strana sarađuje sa sukobljenim stranama dok istražuju i raspravljaju mogućnosti rješenja, pomažući im u kvalitativnoj promjeni odnosa od negativnog i destruktivnog do pozitivnog i konstruktivnog.[19]

Transformativno posredovanje se na ovaj način pojavljuje kao sredstvo koje može biti od velike koristi za rješavanje složenih porodičnih sporova. Ovo naročito dolazi do izražaja u slučajevima razvoda braka koji imaju za posljedicu poremećenost odnosa bračnih partnera koja se nastavlja i nakon prestanka braka. Putem ovog metoda promjena nesređenih odnosa može

[18] Schepard, A., *Children, Courts and Custody: Interdisciplinary Models for Divorcing Families*, Cambridge University Press, 2004. str. 52.

[19] Baruch Bush, Robert A., Pope, S. G., «Transformative Mediation: Changing the Quality of Family Conflict Interaction», u Folberg, J., Milne, A. L. and Salem, P., *Divorce and Family Mediation, Models, Techniques and Application*, The Guilford Press, New York, 2004., str. 59–60.

dovesti do konstruktivnog razvoda čija je prednost od nemjerljivog značaja za sve članove porodice. Sukob generira osjećaj slabosti, nesposobnosti, gubitka kontrole, neodlučnosti koja je povezana s konfuzijom, sumnjom i neodlučnošću.[20] U ovim slučajevima dolazi do izražaja egoizam i neprijateljstvo koji strane udaljavaju.[21] Ovaj model posredovanja nema za cilj da mijenja učesnike postupka niti situaciju u kojoj se oni nalaze. Njegov zadatak je usmjeren na mijenjanje interakcijskog odnosa među stranama.

Prema ovom modelu uloga posrednika se ogleda kroz dva ključna principa: osnaživanje (eng. *empowerment*) i priznanje (eng. *recognition*). Osnaživanje kao princip usmjereno je na povećanje sposobnosti obje strane da donose bolje odluke za sebe, što podrazumijeva obnovu osjećaja svake od njih da može samostalno rješavati životne probleme.[22]

Drugi princip je priznanje koje podrazumijeva uvažavanje perspektive, viđenja i iskustva drugog. Priznanje i osnaživanje kao temeljni principi transformativnog modela omogućavaju prevazilaženje pojedinačnih sukoba i okretanje ka svakodnevnom životu.[23] Transformativni posrednici dopuštaju i vjeruju stranama da će pronaći vlastiti put kroz sukob, i što je još važnije, da će pronaći sebe i druge otkrivajući snagu i suosjećanje.[24]

Metafora *moć svjetlosti* upotrijebljena od zagovornika ovog modela J. Folgera i Dorothy Della Noce: "Momenti osnaženja i priznanja su kao svjetlost koja ulazi u sobu koja je uvijek bila mračna. Čak i kada svjetlost nestane nakon nekog vremena poznato je kako soba izgleda, tako da nikada nije isto kao prije."[25]

Kao što je navedeno, posrednik pruža potporu stranama u njihovom razgovoru, odnosno od zaokupljenosti sobom do odgovornosti prema drugom. Razumijevanje i prihvatanje ove perspektive i vrijednosti je neophodno za rad posrednika. Osnaživanje strana i njihovo međusobno priznavanje vode ka promjeni postojećeg odnosa.

Transformativni posrednici uvijek polaze od toga da strane same puno više poznaju situaciju u kojoj se nalaze, te je zbog toga njihova uloga u ovom

---

[20] Bjerknes, D., "How Transformative Mediation can Help Divorcing Couples", august, 2005, http://www.mediate.com/articles/bjerknesD1.cfm

[21] Ibid.

[22] Baruch Bush, R. A., Folger, J. P., «Transformative Mediation and Third Party Intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice», u Mediation Quaterly 13, br. 4, str. 264.

[23] Ibid.

[24] Ibid.

[25] http://www.leadr.co.nz/db/images/M_PDFs_articles/transformativemediation.pdf

postupku odlučujuća. Razvod braka predstavlja kraj odnosa među licima koji su bili bračni partneri, ali uz želju svake strane da bude shvaćena od druge.

Ako su roditelji u stanju da poduzmu korake u cilju smanjenja sukoba onda će time pomoći i djeci da što lakše prođu kroz promjene koje su u porodici nastupile. Razvod negativno utječe na djecu, međutim, način na koji roditelji prilaze razvodu i svom međusobnom odnosu s djecom bitno utječe na iskustvo koje dijete ima u vezi s tim činom.[26]

Upravo u ovome je suština transformativnog posredovanja. Posrednik se u ovom modelu pojavljuje kao osoba koja olakšava odvijanje razgovora među stranama, stvara ambijent u kojem se razgovor odvija; sluša pažljivo da bi mogao uočiti elemente koji bi išli u prilog osnaženja i međusobnog priznanja strana, apostrofira sporna i nesporna pitanja, i sačinjava sažetke onoga što su stranke iznijele u cilju donošenja zajedničke odluke.

Zaključak

Postojanje različitih modela posredovanja dovelo je do unapređenja prakse rješavanja porodičnih sporova. Zagovornici razvijanja posredovanja kao profesionalne discipline nastoje postići distinkciju između alternativnih načina rješavanja sporova, na jednoj i svakog od navedenih modela, na drugoj strani. Iz navedenog prikaza modela porodičnog posredovanja, može se zaključiti da ne postoji praktična primjena nijednog od predstavljenih modela u svom izvornom obliku. Porodično posredovanje kao relativno novi pristup rješavanja porodičnih sporova stoji pred izazovom koji model će biti odgovarajući u rješavanju složenih porodičnopravnih pitanja. Iako za postavljeno pitanje ne postoji konsenzus, u teoriji i praksi rješavanja porodičnopravnih sporova jedno od najkontroverzniji pitanja jeste primjena mješovitih ili hibridnih modela rješavanja porodičnopravnih sporova.

[26] Bjerknes, D., "How Transformative Mediation can Help Divorcing Couples", august, 2005., http://www.mediate.com/articles/bjerknesD1.cfm

MA Džamna Duman
Senior Assistant

MEDIATION MODELS

Summary

Family dispute entails a multitude of painful emotions that affect all family members, particularly children. It is precisely that fact, and the intertwined continued relationships among the parties/subjects of the dispute, that make family mediation an appropriate and effective mechanism of resolution. Thus, this method of dispute resolution opens up a new perspective, which focuses on the future. Although it took an extensive period of time, a consensus has been reached that the settling of differences through courts in a traditional lawsuit is not appropriate for family disputes. The goal of the mediator is to arrive to an agreement that meets the needs and interests of the parties involved. In theory and in practice, however, there is no unified position on what is the role of the mediator. The differences between them lie in whether they facilitate the process of mediation or conduct an evaluation of what the parties say. In order to answer this question, different models of mediation, which can be generally labeled as facilitative, evaluative, and transformative, have been developed. This paper gives an overview of the aforementioned models.

Key terms: *family disputes, mediation, transformative model, facilitative model, evaluative model*

Mr. Amila Ferhatović
Viša asistentica

UDK: 343.353
Pregledni naučni rad

ZLOUPOTREBA POLOŽAJA ILI OVLAŠTENJA

Sažetak

Autorica u svom prilogu pažnju usmjerava na krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja. Poznaje ga naše zakonodavstvo, ali i druga savremena krivična zakonodavstva kao opće i osnovno krivično djelo protiv službene dužnosti. Na osnovu istraživanja većeg broja sudskih presuda analizirani su osnovni elementi predmetnog krivičnog djela, počevši od svojstva učinitelja, radnje učinjenja, posljedice djela te krivice, i, najzad, predstavljeni su kvalificirani oblici predmetnog krivičnog djela. Istovremeno, adekvatnim obrazloženjima presuda domaćih i sudova susjednih država, autorica nastoji naglasiti svaki od osnovnih elemenata predmetnog krivičnog djela s ciljem rješavanja što većeg broja protivrječnosti koje proizlaze iz statike zakona i dinamike života. Na kraju, na osnovu već postojećih rezultata istraživanja, ali i vlastitim istraživanjem većeg broja sudskih presuda, predstavljen je i način rješavanja predmeta, kompariran, u zaključku, s načinom rješavanja predmeta u susjednim državama (Republika Hrvatska i Republika Srbija). Zaključeno je da tumačenje norme zajedno sa sudskom praksom oživljava zakonski tekst, daje život normi, te da se upravo u tome nalazi glavni doprinos ovog skromnog priloga.

Ključne riječi: *zloupotreba, službeni položaj, ovlaštenje, službena osoba, odgovorna osoba, službena dužnost*

Uvod

Krivična djela korupcije i krivična djela protiv službene i druge odgovorne dužnosti predstavljaju različite oblike i vidove zloupotrebe službenog položaja ili ovlaštenja vršenjem službene dužnosti. Učinitelji ovih krivičnih djela su službene ili odgovorne osobe koje vršenjem službene dužnosti, ali ne u interesu i za potrebe službe koju vrše, već u drugom cilju ili interesu – najčešće u namjeri da se na ovaj ili onaj način sebi ili nekom drugom pribavi kakva korist, odnosno, da se drugom nanese kakva šteta ili da se teže povrijede prava drugih.[1]

[1] Jovašević, D. (2005). Zloupotreba službenog položaja i korupcija. Beograd, Nomos, str. 9.

Objekt zaštite kod ovih krivičnih djela je službena dužnost državnih i drugih organa koji vrše javna ovlaštenja. Međutim, ovim se krivičnim djelima istovremeno povrjeđuje ili ugrožava niz drugih društvenih vrijednosti kao što su slobode i prava čovjeka i građana i njihova imovina, privreda, pravni saobraćaj i sl.[2]

Učinitelj ovih krivičnih djela je službena ili odgovorna osoba[3] koja postupa s umišljajem.[4] Iako su posljedice propisane različito i pojedinačno (pribavljanje imovinske ili neke druge koristi, nanošenje štete drugom, povredi prava druge osobe i sl.), da se zaključiti da je zajednička posljedica svim krivičnim djelima iz ove grupe ugrožavanje pravilnog i zakonitog vršenja službenih ili drugih odgovornih dužnosti.

Ova krivična djela predviđena su u glavi devetnaest Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu KZ BiH),[5] glavi trideset jedan Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu KZ FBiH),[6] glavi trideset jedan Krivičnog zakona Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu KZ BDBiH)[7] i glavi dvadeset sedam Krivičnog zakona Republike Srpske (u daljem tekstu KZ RS).[8]

1. Krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja

Jedno od krivičnih djela korupcije i krivičnih djela protiv službene i druge odgovorne dužnosti je i krivično djelo zloupotreba položaja ili ovlaštenja. To je pravo službeno krivično djelo[9] jer učinitelj može biti isključivo službena ili odgovorna osoba i to svojstvo učinitelja je posebno konstitutivno obilježje

---

[2] Petrović, B., Jovašević, D. (2005). Krivično pravo II (Krivično pravo posebni dio). Sarajevo, Pravni fakultet, str. 93.

[3] Izuzetak postoji kod krivičnih djela davanje dara i drugih oblika koristi iz člana 218. KZ BiH., Protuzakonito posredovanje iz člana 219. KZ BiH, pronevjera u službi iz člana 221. KZ BiH, posluga u službi iz člana 223. KZ BiH.

[4] Izuzetak je krivično djelo odavanje službene tajne iz člana 388. KZ FBiH koje se može učiniti i s nehatom.

[5] "Službeni glasnik BiH", br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10.

[6] "Službene novine Federacije BiH", br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05 i 42/10.

[7] "Službeni glasnik BD BiH", br. 10/03, 45/04, 6/05 i 21/10.

[8] "Službeni glasnik RS", br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06 i 73/10.

[9] Neprava službena krivična djela su ona djela kod kojih učinitelj osim službene osobe može biti i neka druga osoba koja djelo vrši izvan službene dužnosti i u vezi s njenim vršenjem, npr. davanje dara i drugih oblika koristi, protivzakonito posredovanje i sl.

zakonskog bića ovog krivičnog djela. Iz navedenog proizlazi da se ovo djelo može ostvariti jedino u vršenju službene dužnosti, a izvan toga ovo djelo ne postoji. Poznaju ga, uz veće ili manje sličnosti i razlike, sva četiri važeća krivična zakona u Bosni i Hercegovini, ali i većina savremenih krivičnih zakona drugih država.[10]

Krivičnopravnom analizom odredbi krivičnih zakona Bosne i Hercegovine koje se odnose na krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, utvrđeno je da KZ BiH, KZ FBiH i KZ BDBiH imaju samo jednu razliku kad je riječ o predmetnom krivičnom djelu, a ona se odnosi na svojstvo učinitelja. Naime, prema KZ BiH[11] učinitelj može biti samo službena ili odgovorna osoba u institucijama Bosne i Hercegovine, prema KZ FBiH[12] učinitelj može biti samo službena ili odgovorna osoba u Federaciji Bosne i Hercegovine, i prema KZ BDBiH[13] učinitelj može biti samo službena ili odgovorna osoba u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine. U ostalim segmentima obilježja bića krivičnog djela, kvalifikatornim okolnostima kao i zaprijećenim sankcijama, odredbe su identične. KZ BiH i KZ FBiH sadrže i četvrti stav u kom je izričito propisano da će pribavljena korist biti oduzeta.

KZ RS u odnosu na ostale krivične zakone u Bosni i Hercegovini u pogledu krivičnog djela zloupotreba službenog položaja ili ovlašćenja[14] sadrži znatne razlike. Naime, KZ RS razlikuje koristoljubivu od nekoristoljubive zloupotrebe.[15] U članu 347. stavovima 1. i 2. propisana je nekoristoljubiva zloupo-

---

[10] Kazneni zakon Republike Hrvatske, Kazenski zakonik Republike Slovenije, Krivični zakonik Republike Srbije, Krivični zakonik Republike Crne Gore, Krivični zakonik Republike Italije, Krivični zakonik Savezne Republike Njemačke, Krivični zakonik Švicarske, Krivični zakonik Austrije.

[11] Član 220.

[12] Član 383.

[13] Član 377.

[14] Član 347.

[15] Slično rješenje nalazimo i u važećem Kaznenom zakonu Republike Hrvatske (NN 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11). Naime, u članu 337. pod nazivom zlouporaba položaja i ovlasti propisano je predmetno krivično djelo. U stavu 1. i 2. propisana je nekoristoljubiva zloupotreba, dok je u stavu 3. i 4. propisana koristoljubiva zloupotreba. Predmetno krivično djelo pretrpjelo je višestruku kritiku teoretičara i praktičara kaznenog prava u Republici Hrvatskoj (Novoselec, Svedrović) kao ključno gospodarsko kazneno djelo prema kome službena i odgovorna osoba odgovaraju za imovinsku korist ostvarenu na štetu pravne osobe o čijoj se imovini moraju brinuti. Kritike su upućivane prvenstveno zbog neprilagođenosti novom gospodarskom sustavu u Republici Hrvatskoj utemeljenom na privatnom vlasništvu u kome posebnu ulogu imaju trgovačka društva, a zatim i zbog slabosti u samom opisu koje ga dovode u sukob s načelom *nullum crimen sine lege certa* i otežavaju razgraničenje od drugih gospodarskih krivičnih djela.

treba službenog položaja, dok je stavovima 3. i 4. propisana koristoljubiva zloupotreba službenog položaja. Stavovi 1. i 3. predstavljaju osnovne oblike nekoristoljubive i koristoljubive zloupotrebe, dok stavovi 2. i 4. predstavljaju kvalificirane (teže) oblike zloupotrebe. Značajna razlika postoji i u pogledu zaprijećene kazne u odnosu na ostale krivične zakone u Bosni i Hercegovini. Kada se radi o ostvarenoj imovinskoj koristi preko 50.000 KM, predviđena je blaža kazna u odnosu na ostale krivične zakone u Bosni i Hercegovini.

Predmetom analize u ovom prilogu će biti krivično djelo zloupotrebe službenog položaja ili ovlaštenja kako je propisano u KZ BiH.

Krivično djelo iz člana 220. stav 1. KZ BiH čini *"službena ili odgovorna osoba u institucijama Bosne i Hercegovine koja iskorištavanjem svog službenog položaja ili ovlaštenja, prekoračivši granice svog službenog ovlaštenja ili ne izvršivši svoje službene dužnosti, pribavi sebi ili drugom kakvu korist, drugom nanese štetu ili teže povrijedi prava drugog".*

Ovo je opće i osnovno službeno krivično djelo. Opće, jer su i brojna druga krivična djela u ovoj glavi zakona posebni oblici ovog djela, a osnovno, jer su većina službenih krivičnih djela upravo djela zloupotrebe.[16] Kao opće djelo supsidijarnog je karaktera u odnosu prema ovim posebnim djelima. To znači da je isključen sticaj između takvog općeg i posebnog krivičnog djela te se takav slučaj kvalificira kao posebno krivično djelo. Objekt zaštite je

(Vidjeti opširnije u: Novoselec, P. (2002). Zlouporaba položaja i ovlasti kao gospodarsko kazneno djelo. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 9, broj 1/2002, str. 3–36; Svedrović, M. (2007). Kaznena djela zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. i zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju iz čl. 292. KZ-a: Kaznenopravni dometi jedne zakonodavne nedosljednosti. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 14, broj 2/2007, Zagreb, str. 495–574). Međutim, Hrvatski sabor je 21. 10. 2011. godine donio novi Kazneni zakon Republike Hrvatske (NN 125/11) koji će stupiti na snagu 1. 1. 2013. godine. S obzirom na to da je tekst novog zakona objavljen, imali smo priliku, prije njegovog stupanja na snagu, uporediti sadašnje i buduće zakonsko rješenje u pogledu predmetnog krivičnog djela. Krivično djelo zlouporaba položaja i ovlasti propisano je u članu 291. novog Kaznenog zakona Republike Hrvatske i ne pravi razliku između nekoristoljubive i koristoljubive zloupotrebe. Stav 1. propisuje osnovni oblik, dok stav 2. propisuje kvalificirani oblik gdje je kvalifikatorna okolnost visina pribavljene imovinske koristi (zakonodavac se koristi pravnim standardom upotrebljavajući termin *znatna imovinska korist*) ili visina ili količina prouzrokovane štete (zakonodavac i ovdje koristi istu formulaciju *znatna šteta*). Zaprijećena zatvorska kazna za osnovni oblik identična je osnovnom obliku predmetnog djela u KZ BiH (šest mjeseci do pet godina), dok je zaprijećena zatvorska kazna za kvalificirani oblik predmetnog djela u novom Krivičnom zakonu Republike Hrvatske identična kvalificiranom obliku iz stava 2. predmetnog djela u KZ BiH (od jedne do deset godina).

[16] Bačić, F., Pavlović, Š. (2004). Komentar Kaznenog zakona. Zagreb, Organizator, str. 1161.

službena dužnost, njeno ispravno, cjelishodno, blagovremeno, kvalitetno, efikasno i zakonito vršenje službe.[17] Dakle, primarni objekt zaštite predstavlja zakonito, savjesno i pravilno vršenje službene dužnosti i ovlaštenja. Intencija zakonodavca kod propisivanja ovog krivičnog djela bila je obavezati službene i odgovorne osobe na savjesno vršenje njihove službene dužnosti i ovlaštenja.

2. Krivičnopravna analiza zloupotrebe položaja ili ovlaštenja iz člana 220. KZ BiH

2.1. Svojstvo učinitelja

Krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja spada u posebna krivična djela *(delicta propria)* koja mogu učiniti samo osobe s određenim svojstvom naznačenim u zakonskom opisu djela. Dakle, kod predmetnog krivičnog djela svojstvo službene ili odgovorne osobe je konstitutivno obilježje njegovog osnovnog oblika – *prava delicta propria.*[18] Učinitelj predmetnog krivičnog djela može biti samo *"službena osoba"* i *"odgovorna osoba"*. Navedeni pojmovi propisani su u odredbama člana 1. stava 3. i 5. KZ BiH.[19]

Prema navedenim odredbama, pojmom *službena osoba* obuhvaćen je veći broj subjekata koji vrše funkcije u različitim državnim organima, upravnim ustanovama ili službama na nivou Bosne i Hercegovine.[20] Naročito su česti učinitelji krivičnih djela službene osobe koje rješavaju o određenim pravima i obavezama građana i pravnih osoba kao što je izdavanje određenih dozvola ili saglasnosti, izdavanje uvjerenja, rješenja, diploma, raznih poreskih, carinskih i drugih finansijskih obaveza prema državi.[21] Nužno je bilo definirati i pojam odgovorne osobe, s obzirom na to da se brojne funkcije javnopravnog karaktera obavljaju i izvan klasičnih državnih organa. Tako se pod pojmom *odgovorna osoba* obuhvata veći broj subjekata kojima je u privrednom društvu ili drugoj pravnoj osobi povjeren veći broj poslova koji se odnose na primjenu zakona, također na nivou Bosne i Hercegovine. Radi

[17] Petrović, B., Jovašević, D. (2005)... op. cit., str. 102.

[18] Babić, M. et. al. (2005). Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini. Sarajevo, Savjet/Vijeće Evrope i Evropska komisija, str. 50.

[19] Član 2. stav 3. i 6. KZ FBiH, član 147. stav 3. i 4. KZ RS, član 2. stav 3. i 5. KZ BDBiH.

[20] Babić, M. et. al. (2005)... op. cit., str. 50.

[21] Babić, M., Marković, I. (2005). Krivično pravo Posebni dio. Banja Luka, Pravni fakultet, str. 323.

se o ovlaštenjima vezanim najčešće za upravljanje i rukovođenje imovinom ili proizvodnjom ili nekim drugim privrednim procesom ili na nadzor nad njima. Ovdje spadaju i ovlaštenja vezana za korištenje stambenog fonda, radnih odnosa, zdravstvenog i socijalnog osiguranja i dr.[22]

S obzirom na to da je svojstvo učinitelja konstitutivni element u biću krivičnog djela, zadatak suda je da utvrdi, najprije, da je optužena osoba imala svojstvo službene ili odgovorne osobe. Dakle, u obrazloženju presude nužno je pouzdano i nedvojbeno utvrditi da li određena osoba ima svojstvo službene ili odgovorne osobe iz razloga što pojam službene, odnosno odgovorne osobe ne određuje samo rukovodeći položaj djelatnika u pravnoj osobi, već činjenica da je tom djelatniku povjereno određeno ovlaštenje i dužnost. U suprotnom, neće biti ostvarena bitna obilježja krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, već nekog drugog krivičnog djela. Primjeri mogu poslužiti kao dobar korektiv tvorcima sudske prakse, s obzirom na to da nedokazano ili nedovoljno dokazano svojstvo učinitelja može uticati na ishod postupka, tačnije da presuda bude oslobađajuća ili osuđujuća.

U nastavku priloga ćemo prikazati nekoliko obrazloženja presuda s akcentom na svojstvo učinitelja, odnosno pojam službene ili odgovorne osobe.

Iz sudske prakse

1. *"Naime, nije sporno da je prvooptuženi u spornom periodu bio zaposlen u MUP-u RS, Centar javne bezbjednosti Banja Luka, odnosno da je kao službeno lice obavljao poslove stručnog saradnika na poslovima prebivališta, boravišta, ličnih karata i jedinstvenih matičnih brojeva građana, obavljajući te poslove u CIPS kancelariji u Banja Luci. Ove činjenice nesumnjivo proističu prije svega iz objektivne dokumentacije, dokaza optužbe, rješenja MUP RS, Banja Luka, br. 05/2-127, 1-1439 od 06.05.2004. godine na ime prvooptuženog, iz izvještaja MUP RS, Centra javne bezbjednosti Banja Luka broj: 10-55/2-052-247 od 09.12.2004. godine, te dijelom iz iskaza svjedoka odbrane prvooptuženog, iskaza svjedoka naprijed naznačenih B.S., M.P., B.D., S.M., K.D. i Ć.S.".*

   Sud Bosne i Hercegovine, K-07/05, 4. 5. 2005.

2. *"Naime, na osnovu rješenja Županijskog suda u Livnu broj U/I-93-2000 od 07.03.2000. godine o upisu u sudski registar subjekata upisa, sa prilozima, utvrđeno je da je u sudskom registru tog suda izvršeno usklađivanje akata sa Zakonom o privrednim društvima, pod firmom "Protector Commerce", društvo sa ograničenom odgovornošću, a da je, inače, d.j.o. "Protector Commerce" Tomislavgrad bio upisan u sudski registar Županijskog suda u Livnu rješenjem tog suda U/I-233/990 od 10.05.1999. godine.*

[22] Ibid.

Uvidom u pomenuto rješenje od 07.03.2000. godine utvrđeno je, takođe, da je u sudski registar kao osoba ovlaštena za zastupanje privrednog društva "Protector Commerce" upisan optuženi K. J., direktor. Optuženi K. J., prema podacima iz sudskog registra je, i prije tog usklađivanja akata sa Zakonom o privrednim društvima, bio u sudskom registru upisan kao direktor i kao osoba ovlaštena za zastupanje tog subjekta upisa.

S obzirom da je optuženi K. J. bio upisan u sudski registar kao direktor d.o.o. "Protector Commerce" Tomislavgrad, on je, u skladu sa članom 23. Zakona o privrednim društvima ("Službene novine FBiH", broj: 23/99, 23/00, 45/00, 2/02, 6/02, 29/03 i 68/05) bio dužan da organizuje rad i rukovodi poslovanjem društva te je bio odgovoran za zakonitost poslovanja društva.

Kako je odredbom člana 136. stav 5. ranijeg KZ FBiH propisano da se pod pojmom odgovorne osobe u smislu tog zakona smatra osoba u preduzeću i drugoj pravnoj osobi kojoj je, s obzirom na njezinu funkciju ili na temelju tog posebnog ovlaštenja, povjeren određeni krug poslova koji se odnose na izvršavanje zakona ili propisa donesenih na osnovu zakona ili općeg akta preduzeća ili druge pravne osobe u upravljanju i rukovanju imovinom ili se odnosi na rukovođenje proizvodnim ili nekim drugim privrednim procesom ili na nadzor nad njima, ovaj sud nalazi nespornim da je optuženi K.J. kao direktor "Protector Commerce" d.o.o. imao, u pogledu poslova koji su se odnosili na plaćanje zakonom određenih poreza odnosno naknada određenih drugim propisima, svojstvo odgovorne osobe u smislu pomenute odredbe ranijeg KZ FBiH".

Vrhovni sud Federacije BiH, 070-0-Kžk-09-000006, 14. 12. 2010.

3. *"Zajednička konstanta svih tih iskaza opredjeljuje sud na slijedeće zaključke: optuženik je imao visokorangirani službeni položaj – ne samo da je bio odgajatelj i šef Grupe za poslove preodgoja – tretmana osuđenih osoba, već je jedno vrijeme bio i zamjenik ravnatelja KPZ-a; optuženik je imao neograničeno povjerenje tadašnjeg ravnatelja KPZ-a M.B. koji je prihvaćao 99% svega što mu optuženik predloži i to "bez rezerve i prethodne provjere" te je imao visok stupanj utjecaja na sve uposlene u Zatvoru – "mogao je narediti odgajatelju, svi su izvršavali što je on tražio" – iskaz M.B.; optuženik je imao najveći stupanj utjecaja na odluke koje su se donosile u KPZ-u a odnosile su se na prava i položaj zatvorenika...".*

Općinski sud Mostar, 58 0 K 061390 10 K, 22. 11. 2010.

4. *"Da je u toku 2005. godine optuženi O.E. radio kao direktor Rudnika "Šikulje" u Lukavcu, koji posluje u sastavu DOO Rudnika "Kreka" Tuzla, a optuženi J.A. kao direktor DOO "Junuzović Kopex" iz Lukavca, ovaj sud je utvrdio na osnovu iskaza navedenih optuženih koji su saslušani kao svjedoci, te na osnovu odluke generalnog direktora Rudnika "Kreka" u Tuzli broj 1276/02 od 13.08.2002. godine, ugovora o radu zaključenog 30.01.2003. godine između Rudnika "Kreka" Tuzla kao poslodavca i O.E. kao zaposlenika, te rješenja o upisu promjena podataka o*

subjektu upisa u sudski registar Kantonalnog suda u Tuzli broj U/I-1608/02 od 06.03.2003. godine za subjekta upisa "Junuzović Kopex".

Naime, iz iskaza optuženih O.E. i J.A., saslušanih u svojstvu svjedoka, proizilazi da je, u vremenskom periodu naznačenom u izreci ove presude, optuženi O.E. bio direktor Rudnika "Šikulje" Lukavac, a optuženi J.A. direktor DOO "Junuzović Kopex" Lukavac. Osim toga, odlukom generalnog direktora Rudnika "Kreka" u Tuzli broj 1276/02 od 13.08.2002. godine optuženi O.E., dipl.inž.rud., imenovan je za izvršnog direktora Rudnika "Šikulje" u Lukavcu... Imajući u vidu navedena ovlašćenja i obaveze direktora Rudnika "Šikulje", ovaj sud nalazi utvrđenim da je optuženi O.E. u vrijeme poduzimanja radnji za koje je oglašen krivim ovom presudom imao svojstvo odgovorne osobe u smislu člana 2. stav 6. KZ FBiH."

Vrhovni sud Federacije BiH, 03 0 K 001884 11 Kžk, 11. 10. 2011.

5. *"Najprije, uvidom u ugovor o radu koji je zaključen dana 28.6.1999. godine između S+S Marketing, Engineering and Computer production GmbH, Linz, Republika Austria kao poslodavca i optuženog M.M. kao zaposlenika utvrđeno je da je optuženi M.M. u periodu 1.6.1999. godine do 30.9.1999. godine imao svojstvo direktora hrvatske filijale navedenog poslodavca".*

Vrhovni sud Federacije BiH, 070-0-Kžk-06-000023, 23. 5. 2007.

6. *"I prema mišljenju ovog Vrhovnog suda, optuženi Lj.B., u konkretnoj situaciji nema svojstvo odgovorne osobe, te samim time i ne može biti počinitelj kaznenog djela iz čl. 337. KZ-a, kako to pravilno utvrđuje prvostupanjski sud".*

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Ikž-49/04. 9. 12. 2004.

7. *"Kako ovo kazneno djelo može počiniti samo službena ili odgovorna osoba, trebalo je na pouzdaniji način utvrditi da li je optuženi M.P. komercijalni direktor ili nije, odnosno da li je imao svojstvo odgovorne osobe i da li to proizlazi iz normativnih akata ili iz ovlasti koje je faktički imao. Kako je u izreci pobijane presude izričito navedeno da je bio komercijalni direktor, sud prvog stupnja to je trebao ili nedvojbeno utvrditi ili izmijeniti činjenični opis s ciljem konstatiranja faktičnog obavljanja rukovodećih komercijalnih poslova, ako bi to odgovaralo utvrđenom činjeničnom stanju".*

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Ikž-419/04, 23. 3. 2006.

8. *"Međutim, za pravilnu ocjenu kaznene odgovornosti optuženika nije odlučna okolnost da li su oni bili stvarni vlasnici trgovačkih društava, pa dakle nije odlučna vlasnička struktura tih društava, već isključivo postupanje optuženika kao osoba koje su bile ovlaštene na upravljanje tim društvima (predsjednik uprave, direktor, opunomoćeni zastupnik ...) te s tim u svezi i njihovo svojstvo odgovorne osobe, koje su oni zloupotrijebili, i to optuženi M.M. isključivo radi pribave znatne imovinske koristi, a ostali optuženici su mu omogućili takvu pribavu".*

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Ikž-1001/02, 30. 5. 2003.

2.2. Radnja učinjenja – oblici zloupotrebe

Iz zakonskog određivanja pojma zloupotrebe službenog položaja ili ovlaštenja proizlazi da je radnja učinjenja predmetnog krivičnog djela propisana alternativno. Može se učiniti na tri različita načina, i to:

- iskorištavanjem službenog položaja ili ovlaštenja,
- prekoračenjem granica službene ovlasti ili
- nevršenjem službene dužnosti.

a) Iskorištavanje službenog položaja ili ovlasti

Kada postoji iskorištavanje službenog položaja, a kada iskorištavanje službenog ovlaštenja? Prije svega bismo trebali definirati i razgraničiti pojmove *položaj i ovlaštenje* iz razloga što su prema zakonskoj normi propisani alternativno. Međutim, naišli smo na nejasnoće i kritike pojedinih autora. Prema jednom tumačenju položaj je skup prava i obaveza službene ili odgovorne osobe koji određuje šta je dopušteno, a šta predstavlja zabranjeno ponašanje tih osoba, dok ovlaštenje podrazumijeva mogućnost obavljanja pravnih poslova za drugoga ili zastupanje drugog.[23] Tačnije, položaj je opći pojam (superordiniran), dok je ovlaštenje posebni pojam (subordiniran) jer je ovlaštenje samo jedno pravo službene i odgovorne osobe, te je ovlaštenje već sadržano u položaju. Prema ovoj pretpostavci, prema mišljenju nekih autora, spominjanje ovlaštenja u zakonskom tekstu je suvišno.[24] Prema drugom tumačenju moglo bi se reći da je položaj skup prava i obaveza koje proizlaze iz radnog odnosa, a ovlaštenje obuhvata prava i obaveze osoba koje nisu u radnom odnosu s pravnom osobom, ali su je ovlaštene zastupati. Međutim, i takvo bi razlikovanje bilo teško braniti jer bi onda i prava i dužnosti iz radnog odnosa bili također ovlaštenja. S obzirom na navedene nejasnoće, Novoselec predlaže da se napusti razlikovanje zloupotrebe položaja i zloupotrebe ovlaštenja i predlaže da se kod službene osobe inkriminira zloupotreba vlasti, a kod odgovorne osobe zloupotreba povjerenja osobe čije je interese učinitelj dužan zastupati.[25] Suprotno navedenom, Lazarević[26] smatra da su navedeni pojmovi neophodni. Navedeno objašnjava tako što

[23] Novoselec, P. (2002)... op. cit. str. 15.

[24] Ibid.; Mišić, V. (1980). Krivično delo zloupotrebe službenog položaja ili ovlašćenja iz koristoljublja po ranije važećem Krivičnom zakoniku i po sada važećem Krivičnom zakoniku SAPV. Glasnik Advokatske komore Vojvodine, broj 2/1980, str. 2.

[25] Novoselec, P. (2002)... op. cit. 15.

[26] Lazarević, Lj. (1978). Krivična dela protiv službene dužnosti službenih lica u saveznim organima. U: Komentar krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, Grupa autora, redakcija Srzentić, N., Beograd, Savremena administracija, str. 569.

položaj definira kao ona ovlaštenja službene osobe koja su vezana za njegov položaj u organizaciji službe. To su ovlaštenja koja proizlaze iz prava i dužnosti određene službene osobe na osnovu pravila o vršenju određene službe. Najčešće se radi o hijerarhijskom položaju odnosno položaju koji u sebi uključuje i službena ovlaštenja koja proizlaze iz njegovog položaja. S obzirom na to da sve osobe u svim službama nemaju poseban položaj, a mogu učiniti krivično djelo zloupotrebe, zakon posebno propisuje da se ovo krivično djelo može učiniti ne samo iskorištavanjem službenog položaja, već i službenog ovlaštenja, pod kojim bi trebalo razumjeti zloupotrebe koje se vrše od službenih osoba koje u određenoj službi nemaju poseban položaj. Mrvić-Petrović[27] smatra da iskorištavanje službenog položaja postoji kada se koristi položaj u službi, posebno zbog hijerarhijske strukture uprave, dok iskorištavanje službenog ovlaštenja podrazumijeva ovlaštenja koja proizlaze iz samog svojstva službene osobe.

Da rezimirano! Službeni položaj je širi pojam od ovlaštenja i predstavlja, zapravo, rukovodeći položaj u službi, određenu službenu funkciju iz koje službena osoba crpi brojna ovlaštenja. Na primjer, položaj direktora ili predsjednika u nekom državnom organu, organu lokalne samouprave, preduzeću, ustanovi ili drugom subjektu kojem je povjereno vršenje javnih ovlaštenja, na primjer, direktor kliničkog centra, načelnik općine, predsjednik suda, načelnik kriminalističke policije i sl. Ovlaštenje je uži pojam od položaja i predstavlja krug poslova koje vrši neka osoba, a koji su uređeni odgovarajućim pravnim propisom. Službeni položaj nosi sa sobom niz ovlaštenja, dok ovlaštenje sa sobom ne nosi nužno i položaj. Na primjer, svaka osoba koja se nalazi u radnom odnosu crpi iz njega brojna ovlaštenja, a nije na rukovodećem položaju.

Dakle, pod iskorištavanjem službenog položaja ili ovlaštenja podrazumijevamo poduzimanje određenih službenih radnji u okviru položaja ili ovlaštenja službene osobe. Službeni položaj je iskorišten kad službena osoba iskoristi ovlaštenja vezana za svoj položaj u organizaciji, kako bi, djelujući protivno interesima službe ostvarila neki svoj ili tuđi interes.[28] Tačnije, određena osoba se nalazi u okviru svojih ovlaštenja, tj. ostaje formalno u granicama svojih ovlaštenja, međutim, ne koristi ih u interesu službe već ih koristi s namjerom da na taj način pribavi za sebe ili za drugoga kakvu imovinsku korist ili da bi drugome nanijela kakvu štetu ili teže povrijedila prava drugoga. Dakle, ipak zloupotrebljava ta ovlaštenja tako što ne postupa

[27] Mrvić-Petrović, N. (2006). Krivično pravo, Opšti i posebni deo, III izmenjeno i dopunjeno izdanje. Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik, str. 330.

[28] Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). Komentar kaznenog zakona, III. izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Zagreb, Narodne novine, str. 713.

u skladu s potrebama službe, sa zadacima ustanove, s pravim smislom i svrhom institucije ili mjere koju je ovlašten primijeniti.[29] Zakon se služi terminom iskorištavanje[30] s obzirom na namjeru učinitelja. Ovdje gore spomenuta razlika između iskorištavanja službenog položaja i iskorištavanja službenog ovlaštenja nije od značaja za određivanje radnje učinjenja krivičnog djela, jer se i u jednom i u drugom slučaju radi o vršenju neke službene radnje u okviru ovlaštenja koje ima službena osoba, ali na nezakonit način i protivno interesima službe.

Većina autora smatra da je ovaj oblik zloupotrebe položaja ili ovlaštenja naročito moguć kod tzv. diskrecionih ovlaštenja, tj. kada je učinitelju dozvoljeno da procjenjuje cjelishodnost poduzimanja neke radnje, pri čemu kriterij za procjenu cjelishodnosti treba da bude interes službe, a ne neki drugi interes.[31] Tačnije, u ovakvim slučajevima nadležni organ je ovlašten da pri donošenju upravnih akata između dvije ili više mogućnosti bira ono rješenje koje mu, prema njegovoj ocjeni, izgleda najcjelishodnije. Njegovoj slobodnoj ocjeni podliježe izbor jednog od mogućih rješenja, ali je on pri tome dužan da se rukovodi isključivo interesima javne službe i stvarnom cjelishodnošću. Ukoliko se, međutim, službena osoba rukovodi nekim drugim, ličnim interesima ili uopće pobudama iza kojih ne stoji interes službe, čini zloupotrebu svog službenog položaja ili ovlaštenja.[32] Međutim, iskorištavanje službenog položaja ili ovlaštenja može se učiniti i kod drugih akata, ne samo diskrecionih, npr. povreda zakona (u zakonu navedenih uslova za donošenje jednog akta) iz istih motiva.

Iz sudske prakse

1. *"Kada se imaju u vidu utvrđene činjenice, okolnosti i radnje koje su preduzeli prvo i drugooptuženi, prvooptuženi u jednom relativno dužem vremenskom periodu čini*

---

[29] Bačić, F., Pavlović, Š. (2004)... op. cit., str. 1162.

[30] Novoselec kritizira i pojam *iskorištavanje* smatrajući da osoba koja savjesno obavlja svoju dužnost također iskorištava svoj položaj i ovlaštenje, u tom slučaju za dobrobit pravne osobe, pa i svoju dobrobit jer od toga živi. Istina je da će takvo ponašanje otpasti iz bića krivičnog djela zbog nepostojanja posebne kriminalne namjere s kojom se mora iskorištavati položaj ili ovlaštenje, ali ipak smatra da je pojam iskorištavanja preširok. Predlaže da se zamijeni pojmom zloupotrebe, na koji upućuje i naslov krivičnog djela. Vidi opširnije u: Novoselec, P. (2002)... op. cit. 3–36.

[31] Tomić, Z. (2007). Krivično pravo II, Posebni dio, Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Sarajevo, Pravni fakultet, str. 386.; Petrović, B., Jovašević, D. (2005)... op. cit., 103.; Babić, M., Marković, I. (2005)... op. cit., str. 326.; Mrvić-Petrović, N. (2006)... op. cit., str. 330.; Tahović, J. (1961). Krivično pravo, Posebni deo, III izdanje. Beograd, Savremena administracija, str. 463.

[32] Lazarević, Lj. (1978)... op. cit., str. 570.

više odvojenih istovrsnih krivičnopravnih radnji koja svaka ponaosob sadrži bitna obilježja bića krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, kao službeno i odgovorno lice iskorištava svoj položaj, zaprima, obrađuje i ovjerava zahtjeve za zamjenu ličnih karata, uz koje zaprima krivotvorene lične karte Federacije BiH i odjave prebivališta za koje zna da su lažni, što sve to čini s ciljem i namjerom da sebi pribavi imovinsku korist, kom bez sumnje u tim radnjama pomaže i drugooptuženi, kako je to već unaprijed utvrđeno".

Sud Bosne i Hercegovine, K-07/05, 4. 5. 2005.

2. *"Budući da je u toku postupka utvrđeno da je optuženi M.M. kao direktor hrvatske filijale S+S Marketing, Engineering and Computer production GmbH, Linz, Republika Austrija bio ovlašten da u ime kupaca koje bi on pronašao vrši narudžbu robe u navedenoj firmi za te kupce, te da je na osnovu tih njegovih narudžbi skladište vršilo isporuke robe kupcima kojima su uz robu dostavljani i računi, te da je, i u konkretnom slučaju pri naručivanju i isporuci robe za preduzeće Millenium, optuženi M.M. formalno postupao u okviru takvih svojih ovlaštenja ali da konkretne radnje nije preduzeo u interesu službe koju je obavljao nego u sopstvenom interesu, tj. kako bi na opisani način pribavio sebi imovinsku korist, ovaj sud nalazi da je na utvrđeni način optuženi M.M. iskoristio svoja službena ovlaštenja".*

Vrhovni sud Federacije BiH, 070-0-Kžk-06-000023, 23. 5. 2007.

3. *"Da je optužena T.M. kao direktorica preduzeća "Lovres" Tomislavgrad, dakle, kao odgovorna osoba, iskoristila svoja ovlaštenja i prestala obavljati špeditersku djelatnost i vršiti platni promet preko računa preduzeća "Lovres" Tomislavgrad kako bi onemogućila carinsku upravu Federacije BiH da izvrši povrat navedenih novčanih sredstava, po ocjeni ovog suda, proizlazi iz okolnosti da je optužena, umjesto da nastavi djelatnost preduzeća "Lovres" Tomislavgrad i na taj način omogući izvršenje pravne obaveze tog preduzeća i osigura postepeni povrat sredstava Carinskoj upravi Federacije BiH, dana 16.11.2003. godine započela raditi kao voditeljica podružnice u Tomislavgradu u preduzeću svoga supruga T.T., a što proizlazi iz registarskog lista Županisjkog suda u Livnu broj 1-14/87 od 6.11.2003. godine iako nije iz sudskog registra odjavila preduzeće "Lovres" Tomislavgrad. Sve navedeno, po ocjeni suda, ukazuje da je optužena T.M. iskoristila svoju dužnost direktora u preduzeću "Lovres" Tomilavgrad na taj način što je, iako preduzeće nije odjavila iz sudskog registra, prestala sa obavljanjem špediterske djelatnosti u okviru tog preduzeća i obavljanja platnog prometa preko računa tog preduzeća iako je preduzeće imalo obavezu da Carinskoj upravi Federacije BiH izvrši povrat iznosa od 3,145.700,00 KM, kao i da je optužena to učinila kako bi pribavila imovinsku korist preduzeću "Lovres" Tomislavgrad sprečavanjem umanjenja njegove imovine, do kojeg bi došlo isplatom navedenog iznosa Carinskoj upravi Federacije BiH, te da je, na taj način, optužena onemogućila Carinsku upravu Federacije BiH da ostvari pravo na povrat tih sredstava".*

Vrhovni sud Federacije BiH, 070-0-Kžk-06-000013, 25. 5 .2009.

b) Prekoračenje granica službenog ovlaštenja

Prekoračenje granica službenog ovlaštenja je drugi mogući način učinjenja krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja. Postoji kada službena ili odgovorna osoba postupa izvan svojih ovlaštenja, tačnije izvan svoje stvarne nadležnosti. Službena ili odgovorna osoba prelazi granice svog ovlaštenja i poduzima službenu radnju koja nije u njenoj nadležnosti već u nadležnosti neke druge službene ili odgovorne osobe. U teoriji je sporno da li je za postojanje ovog krivičnog djela potrebno da službena osoba čini službenu radnju koja je u nadležnosti višeg, pretpostavljenog služenog organa ili to može biti službena radnja bilo koje druge službene osobe. Prema jednom shvatanju djelo postoji samo u slučaju kada je prekoračenje službenog ovlaštenja učinjeno vršenjem službene radnje koja je u nadležnosti višeg, pretpostavljenog službenog organa,[33] dok krivično djelo neće postojati ukoliko službena osoba čini radnju iz nadležnosti nižeg, podređenog službenog organa, jer ono time i ne može prekoračiti službena ovlaštenja. Suprotno tome, postoji i drugo shvatanje u pravnoj teoriji prema kome djelo postoji uvijek kada je službena osoba poduzela službenu radnju koja nije obuhvaćena njenim službenim ovlaštenjem. Pri čemu se polazi od osnovnog zaštitnog objekta kod ovog krivičnog djela – zakonito i pravilno vršenje službene dužnosti.[34]

Analizom pravne teorije[35] i sudske prakse, zaključujemo da su ovom drugom shvatanju više naklonjeni i jedni i drugi. Možemo zamisliti i situaciju kada službena ili odgovorna osoba učini kakvu službenu radnju iz neke druge nadležnosti, koja nema veze sa njenim položajem i ovlaštenjem. U tom slučaju postojaće neko drugo krivično djelo, a ne zloupotreba položaja ili ovlaštenja. Krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja postojaće i u situaciji kada službena osoba bez prethodnog odobrenja ili saglasnosti vrši službenu radnju iz okvira svog službenog ovlaštenja za čije je vršenje međutim potrebno prethodno odobrenje ili saglasnost neke druge službene osobe ili drugog organa.[36] U takvim slučajevima, za postojanje predmetnog krivičnog djela, neophodno je utvrditi granice ovlaštenja službene osobe, a za to bi bili mjerodavni propisi koji se odnose na tu službu.

---

[33] Tahović, J. (1961)... op. cit., str. 463.

[34] Lazarević, Lj. (1978)... op. cit., str. 570.

[35] Babić, M., Marković, I. (2005)... op. cit., str. 326.; Jovašević, D. (2005)... op. cit., str. 58.

[36] Lazarević, Lj. (1993). Krivično pravo, Posebni deo. Beograd, Savremena administracija, str. 305.

Iz sudske prakse

1. *"U periodu 12. mjeseca 2006. godine u svojstvu službene osobe kao šef Grupe za poslove preodgoja – tretmana osuđenih osoba, a ujedno kao i odgajatelj osuđenika A.Š., tražio od njega novac za protuuslugu podizanja putovnice iz zatvorskog depozita, jer je A.Š. predao I.K. kao odgajatelju molbu za podizanje putovnice kako bi otputovao za vrijeme korištenja prava godišnjeg odmora i osobno mu rekao da će otputovati kod sestre van granica BiH – Njemačka zbog čega je na inicijativu I.K. napisao molbu u kojoj se navodi takva namjera iz razloga što zna da zatvorenik ne smije napuštati državu te je I.K. morao u skladu sa svojim službenim ovlaštenjima u okviru svoga službenog položaja staviti pozitivnu ili negativnu suglasnost na zamolbu i u skladu sa postojećim nalogom direktora ustanove M.B., proslijediti je na odobrenje direktora zatvora, da bi K.I., iako je znao da podizanje takvog dokumenta odobrava direktor i da nije od direktora, konkretnim aktom, ovlašten za predaju takvog dokumenta A.Š., ovome osobno, dajući suglasnost na zahtjev osuđenika, odobrio predaju dokumenta iz zatvorskog depozita, iako nije smio takve radnje poduzeti jer je znao kako će se dokument koristiti i obzirom na odredbe Kriterija za odobravanje pogodnosti osuđenim osobama u KP Zatvorima – stavak 3. točka g. kojim je utvrđeno da se godišnji odmor koristi u krugu obitelji gdje je prebivalište osuđenika, a po povratku osuđenika sa odmora za ovu radnju primio od njega novac u iznosu od 100 eura".*

Općinski sud Mostar, 58 0 K 061390 10 K, 22. 11 .2010.

2. *"Nadalje, imajući u vidu ranije navedena ovlaštenja optuženog O.E. kao direktora Rudnika "Šikulje" u Lukavcu, te utvrđenu činjenicu da su Rudnici "Kreka" u Tuzli, u čijem sastavu posluje i Rudnik "Šikulje" Lukavac, u 2004. godini sproveli tender radi izbora najpovoljnijeg ponuđača za angažovanje opreme za izvođenje rudarskih i drugih radova, nakon kojeg su sa DOO "Junuzović Kopex" zaključili ugovor o povremenom angažovanju opreme – buldožer CAT D6 a sa DOO "Musić Gradnja" Gornje Dubrave za angažovanje opreme – buldožer CAT D8, ovaj sud nalazi da je optuženi O.E., dogovorivši sa optuženim Junuzović Amirom kao direktorom DOO "Junuzović Kopex" da radove na Rudniku "Šikulje" Lukavac DOO "Junuzović Kopex" obavlja i sa buldožerom CAT D8, prekoračio svoja ovlaštenja. Budući da Rudnik "Šikulje" u Lukavcu posluje u sastavu DOO Rudnici "Kreka" u Tuzli, koji su bili zaključili ugovore sa navedenim pravnim subjektima o angažovanju tačno određene opreme za izvođenje rudarskih i drugih radova, te, budući da je optuženi O.E. bio ovlašten stvoriti obaveze za Rudnik "Šikulje" u pogledu jedne vrste usluge godišnje do 10.000,00 KM, očito je da optuženi O.E. nije imao ovlaštenje da, dogovorom sa direktorom drugog pravnog subjekta o obavljanju usluga, za Rudnik "Šikulje" stvara obaveze koje prelaze iznos 10.000,00 KM, kao što je bila obaveza koja je nastala predmetnim dogovorom sa optuženim J.A.".*

Vrhovni sud Federacije BiH, 03 0 K 001884 11 Kžk, 11. 10. 2011.

c) Nevršenje službene dužnosti

Treći mogući oblik učinjenja krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja jeste nevršenje službene dužnosti. Dakle, učinitelj djela propušta učiniti nešto što je inače dužan učiniti, što spada u njegovu kompetenciju, odbija uraditi nešto što je dužan uraditi, ne uređuje gdje bi trebao očigledno odmah intervenirati, odugovlači s poduzimanjem ili izvršenjem neke svoje službene obaveze.[37] Bez obzira na to što radnja upućuje na nečinjenje, ovaj oblik se može učiniti i činjenjem (aktivnom, pozitivnom djelatnošću) i nečinjenjem (negativnom djelatnošću). Vršenje službene dužnosti neophodno je sagledati u formalnom i materijalnom smislu. Formalno i materijalno nečinjenje službene dužnosti bi postojalo u slučaju da, na primjer, određena službena osoba ne donese određeni akt koji je bila dužna da donese (odbije da izda uvjerenje koje građanin traži), dok bi formalno činjenje postojalo u slučaju da službena osoba donese neki akt koji je bila dužna da donese, ali ga ili donese neblagovremeno (kada ono ne može više ostvariti svoj cilj) ili ga donese traljavo, pogrešno ili nepotpuno. U ovom slučaju bi postojalo formalno činjenje i materijalno nečinjenje. Dakle, nevršenje službene dužnosti postoji u onim slučajevima kada službena osoba ne izvrši službenu radnju iz okvira svog ovlaštenja koju je bila dužna da izvrši (to je formalno i materijalno nevršenje službene dužnosti) ili kada tu radnju izvršava na takav način da se ne može postići cilj koji se upravo njenim poduzimanjem i trebao ostvariti (tada postoji formalno vršenje, a materijalno nevršenje službene dužnosti).[38]

Ovaj način učinjenja predmetnog krivičnog djela osporavan je i kritiziran u hrvatskoj pravnoj teoriji. Novoselec[39] ga smatra nepreciznim i suvišnim jer je iskorištavanje položaja ili ovlaštenja nečinjenjem ionako kažnjivo na temelju opće odredbe prema kojoj za nečinjenje odgovara osoba koja je pravno obavezna na činjenje (garant), a to su nedvojbene službene i odgovorne osobe.

Naravno, u svakom od naprijed navedenih oblika zloupotrebe, učinitelj djela mora biti vođen motivima koji su propisani u zakonskom biću djela.

Iz sudske prakse

1. *"Nadalje, budući da je optuženi K.J. propustio da kao direktor "Protektor Commerce" obračuna, prijavi i uplati porez na promet proizvoda odnosno naknadu za puteve u*

[37] Bačić, F., Šeparović, Z. (1997). Krivično pravo Posebni dio, peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Zagreb, Informator, str. 369.

[38] Stojanović, Z. (2002). Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije. Beograd, Službeni list SRJ, str. 232.

[39] Novoselec, P. (2002)... op. cit., str. 18.

maloprodajnoj cijeni benzina i dizel goriva, optuženi je zloupotrijebio svoju dužnost direktora i tako što nije izvršio dužnosti direktora".

Vrhovni sud Federacije BiH, 070-0-Kžk-09-000006, 14. 12. 2010.

2. *"Pravilno je prvostupanjski sud zaključio da je obavljanjem transakcija bez nazočnosti i dispozicije ovlaštenika i njegove dispozicije da se transakcije obave na način kako su opisane u izreci presude propustio obaviti službenu dužnost i te transakcije obavio bez znanja i protivno volji vlasnika računa odnosno njegovog punomoćnika, čime je ostvario obilježje kaznenog djela iz čl. 337. KZ-a zlouporabom položaja i ovlasti neobavljanjem dužnosti, pri čemu je pribavljena imovinska korist, i to u iznosu preko 30.000,00 kn, dakle znatna imovinska korist, a iz utvrđenih činjenica i okolnosti pouzdano je utvrđeno da je optuženik tako postupao s ciljem pribavljanja upravo takve koristi".*

Vrhovni Sud Republike Hrvatske, Ikž-292/04. 20. 12. 2006.

Analizirajući sudsku praksu, zaključujemo da se najveći broj predmetnog krivičnog djela učini, zapravo, iskorištavanjem službenog položaja i ovlaštenja, dok su najmalobrojnije presude koje se odnose na nevršenje službene dužnosti.[40] Naišli smo i na znatan broj presuda u kojima je sud utvrdio postojanje dvije od tri propisane radnje učinjenja, najčešće iskorištavanje službenog položaja i ovlaštenja i prekoračenje granica službenog ovlaštenja, te iskorištavanje službenog položaja i ovlaštenja i nevršenja službene dužnosti.

Iz sudske prakse

1. *"Budući da je optuženi O.E. kao direktor Rudnika "Šikulje" Lukavac, dakle, kao odgovorna osoba, na opisane načine, prekoračio i iskoristio svoja službena ovlaštenja, a čega je bio svjestan i što je htio jer iz samog iskaza optuženog O.E. kao svjedoka proizlazi da mu je bilo poznato da ne postoji pravni osnov za angažovanje buldožera CAT D8, vlasništvo DOO "Junuzović Kopex", za obavljanje radova na Rudniku "Šikulje" Lukavac, te, kako je time DOO "Junuzović Kopex" pribavio korist, optuženi O.E. je svojim radnjama ostvario obilježje krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja iz člana 383. stav 1. KZ FBiH".*

Vrhovni sud Federacije BiH, 03 0 K 001884 11 Kžk, 11. 10. 2011.

2. *"Budući da je optuženi K.J. izvršio nabavke cigareta, te naftnih derivata i špirita, postupajući kao direktor preduzeća "Protector Commerce" d.o.o. Tomislavgrad i*

[40] Slična je situacija i u Republici Hrvatskoj: od ukupnog broja predmeta (151) u 112 predmeta (74%) učinitelj krivičnog djela iz člana 337. KZ-a iskorištava položaj i ovlaštenje, u 38 predmeta (25%) prekoračuje granice ovlaštenja, a samo u jednom predmetu (1%) ne obavlja dužnost. Vidjeti opširnije u: Svedrović, M. (2007)... op. cit., str. 495–574.

obavljajući registrovanu djelatnost, dakle, kao odgovorna osoba, u ime navedenog preduzeća, ovaj sud nalazi da je optuženi K.J. pri tim nabavkama iskoristio svoj položaj i ovlaštenje direktora. Naime, nabavka navedenih proizvoda u ime preduzeća "Protector Commerce" bila je u okviru njegovih ovlaštenja direktora, ali optuženi te radnje nije izvršio u interesu službe odnosno funkcije koju je obavljao s obzirom da izvršeni promet i ostvareni prihod nije prikazao u poslovnim knjigama preduzeća. Kako je optuženi K.J. obavljao dužnost direktora navedenog preduzeća ovaj sud nalazi nespornim da je optuženi bio svjestan da takvim radnjama odnosno propustima iskorištava svoje ovlaštenje direktora i, s obzirom na radnje koje su uslijedile nakon izvršene nabavke, ovaj sud nalazi da je on i htio da iskoristi svoja ovlaštenja direktora. Nadalje, budući da je optuženi K.J. propustio da kao direktor "Protektor Commerce" obračuna, prijavi i uplati porez na promet proizvoda odnosno naknadu za puteve u maloprodajnoj cijeni benzina i dizel goriva, optuženi je zloupotrijebio svoju dužnost direktora i tako što nije izvršio dužnosti direktora".

Vrhovni sud Federacije BiH, 070-0-Kžk-09-000006, 14. 12. 2010.

3. *"Kao odgovorna osoba u poduzeću "Autotransport" Travnik, kao poduzeće u državnom vlasništvu, u svojstvu direktora poduzeća, u periodu od 22.12.1995. do sredine 1997., iskorištavanjem svog položaja – prekoračenjem svojih ovlaštenja, u namjeri pribavljanja protupravne imovinske koristi, tako što je novac koji je kao gotovina podizan po njegovom nalogu sa računa poduzeća preuzimao i prisvajao mimo ovlaštenja i pravila blagajničkog poslovanja, te i pored toga što je kroz blagajničku dokumentaciju proveden kao novac u blagajni isti prisvojio i koristio za potrebe koje nisu vezane za poslovanje poduzeća, nakon čega je blagajnica A.K. po njegovim uputama sačinjavala lažnu blagajničku dokumentaciju kao i drugu dokumentaciju kao pokriće za preuzeti novac koji je on prisvojio".*

Kantonalni sud Novi Travnik, 06 0 K 000030 11 K 3, 20. 1. 2012.

2.3. Posljedica

Posljedica krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja sastoji se u prouzrokovanju opasnosti za službu. Ona se, dakle, ispoljava u ugrožavanju.[41] Propisana je zakonskom odredbom i može se javiti u jednom od tri oblika i to u pribavljanju sebi ili drugom kakve koristi, ili u nanošenju kakve štete drugome, ili u težoj povredi prava drugog. Pojam korist[42] kod ovog krivičnog

[41] Jovašević, D. (2005)... op. cit., str. 53.

[42] "Pojam koristi treba shvatiti šire od imovinske koristi. Osim imovinske, to može biti i neka nematerijalna korist. Pod pojmom koristi u smislu ovog krivičnog dela u sudskoj praksi se smatra "bilo kakva korist kako imovinska, tako i neimovinske prirode, kojom se stvara povoljniji položaj za određeno lice u bilo kojoj sferi društvenog života" (OSB, Kž. 2013/91)". Cit. prema: Stojanović, Z., Perić, O. (2009). Krivično pravo, Posebni dio, XIII izmenjeno izdanje. Beograd, Pravna knjiga, str. 313.

djela treba shvatiti u širem smislu, kako imovinsku (materijalnu), tako i neimovinsku (nematerijalnu). Imovinska korist uobičajeno bi bila izražena u novcu ili drugom imovinskom primanju, te je nužno utvrditi i precizirati iznos, s obzirom na to da je upravo procijenjeni iznos imovinske koristi kvalifikatorna okolnost djela. Mogući su, također, i drugi oblici povećanja imovine učinitelja ili neke druge osobe, ili čak i sprečavanje njenog umanjivanja, npr. besplatno ljetovanje, plaćanje tuđih računa, pružanje usluge bez naknade i sl. Pod ostvarivanjem koristi za drugog podrazumijeva se i korist koja se ostvaruje za preduzeće, ustanovu ili organ u kojem službena osoba radi, ali može se odnositi i na ostvarivanje koristi i za drugu fizičku osobu. Nanošenja štete drugom također može biti kako materijalne tako i nematerijalne prirode. A kada postoji teža povreda prava druge osobe predstavlja faktičko pitanje koje sud procjenjuje u svakom konkretnom slučaju.

Analizirajući sudsku praksu zaključujemo da se najčešće radi o namjeri pribavljanja imovinske koriste u različitim iznosima. Nije sporno ukoliko se radi o velikim iznosima, međutim, analizirajući sudsku praksu naišli smo na konkretan slučaj gdje je žalbeni osnov na prvostepenu osuđujuću presudu upravo nizak iznos pribavljene imovinske koristi. Sud je pravilno utvrdio i obrazložio da je krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja krivično djelo kojim se štiti službena dužnost, iako u tom krivičnom djelu postoje i elementi svojstveni imovinskim krivičnim djelima, no ti imovinski elementi nisu dominantni i ovo krivično djelo ostaje krivično djelo kojim se štiti službena dužnost kao pravno dobro.

Iz sudske prakse

1. *"Nadalje, kad je riječ o imovinskoj koristi, ovo vijeće naglašava da je kod razmatranja pitanja da li je u izreci presude bilo nužno precizirati iznos pribavljene imovinske koristi, da bi ista bila razumljiva, te da li se, s obzirom na 102,70 KM procijenjene vrijednosti imovinske koristi koju je K.P. mogao pribaviti, u konkretnom slučaju može govoriti o beznačajnom djelu, potrebno imati u vidu šta predstavlja zaštitni objekt predmetnog krivičnog djela. Iako krivično djelo za koje se optuženi tereti, može biti usmjereno na ugrožavanje različitih individualnih vrijednosti, iz same prirode i smisla djela proizilazi da primarni objekat zaštite predstavlja zakonito, savjesno i pravilno vršenje službene dužnosti i ovlaštenja. Intencija zakonodavca, kod propisivanja krivičnog djela zloupotreba položaja i ovlaštenja, je bila obavezati službena lica na savjesno vršenje njihove službene dužnosti, te se stoga ni ocjena da li se radi o beznačajnom djelu ne može, kako to braniteljica žalbom ističe, temeljiti na procjeni imovinske koristi koja je pribavljena sebi ili drugom, nego da li je i u kojoj mjeri je službeno ili odgovorno lice zloupotrijebilo svoj položaj ili ovlaštenje. Dakle, s obzirom da se ne radi o krivičnom djelu koje kao primarni zaštitni objekat ima imovinu, visina ostvarene ili moguće imovinske koristi nije kriterij koji bi bio*

rukovodeći za sud prilikom ocjene da li je riječ o beznačajnom djelu. Nadalje, po ocjeni ovog vijeća, propuštanjem preciznog navođenja iznosa imovinske koristi u izreci presude, posebno ako se ima u vidu da je riječ o pokušaju njenog pribavljanja, jer je K.P. zaustavljen i nije uspio prodajom poriluka ostvariti bilo kakvu imovinsku korist, nije počinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka, jer navedena okolnost izreku pobijane presude ne čini nerazumljivom, te su istaknuti prigovori braniteljice optuženog ocijenjeni neosnovanim".

Sud Bosne i Hercegovine, S1 2 K 002702 11 Kžž, 16. 11. 2011.

2. *"Okrivljeni je zloupotrebio službeni položaj šefa odseka nege ginekološko-akušerske klinike da bi drugookrivljenoj pribavio korist, time što bi joj omogućio usvojenje tuđeg novorođenog deteta i uverio njenu porodicu da je dete ona rodila, a prirodnoj majci deteta naneo štetu, tako što je bez njene saglasnosti predao dete drugookrivljenoj (koja ga je na to podstakla)".*

Okružni sud u Beograd, 2442/02, 21. 3. 2003.
Drugi opštinski sud u Beogradu K. 898/99, 14. 12. 2001.

3. *"Okrivljeni – pomoćnik direktora preduzeća čini u sticaju krivična djela zloupotrebe položaja ili ovlašćenja iz čl. 226. st. 4. i davanje mita iz 231. st. 1. KZ SRBiH, ako u cilju podmićivanja saokrivljenog profesora fakulteta zloupotrijebi svoj položaj i putem preduzeća nabavi i plati novcem preduzeća određenu količinu građevinskog materijala za saokrivljenog, a ovaj mu zbog toga da prolaznu ocjenu na ispitu".*

Vrhovni sud BiH, Kž. 11/89, 7. 2. 1990.

4. *"Radi se o kaznenom djelu zlouporaba položaja i ovlasti u slučaju dobivanja strane stipendije na osnovi lažne potvrde da je studij u interesu poslodavca".*

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Ikž-1169/82

Pokazalo se spornim i pitanje kada se predmetno krivično djelo smatra dovršenim, odnosno kada postoji pokušaj a kad svršeno krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja. Neki autori smatraju da je krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja svršeno učinjenjem odnosno propuštanjem službene radnje u namjeri koja je naznačena u zakonskoj normi. Dakle, za pojam svršenog krivičnog djela nije potrebno da je stvarno pribavljena kakva korist odnosno šteta.[43] Neki, pak, smatraju da za postojanje krivičnog djela nije neophodno i da je ostvarena namjera učinitelja u pogledu pribavljanja koristi odnosno nanošenja štete, već samo da je poduzeta neka od navedenih radnji kojima se čini zloupotreba položaja ili ovlaštenja.[44] Treću grupu

[43] Tahović, J. (1957). Komentar Krivičnog zakonika. Beograd, Savremena administracija, str. 605.; Jovašević, D. (2005)... op. cit., str. 52.; Stojanović, Z., Perić, O. (2009)... op. cit., 313.

[44] Lazarević, Lj. (1978)... op. cit., str. 571.; Bačić, F., Šeparović, Z. (1997)... op. cit., str. 370.

čine autori koji smatraju da će postojati pokušaj krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja ako je poduzet neki oblik radnje učinjenja a do nastupanja posljedice nije došlo, ne spominjući pritom namjeru.[45] Kako se posljedica krivičnog djela sastoji u pribavljanju koristi, nanošenju drugom kakve štete ili težoj povredi prava drugog, djelo će biti dovršeno tek kada je ona i prouzrokovana. Dakle, potrebno je da je zloupotrebom službenog položaja ta korist pribavljena, odnosno prouzrokovana šteta ili teža povreda tuđih prava. Ako posljedica izostane, radiće se o pokušaju krivičnog djela.

U prilog navedenom navodimo ilustrativan primjer iz prakse Republike Hrvatske upućujući na sadržaj zahtjeva za zaštitu zakonitosti podnesenog od Državnog odvjetništva Republike Hrvatske protiv rješenja Vrhovnog suda Republike Hrvatske[46] u kojem se posebno ističe: "Pobijano rješenje temelji se, dakle, na pravnom stajalištu da kod kaznenog djela zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 215. st. 3., 4., i 5. KZ RH (današnji čl. 337. st. 3. i 4. KZ-a RH)[47] nema pokušaja kao faze počinjenja, jer da je to kazneno djelo moguće samo kao dovršeno, a u slučajevima kad namjeravano postizanje protupravne imovinske koristi nije ostvareno, da se radi o kaznenom djelu iz st. 1. čl. 215. KZ RH (današnji st. 1. čl. 337. KZ-a RH).[48] Takvo pravno shvatanje i interpretacija spomenutih odredaba smatra se pogrešnim i pravno neodrživim. Zbog svega iznesenog, uvažavajući stručne i uvjerljive argumente iznesene u gore spomenutom zahtjevu za zaštitu zakonitosti, poštujući argumentaciju pojedinih teoretičara krivičnog prava te ocjenom svih okolnosti koje se odnose na pozicioniranje pokušaja krivičnog djela iz st. 3. i 4. čl. 337. KZ-a RH, Kazneni odjel Vrhovnog suda Republike Hrvatske na sjednici održanoj 2. 7. 2007. donio je sljedeće pravno shvaćanje: "Kazneno djelo protiv službene dužnosti – zlouporaba položaja i ovlasti – iz čl. 337. stav 3. i 4. Kaznenog zakona može se ostvariti i u pokušaju".[49]

U teoriji krivičnog prava nesporno je da je pokušaj moguć i kod nekih krivičnih djela kvalificiranih težom posljedicom, te je neshvatljivo zbog čega poku-

---

[45] Tomić, Z. (2007)... op. cit., str. 386.; Mrvić-Petrović, N. (2006)... op. cit., str. 331.

[46] Kž-6/94 od 22. 2. 1994.

[47] Podsjećanja radi, u važećem Kaznenom zakonu Republike Hrvatske (NN 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11) u članu 337. pod nazivom Zlouporaba položaja i ovlasti propisano je predmetno krivično djelo. U stavovima 1. i 2. propisana je nekoristoljubiva zloupotreba, dok je u stavovima 3. i 4. propisana koristoljubiva zloupotreba. Komparirajući s našim zakonskim rješenjem, naš zakonodavac u osnovnom obliku djela ne pravi razliku koristoljubive i nekoristoljubive zloupotrebe, što znači da su stavovi 3. i 4. hrvatskog KZ-a odgovarajući našem članu 220. KZ BiH.

[48] Svedrović, M. (2007)... op. cit., str. 506.

[49] Ibid., str. 508.

šaj ne bi bio moguć kod krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja iz koristoljublja čije subjektivno obilježje je izravna namjera na postizanje posljedice iz bića djela.[50] Potražimo odgovore na ovo pitanje i u sudskoj praksi.

Iz sudske prakse

1. *"Dana 21.04.2010. godine, na graničnom prelazu Gabela Polje II, radeći u svojstvu ovlaštenog službenog lica Granične policije BiH, po radnom nalogu broj: 2818/10 vršeći poslove nadzora i kontrole prelaska državne granice između BiH i R. Hrvatske, nije izvršio svoju službenu dužnost i to tako što je na navedenom graničnom prelazu u 05,00 sati propustio K.P. iz Opuzena, R. Hrvatska, koji je u svom vozilu marke "VW Vento" reg.br. DU 374 EN prevozio 382 kg poriluka, iako je granični prelaz Gabela Polje II, granični prijelaz namijenjen samo za prelazak osoba koje imaju prebivalište u pograničnom pojasu i na kojem nije dozvoljen robni promet, na koji način je omogućio ulazak robe bez dokumentacije o porijeklu iste sa područja R. Hrvatske u BiH, a sve u namjeri da K.P. pribavi imovinsku korist koju bi ovaj ostvario preprodajom ove robe na pijaci u Čapljini, a nakon čega je K.P. u neposrednoj blizini ovog graničnog prelaza zaustavljen i kontrolisan od strane ovlaštenih službenih lica JGP Doljani. Dakle, kao ovlaštena službena osoba u institucijama BiH, ne izvršivši svoju službenu dužnost, drugom pokušao pribaviti imovinske koristi čime je počinio krivično djelo Zloupotrebe položaja ili ovlaštenja iz člana 220. stav 1. KZ BIH, u vezi sa članom 26. KZ BIH".*

   Sud Bosne i Hercegovine, S1 2 K 002702 11 Kžk, 14. 7. 2011.

2. *"Optuženi je dakle zloupotrebio svoj položaj poslovođe prodavnice kao odgovornog lica u organizaciji udruženog rada u nameri pribavljanja za sebe imovinske koristi, ali tu korist nije pribavio pa njegova protivpravna delatnost predstavlja pokušaj krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja iz čl. 242. st. 3. u vezi st. 1. KZ RS."*

   Vrhovni sud Srbije, Kž. I 500/88, 2. 9. 1988.

3. *"U konkretnom slučaju optuženi su u nameri da sebi pribave protivpravnu imovinsku korist zloupotrebili svoje službene položaje, ali tu korist po stanovištu Vrhovnog suda nisu pribavili pa tako zabranjena posledica krivičnog dela nije nastupila. Pojam pribavljanja protivpravne imovinske koristi predstavlja mogućnost i faktičkog raspolaganja sa tom korišću. S obzirom da optuženi zbog prisustva organa unutrašnjih poslova nisu bili u mogućnosti da primljeni novac zadrže i da sa njime raspolažu, to se ne može uzeti da su imovinsku korist i pribavili u konkretnom slučaju.*

   Novac koji im je dat, nije im predan da bi pribavili protivpravnu imovinsku korist već da bi bio obezbeđen dokaz o njihovoj nameri pribavljanja koristi zloupotrebom službenog položaja. U navedenoj situaciji moglo bi se govoriti o pribavljenoj imovin-

[50] Ibid.

skoj koristi samo u slučaju da oduzimanje novca nije uspelo što u datom slučaju ne stoji. Prema tome ima se ipak uzeti da je delo ostalo u pokušaju".

Vrhovni sud Srbije, Kzp. 4/82, 28. 1. 1982.

4. *"Kazneno djelo ima se smatrati dovršenim kada je nekom od navedenih radnji počinitelj sebi ili drugom pribavio korist, kada je drugom nanesena šteta ili kada su teže povrijeđena prava drugog".*

Općinski sud Ljubuški, K 89/05. 28. 9. 2006.

Dakle, analizom sudske prakse zaključujemo da nije sporno da krivično djelo zloupotrebe položaja i ovlaštenja može ostati i u pokušaju. Tačnije, postaje nam kristalno jasno da je za pokušaj potrebno da zloupotrebom službenog položaja korist nije pribavljena, odnosno nije prouzrokovana šteta ili teža povreda tuđih prava, a da je poduzeto činjenje ili nečinjenje neke od mogućih oblika zloupotrebe, s namjerom naznačenom u zakonskoj normi. Dakle, djelo će se smatrati dovršenim tek po nastupanju zabranjene posljedice, neće biti dovoljna samo poduzeta radnja s naznačenom namjerom. Uslov je da se djelo ne pojavljuje kao neko drugo zasebno krivično djelo protiv službene dužnosti. Prema tome, nemoguć je sticaj između ovog i nekog drugog krivičnog djela protiv službene dužnosti. Ali je moguć sticaj s nekim drugim krivičnim djelom.

2.4. Krivica

Ne manje teškoće izaziva i teoretska rasprava u pogledu oblika krivice koji se traži za postojanje krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja. Naime, i ovdje se mišljenja teoretičara razlikuju. Najbrojniji su oni koji smatraju da se krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja može učiniti samo s umišljajem,[51] pri tome ne precizirajući da li se radi o direktnom ili eventualnom umišljaju, niti analizirajući isto. Neki autori idu korak dalje, te smatraju da se predmetno krivično djelo može učiniti samo s umišljajem, ali da je pored umišljaja potrebna i namjera da se sebi ili drugom pribavi kakva korist ili da se drugome nanese kakva šteta.[52] I na ovom mjestu, izuzev Bačića i Šeparovića koji smatraju da učinitelj postupa s direktnim ili eventualnim umišljajem,[53] autori nisu precizirali da li se radi o direktnom

[51] Petrović, B., Jovašević, D. (2005)... op. cit., str. 103.; Tomić, Z. (2007)... op. cit., str. 386.; Mrvić-Petrović, N. (2006)... op. cit., str. 331.; Stojanović, Z., Perić, O. (2009)... op. cit., str. 314.

[52] Babić, M., Marković, I. (2005)... op. cit., 326.; Tahović, J. (1957)... op. cit., str. 605; Tahović, J. (1961)... op. cit., str. 464.

[53] Bačić, F., Šeparović, Z. (1997)... op. cit., str. 370.

ili eventualnom umišljaju. I to ipak nisu sve razlike. Lazarević smatra da se predmetno krivično djelo može učiniti samo s umišljajem, međutim, da je za postojanje ovog krivičnog djela potrebna i namjera učinitelja da činjenjem djela pribavi korist odnosno nanese štetu, te da iz tog razloga djelo može biti učinjeno samo sa direktnim umišljajem.[54] Neki autori, pak, smatraju da se predmetno krivično djelo može učiniti isključivo s direktnim umišljajem, ne spominjući pritom posebnu namjeru ili cilj.[55] Autor koji je predmetnoj raspravi dao na značaju je Novoselec. Novoselec smatra da je za učinjenje krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, pored umišljaja, potrebna i namjera, tj. postupanje s određenim ciljem, da se sebi ili drugom pribavi kakva korist, odnosno drugoj osobi nanese kakva šteta ili teže povrijedi pravo druge osobe. Prema tome, u svakom se slučaju traži direktni umišljaj (*dolus directus*), pa eventualni umišljaj (*dolus eventualis*) nije dovoljan.[56] Učiniteljeva namjera mora obuhvatiti kako svijest o tome da se iskorištava položaj ili ovlaštenje, prekoračuju granice ovlaštenja ili ne obavlja dužnost, tako i svijest da se prouzrokuje znatna šteta, teže povređuju prava drugoga ili da se pribavlja imovinska korist.

S obzirom na to da je sudska praksa ta koja daje život pravnoj normi, konsultirali smo nekoliko presuda domaćih, ali i sudova susjednih država.

Iz sudske prakse

1. *"Neosnovanom se žalbom ukazuje i da pobijana presuda ne sadrži činjenice i okolnosti iz kojih proizilazi direktni umišljaj, kao bitno obilježje predmetnog krivičnog djela. Suprotno ovakvim žalbenim prigovorima, na strani 9. pobijane presude, drugostepeni sud je dao razloge iz kojih proizilazi da je optuženi postupao sa direktnim umišljajem, tačnije da je svjesno i voljno omogućio K.P. i njegovom vozilu sa robom, prolaz preko graničnog prijelaza namijenjenog samo za prelazak osoba koje imaju prebivalište u pograničnom pojasu i na kojem nije dozvoljen robni promet, a u namjeri da istom pribavi imovinsku korist. Naime, kako to proizilazi iz iskaza svjedoka K.P. datog u prostorijama Granične policije, on je optuženom rekao da prevozi robu, a što upućuje na zaključak da je optuženi bio upoznat sa navedenom odlučnom činjenicom. Osim toga, ta okolnost optuženom nije mogla proći neopaženo jer, bez obzira na činjenicu što je K.P., kako je sam istakao, ojačao vozilo željeznim oprugama, kako ne bi izgledalo da je isto opterećeno teretom, iz fotodokumentacije, koja predstavlja dokaz T-11, proizilazi da poriluk, u količini u kojoj se nalazio u predmetnom vozilu, čak i ako se prihvati tvrdnja svjedoka J. da*

[54] Lazarević, Lj. (1978)... op. cit., str. 571.

[55] Jovašević, D. (2005)... op. cit., str. 53.; Novoselec, P. (2002)... op. cit., str. 23.; Čejović, B. (2008). Krivično pravo u sudskoj praksi, Posebni deo, III izdanje. Kragujevac, Lion Mark, str. 945.

[56] Novoselec, P. (2002)... op. cit., str. 23.

je dio na zadnjem sjedištu bio pokriven dekom, te činjenica da su stakla vozila bila zatamnjena, ovlaštenom službenom licu koje savjesno vrši službenu dužnost, nije mogao proći neopaženo. Optuženo V.Z., pak, kao ovlašteno službeno lice Granične policije BiH, morao je imati saznanja o važećim propisima, prema kojima na navedenom graničnom prelazu nije dozvoljen prelazak lica koja ne pripadaju kategoriji lokalnog stanovništva, niti je dozvoljen promet robom. Dakle, i po ocjeni ovog vijeća, van razumne sumnje je dokazano da je optuženi znao da K.P. prevozi robu preko graničnog prelaza na kojem robni promet nije dozvoljen, te je propuštanjem istog da pređe preko državne granice, kako je to zaključio i drugostepeni sud, pokazao htijenje i namjeru da drugom (K.P.) pribavi određenu imovinsku korist.

Sud Bosne i Hercegovine, S1 2 K 002702 11 Kžž, 16. 11. 2011.

2. *"Kako su optuženi M.M. i M.B., s obzirom na dogovor koji je postojao između njih, te svijest o ovlašćenjima optuženog M.M. i o obavezi da se naručena i preuzeta kompjuterska oprema plati isporučiocu odnosno prodavcu, bili svjesni da optuženi M.M. svojim radnjama iskorištava svoja službena ovlašćenja i time pribavlja sebi imovinsku korist, a optuženi M.B. da mu u tome pomaže, te, kako su na taj način optuženom M.M. pribavili imovinsku korist u iznosu od 108.337,80 KM, ovaj sud nalazi da je optuženi M.M. time ostvario obilježja krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlasti iz člana 358. stav 3. u vezi sa stavom 1. ranijeg KZ FBiH, a optuženi M.B. krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlasti iz člana 358. stav 3. u vezi sa stavom 1. i u vezi sa članom 25. ranijeg KZ FBiH, pa ih je za ta krivična djela i oglasio krivim."*

Vrhovni sud FBiH, 070-0-Kžk-06-000023, 23. 5. 2007.

3. *"Pošto je optužena T.M. kao direktor preduzeća "Lovres" Tomislavgrad, dakle, kao odgovorna osoba, na navedeni način iskoristila svoja službena ovlaštenja svjesna da time onemogućava Carinsku upravu Federacije BiH – Carinarnicu Livno da ostvari pravo na povrat iznosa od 3,145.700,00 KM sa računa preduzeća "Lovres" Tomislavgrad i tako pribavlja preduzeću "Lovres" Tomislavgrad imovinsku korist u navedenom iznosu i, pošto je ona to i htjela, a što sud zaključuje na osnovu navedenih okolnosti."*

Vrhovni sudFBiH, 070-0-Kžk-06-000013, 25. 5. 2009.

4. *"Ovaj sud nalazi nespornim da je optuženi pri nabavci navedenih proizvoda i propuštanju da za izvršeni promet obračuna i plati porez na promet proizvoda odnosno pomenutu naknadu za puteve postupao u namjeri pribavljanja sebi protivpravne imovinske koristi...Ovaj sud nalazi nespornim da je optuženi bio svjestan da takvim radnjama odnosno propustima iskorištava svoje ovlaštenje direktora i, s obzirom na radnje koje su uslijedile nakon izvršene nabavke, ovaj sud nalazi da je on i htio da iskoristi svoja ovlaštenja direktora."*

Vrhovni sud Federacije BiH, 070-0-Kžk-09-000006, 14. 12. 2010.

5. *"Nije, dakle, dovoljno da počinitelj bude svjestan elemenata kaznenog djela koje čini i da hoće njegovo počinjenje, dakle da postupa s namjerom, već je potrebno da pribavljanje imovinske koristi bude njegova želja i motiv zbog kojega uopće poduzima zabranjene radnje, jer se samo tada može govoriti da postupa s ciljem pribavljanja imovinske koristi."*

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Ikž-510/05, 20. 3. 2007.

6. *"Osim toga, treba imati u vidu da se kazneno djelo iz čl. 337. st. 4. KZ-a može počiniti samo izravnom namjerom."*

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Ikž-698/04, 17. 3. 2005.

2.5. Kvalificirani oblici djela

Krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja ima pored osnovnog, dva kvalificirana oblika djela. Teži oblici djela propisani su samo za koristoljubivu zloupotrebu. Ono što predmetno djelo čini kvalificiranim jeste visina, odnosno vrijednost pribavljene imovinske koristi. U odnosu na ovu okolnost mora postojati najmanje nehat na strani učinitelja.[57]

Teži oblik djela propisan je u stavu 2. Da bi postojao teži oblik djela, visina pribavljene imovinske koristi nastale uslijed poduzete jedne od moguće tri radnje učinjenja djela jeste iznos preko 10.000 KM. Propisana kazna za ovaj oblik djela je zatvor od jedne do deset godina.

Najteži oblik djela propisan je u stavu 3. Da bi postojao najteži oblik djela visina pribavljene imovinske koristi mora preći iznos od 50.000 KM. Propisana kazna za najteži oblik ovog djela je zatvor najmanje tri godine.

Pri utvrđivanju visine imovinske koristi mjerodavna je tržišna vrijednost, međutim, izuzetno, ako je učinitelj učinjenjem djela postigao imovinsku korist veću od tržišne vrijednosti stvari pribavljenih krivičnim djelom, za pravnu kvalifikaciju djela odlučna je stvarno postignuta imovinska korist.[58]

[57] Tomić, Z. (2007)... op. cit., str. 386.

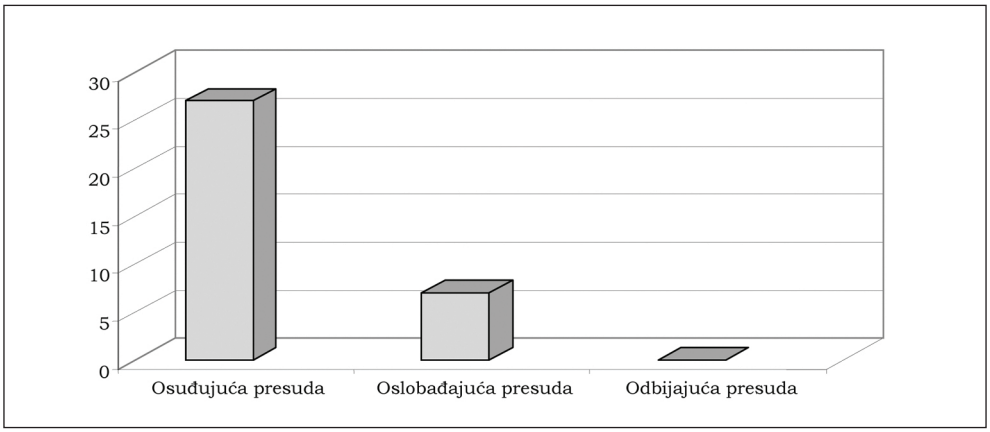
[58] Vrhovni sud Srbije, Kž. I-246/77

3. Način rješavanja predmeta ili ishod postupka

3.1. Statistički podaci za krivično djelo zloupotreba položaja ili ovlaštenja iz člana 383. KZ FBiH Kantonalnog suda u Sarajevu[59]

Od ukupnog broja rješavanih predmeta (34) u razdoblju od 2004. do 2008. godine pravosnažno su okončana 34 predmeta (100%). Od tog broja pravosnažno okončanih predmeta, u 27 (79,4%) predmeta donesena je osuđujuća presuda, u 7 (20,6%) predmeta donesena je oslobađajuća presuda, dok odbijajućih presuda nije bilo.

Period	Osuđujuća presuda	Oslobađajuća presuda	Odbijajuća presuda	Ukupno
2004.–2008.	27 79,4%	7 20,6%	0	34

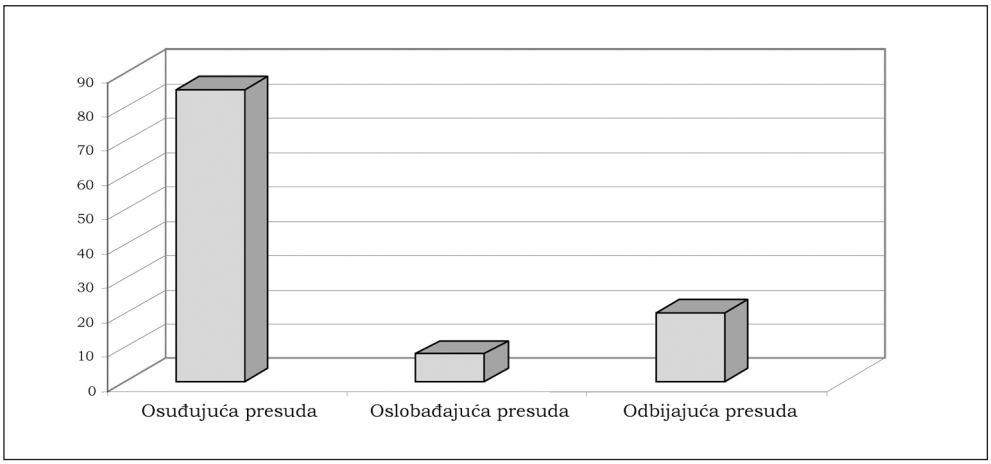


[59] Podaci preuzeti iz: Ćosićkić, E. (2010). Krivičnopravni, krivičnoprocesni i kriminalistički aspekt krivičnog djela zloupotreba položaja ili ovlaštenja u Federaciji Bosne i Hercegovine. Magistarski rad odbranjen na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu, str. 107.

3.2. Statistički podaci za krivično djelo zloupotreba položaja ili ovlaštenja iz člana 383. KZ FBiH Kantonalnog suda u Tuzli[60]

Od ukupnog broja rješavanih predmeta (245) u razdoblju od 2004. do 2008. godine pravosnažno su okončana 85 (34,7%) predmeta. Od tog broja pravosnažno okončanih predmeta, u 57 (67%) predmeta donesena je osuđujuća presuda, u 8 (9,4%) predmeta donesena je oslobađajuća presuda, a u 20 (23,5%) predmeta donesena je odbijajuća presuda.

Period	Osuđujuća presuda	Oslobađajuća presuda	Odbijajuća presuda	Ukupno
2004.–2008.	85 34,7%	8 9,4%	20 23,5%	85

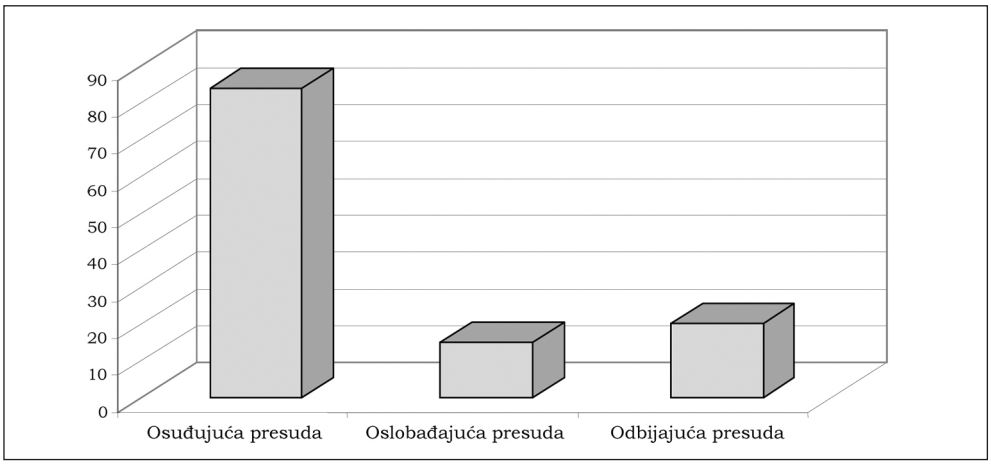


3.3. Zbirni statistički podaci za krivično djelo zloupotreba položaja ili ovlaštenja iz člana 383. KZ FBiH Kantonalnog suda u Sarajevu i Kantonalnog suda u Tuzli

Od ukupnog broja rješavanih predmeta (279) u razdoblju od 2004. do 2008. godine pravosnažno su okončana 119 (42,7%) predmeta. Od tog broja pravosnažno okončanih predmeta, u 84 (70,6%) predmeta donesena je osuđujuća presuda, u 15 (12,6%) predmeta donesena je oslobađajuća presuda, a u 20 (16,8%) predmeta donesena je odbijajuća presuda.

[60] Ibid., str. 105.

Period	Osuđujuća presuda	Oslobađajuća presuda	Odbijajuća presuda	Ukupno
2004.–2008.	84 70,6%	15 12,6%	20 16,8%	119

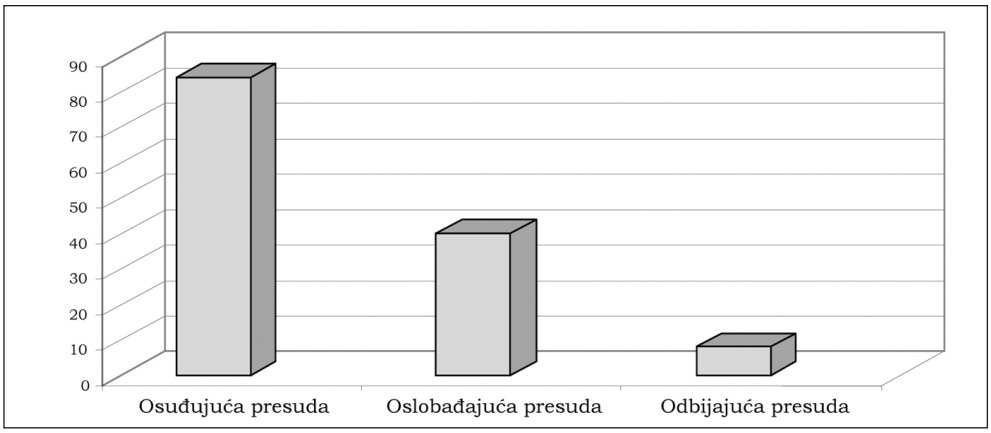


3.4. Statistički podaci za krivično djelo zlouporabe položaja ili ovlasti iz člana 337. u Republici Hrvatskoj[61]

Od ukupnog broja rješavanih predmeta (215) u razdoblju od 1997. do 2007. godine pravosnažno su okončana 132 (61,3%) predmeta. Od tog broja pravosnažno okončanih predmeta, u 84 (63,6%) predmeta donesena je osuđujuća presuda, u 40 (30,3%) predmeta donesena je oslobađajuća presuda, a u 8 (6,1%) predmeta donesena je odbijajuća presuda.

Period	Osuđujuća presuda	Oslobađajuća presuda	Odbijajuća presuda	Ukupno
1997.–2007.	84 63,6%	40 30,3%	8 6,1%	132

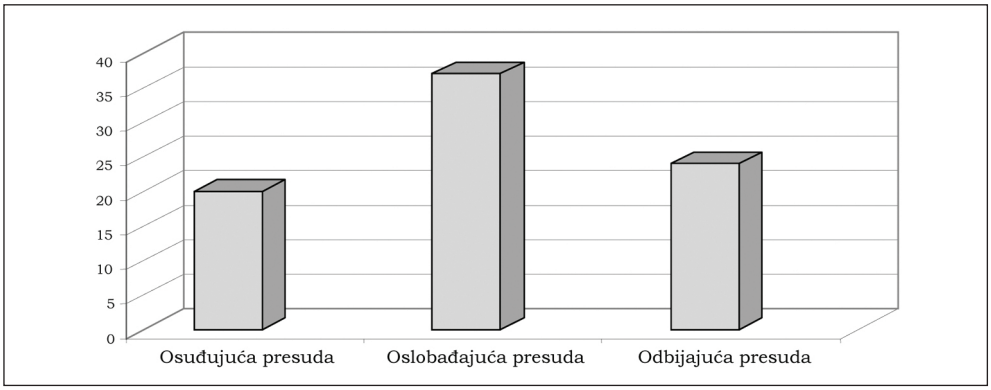
[61] Podaci preuzeti iz: Svedrović, M. (2007)... op. cit., str. 526.



3.4. Statistički podaci za krivično djelo zloupotreba službenog položaja iz člana 359. KZ RS pred Okružnim sudom u Beogradu[62]

Od ukupnog broja rješavanih predmeta (211) u razdoblju od 1998. do 2003. godine pravosnažno su okončana 81 (38,4%) predmeta. Od tog broja pravosnažno okončanih predmeta, u 20 (24,7%) predmeta donesena je osuđujuća presuda, u 37 (45,7%) predmeta donesena je oslobađajuća presuda, a u 24 (29,6%) predmeta donesena je odbijajuća presuda.

Period	Osuđujuća presuda	Oslobađajuća presuda	Odbijajuća presuda	Ukupno
1998.–2003.	20 24,7%	37 45,7%	24 29,6%	81



[62] Podaci preuzeti iz: Jovašević, D. (2005)... op. cit., str. 73.

Iz sudske prakse

1. *"Nadalje, presuda ukazuje i na manjkavost same optužnice, te ističe da iz činjeničnog supstrata optužnice nije vidljiva uzročno-posljedična veza između radnji optuženih, donošenja spornih odluka i svih naknadnih dešavanja, da nigdje u optužnici nije naznačeno na osnovu kojeg propisa, ili u nedostatku istog, po kojem ovlaštenju, ili bez njega, koji organ ili pojedinac je donio odluku da se konkretnoj osobi dodjele sredstva za rješavanje njegovog stambenog pitanja, dok u 37 tačaka optužnice nije naznačeno ko je titular prava raspolaganja na stanovima, što predstavlja odlučnu činjenicu, jer je u skladu sa važećim zakonom u inkriminisanom periodu titular prava bio dužan izvršiti sve veće opravke i sanacije stana, pa je neodrživa teza Tužilaštva o pribavljanju imovinske koristi nosiocima stanarskog prava, i na kraju, da se optužnicom pogrešno tretira pribavljanje imovinske koristi, jer stanarsko pravo predstavlja pravo sui generis, koje je nemoguće novčano izraziti...*

   Ovakvom argumentacijom žalba zapada u protivrječnosti i u potpunosti odstupa od činjeničnog supstrata optužnice koji je predstavljao predmet pobijane presude, te tako otklanja bilo kakav argument za uspješno osporavanje njene pravilnosti. Stiče se dojam da Tužilaštvo žalbom pokušava nadomjestiti manjkavosti u činjeničnom opisu optužnice koja je predstavljala predmet pretresanja pred prvostepenim sudom i kojom je prvostepeni sud bio vezan kod donošenja pobijane presude, u smislu odredbe člana 280. stav 1. ZKP BiH, a što je nedopustivo".

   Sud Bosne i Hercegovine, X-KŽ-09/702, 31. 1. 2011.

2. *"Tužiteljstvo uopće nije izvodilo dokaze kojima bi dokazalo da je poduzeće "Stara Trade" d.o.o. Grude prodavalo nabavljenu robu, isporučilo navodno nabavljenu robu, izdalo račun za prodanu robu ili utvrdilo manjak i rashod proizvoda tako da nije ni dokazalo da je obavljen promet proizvoda. Također nije ponudilo niti jedan dokaz na okolnosti: postojanja i opremljenosti poslovnih prostora poduzeća "Stara Trade" d.o.o. Grude, broja uposlenih u ovom poduzeću i postupanje optuženika u namjeri da se za poduzeće "Stara Trade" d.o.o. Grude ostvari protivpravna imovinska korist. Tužiteljstvo svoju optužnicu gradi isključivo na pretpostavci da se nešto od toga desilo, uključujući i pretpostavku o postojanju umišljaja na strani optuženika i njegove namjere da za poduzeće "Stara Trade" d.o.o. Grude pribavi protivpravnu imovinsku korist. Umišljaj i namjera optuženika da za poduzeće "Stara Trade" d.o.o. Grude pribavi protivpravnu imovinsku korist mora se dokazati, a ne pretpostavljati".*

   Općinsku sud Ljubuški, K 89/05, 28. 9. 2006.

3. *"Kako ovo kazneno djelo može počiniti samo službena ili odgovorna osoba, trebalo je na pouzdaniji način utvrditi da je optuženi M.P. bio komercijalni direktor ili nije, odnosno da li je imao svojstvo odgovorne osobe i da li to proizlazi iz normativnih akata ili iz ovlasti koje je faktički imao. Kako je u izreci pobijane presude izričito navedeno da je bio komercijalni direktor, sud prvog stupnja to je trebao ili nedvojbeno utvrditi ili izmijeniti činjenični opis s ciljem konstatiranja faktičkog obavljanja*

rukovodećih komercijalnih poslova, ako bi to odgovaralo utvrđenom činjeničnom stanju".

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Ikž-419/04, 23. 3. 2006.

4. *"Naime, sud je dužan izreći za koje se djelo proglašava krivim te navesti sve činjenice i okolnosti koje čine obilježja predmetnog kaznenog djela, kao i one o kojima ovisi primjena odredaba Kaznenog zakona. Tako u odnosu na optuženog B.Š. i kazneno djelo pod točkom 1) nije vidljivo kojim je radnjama iskoristio svoj položaj i ovlasti u obavljanju carinske službe".*

Vrhovni sud Republike Hrvatske. Ikž-698/04, 17. 3. 2005.

5. *"Stoga, po pravnom shvaćanju Vrhovnog suda Republike Hrvatske, kao suda drugog stupnja, ovaj oblik kaznenog djela zlouporabe položaja i ovlasti, i to iskorištavanjem položaja, ili prekoračenjem granica ovlasti, uvijek pretpostavlja da službena osoba poduzima službene radnje iz djelokruga svojih službenih ovlasti, ili ih prekorači zlouporabom položaja, ali uvijek u vršenju službe, kao one osnovne pravne pretpostavke, u kojim se okvirima ovo kazneno djelo može počiniti, pa se dakle osnovno djelo ne može izvršiti kada poduzeta djelatnost nema značaj, odnosno karakter službene radnje pri vršenju službe, iako je do određene zlouporabe došlo od strane optuženika konkretne prigode".*

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Ikž-933/01, 21. 2. 2002.

Zaključak

Krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja je opće i osnovno krivično djelo protiv službene i druge odgovorne dužnosti. Učinitelji ovih krivičnih djela su službene ili odgovorne osobe koje vršenjem službene dužnosti, ali ne u interesu i za potrebe službe koju vrše, već u drugom cilju ili interesu – najčešće u namjeri da se na ovaj ili onaj način sebi ili nekom drugom pribavi kakva korist, odnosno, da se drugom nanese kakva šteta ili da se teže povrijede prava drugih. Može se učiniti iskorištavanjem službenog položaja ili ovlaštenja, prekoračenjem granica službene ovlasti ili nevršenjem službene dužnosti, dakle radnja učinjenja djela je propisana alternativno. Djelo se smatra dovršenim nastupanjem posljedice, dok će pokušaj predmetnog krivičnog djela postojati u slučaju kada je radnja učinjenja poduzeta a nije nastupila zabranjena posljedica, tačnije da zloupotrebom službenog položaja korist nije pribavljena, odnosno nije prouzrokovana šteta ili teža povreda tuđih prava a da je poduzeto činjenje ili nečinjenje neke od mogućih oblika zloupotrebe, sa namjerom naznačenoj u zakonskoj normi. Nemoguć je sticaj između ovog i nekog drugog krivičnog djela protiv službene dužnosti, ali je

moguć sticaj s nekim drugim krivičnim djelom. Za postojanje djela traži se direktni umišljaj (*dolus directus*), a učiniteljeva namjera mora obuhvatiti kako svijest o tome da se iskorištava položaj ili ovlaštenje, prekoračuju granice ovlaštenja ili ne obavlja dužnost, tako i svijest da se prouzrokuje znatna šteta, teže povređuju prava drugoga ili da se pribavlja imovinska korist.

Krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja ima, pored osnovnog, dva kvalificirana oblika djela. Teži oblici djela propisani su samo za koristoljubivu zloupotrebu. Predmetno djelo čini kvalificiranim visina, odnosno vrijednost pribavljene imovinske koristi.

Ono što karakterizira način rješavanja predmeta u Bosni i Hercegovini, gledano pojedinačno, a pogotovo u komparaciji sa statističkim podacima susjednih zemalja koji su nam bili dostupni, jeste da broj oslobađajućih presuda (12,6%) nije visok. Zaključujemo da je broj osuđujućih presuda (70,6%) zadovoljavajući, te zahvaljujući tvorcima naše sudske prakse, možemo se s pravom i ponosom pohvaliti najvećim brojem osuđujućih presuda u odnosu na susjedne države čije smo uzorke komparirali.

Analizirajući neke od presuda domaćih sudova zaključujemo da je razlog oslobađajućih presuda taj što tužilaštvo nije ponudilo dovoljno dokaza u odnosu na svojstvo učinitelja, u odnosu na pojedine oblike zloupotrebe, u odnosu na uzročnu vezu između radnje i posljedice i najzad u odnosu na umišljaj i namjeru učinitelja. Tačnije, tužilaštvo nije bilo u mogućnosti da prikupi dovoljno dokaza za osnovne elemente u biću krivičnog djela, što, uzme li se u obzir priroda krivičnog djela, nije iznenađujuće. Iz tog razloga smo u svom prilogu tumačili zakonsku normu, svaki od osnovnih elemenata pojedinačno, te adekvatnim primjerima iz sudske prakse pokušali pokazati tužiteljima i sudijama svjetlo ili izlaz iz tunela u kojem se mogu naći rješavajući konkretan slučaj.

Literatura

1. Babić, M. et. al. (2005). Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini. Sarajevo: Savjet/Vijeće Evrope i Evropska komisija.
2. Babić, M., Marković, I. (2005). Krivično pravo Posebni dio. Banja Luka: Pravni fakultet.
3. Bačić, F., Pavlović, Š. (2004). Komentar kaznenog zakona. Zagreb: Organizator.
4. Bačić, F., Šeparović, Z. (1997). Krivično pravo Posebni dio, peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Zagreb: Informator.
5. Čejović, B. (2008). Krivično pravo u sudskoj praksi, Posebni deo, III izdanje. Kragujevac: Lion Mark.

6. Ćosićkić, E. (2010). Krivičnopravni, krivičnoprocesni i kriminalistički aspekt krivičnog djela zloupotreba položaja ili ovlaštenja u Federaciji Bosne i Hercegovine. Magistarski rad odbranjen na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu.
7. Jovašević, D. (2005). Zloupotreba službenog položaja i korupcija. Beograd: Nomos.
8. Kazneni zakon Republike Hrvatske (NN 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11)
9. Krivičn zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, "Službeni glasnik BDBiH", br. 10/03, 45/04, 6/05 i 21/10.
10. Krivični zakon Bosne i Hercegovine, "Službeni glasnik BiH", br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10.
11. Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, "Službene novine Federacije BiH", br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05 i 42/10.
12. Krivični zakon Republike Srpske, "Službeni glasnik RS", br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06 i 73/10
13. Lazarević, Lj. (1978). Krivična dela protiv službene dužnosti službenih lica u saveznim organima. U: Komentar krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, Grupa autora, redakcija Srzentić, N., Beograd: Savremena administracija.
14. Lazarević, Lj. (1993). Krivično pravo, Posebni deo. Beograd: Savremena administracija.
15. Mišić, V. (1980). Krivično delo zloupotrebe službenog položaja ili ovlašćenja iz koristoljublja po ranije važećem Krivičnom zakoniku i po sada važećem Krivičnom zakoniku SAPV. Glasnik Advokatske komore Vojvodine, broj 2/1980.
16. Mrvić-Petrović, N. (2006). Krivično pravo, Opšti i posebni deo, III izmenjeno i dopunjeno izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik.
17. Novi Kazneni zakon Republike Hrvatske (NN 125/11) koji će stupiti na snagu 1. 1. 2013. godine.
18. Novoselec, P. (2002). Zlouporaba položaja i ovlasti kao gospodarsko kazneno djelo. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 9, broj 1/2002, str. 3–36.
19. Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). Komentar kaznenog zakona, III. izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Zagreb: Narodne novine.
20. Petrović, B., Jovašević, D. (2005). Krivično pravo II (Krivično pravo posebni dio). Sarajevo: Pravni fakultet.
21. Stojanović, Z. (2002). Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije. Beograd: Službeni list SRJ.
22. Stojanović, Z., Perić, O. (2009). Krivično pravo, Posebni dio, XIII izmenjeno izdanje. Beograd: Pravna knjiga.

23. Svedrović, M. (2007). Kaznena djela zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. i zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju iz čl. 292. KZ-a: Kaznenopravni dometi jedne zakonodavne nedosljednosti. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 14, broj 2/2007, Zagreb, str. 495–574.
24. Tahović, J. (1957). Komentar krivičnog zakonika. Beograd: Savremena administracija.
25. Tahović, J. (1961). Krivično pravo, Posebni deo, III izdanje. Beograd: Savremena administracija.
26. Tomić, Z. (2007). Krivično pravo II, Posebni dio, Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Sarajevo: Pravni fakultet.

MA Amila Ferhatović
Senior Assistant

THE ABUSE OF OFFICIAL POSITION OR AUTHORITY

Summary

In her paper, the author focuses her attention on the criminal offence of abuse of official position or authority. It is recognized by our legislation, as well as other contemporary criminal law, as a general and basic criminal offence against official duty. Based on the research of a number of court judgments, there has been an analysis of the basic elements of the offence in question, from the properties of the perpetrator, the act of perpetration, the consequences of the act and guilt, and, finally, a presentation of the qualified forms of the offence under consideration. At the same time, by presenting adequate explanations of judgments of national courts and the courts of neighboring countries, the author tries to emphasize each of the essential elements of the offence under consideration in order to resolve as many of the contradictions arising from the static nature of law and the dynamics of life. Finally, on the basis of the existing research results, as well as her own investigation of a larger number of court judgments, the mean of solving cases was presented and, in conclusion, compared to the way of resolving cases in the neighboring countries (the Republic of Croatia and the Republic of Serbia). It was concluded that the interpretation of standards along with the case law revives the legal text, gives life to standards, and that there lies exactly what is considered to be the main contribution of this modest work.

Key terms: *abuse, official position, authority, official (person), responsible person, the official duty*

Dr. Jasminka Gradaščević-Sijerčić
Vanredna profesorica

UDK: 349.2:343.431
Izvorni naučni rad

RADNOPRAVNI ASPEKT TRGOVINE LJUDSKIM BIĆIMA

Sažetak

Trgovanje ljudskim bićima u svrhu radne eksploatacije početkom 21. stoljeća privlači sve veću pažnju u cijelom svijetu, a u BiH posebno od slučaja radnika koji su se našli u Azerbejdžanu u uvjetima koji se mogu smatrati prinudnim radom. Složenost problematike proizlazi iz nepostojanja adekvatne definicije radne eksploatacije, razlika u razumijevanju i normativnim okvirima u suvremenim državama, te posebno iz brojnih različitih oblika i pojavnosti koje trgovanje ljudskim bićima s ciljem radne eksploatacije može poprimiti. Prema relevantnim procjenama, trgovina ljudskim bićima ima u pravilu za ishod prinudni ili obavezni rad, ali u praksi je delikatno prepoznati trgovinu ljudima u svrhu radne eksploatacije i prinudnog rada. Naime, prinudni rad iako često u međusobnoj čvrstoj vezi s trgovinom ljudskim bićima nije isto što i trgovina istim. Konkretnije, većina žrtava trgovine ljudskim bićima u pravilu završi u prinudnom radu, ali se žrtve prinudnog rada ne nađu uvijek u toj situaciji kao rezultat trgovine ljudskim bićima. Istovremeno pojavnost radne eksploatacije u statusu pojedinca ne mora značiti da se radi o prinudnom radu jer nisu svi loši uvjeti rada na koje je pojedinac pristao prinudni rad.

U radu autorica oslonom na analizu i procjenu relevantnih međunarodnih izvora i postojeće prakse polazi od stava da je prinudni rad širi pojam od pojma radne eksploatacije procjenjujući da je radno iskorištavanje samo jedan od elemenata koje prinudni rad obuhvaća, te da je trgovina ljudskim bićima radi radne eksploatacije potkategorija koncepta prinudnog rada. Autorica zauzima stav da trgovina ljudskim bićima pored najgrublje povrede ljudskih prava: slobode i dostojanstva pojedinca, slobode kretanja, prava na odlučivanje i izbor, jednakosti među ljudima, prava na život, rad i obrazovanje, prava na zdravlje, ima za posljedicu i onemogućavanje pojedincu sticanja adekvatnog radnopravnog statusa kojim se isključuje odnosno kontrolira i nadzire radna eksploatacija.

Ključne riječi: *radna eksploatacija, trgovina ljudima, prinudni rad, indikatori trgovine ljudskim bićima u svrhu radne eksploatacije, žrtve radne eksploatacije*

Uvod

Polazište za razumijevanje trgovine ljudskim bićima s aspekta prava nalazi se u učenju o pravnim subjektima posebno pojedinca – fizičke osobe. Suvremeno pravo se ne može zamisliti bez ideje subjekta prava kao nosioca prava i obaveza, te su suvremeni pravni sistemi utemeljeni na subjektima prava. Subjekti prava doprinose oživotvorenju datog pravnog sistema. Naime, u kontekstu razvoja pravnih nauka, jedna od najznačajnijih vrijednosti prava vezana je upravo za učenje o pravnim subjektima. Svojstvo pravnog subjekta se stiče zahvaljujući pravnom poretku, a fizička osoba u pravu označava individualno – samostalno ljudsko biće podložno fizičkim zakonima, za razliku od pravnih osoba. Osnovni atributi fizičkih osoba su: a) osobno ime (ime i prezime) na osnovu kojeg se jedna osoba razlikuje od druge; b) prebivalište i boravište na osnovu kojih je fizička osoba vezana za jedno mjesto gdje je stalno nastanjena; te c) državljanstvo kao specifična pravna veza pojedinca i određene državne zajednice. Dakle, u kontekstu pravne nauke pojedinac – ljudsko biće je pravni subjekt i ne može istovremeno biti i pravni objekt. Zbog naznačenih premisa, u najkraćem osvrtu, trgovina ljudskim bićima s aspekta prava predstavlja povredu vrijednosnog jezgra pravnih sistema jer poništava pojam subjekata prava kao velikog dostignuća civilizacije.

Međutim, u praksi trgovina ljudskim bićima pokazuje višedimenzionalnu strukturu i snagu opstanka, te je uz trgovinu drogom i ilegalnu trgovinu oružjem jedna od tri najprofitabilnije kriminalne aktivnosti. Trgovina ljudskim bićima je "djelatnost" koju čine mala i velika društva, lokalne i međunarodne mreže oslonom na političke i ekonomske resurse u državama porijekla, tranzita i konačne destinacije. Trgovina ljudskim bićima je kompleksan problem, teško krivično djelo, fenomen za koga se često naznačava da predstavlja moderni oblik ropstva. Američki Stejt department naznačava da je više od 27 miliona muškaraca, žena i djece u svijetu žrtva nekog od pojavnih oblika fenomena trgovine ljudskim bićima.[1]

Na osnovu unaprijeđene statističke metode, Međunarodna organizacija rada (u daljnjem tekstu: MOR) ukazuje da se 20,9 miliona pojedinaca širom svijeta pojavljuje kao žrtva prinudnog rada, pri čemu žrtve trgovine ljudskim bićima predstavljaju veliki segment žrtava prinudnog rada. To ima za posljedicu da se svaki treći pojedinac na hiljadu osoba nalazi u nekom od oblika prinudnog rada.[2] Pri tome, 18,7 miliona ili 90% pojedinaca je eksploatisano u privatnoj

[1] Trafficking in Person Report, TIP Report 2012; US The Department of State, http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt, pristup, 5. 9. 2012.

[2] ILO 2012 Global Estimate of Forced Labour: Results and methodology, Geneva, 2012, www.ilo.org/forcedlabour, pristup, 5. 9. 2012.

ekonomiji od strane pojedinaca ili društava, odnosno od toga 4,5 miliona (22%) su žrtve prinudne seksualne eksploatacije, a 14,2 miliona (68%) su žrtve prinudnog rada u svrhu radne eksploatacije u djelatnostima poljoprivrede, građevinarstva ili rada u domaćinstvima. Preostali dio 2,2 miliona (10%) su pojedinci u prinudnom radu od strane javne vlasti tj. oružanih snaga ili se radi o radu osuđenika.[3]

S ciljem pojašnjavanja radnopravnih aspekata modernog oblika ropstva, kako se često imenuje trgovina ljudskim bićima, u radu se analiziraju i procjenjuju pojmovi prinudnog rada i trgovine ljudskim bićima da bi se utvrdilo da li su pojmovi eksploatacije i prinudnog rada isti pojmovi, te na koji način su prisutni u okviru fenomena trgovanja ljudskim bićima.

Polazište za pojmovno određivanje prinudnog rada, radne eksploatacije i trgovine ljudskim bićima vezano je za međunarodne standarde, te nacionalna zakonodavstva.

1. Pojmovno određenje prinudnog ili obaveznog rada

Osnova za pojmovno određenje prinudnog rada nalazi se u univerzalnim radnim međunarodnim standardima. Međunarodni univerzalni radni standardi kao sadržina međunarodnog radnog prava stvaraju se donošenjem odgovarajućih instrumenata u okviru Međunarodne organizacije rada i pojavljuju se kao: (a) standardi koji ne sadrže klauzule fleksibilnosti i (b) standardi koji sadrže klauzule fleksibilnosti[4].

---

[3] Vidjeti: ILO. Forced labour: Facts and figures. The cost of coercion: Regional Perspectives. May 2009, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_106245.pdf.
ILO: Hard to see, harder to count: Survey Guidelines to Estimate Forced Labour of adults and children, Geneva, 2012; ILO: Human Trafficking and Forced Labour: Case studies and responses from Portugal, S. Pereira, J. Vasconcelos (Geneva, 2008);
European Institute for Crime Prevention and Control (Heuni), Trafficking for Forced Labour and Labour Exploitation in Finland, Poland and Estonia, A. Jokinen, N. Ollus, K. Aromaa, (Helsinki, 2011); IOM, Trafficking of men – a trend less considered: The case of Belarus and Ukraine, R. Surtees (Geneva, 2008);
USAID, Trafficking of Adult Men in the Europe and Eurasia Region, R. Rosenberg (2010);
Conny Rijken (ed.), Combating Trafficking in Human Beings for Labour Exploitation (Wolf Legal Publishers: The Netherlands, 2011);
ILO, Labour inspection in Europe: undeclared work, migration, trafficking, Geneva, 2010.

[4] Uvažavanje razlika između država članica u okviru djelatnosti MOR-a postiže se i unošenjem klauzula fleksibilnosti u konvencije. Radi se o klauzulama *ratione materiae i ratione personae*, ali od posebnog značaja su klauzule koje omogućavaju državama članicama prilikom ratifikacije izbor dijelova konvencije, poput Konvencije broj 102 o

Standardi koji se vezuju za prinudni ili obavezni rad ne sadrže klauzule fleksibilnosti, što znači da su sve države članice obavezne da zabrane, spriječe, odnosno ukinu prinudni ili obavezni rad. Ova vrijednosna pozicija prinudnog ili obaveznog rada posebno je apostrofirana donošenjem Deklaracije o osnovnim principima i pravima na radu i njenom praćenju iz 1998. godine, te Deklaracije o socijalnoj pravdi u svrhu pravedne globalizacije iz 2008. godine.[5] Naime, u Deklaraciji o osnovnim principima i pravima na radu iz 1998. zauzet je stav da sve države članice, čak iako nisu ratificirale osam suštinskih konvencija[6] imaju obavezu koja proizlazi iz same činjenice njihovog članstva u MOR-u, da poštuju, unapređuju i ostvaruju, u dobroj namjeri načela koji se tiču temeljnih prava, a koja se vezuju za:

(a) slobodu udruživanja i djelotvorno priznavanje prava na kolektivno pregovaranje;
(b) ukidanje svih oblika prinudnog rada;
(c) ukidanje dječijeg rada;
(d) ukidanje diskriminacije u odnosu na zapošljavanje i zanimanje.

Koncepcijski prinudni ili obavezni rad u suvremenim pravnim sistemima je zabranjen oslonom na načelo slobode rada i dostojanstvenog rada tj. rada dostojnog čovjeka. Osnovni instrumenti MOR-a koji se odnose na prinudni ili obavezni rad su: Konvencija br. 29 o prinudnom radu iz 1930, Konvencija br. 105 o ukidanju prinudnog rada iz 1957. godine,[7] te Konvencija o najgorim

minimalnim normama socijalnog obezbjeđenja , te klauzule koje omogućavaju slobodu izbora načina implementacije ratificirane konvencije.

[5] Vidjeti: ILO, Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow up (1998); ILO, Declaration on Social Justice for a Fair Globalization (2008); ILO Decent Work Agenda, www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--en/index.
http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/lang--en/index.

[6] Radi se o slijedećim konvencijama:
– Konvencija o slobodi udruživanja i zaštiti prava na organiziranje, br. 87 iz 1948. godine;
– Konvencija o pravu na organiziranje i kolektivno pregovaranje, br. 98 iz 1949. godine;
– Konvencija o prinudnog rada , br. 29 iz 1930. godine;
– Konvencija o zabrani i ukidanju prinudnog rada, br. 105 iz 1957. godine;
– Konvencija o minimalnoj dobi za zasnivanje radnog odnosa, br. 138 iz 1973. godine;
– Konvencija o najgorim oblicima dječijeg rada, br. 182, iz 1999. godine;
– Konvencija o jednakom nagrađivanju, br. 100 iz 1951. godine i
– Konvencija o diskriminaciji u pogledu zapošljavanja i zanimanja, br. 111 iz 1958. godine.

[7] Konvenciju o prinudnom radu iz 1930. (C.29) ratificiralo je 175 država članica, a Konvenciju o zabrani i ukidanju prinudnog rada iz 1957. (C.105) – 172 države članice. Vidjeti:http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/

oblicima dječijeg rada, br. 182, iz 1999. godine. Istovremeno standardi vezani za prinudni ili obavezni rad nalaze se i u: Konvenciji br. 97 o migraciji u cilju zapošljavanja (revidirana) iz 1949, Konvenciji br. 143 o radnicima migrantima (dopunske odredbe) iz 1975, te Konvenciji br. 181 o privatnim agencijama za zapošljavanje iz 1997. godine.

U ovim međunarodnim instrumentima direktno ili indirektno nalazimo određenje prinudnog rada koje je implementirano i u nacionalnim zakonodavstvima država članica. Konkretnije, pojam prinudnog ili obaveznog rada vezuje se za definiciju koju sadrži Konvencija MOR-a br. 29 o prinudnom radu, a koja pod pojmom prinudnog ili obaveznog rada označava svaki rad ili službu koja se zahtijeva od pojedinca pod prijetnjom kazne, koji nije slobodno/dobrovoljno prihvaćen od datog pojedinca.[8] Iz ovakve, dosta neprecizne definicije orijentirane prije svega na rad, kao bitni elementi određenja prinudnog rada pojavljuju se dva obilježja:

(a) obavljanje poslova pod prijetnjom kažnjavanja i

(b) nepostojanje dobrovoljnosti / rad za drugoga (rad u službi drugoga) nije preuzet dobrovoljno.

a) Prijetnja kažnjavanjem odnosno kazna ne mora se nužno odnositi na "kaznenu sankciju", već i na gubitak prava ili privilegija, te na druge oblike kažnjavanja. Ova prijetnja nedvojbeno uključuje fizičko nasilje i ograničenja, a često i prijetnje smrću žrtvama radnog iskorištavanja i članovima njihovih porodica.[9] Kazna može biti i psihološke prirode poput prijetnje prijavljivanja policiji što kod ilegalnih migranata izaziva strah od deportacije. Od svih do sada donesenih konvencija MOR-a[10] prinudni rad je jedino pitanje u međunarodnim standardima koje je uvezano za kazneno gonjenje, konkretnije prema usvojenim rješenjima "nezakonito podvrgavanje prinudnom ili obaveznom radu mora biti kažnjivo kao kazneno djelo i svaka članica koja ratificira ovu Konvenciju je obavezna osigurati da su zakonom propisane kazne zaista primjerene i da se strogo primjenjuju"[11].

b) U odnosu na drugo obilježje u pojmovnom određenju prinudnog rada vezano za dobrovoljnost, početna tačka procjenjivanja vezana je za ispitivanje postojanja slobode izbora pojedinca i to u pogledu: oblika suglasnosti za obavljanje određenog posla; direktne ili posredne prinude,

[8] Član 2. st.1 Konvencije broj 29 MOR-a.

[9] Vidjeti: Trafficking for Labour and Sexual Exploitation in Germany, ILO, 2005.

[10] Do septembra 2012. godine MOR je usvojio 189 konvencija.

[11] Član 25 Konvencije MOR-a br. 29.

ili mogućnosti/nemogućnosti slobodnog povlačenja date suglasnosti. Naime, često pojedinac u početnoj fazi daje suglasnost za obavljanje rada, ali samo zbog toga što je od druge strane prijevarom došao u zabludu, da bi u daljnjem slijedu nastupila nemogućnost povlačenja iz takvog rada zbog zakonske, fizičke ili psihološke prinude. Dakle, obilježje dobrovoljnosti u načelu se odnosi na pristanak osobe, ali inicijalni pristanak nema relevantnost ako je dobiven pod utjecajem prevare ili obmane te je neophodno uzeti u obzir u svakom konkretnom slučaju mogućnosti kontrole te stvarne i prihvatljive alternative u kojoj se našao pojedinac. Gubitak kontrole nad vlastitim životom često predstavlja osnovni pokazatelj postojanja prinude i prinudnog rada. Glavna karakteristika prinudnog rada vezana je za odnos između pojedinca u zavisnom radu i "poslodavca", a ne odnosi se na vrstu posla ili aktivnosti, bez obzira na to koliko opasni ili teški uvjeti rada mogu biti. Žene prisiljene na prostituciju također su u situaciji prinudnog rada zbog nedobrovoljne prirode posla i prijetnje pod kojom se nalaze, a djeca ili odrasli koji prose pod prinudom žrtve su radnog iskorištavanja. Rad djece će biti prinudni rad ako se odvija pod prinudom koju provodi treća osoba prema djetetu ili njegovim roditeljima ili ako je djetetov rad direktan rezultat prinudnog rada roditelja[12].

1.1. Sadržina standarda vezanih za prinudni ili obavezni rad

Međunarodni instrumenti, odnosno prije svega naznačene konvencije MOR-a, sadrže niz načela vezanih za djelotvorno ostvarenje prava na zabranu/ukidanje prinudnog rada. Konvencija br. 29 o prinudnom radu iz 1930. godine naglašava zabranu prinudnog ili obaveznog rada u svim svojim oblicima, što je moguće u kraćem roku, ali dopuštajući takav rad za potrebe javne vlasti u iznimnim situacijama, i to u uvjetima i uz jamstva predviđena u Konvenciji.[13] Konvencija promovira provedbu politike postepenog uklanjanja svih oblika prinudnog rada, te se u momentu njenog donošenja predviđao period od pet godina u kojem se moraju suzbiti svi oblici prinudnog rada, bez mogućnosti daljnjeg tranzicijskog perioda.[14] Konvencija navodi i opće kriterije koje nadležna državna vlast mora zadovoljiti kako bi bila u mogućnosti uvesti prinudni ili obavezni rad.[15] Istovremeno, prema standardima

[12] Vidjeti: Forced Labour and Human Trafficking: Estimating the Profits, ILO, 2005.

[13] Čl. 1(2). Konvencije br. 29.

[14] Ibid., čl. 1(3).

[15] Opći uvjeti za uvođenje prinudnog ili obaveznog rada prema članu 9 Konvencije br. 29 su:
– da je rad koji je potrebno obaviti ili usluga koju je potrebno pružiti od važnog

utvrđenim u ovoj konvenciji, pojam prinudnog ili obaveznog rada ne odnosi se na:

- rad ili uslugu koji se zahtijeva na osnovu obavezne vojne službe za poslove isključivo vojne prirode;
- rad ili uslugu koji su dio uobičajenih građanskih obaveza državljana;
- rad ili uslugu koji se od neke osobe zahtijeva kao posljedica sudske presude, pod uvjetom da se navedeni rad ili usluga obavljaju pod nadzorom i kontrolom javne vlasti i da navedena osoba nije ustupljena ili stavljena na raspolaganje privatnim osobama, poduzećima ili udrugama;
- rad ili uslugu koji se zahtijeva u slučaju iznenadne opasnosti, to jest u slučaju rata, velike nesreće ili prijetnje od velike nesreće, kao što su požar, poplava, glad, potres, epidemije velikih razmjera ili stočne bolesti, najezda životinja, insekata ili biljnih parazita, i općenito svaka okolnost koja bi mogla ugroziti život ili dobrobit čitavog ili jednog dijela stanovništva.[16]

Standardi prinudnog ili obaveznog rada zabranjuju nadležnoj vlasti uvođenje prinudnog rada za potrebe poslodavaca, pojedinaca, preduzeća i udruženja u privatnom vlasništvu,[17] ali i obavezivanja na takav rad žena, djece, invalidnih osoba, muškaraca mlađih od 18 i starijih od 45 godina. Najduže razdoblje u kojem neka osoba može biti odvedena na prinudni ili obavezni rad bilo koje vrste, unutar bilo kojeg razdoblja od dvanaest mjeseci, ne smije biti duži od 60 dana, uključujući i vrijeme potrebno za odlazak na i povratak s mjesta rada.[18] Radno vrijeme svake osobe podvrgnute prinudnom radu mora biti isto kao i radno vrijeme koje je uobičajeno za dobrovoljni rad, a sati rada izvan redovnog radnog vremena moraju se nagraditi u iznosu uobičajenom za nagrađivanje prekovremenih sati dobrovoljnog rada.[19] Svim osobama podvrgnutim prisilnom radu bilo koje vrste mora se dati jedan dan sedmičnog odmora, a taj dan, koliko je to moguće, mora se podudarati

---

direktnog interesa za zajednicu koja je pozvana da obavi rad ili pruži uslugu;
- da su rad ili usluga trenutno i hitno potrebni;
- da za ponuđeni iznos nadnice i uz uvjete rada koji nisu nepovoljniji od plaće i uvjeta rada koji se u dotičnom području nude za sličan rad ili uslugu nije bilo moguće osigurati dobrovoljnu radnu snagu za obavljanje rada ili pružanje usluge;
- da rad ili usluga ne predstavljaju pretežak teret za dotično stanovništvo, uzimajući u obzir raspoloživu radnu snagu i njezinu sposobnost da obavi taj rad.

[16] Ibid., čl. 2.

[17] Ibid., čl. 4, 5, 6.

[18] Ibid., čl. 12. st. 1.

[19] Ibid., čl. 13. st. 1.

s danom utvrđenim tradicijom ili običajima toga teritorija ili regije.[20] Konvencija navodi niz mjera koje se moraju poduzeti radi djelotvorne provedbe njenih odredbi, uključujući detaljnu regulativu, postupak žalbe, kazne za slučaj nezakonitog uvođenja prinudnog odnosno obaveznog rada.[21]

U Konvenciji MOR-a br. 105 o zabrani i ukidanju prinudnog rada iz 1957. godine, države članice se nadalje obavezuju da zabrane prinudni rad koji se uvodi:

(a) kao sredstvo političke prinude ili kao kazna za posjedovanje ili izražavanje stavova ideološki suprotstavljenih postojećem političkom, društvenom ili ekonomskom sistemu;

(b) kao metoda mobiliziranja i korištenja rada u svrhu ekonomskog razvoja;

(c) kao sredstvo discipline rada ili discipline ponašanja na radu;

(d) kao kazna za sudjelovanje u štrajkovima;

(e) kao sredstvo rasne, socijalne, nacionalne ili vjerske diskriminacije.[22]

Konvencija MOR-a br. 182 o eliminaciji najgorih oblika dječijeg rada iz 1989. godine zabranjuje:

"(a) sve oblike ropstva ili prakse slične ropstvu, poput prodaje i trgovine djecom, dužničkog ropstva i kmetskog odnosa i prisilnog ili prinudnog rada, uključujući prisilnu ili prinudnu regrutaciju djece za učešće u oružanim sukobima;

(b) korišćenje, obezbjeđivanje ili nuđenje djece za prostituciju, za proizvodnju pornografskih materijala ili pornografske predstave;

(c) korišćenje, obezbjeđivanje ili nuđenje djece za nelegalne aktivnosti, posebno proizvodnju i trgovinu drogama kako je definisano relevantnim međunarodnim poveljama;

(d) rad koji, po svojoj prirodi ili okolnostima u kojima se odvija, može povrijediti zdravlje, bezbjednost ili moral djece".[23]

Pored rješenja u naznačenim konvencijama MOR-a i u drugim međunarodnim izvorima bilo posredno ili neposredno uređuje se zabrana prinudnog rada. U Međunarodnom ugovoru o građanskim i političkim pravima pitanje prinudnog rada regulirano je zabranom istog, ali i naznačavanjem kategorija koje

[20] Ibid., čl. 13. st. 2.

[21] Ibid., čl. 23–25.

[22] Član 1 Konvencije broj 105. MOR-a.

[23] Član 3 Konvencije broj 182. MOR-a.
Vidjeti i: ILO (2002) Eliminating the worst forms of child labour. A practical guide to the ILO Convention No. 182. Handbook for Parliamentarians No. 3 – 2002. Geneva: ILO.

se ne smatraju prinudnim radom, kao što su: rad ili usluga koja se obavlja u pritvoru kao posljedica zakonske sudske odluke ili rad koji osoba obavlja za vrijeme uvjetne kazne nakon pritvora; bilo koja usluga vojne prirode, odnosno u državi u kojoj se predviđa prigovor savjesti protiv vojne službe, bilo koji državni rad predviđen zakonom; usluge koje se pružaju u situacijama nužde ili u situacijama u kojima postoji prijetnja životima i blagostanju društva, te rad ili usluga koja je sastavni dio uobičajenih građanskih dužnosti.[24] U Međunarodnom ugovoru o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima garantira se pravo na rad svim osobama, kao i mogućnost slobodnog odabira i prihvaćanja posla te utemeljuje obaveza države vezana za poduzimanje potrebnih mjera kako bi se osigurala ova prava.[25] U Međunarodnoj konvenciji o zaštiti prava radnika migranata i članova njihovih porodica UN iz 1990. godine u segmentu ljudskih prava naznačeno je da radnik migrant ili član njegove porodice neće biti držan u ropstvu ili položaju sličnom ropstvu, odnosno da se od radnika migranta ili člana njegove porodice neće zahtijevati obavljanje prinudnog ili obaveznog rada.[26]

Neosporno, segment prava na slobodu i nezavisnost svakog ljudskog bića supsumira slobodu od ropstva, prinudnog ili obaveznog rada, te predstavlja središte u ostvarivanju prava na život, slobodu i sigurnost, s jedne strane, i slobode od mučenja i ostalih nečovječnih ili ponižavajućih postupanja, s druge strane.[27]

1.2. Faktori identifikacije prinudnog ili obaveznog rada

Suvremeni oblici prinudnog rada su globalnog karaktera i prisutni su u svim regijama. Uvezani su procesom globalizacije i migracijskim trendovima, te su dio aktivnosti vezanih za postizanje financijskog profita na nezakonit način. Javljaju se u obliku prinudnog rada migranata zbog dužničkog ropstva, trgovine ljudskim bićima posebno ženama i djecom u svrhu prosjačenja, raspačavanja droge, te pružanja seksualnih usluga. U zemljama u razvoju najprisutniji je prinudni rad u vidu trgovine ljudskim bićima kako unutar države, tako i izvan njenih granica.[28]

---

[24] Međunarodni ugovor o građanskim i političkim pravima, čl. 8. st. 3.

[25] Međunarodni ugovor o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine, čl. 6. st. 1.

[26] Član 11. st. 1–2 Konvencije o zaštiti prava radnika migranata i članova njihovih porodica.

[27] L. Betten, International Labor Law, Kluwer, Deventer-Boston, 1993, str. 125.

[28] Vidjeti:
ILO (2003a) Report of the trade union consultation meeting. Forced labour outcomes

Na osnovu dugogodišnjeg iskustva nadzorna tijela MOR-a utvrdila su nekoliko faktora koji pojedinačno ili uvezani mogu ukazivati na okolnost prinudnog rada.[29] Radi se o:

- prijetnjama nasiljem ili stvarnom fizičkom nasilju prema radniku;
- ograničenju kretanja i ograničavanju slobode kretanja na radno mjesto ili ograničeni prostor;
- dužničkom radu (radnik radi da bi otplatio dug ili zajam, nije plaćen za svoj rad, poslodavac osiguravajući hranu i smještaj po preuveličanim cijenama radnika dovodi radnika u zaduživanje);
- neisplaćivanju plaće ili značajnom smanjenju plaće, čime se krše preuzete/dogovorene obaveze;
- zadržavanju putnih i osobnih dokumenta, tako da radnik ne može otići ili dokazati svoj identitet i status;
- prijetnji prijavljivanjem vlastima kad pojedinac ima status ilegalnog migranta, s ciljem da se pojedinac prisili na nedobrovoljan rad ili uslugu.[30]

Pri identifikaciji prinudnog rada u praksi se slijede obilježja pojmovnog određenja prinudnog rada što ima za posljedicu da se parametri za omeđivanje prinudnog ili obaveznog rada mogu također podijeliti u dvije skupine. U prvoj skupini su okolnosti koje ukazuju na nedostatak dobrovoljnosti u pogledu obavljanja rada. Radi se o situacijama: rođenje u statusu "roba" ili dužnika ili pad u ove statuse; fizička otmica ili kidnapiranje; prodaja osobe u vlasništvo druge; fizičko zatočeništvo na mjestu rada – zatvoru ili privatnoj desti-

of irregular migration and human trafficking in Europe 8–9 January 2003. Geneva;
ILO (2003b) Trafficking in Human Beings. New approaches to combating the problem. Special Action Programme to Combat Forced Labour. May 2003, first edition, Geneva;
ILO (2004) Human Trafficking and Forced Labour Exploitation: Guidelines for Legislators and Law Enforcement, Geneva;
ILO (2005) A global alliance against forced labour. Global report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principals and Rights at Work. Geneva;
ILO (2006) The end of child labour: Within reach. Global report under the follow-up to the ILO Declaration of the fundamental principles and rights at work. International Labour conference 95th session 2006. Report I (B). Geneva;
ILO/ICMPD (2006) Combating and preventing trafficking for forced labour exploitation. Good practice for Europe (Draft), Lisbon Conference, June. ILO/ICMPD.
Ryan, B. (ed.) (2005) Labour Migration and Employment Rights. London: Institute of Employment Rights.
Skrivánková, K. (2006) Trafficking for Forced Labour: UK country report. London: Anti-Slavery International.

[29] Vidjeti: Belser, de Cock, Mehran:ILO Minimum Estimate of Forced Labour in the World, ILO, Geneva, 2005.

[30] Vidjeti: A Global Alliance Against Forced Labour, ILO, 2005.

naciji; psihološka prinuda na rad u vidu prijetnje izvršenja kazne ukoliko se rad ne obavi; uvođenja dužništva (falsificiranjem računa, preuveličavanjem cijena, smanjenjem vrijednosti proizvedene robe ili obavljenih usluga);[31] obmana ili lažna obećanja u pogledu vrste i uvjeta rada; zadržavanje ili neisplata plaće; oduzimanje identifikacijskih dokumenata ili drugih osobnih vrijednosti.

U drugu skupinu faktora koji upućuju na obavljanje rada pod prijetnjom sankcije odnosno koji ukazuju na načine zadržavanja pojedinaca u prinudnom radu spadaju: fizičko nasilje usmjereno prema radniku, članovima njegove porodice ili bliskim osobama; seksualno zlostavljanje; prijetnja natprirodnom osvetom; zatočenje/zatvor ili drugo fizičko lišavanje slobode; sankcije financijske prirode; prijetnja prijavljivanja policijskim i imigracijskim vlastima i deportacijom; otpuštanje s posla; oduzimanje mogućnosti budućeg zaposlenja; isključenje iz društva i socijalnog života; oduzimanje prava i povlastica; uskraćivanje hrane, smještaja i drugih osnovnih potreba; prijelaz na gore uvjete rada; gubitak socijalnog statusa i sl.[32]

Neosporno, žrtve prinudnog ili obveznog rada su u pravilu i žrtve trgovine ljudskim bićima u svrhu radnog iskorištavanja, odnosno, kako to ukazuje MOR, veliki dio od 20,9 miliona pojedinaca širom svijeta koji se pojavljuju kao žrtve prinudnog rada su žrtve trgovine ljudskim bićima.[33] U daljnjem dijelu rada, da bi se pojasnila veza između prinudnog rada i trgovine ljudskim bićima u svrhu radnog iskorištavanja naznačavaju se u kratkim crtama obilježja fenomena trgovine ljudskim bićima.

2. Pojmovno određenje trgovine ljudskim bićima

Trgovanje ljudskim bićima (trgovanje ljudima) je segment nove terminologije u predstavljanju problema ropskog položaja ljudi.[34] Pojednostavljena

[31] Konvencija MOR-a broj 117 o osnovnim ciljevima i standardima socijalne politike iz 1962. godine bavi se oblicima isplate plaće koji mogu dovesti do zaduženosti. U tom kontekstu standardi zahtijevaju ograničavanje iznosa plaće koji poslodavci mogu unaprijed dati radnicima, kako bi se izbjeglo kasnije obavezivanje dugom, odnosno uspostavljen je standard isplate plaće u redovnim intervalima i to u zakonskim sredstvima plaćanja.

[32] Vidjeti: A Global Alliance Against Forced Labour, Global report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference, 93. Session 2005. Report I (B), International Labour Office, Geneva, 2005;

[33] ILO 2012 Global Estimate of Forced Labour: Results and methodology, Geneva, 2012, www.ilo.org/forcedlabour, pristup, 5. 9. 2012.

[34] UN naznačava da je u proteklih deset godina, trgovina ljudima dostigla razmjere

definicija fenomena trgovanja ljudskim bićima vezana je za naznaku da je "trgovanje ljudima, posebno ženama i djecom, trgovanje ljudskom bijedom, te predstavlja jedan od najvećih zločina našeg doba".[35]

Dugo vremena nije postojala univerzalna definicija trgovanja ljudskim bićima, nego se ovaj fenomen definirao različitim pristupima u ovisnosti od načina i cilja.[36] Ipak zbog uzroka, dimenzija i posljedica, trgovanje ljudskim bićima

---

epidemije. National Geographic procjenjuje da ukupan broj žrtava trgovine ljudima danas iznosi oko 27 miliona. To znači da u modernom dobu imamo više ljudi u ropstvu nego što ih je odvezeno iz Afrike tijekom 400 godina transatlantske trgovine robovima. Najznačajniji oblik trgovine ljudima vezuje se za seksualno iskorištavanje. UNICEF procjenjuje da svake godine oko milion djece biva prodano ili na neke druge načine završava u kriminalnom djelovanju. Vjeruje se da trgovina ljudima zbog seksa najbrže raste u Srednjoj i Istočnoj Europi te zemljama bivšeg Sovjetskog saveza. U Aziji, djevojke iz sela u Nepalu i Bangladešu, koje su često mlađe od 18 godina, prodaju se u javne kuće u Indiji za oko hiljadu dolara. Europol procjenjuje da je trgovina ljudima kriminal koji donosi godišnje nekoliko milijardi dolara. Radna grupa UN o savremenim oblicima ropstva izradila je spisak kršenja ljudskih prava koje smatra oblicima modernog ropstva. Radi se o: prodaji djece; dječijoj prostituciji; dječijoj pornografiji; dječijem radu; seksualnom turizmu; upotrebi djece u oružanim snagama; eksploataciji radnika migranata; nezakonitom usvajanju; trgovini ljudima; trgovini ljudskim organima; eksploataciji prostitucije drugih; nasilju nad ženama; prinudnom braku; dužničkom ropstvu; prinudnom radu.

[35] Vidjeti: Bjelica, J. (2001): Trgovina ljudima na Balkanu. Priručnik za novinare, B92, Beograd.
Cockburn, A. (2003): Ropstvo 21. stoljeća. National Geographic, br. 1, 2–29.

[36] Sastavni dio međunarodnog pravnog okvira za borbu protiv trgovine ljudima, vezan je i za odredbe:

- Konvencije o suzbijanju trgovine ljudima i o eksploataciji prostitucije drugih lica iz 1949. godine, koja zahtijeva od država potpisnica "da preduzmu, u vezi sa imigracijom i emigracijom, da usvoje ili podržavaju sve mjere koje su potrebne, u smislu svojih obaveza prema Konvenciji, da kontrolišu promet ljudi oba pola u cilju prostitucije" (čl. 17);
- Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije protiv žena od 1979. godine, koja poziva države potpisnice "da preduzmu sve odgovarajuće mere, uključujući i zakonske, da bi suzbile sve oblike trgovine ženama i eksploatacije prostitucije žena" (čl. 6);
- Deklaracija o eliminaciji nasilja nad ženama (Rezolucija Generalne skupštine 48/104 od 20. decembra 1993. godine), koja definiše "nasilje nad ženama" kao ono koje uključuje "silovanje, seksualno zlostavljanje, seksualno uznemiravanje i zastrašivanje na radnom mestu, u obrazovnim ustanovama i drugim mestima, trgovinu ženama i prisilnu prostituciju" (čl. 2);
- Konvenciju o pravima djeteta od 1989. godine koja predviđa da države potpisnice moraju "preduzeti sve odgovarajuće nacionalne, bilateralne i multilateralne mjere u cilju sprečavanja otmice, prodaje ili trgovine djecom u bilo kom cilju i obliku" (čl. 35);
  - Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta od 2000. godine o prodaji djece, dječijoj prostituciji i dječijoj pornografiji, koja predviđa da države moraju "preduzeti sve potrebne korake da osnaže međunarodnu saradnju putem multilateralnih, regionalnih i bilateralnih aranžmana usmjerenih na prevenciju, otkrivanje, istragu,

postalo je predmet sporazumne međunarodne definicije.[37] Međunarodni

krivično gonjenje i kažnjavanje osoba odgovornih za djela prodaje djece, dječije prostitucije, dječije pornografije i dječijeg seksualnog turizma" (čl. 10);
  – Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta od 2000. godine o učešću djece u oružanim sukobima, kojim se zahtijeva od država potpisnica da obezbijede da "osobe koje nisu napunile 18 godina ne budu prisilno regrutovane u oružane snage" (čl. 2);
- Konvenciju o zaštiti djece i suradnji u međunarodnom usvojenju iz Haga od 1993. godine, kojom se zabranjuje međunarodno usvojenje u slučajevima kada je pristanak roditelja dobijen kao rezultat isplate ili naknade. Uz to, Konvencija predviđa da "niko neće ostvariti nezakonitu finansijsku ili drugu dobit od aktivnosti koje su u vezi sa međunarodnim usvojenjem" (čl. 32);
- Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda, koji definiše "zločine protiv čovječnosti" kao one koji uključuju "porobljavanje", te definiše "porobljavanje" kao "sprovođenje bilo kakvih ili svih ovlašćenja kojima se pridaje pravo vlasništva nad nekom osobom i podrazumeva korišćenje takve moći u toku trgovine ljudima, a posebno ženama i djecom" (čl. 7).

[37] Osnovni uzroci fenomena trgovanja ljudskim bićima su po prirodi ekonomski, socijalni, kulturološki, pravni i politički faktori. Protokol o trgovini ljudima direktno se bavi ekonomskim faktorima, jer pominje siromaštvo, nerazvijenost i odsustvo jednakih mogućnosti. Ekonomska ugroženost odnosi se i na nezaposlenost i nedostatak pristupa mogućnostima što dovodi do migracija u potrazi za boljim životom. Društvena isključenost se odnosi na odsustvo pristupa socijalnim pravima i onemogućava grupe stanovništva da primaju subvencije i zaštitu na koje bi trebalo da imaju prava svi građani. Isključivanje iz socijalne sigurnosti nastaje iz složenih faktora uključujući spol, etničku pripadnost i niski status grupa u društvima. To obuhvata diskriminaciju u obrazovanju, zapošljavanju, pristupu pravnim i zdravstvenim uslugama i pristup informacijama i socijalnim službama. Društvena isključenost posebno je relevantna kada se razmatraju načini sprečavanja ponovne viktimizacije i ponovljene trgovine ljudskim bićima. Žrtve nelegalne trgovine suočavaju se s velikim preprekama po povratku svojim kućama, između ostalog i stavovima i predrasudama u sopstvenim zajednicama. Socijalna i kulturološka ponašanja zavise od konteksta pa ih se mora razmatrati sa posebnom pažnjom da bi se izbjegle generalizacije. Na primjer, običaji poput ugovorenih, ranih ili prinudnih brakova u nekim kulturama ili privremeni brakovi, brakovi iz kataloga ili nevjeste iz kataloga i drugi vidovi seksualne eksploatacije mogu doprinijeti trgovini ljudima. Nadalje, u mnogim zemljama, kulturne norme utiču na način postupanja sa ženama, čime diskriminacija zasnovana na spolu postaje faktor koji dodatno doprinosi ranjivosti žena na trgovinu ljudima. Uz to, žene iz određenih društava koje su žrtve trgovine radi prostitucije suočavaju se s većim poteškoćama pri reintegraciji u svoje porodice i zajednice nakon što budu oslobođene eksploatacije. Mnoge žene koje su žrtve trgovine takođe su oboljele od HIV/SIDA ili drugih spolno prenosivih bolesti, a u nekim društvima njihovo prijavljivanje se smatra sramotom. Pravni faktori ispoljavaju se nemogućnošću pristupa pravosudnom sistemu bilo zato što je žrtva takve trgovine stranac ili nema pristupa pravnom zastupniku, ili zato što sam sistem ne nudi odgovarajući pravni lijek. Uz ekonomske, socijalne i kulturološke faktore, trgovini ljudima mogu doprinijeti i politička nestabilnost, rat i sukobi. Naime, u društvima u tranziciji u kojima građanski nemiri, gubitak nacionalnog identiteta i politička nestabilnost stvaraju pogodnu sredinu za organizovani kriminal, uključujući i trgovinu ljudima. U takvim slučajevima, razbijanje tradicionalnog života zajednice sa

konsenzus o potrebi harmoniziranog i usaglašenog djelovanja u borbi protiv trgovine ljudskim bićima postignut je u decembru 2000. godine kada su države potpisale Protokol o sprječavanju, suzbijanju i kažnjavanju trgovanja ljudima, posebno ženama i djecom (u daljnjem tekstu: Protokol)[38]. Protokol predstavlja osnovni pravni instrument koji države koriste pri definiranju nacionalnog pristupa u borbi protiv trgovanja ljudskim bićima, s jedne strane, te okvir za uobličavanje regionalnih strateških aktivnosti i mjera odnosno osnov međunarodne suradnje protiv modernih oblika ropstva, s druge strane. U Protokolu koji dopunjava Konvenciju UN protiv transnacionalnog organiziranog kriminala, trgovanje ljudima definirano je putem postupaka, sredstava i svrhe/cilja. U tom kontekstu, trgovanje ljudskim bićima vezuje se za postupke: vrbovanja, prijevoza, premještanja, skrivanja ili prihvata osoba putem (*sredstva*): prijetnje ili upotrebe sile, drugih oblika prinude, ali i putem otmice, prevare, obmane, zloupotrebe službenog položaja ili položaja ugroženosti, te putem davanja ili primanja novčane naknade ili drugih beneficija kako bi se postigao pristanak osobe koja ima kontrolu nad drugom osobom u svrhu *(cilj)* iskorištavanja prostituiranja drugih, drugih oblika seksualnog iskorištavanja, prinudnog rada, ropstva ili odnosa sličnom ropstvu, ropskog položaja, uklanjanja organa itd.

Protokolom se trgovanje ljudima definira kao kazneno djelo protiv humanosti u kojem je akcent stavljen na prevaru i iskorištavanje. Proširuje se obim aktivnosti koje se smatraju dijelom procesa trgovanja ljudima – odabir i angažiranje, prijevoz, prebacivanje, skrivanje i prihvat osoba, te se naznačava veliki broj načina na koji se dobiva pristanak osobe: od očite uporabe sile do suptilnih poticaja kojima se može kapitalizirati ranjivost osobe. Posebno je značajno da se pristanak osobe na iskorištavanje smatra irelevantnim ukoliko je do njega došlo uporabom bilo kojeg od definiranih postupaka odnosno načina, a vrbovanje, prijevoz, premještanje, skrivanje ili prihvat djeteta u svrhu iskorištavanja podvodi se pod "trgovinu ljudima" bez obzira na to da li uključuje bilo koje sredstvo iz utvrđene definicije. Pri tome, iako je akcent stavljen na žene i djecu, naglašava se da i muškarci mogu biti žrtve trgovanja ljudima. Pored seksualnog iskorištavanja, kao dugo vremena dominantnog cilja, prepoznati su i drugi oblici eksploatacije,

svim njenim zaštitnim okvirima i prateće raseljavanje stanovništva čine ljude izuzetno ranjivim na eksploataciju. Od prevashodnog značaja je kombinovanje politika koje za cilj imaju ublažavanje ovih faktora ugroženosti sa drugima poput podizanja svijesti javnosti, istraživanja i obrazovanja o pojavi trgovine ljudima.

[38] Vidjeti: Protocol to the United Nations Convention against Transnational Organised Crime to Prevent, Suppress and Punisch Trafficking in Persons, Especially Women and Children, http://www2.ohchr.org/englich/law/protocoltraffic.htm

te eksploatacija obuhvata: iskorištavanje prostituiranja drugih i druge oblike seksualnog iskorištavanja, prinudni rad ili usluge, ropstvo ili prakse slične ropstvu, ropski položaj ili uklanjanje organa. Protokol naznačava i mjere za prevenciju trgovanja ljudima, zaštitu, skrb, povratak i reintegraciju žrtava trgovanja ljudima, kao i mjere za kažnjavanje trgovanja ljudima i sličnih radnji. Međutim i definicija trgovine ljudima data u Protokolu je veoma kompleksna i delikatna, te još postoji mnogo otvorenih pitanja i dilema o kojima se zauzimaju stavovi, a među njima posebno u odnosu na trgovinu ljudskim bićima u svrhu radnog iskorištavanja.

Naime iako se iz definicije trgovanja ljudima koju donosi Protokol može zaključiti da je radno iskorištavanje jedan od oblika trgovanja ljudima, ukazuje se potreba za dodatnim pojašnjenjem pojma radnog iskorištavanja kako bi se utvrdilo da li su pojmovi radno iskorištavanje i prinudni rad isti pojmovi, te u kojoj su mjeri prisutni u okviru fenomena trgovanja ljudima. Stoga je neophodno još jednom potcrtati da shodno Protokolu "eksploatacija obuhvata, kao minimum, eksploataciju prostitucije drugih osoba ili druge oblike seksualne eksploatacije, prinudni rad ili službu, ropstvo ili odnos sličan ropstvu, servitut ili uklanjanje organa". Dakle, na općoj razini eksploatacija se može pojaviti kao:

- trgovina ljudskim bićima u cilju seksualne eksploatacije koja može obuhvatati eksploataciju prostitucije drugih osoba ili druge oblike seksualne eksploatacije poput pornografije, seksualno orijentisanih predstava ili seksualnog turizma;[39]
- trgovina ljudima u nekomercijalne seksualne svrhe, koja može obuhvatati sklapanje ranih brakova, prisilne ili ropske brakove, ugovorene brakove, brakove uz naknadu, brakove za novac, privremene brakove ili brakove radi rađanja djece; ili
- trgovinu radnom snagom, koja može obuhvatati domaći servitut, rad u radionicama ili u poljoprivredi ili građevinarstvu, ili prinudnu regrutaciju u oružanim snagama;

Ostali oblici eksploatacije obuhvataju uklanjanje organa i korišćenje žrtava nelegalne trgovine za kaznena djela ili prosjačenje.

Protokol ne daje pojedinačne definicije oblika eksploatacije, već ostavlja prostor nacionalnim zakonodavstvima da iskoriste definicije date u postojećim

[39] IOM, "Trafficking and Prostitution: The Growing Exploitation of Women from Central and Eastern Europe," (IOM: Geneva, 1995);
IHRLI, "In Modern Bondage: Sex Trafficking in the Americas" International Human Rights Law Institute DePaul University College of Law, Chicago, 2002.

međunarodnim konvencijama. Pri tome, imajući u vidu rješenja u Protokolu, posebno je značajno da je pristanak žrtve trgovine ljudskim bićima u odnosu na namjeravanu eksploataciju nebitan ako je korištena prijetnja ili upotreba sile, otmica, prevara, obmana, zloupotreba službenog položaja ili težak položaj odnosno sredstva koja isključuju dobrovoljni pristanak. Istovremeno, kada se radi o djeci, sredstva prinude nisu relevantna, te se i ne postavlja pitanje da li je bilo ili nije pristanka.

Prvi evropski međunarodni sporazum u kontekstu trgovanja ljudskim bićima usvojen je 2005. godine u Varšavi donošenjem Konvencije Vijeća Evrope o akciji protiv trgovine ljudima.[40] Konvencija Vijeća Evrope u potpunosti preuzima definiciju trgovine ljudskim bićima utvrđenu Protokolom iz Palerma[41], ali ide i veliki korak naprijed jer se primjenjuje na sve oblike trgovine ljudima, bez obzira na to da li imaju transnacionalni karakter i da li su izvršeni od strane organizirane kriminalne grupe. Kao dio pojma sadržanog u definiciji trgovine ljudima dato je i određenje eksploatacije u smislu da eksploatacija "obuhvata, najmanje, eksploataciju prostitucije drugih osoba ili druge seksualne eksploatacije, prinudni rad ili služenje, ropstvo ili odnos sličan ropstvu, servitut ili uklanjanje organa". Dakle, eksploatacija se pojavljuje kao cilj trgovine ljudskim bićima.

Definicija radne eksploatacije data je i u pravnom sistemu Evropske unije, odnosno radno iskorištavanje ima kontinuum s prinudnim radom, koji predstavlja minimum situacije i ropstvom na drugom kraju kao najgrubljim oblikom ove situacije.[42] Ropstvo u tradicionalnom smislu pretpostavlja da vlasnik posjeduje pojedinca tj. da se radi o situaciji potpune kontrole nad jednom osobom od strane druge odnosno o stanju i položaju pojedinca nad kojim se vrše atributi vlasništva. Prinudni rad uključuje upotrebu sile i ograničavanje ili oduzimanje slobode odnosno stvarnu prinudu da pojedinac pristane na neki posao protiv svoje volje.

---

[40] Vidjeti:www.coe.int/T/E/human_rights/trafficking/PDF_Conv_197_Trafficking_E.pdf.

[41] Član 4. Konvencije Vijeća Evrope.

[42] Shodno rješenjima u Direktivi o sprečavanju i borbi protiv trgovine ljudima i zaštiti njenih žrtava – Direktiva 2011/36/EU Evropskog parlamenta i Vijeća od 5. aprila 2011. godine kojom je zamijenjena Okvirna odluka Vijeća 2002/629/HA, eksploatacija obuhvata kao minimum eksploataciju prostituiranja drugih ili druge oblike seksualnog iskorištavanja, prisilni rad ili usluge, uključujući prosjačenje, ropstvo ili prakse slične ropstvu, ropskom položaju, eksploataciju kriminalnih aktivnosti ili uklanjanje organa. Strožije preventivne mjere, oštrije kazne za trgovce ljudskim bićima, te bolja zaštita žrtava su ciljevi ove direktive koja se primjenjuje u odnosu na trgovinu ljudskim bićima unutar seksualne industrije ili u svrhu radne eksploatacije poput djelatnosti građevinarstva, poljoprivrede ili u domaćinstvima.
Vidjeti: Official Journal of European Union (OJ) L 101,15. 4. 2011, p.1–6.

Imajući u vidu faktore koji olakšavaju ili podstiču trgovinu ljudima, prinudni rad je međusobno povezan s ovim fenomenom, ali mu nije istovjetan. Većina žrtava trgovanja ljudima uglavnom završi u prinudnom radu jer je trgovanje ljudskim bićima upravo sredstvo za dobijanje osoba koje će biti predmet prinudnog rada ili će imati za rezultat zahtijevanje prinudnog rada od osobe, da bi otplatili dug. Istovremeno žrtve prinudnog rada ne nađu se uvijek u toj situaciji kao rezultat trgovanja ljudima. Radnici ilegalni migranti su specifična grupa zbog činjenice da mogu biti i žrtve prinudnog rada, ali i žrtve trgovine ljudima u svrhu radnog iskorištavanja. Stoga je zaštita radnika migranata važan segment i sredstvo u borbi protiv trgovine ljudima imajući u vidu da zloupotreba migracije predstavlja u pravilu okosnicu trgovine ljudskim bićima u svrhu radne eksploatacije.

3. Indikatori trgovine ljudskim bićima u odnosu na najčešće oblike iskorištavanja

Definicija trgovanja ljudima naznačena u Protokolu, odnosno u Konvenciji Vijeća Evrope je implementirana u kaznene zakone većine država u svijetu, što omogućava sankcioniranje počinitelja ovog kaznenog djela.[43] Međutim, uobičajeno, čarobna riječ je primjena. Na temelju analize slučajeva iz cijelog svijeta, Ured Ujedinjenih nacija za droge i kriminal (UNODC) je sastavio listu pokazatelja za nekoliko najzastupljenijih oblika iskorištavanja uvezanih za trgovinu ljudskim bićima.[44]

Osnovni pokazatelji trgovine ljudima uvezani sa pozicijom žrtava su: vjerovanje da moraju raditi protiv svoje volje; nisu u mogućnosti napustiti svoju radnu okolinu; pokazuju znakove da je njihovo kretanje pod kontrolom; osjećaju da ne mogu otići; pokazuju strah ili tjeskobu; suočeni su s nasiljem ili prijetnjom nasiljem prema sebi, članovima svojih obitelji ili drugim

[43] Kazneno djelo trgovine ljudima ima tri osnovna elementa s obzirom na pojavne oblike naznačene u definiciji ovog fenomena. U najkraćem, to su: radnja (vrbovanje, prijevoz, prebacivanje, smještaj i prijem osoba) sredstva (prijetnja ili upotreba sile ili drugih oblika prinude, otmica, prevara, obmana, zloupotreba ovlaštenja ili zloupotreba teškog položaja osoba ili davanje i primanje novca odnosno ostalih koristi osobi koja ima kontrolu nad drugom osobom i cilj (eksploatacija prostitucije drugih osoba ili drugi oblici seksualne eksploatacije, prinudni rad ili služenje, ropstvo ili odnos sličan ropstvu, servitut ili uklanjanje organa).
Kazneno djelo trgovine ljudima postoji samo ako postoje sva tri osnovna elementa iz definicije, pri čemu je dovoljno da su radnje preduzete u cilju ostvarenja nekog od navedenih oblika eksploatacije, bez obzira na to da li je taj cilj i realiziran.

[44] Vidjeti: Human Trafficking Indicators na www.unodc.org

voljenim osobama; imaju ozljede koje izgledaju kao posljedica napada; imaju ozljede koje su posljedice određenog posla ili mjera kontroliranja; imaju ozljede koje su posljedica primjena metoda kontroliranja; nepovjerljivi su prema vlastima; prijetilo im se da će ih se prijaviti vlastima; u strahu su od otkrivanja svog imigracijskog statusa; ne posjeduju putne isprave ni bilo koji drugi identifikacijski dokument jer su ih predali nekom drugom; imaju lažni identitet ili putne isprave; nalaze se na lokaciji na kojoj se vjerojatno odvija iskorištavanje ljudi ili su povezani s njom; ne poznaju lokalni jezik; ne znaju kućnu adresu niti adresu radnog mjesta; dopuštaju drugima da govore u njihovo ime; ponašaju se kao da su od nekoga dobili upute; prisiljeni su raditi pod određenim uvjetima; disciplinira ih se s pomoću kazne; nisu u mogućnostima pregovarati o uvjetima rada; dobivaju neznatnu ili nikakvu naknadu/plaću; nemaju pristup svojoj zaradi; rade iznimno puno kroz dugo razdoblje; nemaju slobodnih dana; žive u lošim uvjetima; nemaju pristup zdravstvenoj zaštiti; ograničeno se druže s drugima ili se uopće ne druže; imaju ograničen kontakt s porodicom ili ljudima izvan trenutačnog okruženja; nisu u mogućnosti slobodno komunicirati s drugima; shvaćaju da su vezani dugom; u situaciji su ovisnosti o drugima; dolaze iz mjesta koje je poznato kao izvorište trgovanja ljudima; trošak prijevoza do zemlje odredišta platio im je onaj tko ih je odabrao i angažirao za rad, a to moraju vratiti pružajući usluge ili radeći u zemlji odredišta; pristali su na rad na osnovi lažnih obećanja.

Pokazatelji za identifikaciju djece žrtava trgovanja ljudskim bićima oslanjaju se na slijedeće okolnosti: nemaju pristup roditeljima ili skrbnicima; ponašaju se netipično u odnosu na drugu djecu njihove dobi; nemaju prijatelja svog uzrasta izvan radne okoline; nemaju pristup obrazovanju; nemaju vremena za igru; žive odvojeno od druge djece i u neadekvatnom smještaju; jedu odvojeno od drugih članova "porodice"; daju im se samo ostaci hrane; uključeni su u rad koji nije prikladan za djecu; putuju bez pratnje odraslih; putuju u grupi s osobama koje im nisu rođaci. UNODC ukazuje da i slijedeće okolnosti mogu upućivati da su djeca žrtve trgovanja ljudima: odjeća u dječjoj veličini inače tipična za obavljanje fizičkog rada ili pružanje seksualnih usluga; igračke, kreveti i dječja odjeća na neprimjerenim mjestima, kao što su bordeli i tvornice; tvrdnja odrasle osobe da je dijete pronađeno bez pratnje; djeca bez pratnje koja nose telefone kako bi mogla pozvati taksi; otkrivanje slučajeva koji uključuju ilegalna posvojenja.

Za žrtve trgovine ljudima u svrhu rada u domaćinstvu indikatori se oslanjanju na: osobe stanuju s porodicom; ne jednu s ostatkom porodice; nemaju privatni prostor; spavaju u zajedničkim ili neadekvatnim prostorijama; poslodavac je prijavio njihov nestanak iako oni još uvijek žive u njegovoj

kući; rijetko ili nikad ne napuštaju kuću da bi se družili; nikad ne napuštaju kuću bez poslodavca; daju im se samo ostaci hrane; suočeni su s napadima, zlostavljanjima, prijetnjama ili nasiljem.

Seksualno iskorištavanje je najčešći cilj trgovanja ljudskim bićima, a indikatori ukazuju da: žrtve mogu biti bilo koje dobi (iako dob može varirati ovisno o lokaciji i tržištu); stalno su pod pratnjom, kad odlaze na posao i kad se vraćaju s njega ili s bilo koje druge aktivnosti; imaju tetovaže ili bilo koji drugi znak "posjedovanja" kojim se označava da pripadaju trgovcu ljudima; rade puno sati dnevno i ne dobivaju slobodne dane; spavaju gdje rade; žive ili putuju u grupi, ponekad s drugim osobama koje ne govore njihov jezik; imaju samo nekoliko komada odjeće; odijevaju se tipično za pružanje seksualnih usluga; znaju jedino riječi lokalnog jezika ili jezika grupe klijenata povezane sa seksom; nemaju novac uz sebe; ne mogu pokazati identifikacijski dokument. Uz ove pokazatelje, da se radi o žrtvama seksualne eksploatacije može ukazivati i postojanje: dokaza da su potencijalne žrtve imale nasilan spolni odnos ili spolni odnos bez zaštite; dokaza da potencijalne žrtve nisu mogle odbiti spolni odnos bez zaštite ili nasilan spolni odnos; dokaza da je osoba bila kupljena i prodana; dokaza da je grupa žena pod kontrolom drugih; oglasa po bordelima ili sličnim mjestima u kojima se nude usluge žena određene etničke pripadnosti i nacionalnosti.

Za osobe koje su žrtve radnog iskorištavanja karakteristično je sljedeće: stanuju u grupama na istom mjestu na kojem rade, a te prostorije napuštaju vrlo rijetko ili nikada; stanuju u ponižavajućim okolnostima, na neprikladnim mjestima kao što su privredne ili industrijske zgrade; nisu adekvatno odjevene za posao koji rade, na primjer nemaju zaštitnu opremu ili toplu odjeću; daju im se samo ostaci hrane; nemaju pristup svojim prihodima; nemaju ugovor o radu; imaju izuzetno puno radnih sati; poslodavac u potpunosti određuje sve vezano uz posao, prijevoz i smještaj; nemaju izbora kad se radi o smještaju; nikad prostorije u kojima rade ne napuštaju bez poslodavca; nisu u mogućnosti slobodno se kretati; suočene su sa sigurnosnim mjerama koje postoje kako bi ih se zadržalo na radnom mjestu; disciplinira ih se kaznama; suočene su s napadima, zlostavljanjima, prijetnjama nasiljem; nedostaju im osnovna znanja i radna dozvola. Da su osobe bile žrtve trgovanja ljudima u svrhu radnog iskorištavanja može ukazivati i to što: obavijesti na radnom mjestu su objavljene na jezicima drugačijim od lokalnog jezika; na radnom mjestu nema zdravstvenih ni sigurnosnih upozorenja; poslodavac ili menadžer ne posjeduje dokumente koje bi trebao imati za zapošljavanje stranih radnika; poslodavac ili menadžer ne posjeduje isplatne liste; zdravstvena i sigurnosna oprema slabe su kvalitete ili nedostaju; oprema je dizajnirana ili prilagođena tako da je mogu upotrebljavati i djeca; postoji dokaz da se

krši zakon o radu; postoji dokaz da radnici moraju platiti za alat, hranu, smještaj ili da se te takse odbijaju od plaće.[45]

Kako bi omogućila lakše prepoznavanje trgovine ljudskim bićima u svrhu radne eksploatacije i Međunarodna organizacija rada je u suradnji sa Evropskom komisijom utvrdila nekoliko skupina operativnih pokazatelja na osnovu kojih se može procjenjivati da li je pojedinac ili grupa žrtva trgovine ljudskim bićima.[46] Utvrđeni pokazatelji razvrstani su prije svega u odnosu na ciljne

[45] Posebno ilustrativan primjer radne eksploatacije u BiH je rad skupine državljana BiH u Azerbejdžanu iz 2009. godine. Naime, građevinska firma SerbAz Project Construction LLC dovela je radnike, državljane BiH, ali i Srbije i Makedonije u Azerbejdžan s turističkim vizama, kako bi radili na gradilištima. Projekte je finansirala Vlada Azerbejdžana. Radnici su primali samo 2 do 3 USD po satu, iako im je na osnovu potpisanog ugovora o radu bilo utvrđeno 6 do 7 USD. Isplate se u maju 2009. godine potpuno obustavljaju, a radnici su radili, prema njihovim navodima, 12 sati na dan. Bili su smješteni u pretrpanim i neadekvatnim prostorima i izloženi fizičkim i verbalnim prijetnjama i kaznama. U pojedinim situacijama bili su prisiljavani da rade 36 sati neprekidno. Imali su ograničenu slobodu kretanja, trebali su dozvolu da napuste zgradu u kojoj su boravili. Nije im ukazivana nikakva medicinska pomoć u slučaju ozljeda na gradilištu. Dvojica iz grupe od preko 600 radnika su umrli. Radnike je u Azerbejdžan dovela privatna agencija, koja je, za njihov angažman, naplatila 600 USD po osobi i oduzela im pasoše, koje nikad nije vratila. Većina radnika je sama platila turističke vize. Nakon toga, nisu im izdate dozvole boravka ili radne dozvole, iako su imali dogovor da će potrebne dozvole dobiti u roku od 30 dana po dolasku, tako da je njihov boravak u Azerbejdžanu bio nezakonit. Radnici žrtve radne eksploatacije u Azerbejdžanu, tvrde da su bili strogo novčano kažnjavani, ako se ne bi držali pravila, čak i pravila koja su se odnosila na slobodno vrijeme radnika; u nekim slučajevima, pravila su se tako često mijenjala, da su postala proizvoljna. Radnici iz BiH koji su bili zaposleni u građevinarstvu u Azerbejdžanu su tako prema "pravilima" bili kažnjavani novčanim kaznama za slijedeće "propuste":

- nepravilno spremljen krevet, ostavljanje ličnih stvari u spavaonici, neskidanje cipela i neobuvanje papuča pri ulasku u spavaonicu, korištenje toaleta izvan spavaonice – novčana kazna 50 USD;
- nepodnošenje izvještaja na kraju radnog dana, korištenje toaleta više od dva puta tokom smjene, uzimanje ručka preko reda u kantini, prekidanje rada na jedan minut, napuštanje radionice jedan minut ranije, kašnjenje po dolasku iz grada ili trgovine (uključujući i slobodnim danima), ponovljeno korištenje zabranjenog toaleta – novčana kazna 100 USD;
- ogovaranje uprave kompanije – novčana kazna 200 USD;

Novčanom kaznom od 500 USD kažnjavani su slijedeći načini ponašanja: konzumiranje alkohola u slobodnim satima (čak i malih količina, na primjer, 1 pivo); odbijanje testa na alkohol; odbijanje prekovremenog rada; spavanje kada nije vrijeme za spavanje; raniji raskid "ugovora"; nepoštivanje vremena u "dozvoli za izlazak", izlazak bez dozvole. Vidjeti : Izvještaj NVO Astra iz Srbije o radnicima koji su bili u Azerbejdžanu, Beograd, 2009.

[46] ILO Special Action Programme to Combat Forced Labour, Indicators of trafficking of adults for labour exploitation (28 October, 2009), vidjeti:www.ilo.org/global/topics/forced-labour/WCMS_105884/lang--en/index

skupine potencijalnih žrtava: odrasli i djeca, a zatim, s obzirom na svrhu: radna eksploatacija te seksualno iskorištavanje. Indikatori/pokazatelji trgovine ljudskim bićima MOR-a u odnosu na odrasle i djecu u svrhu radnog ili seksualnog iskorištavanja oslonjeni su na postupke: prevare, prinudnog vrbovanja, iskorištavanja teškog položaja žrtve, eksploatacije, prinude na odredištu i teškog položaja na odredištu. Pri tome, unutar svake skupine, indikatori su određeni po vrijednosti kao jaki, srednji i slabi. Pozitivno određenje trgovine ljudskim bićima u svrhu radne eksploatacije vezano je za obuhvatanje dva jaka pokazatelja, ili jedan jaki i jedan srednje ili slabi pokazatelj, tri srednja pokazatelja ili dva srednje vrijednosti i jedan slabe vrijednosti.[47] U slučaju djece tj. osoba mlađih od 18 godina, oslonom na

[47] MOR-ovi indikatori trgovine odraslim osobama u svrhu radne eksploatacije:

Indikatori vrbovanja prevarom (10 pokazatelja):
Jaki: prevara u vezi prirode posla ili mjesta zaposlenja;
Srednji: prevara u vezi s uvjetima rada; prevara u vezi sa sadržajem ili zakonitošću ugovora o radu; prevara u vezi objedinjavanja porodice; prevara u vezi s uvjetima stanovanja i života; prevara u vezi s pravno relevantnim dokumentima ili stjecanju legalnog statusa migranta; prevara u vezi s uvjetima putovanja i vrbovanja; prevara u vezi sa zaradom; prevara u vezi s obećanjima o braku ili usvajanju;
Slabi: prevara i u vezi s obrazovnim mogućnostima.

Indikatori prinudnog vrbovanja (10 pokazatelja):
Jaki: nasilje nad žrtvama;
Srednji: otmica, prisilni brak, prisilno usvajanje ili prodaja žrtve; oduzimanje dokumenata; dužnički rad; izolacija, ograničavanje slobode ili nadziranje; prijetnja prijavljivanjem vlastima; prijetnja nasiljem; prijetnja da će istinu saznati porodica, zajednica ili javnost; nasilje nad porodicom (prijetnje ili stvarno nasilje); zadržavanje novca.

Indikatori vrbovanja iskorištavanje teškog položaja žrtve (16 pokazatelja):
Srednji: iskorištavanje teške porodične situacije; iskorištavanje nelegalnog statusa; iskorištavanje nedostatka obrazovanja (nepoznavanje jezika); iskorištavanje nedostatka informacija; kontrola eksploatatora; ekonomski razlozi; lažne informacije o zakonskim rješenjima i stavu ovlašćenih organa; lažne informacije o uspješnoj migraciji; porodična situacija; osobna situacija; psiho-emotivna ovisnost; odnos s vlastima/pravni status
Slabi: iskorištavanje kulturnih/vjerskih uvjerenja; opći kontekst položaja žrtve; poteškoće u prošlosti; poteškoće u organiziranju putovanja.

Indikatori eksploatacije (9 pokazatelja):
Jaki: prekomjerni broj radnih dana ili radnih sati
Srednji: loši uvjeti života; opasnosti na radu; niska ili nikakva plaća; nepoštivanje zakona ili potpisanog ugovora; nepostojanje socijalnog obezbjeđenja (ugovor, socijalno osiguranje, i sl.); vrlo loši radni uvjeti; manipuliranje plaćama
Slabi: nepostojanje pristupa obrazovanju.

Indikatori prinude na odredištu (15 pokazatelja):
Jaki: oduzimanje dokumenata; dužnički rad; izolacija, ograničavanje slobode ili nadziranje; nasilje nad žrtvama;
Srednji: prisiljavanje na nezakonite/kriminalne aktivnosti; silom nametnuti zadaci ili klijenti; prisiljavanje na postupanje protiv kolega/ suradnika; prisiljavanje na laganje

Protokol iz Palerma, iako nema potrebe za dokazivanjem "prijetnje ili upotrebe sile ili drugih oblika prinude, prevare, obmane ili zloupotrebe moći ili položaja ugroženosti" kako bi se utvrdilo djelo trgovine ljudskim bićima zbog neophodnosti usaglašavanja postupaka vezanih za analizu trgovine djecom u Evropi zadržani su pokazatelji vezani za obmanu, prinudu ili zloupotrebu teškog položaja.[48]

(negovorenje istine) vlastima, porodici, itd; prijetnja prijavljivanjem vlastima; prijetnja nametanja još težih radnih uvjeta; prijetnja nasiljem nad žrtvom; snažan utjecaj na žrtvu; nasilje nad porodicom (prijetnje ili stvarno nasilje); zadržavanje naknade za rad
Slabi: prijetnje informiranjem o stvarnom stanju porodice, zajednice ili javnosti.

Indikatori zloupotrebe teškog položaja na odredištu (7 pokazatelja):
Srednji: ovisnost o eksploatatoru; teškoće življenja u nepoznatom okruženju; ekonomski razlozi; porodična situacija; odnos s vlastima/pravni status
Slabi: poteškoće u prošlosti; osobne karakteristike.

Vidjeti: Operational indicators of trafficking in human beings, Results from a Delphi survey implemented by the ILO and European Commmission, Revised version of September 2009, ILO Geneva, 2009.

[48] MOR-ovi indikatori trgovine djecom u svrhu radne eksploatacije vrednovani su samo kao jaki i srednji pokazatelji, i to:

Indikatori vrbovanja prevarom (10 pokazatelja):
Jaki: prevare u vezi s mogućnostima obrazovanja; prevara u vezi s prirodom posla, mjestom rada ili poslodavcem
Srednji: prevara u vezi s uvjetima rada; prevara u vezi sa sadržajem ili zakonitošću ugovora o radu; prevara u vezi objedinjavanja porodice; prevara u vezi s uvjetima stanovanja i života; prevara u vezi s pravno relevantnim dokumentima ili stjecanju legalnog statusa migranta; prevara u vezi s uvjetima putovanja i vrbovanja; prevara u vezi sa zaradom; prevara u vezi s obećanjima o braku ili usvajanju.

Indikatori prinudnog vrbovanja (10 pokazatelja):
Jaki: otmica, prisilni brak, prisilno usvajanje ili prodaja žrtve; dužnički rad; prijetnje silom nad žrtvom; nasilje nad žrtvama
Srednji: oduzimanje dokumenata; izolacija, ograničavanje slobode ili nadziranje; prijetnja prijavljivanjem vlastima; prijetnja da će istinu saznati porodica, zajednica ili javnost; nasilje nad porodicom (prijetnje ili stvarno nasilje); zadržavanje novca.

Indikatori vrbovanja iskorištavanjem teškog položaja žrtve (15 pokazatelja):
Srednji: iskorištavanje kulturnih/vjerskih uvjerenja; iskorištavanje teške porodične situacije; iskorištavanje nelegalnog statusa; iskorištavanje nedostatka obrazovanja (nepoznavanje jezika); iskorištavanje nedostatka informacija; kontrola eksploatatora; teškoće u prošlosti; teškoće u organiziranju putovanja; ekonomski razlozi; lažne informacije o uspješnoj migraciji; porodična situacija; opći kontekst; osobna situacija; psiho-emotivna ovisnost; odnos s vlastima/pravni status.

Indikatori eksploatacije (8 pokazatelja):
Jaki: prekomjerni broj radnih dana ili radnih sati
Srednji: loši uvjeti života; opasnosti na radu; niska ili nikakva plaća; nepostojanje pristupa obrazovanju; nepoštivanje radnog zakonodavstva ili potpisnog ugovora; vrlo loši radni uvjeti; manipuliranje plaćama

Indikatori prinude na odredištu (15 pokazatelja):

Umjesto zaključka

Radno zakonodavstvo uređujući radne odnose u polaznoj premisi isključuje mogućnost radnog iskorištavanja uspostavljajući okvir koji je oslonjen na međusobno čvrsto uvezana prava i obaveze subjekata radnih odnosa. U tom kontekstu: poslodavac je obavezan u radnom odnosu radniku dati posao te mu za obavljeni rad isplatiti plaću, a radnik je obavezan prema uputama poslodavca, datim u skladu s prirodom i vrstom rada, osobno obavljati preuzeti posao; poslodavac ima pravo pobliže odrediti mjesto i način obavljanja rada, poštujući pri tome prava i dostojanstvo radnika; poslodavac je dužan osigurati radniku uvjete za rad na siguran način i na način koji ne ugrožava zdravlje radnika, u skladu s odgovarajućim propisima. Shodno naznačenom, ovim obavezama poslodavca odgovaraju prava radnika.

Zabranjena je izravna ili neizravna diskriminacija na području rada i radnih uvjeta, uključujući kriterije za odabir i uvjete pri zapošljavanju, napredovanju, profesionalnom usmjeravanju, stručnom osposobljavanju i usavršavanju te prekvalifikaciji. Poslodavac je dužan zaštititi dostojanstvo radnika za vrijeme obavljanja posla od postupanja nadređenih, suradnika i osoba s kojima radnik redovito dolazi u doticaj u obavljanju svojih poslova, ako je takvo postupanje neželjeno, odnosno dovodi do radnog okruženja koje vrijeđa dostojanstvo radnika.

Trgovina ljudskim bićima u svrhu radne eksploatacije kao kompleksan fenomen i kazneno djelo trgovanja ljudima s aspekta radnog zakonodavstva mora se posmatrati prije svega kao najgrublje kršenje standarda vezanih za dostojanstven rad tj. rad dostojan čovjeka. Koncept dostojanstvenog rada obuhvata: pristup slobodno izabranom zaposlenju, poštovanje jednakosti u mogućnostima i tretmanu, prilagođenost visine plaće ekonomskim, socijalnim, porodičnim potrebama i odgovornostima, adekvatno socijalno obezbje-

---

Jaki: oduzimanje dokumenata; dužnički rad; prisiljavanje na nezakonite/kriminalne aktivnosti; silom nametnuti zadaci ili klijenti; izolacija, ograničavanje slobode ili nadziranje; prijetnja nasiljem nad žrtvom; snažan utjecaj na žrtvu; nasilje nad žrtvama.
Srednji: prisiljavanje na postupanje protiv kolega/suradnika; prisiljavanje na laganje (negovorenje istine) vlastima, porodici, itd; prijetnja prijavljivanjem vlastima; prijetnja nametanja još težih radnih uvjeta; prijetnje informiranjem o stvarnom stanju porodice, zajednice ili javnosti; nasilje nad porodicom (prijetnje ili stvarno nasilje); zadržavanje naknade za rad

Indikatori zloupotrebe teškog položaja na odredištu (7 pokazatelja):
Srednji: ovisnost o eksploatatoru; poteškoće u prošlosti; poteškoće življenja u nepoznatom okruženju; ekonomski razlozi; porodična situacija; osobne karakteristike; odnos s vlastima/pravni status.

đenje, mogućnost profesionalnog obrazovanja i usavršavanja, te sloboda sudjelovanja u donošenju odluka bilo posredno bilo neposredno. Posebno treba potcrtati narušavanje načela slobode rada i jednakosti u mogućnostima i tretmanu. Sloboda rada u radnom zakonodavstvu podrazumijeva suprotnost prinudnom radu odnosno dobrovoljnost, slobodu individualnog izbora, slobodu u izboru položaja poslodavca ili posloprimca te zabranu ugrožavanja prava i sloboda drugih. Jednakost u mogućnostima i tretmanu podrazumijeva zabranu neopravdanog pravljenja razlike/nejednak tretman među osobama ili skupinama osoba s obzirom na osobna ili stečena svojstva ljudi, odnosno pravljenje razlike na nedozvoljenim osnovama putem isključivanja, ograničavanja ili davanja prvenstva. Različit tretman je dozvoljen ukoliko su cilj ili posljedica preduzetih mjera opravdani, te ukoliko postoji srazmjera između preduzetih mjera i ostvarenih/očekivanih ciljeva. Pri tome, u kontekstu radnog zakonodavstva, druga strana koncepta jednakosti u mogućnostima i/ili tretmanu je pravo na različitost (žene, maloljetni radnici i invalidi rada).

Trgovina ljudskim bićima u svrhu radne eksploatacije je problem koji prije svega proizlazi iz stanja na tržištu rada. Najranjivija kategorija su pojedinci s nezakonitim statusom, odnosno osobe koje će biti zaposlene ili su bile zaposlene u državi čiji nisu državljani. Konkretnije u kontekstu fenomena trgovanja ljudskim bićima veliki segment žrtava odnosi se na radnike migrante. Većina država definirala je kriterije, odnosno pravila i procedure koji regulišu ulazak u zemlju osoba koje su rođene u drugoj zemlji i/ili ne posjeduju njihovo državljanstvo, a koje traže zaposlenje i/ili boravak u toj zemlji. Kada donosi odluku o migriranju, pojedinac rijetko kada uzima u obzir zakonske propise kao glavne faktore koji utiču na tu odluku. Međutim, zakon značajno utiče na migraciona kretanja. Kada se govori o tome na koji način zakoni mogu da utiču na donošenje odluke o migriranju i migraciona kretanja, treba istaći značaj takozvanog "zakona u glavama migranata" (law in the mind) koga je u pravnu terminologiju uveo Piter Šak. On smatra da su razlike između formalno donesenih zakona i zakona koji se primjenjuju najveće upravo u imigracionoj politici. Zbog toga različite grupe aktera u imigracionom sistemu uzimaju u obzir različite aspekte imigracionog sistema ili iste aspekte posmatraju na različite načine, što se posebno odražava u fenomenu trgovanja ljudima. Stoga se trgovina ljudskim bićima u svrhu radne eksploatacije mora posmatrati kao najgrublje kršenje ljudskih prava, a tek potom u kontekstu nepoštovanja radnog zakonodavstva, ilegalnih migracija i kriminala.

Dr Jasminka Gradaščević-Sijerčić
Associate Professor

THE EMPLOYMENT AND LEGAL ASPECTS OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS

Summary

The trafficking in human beings for the purpose of labor exploitation in early 21st century is attracting increasing attention worldwide, and is especially pertinent in Bosnia and Herzegovina since the case of workers who found themselves in Azerbaijan in conditions and under terms that could be considered forced labor. The complexity of the problem stems from the absence of adequate definition of labor exploitation, the differences in understanding and normative frameworks in the different national systems, and in particular for a number of different forms and manifestations that the trafficking in human beings for the purpose of labor exploitation can take. According to the relevant assessments, the majority of trafficking in human beings takes the form of forced labor, but it is difficult to identify trafficking in human beings for the purpose of labor exploitation and forced labor in practice. Specifically, forced labor, though often in mutual close relation with trafficking in human beings, is not the same as the trafficking in human beings. Moreover, the majority of victims of trafficking in human beings generally end up in forced labor, but the victims of forced labor are not always found in this situation as a result of trafficking in human beings. Undeniably, labor exploitation does not necessarily mean that it is forced labor given that not all bad working conditions that the individual has agreed to are actually forced labor.

In this paper, relying on the analysis and evaluation of the relevant international sources and the current practice, the author commences based on the view that forced labor is a broader concept than the notion of labor exploitation estimating that labor exploitation is only one of the elements included in forced labor, and that the trafficking in human beings for the purpose of labor exploitation is a subcategory of the concept of forced labor. In addition to being the most severe violation of human rights: the freedom and dignity of the individual, the freedom of movement, the right to decision-making and choice, human equality, the right to life, work, and education, the right to health, trafficking in human beings also has the effect of preventing the individual from acquiring adequate legal and employment status, thus excluding the possibility of labor exploitation.

Key terms: *labor exploitation, trafficking (in human beings), forced labor, the indicators of trafficking in human beings for the purpose of labor exploitation, migrant workers*

Dr. Zinka Grbo
Docentica

UDK: 347.72:061.1EU
Prethodno naučno saopćenje

PRAVO POSLOVNOG NASTANA – SLOBODA KRETANJA PRIVREDNIH DRUŠTAVA

Sažetak

Unutrašnje tržište Evropske unije počiva na četiri osnovne slobode, odnosno prava, a pravo nastana se u praksi javlja kao bitna dopuna njihove realizacije. Pravo nastana podrazumijeva dvije vrste prava – primarno i sekundarno, pri čemu ovo prvo znači uspostavljanje (etabliranje) poslovnog subjekta (prvi put, u jednoj državi članici) i upravljanje njime pod uslovima koji vrijede za državljane zemlje u kojoj se društvo osniva, a drugo, osnivanje podružnica, filijala i zastupništva u drugoj državi već uspostavljenog poslovnog subjekta u nekoj državi.

Područje prava privrednih društava (još uvijek) nema predznak evropski, iako je usvojen veći broj direktiva iz ove oblasti. No, statusne forme koje imaju karakter nadnacionalnih ipak postoje; to su Societas Europea i evropska ekonomska interesna grupacija.

Postavlja se pitanje podrazumijeva li primarno pravo nastana mogućnost prenosa sjedišta privrednog društva iz jedne države članice u drugu bez posljedice gubitka pravnog subjektiviteta i kontinuiteta, čime bi se omogućila mobilnost, odnosno sloboda kretanja privrednih društava u Evropskoj uniji. Societas Europea je zasada jedini privredni subjekt čiji je prenos sjedišta uređen aktom sekundarnog prava. Pozitivan odgovor na postavljeno pitanje obezbijedila je praksa Evropskog suda, koja je i u ovom segmentu napravila reformski iskorak svojim stavovima povodom recentnog slučaja VALE, iako ih legislativna rješenja (još) nisu slijedila. Postoje tek inicijative za usvajanje akta (direktive) kojom bi se uredio prekogranični prenos sjedišta privrednih društava na području unutrašnjeg tržišta Evropske unije.

Ključne riječi: *pravo nastana, evropsko pravo društava, prenos sjedišta društva*

Uvod

Pravo (poslovnog) nastana ili nastanjivanja[1] predstavlja jedan od temelja unutrašnjeg tržišta Evropske unije. U praksi se javlja kao bitna dopuna realizacije četiri osnovne slobode[2] – prometa roba, usluga, ljudi i kapitala.[3] Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (TFEU)[4] u čl. 49. ovo pravo normira prvenstveno u odnosu na fizička lica, negativnom formulacijom: "... zabranjuje se ograničavanje slobode poslovnog nastana državljanima jedne države članice na području druge države članice". Istu zabranu propisuje i za pravna lica, poslovne subjekte, na način da ih izjednačava u pravima s fizičkim licima. Tako je na prostoru unutrašnjeg tržišta dozvoljeno osnivanje poslovnih subjekata, njihovih podružnica, agencija i zastupništva i fizičkim i pravnim licima iz Evropske unije. Suštinu prava nastanjivanja čini, dakle "pravo fizičkih i pravnih lica država članica da pod nacionalnim režimom mogu na teritoriji drugih država članica poduzimati ekonomske aktivnosti..., što se uslovno može označiti i kao pravo slobodnog direktnog investiranja."[5] Slobodi poslovnog nastana stoga se daje i epitet ekonomska,[6] jer je ona je u skladu s principima optimalne alokacije proizvodnih resursa na tržištu EU.[7]

---

[1] Right of establishment (eng.); pravo (poslovnog) etabliranja, spominje se i kao sloboda nastana ili nastanjivanja, kao i pravo na nastanjivanje. Pojmovi "sloboda" i "pravo" koriste se u Ugovoru na nediskriminarajući način, tako da ne treba davati važnost izboru jednog u odnosu na drugi. Mathijsen, P. S. R. F, A Guide to European Union Law, Sweet and Maxwell, 2010, str. 266, fusnota 1. U istom smislu se koriste i u ovom radu.

[2] Ilić, Gordana, 1998, Pravo nastanjivanja u pravu Evropske unije, Pravo Evropske unije, fizička i pravna lica, Zbornik radova, Beograd, str. 70.

[3] U doktrini se ponekad govori o pet osnovnih komunitarnih sloboda, pri čemu se pod petom smatra sloboda kretanja sredstava plaćanja, odnosno slobodan platni promet. Vidjeti više u Misita, Nevenko, 2008, Osnovi prava Evropske unije, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, str. 309.

[4] Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (Treaty on the Functioning on the European Union – TFEU), poznat i kao Lisabonski ugovor (Ugovor iz Lisabona), odnosno Reformski ugovor potpisan je u Lisabonu 13. decembra 2007. godine. Više u Misita, Nevenko, 2010, Evropska unija – osnivanje i razvoj, Revicon, Sarajevo; Misita, Nevenko, 2008, Osnovi prava Evropske unije, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, str. 11–171; Craig, Paul/de Búrca, Gráinne, 2008, EU Law: Text, Cases, and Materials, 4th ed, Oxford University Press, Oxford; Chalmers, Damian/Hadjiemmanuil, Christos/Monti, Giorgio/Tomkins, Adam, 2010, European Union Law, Text and Materials, Cambridge University Press.

[5] Vukadinović, Radovan, 1996, Pravo Evropske unije, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, str. 157.

[6] Ilić, Gordana, 1998, Pravo nastanjivanja u pravu Evropske unije, Pravo Evropske unije, fizička i pravna lica, Zbornik radova, Beograd, str. 69.

[7] Ilić, Gordana, 1998, Pravo osnivanja preduzeća u EU, Međunarodni problemi, 2, Beograd, str. 236.

U sudskoj praksi, (ekonomski) pojam poslovnog nastana obrazložen je u presudi *Factortame*[8] kao *stvarno obavljanje ekonomske aktivnosti putem stalnog poslovnog nastana u drugoj državi članici na neodređeno vrijeme.*

I. Primarno i sekundarno pravo nastana

Pravo nastana podrazumijeva dvije vrste prava – primarno i sekundarno[9], pri čemu ovo prvo znači uspostavljanje (*etabliranje*) poslovnog subjekta[10] (prvi put, u jednoj državi članici) i upravljanje njime pod uslovima koji vrijede za državljane zemlje u kojoj se društvo osniva, a drugo osnivanje podružnica, filijala i zastupništva u drugoj državi već uspostavljenog poslovnog subjekta u nekoj državi članici. Navedena podjela odnosi se na sadržinu prava nastana u ekonomskom smislu.[11] Primarno pravo nastana također podrazumijeva premještanje mjesta glavnog nastanjenja iz jedne zemlje u drugu.[12]

Potrebno je skrenuti pažnju da se odredbe čl. 49. i čl. 54.[13] UFEU odnose samo na sekundarni nastan, odnosno na privredne subjekte koji osnivaju podružnice, filijale ili zastupništva, a imaju registrovano sjedište, sjedište centralne uprave ili glavno mjesto poslovanja na teritoriji Evropske unije.[14] Dakle, ovi uslovi moraju biti alternativno ispunjeni da bi subjekt mogao ostvarivati pravo na poslovni nastan na unutrašnjem tržištu Evropske unije. Primarni nastan, pak, uređen je pravom države članice u kojoj se subjekt osniva.

---

[8] C-221/89, *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and others* (1995) ECR I-4165

[9] Ove pojmove ne treba izjednačavati s izrazima primarno i sekundarno pravo (odnosno primarni i sekundarni izvori prava) Zajednice, odnosno Evropske unije.

[10] Neki autori između prava nastanjivanja i slobode osnivanja preduzeća stavljaju znak jednakosti. Ilić, Gordana, 1998, Pravo osnivanja preduzeća u EU, Međunarodni problemi, 2, Beograd, str. 235.

[11] Vukadinović, Radovan D., 2012, Uvod u institucije i pravo Evropske unije, Udruženje za evropsko pravo – Centar za pravo EU, Kragujevac, str. 307.

[12] Jevremović Petrović, Tatjana, 2010, Prekogranična spajanja društava u pravu EU, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 74.

[13] "Radi primjene ovog Poglavlja, sa trgovačkim društvima osnovanima sukladno pravu neke države članice, a čije se registrirano sjedište, središnja uprava ili glavno mjesto poslovanja nalazi unutar Unije, postupa se na isti način kao i s fizičkim osobama koje su državljani država članica."

[14] Postavlja se pitanje domašaja prava nastana u kontekstu slobode domaćih državljana da koriste to pravo. Naime, s obzirom na to da se radi o čisto unutrašnjem odnosu, jer nema prekograničnog elementa, domaća lica se u principu ne mogu pozivati na ovo pravo.

II. Zabrana diskriminacije

Realizacija prava poslovnog nastana u funkcionalnom smislu znači poštivanje načela zabrane diskriminacije na osnovu državljanstva u Evropskoj uniji. U odnosu na društva, pravo nastana znači zabranu diskriminacije prema stranim društvima, koja trajno obavljaju ekonomsku aktivnost u drugoj državi članici.[15] Zabrana diskriminacije u praktičnom smislu znači da u državi nastana za subjekta moraju biti obezbijeđeni *ne manje* povoljni uslovi u odnosu na subjekat iz domaće države. Ovo ponekad neće značiti i jednake uslove, jer će se u povoljnijem položaju naći strani subjekt, nedržavljanin države članice.[16] S druge strane, moguće je da se *nediskriminatorskim* odredbama naruši sloboda nastana.[17] Dakle, samo se naizgled čini da je dovoljno stranog subjekta tretirati kao domaćeg da bi se realiziralo načelo nediskriminacije,[18] odnosno, sloboda poslovnog nastana nekada zahtijeva više od jednakog tretmana.[19]

Poslovni subjekt o kome je riječ mora prema čl. 54. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije biti osnovan u skladu s pravom države članice i mora imati registrovano sjedište, centralnu upravu ili glavno mjesto poslovanja na teritoriji Evropske unije. Kod pravnih lica, privrednih subjekata, zabrana diskriminacije utemeljena je upravo na (jednom od) pomenuta tri kriterija – registrovanom sjedištu, centralnoj upravi i glavnom mjestu poslovanja. Ovakav stav iznio je Sud povodom slučaja *Commission v. France*[20] izjednačivši mjesto u kojem se nalazi sjedište društva s prebivalištem fizičke osobe (u kontekstu primjene propisa o oporezivanju).

Član 54. UFEU pod pojmom poslovnog subjekta podrazumijeva privredna društva koja su osnovana po pravilima građanskog ili trgovačkog prava,

---

[15] Jevremović Petrović, Tatjana, 2010, Prekogranična spajanja društava u pravu EU, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 68.

[16] U slučaju Klopp (C-197/83 (1984) ECR 2971) Sud je iznio stav da njemačkom advokatu treba biti omogućeno da ima dva ureda na teritoriji Unije, iako je francusko pravo propisivalo da se u registar advokata u toj zemlji može upisati advokat koji ima samo jedan ured, a koji se mora nalaziti na teritoriji na kojoj sud pred kojim zastupa ima nadležnost.

[17] U istom slučaju, Klopp, radilo se o tome da francusko pravo ne diskriminira njemačkog državljanina naspram vlastitih, nego da propisujući pravilo o jednom uredu i za svoje državljane onemogućava realizaciju prava nastana u Evropskoj uniji.

[18] Craig, Paul/De Burca Grainne, 2003, EU Law, Text, Cases and Materials, Oxford University Press, str. 772.

[19] Ibid, str. 784.

[20] C-270/83, Commission v France, (1986) ECR 273.

uključujući i zadruge, te ostale pravne osobe uređene javnim ili privatnim pravom, osim onih koje su neprofitne. Dakle, obuhvaćeni su samo organizaciono-pravni oblici lukrativnog karaktera. Može se zaključiti da Ugovor predviđa široku definiciju privrednih subjekata na koje se primjenjuje sloboda nastanjivanja, a to je učinjeno jer izraz preduzeće (firma, trgovačko društvo, kompanija) nema u svim članicama EU uniformno značenje.[21]

III. Odnos prema slobodi pružanja usluga

III.1. Razlika

Slobodu poslovnog nastana treba distingvirati od slobode pružanja usluga. U Ugovoru o osnivanju nije na jasan način, ni u sadržinskom ni u jezičkom smislu, određen pojam prava nastanjivanja, niti je izdiferenciran od slobode pružanja usluga.[22]

Pravo poslovnog nastana, sloboda kretanja radnika[23] i sloboda pružanja usluga imaju velike sličnosti, a koje se u najvećoj mjeri odnose na pravilo o zabrani diskriminacije[24] na osnovu pripadnosti drugoj državi članici. Razlika, pak, se može vidjeti u situaciji kada premještanje poslovanja poslovnog subjekta u drugu državu članicu nije permanentno. Tada je razlika u odnosu na slobodu pružanja usluga nejasna, zamućena.[25] Evropski sud shvaća pojam "poslovnog nastana" u širokom smislu te ga od slobode pružanja usluga razgraničava obilježjem kontinuiteta,[26] odnosno stalnosti.[27]

---

[21] Ilić, Gordana, 1998, Pravo nastanjivanja u pravu Evropske unije, Pravo Evropske unije, fizička i pravna lica, Zbornik radova, Beograd, str. 79.

[22] Vukadinović, Radovan D., 2012, Uvod u institucije i pravo Evropske unije, Udruženje za evropsko pravo – Centar za pravo EU, Kragujevac, str. 302.

[23] Sloboda kretanja radnika odnosi se isključivo na fizička lica, ovaj se rad njome uglavnom ne bavi. Tim povodom, uz ostale: Chalmers, Damian/Hadjiemmanuil, Christos/Monti, Giorgio/Tomkins, Adam, 2006, European Union Law, Text and Materials, Cambridge University Press, str. 697. i dalje, Craig, Paul/De Burca, Grainne, 2003, EU Law, Text, Cases and Materials, Oxford University Press, str. 701. i dalje.

[24] Upravo se kroz zabranu diskriminacije po osnovu državljanstva iskazuje jedno od shvatanja sadržaja pojma komunitarne slobode. Više o sadržinskom određenju komunitarnih sloboda u Misita, Nevenko, 2008, Osnovi prava Evropske unije, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, str. 311–312.

[25] Mathijsen, P. S. R. F, 2010, A Guide to European Union Law, Sweet and Maxwell, str. 269.

[26] Herdegen, Matthias, 2003, Europsko pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, str. 215.

[27] Ilić, Gordana, 1998, Pravo osnivanja preduzeća u EU, Međunarodni problemi, 2, Beograd, str. 238.

Naime, u slučaju poslovnog nastana subjekt se trajno poslovno nastanjuje u drugoj državi članici, na što ukazuje slučaj *Gebhard*,[28] a što je razlika u odnosu na pružanje usluga koje se obavlja privremeno.

III. 2. Sličnost

Sličnost između prava nastana i slobode pružanja usluga sadržana je u čl. 51. UFEU (ex. 43. UEZ), odnosno u izuzetku od pravila kojim je uređena sloboda poslovnog nastana, a odnosi se na djelatnosti koje su povezane s izvršavanjem službenih ovlaštenja. Naime, prema spomenutom članu, odredbe o slobodi nastana ne primjenjuju se na djelatnosti koje su, makar i privremeno, povezane s obavljanjem službenih ovlaštenja. Jedan od prvih slučajeva koji je za predmet imao pravo poslovnog nastana, *Reyners*[29] značajan je upravo zbog toga što je Sud iznio stav da se pojam službenih ovlasti mora striktno tumačiti, na način da je to *neposredno i specifično sudjelovanje u vršenju javnih ovlaštenja*, te da advokatska djelatnost tu ne spada.[30] Ovom je odlukom Sud postavio i načelo nacionalnog tretmana koji treba da uživaju svi građani Zajednice.[31]

Iznimka od slobode nastana, kao i od slobode pružanja usluga postoji, prema članovima 51. i 52. UFEU i u razlozima opšteg interesa – javnog poretka, sigurnosti i zdravlja. Ovi razlozi često su bili primjenjivani kao opravdanje ograničavanja ili onemogućavanja uživanja prava na nastanjivanje u slučajevima koji su se pojavljivali pred Evropskim sudom, ali su u najvećem broju slučajeva bili odbijeni kao neprimjereni ciljevima koje štite.[32] Svojevremeno je, uz spomenute razloge, postojao još jedan izuzetak, a odnosio se na ograničenje kretanja kapitala, ali je on nakon stupanja na snagu Maastrihtskog sporazuma i uspostavljanja monetarne unije izgubio razlog postojanja.[33]

---

[28] C-55/94, *Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano,* (1995) I-4165.

[29] C-2/74, *Reyners* v Belgian State, (1974) ECR 631

[30] U slučaju Reyners radilo se o tome da se holandski državljanin želio registrirati kao advokat u Belgiji. S obzirom na to da propisi ove zemlje nisu dozvoljavali nedržavljanima bavljenje advokatskom djelatnošću, gospodin Reyners je pokrenuo postupak za ocjenu usklađenosti belgijskih propisa s pravom Zajednice.

[31] Zečević, Slobodan, 2008, Poslovno pravo Evropske unije I, Sloboda kretanja robe, ljudi i kapitala, Centar za Evropsku uniju, Beograd, str. 112.

[32] Jevremović Petrović, Tatjana, 2010, Prekogranična spajanja društava u pravu EU, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 74.

[33] Vukadinović, Radovan D., 2012, Uvod u institucije i pravo Evropske unije, Udruženje za evropsko pravo – Centar za pravo EU, Kragujevac, str. 327.

IV. Evropsko pravo društava?

Područje prava privrednih društava (još uvijek) nema predznak evropski, iako je usvojen veći broj[34] direktiva iz ove oblasti.[35] Države članice očito pokazuju nespremnost da bitna pitanja vezana za pravno uređenje najvažnijih nosilaca privredne aktivnosti prepuste nadnacionalnom nivou,[36][37] Izuzetak od ovoga su dva specifična subjekta – evropska ekonomska interesna grupacija[38] i evropsko društvo (*Societas Europea*).[39] Za ove je subjekte karakteristično

[34] Ažuriran spisak svih propisa iz oblasti kompanijskog prava na http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_en.htm#directives.

[35] I, što je vrlo indikativno, samo dvije uredbe.

[36] Evropska komisija objavila je Izvještaj grupe eksperata o budućnosti prava privrednih društava u kojem pozdravlja rad na donošenju Evropskog model zakona o privrednim društvima (European Model Company Act EMCA), koji bi, ukoliko bude korišten u državama članicama, mogao dobiti formu preporuka (recommendation). European Commission, Internal Market and Services, 2011, Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law, Brisel.

[37] Mada nije zanemariva činjenica da je u proteklom periodu usvojeno nekoliko važnih dokumenata – Direktiva o prekograničnom spajanju društava (Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies, OJ L 310) i Direktiva o ponudi za preuzimanje društava (Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 april 2004 on takeover bids, *OJ L 142).*

[38] Uz ostale vidjeti više u: Bovis, Christopher, 1997, Business Law in the European Union, Sweet and Maxwell; The EEIG: an instrument for transnational cooperation; a practical handbook for SME's, 1998, 2nd edition, Commission of the European Communities; Misita, Nevenko/Grbo, Zinka, 2011, Evropsko poslovno pravo, izabrane teme, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu; Džidić, Miroslav, 2010, Gospodarska društva, pravni položaj gospodarskih subjekata, Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet.

[39] Uz ostale vidjeti više u Bovis, Christopher, 1997, Business Law in the European Union, Sweet and Maxwell, Chetcuti Cauchi, Maria, 2001, The European Company Statute : The Societas Europea (European Company) as a New Corporate Vehicle http://www.cc-advocates.com/publications/articles/european-company-statute-1.htm#_ftn32; Čović, Šefkija, 2001, Evropsko preduzeće, Ljudska prava, revija za ljudska prava, br. 3–4, Sarajevo; Horak, Hana/Dumančić Kosjenka, 2007, Europsko društvo – societas europea kao novost u hrvatskom pravu, Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu, Vol. 5 No.1; Ringe Wolf-Georg, 2007, The European Company Statute in the Context of Freedom of Establishment, Journal of Corporate Law Studies 185; Siems, Mathias M, 2005, The Impact of the European Company (SE) on Legal Culture, European Law Review, Vol. 30; Werlauff, Eric, 2003, The SE Company: A "Federal" Company Type Available from October 2004 u: Company Law, Scandinavian Studies in Law, Volume 45, Stockholm; Misita, Nevenko/Grbo, Zinka, 2011, Evropsko poslovno pravo, izabrane teme, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu; Jevremović Petrović, Tatjana, 2007, Evropska kompanija u pravu EU, Međunarodni problemi 2–3, Beograd; Džidić, Miroslav, 2010, Gospodarska društva, pravni položaj gospodarskih subjekata, Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet.

da proističu iz pravnog sistema Evropske unije, a ne iz nacionalnih pravnih sistema,[40] da su dakle, (pan)evropske pravne forme. *Socieats Europea* jedini je subjekt kojem komunitarni propis dopušta premještanje sjedišta iz jedne države članice u drugu (bez posljedica). No, države članice mogu propisati da registrirano sjedište evropskog društva mora biti istovjetno sjedištu uprave, te kao sankciju za povredu tog pravila propisati obaveznu likvidaciju društva, što znatno smanjuje atraktivnost prenosa registriranog sjedišta.[41]

Postojeći sekundarni pravni izvori ne uređuju temeljna pitanja iz materije prava društava, pa ne čudi da ima autora koji ih smatraju trivijalnim.[42] Stoga i dalje ne možemo govoriti o evropskom pravu privrednih društava (ili kompanijskom pravu), ali niti o tome da je njegov nastanak izvjestan. Štaviše, u posljednje se vrijeme različitost nacionalnih prava društava počinje shvatati kao prednost, a ne mana evropskog jedinstvenog tržišta, na način da se napušta ideja o unifikaciji "odozgo", a sve više prihvata ona o regulatornom takmičenju[43] (*regulatory competition*). Prema ovom shvatanju, subjekti bi imali pravo osnovati privredno društvo u bilo kojoj državi članici bez obzira na to u kojoj će ono državi imati svoje stvarno sjedište, čime bi se stvorili uslovi za takmičenje nacionalnih prava. Sloboda izbora države članice osnivanja potaknula bi nacionalne zakonodavce da svoje pravo urede tako da bude atraktivno ulagačima.[44] Ovim se stvaraju pretpostavke za tzv. delaverizaciju (*Delaware effect*) prava društava (*race to the bottom*)[45]

---

[40] Rakić , Branko, 1996, "Četiri velike slobode" u pravu Evropske unije, Pravo Evropske unije, Službeni glasnik, Beograd, str. 44.

[41] Babić, Davor, 2006, Sloboda kretanja trgovačkih društava u Evropskoj uniji, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, str. 244.

[42] Enriques, L, 2005, EC Company Law Directives – How Trivial Are They, ECGI Law Working Paper, 39, dostupno na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=730388. Pristupljeno 23. 5. 2012. godine.

[43] Babić, Davor, 2006, Sloboda kretanja trgovačkih društava u Europskoj uniji, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, str. 227.

[44] O ovome više: Babić, Davor, 2006, Sloboda kretanja trgovačkih društava u Europskoj uniji, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, str. 227; Enriques, Luca/Gelter, Martin, 2006, How the Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law, ECGI Law Working Paper, 63, dostupno na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=887164. Pristupljeno 24. 5. 2012. godine.

[45] Race to the bottom (trka ka dnu) je socio-ekonomski koncept koji se javlja kao rezultat regulatornog takmičenja među državama, odnosno pravnim sistemima. http://en.wikipedia.org/wiki/Race_to_the_bottom, pristupljeno 27. 6. 2012. Utrkivanje nastalo među državama u tome koja će od njih imati najprivlačnije propise u oblasti statusnog privrednog prava i time zadobiti što više poslovnih ljudi da osnuju preduzeće baš na teritoriji te države. Karanikić, Marija, 2002, Sloboda primarnog osnivanja preduzeća u pravu Evropske zajednice, Strani pravni život 1–3, Beograd, str. 264.

– investitori biraju državu u kojoj će osnovati društvo vodeći računa koji pravni sistem je manje zahtjevan.[46] Odnosno, u nastojanju da privuku što je moguće veći broj profesionalnih djelatnika, a time i investicija, države su sklone da ublažavaju odgovarajući pravni režim.[47]

Izbor prava koje bi se primjenjivalo na privredni subjekt ovisi o njegovoj volji, a nije determiniran činjenicom *nacionalnosti* osnivača ili kapitala (što je slučaj u nacionalnim pravima). Pravna posljedica tog izbora (u Evropskoj uniji) znači da ako je društvo osnovano prema pravu neke države članice, druge države članice trebaju tom društvu priznati pravnu osobnost i omogućiti mu da posluje bez propisivanja dodatnih statusnopravnih pretpostavki.[48] Istovremeno, treba imati u vidu da se regulatorno takmičenje i harmonizacija nacionalnih prava međusobno isključuju.

V. Prenos sjedišta društva

Prenos sjedišta privrednog društva iz jedne države u drugu već dugo vremena je aktuelna tema kako u akademskim krugovima, tako i u organima Evropske unije u kontekstu (razvoja) prava društava. Naime, sloboda poslovnog nastana ne sadrži opšte pravo nekog društva koje je osnovano u jednoj državi članici da premjesti sjedište svoje uprave u drugu državu bez prestanka dosadašnjeg statusa društva i bez ispunjenja drugih ograničenja koja proizlaze iz prava države osnivanja.[49] I Evropski je sud povodom slučaja *Daily Mail*[50] istakao da sloboda poslovnog nastana ne jamči i mogućnost prenosa sjedišta privrednog društva u drugu državu EZ-a.[51]

Unutrašnje tržište, međutim, treba upravo da stimulira premještanje poslovanja.[52] Realizacija (primarnog) prava poslovnog nastana za poslovne subjekte ogleda se prije svega u pravu na transfer sjedišta. Na ovaj način

---

[46] Timmermans, Christian W. A., 2002, Company Law as Ius Commune?, Leuven Centre for a Common Law of Europe, Leuven, str. 5.

[47] Više u Misita, Nevenko/Grbo, Zinka, 2011, Evropsko poslovno pravo, izabrane teme, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, str. 197.

[48] Babić, Davor, 2006, Sloboda kretanja trgovačkih društava u Europskoj uniji, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, str. 228.

[49] Herdegen, Matthias, 2003, Europsko pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, str. 216.

[50] C-81/87, R v. HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex p Daily Mail and General Trust plc, (1988), ECR 5483.

[51] Bouček, Vilim/Pejčić, Luka, 2009, Presuda Cartesio i osobni statut trgovačkog društva – (dis)kontinuitet sudske prakse Evropskog suda, Hrvatska pravna revija, Zagreb, str. 60.

[52] Chalmers, Damian/Hadjiemmanuil, Christos/Monti, Giorgio/Tomkins, Adam, 2006, European Union Law, Text and Materials, Cambridge University Press, str. 735.

bi se omogućilo međusobno priznavanje poslovnih subjekata, odnosno privrednih društava u Evropskoj uniji i svojevrsna harmonizacija u oblasti kompanijskog prava (bez političkih intervencija, odnosno direktive). U području prava društava, načelo međusobnog priznanja znači da svaka država članica mora priznati učinke prava društava drugih država članica bez obzira na to što se ono razlikuje od domaćeg prava.[53] Države članice su, naravno, ovome nesklone. Ne čudi da su raznovrsni pokušaji država članica da ograniče pravo nastana i druge slobode bili brojni. Međutim, završili su neuspjehom, na što ukazuju odluke Evropskog suda, počevši od one u slučaju *Cassis de Dijon*,[54] koja se, istina, nije odnosila izravno na pravo nastana, ali je pokazatelj intervencije Suda u situacijama postojanja kršenja pravila na kojim se temelji unutrašnje tržište. Prema spomenutoj odluci državama je zabranjeno da ograničavaju uvoz proizvodima koji su zakonito proizvedeni, a time i regulirani u drugoj državi članici.[55] Krajnji rezultat toga je da u komunitarnom pravu nema opšteg principa priznavanja privrednih društava i pravnih lica između država članica, iako to implicitno proizlazi iz čl. 54. UFEU.[56]

Normativna rješenja vezana za promjenu sjedišta društva (za sada) ne nudi komunitarno, nego nacionalno međunarodno privatno pravo i pravo privrednih društava, kompanijsko pravo, države članice. Naime, odredba čl. 293. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice (UEZ) prema kojoj će države članice pristupiti pregovorima u svrhu ostvarivanja pogodnosti za svoje državljane u pravcu uzajamnog priznanja privrednih društava u smislu čl. 48. UEZ više ne postoji. Ovaj član nije svojevremeno "iskorišten", u smislu da pregovori država članica nisu rezultirali odgovarajućim aktima koji bi omogućili međusobno priznanje društava. S druge strane, Evropska konvencija o međusobnom priznanju privrednih društava i pravnih lica, zaključena u Briselu 1968. godine, koja je, kako joj i ime kaže, imala isti cilj, nije stupila na snagu, jer je nisu ratifikovale sve države članice.[57] Upravo zato, nepostojanje jedinstvene pravne regulative na komunitarnom nivou omogućuje da na pitanje promjene sjedišta bude primijenjeno nacionalno pravo.

---

[53] Babić, Davor, 2006, Sloboda kretanja trgovačkih društava u Europskoj uniji, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, str. 229.

[54] Ovo je jedna od temeljnih odluka (pivotal case) Evropskog suda C-120/78, Rewe- Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein 1979, ECR 649.

[55] Chalmers, Damian/Hadjiemmanuil, Christos/Monti, Giorgio/Tomkins, Adam, 2006, European Union Law, Text and Materials, Cambridge University Press, str. 677. Ovdje je lako napraviti analogiju s priznavanjem privrednog društva iz druge države članice.

[56] Ilić, Gordana, 1998, Pravo osnivanja preduzeća u EU, Međunarodni problemi, 2, Beograd, str. 238.

[57] Holandija nije ratificirala Konvenciju.

Nacionalna prava na različite načine uređuju statusna pitanja društva, jer su rješenja međunarodnog privatnog prava u ovoj oblasti utemeljena na drugačijim teoretskim osnovama. Budući da, komunitarni propisi ne nude kriterije za određivanje državne, odnosno nacionalne pripadnosti privrednih društava[58] (tzv. osobni statut privrednog društva[59]), domaće pravo svake države članice nudi vlastita rješenja utemeljena na jednoj od dvije međusobno nepomirljive[60] teorije – teoriji stvarnog sjedišta ili teoriji inkorporacije (teorija osnivanja).[61] Svaka od ovih teorija podrazumijeva potpuno drugačiju koncepciju ili "filozofiju" o privrednim društvima i pravu privrednih društava – države koje prihvataju teoriju inkorporacije posmatraju pravo privrednih društava prije svega kao praktično i olakšavajuće, dok države sklone teoriji sjedišta vide pravo društava u najvećoj mjeri kao javno i obavezno.[62]

Osim spomenutog mjesta osnivanja, odnosno sjedišta privrednog subjekta, kao tački vezivanja, tj. težišnih kontakata za određivanje mjerodavnog prava za pravne osobe, u međunarodnom privatnom pravu prihvaćeni su i kriteriji državljanstva članova pravne osobe i kriterij kontrole.[63]

Teorija stvarnog sjedišta podrazumijeva da se na privredno društvo primjenjuju propisi države u kojoj ono ima stvarno sjedište, odnosno centralnu upravu. Prema teoriji inkorporacije mjerodavno je pravo države u kojoj je privredno društvo osnovano, *inkorporirano*, bez obzira na to u kojoj državi ono posluje. Naime, pravna osoba izvodi svoju egzistenciju iz pravnog

---

[58] O državnoj pripadnosti društva više u Jevremović, Tatjana, 2003, Prekogranična promena sedišta društva u komunitarnom pravu, Zadužbina Andrejević, Beograd, str. 15–21.

[59] Osobni statut privrednog društva u međunarodnom privatnom pravu uređuje pravnu i poslovnu sposobnost te pravne osobe. Njime se određuje po kojem pravu privredno društvo nastaje, pravno djeluje i prestaje postojati. Bouček, Vilim/Pejčić, Luka, 2009, Presuda Cartesio i osobni statut trgovačkog društva – (dis)kontinuitet sudske prakse Evropskog suda, Hrvatska pravna revija, Zagreb, str. 58.

[60] Frada de Sousa, Antonio, 2009, Company's Cross-border Transfer of Seat in the EU after Cartesio, Jean Monnet Working Paper 07/09, str. 3, dostupno na www.jeanmonnetprogram.org.

[61] Više o ovome u Babić, Davor, 2006, Sloboda kretanja trgovačkih društava u Europskoj uniji, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, str. 229–236; Ilić, Gordana, 1998, Pravo nastanjivanja u pravu Evropske unije, Pravo Evropske unije, fizička i pravna lica, Zbornik radova, Beograd, str. 79; Jevremović, Tatjana, 2003, Prekogranična promena sedišta društva u komunitarnom pravu, Zadužbina Andrejević, Beograd, str. 26–31

[62] Frada de Sousa, Antonio, 2009, Company's Cross-border Transfer of Seat in the EU after Cartesio, Jean Monnet Working Paper 07/09, str. 4, dostupno na www.jean monnetprogram.org.

[63] Više o ovim kriterijima u Muminović, Edin, 2006, Međunarodno privatno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, str. 137–143.

poretka države po čijim zakonima je konstituirana, odnosno čijim "aktom milosti" je osnovana.[64]

Najvažnije pitanje vezano za izbor kriterija za koji država optira u određivanju mjerodavnog prava za statusna pitanja društava (*lex societatis*) odnosi se na pravne posljedice koje on proizvodi. Naime, u državama kao što su npr. Francuska i Njemačka,[65] koje prihvataju teoriju stvarnog sjedišta, privredno društvo koje premješta svoje sjedište u drugu državu članicu gubi svoj pravni subjektivitet, te bi se moralo reosnovati prema propisima države u koju se premješta. Argument se sastoji u tome da su ova društva promjenom stvarnog sjedišta izgubila vezu s prethodnom državom (članicom),[66] jer su pravne osobe najtješnje povezane s državom na čijoj se teritoriji stvara njihova volja, a to je upravo država u kojoj se nalaze glavni organi uprave.[67]

S obzirom na to da je poduhvat reosnivanja skopčan s velikim troškovima,[68] privrednim subjektima preostaje osnivanje podružnica, filijala ili zastupništva (sekundarno pravo nastana). Primjena teorije inkorporacije, sasvim suprotno, nema za posljedicu gubljenje pravnog subjektiviteta i kontinuiteta privrednih subjekata.

Zbog toga je sloboda izbora mjerodavnog prava za privrednog subjekta u tradicionalnom smislu (bila) sloboda izbora njegovog sjedišta, s obzirom na to da u komparativnom pravu država članica preovladava teorija stvarnog sjedišta,[69] prema kojoj je pravo države sjedišta ono koje se primjenjuje na njega. Mjerodavno je, dakle, pravo države sjedišta, neovisno da li u toj državi subjekt (i) posluje. Ovo za rezultat ima sprječavanje izbjegavanja primjene propisa prava društava nacionalnog prava.

---

[64] Muminović, Edin, 2006, Međunarodno privatno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, str. 138.

[65] Iako Njemačka već neko vrijeme pravi ustupke teoriji inkorporacije. Nakon slučaja Centros (C-212/97 Centros Ltd v. Erhvervs – og Selskabsstyrelsen, 1999, ECR I-1459) Njemački federalni vrhovni sud 2003. godine je promijenio svoju praksu tako da je teorija inkorporacije sada primjenjiva u njemačkom međunarodnom privatnom pravu za određivanje nacionalnosti društva.

[66] Jevremović Petrović, Tatjana, 2010, Prekogranična spajanja društava u pravu EU, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 69.

[67] Muminović, Edin, 2006, Međunarodno privatno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, str. 140.

[68] Ilić, Gordana, 1998, Pravo osnivanja preduzeća u EU, Međunarodni problemi, 2, Beograd, str. 237; Hansen, Søren Friis, 2003, The Free Movement of Companies, Company Law, Scandinavian Studies in Law, Vol. 45, Stockholm, str. 149.

[69] U vrijeme potpisivanja Rimskog ugovora 1957. godine, sve države potpisnice su prihvatale teoriju sjedišta, stoga stav da ju je i tadašnji čl. 48. UEZ (sada 49. UFEU) implicitno prihvatao. Hansen, Søren Friis, 2003, The Free Movement of Companies, Company Law, Scandinavian Studies in Law, Vol. 45, Stockholm, str. 151.

Sve rečeno ukazuje da bi se pravo poslovnog nastana u potpunosti realiziralo tek pošto bi se omogućilo međusobno priznanje društava na način da se dopusti premještanje sjedišta iz jedne države u drugu. U suprotnom, privredna društva samo su prividno izjednačena s fizičkim osobama u mogućnosti ostvarenja slobode poslovnog nastana,[70] iako bi i njima kao i fizičkim osobama trebalo omogućiti slobodno "kretanje".[71]

Postavlja se pitanje koja od iznesenih teorija (bolje) obezbjeđuje ostvarenje slobode nastana. Teorija inkorporacije je ta koja omogućuje realizaciju prava poslovnog nastana za privredna društva, a što je potvrdio i Evropski sud u nizu presuda, za razliku od teorije stvarnog sjedišta koja praktično negira slobodu poslovnog nastana.[72]

VI. Iz ugla Suda[73] – slučaj *VALE*

Praksa Evropskog suda u području prava društava obuhvata period unazad više od dvije decenije. U tom su intervalu donesene najvažnije odluke koje su utjecale na to da pravo nastana poprimi drugačije, implicitne sadržaje. Ove odluke odnosile su se na različita pitanja, kao što su: da li čl. 49. UFEU ima direktno dejstvo; mogu li društva koristiti slobodu nastana s ciljem izbjegavanja propisa; je li dozvoljeno propisivati dodatne obaveze za društva koja nisu domaća i da li je prenos sjedišta društva inkorporiran u primarno pravo poslovnog nastana.

Veliki korak u ostvarivanju primarnog prava nastana, konkretnije *korporativne mobilnosti*[74] odnosno *prekogranične mobilnosti*,[75] za privredna društva učinjen je povodom recentnog slučaja *VALE*.[76]

---

[70] Jurić, Dionis, 2008, Sudska praksa Europskog suda u području ostvarenja slobode poslovnog nastana, Hrvatska pravna revija, Zagreb, str. 95.

[71] Vukadinović, Radovan D., 2012, Uvod u institucije i pravo Evropske unije, Udruženje za evropsko pravo – Centar za pravo EU, Kragujevac, str. 301.

[72] Ima mišljenja da opstrukcija realizacije unutrašnjeg tržišta nije uzrokovana izborom teorije stvarnog sjedišta ili inkorporacije, već da ima političke korijene.

[73] U radu je dat prikaz slučaja VALE, s ciljem akcentiranja recentne prakse Suda uz pretpostavku da je ovo zadnja u nizu presuda koja je za predmet imala pravo nastana.

[74] Biermeyer, Thomas/Holtrichter, Thore, 2011, Opinion of Advocate General Jääskinen in Case C-378/10 VALE, delivered on 15 December 2011, not yet reported. The missing puzzle in judge-made law on corporate migration?, The Columbia Journal of European Law, str. 2.

[75] Frada de Sousa, Antonio, 2009, Company's Cross-border Transfer of Seat in the EU after Cartesio, Jean Monnet Working Paper 07/09, dostupno na www.jeanmonnetprogram.org

[76] C-378/10, VALE *Építési* Kft (2012), ECR 2012

VALE Costruzioni Srl, društvo s ograničenom odgovornošću osnovano u Italiji namjeravalo je prenijeti svoje sjedište u Mađarsku. Privredno društvo Vale izbrisano je iz talijanskog registra društava na vlastiti zahtjev, a u kojem je unesena zabilješka da će se društvo osnovati u Mađarskoj. Nekoliko mjeseci nakon toga direktor Vale Costruzioni Srl supotpisao je osnivački akt za VALE Építési Kft, društvo s ograničenom odgovornošću, nakon čega je društvo (u osnivanju) podnijelo zahtjev za registraciju u mađarskom registru društava, u kome je zatraženo da Vale Contruzioni Srl bude naznačena kao njegov pravni prednik. Rečeni zahtjev registarski organ je odbio, s obrazloženjem da mađarski Zakon o registraciji privrednih društava ne dozvoljava stranim društvima da se registruju kao pravni prednici. Mađarski viši sud zatražio je mišljenje Evropskog suda o tome da li je spomenuti zakon u suprotnosti s pravom nastana ustanovljenim članovima 49. i 55. UFEU, odnosno da li država članica može da odbije registraciju pravnog prednika privrednog društva koje ima porijeklo u drugoj državi članici.

Odluci Evropskog suda prethodilo je Mišljenje[77] generalnog pravozastupnika[78] Jääskinena, po kome zakonodavstvo koje ne dopušta privrednim društvima iz drugih država članica da se transformišu u domaća društva narušava pravo poslovnog nastana. Generalni pravozastupnik je, prije svega, okvalificirao ovu aktivnost društva kao "prekogranično reosnivanje"[79] (*cross- border re-establishment*[80] odnosno *cross-border new establishment*[81]

[77] Conclusioni dell'avvocato generale Nilo Jääskinen presentate il 15 dicembre 2011, Causa C-378/10 Vale *Építési* Kft, dostupno na http://curia.europa.eu, pristupljeno 14. 6. 2012. godine

[78] The Advocate General (AG) prevodi se kao generalni advokat ili generalni, opći pravobranilac ili pravozastupnik. Prema čl. 166. Rimskog ugovora: "Dužnost je pravobranioca da, postupajući potpuno nepristrano i samostalno, iznosi na sjednici Suda obrazložene podneske o predmetima koji su u postupku rješavanja pred Sudom radi pružanja pomoći Sudu...". Opći pravobranilac, generalno posmatrano, ima trostruku ulogu: da predlaže rješenja za predmete o kojima Sud raspravlja, da predložena rješenja podvede pod opći model postojeće sudske prakse, te da ako je moguće, naznači obrise budućeg razvoja sudske prakse. Njegovo mišljenje ne obavezuje Sud. Više o tome u Vukadinović, 1999, Pravo Evropske unije, str. 151–152. Nakon Amsterdamskog ugovora spomenuti član je postao član 222. UEZ, a sada je član 252. UFEU.

[79] Prevod je autoričin. Mišljenje generalnog pravozastupnika dano je na francuskom jeziku, i nije zvanično prevedeno na sve jezike Evropske unije, pa tako ne postoji u engleskoj verziji.

[80] Loyens & Loeff, EU Tax Alert, Edition 101, January 2012.

[81] Biermeyer, Thomas/Holtrichter, Thore, 2011, Opinion of Advocate General Jääskinen in Case C-378/10 VALE, delivered on 15 December 2011, not yet reported. The missing puzzle in judge-made law on corporate migration?, The Columbia Journal of European Law, str. 2.

ili *ricostituzione transfrontaliera*[82]),[83] budući da mađarsko pravo poznaje samo promjenu oblika društva, bez inostranog elementa, ističući da ona predstavlja *specifičan način ostvarivanja prava poslovnog nastana*. Također je istakao da država u kojoj se društvo reosniva mora dozvoliti registraciju društva kao pravnog prednika uvijek kada to društvo može dokazati da je pravno sljedništvo dozvoljeno po pravu države iz koje ono dolazi. Ograničenje prava nastana u kontekstu premještanja (sjedišta) društva u drugu državu članicu moguće je samo u ograničenim slučajevima koji su opravdani važnim razlozima javnog interesa i pod uslovom da se primjenjuju bez diskriminacije.[84]

Jednako kao i generalni pravozastupnik, Sud nije našao da postoje opravdani razlozi, kao što su interes kreditora, zaštita manjinskih dioničara i zaposlenika, a u skladu s kojima bi sloboda nastana mogla biti ograničena. Evropski sud je, naime, što je bilo i očekivano, slijedio stavove generalnog pravozastupnika, te iznio mišljenje po kome pravo Evropske unije ne dozvoljava državama članicama da odbiju upis u registar društava privrednog subjekta kao pravnog prednika kada taj subjekt premješta svoje sjedište iz druge države članice. Dakle, prema shvatanju Suda sprječavanje privrednom društvu iz jedne države članice da se registruje kao pravni prednik u drugoj državi članici znači ograničavanje slobode nastana, odnosno ponašanje u suprotnosti s pravom Evropske unije. U konkretnom slučaju, mađarsko pravo tretiralo je talijansko privredno društvo drugačije nego vlastito, čime je ono spriječeno da koristi pravo nastana kojim se ograničavaju ovlašteni organi država članica da odbiju upis u registar društvo iz druge države članice kao pravnog prednika, ako je takav upis dozvoljen domaćem društvu.[85] Drugim riječima, odredbe mađarskog prava privrednog društva su u segmentu transfera sjedišta okarakterizirane kao diskriminirajuće.

---

[82] U radu je korištena zvanična verzija Mišljenja na talijanskom jeziku.

[83] U odluci Suda napravljena je terminološka razlika u odnosu na Mišljenje generalnog pravozastupnika a u vezi s pravnom radnjom kojoj su se "podvrgla" privredna društva u pitanju. Tako, prema zvaničnoj verziji na talijanskom jeziku predmet spora je trasformazione transfrontaliera, odnosno cross-border conversion, prema engleskom zvaničnom prevodu presude. U duhu našeg jezika ovu bi sintagmu trebalo prevoditi kao premještanje registrovanog sjedišta društva uz primjenu prava države domaćina.

[84] Conclusioni dell'avvocato generale Nilo Jääskinen presentate il 15 dicembre 2011, Causa C-378/10 Vale *Építési* Kft, dostupno na http://curia.europa.eu, pristupljeno 14. 6. 2012. godine, tačka 80. (4).

[85] Requejo, Marta, 2012, ECJ Judgment in Case C-378/10, VALE *Építési* Kft, dostupno na http://conflictoflaws.net/2012/ecj-judgment-in-case-c-37810-vale-epitesi-kft/, pristupljeno 1. 11. 2012. godine.

Sud je stao na stanovište da, u nedostatku jedinstvene definicije privrednog društva u pravu Evropske unije, država domaćin[86] određuje relevantne propise u skladu s nacionalnim pravom. Prema presudi u predmetu *VALE*, članovi 49. i 54. UFEU moraju se u kontekstu premještanja sjedišta društva tumačiti na način da je država članica ovlaštena određivati nacionalno pravo primjenjivo na ovu *operaciju* i u skladu s tim primjenjivati njegove odredbe koje se odnose na promjenu sjedišta domaćih društava unutar granica te države. Ovakav stav Sud je donio pozivajući se na ranije presude u slučajevima *Daily Mail* i *Cartesio*, u kojima je naglašeno da su privredna društva proizvodi (*creatures*) nacionalnih prava i postoje samo zahvaljujući odredbama koje uređuju njihovo osnivanje i funkcioniranje.

Nedostatak akata sekundarnog prava u Evropskoj uniji ne smije biti opravdanje jednoj državi za različit tretman privrednih društava iz druge države članice. Nacionalno pravo ne smije izbjegavati poštivanje principa slobode nastana, jednakosti i efektivnosti. Prema odluci Suda ovi principi preveniraju državu članicu domaćina da odbije upis privrednog društva iz druge države članice u registar kao pravnog prednika ako je takva registracija dozvoljena domaćim društvima, kao i da odbiju da uzmu u obzir dokumente koje su obezbijedili ovlašteni organi države članice porijekla.

U slučaju *VALE* Sud se pozvao na raniji, izuzetno značajan, predmet *Cartesio*,[87] koji je također za predmet imao premještanje sjedišta društva. Od Suda je zatraženo mišljenje o tome da li članovi 43. i 48. UEZ (sada 49. i 54. UFEU) sprječavaju državu članicu da nametne zabranu društvu osnovanom u njoj da premjesti svoj glavni ured u drugu državu članicu bez potrebe da prethodno prestane postojati u Mađarskoj.

Sud je *obiter dicta* povodom ovog pitanja iznio stav da je premještanje sjedišta posljedica prava nastana i država članica je ne može negirati, odnosno pravo nastana podrazumijeva (i) mogućnost da se društvo transformira u društvo koje je regulisano pravom druge države članice (što je *de facto* premještanje sjedišta).[88] Pri tome, Sud je napravio razliku između prethodno

[86] Država u kojoj se društvo (re)osniva, za razliku od države porijekla, u kojoj je društvo bilo ranije osnovano.

[87] C-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt, 2008, ECR I- 09641. Cartesio, mađarsko društvo sa ograničenom odgovornošću, namjeravalo je prenijeti svoj glavni ured u Italiju, pri čemu bi nastavilo poslovati u Mađarskoj. Nacionalni registarski organ odbio je ovaj zahtjev, jer mađarsko pravo jednostavno nije poznavalo mogućnost prenosa sjedišta (bez da prethodno to društvo prestane, i ex novo se osnuje u drugoj državi, što zapravo i nije prenos sjedišta).

[88] Sud se koristi terminom international conversion.

navedene situacije i mogućnosti prenosa sjedišta društva iz države u državu bez promjene nacionalnog prava[89] kojim je uređeno to društvo u kojem slučaju se to društvo ne može pozivati na zaštitu po osnovu prava nastana.

Zaključak

Kao što se može vidjeti, odredbe Ugovora o funkcionisanju Evropske unije kojima je uređeno pravo poslovnog nastana podrazumijevaju implicitno pravo na slobodan prenos sjedišta privrednih društava. Mobilnost privrednih društava na unutrašnjem tržištu u tom kontekstu omogućena je zahvaljujući sudskoj praksi, koja je supstituirala akte sekundarnog prava. Prije svih treba spomenuti stajalište povodom slučaja *VALE*, kojim je Sud izričito rekao da sloboda poslovnog nastana uključuje i slobodu promjene sjedišta društva i nastavak njegovog pravnog kontinuiteta u drugoj državi članici. Odnosno, sloboda poslovnog nastana podrazumijeva (i) da država članica u kojoj je moguće premještanje sjedišta u nacionalnim okvirima ne smije zabraniti isto takvo prekogranično premještanje. Pravo nastana je dakle, evoluiralo i danas podrazumijeva više sadržaja, odnosno ovlaštenja nego što je to bio slučaj ranije.[90][91] Time se istovremeno čini riješen i problem priznanja stranih društava.

VALE slučaj također aktualizira pitanje regulatornog takmičenja, odnosno *delaverizacije* prava društava. Slobodan prenos sjedišta društva iz jedne države članice u drugu bez posljedica gubljenja njegovog pravnog i ekonomskog identiteta pretpostavlja da će izbor države domaćina pasti na manje zahtjevan nacionalni režim (*corporate regime shopping*).

Slučaj *VALE* sigurno će ostati zapisan kao *core case* komunitarnog prava privrednih društava, te će pitanje da li je transfer sjedišta privrednog subjekta dio prava poslovnog nastana postati izlišno. Odluka u ovom predmetu popunila je nedostatak komunitarnih harmonizacijskih mjera, te je tako definitivno oslabila važnost (usvajanja) Četrnaeste direktive o prekograničnoj

[89] U zvaničnoj verziji presude na engleskom jeziku riječ je o international transfer of the seat of a company (without changing the national law which governs the company).

[90] Posebno pitanje vezano za sadržaj prava nastana odnosi se na prekogranično spajanje privrednih društava. Ono naime ulazi u okvir ovoga prava. U tom je kontekstu naročito značajna odluka Suda povodom slučaja SEVIC (C- 411/03, SEVIC Systems AG, (2005) I-10805).

[91] U kontekstu uticaja presude u slučaju VALE na njemačko pravo društava ukratko na http://www.gibsondunn.com/publications/Pages/ECJPermitsCross-BorderMovement-NationalCompanies-IntoEUMemberStates.aspx, pristupljeno 3. 11. 2012. godine.

promjeni sjedišta društva.[92] Mada je Sud zauzeo stav da bi "... pitanje da li, i kako, registrovano sjedište (*siège statutaire*) ili stvarno sjedište[93] (*siège réel*) privrednog društva osnovanog prema pravu jedne države članice može biti premješteno u drugu državu članicu nije problem kojeg rješavaju odredbe o pravu poslovnog nastana, već se mora urediti budućim zakonodavstvom ili konvencijama."[94] Čini se da je i nakon rečene odluke ostalo niz otvorenih pitanja[95] na koje odgovore može pružiti (jedino) direktiva o prekograničnom spajanju društava.

Ipak, ostaje dilema je li podjela na primarno i sekundarno pravo nastana izgubila značaj nakon presuda u slučaju *VALE*.

---

[92] Posao na usvajanju Četrnaeste direktive o prekograničnoj promjeni sjedišta društva zvanično je okončan 2007. godine na prijedlog Komisije nakon nepunih dvadeset godina rada. Na službenoj stranici Evropske unije može se naći šire obrazloženje. http://ec.europa.eu/internal_market/company/seattransfer/index_en.htm#ia%E2%80%93accessedonthe1stJune2009, pristupljeno 15. 6. 2012. godine. O prijedlogu Četrnaeste direktive vidjeti više u Jevremović, Tatjana, 2001, Predlog Četrnaeste direktive kompanijskog prava EU o promeni registrovanog sedišta društva iz jedne zemlje u drugu zemlju članicu sa primenom merodavnog prava, Pravo i privreda, br. 5–8, Beograd, str. 732–745. U martu 2009. godine Evropski parlament usvojio je Rezoluciju sa preporukama Komisiji koje se odnose na usvajanje direktive o prekograničnom premještanju sjedišta društva. (2010/C 87 E/02). Dostupno na http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:087E:FULL:EN:PDF, pristupljeno 15. 6. 2012. godine.

[93] Pojmove stvarno sjedište i registrovano sjedište treba razlikovati. Stvarno sjedište je ono mjesto gdje se nalazi centralna uprava društva, odnosno gdje društvo obavlja većinu djelatnosti, dok registrovano sjedište predstavlja zvaničnu adresu društva koja je unesena kao takva u registar privrednih subjekata. Pri tome, potrebno je spomenuti i statutarno sjedište koje je ono mjesto koje je kao sjedište društva označeno u statutu (unutrašnjem aktu) društva. Međutim, u kontekstu u kojem se spominju ova razlika nije od krucijalnog značaja.

[94] *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, C-210/06, 2008, ECR I- 09641, tačka 108.

[95] Npr. pitanja proceduralnih pravila premještanja sjedišta društva, za koja je Sud ustanovio da se ne nalaze u pravu Evropske unije već u propisima država domaćina i države porijekla.

Dr Zinka Grbo
Assistant Professor

THE RIGHT OF ESTABLISHMENT – THE FREE MOVEMENT OF COMPANIES

Summary

The internal market of the European Union is founded on four basic freedoms or rights and the right of establishment emerges, in practice, as an essential complement to their fulfillment. The right of establishment involves two types of rights - primary, and secondary, where the former means the setting up (establishment) of companies or firms (for the first time in a Member State) and its management under the conditions laid down for its own nationals by the law of the country where such an establishment is effected, while the latter implies the setting up of agencies, branches, or subsidiaries of an already established corporation in some other Member State.

*The area of corporate law (also "**company**" or "**corporations**" law) is (still) missing the prefix European, although a number of directives have been adopted in this field. However, there do exist supranational company/corporate forms (forms of organization), and they are Societas Europea and the European Economic Interest Grouping.*

The question lies in whether the primary right of establishment implies the ability to transfer the seat (headquarters) of a company from one member state to another without the legal consequences of losing its corporate personality and continuity, which would facilitate the mobility and freedom of movement of companies in the European Union. Societas Europea is so far the only corporation which transfer of registered headquarters is regulated by a secondary law act. A positive response to the question posed has been provided by the practice of the European Court, which made a step forward with regard to reform in this area with their opinions concerning the recent VALE case, although legislative solutions have not (yet) followed suit. There were only initiatives taken to adopt legislation (directives) that would regulate the cross-border transfer of seats (headquarters) of companies in the internal market area of the European Union.

Key terms: *the right of establishment, European company law/EU Company Law, the transfer of company seat (headquarters)*

Dr. Edin Halapić
Docent

UDK: 342.4(73)
Izvorni naučni rad

USTAV SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA (1787) I SUDSKA INTERPRETACIJA

Sažetak

Rad pod naslovom "Ustav Sjedinjenih Američkih Država (1787) i sudska interpretacija" odnosi se na nekoliko značajnih pravno-političkih okolnosti koje su postojale u Sjedinjenim Američkim Državama. Posebno mjesto pripada procesu donošenja Ustava i prilikama koje su vladale tokom zasjedanja Kontinentalnog kongresa. Po donošenju Ustava, pristupa se organizaciji vlasti koja se i danas smatra jednom od karakteristika ustavnog sistema Sjedinjenih Američkih Država. U radu se nalaze i presude Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država, koje su uticale na tumačenje Ustava i ustavnih amandmana. Vremenom, ove presude pružaju tumačenje koje se razlikuje od tumačenja koja su imali na umu tzv. očevi osnivači. Ove presude osigurale su Vrhovnom sudu status konačnog tumača Ustava Sjedinjenih Američkih Država. Cilj ovog rada je da se u kratkim crtama ukaže na okolnosti donošenja Ustava, kao i na ulogu i značaj Vrhovnog suda kroz historiju Sjedinjenih Američkih Država.

***Ključne riječi**: Kontinentalni kongres, ratifikacija, Ustav Sjedinjenih Američkih Država, Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država, presude.*

1. Ekonomske represije i okolnosti u kolonijama

Potpisivanjem mirovnog ugovora u Parizu 1763. godine Velika Britanija je zakoračila u veliku ekonomsku krizu.[1] Na političkom planu, uspjela je potisnuti Francusku s teritorije Sjeverne Amerike i vrlo brzo se okreće pokrivanju ratnog duga.[2] Jedan od načina da se ublaži kriza nalazio se u sistemu oporezivanja koji se odnosio na engleske kolonije. Britanski parlament 1765.

[1] Ovim ugovorom okončan je tzv. "Sedmogodišnji rat" koji je poznat kao francusko-indijski rat. Primjedba autora.

[2] Dug je 1764. godine narastao na iznos od sedamdeset miliona engleskih funti. Vidjeti: Andre Maurois, *Povijest Sjedinjenih Američkih Država 1492–1954,* (Naprijed, Zagreb, 1960), str. 91.

godine donosi zakonske mjere koje su predložene od strane konzervativne vlade na čijem čelu se nalazio premijer Džordž Grenvil (George Grenville). Iste godine stupio je na snagu poznati Zakon o pečatima (Stamp Act), što je dovelo do novih poreskih opterećenja kolonija. Prema ovom zakonu, sve novine, izdanja, ugovori, dokumenti i isprave moraju imati poseban pečat. Kao dodatna mjera donosi se Zakon o šećeru (Sugar Act) koji je imao funkciju ubiranja poreza. Ovi zakoni izazvali su reakciju kolonista koja se sastojala u neplaćanju nametnutih poreza. Uz spomenuto, kolonisti su organizovano bojkotovali uvoz onih proizvoda koji potiču iz Velike Britanije. Ovim okolnostima treba dodati i činjenicu da je Velika Britanija upravu nad kolonijama povjerila Trgovačkoj komori u Londonu. Zadatak Komore bio je ometanje samostalnog razvoja industrije i trgovine u kolonijama, te da se kolonije pretvore u mjesto u kojem je zagarantovana prodaja engleske robe.[3] Raspoloženje kolonista prema nizu ekonomskih mjera izraženo je u Deklaraciji o pravima Amerikanaca koja je nastala 1765. godine. U međuvremenu, kolonisti pristupaju formiranju posebnih organizacija ili klubova s ciljem da se što adekvatnije odgovori na finansijsku politiku Londona. Jedna od spomenutih organizacija je "Sinovi slobode" koja je okupljala koloniste kako bi uticali na odluke Britanskog parlamenta. Vrlo brzo, zbog političkih prilika koje su dominirale u kolonijama, London je donio odluku da se Zakon o pečatima iz 1765. godine ukine. Ova odluka je u očima kolonista predstavljala njihovu prvu pobjedu nad ekonomskim mjerama metropole. Naredni period možemo opisati kao fazu u kojoj britanska vlada intenzivno pokušava stanje u kolonijama staviti pod svoju apsolutnu kontrolu. Velike promjene nastupaju imenovanjem novog kancelara riznice. Na ovo mjesto imenovan je Čarls Taunšend (Charles Townshend) koji uvodi nove uvozne carine. Carine su obuhvatile staklo, olovo, boje, papir i čaj. Međutim, za razliku od drugih mjera, ovim se predviđa i formiranje posebnih tijela sa zadatkom da nadgledaju sprovođenje mjera uz asistenciju posebnih komesara. Ovi komesari imali su pravo da obavljaju pretres kuća, skladišta i radnji uz izgovor da su ove mjere potrebne radi suzbijanja krijumčarenja.[4] Tokom 1767. godine donosi se Taunšendov zakon (Townshend Act) koji je izazvao veliko ogorčenje kolonista. Kao odgovor na to, kolonisti stupaju u otvoreni sukob s britanskom vojskom, a centar otpora bio je grad Boston, gdje će se 5. marta 1770. godine dogoditi "Bostonski pokolj" u kojem je poginulo pet kolonista.[5] Treba

[3] Opširnije: Raifa Festić, "Neke karakteristike recepcije Common Lawa u engleskim kolonijama u Americi", Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, godina XVIII (1970), str. 358.

[4] Opširnije: Andre Maurois, Povijest Sjedinjenih Američkih Država..., str. 98–101.

[5] Bostonski pokolj iz 1770. godine počeo je napadom kolonista na britansku armiju, tako što su kolonisti bacali snježne grudve i kamenje, a armija odgovorila oružjem. U

spomenuti da bostonski radikali nisu pružili organizovani otpor dvije godine ranije, kada je britanska armija preuzela kontrolu nad Bostonom. Kada se govori o drugim kolonijama ovaj period može se okarakterisati kao period stalnih tenzija i sukoba.[6] Ipak kolonije su uspjele da utiču na Parlament koji ukida niz carina, ali uvodi nizak porez na čaj. Ovaj porez odobren je posebnim zakonom Parlamenta koji datira iz 1773. godine i dobio je ime Zakon o čaju (Tea Act), koji je trebao osigurati izlaz iz velike finansijske krize u kojoj se nalazila Istočno-indijska kompanija (East Indian Company).[7] Međutim, Zakon je bio povod za "Bostonsku čajanku" (Boston tea party) koja se desila u bostonskoj luci 16. decembra 1773. godine. Tom prilikom, kolonisti koji su se prerušili u Indijance napali su brod i pobacali čaj u more. Bostonska čajanka predstavlja i početak otvorenih sukoba odnosno rata kolonija za nezavisnost.[8] Kao odgovor, naredne godine Britanski parlament donosi pet novih zakona. Prvim se zatvara bostonska luka na neodređeno vrijeme, drugim se uskraćuje autonomija kolonije Masačusets. Treći zakon prenosi sva suđenja koja se odnose na nepoštivanje ovih zakona u London, četvrtim se reguliše smještaj britanske armije i petim se daje sloboda svim katolicima u Kanadi.[9] Godinu dana kasnije dolazi do jedne od najpoznatijih bitaka koja se odvijala kod Banker Hila (Bunker Hill). Bitka se završila mnogobrojnim žrtvama na obje strane, ali i pobjedom kolonista.[10] Navedeni događaji kao i

kasnijem periodu otvorena je istraga koja je rezultirala optužbom dvojice britanskih vojnika. Opširnije: http://www.ushistory.org/declaration/massacre od 6. 3. 2011. godine.

[6] U periodu od 1607. do 1733. godine na teritoriji Sjeverne Amerike uspostavljeno je trinaest prvobitnih kolonija. Prva kolonija nastala je formiranjem Džejmstauna (Jamestown) 1607. godine, a posljednja Džordžija 1733. godine. U tom periodu nastale su sljedeće kolonije: Virdžinija, Masačusets, Konetikat, Roud Ajlend, Nju Džersi, Nju Hempšir, Nju Jork, Nju Hejven, Pensilvanija, Merilend i Južna i Sjeverna Karolina. O nastanku kolonija vidjeti: Encyclopedia Americana Vol. VII. (Americana Corporation, New York, 1964), str. 301 i Encyclopedia Americana Vol. XXVII., str. 533–539. Prema načinu nastanka sve kolonije mogu se podijeliti na tri vrste. Prve su krunske osnovane od strane engleske Krune, druga vrsta su kompanijske gdje se kao osnivači pojavljuju kompanijska (trgovačka) društva i posljednje su tzv. pojedinačne (vlasničke) koje su osnivane od strane pojedinaca. O vrstama kolonija vidjeti: Raifa Festić, "Istorijski osvrt na neke specifičnosti američkog prava u odnosu na englesko", Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, godina XXXI (1984), str. 284.

[7] Opširnije: Srđan Šarkić, Osnovi pravne istorije, (Pravni fakultet Union u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd, 2008), str. 143–144.

[8] O Bostonskoj čajanci vidjeti: http://www.ushistory.com od 10. 3. 2011. godine.

[9] O zakonima i mjerama vidjeti: Raifa Festić, Opća historija države i prava, (Studentska štamparija Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 1998), str. 233.

[10] Bitka se odvijala 16. juna 1775. godine. O značaju i rezultatima vidjeti: Henry I. Kurtz, "Bunker Hill, 1775 a Dear Bought Victory", History Today, Vol. 25 (1975), str. 610–619.

uloga i značaj Britanskog parlamenta predstavljaju konačan odgovor kolonista na značajno pravno-političko pitanje, a to je da Parlament nema pravo da donosi zakone za kolonije Sjeverne Amerike. U cilju opravdanja svojih postupaka kolonisti ističu i pozivaju se na stari britanski princip koji glasi "Nema oporezivanja bez predstavljanja" (No taxation without representation).[11]

Prije izbijanja otvorenih sukoba, kolonije razvijaju svijest da samo zajedno i organizovano mogu odgovoriti na mjere Velike Britanije. Kako bi sprovele svoju ideju u djelo, tokom 1774. godine donosi se odluka o održavanju Kongresa koji će okupiti predstavnike juga i sjevera. Kongres je zasjedao u Filadelfiji (Philadelphia) u periodu od 6. septembra do 26. oktobra 1774. godine i nazvan je Prvi kontinentalni kongres.[12] U svom radu ovaj kongres donosi i "Deklaraciju prava" kojom se predviđa apsolutna autonomija sjevernih i južnih kolonija i zabrana trgovinskih odnosa s Velikom Britanijom u trajanju od tri mjeseca. Deklaracijom se izražava spremnost kolonija na udruženje ako se protiv kolonije Masačusets upotrijebi sila. Kongres u svom zaključku utvrđuje da svaka kolonija ima isključivo pravo na vlast i donošenje vlastitih zakona.[13] Zbog ratnih operacija, donosi se odluka da se kolonijalni predstavnici ponovo sastanu u mjesecu maju 1775. godine. Drugi kontinentalni kongres sastaje se iste godine u Filadelfiji, ali se za razliku od prvog pokazao znatno produktivnijim. Kongres donosi odluku da se za vrhovnog komandanta oružanih snaga imenuje Džordž Vašington (George Washington) i proglašava otcjepljenje kolonija od Engleske.[14] U međuvremenu, odnosno u periodu od 1775. do početka 1776. godine, nekoliko kolonija je proglasilo svoju samostalnost. Tokom 1776. godine donosi se Virdžinijska deklaracija o pravima (The Virginia Declaration of Rights) za čiju izradu je zaslužan Džordž Mejson (George Mason). Deklaracija sadrži nekoliko principa od kojih možemo navesti narodni suverenitet, prirodna prava čovjeka kao što su pravo na život, slobodu, privatnu svojinu, traženje i postizanje sreće i sigurnosti (pursuing and obtaining happiness and safety).[15] Odgovor Krune na

[11] Vidjeti: Andre Maurois, Povijest Sjedinjenih Američkih Država..., str. 93.

[12] Vidjeti: Raifa Festić, "Engleski uticaj na razvoj kolonijalnog i ranog prava u Sjedinjenim Američkim Državama", Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, XXII (1975), str. 76.

[13] Ibid., str. 76.

[14] Džordž Vašington imenovan je za vrhovnog komandanta oružanih snaga 15. juna 1775. godine, a iste godine 13. oktobra Kongres je uspostavio i mornaricu. Opširnije vidjeti: Encyclopedia Americana Vol. 7., str. 692–693.

[15] Tekst Deklaracije iz 1776. godine: Kermit L. Hall, Paul Finkelman i James W. Ely, American Legal history – Cases and Materials (Oxford University Press, New York, 2005), str. 92–93.

stanje u kolonijama uticao je na donošenje najznačajnijeg dokumenta revolucionarnog perioda. Kongres je na prijedlog Tomasa Džefersona (Thomas Jefferson) 4. jula 1776. godine donio Deklaraciju o nezavisnosti (Declaration of Independence). Ovom deklaracijom kolonije su proglasile svoju nezavisnost kao i prekid svih veza s Velikom Britanijom. Deklaracija je inspirisana prirodnim pravima i učenjem Džona Loka (John Lock) i Žan-Žaka Rusoa (Jean-Jasques Rousseau) o principima narodnog suvereniteta. Međutim, ovaj dokument nije uticao na formiranje odnosno ujedinjenje kolonija u smislu nastanka države. Danas, ova deklaracija uživa status izvora državne ideologije Sjedinjenih Američkih Država, s obzirom na to da su ključne ideje ostale nepromijenjene.[16]

Drugi kontinentalni kongres također pristupa usvajanju i prvog ustava pod nazivom "Članci Konfederacije i vječitog saveza" (The Articles of Confederation and Perpetual Union). Ustav je usvojen 15. novembra 1777. godine, ali je ratifikovan tek 1. marta 1781. godine. Međutim, ovim ustavom nije uspostavljena jaka veza među državama članicama što je za sobom povuklo i finansijske probleme. Članci Konfederacije i vječitog saveza ostali su na snazi sve do donošenja novog ustava 1787. godine.

2. Donošenje Ustava iz 1787. godine

Sjedinjene Američke Države vrlo brzo prepoznaju da je njihova budućnost uslovljena snažnijim stepenom povezanosti država članica i donosi se odluka o formiranju ustavotvornog tijela, odnosno Skupštine (Constitutional Convention). Osnovni zadatak ovog tijela je da se pristupi izradi novog Ustava. Skupština je zasjedala od 25. maja do 17. septembra 1787. godine u Pensilvaniji (Pennsylvania). Predsjedavanje ovim tijelom pripalo je Džordžu Vašingtonu (George Washington), a u radu su učestvovali predstavnici država članica. Posebno mjesto, uz Vašingtona, pripada Bendžaminu Frenklinu (Benjamin

[16] Najznačajnije ideje su da pojedinac rođenjem stiče neotuđiva prava, da se legitimitet države temelji na saglasnosti onih kojima se vlada, pravo naroda na revoluciju i zadatak vlasti je da osigura bezbjednost i sreću građana. Vidjeti: Fikret Karčić, Komparativna pravna historija – predavanja i pravni tekstovi (Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007), str. 171–172. Tekst Deklaracije na engleskom jeziku: Kermit L. Hall, Paul Finkelman i James W. Ely, American Legal history..., str. 88–91. Tekst Deklaracije na našem jeziku: Fikret Karčić, Pravni tekstovi – Odabrani izvori za Opću historiju države i prava (Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2004), str. 251–254. Izvorno, naziv dokumenta glasi Jednodušna deklaracija trinaest država Amerike (Unanimous Declaration of the Thirteen United States of America), a datum njenog donošenja slavi se kao Dan nezavisnosti Sjedinjenih Američkih Država. Vidjeti: Encyclopaedia Britannica Vol. 3. (Encyclopaedia Britannica, Inc., Chicago, 2005), str. 584–585.

Frenklin), Džejmsu Medisonu (James Madison), Džonu Džeju (John Jay) i Tomasu Džefersonu (Thomas Jefferson). Spomenute ličnosti nazivaju se "Očevi osnivači Sjedinjenih Američkih Država" (Founding Fathers) ili "Tvorci Ustava" (Framers of Constitution). Ovi termini ostali su u upotrebi do danas, s tim što se tvorcima ili očevima osnivačima smatraju Hamilton, Medison i Džej. Prilikom rada na tekstu federalnog ustava javljaju se različiti stavovi u pogledu obima ovlaštenja zakonodavnog tijela i pitanja koja su usko vezana za ovo tijelo. Vrlo brzo pojavljuju se dva različita koncepta i dva nacrta teksta. Prvi nacrt je poznat kao Virdžinija plan (Virginia plan) koji je predstavljen od strane Edmunda Randolfa iz Virdžinije. Ovaj plan zastupa ideju jake centralne vlasti kao i prednost velikih država prilikom izbora predstavnika u zakonodavno tijelo. Za razliku od spomenutog plana, drugi plan nazvan je Nju Džersi (New Jersey) koji je prihvatio konfederalno uređenje, s tim da je kod zakonodavnog tijela predviđao ravnopravno učešće svih država bez obzira na broj stanovnika. Međutim, u radu se pristupilo političkim ubjeđenjima u želji da se postigne kompromis jer ni jedan od ponuđenih planova nije prihvaćen. Rješenje problema nalazilo se u tzv. Konektikat kompromisu (Connecticut Compromise) koji je predviđao dvodomno zakonodavno tijelo. Jedan dom bio bi senat čija se struktura formira po principu dva člana iz svake države, drugi dom ili predstavnički dom svoje članove osigurao bi putem izbora od strane građana u svim izbornim jedinicama.[17] Po usvajanju konačne verzije dokumenta, tekst je upućen na ratifikaciju od strane država. Ovaj postupak okončan je tri godine kasnije, odnosno tek 1790. godine. U međuvremenu, a u smislu da se osnaže osnovna prava građana, pristupa se izradi i ratifikaciji prvih deset amandmana na Ustav. Ratifikacija je završena 15. decembra 1791. godine, a spomenuti amandmani poznati su pod zajedničkim imenom Zakon o pravima (Bill of Rights). Kada je postupak ratifikacije ustavnog teksta završen, Sjedinjene Američke Države dobile su najstariji važeći ustav na svijetu. Ustav iz 1787. godine smatra se kompromisom u rješavanju niza političkih pitanja i ekonomskih interesa do kojeg se došlo na osnovu mnogobrojnih rasprava. Kao primjer možemo navesti:

[17] Opširnije o proceduri donošenja federalnog ustava: Kermit L. Hall, The Oxford Companioon to American Law (Oxford University Press, New York, 2002), str. 150–154. O spomenutim planovima vidjeti: Raifa Festić, Opća historija države i prava, str. 237–238. Različiti stavovi tokom zasjedanja u Pensilvaniji dovode do formiranja različitih političkih stavova odnosno političkih struja. Prva su federalisti koji su se zalagali za ratifikaciju i jaku centralnu vladu, s tim što su zastupali interese bogatog sloja društva. Druga politička struja su antifederalisti koji su se protivili ideji jake centralne vlasti, a zastupali su interese farmera i zanatlija. Iz spomenutih političkih struja u budućnosti formiraju se dvije političke partije. To su Demokratska partija (federalisti) i Republikanska partija (antifederalisti). Primjedba autora.

1. *Velike države protiv malih.* Virdžinija je zastupala ideju jednakog predstavljanja u Kongresu na osnovu broja stanovnika, a Nju Džerzi (New Jersey) jednako predstavljanje država bez obzira na broj stanovnika. Kompromis se sastojao u tome da će se Senat popunjavati po prijedlogu Nju Džerzija (dva predstavnika iz svake države), a Dom predstavnika po prijedlogu Virdžinije (na osnovu broja stanovnika države).
2. *Južne države protiv sjevernih.* Južne države tražile su da se u ukupan broj stanovnika računaju i robovi, a sjeverne države su odbacile ovaj princip. Kompromisom je utvrđeno da kod određivanja broja predstavnika u zakonodavnoj vlasti (Kongres) i oporezivanja, pet robova će se računati kao tri čovjeka – bijelca.
3. *Robovlasničke države protiv slobodnih.* Robovlasničke države podržavale su neograničeni uvoz robova, a slobodne države su tražile limitiranje trgovine robovima. Kompromis je omogućio uvoz robova, ali na period od dvadeset godina uz obavezu plaćanja posebne takse u iznosu od deset dolara po jednom robu.
4. *Poljoprivredne protiv manufakturnih država.* Poljoprivredne države protivile su se velikom ovlaštenju Kongresa da može uvoditi izvozne i uvozne carine, a manufakturne države su podržavale ovlaštenja Kongresa. Kompromis je utvrdio da Kongres može sa većinom glasova oporezovati uvoz ali ne i izvoz.

Aristokratija protiv demokrata. U ovome slučaju aristokrati su podržavali ideju indirektnog izbora predsjednika, a pojedini su predlagali i doživotni izbor, dok su demokrati insistirali na direktnom izboru predsjednika s ograničenim mandatom. Kompromisom je odlučeno da predsjednika bira posebno tijelo tj. kolegijum elektora na period od četiri godine.[18]

Očevi osnivači/Tvorci ustava su kao osnov rješenja, ideja i principa pronašli u rimskoj republici i općem pravu, a ideju podjele vlasti prepoznali su u stavovima pravnopolitičke filozofije Šarl-Luja Monteskjea (Charles-Louis Montesquie) i Džona Loka (John Locke).[19]

Tokom ratifikacije, ali i nakon 1790. godine veliki uticaj imale su zbirke političkih eseja koje su objavljivane u dnevnim novinama grada Nju Jorka (New

[18] Mustafa Imamović, "Ustav i povijesni kompromis – primjer SAD", Pravna misao – časopis za pravnu teoriju i praksu, br. 3–4., XXII (1991), str. 93–96.

[19] Veliki uticaj na očeve osnivače imala su njihova djela među kojima se ističu "O duhu zakona" (De l'Esprit des lois/The Spirit of the Laws) koje je napisao Monteskje i poznato djelo Džona Loka "Dvije rasprave o vladi" (Two Treatises of Government). Primjedba autora.

York). Ovi eseji publikovani su pod pseudonimom *Publius* koji su koristili trojica najvećih političkih teoretičara i patriota svog vremena. U pitanju su Aleksandar Hamilton (Alexander Hamilton), Džejms Medison i Džon Džej.[20] Zbirka je poznata pod naslovom "Federalistički spisi" (The Federalist Papers) i sastoji se od osamdeset pet političkih eseja koji se dijele u dvije grupe. Prva grupa objedinjuje trideset šest eseja i fokusira se na kritiku vlade i načina njenog funkcionisanja koju su uspostavili "Članci konfederacije i vječite unije" (1777). Druga grupa sadrži četrdeset devet političkih eseja, koji se za razliku od prve grupe, bave isključivo detaljnom analizom Ustava Sjedinjenih Američkih Država iz 1787. godine. Teme koje su detaljno obrađene u Federalističkim spisima odnose se na federalizam, kontrolu i ravnotežu (Checks and Balance), podjelu vlasti, pluralizam i način zastupanja (predstavljanja). Danas, Federalistički spisi predstavljaju autentičan i nezaobilazan izvor za tumačenje Ustava Sjedinjenih Američkih Država iz 1787. godine, kao i simbol odbrane nacionalnih interesa.

Ustav Sjedinjenih Američkih Država iz 1787. godine sastoji se iz preambule teksta i sedam dužih članova. Prvih pet članova podijeljeno je na odjeljke, s tim da broj odjeljaka varira od tri do deset. Danas, ovaj Ustav ima dvadeset i sedam amandmana koji su uticali i na definisanje karaktera dokumenta, te se s opravdanjem naziva krutim ili čvrstim ustavom.

Kao osnovne karakteristike možemo spomenuti uspostavljanje unije država, republikanski oblik vladavine i podjelu vlasti.[21] Kada se govori o državnom uređenju (federacija) Ustav je uspostavio uniju država, s tim da svaka država posjeduje vlastiti ustav i ona ovlaštenja koja ustavom nisu rezervisana za

[20] Aleksandar Hamilton (1757–1804) se smatra vodećom ličnošću u radu Ustavotvorne skupštine, a tokom svoje karijere obavljao je poslove sekretara Državne blagajne (buduće državno Ministarstvo finansija) i advokata u Nju Jorku. Zbog svoje političke karijere postao je meta napada, i tokom 1804. godine Ajron Bur (Aaron Burr) ga je izazvao na duel u kojem je Hamilton zadobio teške povrede i preminuo od posljedica vatrenog okršaja. Džejmsu Medisonu (1751–1836) pripadaju zasluge za usvajanje Ustava iz 1787. godine i Zakona o pravima kao i podrška Džefersonovim agrarnim reformama. Tokom svoje karijere, obavljao je funkciju državnog sekretara za vrijeme Džefersonovog mandata, a 1809. postaje i predsjednik Sjedinjenih Američkih Država i tu funkciju obavljao je do 1817. godine. Džon Džej (1745–1829) se smatra konzervativnim pravnim teoretičarom, ali vremenom postaje jedan od vodećih patriota svog doba. U periodu od 1780. godine do 1782. obavljao je poslove izaslanika u Španiji, a 1789. godine postaje i prvi predsjednik Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država. Opširnije vidjeti: The Federalist Papers – Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, (A Bantam Book, New York, 2003), str. 1.

[21] Opširnije o podjeli vlasti vidjeti: Raifa Festić, "Načelo podjele vlasti i njegova primjena u Ustavu SAD-a", Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, XLI (1998), str. 135.

saveznu odnosno nacionalnu vladu. U američkoj pravnoj literaturi termin "država" koristi se kao oznaka za "federalnu jedinicu". Tvorci Ustava prihvatili su ideju podjele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku. Zakonodavna vlast regulisana je prvim članom, gdje se navodi da je ona povjerena Kongresu Sjedinjenih Država koji se sastoji od Senata i Predstavničkog doma. Senat se formira po principu, dva predstavnika iz svake države (ukupan broj federalnih jedinica iznosi pedeset, a broj predstavnika stotinu), a Predstavnički dom se sastoji od članova koji su izabrani u federalnim jedinicama na osnovu ukupnog broja stanovnika (danas Predstavnički dom broji 435 članova). Ovlaštenja zakonodavnog tijela regulisana su članom I. odjeljak 8. od kojih možemo spomenuti regulisanje trgovine sa stranim državama, štampanje novca ili pravo oporezivanja.[22] Izvršna vlast povjerena je predsjedniku Sjedinjenih Država koji je istovremeno šef države (ceremonijalnog karaktera), predsjednik vlade i vrhovni komandant oružanih snaga (vojska, mornarica i policija pojedinih federalnih jedinica). Prema Ustavu, predsjednik ima pravo da uz dvotrećinsko mišljenje i pristanak Senata sklapa međunarodne ugovore, imenuje ambasadore, diplomatske predstavnike i konzule, sudije Vrhovnog suda kao i niz federalnih službenika. U slučaju izdaje, podmićivanja i teških krivičnih djela predviđa se postupak koji je poznat kao "Impičment" (Impeachment) na osnovu kojeg se može ukloniti predsjednik, potpredsjednik i drugi službenici. Izbor predsjednika je regulisan na taj način da ga bira posebno tijelo odnosno izborni kolegij ili kolegij izbornika (Electoral college) na period od četiri godine, i na tu funkciju može se birati samo još jedan mandat. Treća grana vlasti, odnosno sudska vlast povjerena je jednom Vrhovnom sudu i nižim sudovima za čije uspostavljanje je nadležan Kongres. Prema članu III. odjeljak 2. sudska vlast će se: "prostirati na sve slučajeve, po zakonu i pravičnosti, koji proističu iz ovog Ustava, zakona Sjedinjenih Država i ugovora zaključenih ili koji će se zaključiti po njihovom ovlašćenju; na sve slučajeve koji se tiču ambasadora, drugih diplomatskih predstavnika i konzula; na sve slučajeve admiraliteta i pomorskog prava;..."[23] Ovaj sud ima određenu prvostepenu nadležnost kao i apelacionu nadležnost u krivičnim i građanskim stvarima. Vrhovni sud je jedini sud u Sjedinjenim Američkim Državama čije formiranje predviđa Ustav. Međutim, struktura suda utvrđena je na osnovu ovlaštenja Kongresa, koji 24. septembra 1789. godine donosi Zakon o sudstvu (Judiciary Act). Ovim zakonom država se dijeli na trinaest distrikta i trinaest distriktnih sudova, a svaki distrikt sastoji se iz istočnog, srednjeg i južnog okruga. Istim propisom utvrđuje

[22] Opširnije o zakonodavnoj vlasti, vidjeti tekst ustava, član I.; Fikret Krčić, Pravni tekstovi..., str. 255–259.

[23] Opširnije: Fikret Krčić, Pravni tekstovi..., str. 262.

se broj sudija Vrhovnog suda i to pet sudija (Associated Justices) i jednog predsjednika (Chief Justice). Prema zakonu, za kvorum su potrebna četvorica sudija koja moraju zasjedati dva puta godišnje. Zakonom se reguliše i zasjedanje suda i to prvo zasjedanje je prvi ponedjeljak u mjesecu februaru, a drugo prvi ponedjeljak u avgustu. Jedna od karakteristika zakona odnosi se na posebnu obavezu sudija Vrhovnog suda odnosno obavezu kružnog obilaska okruga (Circuit riding).[24]

Nova reforma Vrhovnog suda uslijedila je 13. januara 1801. godine kada je Kongres donio novi Zakon o sudstvu.[25] Reforma se odnosila na broj sudija, koji sada iznosi četiri plus predsjednik, a uvodi se obaveza stalnog mjesta zasjedanja u gradu Vašingtonu. Zbog velikih problema koji su nastali iz obaveze kružnog obilaska okruga, Kongres je 29. aprila 1802. godine donio novi Zakon o sudstvu, kojim se ova obaveza ukida. Konačna struktura Vrhovnog suda, koja je ostala do danas, utvrđena je novim zakonom. U pitanju je Zakon o sudstvu od 29. aprila 1869. godine koji ograničava broj sudija na osam plus predsjednik suda. Međutim, zbog potreba američkog društva, ranije spomenuta obaveza kružnog obilaska okruga ostala je na snazi. Kongres je prihvatio inicijativu zastupnika Nju Jorka, Viliama Evartsa (William Evarts) i donio tzv. Evertov zakon koji je definitivno ukinuo ovu obavezu. Istim zakonom prihvata se princip jedan okrug – jedan apelacioni sud. Paralelno s reformom federalnog sudskog sistema odvijala se i reforma državnog sudskog sistema. Ova reforma sprovodila se u nekoliko navrata i to 1802., 1820., 1837., 1855., 1863. i 1891. godine.[26]

Kongres Sjedinjenih Američkih Država je na osnovu svojih ustavnih ovlaštenja uspostavio federalni sistem sudova koji se sastoji od:

---

[24] Opširnije o navedenom zakonu iz 1789. godine vidjeti tekst zakona koji je dostupan na: www.fjc.gov/history/- (Dio pod naslovom Landmark Judical Legislation). Stranici se pristupilo 20. 1. 2011. godine.

[25] Opširnije o Zakonu iz 1801. godine vidjeti: Ibid.

[26] Opširnije o reformama državnog sudskog sistema vidjeti: Rosko Paund, Jurisprudencija – knjiga III, (Službeni list SRJ, Beograd, 2000), str. 204 i 205. Državni sudski sistem nastao je na osnovu ustava i zakona država (federalnih jedinica). Ovaj sistem sastoji se iz najvišeg apelacionog suda države i ukupan broj ovih sudova iznosi pedeset. Naredna kategorija su međustepeni apelacioni sudovi koji imaju različitu nadležnost i njihov broj nije isti u svim državama. Ispod ove kategorije nalaze se oni državni sudovi koji imaju opštu nadležnost čiji broj se teško može utvrditi kao i sami nazivi. Opširnije o državnom sudskom sistemu vidjeti: E. Allan Farnsworth, Uvod u pravni sistem Sjedinjenih Američkih Država, (Savremena administracija, Beograd, 1973), str. 39., William Burnham, Introduction to the law and legal system of the United States, (West Group, St. Paul, 2002), str. 174–175. i Lawrence M. Friedman: A History of American Law, (Simon & Schuster, New York, 2005), str. 288–289.

- Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država (Supreme Court of United States of America),
- apelacionih sudova (Courts of appeals) i
- okružnih sudova (District courts).

Ovim sudovima treba dodati i posebne sudove s ograničenom nadležnošću, kao što je Sud za odštete, carine, Federalni apelacioni vojni sud ili Sud za međunarodnu trgovinu. Ovi sudovi pripadaju federalnom sudskom sistemu.

Paralelno s ovim postoji i državni sistem sudova koji je nastao na osnovu ustava država ili posebnih zakona. Ovaj sistem obuhvata:

- najviši apelacioni sud države i ovaj sud se nalazi na vrhu državnog sudskog sistema. U nekim državama ovaj sud se zove vrhovni sud,
- međustepeni apelacioni sudovi s različitom nadležnošću (broj ovih sudova nije isti u svim državama),
- i na kraju državne sudske organizacije nalaze se sudovi opšte nadležnosti. Kod ovih sudova teško je utvrditi njihov konačan broj i puni naziv. U nekim državama se nazivaju okružni, porodični ili sudovi za maloljetnike. Danas su skoro sve države prihvatile princip odvojenosti sudova, što znači da su formirani posebni sudovi za krivične i posebni za građanske postupke.

Ako se uporede federalni i državni sudski sistem, onda možemo konstatovati da federalni sistem ima znatno veći stepen sistematičnosti i znatno bolju organizaciju.

3. Vrhovni sud i sudska interpretacija

Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država izvor svoje vlasti crpi iz člana III. odjeljak 2. Ustava iz 1787. godine, u kojem stoji da će se sudska vlast prostirati na: "Sve slučajeve, po zakonu i pravičnosti, koji proističu iz ovog Ustava, zakona Sjedinjenih Država i ugovora zaključenih ili koji će se zaključiti po njihovom ovlaštenju; na sve slučajeve koji se tiču ambasadora, drugih diplomatskih predstavnika i konzula; na sve slučajeve admiraliteta i pomorskog prava; na sporove u kojima su Sjedinjene Države stranka; na sporove između dvije ili više država; između jedne države i građana neke druge države; između građana raznih država; između građana iste države, koji polažu pravo na zemljište na osnovu koncesija dobijenih od drugih država; i između jedne države ili njenih građana i stranih država, građana ili podanika. U svim slučajevima koji se tiču ambasadora i drugih diplomatskih predstavnika i konzula i u onima u kojima je neka država stranka, Vrhovni sud će suditi u prvom stepenu. U svim drugim, gore spomenutim slučajevima,

Vrhovni sud će rješavati po žalbi, kako u pogledu primjene prava, tako i u pogledu činjenica, s onim izuzecima i prema onim propisima koje Kongres donese. Suđenje o svim krivičnim djelima, izuzev u slučajevima impeachmenta sudiće se uz učešće porote; ova suđenja će se održati u državi gdje su krivična djela izvršena; ako djelo nije izvršeno ni u jednoj državi, suđenje će se održati na onom mjestu ili mjestima koje Kongres zakonom odredi.[27]

Vrhovni sud formiran je 1789. godine, a prvo i javno zasjedanje datira od 2. februara 1790. godine koje se obavilo u prostorijama koje su se koristile za robne rezerve. Ove prostorije nalazile su se u gradu Nju Jorku (New York) i predstavljaju nasljeđe kolonijalnog perioda koje su poznate pod imenom Royal Exchange.[28] Od tada ovaj sud kontinuirano zasjeda više od dvije stotine godina. Imajući u vidu nadležnost Vrhovnog suda, njegova najznačajnija funkcija, a koja nije striktno navedena u ustavnom tekstu, jeste ocjena ustavnosti zakona odnosno tumačenje Ustava.[29] Na osnovu svojih presuda, Vrhovni sud je u nekim slučajevima kada je priznavao ustavnost zakona, pristupio tumačenju ustavnog teksta koje je u suštini značilo i izmjenu odredbi. Međutim, svojim tumačenjem Vrhovni sud osigurao je da tekst Ustava ostane nepromijenjen, ali su ustavne odredbe dobile različito značenje odnosno smisao od onog koji su imali na umu "očevi osnivači". Svojim presudama sud je na adekvatan način odgovorio krupnim pravnim, političkim i socijalnim promjenama koje su s vremenom zahvatile američko društvo. Kroz svoju historiju sud je u više navrata odbio da prizna ustavnost zakona. Takav primjer desio se tokom "Novog kursa" (New Deal) kada je Vrhovni sud osporio one zakone koji su se u velikoj mjeri odnosili na ekonomska pitanja. Za ovaj rad izabrali smo prvi predmet u historiji Vrhovnog suda kojim je državni zakon proglašen neustavnim. U pitanju je poznati slučaj *Allgeyer v. Lousiana* koji potiče iz 1897. godine.[30] Povod za ovaj sudski

[27] Vidjeti: Član III. odjeljak 2. Tekst Ustava: Fikret Karčić, Pravni tekstovi..., str. 255–259. Tekst Ustava na engleskom jeziku: Akhill Reed Amar, America's Constitution (Random House, New York, 2005), str. 479–490.

[28] Opširnije o prvom zasjedanju Vrhovnog suda vidjeti: Peter Irons, A People's history of Supreme Court – The men and women whose cases nad decisions have shaped our Constitution (Penguin Books, New York, 2006), str. 85. Termin Royal Exchange potiče iz engleskog srednjovjekovnog prava i prevodi se kao robna berza. Primjedba autora.

[29] Opširnije vidjeti: Raifa Festić, "Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država između ustava i stvarnosti", Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, XXXIX (1996), str. 90–91.

[30] Prilikom citiranja sudskih predmeta pravilo je da prvo ime (Allgeyer) označava tužioca ako je u pitanju prvostepeni sud, ili ime stranke koja je svoju žalbu uputila višem sudu. Slovo v čita se kao *versus* (u pitanju je latinski termin *versus* ili *vorsus* što znači protiv ili prema). Primjedba autora.

predmet predstavlja odluka zakonodavnog državnog tijela da pristupi donošenju posebnog zakona. Zakon potiče iz 1894. godine i zabranjuje svojim građanima sklapanje ugovora osiguravajućeg karaktera s onim kompanijama koje posluju izvan državnih granica. Međutim, jedna od kompanija koja je registrovana u Luizijani i koja je sklopila ugovor s kompanijom koja posluje za regiju Nju Jorka (u pitanju je Atlantic Mutual Insurance Company) bila je Allgeyer&Co. Činjenica sklapanja ugovora sa drugom kompanijom van državnih granica, bila je dovoljan osnov za pokretanje sudskog postupka. Za ovakve slučajeve državni zakon predviđa novčanu kaznu. Vrijednost ugovora između spomenutih kompanija iznosio je preko dvije stotine hiljada američkih dolara.[31] Prilikom postupka na prvostepenom državnom sudu tužitelj je isticao da zakon iz 1894. godine krši njegova prava zagarantovana državnim i federalnim ustavom. Međutim, ovaj sud presuđuje u korist države, i predmet se sa žalbom dostavlja Vrhovnom sudu države Luizijane. U svojoj presudi Vrhovni državni sud preinačio je presudu prvostepenog suda, ali je izrekao novčanu kaznu zbog kršenja zakona. Ova kazna iznosila je hiljadu dolara koju je morala platiti kompanija iz Luizijane. Nezadovoljna odlukom državnog suda, kompanija se obraća Vrhovnom sudu Sjedinjenih Američkih Država koji je ovaj predmet iskoristio da pristupi tumačenju ustavnih amandmana. U presudi se koristi široko tumačenje termina "sloboda" čija se zaštita nalazi u tzv. klauzuli "Due process" koja je navedena u tekstu četrnaestog amandmana.[32] Presudu u ovom predmetu napisao je sudija Rufus Viler Pekam (Rufus Wheeler Peckham).[33] U presudi, odnosno mišljenju, Pekam ističe da termin sloboda ugovaranja koji se koristi u ustavnom amandmanu, uz niz segmenata, obuhvata i pravo sklapanja svih pogodnih i neophodnih ugovora.[34] Na ovaj način presuda Vrhovnog

[31] O navedenom zakonu i ugovorima vidjeti presudu Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država u predmetu Allgeyer v. Lousiana. Ovaj predmet odlučen je 1. marta 1897. godine. Presuda je dostupna u elektronskoj bazi Pravnog fakulteta Kornel univerziteta (Cornell University Law School) koja sadrži sve presude Vrhovnog suda. Ova baza dostupna je na http://www.law.cornell.edu/supct/cases/topic.htm.

[32] Termin "Due process" se prevodi zakonom propisan postupak. Primjedba autora.

[33] Rufus Viler Pekam obavljao je funkciju sudije Vrhovnog suda trideset godina i u svojoj karijeri napisao je preko tri stotine presuda. Prije imenovanja u Vrhovni sud, obavljao je funkciju sudije Vrhovnog suda Nju Jorka (New York Supreme Court) i sudije najvišeg državnog tribunala tj. Žalbenog suda (Court of Appeals). Tokom karijere sudije Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država Pekam se koncentrisao na pitanja individualne ekonomske slobode. U tom pogledu u više navrata je ograničio federalnu vladu da se sukobi s principima monopola i tržišta. Opširnije o sudiji Pekamu vidjeti članak: Paul Kens "Peckham, Rufus Wheeler" objavljen u The Oxford Companion to the Supreme Court of United States (edited by Kermit L. Hall), str. 626–627.

[34] Opširnije o sudiji Pekamu i okolnostima nastanka presude iz 1897. godine vidjeti:

suda Sjedinjenih Američkih Država u ovom predmetu dovela je do formiranja nove doktrine koja je poznata pod imenom sloboda ugovaranja. Ova doktrina će se tokom historije, a na osnovu presude Vrhovnog suda, dodatno razvijati. Svoj vrhunac dostigla je u predmetu *Lochner v. New York* iz 1905. Kao što je bio slučaj s predmetom iz 1897. godine, i u ovom iz 1905. godine, autor presude je sudija Pekam. Ova presuda uživa status jedne od najoštrijih presuda suda. Kao okolnosti donošenja presude možemo navesti da je za pisanje presude bio zadužen sudija Džon Maršal Harlan (John Marshall Harlan)[35], a sudija Pekam autor je tzv. neslagajućeg mišljenja sa sudom. Međutim, prilikom konačnog glasanja dolazi do preokreta i Harlanovo mišljenje prerasta u neslagajuće, a Pekamovo u konačnu presudu Vrhovnog suda. Ovaj predmet zapamćen je i kao predmet iz kojeg potiče najpoznatije oprečno mišljenje u historiji suda. Autor mišljenja je poznati sudija Oliver Vendel Holms (Oliver Wendell Holmes)[36]. Holms u svom mišljenju navodi sljedeće "opšti prijedlozi ne odlučuju o konkretnim slučajevima" što će postati jedna od najpoznatijih izjava sudije Vrhovnog suda.[37] Povod za predmet iz 1905. godine nalazi se u kršenju zakona Nju Jorka kojim se reguliše rad pekara. Do povrede zakona je došlo kada je Džozef Lošner od svojih radnika tražio da rade duže od deset sati dnevno. Prilikom sudskog postupka donosi se odluka o novčanom kažnjavanju vlasnika pekare kaznom u iznosu od pedeset američkih dolara. Nezadovoljan presudom vlasnik pekare podnosi

James W. Ely Jr., "Rufus W. Peckham and economic liberty", Vanderbilt Law Review, Vol. 62 (2009), str. 606–608.

[35] Džon Maršal Harlan obavljao je funkciju sudije Vrhovnog suda trideset i četiri godine. Tokom svoje karijere ostao je zapamćen kao autor mnogih neslagajućih mišljenja, ali ono što ga je učinilo poznatim je njegov stav prema oslobođenim Afroamerikancima. Povodom Zakona o građanskim pravima (Civil Rights Act) iz 1875. godine kada je većina sudija osporila najznačajnije odredbe ovog zakona, Harlan je konstatovao da segregacija sadrži oznaku ropstva. Opširnije o sudiji Harlanu vidjeti članak: John V. Orth, "Harlan, John Marshall", objavljen u The Oxford Companion to the Supreme Court..., str. 361–363.

[36] Oliver Vendel Holms obavljao je funkciju sudije punih trideset godina. U tom periodu napisao je preko osam stotina presuda koje su regulisale pitanja ustavnog karaktera i pitanja koja su poznata pod imenom "Antitrust Cases". Za razliku od drugih sudija, autor je najvećeg broja oprečnih (neslagajućih) mišljenja, a posebnu pažnju posvetio je ustavnim pitanjima. Sudija Holms je smatrao da se tekst Ustava kao i materija ustavnog prava mora posmatrati u duhu Common Law sistema. Autor je niza studija, rasprava i članaka koji se bave pravnom problematikom, a najpoznatije djelo je The Common Law iz 1881. godine. Opširnije o sudiji Holmsu vidjeti članak: Sheldon M. Novick, "Holmes, Oliver Wendell" objavljen u The Oxford Companion to the Supreme Court..., str. 405–410.

[37] Bernard Schwartz, A History of the Supreme Court,(Oxford University Press, New York, 1995), str. 195.

žalbu koja se upućuje apelacionom odjeljenju Vrhovnog suda Nju Jorka. Ovaj sud je odbio žalbu, a vlasniku pekare se pridružuje Henri Vajsman (Henry Weismann) koji je angažovao tada poznatog advokata Frenka Harvia Filda (Frank Harvey Fild).[38] Postupajući po zahtjevu svojih stranki advokat ovaj predmet upućuje na Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država. Sud u rješavanju predmeta uočava još jedno veoma značajno pitanje, a to je da li je Zakon o pekarama neophodan da bi zaštitio zdravlje uopće, a naročito radnika koji su stalno zaposleni u pekarama.[39] U presudi sudija Pekam ne prihvata ovu tvrdnju, a kao argument navodi opšte znanje sudija prema kojem pekarstvo kao djelatnost nikada nije okarakterisano kao zdravstveno opasna djelatnost. U nastavku presude sudija zaključuje da zakon Nju Jorka nije legitimna primjena autoriteta državne vlade u oblasti domaće politike. Ovaj stav sudije bio je dovoljan da se Zakon kao takav proglasi neustavnim.[40] Do konačne odluke Vrhovnog suda, sudija Pekam je došao na osnovu toga što je u ovom predmetu prepoznao kršenje principa slobode ugovaranja i u tom smislu naveo da je "opšte pravilo sklapanja ugovora u vezi sa nekim poslom dio slobode pojedinca koji uživa zaštitu četrnaestim amandmanom Federalnog Ustava".[41] Ovaj predmet izazvao je različite stavove od kojih možemo navesti stav sudije Holmsa koji je izjavio da "je ovaj predmet odlučen po ekonomskoj teoriji koju veći dio države ne koristi".[42] Ipak treba navesti da ovaj predmet Vrhovnog suda uživa veliki značaj, te da se period kada je okončan često naziva i "Lochner Era"[43]. Na kraju treba spomenuti da predmeti Vrhovnog suda koji su navedeni u ovom radu mogu poslužiti kao uvid u način interpretacije ustavnog ili zakonskog teksta i spremnost suda da u nekim slučajevima pristupi širokom tumačenju ustavnih odredbi. Tokom svoje historije sud se nalazio u prilici da reguliše skoro sve oblasti života. Presude koje su nastale povodom određenih pitanja dovele su do formiranja novih ustavnih i ekonomskih doktrina, koje su na adekvatan način odgovorile na izazove modernog i razvijenog društva. Kao primjer možemo spomenuti ulogu suda u procesu interpretacije Zakona o pravima

[38] Opširnije vidjeti presudu Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država u predmetu Lochner v. New York iz 1905. godine, str. 2 i 3.

[39] Zakon Nju Jorka je ograničio rad u pekarama i po Zakonu radna sedmica maksimalno ima šezdeset sati. Opširnije vidjeti: Felix Frankfurter, "Hours of Labor and Realism in Constitutional Law", Harvard Law Review, Vol. 23 (1916) ,str. 353–354.

[40] Opširnije vidjeti presudu Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država u predmetu Lochner v. New York iz 1905. godine, str. 6.

[41] James W. Ely Jr., "Rufus W. Peckham and economic liberty", str. 609.

[42] Bernard Schwartz, A History of the Supreme Court, str. 196.

[43] O značaju predmeta iz 1905. godine opširnije vidjeti: Cass R. Sunstein, "Lochner's Legacy", Columbia Law Review, Vol. 87 (1987), str. 873–874.

kada je sud posebnu pažnju posvetio krivično optuženim licima. U tim predmetima sud se oslanjao na princip nepristrasnosti, ali i na priliku da pristupi širem tumačenju ustavnih amandmana. Kao primjer možemo spomenuti predmete koji su navedeni hronološki, a detaljno su regulisali pravo na pravnog savjetnika osoba koje su lišene slobode zbog sumnje da su počinile krivično djelo. U pitanju su predmeti *Powell v. Alabama* iz 1932. godine, *Johnson v. Zerbst* iz 1938. godine, *Betts v. Brady* iz 1942., *Gideon v. Wainwright* iz 1963. godine, *Massiah v. United States* iz 1964., *Escobedo v. Illinois* iz 1964., *Kent v. United States* iz 1966., *Miranda v. Arizona* iz iste godine, *Goldberg v. Kelly* iz 1970. godine, *Chambers v. Maroney* iz 1970., *Argersinger v. Hamlin* iz 1972., *Brewer v. Williams* iz 1977., *Rode Island v. Innis* iz 1980., *Lassiter v. Department of Social Services* iz 1981., *Nix v. Whiteside* iz 1986. i *Georgia v. McCollum* iz 1992. godine. Zbog potpunijeg uvida, u nastavku teksta nalaze se osnovne napomene o najznačajnijim navedenim sudskim predmetima.

Predmetom iz 1932. godine Vrhovni sud je preinačio optužnicu Vrhovnog suda države Alabama (Alabama Supreme Court) kojom je devet Afroamerikanaca optuženo za krivično djelo silovanja. Razlog da se preinači optužnica nalazio se u činjenici da državni sud nije ispoštovao pravila četrnaestog amandmana koja obavezuju državu da krivično optuženim licima osigura pravo na savjetnika i pošteno suđenje.[44] U predmetu *Johnson v. Zerbst* iz 1938. godine Vrhovni sud je na osnovu šestog amandmana utvrdio da država nema pravo da optuženim licima uskrati pravo na savjetnika.[45] Za razliku od navedenih predmeta, sud je predmetom *Betts v. Brady* iz 1942. godine utvrdio da u većini slučajeva, države nisu dužne osigurati pravo na savjetnika, izuzev predmeta u kojima se izriču najteže kazne.[46] Predmet *Gideon v. Wainwright* iz 1963. godine poslužio je Vrhovnom sudu da nadglasa presudu iz 1942. godine odnosno presudu koja potiče iz predmeta *Betts v. Brady* i da utvrdi da se šesti amandman zajedno sa četrnaestim amandmanom odnosi i na države. Na ovaj način sud je utvrdio da se države obavezuju, u slučajevima siromašnih optuženika koji se terete za teška krivična djela, osigurati savjetnika. Ova presuda Vrhovnog suda dovela je do toga da se danas u većini velikih gradova nalazi posebna kancelarija koja je nadležna za osiguranje savjetnika u slučajevima siromašnih građana koji

[44] Opširnije vidjeti: Richard C. Cortner, "Powell v. Alabama". Objavljeno u Kermit L. Hall, The Oxford Companion to the Supreme Court..., str. 661–662.

[45] Opširnije o predmetu iz 1938. godine vidjeti: Susan E. Lawrence, "Johnson v. Zerbst". Objavljeno u Kermit L. Hall, The Oxford Companion to the Supreme Court..., str. 452.

[46] Opširnije o navedenom predmetu vidjeti: Susette M. Talarico, "Betts v. Brady". Objavljeno u Kermit L. Hall, The Oxford Companion to the Supreme Court..., str. 68.

su optuženi za teža krivična djela.[47] Predmet *Massiah v. United States* iz 1964. godine doveo je do formiranja doktrine "odvojena i različita pravila" (separate and distinct rule) kojom se zabranjuje angažovanje tajnih vladinih agenata nakon što je proces savjetovanja advokata i klijenta započeo. Prije donošenja presude u ovom predmetu vlada je često koristila tzv. taktiku zatvorske biljke (jail plant) gdje su tajni agenti zajedno s osobama koje su lišene slobode zbog počinjenog krivičnog djela smješteni u istu zatvorsku ćeliju. Na ovaj način agenti su trebali osigurati priznanje o počinjenom krivičnom djelu ili adekvatne informacije koje se odnose na krivično djelo.[48] Iste godine, Vrhovni sud u predmetu *Escobedo v. Illinois* iz 1964. godine potvrđuje pravo osoba lišenih slobode da tokom policijskog ispitivanja imaju pravo da ispitivanju prisustvuje i njihov pravni savjetnik. Ova presuda preinačila je presudu Vrhovnog suda države Ilinois i utvrdila da konačno rješenje slučaja mora biti u skladu s presudom Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država. Na ovaj način sud je utvrdio da je u konkretnom slučaju došlo do kršenja šestog amandmana koji je obligatornog karaktera za države na osnovu četrnaestog amandmana.[49] Predmetom *Kent v. United States* iz 1966. godine sud je preinačio presudu žalbenog suda Sjedinjenih Država za okrug Distrikt Kolumbija, kojom se dozvoljava suđenje osobi koja je imala šesnaest godina života u momentu izvršenja krivičnog djela, a u momentu sudskog postupka napunila je dvadeset jednu godinu života. Vrhovni sud svojom presudom utvrdio je da distriktni sud za maloljetnike (District Juvenile Court) nije nadležan za sporovođenje sudskog postupka s obzirom na to da je u pitanju punoljetna osoba.[50] Iste godine, Vrhovni sud donosi jednu od najznačajnijih presuda u svojoj historiji, koja je dovela do reforme krivičnog materijalnog i procesnog prava u čitavoj državi. U pitanju je poznati predmet *Miranda v. Arizona* iz 1966. godine kojom se formira i tzv. Miranda upozorenje. Ovo upozorenje mora se saopštiti onim osobama koje se lišavaju slobode zbog sumnje da su počinile krivično djelo. Jedno od tih upozorenja glasi: Imate pravo na šutnju (You have the right to remain

[47] Opširnije o navedenom sudskom predmetu vidjeti: Susan E. Lawrence, "Gideon v. Wainwtight". Objavljeno u Kermit L. Hall, The Oxford Companion to the Supreme Court..., str. 338.

[48] Opširnije o presudi Vrhovnog suda u navedenom predmetu vidjeti: Yale Kamisar, "Massiah v. United States". Objavljeno u Kermit L. Hall, The Oxford Companion to the Supreme Court..., str. 529–530.

[49] Opširnije vidjeti presudu Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država u predmetu *Escobedo v. Illinois* iz 1964. godine, str. 9.

[50] Opširnije vidjeti presudu Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država u predmetu *Kent v. United States* iz 1966. godine, str. 11–12.

silent).[51] Ovaj predmet je objedinio četiri slična slučaja koja su zbog velikog značaja objedinjena u jedan predmet. Presuda Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država u predmetu *Miranda v. Arizona* bila je povod za različita akademska tumačenja.[52] Vrhovni sud je 1972. godine u predmetu *Argersinger v. Hamlin* poništio presudu Vrhovnog suda države Florida (Florida Supreme Court) kojom je optuženi Argersinger osuđen na kaznu zatvora u trajanju od devedeset dana zbog nošenja oružja. Međutim, u postupku pred državnim sudom, optuženom su uskraćena prava na savjetnika, a Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država pristupa širokom tumačenju prava koja su zagarantovana šestim amandmanom svim optuženim licima.

Uz spomenutu kategoriju predmeta postoji veliki broj onih predmeta koji su regulisali različite oblasti kao što su pitanja federalizma, vlasništva, prava na nošenje oružja, sukoba zakona, slobode govora, slobode religije, slobode štampe ili nadležnosti. Presude nastale tokom dugogodišnjeg rada Vrhovnog suda, osigurale su ovoj instituciji veoma značajno mjesto u američkom pravnom sistemu. U literaturi se može naći mišljenje da je Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država "ne samo čuvar Ustava, nego u određenim situacijama i njegov gospodar".[53]

[51] Opširnije o navedenom vidjeti: Patrick A. Malone, "You Have the Right to Remain Silent" – Miranda after Twenty Years", The American Scholar, Vol. 55 (1986), str. 371.

[52] Opširnije o predmetu Miranda v. Arizona iz 1966. godine vidjeti: Yale Kamisar, "Foreword: From Miranda to § 3501 to Dickerson to…", Michigan Law Review, Vol. 99 (2001), str. 885. O različitim stavovima opširnije vidjeti: Fred E. Inbau, "Over-reaction – The Mischief of Miranda v. Arizona" The Journal of Criminal Law&Criminology, Vol. 89 (1999), str. 1455.

[53] Raifa Festić, Opća historija države i prava, str. 241.

Dr Edin Halapić
Assistant Professor

THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA (1787) AND JUDICIAL INTERPRETATION

Summary

The paper entitled "The Constitution of the United States of America (1787) and Judicial Interpretation" refers to a number of important legal and political circumstances that existed in the United States of America. A special place is awarded to the process of constitution-making and the circumstances that dominated during the sessions of the Continental Congress. Upon the adoption of the constitution, they proceeded with the organization of the government, which is still considered one of the features of the constitutional system of the United States of America. The paper also includes the decisions of the Supreme Court of the United States of America, which have affected the interpretation of the Constitution and the constitutional amendments. Over time, these decisions provide an interpretation that differs from the interpretation that the so-called Founding Fathers had in mind. The above mentioned decisions granted the Supreme Court the status of the final interpreter of the Constitution of the United States of America. The text of the Constitution and the constitutional amendments is provided at the end of this paper, adapted to the domestic speaking environment. The amendments' full date of ratification, as well as their official name used in the American legal literature, is also provided. The aim of this paper is to outline the circumstances that led to the adoption of the constitution, as well as the role and importance of the Supreme Court throughout the history of the United States of America.

Key words: *Continental Congress, ratification, the Constitution of the United States of America, the Supreme Court of the United States of America, decisions.*

Ednar Idriz
Asistent

UDK: 347.921
Stručni rad

STRANAČKE PROCESNE PRETPOSTAVKE

Sažetak

Procesne pretpostavke se u nauci građanskog procesnog prava definiraju kao uslovi od kojih zavisi dopuštenost raspravljanja i odlučivanja u parničnom postupku. S obzirom na to, one se razlikuju od materijalnopravnih pretpostavki kao činjenica od kojih zavisi osnovanost postavljenog tužbenog zahtjeva. Procesne pretpostavke se mogu klasificirati na različite načine, ali je najdominantnija njihova podjela na procesne pretpostavke koje se tiču suda, procesne pretpostavke u pogledu stranaka, te procesne pretpostavke koje se odnose na predmeta spora.

Predmet ovog rada su procesne pretpostavke koje se tiču stranaka, pa će u tom smislu biti tretirana pitanja stranačke sposobnosti, parnične sposobnosti, urednog zastupanja, kao i pitanje procesne legitimacije.

Ključne riječi: *parnični postupak, stranačka sposobnost, parnična sposobnost, uredno zastupanje, procesna legitimacija.*

1. Stranačka sposobnost

Procesne pretpostavke koje se tiču stranaka regulirane su odgovarajućim odredbama zakona o parničnom postupku koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini.[1]

Pored suda, primarni subjekti parničnog postupka su i stranke. Bitno obilježje parničnog postupka jeste postojanje dvije stranke suprotstavljenih interesa – tužioca i tuženog. Pojam stranaka je procesne prirode i u procesnopravnom smislu izvan parnice nema stranaka.

[1] U Bosni i Hercegovini, s obzirom na teritorijalno političko uređenje, primjenjuju se: Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (Sl. novine FBiH, br. 53/03, 73/05, 19/06 – u daljem tekstu ZPP FBiH), Zakon o parničnom postupku Republike Srpske (Sl. glasnik RS, br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 – u daljem tekstu ZPP RS), Zakon o parničnom postupku Brčko distrikta (Sl. glasnik BD, br. 8/09, 52/10 – u daljem tekstu ZPP BD), te Zakon o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine (Sl. glasnik BiH, br. 36/04, 84/07 – u daljem tekstu ZPP pred Sudom BiH).

Stranačka sposobnost je mogućnost da se bude stranka u postupku.

Stranačka sposobnost izvodi se iz pravne sposobnosti kao ustanove materijalnog prava, iako je od nje šira. Stranačku sposobnost imaju subjekti prava – fizička lica (čak i u slučaju kad se radi o začetku fizičkog lica, nasciturusu, pod uvjetom da se rodi živ) i pravna lica (uključujući državu i druge oblike teritorijalnog organizovanja kojima se zakonom priznaje svojstvo pravnog lica). Fizička lica stiču pravnu sposobnost rođenjem, a gube je smrću. Pravna lica pravnu sposobnost u pravilu stiču upisom u registar, a gube je brisanjem iz tog registra. U nekim slučajevima ona to svojstvo stiču po sili Ustava ili zakona, neovisno o upisu u neki registar (npr. država, entiteti, kantoni itd.).

Međutim, stranačka sposobnost, iako se izvodi iz pravne sposobnosti, od iste je šira. Naime, u ulozi stranke mogu se javiti i određeni državni organi i oblici udruživanja koji nemaju svojstvo pravnog lica. Njima se stranačka sposobnost može priznati samim zakonom, odnosno odlukom suda u parničnom postupku (*ius standi in iudicio*).

Parnični sud može (ali ne mora), izuzetno, s pravnim dejstvom u određenoj parnici priznati svojstvo stranke i onim oblicima udruživanja koji nemaju stranačku sposobnost, ako utvrdi da, s obzirom na predmet spora, u suštini ispunjavaju bitne uslove za sticanje stranačke sposobnosti, a naročito ako raspolažu imovinom na kojoj se može sprovesti izvršenje. Protiv rješenja suda kojim se priznaje svojstvo stranke u parnici, nekom obliku udruživanja nije dopuštena posebna žalba.[2]

Mada uslovi iz ZPP nisu dovoljno precizni, ispitivanje suda svodi se na utvrđenje dopuštenosti ciljeva ovakvog organizacionog oblika, postojanje organa upravljanja i spomenute imovine.[3] Odlukom suda o priznavanju stranačke sposobnosti pojedinim oblicima udruživanja, faktički se priznaje postojanje jednog subjekta koji ima atribute pravnog lica iako on to nije, ali koji mu je sličan.[4] Naravno, priznanje stranačke sposobnosti od strane suda ima dejstvo samo za konkretnu parnicu.

> *"Ukoliko frizerski salon nije upisan u sudski registar i nema svojstvo pravnog lica, on ne može biti stranka u postupku, već to u konkretnoj parnici može biti samo vlasnik kao fizička osoba, dok je frizerski salon samo ime pod kojim obrt posluje."*[5]

---

[2] Vidi čl. 291. st. 3. i 4. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 40. st. 3. i 4. ZPP BD, čl. 235. st. 3. i 4. ZPP pred Sudom BiH.

[3] D. Palačković, Parnično procesno pravo, Kragujevac, 2004., str. 105.

[4] G. Stanković, Građansko procesno pravo, Niš, 2010., str. 137.

[5] Kantonalni sud u Tuzli, Pž-72/05 od 14. 10. 2005. godine, objavljeno kod P. Krsmanović, Praktikum za parnicu, Sarajevo, 2010., str. 199.

"Federalno ministarstvo ne može biti stranka u parničnom postupku. Tuženo ministarstvo nije pravna osoba već tijelo uprave Federacije Bosne i Hercegovine, dakle tijelo pravne osobe, pa kao takvo nema stranačku sposobnost. Onaj ko nema stranačku sposobnost ne može biti stranka u postupku, te sud s njim ne može raspravljati niti temeljem takvog raspravljanja donijeti meritornu odluku, budući da su odredbe o stranačkoj sposobnosti prinudne naravi."[6]

2. Parnična sposobnost

Parnična sposobnost je sposobnost stranke da poduzima radnje u parničnom postupku. Pretpostavka parnične sposobnosti je stranačka sposobnost, jer parnična sposobnost znači i stranačku sposobnost, ali ne vrijedi i obrnuto da stranačka sposobnost podrazumijeva istovremeno i parničnu sposobnost, osim u određenim slučajevima. U tom smislu, ona je uža i restriktivnija od stranačke sposobnosti.

Parnična sposobnost izvodi se iz poslovne sposobnosti materijalnog prava, odnosno stranka koja je potpuno poslovno sposobna može sama vršiti radnje u postupku.[7]

To znači da fizička lica punoljetstvom (navršenih 18 godina života) stiču parničnu sposobnost. Također, ako maloljetno lice, pod uslovima propisanim zakonom, dobije odobrenje suda za zaključenje braka, isto na osnovu tog odobrenja postaje potpuno poslovno sposobno, pa samim tim i parnično sposobno. Punoljetno lice kojem je poslovna sposobnost ograničena, parnično je sposobno u granicama svoje poslovne sposobnosti.[8] Punoljetno lice kojem je poslovna sposobnost oduzeta izjednačeno je s maloljetnikom do 14 godina, tj. nema parničnu sposobnost. Maloljetnik koji nije stekao potpunu poslovnu sposobnost (maloljetnik od 14 do 18 godina) parnično je sposoban u granicama u kojima mu se priznaje poslovna sposobnost.[9]

Za pravna lica princip je da kada steknu, prema odredbama mjerodavnog materijalnog prava, status pravnog lica, istovremenu stiču stranačku i parničnu sposobnost,[10] što znači da se pitanje parnične sposobnosti postavlja samo kod fizičkih lica.

---

[6] VS FBiH, Pž-271/98 od 8. 12. 1998. godine, objavljeno kod J. Čizmić, Komentar zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2009, str. 608.

[7] Čl. 292. st. 1. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 41. st. 1. ZPP BD, čl. 235. st. 1. ZPP pred Sudom BiH.

[8] Čl. 292. st. 2. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 41. st. 2. ZPP BD, čl. 235. st. 2. ZPP pred Sudom BiH.

[9] Čl. 292. st. 3. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 41. st. 3. ZPP BD, čl. 235. st. 3. ZPP pred Sudom BiH.

[10] D. Palačković, op. cit., str. 105.

Također, određenim državnim organima i oblicima udruživanja kojima se na osnovu zakona odnosno odlukom suda u parničnom postupku priznaje stranačka sposobnost, istovremeno se priznaje i parnična sposobnost.

U nekim procesnopravnim sistemima postavlja se i pitanje *postulacione sposobnosti* (najčešće u postupku po pravnim lijekovima). Postulaciona sposobnost se odnosi na to da stranka koja je parnično sposobna ne može sama, lično i neposredno da poduzima parnične radnje već to mora činiti putem kvalifikovanog punomoćnika tj. advokata (ustanova tzv. nužnog punomoćnika). Izuzimaju se samo one parnično sposobne stranke za koje se pretpostavlja da imaju potrebno pravno znanje i kvalifikacije, npr. sudije, profesori pravnih fakulteta i slično, koji mogu poduzimati radnje u postupcima koje su pokrenuli ili su tuženi. U pogledu ostalih lica postoji obaveza da parnicu vode preko advokata.[11] U našem procesnom pravu pitanje postulacione sposobnosti ne egzistira, jer svaka parnično sposobna stranka može samostalno da poduzima parnične radnje bez angažovanja punomoćnika.

3. Uredno zastupanje

Zastupanje je poduzimanje parničnih radnji u postupku u ime i za račun parničnih stranaka od strane trećih lica, a ta treća lica označavaju se kao zastupnici stranaka. Drugim riječima, zastupnik vodi parnicu umjesto stranke i u njeno ime, tako da prema stranci koju on zastupa neposredno djeluju radnje suda i suprotne stranke, a radnje koje je poduzeo zastupnik imaju isti značaj kao da ih je poduzela sama stranka.[12] Svakako da se pri tome zastupnici u postupku moraju legitimisati i djelovati u granicama svojih ovlaštenja za zastupanje. Sve parnične radnje i propuštanja zastupnika imaju za stranku isto dejstvo kao da ih je ona sama poduzela.

Pojam zastupnika u parničnom postupku obuhvata tri kategorije: zakonskog zastupnika, zastupnika po zakonu (zastupnik pravnog lica), te ugovornog (dobrovoljnog) zastupnika ili punomoćnika.

Zakonski zastupnik zastupa stranku koja nema parničnu sposobnost, odnosno stranku koja iz drugih razloga nije u stanju da se brine o zaštiti svojih prava i interesa. Zakonski zastupnik je fizičko lice koje ima stranačku i parničnu sposobnost. Zakonskog zastupnika ne određuje stranka, jer njegovo ovlaštenje za zastupanje proizlazi iz zakona ili akta nadležnog državnog

[11] R. Keča, Građansko procesno pravo, Beograd, 2010., str. 87–88.

[12] Z. Kulenović i dr., Komentari Zakona o parničnom postupku u FBiH i RS, Sarajevo, 2005., str. 478.

organa koji je donesen na osnovu zakona.[13] Kad stranka nema zakonskog zastupnika koji je određen zakonom, njega postavlja aktom koji je donesen na osnovu zakona nadležni državni organ: organ starateljstva (centar za socijalni rad) ili sud. Zakonskog zastupnika u pravilu postavlja nadležni organ starateljstva.

U krug zakonskih zastupnika spadaju: roditelji, usvojitelji u slučaju tzv. potpunog usvojenja, staratelj, organ starateljstva. Pravna lica nad kojima je otvoren stečajni postupak nemaju parničnu sposobnost – njih u postupku zastupa stečajni upravitelj kao specifični zakonski zastupnik.[14]

Roditelji su zakonski zastupnici svoje maloljetne i neemancipovane djece i djece nad kojom je produženo roditeljsko pravo.

> *"Stranka u parničnom postupku nije pravilno zastupana ako je nakon sticanja poslovne sposobnosti zastupa roditelj bez punomoći."*[15]

Mada roditeljsko pravo oba roditelja vrše zajednički, zastupanje će imati procesne učinke i onda kada jedan od roditelja u sporazumu s drugim preduzima parnične radnje. Međutim, može se dogoditi da jedan roditelj nije saglasan s radnjama koje je drugi poduzeo u postupku. Tada opoziv radnje drugi roditelj može učiniti samo ako je ona po svojoj prirodi opoziva. Ukoliko nesuglasnost roditelja predstavlja smetnju za dalje vođenje postupka, sud o tome mora obavijestiti organ starateljstva. Ukoliko roditeljsko pravo vrši jedan roditelj, on je i zakonski zastupnik, a kada je dijete, nakon razvoda braka ili faktičkog raskida bračne zajednice, povjereno jednom roditelju, onda je taj roditelj zakonski zastupnik.[16]

Staratelja, kao zakonskog zastupnika lica pod starateljstvom (punoljetna lica koja su potpuno ili djelomično lišena poslovne sposobnosti, kao i maloljetna lica koja nisu pod roditeljskim staranjem), postavlja organ starateljstva. Organ starateljstva se javlja u ulozi zakonskog zastupnika parnično nesposobne stranke u svim onim situacijama u kojima neposredno preuzima vršenje starateljskog prava.[17] Kada sud ustanovi da zakonski zastupnik lica pod starateljstvom ne pokazuje potrebnu pažnju u zastupanju, obavijestit će o tome organ starateljstva. Ako bi usljed propuštanja zastupnika mogla

---

[13] Vidi čl. 293. st. 1. i 2. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 42. st. 1. i 2. ZPP BD, čl. 237. st. 1. i 2. ZPP pred Sudom BiH.

[14] J. Čizmić, op. cit., str. 614.

[15] VS BiH br. Rev., 279/86 od 26. 9. 1986. godine, objavljeno kod P. Krsmanović, op. cit., str. 200.

[16] Više o tome Z. Kulenović i dr., op. cit., str. 479.; D. Palačković, op. cit., str. 112.

[17] B. Čalija – S. Omanović, Građansko procesno pravo, Sarajevo, 2000., str. 110.

nastati šteta za lice pod starateljstvom, sud će zastati s postupkom i predložiti da se odredi drugi zakonski zastupnik.[18] Nesavjesno postupanje staratelja odnosi se na neodazivanje sudskim pozivima, nepostupanje po sudskim nalozima, pasivan odnos spram osiguranja dokaza i iznošenja činjenica važnih za odluku, izostanak s ročišta i sl.

Osoba koja se pojavljuje kao zakonski zastupnik dužna je na zahtjev suda dokazati da je zakonski zastupnik. To u pravilu dokazuje slijedećim ispravama: izvod iz matične knjige rođenih ako oba roditelja vrše roditeljsko pravo, odluka suda ili organa starateljstva o povjeravanju djeteta jednom od roditelja, rješenje organa starateljstva o postavljanju za staratelja.

Generalno je pravilo da zakonski zastupnik može u ime stranke poduzimati sve radnje u postupku. Međutim, ako je za određene parnične radnje posebnim propisima (npr. Porodičnim zakonom) određeno da zakonski zastupnik mora imati posebno ovlaštenje, on te radnje može poduzimati samo ako ima takvo ovlaštenje, te je dužan dokazati pred sudom da ima takvo ovlaštenje. Te parnične radnje za koje se traži posebno ovlaštenje su: podnošenje tužbe, povlačenje tužbe, priznanje odnosno odricanje od tužbenog zahtjeva, sudsko poravnanje, te druge radnje u postupku ako je tako određeno u posebnim propisima.[19]

Kada govorimo o zakonskom zastupniku onda se treba osvrnuti i na kategoriju *privremenog zastupnika* (*curator ad litem*). Zastupanje putem privremenog zastupnika jeste poseban vid zastupanja parnično nesposobnih stranaka u postupku, ali i onih koje su nekim drugim razlogom spriječene da neposredno učestvuju u postupku.[20] Privremenog zastupnika postavlja sud i to s liste advokata koju sudu dostavlja nadležna advokatska komora. Sud istog može postaviti samo u prvostepenom postupku, samo tuženoj stranci i samo za konkretnu parnicu. Privremeni zastupnik može se postaviti i fizičkom i pravnom licu.

Osnovni uslov za postavljanje privremenog zastupnika ogleda se u tome da tuženom treba postaviti zakonskog zastupnika, ali ako bi redovni postupak postavljanja zakonskog zastupnika trajao dugo, tako da bi zbog toga mogle nastupiti štetne posljedice za jednu ili obje stranke, sud će tuženom postaviti privremenog zastupnika. Uz ovaj osnovni uslov, sud će postaviti

[18] Čl. 294. st. 3. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 43. st. 3. ZPP BD, čl. 238. st. 3. ZPP pred Sudom BiH.

[19] Vidi čl. 294. st. 1. i 2. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 43. st. 1. i 2. ZPP BD, čl. 238. st. 1. i 2. ZPP pred Sudom BiH.

[20] R. Keča, op. cit., str. 100.

privremenog zastupnika tuženom naročito u slijedećim slučajevima:

- ako tuženi nije parnično sposoban, a nema zakonskog zastupnika;
- ako postoje suprotni interesi tuženog i njegovog zakonskog zastupnika;
- ako obje stranke imaju istog zakonskog zastupnika;
- ako je boravište tuženog nepoznato, a tuženi nema punomoćnika;
- ako se tuženi ili njegov zakonski zastupnik, koji nemaju punomoćnika u FBiH/RS/BD, nalaze u inostranstvu, a dostavljanje (u inostranstvu) se nije moglo obaviti.

O postavljanju privremenog zastupnika sud će bez odlaganja obavijestiti organ starateljstva, kao i stranke kada je to moguće.[21]

Privremeni zastupnik u postupku ima sva prava i dužnosti zakonskog zastupnika, a vrši ih sve dok se tuženi ili njegov punomoćnik ne pojavi pred sudom, odnosno dok organ starateljstva ne obavijesti sud da je postavio staratelja.[22]

Zastupnik po zakonu je zastupnik koji zastupa pravna lica. Pravna lica imaju stranačku i parničnu sposobnost, ali kao kolektiviteti ne mogu neposredno poduzimati radnje u parničnom postupku nego to čine putem ovlaštenog lica ili organa zastupnika.

Pa tako, preduzeće odnosno ustanovu po zakonu zastupa direktor, s tim što se osnivačkim aktom ili statutom može odrediti da to budu i druga lica. Državu i druge oblike teritorijalnog organizovanja (entiteti, kantoni, gradovi i općine) po ustavu i zakonu zastupa javno pravobranilaštvo, kao specijalizovani državni organ koji poduzima zakonom predviđene mjere i pravna sredstva radi zaštite imovinskih prava i interesa države, entiteta, kantona i jedinica lokalne samouprave.

Kao što smo već ranije rekli, stranka može poduzimati radnje u postupku lično ili preko punomoćnika. *Punomoćnik (ugovorni, dobrovoljni zastupnik)* je zastupnik koji ima pravo da zastupa stranku u parnici na osnovu ovlaštenja (punomoći) koje je dobio od nje.[23] Punomoćnika može angažovati stranka koja je parnično sposobna, zatim zakonski zastupnik stranke, zastupnik po zakonu (zastupnik pravnog lica) i umješač. Punomoćnik radnje u postupku poduzima u granicama punomoći u ime i za račun stranke. Punomoćnik je lice koje mora imati pravnu i potpunu poslovnu sposobnost.

---

[21] Vidi čl. 296. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 45. ZPP BD.

[22] Vidi čl. 297. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 46. ZPP BD.

[23] G. Stanković, op. cit., str. 197.

Stranka izdaje punomoć u pismenoj formi ili usmeno na raspravni zapisnik (punomoć se ne može dati na zapisnik kod suda izvan ročišta). Ako sud posumnja u istinitost pismenog punomoćja, on može rješenjem naložiti punomoćniku da podnese ovjerenu punomoć. Protiv tog rješenja nije dopuštena žalba.

Zakonom je određen krug lica koja mogu biti punomoćnici u parničnom postupku, a to su: advokat, advokatsko društvo, uposlenik službe za besplatnu pravnu pomoć[24]. Za pravna lica punomoćnik može biti i uposlenik tog pravnog lica. Za fizička lica punomoćnik može biti i bračni odnosno vanbračni drug stranke, kao i srodnik stranke po krvi ili po tazbini.[25]

U ulozi punomoćnika najčešće se nalaze advokati, kao kvalifikovana i stručna lica za pružanje pravne pomoći. Shodno tome, ako sud utvrdi da punomoćnik koji je advokat ne obavlja svoju dužnost u skladu sa Zakonom o advokaturi, sud će o tome obavijestiti nadležnu advokatsku komoru, i ako je to moguće, stranku koju advokat zastupa. Posljedica po advokata jeste disciplinska odgovornost po odredbama Zakona o advokaturi i moguća obaveza naknade štete, kao i eventualni opoziv punomoći od stranke.

Stranka u parničnom postupku može imati dva ili više punomoćnika, ali ako su njihove radnje suprotne, onda se prema stajalištu pravne nauke uzimaju u obzir radnje onog punomoćnika koje su za stranku povoljnije, a one koje nisu ne bi bile važeće.

Kada stranku zastupa punomoćnik, dostavljanje se obavlja punomoćniku. "*Pravilo o dostavljanju punomoćniku a ne stranci kogentne je naravi, pa ni stranke ne mogu izbjeći njegovu primjenu klauzulama u punomoći.*"[26]

Stranka koju zastupa punomoćnik može uvijek doći pred sud i davati izjave pored svog punomoćnika (npr. izjava o preinačenju tužbe, povlačenju tužbe, priznanju tužbenog zahtjeva, odricanju od tužbenog zahtjeva, podnošenju protivtužbe, priznanju određenih činjenica i sl.), ali suprotnu stranku, svjedoke i vještake može ispitivati samo preko punomoćnika, ako je on prisutan na glavnoj raspravi.[27] *Argumentum a contrario*, može se izvesti zaključak da

[24] Pod službom za besplatnu pravnu pomoć podrazumijevaju se sve one službe koje pružaju strankama pravnu pomoć bez naknade, bez obzira na njihovu unutrašnju organizaciju, način finansiranja ili pak pripadnost nekoj široj asocijaciji.

[25] Vidi čl. 301. st. 1. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 50. st. 1. ZPP BD, čl. 241. st. 1. ZPP pred Sudom BiH.

[26] VSJ br. Rev. 2751/65, objavljeno kod S. Čurić i dr., Modul 1 – Građanska oblast – Ispitivanje tužbe i pripremno ročište, Sarajevo, 2006., str. 53., www.fbih.cest.gov.ba

[27] Čl. 300. st. 2. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 49. st. 2. ZPP BD, čl. 240. st. 2. ZPP pred Sudom BiH.

stranka može samostalno ispitivati suprotnu stranku, svjedoke i vještake u slučaju kada njezin punomoćnik nije prisutan na glavnoj raspravi.

Ako je stranka prisutna na ročištu zajedno sa svojim punomoćnikom, a punomoćnik je na tom ročištu dao određenu izjavu, stranka tu izjavu na istom ročištu može izmijeniti ili opozvati. Međutim, ako je punomoćnik priznao neku činjenicu na ročištu na kojem stranka nije prisustvovala ili je pak neku činjenicu priznao u podnesku, a stranka to priznanje kasnije izmijeni ili opozove, sud će ocijeniti da li će te činjenice smatrati priznatim ili osporenim.[28]

Obim ovlaštenja punomoćnika u parničnom postupku određuje sama stranka. U tom smislu, stranka može ovlastiti punomoćnika da poduzima sve radnje u postupku (tzv. parnična punomoć ili preciznije punomoć za vođenje postupka – *mandatum ad litem*) ili samo neke radnje u postupku (punomoć za pojedine radnje ili za samo određenu radnju). Poseban oblik punomoći je generalna punomoć, koja nije regulisana odredbama parničnog zakonodavstva, ali proizlazi iz propisa materijalnog prava, te istom vlastodavac može ovlastiti punomoćnika da ga zastupa u svim parničnim postupcima koji se vode ili bi se mogli voditi. Generalnu punomoć izdaju određena pravna lica (privredni subjekti), i to tako što zastupnik pravnog lica može dati generalnu punomoć advokatu ili svom uposleniku.

Ako je punomoćniku koji je advokat stranka dala punomoć za vođenje postupka, advokat je na osnovu takve punomoći ovlašten:

- da vrši sve radnje u postupku, a naročito da podnese tužbu, da povuče tužbu, da da odgovor na tužbu, da prizna tužbeni zahtjev ili da se odrekne od tužbenog zahtjeva, da zaključi poravnanje, da podnese pravni lijek, da se odrekne ili odustane od pravnog lijeka, kao i da zahtijeva izdavanje mjera osiguranja;
- da stavi zahtjev za izvršenje i obezbjeđenje i da poduzima potrebne radnje u postupku povodom takvog zahtjeva;
- da od protivne stranke primi dosuđene troškove;
- da pismeno ovlasti drugog advokata na poduzimanje samo pojedinih radnji u postupku, osim zastupanja na glavnoj raspravi.[29]

S druge strane, ako je stranka punomoć za vođenje postupka dala punomoćniku koji nije advokat (bračni odnosno vanbračni drug stranke, srodnik stranke po krvi ili po tazbini, uposlenik službe za besplatnu pravnu pomoć,

[28] Vidi čl. 303. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 52. ZPP BD, čl. 243. ZPP pred Sudom BiH.

[29] Vidi čl. 305. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 54. ZPP BD, čl. 245. ZPP pred Sudom BiH.

uposlenik pravnog lica), onda taj punomoćnik ne može bez izričitog ovlaštenja stranke poduzimati slijedeće radnje:

- povući tužbu,
- priznati tužbeni zahtjev ili se odreći od tužbenog zahtjeva,
- zaključiti poravnanje,
- odreći se pravnog lijeka ili odustati od pravnog lijeka, te
- podnijeti vanredni pravni lijek.[30]

Kada je punomoćnik stranke advokat, njega može, uz izričito ovlaštenje stranke, zamjenjivati drugi advokat, a pred sudom prvog stepena stručni saradnik, odnosno advokatski pripravnik koji je kod njega zaposlen.[31] Termin "zamjenjivanje" podrazumijeva povremene supstitucije opunomoćenog advokata, a ne i njegovu trajnu supstituciju u poduzimanju parničnih radnji, jer bi se u protivnom gubio smisao ovlaštenja datih prvobitnom advokatu, ako on trajno ne poduzima radnje za koje je ovlašten.[32]

Punomoć može prestati na više načina. Pa tako npr., ako je punomoć data za poduzimanje određene parnične radnje, ona prestaje izvršenjem te radnje u postupku.

Punomoć može prestati i opozivom stranke, ili pak otkazom punomoćnika. Opoziv odnosno otkaz punomoći može se dati u svako vrijeme. Način opoziva i otkaza punomoći propisan je zakonom, tako što stranka otkaz, odnosno punomoćnik opoziv, mora saopštiti sudu pred kojim se vodi postupak, pismeno ili usmeno na raspravni zapisnik. Za protivnu stranku opoziv, odnosno otkaz punomoći, važi od trenutka kada joj je saopšten. Kod otkaza punomoći, punomoćnik je dužan još 15 dana vršiti radnje za lice koje mu je dalo punomoć, ako je potrebno da od njega otkloni kakvu štetu koja bi u to vrijeme mogla nastati.[33] Ova obaveza punomoćnika prestaje svakako ranije ako stranka uzme drugog punomoćnika ili ako izjavi da joj pomoć dotadašnjeg punomoćnika nije potrebna.[34]

Kada je punomoć izdalo pravno lice, prestankom njegovog postojanja prestaje i punomoć koju je ono izdalo.

---

[30] Vidi čl. 307. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 56. ZPP BD, čl. 247. ZPP pred Sudom BiH.

[31] Vidi čl. 306. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 55. ZPP BD, čl. 246. ZPP pred Sudom BiH.

[32] Z. Kulenović i dr., op. cit., str. 505.

[33] Vidi čl. 310. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 59. ZPP BD, čl. 250. ZPP pred Sudom BiH.

[34] J. Čizmić, op. cit., str. 651.

Iz sudske prakse:

> *"Brisanjem pravne osobe iz sudskog registra prestaju sva ovlaštenja njezinog ovlaštenog zastupnika, pa time i punomoć koju je on dao advokatu za zastupanje u parnici."*[35]

Ukoliko stranka koja je angažovala punomoćnika umre, njen punomoćnik je ovlašten i dalje poduzimati radnje u postupku, s tim što punomoćniku koji nije advokat uvijek prestaju ovlaštenja koje se u punomoći moraju izričito navesti (ovlaštenje za povlačenje tužbe, za priznanje tužbenog zahtjeva, za odricanje od tužbenog zahtjeva, za zaključenje poravnanja, za odricanje od pravnog lijeka, za odustanak od pravnog lijeka, te za podnošenje vanrednog pravnog lijeka). Nasljednik stranke može opozvati punomoć.

Isti je slučaj i kada zakonski zastupnik koji je angažovao punomoćnika, umre ili postane poslovno nesposoban ili bude razriješen dužnosti. Naime, angažovani punomoćnik je ovlašten i dalje poduzimati radnje u postupku, s tim što punomoćniku koji nije advokat uvijek prestaju ovlaštenja koja se u punomoći moraju izričito navesti (ovlaštenje za povlačenje tužbe, za priznanje tužbenog zahtjeva, za odricanje od tužbenog zahtjeva, za zaključenje poravnanja, za odricanje od pravnog lijeka, za odustanak od pravnog lijeka, te za podnošenje vanrednog pravnog lijeka). Novi zakonski zastupnik stranke može opozvati punomoć.[36]

Također, smrt odnosno nastupanje poslovne nesposobnosti punomoćnika, kao i prestanak pravnog lica (advokatskog društva) ovlaštenog za zastupanje, dovodi do prestanka punomoći. Kada dođe do prestanka rada advokatske kancelarije ili advokatskog društva, nadležni organ advokatske komore određuje tzv. preuzimatelja koji će okončati započete postupke, a kada je do prestanka rada došlo na lični zahtjev advokata, i sam može predložiti preuzimatelja.[37]

4. Procesna legitimacija

Jedna od procesnih pretpostavki na strani stranaka jeste i procesna legitimacija (pravo na vođenje spora). Međutim, procesnu legitimaciju treba razlikovati i odvojiti od stvarne legitimacije. Stvarna legitimacija nije procesna, već materijalnopravna pretpostavka. Procesnopravno posmatrano, posljedica izostanka procesne legitimacije kao procesne pretpostavke vodi

---

[35] Viši privredni sud u Beogradu, Pž-9697/97, objavljeno kod P. Krsmanović, op. cit., str. 201.

[36] Vidi čl. 311. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 60. ZPP BD, čl. 251. ZPP pred Sudom BiH.

[37] D. Palačković, op. cit., str. 119.

odbacivanju tužbe, dok posljedica izostanka stvarne legitimacije vodi odbijanju tužbenog zahtjeva kao neosnovanog.

Stvarna legitimacija pripada samo onim licima koji su subjekti spornog materijalnopravnog odnosa (ugovorne strane, bračni drugovi, roditelji i djeca, štetnik i oštećeni, itd). U parničnom postupku tužilac ima aktivnu stvarnu legitimaciju, jer je nosilac prava iz spornog materijalnopravnog odnosa, dok tuženi ima pasivnu stvarnu legitimaciju, jer je nosilac obaveze iz spornog materijalnopravnog odnosa. Ona stranka koja nije subjekt spornog materijalnopravnog odnosa može tužiti ili može biti tužena, ali zbog nedostatka stvarne legitimacije, sud će odbiti tužbeni zahtjev kao neosnovan.

Međutim, u nekim slučajevima zakon daje pravo određenim subjektima da vode spor o tuđem pravu, tj. iako nisu subjekti iz spornog materijalnopravnog odnosa. U tom slučaju govorimo o procesnoj legitimaciji (pravu na vođenje spora o tuđem subjektivnom pravu), gdje se lice koje nije titular prava i obaveza iz spornog materijalnopravnog odnosa pojavljuje kao stranka i vodi spor o tuđem subjektivnom pravu u svoje ime, ali za račun titulara iz spornog materijalnopravnog odnosa, jer ga na to ovlašćuje zakon. Presuda suda u parničnom postupku dejstvuje prema nosiocu subjektivnog prava. Dakle, u ovakvim situacijama procesna legitimacija se javlja kao procesna pretpostavka na koju sud pazi *ex officio* i čiji nedostatak vodi odbacivanju tužbe. Također, procesna legitimacija može biti aktivna ili pasivna, iako su daleko češći slučajevi procesne legitimacije na aktivnoj (tužilačkoj) strani.

U pozitivnom pravu nailazimo na mnoge slučajeve gdje je zakonodavac priznao procesnu legitimaciju licima koja nisu subjekti spornog materijalnopravnog odnosa. Evo nekoliko primjera: treća lica koja imaju neposredan pravni interes ovlaštena su da pokrenu postupak za utvrđenje postojanja ili nepostojanja braka, postupak za poništenje ništavog braka, postupak radi poništenja priznanja očinstva; roditelji i staratelj maloljetnog lica imaju pravo da traže poništenje braka koji je maloljetnik zaključio bez dozvole suda; organ starateljstva je ovlašten da pokrene postupak za zaštitu prava djeteta, za oduzimanje roditeljskog prava, za vraćanje oduzetog roditeljskog prava, za izdržavanje djeteta; treća lica imaju pravo da pokrenu postupak radi utvrđenja postojanja ili nepostojanja određenog pravnog odnosa ako imaju pravni interes ili ako ih na to ovlašćuje poseban propis; lice koje je u korist trećeg zaključilo neki ugovor ovlašteno je da pokrene postupak radi ostvarenja obaveze u korist trećeg; izdavač je ovlašten da vodi postupak koji se tiče prava nepoznatog autora ako je djelo objavljeno kao anonimno ili pod pseudonimom.[38]

[38] Više o tome G. Stanković, op. cit., str. 149.

5. Posljedice nedostatka procesnih pretpostavki

Na procesne pretpostavke u pogledu stranaka sud u načelu pazi po službenoj dužnosti tokom cijelog postupka,[39] što znači od podnošenja tužbe do okončanja prvostepenog postupka, zatim u drugostepenom postupku odnosno u postupku po žalbi kao redovnom pravnom lijeku,[40] kao i u postupku po reviziji kao vanrednom pravnom lijeku[41]. Nedostaci u pogledu procesnih pretpostavki na strani stranaka predstavljaju i jedan od razloga za podnošenje prijedloga za ponavljanje postupka kao vanrednog pravnog lijeka.[42] I stranke imaju pravo da istaknu prigovor nedostatka procesnih pretpostavki koje se tiču stranaka.

Kada je riječ o prvostepenom postupku, ako sud utvrdi da lice koje se pojavljuje kao stranka ne može biti stranka u postupku (nema stranačku sposobnost), a taj se nedostatak može otkloniti, tada će sud rješenjem pozvati tužioca da u određenom roku izvrši potrebne ispravke u tužbi. Ako rok koji je određen za otklanjanje nedostatka bezuspješno protekne, sud će tužbu odbaciti, a sprovedene radnje koje su zahvaćene takvim nedostatkom ukinuti.

Sud može poduzeti i druge mjere da bi se postupak mogao nastaviti s licem koje može biti stranka u postupku (ako su ispunjeni zakonom propisani uslovi sud može priznati stranačku sposobnost određenom obliku udruživanja – *ius standi in iudicio*).

Ako se nedostatak u pogledu stranačke sposobnosti ne može otkloniti, sud će odbaciti tužbu, a sprovedene radnje koje su zahvaćene takvim nedostatkom ukinuti.

Gubitak stranačke sposobnosti tokom postupka (smrt stranke koja nema punomoćnika ili prestanak pravnog lica) vodi *ex lege* prekidu postupka, a postupak se može nastaviti ako ga preuzmu nasljednici odnosno pravni sukcesori stranke.

Ako stranka nije parnično sposobna, a pri tom u tužbi nije označen njen zakonski zastupnik, sud će rješenjem pozvati tužioca da u određenom roku izvrši potrebne ispravke u tužbi. Ako taj rok bezuspješno protekne, sud će

[39] Vidi čl. 293. st. 3. i čl. 309. st. 4. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 42. st 3. i čl. 58. st. 4. ZPP BD, čl. 237. st. 3. i čl. 249. st. 4 ZPP pred Sudom BiH.

[40] Vidi čl. 221. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 330. ZPP BD, čl. 188. ZPP pred Sudom BiH.

[41] Vidi čl. 241. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 350. ZPP BD, čl. 208. ZPP pred Sudom BiH.

[42] Vidi čl. 255. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 363. ZPP BD, čl. 222. ZPP pred Sudom BiH.

tužbu odbaciti, a sprovedene radnje koje su zahvaćene takvim nedostatkom ukinuti.

Međutim, ako sud utvrdi da parnično nesposobna stranka ili ona koja iz nekog drugog razloga nije u stanju da se brine o zaštiti svojih prava i interesa nema zakonskog zastupnika (npr. roditelji umrli, a organ starateljstva nije postavio staratelja), zatražit će da nadležni organ starateljstva takvoj stranci postavi staratelja.

Ukoliko je radnje u postupku poduzela stranka koja nema parničnu sposobnost, naknadnu ratifikaciju može izvršiti njen zakonski zastupnik kada stupi u postupak.

Također, ako zakonski zastupnik stranke nema posebna ovlaštenja kada su ona potrebna, sud će ga pozvati da pribavi ta posebna ovlaštenja i ostaviti mu određeni rok za to. Ako rok bezuspješno protekne, sud će ukinuti radnje koje su već sprovedene u postupku ukoliko su zahvaćene tim nedostatkom, te odbaciti tužbu ako je nedostatak takve prirode da sprječava dalje vođenje parnice.

Kada stranka izgubi parničnu sposobnost u toku postupka u kojem je ne zastupa punomoćnik, nastupa prekid postupka do otklanjanja tog nedostatka.

Punomoćnik je dužan pri prvoj radnji u postupku da podnese punomoć, osim ako punomoć nije data usmeno na raspravni zapisnik. Ako lice koje se pojavilo pred sudom kao punomoćnik stranke ne podnese punomoć, sud može dopustiti da to lice privremeno izvrši radnje za stranku, ali će istovremeno narediti tom licu da u određenom roku podnese punomoć. Međutim, ukoliko taj rok bezuspješno protekne, sud neće uzeti u obzir radnje koje je izvršilo lice bez uredno podnesene punomoći.

S druge strane, ako sud utvrdi da lice koje se pojavljuje kao punomoćnik nije ovlašteno za zastupanje (lažni punomoćnik – *falsus procurator*), ukinut će parnične radnje koje je to lice poduzelo, osim ako ih stranka nije naknadno odobrila.[43]

U postupku po žalbi drugostepeni sud može, onda kada utvrdi da su u prvostepenom postupku učinjene povrede koje se tiču procesnih pretpostavki u pogledu stranaka, s obzirom na prirodu povrede ukinuti prvostepenu presudu i vratiti predmet prvostepenom sudu, ili pak ukinuti prvostepenu presudu i odbaciti tužbu.

[43] Vidi čl. 309. ZPP FBiH i ZPP RS, čl. 58. ZPP BD, čl. 249. ZPP pred Sudom BiH.

U revizijskom postupku revizijski sud može, onda kada utvrdi da su u postupku pred prvostepenim ili drugostepenim sudom učinjene povrede koje se tiču procesnih pretpostavki u pogledu stranaka, s obzirom na prirodu povrede ukinuti u cijelosti ili djelomično drugostepenu presudu i predmet vratiti na ponovno suđenje istom ili drugom vijeću drugostepenog suda, odnosno drugom nadležnom sudu, ili pak ukinuti drugostepenu i prvostepenu presudu i odbaciti tužbu.

Zaključak

Procesne pretpostavke su tehnički termin koji je izgradila teorija građanskog procesnog prava, kao jedan genusni pojam, kako bi se označili svi oni različiti i mnogobrojni uslovi i okolnosti od kojih zavisi dopuštenost pružanja pravne zaštite u parničnom postupku. Zakoni o parničnom postupku ne poznaju niti upotrebljavaju ovaj termin.

Značaj procesnih pretpostavki koje se tiču stranaka je u tome što je postupak pružanja pravne zaštite povrijeđenih ili ugroženih subjektivnih građanskih prava uvjetovan njihovim postojanjem, to jest, postojanjem stranačke sposobnosti, parnične sposobnosti, zatim ako je stranka zastupana ona mora biti uredno zastupana od svog zastupnika, te u određenim situacijama postojanjem i procesne legitimacije. Zbog toga se procesne pretpostavke na strani stranaka u procesnoj teoriji još označavaju i kao pozitivne procesne pretpostavke, to jest, one koje moraju da egzistiraju u parničnom postupku.

Na značaj stranačkih procesnih pretpostavki ukazuje i to da sud na njih pazi *ex officio* tokom cijelog postupka, a samim tim i po prigovoru stranaka. Nedostaci u pogledu stranačkih procesnih pretpostavki (procesne smetnje) vode odbacivanju tužbe rješenjem suda. Međutim, prije toga prethodi pokušaj suda da postojeće nedostatke odnosno procesne smetnje otkloni, onda kada je to moguće. Ukoliko se radi o procesnim smetnjama koje su po svojoj naravi takve da se bilo kojom aktivnošću suda ili stranaka ne mogu otkloniti, sud će u konačnici rješenjem tužbu u odbaciti.

Odredbe iz zakona o parničnom postupku koje se odnose na pitanja stranačkih procesnih pretpostavki na odgovarajući se način primjenjuju i u drugim građanskim sudskim postupcima.

Ednar Idriz
Assistant

PROCEDURAL PREREQUISITES FOR PARTIES

Summary

In the science of civil procedural law, procedural prerequisites/requirements are defined as conditions on which the admissibility of discussion, deliberation, and decision making in civil proceedings depends. As a result of this fact, they differ from the substantive requirements as facts which affect the merits of the claim. The procedural requirements can be classified in various ways, but the most dominant is their division in procedural requirements concerning the court, procedural requirements concerning the parties, and procedural requirements relating to the dispute.

The paper focuses on the procedural requirements concerning the parties, and, therefore, in line with the afore mentioned, the issues of party ability/skills, procedural ability/ skills, proper representation, as well as the issue of procedural legitimacy, will be treated accordingly.

Key terms: *civil proceedings, party ability/skills, litigation skills/ability, proper/valid representation, procedural legitimacy.*

Dr. Kanita Imamović-Čizmić
Docentica

UDK: 339.13.012.42:346.16
Izvorni naučni rad

MODALITETI PRAVNE REGULACIJE TRŽIŠNE KONKURENCIJE I NJIHOVA VEZA SA EKONOMSKOM ULOGOM DRŽAVE[1]

Sažetak

Tržište predstavlja najefikasniji funkcionalni okvir ekonomskih tokova ali ono nije savršeno. Tržišna nesavršenstva koja se pojavljuju u vidu kartela, zloupotrebe dominantnog položaja ili zabranjenih koncentracija proizvode negativne i dalekosežne posljedice po ukupnu ekonomiju odnosno ekonomski razvoj društvene zajednice. Država ima funkciju regulatora odnosa između učesnika na tržištu obezbjeđujući uslove za nesmetano odvijanje tržišne konkurencije tako da su tržišna konkurencija i odnosi koji se pojavljuju u vezi s njom objekt pravne regulacije. Modaliteti pravne regulacije tržišne konkurencije obuhvataju različite načine regulacije tržišne konkurencije, odnosno uspostave i provođenja sistema njene pravne zaštite. Sistem pravne zaštite tržišne konkurencije pored pravne regulative obuhvata i tijela i nadležne institucije za provođenje postupka pravne zaštite. Cilj rada je da se ukaže na značaj veze između prava konkurencije i ekonomske uloge države te ponudi jedan drugačiji način posmatranja prava konkurencije. U radu se definira pojam modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije kao način na koji se reguliše i štiti tržišna konkurencija vrši klasifikacija modaliteta njegovih ciljeva i principa.

Ključne riječi: *tržišna konkurencija, pravna regulacija, ekonomska uloga države, modaliteti pravne regulacije tržišne konkurencije, ciljevi i principi modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije*

Uvod

Neupitna je spona prava i ekonomije. Sve je više predmet naučnih interesovanja međusobna uslovljenost pravne regulacije i nesmetanog i efikasnog odvijanja ekonomskog procesa. Gotovo da nema sfere ekonomskih odnosa

[1] Okosnicu rada čini isječak iz doktorske disertacije pod nazivom, "Modaliteti pravne regulacije tržišne konkurencije i njihova primjena u ekonomiji Bosne i Hercegovine".

koja nije pravno uokvirena. Pravni okvir ekonomskih tokova je sastavni dio "magične formule" za ekonomski razvoj društvene zajednice. Multikompliciranost ekonomskih odnosa u savremenim ekonomskim tokovima nameće potrebu za "vidljivom rukom države" u vidu stvaranja pravnog okvira za nesmetano odvijanje ekonomskog procesa. Jedina relevantna garancija za ispunjenje ugovornih obaveza proisteklih iz ekonomskih odnosa jeste njihovo podvođenje pod pravna pravila iza kojih stoji autoritet države. Tržišna konkurencija predstavlja dio ukupnog mehanizma zvanog "tržišni mehanizam" i bez nje tržište ne bi moglo obavljati svoje funkcije koje mu daju epitet najefikasnijeg funkcionalnog okvira ekonomskih tokova. Mogućnost narušavanja tržišne konkurencije zahtijeva uspostavljanje sistema pravne zaštite koji čini pravni okvir i institucije za primjenu prava. Unutrašnja logika tržišta nije dovoljna za njegovo efikasno funkcioniranje te je neophodna intervencija države u vidu regulacije odnosa na i u vezi sa tržištem. Cilj ovog rada jeste da se ukaže na jedan poseban ekonomsko-politički ugao posmatranja prava konkurencije, da se potvrdi nerazdvojivost prava i ekonomije kroz pravnu regulaciju konkurencije na tržištu, te da se prikažu određene smjernice u pogledu koncipiranja modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije. Rad je podijeljen na dva dijela. U prvom dijelu pravna regulacija tržišne konkurencije se posmatra iz ugla ekonomske uloge države a u drugom dijelu se na poseban način prilazi problemu regulacije tržišne konkurencije kroz definiciju modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije, njihovu klasifikacija te prikaz polaznih premisa u sistematizaciji ciljeva određenog modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije.

1. Pravna regulacija tržišne konkurencije iz ugla ekonomske uloge države

Dodirna tačka ekonomske uloge države i modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije situirana je u činjenici da tržišna konkurencija i odnosi koji se pojavljuju u vezi s njom predstavlja predmet pravne regulative (pravo konkurencije) kao vrste aktivnosti u okviru ekonomske uloge države. Ekonomska uloga države podrazumijeva obavljanje različitih zadataka u oblasti proizvodnje, raspodjele, razmjene i potrošnje koje država realizira kroz koncipiranje i vođenje određene ekonomske politike. Kakva će biti ekonomska uloga države prvenstveno ovisi o izabranom konceptu ekonomske politike. Ekonomska politika obuhvata raznovrsne aktivnosti, odluke i mjere države kojima se, u optimalnom dometu i na efikasan način, organiziraju i usmjeravaju ekonomski tokovi stvarajući pretpostavke za uspješan ekonomski razvoj. Stvaranje optimalnog ambijenta za efikasan ekonomski razvoj podrazumijeva i razno-

vrsnu državnu intervenciju na tržištu. Imajući u vidu teorijsko stajalište o tome da je tržišni mehanizam najefikasniji funkcionalni okvir privređivanja, nameće se pitanje zbog čega je državna intervencija neophodna i u kojim se oblicima izražava. "Najšire posmatrano, opravdanje ekonomske uloge države je dvostruke prirode: prvo je rezultat postojanja države kao najsloženijeg oblika ljudske zajednice čije funkcioniranje pretpostavlja, između ostalog, i pribavljanje sredstava odnosno dijela novostvorene vrijednosti, kojim se osigurava materijalna osnova za brojne zadatke države u ukupnom društvenom razvoju; drugo je rezultat činjenice da tokovi društvene reprodukcije prepušteni isključivo spontanom djelovanju tržišnih zakonitosti, pokazuju u dužem periodu veće ili manje poremećaje."[2] Navedeno znači da opravdanje ekonomske uloge države i njene intervencije na tržištu nije samo društvenog nego i ekonomskog karaktera. Naime, iako je tržište najefikasniji mehanizam organiziranja ekonomskih tokova, ono ima određena nesavršenstva koja je neophodno državnom intervencijom otkloniti. Kao tržišna nesavršenstva, koja se često nazivaju i *tržišni promašaji*, navode se: postojanje nesavršene konkurencije koja ima za posljedicu diktiranje tržišnih uvjeta (naprimjer, monopolsku moć na tržištu i utjecaj na cijene smanjujući korist potrošača), nastanak negativnih eksternalija (kao što su sumporne pare iz termoelektrana ili otpadne vode hemijske industrije) i informativna asimetrija (gdje odstupanje informacija od stvarnog stanja na tržištu ima za posljedicu donošenje neefikasnih i neadekvatnih odluka, što utječe na finansijski i opći položaj pojedinca). Dopunjujući i korigirajući tržišni mehanizam, otklanjajući njegova nesavršenstva, država stvara optimalni društveni okvir za efikasan ekonomski razvoj. U realizaciji koncipirane ekonomske politike otklanjanje spomenutih tržišnih nesavršenstava doprinosi ekonomskoj efikasnosti kroz optimalnu alokaciju resursa, redistribuciju dohotka, stabiliziranje ekonomije.

Ekonomska politika manifestira se kroz dva opća oblika aktivnosti – regulativne i operativne aktivnosti. Regulativne aktivnosti upravljene su na pravnu regulaciju ekonomskih odnosa i usmjeravanje ekonomskih tokova a operativne na angažman države u procesu privređivanja. Regulativna uloga obuhvata dva relativno zasebna ali i međusobno uvjetovana i povezana pravca djelovanja države u ekonomskom procesu. Prvi se odnosi na organiziranje tokova društvene reprodukcije donošenjem pravnih pravila kojima se reguliraju ponašanja učesnika reprodukcije, status i međusobni odnosi privrednih subjekata, kao i odnos društvene (državne) zajednice i privrednih subjekata. To pretpostavlja upotrebu pravnog instrumentarija, normativno

[2] Kasim Begić, "Ekonomska politika", Sarajevo, 2000, str. 16.

uređenje ekonomskih odnosa putem donošenja zakona i drugi pravnih propisa koji zajedno čine privredno-pravni sistem. U principu, privredno-pravni sistem shvaćen kao ukupnost pravila ponašanja svih učesnika u ekonomskim procesima predstavlja osnovu i okvir za domete ekonomsko-političkih mjera. Drugi pravac regulatornog djelovanja države, koji svoje utemeljenje ima u pravnim okvirima, odnosi se na brojne ekonomsko-političke odluke i mjere različitih državnih organa s ciljem usmjeravanja ekonomskih tokova. Konačno, drugi opći oblik aktivnosti države izražen kroz njen operativni angažman u tokovima privređivanja gdje se država pojavljuje kao privredni subjekt[3], za potrebe teme rada nema poseban značaj.

S aspekta teorije sistema ekonomska politika predstavlja složen sistem koga čini niz usklađenih politika kao što su monetarno-kreditna, fiskalna, vanjskotrgovinska, investiciona, politika nadnica i cijena, industrijska politika i dr. Svaka od spomenutih politika predstavlja podsistem koji ima svoj pravni i institucionalni okvir kojim se određuju njeni dometi i omogućuje njena primjena. Drugačije rečeno, monetarno-kreditna politika vrši se u okviru monetarno-kreditnog sistema sa posebno ovlaštenom državnom institucijom ili tijelom, fiskalna u okviru fiskalnog sistema a karakter i domet vanjskotrgovinske politike određen je zakonima i drugima pravnim aktima koji reguliraju oblast vanjskotrgovinske razmjene itd. Pravo i politika konkurencije su podsistem privredno-pravnog sistema i kao takve dio ekonomske politike države. Postavlja se pitanje: šta je to što pravo konkurencije čini podsistemom privredno-pravnog sistema? Odgovor proizlazi iz samog objašnjenja pojma prava konkurencije i njegove distinkcije u odnosu na neke druge srodne grane prava.

Pravo konkurencije kao dio pravnog okvira određene politike konkurencije, sa aspekta cjelovitosti privredno-pravnog sistema, predstavlja ukupnost pravnih propisa kojima se reguliraju odnosi na tržištu radi zaštite određenih društvenih vrijednosti koje bi bile izgubljene u uvjetima narušavanja uvjetno rečeno slobodne konkurencije kao tržišne strukture. Pravo konkurencije bavi se ponašanjem učesnika na tržištu u smislu njihovog utjecaja na konkurenciju kao proces koji se odvija na tržištu. Kao sastavni dio pravnog okvira u mikroekonomskoj sferi, pravo konkurencije za primarni cilj nema zaštitu ekonomske slobode uspješnog nastupa na tržištu. Zaštita ekonomske slobode uspješnog nastupa na tržištu cilj je prava nelojalne konkurencije, kojim se nastoji ostvariti osiguranje određenog kvaliteta tržišne konkurencije a ne opstanak i razvoj tržišne konkurencije kao procesa ili tržišnog stanja te nije predmet analize ovog rada. Pravo konkurencije zabranjuje zloupo-

[3] Šire: ibidem, str. 17–23.

trebu vladajućeg položaja na tržištu, koncentraciju ekonomske moći iznad dozvoljenog nivoa te sporazume kojim se ograničava, narušava ili isključuje konkurencija. S druge strane, pravo nelojalne konkurencije podrazumijeva postojanje konkurencije kao tržišne strukture a zabranjuje radnje upravljene na iskorištavanje ili ugrožavanje ugleda drugog privrednog subjekta korištenjem reklamnih poruka, kao i sva ponašanja na tržištu na način kojim se potrošači dovode u zabludu u pogledu cijene, kvaliteta ili drugih obilježja proizvoda i sl. Naglašavanje distinkcije između prava konkurencije i nelojalne konkurencije važno je stoga što je interes rada fokusiran isključivo na analizu pravne regulacije onih ponašanja učesnika na tržištu koji mogu utjecati na izmjenu tržišne strukture koja ima obilježja slobodne konkurencije. Također, važno je ukazati na razliku između prava konkurencije u užem smislu i prava konkurencije u širem smislu. Predmet analize ovog rada je pravo konkurencije u užem smislu koje, prema određenim stajalištima[4], obuhvata društveno neprihvatljive pojave i ponašanja na tržištu označene kao zabranjeni sporazumi, zloupotrebe vladajućeg (dominantnog) položaja i koncentracije. Pravo konkurencije u širem smislu uključuje, pored prava u užem smislu i državne potpore a prema određenom stajalištu i pravo nelojalne konkurencije.[5] Razlikovanje užeg i šireg poimanja prava konkurencije na neki način je potvrđeno i kroz legislativu jer se spomenuta društveno štetna ponašanja, kao što je trenutno slučaj s pozitivnopravnim propisima Bosne i Hercegovine, u odnosu na državne potpore vrlo često odvojeno reguliraju.[6]

Postavlja se pitanje postojanja pretpostavki prava konkurencije, odnosno koje se pretpostavke trebaju ispuniti da bi se moglo pristupiti uvođenju određenog modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije. Najčešće se

[4] Vidi: Mladen Cerovac, "Novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja", Hrvatska pravna revija, Inženjerski biro, Zagreb, rujan 2003.

[5] Postoji i razlikovanje prava konkurencije u užem, širem i najširem smislu. Prema ovom razlikovanju pravo konkurencije u užem smislu odnosi se na pravo nelojalne konkurencije, pravo u širem smislu pored prava nelojalne konkurencije obuhvata i antimonopolsko pravo, dok pravo u najširem smislu pored spomenuta dva segmenta obuhvata i prinudno pravno, administrativno prvenstveno, reguliranje odnosa na tržištu. Vidi: Miloš Trifković, "Pravo konkurencije", Svjetlost, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Sarajevo, 1981, str. 28–31.

[6] U Sjedinjenim Američkim Državama iako se, naprimjer, primjena odredaba Claytonovog zakona može odnositi i na aktivnosti špekulacije i nelojalne konkurencije zbog činjenice da se pravo nelojalne konkurencije razvijalo kao dio deliktnog prava a zatim i samostalno, pravo nelojalne konkurencije razdvaja se od prava konkurencije. Također, na oficijelnoj stranici Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja Republike Hrvatske jasno je istaknuto razlikovanje prava konkurencije u užem i širem smislu. Vidi: http://www.aztn.hr/trzisno-natjecanje/ (26. 10. 2011.)

razlikuju dvije vrste pretpostavki pravne regulacije tržišne konkurencije: ustavne i pravno-tehničke. Ustavne pretpostavke su privatno vlasništvo, slobodna tržišna ekonomija i individualne slobode, kao što su jednakost pred zakonom, pravo na imovinu i sloboda rada. Pravno-tehničke pretpostavke sažete su u sljedećem: jedinstveno integralno tržište, dominacija normativnog sistema u osnivanju privrednih subjekata, sloboda određivanja djelatnosti privrednih subjekata, sloboda vršenja statusnih promjena privrednih subjekata, sloboda trgovine, ravnopravnost učesnika na tržištu, slobodno formiranje cijena.[7]

2. Modaliteti pravne regulacije tržišne konkurencije

Modaliteti pravne regulacije tržišne konkurencije obuhvataju različite načine regulacije tržišne konkurencije, odnosno uspostave i provođenja sistema njene pravne zaštite. Sistem pravne zaštite tržišne konkurencije, pored ranije spomenutih pretpostavki i pravne regulative, obuhvata tijela i nadležne institucije za provođenje postupka pravne zaštite. To je u biti način na koji se osigurava i provodi pravna zaštita tržišne konkurencije; sastoji se od zakona i institucija za njihovo provođenje i usklađen je s usvojenim konceptom politike konkurencije određene države. Ne postoji univerzalan model pravne regulacije tržišne konkurencije nego svaka država, shodno vlastitim uvjetima, određuje način na koji će uspostaviti i primijeniti sistem pravne zaštite tržišne konkurencije. S obzirom na to da se temeljna razlika između modaliteta ispoljava u mehanizmu i načinu primjene pravila konkurencije, postojeći modaliteti prepoznatljivi su kao:[8]

a) sudski modalitet – zaštita prava konkurencije vrši se pokretanjem postupka pred nadležnim sudom (primjeri su modaliteti u Irskoj[9] i

[7] Miloš Trifković, Simić Milić, Veljko Trivun, "Poslovno pravo – ugovori, vrijednosni papiri i pravo konkurencije", Ekonomski fakultet Sarajevo, 2004, str. 419.

[8] Konstrukciona podloga za podjele preuzeta sa: Assimakis P. Komninos, "Article 102 Enforcement Between Effectiveness and Due Process", Hellenic Competition Commission, University College London, dostupno na: http://www.agcm.it/AGCM_ITA/EVENTI/EVENTI.nsf/cd33e4d549490cb4c125699000386c4c/6649a12876e6a187c12577000035b4ec/$FILE/Komninos9Aprile.pdf, (12. 7. 2010.)

[9] U Irskoj tradicija reguliranja tržišta je dugo vremena više bila naklonjena kontroli nego konkurenciji. Zakon o cijenama iz 1958. predviđao je mogućnost određivanja fiksne cijene od strane ministra što je bilo na snazi sve do 70-ih i 80-ih godina prošlog stoljeća. Iako je takva praksa 90-ih u većini revidirana, ipak je ostala mogućnost vladine intervencije u definiranju cijena kada je u pitanju sektor usluga. Prvi zakon o konkurenciji u Irskoj, Zakon o restriktivnoj praksi iz 1953, promovirao je fer trgovinu i dopunjavao načela dobre poslovne prakse. Zakon o restriktivnoj praksi iz 1953. omogućio je

Austriji[10]);

b) mješoviti modalitet (Švedska[11], Estonija, Finska) – zaštita prava konkurencije jednim dijelom vrši se postupkom pred nacionalnim tijelom za zaštitu tržišne konkurencije koje nema mogućnost presuđivanja u konkretnoj stvari i izricanja sankcija, nego to vrši sudska instanca na prijedlog tog tijela[12];

---

kontrolu zloupotreba određenog položaja ali nije zabranjivao određena ponašanja. Zakon je primjenjivan propisivanjem fer ponašanja u određenoj industriji te kroz donošenje odluka o izuzećima. Primjena kao drugi segment modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije u Irskoj je slijedila sudbinu regulacije. Sredstva za primjenu zakona bila su nedjelotvorna. Ministar za industriju i trgovinu mogao je podnijeti tužbu sudu tražeći zaustavljanje zabranjene radnje ili ponašanja. Također, privatna lica oštećena zabranjenim ponašanjem mogla su podnošenjem tužbe sudu tražiti naknadu štete i zabranu takvog ponašanja. Neovisno nacionalno tijelo za zaštitu konkurencije imalo je savjetodavnu ulogu. Neovisno tijelo za zaštitu konkurencije moglo je odobriti sporazume ali nenotificiranje istih nije povlačilo nikakve pravne posljedice. Ono nije moglo istraživati kartele osim u slučajevima kada su sporazumi dostavljeni na notificiranje niti se moglo baviti zloupotrebom vladajućeg položaja i koncentracijama izuzev u slučajevima kada je to od njih ministar tražio. Kod primjene pravila o koncentracijama ministar izdaje naredbu a provodi ih direktor Odjela za zaštitu potrošača (*Director of Consumer Affairs*), a ne neovisno tijelo. Ovakvo stanje u pogledu javne primjene prava konkurencije dovelo je do potrebe za reformom koja će uvjetovati da neovisno tijelo ima iste ovlasti kao ministar da pokreće postupak pred sudom. Tako da je Zakonom o konkurenciji iz 1996. izvršena radikalna promjena, čime je Direktoru za primjenu konkurencije dana potpuna ovlast u primjeni prava, a za pojedina djela predviđa se krivično gonjenje i sankcija zatvora. Vidi šire: http://www.oecd.org/dataoecd/3/39/2497344.pdf.

[10] U Austriji nacionalno tijelo za zaštitu tržišne konkurencije *The Federal Competition Authority* (BWB)'s pokreće postupak pred Sudom za kartele. Primjer je slučaj kada je FTC 18. 2. 2010. podnio zahtjev za izricanje kazni za sve članove udruženja špeditera zbog određivanja tarifa za usluge domaćeg prijevoza; vidi: http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/speditionen_18032010.htm, (12. 7. 2010.)

[11] *Swedish Competition Authority* (SCA) je jedna od rezultanti reformi prava konkurencije u Švedskoj. To je snažno tijelo u čijoj ingerenciji je primjena prava konkurencije, promocija prokonkurencijskih reformi, širenje kulture tržišne konkurencije i podrška naučnoistraživačkom radu. Vlada imenuje direktora *Swedish Competition Authority*, ona određuje njen budžet, misiju i zadatke, ali se ne može miješati u donošenje odluka. Direktor za svoj rad odgovara vladi i njegova nominacija nije transparentna. On može biti razriješen u toku mandata od šest godina s napomenom da na njegov mandat opći izbori nemaju utjecaja. Za razliku od većine tijela za zaštitu tržišne konkurencije SCA nema mogućnost sankcioniranja ili zabrane koncentracija. Njegova uloga se iscrpljuje u podnošenju tužbe *The Stockholm City Court* kao prvostepenom sudu protiv čijih odluka se može podnijeti žalba Sudu za tržište (*Market Court*): http://www.oecd.org/dataoecd/12/27/38706275.pdf (12. 7. 2010.)

[12] Do donošenja novog zakona Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (NN 79/2009) u Republici Hrvatskoj je bio zastupljen ovaj model. S novim zakonom u Republici Hrvatskoj zastupa se administrativni model.

c) modalitet tzv. administrativne primjene (većina članica Evropske unije, Evropska unija i Bosna i Hercegovina) – sistem u kojem istražne radnje i odluke o povredi zakonskih odredbi i eventualnom sankcioniranju donosi određeno administrativno tijelo transparentnim postupkom koji je izložen sudskoj kontroli.

Administrativni modeli mogu se klasificirati po više osnova. Tako u odnosu na činjenicu da li se provođenje istrage i donošenje odluka o počinjenoj povredi zakona povjerava jednom ili više tijela modalitet administrativne primjene može biti:

a) monistički, u kojem je jedno tijelo nadležno za provođenje istrage i donošenje odluke o počinjenoj povredi materijalnog prava i eventualnom sankcioniranju kada je u pitanju pravo konkurencije u širem smislu (npr. model u Češkoj[13], Bugarskoj, Njemačkoj, Sloveniji ili Evropskoj uniji...);

b) dualistički, u kojem su istražne radnje i donošenje odluka separirane i povjerene različitim tijelima (npr. model u Belgiji[14], Francuskoj, Estoniji...);

[13] Ured za zaštitu tržišne konkurencije (*The Office for the Protection of Competition*) je centralno tijelo državne uprave neovisno u donošenju svojih odluka na čijem čelu se nalazi predsjednik kojeg predlaže vlada a imenuje predsjednik Češke Republike. Ured je jedino ovlašteno tijelo za donošenje odluka i presuđivanje u slučaju kršenja odredbi zakona o konkurenciji. Pored nadležnosti u donošenju odluka u slučajevima zabranjenih sporazuma, zloupotrebe položaja, koncentracije, Ured je ovlašten da vrši javne nabavke i kontrolu državnih potpora.

[14] Modernizacija prava konkurencije u Europskoj uniji s Uredbom br. 1/2003 i neadekvatna i na ekonomskim analizama neutemeljena primjena prava konkurencije rezultirala je donošenjem Zakona o konkurenciji 1. 10. 2006, kojim je utvrđeno da belgijsko nacionalno tijelo čine Konkurencijsko vijeće (*Competition Council*) i Služba za konkurenciju (*Competition Service*). Konkurencijsko vijeće čine: opća skupština (general assembly), revizorsko tijelo (body of auditors) i registar. Opća skupština sastoji se od šest stalnih i šest privremenih članova a revizorsko tijelo ima funkciju osiguranja neovisnosti i odvajanja Konkurencijskog vijeća od političkog i administrativnog utjecaja. Sve notifikacije koncentracija, žalbe u pogledu restriktivnih sporazuma i zahtjevi za izuzećem podnose se revizorskom tijelu koje organizira i na ekspeditivan način provodi istragu u konkretnom slučaju. Revizorsko tijelo može donijeti odluku o zatvaranju slučaja i bez poduzimanja akcija, a ima mogućnost i donošenja odluka kod neproblematičnih koncentracija. Služba za konkurenciju sastavljena je od državnih službenika iz Ministarstva ekonomskih odnosa i ima zadatak da pomaže revizorskom tijelu u obavljanju njegovih dužnosti. Protiv odluka Konkurencijskog vijeća može se podnijeti žalba Vrhovnom sudu (*The Supreme Court / Hof van Cassatie / Cour de Cassation*). Dodatno, u odlučivanju o ograničavajućoj praksi i kontroliranju koncentracija Konkurencijsko vijeće postaje drugostepena instanca u žalbama na odluke regulatornih agencija (kao što je, naprimjer, *Belgian Regulator for Electronic Communications*), a čiju sudsku kontrolu vrši Vrhovni sud.

c) mješoviti model, kod kojeg nije u potpunosti izvršena separacija (npr. model u Danskoj[15], Grčkoj, Mađarskoj...).

U pogledu institucionalne osnove kontrole odluka nacionalnih tijela nadležnih za zaštitu tržišne konkurencije, modaliteti se dijele na:

a) modalitete kod kojih kontrolu vrše specijalizirani tribunali (npr. u Danskoj, Holandiji);
b) modalitete kod kojih kontrolu vrše upravni sudovi (npr. Bugarska, Češka);
c) modalitete kod kojih kontrolu vrše civilni sudovi (npr. Malta).

U pogledu stepena kontrole odluka nacionalnih tijela nadležnih za zaštitu tržišne konkurencije, modaliteti se dijele na:

a) modalitete kod kojih je sudska kontrola ograničena i
b) modalitete kod kojih je sudska kontrola neograničena.

Odabir, usvajanje i primjena određenog modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije determinirani su nizom ekonomskih i neekonomskih faktora koji u biti određuju i izbor same politike konkurencije. Od ekonomskih faktora treba izdvojiti stepen ekonomskog razvoja i prirodu privrednog sistema, a od neekonomskih faktora državno-pravno uređenje i politički režim. Imajući u vidu postojeće modalitete, može se zaključiti da postoji razlika između modaliteta razvijenih tržišnih ekonomija, koje imaju tradiciju baštinjenja tržišnog mehanizma, koje su demokratske i nemaju složeno državno uređenje, od modaliteta pravne regulacije manje razvijenih država i država u tranziciji.

2.1. Ciljevi i principi u kreiranju modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije

Pri odabiru i usvajanju određenog modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije pojavljuju se dva temeljna pitanja: koji se ciljevi žele postići pravnom regulacijom tržišne konkurencije te na kojim se principima treba zasnivati određeni modalitet pravne regulacije tržišne konkurencije? Ciljevi modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije su efekti koji se žele postići efikasnom primjenom pravila o zaštiti tržišne konkurencije. Izbor ciljeva modaliteta

[15] Tijelo za zaštitu tržišne konkurencije u Danskoj je neovisno tijelo odgovorno za pitanja u vezi s natjecanjem, regulacijom energije, javnim nabavkama i državnom potporom. Tijelo za zaštitu tržišne konkurencije obavlja niz zadataka u saradnji s Općom upravom za tržišnu konkurenciju Evropske komisije. Kao i u mnogim drugim zemljama i Evropskoj uniji, regulacija tržišne konkurencije i primjena prava u Danskoj temelji se na načelu zabrane.

pravne regulacije tržišne konkurencije je izbor ciljeva prava i politike konkurencije određene države. Određivanje ciljeva koji se žele ostvariti određenim modalitetom pravne regulacije tržišne konkurencije izuzetno je složeno pitanje čiji odgovor ima teorijski, ali i praktični značaj. S aspekta pravne znanosti to pitanje poprima dodatnu važnost zbog činjenice da se određenjem ciljeva prava konkurencije vrši identificiranje društvenih vrijednosti koje se štite donošenjem određenih pravnih pravila, što je presudno za klasificiranje društveno štetnih ponašanja adresata pravnih normi. Određenje ciljeva koji se žele ostvariti kroz određeni modalitet pravne regulacije tržišne konkurencije vrši se prema obilježjima i determinantama ekonomskog, političkog, kulturnog i drugih podsistema svake države i nema univerzalne formule, ali postoje određene polazne premise koje bi se trebale uzeti u obzir kod odabira određenog modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije. Imajući u vidu teorijski doprinos u sistematizaciji ciljeva prava konkurencije, te stanje u pogledu primjene prava konkurencije u praksi, ciljevi modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije mogu se podijeliti prema različitim kriterijima. Kada se kao kriterij podjele uzme činjenica jesu li ili nisu ciljevi direktno upravljeni na tržišnu strukturu odnosno na tržišnu konkurenciju, oni se mogu klasificirati na neposredne i posredne. Ukoliko se kao kriterij uzme njihova priroda, onda se dijele na ekonomske i neekonomske. Glavni neposredni cilj izabranog modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije određene države je osiguranje uvjeta za slobodnu tržišnu konkurenciju kao pretpostavku efikasnog djelovanja tržišnog mehanizma, ostvarivanja povećanja blagostanja potrošača i ekonomskog razvoja uopće. Klasifikacija ciljeva modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije na neposredne i posredne proizlazi iz postojanja uzročno posljedičnog lanca ponašanja i aktivnosti postojećih učesnika na tržištu te nastanka određenih ekonomskih, političkih pa i šire posmatrano socioloških pojava. Tržišni učesnici su, zbog *bojazni* budućeg opstanka na tržištu ali i eventualnog ulaska novih konkurentnijih učesnika, motivirani na povećanje efikasnosti. Da bi bili efikasniji oni racionalno iskorištavaju resurse, investiraju u razvoj novih tehnologija i edukaciju, u većoj mjeri poštuju osnovna ljudska prava i slobode, itd. Efikasnost takve proizvodnje za potrošača znači povećanje blagostanja kroz bolji kvalitet i niže cijene proizvoda i usluga. Stoga se ostvarivanjem neposrednog cilja održava tržišna struktura bez koje tržište ne može efikasno obavljati alokativnu i selektivnu funkciju. Posredni ciljevi nisu direktno upravljeni na održavanje slobodne konkurencije kao tržišnog stanja, ali su vezani za tržišnu konkurenciju i njene efekte. Na primjeru modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije Evropske unije jasno se može razdvojiti neposredni cilj od posrednog i uočiti povezanost između istih. Neposredni cilj jeste ostvarivanje zaštite tržišne konkurencije koja omogućava blagostanje potrošača mada se istim modalitetom jača zajedničko tržište i ekonomska unija. Sve

do stupanja na snagu Lisabonskog sporazuma pravo konkurencije Europske unije smatralo se glavnim instrumentom uklanjanja prepreka trgovini među državama članicama koje mogu nastati kao posljedica ograničavajućih sporazuma, zloupotrebe tržišne moći i državnih pomoći članica pojedinim privrednim subjektima. Povezanost primjene odredbi o zaštiti tržišne konkurencije s ciljem ostvarivanja zajedničkog tržišta utvrđena je i u predmetu Metro, u kojem je Europski sud smatrao da održavanje sistema nenarušene tržišne konkurencije predviđeno odredbom čl. 3.g)[f] Ugovora EZ uključuje postojanje efikasne tržišne konkurencije koja je neophodna da se osigura poštivanje osnovnih pretpostavki za ostvarivanje ciljeva Ugovora, posebno stvaranja jedinstvenog tržišta koje ostvaruje uslove slične onima na domaćem tržištu.[16] Stupanje na snagu Lisabonskog sporazuma i izmjene koje su u evropskom modalitetu pravne regulacije tržišne konkurencije nastale otvorilo je niz pitanja a ponajviše u tumačenju i donošenju presuda suda. Naime, čl. 3. (3) TEU[17] je, u odnosu na ex-čl. 3. (1) TEC,[18] Lisabonskim ugovorom izmijenjen i više ne uključuje sistem nesmetane tržišne konkurencije. Važeći čl. 3. (3) TEU treba tumačiti u svezi s Protokolom br. 27 koji se odnosi na unutarnje tržište i tržišnu konkurenciju datim u prilogu Lisabonskog ugovora i u kojem se navodi da "unutarnje tržište kao što je navedeno u čl 3. TEU uključuje sistem koji osigurava da konkurencija nije iskrivljena". Posredni ciljevi modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije bi bili jačanje inostrane kompetitivnosti evropskih privrednih subjekata, jačanje malih i srednjih preduzeća, pravičnost, veća efikasnost i dr.

Iako postoje mišljenja da je teško razdvojiti ekonomske od neekonomskih ciljeva i da svaki cilj ima svoju ekonomsku eksplikaciju ipak se može reći da glavno utemeljenje spomenute klasifikacije leži u ulozi koju je pravo konkurencije, odražavajući određena ekonomsko-socijalna i politička dešavanja, imalo u razvoju pravnih sistema pojedinih država. Argumentacija se pojačava činjenicom da je zakonodavstvo kao temelj određenog modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije izraz političkog shvatanja o povezanosti ekonomske s društvenom, odnosno političkom moći. Naime, dekoncentracijom ekonomske moći utječe se na dekoncentraciju političke moći pa time i na strukturu društva. Postoje teorijska mišljenja po kojima su ekonomske slobode vitalni – esencijalni element osnovnih ličnih i političkih sloboda, pa

[16] Predmet br. 26/76, Metro SB-Gro-markte GmbH Co. Kg v. Commission of the European Communities, [1977] ECR, str. 1875, tačka. 20. Vidi, Vjekoslav Šoljan, "Vladajući položaj na tržištu i njegova zlouporaba u pravu tržišnog natjecanja EZ", Zagreb, 2004. str. 112.

[17] Treaty establishing the European Union (TEU).

[18] Treaty establishing the European Community (TCU).

shodno tome demokratske slobode u ekonomskoj sferi mogu afirmirati slobode i u političkoj sferi. Primjer za neekonomski cilj jeste slobodno društvo koje je zagovarala ordoliberalna koncepcija prava konkurencije. [19]

Savremena pravna teorija pod načelima i principima prava konkurencije podrazumijeva opća pravila do kojih se dolazi sintezom materijalnih i proceduralnih pravila, domaćeg ili nacionalnog porijekla, i koja, olakšavajući primjenu prava konkurencije, doprinose i uspostavljanju ravnoteže između težnje za uvođenjem reda u privrednom sistemu i težnje za deregulacijom tržišnih odnosa. U odabiru i primjeni određenog modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije posebno mjesto mogu imati sljedeći principi: [20]

1. Princip transparentnosti, koji u sebi sadrži temeljni zahtjev po kojem su pravila materijalnog i proceduralnog prava jasna i razumljiva za sve učesnike na tržištu, uključujući i nerezidentne.
2. Princip pravične procedure, koji u sebi sadrži zahtjev za neovisnim, stručnim i kompetentnim organima za prosudbu štetnosti ponašanja određenog učesnika na tržištu.
3. Princip demokratije, shodno kojem ostvarenje demokratije i tržišne konkurencije sadrže jednak vrijednosni sistem kojeg čine promoviranje javnog interesa, zajedničko dobro, blagostanje i prevencija ponašanja koje imaju društveno štetne posljedice. Dodirne tačke demokratije i tržišne konkurencije su mnogobrojne, ali među njima su najznačajnije: sloboda ličnog izbora, otpor prema koncentraciji (ekonomske, političke) moći, decentralizacija u donošenju odluka i posvećenost vladavini prava.

---

[19] Slobodno društvo kao cilj prava konkurencije se veže za ordoliberalnu koncepciju ekonomske politike odnosno prava konkurencije koja se može ostvariti eliminacijom koncentracije privatne moći. Slobodno društvo je sačuvano između ostalog tim što država ne može pasti pod utjecaj ekonomskih moćnika. Vidi: Frank Maier-Rigaud, "On the normative foundation of competition law – efficiency, political freedom and the freedom to compete" u Daniel Zimmer, "The Goals of Competition Law", ASCOLA COMPETITION LAW The Fifth Ascola Workshop on Comparative Competition Law, Edward Elgar Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA. 2012, str. 136.

[20] Pored ovih principa koje zagovara WTO, a koji su rezultat harmonizacije prava konkurencije na međunarodnom nivou, UNCTAD je također usvojila set principa *The United Nations Set of Principles and Rules on Competition (The UN Set)* koji podrazumijeva pravična pravila za kontrolu antikonkurencijske prakse, prepoznaje razvojnu dimenziju prava i politike konkurencije, stvara okvir za bolju međunarodnu razmjenu kao i vitalnu tehničku pomoć u izgradnji kapaciteta za bolju primjenu prava konkurencije. Godišnja kontrola primjene UN seta povjerena je međuvladinoj grupi eksperata *Intergovernmental Group of Experts* (IGE).

4. Princip autonomije volje ugovornih strana, koji podrazumijeva slobodu izbora hoće li, s kime i kakva prava i obaveze subjekti zasnivati, što predstavlja temelj mikroekonomskog procesa. Shodno tome, poslovna praksa trebala bi se zakonski regulirati samo u iznimnim slučajevima, odnosno kada detaljna analiza pokaže da određeni način ponašanja jednog ili više tržišnih učesnika zajedno nesumnjivo sprečava ili ograničava tržišnu konkurenciju.
5. Princip nediskriminacije, koji podrazumijeva zabranu svake diskriminacije učesnika na tržištu i prema mnogim predstavlja princip izveden iz principa jednakosti. Naprimjer, u pravu konkurencije Evropske unije to se odnosi na zabranu količinskih ograničavanja uvoza ili izvoza, zabranu ograničavanja slobode osnivanja privrednog subjekta državljanima jedne države članice u drugoj državi članici, zabranu ograničavanja slobode pružanja usluga državljanima druge države članice, zabranu ometanja slobodnog tržišnog natjecanja i slične odredbe.

2.1.1. Polazne premise u sistematizaciji ciljeva modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije

Odnos pravne regulacije tržišne konkurencije i drugih politika je odnos između podsistema u okviru ekonomske politike kao sistema. On je vidljiv iz nastojanja da se usklade i ostvare po obimu i dimenziji široko postavljeni ekonomski, politički i socijalni ciljevi. Naime, otklanjanje tržišnih anomalija ne samo da u konačnici treba rezultirati povećanjem ekonomske efikasnosti i životnog standarda u društvu, nego treba ići u korist temeljnih ljudskih prava i sloboda koji čine život dostojnim čovjeka. Iznesena konstatacija ukazuje na postojanje određene veze modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije, odnosno prava i politike konkurencije s drugim segmentima ekonomske pa i šire socijalne politike. Naime, pored generalnog cilja ostvarivanja "slobodne konkurencije" koja je ideal, u praksi postoji određeni broj ekonomskih, društvenih pa i političkih ciljeva koji bi kao elementi trebali biti ugrađeni u modalitet. Osnovna dilema koja se u tom kontekstu javlja vezana je za iznalaženje balansa u određivanju prioriteta u sistematizaciji postavljenih ciljeva. Iznalaženje spomenutog balansa za određeni modalitet znači izbjegavanje njegovog klasificiranja kao "ekstra prokonkurentskog" ili "pravnokonkurentski neprihvatljivog" modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije, što su u suštini dvije krajnosti. To potvrđuje i činjenica da modalitet pravne regulacije tržišne konkurencije nije statičan i da, kao što je historija pokazala, njegovo redefiniranje i kretanje između ta dva krajnja oblika u velikoj mjeri ovisi o određenom političkom i socijalnom miljeu u kojem je smješten pravni sistem u danom trenutku. Stoga se opravdano može tvrditi

da primjena seta prikladnih ciljeva i principa može utjecati na koherentnost modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije, čineći ga kompatibilnim s ostalim politikama. Da bi ukupna ekonomska politika bila konzistentna i vodila ostvarivanju ekonomije države blagostanja, ciljevi svih politika kao podsistema moraju biti međusobno usklađeni i kompatibilni. Insistiranje na iznalaženju balansa ciljeva, radi artikulacije suprotstavljenih interesa, posebno je važno u sferi odnosa industrije i potrošača, gdje bi izmjena modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije značila prevagu nacionalnog interesa, bez obzira na ishod koji je predvidjela ekonomska teorija.

U ostvarenju neposrednog cilja slobodne konkurencije pomaže i prevencija koncentracije ekonomske moći. Na njenu posebnu poziciju u sistematizaciji ciljeva utječe i činjenica da se prevencijom koncentracije ekonomske moći ostvaruje i politički ideal preveniranja koncentracije društveno-političke moći. Naime, raspodjela ekonomske moći smatra se značajnim faktorom koji determinira društvenu strukturu, pa, shodno tome, onaj subjekt koji posjeduje izuzetnu ekonomsku moć ima i značajnu političku moć, odnosno poziciju u društvenoj strukturi. Drugačije rečeno, koncentracija ekonomske moći utječe na stvaranje društvenih slojeva, prvenstveno privrednih subjekata transnacionalnog karaktera s izrazitom društvenom i političkom moći. Važnu poziciju u sistematizaciji ciljeva trebala bi imati i redistribucija ekonomske moći u smislu regulacije prekomjernih profita, što je suštinski izvedeno iz neoklasične teorije monopola. Ono što determinira poziciju ovog cilja jeste činjenica da regulacija prekomjernih profita može odvući potencijalne kandidate od ulaska na tržište, što opet ima negativne posljedice po konkurenciju.[21] Stoga kreatori ekonomske pa time i politike konkurencije, kada određuju i usvajaju zakone kojima se reguliše pitanje tržišne konkurencije i odnosa u vezi s njom trebaju voditi računa da isti ne budu destimulativni za ulazak novih takmičara u industriju jer će se time smanjiti ukupna proinventivna aktivnost privrednih subjekata.

Glavni, neposredni cilj prava i politike konkurencije mora biti koncipiran na način da se zaštite i interesi potrošača. Vrlo često se ovaj cilj posebno naglašava. Logika je jednostavna. Modalitet pravne regulacije je tradicionalno osmišljen kao mehanizam koji sprečava da privatno ponašanje naruši slobodnu tržišnu konkurenciju. Postojanje slobodne konkurencije

[21] "Ovo je politički ideal koji se odnosi na čisti kompetitivni cilj. Zasnovan je na ideji da ekonomske korporacije ne bi trebale postati moćnije i utjecajnije od izabranih demokratskih vlada, utjecajna ideja u vrijeme uvođenja prvog američkog antitrustovskog zakona krajem 19. vijeka.", šire vidi: Barry J. Rodger, Angus MacCulloch, "Competition Law and Policy in the EC and UK", Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London – Sydney, 2001, str. 12.

osigurava i optimiziranje interesa potrošača.[22] Međutim, problem je u tome što se ovom zahtjevu često suprotstavlja interes industrije, interes "domaćih" privrednih subjekata nazvanih šampionima. Česta je pojava da države radi neutralizacije tržišnih neuspjeha ali i kao dio razvojne strategije koncipiraju, usvajaju industrijsku politiku. U slučajevima kada se koncipiranje industrijske politike vrši u skladu s poboljšanjem efikasnosti i dugoročne dobrobiti potrošača, rijetko će doći do kolizije s politikom konkurencije. Ono o čemu kreatori ekonomske politike trebaju voditi računa jeste činjenica da industrijska politika ne mora biti nužno usmjerena na državne šampione. U tim slučajevima ciljevi industrijske politike nisu suprotstavljeni ciljevima modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije. Kreiranje industrijske politike na način da joj se kao ciljevi postave veća konkurentnost domaće industrije, intenziviranje inovativnih pogona, racionalizacija korištenja resursa doprinijet će ostvarivanju maksimiziranja dobrobiti potrošača. Ukoliko se želi izbjeći kolizija između ciljeva politike konkurencije odnosno modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije i ciljeva industrijske politike vrijedi, u literaturi često spominjano jednostavno pravilo: "Gdje i kada industrijska politika koegzistira s modalitetom pravne regulacije tržišne konkurencije industrijska politika treba poštivati načela tržišne konkurencije." Kada je u pitanju ekonomska politika Evropske unije, koliziona tačka industrijske politike i politike konkurencije, interakcija između dva potencijalno konfliktna cilja, konkurentnosti i konkurencije izričito je posredovana članom 173 Ugovora o funkcioniranju Evropske unije. Naime, ova odredba ojačava Komisiju da osigura kompetitivnost evropske industrije ali i određuje da: "Ova glava ne predstavlja temelj za uvođenje bilo kakvih mjera od strane Zajednice koje bi mogle narušiti tržišno natjecanje.". Razlog za ovo je uvjerenje Komisije da je tržišna konkurencija na unutrašnjem tržištu najbolji izvor za industrijsku snagu na svjetskim tržištima, i stoga promoviranje konkurentnosti ne može biti postignuto kroz sredstva koja smanjuju tržišno natjecanje. "Evropske kompanije neće biti konkurentne na svjetskim tržištima bez konkurencije kod kuće." Međutim, moguć je i negativan utjecaj politike konkurencije na industrijsku politiku Evropske unije jer sprječava koncentraciju privrednih subjekata što može ograničavati privredne subjekte da se razvijaju i rastu time stvarajući okruženje koje favorizira ekonomski razvoj. S druge strane Komisija je koristila pravo konkurencije kako bi olakšala razvoj i to sa dvije dimenzije: s jedne strane, ona je intervenirala da izuzme izvjestan broj "kriznih kartela", tj. sporazuma među konkurentima u teškoćama koji su

[22] Max Huffman, "Competition Law and Consumer Protection", str. 1, dostupno na: www.luc.edu/law/academics/special/.../huffman_competition.pdf, (18. 1. 2011.)

dizajnirani da olakšaju liječenje strukturalnih problema i osiguraju povratak profitabilnosti firmama (politika implementirana uglavnom ranih 1980-ih nakon perioda ekonomske stagnacije u Evropi), i s druge strane, ona je izuzela sporazume dizajnirane da ojačaju industriju Unije *vis-a-vis* globalnih konkurenata (politika implementirana uglavnom tokom izgradnje do roka za uspostavu jedinstvenog tržišta 1992).[23]

Iako o tome postoje različita mišljenja, kao cilj politike konkurencije često se navodi i suzbijanje inflacije tako da se instrumenti politike konkurencije koriste kao set alata za borbu protiv monetarne neravnoteže. Suzbijanje inflacije je bio jedan od razloga kontrole nad kartelima u Njemačkoj. Međutim, oponenti ukazuju na upitnost takve tvrdnje i efikasnosti korištenja konkurencijskih pravila za suzbijanje inflacije. Tako npr. vrlo je vjerojatno da bi poduzeća neovisno ali i istovremeno mogla reagirati na zajednički šok na cijene inputa povećanjem cijena svojih proizvoda, čak i u odsustvu bilo kakvih dogovora.[24]

Usklađenost s ciljevima regionalne politike je zahtjev koji opravdanje nalazi u činjenici da je pravo konkurencije dio ukupne politike promoviranja nacionalne ili regionalne ekonomije. Na značaj usklađenosti ciljeva s regionalnom politikom ukazuje iskustvo i modalitet pravne regulacije tržišne konkurencije Evropske unije. Modalitet pravne regulacije tržišne konkurencije može biti instrument za stvaranje ujedinjenih tržišta i sprečavanje vještačkih prepreka trgovine, što ukazuje na političku pozadinu cilja a za što je dokaz politika konkurencije Evropske unije. Modalitet pravne regulacije tržišne konkurencije u ovom slučaju odražava politiku "integracije tržišta"[25]. Još jedan primjer za navedeno jeste održanje jedinstvenog tržišta Bosne i Hercegovine, zagarantiranog Daytonskim ustavom kroz konstituiranje Konkurencijskog vijeća (KV) kao institucija formiranih na državnom nivou sa zadatkom javne primjene prava konkurencije na cijelom području Bosne i Hercegovine.

Održavanje slobodne konkurencije kao tržišne strukture u skladu je s postulatom *Small is beautiful* i nastojanjem da se zaštiti sposobnost učesnika manje ekonomske snage da se takmiče s etabliranim i ekonomski snažnijim privrednim subjektima. Način na koji se to može postići jeste primjena manje strogih principa kada su u pitanju različiti oblici saradnje između

[23] Vidi: Motta Massimo, "Competition policy – theory and practice", Cambridge University Press, 2004, str. 26.

[24] Vidi: Motta Massimo, "Competition policy – theory and practice", Cambridge University Press, 2004, str. 94.

[25] Barry J. Rodger, Angus MacCulloch, "Competition Law and Policy in The EC and UK", Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London – Sydney, 2001, str. 12.

manjih firmi koje bi se mogle uključiti u zajedničko korištenje tehnologije ili saradnje u obliku zajedničkih ulaganja.[26] Konkurencijske vlasti bi, u tom cilju, mogle usvojiti koncept "ravnoteže moći", zasnovan na potrebi postojanja kontrasnage s jedne strane tržišta, koja se stvara na osnovi saradnje učesnika male ekonomske snage kako bi se neutralizirala snaga na drugoj strani, pod uvjetom da taj koncept može rezultirati korišću za potrošača.[27] U modalitetu pravne regulacije tržišne konkurencije Sjedinjenih Američkih Država promocija i zaštita malih i srednjih preduzeća kao cilj koji se želi ostvariti pravom konkurencije mijenjao je svoju poziciju u sistematizaciji ciljeva. Tako u odnosu na ranije rješenje Robinson Patman zakona, koji je izražavao nastojanje da se manje firme "zaštite" u odnosu na ekonomski snažnije, sadašnji antitrust model tako jasno ne podržava ekonomski slabije učesnike na tržištu.[28]

U sistematizaciji ciljeva prava i politike konkurencije procjena prioriteta između različitih ekonomskih i neekonomskih ciljeva može predstavljati problem, zbog čega politički ciljevi neizbježno imaju *spillover* efekt u odredbama prava konkurencije. Kao primjer za navedeno može se uzeti Evropska unija, gdje je bio važan princip integracije tržišta koji je nadmašio mnoge druge ciljeve poput efikasnosti. Sistematizacija ciljeva nije statična kategorija. Naprotiv, u dugom periodu različite promjene imaju različit utjecaj na rangiranje ciljeva. Naprimjer, u posljednjoj deceniji mnogi događaji u Evropskoj uniji svjedoče o poboljšanju pozicije malih i srednjih preduzeća i na taj način promoviraju integraciju Evropske unije. Promjene u sistematizaciji ciljeva također su primjetne i u antitrustovskoj politici SAD-a, gdje je strah od velikih firmi bio očigledan, naročito kada je antitrustovsko pravo bilo uvedeno krajem 19. stoljeća, zatim u Velikoj Britaniji, gdje su u posmatranom periodu koluzivne prakse ohrabrivane.[29]

Ciljevi modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije često trebaju biti usklađeni sa ciljevima okolišne politike zašto je najbolji primjer Evropska unija. U ostvarivanju okolišne politike, Komisija je potaknula sporazume

---

[26] Ibidem, str. 19.

[27] Konkurencijske vlasti Kanade (*Competition Bureau*) na svojoj zvaničnoj web-stranici ističu važnost malih i srednjih preduzeća MSP-a za ekonomiju Kanade i u tom kontekstu razumijevanje uloge prava konkurencije u njihovoj državi. Vidi: http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/h_00153.html, (24. 10. 2010.)

[28] Vidi: Roger Van den Bergh, Peter D. Camesasca, "European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective", [Paperback] , Sweet & Maxwell; 2 edition (20 Aug 2006), str. 4.

[29] Vidi: Barry J. Rodger, Angus MacCulloch, "Competition Law and Policy in The EC and UK", Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London – Sydney, 2001, str. 14.

koji slijede ciljeve zaštite okoliša poštujući pravila konkurencije. Kao rezultat toga, sporazumi koji doprinose smanjenju obima plastičnog otpada, smanjuju rizik za okoliš, smanjuju potrošnju energije, omogućuju bolje iskorištavanje energije, smanjuju emisiju otpada mogu biti izuzeti iz primjene čl.101. TFEU.

Na kraju treba navesti da se u literaturi često sreće tvrdnja po kojoj uvođenje političkih i drugih širih društvenih ciljeva u okviru sistematizacije modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije otvara dva temeljna pitanja. Prvo, ovo može imati posljedice na vrstu pravnih lijekova koji bi bili dostupni prema pravu konkurencije. Da li bi pravni lijekovi trebali biti javni ili privatni i da li bi trebali biti retroaktivni i kažnjavajući, ili se primjenjivati u budućnosti? Drugo, fleksibilna priroda administrativne intervencije u unapređivanju političkih ciljeva prava konkurencije dosad je vodila ka pozivima za veću sigurnost i predvidivost u primjeni konkurencijskog prava. Međutim, tome se suprotstavlja činjenica po kojoj uvođenje novih političkih ciljeva otvara i pitanje nepredvidivosti administrativne intervencije na tržišta, pa se argument za sigurnost i predvidivost može posmatrati kao politički cilj sam po sebi.

Zaključna razmatranja

Frekventne promjene na integralnom tržištu uzrokovane globalnim kretanjima, nepredvidivost ponašanja tržišnih takmičara povećavaju šanse za manifestacije tržišnih nesavršenstava čime se dodatno opravdava ekonomska uloga države u vidu regulacije tržišta i zaštite tržišne ekonomije. Nezamislivo je u eri kompjuterizacije i transnacionalnih privrednih giganata gdje se informacije pretvaraju u tržišne signale u stotinkama sekunde prepustiti se nevidljivoj ruci tržišta. Nesporna je činjenica da tržišne anomalije kao što su npr. monopoli, karteli i sl. mogu ugroziti pozitivne efekte tržišne konkurencije odnosno ograničavati, sprečavati i narušavati konkurenciju čime dovode u pitanje funkcioniranje slobodnog tržišta, kao i njegovih najznačajnijih funkcija (selektivne, alokativne, distributivne i informativne funkcije). Posljedice tih anomalija se pojavljuju u vidu viših cijena, užeg asortimana i smanjenja kvaliteta proizvoda i usluga čime se utiče na životni standard, efikasnost i produktivnost te ekonomski razvoj jedne države. Posljednja velika ekonomska kriza iz 2008. dokazuje potrebu za vidljivom rukom države. Država se pojavljuje kao regulator tržišnih odnosa stvarajući optimalni ambijent za privredne aktivnosti otklanjajući i sprečavajući tržišna nesavršenstva. U tom kontekstu se modalitet pravne regulacije tržišne konkurencije postavlja kao sistem pravne zaštite tržišne konkurencije koji može poslužiti i u svrhu instrumenta za ostvarivanje mnogobrojnih ekonomskih pa i širih društvenih ciljeva.

Kreiranje modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije može biti na nivou jedne države ili zajednice država, odnosno na nacionalnom i na internacionalnom nivou, i ovisi od postavljenih ciljeva i determinanti koje se nalaze u i izvan ekonomskog sistema. Kao posljedica globalizacije pojavljuje se harmonizacija modaliteta na internacionalnom nivou u cilju lakšeg protoka kapitala. Istovremeno se dešava i pojava da su male i manje razvijene ekonomije, odnosno države, radi stjecanja članstva u određenoj međunarodnoj organizaciji ili integraciji "prinuđene" da prihvaćaju, od strane "velikih" država, nametnut im model. Takav model, budući da nije kreiran prema determinantama specifičnim za svaku državu ponaosob, ne ostvaruje očekivane rezultate odnosno ciljeve. Pitanje koje se nameće jeste da li države trebaju prihvatiti slijepo preslikavanje ranije "testiranih" modela ili trebaju kreirati svoj sopstveni, po principu "tailor made" model. Svakako da u kreiranju modaliteta većina država polazi od općeprihvaćenih okvira antimonopolske politike prilagođavajući ih vlastitim potrebama. Imajući to u vidu, svaka bi država kod usvajanja određenog modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije trebala uzeti u obzir determinante vlastitog ekonomskog sistema, opći koncept politike konkurencije redefinisati na način da mu odredi prioritetne ciljeve vodeći računa o njegovoj kompatibilnosti sa ukupnom ekonomskom politikom. Različiti su ciljevi koje države mogu postaviti pred svoje politike konkurencije ali o svakom bi se trebala uraditi jedna kratka cost benefit analiza kako bi se moglo utvrditi koji su za dati vremenski period najprihvatljiviji i da li su kompatibilni sa ostalim ciljevima. U radu su izneseni neki od najčešće postavljenih ciljeva i dileme koje se oko njih javljaju. Pored generalnog cilja ostvarivanja "slobodne konkurencije" koja je ideal, u praksi postoji određeni broj ekonomskih, društvenih pa i političkih ciljeva koji bi kao elementi trebali biti ugrađeni u modalitet. Pred državu se postavlja zadatak iznalaženja balansa u određivanju prioriteta u sistematizaciji postavljenih ciljeva. Iznalaženje spomenutog balansa za određeni modalitet znači izbjegavanje njegovog klasificiranja kao "ekstra prokonkurentskog" ili "pravnokonkurentski neprihvatljivog" modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije, što su u suštini dvije krajnosti. To potvrđuje i činjenica da modalitet pravne regulacije tržišne konkurencije nije statičan i da, kao što je historija pokazala, njegovo redefiniranje i kretanje između ta dva krajnja oblika u velikoj mjeri ovisi o određenom političkom i socijalnom miljeu u kojem je smješten pravni sistem u danom trenutku.

Kod kreiranja modaliteta pravne regulacije nosioci ekonomske politike trebaju voditi računa o činjenici da efekti narušavanja konkurencije s obzirom na vremensku distancu s koje se posmatraju mogu biti kontradiktorni te isti

predstavljaju veoma složeno pitanje. Ovim se otvara pitanje uravnoteženosti i fleksibilnosti modaliteta pravne regulacije tržišne. Primjer koji se često u tom kontekstu navodi su horizontalne integracije (kartelni dogovori između konkurentnih preduzeća). U tim slučajevima, u kratkom roku, velika je vjerovatnoća postojanja zloupotrebe vladajućeg položaja, stvaranja alokativne neefikasnosti i smanjenja društvenog blagostanja. Sa aspekta proteka vremena isto ponašanje bi moglo rezultirati ekonomijom obima i smanjenjem troškova po jedinici proizvoda. Iz ovog se može zaključiti da se pri kreiranju određenog modaliteta mora voditi računa o "pravoj mjeri njegove strogoće" jer u slučaju da je blaga kaznena politika dolazi do tržišne dominacije dok u suprotnom dolazi do erupcije poduzetničke inicijative i njihovih proinovativnih aktivnosti.

Imajući navedeno u vidu zaista se ne može odvojeno posmatrati pravo konkurencije bez da se dovede u kontekst ekonomske politike odnosno konzistentnost i usklađenost njenih dijelova. Pravo i politika konkurencije, odnosno modalitet pravne regulacije tržišne konkurencije da bi polučio pozitivne efekte mora biti usklađen sa ukupnom ekonomskom politikom i pratiti njene glavne ciljeve.

Literatura

Begić Kasim, "Ekonomska politika", Sarajevo, 2000,

Cerovac Mladen, "Novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja", Hrvatska pravna revija, Inženjerski biro, Zagreb, rujan 2003,

Daniel Zimmer, "The Goals of Competition Law", Ascola Competition Law The Fifth Ascola Workshop on Comparative Competition Law, Edward Elgar Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA. 2012,

Huffman Max, "Competition Law and Consumer Protection", dostupno na: www.luc.edu/law/academics/special/.../huffman_competition.pdf, (18. 1. 2011.)

Komninos P. Assimakis, "Article 102 Enforcement Between Effectiveness and Due Process", Hellenic Competition Commission, University College London, dostupno na: http://www.agcm.it/AGCM_ITA/EVENTI/EVENTI.nsf/cd33e4d549490cb4c125699000386c4c/6649a12876e6a187c12577000035b4ec/$FILE/Komninos9Aprile.pdf, (12. 7. 2010.)

Massimo Motta, "Competition policy – theory and practice", Cambridge University Press, 2004,

Rodger Barry J., MacCulloch Angus, "Competition Law and Policy in the EC and UK",

Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London – Sydney, 2001,

Roger Van den Bergh, Peter D. Camesasca, "European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective", [Paperback] , Sweet & Maxwell; 2 edition (20 Aug 2006),

Šoljan Vjekoslav, "Vladajući položaj na tržištu i njegova zlouporaba u pravu tržišnog natjecanja EZ", Zagreb, 2004,

Trifković Miloš, "Pravo konkurencije", Svjetlost, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Sarajevo, 1981, str. 28–31,

Trifković Miloš, Simić Milić, Trivun Veljko, "Poslovno pravo – ugovori, vrijednosni papiri i pravo konkurencije", Ekonomski fakultet Sarajevo, 2004,

Pravni akti

Treaty establishing the European Union (TEU).

Treaty establishing the European Community (TCU).

Presude

[1977] ECR, Predmet br. 26/76, Metro SB-Gro-markte GmbH Co. Kg v. Commission of the European Communities,

Internet:

http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/h_00153.html, (24. 10. 2010.)

http://www.aztn.hr/trzisno-natjecanje/, (26. 10. 2011.)

http://www.oecd.org/dataoecd/3/39/2497344.pdf.

http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/speditionen_18032010.htm, (12. 7. 2010.)

http://www.oecd.org/dataoecd/12/27/38706275.pdf, (12. 7. 2010.)

http:/www.luc.edu/law/academics/special/.../huffman_competition.pdf, (18. 1. 2011.)

Dr Kanita Imamović-Čizmić
Assistant Professor

THE MODALITIES OF LEGAL REGULATION OF MARKET COMPETITION AND THEIR RELATIONSHIP TO THE ECONOMIC ROLE OF THE GOVERNMENT[30]

Summary

The market is the most efficient functional framework of economic flows, but it is not perfect. Market imperfections that emerge in the form of cartels, the abuse of dominant position or prohibited concentrations produce negative and far-reaching consequences for the overall economy and the economic development of the community. The state holds the function of a regulator of relations between the market participants by providing conditions for the smooth operation of market competition, and, thus, both market competition and relations that arise in connection with it are an object of legal regulation. The modalities of legal regulation of market competition include different modes of control of market competition, or of establishing and implementing systems for its legal protection. In addition to legislation, the system of legal protection of market competition also includes bodies and competent institutions in charge of the implementation of the legal protection process. The aim of this paper is to emphasize the importance of the link between the competition law and the economic role of the state and to offer a different way of examining the competition law. This paper defines the concept of modalities of legal regulation of market competition as a way in which to regulate and protect market competition and conducts a classification of modalities of its objectives and principles.

Key terms: *the economic role of the state, the legal regulation of market competition, the objectives and principles of the legal regulation of market competition*

[30] The backbone of the paper is an excerpt from a doctoral dissertation (PhD thesis) titled, "The modalities of Legal Regulation of Market Competition and their Use in the Economy of Bosnia and Herzegovina."

Dr. Dragan Jovašević
Redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu

UDK: 343.8
Pregledni naučni rad

RAD U JAVNOM INTERESU KAO ALTERNATIVNA KRIVIČNA SANKCIJA

Sažetak

Sva savremena krivična zakonodavstva na bazi prihvaćenih međunarodnih standarda u sistemu krivičnih sankcija, pored i umjesto kazne zatvora (kao najznačajnije krivične sankcije koja je propisana u posebnom dijelu za najveći broj krivičnih djela samostalno ili alternativno s drugim kaznama), poznaju jednu ili više alternativnih (intermedijalnih) sankcija ili supstituta kazne. To su različite mjere društvene reakcije koje sud primjenjuje prema učiniteljima lakših krivičnih djela, kada zavisno od karakteristika njihove ličnosti nije neophodno prema njima izreći (ili izvršiti kaznu zatvora). Kao alternativne krivične sankcije smatraju se: novčana kazna, uvjetna osuda, sudska opomena, a u posljednje vrijeme se poseban značaj pridaje društveno korisnom radu, radu u javnom interesu ili radu za opće dobro na slobodi. Upravo o pojmu, sadržini, karakteristikama i uvjetima primjene rada u javnom interesu kao alternativne krivične sankcije u pravu Republike Srbije, ali i u drugim uporednopravnim sistemima govori ovaj rad.

Ključne riječi: *krivično pravo, kazna zatvora, alternativne mjere, rad u javnom interesu, sud, odgovornost*

1. Uvodna razmatranja

Osnovna funkcija (cilj ili svrha) krivičnog prava jeste ostvarenje zaštitne (garantivne) funkcije, odnosno zaštita najznačajnijih društvenih dobara i vrijednosti od kriminaliteta.[1] Ta funkcija treba da osigura postojanje društva, ali i da omogući njegov dalji razvoj. Ta se zaštita ostvaruje na dva načina i to: 1) propisivanjem koja se ljudska ponašanja smatraju krivičnim djelima i 2) propisivanjem krivičnih sankcija i uvjeta za njihovu primjenu prema učiniteljima krivičnih djela. To je opća i zajednička funkcija svakog krivičnog prava, bez obzira na konkretno društvo,

[1] Jovašević, D. (2010). Krivično pravo, Opšti deo, Beograd., s. 22–24.

odnosno državu kojoj služi kao sredstvo zaštite. Istovremeno tu leži i osnovna razlika između krivičnog prava raznih država. Krivično pravo je instrument za zaštitu određenog društvenog i ekonomskog uređenja jedne države na određenom stepenu razvoja i kao takvo ono je specifično jer posjeduje niz karakteristika po kojima se upravo i razlikuje od krivičnog prava drugih zemalja.[2]

Dakle, krivično pravo ima za cilj ostvarenje dvije funkcije. To je prvo zaštita i osiguranje najznačajnijih društvenih dobara i vrijednosti od njihovog povređivanja ili ugrožavanja vršenjem krivičnih djela od strane pojedinaca ili grupa, dakle očuvanje postojećih odnosa, što predstavlja njegovu statičku funkciju. Ali krivično pravo prati dinamiku i razvoj društvenih odnosa i učestvuje u njihovom mijenjanju i unapređivanju. To je dinamička funkcija krivičnog prava. Pri tome treba imati na umu da zaštitna funkcija krivičnog prava[3] nije sveobuhvatna, već je ona djelimična i parcijalna. Naime, krivično pravo ne štiti sva dobra i vrijednosti u jednom društvu, već samo ona koja su najvažnija za pojedinca kao čovjeka i građanina i društvo kao zajednicu ljudi. Drugim riječima, štite se dobra i vrijednosti bez kojih ne bi bilo moguće postojanje i razvoj ni čovjeka niti određenog društva kao posebne ljudske zajednice.

Iako se krivičnopravna zaštita društvenih vrijednosti ostvaruje uglavnom kroz kaznu kao najvažniju krivičnu sankciju usljed čega joj se daje represivni, retributivni karakter, ona se ne ostvaruje samo kroz retribuciju i odmazdu, već isto tako i kroz prevenciju kriminaliteta putem resocijalizacije i popravljanja učinitelja krivičnih djela. Štaviše, cilj krivičnog prava je da vaspitno utiče na ponašanje ljudi kako bi se oni uzdržali od kršenja propisa i ponašanja koja su društveno opasna i u zakonu određena kao krivična djela. To ukazuje da primarni cilj krivičnog prava nije primjena krivičnih sankcija, a posebno kazne – dakle, represija. Tako je kao funkcija krivičnog prava Republike Srbije[4] određena zaštita čovjeka i drugih osnovnih društvenih vrijednosti (član 3. KZ RS)[5]. To znači da su dva osnovna objekta zaštite: 1) čovjek (njegove lične ili individualne slobode i prava) i 2) društvo, odnosno država

[2] Bačić, F. (1978). Krivično pravo, Opći dio, Zagreb, s. 11–13.

[3] Horvat, V. (1981). O garantnoj funkciji krivičnog postupka u odnosu na osumnjičenu osobu, Pravna misao, Sarajevo, br. 5–6., s. 82–93.

[4] Petrović, B., Jovašević, D. (2005). Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, Sarajevo., s. 16–19.

[5] Krivični zakonik Republike Srbije broj 85/2005, 88/2005, 107/2005 i 72/2009; Više: Jovašević, D. (2007). Krivični zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarom, Beograd., s. 13.

(osnovne društvene vrijednosti zajemčene i zaštićene Ustavom Republike Srbije i međunarodnim pravom, odnosno individualne i opće vrijednosti koje ustanovljava i garantira pravni poredak).

Ovako određena zaštitna uloga krivičnog prava prema članu 3. KZ RS ostvaruje se određivanjem koja djela predstavljaju krivična djela, propisivanjem kazni i drugih krivičnih sankcija za ta djela, te izricanjem sankcija učiniteljima krivičnih djela u zakonom utvrđenom postupku. A propisivanje krivičnih djela i sankcija za njihove učinitelje se zasniva na neophodnosti primjene krivičnopravne prinude i njenoj srazmjernosti – mjeri u kojoj je to nužno za suzbijanje takvih djela. Zaštita navedenih vrijednosti ostvaruje se na taj način što se određuju društveno opasna ponašanja koja predstavljaju krivična djela i što se za takva ponašanja propisuju krivične sankcije prema njihovim učiniteljima u cilju suzbijanja kriminaliteta. Dakle, krivičnopravna zaštita ostvaruje se *post factum*, onda kada je zaštićeno dobro već oštećeno ili ugroženo. Zbog te činjenice izgleda da zaštitna funkcija, koja se najčešće ostvaruje primjenom kazne, ima čisto represivni karakter. Kroz kaznu se, pored represije, ostvaruje i prevencija i to kako individualna, tako i generalna.

2. Pojam i vrste krivičnih sankcija

Krivične sankcije[6] su zakonom određene mjere društvenog reagiranja protiv učinitelja krivičnog djela koje primjenjuju državni organi u cilju zaštite društva, odnosno najznačajnijih društvenih dobara i vrijednosti od svih oblika i vidova kriminaliteta. Od najstarijih vremena društvo pokušava da se zaštiti od različitih oblika i vidova kriminaliteta pojedinaca i grupa različitim mjerama. Među njima se posebno ističu kazne koje su dugo vremena, sve do 19. stoljeća predstavljale jedine vrste krivičnih sankcija (monistički sistem sankcija). Krivične sankcije se javljaju kao prinudne mjere koje primjenjuje država kao predstavnik društva prema učinitelju krivičnog djela i predstavljaju reakciju protiv učinitelja upravo zbog učinjenja krivičnog djela kojim se nanosi šteta društvu. Takva reakcija ima za cilj da spriječi ovog učinitelja da ubuduće nastavi s činjenjem krivičnih djela, kao i da utiče na druge potencijalne učinitelje da se uzdržavaju od činjenja takvih akata.[7] Tako je prema članu 4. stav 2. Krivičnog zakonika određeno da je opća svrha propisivanja i izricanja krivičnih sankcija suzbijanje djela kojima se povrjeđuju ili ugrožavaju vri-

[6] Petrović/Jovašević, Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, o. c., s. 275–276.

[7] Bavcon, Lj. (1961). Družbena funkcija kazenskih sankcij, Pravnik, Ljubljana, br. 9., s. 253–262.

jednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom. Pri tome je Zakonik kod svake pojedine vrste krivičnih sankcija odredio i posebne svrhe upravo tih sankcija, koje se naravno moraju kretati u okvirima ovako određene opće svrhe (cilja) svih krivičnih sankcija koje poznaje naše krivično zakonodavstvo.

Iako se vršenjem krivičnih djela nanosi šteta i društvu i pojedincu, jer se njime povrjeđuju i ugrožavaju ne samo dobra koja pripadaju društvu, već i dobra koja pripadaju pojedincu, primjena krivičnih sankcija ne zavisi od volje oštećenih pojedinaca. One se ne primjenjuju u ime i u interesu pojedinaca, već u ime i u interesu društva kao zajednice. Štiteći interese zajednice primjenom krivičnih sankcija prema učiniteljima krivičnih djela, država istovremeno štiti i interese pojedinaca kao članova zajednice. Prema tome, krivične sankcije predstavljaju represivnu reakciju koju preduzima država kao predstavnik određenog društva u cilju njegove zaštite i zaštite pojedinaca od štetnih posljedica koje im se nanose činjenjem krivičnih djela. To su sredstva za ostvarivanje zaštitne (garantivne) funkcije krivičnog prava.[8] To znači da je krivična sankcija prinudna mjera za zaštitu društva od kriminaliteta, koju izriče sud učinitelju krivičnog djela, u postupku i pod uvjetima i na način koji su određeni zakonom, a koja se sastoji u oduzimanju ili ograničavanju slobode i prava ili upozorenju učinitelju da će mu sloboda ili prava biti oduzeti ili ograničeni ako ponovo učini krivično djelo.[9] Osnov i granica za propisivanje krivičnih sankcija i njihovu primjenu zasniva se na neophodnosti primjene krivičnopravne prinude i njenoj srazmjernosti jačini opasnosti za lične slobode i prava čovjeka, te druge osnovne vrijednosti.

Savremeno krivično pravo poznaje više vrsta krivičnih sankcija koje su različite po sadržini, prirodi i karakteru dejstva. Svaka krivična sankcija predstavlja posebnu mjeru društvene reakcije za borbu protiv kriminaliteta, dok sve zajedno, one čine sistem krivičnih sankcija. Prema tome, sistem krivičnih sankcija je skup svih prinudnih mjera predviđenih u krivičnom zakonodavstvu jedne zemlje koje se primjenjuju prema učiniteljima krivičnih djela pod uvjetima i na način kako je zakonom određeno. Kakav će biti sistem krivičnih sankcija, tj. koje i kakve će sve sankcije postojati u jednom društvu, zavisi od brojnih faktora, a naročito od odnosa koji vladaju u određenom društvu, od obima, dinamike i strukture kriminaliteta, kriminalne politike, stepena demokratskog razvoja i demokratskih tradicija itd.[10] Pošto

[8] Jovašević, D., Krivični zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarom, o. c., s. 26–31.

[9] Jovašević, D. (2011). Leksikon krivičnog prava, Beograd., s. 544.

[10] Muratbegović, M. (2004). Savremena politika suzbijanja kriminaliteta – osnovne smjernice, Kriminalističke teme, Sarajevo, br. 1–2., s. 163–183.

sistem krivičnih sankcija zavisi od strukture i dinamike kriminaliteta, odnosno društvenih potreba, podložan je čestim promjenama, pa se on smatra najdinamičnijom oblasti krivičnog prava. Krivični zakonik Republike Srbije u članu 4. predviđa sljedeće vrste krivičnih sankcija i to: kazne, mjere upozorenja, mjere sigurnosti i vaspitne mjere.[11]

3. Sistem kazni u Republici Srbiji

Osnovna i najznačajnija vrsta krivične sankcije, dugo vremena jedina sankcija koja je i danas propisana u posebnom dijelu krivičnih zakona (zakonika) za najveći broj krivičnih djela jeste kazna. Ona daje pečat cjelokupnom krivičnom pravu, a često mu daje i naziv – kazneno pravo.[12] Kazna kao prinudna mjera predstavlja zlo koje se nanosi učinitelju zbog učinjenja (ili pokušaja) krivičnog djela.[13] Ona se primjenjuje protiv i mimo volje učinitelja krivičnog djela kao odgovor društva na njegovu protivpravnu djelatnost. Sastoji se u oduzimanju ili ograničavanju njegovih sloboda ili prava. Prinudni, retributivni karakter kazne proizlazi iz sljedećih njenih karakteristika:[14] a) temelj kazne je učinjeno krivično djelo, b) kažnjava se učinitelj koji je skrivio krivično djelo, c) kazna mora biti srazmjerna težini učinjenog krivičnog djela, d) kazna mora biti srazmjerna krivici učinitelja, e) učinitelj krivičnog djela ima pravo da bude kažnjen kao pripadnik društvene zajednice na osnovu njegove dužnosti učestvovanja u uspostavljanju krivičnim djelom narušenog pravnog poretka, f) kazna je negacija poremećenog stanja koje je izazvano krivičnom djelom i g) kazna je vezana za učinjeno krivično djelo i primjenjuje se upravo jer je takvo djelo učinjeno, pa ima opominjuće i zastrašujuće djelovanje, jer zlo sadržano u kazni stiže svakog ko je zlo učinio svojim krivičnim djelom.

Krivični zakonik Republike Srbije u članu 43. predviđa sljedeće vrste kazni koje se mogu izreći fizičkim osobama. To su: 1) kazna zatvora, 2) novčana

---

[11] Balić, H. (1974). Dualitet sankcije u našem krivičnom pravu, Pravna misao, Sarajevo, br. 9–10., s. 29–36.

[12] Zlobec, J. (1999). Svrha kazne, Ljubljana., s. 54–63; Cvitanović, L. (1999). Svrha kažnjavanja u suvremenom kaznenom pravu, Zagreb., s. 78–84.

[13] Kaznu određuje legalitet, ali i legitimitet njene primjene. Ali primjena kazne ne znači potpunu arbitrarnost organa koji je izriču. Legitimnost kazne upravno zahtijeva da se primjena ovih mjera svede na one slučajeve i na onu mjeru koja je nužna za ostvarenje opće svrhe primjene krivičnih sankcija. Ako se, pak, taj cilj može ostvariti primjenom neke druge krivične sankcije kod koje je prinudni (retributivni) karakter zastupljen u manjoj mjeri, tada kažnjavanje gubi svoj legitimitet i pretvara se u odmazdu prema učinitelju zbog učinjenog krivičnog djela (Lazarević, Lj., Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije, Beograd, 2005., s. 159).

[14] Horvatić, Ž. (2003). Kazneno pravo, Opći dio, Zagreb., s. 156.

kazna, 3) rad u javnom interesu i 4) oduzimanje vozačke dozvole.[15] Kazna zatvora se može izreći samo kao glavna kazna, dok se ostale kazne mogu izreći i kao glavne i kao sporedne kazne. Svaka od navedenih kazni ima određenu svrhu[16] koja je određena u članu 42. KZ RS na sljedeći način kao: a) sprječavanje učinitelja da čini krivična djela i uticanje na njega da ubuduće ne čini krivična djela, b) uticanje na druge da ne čine krivična djela i c) izražavanje društvene osude za krivično djelo, jačanje morala i učvršćivanje obaveze poštovanja zakona.[17]

Kazna lišenja slobode (kazna zatvora)[18] je osnovna vrsta kazne koju sud u krivičnom postupku može izreći punoljetnom učinitelju krivičnog djela. Ona se sastoji u oduzimanju slobode kretanja učinitelju krivičnog djela za, u sudskoj presudi, određeno vrijeme[19] i njegovom smještaju u određenu zavodsku ustanovu. Najveći broj krivičnih djela u Krivičnom zakoniku je zaprijećen upravo ovom vrstom kazne jer ona pruža najviše mogućnosti da se ostvari svrha kažnjavanja, koja se sastoji u prevaspitanju i resocijalizaciji osuđenog i njegovom ponovnom uključivanju u normalan društveni život. Kazna zatvora može se izreći kao glavna kazna, i to samo onda kada je zakonom propisana za određeno djelo. Pri tome ona ne može biti kraća od trideset dana, niti duža od dvadeset godina (član 45. KZ RS). Za najteža krivična djela i najteže oblike teških krivičnih djela može se zakonom propisati i kazna zatvora od trideset do četrdeset godina (kazna dugotrajnog zatvora). Kazna dugotrajnog zatvora se ne može propisati kao jedina glavna kazna za pojedino krivično djelo već u alternaciji s kaznom zatvora, s tim što je zakonom isključena mogućnost njenog izricanja mlađoj punoljetnoj osobi (osobi koja u vrijeme učinjenja krivičnog djela nije navršila 21. godinu života)[20].

---

[15] Babić, M., Marković, I. (2008). Krivično pravo, Opšti dio, Banja Luka, s. 374–377.

[16] Vidović, V. (1980). Evolucija koncepcije o svrsi kažnjavanja s posebnim osvrtom na kaznu lišenja slobode, Godišnjak Pravnog fakulteta u Banja Luci, Banja Luka, br. 4., s. 149–167.

[17] Vešović, M. (1987). Svrha kažnjavanja i sistem krivičnih sankcija u jugoslovenskom krivičnom pravu, Pravna misao, Sarajevo, br. 5–6., s. 11–32, s. 99–107.

[18] U pravnoj teoriji ima shvatanja prema kojima postoje zapravo tri modaliteta oduzimanja slobode prilikom krivičnopravne prinude: kazna zatvora, kazna dugotrajnog zatvora i kazna maloljetničkog zatvora. Prva dva modaliteta nisu različite vrste kazni zatvora već se razlikuju samo po dužini trajanja. Prvi modalitet ima redovnu primjenu, a drugi je izuzetak. Treći modalitet je posebnog karaktera zbog osobe prema kojoj se može izreći (Horvatić, Ž., Kazneno pravo, Opći dio, o. c., s. 174).

[19] Jovašević, D. (2002). Pojam i karakteristike kazne zatvora u jugoslovenskom pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, s. 177–198.

[20] Jovašević, D. (1999). Izvršenje kazne zatvora prema novim zakonskim rešenjima, Pravo, teorija i praksa, Novi Sad, br. 9., s. 26–35.

Novelom Krivičnog zakonika iz septembra 2009. godine unijeta je mogućnost da osuđenoj osobi kojoj je izrečena kazna zatvora u trajanju do jedne godine, sud može odrediti da se ova kazna izvrši na taj način što osuđeni ne smije da napušta prostorije u kojima stanuje, osim u slučajevima koji su propisani zakonom iz oblasti izvršnog krivičnog prava.[21] To znači da se na ovaj način uvodi mogućnost primjene "kućnog zatvora"[22], što ne predstavlja posebnu vrstu kazne ili krivičnopravne mjere, već samo način (oblik ili formu) izvršenja već izrečene kratkotrajne kazne zatvora. U slučaju da se kazna kratkotrajnog zatvora izvršava "u kućnim uvjetima", propisana je mogućnost njenog opozivanja, kada se osuđeni upućuje da ostatak izrečene kazne zatvora izvršava u ustanovama zavodskog karaktera u sistemu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija, pod uvjetom da je jednom u trajanju do 12 časova ili dva puta u trajanju do šest časova samovoljno (i bez opravdanog razloga) napustio prostorije u kojima stanuje.

4. Primjena alternativnih (parapenalnih) sankcija

U savremenom krivičnom pravu prisutna je tendencija za širokom primjenom različitih alternativnih[23], intermedijalnih, nekustodijalnih ili parapenalnih mjera, mjera retributivne pravde, krivičnih sankcija koje su alternativa ili supstituti kazne zatvora uopšte,[24] a posebno kazne zatvora u kratkom trajanju.[25] Kao alternativne ili parapenalne mjere u uporednom krivičnom pravu smatraju se:[26] 1) naknada štete, 2) ambulantni tretman ili upućivanje na obuku, 3) društveno koristan rad, 4) rad u korist društvene zajednice, 5) vikend zatvaranje, 6) kućni zatvor, 7) elektronski nadzor i sl. Mnoga

[21] Zakon o izvršenju krivičnih sankcija objavljen je u Službenom glasniku Republike Srbije broj 85/2005 i 72/2009; Više: Jovašević, D., Stevanović, Z. (2007). Pravni aspekti izvršenja krivičnih sankcija, Beograd; Jovašević, D., Stevanović, Z. (2008). Komentar Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, Beograd.

[22] Ova mogućnost je isključena u slučaju osude za krivično djelo protiv braka i porodice kada osuđeni i oštećeni žive u istom porodičnom domaćinstvu.

[23] Mićanović, N. (1989). O odnosu upotrebe i značenja pojma alternative, Pravna misao, Sarajevo, broj 5–6., s. 44–48.

[24] Babić, M. (1974). Alternative kazne zatvora, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, br. 3., s. 379–381.

[25] Vešović, M. (1988). O alternativnim krivičnim sankcijama ili poticaj na razmišljanje o sistemu krivičnih sankcija u jugoslovenskom krivičnom pravu, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo., s. 181–196.

[26] Vešović, M. (1989). Komparativni prikaz alternativa kazne zatvora u francuskom i engleskom krivičnom pravu, Pravna misao, Sarajevo, br. 5–6., s. 31–42.

savremena krivična zakonodavstva poznaju jednu ili više parapenalnih mjera.[27] Njihovo uvođenje u pravni sistem predstavlja rezultat implementacije u nacionalno zakonodavstvo niza međunarodnih pravnih akata koji su imali za cilj da ublaže ili umanje retributivni karakter kazni. Ti međunarodno pravni akti jesu: 1) Evropska konvencija o nadzoru nad uvjetno osuđenim ili iz zatvora uvjetno puštenim osuđenicima iz 1964. godine, 2) Rezolucija Vijeća Europe broj 1 o uvjetnoj osudi, probaciji i drugim alternativama zatvora iz 1965. godine, 3) Rezolucija Vijeća Europe broj 10. o nekim penalnim mjerama alternativnim zatvoru iz 1976. godine te 4) Preporuka Vijeća Europe broj 16 o društvenim sankcijama i mjerama iz 1992. godine.[28]

U odnosu na kazne, alternativne ili parapenalne mjere[29] imaju niz prednosti koje se mogu svesti na sljedeće: humani karakter, manji stepen represivnosti, uspostavljena saradnja s okrivljenim i njegov aktivni odnos u izvršenju mjere, postizanje reparacije (naknade) štete oštećenom, učešće društvene zajednice u izvršenju ovih mjera i sl. čime se lakše i brže postižu efekti resocijalizacije. I pored navedenih prednosti primjena alternativnih mjera još uvijek nailazi na niz protivnika.[30] Tako se protiv ovih mjera ističu sljedeći nedostaci: one mogu da predstavljaju pojačano sredstvo represije (i to sredstvo "suptilne" represije); na ovaj način okrivljeni može da izbjegne krivični postupak (kod poravnanja okrivljenog i oštećenog), dovode do nejednakosti učinitelja krivičnih djela zavisno od njihovog imovinskog stanja, primjena ovih mjera poskupljuje i produžava postupak izricanja i izvršenja krivičnih sankcija, njihova česta primjena slabi povjerenje građana u pravdu i pravnu državu i na kraju primjena ovih mjera zahtijeva pribavljanje niza podataka o okrivljenom i njegovom okruženju, što produžava i poskupljuje krivični postupak.

4.1. Mjere upozorenja

Kao alternative ili supstituti kazne, uvjetna osuda i sudska opomena su najranije nastale i dugo vremena su bile najpogodnije mjere za zamjenu kratkih kazni

---

[27] Lažetić Bužarovska, G. (2006). Alternativne mere u makedonskom kaznenom pravu, Pravni život, Beograd, br. 9., s. 354–361.

[28] Ova preporuka u pravilu broj 3 izričito određuje da će se alternativne mjere primjenjivati samo u slučaju kada sud stekne uvjerenje da kod učinitelja krivičnog djela postoji spremnost na: a) saradnju i b) ispunjavanje obaveza koje iz takve "alternativne" mjere proizlaze.

[29] U teoriji se primjena alternativnih mjera svrstava u "sekundarni mehanizam" društvene reakcije prema učiniteljima krivičnih djela koji zamjenjuje primjenu "primarnih mjera" – krivičnih sankcija, drugim vrstama mjera.

[30] Šurbanovski, N. (1989). Supstitucija kratkih kazni zatvora, Pravna misao, Sarajevo, br. 5–6., s. 61–63.

zatvora koje su izrečene za lakša krivična djela, ako su učinjena pod izvinjavajućim okolnostima i ako njihovi učinioci nisu osobe koje su sklone kriminalnoj djelatnosti gdje bi kazna imala više štetan, nego koristan učinak. Svrha upozoravajućih sankcija[31] je prema članu 64. KZ RS da se prema učinitelju lakšeg krivičnog djela ne primijeni kazna kada se može očekivati da će upozorenje uz prijetnju kaznom (uvjetna osuda) ili samo upozorenje (sudska opomena) dovoljno uticati na učinitelja da više ne čini krivična djela.[32]

Uvjetna osuda[33] je odlaganje izricanja ili izvršenja kazne učinitelju krivičnog djela pod uvjetom da za određeno vrijeme ne učini novo krivično djelo.[34] Ako uvjetno osuđena osoba ne učini novo krivično djelo u određenom roku i ispuni druge uvjete koji su mu postavljeni od strane suda, tada do izricanja, odnosno izvršenja kazne neće ni doći, a lice će se smatrati kao da nije osuđivano. U protivnom, uvjetna osuda će se opozvati, a takvom licu kazna izreći, odnosno izrečena kazna izvršiti. U suštini, uvjetna osuda je opraštanje kazne učinitelju krivičnog djela od strane društva pod određenim uvjetima, opraštanje koje je bazirano na uvjerenju da će se učinitelj ubuduće vladati u skladu s pravnim propisima i da neće činiti krivična djela. To uvjerenje suda se zasniva na postojanju pozitivnih osobina kod učinitelja krivičnog djela i postojanju takvih okolnosti koje ukazuju da se svrha kažnjavanja može ostvariti i bez primjene kazne.

To znači da se izricanjem uvjetne osude učinitelju krivičnog djela utvrđuje kazna, ali se ona ne izriče, što ukazuje na karakter vaspitno-prijekorne i upozoravajuće sankcije. U pravnoj teoriji mogu se naći i takva shvatanja prema kojima kod uvjetne osude država ne odustaje od reakcije na učinjeno krivično djelo, čime se ostvaruje pravednost, te generalna i specijalna prevencija, ali se prema učinitelju krivičnog djela pokazuje obzirnost, tako da

[31] Tomić, Z., Sijerčić-Čolić, H. (1989). Uslovna osuda i sudska opomena u praksi sarajevskih sudova, Pravna misao, Sarajevo, br. 5–6., s. 48–60.

[32] Babić/Marković, Krivično pravo, Opšti dio, o. c., s. 422–442.

[33] Maljević, A. (2004). Uslovna osuda u praksi općinskih sudova I i II Sarajevo i Općinskog suda u Tuzli, Kriminalističke teme, Sarajevo, br. 1–2., s. 105–127.

[34] U savremenom krivičnom pravu poznata je i parcijalna uvjetna osuda. Tako čl. 132–31 francuskog Krivičnog zakona (Droit penal du 1992., Paris, 1994. godine, str. 69–71) i čl. 43. austrijskog Krivičnog zakonika (Foregger, E., Serini, E., Strafgesetzbuch, Wien, 1988., s. 55–56) predviđaju mogućnost uvjetnog odlaganja izvršenja samo dijela utvrđene kazne zatvora. U tom slučaju se uvjetna osuda pretvara u anticipirani uvjetni otpust. Iako je bilo prijedloga da se ovakvo rješenje uvede i u novo hrvatsko krivično pravo, oni ipak nisu prihvaćeni (Kurtović, A., Zakonska rješenja u svjetlu primjene mjera upozorenja, sigurnosnih mjera i oduzimanja imovinske koristi, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, br. 2., s. 354).

se on pošteđuje od izvršenja kazne.[35] U nekim pravnim sistemima uvjetnu osudu kao vrstu krivične sankcije pored suda mogu da izriču i drugi vandsudski organi (npr. predsjednik republike kao najviši organ izvršne vlasti)[36]. U krivičnom pravu Republike Srbije uvjetna osuda je samostalna krivična sankcija gdje sud krivično odgovornom učinitelju krivičnog djela utvrđuje kaznu i istovremeno određuje da se ona neće izvršiti ako osuđeni za vrijeme koje sud odredi, a koje ne može biti kraće od jedne ni duže od pet godina (vrijeme provjeravanja ili vrijeme kušnje[37]) ne učini novo krivično djelo (član 65. KZ RS). Pri odlučivanju da li će izreći uvjetnu osudu, sud će vodeći računa o svrsi uvjetne osude, posebno uzeti u obzir sljedeće okolnosti: ličnost učinitelja, njegov raniji život, njegovo ponašanje poslije učinjenog krivičnog djela, stepen krivice i druge okolnosti pod kojima je djelo učinjeno.[38] Uvjetna osuda se pojavljuje u dva oblika i to kao: 1) obična uvjetna osuda ili (uvjetna osuda u klasičnom smislu) i 2) uvjetna osuda sa zaštitnim nadzorom.

Uvjetna osuda sa zaštitnim nadzorom[39] je drugi oblik ili modalitet ove upozoravajuće sankcije. Sud može odrediti da se učinitelj kome je izrečena uvjetna osuda stavi pod zaštitni nadzor u smislu člana 72. KZ RS, ako se s obzirom na njegovu ličnost, raniji život, držanje poslije učinjenog krivičnog djela, a naročito njegov odnos prema žrtvi krivičnog djela i okolnosti učinjenja djela može očekivati da će se zaštitnim nadzorom potpunije ostvariti svrha uvjetne osude. Zaštitni nadzor obuhvata niz zakonom predviđenih mjera pomoći, staranja, nadzora i zaštite. Sadržaj zaštitnog nadzora čine sljedeće obaveze (član 73. KZ RS):

1. javljanje organu koji je nadležan za izvršenje zaštitnog nadzora u rokovima koje taj organ odredi,
2. osposobljavanje učinitelja za određeno zanimanje,

---

[35] Novoselac, P. (2004). Opći dio kaznenog prava, Zagreb, s. 379.

[36] Takav je slučaj u Republici Hrvatskoj gdje uvjetnu osudu kao zamjenu za kaznu zatvora može da izrekne i predsjednik Republike u postupku za pomilovanje osuđene osobe shodno čl. 3. st. 1. Zakona o pomilovanju.

[37] Vrijeme provjeravanja, vrijeme kušnje ili vrijeme probacije se određuje na osnovu uvjerenja suda (ocjene) o dužini vremena koje je potrebno u konkretnom slučaju za ostvarenje specijalne prevencije kao svrhe ostvarenja ove krivične sankcije. U tom slučaju sud treba da procijeni koliko je vremena potrebno za specijalno preventivno dejstvo (Novoselac, P., Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2004., s. 387).

[38] Kupčević Mlađenović, R. (1959). Mjesto i značaj uslovne osude u savremenom krivičnom pravu, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo, s. 109–131.

[39] Bačić, F. (1989). Uvjetna osuda u jugoslovenskom krivičnom zakonodavstvu, Pravna misao, Sarajevo, br. 5–6., s. 20–30.

3. prihvatanje zaposlenja koje odgovara sposobnostima učinioca,
4. ispunjavanje obaveza izdržavanja porodice, čuvanja i vaspitanja djece i drugih porodičnih obaveza,
5. uzdržavanje od posjećivanja određenih mjesta, lokala ili priredbi, ako to može biti prilika ili podsticaj za ponovno vršenje krivičnih djela,
6. blagovremeno obavještavanje o promjeni mjesta boravka, adrese ili radnog mjesta,
7. uzdržavanje od upotrebe droga ili alkoholnih pića,
8. liječenje u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi,
9. posjećivanje određenih profesionalnih i drugih savjetovališta ili ustanova i postupanje po njihovim uputstvima i
10. otklanjanje ili ublažavanje štete koja je pričinjena krivičnim djelom, a naročito izmirenje sa žrtvom učinjenog krivičnog djela.

Sud u presudi određuje jednu ili više obaveza uz zaštitni nadzor u zavisnosti od stvarne potrebe učinitelja u konkretnom slučaju, a posebno imajući u vidu: godine života učinitelja, njegovo zdravstveno stanje, sklonosti i navike, pobude iz kojih je djelo učinjeno, držanje poslije učinjenog krivičnog djela, raniji život, lične i porodične prilike, uvjete za ispunjenje naloženih obaveza kao i druge okolnosti koje se odnose na ličnost učinitelja, a od značaja su za izbor obaveza zaštitnog nadzora i njihovo trajanje.

Sudska opomena je druga vrsta mjere upozorenja koju predviđa Krivični zakonik Republike Srbije u članu 77. Ona se izriče umjesto kazne zatvora u trajanju do jedne godine ili novčane kazne punoljetnom i krivično odgovornom učinitelju osobito lakog krivičnog djela. Ova sankcija, zapravo, predstavlja prijekor koji sud izriče učinitelju krivičnog djela od strane društva zbog učinjenog djela i upozorenje da ubuduće ne čini krivična djela, jer će za takvu djelatnost biti kažnjen.[40] Prema tome, sudska opomena se pojavljuje kao bezuvjetna osuda ponašanja, ali se ta osuda ne sastoji u kazni, već u prijekoru i opomeni da će učinitelj biti kažnjen samo onda ako učini novo krivično djelo, i to samo za to djelo, ali ne i za ono za koje je prethodno izrečena sudska opomena.[41]

---

[40] Sudsku opomenu poznaju mnoga savremena zakonodavstva: Krivični zakonik Makedonije u čl. 59., Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine u čl. 61., Krivični zakon Republike Srpske u čl. 54., njemački Krivični zakonik u čl. 59. (opomena uz prijetnju kaznom), Krivični zakonik Republike Ukrajine u čl. 33. (građanski ukor) ili Krivični zakonik Republike Slovenije u čl. 61.

[41] Tomić, Z., Sijerčić Čolić, H. (1989). Uslovna osuda i sudska opomena u praksi sarajevskih sudova, Pravna misao, Sarajevo, br. 5–6., s. 48–60.

5. Rad u javnom interesu

I konačno, kao posebno značajna alternativna krivična sankcija koju, na osnovu Preporuke R(99)16 Vijeća Europe o evropskim pravilima o sankcijama i mjerama u zajednici, uvodi novo krivično zakonodavstvo u Republici Srbiji počevši od 1. januara 2006. godine jeste kazna pod nazivom: rad u javnom interesu.[42] Ova je kazna inače poznata u uporednom zakonodavstvu kao alternativna mjera i to pod raznim nazivima kao što su: rad za opće dobro na slobodi, rad u korist društvene zajednice, društveno koristan rad i sl. Iako se radi o mjeri koja predstavlja vrstu kazne, ona služi kao supstitut izrečene kazne zatvora u kratkom trajanju.[43]

Društveno koristan rad kao parapenalna mjera prvi put je uveden 1972. godine u Velikoj Britaniji, odakle se proširio po evropskim zakonodavstvima. Ovom se mjerom zamjenjuje kazna zatvora do šest mjeseci, pri čemu se osuđeni obavezuje da određeni broj sati određeni broj dana provede u društveno korisnom radu, radu u korist javne (društvene) zajednice. Radna obaveza obično iznosi između 40 i 240 časova i može da traje najduže godinu dana (Velika Britanija) ili do 18 mjeseci (Francuska). Mjera se izriče uz saglasnost osuđenog koji presudom određeno vrijeme provodi u obavljanju određenog rada u korist cijele zajednice i to u slobodnom vremenu za koji ne dobija naknadu. Primjenu ove mjere opravdavaju sljedeći razlozi: a) osuđeni ne prekida društveni život i društvene kontakte, b) osuđeni za vrijeme trajanja ove mjere nastavlja da obavlja svoje zanimanje (profesiju), c) ne prekida se bračni i porodični život osuđenog, d) manji su troškovi izvršenja ove mjere, e) nema mogućnosti za širenje "kriminalne zaraze" i sl.

5.1. Pojam i sadržina rada u javnom interesu

Rad u javnom interesu je u krivičnom pravu Republike Srbije predviđen kao vrsta kazne. Zapravo, radi se o alternativi kazni zatvora[44] koja se može izreći

[42] Jovašević, D., Krivično pravo, Opšti deo, o. c., s. 215–217.

[43] Marković, I. (2004). Alternative kazne zatvora u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, Revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, br. 3., s. 122–127.

[44] Kao parapenalna mjera, rad za opće dobro na slobodi (rad u javnom interesu i sl.) uveden je u Velikoj Britaniji 1972. godine pod nazivom "community service order", kao način da se osuđenom pruži prilika da da koristan doprinos društvenom životu i tako ispuni moralni dug prema društvu. Osuđeni ne napušta svoje radno mjesto niti mijenja životnu sredinu, a kazna se svodi na gubitak slobodnog vremena osuđenog, budući da on za to vrijeme obavlja društveno koristan rad (Novoselac, P., Opći dio kaznenog prava, o. c., s. 350).

u kratkom trajanju, u situacijama kada se radi o učinitelju krivičnog djela koji nije ispoljio veći stepen težine i opasnosti, niti su prouzrokovane teže posljedice djela.[45]

Rad u javnom interesu kao vrstu kazne određuju sljedeći elementi:

1. društveno koristan rad.[46] U praksi se kao faktičko pitanje javlja utvrđivanje koji se rad smatra "društveno korisnim radom". Naime, svaki ljudski rad bi trebao da bude društveno koristan, dakle, produktivan, te da se njime stvaraju nova društvena dobra (materijalne ili duhovne sadržine) ili nove vrijednosti. To dalje znači da ovako određeni rad ne smije biti svrha sam sebi, tako da se njegovom primjenom samo "besciljno troši čovjekova energija i vrijeme" bez stvaranja novih dobara. Takav rad ne smije da bude besmislen i besciljan, bezsvrsishodan i ponižavajući. Naime, ovako određen rad ima karakter kompenzacije društvu za štetu koja mu je prouzrokovana učinjenjem krivičnog djela. Radi se, zapravo, o osudi uz simboličku reparaciju za učinjeno krivično djelo uz očekivanje da je to od koristi i za pojedinca i za društvo,[47]
2. rad kojim se ne vrijeđa ljudsko dostojanstvo. To znači da se svaki društveno koristan rad javlja kao rad koji je dostojan čovjeka i njegove ličnosti. No, ta "dostojnost" se ipak u svakom konkretnom slučaju utvrđuje zavisno od vrste konkretnog rada i radnog mjesta, te uvjeta rada kao i od određenih karakteristika ličnosti osuđenog i sl,
3. rad koji je besplatan, dakle, koji se ne vrši u cilju sticanja dobiti. To je rad kojim osuđeni stiče osjećaj da svojim radom i pozitivnim odnosom prema društvu u cjelini može da kompenzuje zlo koje je učinjeno vršenjem krivičnog djela i
4. rad koji se vrši po pristanku učinitelja djela. To je dobrovoljan i besplatan rad osuđenog u korist države ili određenih javnih ustanova ili organizacija (društvenih, dobrotvornih ili vjerskih) s ciljem pružanja usluga i pomoći starim, bolesnim, nezbrinutim ili hendikepiranim licima.

---

[45] Šeparović, Z. (1989). Alternativa kazni zatvora, Pravna misao, Sarajevo, br. 5–6., s. 5–19.

[46] Žakman Ban, V., Šućur, Z. (1999). Zaštitni nadzor uz uvjetnu osudu i rad za opće dobro na slobodi – zakonske i provedbene implikacije, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, br. 2., s. 636–641.

[47] Marković, I. (2009). Rad za opšte dobro na slobodi u zakonodavstvima na jugoslovenskim prostorima, Pravna riječ, Banja Luka, br. 19., s. 126–129.

5.2. Uvjeti za primjenu rada u javnom interesu

Dva su uvjeta za primjenu kazne rada u javnom interesu u krivičnom pravu Republike Srbije. To su:[48]

1. formalni uvjet – da je sud u krivičnom postupku utvrdio da je punoljetna osoba učinila krivično djelo za koje je u zakonu propisana kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna[49] (bilo alternativno ili kumulativno)[50]. Ovaj uvjet upućuje na primjenu alternativne sankcije samo u pogledu izvršenja lakšeg krivičnog djela, i to prema osobi koja ima određene psihološke karakteristike (kada se radi o nedelinkventnoj, nekriminogenoj, nenasilnoj ličnosti). Dakle, težina učinjenog krivičnog djela je determinirajući faktor za izricanje kazne rada u javnom interesu, ali njegova sadržina i dužina trajanja u prvom redu zavise od ličnosti učinioca djela. To zapravo predstavlja i garanciju da se svrha kažnjavanja može postići upravo primjenom ove mjere tj. boravkom osuđene osobe na slobodi i ispunjavanjem radnih obaveza u slobodno vrijeme[51] i
2. materijalni uvjet – da je osuđena osoba dala pristanak (saglasnost) da se u zakonu propisana kazna zatvora zamijeni kaznom rada u javnom interesu. Pristanak osuđenog predstavlja poseban oblik dobrovoljnosti, što ovoj krivičnoj sankciji daje specifičan karakter. To je jedina sankcija (kazna) koja se osuđenoj osobi može izreći samo uz njenu saglasnost (pristanak), za razliku od svih drugih sankcija. Ovaj uvjet proizlazi iz činjenice da je prinudni rad danas zabranjen. Svoj pristanak osuđeni treba da da na glavnom pretresu, najkasnije u završnoj riječi, prije nego što je sudsko vijeće odmjerilo na osnovu svih otežavajućih i olakšavajućih okolnosti i izreklo kaznu. Naime, tada sud upoznaje optuženog s mogućnošću da mu se u konkretnom slučaju izrekne umjesto propisane kazne, kazna rada u javnom interesu, objašnjava mu prirodu i sadržinu ove kazne, kao i način njenog izvršenja.[52]

---

[48] Mitrović, Lj. (2009). Alternativne krivične sankcije u krivičnom zakonodavstvu BIH i iskustva u njihovoj primjeni, Zbornik radova, Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije, Zlatibor, s. 298–302.

[49] Iz ovakvog zakonskog rješenja neki autori izvlače zaključak da se ovdje ipak ne radi o samostalnoj, posebnoj krivičnoj sankciji. (Škulić, M., Alternativne krivične sankcije – pojam, mogućnosti i perspektive, Zbornik radova, Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije, Zlatibor, 2009., s. 41).

[50] Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2004). Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, Cetinje, s. 123–125; Petrović/Jovašević, Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, o. c., s. 294.

[51] Marjanovik, Đ. (1997). Opštekorisna rabota, Bezbednost, Beograd, Skopje, br. 3., s. 303–309.

[52] Babić, M., Marković, I., Krivično pravo, Opšti dio, o. c., s. 390–394.

Prilikom izricanja ove kazne, sud će imajući u vidu svrhu kažnjavanja, uzeti u obzir sljedeće okolnosti: a) vrstu učinjenog krivičnog djela, b) ličnost učinitelja i c) njegovu spremnost da obavlja rad u javnom interesu. Dakle, pri donošenju ove odluke sud je dužan da, imajući u vidu sve okolnosti koje određuju vrstu i raspon kazne, ocijeni da izvršenje u zakonu propisane kazne zatvora nije neophodno za ostvarenje svrhe kažnjavanja, a da istovremeno ne bi bilo opravdano ni izreći uvjetnu osudu.[53] U obrazloženju presude sud ne određuje ustanovu u kojoj će se ova mjera izvršiti, ali je dužan da navede razloge kojima se rukovodio da propisanu kaznu zatvora zamijeni kaznom rada u javnom interesu, zašto ju je izrekao u određenom trajanju i na određeni broj časova, te da li je, kada i na koji način pribavljen pristanak osuđene osobe.[54]

Određivanje trajanja rada u javnom interesu je zapravo izvršeno na tri načina i to: a) kroz opći vremenski raspon ove kazne – ova kazna može ukupno da traje od 60 do 360 časova, b) kroz maksimalno vrijeme trajanja ove kazne u toku jednog kalendarskog mjeseca – do 60 časova i c) kroz minimalno i maksimalno trajanje rada u mjesecima – od jednog do šest mjeseci.[55] Pri odmjeravanju trajanja rada u javnom interesu kao i roka za izvršenje ovog rada, sud uzima u obzir propisanu kaznu zatvora koja se zamjenjuje na ovaj način, kao i mogućnosti učinitelja u pogledu njegove lične situacije i zaposlenja. Raspoređivanje na rad u javnom interesu u smislu vrste i radnog mjesta vrši povjerenik, vodeći računa o sposobnostima i znanjima osuđenog.[56] To znači da izvršenje ove kazne sprovodi služba povjerenika u okviru Odjeljenja za tretman i alternativne sankcije Uprave za izvršenje zavodskih sankcija Ministarstva pravde.[57]

Ako osuđeni ne obavi dio ili sve časove izrečene kazne rada u javnom interesu, sud obavezno ovu kaznu zamjenjuje kaznom zatvora (supletorni zatvor), tako što će za svakih započetih osam časova rada u javnom interesu odrediti jedan dan zatvora. Na taj način, ova kazna rada koja treba da bude supstitut (ili alternativna) kazni zatvora, opet se pretvara u kratkotrajni zatvor čiju primjenu je trebalo da otkloni u konkretnom slučaju. Stoga se s razlogom

---

[53] Petrović/Jovašević, Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, o. c., s. 294.

[54] Radulović, D. (2008). Rad u javnom interesu kao alternativa kratkotrajnoj kazni zatvora, Pravna riječ, Banja Luka, br. 17., s. 105–117.

[55] Vranj, V. (2005). Rad za opće dobro na slobodi u Federaciji Bosne i Hercegovine, stanje u krivičnom zakonodavstvu de lege lata i njegovo izvršenje de lege ferenda, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo, s. 531–563.

[56] Damaška, M. (2004). Napomene o sporazumima u krivičnom postupku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, br. 1., s. 3–20.

[57] Lazarević, Lj. (2009). Rad u javnom interesu, Zbornik radova, Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije, Zlatibor, s. 213–216.

u teoriji postavlja i pitanje da li je u ovakvom slučaju uopće i trebalo izricati kaznu rada u javnom interesu, kada njena primjena nije bila efikasna.

No, ako osuđeni u potpunosti ispunjava sve postavljene obaveze koje su vezane za izvršenje kazne rada u javnom interesu, tada je sud ovlašćen da u svakom konkretnom slučaju dužinu izrečene kazne rada umanji za jednu četvrtinu. Ovo predstavlja poseban, specijalni oblik "uvjetnog otpusta" od izvršenja kazne rada u javnom interesu.[58]

5.3. Pravna priroda rada u javnom interesu

Iako je mjera rada u javnom interesu ili društveno korisnog rada uvedena u savremeno krivično zakonodavstvo još sedamdesetih godina prošlog stoljeća, u pogledu njene pravne prirode u teoriji i praksi još uvijek nema jedinstvenog shvatanja.[59]

Tako je u Republici Srbiji rad u javnom interesu posebna vrsta kazne (član 52. KZ RS), iako je očigledno da se radi o alternativnoj mjeri po svojoj sadržini, prirodi i karakteru dejstva. Slično tome i zakonodavstvo Republike Austrije ovu mjeru predviđa kao posebnu vrstu krivične sankcije bez bližeg određenja u koje vrste sankcija spada. Slično rješenje je prihvaćeno i u Republici Francuskoj koja predviđa rad u korist zajednice kao vrstu kazne i to u dva oblika: a) kao glavnu kaznu kojom se zamjenjuje kazna zatvora ili uvjetna osuda sa zaštitnim nadzorom i b) kao sporednu kaznu, ali samo za saobraćajna krivična djela (član 131–6. KZ RF)[60]. I u Ruskoj Federaciji, popravni rad je vrsta kazne (član 44. KZ RF)[61].

U nekim drugim zakonodavstvima, ova se mjera društveno korisnog rada (ili rada za opće dobro na slobodi) javlja kao zamjena za izrečenu kaznu zatvora u trajanju do 6 mjeseci. U Kraljevini Danskoj ili Republici Finskoj društveno koristan rad je zamjena za kaznu zatvora, ali samo u slučaju izvršenja određenih vrsta krivičnih djela (imovinskih krivičnih djela, pri čemu je isključena njegova primjena za nasilnička krivična djela). Ovakvo rješenje poznaje novo krivično pravo Republike Slovenije (član 86. KZ RS)[62] koje rad za opću korist

[58] Lažetić Bužarovska, G. (2006). Alternativnite merki vo makedonskoto kazneno zakonodavstvo, Makedonska revija za kazneno pravo i kriminologiju, Skopje, br. 2, s. 222–226.

[59] Radulović, D. (2009). Alternative kratkotrajnoj kazni zatvora, Podgorica., s. 69–85.

[60] Škulić, M. (2009). Alternativne krivične sankcije – pojam, mogućnosti i perspektive, Zbornik radova, Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije, Zlatibor, s. 46–47.

[61] Bačić, F., Pavlović, Š. (2004). Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, s. 303–304.

[62] Uradni list Republike Slovenije br. 55/2008.

određuje kao alternativnu mjeru koja služi za zamjenu izrečene kazne zatvora.[63] Slično rješenje poznaje i novo krivično pravo Bosne i Hercegovine gdje se rad u javnom interesu javlja kao zamjena za izrečenu kaznu zatvora u trajanju do šest mjeseci (član 43. KZ BIH, član 44. KZ FBIH, član 44. KZ BD BIH i član 34. KZ RS)[64].

U drugim, pak, zakonodavstvima (Republika Makedonija) društveno koristan rad se javlja kao zamjena za novčanu kaznu (član 58 b. i 59 b. KZ RM). No, u pravnoj teoriji se mogu naći i takva shvatanja da je društveno koristan rad zapravo samo prikrivena novčana kazna[65] koja se isplaćuje u obrocima (ratama) svojim doprinosom, radom, angažovanjem i znanjem, a ne plaćanjem efektivnih novčanih iznosa. I konačno, u zakonodavstvu Savezne Republike Njemačke društveno koristan rad se javlja kao dopunski uvjet za izricanje neke druge krivične sankcije npr. uvjetne osude. No, u pravnoj teoriji se može naći i shvatanje da se ovdje ipak radi o posebnoj mjeri *sui generis*[66] kojom se osuđenoj osobi nameću određene obaveze za određeno vrijeme.[67] U svakom slučaju, radi se o mjeri koja se po prirodi i sadržini nalazi između uvjetne osude i kazne zatvora.[68]

6. Zaključak

Sva savremena krivična zakonodavstva u sistemu krivičnih sankcija, pored i umjesto kazne zatvora (kao najznačajnije krivične sankcije koja je propisana u posebnom dijelu za najveći broj krivičnih djela samostalno ili alternativno s drugim kaznama), poznaju jednu ili više alternativnih (intermedijalnih, parapenalnih ili nekustodijalnih) sankcija ili supstituta kazne. To su različite mjere društvene reakcije koje sud primjenjuje prema učiniteljima lakših krivičnih djela kada, zavisno od karakteristika njihove ličnosti, nije neophodno prema njima izreći (ili izvršiti) kaznu zatvora. Kao alternativne krivične sankcije smatraju se: novčana kazna, uvjetna osuda, sudska opomena, a u posljednje vrijeme se poseban značaj pridaje društveno korisnom radu, radu u javnom interesu ili radu za opće dobro na slobodi. Pored njih

[63] Selinšek, Lj. (2007). Kazensko pravo, Ljubljana, 2007., s. 314.

[64] Petrović/Jovašević, Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, o. c., s. 291–293.

[65] Radulović, D., Alternative kratkotrajnoj kazni zatvora, o. c., s. 171.

[66] Babić, M. i dr. (2005). Komentar krivičnih (kaznenih) zakona u BIH, Sarajevo, s. 254.

[67] Mrvić Petrović, N., Đorđević, Đ. (1992): Alternative kazni zatvora, Pravni život, Beograd, br. 7–8., s. 1133–1138.

[68] Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P.(2007). Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, s. 220.

pojedina krivična zakonodavstva poznaju i sljedeće alternativne mjere: 1) naknada štete, 2) ambulantni tretman ili upućivanje na obuku, 3) vikend zatvaranje, 4) kućni zatvor, 5) elektronski nadzor i sl.

Uvođenje alternativnih mjera, a posebno rada u javnom interesu, u krivičnopravni sistem velikog broja savremenih država jeste posljedica donošenja niza međunarodnih pravnih akata koji su imali za cilj da ublaže ili umanje retributivni karakter kazni. Ti međunarodni pravni akti jesu: 1) Europska konvencija o nadzoru nad uvjetno osuđenim ili iz zatvora uvjetno puštenim osuđenicima iz 1964. godine, 2) Rezolucija Vijeća Europe broj 1 o uvjetnoj osudi, probaciji i drugim alternativama zatvora iz 1965. godine, 3) Rezolucija Vijeća Europe broj 10 o nekim penalnim mjerama alternativnim zatvoru iz 1976. godine, te 4) Preporuka Vijeća Europe broj 16 o društvenim sankcijama i mjerama iz 1992. godine.

U savremenom krivičnom pravu prisutna je tendencija za širokom primjenom različitih alternativnih ili parapenalnih mjera, krivičnih sankcija koje su alternativa ili supstituti kazne zatvora, posebno u kratkom trajanju. U odnosu na kazne, parapenalne mjere imaju niz prednosti koje se mogu svesti na sljedeće: humani karakter, manji stepen represivnosti, uspostavljena saradnja s okrivljenim i njegov aktivni odnos u izvršenju mjere, postizanje reparacije (naknade) oštećenom, učešće društvene zajednice u izvršenju ovih mjera, čime se lakše postižu efekti resocijalizacije. I pored navedenih prednosti, primjena parapenalnih mjera još uvijek nailazi na niz protivnika.

Po svom značaju, sadržini i prirodi među alternativnim mjerama posebno se izdvaja kazna rada u javnom interesu (ova je mjera poznata pod raznim nazivima, ali su njihova sadržina, priroda, karakter i dejstvo identični). Iako se radi o mjeri čija je pravna priroda još uvijek sporna u pravnoj teoriji, ova mjera u krivičnom pravu Republike Srbije predstavlja supstitut za u zakonu propisanu kaznu zatvora do tri godine koja se izriče uz pristanak osuđenog. To je kazna koja se sastoji u društveno korisnom radu kojim se ne vrijeđa ljudsko dostojanstvo i koji se ne vrši u cilju sticanja dobiti, već da bi na taj način osuđeni svojim aktivnim odnosom, radom, predanošću pokazao da se iskupio pred društvom zbog učinjenog krivičnog djela, pri čemu su negativne, štetne posljedice njegovog "kažnjavanja" svedene na minimum.

Literatura

Babić, M., i dr. Komentar krivičnih (kaznenih) zakona u BIH, Sarajevo, 2005.

Babić, M., Marković, I., Krivično pravo, Opšti dio, Banja Luka, 2008.

Bačić, F., Krivično pravo, Opći dio, Zagreb, 1978.

Bačić, F., Pavlović, Š., Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2004.

Cvitanović, L., Svrha kažnjavanja u suvremenom kaznenom pravu, Zagreb, 1999.

Droit penal du 1992., Paris, 1994.

Foregger, E. , Serini, E., Strafgesetzbuch, Wien, 1988.

Horvatić, Ž., Kazneno pravo, Opći dio, Zagreb, 2003.

Jovašević, D., Krivični zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarom, Beograd, 2007.

Jovašević, D., Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2010.

Jovašević, D., Leksikon krivičnog prava, Beograd, 2011.

Jovašević, D., Stevanović, Z., Pravni aspekti izvršenja krivičnih sankcija, Beograd, 2007.

Jovašević, D., Stevanović, Z., Komentar Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, Beograd, 2008.

Lazarević, Lj., Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije, Beograd, 2005.

Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V., Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, Cetinje, 2004.

Novoselac, P., Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2004.

Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P., Komentar Kaznenog zakona. Zagreb, 2007.

Petrović, B., Jovašević, D., Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, Sarajevo, 2005.

Radulović, D., Alternative kratkotrajnoj kazni zatvora, Podgorica, 2009.

Selinšek, Lj., Kazensko pravo, Ljubljana, 2007.

Zlobec, J., Svrha kazne, Ljubljana, 1989.

Dr Dragan Jovašević
Full professor, Faculty of Law, University of Niš

COMMUNITY SERVICE AS ALTERNATIVE CRIMINAL SANCTION

Summary

Based upon accepted international standards for the systems of criminal sanctions, all contemporary criminal legislations are familiar with one or more alternative (intermediary) sanctions or substitutes for traditional punishments, which are prescribed alongside with and instead of imprisonment (as the most significant criminal sanction that is prescribed for the majority of criminal offences in special parts of criminal codes, either independently or alternatively i.e. together with other punishments). Alternative sanctions comprise a variety of measures of social reaction, which the court imposes on the perpetrators of less serious criminal offences when their personal characteristics indicate that imposing and executing prison sentence against them is not necessary. Criminal sanctions such as fine, conditional sentence and judicial caution (reprimand) are generally considered as alternative and special attention has lately been drawn to community service, i.e. service in public interest. The term, definition, contents, characteristics and preconditions for the application of community service as one of alternative sanctions in the legal system of the Republic of Serbia, as well as in other, foreign legal systems, are discussed in this paper.

Key words: *criminal law, prison, alternative measures, community service, court, responsibility*

Dr. Fikret Karčić
Redovni profesor

UDK: 28:94(100)"1914/1918"
Izvorni naučni rad

DŽIHAD FETVA U BOSNI I HERCEGOVINI*

Sažetak

Novembra 1914. Mešihat u Istanbulu izdao je pet fetava koje su poznate pod nazivom "džihad fetva". Ovim fetvama je opravdano stupanje Osmanske države u sukob evropskih sila, a muslimani širom svijeta pozvani da podrže taj napor. Izdavanje ovih fetava bilo je dio šireg projekta koji su osmislili i provodili njemački i osmanski vojno-politički krugovi.

Pošto je u vrijeme izbijanja Prvog svjetskog rata Bosna i Hercegovina bila u sastavu Austro-Ugarske, saveznice Njemačke i kasnije Turske, džihad fetva je proglašena i u BiH. Ovaj rad istražuje kada je i kako džihad proglašen u BiH, te ko je u tom projektu učestvovao. Rad se bazira većinom na, do sada, neobjavljenoj arhivskoj građi.

Iz ovog istraživanja može se zaključiti da je džihad fetva, nakon svečanog čitanja u Begovoj džamiji 11. decembra 1914, proglašena u BiH tokom mjeseca marta 1915. muslimanskim vojnicima u sastavu Carske i kraljevske vojske; da su proglašenje izvršili reis-ul-ulema i muftije, odnosno njihovi ovlaštenici (npr. lokalni muderrisi), da je to proglašenje imalo funkciju vjerske motivacije vojnika i da je troškove toga poduhvata snosila Zemaljska vlada za BiH. Takođe se vidi da je koncept džihada ("islamski sveti rat") korišten u tadašnjim glasilima u BiH, te da su džihad i džihad fetva popularisani u javnosti putem jedne brošure.

Upotreba koncepta džihada u BiH tokom Prvog svjetskog rata bila je ograničena i kontrolisana od strane austrougarske vlade. Vlada je bila svjesna da bi veća popularizacija ideje džihada mogla imati štetne posljedice po međuvjerske i međuetničke odnose u BiH. Zbog toga je proglašenje džihada bilo ograničeno na muslimanske vojnike u sastavu Carske i kraljevske vojske.

Ključne riječi: *Džihad fetva, Bosna i Hercegovina, Prvi svjetski rat, bosanski muslimani, Bošnjaci*

* Bosanska verzija referata podnijetog na Konferenciji "The Ottoman Empire and World War I", Ilidža, 16–19. maj 2012.
Autor želi da se zahvali osoblju Gazi Husrev-begove biblioteke u Sarajevu na susretljivosti i pomoći, a posebno gospodinu Muhamedu Hodžiću, gospođi Ameli Lepir i Kerimu Njemčeviću. Takođe se zahvaljuje dr. Ayse Zisan Furat sa Istanbulskog univerziteta na pruženim informacijama. Pomoć autoru i arhivskom istraživanju pružile su i Ehlimana Memišević i Benjamina Londrc s Pravnog fakulteta u Sarajevu, na čemu im se autor zahvaljuje.

Uvod

Važno pitanje na početku Prvog svjetskog rata bilo je da li će Osmanska država ući u "Veliki rat" koji je započeo među evropskim državama radi preraspodjele kolonija. Njemačka je bila posebno zainteresovana da na svojoj strani ima Osmansku državu sa svojim geografskim položajem, prirodnim i ljudskim resursima. Pritisak Njemačke, s jedne strane, i oportunizam istaknutih osmanskih državnika kao što je bio ministar rata Enver-paša (1881–1922), s druge strane, doveli su do toga da Osmanska država sklopi ugovor o savezu s Njemačkom avgusta 1914. Nakon što su osmanski brodovi pod komandom njemačkog admirala Wilhelma Souchona (1864–1946) napali rusku flotu i bombardovali ruske luke na Crnom moru 29. oktobra 1914, sile Antante su prvih dana novembra 1914. proglasile rat Osmanskoj državi (Rusija 2. novembra, Velika Britanija i Francuska 5. novembra). Osmanska država je uzvratila proglašenjem opšteg džihada protiv sila Antante i njenih saveznika 11. odnosno 14. novembra 1914.

Osmanski suveren tada imao je i titulu halife muslimana i njegova odluka mogla je imati reperkusije na ponašanje svih muslimana u svijetu. Na to su računali stratezi Njemačke koji su osmislili ideju po kojoj bi se Prvi svjetski rat ideološki prikazao kao *džihad* za muslimane svijeta. Ova ideja se oslanjala na dominantnu političku i pravnu kulturu Osmanske države i ostalih muslimanskih zemalja koje su često, posebno u 19. vijeku, svoje ratove opravdavale konceptom *džihada.* U tom cilju razvijen je cijeli projekat čiji je jedan dio bilo izdavanje fetve kojom bi "Veliki rat" za muslimane bio kvalifikovan kao džihad. Fetvu je izdao Mešihat u Istanbulu, a širena je u brojnim zemljama u kojima su živjeli muslimani.

Pošto je u vrijeme izbijanja Prvog svjetskog rata Bosna i Hercegovina (BiH) bila u sastavu Austro-Ugarske, saveznice Njemačke i kasnije Turske, *džihad fetva* je proglašena i u BiH. Ovim pitanjem literatura na bosanskom, srpskom i hrvatskom jeziku se do sada bavila u nekoliko navrata. Proglašenjem i efektima *džihad fetve* u BiH bavio se Milorad Ekmečić unutar razmatranja o Prvom svjetskom ratu kao religioznom ratu na Balkanu (*Ratni ciljevi Srbije 1914*, Beograd: Srpska književna zadruga, 1973, 137–151). Ovaj autor je na osnovu literature, dnevnih novina i austrougarskih dokumenata iznio tezu po kojoj je osmansko proglašenje "svetog rata" pokazalo jedini efikasan rezultat samo na Balkanu (str. 139). I ovdje je, smatra ovaj autor, "sveti rat" odigrao ulogu u Albaniji i Makedoniji, a ne i u BiH "zbog položaja muslimanskog stanovništva u monarhiji" (str. 150).

Proglašenje džihada u BiH je doticano u knjizi Zijada Šehića *U smrt za cara i domovinu! Bosanci i Hercegovci u vojnoj organizaciji Habsburške monarhije*

1878–1918 (Sarajevo: Sarajevo Publishing, 2007, 109–111), gdje je na osnovu literature, izvještaja dnevnih novina i austrougarskih dokumenata dat kratak prikaz proglašenja džihada u BiH i uloge austrougarskih vlasti u tome. Konačno, u članku Amira Duranovića "Prva godina Prvog svjetskog rata: Džemaludin ef. Čaušević na stranicama *Sarajevskog lista*" (u *International Conference Bosnia and Herzegovina within the Austro-Hungary 1878–1918 held in Sarajevo on March 30–31, 2009 Conference proceedings*, Sarajevo: Filozofski fakultet, 2010, 195–203), na osnovu novinskih izvještaja date su informacije o proglašenju džihada i ulozi reis-ul-uleme Džemaludin ef. Čauševića u tome.

Ovaj rad istražuje kada je i kako džihad proglašen u BiH, te ko je u tom projektu učestvovao bazirajući se na recentnoj literaturi o "džihadizaciji Prvog svjetskog rata" i arhivi Ulema medžlisa u Sarajevu.

1. Džihad "made in Germany"

Džihad fetva (cihad-i ekber fetvasi) je naziv pod kojim je u literaturi poznato pet fetava koje je izdao Mešihat (Mesihat-i celile-i islamiye) u Istanbulu. Kao datumi izdavanja fetava u literaturi se spominju 11. i 14. novembar 1914. Prihvatljivo je objašnjenje koje je dao Mustafa Aksakal, da su ove fetve 11. novembra predstavljane na zatvorenoj ceremoniji osmanskim političkim, vojnim i vjerskim uglednicima, a 14. novembra javno proglašene.[1] Fetve je pripremio fetva-i emin Mešihata Ali Haydar Efendi (Arsebuk) (1853–1935), šerijatski pravnik rodom iz Batuma (Gruzija), koji ih je i javno pročitao u dvorištu Sultan Fatihove džamije.[2] Ešref Kuščubaši, član i kasniji šef Specijalne organizacije (*Teškilat-i mahsusa*), obavještajne agencije koju je ustanovio Enver-paša 17. novembra 1913, zabilježio je da je proglašenje fetve o džihadu u Istanbulu primljeno hladno, dodajući da je u drugim krajevima bilo još manje entuzijazma za ovaj poduhvat.[3]

Fetve su službeno objavljene u glasilu Mešihata *Ceride-i ilmiye* (1/7, evail-i muharrem 1333/ početak novembra 1914, 437–440). Fetve je potpisalo 29 učenjaka i dobile su sultanovu sankciju klauzulom: "Ja sam naredio objavljivanje ove deklaracije, Mehmed Rešad".

---

[1] Mustafa Aksakal, "'Holy War Made in Germany'? Ottoman Origins of the 1914 Jihad", *War in History*, 18 (2), 184–199. Andrew Mango u knjizi *Ataturk* (Woodstock &New York: The Overlook Press, 1999, 136) navodi da je čitanje fetve u palati Topkapi obavljeno 13. novembra, a da je 23. novembra sultan kao halifa naredio njeno proglašenje širom islamskog svijeta.

[2] Murat Kasap, *Osmanli Gurculeri* (Istanbul, 2010), 276–277.

[3] Andrew Mango, op. cit, 136.

Ovim fetvama je opravdan ulazak Osmanske države u Prvi svjetski rat kvalifikacijom da je riječ o džihadu; muslimani širom svijeta pozvani da se pridruže tom naporu, a muslimanske zajednice koje su bile pod administracijom sila Antante (Velika, Britanija, Francuska, Rusija, Srbija, Crna Gora itd.) pozvane da se pobune protiv tih vlada.

Ovdje dajemo prevod ovih fetava na bosanski jezik[4]:

Džihad:

> **1330**. Kada postane posve jasno da prijeti opasnost od neprijateljskoga napada na islamski svijet, od pljačkanja i pustošenja islamskih zemalja i zarobljavanja muslimanskog svijeta i kada njegova visost, vladar muslimana naredi džihad pozivajući narod u vojsku te u smislu visoke odredbe u uzvišenom ajetu *Infiru hifafen ve sikalen ...* džihad postane farz za sve muslimane, je li za muslimane sa svih strana, mladih i starih, pješadije i konjanika farz-i ajn pristupiti džihadu i materijalno i fizički. Moli se tumačenje.
>
> Odgovor: Uzvišeni Allah najbolje zna, jeste.
>
> [Cihâd-i ekber, I/7, s. 437, Evâil-i Muharrem 1333]

> **1331**. Kada se proglasi džihad protiv vlada koje očigledno podržavaju Rusiju, Englesku i Francusku, zemalja koje su posve pouzdano neprijatelji islamskog hilafeta i imaju za cilj *neûzu billahi teâlâ* ugasiti i zatrti uzvišeno svjetlo islama na taj način što napadaju s kopna i s mora središte islamskog hilafeta i zaštićene zemlje koje pripadaju caru, da li je za sve muslimane koji se nalaze pod upravom tih vlada farz da pristupe gazi? Moli se tumačenje.
>
> Odgovor: Uzvišeni Allah najbolje zna, jeste.
>
> [Cihâd-i ekber, I/7, s. 438, Evâil-i Muharrem 1333]

> **1332.** U situaciji u kojoj je obaveza svim muslimanima da pristupe džihadu, pa se neki *neûzu billahi teâlâ* usprotive tome i njihovo protivljenje preraste u veliki otpor, jesu li takvi izloženi Božijoj srdžbi i kažnjavanju za taj nepriličan stav. Moli se tumačenje.
>
> Odgovor: Uzvišeni Allah najbolje zna, jesu.
>
> [Cihâd-ı ekber, I/7, str. 439, Evâil-i Muharrem 1333.]

[4] Prijevod je izvršila prof. dr. Kerima Filan, kojoj se autor najtoplije zahvaljuje. Prevod je izvršen iz teksta fetava na osmanskom turskom jeziku kako je objavljen i numerisan u knjizi Ismail Cebeci, *Ceride-i ilmiye fetvalari* (Istanbul: Klasik yayinlari, 2009, 230–231.)

1333. Ukoliko spomenute vlade koje vode rat protiv muslimanske vlade ubijaju njeno muslimansko stanovništvo i ukoliko su odlučne da uništavaju i ubijaju sav njezin učeni svijet, je li njihovo ratovanje protiv vojske muslimanske vlade haram i je li kazna za njihovo ubijanje džehennemska vatra? Moli se tumačenje.

Odgovor: Uzvišeni Allah najbolje zna, jeste.

[Cihâd-ı ekber, I/7, str. 439, Evâil-i Muharrem 1333.]

1334. Ako muslimani koji se nalaze pod upravom vlada Engleske, Francuske, Rusije, Srbije i Crne Gore koje su uključene u ovaj rat, sudjeluju kao vojnici protiv Njemačke i Austrije koje pružaju pomoć visokoj muslimanskoj vladi, hoće li ih zadesiti teška patnja zato što nanose štetu muslimanskom hilafetu? Moli se tumačenje.

Odgovor: Uzvišeni Allah najbolje zna, hoće.

[Cihâd-ı ekber, I/7, str. 440, Evâil-i Muharrem 1333.]

Izdavanje *džihad fetve* bilo je samo jedan od više elemenata u široko zamišljenoj obavještajno-propagandnoj operaciji koju su provodili njemački i osmanski vojni i politički krugovi, kako je to pokazalo nekoliko zapadnih autora, među kojima i Wolfgang G. Schwanitz.[5] Cilj ove operacije bio je da se legitimiše ulazak Osmanske države u Prvi svjetski rat i mobilišu muslimani širom svijeta za podršku Osmanskoj državi i njenim saveznicima. Prema mišljenju kreatora ove operacije, to se moglo učiniti korištenjem koncepta *džihada* putem koga bi se jedan nevjerski sukob proglasio za vjerski rat. Kreatori ove operacije su se oslanjali na dominantnu praksu Osmanske države i drugih muslimanskih zemalja da i u moderno doba koriste koncept *džihada* za opravdanje unutrašnjih ili vanjskih ratnih operacija i kao sredstvo masovne mobilizacije muslimanskog stanovništva. Mustafa Aksakal navodi da je Osmanska država u periodu 1768–1922. u najmanje šest prilika proglasila džihad.[6]

---

[5] Wolfgang G. Schwanitz, "Euro-Islam by 'Jihad Made in Germany', u *Islam in Inter-War Europe*, ed. Nathalie Clayer & Eric Germain (London: Hurst & Company, 2008), 271–301. Vidi takođe, Tilman Ludke, *Jihad Made in Germany: Ottoman and German Propaganda and Intelligence Operations in the First World War* (Berlin-Munster-Wien-Zurich-London: Lit Verlag, 2006); Gotfried Hagen, "German Heralds of Holy War: Orientalists and Applied Oriental Studies", *Comparative Studies of South Asia, Africa and the Middle East*, vol. 24, no. 2, 2004, 145–162. Nasuprot ovim autorima, Mustafa Aksakal smatra, ne negirajući njemačku umiješanost, da se džihad fetva oslanjala na dugu osmansku tradiciju i da tadašnja osmanska vlada nije trebala Njemačku da ih ubijedi u prednosti proglašenja džihada. Vidi, Mustafa Aksakal, op. cit., 184.

[6] Mustafa Aksakal, op. cit., 189.

Prema istraživanju Wolfganga G. Schwanitza, cijela operacija "džihadizacije" Prvog svjetskog rata sastojala se od pet dijelova:

1. Osmišljavanja operacije koja je imala za cilj izazivanje pobune na teritorijama koje su držali protivnici Centralnih sila. Ovo je izvršio njemački diplomata i arheolog Max von Oppenheim.
2. Promovisanje džihada među muslimanima putem Istočnog novinskog odsjeka u Berlinu gdje su radili većinom orijentalisti. Zbog toga je i holandski orijentalista C. Snouck Hurgronje korištenje *džihada* u Prvom svjetskom ratu nazvao intelektualnim oružjem "made in Germany".
3. Izdavanje fetve o džihadu od strane osmanskog Šejhu-l-islama.
4. Pisanje komentara fetve na arapskom jeziku što je uradio tuniski muftija šejh Salih al-Sharif al-Tunisi u brošuri pod nazivom *Haqiqat al-djihad* (Istina o džihadu).
5. Realizacija džihada na terenu, što su činili vojni operativci.

Historičari ocjenjuju da su dometi ove operacije imali vrlo ograničen efekat. Naime, kreatori ovog projekta su naivno vjerovali da je dovoljno izdati jednu fetvu, upotrijebiti jedan važan koncept kao što je *džihad*, i da će to automatski dovesti do željenog ponašanja muslimana u svijetu. Muslimani širom svijeta imaju svoje vrijednosti, ali i interese i svaki pojedinac ili grupa ocjenjuju kojim će vrijednostima ili interesima dati prednost u datoj situaciji. Sve u svemu, nakon izdavanja *džihad fetve* nije došlo do masovnih pobuna muslimana protiv država Antante. Na kraju, Centralne sile su izgubile rat, a Osmanska država se transformisala u nacionalnu državu – Republiku Tursku – koja će 1924. dokinuti Hilafet, Mešihat i Šerijat.

2. Proglašenje džihad fetve u BiH

Mešihat-i celile-i islamiye, kao najviši vjerski autoritet Osmanske države i sunijskih muslimana, uputio je Rijasetu Islamske zajednice aktom datiranim 8. muharrema 1333. (25/11/1914) tekst džihad fetve s molbom da se ona proglasi u BiH.[7]

Nakon što je dobio džihad fetve službenim putem, reis-ul-ulema je sve muftije i druge uglednike pozvao na savjetovanje u Sarajevo. O toku savjetovanja nemamo podataka, ali *Sarajevski list* (br. 306, 12. decembar 1914) detaljno izvještava o proglašenju džihada u Sarajevu. U novinskom izvještaju se navodi da je u petak 11. decembra 1914. nakon klanjanja džume namaza u prisustvu mase od oko 3000 ljudi, uključujući muslimanske vojnike iz

[7] Ibrahim Hakki Čokić, *Džihadi-mukaddes (Sveti rat)* (Bihać, 1915), 25.

sarajevskog garnizona i muslimanske đake iz srednjih škola, izvršeno proglašenje džihada. To proglašenje je išlo sljedećim tokom. Nakon džume namaza, imam i hatib Begove džamije hafiz Esad ef. Sabrihafizović proučio je odlomak iz Kur'ana (*ašere*) o pobjedi. Nakon toga se reis-ul-ulema Džemaludin ef. Čaušević u svečanoj odori uspeo na mimber okićen zelenim zastavama i pročitao poslanicu šejh-ul-islama Mustafe Hajrija ef. i fetve o džihadu prvo na turskom, a zatim na bosanskom jeziku. Nakon toga se obratio okupljenom narodu pitajući se kako će se bosanskohercegovački muslimani odazvati proglašenju džihada. Poenta njegovog izlaganje bila je sadržana u riječima:

> "I danas ta naša monarhija vodi rat proti svojih neprijatelja, a ujedno protiv neprijatelja uzvišenog islama. Džihad i rat naše monarhije služi jednom te istom cilju pa nam je pružena prilika, da možemo pod slavnim i junačkim zastavama naše monarhije izvršiti i našu vjersku dužnost džihada. Boreći se za pobjedu naše monarhije, borimo se ujedno i za spas i sreću islama..."

Sarajevski list je, takođe, u istom broju izvijestio da je reis-ul-ulema Džemaludin ef. Čaušević prethodnog dana 22. muharema 1333. (10. decembar 1914) uputio okružnicu svim muftijama, šerijatskim sudijama i kotarskim vakufsko-mearifskim povjerenstvima u BiH. U njoj se kaže:

> "Prema gornjim uzvišenim fetvama visokog mešihata i visokocijenjenoj poslanici šejh-ul-islama i mi bosansko-hercegovački muslimani dužni smo odazvati se džihadu i tijelom i imetkom. Sretni smo, što je nama pružena ovaka zgodna prilika, da se služeći u hrabroj i junačkoj vojsci naše monarhije možemo tijelom odužiti u džihadu. Što se tiče džihada sa imetkom, to možemo izvršiti, ako pružimo novčanu pomoć našem uzvišenom hilafetu, ako darujemo za 'Hilali Ahmer'"(Osmanski Crveni polumjesec – F. K.).

Prema tome, reis-ul-ulema je zauzeo stav o podudarnosti interesa monarhije i muslimana, te da se džihad tjelesnim angažovanjem vrši služeći imperijalnu austrougarsku vojsku, a džihad materijalnim angažovanjem vrši pomaganjem osmanskog Crvenog polumjeseca. Ovaj osnovni stav biće kasnije operacionalizovan putem proglašenja džihada u vojnim jedinicama i skupljanjem dobrovoljnih priloga za osmanski Crveni polumjesec.

Ovaj akt proglašenja džihada u Sarajevu izvršen je, svakako, uz saglasnost i na inicijativu austrougarskih vlasti[8]. Njihova uloga biće posebno vidljiva u daljim aktivnostima uleme na proglašenju džihada u vojnim jedinicama.

[8] Vidi, Zijad Šehić, *U smrt za cara i domovinu*, 110.

Nakon dopisa Ratnog ministarstva koji je reis-ul-ulemi saopšten aktom Vojne komande u Sarajevu od 27. 2. 1915. broj 4218 o proglašenju džihada u vojnim jedinicama reis-ul-ulema je 28. 2. 1915. odgovorio:[9]

> "...Odlučio sam kao mulla svetih mjesta Mekke i Medine, reis-ul-ulema za Bosnu i Hercegovinu glasom ovlaštenja Šejhul-islama u Carigradu proglasiti Džihad (Sveti rat) muslim. (anskim) vojnicima koji služe u hrabroj vojsci našeg premilostivog vladara Njegova Veličanstva cara i kralja Franje Josipa I.
>
> Taj sveti čin osobno ću obaviti na svečani način u Begovoj džamiji u Sarajevu na dan 7. marta od 11 do 12 sati prije podne i to za vojnike koji se nalaze u Sarajevu i Alipašinom mostu.
>
> Pošto mi nije moguće i u ostalim mjestima proglasiti Džihad osobno to sam ovlastio mufti efendije u Tuzli (za mjesta Tuzlu, Gračanicu i Lukavac), u Banjaluci (za mjesta Banjaluka, Gradiška, Tešanj, Derventa, B. Novi, B. Dubica, Prnjavor, Prijedor i Sanski Most) i u Travniku za mjesta Travnik, Zenica i Zavidovići. Vojnicima koji se nalaze u Visokom i Kiseljaku proglasiće Džihad sarajevski muftija i to u Visokom na 7. marta od 11 do 12 sati prije podne, a u Kiseljaku na 8. marta također od 11 do 12. sati p. p.
>
> Jedan prepis moje poslanice koju sam na navedene muftije uputio, šaljem u prigibu da se može taj slavni naslov ravnati.
>
> U istom smislu ću odaslati poslanice i vojnim imamima i ovlastiti ih, da u sporazumu s nadležnim proglase Džihad i vojnicima koji se nalaze izvan granica Bosne i Hercegovine.
>
> Budući da se i u mostarskom okružju nalazi vojnika muslimana, to mislim da se i u Hercegovini na isti način provede proglašenje Džihada".

Proglašenje džihada vojnicima muslimanima izvršili su reis-ul-ulema i nadležne muftije tokom mjeseca marta 1915., o čemu svjedoči i veći broj dokumenata u Arhivu Ulema medžlisa. Kako je to izgledalo može se vidjeti iz izvještaja sarajevskog muftije koji je uputio Predsjedništvu Ulema medžlisa. U tom se izvještaju, između ostalog, kaže:

> "Proglašenje džihada u Visokom obavljeno je na "Musalli" u prisutnosti 400–500 muslimana vojnika, gdje je potpisati (istaknuo da se je i naš Halifa, u ovom svjetskom ratu priključio našoj Monarhiji i Nemačkoj, te da je Šejhul-Islam izdao fetve, po kojima je džihad farz na sve

[9] Gazi Husrev-begova biblioteka, Arhiva Ulema medžlisa, Reis-ul-ulema za Bosnu i Hercegovinu, 28. 2. 1915, br. 458/1915.

> muslimane) ovlastio visočkog muderrisa Mustafa ef. Salihbegovića da on protumači vojnicima fetavai-šerife, što je isti i učinio.
>
> Iza ovoga sam proučio dovu u kojom sam molio za zdravlje i dug život našeg vladara Franje Josipa I i za pobjedu naše i savezničke vojske. Osim toga sam se zauzeo kod tamošnje vojne komande, da se za muslimane uredi banja i da se korporativno vode u džamiju".[10]

Putne troškove za muftije koje su obilazili stacionirane jedinice na svojim područjima snosila je Zemaljska vlada. U dopisu Zemaljske vlade za BiH broj 6476 prez. Uleme medžlis je obaviješten da je odobreno 370 K(runa) i 12 h(elera) za putne troškove muftija prilikom proglašenja džihada.[11]

Da je među muslimanskim vojnicima austrougarske vojske izvan BiH proglašen džihad potvrđuje vijest objavljena u "Sarajevskom listu" 9. marta 1915. pod naslovom "Proglašenje svetog rata muslimanskim vojnicima budimpeštanskog garnizona". U vijesti se kaže da je izvjesni kapetan Ibruljević pročitao fetvu na "hrvatskom jeziku", vojni imam proučio dovu za pobjedu muslimana, na što su vojnici klicali "Živio sultan Mehmed, car i kralj Franjo Josip i car Vilim".[12]

Jedinicama na frontovima u kojima su se nalazili muslimanski vojnici upućeni su primjerci *džihad fetve.*[13]

Da odnosi između muslimana vojnika u jedinicama i njihovih oficira nisu bili idilični i da je stanje Carske i kraljevske armije bilo daleko od imaginarnog lika mudžahida, kako su to neki muslimanski autori u BiH htjeli prikazati, govori jedan dio izvještaja visočkog muderrisa Mustafe-Nedžatija Salihbegovića koji je bio poslat da kao opunomoćenik sarajevskog muftije proglasi džihad u Kiseljaku. On je napisao:

> "Ujedno izvješćujem da mi se je više muslimanskih vojnika pritužilo, da im se od strane pojedinih sarza (?) kao i od nekih častnika psuje mati i otac, dapače i turskog i muhadžirskog Boga i sveca što naravski na dotične vojnike vrlo neugodno djeluje kao i na one na koje se presija čini da brade briče..."[14]

---

[10] Gazi Husrev-begova biblioteka, Arhiv Ulema medžlisa, akt Muftijskog ureda za Sarajevsko okružje, broj 107/915, 14. 3. 1915.

[11] Gazi Husrev-begova biblioteka, Arhiv Ulema medžlisa, akt Zemaljske vlade broj 6476 prez. od 5. 7. 1916.

[12] Sarajevski list, br. 69, 24. 2–9. 3. 1915.

[13] Zijad Šehić, *U smrt za cara i domovinu*, 111.

[14] Gazi Husrev-begova biblioteka, Arhiv Ulema medžlisa, pismo muderrisa Mustafe-Nedžatija Salihbegovića, od 8. aprila 1915.

U istom cilju – radi razvijanja lojalnosti Monarhiji i pružanja islamske legitimizacije učešću muslimana u Prvom svjetskom ratu – reis-ul-ulema Džemaludin Čaušević je jednom okružnicom zatražio od muallima u mekteb-i ibtidaijjama da u nastavni i odgojni rad unesu i teme koje se tiču rata.[15] U toj okružnici se kaže:

> "Pošto sva naša muslimanska mladež ne polazi osnovne škole, nego ih je daleko veći broj u mektebima; ostala bi sva ova djeca izvan dosega ovog blagotvornog i svake hvale vrijednog poduhvata; ako se i po mektebima u nastavu ne bi upleli ratni događaji i u gore navedene svrhe izrabili a naročito za upoznanje djece sa **"džihadom" i uzrocima, zbog kojih je naš Halifa kao nasljednik "Pejgamberi-Zišana" zajednički s našim Premilostivim Carem i Vladarom potegao mač iz korica."** (naglašavanje u originalu).

Prema izvještaju muallima iz Bosanske Gradiške, po ovoj okružnici se i postupilo. Među temama koje su predavane u tamošnjoj ženskoj mekteb-i ibtidaijji bile su i "Uzrok sudjelovanja našeg Halife kao nasljednika Pejgamberi-Zišana, zajednički s našim Premilostivim Carem i vladarom" i "Proglašenje džihada".[16]

3. Džihad fetva u javnosti

Sarajevske dnevne novine iz toga vremena redovno su donosile vijesti s osmanskih ratišta pod rubrikom "Islamski sveti rat".[17] Takođe je praćeno proglašenje džihada u drugim muslimanskim zemljama i vršena propaganda o širenju ideje džihada među muslimanima.[18]

Kao publicistička reakcija na džihad fetvu treba spomenuti brošuru koju je pod naslovom *Džihadi-mukaddes (Sveti Rati) prilikom godišnjice trajanja sadanjeg džihada* napisao Ibrahim Hakki Čokić, tadašnji profesor gimnazije u Bihaću (Bihać, 1. muharrema 1334 / 8. 11. 1915).[19] U ovoj brošuri

---

[15] Gazi Husrev-begova biblioteka, Arhiv Ulema medžlisa. Raspis Reis-ul-uleme od 2. 11. 1915 br. 59 Prez.

[16] Gazi Husrev-begova biblioteka, Arhiv Ulema medžlisa, Iskaz držanih predavanja o ratu na ženskoj mekjtebi iptidaijji u Bos. Gradišći počevši od 15. novembra 1915. do 15. februara 1916.

[17] Vidi npr. Sarajevski glas, 1915.

[18] Sarajevski glas, br. 20, 7.1.–20. 1. 1915; br. 21, 21. 1–8. 2. 1915; br. 34, 21. 2–3. 2. 1915.

[19] U ovom naslovu pažnju privlači sintagma "džihad-i mukaddes" ("sveti džihad"). Čudno je da autor dodaje pridjev "sveti" uz riječ "džihad". Takvo nešto nisu činili klasični muslimanski autori, ali se ta sintagma mogla naći kod turskih autora koji su o džihadu

raspravljaju se pitanja šta je to džihad, koje vrste džihada postoje, ko može proglasiti džihad, na koji način se može džihad pomoći itd. Autor se kreće u okviru konvencionalnih klasičnih izvora o džihadu, podržava *džihad fetvu* Šejhu-l-islama i poziva bosanske muslimane da pomognu džihad Osmanske države. Smatra da postoje uslovi za opšti džihad i da je legitimno proglašenje takvog džihada od strane halife. Autor kaže: "...opći džihad, kakav je danas, vodi se da se Božija kjelima održi na visini i da ju se ne da poniziti; naime da Dini-Islam i Šeriati-Muhammedijje ne padnu pod neislamsku vlast tako, da ova od uzvišenih propisa što hoće dozvoli, a što hoće zabrani" (str. 7). Autor se retorički pita pošto bi bosanski muslimani dozvolili pad Dardanela, Stambola, Kudusi šerifa, Meke i Medine u dušmanske ruke za čime dušmani, po njegovom mišljenju, idu: da ostave jednu malu i preslabu Tursku oko Konje u Anadoliji, a ostalo među sobom da razdijele (str. 4).

Navodi da su u Turskoj za pomoć džihadu uspostavljena tri odbora: za direktnu pomoć u ratne svrhe, za pomoć ratne mornarice i za njegu i liječenje. Ovaj posljednji odbor vodi osmanski Crveni polumjesec. Pomoć koju bi bosanski muslimani mogli pružiti džihadu vidi se u okolnosti da oni koji su regrutovani u redove austrougarske vojske direktno učestvuju u džihadu, a da ostali to mogu učiniti materijalnom pomoću (str. 14). Autor posebno apeluje da se pomogne osmanski Crveni polumjesec.

Zaključak

Iz ovog istraživanja može se zaključiti da je *džihad fetva* Mešihata u Istanbulu proglašena u BiH. Proglašenje su izvršili reis-ul-ulema Islamske zajednice i muftije, odnosno njihovi ovlaštenici (npr. lokalni muderrisi), koji su na taj način na lokalnom nivou vršili transmisiju jednog vjersko-pravnog tumačenja koje je poticalo od tadašnjeg svjetskog autoriteta muslimana. Prema tome, kvalifikacija Prvog svjetskog rata kao *džihada* nije poticala od bosanskohercegovačkih muslimanskih učenjaka i institucija nego su oni, zbog institucionalnih veza Islamske zajednice u BiH i Mešihata, izvršili transmisiju takve kvalifikacije na lokalnom području.

Proglašenje džihad-fetve u BiH izvršeno je na svečan način u Begovoj džamiji u Sarajevu u petak 11. decembra 1914., a tokom mjeseca marta 1915. u jedinicama austrougarske vojske u BiH i drugim mjestima Monarhije.

---

pisali tokom Prvog svjetskog rata. Na primjer, Ahmed Emin, *Cihad-i mukaddes farzdir* (s. l. 1332/1916).

Stav bosanskohercegovačke uleme, oličen u izjavama reis-ul-uleme, bio je da se za muslimane u BiH, jedna vrsta džihada – fizički angažman – realizuje služenjem u austrougarskoj vojsci, a druga vrsta džihada – materijalni angažman – realizuje pomaganjem osmanskog Crvenog polumjeseca.

Austrougarska vlast u BiH usvojila je, na jedan ograničen način, projekat "džihadizacije" Prvog svjetskog rata. Kada kažemo ograničen, pri tome imamo na umu okolnost da je proglašenje džihada, nakon čitanja *džihad fetve* u Sarajevu, vršeno muslimanskim vojnicima imperijalne vojske. To proglašenje je imalo funkciju vjerske motivacije vojnika. Troškove cijelog poduhvata snosila je Zemaljska vlada. Prema tome, upotreba koncepta *džihad* bila je ograničena i kontrolisana. Austrougarska vlast u BiH je sigurno bila svjesna da bi veća popularizacija džihada mogla imati štetne posljedice po međuvjerske i međuetničke odnose u BiH, posebno antagoniziranje bošnjačkog i srpskog stanovništva.

Takođe se vidi da je koncept džihada ("islamski sveti rat") korišten u tadašnjim glasilima u BiH, te da su džihad i *džihad fetva* popularisani u javnosti putem jedne brošure. Međutim, to korištenje nije imalo funkciju stvaranja antagonizma muslimani-kršćani iz očiglednog razloga što su na jednoj strani sukoba u Prvom svjetskom ratu bila kršćansko-muslimanska koalicija (Njemačka, Austro-Ugarska, Turska), a na drugoj strani kršćanske države (Sile Antante).

Korišćenje koncepta džihada u BiH u vrijeme Prvog svjetskog rata ne daje na Balkanu vjerski karakter ovom sukobu, nego govori o vjerskog ideologizaciji ovog rata na globalnom planu. U prilog ovom zaključku govori i okolnost da su u bosanskim novinama pod rubrikom "Islamski sveti rat" objavljivane vijesti s osmanskih ratišta kao i okolnost da se u brošuri o džihadu objavljenoj u BiH ni na koji način ne spominje da je džihad usmjeren protiv nemuslimanskog stanovništva na Balkanu.

Dostupni izvori ne ukazuju na to da su muslimanski alimi u BiH toga doba bili svjesni šireg projekta kome je pripadala *džihad fetva,* te da su na taj način učestvovali u nečemu čiji ukupni dizajn i ciljeve nisu znali.

Dr Fikret Karčić
Full professor

JIHAD FATWA IN BOSNIA AND HEREZEGOVINA

Summary

In November 1914 Mashikhat in Istanbul (the supreme religious authority of Sunni Muslims) issued five fatwas (legal opinion) which are known as "Jihad fatwa". These fatwas justified the entering of the Ottoman State in the First World War. Muslims, through out the world, were called to support such endeavour. These fatwas were distributed in numerous countries with Muslim population. Issuing of these fatwas was a part of a larger project developed and realized by German and Ottoman military and political circles.

Since in the time of the break out of the First World War Bosnia and Herzegovina was a part of Austria-Hungary, an ally of Germany and later Turkey, Jihad fatwa was proclaimed in Bosnia and Herzegovina too. This paper deals with the question when and how Jihad was proclaimed in Bosnia and Herzegovina and who participated in such project. The paper is based mainly on unpublished archive documents.

Conducted research has lead us to the several conclusions: Jihad fatwa was first read publically in the main Sarajevo mosques- Begova džamija on 11 December 1914; During the month of March 1915 Jihad fatwa was proclaimed to Bosnian Muslims serving in the ranks of Habsburg Imperial Army; proclamation of Jihad fatwa was done by Rais al-ulama (the head of the Islamic Community in Bosnia and Herzegovina), district muftis or their representatives (for instance, local religious teachers -mudarris); the proclamation of Jihad fatwa has served for religious motivation of Muslim soldiers; financing of the whole project in Bosnia and Herzegovina was done by Austro-Hungarian provincial government in Sarajevo. In addition, it has been found that the notion of Jihad was used in public print media of that time Bosnia and Herzegovina. Jihad fatwa was also popularized by publication of a broshure in Bosnian language.

Use of the notion of Jihad in Bosnia and Herzegovina during the First World War was limited and controlled by the Austro-Hungarian government. This government was aware that the greater popularization of the idea of Jihad could have demaging consequences for inter-religious nad inter-ethnic relations in Bosnia and Herzegovina. Due to that reason the proclamation of Jihad was limited to Bosnian Muslim soldiers in Imperial Aramy.

Key terms: *Jihad fatwa, Bosnia and Herzegovina, First World War, Bosnian Muslims, Bosniaks*

Mr. Amina Nikolajev
Viša asistentica

UDK: 34:330.1
Izvorni naučni rad

EKONOMSKA ANALIZA PRAVA – NASTANAK, POJAM I ZNAČAJ

Sažetak

Izučavanje ekonomske analize prava od izuzetnog je značaja kako za pravno tako i za ekonomsko obrazovanje s obzirom na to da kao jedinstvena naučna disciplina pruža potrebna znanja za razumijevanje višestrukih dimenzija prava i kompleksnosti ekonomskih odnosa. Pravo nije apsolutno nego usko vezano za dostupne resurse i ekonomske tokove. Konačni učinci i posljedice ekonomskih aktivnosti zavise od pravom determiniranog djelovanja svih sudionika ekonomskog procesa, tako da ni ekonomija ne funkcionira sama za sebe, već kroz pravno uređen sistem. To znači da se ekonomski sadržaji putem pravnih normi pretaču u pravno definiran ekonomski sistem, čime se i uspostavlja trajna veza između ekonomije i prava. Istovremeno sinteza ove dvije naučne discipline, ekonomije i prava, odnosno njihova povezanost i međuuvjetovanost dovela je do njihovog velikog interdisciplinarnog uspjeha. Rad predstavlja pokušaj da se čitaoci upoznaju s osnovnim idejama i doprinosom ekonomske analize prava, kao i da se omogući uvid u drugačije objašnjenje veze između prava i pravnih institucija i karaktera ekonomskog života.

Ključne riječi: *ekonomija, pravo, interdisciplinarnost*

Uvod

Interdisciplinarnost ekonomije i prava svoje početke vezuje za sredinu prošlog stoljeća i Sjedinjene Američke Države, odakle se dalje proširila i na većinu europskih zemalja, da bi posljednjih godina dostigla svoj naučni vrhunac. Iako je naziv ekonomska analiza prava uobičajen u literaturi, neki autori smatraju da nije u potpunosti primjeren, jer ne ukazuje da je riječ o zasebnoj pravnoj disciplini nego o metodi ekonomske analize kakvu koristi ekonomija.[1] S obzirom na to da se u radu objašnjava povezanost prava i ekonomije koristiće se termin ekonomska analiza prava.

[1] Određeni broj autora ukazuje da bi mnogo primjereniji naziv ove naučne discipline mogao biti *ekonomija prava* iako se vrlo često u literaturi može naići i na naziv *pravo i*

Osnovno nastojanje u ovom radu usmjereno je ka teorijskom prikazu nastanka i značaja ove naučne discipline[2] te pokušaju odgovora na pitanja kao što su: *Koja je to veza između prava i ekonomije? Koje je mjesto ekonomije u pravu i prava u ekonomiji? Koja su razgraničenja u shvatanju predmeta proučavanja?* U ovom kontekstu treba imati na umu da ekonomski pristup pravu ili bolje rečeno novi i nadasve zanimljiv pogled na pravo uspostavlja osnovu za teorijsko utemeljenje ove naučne discipline i praktičnih implikacija primjene ekonomskih metoda na pravne odnose, institucije i norme.

Nastanak ekonomske analize prava

Iako mnogi komentiraju kako je riječ o novoj naučnoj disciplini, ili suvremenom intelektualnom pokretu, začeci ekonomske analize prava mogu se vezati najprije za europske ekonomiste iz razloga što je ekonomsko gledište na pravo poteklo iz Becarrijinih spisa o krivičnom pravu (1767), te od Benthama, koji je u velikoj mjeri razvio ideje o tome kako pravne sankcije mogu obeshrabriti loše postupke i kako bi se sankcije trebale primijeniti kada su učinkovite kao sredstvo odvraćanja, a ne kada to nisu (1789). Također, značajan je i doprinos klasika ekonomske misli Smitha, Humea i Pigoua, kao i Webera, Hayeka i Leonia. Nakon pionirskih pokušaja europskih teoretičara došlo je do stagnacije u razvoju ekonomskog pristupa pravu sve do 60-ih godina prošlog stoljeća i pojave provokativnog članka Coasea (1960) *Problem društvenog troška* u kojem je otvorio pitanje odnosa poticaja za smanjivanje štete i negativnih posljedica vezanih za pitanja vlasničkih prava. Nadalje, javlja se još nekoliko značajnih doprinosa od strane Beckera (1968) koji je napisao članak o krivičnom pravu u kojem je preoblikovao Benthamove doprinose u moderne termine i proširio ih; Calabresia (1970), koji je objavio proširenu obradu pravila o odgovornosti i problemu nezgoda; te Posnera (1972), koji je napisao sveobuhvatan udžbenik i veliki broj članaka te utemeljio *Journal of Legal Studies*.[3] Upravo od ovog perioda dolazi do napretka u razvoju date naučne discipline, tako da se posljednjih decenija ekonomski pristup pravu razvio u središnje područje studiranja kako za pravnike tako i za ekonomiste. To je istovremeno značilo da se ograničena interakcija ove dvije naučne discipline promijenila iz korijena samom činjenicom proboja

ekonomija čime se, pak, implicira da je riječ o dvije zasebne discipline između kojih se nastoji uspostaviti interaktivnost.

[2] Malobrojne su obrade ove teme na našem jeziku, kao što je i malo autora koji se koriste metodama i argumentacijom ekonomske analize prava.

[3] Nakon ovog časopisa počeli su da izlaze i drugi časopisi posvećeni pitanjima ekonomske analize prava od kojih su najznačajniji: *Research in Law and Economics*, *The International Review of Law and Economics*, *The Jouranl of Law, Economics and Organization*.

ekonomske analize prava i u područja prava kao što su: stvarno, ugovorno, krivično, odštetno, parnično, upravno i ustavno pravo, ne ograničavajući se na prvobitnu ekonomsku analizu koja se koristila teorijskim i empirijskim metodama kako bi razjasnila samo neka pitanja i probleme u pravu, a u kojima su ekonomija i pravo imale dodirne tačke (npr. antitrustovsko pravo, porezno pravo). Interdisciplinarni uspjeh prava i ekonomije svoju najvišu potvrdu dobio je 1991. i 1992. nakon što su Coase i Becker primili Nobelovu nagradu iz ekonomije za doprinos u osnivanju ove nove naučne discipline.[4] Pravno-historijsko naslijeđe, te politički kontekst prisutan u Sjedinjenim Američkim Državama stvorili su posebnu klimu koja je predstavljala osnov i poticaj novim pogledima na pravo.[5] Stoga se i nastanak ekonomske analize prava kao moderne naučne discipline upravo vezuje za Sjedinjene Američke Države, naročito imajući u vidu činjenicu da je ova naučna disciplina kao takva još 70-ih godina prošlog stoljeća uvedena u nastavne planove i programe dodiplomskih, postdiplomskih i doktorskih studija svih važnijih pravnih i ekonomskih fakulteta u SAD-u.[6] Štaviše, utjecaj ove naučne discipline proširio se i izvan teorijskog konteksta ka praktičnoj primjeni u javnoj politici.[7]

Pojam ekonomske analize prava

Pravni poredak temelji se na vrijednostima pravnih postavki, a privredni poredak na sporazumnom odnosu učesnika u ekonomskom procesu, što podrazumijeva da on ima svoju unutrašnju logiku bez nametanja bilo kakvih pravila ponašanja od autoritativnih vlasti putem pravnog poretka.[8] Bez obzira na to što se privredni poredak zasniva na sporazumnom odnosu i ekonomskim slobodama sudionika u ekonomskom procesu, brojni su primjeri koji pokazuju kako unutrašnja ekonomska logika nije dovoljna za rješavanje određenih ekonomskih pitanja i funkcioniranje ekonomije uopće, nego je za opću dobrobit društva neophodna intervencija pravnog instrumentarija,

---

[4] Profesor B. Ackerman s Univerziteta Yale opisao je ekonomski pristup pravu kao "najznačajniji razvoj u pravnoj naobrazbi u 20. stoljeću".

[5] Više u: I. Dobrašin, *Teorijske postavke i osnovni modeli ekonomije prava*, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Zagreb, 2009.

[6] I na većini evropskih univerziteta uveden je predmet Ekonomska analiza prava u nastavne planove i programe postdiplomskih i doktorskih studija, iako treba napomenuti da je ova naučna disciplina više zastupljena na ekonomskim nego na pravnim fakultetima.

[7] Više u: R. Cooter and T. Ulen, *Law & Economics*, Pearson Education, 2008.

[8] Više u: K. Begić, *Ekonomska politika*, *Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje,* Sarajevo, 2000. str. 101–104.

uključujući i aparat prinude. Naime, pravni poredak putem pravne norme nameće obavezu ponašanja u skladu s općim pravilima, pa samim time utiče i na ponašanje svih sudionika ekonomskog procesa. Pravni propisi odnose se na pojave i procese cjelokupnog društvenog života, a time i na ekonomske odnose. Automatski, osiguravanje subjektima da kao sudionici u ekonomskom procesu ostvare imovinska prava i interese zahtijeva određeno ponašanje i poštivanje pravnih propisa. Uspostava pravnog poretka neminovno dovodi do međusobnog utjecaja i djelovanja prava na ekonomiju i ekonomije na pravo, pri čemu treba imati na umu da je ekonomija kao nauka dinamičnija od prava. Iako su predmeti njihovog djelovanja potpuno različiti, sasvim se jasno očitava veza između prava i ekonomije. Moglo bi se reći da povezanost između prava i ekonomije proizlazi iz osnovne potrebe usklađivanja individualnih s općim interesima društva. Upravo usklađivanje individualnih s općim interesima društva opravdava potrebu angažmana pravnog poretka u ekonomskom procesu. Prema tome, dva su bitna razloga koja opravdavaju čvršću vezu između pravnog i ekonomskog poretka. Prvi je nedostatak unutrašnje logike u ekonomskim tokovima koji se nadoknađuje kroz regulatorne aktivnosti države (provođenje i kontrola fiskalnog sistema, kontrola bankarskog sistema, regulacija ekonomskih odnosa s inostranstvom, uređivanje berzanskog poslovanja i sl.). Drugi razlog situiran je u usaglašavanju individualnih (borba za profit) u odnosu na javni interes (oporezivanje individualnih dohodaka, kao i druge obaveze koje država propisuje pojedincima).

Prema tome, ekonomska analiza prava može se definirati kao primjena ekonomske teorije i ekonomskih metoda u izučavanju formiranja i strukture prava, odnosno utjecaja pravnih instituta. Ova naučna disciplina objašnjava vezu između pravnih instituta i karaktera ekonomskog, ali i političkog i društvenog života.

Ekonomska analiza prava pokazala je i dokazala da se ekonomski pojmovi mogu itekako dobro koristiti u svim oblastima prava. Zahvaljujući ovoj disciplini došlo je do potvrde potrebe društva za sagledavanjem dobrih i/ili loših posljedica pravnih i ekonomskih odluka, pri čemu se trebaju imati u vidu posljedice očiglednih odluka, ali i onih koje to nisu. Kod donošenja pravnih normi i/ili njihove primjene treba voditi računa o svim mogućim implikacijama, cijeni izbora, ali i propuštenim prilikama. Upravo propuštene prilike predstavljaju izgubljenu dobit i trošak/štetu koje se u konačnici eksplicitno ekonomski iskazuju. Ekonomisti na ovaj način ukazuju na to da li pravna pravila maksimiziraju dobit, odnosno minimiziraju troškove/štetu. S obzirom na to da pravo služi postizanju zadatih društvenih ciljeva, za što su potrebni i određeni resursi, onda uvijek treba voditi računa o tome da se

ostvarenje tih ciljeva postiže uz što manje troškove/štetu. Upravo ovakav način razmišljanja u pravo uvodi važan ekonomski pojam – efikasnost kao nužnost u pravu, čime se dodatno utire put nastanku ove naučne discipline.

Značaj ekonomske analize prava

Vrlo često povezanost ekonomije i prava promatra se kao odnos između sadržaja i oblika. Pravo izvire iz ekonomije, mijenja se pod utjecajem promjena koje se dešavaju, ali istovremeno i utječe na ekonomske odnose te potiče i usmjerava njihovo nastajanje i razvijanje. Pravo ima višestruku ulogu: zaštitničku, regulatorsku, konstitutivnu, obavezujuću, usmjeravajuću, razvojnu. Imajući u vidu da pravo predstavlja multidisciplinaran pristup koji u sebi sadrži i različite dimenzije – socijalnu, političku, filozofsku, historijsku, ali i ekonomsku,[9] nameće se nužna povezanost prava i ekonomije. Tako, Cole i Grossman navode:

> *Jedna je stvar tvrditi da pravnici, teoretičari prava i kreatori prava trebaju razumjeti i obratiti pažnju na ekonomske principe. Sasvim je druga stvar tvrditi da ekonomija kompletno određuje ili bi trebalo da rukovodi kreiranjem prava. Ekonomska teorija ne može sama objasniti niti determinirati pravo zato što je djelokrug prava širi od djelokruga ekonomije. Istina je da ekonomija i pravo imaju isti krajnji cilj – maksimizaciju društvenog blagostanja – ali neslaganje nastupa u nastojanju da se definira i izmjeri upravo to društveno blagostanje.*[10]

Osnovno polazište ekonomista je kako od ograničenih resursa određenog društva ostvariti najveće moguće zadovoljenje društvenih potreba i očekivanja. Pravnici, pak, trebaju ocjenjivati pravna pravila i propise prema tome da li oni potiču ili sprječavaju efikasnu upotrebu resursa. Kreiranje pravnih normi u cilju ostvarenja zadatih društvenih ciljeva trebalo bi da pretpostavlja i moguće implikacije donesenih odluka/izbora koje se, između ostalog, manifestiraju propuštenom dobiti ili nastalom štetom. Međutim, kreatori prava, objektivno, ne mogu predvidjeti sve moguće posljedice primjene pravne norme jer je ekonomski gledano, svaki pojedinac zainteresiran za ostvarenje ličnog interesa. Stoga ekonomisti predviđaju efekte politike efikasnosti u upotrebi resursa koja se ogleda u postizanju zadatih ciljeva uz što niže troškove. Prema tome, jasno je da ekonomska dimenzija ukazuje na

---

[9] Neki pravni teoretičari shvataju pravo kao instrument za postizanje cilja koji se može različito definirati – kao pravda ili kao jednakost ili kao efikasnost. Više u: Kornhauzer, L., *The Greater Image of Authority,* Stanford Law Review, No. 36.

[10] Cole, D. H. i Grossman, P. Z., *Principles of Law and Economics*, Pearson Prentice Hall, New Jersey, 2005.

potrebu naglašavanja principa efikasnosti. S druge strane, pravna dimenzija naglašava pravdu i pravičnost, odnosno ostvarenje načela distributivne pravde. Pravo je prihvatilo one ekonomske pojmove i principe koji su po analogiji mogli da se koriste s pravdom i pravičnosti. Ostalo je pitanje *da li i u kojoj mjeri efikasnost kao ekonomska kategorija treba biti princip uređenja društva*?

Činjenica je da i pravo i ekonomija nastoje primijeniti princip efikasnosti. Međutim, efikasnost u pravu može biti u suprotnosti s etičkim ili drugim ciljevima, zbog čega pravo ne teži samo efikasnosti. Najčešće prihvatljivo rješenje je ono koje u obzir uzima i alokativnu i distributivnu pravdu kao kriterije kojima se ispunjava sadržina pravde. Ekonomska teorija nametnula je princip efikasnosti kao najznačajniji faktor u primjeni i promjeni pravne regulative. Ekonomska analiza prava, više od bilo koje druge discipline, potkrijepljena je činjenicama i praksom o primjeni principa efikasnosti u većini pravnih oblasti (npr. privredno pravo).

Na kraju, dva su osnovna pitanja u ekonomskoj analizi prava, a koja se postavljaju prilikom donošenja odluke: *Da li ta odluka vodi novoj efikasnoj alokaciji resursa? I da li ta odluka vodi i onoj distribuciji bogatstva koja će društveno i etički biti poželjna?* Ekonomska teorija ne odgovara na oba pitanja. Ona može samo odgovoriti da li će nova pravna regulativa ustanoviti efikasnu alokaciju resursa i koji su troškovi nastali usljed promjene postojeće pravne regulative, ali ne i na to da li je nova alokacija resursa i distribucija bogatstva etički poželjna.[11]

Prema Kaplowu i Shavellu, pitanja na koja nastoji odgovoriti ekonomska analiza prava su: *Kako će sankcije utjecati na ponašanje?* te *Da li su učinci pravnih pravila društveno poželjni?*

Pravnici nemaju ekonomski uklon promatranja primjene prava kroz eksplicitno ili implicitno[12] iskazivanje troškova i dobiti u donošenju odluka ili izbora. Iako se ekonomskoj analizi zamjera da je dehumanizirajuća jer ignorira pravdu,[13] treba imati u vidu činjenicu da se njena osnovna uloga ogleda u usmjeravanju ka donošenju društveno opravdanijih i eksplicitnijih

[11] A. Jovanović, *Teorijske osnove ekonomske analize prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2008.

[12] Implicitan trošak je oportunitetni trošak koji se javlja kao mjera nečega što je propušteno u odabiru između više alternativa. Opredjeljujući se za jednu istovremeno propuštaju se druge mogućnosti.

[13] Više u: A. Jovanović, *Teorijske osnove ekonomske analize prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2008.

odluka. Imajući u vidu definiciju prava *kao skupa društvenih normi podržanih sankcijom*, ekonomska teorija pravo promatra kao podsticaj ponašanja, a sankciju kao implicitnu cijenu ponašanja. Ekonomisti kroz teoriju objašnjavaju kako predvidjeti efekte pravnih sankcija na ponašanje, s obzirom na to da se ljudi u odnosu na sankcije ponašaju prema zakonima ponude i tražnje. Za ekonomiste sankcije izgledaju poput cijena, pa je za očekivati da će ljudi na te sankcije reagirati slično kao i na cijene. Na više cijene reagiraju tako što troše manje skupe robe i usluge pa analogno tome i čine manje onih djela za koja su predviđene teže sankcije. U analizi efekata cijena na ponašanje, ekonomisti koriste matematički precizne teorije: teoriju cijena[14] i teoriju igara[15] te empirijske metode: statistiku i ekonometriju[16]. Na ovaj način ekonomisti nude teoriju ponašanja kako bi se moglo predvidjeti kako će ljudi reagirati na promjene u pravu. Ova teorija nadmašuje intuiciju upravo kao što i nauka nadmašuje zdrav razum.[17]

---

[14] Teorija cijena svoje ishodište ima u klasičnoj radnoj teoriji vrijednosti. Njeno poznavanje zahtijeva pronicanje u samu bit ekonomije. Mnogi ekonomisti slažu se da teorija cijena predstavlja najsloženiji dio ekonomske teorije. Cijene su te koje koordiniraju odluke proizvođača i potrošača na tržištu, pri čemu više cijene smanjuju potražnju i potiču proizvodnju, dok niže cijene potiču potrošnju i obeshrabruju proizvodnju.

[15] Teorija igara predstavlja područje operacijskih istraživanja u kojem se metodama linearne algebre i računa vjerojatnosti istražuju i rješavaju problemi igara. Igra je konkretna situacija u kojoj sudjeluju dvije ili više osoba koji se zovu igrači. Igra se prema skupu zadanih pravila s poznatim ishodom. Pravila definiraju elementarne aktivnosti ili poteze igrača, koji mogu biti i slučajni. Među igračima postoji sukob interesa. Svaki igrač bira potez koji je u određenoj situaciji za njega najpovoljniji. Različitim igračima mogu se dopustiti potezi kojih ima određeni broj, ali svaki od igrača zna moguće poteze drugog igrača, već prema njihovom položaju na kraju igre. Igre se često opisuju kao igra sa zbrojem nula, gdje je dobitak jednog igrača gubitak za drugog, ili kao igra sa zbrojem različitim od nule, gdje svi igrači mogu dobiti. Moderna teorija igara započinje pojavom rada *Theory of Games and Economic Behaviour 1944., J. Von Neumanna i O. Morgensterna*. Teorija igara pokazala se korisnom u analizi različitih aspekata ekonomskog ponašanja, kao što je oligopol, iskorištavanje prirodnih resursa i javnih dobara. – Ekonomski leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža i MAS MEDIA, Zagreb 1995.

[16] Ekonometrija (složenica od riječi: ekonomija i mjeriti), „društvena znanost u kojoj se oruđa ekonomske teorije, matematike i statističkog zaključivanja upotrebljavaju za analizu ekonomskih fenomena" (Arthur S. Goldberger, Economic Theory, 1964.). To je specifična vrsta ekonomske analize u kojoj se pobliže matematički izražena ekonomska teorija s uključenim varijablama kombinira s empirijskim mjerenjem neopazivih ekonomskih veza. Svrha je mjerenja testiranje ekonomske teorije i dobivanje numeričke ocjene koeficijenata ekonomskih veza radi konkretnog odlučivanja i uporabe tih ocjena za predviđanje. Mjerenje se izvodi specifičnim statističkim metodama prilagođenim stohastičkoj i neeksperimentalnoj naravi ekonomskih odnosa… – Ekonomski leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža i MAS MEDIA, Zagreb 1995.

[17] R. Cooter and T. Ulen, *Law & Economics*, Pearson Education, 2008.

Kao dodatak naučnoj teoriji ponašanja ekonomisti pružaju i korisne normativne standarde za evaluaciju prava i politike, pri čemu pravo nisu samo tehnički argumenti, nego i instrumenti za postizanje društvenih ciljeva. Kako bi se znalo koji su to efekti prava na zadate ciljeve, pravnici, sudije i ostali kreatori prava trebaju metodu evaluacije efekata prava na postavljene društvene ciljeve. Kao što ekonomisti uče tehnike pravne analize i time pravnu kvalifikaciju činjeničnog stanja te značenje, upotrebu i razlikovanje pravnih pojmova, tako i pravnici uče kako pravna pravila i procedure objasniti kroz ekonomske pojmove, te koje su to praktične posljedice na kreiranje prava i javne politike.

Ekonomija pomaže razumjeti pravo na nov način, u realnom okruženju troškova, neracionalnosti ponašanja, kao i ličnih interesa. Smatra se da uvjet djelotvorne primjene zakona nije ovisan samo o njihovu sadržaju niti o represivnom alatu koji stoji na raspolaganju provoditeljima zakona.

Dometi pravnog poretka u ekonomiji specifičniji su u odnosu na druge oblasti društvenog života. Nosioci ekonomskog razvoja, za razliku od drugih društvenih subjekata, zbog prirode svoje aktivnosti, imaju mogućnost izbora u poštivanju pravne norme i pokornosti pravnoj prinudi ukoliko ona nije u skladu s njihovim ekonomskim interesom. Tako, npr. ako je neka država uvela visoke carine na uvoz određene robe, privredni subjekt tu robu ne mora uvoziti ako mu je skupa i ne doprinosi uvećanju njegovog profita. Međutim, ukoliko je uveze, podliježe sistemu državne prinude. Međutim, postoje i druge situacije u kojima pojedinac nema mogućnost izbora – pojedinac je dužan državi platiti porez bez obzira na to da li to umanjuje njegov profit i lično bogatstvo. Zapravo, efikasnost pravnog poretka u ekonomiji zavisi od dvije bitne odrednice: ekonomske moći pojedinca i odnosa ličnog naspram javnog interesa. Ostvarenjem pravne norme pojedinac, u zavisnosti od svoje ekonomske moći, može birati između više mogućnosti, opredjeljujući se za onu koja mu donosi više koristi.

Za lakše razumijevanje razloga zašto bi pravnici trebali učiti ekonomiju, ali i ekonomisti pravo treba proučiti jednostavan primjer:[18]

> *Recimo da živite u državi gdje je najteža kazna za kriminalce doživotni zatvor. Netko predloži da bi, pošto je oružana pljačka vrlo težak zločin, oružani pljačkaši trebali dobiti doživotnu kaznu. Odvjetnik se pita da li je to u skladu sa zabranama mučenja i nečovječnih postupaka, neki pravni filozof pita se je li to pravedno, dok ekonomist ističe da ako bi kazne za oružanu*

[18] Primjer preuzet iz: D. Mlikotin Tomić, A. Šega: *Ekonomska analiza prava: razvoj i aktualnost*, Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu, godina 4, 2006.

pljačku i za oružanu pljačku sa ubojstvom bile iste, dodatna kazna za ubojstvo bila bi jednaka nuli i pita se da li stvarno želite da bude u interesu pljačkaša da počini ubojstvo. To je ono što ekonomiste povezuje sa pravom.

Pravo se može promatrati kao skup pravila i pravnih sankcija koje usmjeravaju ponašanje ka socijalno poželjnim ciljevima (npr. kroz usmjeravanje pojedinaca na odgovarajući oprez kako bi se spriječile štetne posljedice). S obzirom na to da je pravo usmjereno ka ostvarivanju dobrobiti društva, ekonomska analiza prava nastoji ustanoviti najbolji način ostvarenja tog cilja. Time poticaj kreiran od strane pravnog sistema postaje predmet istraživanja ekonomista.

Umjesto zaključka

Ekonomska analiza prava predstavlja posebnu disciplinu koja objašnjava vezu između ekonomije i prava, odnosno između pravnih instituta i ekonomskih odnosa. Povezanost prava i ekonomije korisna je kako za pravnike tako i za ekonomiste s obzirom na to da razumijevanje različitih dimenzija prava, njegove složenosti i primjene zahtijeva poznavanje ekonomije u cilju što obuhvatnije analize. S druge strane, za razumijevanje ekonomskih procesa i ekonomskih odnosa, odnosno ekonomije uopće, neophodno je razumijevanje prava. Kako je to istakao Posner: „Ekonomska nauka je moćno oružje za analizu velikog kruga pravnih pitanja ali većina pravnika i studenata prava – čak i onih vrlo sposobnih – ima teškoća u povezivanju ekonomskih principa i konkretnih pravnih problema".[19]

Ekonomija postaje važno teoretsko uporište za izučavanje prava i pravnih institucija. Ideje dobivene od ekonomista korištene su za analizu utjecaja ekonomije na propise kao i propisa na društvo ili ekonomiju radi toga da bi se objasnilo zašto su neki zakoni usvojeni, a drugi ne, te da bi se pokazalo zašto su neki zakoni bolji ili bi mogli biti bolji od alternativa.[20]

Ekonomija i pravo susreli su se na zajedničkom putu ka ostvarenju što boljeg društvenog uređenja i što većeg društvenog blagostanja. Spajanjem ovih disciplina otvorile su se brojne mogućnosti za nova i interesantna promišljanja i spoznaje o pravu, ali i ekonomiji.

---

[19] Posner, R. A., *Economic Analysis of Law*, Little Brown and Company, Boston and Toronto, London 1992.

[20] Posner, R., *Economic Analysis of Law: A European Perspective*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2004.

MA Amina Nikolajev
Senior Assistant

THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW – ITS GENESIS, CONCEPT AND SIGNIFICANCE

Summary

The study of the economic analysis of law is of great importance for both legal, as well as education in economics considering that, as a single scientific discipline, it provides the necessary knowledge to understand the multiple dimensions of law and the complexities of economic relations. Law is not absolute, but is closely related to the available resources and economic trends. The final outcomes and consequences of economic activities depend on legally determined actions of all the participants of the economic process so that the economy does not function alone, but through a legally regulated system. This would mean that the economic activities are translated through legal norms into a legally defined economic system, and thus, a permanent connection between economics and law is established. At the same time, the synthesis of these two scientific disciplines, economics and law, and their connection and interconditionality, led to their great interdisciplinary success. This paper is an attempt to familiarize the readers with the basic ideas and the contribution of the economic analysis of law, as well as to provide an insight into a different explanation of the connection between law and legal institutions and the nature of economic life.

Key terms: *economics, law, interdisciplinarity*

Dr. Borislav Petrović
Redovni profesor,
Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

UDK: 341.231.14-053.2
Pregledni naučni rad

Dr. Miomira Kostić
Redovni profesor,
Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

MEĐUNARODNOPRAVNA ZAŠTITA DJECE

Sažetak

Zaštita djeteta na međunarodnom planu predviđa se u okviru zaštite općih ljudskih prava, ali i kroz posebnu zaštitu prava djeteta. U radu su navedeni svi značajni međunarodni dokumenti, koji reguliraju pitanja prava djeteta. To su, najprije, dokumenti UN-a o ljudskim pravima, i to opći dokumenti o ljudskim pravima, kao i posebni ugovori o ljudskim pravima. Predstavljeni su značaj i uloga Komiteta za prava djeteta. Posebno su izdvojeni dokumenti regionalnih organizacija.

Ključne riječi: *prava djeteta, zlostavljano dijete, "komercijalno iskorišćavanje djece", zaštita djeteta*

1. Uvod

Socijalni položaj djeteta u obitelji i društvu može da se prati od postanka ljudske zajednice do danas. Specifične biopsihološke osobine djeteta, koje se ogledaju u fizičkoj inferiornosti i egzistencijalnoj ovisnosti od starijih članova obitelji, uticale su na formiranje njegovog potčinjenog položaja, koji se, u patrijarhalnom društvu, po nekim osobinama nije promijenio ni do danas. Od momenta kad se rodi dijete počinje da razvija svoju ličnost u određenim socijalno-kulturnim uvjetima. Pošto je ljudskoj vrsti potrebno da pređe dug put do psihofizičke, emocionalne i socijalne zrelosti, rođenjem djeteta nastaju obaveze i odgovornost za roditelje i društvenu zajednicu da se staraju o novom članu. Dosadašnja historija ukazuje na značajnu biološki i socijalno zasnovanu vezu između roditelja i djece, kojom se obrazuje obitelj, kao specifična društveno-kulturna tvorevina, koja je zajednica ličnosti kao

posebnih individua i kao članova obiteljske zajednice i dio određenog društveno-kulturnog sistema.[1] Obitelj je univerzalno rasprostranjena u svim civiliziranim ljudskim društvima, a sudbina žene i djeteta uvijek je bila vezana za sudbinu obitelji. Historija obitelji i položaja djeteta u njoj najlakše se može pratiti kroz historijske etape starog stoljeća, srednjeg stoljeća i građanskog društva.[2]

Rezultati istraživanja upućuju da su djeca u savremenim društvima u velikom broju izložena različitim vidovima zloupotrebe i zlostavljanja koji se rijetko prijavljuju. Svi oblici kriminalne viktimizacije djeteta mogu se podijeliti na: čedomorstvo i ubistvo djeteta, fizičko zlostavljanje i zanemarivanje, emocionalno (psihološko) zlostavljanje, seksualno zlostavljanje i ekonomsku viktimizaciju. U istraživanju etiologije kriminalne viktimizacije djeteta, najznačajnija viktimogena predispozicija je uzrast žrtve, koji je povezan s biopsihološkim, psihološkim i socijalnim obilježjima, što dijete čini izloženijim pojedinim oblicima kriminalne viktimizacije nego što su to odrasle osobe. Riziku viktimizacije nisu podjednako izložena sva djeca, već samo ona kod kojih se stekao veći broj predispozicija (tzv. "posebna djeca"). Osim ličnih viktimogenih predispozicija, tu spadaju i socijalna obilježja, odnos djeteta s mogućim učiniteljem kriminalnog ponašanja prema njemu, kao i ponašanje djeteta uopće.

2. Međunarodnopravna zaštita djece u okviru OUN-a

2.1. Dokumenti UN-a o ljudskim pravima

Osnovno pravo svakog djeteta je pravo na zaštitu od svih oblika nasilja, zlostavljanja, zloupotreba ili zanemarivanja, kojima se ugrožava ili narušava njegov fizički ili psihički integritet.[3] Zaštita djeteta na međunarodnom planu predviđa se u okviru zaštite općih ljudskih prava, ali i kroz posebnu zaštitu prava djeteta.

Opća pravna pravila međunarodnog prava o pravima čovjeka sadržana su u *Povelji UN* iz 1954. godine, koja propisuje da je jedan od ciljeva OUN "podržavanje i razvijanje poštovanja prema ljudskim pravima i prema osnovnim slobodama za sve bez obzira na rasu, spol, jezik ili vjeru" (čl. 1).[4]

---

[1] Videti: Janjić-Komar, M. (1981). *Pravo deteta na život i zdravlje,* (doktorska disertacija), Beograd, s. 5; Kostić, M. (2011). Ličnost maloletnog delinkventa – kriminološka obeležja, Teme. – Niš : Univerzitet, – br. 2 (2011), s. 475–479.

[2] Mladenović, M. (1973) *Uvod u sociologiju porodice,* Savremena administracija, Beograd, s. 93.

[3] Janković, B., Radivojević, Z. (2011). Međunarodno javno pravo, PUNTA, Niš, s. 241.

[4] Povelja UN, usvojena 26. juna 1945, a stupila na snagu 24. oktobra 1945. Citat preuzet iz prevoda *Prava čovjeka,* (urednik Vasiljević,V.), Prometej, Beograd 1991, s. 40.

U OUN donijeto je skoro 100 dokumenata o ljudskim pravima, kroz forme deklaracija pojedinih organa ili kroz međunarodne ugovore. Dokumenti UN-a o ljudskim pravima mogu se podijeliti na opće i posebne dokumente. Opći ili generalni dokumenti o ljudskim pravima reguliraju širok krug prava, dok posebni (specijalni) dokumenti reguliraju samo neke kategorije ljudskih prava.[5]

2.2. Opći dokumenti o ljudskim pravima

Najznačajniji opći dokumenti o ljudskim pravima su: Opća deklaracija o ljudskim pravima, Pakt o građanskim i političkim pravima i dva opciona protokola uz njega i Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. Ovi se dokumenti u literaturi označavaju i kao Međunarodna povelja o ljudskim pravima.[6]

Opća deklaracija o ljudskim pravima predviđa da se sva ljudska bića rađaju slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima, da su obdarena razumom i sviješću i treba jedni prema drugima da postupaju u duhu bratstva. Svako ljudsko biće ima pravo na život, slobodu i sigurnost ličnosti. Obitelj se smatra prirodnom i osnovnom ćelijom društvene zajednice i ima pravo na zaštitu društva i države. Bračna i vanbračna djeca su izjednačena u pogledu pružanja socijalne zaštite. Kroz obrazovanje, djeca treba da se nauče razumijevanju, trpeljivosti i prijateljstvu među narodima, rasnim i vjerskim grupacijama. Značaj ovih odredaba *Opće deklaracije* je u njihovom pravnom karakteru i obavezi država potpisnica da ih unesu u svoje zakonske propise.[7]

Generalna skupština UN usvojila je 1966. *Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima* i *Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima.*

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima predviđa posebnu zaštitu djece. Predviđa se pravo svakog djeteta da stekne državljanstvo (čl. 24). Svako dijete, bez ikakvog razlikovanja zasnovanog na rasi, boji, spolu, jeziku, vjeroispovijesti, nacionalnosti ili društvenom porijeklu, imovini ili rođenju ima pravo na mjere zaštite od strane obitelji, društva i države koje zahtijeva njegov položaj maloljetnika.[8]

---

[5] Raičević, N. (2004). "Zaštita ljudskih prava u okviru Organizacije ujedinjenih nacija", u: *Ljudska prava – uputstvo za upotrebu* (priredio Popović, N.), OGI, Niš, s. 95–96.

[6] Ibid.

[7] *Opća deklaracija o ljudskim pravima*, usvojena i proklamovana rezolucijom Gen. sk. UN-a 217 (III) od 10. decembra 1948. Citat preuzet iz prevoda *Prava čovjeka,* o. c., s. 40.

[8] *Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima*, usvojen rezolucijom Gen. sk. UN-a 2200 A (XXI) od 16. decembra 1966. Citat preuzet iz prevoda *Prava čovjeka*, o. c., s. 58.

U *Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima* predviđena je najšira moguća zaštita za obitelj, posebno u vrijeme njenog zasnivanja i dok je odgovorna za izdržavanje i odgajanje djece o kojoj se stara. Države ugovornice priznaju pravo svakog djeteta na život i zdravlje bez ikakve diskriminacije po porijeklu i predviđaju zaštitu od bilo kakvog privrednog ili društvenog iskorišćavanja. Djeca ne smiju biti izrabljivana zapošljavanjem na radovima koji štete njihovom moralu i zdravlju, čime bi se mogao dovesti u opasnost njihov život ili sprječavati normalan razvoj. Države su se takođe obavezale da odrede donju granicu starosti ispod koje će zapošljavanje djece biti kažnjivo po zakonu.[9]

2.3. Posebni ugovori o ljudskim pravima

U literaturi iz oblasti međunarodnog javnog prava, kao važni dokumenti kojima se reguliraju pojedini aspekti ljudskih prava, navode se: Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije; Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena; Konvencija protiv mučenja i drugih svirepih, nečovječnih ili ponižavajućih kazni ili postupaka; Konvencija o pravima djeteta, kao i dodatni protokoli koji su donijeti uz neke od ovih konvencija,[10] kao i drugi posebni ugovori značajni za zaštitu djece. Ovom prilikom biće prikazani samo neki od najznačajnijih dokumenata, kao posebnih ugovora o ljudskim pravima, kojima se neposredno ili posredno predmetno određuju i štite samo prava djeteta, u sklopu zaštite ostalih posebnih ljudskih prava.

Pravo na ravnopravnost i oslobađanje od bilo kog vida diskriminacije djeteta propisano je u nekoliko međunarodnopravnih akata. *Dopunska konvencija o ukidanju ropstva, trgovine robljem i institucija i prakse slične ropstvu* iz 1956. zabranjuje bilo koje ustupanje djeteta od strane jednog ili oba njegova roditelja ili od njegovog tutora, nekoj drugoj osobi u cilju eksploatiranja djeteta.[11] *Konvencija o borbi protiv diskriminacije u oblasti prosvjete* iz 1960. određuje pod izrazom "diskriminacija" svako pravljenje razlike, isključivanje, ograničavanje ili povlašćivanje, koje je zasnovano na rasi, boji kože, spolu, jeziku, političkom ili drugom ubjeđenju, nacionalnom ili društvenom porijeklu, ekonomskom položaju ili rođenju. Države članice bile bi obavezne da uvedu

[9] *Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima*, usvojen rezolucijom Gen. sk. UN 2200A (XXI) od 16. decembra 1966. Citat prevoda preuzet iz *Prava čovjeka*, o. c., s. 41.

[10] Raičević, N., o. c., s. 103.

[11] *Dopunska konvencija o ukidanju ropstva, trgovine robljem i institucija i prakse slične ropstvu*, usvojena na Konferenciji punomoćnika sazvanoj Rez. Ekonomskog i socijalnog savjeta 608 (XXI) od 30. aprila 1956. Citat preuzet iz prevoda Prava čovjeka, o. c., s. 77.

obavezno i besplatno osnovno školovanje, s tim da roditelji imaju mogućnost da slobodno odlučuju da li će djeca pohađati državne ili druge škole koje ispunjavaju minimum uvjeta propisanih ili odobrenih od strane nadležnih vlasti, kao i o izboru vjerskog i moralnog obrazovanja za svoju djecu.[12] *Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije* iz 1965. predviđa obavezu država članica da zabrane i ukinu rasnu diskriminaciju u svim njenim oblicima i da garantiraju pravo svakome na jednakost pred zakonom bez obzira na rasu, boju kože, nacionalno ili etničko porijeklo. Ovo se, između ostalog, naročito odnosi na pravo na zdravlje, liječničku pomoć i socijalno osiguranje kao i pravo na obrazovanje i stručno osposobljavanje.[13] *Deklaracija UN o ukidanju diskriminacije prema ženama* iz 1967. propisuje da roditelji imaju ista prava i dužnosti u odnosu na svoju djecu i da će interes djece uvijek biti iznad svega. Ovom *Deklaracijom* zabranjuje se zaključenje braka između djece i zaručenje mladih djevojaka prije zrelosti, s tim što su države obavezne da utvrde najnižu starost za stupanje u brak.[14] *Konvencija o eliminiranju svih oblika diskriminacije žena* iz 1979. predviđa da obiteljsko vaspitanje obuhvaća i pravilno shvatanje materinstva kao društvene funkcije i priznanje zajedničke odgovornosti muškaraca i žena u podizanju potomstva. U *Konvenciji* se ističe da u svim slučajevima interes djeteta bude rukovodeći princip u postupanju.[15]

Značajan međunarodni dokument kojim se štiti ličnost čovjeka od najranije mladosti je *Deklaracija o pravima djeteta* iz 1959. Deklaracija predviđa zaštitu sve djece, bez ikakve razlike ili diskriminacije zasnovane na rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeroispovijesti, političkom ili drugom mišljenju, nacionalnom ili socijalnom porijeklu, imovini ili rođenju. Države su obavezne da omoguće posebne olakšice da bi se djeca razvijala zdravo na fizičkom, mentalnom, moralnom, duhovnom i društvenom planu u uvjetima slobode i dostojanstva. Isto tako, državni organi i institucije uvijek treba da se pridržavaju primjene principa "najvećeg interesa djeteta". Posebna društvena zaštita osigurava se fizički, mentalno ili socijalno zapuštenoj djeci, kao i

---

[12] *Konvencija o borbi protiv diskriminacije u oblasti prosvjete*, prevod preuzet iz *Arhiva za pravne i društvene nauke*, br. 4/1968, s. 601.

[13] *Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije*, usvojena rez. Gen. sk. UN-a 2106 A (XX) od 21. decembra 1965. Citat preuzet iz prevoda *Prava čovjeka*, o. c., s. 89.

[14] *Deklaracija UN o ukidanju diskriminacije prema ženama*, prevod preuzet iz *Arhiva za pravne i društvene nauke*, br. 4/1968, s. 709.

[15] *Konvencija o eliminiranju svih oblika diskriminacije žena*, usvojena 18. decembra 1979, objavljena u Sl. listu SFRJ – Međ. ugovori, br. 11, od 9. oktobra 1981. Citat preuzet iz prevoda *Prava čovjeka*, o. c., s. 108. i 112.

djeci koja su bez obitelji ili nemaju dovoljno sredstava za izdržavanje (npr., plaćanje posebnih dodataka za djecu iz velikih obitelji). Školovanje djece treba da bude besplatno i obavezno bar u osnovnom stupnju, a opće obrazovanje koje djeca dobijaju, treba da unaprijedi njihovu opću kulturu, razvije sposobnosti, lično rasuđivanje, osjećanje morala i društvene odgovornosti. Takođe, propisuje se da dijete treba da ima pravo na igru i razonodu koji treba da budu usmjereni istim ciljevima kao i obrazovanje. Kao vid društvene zaštite djece uvodi se ograničenje zapošljavanja maloljetnika kroz postavljanje najniže starosne granice za zapošljavanje i zabranu rada na poslovima štetnim po zdravlje, obrazovanje, fizički, mentalni i moralni razvoj djeteta. Deklaracija nalaže zaštitu djeteta od svih oblika zanemarivanja, okrutnosti i eksploatacije i zabranjuje svaku mogućnost da dijete bude predmet trgovine u bilo kom obliku.[16] Deklaracija, za razliku od sličnih dokumenata, ne predviđa nikakva ograničenja prava. To ukazuje na razliku u tretmanu prava i slobode odraslih i djece. Prava djece se ne mogu ograničiti niti se može ukinuti bilo koje pravo djeteta. Time je spriječena politizacija prava djece iz koje proizlazi potreba da se neka prava posebno garantiraju čak i u izuzetnim okolnostima.[17]

Najnoviji dokument međunarodne zajednice o zaštiti prava djeteta je *Konvencija UN o pravima djeteta* iz 1990,[18] čiji je potpisnik i naša zemlja. Prema Konvenciji dijete je ljudsko biće sve do navršene osamnaeste godine života osim ako se punoljetstvo ne stiče ranije. Države članice *Konvencije* obavezale su se da će poštovati i osigurati prava koja su sadržana u njoj, svakom djetetu pod njihovom jurisdikcijom, bez ikakve diskriminacije. To, prije svega, znači da države članice priznaju da svako dijete samim rođenjem ima pravo na život i da od tog trenutka ono stiče pravo na ime, pravo na staranje, pravo na državljanstvo i pravo da zna ko su mu roditelji. Djetetu se priznaje i pravo na slobodu izražavanja, slobodu mišljenja, savjesti i vjeroispovijesti. Dijete niko ne može odvojiti od roditelja protiv njihove volje, osim u slučajevima zlostavljanja i zanemarivanja djeteta, kao i kod rastave roditelja, kada se mora donijeti odluka o mjestu stanovanja djeteta.

Konvencija predviđa zaštitu djeteta od određenih oblika viktimizacije. Tako, razlikuje seksualno izrabljivanje i zloupotrebu djeteta od navođenja ili prisiljavanja djeteta da učestvuje u nezakonitim seksualnim aktivnostima,

---

[16] *Deklaracija o pravima djeteta*, usvojena i proklamovana rezolucijom Gen. sk. UN-a 1386 (XIV) od 20. novembra 1959. Citat preuzet iz prevoda *Prava čovjeka*, o. c, s. 71–73.

[17] Janjić-Komar, M. (1981). *Pravo deteta na život i zdravlje*, dok. dis., Beograd, s. 46.

[18] *Konvencija UN o pravima djeteta*, "Sl. list SFRJ – Međ. ugovori", br. 15. iz 1990.

korišćenja djece u prostituciji i u pornografskim predstavama i časopisima. Zatim, države-članice Konvencije obavezale su se da sprječavaju nelegalnu trgovinu djecom, kao i da zaštite djecu od ekonomske eksploatacije i od obavljanja poslova koji mogu biti štetni po zdravlje djece ili omesti njihov razvoj. Posebno je istaknuta potreba da se djeca zaštite od upotrebe opojnih droga i psihotropnih supstanci. No, bez obzira na oblik viktimizacije koji je dijete pretrpjelo, neophodno je pružiti pomoć djetetu-žrtvi, kako bi se ono psihički i fizički oporavilo u nekoj drugoj sredini, u kojoj se podstiče zdravlje, samopoštovanje i dostojanstvo djeteta.

Sva djeca imaju pravo na najviši nivo zdravstvene i medicinske zaštite. Međutim, za razliku od duhovno i tjelesno zdravog djeteta, mentalno zaostalom ili fizički invalidnom djetetu, treba osigurati posebnu njegu i uvjete u kojima hendikepirano dijete može ostvariti dostojanstvo i biti osposobljeno za samostalan život u zajednici. Isto tako, Konvencija svoj djeci, bez razlike, priznaje pravo na obrazovanje, s tim što osnovno obrazovanje treba da bude obavezno i besplatno. U odnosu na prošla vremena, međunarodnom zaštitom prava djeteta učinjen je krupan korak naprijed za nesmetan i pravilan razvoj djece, kao najmanje zaštićenih bića među svim živim bićima.

U cilju dodatne, pojačane zaštite dječijih prava, uz Konvenciju su, 2000. godine, usvojena dva protokola: Fakultativni protokol o učešću djece u oružanim sukobima i Fakultativni protokol o prodaji djece, dječjoj prostituciji i dječjoj pornografiji. Oba protokola su stupila na snagu 2002. godine.

U Protokolu su jasno definirani pojedini pojmovi. Tako, u čl. 2 piše da prodaja djece podrazumijeva bilo koju radnju ili transakciju kojim bilo koja osoba ili grupa osoba prebacuje neko dijete nekom drugom za novčanu ili bilo koju drugu naknadu. Dječja prostitucija podrazumijeva korišćenje djece u seksualnim aktivnostima za novčanu ili bilo koju drugu naknadu. Dječja pornografija podrazumijeva bilo kakvo predstavljanje, bilo kojim sredstvom, djeteta u stvarnim ili simuliranim eksplicitnim seksualnim aktivnostima ili bilo kakvo predstavljanje seksualnih dijelova tijela (primarnih i seksualnih organa djeteta), prvenstveno u seksualne svrhe.

Radi što efikasnije primjene zakona države ugovornice će usvojiti ili jačati, provoditi i širiti obaviještenost o zakonima, upravnim mjerama, socijalnoj politici i programima, kako bi spriječile djela pomenuta u ovom protokolu. Posebna pažnja poklanjaće se zaštiti djece koja su posebno ranjiva u odnosu na takva djela (čl. 9). Države ugovornice će jačati svijest javnosti u cjelini, uključujući i djecu, kroz obavještavanje pomoću svih odgovarajućih sredstava, obrazovanje i obuku, o preventivnim mjerama i štetnim posljedicama djela pomenutih u ovom protokolu. Pri ispunjavanju svojih obaveza iz ovog

člana, države ugovornice će ohrabrivati učešće zajednice i posebno djece i djece žrtava, u takvom obavještavanju, kao i obrazovanju i obuci.

Prema čl. 11 Protokola, ništa iz ovog protokola neće uticati na bilo koje odredbe koje su pogodnije za ostvarivanje prava djeteta a koje mogu biti sadržane u: pravu države ugovornice i u međunarodnom pravu koje obavezuju tu državu.

Posebne obaveze su predviđene za državu potpisnicu u odnosu na komitet za prava djeteta. Svaka država ugovornica će, u roku od dvije godine od stupanja na snagu ovog protokola za tu državu ugovornicu, podnijeti izvještaj Komitetu za prava djeteta, osiguravajući sveobuhvatne informacije o mjerama koje je preduzela na provođenju odredaba Protokola. Komitet za prava djeteta može da traži od država ugovornica dodatne informacije od značaja za provođenje ovog protokola (čl. 12).

Kao motive za donošenje ovog protokola države ugovornice su navele: uznemirenost zbog štetnog i široko rasprostranjenog sukoba na djecu i dugoročnih posljedica koje takav sukob ima na trajan mir, sigurnost i razvoj; osudu usljed odabiranja djece za ciljeve u situacijama oružanog sukoba i direktne napade na objekte koji su zaštićeni međunarodnim pravom, uključujući mjesta gdje obično boravi znatan broj djece, kao što su škole i bolnice. Takođe, navodi se značaj usvajanja Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda, u kome je posebno kvalificiranje regrutacije ili mobilizacije djece, koja su mlađa od 15 godina ili korišćenje djece za aktivno učešće u neprijateljstvima u međunarodnim i nemeđunarodnim oružanim sukobima kao ratnog zločina. Na dvadeset šestoj međunarodnoj konferenciji Crvenog križa i Crvenog polumjeseca u decembru 1995. između ostalog preporučeno je da strane u sukobu preduzimaju sve moguće korake kako bi se osiguralo da djeca mlađa od 18 godina ne učestvuju u neprijateljstvima. Posebno se ističe značaj jednoglasnog usvajanja, u junu 1999, Konvencije br. 182 Međunarodne organizacije rada o zabrani i hitnim akcijama za ukidanje najgorih oblika dječjeg rada, kojom se, između ostalog, zabranjuje prisilna ili obavezna regrutacija djece radi njihovog iskorišćavanja u oružanom sukobu.

Ovim protokolom, države ugovornice se obavezuju da će poduzeti sve moguće mjere kako bi se osiguralo da pripadnici njihovih oružanih snaga koji još nisu navršili 18 godina ne uzimaju direktno učešće u neprijateljstvima (čl. 1). Države ugovornice će osigurati da osobe koje još nisu navršile 18 godina ne podliježu obaveznoj regrutaciji u svoje oružane snage (čl. 2). Države ugovornice će podići minimalnu starosnu granicu za dobrovoljnu regrutaciju osoba u svoje državne oružane snage u odnosu na onu postavljenu u članu 38 stav 3 Konvencije o pravima djeteta, imajući u vidu principe sadržane

u tom članu i priznajući da, u skladu s Konvencijom, osobe mlađe od 18 godina imaju pravo na posebnu zaštitu (čl. 3). U slučajevima kada države ugovornice dozvole dobrovoljnu regrutaciju u svoje državne oružane snage osobama mlađim od 18 godina, garantiraće da će kao minimum osigurati da: a) takva regrutacija bude stvarno dobrovoljna, b) takva regrutacija bude provedena uz izričiti pristanak roditelja ili zakonskih staratelja te osobe, c) su te osobe u potpunosti informirane o obavezama koje proizlaze iz takve svoje službe, d) te osobe osiguraju pouzdan dokaz o svojim godinama prije nego što budu primljene u državnu vojnu službu (čl. 3).

Oružane grupe koje nisu oružane snage države, ne bi trebalo pod bilo kojim okolnostima da regrutiraju ili iskorišćavaju u neprijateljstvima osobe mlađe od 18 godina. Države ugovornice će poduzeti sve moguće mjere da spriječe regrutaciju i iskorišćavanje, uključujući usvajanje neophodnih zakonskih mjera da takve postupke zabrane ili kvalificiraju kao krivično djelo (čl. 4).

Države ugovornice će sarađivati u provođenju ovog protokola, uključujući i u sprječavanju svih aktivnosti koje su u suprotnosti s Protokolom, i u rehabilitaciji i društvenoj reintegraciji s Protokolom, i u rehabilitaciji i društvenoj reintegraciji osoba koje su žrtve aktivnosti koje su u suprotnosti s Protokolom, uključujući tehničku saradnju i finansijsku pomoć. Ova pomoć i saradnja će se odvijati uz konsultaciju sa zainteresiranim državama ugovornicama i relevantnim međunarodnim organizacijama (čl. 7). Svaka država ugovornica će, u roku od dvije godine nakon stupanja na snagu ovog protokola za dotičnu državu ugovornicu, podnijeti izvještaj Komitetu za prava djeteta u kome će pružiti sveobuhvatne informacije o mjerama koje je poduzela za provođenje odredaba vezanih za učešće i regrutaciju (čl. 8)

3. Značaj i uloga Komiteta za prava djeteta

Konvencijom o pravima djeteta ustanovljen je Komitet za prava djeteta[19] sastavljen od 18 članova (ranije 10) (čl. 43–45). Njegove članove biraju strane ugovornice na period od 4 godine, između eksperata visokih moralnih vrijednosti i priznate stručnosti, koji su državljani države članice. Članovi Komiteta djeluju u ličnom svojstvu, uz poštovanje ravnomjerne geografske zastupljenosti. Strane ugovornice se obavezuju da podnose Komitetu izvještaje o mjerama koje su države usvojile za ostvarivanje prava priznatih Konvencijom i o napretku ostvarenom u pogledu uživanja tih prava.

Komitet će svake druge godine podnositi Generalnoj skupštini UN, preko Ekonomskog i Socijalnog savjeta, izvještaje o svojim aktivnostima. S druge

[19] Janković, B., Radivojević, Z., o. c., s. 261–262.

strane, strane ugovornice će osigurati da im izvještaji budu dostupni najširoj javnosti u njihovim zemljama. U okviru svojih ovlašćenja, Komitet može preporučiti Generalnoj skupštini da zatraži od generalnog sekretara da prouči određena pitanja koja se odnose na prava djeteta.[20]

4. Dokumenti regionalnih organizacija

Međunarodnopravna akta kojima se štiti sloboda naroda i druga politička prava sadrže odredbe koje se odnose na prava djeteta. *Deklaracija o širenju među omladinom ideala mira, uzajamnog poštovanja i razumijevanja među narodima* iz 1965. propisuje da mlade ljude treba odgajati u duhu mira, pravde, slobode, uzajamnog poštovanja i razumijevanja da bi se ostvarila ravnopravnost svih ljudskih bića i nacija, kao i ekonomskog i socijalnog napretka, razoružavanja i očuvanja međunarodnog mira i sigurnosti. Sredstva odgoja djece, koja se primjenjuju u okviru obitelji i kroz sistem obrazovanja, među mladim ljudima treba da njeguju ideje mira, čovječnosti, slobode i međunarodne solidarnosti. Glavni cilj obrazovanja mladih je razvijanje svih njihovih sposobnosti i sticanje moralnih osobina.[21]

Neki od regionalnih općih dokumenata o pravima čovjeka sadrže i odredbe koje propisuju osnovna prava djeteta. *Američka deklaracija o pravima i dužnostima čovjeka* iz 1948. propisuje da svako ljudsko biće ima pravo na život, slobodu i sigurnost svoje ličnosti. Sve žene, za vrijeme trudnoće i dojenja, kao i sva djeca, imaju pravo na posebnu zaštitu, njegu i pomoć. Deklaracija predviđa uvođenje besplatnog, osnovnog obrazovanja.[22] *Afrička povelja o pravima čovjeka i naroda* iz 1981. obitelj smatra prirodnom zajednicom i osnovom društva, koju štiti država, vodeći računa o njenom fizičkom zdravlju i moralu. Obaveza je države da pomaže obitelj i da osigura zaštitu prava žena i djece na način kako to predviđaju međunarodne deklaracije i konvencije. *Američka konvencija o ljudskim pravima* iz 1969. odvojeno propisuje prava obitelji i prava djeteta. Obitelj je prirodna i osnovna grupna jedinica društva koja ima pravo na zaštitu od strane društva i države. Na državama-ugovornicama leži odgovornost da osiguraju jednakost u pravima i ravnotežu između bračnih drugova u vezi s brakom, i u toku braka, a za

---

[20] *Konvencija o pravima djeteta*, UNICEF, Beograd, s. 35–39. http://prezentacije.mup.gov.rs/Deca/dl/Konvencija_o_pravima_deteta_sa_fakultativnim_protokolima_lat.pdf, pristup> 17. 4. 2012.

[21] *Deklaracija o širenju među omladinom ideala mira, uzajamnog poštovanja i razumijevanja među narodima*, cit. prema prevodu iz *Arhiva za pravne i društvene nauke* br. 4/1968, s. 746–747.

[22] *Američka deklaracija o pravima i dužnostima čoveka*. Cit. prema prevodu iz *Arhiva za pravne i društvene nauke* br. 4/1968, s. 761–763.

slučaj njegovog raskida isključivo će se uzimati u obzir najbolji lični interesi djece (bračna i vanbračna djeca su izjednačena u pravima). Svako maloljetno dijete ima pravo na mjere zaštite koje su predviđene za maloljetnički status i njih su dužni da primjenjuju obitelj, društvo i država.[23]

Opći akti međunarodnog značaja o pravima čovjeka iz 1968. u kojima su sadržane odredbe o pravima djeteta su: *Montrealska deklaracija Skupštine za prava čovjeka* i *Teheranska proklamacija.* Montrealskom deklaracijom potvrđuje se da nijedno pravo nema veću potrebu za priznanjem nego što je pravo djeteta u bilo kom dijelu svijeta. Posljedice koje rat i nasilje ostavljaju nad djecom privukle su pažnju javnosti, ali skrivene nepravde koje proističu iz siromaštva, neznanja i diskriminacije vrlo često prolaze nezapaženo.[24] Teheranska proklamacija propisuje da je zaštita obitelji i djece briga međunarodne zajednice. Roditelji imaju osnovno pravo da slobodno i po savjesti odrede koliko će obitelj biti velika i u kojim će razmacima rađati djecu.[25]

Pošto je seksualno zlostavljanje i "komercijalno iskorišćavanje djece" poprimilo oblike savremenog ropstva, neophodna je međunarodna saradnja u težnji da se ove pojave iskorijene. Svjetski kongres protiv komercijalnog seksualnog iskorišćavanja djece po prvi put je održan u Štokholmu, od 27. do 31. avgusta 1996. Organizatori su bili: Fond UN za djecu (UNICEF) i Organizacija okončajte dječiju prostituciju u Aziji. Kongresu su prisustvovali predstavnici vlada iz 122 države, zajedno s nevladinim organizacijama. Na Kongresu je usvojena *Deklaracija protiv komercijalne seksualne zloupotrebe djece.* Već 19. septembra 1996. Vijeće Europe, sa sjedištem u Strazburu, usvojilo je rezoluciju kojom se od zemalja Evropske unije zahtijeva da povedu posebnu borbu protiv sve veće rasprostranjenosti pojave seksualnog zlostavljanja djece.

U Bosni i Hercegovini i Srbiji oblici seksualnog zlostavljanja i zloupotrebe djece inkriminirani su normama pozitivnog krivičnog zakonodavstva. Takođe, obje zemlje su potpisnice *Konvencije o pravima djeteta* iz 1989, kojom je obuhvaćena i zaštita interesa djeteta u seksualnoj sferi.

Pošto ove dvije države nisu bile učesnice Svjetskog kongresa protiv komercijalnog seksualnog iskorišćavanja djece, smatramo da postoji interes pravničke javnosti da se upozna s tekstom ovog međunarodnog pravnog akta.

---

[23] *Američka konvencija o ljudskim pravima* iz 1969. Cit. prema prevodu iz *Prava čoveka*, o. c., s. 167, 182. i 183.

[24] *Montrealska deklaracija Skupštine za prava čoveka.* Cit. prema prevodu iz *Arhiva za pravne i društvene nauke* 4/1968. s. 821.

[25] *Teheranska proklamacija.* Cit. prema prevodu iz *Arhiva za pravne i društvene nauke,* 4/1968. s. 838.

Naime, prema Deklaraciji, komercijalna seksualna eksploatacija djece je osnovna povreda prava djeteta kojom se prema djetetu postupa kao prema komercijalnom ili seksualnom objektu. Društveno ekonomski faktori smatraju se glavnim uzrokom ove pojave, ali ne smiju predstavljati njeno opravdanje. Plan akcije zemalja potpisnica Deklaracije odnosi se na provođenje saradnje nacionalnih, regionalnih i međunarodnih organizacija protiv komercijalne seksualne upotrebe djece. Posebno su razrađene mjere prevencije ove pojave, kao i zaštite i oporavka seksualno viktimizirane djece. Iako Deklaracija predstavlja angažiranje zemalja članica "kroz globalno partnerstvo protiv komercijalnog seksualnog iskorišćavanja djece", a plan akcije ima važnost preporuke u odnosu na Komitet za prava djeteta, značaj Kongresa i usvajanje dokumenta imaju značaj posebne zaštite prava djeteta na međunarodnom planu.

5. Zaključak

Bez obzira na obimnu međunarodnopravnu zaštitu, s velikim brojem proklamovanih prava, stvarna zaštita djece od različitih oblika zlostavljanja izostala je u mnogim zemljama svijeta, a obim viktimizacije djece se povećao (nova ratna područja, trgovina djecom, sve veća rasprostranjenost upotrebe droge i alkohola među djecom). Isto tako, neke od najrazvijenijih zemalja svijeta, kao SAD, još nisu pristupile *Konvenciji UN o pravima djeteta,* zbog nenadležnosti federacije da regulira pitanja obrazovanja, usvajanja djece i zaštite opće dobrobiti djeteta. Zbog toga, mnoga od predviđenih prava ostaju samo na papiru. Smatramo da bi međunarodna zajednica provođenjem mjera za sprječavanje viktimizacije djeteta, u smislu iniciranja i vođenja akcija pojedinačno u zemljama svijeta, učinila mnogo više da se smanji broj ugrožene i povrijeđene djece.

Sprječavanje bilo kojeg oblika zlostavljanja djeteta, pa i seksualnog, u praksi se može ostvariti samo kroz promjenu pravnog položaja djeteta i pooštravanje kaznene politike prema učiniteljima. Isto tako, zakonodavac treba da proširi obim krivičnopravne zaštite djeteta, uvođenjem novih inkriminacija, posebno u oblasti krivičnih djela protiv spolnog morala, braka i obitelji. Sudovi, tužiteljstva i centri za socijalni rad treba da uvedu posebne upisnike s podacima o žrtvi. Na taj način bi bilo jednostavnije doći do podataka o obimu, vrsti i načinu zlostavljanja djece. Javnost većinu pojava zlostavljanja djece ne prepoznaje kao kriminalnu. Drastični slučajevi koji stignu do suda smatraju se izuzecima, kojima se ne poklanja mnogo pažnje.

Tipično dijete ne postoji, ali su rast i razvoj ljudske jedinke kontinuirani, dinamički procesi koji se odvijaju od začeća do zrelosti, u pravilnom nizu,

približno istom za svaku osobu. S druge strane, postoji tipična osobina "posebnosti" koja krasi svako zlostavljano dijete. Ta se osobina stalno ističe u izjavama osoba koje zlostavljaju djecu, iako ona objektivno ne mora da postoji. Djetetova „abnormalnost" možda samo tako izgleda roditelju kao izazov da zlostavlja dijete, dok okolina i stručnjaci ne vide ništa posebno što bi ga izdvajalo od druge djece. Isto tako, djeca s oboljenjima mozga, defektima na rođenju ili mentalno zaostala, mogu samo da utiču na roditelje i svoje bližnje da ih više vole i bolje se staraju o njima.

Djeca bilo kog uzrasta, rase, religije, spola ili socioekonomskog statusa mogu postati žrtve kriminala. Bez obzira na oblik zlostavljanja, dijete-žrtva trpi posljedice. U slučajevima fizičkog zlostavljanja to su vidljivi hematomi, posjekotine i tragovi udaraca, dok seksualno zlostavljanu djecu možemo prepoznati po "praznom pogledu njihovih očiju". Da bi prevencija zlostavljanja djece bila efikasna mora se poći od karakteristika i uzoraka svake od tih pojava.

Posmatrano u sklopu vremenskih razdoblja u razvoju ljudskog društva, jasno je da se tek 20. stoljeće može nazvati zlatnim stoljećem djeteta. Uspostavlja se prava humana i višeznačna emocionalna veza između roditelja i djece. Ljudska civilizacija do sada nije izgradila neki drugi adekvatniji oblik koji bi obitelj zamijenio u njenoj socijalizatorskoj i emocionalnoj funkciji za razvoj djeteta. Zato je izgrađen složen sistem odnosa između obitelji i države. Država se obavezuje da osigura minimum socijalne sigurnosti obitelji i njenim članovima. S druge strane, roditelji su obavezni da pri staranju o svojoj djeci postupaju u skladu s interesom ili blagostanjem djeteta kao rukovodećim principom u obiteljskim odnosima. Za drugačije postupanje država ima pravo da izrekne sankcije krivičnopravnog i građanskopravnog karaktera.

"Dječiji potčinjeni status čiji osnov proizlazi iz nesposobnosti djeteta da se samo brani, ima korijen u istom dobronamjernom despotizmu na osnovu koga su kraljevi, muževi i gospodari zahtijevali svoje moralno pravo".[26] Tek kada je dijete počelo da se posmatra kao ličnost u razvoju, sa svojim biološkim i psihološkim osobinama, koje su zahtijevale da ima poseban obiteljski i društveni tretman, zajednica je nametnula pravila ponašanja prema njemu, i to kako obitelji, tako i institucijama koje se bave djetetom. Kao tekovina moderne civilizacije prihvaćeno je shvatanje da se svako odstupanje od tih pravila ponašanja može smatrati činom viktimizacije djeteta što povlači odgovarajuće reakcije države, na planu domaćeg zakonodavstva, ali uz jasno i naglašeno učešće normi međunarodnog prava.

[26] Wald, *Making Sense Out of the Rights of Youth*, Human Rights, 1974, s. 13, 15., cit. u Janjić-Komar, M., o. c., s. 4.

Literatura

Udžbenici, monografije, članci

Janjić-Komar, M. (1981). *Pravo deteta na život i zdravlje,* (doktorska disertacija), Beograd.

Janković, B., Radivojević, Z. (2011). Međunarodno javno pravo, PUNTA, Niš.

Kostić, M. (2011). Ličnost maloletnog delinkventa – kriminološka obeležja, Teme, Niš, br. 2 (2011), s. 475–493.

Mladenović, M. (1973). *Uvod u sociologiju porodice,* Savremena administracija, Beograd.

Raičević, N. (2004). "Zaštita ljudskih prava u okviru Organizacije ujedinjenih nacija", u: *Ljudska prava – uputstvo za upotrebu* (priredi Popović, N.), OGI, Niš, s. 85–114.

Dokumenta

Američka deklaracija o pravima i dužnostima čoveka. u: Arhiv za pravne i društvene nauke br. 4/1968.

Američka konvencija o ljudskim pravima iz 1969. U: Prava čoveka, (urednik Vasiljević,V.), Prometej, Beograd 1991.

Deklaracija o širenju među omladinom ideala mira, uzajamnog poštovanja i razumevanja među narodima, u: Arhiv za pravne i društvene nauke br. 4/1968.

Deklaracija o pravima deteta, usvojena i proklamovana rezolucijom Gen. sk. UN-a 1386 (XIV) od 20. novembra 1959. U: Prava čoveka, (urednik Vasiljević,V.), Prometej, Beograd 1991.

Deklaracija UN o ukidanju diskriminacije prema ženama, u: Arhiv za pravne i društvene nauke br. 4/1968.

Dopunska konvencija o ukidanju ropstva, trgovine robljem i institucija i prakse slične ropstvu, usvojena na Konferenciji punomoćnika sazvanoj Rez. Ekonomskog i socijalnog saveta 608 (XXI) od 30. aprila 1956. U: Prava čoveka, (urednik Vasiljević,V.), Prometej, Beograd 1991.

Konvencija o borbi protiv diskriminacije u oblasti prosvete, u: Arhiv za pravne i društvene nauke br. 4/1968.

Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, usvojena 18. decembra 1979, objavljena u SL. listu SFRJ – Međ. ugovori, br. 11, od 9. oktobra 1981. U: Prava čoveka, (urednik Vasiljević,V.), Prometej, Beograd 1991.

Konvencija UN o pravima deteta, "Sl. list SFRJ – Međ. ugovori", br. 15. iz 1990.

Konvencija o pravima deteta, UNICEF, Beograd, http://prezentacije.mup.gov.rs/Deca/dl/Konvencija_o_pravima_deteta_sa_fakultativnim_protokolima_lat.pdf, pristup> 17. 4. 2012

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, usvojen rezolucijom Gen. sk. UN-a 2200 A (XXI) od 16. decembra 1966. U: Prava čoveka, (urednik Vasiljević,V.), Prometej, Beograd 1991.

Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, usvojena rezolucijom Gen. sk.UN 2200A (XXI) od 16. decembra 1966. U: Prava čoveka, (urednik Vasiljević,V.), Prometej, Beograd 1991.

Montrealska deklaracija Skupštine za prava čoveka. u: Arhiv za pravne i društvene nauke br. 4/1968.

Međ. konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, usvojena rez. Gen. sk. UN-a 2106 A (XX) od 21. decembra 1965. U: Prava čoveka, (urednik Vasiljević,V.), Prometej, Beograd 1991.

Opšta deklaracija o ljudskim pravima, usvojena i proklamovana rezolucijom Gen. sk. UN-a 217 (III) od 10. decembra 1948. U: Prava čoveka, (urednik Vasiljević,V.), Prometej, Beograd 1991.

Povelja UN, u: Prava čoveka, (urednik Vasiljević,V.), Prometej, Beograd 1991.

Teheranska proklamacija. u: Arhiv za pravne i društvene nauke br. 4/1968.

Zakon o potvrđivanju Fakultativnog protokola o prodaji dece, dečjoj prostituciji i dečjoj pornografiji, uz Konvenciju o pravima deteta, „Sl. list SRJ – Međ. ugovori", br. 7/2002.

Zakon o potvrđivanju Fakultativnog protokola o učešću dece u oružanim sukobima uz Konvenciju o pravima deteta, „Sl. list SRJ – Međ. ugovori", br. 7/2002.

Dr Borislav Petrović
Full Professor
Faculty of Law, University of Sarajevo

Dr Miomira Kostić
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

CHILD PROTECTION IN INTERNATIONAL LAW

Summary

At the international level, child protection is envisaged within the framework of general human rights protection, which provides for a special protection of children's rights. In this paper, the author explores all relevant international documents regulating various issues concerning the rights of the child. In that context, the author first focuses on the UN human rights documents, including both general documents on human rights (the UN Declaration on Human Right, the Covenant on Civil and Political Rights and its two optional protocols, the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) and special conventions on human rights (the Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination, the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women, the Convention against Torture and other forms of Cruel, Inhuman and Degrading Treatment and Punishment, the Convention on the Rights of the Child, and other international documents), which are relevant for child protection. Further on, the author elaborates on the significant role of the UN Committee for the Rights of the Child and provides an overview of the regional documents containing provisions on child protection.

Key words: *the rights of the child, abused child, commercial exploitation of children, child protection*

.

Dr. Hajrija Sijerčić-Čolić: *Izazovi evropskog krivičnog prava – obaveze države u oblasti krivičnog zakonodavstva*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LV – 2012., s. 345-365

Dr. Hajrija Sijerčić-Čolić
Redovna profesorica

UDK: 343.1:061.1EU
Pregledni naučni rad

IZAZOVI EVROPSKOG KRIVIČNOG PRAVA – OBAVEZE DRŽAVE U OBLASTI KRIVIČNOG ZAKONODAVSTVA[1]

Sažetak

U radu se analiziraju izazovi evropskog krivičnog prava i obaveze država u oblasti krivičnog zakonodavstva. Razmatranja su usmjerena na određena pitanja, kao što su: kretanja evropske kriminalne politike u svjetlu pregovora sa zemljama Zapadnog Balkana, "osipanje" državnog suvereniteta, donošenje zajedničkih krivičnopravnih akata nakon Lisabonskog ugovora, perspektive razvoja supranacionalnog krivičnog prava i obaveze države u oblasti krivičnog zakonodavstva i krivičnog pravosuđa. S obzirom na važnost aktivnosti koje nastupaju u postlisabonskom vremenu u oblasti policijske i pravosudne saradnje, te podijeljenu zakonodavnu nadležnost između Evropske unije i država članica, u radu se zaključuje da su krivično zakonodavstvo i krivično pravosuđe (kao bitni sadržaji nacionalnog pravnog sistema i odraz nacionalnog suvereniteta) predmetom nebrojenih aktivnosti u Evropskoj uniji, čime se "podjela pravde u ime države" transformiše u "podjelu pravde u ime institucija regionalnog okupljanja država", a pitanje kažnjavanja prerasta granice "nacionalnog vitalnog interesa".

Ključne riječi: *evropsko krivično pravo, evropsko krivično procesno pravo, suverenitet, Lisabonski, ugovor, Bosna i Hercegovina*

1. Evropska kriminalna politika u svjetlu pregovora sa zemljama Zapadnog Balkana

Međunarodne, evropske i nacionalne aktivnosti u razvijanju i unapređivanju krivičnog zakonodavstva i krivičnog pravosuđa predstavljaju ključne segmente razumijevanja i saradnje u borbi protiv kriminaliteta. Među značajnijim pravnim pravilima međunarodnog krivičnog prava ističu se ona sa

[1] Rad je izložen na XI savjetovanju iz krivičnopravne oblasti (Neum, od 7. do 9. juna 2012).

oznakom "evropski"; u okviru evropskog krivičnog prava nužno je izdvojiti pravni potencijal Vijeća Evrope i Evropske unije. Predstavnici Vijeća Evrope i Evropske unije zaduženi za zemlje Zapadnog Balkana vrlo često ističu da od država članica Evropske unije, zatim država koje se nalaze na putu pridruživanja, kao i onih koje tek trebaju otvoriti pregovore sa Evropskom unijom, treba tražiti konkretne dokaze o napretku u krivičnom pravosuđu, suzbijanju kriminaliteta i zaštiti ljudskih prava. Smatra se da postupak pregovaranja sa "zemljama kandidatima" treba otpočeti upravo tim poglavljima jer su za nacionalni pravni i pravosudni sistem i najveći izazov.

Bosna i Hercegovina još uvijek nije kandidat za status države članice Evropske unije. Ostavljajući po strani htijenja, stremljenja i mogućnosti za takvo nešto, za našu raspravu je važno istaknuti da je već sada poznato da će pregovori s novim članicama (ili zemljama kandidatima) počinjati upravo poglavljima o policijskoj i pravosudnoj saradnji i osnovnim pravima i slobodama (poglavlja 23 i 24), dakle poglavljima koja sadrže osnovne elemente pravne tekovine Evropske unije i koja su opterećena bitnim i složenim aspektima pravosudne saradnje u krivičnim stvarima, te harmonizacijom supstantivnog i procesnog krivičnog prava. Iz izjava predstavnika Evropske unije može se zaključiti da će spomenuta poglavlja u budućim pregovorima biti ne samo otvarana kao prva, ona će među posljednjima biti i zatvorena. Samo podsjećanja radi ističemo da se poglavlja 23 i 24 odnose na funkcionisanje pravne države, zaštitu ljudskih i manjinskih prava, legalne i ilegalne migracije, pravo azila, reformu pravosuđa, pravosudnu saradnju u građanskim, trgovačkim i krivičnim stvarima, na saradnju pravosudnih, policijskih i carinskih organa u borbi protiv organizovanog kriminaliteta, zatim, na borbu protiv korupcije, trgovine ljudima, trgovine drogama, pranja novca, terorizma, te na Evropski nalog za hapšenje i predaju i postupak ekstradicije, oduzimanje imovine stečene krivičnim djelom, formiranje zajedničkih istražnih timova.

Novi pristup Evropske unije rješavanju pitanja njenog proširenja usmjeren je prema zemljama Zapadnog Balkana, a rezultat je iskustva stečenog u ranije realizovanim procesima pridruživanja, naročito kad je riječ o Rumuniji i Bugarskoj. Promjene u smislu strožijeg pristupa Evropske unije pristupnim pregovorima uočene su u primjeru Hrvatske, koja je, kako se to ističe, prošla "mnogo striktnije linije procesa proširenja". U napisima povodom budućih pregovora Evropske unije i Crne Gore (u pogledu pregovaračkih poglavlja 23 i 24), navodi se da će među preporukama na kojima će insistirati Evropska komisija biti, između ostalih, borba protiv kriminaliteta i korupcije na najvišem nivou, implementacija Evropskog naloga za hapšenje i predaju, prošireno oduzimanje nezakonito stečene imovine, nezavisnost i djelotvornost pravosuđa.

Na uslove za otvaranje i zatvaranje poglavlja (među njima i poglavlja 23 i 24) tako se sada drukčije gleda. Kad je riječ o nacionalnom pravnom poretku (a u okviru njega i o krivičnom zakonodavstvu i krivičnom pravosuđu), potencijalne koristi od dobrih i usklađenih pravnih normi ne mogu više biti zasjenjene njihovim neprimjenjivanjem u praksi. Fokus se, dakle, pomjera na primjenu nacionalnog zakonodavstva i interes se ne zadržava isključivo na njegovim "dobrim osobinama". Ako se ima u vidu da uz navedene težnje Evropska unija želi osigurati još i nezavisnost sudstva i stvarno funkcionisanje nacionalnih institucija, onda je uočljiva već istaknuta tendencija – Evropska unija će na Zapadnom Balkanu u traženju novih članica biti vrlo oprezna u provjeravanju usklađenosti nacionalnog zakonodavstva s evropskim, kao i implementaciji usklađenog zakonodavstva, i, po našim procjenama, "neumoljiva" u ispunjavanju postavljenih zahtjeva. Tako su potencijalne koristi od prilagođavanja nacionalnog pravnog sistema evropskim pravnim normama i standardima zasjenjene novim pristupom Evropske unije prema kome će države uključene u pregovore o proširenju Evropske unije biti mnogo više angažovane u složenim pregovaračkim procesima, daleko više nego ranije. Sudeći prema izjavama odgovornih osoba iz institucija Evropske unije, na djelu će, između ostalog, biti "kombinacija tehničkog i političkog procesa", s proširenim i aktivnim učešćem države kandidata i kontrolnim pristupom nadležnih evropskih institucija.

Ne umanjujući značaj evropskih mehanizama iz kruga pravnih akata Evropske unije, ovdje treba podsjetiti i na podsticaje Vijeća Evrope usmjerene prema državama Zapadnog Balkana. Možemo prenijeti ocjenu da je pristupanje Evropskoj uniji "popločano vrijednostima i standardima Vijeća Evrope", razmjenom iskustava u oblasti evropskih integracija, pridavanjem posebne pažnje regionalnom pristupu "prostoru slobode, sigurnosti i pravde", jačanjem saradnje u oblasti borbe protiv svih vidova organizovanog kriminaliteta, preduzimanjem zajedničkih konkretnih mjera u prevenciji, otkrivanju i borbi protiv terorizma, jačanjem sigurnosti u regionu, borbom protiv krijumčarenja migranata i trgovine ljudima, efikasnom razmjenom informacija u regionu, koordiniranim aktivnostima nacionalnih organa odgovornih za pitanja javne sigurnosti, kao i potrebom za razmjenom znanja i praktičnih iskustava iz relevantnih oblasti.

2. Izazovi globalizacije i krivično pravosuđe

Izazovi globalizacije postavljeni pred sisteme krivičnog pravosuđa naročito su potencirani transnacionalnim kriminalnim aktivnostima, korupcijom, posljedicama organizovanog kriminaliteta i terorizma, novim pristupima u borbi protiv kriminaliteta (posebno onih koji su u novoj formi i sa novim

sadržajem), udaljavanjem (u većoj ili manjoj mjeri) supranacionalnih i nacionalnih krivičnopravnih normi od (svojih) temeljnih načela i pravila materijalnog i procesnog krivičnog prava ili primjenjivanjem standarda o osnovnim pravima i slobodama čovjeka. Posebno zanimanje privlače i nacionalne strategije za borbu protiv različitih i aktuelnih oblika kriminaliteta (npr. trgovine ljudima, terorizma, korupcije, pranja novca, kompjuterskog kriminaliteta, zlostavljanja djece i maloljetnika), isticanje preventivnog (ili proaktivnog) djelovanje policije i drugih nadležnih nacionalnih tijela, te rasprave o granicama "odstupanja" od represivnog (ili reaktivnog) djelovanja sistema krivičnog pravosuđa. Konačno, uspješna borba protiv složenih i široko rasprostranjenih kriminalnih aktivnosti traži nove međunarodne organizacije koje će predstavljati efikasnije oblike saradnje na naddržavnom nivou. Posebno značenje u okviru Evropske unije imaju sljedeći oblici saradnje za potrebe krivičnog pravosuđa: Evropska pravosudna mreža (*European Judicial Network*), Evropska pravda (*Eurojust*), Međunarodna asocijacija organa krivičnog gonjenja (*International Association of Prosecutors*), Evropski ured za borbu protiv prevara (*European Anti-fraud Office – OLAF*), Magistrati (ili sudije) za vezu (*Liaison Magistrates*). Može se zaključiti da su zbog razlika u pravnim sistemima država članica Evropske unije, te specifičnosti nacionalnih sistema krivičnog pravosuđa, predviđeni spomenuti oblici saradnje kako bi se pojačala efikasnost i efektivnost pravosudne saradnje i, istovremeno, omogućilo bolje razumijevanje i povezivanje nacionalnih sistema krivičnog pravosuđa. Smatra se da je to jedan od bitnih instrumenata u borbi protiv internacionalnog kriminaliteta i prevara, posebno onih oblika kojima se ugrožavaju finansijski interesi Evropske unije.

Naredna izlaganja treba usredotočiti na promjene koje su u međunarodnoj krivičnopravnoj pomoći i međudržavnoj saradnji na području krivičnog zakonodavstva i krivičnog pravosuđa unesene kroz pravni red Evropske unije. Te promjene potrebno je obraditi kroz sljedeće segmente: – pristupanje Evropskoj uniji ima dalekosežne posljedice za državni suverenitet, koje su u krivičnopravnoj oblasti, od stupanja na snagu Lisabonskog ugovora, čvrsto usidrene u katalog obaveza nacionalnih krivičnopravnih i pravosudnih sistema; – temelj za rad na usvajanju novih oblika saradnje u borbi protiv kriminaliteta i na afirmaciji ranije donesenih akata u cilju prevencije kriminaliteta i represivne djelatnosti predstavlja Lisabonski ugovor, koji otvara nova poglavlja u razvoju supranacionalnog krivičnog prava i njegovog uticaja na nacionalne krivičnopravne poretke (za početak: Lisabonskim ugovorom omogućava se supranacionalna harmonizacija nacionalnog krivičnog zakonodavstva i stvaranje jedinstvenog pravosudnog prostora Evropske unije u krivičnim stvarima); – značaj i sve snažniji uticaj evropskih integracija na

nacionalna zakonodavstva država članica, država kandidata i država koje taj status još uvijek nemaju, ali je pristupanje Evropskoj uniji jedan od prioriteta u vremenu koje dolazi (bitan segment ovih rasprava je "prostor slobode, sigurnosti i pravde", odnosno zakonodavna aktivnost institucija Evropske unije na polju pravosudne i policijske saradnje i, s tim u vezi, obaveze države u oblasti krivičnog zakonodavstva) i – da li je moguće, i ako jeste, kako je moguće državama članicama Evropske unije (ovdje bi dodali: i državama koje ulaze u procese pridruživanja, bez obzira na "godine udaljenosti" od cilja) sačuvati suverenost, identitet i autonomnost s obzirom na konstantni porast naddržavnih nadležnosti institucija Evropske unije u oblasti krivičnog zakonodavstva i krivičnog pravosuđa.[2]

3. Značaj i sve snažniji uticaj evropskih integracija na nacionalno krivično zakonodavstvo i krivično pravosuđe

3.1. "Osipanje" državnog suvereniteta

Razgovor o uticaju prava Evropske unije na razvoj i specifičnosti nacionalnog krivičnog prava treba započeti "osipanjem" načela suvereniteta i tradicionalne uloge države u kreiranju krivičnog zakonodavstva i krivičnog pravosuđa. Promjene pravnog okvira krivičnopravne saradnje i zaštite osnovnih prava i sloboda, kako u okviru UN, tako i u Evropi, otvorene su nakon završetka Drugog svjetskog rata ratifikacijom Univerzalne deklaracije o pravima čovjeka (1948), Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950), Međunarodnog ugovora o građanskim i političkim pravima (1966) s dopunskim protokolima (1989), te Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda (1998). Ono što se u raspravama oko sužavanja državnog suvereniteta ističe jeste okolnost da su upravo prihvatanjem ovih međunarodnih instrumenata i njihovim ugrađivanjem u nacionalni pravni red, države ustupile dio svoje suverenosti institucijama UN za kooperaciju u krivičnom pravosuđu i Komitetu za ljudska prava, Vijeću Evrope i naročito Evropskom sudu za ljudska prava, a ratifikacijom Rimskog statuta prenijele su svoja represivna ovlaštenja za agresiju, genocid, zločine protiv čovječnosti i za ratne zločine na Skupštinu država potpisnica i Međunarodni krivični sud.[3]

---

[2] Na ovo posljednje pitanje upozorava dr. Ljubo Bavcon, redovni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta u Ljubljani u svojim radovima iz oblasti međunarodnog krivičnog prava i pravnog reda Evropske unije. V., npr., rad pod naslovom: "Status kazenskega prava v pravnem redu Evropske unije". Zbornik na trudovi na Pravniot fakultet "Justinijan Prvi" vo Skopje / Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu. Skopje – Zagreb, 2007., str. 47–60.

[3] Bavcon, Lj.: Mednarodno kazensko pravo in državna suverenost. U: Rimski statut Mednarodnega kazenskega sodišča. Amnesty International Slovenije, Ljubljana, 2003, str. 37–54.

O tome da suverenitet države prestaje na njenim granicama i da je normama međunarodnog prava o saradnji u suzbijanju kriminaliteta i vršenju drugih aktivnosti u okviru krivičnog pravosuđa nužno zahvatiti u suverenost, potvrđuju i zakonodavne aktivnosti u okviru Evropske unije. Taj proces možemo pratiti od Ugovora o Evropskoj uniji (Maastricht, 1992) koji oblikuje nove institucionalne i pravne okvire za sudjelovanje na području pravosuđa i unutrašnjih poslova, preko Amsterdamskog ugovora (1999) koji unosi niz suštinskih promjena u treći stub, određujući Uniju kao područje slobode, sigurnosti i pravde i ugrađujući tješnju saradnju između policijskih, carinskih i drugih nadležnih organa u državama članicama, kao i tješnju saradnju između sudskih i drugih nadležnih organa država članica,[4] do Lisabonskog ugovora koji otvara nove stranice u razvoju supranacionalnog krivičnog zakonodavstva. No, nije samo riječ o tim ograničenjima načela suvereniteta države. Treba podsjetiti i na prihvatanje opštih načela od strane Evropskog suda pravde u povodu prethodnih pitanja u ranijem trećem stubu Evropske unije. Time je ovaj Sud kroz svoju praksu otpočeo razvoj opštih pravnih načela i prije stupanja na pravnu snagu Lisabonskog ugovora (npr., odluke u predmetima *Pupino*, vezano za Okvirnu odluku o položaju žrtava u krivičnom postupku u zemljama članicama Evropske unije i *Advocaten voor de Wereld*, prilikom ocjene valjanosti Okvirne odluke o evropskom nalogu za hapšenje i predaju). Stoga se s pravom navodi da je Evropski sud pravde odigrao istaknutu ulogu jer je tumačeći pravo "uvijek iznova širio dosege ovlasti Unije u ovom području i tako utirao put njegovom daljem razvoju".[5] Konačno, ako se uzme u obzir da se "prostor slobode, sigurnosti i pravde" treba temeljiti na uzajamnom povjerenju država članica "koje proizlazi iz kvalitetnog sudstva i poštovanja vladavine prava", onda je razumljiv i prihvatljiv zaključak prema kome odluke Evropskog suda pravde imaju ne samo neposredan učinak u nacionalnom krivičnopravnom poretku, nego otvaraju put za evropsku teritorijalnost, evropski sudski prostor i integraciju pravosuđa u krivičnim predmetima.[6]

I neka druga zanimljiva pitanja, u teorijskom smislu, postavljaju se u vezi s pravnim pojmom suverenosti i represivnim ovlaštenjima države. Tako su

[4] Za razvoj krivičnog prava u okviru Evropske unije prije donošenja Lisabonskog ugovora v. Sijerčić-Čolić, H.: Evropsko krivično procesno pravo – regionalna pravna pravila o krivičnom postupku. Pravo i pravda – časopis za pravnu teoriju i praksu, VII, 2008, str. 7–47.

[5] Krapac, D.: Kazneno procesno pravo. Prva knjiga: institucije. IV izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Zagreb, 2010., str. 58–59.

[6] Vervaele, J. A. E.: Europsko kazneno pravo i opća načela prava Unije. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 12 (2005) 2, str. 855–882.

sa aspekta krivičnog prava, za pravni pojam suverenosti karakteristična dva elementa: – represivna ovlaštenja države u smislu da nacionalnim zakonom budu određena krivična djela (ali i druga kažnjiva ponašanja, npr., prekršaji ili disciplinska djela) i – jurisdikcija kao izraz moći i mogućnosti države da u skladu s pravilima o stvarnoj, mjesnoj ili funkcionalnoj nadležnosti donese odluku o krivičnim i drugim kažnjivim djelima (koje je kao takve njeno zakonodavno tijelo propisalo).[7] Na ova razmišljanja, dodali bi još i rasprave o ekstradiciji (kao najstarijem obliku međudržavne, a kasnije i međunarodne saradnje, u krivičnim stvarima), izvršenju strane krivične presude, različitim oblicima tzv. "male" međunarodne krivičnopravne pomoći (ili u duhu našeg Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, "Službeni glasnik BiH" br. 53/2009 – opštih vidova pravne pomoći), dakle o institutima koji su, s jedne strane, neophodni u međunarodnoj krivičnopravnoj pomoći (o čemu svjedoči hiljadugodišnje iskustvo, za ekstradiciju; ili razvoj u posljednjih 50-ak godina, npr. kad je riječ o izvršenju stranih krivičnih presuda)[8] i koje, s druge strane, za uspješnu realizaciju prati ispunjenje različitih uslova (npr. načelo identiteta norme ili obostrane kažnjivosti, načela reciprociteta i ekstradibilnosti). Dosadašnji razvoj međunarodne krivičnopravne saradnje potvrđuje da je propisivanje krivičnih djela u domenu međunarodnog krivičnog prava, te njihovo otkrivanje i dokazivanje, odnosno vršenje krivičnog pravosuđa i izvan nacionalnih granica *conditio sine qua non* društvenog razvoja, ekonomske i političke sigurnosti, koordiniranih i uspješnijih aktivnosti u sprečavanju transnacionalnog kriminaliteta i objektiviziranog pristupa pravima i slobodama čovjeka u smislu njihove implementacije u nacionalno krivično zakonodavstvo i krivično pravosuđe.

3.2. Načelo suvereniteta i Evropska unija

U posljednjih 20-ak godina, u Evropskoj uniji stvari se kreću u pravcu sve intenzivnijeg preduzimanja koordiniranih i zajedničkih aktivnosti u policijskoj i pravosudnoj saradnji u krivičnim stvarima. Procesi su započeli obezbjeđivanjem ovlaštenja u oblasti krivičnog prava nakon Maastrichta 1992. godine, vremenom su prerasli u ambicioznije oblike supranacionalnog krivičnog prava nakon Lisabona 2009. godine. Od tada do danas intenzivno

[7] Bavcon, Lj., Status kazenskega prava..., op. cit., str. 49–50.

[8] O tome svjedoče i drugi oblici međunarodne krivičnopravne pomoći ili saradnje država u suzbijanju kriminaliteta, npr.: – pravila o saradnji s međunarodnim sudskim tijelima; – privremeno oduzimanje dobiti stečene krivičnim djelom; – prikupljanje i razmjena podataka; – prenos nadzora nad uslovno osuđenim i uslovno otpuštenim osobama; – zaštita žrtava ili – međunarodna policijska saradnja. O tome više Degan, Đ., Pavišić, B., Međunarodno kazneno pravo. Rijeka, 2005., str. 281–286.

se radi na realizaciji naučnoistraživačkih projekata, organizaciji seminara i konferencija i izdavačkoj djelatnosti o promjenama u nacionalnom krivičnom pravu i krivičnom pravosuđu i njihovom prilagođavanju razvoju i zahtjevima evropskog krivičnog prava. Tokom 90-ih godina prošlog vijeka pa sve do pripremanja Ustavnog ugovora (2004), odnosno prihvatanja Lisabonskog ugovora, posebna pažnja bila je usmjerena na: krivično pravo i treći unijski stub, policijsku i pravosudnu saradnju u krivičnim stvarima u državama članicama Unije, (minimalno) usaglašavanje u smislu harmoniziranja krivičnog prava, usmjeravanje nacionalnog zakonodavca (sve do Lisabonskog ugovora, to usmjeravanje nije značilo i njegovo "preskakanje" stvaranjem nadnacionalnog krivičnog prava koje bi se direktno primjenjivalo u državama članicama), te upute uz član 31. tačka e. Ugovora o Evropskoj uniji koji govori o "... postepenom prihvaćanju mjera kojima se utvrđuju minimalna pravila vezana uz obilježja krivičnih djela i kazni na području organizovanog kriminaliteta, terorizma i ilegalne trgovine drogom".[9]

Kada i kako se krenulo s ograničavanjem načela suvereniteta u krivičnopravnoj disciplini u onim državama koje su članice Evropske unije? Zaključiti se može da su ti procesi otpočeli stupanjem na snagu Amsterdamskog ugovora, a intenzivirani naročito nakon sastanka u Tampereu u oktobru 1999. godine. Naime, razvoj odredbi o saradnji u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova iz Ugovora o Evropskoj uniji iz 1992. godine[10] potvrdio je Amsterdamski ugovor od 2. oktobra 1997. godine, koji je stupio na snagu 1. maja 1999. godine. S obzirom na to da je ovaj ugovor mijenjao Ugovor o Evropskoj uniji, ugovore o osnivanju Evropskih zajednica i s njima povezane akte, često se ističe da je to krajem XX vijeka bio novi doprinos u oblikovanju institucionalnog i pravnog okvira Evropske unije. Amsterdamski ugovor oblikovao je suštinske promjene u trećem stubu, određujući Uniju kao područje slobode, sigurnosti i pravde i ugrađujući tješnju saradnju između policijskih, carinskih i drugih nadležnih organa u državama članicama, kao i tješnju saradnju između sudskih i drugih nadležnih organa država članica. Nakon Amsterdamskog ugovora treći stub je promijenio oblik ("izgubio" je pitanja viza, azila i slobode kretanja državljana trećih država, s obzirom na to da su

[9] Više o tome Bavcon, Lj.: Evropska unija i kaznovalno (kazensko) pravo. U: Korošec, D., Bavcon, Lj.: Mednarodno kazensko pravo. Posebni del. Ljubljana, 2003, str. 189.; Satzger, H.: Utjecaji prava Europske zajednice/Europske unije na nacionalno kazneno pravo država članica. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 10 (2003) 1, str. 165–179. i tamo navedena doktrinarna razmatranja, naročito sa njemačkog govornog područja.

[10] Ugovorom iz Maastrichta otvoren je treći stub u koji je uvršteno područje pravosuđa i unutrašnjih poslova, čime je postavljen temelj za djelovanje Evropske unije i u krivičnopravnoj oblasti i sferi krivičnog pravosuđa.

ona prebačena u komunitarni segment ili prvi stub), odnosno dobio je nove instrumente za djelovanje u onom što je ostalo u njegovom sastavu, čime je broj krivičnopravnih mjera u trećem stubu porastao relativno brzo i mnoge od tih mjera su preduzete upravo iz razloga harmoniziranja krivičnopravnog segmenta. Konačno, Amsterdamski ugovor uveo je i novu vrstu pravnog akta za pitanja iz trećeg stuba – okvirne odluke, koje su obavezujuće u pogledu cilja koji se želi njima postići, državama se prepušta "kreativnost" u traženju načina za realizaciju zacrtanog. Iz navedenog se zaključuje da je represivna djelatnost države, kao jedno od najeminentnijih obilježja suverenosti, s Amsterdamskim ugovorom preselila s međudržavne ravni na naddržavnu ravan.[11] Značajne promjene ostvarene Amsterdamskim ugovorom bile su usmjerene na tzv. prekogranični kriminalitet. Nakon sastanka u Tampereu zabilježeno je da je na Evropsku uniju prenesena represivna vlast za finansijski kriminalitet (pranje novca, korupciju, falsifikovanje eura), nedozvoljenu trgovinu drogama, trgovinu ljudima, seksualno zlostavljanje žena i djece, kompjuterski kriminalitet i ekološki kriminalitet.[12]

Konstatacije o tome da u vrijeme donošenja i primjene prethodno spomenutih dokumenata i zaključaka postoji krivično pravo Evropske unije u širem smislu, ali ne i nadnacionalno krivično pravo u užem smislu u Evropi[13] pripadaju prošlosti nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora. O Lisabonskom ugovoru i promjenama u krivičnopravnoj oblasti uskoro će biti više riječi. Prije toga, imamo potrebu da u nekoliko redova, u svjetlu izazova evropskog krivičnog prava i obaveza država u oblasti krivičnog zakonodavstva, najavimo jednu od značajnijih promjena u krivičnopravnoj oblasti koju donosi Lisabonski ugovor. Riječ je o promjeni naziva i značaja okvirnih odluka koje će se kroz prelazno razdoblje (do kraja 2014) transformisati u pravne akte komunitarnog pravnog reda (direktive, smjernice). Ako se uzme u obzir da je do sada doneseno više desetina okvirnih odluka, onda se ta intervencija može opisati kao promjena koja vodi u supranacionalno krivično pravo u pravnom poretku Evropske unije. To znači da nadležno državno tijelo neće moći odlučivati o sadržini i cilju evropskog krivičnopravnog akta, već će morati prihvatiti evropski zakon kojim će u domaće krivično zakonodavstvo prenijeti, odnosno konkretizovati već načelno određena obilježja krivičnih djela, propisati kaznu u već određenim okvirima, uspostaviti oblike evropskog krivičnog procesnog prava nužne za pojednostavljenje krivičnopravne i pravosudne saradnje ili pružiti zaštitu katalogu osnovnih prava i sloboda čovjeka iz Povelje osnovnih prava Evropske unije. Dakle, nadležna

[11] Bavcon, Lj.: Status kazenskega prava..., str. 51.

[12] Ibidem.

[13] Satzger, H., op. cit., str. 168.

tijela će za nacionalne potrebe odlučiti samo o obliku u kojem će oživotvoriti već propisani sadržaj.[14]

Ova opšta dužnost na lojalnost pravnom redu Evropske unije (u sadašnjosti i budućnosti) ukazuje na izazove evropskog krivičnog prava i obaveze države u oblasti krivičnog zakonodavstva i krivičnog pravosuđa. Ratifikacijom Lisabonskog ugovora države članice ustupile su dio svog suvereniteta Evropskoj uniji, te će supranacionalno krivično pravo onemogućavati nacionalnog zakonodavca da donosi propise koji će suprotstavljanje kriminalitetu i saradnju u borbi protiv kriminaliteta uređivati u suprotnosti s pravnim redom Evropske unije. Da li će tu biti govora o načelima, obilježjima krivičnih djela, krivičnim sankcijama, kaznenim okvirima ili uzajamnom povjerenju država članica u pitanjima međusobne saradnje u krivičnim stvarima, u drugom je planu. Sigurno je, i to je u prvom planu, da je Lisabonskim ugovorom omogućeno uspostavljanje "evropskog suvereniteta" (koje će nacionalni zakonodavac moći dovoditi u pitanje u za to predviđenim slučajevima) i "evropskih granica" (koje nacionalno pravo neće moći "preskočiti").

4. Lisabonski ugovor[15]

U okvirima Evropske unije, u pripremama za donošenje Ustavnog, a kasnije Lisabonskog ugovora, postavilo se pitanje donošenja zajedničkih krivičnopravnih akata. To pitanje je bilo naročito povezano uz: institucionalnu reformu, podizanje svijesti o značaju supranacionalnog krivičnog prava i ujedinjene borbe protiv organizovanog kriminaliteta i terorizma. U razvoju tih ideja posebno su pomogle česte ocjene o tome da je treći stub Evropske unije neefikasan, kompleksan i opterećen pitanjem legitimnosti. Također se isticalo da je prepreka uspješnijoj saradnji i povezivanju država članica u borbi protiv kriminaliteta nepostizanje konsenzusa u donošenju odluka u okviru policijske i pravosudne saradnje i nespremnost država da nakon donošenja propisa u okviru trećeg stuba Unije vrše promjene u nacionalnom zakonodavstvu.[16]

---

[14] Bavcon, Lj.: Status kazenskega prava..., str. 52.; Đurđević, Z.: Lisabonski ugovor: prekretnica u razvoju kaznenog prava u Europis. U: Reforma Europske unije. Lisabonski ugovor. Rodin Siniša, Ćapeta Tamara, Goldner Lang Iris (ur.). Zagreb, 2009., str. 307–308; Misita, N.: Evropska unija – osnivanje i razvoj. Sarajevo, 2010., str. 308–310.

[15] Reformski ugovor, ili Treaty of Lisabon. Čl. 1. sadrži izmjene Ugovora o Evropskoj uniji, a čl. 2. obuhvata izmjene Ugovora o Evropskoj zajednici (taj Ugovor je zamijenjen Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije – Treaty on the Functioning of the European Union). Prema opštim odredbama, ta dva ugovora imaju istu pravnu vrijednost, te Unija zamjenjuje i nasljeđuje Evropsku zajednicu (čl. 1. Lisabonskog ugovora).

[16] Ladenburger, C.: Police and Criminal Law in the Treaty of Lisabon. A New Dimension for the Community Method. European Constitutional Law Review (2008) 4, str. 20–40.

Takvi "sukobi" na razini trećeg stuba nisu bili i jedini. Problemi su se otvarali i oko nadležnosti Evropskog suda pravde, snage pravnih akata (posebno okvirnih odluka) koji su doneseni u tom unijskom segmentu i nemogućnosti njihove direktne primjene.[17]

Propast Lisabonskog ugovora na irskom referendumu (12. juna 2008) dovela je u pitanje nastojanja oko poletnijeg razvoja supranacionalnog krivičnog prava. Danas, stvari ipak više nisu iste. Lisabonski ugovor je stupio na pravnu snagu 1. decembra 2009. Nakon što je prošao proces ratifikacije u državama članicama Evropske unije. Lisabonskim ugovorom izmijenjen je Ugovor o Evropskoj uniji, a Ugovor o Evropskoj zajednici zamijenjen je Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije. Za naša izlaganja, ovaj dokument je od naročite važnosti jer je široko otvorio vrata za prenošenje nacionalnih nadležnosti u oblasti krivičnog zakonodavstva i krivičnog pravosuđa na Evropsku uniju. Uzimajući u obzir osnivanje i razvoj "Evropske federacije", kao i njene nadležnosti, može se ponoviti da su krivičnopravna oblast i sektor krivičnog pravosuđa prošli put od zanemarivanja do potvrde neophodnosti postojanja. Ako je prvi korak ka Evropskoj federaciji predstavljalo potpisivanje Ugovora o Evropskoj zajednici za ugalj i čelik u Parizu 18. aprila 1951. godine, onda je u ovih 60-ak godina uočljiva uzlazna razvojna linija krivičnog prava. Ispitujući pravni osnov za postupanje Evropske zajednice, odnosno Evropske unije u oblastima krivičnopravne saradnje, te harmonizacije materijalnog i procesnog krivičnog prava, smatramo da je moguće uočiti sljedeće. Prema osnivačkim ugovorima, i decenijama kasnije, Evropska zajednica nije imala nikakve nadležnosti u oblasti krivičnog zakonodavstva i krivičnog pravosuđa. U tom periodu se o Evropskoj zajednici govorilo kao o "*community of law without a criminal law*". Stvari će se mijenjati kroz judikaturu Evropskog suda pravde, koji postepeno afirmiše vrijednosti krivičnog prava za zaštitu finansijskih i drugih interesa Evropske zajednice.[18] Interesi za krivično pravo došli su do izražaja u jednom od najvažnijih ugovora za Evropsku uniju – u Maastrichtskom ugovoru. Kao što smo već istakli, Ugovor o Evropskoj uniji je, između ostalog, oblikovao nove institucionalne i pravne okvire za sudjelovanje na području pravosuđa i unutrašnjih poslova i tako krivično pravo uvrstio u treći stub.[19] Najsnažniju potvrdu značaja krivičnog prava za Evropsku uniju donosi Lisabonski ugovor.

---

[17] Hinarejos, A.: The Lisbon Treaty Versus Standing Still: A View from the Third Pillar. European Constitutional Law Review (2009) 5, str. 99–116.

[18] Đurđević, Z.: Mehanizmi utjecaja prava Europske zajednice na kaznenopravne sustave država članica. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 54 (2) (2004), str. 287–326.

[19] Šugman, K.: Kritična analiza razvojnih teženj kazenskega prava EU. Podjetje in delo, 31 (2005) 6–7., str. 1342–1354.

Stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora otvorena su nova poglavlja u razvoju nacionalnih krivičnopravnih sistema i supranacionalnog krivičnog prava. Lisabonski ugovor proširuje supranacionalne nadležnosti Evropske unije na značajan broj pitanja iz krivičnopravne oblasti i na taj način "čini prekretnicu stvaranjem podloge za supranacionalno krivično pravo čiji su trenutno sinonimi evropski nalog za hapšenje i evropski nalog za pribavljanje dokaza".[20]

U čemu se ogledaju novosti u krivičnopravnoj oblasti?

U postlisabonskom vremenu poslovi policijske i pravosudne saradnje iz trećeg stuba prebačeni su u Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (napomena: Lisabonskim ugovorom je Ugovor o Evropskoj zajednici zamijenjen Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije; zato se u literaturi može pročitati da treći stub prestaje postojati i da se integriše u "pravo Zajednice"). Dakle, treći unijski stub je podvrgnut supranacionalnoj metodi.

Posljedice objedinjavanja pravnog poretka Evropske unije prenose se na područje pravnih akata koja donose supranacionalne institucije. Naime, umjesto dosadašnjih vrlo značajnih (za nacionalno pravo i međunarodnu saradnju) i brojnih okvirnih odluka i konvencija, odluka i zajedničkih mišljenja, institucije Evropske unije imaju nakon Lisabonskog ugovora na raspolaganju standardne pravne akte (uredbe, direktive, odluke, preporuke). Kako se navodi u literaturi, redefinisani pravni akti dobivaju karakter pojedinačnog upravnog akta, "ali i akta opšte prirode koji djeluje prema svima (*erga omnes*), dakle na način svojstven zakonskim aktima".[21] Vezano uz pravne akte značajan napredak ostvaren je širenjem neposrednog dejstva pravnih akata iz domena policijske i pravosudne saradnje i primatom supranacionalnog prava u odnosu na nacionalni krivičnopravni poredak.

Protokol broj 36 uz Lisabonski ugovor reguliše prelazno vrijeme od pet godina za pravne akte u oblasti policijske i pravosudne saradnje. Tako su države članice "kupile vrijeme" za provođenje ranije donesenih okvirnih odluka, odnosno u tom prelaznom periodu ne mogu se koristiti nikakvi mehanizmi koji bi ih primorali na njihovo unošenje u nacionalni pravni sistem. Također, spomenutim Protokolom utvrđeno je da pravne posljedice akata usvojenih u okviru trećeg stuba do stupanja na snagu Lisabonskog ugovora traju sve dok se ti akti ne ukinu, izmijene ili ponište. Ovakav status dovodi se u

[20] Evropski standardi i nacionalna krivična zakonodavstva. Damjan Korošec i Ivana Simović-Hiber (ur.). Beograd, 2010, str. I–6. O Lisabonskom ugovoru kao prekretnici u razvoju krivičnog prava v. Đurđević, Z.: Lisabonski ugovor:.., op. cit., str. 295–342.

[21] Misita, N., op. cit., str. 308.

pitanje, u određenoj mjeri, kroz odluke Evropskog suda pravde kojima je potvrđen stav da opšta pravila o neposrednom dejstvu komunitarnih akata vrijede i za okvirne odluke.[22]

Opšta pravila o komunitarnom pravu omogućavaju da i pravni akti koji se odnose na policijsku i pravosudnu saradnju podliježu kontroli Evropskog suda pravde.

Postlisabonsko vrijeme donijelo je u oblasti policijske i pravosudne saradnje podijeljenu zakonodavnu nadležnost između Evropske unije i država članica, s obzirom na to da je Lisabonskim ugovorom utvrđeno da nadležnosti koje nisu prenesene na Uniju, države članice zadržavaju u skladu s odgovarajućim odredbama ovog unijskog dokumenta (čl. 4. Lisabonskog ugovora). Granice nadležnosti Unije određene su načelom dodjeljivanja, a ostvarivanje nadležnosti Unije ograničeno je načelima supsidijarnosti i proporcionalnosti (čl. 5. st. 1. Lisabonskog ugovora).[23]

Uz "komunitarizovanje trećeg unijskog stuba", promjene su predviđene i u zakonodavnom postupku. Tako je umjesto dogovora svih država članica i jednoglasnog odlučivanja u postupku donošenja pravnih akata (koji je ranije bio pravdan specifičnostima nacionalnih krivičnopravnih i pravosudnih sistema, razlika među njima, i specifičnih poimanja načela suvereniteta),[24] Lisabonski ugovor propisao, uz određene izuzetke, odlučivanje kvalificiranom većinom. Prije nego predstavimo oblasti o kojima se odlučuje kvalificiranom većinom, odnosno ukažemo na odstupanja od toga, prisjetimo se Plana aktivnosti za provođenje Haškog programa, koji je prihvaćen u junu

[22] Primjer za to je presuda Evropskog suda pravde u poznatom primjeru Maria Pupino. Ova presuda predstavlja prvi slučaj tumačenja odredbi jedne okvirne odluke. Presudom je razjašnjen nedostatak izričite klauzule lojalnosti u Ugovoru o Evropskoj uniji u smislu da to nije prepreka interpretativnom učinku prava Evropske unije. Evropski sud pravde je, dakle, zauzeo stav da takve učinke ima i okvirna odluka koju je Evropska unija ovlaštena usvojiti u okviru trećeg stuba ili policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima.

[23] U skladu sa načelom supsidijarnosti, u područjima koja nisu u isključivoj nadležnosti Evropske unije, Unija djeluje samo ako države članice ne mogu na zadovoljavajući način postići ciljeve koji su sadržani u predloženim mjerama, bilo na centralnom, regionalnom ili lokalnom nivou, a koji se mogu, radi obima ili posljedica koje proizlaze iz predložene mjere, na bolji način postići na nivou Unije (čl. 5. Lisabonskog ugovora). Detaljnije o ovim načelima u člancima objavljenim u European Criminal Law Review (EuCLR) 1 (2011) 1. Bose, M.: The Principle of Proporotionality and the Protection of Legal Interests (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz), str. 35–43. i Asp, P.: The importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the development of EU Criminal Law, str. 44–55.

[24] Đurđević, Z.: Lisabonski ugovor..., op. cit., str. 301.

2005. godine, a koji se odnosi na razvijanje saradnje na području pravosuđa i unutrašnjih poslova do 2010. godine.[25] Prema Izvještaju Komisije za primjenu Haškog programa za 2006. i 2007. godinu navodi se da je implementacija Haškog programa nezadovoljavajuća i nedovoljna u krivičnopravnim pitanjima. Posebno se ukazuje na ova pitanja: prevencija i borba protiv organizovanog kriminaliteta, te policijska i pravosudna saradnja u krivičnim stvarima. Imajući to u vidu, inicijative koje su u višegodišnjoj blokadi odnose se na Okvirnu odluku o evropskom nalogu za hapšenje i predaju[26] i Prijedlog Okvirne odluke o određenim pravima osumnjičenih i optuženih u krivičnom postupku u okviru Evropske unije.[27] Vraćajući se odlučivanju u postupku donošenja pravnih akata u oblasti krivičnog prava, o sljedećim pitanjima se odlučuje kvalificiranom većinom: utvrđivanje pravila i postupaka kojima se osigurava priznanje svih oblika presuda i sudskih odluka u čitavoj Uniji, uzajamno prihvatanje dokaza među državama članicama, prava pojedinaca u krivičnom postupku, prava žrtava krivičnih djela, minimalna pravila o definisanju krivičnih djela i sankcija u području naročito teških krivičnih djela s prekograničnim efektima,[28] struktura, funkcionisanje i obim djelovanja Eurojusta i Europola.[29] Odlučivanje kvalificiranom većinom obavezuje države koje su bile protiv nekog pravnog akta da taj akt uvedu u svoj pravni sistem. O sljedećim pitanjima se odlučuje jednoglasno: drugi aspekti krivičnog postupka koji ne ulaze u odlučivanje kvalificiranom većinom, proširenje krivičnih djela koja bi ulazila u oblast teškog kriminaliteta, donošenje zakona o uspostavljanju Ureda evropskog javnog tužioca, mjere operativne saradnje između policijskih, carinskih i drugih nadležnih nacionalnih tijela

[25] O posebnim programima u području policijske i pravosudne saradnje v. Pavišić, B.: Kazneno pravo Vijeća Europe: izvori, komentari, praksa. Zagreb, 2006., str. 26–27.

[26] To potvrđuju brojne rasprave i napisi o ovoj Okvirnoj odluci, postupci pred ustavnim sudovima država članica, kao i odlučivanje Evropskog suda pravde (u već spomenutom predmetu Advocaten voor de Wereld). Takva rasprava je primjera radi otvorena u Sloveniji, gdje su donesene dvije takve odluke na Ustavnom sudu Slovenije, povodom uloženih ustavnih pritužbi (UP-261/06 i U-I-14/06). Za Sloveniju v. Šugman, K.: Evropski nalog za prijetje in predajo, Pravna praksa, 23 (2004) 14, priloga, str. IV–VII.

[27] Detaljnije o ovom Prijedlogu v. Sijerčić-Čolić, H., op. cit. i tamo navedena literatura.

[28] To su sljedeća područja teškog kriminaliteta: terorizam, trgovanje ljudima i seksualno iskorištavanje žena i djece, nezakonita trgovina drogom, nezakonita trgovina oružjem, pranje novca, korupcija, krivotvorenje sredstava plaćanja, kompjuterski kriminalitet i organizovani kriminalitet. Na temelju kretanja kriminaliteta Vijeće može donijeti odluku kojom se utvrđuju ostala područja kriminaliteta koja ispunjavaju kriterije navedene u čl. 83. st. 1. Lisabonskog ugovora. Vijeće odlučuje jednoglasno nakon dobivanja saglasnosti Evropskoga parlamenta. I to je ustvari izuzetak od pravila da se odluke donose kvalificiranom većinom i gdje se može odlučivati samo saglasnošću svih država.

[29] V. čl. 82, 83, 85. i 88. Lisabonskog ugovora. Također, up. Đurđević, Z.: Lisabonski ugovor..., op. cit., str. 302.

i uslovi i ograničenja pod kojim nadležna tijela države članice mogu djelovati na teritoriji druge države članice.[30] Vodeći računa o osjetljivosti krivičnopravnih pitanja i posljedicama bespogovornog prihvatanja supranacionalnog krivičnog prava, Lisabonski ugovor je ipak omogućio dvoje: prekid redovnog zakonodavnog postupka (čime se sprečava "prihvatanje" onih rješenja supranacionalnog krivičnog prava koja su u suprotnosti s pravnim poretkom države koja nije podržala donošenje određenog pravnog akta) i, drugo, povezivanje onih država članica koje su podržale donošenje pravnog akta (tzv. Pojačana saradnja) u poslovima policijske i pravosudne saradnje. U literaturi se ističe da se na ovaj način sprečava opstrukcija krivičnopravne saradnje.[31]

Razvoj krivičnog prava (materijalnog i procesnog) nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora ulazi u novu fazu. Ako je do sada bilo u sjeni drugih pravnih grana, postlisabonsko vrijeme na nov način osvjetljava puteve razvoja krivičnog (i materijalnog i procesnog) prava. Predviđa se vrlo strog raspored za razvoj i rješavanje krivičnopravnih pitanja. U kreiranju evropske kriminalne politike, uz Lisabonski ugovor, značajnu podršku će pružiti Stokholmski program,[32] koji predstavlja set političkih prioriteta i akcija u prostoru slobode, sigurnosti i pravde u periodu od 2010. do 2014. godine.[33] Članovi 82, 83. i 325. Lisabonskog ugovora biće od posebnog interesa u ovim procesima. Kao što je prethodno spominjano za prva dva člana, član 82. Odnosi se na krivično procesno pravo (ili pravosudnu saradnju u krivičnim stvarima u propisanim segmentima), dok član 83. govori o materijalnom krivičnom pravu i jačanju supranacionalnih ovlaštenja Evropske unije. Član 325. predviđa aktivnosti Unije i država članica na suzbijanju prevara i ostalih nezakonitih djelatnosti koje utiču na finansijske interese Evropske unije ili finansijske interese država članica, kao djelovanje u okviru redovnog zakonodavnog postupka. Naime, Evropski parlament i Vijeće, nakon savjetovanja sa Revizorskim sudom, usvajaju potrebne mjere u polju prevencije i suzbijanja prevara koje utječu na financijske interese Unije s ciljem pružanja efikasne i jednake zaštite u državama članicama, i u svim institucijama, tijelima i agencijama Evropske unije.

---

[30] V. čl. 82, 83, 86, 87 i 89. Lisabonskog ugovora. Up. Đurđević, Z., ibidem, str. 302–303.

[31] Za navedeno v. Ćapeta, T.: Pravni akti Europske unije. U: Reforma Europske unije. Lisabonski ugovor. Rodin Siniša, Ćapeta Tamara, Goldner Lang Iris (ur.). Zagreb, 2009., str. 119–140; Đurđević, Z., ibidem, str. 304–306.

[32] Official Journal of the European Union, 4. 5. 2010. C 115/1.

[33] Kaiafa-Gbandi, M.: The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law. European Criminal Law Review (EuCLR) 1 (2011) 1, str. 7–34.

S obzirom na značaj prihvatanja Lisabonskog ugovora za budući razvoj krivičnog prava, u sumarnom obliku podsjetićemo još jednom na sljedeće: Lisabonskim ugovorom je, po prvi put, u primarno pravo smješteno ostvarivanje pravne pomoći u krivičnim stvarima kroz uzajamno priznavanje presuda i sudskih odluka u prostoru slobode, sigurnosti i pravde. A Evropska unija uspostavlja taj prostor zbog poštivanja osnovnih prava i različitih pravnih sistema i tradicija država članica. S tim u vezi, u Evropskoj uniji pravosudna saradnja u krivičnim predmetima "izmiče" instrumentima međunarodne krivičnopravne pomoći i, u najvećem dijelu, postaje predmetom interesovanja krivičnog procesnog prava. To ima za posljedicu da će Evropska unija mehanizme klasične krivičnopravne saradnje mijenjati supranacionalnim krivičnoprocesnim odredbama te ujednačavanjem nacionalnog krivičnog procesnog prava. Na osnovu toga se zaključuje da će ujednačavanje procesnih normi ostati "ključni integrativni instrument" krivičnopravnog prostora Unije, odnosno da je izjednačavanje posljedica stranih i vlastitih sudskih odluka u nacionalnom krivičnom pravosuđu ustvari rezultat uspostavljanja "zajedničkih minimalnih procesnih standarda".[34] Primjer za navedeno je Okvirna odluka o evropskom nalogu za hapšenje i predaju koja je uvedena u pravni poredak Evropske unije zbog jačanja efikasnosti izručenja, "preskakanja" političke, odnosno diplomatske faze, uklanjanja načela dvostruke kažnjivosti, ograničavanja provjeravanja opravdanosti izdavanja i izvršenja naloga od strane države kojoj je nalog upućen. Osjetljivost krivičnog postupka, osjetljivost koja je izraženija u odnosu na druge grane prava (jer, između ostalog, testira ustavom i međunarodnim pravom garantovana osnovna prava i slobode čovjeka zbog podređenosti pojedinca optužbama vlasti) doći će do izražaja i u drugim aspektima. Ne treba zaboraviti ni uzajamno povjerenje država članica u prihvatanju dokaznog materijala. Na putu novih integracija i pripremanja supranacionalnog procesnog prava nalazi se i prijedlog novog akta. Riječ je o "*evropskom istražnom nalogu u krivičnim stvarima*" (*European Investigation Order in Criminal Matters, ili EIO*), koji bi trebao poboljšati saradnju u razmjeni dokaza i tako potvrditi ideju da za efikasnu borbu protiv prekograničnog kriminaliteta nacionalni organi trebaju za međusobno sudjelovanje jasna i nebirokratska pravila.[35] Posljednje, ali

[34] Đurđević, Z.: Lisabonski sporazum..., op. cit., str. 307.

[35] Evropska komisija je u avgustu 2010. godine prihvatila analizu prijedloga za razmjenu dokaza, bez standarda koji bi se odnosili na dopustivost dokaza. Ovaj prijedlog je iniciran od strane sedam država članica Evropske unije 21. maja 2010. (Austrija, Belgija, Bugarska, Estonija, Slovenija, Španija i Švedska. Velika Britanija je izrazila želju da učestvuje pri predlaganju direktive Evropskom parlamentu i Vijeću). Opšti pristup nacrtu teksta postignut je u decembru 2011. godine na sastanku Vijeća čime je otvoren put za pregovore s Evropskim parlamentom oko usvajanja ove direktive. Opširnije Zimmermann, F., Glaser, S., Motz, A.: Mutual Recognition and its Implications for the

ne manje važno, i u oblasti supstantivnog krivičnog prava šire se ovlaštenja Evropske unije. I Evropska unija i države članice su dužne utvrditi materijalne razloge za pribjegavanje najstrožijim oblicima društvenog nadzora propisivanjem krivičnih djela i sankcija. Lisabonski ugovor bitno je proširio supranacionalna ovlaštenja Unije, koja su prepoznatljiva prema već spomenutom članu 83, u vezi s članom 67. stav 3. Lisabonskog ugovora. Uz navedeno, Lisabonski ugovor je izričito normirao i funkcionalnu krivičnopravnu nadležnost uzimajući u obzir ono što je utvrdio Evropski sud pravde u svojoj odluci o zaštiti okoline (predmet C 176/03). Tako je krivično pravo postalo "neovisna zajednička politika" Evropske unije (uz funkcionalnu krivičnopravnu nadležnost, Evropska unija je dobila i autonomnu) i, drugo, postlisabonsko vrijeme omogućava Evropskoj uniji da propisuje minimalna pravila krivičnih sankcija (dakle, Unija određuje ne samo obilježja krivičnih djela i zaprijećenost sankcijom, već i vrstu i mjeru krivične sankcije).[36]

Za supranacionalna ovlaštenja Evropske unije značajnu ulogu ima Povelja osnovnih prava (od 7. decembra 2000., prilagođena 12. decembra 2007).[37] Prema članu 6. Lisabonskog ugovora, Evropska unija priznaje prava, slobode i načela sadržana u Povelji. Povelja ima istu pravnu vrijednost kao ugovori. Odredbama Povelje ni na koji način se ne proširuju nadležnosti Unije utvrđene ugovorima. Pored toga, prava sadržana u Povelji obavezuju Uniju i države članice. Dakle, u stvaranju i primjeni supranacionalnog krivičnog prava institucije Unije kao i države članice obavezne su primjenjivati sadržana prava. Nadzornu ulogu u ovom segmentu ima Evropski sud pravde i nacionalni sudovi. Polazeći od značaja Povelje osnovnih prava Evropske unije za krivično zakonodavstvo i krivično pravosuđe, ukazali bismo na sljedeće oblike poštovanja dostojanstva čovjeka, jednakosti i njegovih prava: humano postupanje (čl. 1.), pravo na život (čl. 2.), pravo na fizički i psihički integritet (čl. 3.), zabrana torture, nehumanog i degradirajućeg postupanja i kažnjavanja (čl. 4.), pravo na slobodu i sigurnost (čl. 6.), pravo na porodični i privatni život (čl. 7.), pravo na imovinu (čl. 17.), prava u slučaju ekstradicije (čl. 19.), jednakost pred zakonom (čl. 20.), zabrana diskriminacije (čl. 21.), pravo na efektivan pravni lijek (čl. 47. st. 1.), pravo na pravično suđenje (čl. 47. st. 2.), pravo na pravnu pomoć (čl. 47. st. 3.), presumpcija nevinosti (čl. 48. st. 1.), pravo na odbranu uz pomoć branioca (čl. 48. st. 2.), princip zakonitosti i primjena blažeg zakona (čl. 49. st. 1.), princip proporcionalnosti djela

Gathering of Evidence in Criminal proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order. European Criminal Law Review (EuCLR) 1 (2011) 1, str. 56–81.

[36] Đurđević, Z.: Lisabonski sporazum..., op. cit., str. 310–323.

[37] Official Journal of the European Union, 30. 3. 2010. C 83/391.

i kazne (čl. 49. st. 3.), pravo na primjenu principa *ne bis in idem* (čl. 50.). S obzirom na to da je oduvijek pažnju privlačio odnos između Evropske unije i Evropskog suda pravde, na jednoj strani, i Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, te Evropskog suda za ljudska prava, na drugoj strani, treba ukazati na odredbu člana 52. st. 3. Povelje osnovnih prava prema kojoj prava i slobode utvrđene u Povelji, ukoliko korespondiraju sa osnovnim pravima i slobodama iz Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, imaju isto značenje i obim primjene kao i kad je riječ o konvencijskim pravima Vijeća Evrope. Zbog toga će se moći koristiti i decenijska praksa Evropskog suda za ljudska prava u postupcima pred Evropskim sudom pravde.

5. Zaključna razmišljanja

Lisabonski ugovor je dakle omogućio sužavanje zakonodavnih ovlaštenja država članica u pitanjima saradnje u borbi protiv kriminaliteta i realizacije krivičnopravne pomoći. Za postlisabonsko vrijeme je karakteristično stvaranje supranacionalnog krivičnog prava u okrilju supranacionalnog zakonodavnog postupka. Ova konstatacija ostaje bez obzira na isticanje evropskih instrumenata koji su prepreka predlaganju i donošenju evropskih zakona u oblasti krivičnog prava i krivičnog pravosuđa (npr., već spominjani vanredni prekid redovnog zakonodavnog postupka). Ako uzmemo u obzir da je krivično pravo pravno područje koje je usko povezano s nacionalnom kulturom, vrijednostima, nacionalnim shvatanjima etičkih pitanja suzbijanja kriminaliteta, nacionalnim pravnim poretkom i sl., onda je razvoj supranacionalnog krivičnog prava moguć uz uvažavanje tendencije o zaštiti prava i sloboda čovjeka, potreba društva da se zaštiti od vršenja krivičnih djela i raznovrsnih mogućnosti za prekogranični kriminalitet.

Kakve su perspektive razvoja supranacionalnog krivičnog prava i obaveze države u oblasti krivičnog zakonodavstva i krivičnog pravosuđa? Države članice Evropske unije dužne su usklađivati svoj pravni poredak sa zajedničkim pravnim dokumentima i u okviru njega svoje krivično zakonodavstvo s krivičnopravnim propisima Evropske unije. Drugo, države članice imaju mogućnost i dužnost učestvovati u stvaranju i razvijanju supranacionalnog krivičnog prava. S tim u vezi, Lisabonskim ugovorom data su nova nadzorna ovlaštenja nacionalnim parlamentima nad evropskim zakonodavstvom. Nacionalni parlamenti neće se smatrati gubitnicima evropskih integracija, a mogu predstavljati i rješenje problema legitimnosti u okviru Evropske unije.

Za racionalno kreiranje evropske kriminalne politike treba imati u vidu da je krivično pravo ostvarivanje vladavine prava na najosjetljivijem području

državne represivne aktivnosti, gdje su iskušenja nosilaca vlasti i društvene moći najveće. Preneseno na evropske integracije i krivično pravosuđe, dovoljno govori za sebe.[38] Zbog toga, nacionalna iskustva u zaštiti osnovnih prava i sloboda čovjeka i efikasnost krivičnopravnih instrumenata u borbi protiv kriminaliteta, naročito organizovanog i transnacionalnog i nacionalne teorije krivičnog (supstantivnog i procesnog) prava mogu doprinositi oblikovanju supranacionalnih krivičnih normi. Pretpostavke za to su višestruke, npr., praćenje i poznavanje promjena u pravnom redu i pravnim aktima Evropske unije, "ustupanje" jednog dijela državnog suvereniteta u ime ostvarivanja zajedničkih, regionalnih ciljeva, učešće nacionalnih stručnjaka u pripremanju evropskih krivičnopravnih akata, učešće nacionalnih stručnjaka u radu institucija Evropske unije. Kritičke primjedbe nemaju za cilj umanjiti vrijednost borbe protiv kriminaliteta, posebno organizovanog, terorizma, ili nekog drugog savremenog oblika, ali krivična represija mora biti legitimna i onda kada se radi o najtežim krivičnim djelima.[39] Ovo su bitna zapažanja posebno ako se uzmu u obzir nastojanja država da zadrže za sebe čim više ovlaštenja u krivičnom pravu i krivičnom pravosuđu. Ali i zbog nastojanja naddržavnih tijela da u ovom ključnom segmentu ljudskog djelovanja i života zauzmu svoje mjesto i odrede pravac kriminalne politike u Evropi. Ovi procesi ne zaobilaze ni Bosnu i Hercegovinu, a zbog političkih, društvenih, ekonomskih i pravnih odnosa oni će biti izraženiji nego u nekim drugim državama.

Završićemo ova izlaganja odavno izrečenim konstatacijama prema kojima su krivično zakonodavstvo i krivično pravosuđe sastavni i bitni sadržaji nacionalnog pravnog sistema, i odraz nacionalnog suvereniteta. Ove pozicije nacionalnog krivičnog pravosuđa i krivičnog zakonodavstva danas su predmetom nebrojenih, usuđujemo se reći i nepreglednih aktivnosti u međunarodnim razmjerama, a njihovo jezgro u Evropi čine aktivnosti kojima Evropska unija na specifičan način određuje – u sadržajnom smislu – krivičnopravni poredak država okupljenih pod njeno okrilje. Tako se "podjela pravde u ime države" transformiše u "podjelu pravde u ime institucija regionalnog okupljanja država", a pitanje kažnjavanja prerasta granice "nacionalnog vitalnog interesa".

Literatura

Asp, P.: The importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the development of EU Criminal Law. European Criminal Law Review (EuCLR) 1 (2011) 1, str. 44–55.

[38] Bavcon, Lj., Status kazenskega prava..., op. cit., str. 56–60.

[39] Ibidem.

Bavcon, Lj.: "Status kazenskega prava v pravnem redu Evropske unije". Zbornik na trudovi na Pravniot fakultet "Justinijan Prvi" vo Skopje / Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu. Skopje – Zagreb, 2007, str. 47–60.

Bavcon, Lj.: Mednarodno kazensko pravo in državna suverenost. U: Rimski statut Mednarodnega kazenskega sodišča. Amnesty International Slovenije, Ljubljana, 2003, str. 37–54.

Bavcon, Lj.: Evropska unija i kaznovalno (kazensko) pravo. U: Korošec, D., Bavcon, Lj.: Mednarodno kazensko pravo. Posebni del. Ljubljana, 2003, str. 185–204.

Bose, M.: The Principle of Proprotionality and the Protection of Legal Interests (Verhaltnismassigkeit und Rechtsguterschutz). European Criminal Law Review (EuCLR) 1 (2011) 1, str. 35 – 43.

Ćapeta, T.: Pravni akti Europske unije. U: Reforma Europske unije. Lisabonski ugovor. Rodin Siniša, Ćapeta Tamara, Goldner Lang Iris (ur.). Zagreb, 2009., str. 119–140.

Degan, Đ., Pavišić, B., Međunarodno kazneno pravo. Rijeka, 2005.

Đurđević, Z.: Lisabonski ugovor: prekretnica u razvoju kaznenog prava u Europis. U: Reforma Europske unije. Lisabonski ugovor. Rodin Siniša, Ćapeta Tamara, Goldner Lang Iris (ur.). Zagreb, 2009., str. 295–342.

Đurđević, Z.: Mehanizmi utjecaja prava Europske zajednice na kaznenopravne sustave država članica. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 54 (2) (2004), str. 287–326.

Evropski standardi i nacionalna krivična zakonodavstva. Damjan Korošec i Ivana Simović-Hiber (ur.). Beograd, 2010.

Hinarejos, A.: The Lisbon Treaty Versus Standing Still: A View from the Third Pillar**.** European Constitutional Law Review (2009) 5, str. 99–116.

Kaiafa-Gbandi, M.: The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law. European Criminal Law Review (EuCLR) 1 (2011) 1, str. 7 – 34.

Krapac, D.: Kazneno procesno pravo. Prva knjiga: institucije. IV izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Zagreb, 2010., str. 58–59.

Ladenburger, C.: Police and Criminal Law in the Treaty of Lisabon. A New Dimension for the Community Method. European Constitutional Law Review (2008) 4, str. 20–40.

Misita, N.: Evropska unija – osnivanje i razvoj. Sarajevo, 2010.

Pavišić, B.: Kazneno pravo Vijeća Europe: izvori, komentari, praksa. Zagreb, 2006.

Satzger, H.: Utjecaji prava Europske zajednice/Europske unije na nacionalno kazneno pravo država članica. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 10 (2003) 1, str. 165–179.

Sijerčić-Čolić, H.: Evropsko krivično procesno pravo – regionalna pravna pravila o krivičnom postupku. Pravo i pravda – časopis za pravnu teoriju i praksu, VII, 2008, str. 7–47.

Šugman, K.: Kritična analiza razvojnih teženj kazenskega prava EU. Podjetje in delo, 31 (2005) 6 – 7, str. 1342–1354.

Šugman, K.: Evropski nalog za prijetje in predajo, Pravna praksa, 23 (2004) 14, priloga, str. IV–VII.

Vervaele, J. A. E.: Europsko kazneno pravo i opća načela prava Unije. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 12 (2005) 2, str. 855–882.

Zimmermann, F., Glaser, S., Motz, A.: Mutual Recognition and its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order. European Criminal Law Review (EuCLR) 1 (2011) 1, str. 56–81.

Dr Hajrija Sijerčić-Čolić
Full Professor

THE CHALLENGES OF EUROPEAN CRIMINAL LAW – THE OBLIGATIONS OF THE STATE IN THE AREA OF CRIMINAL LEGISLATION[40]

Summary

This paper analyzes the challenges of European criminal law and the obligations of States in the field of criminal legislation. The considerations are focused on specific issues, such as the developments of European criminal policy in the wake of negotiations with the countries of the Western Balkans, the "dispersal" of state sovereignty, the adoption of common criminal legal documents after the Lisbon Treaty, the prospects of development of supranational criminal law, and the states' obligations in the field of criminal legislation and the criminal justice system. Given the importance of activities that occur in post-Lisbon time in the area of police and judicial cooperation, as well as the shared legislative competence between the European Union and the Member States, in the paper, the author concludes that the criminal legislation and the criminal justice system (as the essential features of the national legal system and a reflection of national sovereignty) are the subject of countless activities in the European Union, whereby the "dispensation of justice in the name of the state" is transformed into a "dispensation of justice in the name of the institutions of the regional gathering of states", while the issue of punishment/penalties transcends the borders of "vital national interest".

Key terms: *the European criminal law, the European criminal procedural law, sovereignty, the Lisbon Treaty, Bosnia and Herzegovina*

[40] This paper was presented at the 11th Annual Conference on Substantive Criminal Law (Neum, from June 7th to June 9th, 2012).

Mr. Irena Stanić
Viša asistentica

UDK: 347.65/.68:348.97
347.65/.68(37)
Izvorni naučni rad

UPOREDNOPRAVNI PRIKAZ NEKIH PRAVILA RIMSKOG I PRAVILA ŠERIJATSKOG NASLJEDNOG PRAVA

Sažetak

Ova tema je obrađena upravo zbog same zanimljivosti rimskog i šerijatskog prava, te posebnosti i specifičnosti regulacije njihovih oblasti. Zbog opsežnosti, različitosti i detaljnosti ovih prava, kao osnov komparacije, odabrana je oblast nasljednog prava, te će se ovaj rad bazirati na usporedbi sličnosti i razlika normi kojima je obuhvaćena regulacija nasljednog prava.

Po pitanju rimskog prava, premda je rimska država prestala postojati prije više od 1500 godina, rimsko se pravo proučava kao poseban predmet, ili u okviru pravnopovijesnih predmeta, te kao uvod u evropsko pravo ili pozitivno građansko pravo. Ono je bilo jedno od prvih znanosti koje je postalo predmetom sveučilišnog studija, te je od iznimne važnosti za pravnu znanost. Od sredine VIII. st. pr. n. e. do sredine VI. st. n. e. obilježeno je usponom, procvatom i propašću Rima. Tijekom svoga tisućljetnog razvitka rimsko se pravo izgradilo od nacionalnog prava primitivnog poljodjelskog naroda, do prava koje je poznavao gotovo cijeli tadašnji svijet.

Podjelu privatnog prava na personae, res i actiones izvršio je rimski pravnik Gaj u Institucijama. Ius Quod ad personas partinet je pravo koje se odnosi na osobe, te obuhvaća pravne norme kojima se reguliraju osobna prava i osobni odnosi, dok je Ius Quod ad res partinet pravo koje se odnosi na stvari, te sadrži pravna pravila kojima su regulirani imovinski odnosi između ljudi. Ono obuhvaća dvije velike skupine pravila, a to su: inter vivos (između živih) i mortis causa (za slučaj smrti). Pravila mortis causa označena su kao pravila nasljednog prava, te su na taj način izdvojena pravila stvarnog, obveznog i nasljednog prava.

Šerijatsko pravo je sastavni dio islamske vjere. Propisi šerijatskog nasljednog prava baziraju se samo na Kur'anu, Hadisu i Idžmau, dok Kijas ne služi kao pravni izvor šerijatskog nasljednog prava.

Kur'an je sam umnogome izričito izložio propise nasljednog prava, a naročito je to slučaj s alikvotnim dijelovima ashabi-feraiz nasljednika i s nasljednim redom. Najvažnije odredbe sadržane su u suri Ennisau, i to u ajetima 10, 12 i 176.

U daljnjem izlaganju biće obrađeni važniji instituti oba prava koji se tiču grane nasljednog prava.

Ključne riječi: *rimsko pravo, šerijatsko pravo, oblast nasljednog prava, inter vivos, mortis causa.*

1. Uporednopravni prikaz nekih pravila rimskog i pravila šerijatskog nasljednog prava

Složenost, način primjene i regulacije, različiti oblici i temelji nastanka i razvoja rimskog i šerijatskog prava uslovili su potrebu za proučavanjem i obradom jedne određene oblasti ili grane pravnog sistema, u ovom slučaju to je oblast nasljednog prava. Unutar ove grane prava, akcenat je stavljen na opšta obilježja i definicije nasljednog prava, imovine koja može biti predmet nasljeđivanja, pojam umrlog lica i lica koja ostvaruju pravo na imovinu umrlog lica, zatim pravni osnovi nasljeđivanja, zakonsko i testamentarno nasljeđivanje, kojima je posvećena posebna pažnja. Kao osnov za uporedbu grane nasljednog prava unutar rimskog i šerijatskog pravnog sistema poslužili su izvori koji sadrže latinske izreke, korisne za dobijanje saznanja o rimskom pravu, putem njihovog tumačenja i utvrđivanja smisla, te izvori šerijatskog prava, poput Kur'ana, čiji ajeti ukazuju na važnost i obaveznost poštivanja i primjene šerijatskog prava, stvorenog od samog Boga, kao zakonodavca. Izdvajanjem i tumačenjem najvažnijih pravnih izreka rimskog prava i ajeta šerijatskog prava, formiran je temelj za komparativno proučavanje ova dva pravna sistema.

1.1. Univerzalna sukcesija

Rimsko pravo usvaja princip univerzalne sukcesije, koja se ogleda u činjenici da imovinska prava i obaveze, nakon smrti njihovog titulara, prelaze na nasljednika, za razliku od šerijatskog nasljednog prava, čiji propisi ne poznaju i ne primjenjuju institut univerzalne sukcesije. Ovo se opravdava činjenicom da nasljednik zamjenjuje umrlo lice u njegovim imovinskim pravima, ali na taj način što sukcesira samo na čistu zaostavštinu, odnosno nasljeđuje samo aktivu. *"Nihil est aliud hereditas quam successio in universum ius, quod defunctus habuit."*[1] (Nasljeđivanje nije ništa drugo nego preuzimanje svih prava i obaveza koje je imao ostavilac).

[1] Dr. Romac Ante, dr. Stojčević Dragomir, *Dicta et regulae iuris,* (Savremena administracija, Beograd 1984.), str. 321.

U rimskom pravu, oblast nasljednog prava uvrštavana je u pravo koje se tiče stvari, zajedno s oblastima stvarnog i obveznog rimskog prava (*ius quod ad res pertinent* – Gaj).

Šerijatsko pravo ne smatra nasljedno pravo stvarnim pravom, već pravnim osnovom (titulusom) za sticanje prava vlasništva.

1.2. Pojam zaostavštine

Propisi rimskog nasljednog prava definiraju pojam zaostavštine (*hereditas*) kao skup imovinskih prava i obaveza koje prelaze s umrlog lica na nasljednika.

"Hereditas est pecunia quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure".[2] (Nasljedstvo je imovina koja po pravu smrću jednog lica prelazi na drugo).

Prema šerijatskom nasljednom pravu, na nasljednike prelazi samo čista zaostavština, koja nije opterećena dugovima i na kojoj nisu, za života ostavioca postojala stvarna prava drugih osoba. Dakle, nasljednici nasljeđuju samo imovinska prava umrlog, ali ne i njegove dugove.

1.3. Nemogućnost nasljeđivanja pojedinih subjektivnih prava

Postoje određena subjektivna prava koja se gase (prestaju) smrću ostavitelja i ne mogu biti predmet nasljeđa. Oba prava, i rimsko i šerijatsko nasljedno pravo, usvajaju i primjenjuju ovakvu regulaciju subjektivnih prava umrlog lica.

Norme rimskog nasljednog prava ne dozvoljavaju nasljeđivanje javnih prava, prava iz statusnih i obiteljskih odnosa, pojedinih stvarnih prava, ugovora *intuitu personae*, deliktnih obaveza na pasivnoj strani.

Poput rimskog, i šerijatsko nasljedno pravo propisuje da prava kao što su pravo prekupa, ugovoreno pravo izbora, kazneni progon za klevetu, pravo nekog oženiti, starateljska prava, zakup, ne mogu imati status predmeta nasljeđivanja.

1.4. Institut ležeće ostavine

Rimsko nasljedno pravo poznaje institut "ležeće ostavine" *(hereditas iacens)*, a takvom ostavinom smatra se ona ostavina koja u periodu između pripada i prihvata nema gospodara.

"Quamdiu hereditas iacet, possessio nullius est".[3] (Dok ostavina čeka da se pozvani nasljednici izjasne o prijemu nasljeđa, niko nije njen držalac).

---

[2] Ibid, str. 186.

[3] Ibid, str. 416.

"Uzimajući u obzir da se zaostavština po šerijatskom nasljednom pravu kod nasljeđivanja stiče po sili zakona u momentu smrti ostavioca i bez nasljednog očitovanja, zaključujemo da ono, u principu, ne poznaje institut "ležeće ostavine" *(hereditas iacens)*. Neki drugi propisi šerijatskog prava pokazuju da u izvjesnim slučajevima i po šerijatskom pravu, zaostavštini pripada karakter "ležeće imovine"."[4] Ova tvrdnja ima uporište u sljedećem:

a) Po šerijatskom pravu, nasljednici u momentu smrti ostavioca stiču pravo nasljedstva samo na čistu zaostavštinu. Prezadužena zaostavština ne prelazi, u momentu smrti, na nasljednike, niti nasljednici koji su pozvani na nasljeđe mogu raspolagati s tom imovinom niti uživaju pravo posjedovanja nad njom, osim ukoliko namire sve ostavinske dugove. Ostavinski sud imenuje skrbnika takvoj zaostavštini, koji preuzima poslove upravljanja nad njom.
b) Ako je jedini nasljednik lice, koje je izgubljeno (nepoznatog boravišta), na to lice, u momentu smrti ostavioca ne prelazi zaostavština, već miruje do ustanovljenja njegovog života ili smrti. U tom periodu, zaostavština ima položaj "ležeće zaostavštine".

1.5. Pretpostavke za nasljeđivanje

Mogućnost nasljeđivanja uslovljena je određenim pretpostavkama. "Rimsko nasljedno pravo propisuje sljedeće pretpostavke, koje moraju biti ispunjene da bi uopće došlo do nasljeđivanja:

1. *smrt ostavioca*,
2. *sposobnost ostavioca da ima nasljednika,*
3. *postojanje imovine koja je mogla biti predmetom nasljedstva,*
4. *postojanje nasljednika i njegova sposobnost biti nasljednikom*,
5. *način pozivanja na nasljedstvo* (vocatio heredum),
6. *pripad nasljedstva (delatio),*
7. *prihvat nasljedstva (acquisitio)."*[5]

U pogledu navedenih pretpostavki za nasljeđivanje, šerijatsko nasljedno pravo je izjednačeno s rimskim nasljednim pravom.

[4] Škaljić Abdulah, *Šerijatsko nasljedno pravo,* (Državna štamparija, Sarajevo 1941.), str. 17.

[5] Dr. Mirela Šarac, dr. Zdravko Lučić, *Rimsko privatno pravo,* (Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2006.), str. 283.

1.6. Pravni osnov nasljeđivanja

"Rimsko nasljedno pravo je priznavalo nasljeđivanje na osnovu zakona (intestatno nasljeđivanje) ili na osnovu testamenta (oporuke; testamentarno nasljeđivanje). Prema rimskom pravu, testamentarno nasljeđivanje ima prednost pred zakonskim. Vremenom je izgrađeno i tzv. nužno nasljedno pravo, kao korektiv slobode raspolaganja oporukom."[6]

"Šerijatsko pravo poznaje, osim rodbinskog i bračnog nasljednog prava, kao zakonskog nasljedstva u užem smislu i testamentarnog nasljedstva kao dva osnovna pravna naslova, još dva pravna naslova za nasljeđivanje:

1. zaštitništvo (patronat) koje nastaje jednostranim ugovorom ostavioca-gospodara prema svom robu ili sklapanjem dvostranog ugovora s licem, koje za sklapanje takvog ugovora ispunjava specijalne uslove,
2. priznanje ostavioca da je neko lice, čije porijeklo nije poznato, u krvnom srodstvu s njim (ikrar bin-neseb)."[7] Da bi ta izjava ili priznanje imalo snagu pravnog osnova za sticanje prava nasljedstva, potrebno je da budu ispunjena sljedeća četiri uvjeta:
   1. Lice kojem ostavitelj priznaje srodstvo mora faktički biti nepoznatog porijekla.
   2. Lice kojem ostavitelj priznaje srodstvo ne smije se priznati kao porod prvog stepena, npr. ostavitelj ne može izjaviti da mu je sin, jer takva izjava uzrokuje redovno zakonsko nasljeđivanje, a ne nasljeđivanje na osnovu priznanja.
   3. Nakon priznanja ostavitelj ne smije se porijeklo dotičnog lica ustanoviti ili dokazati, jer bi, u tom slučaju, priznanje izgubilo važnost.
   4. Ostavitelj pri izjavi o priznanju treba ostati do svoje smrti, odnosno da ne opovrgne izjavu za života.

U rimskom pravu nije bilo moguće da ostavitelj bude naslijeđen dijelom od zakonskih, a dijelom od testamentarnih nasljednika.

"Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest".[8] (Niko ne može biti naslijeđen dijelom na osnovu testamenta, a dijelom intestatski).

"Prema šerijatskom pravu, jedno lice ne može ostvarivati pravo nasljeđa po oba pravna osnova za nasljeđivanje, osim u slučaju ako je testamentarni

---

[6] Prof. dr. Romac Ante, *Rječnik rimskog prava,* (Informator, Zagreb 1989.), str. 446.

[7] Škaljić Abdulah, *Šerijatsko nasljedno pravo*, (Državna štamparija, Sarajevo 1941.), str. 30.

[8] Dr. Romac Ante, dr. Stojčević Dragomir, *Dicta et regulae iuris*, (Savremena administracija, Beograd 1984.), str. 317.

nasljednik ujedno i jedini zakonski nasljednik, ili ako zakonski nasljednici daju svoj pristanak da jedan od njih može naslijediti i po testamentu"[9].

Šerijatsko pravo pridaje veću važnost i pažnju zakonskom redu nasljeđa pred testamentarnim nasljeđem.

2. Testamentarno nasljeđivanje

U razdoblju starog civilnog rimskog prava, oporuka *(testamentum)* je predstavljala jednostrani formalistični pravni posao za slučaj smrti kojim je testator imenovao nasljednika i raspodjeljivao imovinu.

"Testamentum est testatio mentis, facta nullo praesente metu periculi, sed cogitatione mortalitatis".[10] (Testament je izjava volje, učinjena bez ikakva straha ili prinude, nego samo na osnovu razmišljanja o smrtnosti).

Osnovni dio oporuke bio je imenovanje nasljednika. Bez toga oporuka nije bila valjana. Imenovanje je moralo biti navedeno na početku oporuke, izraženo posebnim svečanim zapovjednim načinom na latinskom jeziku.

"Sine heredis institutione, nihil in testamento scriptum valet".[11] (Bez određivanja (imenovanja) nasljednika ništavo je sve drugo što je napisano u testamentu).

Najstarije forme rimske oporuke bile su oporuka pred kurijatskim narodnim skupštinama *(testamentum calatis comiitis)*, koja nije davala pravo punog raspolaganja imovinom, već je sadržavala imenovanje budućeg starješine porodice, te vojnička oporuka objavljena u bojnom poretku *(testamentum in procinctu)*.

Širu slobodu oporučivanja dopuštala je mancipaciona oporuka *(mancipatio familiae)*. Kod ove vrste oporuke, ostavitelj je, pravnim poslom *per aes et libram* prenosio pravo vlasništva svoje imovine na osobu od povjerenja *(familiae emptor)*, koji se fiducijarno obavezivao da će ostavinu predati osobi koju mu je mancipant označio (naložio).

Dalji razvoj doveo je to toga da se sve veći akcenat stavljao na usmene naloge ostavitelja date *familiae emptori (ununcupatio)*, odnosno na ono što je ostavitelj zapisao dajući izjavu svoje posljednje volje u pismenoj ispravi, tako da se *mancipatio familiae* sve više pojavljivala kao puka formalnost.

---

[9] Škaljić Abdulah, *Šerijatsko nasljedno pravo*, (Državna štamparija, Sarajevo 1941.), str. 31.

[10] Dr. Romac Ante, dr. Stojčević Dragomir, *Dicta et regulae iuris*, (Savremena administracija, Beograd 1984.), str. 517.

[11] Ibid, str. 500.

"Pretor je kasnije priznao valjanost pismene oporuke ako su se na njoj nalazili pečati sedmorice svjedoka, bez obzira na mancipatio familiae. Posjed ostavinske imovine koji je dodjeljivan nasljedniku na temelju ovakve oporuke nazivan je bonorum possessio secundum tabulas – bonorum possession prema pločicama."[12]

"Subscriptio et signacula testium testamenti finis est".[13] (Potpisi i pečat svjedoka čine završetak testamenta).

"In omnibus enim vice heredum bonorum possesores habentur".[14] (Lica kojima je pretor dao dijelove nasljeđa (bonorum possessores) nalaze se u položaju nasljednika).

U doba Justinijana, oporuka se oslobađa formalnosti. Imenovanje nasljednika nije bilo uslovljeno nikakvom posebnom formom, niti je moralo stajati na početku oporuke. Priznata je valjanost vlastoručno napisanih oporuka, čak i bez svjedoka, kao i usmenih oporuka, ukoliko bi ostavitelj usmeno očitovao posljednju volju pred sedmoricom svjedoka. Justinijanovo pravo razlikovalo je privatne i javne oporuke. Privatne su mogle biti usmene i pismene, bilo da su napisane vlastoručno *(testamentum holographum)*, bilo od strane pisara *(testamentum allographum)*. Za oba oblika zahtijevali su se pečati sedmorice svjedoka.

Javne oporuke pravljene su na sudu ili u drugim državnim uredima, odnosno predavane na čuvanje u carsku kancelariju.

"Postojale su i izvanredni oblici oporuka, koje su bile podložne većim ili manjim formalnostima. Takve su bile oporuke u slučaju epidemije, oporuke slijepih i nepismenih, oporuka na selu. Vojnička oporuka (testamentum militis) bila je oslobođena svih formalnosti."[15]

"Šerijatsko pravo očitovanje posljednje volje naziva "*vasijjet*". *Vasijjet* je darovno ustupanje imovine, vezano za slučaj smrti."[16] *Vasijjet* obuhvata testament, kodicil i legat. Ostavitelj ima neograničeno pravo raspolaganja s imovinom za slučaj svoje smrti, pod uslovom da nema zakonskih nasljednika i ukoliko nije zadužen.

---

[12] Dr. Mirela Šarac, dr. Zdravko Lučić, *Rimsko privatno pravo*, (Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2006.), str. 282.

[13] Dr. Romac Ante, dr. Stojčević Dragomir, *Dicta et regulae iuris*, (Savremena administracija, Beograd 1984.), str. 510.

[14] Ibid, str. 215.

[15] Dr. Romac Ante, *Rječnik rimskog prava*, (Informator, Zagreb 1989.), str. 448.

[16] Škaljić Abdulah, *Šerijatsko nasljedno pravo*, (Državna štamparija, Sarajevo 1941.), str. 35.

Ostavitelj koji ima bar jednog zakonskog nasljednika po krvnom srodstvu, može raspolagati za slučaj smrti samo s jednom trećinom svoje imovine, i to samo u korist nenasljednika (ako ima više zakonskih nasljednika i ne odobre testiranje) ili u korist srodnika koji ga ne može naslijediti zbog konkurencije drugih bližih srodnika.

Ako ne postoje zakonski nasljednici po krvnom srodstvu, već postoji samo nasljednik po ženidbenoj vezi (bračni drug), ostavitelj je ograničen na način da odredbom posljednje volje ne može ni umanjiti niti ukinuti njegov zakonski dio. Ostavitelj koji je dužan ili prezadužen ne može odredbom za slučaj smrti okrnjiti interese svojih vjerovnika niti dovesti u pitanje njihova potraživanja.

Ne postoje nikakve posebne odredbe ni za vanjsku formu *vasijjeta* ni za jezično izražavanje u očitovanju *vasijjeta*. Kada je riječ o izražavanju, zahtijeva se samo upotreba takve vrste izraza i u takvom glagolskom obliku, koji označava ustupanje imovine za slučaj smrti, kao naprimjer "vasijjet činim", "oporučujem", "neka po mojoj smrti pripadne tome i tome u vlasništvo 1/6 moje kuće"..

"Vasiijet se može sačiniti pismeno i usmeno, pred sudom i izvan suda privatno".[17]

Testament u pismenoj formi ne podliježe nikakvoj posebnoj formi za njegovu valjanost, ali mora odgovarati općim propisima o sastavu i važnosti pismenih isprava.

Za valjanost usmenog *vasijjeta* nije propisano ni prisustvo svjedoka.

Vidljivo je da se razlika između rimskog i šerijatskog nasljednog prava u pogledu testamenta (oporuke) sastoji u različitim oblicima oporuke i načinima njenog reguliranja koji su karakteristični za rimsko pravo, odnosno za periode kroz koje je prošla rimska država u svom razvoju, što nije svojstveno šerijatskom pravu koje je dozvoljavalo veću slobodu prilikom sačinjavanja testamenta. Naime, testament *(vasijjet)* u šerijatskom pravu nije zahtijevao nikakvu posebnu formu, koja bi osigurala njegovu valjanost, što se može poistovijetiti sa periodom postklasičnog i Justinijanovog prava rimske države, u kojem je oporuka bila oslobođena stroge formalnosti prilikom njene izrade. Za usmenu oporuku zahtijevalo se prisustvo i pečat sedmorice svjedoka, dok za valjanost usmenog testamenta u šerijatskom pravu, nije bila propisana obaveza prisustva svjedoka. Podatak da se testament prema šerijatskom pravu može sačiniti pred sudom i izvan suda privatno, upućuje na poveznicu s rimskom regulacijom koja je postojala za vrijeme Justinijana, a koja je dozvoljavala privatne i javne oporuke.

[17] Ibid, str. 39.

U šerijatskom pravu, ostavitelj je ograničen prilikom raspolaganja svojom imovinom putem testamenta *(vasijjeta)*, jer ostavitelj koji ima bar jednog zakonskog nasljednika po krvnom srodstvu, može raspolagati za slučaj smrti samo s jednom trećinom svoje imovine, i to samo u korist nenasljednika (ako ima više zakonskih nasljednika i ne odobre testiranje) ili u korist srodnika koji ga ne može naslijediti zbog konkurencije drugih bližih srodnika. Dakle, tek ako ne postoje zakonski nasljednici, dozvoljen je testament *(vasijjet)*. Iz navedenog se može vidjeti da i šerijatsko pravo, na posredan način pruža zaštitu nužnim nasljednicima, kao i rimsko pravo koje poznaje institut nužnog nasljednog prava.

2.1. Pretpostavke za valjanost testamenta

Oba prava izražavaju identičnost i slaganje u pogledu uslova koji moraju postojati na strani testatora i testamentarnog nasljednika, te imovine koja je predmet testamentarnog nasljeđivanja. Naime, rimsko pravo, kao bitan uslov za valjanost testamenta, propisuje sposobnost testatora da pravi oporuku *(testamenti factio aktiva)*, te sposobnost lica koje je pozvano na nasljeđe da bude imenovan za nasljednika *(testamenti factio passiva)*. Pojedine osobe su imale *testamenti factio passive*, ali nisu mogle sticati nasljedstvo ili legat zbog određenih zabrana *(incapacitas)*. Kod nedostojnosti *(indignitas)*, pojedinac stiče nasljedstvo ili legat, ali mu je to oduzimao fisk *(ereptorium)*.

"In eo qui testatur, elus temporis quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas, exigenda est".[18] (Testator mora u vrijeme kada pravi testament biti duševno zdrav, ali ne i tjelesno).

"Indigno aufertur hereditas".[19] (Nedostojan nasljednik gubi nasljedstvo).

"Indignu potest capere, non retinere".[20] (Nedostojni nasljednik može steći nasljeđe, ali ga ne može zadržati).

2.2. Prihvat nasljedstva

Delacija, sama po sebi ne dovodi do stjecanja nasljedstva. Za to je potreban prihvat nasljedstva *(acquisitio)*. U rimskom pravu razlikovali su se najbliži srodnici *(sui heredes)* koji su u početku morali prihvatiti nasljedstvo (zbog toga su nazvani *heredes necessarii*, kojima je kasnije pretor dao *beneficium abstinendi*), od ostalih nasljednika koji su mogli prihvatiti nasljedstvo ili odbiti njegovo prihvatanje *(heredes voluntarii)*.

---

[18] Dr. Romac Ante, dr. Stojčević Dragomir, *Dicta et regulae iuris*, (Savremena administracija, Beograd 1984.), str. 210.

[19] Ibid, str. 225.

[20] Ibid, str. 225.

"Semel heres, semper heres".[21] (Jednom nasljednik, uvijek nasljednik. Ko je jednom prihvatio nasljeđe, ne može ga se više odreći).

"Cum licet adire hereditatem, livet et ab ea sine damno discedere".[22] (Kad je dozvoljeno prihvatiti nasljeđe, dozvoljeno je i ne prihvatiti ga).

Postojala su tri načina kojima su *heredes voluntarii* mogli izraziti prihvat nasljedstva:

1. *Cretio*, 2. *Pro herede gestio* i 3. *Aditio hereditatis nuda voluntate*. Jednom dani prihvat se mogao povući. U civilnom pravu nije bio određen rok za prihvat, pa je pretor odredio taj rok *(ius deliberandi)* u trajanju od 100 dana. Odbijanje prihvata nasljedstva *(repudiation)* moglo se dati u bilo kojoj formi i bilo je neopozivo. Očitovanjem volje o neprihvatanju *vasijjeta*, učinjeno nakon smrti testatora, gubi se pravo koje potiče iz *vasijjeta* i ne može se naknadnim očitovanjem o prihvatu to pravo više steći.

"Recusari hereditos non tantum verbis, sed etiam re potest, et alio quovis iudicio voluntatis".[23] (Nasljedstvo se može odbiti ne samo riječima, nego i djelom, i svakom drugom izjavom volje).

Kod testamentarnog nasljeđivanja, nasljedstvo se, u principu, stiče prihvatom i to očitovanjem izričito ili konkludentnim radnjama, a može se i odbiti. Prihvat ili odbijanje mjerodavno je samo ukoliko je učinjeno nakon smrti testatora. Propisi i odredbe šerijatskog prava ne dozvoljavaju nasljedniku da se unaprijed odrekne prava nasljedstva ni jednostranom izjavom ni ugovorom s ostaviocem. Šerijatsko pravo ne poznaje ugovorno nasljeđivanje. Pravo iz *vasijjeta* može se steći i bez očitovanja o prihvatu i to:

1. ako testamentarni nasljednik kod *"vasijjeti mukajjede"* ili legatar kod *"vasijjeti mutlake"* umre, a nije se za života uopće izjasnio o *vasijjetu*. U tom slučaju, *vasijjet* pripada njegovim nasljednicima, iako se umrli nije izjasnio da prihvaća *vasijjet*. U rimskom pravu nije bilo dozvoljeno da pravo na prihvat nasljedstva pređe na drugog, pa ni u slučaju smrti pozvanog nasljednika. Ukoliko pozvani nasljednik ne prihvati nasljedstvo, njegov dio prirasta razmjerno dijelovima ostalih sunasljednika *(ius asdrescendi)*. Tek je pretor postepeno počeo dopuštati prenos delacije *(transmission delationis)* na nasljednike pozvanog, ukoliko bi on umro, a bez svoje krivnje nije prihvatio nasljedstvo. Pravo koje je postojalo u doba Justinijana dopušta transmisiju delacije nasljedstva, i kod zakonskog i kod testamentarnog nasljeđivanja.

[21] Ibid, str. 479.

[22] Ibid, str. 112.

[23] Ibid, str. 461.

2. ako nije moguće pribaviti očitovanje nasljednika, odnosno legatara.

Odobrenje zakonskih nasljednika predstavlja uslov za valjanost *vasijjeta* koji testator sačini u korist lica, koji postane njegov ubica. U rimskom pravu, lice koje je, usljed izvršenja ubistva ostavioca, postalo nedostojno za nasljeđivanje, ima pravo na nasljedstvo ili legat, ali mu ga fisk oduzima.

Izjava posljednje volje, prema šerijatskom pravu, ne mora biti očitovana od strane samog testatora, jer testator može *vasijjet* sačiniti tako da potvrdi stavljeni mu prijedlog, kao npr. potvrdnim riječima "da", "ostavljam" i slično. Potvrđenje mora biti takvo da bez sumnje pokazuje izraz volje testatora.

Šerijatsko pravo dozvoljava testatoru, da testamentom prepusti izvršiocu posljednje volje (svom testamentarnom mandatoru) da on po procjeni odredi namjeru i svrhu *vasijjeta*.

Ako se *vasijjet* čini u korist začetog djeteta, uslov je da je dijete bilo već začeto u momentu pravljenja *vasijjeta*. Smatra se da je dijete bilo začeto u momentu pravljenja *vasijjeta*, ako se rodi živo u roku od 6 mjeseci, računajući od dana pravljenja *vasijjeta*, ako majka nije bila u momentu pravljenja *vasijjeta* udovica ni raspuštenica. Ako jeste udovica ili raspuštenica, smatra se da je dijete bilo začeto u momentu pravljenja *vasijjeta*, ako se rodi živo u roku od dvije godine po razvodu braka, odnosno po smrti muža.

2.3. Zamjene (supstitucije)

Rimsko pravo je dopuštalo da testator u oporuci odredi nasljednikovog zamjenika u slučaju da prvoimenovani nasljednik ne prihvati nasljedstvo, ili umre prije nego što je stekao sposobnost za pravljenje testamenta. Eventualni nasljednik se naziva supstitut, a ustanova supstitucija. Rimsko pravo je poznavalo dvije vrste supstitucije: vulgarnu i pupilarnu. Justinijanovo pravo uvelo je još jedan oblik supstitucije, a to je kvazipupilarna supstitucija.

"Heredes aut instituti dicuntur, aut substituti: intituti qui primo gradu scripti sunt, substituti qui secundo gradu vel sequentibus heredes scripti sunt".[24] (Nasljednici su ili imenovani ili supstituti; imenovani su oni koji su upisani na prvo mjesto, a supstituti su oni koji se stavljaju na drugo ili neko dalje mjesto).

Šerijatsko pravo statuira instituciju *"evladijjet vakuf"* koja je slična fideikomisarnoj supstituciji. *Evladijjet vakuf* označava posebnu vrstu vakufa gdje zavještalac daruje svoje imanje vakufu određene džamije, škole ili druge

[24] Ibid, str. 186.

ustanove pod uslovom da njegovom potomstvu s koljena na koljeno pripadaju zakladnom ispravom određena prava uživanja na uvakufljeno imanje.

Pored značajne sličnosti *evladijjet* vakufa s fideikomisarnom supstitucijom, postoje bitne razlike između ova dva pravna instituta. Najprije treba istaknuti da *evladijjet* vakufima pripada karakter zakladne ustanove, dok kod fideikomisorne supstitucije takav karakter nije prisutan. Pravo nadzora kod *evladijjet* vakufa pripada vakufskim vlastima, a kod fideikomisa pravo intervencije, u izvjesnim slučajevima, priznato je samo zakonskim nasljednicima, kao budućim supstitutima. *Evladijjet* vakuf postaje *srf* vakuf, nakon smrti lica koja su vakfijom pozvana na korištenje *evladijjet* vakufa, dok kod prestanka fideikomisorne supstitucije, supstitut može slobodno raspolagati s odnosnim dobrom za slučaj smrti.

Uviđamo da šerijatsko pravo ne poznaje institute supstitucije ili zamjene u smislu u kojem je to činilo rimsko pravo. Šerijatsko pravo regulira institute *evladijjet* vakufa, koji ima neke stanovite sličnosti s fideikomisarnom supstitucijom, koja je bila poznata i primjenjivana u rimskom nasljednom pravu, a označavala je mogućnost određivanja supstituta prvoimenovanom fideikomisaru koji je, nakon svoje smrti, morao ustupiti imovinu drugoimenovanom fideikomisaru. Međutim, nakon svega navedenog, dolazimo do zaključka da se u pogledu instituta supstitucije, njegovom poznavanju i regulaciji unutar rimskog i šerijatskog prava, ne mogu utvrditi paralelna viđenja i karakteristike.

3. Zakonsko nasljeđivanje

U rimskom pravu zakonsko nasljeđivanje se kroz vrijeme prilagođavalo promjenama, kako gospodarskim, tako i društvenim i kulturnim.

U šerijatskom pravu zakonsko nasljeđivanje je utemeljeno jednom i u konačnici je uvijek ostalo isto.

Rimsko pravo sadržava, zavisno od perioda, određene načine zakonskog nasljeđivanja. U skladu s tim, postoje četiri različita perioda i načina na koji se normiralo zakonsko nasljeđivanje. To su sljedeći periodi:

- *Zakonsko nasljeđivanje po civilnom pravu Zakonika XII ploča,*
- *Zakonsko nasljeđivanje po pretorskom pravu*,
- *Carsko pravo* i
- *Zakonsko nasljeđivanje po Justinijanovom pravu.*

U šerijatskom nasljednom pravu postoji jedna jedinstvena podjela koja je stalna i sastavljena od određenih grupa nasljednika:

- *Ashabi-feraiz nasljednici*,
- *Asaba nasljednici* i
- *Zevil-erham nasljednici*.

Po rimskom pravu tj. po Zakoniku XII ploča, krvno srodstvo nije uzimano u obzir, dok je u šerijatskom pravu krvno srodstvo predstavljalo osnov za stvaranje nasljedničkog odnosa. Po ovom zakoniku postoje sljedeći nasljedni redovi: *sui heredes*, *proximus agnatus* i *gentiles*.

"Intestatorum hereditas lege duodecim tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis et aliquando quoque gentilibus deferebatur".[25] (Prema Zakonu XII tablica ostavina lica umrlih bez nasljednika, prelazila je u prvom redu na članove njihove porodice, zatim na agnate, a u nekim slučajevima i na gentile).

"Si intestato moritur, cui suus heres nev escit, adgnatus pooximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento".[26] (Ako neko umre bez testamenta, a nema bližih srodnika, njegova imovina neka pripadne najbližem agnatu. Ako nema agnata, neka pripadne gentilima. (Zakonski red nasljeđivanja starog civilnog prava)).

Ukoliko se osvrnemo na šerijatsko nasljedno pravo, ne možemo, a da ne primijetimo sličnost s rimskim po pitanju međusobnog isključenja nasljednika, tj. to da bliži srodnik isključuje daljeg srodnika. Također, uviđamo i to da, ukoliko po Zakoniku XII ploča nema nikoga iz prva dva reda, tj. ako bliži srodnici odbiju nasljedstvo, dalji se srodnici uopšte i ne pozivaju na nasljedstvo, već se ta imovina daje državi. U tom periodu testament kao institut još nije zaživio.

U šerijatskom pravu testament se poznavao, pa se tek u slučaju nepostojanja testamenta i nakon podmirenja bračnog druga, imovina davala državi ukoliko nema nikoga iz prethodnih nasljednih redova.

U šerijatskom nasljednom pravu, u prvu grupu nasljednika, tj. *ashabi-feraiz* nasljednika spadaju: bračni drugovi, muška uzlazna loza, bliži srodnici ženskog spola.

Po Zakoniku XII ploča prva grupa bili su *sui heredes*, a to su ostaviteljeva djeca, adrogirani i adoptirani, te žena.

Drugi red po šerijatskom nasljednom pravu sastojao se od asaba nasljednika u koje spadaju: muška čisto silazna loza, muška uzlazna loza, muški

[25] Ibid, str. 221.

[26] Ibid, str. 490.

potomci silazne loze ostaviteljevog oca, silazna muška loza djeda, pradjeda itd.

Drugi red po Zakoniku XII ploča sastojao se od *proximus agnatus* nasljednika u koje su se ubrajali braća i sestre, stričevi i njihovi potomci ili samo muški *agnatus proximus*.

Treći red po šerijatskom nasljednom pravu činili su *zevil-erham* nasljednici koji ne spadaju u prva dva reda, a to su: potomstvo ostaviteljeve kćeri, sinove kćeri itd.; djed po majci, pradjed, prababa; potomci oca i majke koji ne spadaju u dva prethodna reda; potomci djedova i baba, pradjedova i prababa, šukundjedova i šukunbaba itd. koji nisu u dva prethodna reda.

Treći red po Zakoniku XII ploča činili su gentili koji su bili pripadnici istog roda.

Uvođenjem nasljeđivanja po pretorskom pravu dolazi do većih promjena i uvažavanja krvnog srodstva u rimskom nasljednom pravu. Ovim nasljednim pravom uspostavljena su četiri nasljedna reda, a to su: liberi, pod kojima su se podrazumijevala djeca i ona krvna djeca koja u momentu ostaviteljeve smrti nisu bila pod njegovom vlašću – udate kćeri, emancipirana djeca ili djeca data u adopciju; legitimi u koje su se ubrajali agnati koji nisu *sui heredes*; cognati koji obuhvataju krvne srodnike do VI stepena, te u VII stepenu unuke po braći i sestrama i *vir et uxor* (bračni drug), ukoliko nije bilo kognata i agnata iz prva tri reda.

Ovdje je jasna razlika u tome što su po šerijatu bračni drugovi u prvom redu, dok su po pretorskom nasljednom pravu u zadnjem redu. Također, u pretorskom nasljednom pravu dolazi i do sličnosti pozivanja nasljednika iz sljedećeg nasljednog reda ukoliko u prethodnom nasljednici nisu zatražili *bonorum possessio*.

Po šerijatskom nasljednom pravu kćeri su dolazile na red tek poslije bračnih drugova, ostaviteljeve čisto muške uzlazne loze u prvoj grupi nasljednika, dok su se po pretorskom nasljednom pravu nalazile u prvom nasljednom redu.

Po carskom nasljednom pravu rađeno je na značaju međusobnog nasljeđivanja majke i djece, te na povećanju važnosti krvnog srodstva. U skladu s tim donijeti su *Senatus consultum Tertullianum* i *Senatus consultum Orphitianium* po kojima se majka pozivala na nasljedstvo svoje djece, kako zakonite, tako i nezakonite, koja nisu imala svojih potomaka niti oca, kao ni punokrvnu braću. Također, nasljedno pravo se priznaje i majci ispred agnatskih srodnika.

"Paterna paternis, materna maternis".[27] (Očeva imovina očevim, a majčina majčinim nasljednicima).

Za razliku od navedenog, po šerijatu, nezakonita djeca mogu naslijediti samo majku ili njenu rodbinu, dok nije moguće da naslijede oca niti njegovu rodbinu. Također, ne mogu ni ovi naslijediti njih.

Po Justinijanovom nasljednom pravu temelj je krvno srodstvo u kome se potpuno izjednačavaju muški i ženski srodnici.

Već na početku vidimo razliku jer u šerijatu žene nisu izjednačavane ni u kom slučaju.

Nasljedni redovi su bili sljedeći: *Descendentes*, *Ascendentes*, *Consanguinei* i uterini, te *Collaterales*.

Prvi red po Justinijanovom nasljednom pravu odnosio se na potomke po muškoj i ženskoj liniji, kao i adoptirane i adrogirane. Oca su nasljeđivala bračna, a majku vanbračna djeca.

Sličnost sa šerijatskim pravom je ta što oca nasljeđuju i po šerijatu bračna, a ne vanbračna djeca i obrnuto, dok majku nasljeđuju vanbračna djeca.

Razlika je u tome što po šerijatskom nasljednom pravu u prvoj liniji nisu bila djeca, već bračni drugovi, muška čisto uzlazna linija, te bliži srodnici ženskog spola.

U šerijatu djeca ne bi imala pravo naslijediti ništa po zakonu ukoliko su priznata, tj. ozakonjena protivno šerijatskim propisima.

Drugi red po Justinijanovom nasljednom pravu činila su punorodna braća i sestre, kao i djeca umrle braće i sestara.

Po šerijatu, punokrvna sestra nasljeđuje samo ako nema muških potomaka ili predaka. Sestra po ocu nasljeđuje samo ako nema nikoga od muških potomaka i predaka, kao ni punokrvne braće ili sestara.

Treći nasljedni red po Justinijanovom nasljednom pravu su polubraća i polusestre, te njihovi potomci prvog stepena.

U šerijatskom nasljednom pravu braća i sestre po ocu nasljeđivali su samo ako nema punokrvne braće i sestara, a ukoliko ima, njihov se dio smanjuje, a polubraća i polusestre po majci samo ako ostavitelj nije ostavio djecu, unuke, oca, djeda, pradjeda itd.

[27] Ibid, str. 375.

Četvrti red po Justinijanovom nasljednom pravu čini nasljednike do VI stepena srodstva i ukoliko nema nikoga iz prethodnih redova. U pomanjkanju svih nasljedstvo pripada bračnom drugu, dok po šerijatskom nasljednom pravu bračni drug je u prvom stepenu.

Također, važno je navesti da kod prava nasljedstva začetog djeteta u oba nasljedna prava vrijedi da začeto dijete nasljeđuje ukoliko se rodi živo.

"Qui in utero sunt, perinde ac in revbus humanis esset custoditur, qoutiens da commodis ipsuis partus quaeritur".[28] (Djeca koja su u utrobi smatraju se kao da su već rođena, ukoliko se radi o koristima koja treba da dobiju poslije rođenja).

4. Zaključak

Nakon svih sličnosti i razlika rimskog i šerijatskog nasljednog prava, navedenih u prethodnom izlaganju, nemoguće je ne primijetiti da se ovdje radi o dva iznimno kompleksna i sadržajno bogata prava. Ova tvrdnja nalazi opravdanje u činjenici da su, kako rimsko, tako i šerijatsko pravo, kroz vrijeme, na svojstvene načine razvijali i prakticirali svoju materiju. Dakako je važna činjenica da su oba navedena prava poslužila za brojne naučne analize i uporedbe, te da se i danas proučavaju zbog svoje zanimljivosti i specifičnosti. U skladu s ovim, rimsko pravo je ujedno i jedna od prvih znanosti koja je postala predmetom sveučilišnog studija i tako doprinijela razvoju pravne znanosti. Tokom svoga tisućljetnog razvoja kroz istoriju, prilagođavalo se kako gospodarskim, tako i kulturnim promjenama, te je tako postavljalo temelj za mnoga prava koja počivaju na njegovim osnovama.

Za razliku od rimskog, šerijatsko pravo je sastavni dio islamske vjere, te njegovi propisi počivaju samo na Kur'anu, Hadisu i Idžmau, dok Kijas ne služi kao pravni izvor šerijatskog nasljednog prava. Šerijatsko pravo nije podložno promjenama i na njega nisu uticali vanjski čimbenici, kao na rimsko. Ono je, uprkos promjenama, ostalo i dan danas isto i u suštini nepromijenjeno.

Bazirajući se na ovim činjenicama, vidljivo je da su u samom Kur'anu određeni nasljedni dijelovi glavnih zakonskih nasljednika, te je Kur'an imperativno preporučio muslimanima primjenu tih propisa. Ovo detaljiziranje i imperativ ukazuju na to da su ovi propisi okarakterisani Kur'anom kao temeljni i vrlo važni propisi za društveno-pravni poredak. Ukoliko se želi putem kritičkog proučavanja doći do ispravnog shvatanja i objektivnog suda o normama šerijatskog nasljednog prava, ne smije se gubiti iz vida činjenica da su i

[28] Ibid, str. 425.

norme šerijatskog nasljednog prava u uskoj vezi s onim ostalim temeljnim Kur'anskim odredbama koje imaju specijalno socijalnu svrhu i kojima je postavljen jedan zdrav osnov socijalnom životu ljudske zajednice. Po ovome vidimo da šerijatsko pravo ima druge poglede na odnos umrloga prema njegovoj rodbini negoli rimsko pravo, te se njegov stav ogleda u racionalnom uređenju odnosa društvenih slojeva u imovinskom pogledu.

Iako su njihovi propisi u mnogo čemu različiti, također postoje i brojne sličnosti, ali upravo iz toga se vidi njihova specifičnost i iznimna posebnost.

Literatura

- Avramović Sima, Stanimirović Vojislav, *Uporedna pravna tradicija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2008. godina.
- Bušatlić Abdulah, *Porodično i nasljedno pravo Muslimana*, Islamska dionička štamparija u Sarajevu, Sarajevo, 1926. godina.
- Ćerimović Ali-Mehmed, *Šerijatsko nasljedno pravo (Feraiz)*, Državna štamparija u Sarajevu, Sarajevo, 1936. godina.
- Horvat Marijan, *Rimsko pravo*, Školska knjiga Zagreb, Zagreb, 1980. godina.
- Ilić Mihajlo, *Arhiv za pravne i društvene nauke (Karakteristike šerijatskog naslednog prava)*, Izdanje nastavnika Pravnog fakulteta, uredništvo i administracija Topličin venac 21, Beograd, 1938. godina.
- Ilić Mihajlo, *Arhiv za pravne i društvene nauke (Položaj žene i ženskih srodnika u šerijatskom naslednom pravu),* Izdanje nastavnika Pravnog fakulteta, uredništvo i administracija Topličin venac 21, Beograd, 1938. godina.
- Karčić Fikret, *Komparativna pravna historija*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007. godina.
- Karčić Fikret, *Historija šerijatskog prava*, Fakultet islamskih nauka u Sarajevu, Sarajevo, 2005. godina.
- Šarac Mirela, Zdravko Lučić *Rimsko privatno pravo,* Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006. godina.
- Romac Ante, Stojčević Dragomir, *Dicta et regulae iuris*, Savremena administracija, Beograd, 1984.
- Romac Ante, *Rječnik latinskih pravnih izraza*, Informator, Zagreb, 1992. godina.
- Romac Ante, *Rječnik rimskog prava,* Informator, Zagreb, 1989. godina.
- Sladović Eugen, *Islamsko pravo u Bosni i Hercegovini*, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd, 1926. godina.
- Škaljić Abdulah, *Šerijatsko nasljedno pravo*, Državna štamparija, Sarajevo 1941. godina.

MA Irena Stanić
Senior Assistant

THE COMPARATIVE LEGAL REVIEW OF SOME OF THE RULES OF ROMAN AND SHARIA INHERITANCE LAW

Summary

This topic is discussed precisely because of the interesting features of the Roman and Sharia law, as well as the particularities and specificities in regulating these areas. Due to the extensiveness, diversity, and detail of these laws, the area of inheritance law has been selected as the basis of comparison, and, therefore, this paper will be based on a comparison of the similarities and differences of norms covered by the inheritance law regulation.

In terms of the Roman law, although the Roman state ceased to exist over 1500 years ago, the Roman law is studied as a separate subject, or integrated into legal and historical subjects, as well as an introduction to the European law or positive civil law. It had been one of the first sciences to become a subject of university study, and it is of paramount importance to the jurisprudence. The period from the mid-8th century B.C. to mid-6th century A.D. was marked by the rise, flourish, and fall of Rome. Throughout its thousand-year development, the Roman law advanced from a national law of a primitive agricultural people into a law known by just about the entire world at the time.

The Roman jurist Gaius made the division of the private law into personae, res, and actions in the Institutes. Ius ad quod personas partinet is law that applies to persons, and includes legal norms governing personal rights and personal relationships, while Ius ad quod res partinet is law relating to the material, and contains a set of rules which regulate the property relations between people. It comprises two large sets of rules, namely: inter vivos (between the living) and mortis causa (in prospect of death). Rules mortis causa are marked as the rules of inheritance law, and thus the rules of real property/real estate law, law of obligations, and inheritance law are distinguished.

Sharia law is an integral part of the Islamic faith. The regulations of the Sharia inheritance law are based only on the Qur'an, Hadith and Ijma, while the Qiyas does not serve as a legal source of the Sharia inheritance law.

For the most part, the Qur'an itself expressly set out the rules of inheritance law, and this is particularly the case with the aliquot parts of the ashab-al-fara'id heirs and the hereditary order. The most important provisions are contained in the Surah (Sura) An-Nisa, in verses 10, 12, and 176.

The more important institutes of both laws, which concern the branch of inheritance law, will be further elaborated in the discussion to follow.

Key terms: *Roman law, Shari'a law, the area of inheritance law, inter vivos, mortis causa.*

Mr. Edina Sudžuka: *Porezne reforme: pouke i preporuke iz iskustva zemalja članica OECD-a i zemalja u razvoju,* Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LV – 2012., s. 385-405

Mr. Edina Sudžuka
Viša asistentica

UDK: 336.22
Pregledni naučni rad

POREZNE REFORME: POUKE I PREPORUKE IZ ISKUSTVA ZEMALJA ČLANICA OECD-A I ZEMALJA U RAZVOJU

Sažetak

Ne postoji optimalna porezna struktura, kao što ne postoji idealan porezni sistem, niti savršena porezna reforma. Provedba jedne reforme tek je jedan doprinos unapređenju izvjesnog aktualnog poreznog sistema. Evolutivni razvoj društvenih odnosa, pojava i procesa nameće potrebe permanentnih i kontinuiranih intervencija nad poreznim sistemom u vidu, malih ili, pak, velikih, poreznih reformi. Prijedlozi poreznih reformi najčešće su brojni, ali malo njih se pretoči u konkretne reformske mjere. Pitanja koja donose neprestane dileme finansijskih teoretičara, stručnjaka iz prakse, a u izvjesnoj mjeri i javnosti odnose se na opredjeljenje za jedno ili višestopni sistem oporezivanja potrošnje i dohotka korporacija, odabir manjeg broja poreznih skala i razreda pri oporezivanju osobnog dohotka, smanjenje granične stope poreza na dohodak, i slično. Od 80-ih godina prethodnog stoljeća pojavio se trend potrebe proširenja porezne osnovice, prvenstveno kod poreza na potrošnju, zatim i kod poreza na dohodak. Ovaj trend praćen je drugim, koji se odnosio na smanjenje poreznih stopa (smanjenje visine granične stope poreza, smanjenje broja stopa poreza, smanjenje visine poreznih stopa). Devedesete je obilježilo snažno širenje poreza na dodatnu vrijednost, koje se nastavilo i u ovoj dekadi u kojoj je više od 2/3, odnosno preko 180 država diljem svijeta preuzelo ovaj porezni oblik. Buduće porezne reforme vjerovatno će imati fokus na oporezivanju potrošnje energije i ekološkim porezima.

Ključne riječi: *porezna reforma, porezna načela, PDV, porez na dohodak, zemlje u razvoju*

Uvodna razmatranja

Pristupanje reformi u bilo kojoj oblasti društvenog života nastaje kao posljedica evolutivnog razvoja društvenih odnosa, pojava i procesa. Permanentni zahtjevi za unapređivanjem poreznih sistema koji se neminovno postavljaju pred države donose izdvajanje izvjesnih poreznih načela kao temeljnih u dogradnji

ili reizgradnji postojećih poreznih sistema. Naime, proces globalizacije, proces ekonomske tranzicije i paralelni procesi integracija država, stvaranjem povezanosti i međuovisnosti između država, dovode do potrebe približavanja i djelimičnog usaglašavanja poreznog zakonodavstva tih država.

> "Smanjenjem i uklanjanjem carinskih i drugih barijera (sniženje carinskog opterećenja, smanjenje broja i vrste nekih drugih ograničenja, kao i njihovo ukidanje) ublažavaju se, odnosno postupno nestaju uzroci tromosti i nedovoljne fleksibilnosti vanjskotrgovinske razmjene, koja među državama postaje sve intenzivnija i življa. Postupno uklanjanje ograničenja koja su vrijedila za izvoz i uvoz financijskog kapitala, dovelo je do suštinske promjene na svjetskom tržištu kapitala. To je bilo potpomognuto – može se slobodno reći, eksplozivnim tehnološkim razvitkom, posebno na području komunikacija i u širokoj primjeni računala."[1]

Globalizacija kao proces ujedinjavanja nacija i država, te stvaranja njihove međusobne ovisnosti s ciljem stvaranja jedinstvenog ekonomskog, ekološkog, kulturološki pluralnog društvenog ambijenta, oslonjen na savremene vidove transporta, transfera i komunikacija upotrebom razvijene informacione i komunikacione tehnologije vodi ka stvaranju novog svjetskog poretka. Ova pojava i proces naročito je intenziviran devedesetih godina prethodnog stoljeća uporedo s padom komunizma, raspadom Sovjetskog Saveza i SFRJ. Percepcija društva i države znatno se izmijenila, kao i uloga države koja je u izvjesnom smislu i ekonomski i politički modificirana, jer se kroz sam proces pojavljuju i drugi akteri: transnacionalne kompanije, geopolitičke organizacije i nevladine organizacije. Usljed navedenih promjena nastao je prelaz s društva produkcionizma na društvo konzumerizma. Stvoren je veliki jaz između razvijenih i nerazvijenih država, pri čemu razvijene streme ka iznalaženju novih izvora energije i pribavljanju energetskih resursa, nabavljanju i dopremanju sirovina i jeftine radne snage, dok su nerazvijene usmjerene na pribavljanje novih tehnologija, privlačenje investicionog kapitala i obezbjeđivanje finansijskih sredstava, najčešće, putem kreditnih zaduženja što, opet, zahtijeva smanjenje javne potrošnje i izgradnju investiciono stimulativnog fiskalnog sistema. S druge strane, sredinom prethodnog stoljeća svoje prve korake zabilježilo je stvaranje jedinstvenog ekonomskog i političkog prostora na području Evrope.

Nastale promjene društvenih i ekonomskih odnosa svojim egzistiranjem i daljnjim razvojem, u manjoj ili većoj mjeri, lančano se reflektiraju na pravni

[1] Jelčić Barbara i Jelčić Božidar: *Porezni sustav i porezna politika*, Informator, Zagreb, 1998. godina, str. 3.

i ekonomski sistem određene države, tako da se neminovno moraju izvršiti izmjene tih sistema kako bi se stvorio adekvatan ambijent za razvoj i unaprjeđenje cjelokupnog društveno-ekonomskog života u državi.

> "Političke i ekonomske promjene u Srednjoj i Istočnoj Europi na početku devedesetih godina, nova faza u integracijskom procesu dijela Europe utvrđena Ugovorom o Evropskoj Uniji – koji je nakon jednogodišnje pripreme potpisan 7. veljače 1992. godine u Maastrichtu (stupio na snagu nakon što su ga ratificirale zemlje – članice Unije 1. studenog 1993. godine), formiranje Svjetske trgovinske organizacije, te integracije zemalja Centralne Europe (CEFTA) i drugo, dali su i daju nove poticaje harmonizaciji poreza, odnosno pridonose sve glasnijem zahtjevu za tom harmonizacijom."[2]

Upućenost država, regija, pa i kontinenata na međusobnu povezanost i saradnju reflektira se i na njihove porezne sisteme i mjere porezne politike stvaranjem potrebe za njihovim približavanjem i usaglašavanjem, međutim razlike između nacionalnih poreznih sistema i dalje postoje imajući u vidu da države svoj fiskalni i finansijski suverenitet nisu voljne dijeliti sa drugima, niti rade prenositi na supranacionalni nivo.

Da bi zadržale ili, pak, poboljšale postojeću konkurentnost na globalnom tržištu, države moraju posvetiti posebnu pažnju fiskalnim propisima i njihovom oblikovanju na način da doprinesu ostvarenju ne samo fiskalnih ciljeva, nego da omoguće nesmetano ostvarenje ekonomskih ciljeva, bilo da se radi o investicijama, zapošljavanju, vanjskotrgovinskoj razmjeni i slično.

Porezni sistem i porezna načela

> "Svaki poreski sistem je rezultat:
> – razvojnog (ili istorijskog),
> – društveno-ekonomskog,
> – političkog sistema i
> – ciljeva koji se žele postići određenim poreskim sistemom. Poreski sistem se stalno menja i usavršava, prilagođavajući se društveno-ekonomskim sistemima, postajući istorijska kategorija."[3]

Porezni sistemi utemeljeni su na izvjesnim poreznim načelima. Načela ili principi oporezivanja predstavljaju pravila kojih se treba pridržavati pri

[2] Jelčić Barbara i Jelčić Božidar: Ibidem, str. 94.

[3] Komazec Slobodan i Ristić Žarko: *Monetarne i javne finansije,* Jantar grupa Beograd, Beograd, 2002. god., str. 605.

formuliranju praktičnih mjera porezne politike i određenih rješenja koja se primjenjuju u postupku razreza i ubiranja poreza.[4]

Mnogi i raznovrsni ciljevi koji se mogu ostvariti oporezivanjem i učinci koje plaćanje poreza ima na porezne obveznike nametnuli su financijskoj znanosti zadaću da utvrdi određena načela – rukovodna pravila kojih se treba pridržavati pri formuliranju praktičnih mjera porezne politike i određenih rješenja koja se primjenjuju pri ubiranju poreza, a koji pripadaju mjerama porezne tehnike.[5]

"Promjena mjesta i uloge pojedinih poreza u poreznom sustavu, kao i promjena mjesta i uloge svih poreza u sustavu javnih prihoda, tijekom vremena nužno je dovela (i) do promjena načela oporezivanja. Na broj i sadržaj poreznih načela utječu mnogi čimbenici, kao što su na primjer: ustavno uređenje, gospodarska razvijenost, struktura gospodarstva, broj i vrsta zadataka iz nadležnosti države (funkcije države), kadrovska struktura i materijalna opremljenost porezne uprave i drugi."[6] Porezna načela, dakle, jednako su kao i porezni sistemi podložna utjecajima promjena koje nastaju u društveno-ekonomskom sistemu, promjena koje se odnose na ekonomsku ulogu države, te onih koje se reflektiraju iz procesa političke i ekonomske integracije i sličnih.

Upravo takve promjene dovode do izmjene prioriteta i primata koji su davani jednim poreznim načelima naspram drugih. Imajući u vidu da se načela, odnosno ostvarenje pojedinih zahtjeva unutar njih, nalaze u suprotnosti sa ostvarenjem drugih načela i njihovim zahtjevima, kolizije poreznih principa su neizbježne, čime se ostvarenje načela svodi na razinu znatno nižu od pretpostavljene i umanjuje mogućnost za ostvarenje ciljeva fiskalne politike. Tragom prethodno iznesenog, porezni sistem treba uspostaviti kao harmoničan skup različitih poreznih vrsta i oblika koji će svojom primjenom u duhu kooperacije i kompromisa ispuniti zahtjeve osnovnih poreznih načela datog poreznog sistema i biti u službi ostvarenja ciljeva porezne politike. Autori Komazec i Ristić ističu dvije karakteristike poreznih načela:

> "1. Poreska načela su kao istorijska (a ne apsolutna) kategorija u toku vremena doživljavala određene promene koje su neposredno vezane za transformaciju shvatanja poreza i uloge savremene države. Stoga ćemo se ograničiti na principe koji su u funkciji savremene države.

[4] Jelčić, Božidar: *Rječnik javnih financija i financijskog prava*, Informator, Zagreb, 1981., str. 173.

[5] Jelčić Božidar: *Financijsko pravo i financijska znanost*, II izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Informator, Zagreb, 1998. godine, str.154.

[6] Jelčić Barbara i Jelčić Božidar: Ibidem, str. 25.

2. Osnovni opšti princip oporezivanja bio bi harmonično zadovoljavanje kolektivnih i individualnih potreba. Međutim kako je vrlo teško ili nemoguće odrediti odnos kolektivnih i individualnih potreba, to je ovaj princip i najteže ostvariti. Za njegovo što potpunije zadovoljavanje potrebno je prethodno poznavati više elemenata, kao: procenu poreske snage svakog poreskog obveznika, tačnu ocenu delovanja koje oporezivanje vrši na svakog poreskog obveznika, objektivnu ocenu kolektivnih potreba i njihovo zadovoljavanje, odnos kolektivnih i individualnih potreba i dr. Poreski obveznici redovno daju prioritet individualnim potrebama, dok poreska vlast daje prednost kolektivnim potrebama, jer joj je, često, i cilj osiguranje što većih poreskih prihoda."[7]

Prema Stiglitzu postoji pet prihvaćenih karakteristika jednog dobrog poreznog sistema koje stoje u uskoj vezi sa poreznim načelima, odnosno njihovom primjenom i to su:

1. Ekonomska efikasnost: porezni sistem ne bi trebao da ometa efikasnu alokaciju resursa.
2. Jednostavnost u administrativnom pogledu: porezni sistem bi trebao da bude jednostavan i relativno jeftin za sprovođenje.
3. Fleksibilnost: porezni sistem treba da bude sposoban da na izmijenjene ekonomske okolnosti lako odreaguje (u nekim slučajevima automatski).
4. Politički odgovoran: porezni sistem treba da bude formulisan tako da pojedinci mogu da provjere šta plaćaju i procijene koliko tačno taj sistem odražava njihove preference.
5. Pravičnost: porezni sistem mora pravično da se odnosi prema različitim pojedincima.[8]

Porezne reforme

Obuhvat poreske reforme može se kretati od značajnih promjena podjele poreskog tereta između grupa poreskih obveznika, povećanja prihoda posredstvom proširenja poreskih izvora ili povećanja poreskih stopa, do podizanja stupnja poboljšanja javnih funkcija koje se finansiraju iz poreskih prihoda. Prema širini ili gustoći njihovih obima, poreske reforme se klasificiraju u dvije vrste: djelimične i obimne ili totalne poreske reforme.

[7] Komazec Slobodan i Ristić Žarko: Ibidem, str. 607.

[8] Stiglitz E. Joseph: *Ekonomija javnog sektora*, Ekonomski fakultet u Beogradu, Beograd 2004. str. 464–465.

"Djelomična ili parcijalna porezna reforma znači bitne promjene u dijelu poreznog sistema ili u pojedinom poreznom obliku. Potpuna ili kompletna porezna reforma dovodi do temeljitih promjena u poreznom sistemu." [9] Poreske reforme u postkomunističkim zemljama morale su da se obave za veoma kratko vrijeme – za nekoliko godina i u koordinaciji sa drugim fundamentalnim promjenama u privredi. "Poreska reforma" u ovom slučaju nije ista kao ona u standardnim privredama. U privredama u transformaciji to znači uspostavljanje novog poreskog sistema i novih poreskih zakona bez kontinuiteta sa prethodnim sistemom.[10]

> "Glavne porezne reforme su, generalno, zahtijevane kada se ukazala potreba za jednim ili oba zahvata, kako slijedi:
> – unapređenje strukture poreznih podsticaja i redukcija distorzija nametnutih od strane postojećeg poreznog sistema na privatni sektor i
> – povećanje mobilizacije prihoda radi korekcije makroekonomske neravnoteže na pravičan, održiv način i bez poremećaja.
>
> Temeljna struktura poreznog sistema treba biti dovedena u red, ako dobiveni prihodi moraju biti uvećani oni kontinuirano treba da idu u korak sa opravdanim zahtjevima za javnom potrošnjom."[11]

Kriterij koji služi kao osnov diferencije poreskih reformi na velike i male sličan je prethodno navedenom, s tim da se pod "velikom" poreskom reformom, u principu, označavaju poboljšanja koja obuhvataju strukturalne promjene i ono što je načinjeno u jednom cijelom poreskom sistemu ili u grupi poreza ili u jednom od osnovnih poreskih oblika datog poreskog sistema, dok se, na drugoj strani, promjene i korekcije koje u velikoj mjeri nisu obimne i značajne nazivaju "malom" poreskom reformom. Primjeri zemalja u tranziciji pokazuju karakteristike velikih reformi poreznih sistema. Poreske reforme su se usredsredile na:

- Opštu rekonstrukciju oporezivanja potrošnje
- Uvođenje poreza na lični dohodak
- Unifikaciju poreza na dohodak pravnih lica[12]

---

[9] Jelčić, Božidar: *Rječnik javnih financija i financijskog prava*, Informator, Zagreb, 1981., str. 149.

[10] Neke zemlje su uvodile osnovne poreze u poreski sistem postepeno (npr. u Poljskoj je porez na lični dohodak uvođen 1990–1991, a VAT u junu 1993). Druge zemlje (kao npr. Češka i Slovačka Republika) mijenjale su čitav poreski sistem u jednom danu. Vidi: Dautbašić Ismet, *Finansije i finansijsko pravo*, VII prošireno i izmijenjeno izdanje, Magistrat: Editio Iuristica, Sarajevo, 2004. godina, str. 195.

[11] *Lessons of Tax Reform*, The World Bank, Washington, D.C., 1991., str. 54.–55.

[12] Dautbašić Ismet: *Finansije i finansijsko pravo*, VII prošireno i izmijenjeno izdanje, Magistrat: Editio Iuristica, Sarajevo, 2004. godina, str. 195.

Neki teoretičari, poresku reformu definiraju dosta pojednostavljeno, smatraju da poreska reforma predstavlja "značajnu promjenu u podjeli poreskog tereta među populacijom određene države".

U nizu obuhvatnih aktualnih definicija nalazi se i ona u kojoj se, pak, za poreske reforme kaže da su to "promjene temeljnih kvaliteta koje se, usmjerene ka određenim ekonomskim i socijalnim ciljevima, čine, ili namjeravaju načiniti, u cijelom poreskom sistemu i elementima koji taj sistem čine cjelovitim". "Poreska reforma je promjena predviđena da se sprovede u procentualnom poreskom učešću u nacionalnom dohotku unutar države ili u strukturi poreskog sistema ili oba ta slučaja."[13]

Messere tvrdi da iako države ne oskudijevaju prijedlozima za porezne reforme, glavne reforme su se relativno rijetko provodile, vjerovatno zbog:

- Postojanja nesuglasnosti o preciznim ekonomskim i distributivnim efektima na porezni sistem. Na primjer, izražajnost njihovih efekata na motivaciju za rad i investicione odluke još uvijek je predmet rasprava.
- Politički ciljevi postavljeni pred poreznu reformu mogu stvoriti konflikt. Promjene koje promoviraju štednju, na primjer, mogu poremetiti investicije ili namjera postizanja veće jednakosti može biti u suprotnosti s ciljem, odnosno zahtjevom za jednostavnošću poreznog sistema.
- Moguća je i višeznačnost ciljeva politike. Mnoge reforme naglašavaju potrebu za neutralnijim poreznim sistemom. Do sada je praksa pokazala da je teško ustanoviti ispitivanje po kojem bi porezni sistem mogao biti procijenjen.
- Porezni sistemi su kompleksni i njihove promjene strogo i brzo potiču protivljenja mnogih grupa zabrinutih za njihovu vlastitu posebnu poreznu povlasticu koja se može povući. Proširenje porezne osnovice otklanjanjem poreznih rashoda namjerava odvratiti dobro organizovane grupe poreznih obveznika, dok većina poreznih obveznika koji će imati korist od takve reforme ostaju manje glasni.
- Postoje praktična i administrativna ograničenja porezne reforme.[14]

---

[13] Peacock, Alan T., *Fiscal Theory and the 'Market' for Tax Reform*, Reforms of Tax Systems, (Ed. Roskamp Karl W. & Forte Francesco), Proceedings of the 35th Congress of the International Institute of Public Finance, Taormina – 1979, Wayne State University Press, Detroit, 1981. str. 11.

[14] Messere Ken and Jeffrey P. Owens: *Long-Term Revenue Trends and Current Tax Reforms in OECD Countries, Changes in Revenue Structures* – Proceedings of 42nd Congress of the International Institute of Public Finance, Athens, Wayne State University Press, Michigan, 1989, str. 32–33.

Prilikom planiranja pristupanja reformi poreznog sistema države moraju imati analitičan pregled postojećeg stanja, jasnu predodžbu ciljeva koje žele postići uz sistematičan nacrt strukture poreznog sistema i odabrane zahtjeve poreznih načela koja se primjenom takve kombinacije različitih vrsta i oblika poreza trebaju ostvariti.

Oblikovanje porezne strukture kroz prijedlog porezne reforme u manjoj ili većoj mjeri može biti uslovljeno spoljnim faktorima (npr. članstvo države u ekonomskim asocijacijama, geopolitičkim organizacijama,...) pri čemu od velike koristi mogu biti iskustva drugih zemalja koje su proces reformi sprovele, te realizirale postavljene zahtjeve i ciljeve. Većina iskustava stečenih kroz rezultate provedenih reformi u jednoj zemlji može doprinijeti potpunijem oblikovanju prijedloga reforme u drugoj zemlji sličnih determinanti[15] poreznog sistema.

S ciljem koncepcijskog uspostavljanja i realiziranja politički prihvatljivih poreskih reformi, istražuju se modusi podešavanja, odnosno modificiranja postojećeg poreskog sistema u takav sistem u kome će relativno manji broj pojedinaca biti, u znatnoj mjeri, u otežavajućem ili oštećenom položaju. Stoga, porezne reforme mogu se smatrati uspješnim ukoliko se uvedenim promjenama može zadržati ili, pak, poboljšati ekonomska pozicija fizičkih i pravnih osoba na koje se direktno odnose takve promjene. Poreski sistem treba biti pravičan u relativnim procedurama koje se odnose na različite individue.[16] Poreski sistem može se smatrati djelotvornim ukoliko poreska struktura omogućava porast poreskih prihoda povećavajući, pri tome, nivo prosperiteta pojedinačnih poreskih obveznika, odnosno fizičkih i pravnih osoba, a da se pri tome ne umanjuje prosperitet drugih osoba. Ukoliko bi reforma smanjila poresko opterećenje obveznika ili bila neutralna u smislu očekivanih poreskih prihoda, dakle, bez postizanja pozitivne razlike u iznosu

[15] Na sustav oporezivanja i razlike u tim sustavima među državama utječu mnogi čimbenici, od kojih posebno prikazujemo slijedeće: 1. ustavno uređenje, veličina teritorija i broj stanovnika, 2. veličina javnog sektora i obujam nadležnosti države, 3. centralizacija odnosno decentralizacija, 4. pripadnost pojedinim ekonomskim asocijacijama i geopolitički položaj, 5. nezaposlenost, 6. zaduženje države i budžetski deficit, 7. povijesni razlozi, 8. drugi razlozi (blizina ratnog žarišta; zemlje u razvoju oslonjene na poljoprivrednu proizvodnju; zemlje u tranziciji; specifičnost poreznog sustava islamskih država; sustavi oporezivanja socijalističkih država; razvijenost ekološke svijesti građana; razlike u starosnoj strukturi stanovništva, broju novorođene djece, u očekivanim godinama života, u broju radnih sati, u sklonosti štednji stanovništva; suočenost države s problemom inflacije. Vidi: Jelčić Barbara i Jelčić Božidar, *Porezni sustav i porezna politika*, Informator, Zagreb, 1998. godina, str. 65–92.

[16] Diewert, W. Erwin**,** *On Tax Reform,* Canadian Journal of Economics, XXI, No. 1 - February 1988., str. 2–3.

prikupljenih prihoda u odnosu na prethodno primjenjivani sistem oporezivanja, tada postoji rizik da dio poreskih prihoda iščezne, odnosno da se izgubi, što bi bilo prepreka ostvarenju pozitivnih efekata koji se očekuju od procesa reforme. [17]

Prema jednoj studiji Svjetske banke pouke iz dizajniranja poreznog sistema nose sa sobom slijedeće zaključke:

- ne postoji optimalna porezna struktura, ali se grade čvrsta obavještenja koja mogu biti od koristi;
- širenje porezne osnovica treba biti visoki prioritet porezne reforme;
- stope poreza trebaju biti racionalizirane;
- porezna reforma može smanjiti porezni teret siromašnih obveznika.[18]

Pojednostavljenje postupka oporezivanja i transparentnost poreznog sistema, može se reći, rezultat su demokratizacije društva. "Prema jednom od vodećih japanskih poreznih stručnjaka, dobar porezni sustav 'morao bi biti što je moguće jednostavniji'".[19] "Najbolja reforma oporezivanja je ona, kojom se uz smanjenje poreznog opterećenja pojednostavnjuje samo oporezivanje... Pojednostavnjenje u oporezivanju ostvaruje se: smanjenjem broja poreznih oblika, smanjenjem broja raznih poreznih oslobođenja i olakšica, pojednostavnjenjem postupka utvrđivanja visine poreza i njegove naplate, nespornim i razumljivim utvrđivanjem porezne obaveze, pojednostavnjenim postupkom oporezivanja 'malih' poreznih obveznika, jednostavnim i brzim postupkom zaštite prava poreznih obveznika pred drugostupanjskim poreznim tijelima, u upravnom sporu i drugo, te donošenjem kvalitetnih propisa, kako bi se izbjegla potreba za njihovim (čestim) izmjenama i dopunama, i sl."[20] Radi postizanja jednostavnosti poreznog sistema mnoge države su pristupile smanjenju broja skala i razreda pri oporezivanju dohotka. "To je moguće jedino područje u kojem je sistem oporezivanja postao jednostavniji tokom osamdesetih godina."[21] Od 22 države njih 16 smanjilo je broj poreznih

---

[17] Vidi: Holcombe, Randall G. & Mills, Jeffrey A., *Is Revenue-Neutral Tax Reform Revenue Neutral?,* Public Finance Quarterly, Vol. 22, No. 1 – January 1994., str. 65–83.

[18] Vidi: *Lessons of Tax Reform*, The World Bank, Washington, D.C., 1991., str. 57–61.

[19] Adams, C.: *For Good and Evil – The Impact of Taxes on the Course of Civilization*, Madison Books, London – New York – Lanham 1993, str. 470., preuzeto iz Jelčić Barbara i Jelčić Božidar, *Porezni sustav i porezna politika*, Informator, Zagreb, 1998., str. 42.

[20] Adams, C.: *For Good and Evil – The Impact of Taxes on the Course of Civilization*, Madison Books, London – New York – Lanham 1993, str. 471., preuzeto iz Jelčić Barbara i Jelčić Božidar, Ibidem, str. 42.

[21] Owens, J. and E. Whitehouse, "Tax reform for the 21st century", Bulletin for International Fiscal Documentation, Amsterdam, IBFD, 1996., Vol. 50, No. 11/12.

razreda, te je njihov broj sa prosječno deset reduciran na prosječno šest, u čemu su prednjačile Francuska, Grčka, Irska i Luksemburg.

Reforma poreznog sistema treba da se pripremi i provede primjereno društvenim i socio-ekonomskim prilikama u zemlji. Trend proširenja porezne osnovice prerasta u prioritet pri opredjeljenju za reformu zajedno sa zahtjevom da se postojeći broj poreznih stopa smanji i na taj način doprinese uspostavi jednostavnijeg sistema. Ovdje se, prema navodima četvrte alineje, može zapaziti da je ostvarenje socijalne pravde pitanje o kojem treba povesti računa prilikom dizajniranja reforme.

Značajno je spomenuti da je Svjetska banka kao doprinos budućim procesima poreznih reformi u Studiji[22] iznijela lekcije iz dosadašnjih procesa koje se odnose na slijedeće:

- Koristi porezne reforme proizlaze iz sistemskog pogleda – na porezni sistem kao cjelinu;
- Reformiranje porezne strukture mnogo je efikasnije kada je praćeno sa unapređenjem porezne administracije;
- Porezna reforma mora uzeti u obzir početne prilike i uvjete u kojima će se odvijati, kako domaće tako i inostrane;
- Tuzemni prijedlozi reforme su ključni za njen konačni uspjeh, uz mogućnost angažmana inostranih savjetnika;
- Povjerenje u poreznu reformu (porezni režim) je veoma važno za njen uspjeh.

Problemi i prijedlozi nastali iz iskustva stečenog u provedbi porezne reforme zemalja članica OECD

Iako se zemlje veoma razlikuju prema svojoj ekonomskoj, socijalnoj i poreskoj strukturi problemi s kojima se susreću tijekom poreznih reformi su neobično slični. Uobičajeni kriticizam postojećih poreznih sistema odnosi se na:[23]

- izraženu kompleksnost za porezne platce da bi razumjeli i za poreznu vlast da bi administrirala u naplati na efikasan način. To povećava administrativne troškove i otvara put ka iznalaženju sofisticirane šeme izbjegavanja porezne obaveze;

[22] *Lessons of Tax Reform*, The World Bank, Washington, D.C., 1991., str. 61.–63.

[23] Messere Ken and Jeffrey P. Owens: Ibidem, str. 26.

- distribucija poreznog tereta kod osobnog poreza na dohodak je nepravedna. Pojedinci sa sličnom poreznom sposobnošću plaćaju zapaženo različite iznose poreza. Ovaj konflikt sa principom horizontalne pravednosti, generira ljutnju poreznih obveznika i potkopava porezni moral;
- visoke granične stope poreza remete donošenje ekonomskih odluka. Porezni obveznici mogu biti ohrabreni da rade manje ili da djeluju u okviru sive ekonomije;
- prihod od kapitala može biti čak negativno oporezovan u nekim zemljama, gdje je neograničeno umanjenje poreznog duga radi plaćanja kamata, sa posljedicom da razredi poreza na dohodak mogu biti regresivniji za najviše nivoe dohotka;
- struktura poreza na dohodak korporacija više nego ekonomski razlozi podstiče firme da poduzmu investicije i restrukturiraju njihove bilansne stavke. Kvalitet oblikovanja kapitala može biti izložen negativnom utjecaju i oskudnom ili pogrešnom alociranju resursa;
- velike razlike između stopa osobnog poreza na dohodak i poreza na dohodak korporacija mogu osnažiti firme da se objedine ili da se ne ujedinjuju iz poreznih razloga. Diskriminacija protiv dividendi favorizira dug kao način finansiranja novih investicija;
- postoji snažno pouzdanje u direktne poreze, što može akcentirati distorzije u poreznom sistemu.

Prijedlozi za reformiranje osobnog poreza na dohodak odnosili su se na slijedeće:[24]

- Proširenje porezne osnovice. Dva široka pristupa su zabilježena; Prvi donosi u poreznu osnovicu izvore dohotka koji su prethodno isključeni. Primjer uključuje socijalne benefite, posebno za slučaj bolesti, nezaposlenosti i kapitalnih dobitaka. Drugi pristup otklanja favorizirajući porezni tretman pojedinih izvora dohotka, posebno povlastice, smanjuje izuzimanje troškova i eliminira potpore i subvencije omogućene kroz porezni sistem.
- Restrukturiranje stope poreza. Skoro sve porezne reforme omogućavaju smanjenje visokih poreznih stopa, međutim u većini zemalja porez po ovoj stopi plaća ne više od 0,2 procenata poreznih obveznika. U nekim zemljama ovome je pridruženo i smanjenje broja poreznih razreda.
- Više jednakosti pri tretmanu različitih izvora dohotka. Unutar mnogih poreznih sistema plaćanje poreza zavisi od izvora dohotka. Različite stope i dopuštena odstupanja mogu biti primijenjena između zarađenog i

[24] Messere Ken and Jeffrey P. Owenns: Ibidem, str. 26–29.

nezarađenog dohotka; kapitalni dobici su obično tretirani više favorizirajuće nego drugi izvori dohotka. Neki prijedlozi porezne reforme pokušali su odstraniti ovakve razlike i omogućiti neutralan tretman dohotka iz različitih izvora.

Prijedlozi za reformu poreza na dohodak korporacija odnosili su se na slijedeće:

- Otklanjanje poreznih podsticaja koji krive investicione odluke. Većina poreza na dobit korporacija sadrži širok spektar poreznih podsticaja i u skoro svim sistemima porezna deprecijacija neminovno se širi i pretvara u ekonomsku deprecijaciju.
- Smanjenje poreznih stopa. Proširenje porezne osnovice bilo je nepromjenljivo pridruženo smanjenju stope poreza na dobit korporacija. Za većinu kompanija ovakvi kriteriji nisu reducirali efektivnu stopu poreza, mada su omogućili veću poreznu neutralnost u pogledu odlučivanja kompanija o (ne)ujedinjavanju.
- Kriteriji za smanjenje diskriminacije protiv raspoređenog profita. Omogućavanje kompanijama da izuzmu dividende iz oporezivog dohotka ili uspostavljanjem nižih poreznih stopa poreza na dobit korporacija na distribuirani profit nego što su one na zadržanu dobit. Alternativno olakšanje bilo bi omogućavanje poreznog kredita dioničarima za cijeli iznos ili dio iznosa plaćenog poreza na dobit korporacija za iznos porezne obaveze na dividende.[25]

U preusklađivanjima koja su u različitim državama načinjena na polju poreza na dohodak korporacija, uočljive su tendencije u smjeru proširenja porezne osnovice. Iz tog razloga se poreske stope primjenjuju na elemente prihoda koji ranije nisu bili uvrštavani u oporezive prihode, ukidaju se razna oslobađanja i izuzeci zastupljeni u poreskim sistemima. Opet, smanjuju se mogućnosti izuzimanja određenih troškova od primjene poreske stope, dokidaju se razna poreska utočišta zastupljena u poreskim sistemima. Ilustracije radi, u sferu oporezivanja uzimaju se razna socijalna plaćanja, neoporezivane zarade od kapitala dolaze u stanje oporezivanja, sužava se mogućnost prikazivanja kamata u rashode.

Dobit može biti veća i dalje ako je različit porezni tretman dohotka od kapitala u postojećem poreznom sistemu barem djelimično takav da ne može izbjeći pred porezom na dohodak, ili ako je upotreba kapitala iskrivljena u odsustvu oporezivanja. [26]

---

[25] Messere Ken and Jeffrey P. Owens: Ibidem, str. 29.

[26] *Fundamental Tax Reform, Issues, Choices, and Implications,* The MIT Press, Cambridge,

Gotovo u svim poreskim reformama načinjenim na tom polju, obaraju se razlike između procenata najnižeg i najvišeg graničnog poreza, najviši granični procenat se spušta niže. Dok se ova podešavanja u određenim državama provode na način smanjenja visokih stopa poreza, u drugim se realiziraju putem smanjenja broja poreskih skala i razreda.

Trend proširenja porezne osnovice pojavljuje se krajem 80-ih godina i u početku je bio karakterističan za poreze na potrošnju, da bi se poslije prenio i na poreze na dohodak. Druga odlika poreznih reformi iz prethodnog stoljeća bila je zamjena postojećih jednofaznih ili višefaznih poreza na promet porezom na dodatnu vrijednost.

Skandinavske zemlje svoje su prijedloge reformi bazirale na smanjenju graničnih stopa poreza na dohodak, što je uključivalo ukidanje najviših poreznih razreda.

Smanjenje broja poreznih razreda, te smanjenje stopa poreza na dohodak dovodilo je do smanjenja budžetskih prihoda i stvorilo novi problem. Kako bi kompenzirale nastali deficit zemlje su pristupale povećanju stopa poreza na potrošnju.

Reforma u SAD donijela je tri glavne promjene: – granična stopa poreza bila je srezana; dvije stope od 15 i 28 procenata zamijenile su četrnaest stopa koje su se kretale od 11 do 50 procenata; – širok spektar poreznih privilegija bio je ukinut ili smanjen i porezna osnovica je povećana na način da uključuje kapitalnu dobit i beneficije za nezaposlene; – porez na dobit korporacija bio je, također, smanjen. Mnoga porezna skloništa su bila uklonjena, a uvedene redukcije na određena porezna izuzeća. Cjelokupna intervencija u poreznom sistemu urađena je kako bi se dobio prihodovno neutralan sistem, mada je distribucija tereta poreza na dohodak pojedinaca bila promijenjena i suštinski dio poreznog opterećenja prenesen sa pojedinaca na korporacije. Uvođenje PDV-a u porezni sistem SAD-a izazvalo je duge debate koje su okončane zaključkom o nemogućnosti primjene ovog oblika oporezivanja prometa i proizvodnje radi njegove administrativne kompleksnosti.[27] Obrazloženje svake od poreskih reformi u SAD-u – čak i onih što su bile međusobno potpuno različite – bilo je manje-više isto: svako je obećavalo pravičniji, jednostavniji poreski zakon koji će podstaći privredni rast i efikasnost. Međutim, rasprava je vođena o tome šta znači „pravičnije“ i koje promene bi mogle najefikasnije da podstaknu privredni rast, ili da pove-

Massachusetts, London, England, 2008., str. 38. – papers presented at a conference held a the James A. Baker III Institute for Public Policy at Rice University, april 2006.

[27] Messere Ken and Jeffrey P. Owens: Ibidem, str. 31.

ćaju pravičnost. Ova pitanja su međusobno povezana: složenost poreskog zakona obezbeđuje prostor za izbegavanje plaćanja poreza, što se smatra nepravičnim i što izaziva distorzije u privredi.[28]

Skoro sve zemlje članice OECD-a načinile su, u prethodne dvije decenije, velike strukturalne promjene njihovih poreznih sistema. U slučaju tretmana osobnog poreza na dohodak i poreza na dohodak korporacija reforma se odnosila na smanjenje stope poreza i proširenje porezne osnovice, u čemu je Velika Britanija predvodila 1984., a Sjedinjene Američke Države pristupile 1986. godine.

Sredinom 80-ih godina, mnoge OECD članice imale su najvišu graničnu stopu poreza na dohodak koja je prelazila 65%. Danas većina najviših graničnih stopa je niža, a u nekim slučajevima znatno ispod 50% (prosječna najviša granična stopa u 2011. iznosila je 41,5%)

Isto tako stope poreza na dohodak korporacija u 80-im su rijetko bile niže od 45%. U 2011. OECD prosječna stopa bila je 26%.[29]

Trend smanjenja granične stope poreza počeo je sredinom 80-ih u mnogim zemljama i do sredine 90-ih napravljeni su najznačajniji rezovi. U prethodnoj dekadi prosječna najviša stopa poreza na dohodak smanjena je za 5%, a od 2000. godine najviše stope su snižene za 7% u više od 12 zemalja, dok su nedavno Portugal i Ujedinjeno Kraljevstvo podigle stopu kao dio poreznih mjera fiskalne konsolidacije.[30]

Stope poreza na dohodak korporacija u OECD zemljama su u prosjeku opale za 7,2% u periodu od 2000. do 2011. godine, i to od 32,6% na 25,4%. Ovaj trend izgleda raširen, imajući u vidu da su stope ovog poreza reducirane u 31 zemlji i povećane samo u Čileu sa 15 na 17%, i Mađarskoj sa 18 na 19%.[31]

> "Uložen je veliki trud kako bi nove reforme postigle ravnotežu između suprotstavljenih ciljeva.
>
> 1. Visoke granične stope povećavaju čist gubitak, negativno utiču na izvršenje poreskih obaveza i povećavaju podsticaje za izbjegavanje plaćanja poreza. Niske granične stope smanjuju progresivnost.

[28] Stiglitz E. Joseph, Ibidem, str. 710.

[29] Bert Brys, Stephen Matthews and Jeffrey Owens: Tax Reform Trends in OECD Countries, *OECD Taxation Working Papers,* No. 1, OECD Publishing, 2011., str. 3.

[30] Ibidem, str. 4.

[31] Ibidem, str. 6.

2. Proširenje baze omogućava smanjenje poreskih stopa. Povoljniji tretman određenih kategorija prihoda i rashoda povećava složenost i nepravičnost, kao i mogućnosti za izbjegavanje poreza. Ukidanje povoljnijeg tretmana uvedenog u cilju povećanja pravičnosti ili podsticanja društveno poželjnih ciljeva, u istoj meri smanjuje sposobnost poreskog sistema da postigne bilo koji cilj osim da ostvari prihod."[32]

Prosječna standardna stopa PDV-a povećana je sa 16,7% u 1990-im na 17,8% u 2000. Ovaj prosjek je ostao uglavnom stabilan u periodu između 2000. i 2009., bilježeći ponovno uspon sa 17,6% na 18,0% u 2010., kada se izvjestan broj zemalja odlučio povećati svoje stope PDV-a, kao dio svojih mjera fiskalne konsolidacije.

U periodu između 1. 1. 2010. i početka 2011., devet OECD članica su povećale ili najavile planove povećanja svojih standardnih stopa (Finska s 22% na 23%; Grčka sa 19% na 21%; Novi Zeland sa 12,5% do 15%; Poljska s 22% na 23%; Portugal s 21% na 23%; Slovačka sa 19% na 20%; Španjolska sa 16% do 18%; Švicarska sa 7,6% do 8% i Velika Britanija sa 17,5% na 20%). Ovaj prosjek pokriva velike razlike između zemalja članica OECD, sa stopama u rasponu od 5% (Japan i Kanada, iako većina kanadskih provincija ubire porez na potrošnju uz savezni od 5%) do 25% (Danska, Mađarska, Norveška i Švedska) i 25,5% na Islandu. Gotovo dvije trećine zemalja (20 od 32) imaju standardne stope između 15% i 22%. Stope imaju tendenciju da budu mnogo veće u europskim zemljama nego u ne-europskim zemljama.[33] Porezi na potrošnju mogu biti superiorni u odnosu na porez na dohodak, čak i kada se razmatranja raspodjele uzmu u obzir. Dobrobiti od, u velikom razmjeru provedene, porezne reforme koja postojeći porezni sistem mijenja u izvjesnu formu oporezivanja potrošnje su brojne ali problematične za mjerenje.[34]

> "Tokom poslednje dvije decenije sproveden je niz poreskih reformi. Svaka od njih je, obećavajući novu epohu, delimično eliminisala preterivanja iz prethodne. Jedna reforma je smanjila progresivnost, naredna ju je povećala. Jedna je obezbedila više poreskih podsticaja za investicije; naredna je pokušala da obezbedi jednake uslove za sve; sledeća je pokušala da ovo ponovo promeni, ali u nešto drugačijem pravcu."[35]

---

[32] Stiglitz E. Joseph, Ibidem, str. 730.

[33] Bert Brys, Stephen Matthews and Jeffrey Owens: Ibidem, str. 7–8.

[34] *Fundamental Tax Reform, Issues, Choices, and Implications*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2008., str. 38. – papers presented at a conference held a the James A. Baker III Institute for Public Policy at Rice University, april 2006.

[35] Stiglitz E. Joseph, Ibidem, str. 709.

Široko je opažena potreba omogućavanja fiskalnog okruženja koje podstiče investicije, preuzimanja rizika i poduzetništva, pružanja poboljšanih poticaja za rad. Kombinacija široke porezne osnovice i niskih stopa poreza najbolji je način prikupljanja prihoda dok porezi remete odluke u poduzetništvu i imovini u najmanjoj mogućoj mjeri. Drugi ključni pokretač je globalizacija. Liberalizacija i integracija tržišta učinile su kapital mobilnim na međunarodnoj razini i značajno uvećale prekogranično vlasništvo biznisa kroz direktna i portfolio investiranja, što predstavlja pritisak na male otvorene privrede i podstiče ih na smanjivanje stopa poreza na dohodak korporacija. Uz to javlja se porezna konkurencija koja također doprinosi smanjenju poreznih stopa i činjenju poreznih tretmana prema biznisu atraktivnijim. Jedan od vidova takve atraktivnosti odnosi se na favorizirajuće režime razvijene da privuku i premjeste dobit daleko od zemlje gdje je ulaganje stvarno poduzeto, što povlači potrebu povećanja intenziteta međunarodne saradnje u poreznoj politici radi izbjegavanja pogubnih posljedica porezne konkurencije.[36]

Model porezne reforme za zemlje u razvoju – pouke i preporuke

Glavni podsticaj za sprovođenje poreznih reformi prema Stiglitzu čine: povećanje pravičnosti, povećanje efikasnosti i smanjenje složenosti administracije i administrativnih troškova.[37]

Dok su različite zemlje usvojile različite setove reformi, moguće je skupiti listu glavnih kriterija poreznih reformi koji zajedno omogućavaju skladan profil željenih kriterija poreznih reformi za zemlje u razvoju: smanjenje granične stope poreza na dohodak ispod 50%, uvođenje jedne stope poreza na dohodak korporacija, izravnanje najviše granične porezne stope poreza na osobni dohodak i poreza na dohodak korproracija radi smanjenja motivacije za prebacivanje dohotka između kategorija osobnog dohotka, partnerskog dohotka i korporacijskog dohotka, izbjegavanje selektivnog poreznog podsticaja i namjere vlasti da bira dobitnike i gubitnike u ekonomiji, izbjegavanje nametanja indirektnih poreza na međuindustrijske transakcije, koordiniranje carina i domaćih indirektnih poreza da carine igraju samo zaštitnu, a ne i prihodovnu ulogu u ekonomiji, davanje istog poreznog tretmana za sve komponente dohotka od kapitala u sistemu poreza na dohodak, uvođenje cedularnih pravila oporezivanja radi smanjenja mogućnosti za poreznu

[36] Vidi: Bert Brys, Stephen Matthews and Jeffrey Owens: Tax Reform Trends in OECD Countries, *OECD Taxation Working Papers*, No. 1, OECD Publishing, 2011., str. 15.

[37] Stiglitz E. Joseph, Ibidem, str. 710.

evaziju, proširenje osnovice poreza na dohodak korporacija, eliminiranje porezom izazvanog izbora o zaduživanju prije nego kapitala iz kompanije, ulaganje u poboljšanje administrativnih kapaciteta, instalirajući efikasnije tehnike revizije, primjena strožijih kazni za neplaćanje i slično.[38]

Jedan od istaknutih finansijskih stručnjaka navodi slijedeće pouke[39] koje treba uzeti u obzir pri oblikovanju strukture poreznog sistema posredstvom procesa reforme:

a. Kredibilitet poreznih režima ima presudnu važnost za uspjeh bilo koje poreske reforme.
b. Proširenje porezne osnovice i smanjenje broja i/ili visine poreznih stopa trebao bi biti vodeći cilj inicijative bilo koje poreske reforme koja se vrši u zemljama u razvoju.
c. Uvođenje poreza na dodatnu vrijednost kao najzastupljenijeg oblika općeg poreza na potrošnju u zemljama u razvoju.
d. Umjesto donošenja regulativa u vezi sa pojedinačnim poreskim pitanjima, u poreskom sistemu značajnije prednosti će osigurati jedna koordinirana poreska reforma koja će u postupak uzeti cjelokupni sistem.
e. Poboljšanja poreske administracije neophodan su uvjet za uspjeh poreske reforme.
f. Sprječavanje korištenja poreskog sistema u neprihodne ciljeve (priznavanje poreskih privilegija u kontekstu određenih ulaganja).
g. Poreska reforma mora imati u vidu polazne uvjete i u unutrašnjosti zemlje, a, također, i one inostrane.
h. I na kraju, utjecaj poreske politike na međunarodnu konkurenciju koji do sada nije skretao neku naročitu pažnju u analiziranju poreskih reformi.

Stiglitz[40] smatra da svaki prelazak s jednog na drugi porezni sistem pokreće pitanja u vezi s pravičnošću – promjenom vrijednosti imovine, neočekivanim dobicima za jedne, odnosno gubicima za druge. Postoje troškovi koji se povezuju s prilagođavanjem na nove porezne zakone, odnosno smanjenjem efikasnosti. Opći princip je da treba izbjegavati česte promjene poreskih zakona i postarati se da promjene postepeno utječu na vrijednost kapitalnih dobara (u Sjedinjenim Državama često dolazi do promjena).

---

[38] Tax Reform in Developing Countries, World Bank Regional and Sectoral Studies, Washington, D.C., 1997., str. 25–27.

[39] Khalilzadeh-Shirazi, Javad & Shah, Anwar, *Tax Reform in Developing Countries*, Finance & Development, 1991., Vol. 28, No. 2, str. 44–46.

[40] Vidi: Stiglitz E. Joseph, Ibidem, str. 729.

Pet upozorenja izvedenih iz iskustva grupe od osam zemalja u razvoju kroz Studiju Svjetske banke:[41]

1. Dok uspješna porezna reforma uvijek ulaže u bolju poreznu administraciju, na kraju mjera reforme mora biti kompatibilna sa postojećim kapacitetom porezne administracije.
2. Porezni i sistem rashoda trebaju biti uspostavljeni tako da izbjegnu kako sadašnji tako i budući deficit.
3. Široko uspostavljena osnovica indirektnih poreza lakša je za primjenu nego široka osnovica poreza na dohodak.
4. Porezni instrumenti trebaju biti usaglašeni sa ciljevima koje namjeravaju postići i više, ako ne i potpuno, porezni podsticaji trebaju biti izbjegnuti.
5. Tri cilja: jednostavnost, neutralnost i horizontalna jednakost često se dopunjavaju prije nego takmiče jedan naspram drugog.

Imajući u vidu izneseno, pristupajući reformi, sistem poreske administracije treba biti uspostavljen tako da se na efikasan način vrši utvrđivanje nastale poreske obaveze ili izricanje odgovarajućih kazni i mjera za neplaćanje poreza i druge finansijske delikte, evidentiranje, kontrola obračuna i naplate poreznih prihoda, na transparentan, pregledan i sistematičan način. Iz navedenih pouka i upozorenja može se zaključiti da su zahtjevi za primjenom izvjesnih poreznih načela isto tako od velikog značaja za uspješnu provedbu reforme poreznog sistema. Izdvojićemo izdašnost poreza, pravednost i jednostavnost, te neutralnost kao najčešće isticane principe oporezivanja, uz napomenu da je istodobno postizanje jednostavnosti i ostvarenje pravednosti teško praktično ostvarivo.

Teorijske rasprave koje se odnose na buduće porezne reforme, uglavnom, uporište imaju u smjernicama korištenim u prethodnim reformama i nedostacima koji su se pokazali u njihovoj provedbi. Još uvijek su aktualna pitanja u vezi s ostvarenjem zahtjeva pojedinih poreznih načela, te u vezi s tim, odabir onih koja će na najbolji način udovoljiti postavljenim ciljevima. Također prisutne su dileme i rasprave o prednostima i nedostacima jednostopnih naspram višestopnih poreza, kao i odabir reduciranog spektra poreznih podsticaja i olakšica.

Pitanja koja se odnose na buduće porezne reforme i na kojima treba poraditi su:

- ekološki porezi i oporezivanje prirodnih resursa – sirovina,
- fiskalne povlastice – prisutan skepticizam o njihovoj upotrebi,

[41] Tax Reform in Developing Countries, World Bank Regional and Sectoral Studies, Washington, D.C., 1997., str. 30.

– porezna konkurentnost i porezna harmonizacija,
– doprinosi za socijalno osiguranje – postojanje jednog ili više fondova, očekivanja od sistema socijalne sigurnosti, privatni ili javni vidovi socijalnog osiguranja, način finansiranja...,
– reforma međuvladinih fiskalnih odnosa.[42]

"Većina važnih reformi o kojima se sada raspravlja uključuje teme kao što su pojednostavljenje, proširenje poreske baze i podsticanje štednje i investicija. Primetili smo da jedan deo složenosti poreskog sistema proističe iz njegove progresivnosti. Ovo je navelo predlog da se uspostavi jedinstvena stopa. (...) Većina važnih poreskih reformi predlaže da se oporezuje samo potrošnja."[43] Pored jednostopnog sistema oporezivanja, Stiglitz u svojim razmatranjima poreznih reformi za 21. vijek nalazi mjesto za slijedeće: uvođenje PDV-a, kombiniranje PDV-a sa porezima na dohodak, spajanje poreza na dohodak koji naplaćuju savezne države i lokalni nivoi vlasti, te primjenu poreza na potrošnju energije i ekoloških poreza.

Umjesto zaključka

Kada je riječ o promjenama pojedinih poreznih oblika kroz porezne reforme može se zaključiti da bi bilo uputno opredjeljenje za oporezivanje potrošnje porezom na dodatnu vrijednost sa odabirom jedne stope i široko uspostavljenom osnovicom; oporezivanje dohotka na dobit korporacija treba biti usklađeno s oporezivanjem dohotka pojedinaca; poželjno je oporezivati dohodak korporacija s jednostopnim porezom čija najviša stopa ne bi prelazila 40% uz ukidanje podsticaja i odbitaka; primjena manjeg broja skala i razreda pri oporezivanju osobnog dohotka, čija granična stopa ne bi trebala prelaziti 40%, uz korištenje metoda po odbitku, i smanjenje osobnih odbitaka.

Prije pristupanja samom procesu porezne reforme, a za njenu konačnu uspješnost, bitan je uvjet postojanje povjerenja u demokratski izabranu vlast.

Pored toga pripreme i planiranje porezne reforme trebaju imati oslonac na razvijen i opremljen administrativni aparat koji će biti stavljen u funkciju provedbe reforme.

I na kraju, potrebno je napomenuti da reforma mora imati jasno postavljene ciljeve, i predvidjeti određena načela koja treba primijeniti da bi se dati ciljevi mogli praktično realizirati.

---

[42] *Lessons of Tax Reform*, The World Bank, Washington, D.C., 1991., str. 79–82.

[43] Stiglitz E. Joseph, Ibidem, str. 730–739.

Rezultat reformi poreznih sistema trebao bi se sa finansijskog aspekta pokazati kroz povećanje poreznih prihoda od novouvedenih poreskih oblika, sa socijalno-političkog aspekta u usaglašavanju volje i interesa različitih političko-teritorijalnih jedinica u raspodjeli ostvarenih prihoda, te sa administrativno-tehničkog aspekta u jednostavnijoj praktičnoj primjeni i naplati planiranih prihoda.

Literatura

1. Adams,C.: *For Good and Evil – The Impact of Taxes on the Course of Civilization*, Madison Books, London – New York – Lanham 1993.
2. Bert Brys, Stephen Matthews and Jeffrey Owens: Tax Reform Trends in OECD Countries, *OECD Taxation Working Papers*, No. 1, OECD Publishing, 2011.
3. Dautbašić Ismet, *Finansije i finansijsko pravo*, VII prošireno i izmijenjeno izdanje, Magistrat: Editio Iuristica, Sarajevo, 2004.
4. Diewert, W. Erwin**,** *On Tax Reform,* Canadian Journal of Economics, XXI, No. 1 – February 1988.
5. *Fundamental Tax Reform, Issues, Choices, and Implications*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2008. – papers presented at a conference held a the James A. Baker III Institute for Public Policy at Rice University, April 2006.
6. Holcombe, Randall G. & Mills, Jeffrey A., *Is Revenue-Neutral Tax Reform Revenue Neutral?,* Public Finance Quarterly, Vol. 22, No. 1 - January 1994.
7. Jelčić Barbara i Jelčić Božidar, *Porezni sustav i porezna politika*, Informator, Zagreb, 1998.
8. Jelčić Božidar: *Financijsko pravo i financijska znanost*, II izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Informator, Zagreb, 1998.
9. Jelčić, Božidar, *Rječnik javnih financija i financijskog prava*, Informator, Zagreb, 1981.
10. Khalilzadeh-Shirazi, Javad & Shah, Anwar, *Tax Reform in Developing Countries*, Finance & Development, 1991., Vol: 28, No:2.
11. Komazec Slobodan i Ristić Žarko: *Monetarne i javne finansije*, Jantar grupa Beograd, Beograd, 2002.
12. *Lessons of Tax Reform*, The World Bank, Washington, D.C., 1991.
13. Messere Ken and Jeffrey P. Owens:, *Long-Term Revenue Trends and Current Tax Reforms in OECD Countries, Changes in Revenue Structures* – Proceedings of 42nd Congress of the International Institute of Public Finance in Athens, Wayne State University Press, Michigan, 1989.
14. Owens, J. and E. Whitehouse, "Tax reform for the 21st century", Bulletin for International Fiscal Documentation, Amsterdam, IBFD, 1996., Vol. 50, No. 11/12.
15. Peacock, Alan T., *Fiscal Theory and the 'Market' for Tax Reform*, Reforms of Tax Systems, (Ed. Roskamp Karl W. & Forte Francesco), Proceedings of the 35th Congress of the International Institute of Public Finance, Taormina - 1979, Wayne State University Press, Detroit, 1981.

16. Stiglitz E. Joseph, *Ekonomija javnog sektora*, Ekonomski fakultet u Beogradu, Beograd 2004.
17. *Tax Reform in Developing Countries*, World Bank Regional and Sectoral Studies, Washington, D.C., 1997.

MA Edina Sudžuka
Senior Assistant

TAX REFORM: LESSONS AND RECOMMENDATIONS FROM THE EXPERIENCE OF OECD MEMBER COUNTRIES AND THE DEVELOPING COUNTRIES

Summary

There is no optimal tax structure, as there is no ideal tax system, nor is there a perfect tax reform. The implementation of a reform is only one contribution to the advancement of a specific current tax system. The evolutionary historical development of social relations, phenomena, and processes inflicts a need for permanent and continuous interventions in the tax system in the form of small, or perhaps extensive, tax reforms. Typically, tax reform proposals are numerous, but few of them are translated into specific reform measures. The issues that bring about constant dilemmas for financial theorists, practitioners, and, to some extent, the public as well are related to the commitment to a single or multiple rate corporate income and consumption tax system, the selection of a smaller number of scales and grades for the tax levied on personal income, the reducing of the marginal tax rates and income brackets, and so on. Since the 80-ies of the last century, the trend appeared to be the need to extend the tax base, primarily in regard to the consumption tax, and then the income tax as well. This trend is followed by another, which was related to the reduction in tax rates (the decreasing of marginal tax rates, the reducing of the number of tax rates, reduced tax rates). The nineties were marked by a strong expansion of value added tax, which also continued in this decade, in which more than 2/3 or more than 180 countries around the world took over this tax form. The future tax reforms are likely to focus on the energy consumption taxation and environmental taxes.

Key terms: *tax reform, tax principles, Value Added Tax (VAT), income tax, the developing countries*

Mr. Almedina Šabić
Viša asistentica

UDK: 347.925: 346.548
Pregledni naučni rad

MEDIJACIJA U POTROŠAČKIM SPOROVIMA: ZAŠTITA POTROŠAČA U POSTUPKU MEDIJACIJE ILI ZAŠTITA POTROŠAČA OD MEDIJACIJE?

Sažetak

U svjetlu narastanja značaja alternativnog rješavanja sporova u svijetu uopće, kao i u državama u regiji i u domaćem zakonodavstvu, u radu su predstavljene prednosti i nedostaci medijacije kao mogućeg puta rješavanja potrošačkih sporova. Nakon uopćenog sagledavanja opravdanosti medijacije u potrošačkim sporovima, u radu je u kratkim crtama ukazano na probleme koji predstavljaju kočnicu obimnijoj primjeni postupka medijacije u potrošačkim sporovima u Bosni i Hercegovini, uz prijedloge koji bi mogli otvoriti put većoj iskorištenosti potencijala ovog oblika alternativnog rješavanja sporova.

Ključne riječi: *alternativno rješavanje sporova, medijacija, potrošački sporovi*

Uvodno. Značaj prava zaštite potrošača kao kompleksnog skupa normi privatnopravnog i javnopravnog karaktera u posljednjem je desetljeću porastao kako u nacionalnim okvirima tako i na supranacionalnom nivou. Pravo zaštite potrošača u Evropskoj zajednici razvijalo se od definiranja osnovnih prava potrošača u Prvom (prethodnom) programu politike zaštite i informiranja potrošača iz 1975. godine[1], preko etabliranja zaštite potrošača kao službene politike u EU,[2] do poimanja potrošača u kontekstu šireg političkog, socijalnog i kulturno shvaćenog građanskog statusa pojedinca.[3] U evropskim okvirima, a odatle i u zakonodavstvima država članica, kao i država čije pridruživanje Uniji tek predstoji, zaštita potrošača jeste velikim dijelom

[1] Official Journal of the European Comunities 1975 C 92/1.

[2] Afirmacija zaštite potrošača kao službene politike u EU olakšana je unošenjem u Ugovor iz Maastrichta zasebne glave (glava XI, čl. 129a), koja govori neposredno o zaštiti potrošača.

[3] Micklitz, H-W., Zur Notwendigkeit eines neuen Konzepts für die Fortentwicklung des Verbraucherrechts in der EU, VuR, 1/2003, str. 2 i dalje.

u funkciji uspostave jedinstvenog unutrašnjeg tržišta, u smislu da motivacija potrošača da kupuje u evropskom inostranstvu raste u uslovima koji podrazumijevaju ujednačenu zaštitu njegovih prava u različitim državama članicama.[4]

Iako se u smjernicama kojima se kao instrumentima harmonizacije nastoji djelovati na usklađivanju nacionalnih propisa ne nailazi na jedinstveno određenje pojma potrošača[5], uopćavanje pojma potrošača moguće je učiniti u smislu da je riječ o subjektu koji se prilikom zaključenja potrošačkih ugovora redovno nalazi u nepovoljnijem položaju u odnosu na drugu ugovornu stranu; potrošač s poduzetnikom stoji u višestruko asimetričnom odnosu u smislu nejednakosti prije svega u pregovaračkim pozicijama (*bargaining power*) i informiranosti.

Asimetrija u odnosu potrošača i poduzetnika u korist poduzetnika proteže se i na postupke rješavanja međusobnih sporova, bilo da je riječ o sudskim postupcima, bilo da se spor nastoji riješiti u nekom od mogućih oblika alternativnog rješavanja sporova (dalje: i ARS). Potrošač se i prilikom donošenja odluke o tome da li da spor pokuša riješiti pred sudom ili primjerice u postupku medijacije, usljed svoje slabije informiranosti, kao i nedovoljnog znanja i iskustva, nalazi u nepovoljnijem položaju u odnosu na poduzetnika, te stoga njegova odluka da se zadovolji rješavanjem spora s poduzetnikom u postupku medijacije može u određenim situacijama biti lošija opcija u poređenju s mogućnošću povjeravanja rješenja spora sudu.

Alternativno rješavanje sporova u svom modernom obliku posljednjih decenija doživljava afirmaciju kako u zemljama EU, tako i u Bosni i Hercegovini i

[4] Normiranje u oblasti zaštite potrošača primarno je u nadležnosti država članica EU, dok Evropska zajednica ovlaštenje da djeluje u vezi s pitanjima vezanim za ovu problematiku ima pod uslovom da razmimoilaženja koja u nacionalnim zakonodavstvima eventualno postoje dovode u pitanje djelovanje zajedničkog tržišta. Zadovoljavajuće obrazloženje "zabrinutosti" Zajednice za potrošača pronađeno je tek smještanjem zaštite potrošača u kontekst nastojanja obezbjeđenja uspješnog funkcioniranja unutrašnjeg tržišta. Stvarni ustavni osnov harmonizacijskih mjera, uprkos redovnom pozivanju na potrebe zaštite potrošača, jesu odredbe Ugovora o funkcioniranju EU (UFEU), koje evropskog zakonodavca ovlašćuju na harmoniziranje u cilju uspostave i funkcioniranja unutarnjeg tržišta. Vidjeti šire kod: Baretić, M., Zaštita potrošača u Europskoj zajednici, u: Gavella, N. i drugi, Europsko privatno pravo, Zagreb, 2002., str. 153; Petrić, S., Nacrt zajedničkog referentnog okvira za Europsko privatno pravo, Zbornik PF Sveučilišta u Rijeci, br. 1/2009, str. 477.

[5] U najvećem broju smjernica potrošačem se smatra isključivo fizičku osobu. Takvo određenje pojma potrošača poznaju primjerice Smjernica o potrošačkom kreditu 2008/48/EZ, Smjernica o određenim aspektima potrošačke prodaje i pripadajućim garancijama 1999/44/EZ i Smjernica o nepravičnim ugovornim klauzulama 1993/13/EEZ.

zemljama u njenom okruženju. Ovo se posebno odnosi na oblike ARS izuzev arbitraže, koja na prostoru država koje su nastale raspadom bivše Jugoslavije ipak ima relativno dužu tradiciju postojanja, barem kada je riječ o rješavanju privrednih sporova pred privrednim komorama bivših jugoslovenskih republika. Između različitih drugih, na našim prostorima "novijih" oblika alternativnog rješenja sporova, kakvi su medijacija, koncilijacija, med-hib kao hibrid između medijacije i arbitraže itd., u prvom dijelu ovog članka će, iz ugla potrošača posmatrano, biti predstavljene ključne prednosti i slabosti medijacije u potrošačkim sporovima uopće, a potom će predstavljene prednosti i nedostaci biti sagledani u kontekstu potreba i postojećih rješenja u domaćem zakonodavstvu, uz ukazivanje na moguće puteve prevazilaženja prepoznatih problema.

1. Medijacija kao instrument rješavanja potrošačkih sporova

1.1. Prednosti medijacije. Medijacija predstavlja svaki postupak u kojem stranke, neovisno o nazivu koji se za označavanje postupka koristi, nastoje da uz sudjelovanje medijatora (posrednika) postignu sporazum i mirnim putem riješe postojeći spor. Osnov medijacije kao posrednih pregovora jeste volja stranaka u sporu, a uloga medijatora je samo savjetodavna[6]; medijator, kao obostrano prihvatljiva, nepristrasna i neutralna osoba[7] nije ovlašten odlučivati u postupku, već isključivo poduprijeti komunikaciju dvije strane na putu ka rješenju spora.[8] Takva je uloga medijatora u skladu i sa porijeklom riječi medijacija, koja svoje korijene ima u grčkoj riječi *medos*, te u latinskim riječima *medius* odnosno *medianus*, kojima se označava sredina, nešto što se nalazi u sredini odnosno određena neutralna pozicija.[9]

Medijacija ima mnogo prednosti u odnosu na postupak pred državnim sudovima i upravo zahvaljujući tim prednostima ona danas jeste, pored arbitraže, najčešće korišten metod alternativnog rješavanja sporova. Atraktivnosti medijacije doprinosi prije svega činjenica da pokušaj medijacije ne isključuje mogućnost stranaka da zaštitu svojih prava ostvare u sudskom postupku; medijacija ne znači uskraćivanje jednog od mogućih puteva

[6] Knežević, G., Arbitraža i ADR (dalje i: Arbitraža...), Beograd, 2009., str. 226.

[7] Knežević, G., ADR vs. Javna pravda: Plima ili oseka, Putevi medijabilnosti u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2009., str. 67.

[8] Sajko, K., Napomene o mirenju u hrvatskom i poredbenom pravu, Pravo u gospodarstvu, 4/2011, str. 919.

[9] Kreissl, S., Mediation – Von der Alternative zum Recht zur Integration in das staatliche Konfliktslösungssystem, u: SchiedsVZ 5/2012, str. 233.

zaštite, već upravo suprotno, njihovo umnožavanje.[10] Osim toga, medijacija u svojoj osnovi nema sukobljene strane u ulozi tužioca i tuženog, već sudionike u postupku koji se nalaze u istom procesnom položaju, što postupku automatski oduzima napadačko-odbrambeni karakter i stvara situaciju koja je, u poređenju s klasičnim sudskim postupkom, značajno pogodnija za rješenje spora u interesu svih sudionika. U postupku medijacije neće se davati odgovor na pitanje koja je od stranaka u pravu, odnosno nastojaće se uzeti u obzir interese stranaka, a ne njihovu pravnu utemeljenost.[11] Značajna prednost medijacije u odnosu na sudski, pa i na arbitražni postupak, ogleda se i u činjenici da ona treba da se okonča pomirenjem stranaka, a ne presudom kao odlukom suda ili arbitraže. Kako je donošenje presude uvijek u rukama sudije ili arbitra, jasno je kako pomirenje, koje je u rukama stranaka, načelno podrazumijeva *win-win* situaciju kao situaciju u kojoj ne postoji pobjednik i pobijeđeni, već samo korist za sve strane.

Navedene prednosti medijacije govore u korist primjene medijacije i u rješavanju potrošačkih sporova. Uopćeno je moguće pozitivno ocijeniti postojanje u svakom zakonodavstvu različitih mehanizama rješavanja sporova kao alternativa državnom sudovanju, osobito kad je riječ o rješavanju potrošačkih sporova. Potrošač kao strana koja je i u odnosu iz kojeg nastaje spor i u postupku njegovog rješavanja u pravilu slabija strana, veću mogućnost izbora može doživjeti kao pozitivnu, u smislu da će između različitih mogućih postupaka nastojati izabrati lično najpogodniji.

U ovoj vrsti sporova osobito primjetne trebale bi biti i druge prednosti medijacije, kao što su primjerice brzina postupka, njegova neformalnost i dakako niži troškovi.[12] Klasični sudski postupak, koji ne samo u domaćem pravu nego i uopće, usljed naslonjenosti na načelo kontradiktornosti, može trajati godinama i biti izrazito skup, za potrošača nije načelno pravo rješenje. S druge strane, medijacija kao postupak koji je snažno orijentiran ka postizanju konsenzusa, ponekad može biti okončana unutar perioda od nekoliko dana, dakle prije nego se u sudskom postupku uspjelo zakazati usmenu raspravu.[13] Vremenski posmatrano, trajanje uspješne medijacije može značiti skraćenje prosječnog trajanja sudskog postupka u određenoj stvari za

[10] Knežević, Arbitraža..., str. 226.

[11] Uzelac, A., Mirenje kao alternativa suđenju, na: http://alanuzelac.from.hr/izborni/Mirenje_kao_alternativa.pdf

[12] Uzelac, A., Aras, S., Maršić, M., Mitrović, M, Kauzlarić, Ž., Stojčević, P., Aktualni trendovi rješavanja sporova u Hrvatskoj: Dosezi i ograničenja (dalje i: Uzelac, Aktualni trendovi...), Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 60, (6), 2010, str. 1299.

[13] Risse, Jörg, Wirtschaftsmediation, München, 2003, § 14, rubni broj 7.

najmanje jednu trećinu, i obrnuto, ne rezultira li sporazumom, medijacija može uzrokovati produženje trajanja sudskog postupka za najmanje jednu trećinu njegovog uobičajenog trajanja.[14] Koristi za potrošača u smislu uštede vremena i novca mogu nastati i u fazi nakon postizanja dogovora u postupku medijacije, u smislu da je najčešće mnogo jednostavnije provesti zajednički postignut sporazum nego realizirati sudsku presudu.

1.2. Nedostaci medijacije. No pored navedenih prednosti medijacije, nisu nepoznata niti shvatanja da medijacija predstavlja instrument koji je uopćeno neprikladan za rješavanje potrošačkih sporova. Razlozi koji leže u osnovi ovakvih shvatanja mogu biti različiti. U tom se smislu prije svega ukazuje na činjenicu da potrošački sporovi podrazumijevaju postojanje asimetrije moći na štetu potrošača, a kako je u postupku medijacije rješenje spora u rukama stranaka, jasno je da bi uticaj potrošača na rješenje spora mogao biti značajno manji u odnosu na uticaj koji će na pronalaženje rješenja imati druga strana.

1.2.1. Nedostaci medijacije u kontekstu (relativno) slabe informiranosti potrošača. Iako mogućnost izbora između različitih načina rješavanja sporova može biti promatrana kao prednost za potrošača, moguće je da će se potrošač u situaciji u kojoj želi odabrati način rješavanja spora koji je najprikladniji u konkretnom slučaju naći pred izborom koji nije jednostavan. Izbor će najčešće biti otežan usljed činjenice da potrošač u pravilu nije informiran u mjeri dovoljnoj da sagleda prednosti i nedostatke sudskog postupka u odnosu na postupak medijacije. Tako je moguće da se potrošač upusti u rješavanje spora u postupku medijacije čak i u onim slučajevima u kojima bi za njega korisniji bio sudski postupak i donošenje sudske presude. Naime, slabosti medijacije kao postupka mirnog rješavanja spora u kontekstu potrošačkih sporova mogu se ogledati prije svega u tome da sporazum često znači uskraćivanje potrošaču prava na socijalnu pravičnost. Potrošač je u okviru potrošačkih ugovora i sporova koji iz njih nastaju, kako je naprijed više puta istaknuto, slabija strana, te njegove šanse da u postupku mirnog rješavanja spora izdejstvuje nagodbu koja bi bila (i) socijalno pravična po prirodi stvari nisu osobito velike.

Ostavi li se po strani pojedinačne interese konkretnog potrošača i njegovo pravo na socijalno pravičnu odluku, sudski postupak u odnosu na postupke mirnog rješavanja sporova, osobito u odnosu na medijaciju, može imati određene pozitivne učinke i u širem društvenom kontekstu. Jedna od osnovnih prednosti sudskog postupka koji se okončava donošenjem presude od strane

[14] Hopt, Klaus J., Mediation – Eine Einführung, RabelsZ, 74 (2010), str. 725.

suda ogleda se i u potencijalnom precedentnom djelovanju takve odluke. Naime, iako u državama kontinentalne pravne tradicije odluke donesene u jednoj pravnoj stvari nemaju precedentno dejstvo kakvo im se pridaje u državama common law kruga, i u zakonodavstvima kontinentalnoevropskog pravnog prostora potrošači itekako mogu profitirati od donošenja odluke u postupku po tužbi u jednoj konkretnoj pravnoj stvari. Kao primjer može poslužiti slučaj Credit Suisse. U ovom slučaju finansijska institucija Credit Suisse prodala je stotinama povjerilaca certifikate američke investicijske banke *Lehman Brothers*, no pod imenom Credit Suisse. Potrošači su tako bili uvjereni da su njihova ulaganja u potpunosti sigurna dotle dok je Credit Suisse solventna. Kako je, međutim, zaštita ovih ulaganja bila stvarno obezbijeđena od strane američke banke, s propašću ove banke u finansijskoj krizi propala su i ulaganja potrošača kod Credit Suisse. U ovom je slučaju jasno kako je Credit Suisse povrijedila svoje obaveze informiranja potrošača, te bi stoga trebala odgovarati kupcima Lehmans Brothers certifikata. No, Credit Suisse je učinila sve kako do pokretanja postupka pred sudom ne bi došlo: oštećenim potrošačima je ponudila individualno kreiranu, parcijalnu naknadu štete. Kako je većina potrošača prihvatila ponuđene uslove nagodbe, oni koji su uslove takve nagodbe smatrali nepravičnim, a nisu bili u stanju podnijeti troškove pokretanja postupka pred sudom, izvukli su deblji kraj. Za pretpostaviti je da bi situacija izgledala značajno drugačije da je samo jedan od oštećenih potrošača tužio Credit Suisse.[15]

Jasno je kako je činjenica nepokretanja sudskog postupka u navedenoj stvari negativno uticala na ekonomsku dobrobit većeg broja potrošača. Pored toga, niti uticaj kojeg sporazumi postignuti u postupku medijacije mogu imati na razvoj prava odnosno otklanjanje slabosti pozitivnopravnih rješenja nije značajan, barem u usporedbi s uticajem kojeg na razvoj prava mogu imati sudske odluke.[16]

No, iz vida ne treba izgubiti to da značaj precedentnog djelovanja sudskih odluka često umanjuje činjenica da ne postoje dva potpuno ista slučaja. Osim toga, niko nije dužan pokrenuti sudski postupak u nastojanju da odluka koja bi eventualno mogla biti donesena u takvom postupku bude od koristi i za druge pojedince koji se nalaze u istom ili sličnom položaju. Osoba koja podiže tužbu snosiće sve troškove konkretnog postupka, a pritom će od odluke kojom se postupak okončava eventualno profitirati i

[15] Pogledati detaljnije o slučaju kod: Engel, M., Failure at the Lower Levels, na adresi: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1927238#captchaSection

[16] V.: Engel, M./Hornuf, L., Mediation als Verbraucherschutz – oder Verbraucherschutz vor Mediation, SchiedsVZ 1/2012, str. 27.

neki drugi subjekti. S obzirom na to da, uopćeno promatrano, u društvu ne postoje mehanizmi kojima bi se one subjekte koji bi od sudske odluke mogli profitirati moglo obavezati da sudjeluju u troškovima koje je tužitelj imao u postupku, nije moguće očekivati od pojedinca da tuži, dakako, u svoju korist, ali i u korist svih onih koji su u istoj ili sličnoj pravnoj poziciji.[17]

Slaba informiranost potrošača o mogućim putevima rješenja spora, pa tako i o medijaciji, predstavlja jedan od većih problema na putu ka medijaciji kao postupku koji bi mogao biti pogodniji način rješavanja potrošačkih sporova. U situaciji u kojoj se nalazi pred odlukom da pokrene postupak u kojem će zahtijevati ostvarenje svojih prava, potrošač će se često obratiti advokatu, koji bi mu mogao i trebao ukazati na eventualne prednosti medijacije u konkretnom slučaju. Međutim, malo je vjerovatno da će se to zaista i desiti, s obzirom na to da je uloga, a stoga i zarada advokata u postupku medijacije značajno manja nego u postupcima pred sudom. U pravnim sistemima koji poznaju neki oblik pridružene sudske medijacije (*court-annexed mediation*)[18], osobito u sistemima u kojima sudije imaju zadaću da stranke upoznaju s mogućnošću i podobnošću rješavanja konkretnog spora u postupku medijacije, važnu ulogu u informiranju potrošača imaju sudije: oni su ti koji će na osnovu analize slučaja i ocjene njegove medijabilnosti imati obavezu da stranke eventualno upute na medijaciju.

Nasuprot nedovoljnoj informiranosti potrošača o medijaciji, problematično može biti i "bombardiranje" potrošača informacijama u kojima se medijaciju prikazuje kao postupak sa nebrojenim prednostima u odnosu na sudski postupak. Ni u ovakvoj situaciji potrošač ne može steći pravu sliku o tome da li je za njega bolje tužiti ili se pokušati nagoditi.

1.2.2. Nedostaci medijacije u kontekstu problema stručne osposobljenosti medijatora. Na kraju, značajnu smetnju na putu ka medijaciji kao češće korištenom postupku rješavanja sporova predstavlja i problem česte nedovoljne osposobljenosti medijatora, odnosno nepovjerenje koje potencijalni korisnici usluga medijacije imaju u pogledu stručnih kvalifikacija medijatora; potrošači su naprosto nedovoljno informirani o visokokvalificiranim medijatorima. U situaciji u kojoj je broj visokokvalificiranih medijatora veoma mali, nije uopće moguće formiranje i funkcioniranje tržišta usluga koje pružaju takvi medijatori. Razlog tome leži u činjenici da u slučaju postojanja malog broja visoko osposobljenih medijatora oni u pravilu djeluju

[17] Engel/Hornuf, op. cit., str. 28.

[18] Uzelac, A., Komentar Zakona o postupku medijacije Bosne i Hercegovine, Putevi medijabilnosti, Sarajevo, 2009, str. 29; Uzelac, Aktualni trendovi..., str. 1269.

izvan otvorenog tržišta, jer se za njihove usluge saznaje iz neposrednog, ličnog kontakta sa strankama koje takve usluge koriste, dakle, usmeno i po osnovu pozitivne reputacije unutar usko definiranog kruga korisnika. Nasuprot ovom uskom krugu visokokvalificiranih medijatora stoji ogroman broj onih usluga čiji kvalitet nije zadovoljavajući. Nedovoljno osposobljeni, nestručni medijatori poništavaju sve prednosti postupka medijacije, od nižih troškova do kraćeg vremenskog trajanja postupka, što naravno dovodi u pitanje i sam imidž medijacije. Kao jedna vrsta garancije stručne osposobljenosti medijatora trebala bi svakako poslužiti zakonska regulacija uvjeta koji moraju biti ispunjeni kako bi određena osoba obavljala poslove medijatora, odnosno postojanje prinudnih propisa koji bi dali odgovor na pitanje koje obrazovne reference mora imati jedan medijator. Precizno zakonsko reguliranje pretpostavki za bavljenje medijacijom onemogućilo bi zatrpavanje tržišta medijatorima čije su stručne kvalifikacije upitne, te uspostavu tržišta uslugama medijacije u čiji kvalitet se zainteresirane stranke mogu pouzdati.

2. Medijacija u potrošačkim sporovima u pravu Bosne i Hercegovine

2.1. Medijacija u domaćem pravu. Prije donošenja Zakona o postupku medijacije u BiH[19] u domaćem zakonodavstvu medijacija je bila regulirana entitetskim zakonima o parničnom postupku,[20] u smislu da je sud mogao, najkasnije na pripremnom ročištu, ocijeni li da je to svrsishodno s obzirom na prirodu spora i druge okolnosti, predložiti strankama da spor riješe u postupku medijacije, a takav prijedlog su mogle staviti i stranke sve do zaključenja glavne rasprave.[21] Pored toga, mirno rješavanje sporova vansudskim nagodbama bilo je moguće i dešavalo se najčešće u privrednim sporovima i prije donošenja Zakona o postupku medijacije, a svojevrstan osnov za rješavanje sporova usklađivanjem, posredovanjem ili na neki drugi miran način predstavljala je i odredba čl. 18 zakona o obligacionim odnosima dva entiteta.[22] Donošenjem Zakona o postupku medijacije Bosna i Hercegovina

[19] "Službeni glasnik BiH", 37/04.

[20] Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije *BiH"*, broj 53/03), Zakon o parničnom postupku Republike Srpske ("Službeni glasnik *Republike Srpske"*, broj 58/03), Zakon o parničnom postupku Brčko distrikta ("Službeni glasnik Brčko distrikta BiH", br. 17/08).

[21] Čl. 86 ZPP-a FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 53/03, 73/05) i čl. 86 ZPP-a RS ("Sl. list RS", br. 58/03, 85/03, 74/05).

[22] Mrdović, F., Skoko, B., Sudstvo i medijacija, Putevi medijabilnosti u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2009., str. 148.

se pridružila državama koje su usvojile koncept uređenja medijacije jedinstvenim zakonom. Zakon o postupku medijacije uređuje prevashodno pitanja vezana za tzv. pridruženu sudsku medijaciju, kao medijaciju uz sudski postupak i medijaciju po upućivanju suda, no sadrži i odredbe koje se tiču postupka medijacije uopće, a koje se kao takve može primijeniti i na slučajeve ad hoc medijacije. Iako je propušteno da se ovim zakonom uredi određena značajna pitanja, Zakon se može smatrati dobrim osnovom za buduće dalje izmjene i dopune, osobito prilikom usklađivanja s rješenjima Smjernice 2008/52/EZ Evropskog parlamenta i vijeća od 21. maja 2008. o određenim aspektima medijacije u građanskim i trgovačkim sporovima.[23]

U okviru pilot projekata koji su provođeni u Osnovnom sudu u Banjoj Luci počevši od aprila 2004. godine i u Općinskom sudu u Sarajevu počevši od 2005. godine[24] najveći broj uputa na postupak medijacije desio se u privrednim sporovima, s obzirom na činjenicu zatrpanosti sudova sporovima ove vrste i njihovim sporim rješavanjem. Primijećeno je da, uopćeno, medijacija nije pogodan put za rješavanje spora ondje gdje bi javni interes bio bolje zaštićen i zadovoljen donošenjem sudske odluke, u slučajevima u kojima postignuti sporazum ne bi bio proveden ili primjera radi također ondje gdje stranke na medijaciju pristaju u želji da odugovlače s rješavanjem spora, dakle, bez stvarne volje da na ovaj način spor zaista riješe. S druge strane, kad je o prirodi sporova riječ, u građanskim stvarima medijacija se neodgovarajućim postupkom pokazala u predmetima u kojima se stranke spore povodom određene nepokretnosti, u slučajevima utvrđivanja ili osporavanja očinstva, u slučajevima u kojima je jedna stranka u sporu u stečaju ili je jedna od stranaka državna institucija, kao i kod raskida ugovora.[25]

U okviru pilot projekata u sudovima prvog stepena u Sarajevu i Banjoj Luci medijacija je provođena pri sudovima (tzv. sudska medijacija) i u tom je smislu posebno značajna uloga pripala sudijama, s obzirom na to da su oni bili ti koji su iz mase predmeta trebali odabrati one koji su po njihovom mišljenju bili podobni za mirenje, te strankama predložiti medijaciju i ukazati na

[23] OJ L 136, 24. 5. 2008. Tako će domaći zakonodavac prije svega morati urediti pitanje uticaja postupka medijacije na tok rokova zastarjelosti u skladu s odredbama čl. 8 Smjernice, s obzirom na to da ovo pitanje postojeći zakon ne regulira.

[24] Prije početka pilot projekta, Kanadski institut za rješavanje sporova (CICR) u BiH je uz finansijsku pomoć Kanadske agencije za međunarodni razvoj (CIDA) u periodu od 1998. do 2002. godine organizovao program obuke za rješavanje sporova. Pilot projekti su organizovani u saradnji s Udruženjem medijatora u Bosni i Hercegovini, osnovanim 2002. godine i uz podršku Međunarodne finansijske organizacije (IFC) te programa SEED.

[25] Mrdović/Skoko, op. cit., str. 159.

njezine prednosti u konkretnom slučaju. Prepoznavanje slučajeva podobnih za mirenje tako je predstavljalo prvi korak kao uspješnoj medijaciji. No, i uprkos činjenici da su u pilot projektima u Banjoj Luci i Sarajevu sudjelovali obučeni suci, projekti nisu doveli do očekivanih rezultata.

Razlozi su mnogobrojni. U određenom broju predmeta sudije su stranke pokušale navesti na zaključenje sudskih poravnanja, smatrajući kako u situaciji u kojoj oni već imaju ulogu svojevrsnih posrednika između stranaka u postupku, nema potrebe upućivati stranke na medijaciju. U određenom broju sporova medijacija nije dala odgovarajuće rezultate naprosto iz razloga što stranke, iako načelno saglasne s pokušajem da se nagode, nisu stvarno bile spremne sporazumno riješiti postojeći spor, već samo izdejstvovati odgodu sudskog postupka.

U velikom su broju slučajeva stranke, iako im je ukazano na prednosti medijacije, pokazale veliko nepovjerenje prema ovom još uvijek novom i nepoznatom načinu rješavanja sporova, bilo da su se u postupku medijacije osjećale lišene klasične procesne zaštite karakteristične za sudske postupke, bilo da su bile nepovjerljive prema stručnim kvalifikacijama medijatora. Usljed činjenice da je riječ o novom i nedovoljno poznatom putu ka rješenju spora, medijacija je na početku pilot projekata često uživala nepovjerenje i sudija kao onih koji su je trebali inicirati, pa stoga ne začuđuje nespremnost stranaka i osobito advokata ka pokušaju rješenja spora na ovaj način. Stranke su u nemalom broju slučajeva sumnjale u kvalifikacije medijatora registriranih kod Udruženja medijatora, na osnovu čega se može zaključiti kako im je odgovarajuća stručna osposobljenost posrednika, iako je zaista riječ samo o osobi koja bi trebala posredovati u iznalaženju rješenja spora, izuzetno važna.

Najveći doprinos porastu značaja medijacije i njezinom učestalijem korištenju trebalo bi biti odgovarajuće informiranje građana i privrednika o prednostima medijacije odnosno o koristima koje za stranke mogu nastati, opredijele li se da svoj spor umjesto pred sudom pokušaju riješiti u postupku medijacije. Posebna bi uloga u procesu informiranja potencijalnih korisnika medijacije trebala pripasti advokatima, s obzirom na to da su oni kod nas, kao i u uporednom zakonodavstvu, u pravilu ti kojima se stranke najprije obraćaju za pomoć. Podsticajno bi djelovati moglo i osnivanje kancelarija za pružanje pravne pomoći, u kojima bi se stranke moglo posavjetovati, te eventualno uputiti na medijaciju.[26]

[26] Mrdović/Skoko, op.cit., str. 163, 164.

2.2. Medijacija u potrošačkim sporovima. Shodno odredbi čl. 124 Zakona o zaštiti potrošača u BiH[27], tijela ovlaštena za zaštitu potrošača imaju obavezu uspostave procedura alternativnog rješavanja sporova u skladu s kriterijima koje postavi Ombudsmen za zaštitu potrošača u BiH. Do aktualnog trenutka takve procedure nisu uspostavljene, no o njihovoj se uspostavi promišljalo i poduzimalo određene korake. Kako je naprijed već spomenuto, u okviru pilot projekata na općinskim sudovima u Sarajevu i Banjoj Luci rješavanje sporova mirenjem jeste propagirano prvenstveno u nastojanju bržeg rješavanja velikog broja starih privrednih sporova, te su odatle medijacijom rješavani primarno privredni sporovi. Ništa manji problem tokom prvog desetljeća 21. vijeka za sudove u BiH nisu međutim predstavljali niti tzv. komunalni sporovi kao sporovi koje su poduzeća koja se bave pružanjem komunalnih usluga pokrenula radi naplate svojih potraživanja. Od gotovo dva miliona neriješenih sporova koji su se do kraja 2006. godine našli pred općinskim i kantonalnim sudovima u FBiH, oko 56% se odnosilo na potrošačke komunalne sporove ili tzv. sporove male vrijednosti. U kontekstu ovog problema, medijaciju se u pravnoj teoriji promatra kao brz i jeftin (*"quick and cheap"*) metod rješavanja sporova male vrijednosti, na koji bi se način sudove rasteretilo, te stvorilo mogućnost da se više pažnje posveti rješavanju sporova velikih vrijednosti.[28]

Medijaciji je u periodu od 1. 6. 2007. do 31. 5. 2009. godine podvrgnuto 68 potrošačkih sporova od kojih je sporazumom okončano njih 47. Ovaj broj je izuzetno mali, s obzirom na očekivanja koja su postojala u pogledu rješavanja ove vrste sporova u postupku medijacije. Razlog neuspjeha bili su prije svega troškovi koji su visoki i najčešće neprimjereni standardu domaćeg potrošača,[29] usljed čega se može zaključiti kako medijacija u kontekstu visine troškova, kojom će se potrošači najčešće voditi, nije mnogo prihvatljivija opcija u usporedbi sa sudskim postupkom.

---

[27] "Službeni glasnik BiH", 25/06.

[28] Alexander, N., Four mediation stories across the globe, RabelsZ, 74(2010), str. 734.

[29] Shodno odredbama čl. 5 Pravilnika o nagradi i naknadi troškova medijacije ("Sl. glasnik BiH", 21/06), nagrada medijatoru ima se obračunati u iznosu određenom po satu medijacijskog sastanka, koji sastanak može trajati najduže četiri sata (jedan sat pripreme i tri sata medijacije). Visina nagrade po satu iznosi 100 KM. U izuzetnim slučajevima, u kojima vrijednost spora prelazi tri stotine hiljada konvertibilnih maraka, moguće je pregovarati o visini troškova medijacije. Na tragu je rješenja problema neatraktivnosti medijacije u potrošačkim sporovima usljed visokih troškova bilo rješenje kojeg je sadržavao hrvatski Zakon o zaštiti potrošača iz 2007. ("Narodne novine", 79/07), u smislu propisivanja obezbjeđenja troškova mirenja u državnom proračunu. Ovakvo je rješenje međutim kasnije napušteno u smislu da se odluke o finansijskoj podršci za nadoknadu troškova mirenja pred centrima za mirenje ima donositi na temelju javnog natječaja. Vidjeti više kod: Uzelac, Aktualni trendovi..., str. 1302, 1303.

Početkom mjeseca februara 2008. godine Visoko sudsko i tužilačko vijeće pokrenulo je projekat za smanjenje broja neriješenih predmeta na sudovima, u okviru kojeg je od sredine juna 2008. do sredine juna 2010. godine djelovala Radna grupa za rješavanje komunalnih predmeta. Od januara 2010. godine u radu Radne grupe učestvovala je i Institucija ombudsmena za zaštitu potrošača u BiH.[30] Sudjelovanje ombudsmena u radu grupe trebalo je spriječiti usvajanje preporuka koje bi oštetile potrošače, što je u početku bio slučaj kad je riječ o preporukama koje se odnose na izmjenu i dopunu zakona kojima se regulira obavljanje komunalnih djelatnosti u RS, FBiH i Brčko distriktu; drugim riječima, Institucija ombudsmena za zaštitu potrošača u BiH trebala je spriječiti usvajanje preporuka kojima bi se prilikom harmoniziranja komunalnih propisa s propisima o zaštiti potrošača favoriziralo javna poduzeća koja se bave pružanjem komunalnih usluga.[31]

U kontekstu naprijed spomenutih nezadovoljavajućih rezultata koji su postignuti u rješavanju potrošačkih komunalnih sporova u postupku medijacije, Institucija ombudsmena je u okviru promišljanja o mogućim putevima rješavanja ovog problema predstavila prijedlog za propisivanje procedura i uspostavu tijela za alternativno rješavanje sporova. Takvo tijelo, nadležno za provođenje procedure alternativnog rješavanja potrošačkih komunalnih sporova bilo bi ustanovljeno na lokalnom nivou, a njegovi bi članovi bili predstavnik lokalnog nivoa vlasti, predstavnik davatelja usluge, predstavnik udruženja potrošača, te eventualno, prema potrebi, specijalizirani stručnjak iz ovlaštene agencije.[32] Sam postupak rješavanja spora predstavljao bi u suštini vansudsko poravnanje, a pokretala bi ga zainteresirana stranka. U postupku koji bi odlikovala hitnost, nadležno bi tijelo po pozivanju stranaka i usmene rasprave donijelo odluku. U ovakvim procedurama morali bi biti ispoštovani kriteriji koje je u maju 2009. godine objavila Institucija ombudsmena za zaštitu potrošača u BiH.[33] Tako bi alternativni postupak rješavanja sporova trebao osigurati: pristupačnost postupku, njegovu bezu-

---

[30] Dvogodišnji izvještaj o radu Radne grupe za rješavanje pitanja komunalnih predmeta, str. 1, 2, više na: http://www.hjpc.ba/projects/backlog/msword/Prilog%2010RGK.doc 12. 6. 2012. godine.

[31] Prilikom harmonizacije rješenja zakona koji uređuju pružanje komunalnih usluga trebalo je spriječiti favoriziranje pružaoca usluga, ali istovremeno onemogućiti i zaštitu potrošača neplatiša.
Više u: Uloga i značaj ARS-a u rješavanju potrošačkih sporova, str. 4, na: http://www.ozp.gov.ba/images/stories/obrazci/uloga_i_znacaj%20arsfinal.pdf, 12. 6. 2012. godine.

[32] Uloga i značaj ARS-a u rješavanju potrošačkih sporova, str. 4.

[33] Kriteriji u procedurama za alternativno rješavanje sporova ("Sl. glasnik BiH", br. 13/09).

vjetnost i dobrovoljnost, neobveznost učešća, prilagodljivost, jednostavnost i neformalnost procedure, širok krug rješenja, interesnu orijentiranost bez primjene pravnih normi i utvrđivanja krivice, te svakako prihvatljivost cijene i što kraće vrijeme trajanja postupka.[34] Tek bi obezbjeđenje ostvarenja svih pobrojanih kriterija omogućilo ostvarenje punih prava potrošača u komunalnim sporovima. U uslovima u kojima su sudovi zatrpani ovakvom vrstom sporova, a njihovo postupanje sporo, kao i uzimajući u obzir visoke troškove kako sudskih postupaka tako i medijacije u dosadašnjem obliku, potrošač je i dalje u značajno nepovoljnijem položaju u odnosu na davaoce usluga. Na poboljšanje njegovog položaja uticale bi dakako i obimnije reforme regulative u oblasti pružanja komunalnih usluga, prije svega premještanje poslovanja komunalnih poduzeća iz upravne u ugovornu sferu i kvalificiranje usluga ovih poduzeća kao robe, sa svim pravnim posljedicama koje takva kvalifikacija podrazumijeva, kao i razvijanje svijesti potrošača o potrebi aktivnog djelovanja odnosno napuštanje naslijeđenih loših navika u smislu pasivnog ponašanja i neangažiranja na zaštiti vlastitih interesa.[35] Na putu realizaciji predloženog rješenja stoje, međutim, još mnoga neodgovorena pitanja. Naime, osim što je predloženo da tijela za alternativno rješavanje komunalnih sporova budu ustanovljena na lokalnom nivou, dalji odgovori na pitanja koja su se otvorila stavljanjem ovog prijedloga nisu dati. Tako se primjerice ne zna da li bi ova tijela mogla biti ustanovljena pri komunalnim poduzećima ili bi takvo rješenje dovelo u pitanje njihovu nepristrasnost (čak i uz sudjelovanje predstavnika iz udruženja potrošača), a otvoreno je naravno i pitanje njihovog finansiranja. Zanemariti ne treba niti naprijed spomenute moguće slabosti klasičnog postupka medijacije, posebno u smislu stručne kvalificiranosti osoba koje bi ušle u sastav tijela za ARS. Jednostavniji, neformalniji i pristupačniji postupak pred tijelima za alternativno rješavanje komunalnih sporova ne bi smio ići nauštrb kvaliteta ovih postupaka.

Neovisno o rješavanju komunalnih potrošačkih sporova, koji su dakako najbrojniji, te stoga predstavljaju najveći teret za pravosudni sistem i podrazumijevaju najduže čekanje potrošača na odluku u sporim i skupim sudskim postupcima, potrebno je promišljati i o perspektivi medijacije kad je riječ o potrošačkim sporovima uopće. Čak je i u uslovima nepostojanja precizne zvanične evidencije o broju potrošačkih sporova koji su rješavani i riješeni u postupku medijacije jasno da je taj broj mali. Razlog tome je najvjerovatnije još uvijek nedovoljna upoznatost stranaka s ovakvim putem rješavanja sporova, nepovjerenje u stručnost medijatora, te za naše uslove visoki troškovi

[34] Čl. 2–10 Kriterija.

[35] Uloga i značaj ARS-a u rješavanju potrošačkih sporova, str. 14, 15.

usluga medijacije. Rješavanje ovih problema moglo bi voditi značajnijem porastu broja sporova koji će se, umjesto pred sudom, završiti nagodbom.

Zaključne napomene

U posljednjem desetljeću sve je češće rješavanje sporova u postupku medijacije, kako u svijetu, tako i u domaćem zakonodavstvu i zakonodavstvima država u regiji, a među sporovima koji se smatraju pogodnim za rješavanje medijacijom nalaze se i potrošački sporovi. Prednosti medijacije u odnosu na sudski postupak, kao i neke druge oblike alternativnog rješavanja sporova (ARS), kakav je primjerice arbitraža, višestruke su, a u rješavanju potrošačkih sporova poseban se naglasak stavlja na brzinu postupka, njegovu neformalnost i niže troškove. Pored prednosti, ozbiljnija analiza medijacije u kontekstu rješavanja potrošačkih sporova otkriva, međutim, i niz slabih tačaka ovog oblika ARS. Nedovoljno informirani potrošači nerijetko se nalaze u situaciji u kojoj ne mogu najbolje ocijeniti da li je u konkretnom slučaju ipak smislenije tužiti i tako eventualno izbjeći postizanje sporazuma koji bi za njih kao slabiju stranu mogao biti socijalno nepravičan, a prednosti medijacije često bivaju dovedene u pitanje i usljed nedovoljne stručne osposobljenosti medijatora. Rješenje ovih problema vidi se u nastojanju boljeg informiranja potrošača o realnim prednostima medijacije, te u zakonskom reguliranju pretpostavki za obavljanje poslova medijatora i sprječavanju zatrpanosti tržišta nestručnim medijatorima.

U domaćem zakonodavstvu sudska medijacija je intenzivnije promovirana u okviru pilot projekata na općinskim sudovima u Sarajevu i Banjoj Luci, te su medijacijom rješavani prije svega privredni i u manjem broju potrošački sporovi. Razloge izostanka očekivanih rezultata u postupku medijacije u potrošačkim sporovima, pored nedovoljne informiranosti stranaka, moguće je pronaći i u relativno visokim troškovima koji su za stranke nastajali u postupku medijacije i nepovjerenju u stručne kvalifikacije medijatora. Izostanak boljih rezultata, kao i preopterećenost sudova potrošačkim komunalnim sporovima kao posebnom vrstom potrošačkih sporova vodila je promišljanju o mogućnostima uređivanja zasebnih alternativnih procedura za rješavanje ovih sporova i uspostavi zasebnih tijela, nadležnih za postupanje u takvoj zasebnoj vrsti postupaka. Institucija ombudsmena za zaštitu potrošača u Bosni i Hercegovini predstavila je prijedlog o formiranju tijela na lokalnom nivou u čiji bi sastav ušli predstavnik lokalnog nivoa vlasti, predstavnik davatelja komunalnih usluga, predstavnik udruženja potrošača, te prema potrebi specijalizirani stručnjak iz ovlaštene agencije. Postupak kojeg bi

vodilo ovo tijelo predstavljao bi u svojoj suštini vansudsko poravnanje, a karakterizirati bi ga između ostalog trebala pristupačnost, prilagodljivost, jednostavnost i neformalnost procedure, te svakako prihvatljivost cijene i kratko vrijeme trajanja postupka. Izuzev ovog načelnog prijedloga, dalji koraci u njegovoj realizaciji na žalost nisu napravljeni, s obzirom na to da je prijedlog otvorio i niz pitanja na koja nije odgovoreno, od pitanja da li je ova tijela moguće organizirati pri komunalnim preduzećima i da li bi to značilo ugrožavanje načela nepristrasnosti, do pitanja njihovog finansiranja.

Većoj atraktivnosti medijacije u potrošačkim sporovima uopće doprinijelo bi svakako rješavanje problema spomenutih naprijed, a vezanih za nedovoljnu informiranost stranaka, njihovo nepovjerenje u stručnost medijatora, te troškove mirenja koje se može smatrati visokim za domaćeg potrošača. Ne treba zanemariti niti činjenicu da su domaći potrošači veoma često inertni i nezainteresirani da djeluju u pravcu ostvarenja vlastitih interesa. U tom bi smislu bilo neophodno raditi i na buđenju svijesti potrošača o njegovim pravima s jedne i obavezama trgovaca i proizvođača s druge strane.

MA Almedina Šabić
Senior Assistant

MEDIATION IN CONSUMER DISPUTES (CONSUMER COMPLAINT MEDIATION): CONSUMER PROTECTION IN THE MEDIATION PROCESS OR THE PROTECTION OF CONSUMERS FROM MEDIATION?

Summary

In light of the growing importance of alternative dispute resolution around the world in general, as well as in the countries in the region and in the domestic legislation, this document presents the advantages and disadvantages of mediation as a possible way of resolving consumer disputes. After a general consideration of the justification of mediation in consumer disputes, the paper briefly points out the problems that inhibit a more frequent and extensive implementation of the mediation process in consumer disputes in Bosnia and Herzegovina, along with proposals that could pave the way for a greater utilization of the potential of this form of alternative dispute resolution.

Key terms: *alternative dispute resolution, mediation (conciliation), consumer disputes*

Dr. Ivo M. Tomić: *Problem globalizacije: vječni mir ili vječni rat – o današnjoj i novoj ulozi i pozivu sociologije,* Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LV – 2012., s. 423-457

Dr. Ivo M. Tomić
Vanredni profesor

UDK: 340.12
Pregledni naučni rad

PROBLEM GLOBALIZACIJE: VJEČNI MIR ILI VJEČNI RAT – O DANAŠNJOJ I NOVOJ ULOZI I POZIVU SOCIOLOGIJE*

Sažetak

Nakon uvodnih pretpostavki (predispozicije i propozicije) razumijevanja problema, diskurs o globalizaciji razvija se na četiri osnovna nivoa – ravni razmatranja. Na prvome nivou "Globalizacija – tri klasična ili tradicionalna modela mišljenja" predstavljaju se Kantova ideja svjetskoga građanskog poretka, Hegelova ideja svjetske države kao univerzalnoga carstva slobode i Marksova vizija istinske ljudske zajednice kao besklasnoga komunističkog društva. Na drugome nivou, koji se oslanja na prvi, "Mišljenje globalizacije u modernoj i postmodernoj filozofiji" razmatraju se modeli globalizacijskoga mišljenja Gustava Radbruha, Aleksandra Koževa i Džona Rolsa koji se, istodobno, i problematiziraju s filozofijskih pozicija prethodnih klasičnih modela. S ove filozofijske platforme, rasprava prelazi na teren sociologije. Na trećoj ravni "Izazovi globalizacije – izazovi sociologiji ili današnje sociologijske refleksije globalizacije", kao modeli modernoga i postmodernoga sociologijskoga mišljenja predstavljaju se i teorijski problematiziraju ideja globalno otvorenoga kao apstraktnoga društva Karla R. Popera, strah za budućnost čovječanstva Frensisa Fukujame i sociološke dimenzije globalizacije – tri škole mišljenja Entonija Gidensa. S ovih filozofijskih i sociologijskih pozicija – reprezentativnih modela mišljenja, diskurs se nastavlja kritičko-teorijskom, filozofijsko-sociologijskom opservacijom današnje neoliberalne teorije i prakse – "Neoliberalna (stvarna i globalizacijsko-tendencijska) hegemonija", svraćajući pozornost na problem globalne raspodjele, raspolaganja i upravljanja resursima kao uzrocima novih sukoba te, na svjetsku vladavinu scientokracije kao vlade iz sjene i ethos njene svjetske politike. Teorijski uklon autora razvija se pri tome, na tragu kritičke teorije društva, apostrofirajući tijekom rasprave kao prateće fenomene informatike i biotehnologije na kojima počiva proces globalizacije, fenomene ponovne instrumentalizacije čovjeka i društva, politike i znanosti, nacije i države, pragmatično-tehnicističkoga, pogonsko-profitabilnoga načina mišljenja čije su evidentne posljedice ponovna povijesna

* Tekst je pisan na osnovi usmenog izlaganja autora u raspravi na sjednici Odbora za sociološke nauke Odjeljenja društvenih nauka ANU BiH 16. 11. 2011. godine na temu "Globalizacija – izazovi za sociologiju". Izlaganje nije publicirano.

transformacija uma u bezumlje i izopačenje slobode kao smisla i svrhe čovjeka, u neslobodu koja se događa kao zarobljena sloboda. Na kraju, zaključujući raspravu odjeljkom "Sociologija između novoga pozitivizma i nove kritičke teorije društva ili o novoj ulozi i pozivu sociologije" autor ističe vlastito mišljenje da sociologijska znanost, kao ukupnost svih njenih disciplina, mora iskazati jači interes prema najnovijim povijesnim preinakama svijeta te, u tome kontekstu, situira njenu novu ulogu i poziv na relaciji između novopozitivizma i nove kritičke teorije društva, naglašavajući da njen pogled mora, u podjednakoj mjeri, biti usmjeren na obje strane, kao dvije kompatibilne dimenzije jednoga istog, povijesnoga procesa globalizacije.

Ključne riječi: *globalizacija, informatička tehnologija, biotehnologija, tržište, liberalizam, neoliberalizam, vječni mir, vječni rat, filozofijski modeli, sociologijski modeli, sloboda, um, bezumlje, hegemonija, totalitarizam, pragmatizam, tehnicizam, instrumentalizam, vlast, vladavina, resursi, raspodjela, raspolaganje, upravljanje, kontrola, scientokracija.*

Predispozicije i propozicije razumijevanja problema

Reminiscenirajući jedno gotovo zaboravljeno nagovještenje i upozorenje jednog, ideološki ali, na sreću ne i naučno napuštenog i zaboravljenog vizionara ljudske budućnosti projicirane iz analize prošlosti, danas bi se moglo reći da bauk globalizacije opsjeda intelektualce, političare, privrednike, inženjere, tehničare, prosvjetare, administratore, činovnike, radnike; opsjeda zdravu pamet, opsjeda čovječanstvo. Bauk globalizacije nadvio se nad Globusom. Kako misliti globalizaciju – globalno, lokalno, univerzalno, partikularno, filozofijski-povijesno ili povijesno-filozofijski, sociologijski kulturno-civilizacijski kontinuirano ili diskontinuirano, determinacijski ili indeterminacijski, epohalno vremenski ili epohalno svjetonazorski, modernistički ili postmodernistički? Ova *guestionis pro-fundus* predispozicijski i propozicijski upozoravaju na zamke mišljenju skrivene u lukavstvu povijesnoga uma na koje je upozoravao još jedan projektant budućnosti čovječanstva kao svjetskoga carstva slobode. Umjesto ozbiljenja ovih projekcija, danas nažalost živimo i mislimo u carstvu pogonski-profitabilno izopačenoga uma, politički izobličene i zarobljene slobode.

Temeljno, na ovome mjestu, pitanja globalizacije postavljaju se: *pro primo*, kao pitanje odnosa svijesti i svijeta; *pro secundo*, kao pitanje modusa ljudskoga, povijesno-kulturno-civilizacijskoga bivstva i bitisanja (bića i trebanja); *pro-tertio*, kao pitanje planetarno pluralistički ujedinjenoga, a ne razjedinjenoga i sa sobom sukobljenoga čovječanstva. Svi, do sada postojeći, odgovori na ova fundamentalna pitanja, samo su slika i ništa više, dosadašnje i sadašnje ljudske historije. Živimo li kraj te iste historije i kako mislimo početak nove povijesti čovječanstva. Nakon 11. rujna 2001. godine globalno je zavladao strah izražen krilaticom kako, nakon ovoga povijesnoga datuma,

ništa više neće biti kao što je bilo. Nije li život u ovome strahu, početak nove povijesti čovječanstva? Ima li kraja današnjoj sveprisutnoj frustriranosti i ima li optimističkih pogleda u doglednu budućnost? Makar dosadašnja i sadašnja slika svijeta, u našem doživljaju bila refleksija povijesno apsolutnoga duha (znanja), ona će ostati nepomičnom i sterilnom ukoliko ne postane našom pred-dispozicijom i dispozicijom univerzalno, humanistički kreativnoga, nenasilnoga otvorenog globalnog društva; ukoliko ne potakne i ne inducira povijesno mišljenje u tome pravcu.

Ilustrativno i inteligibilno, empirijski i teorijski, naše se predodžbe globalnoga svijeta kreću tragom novovjekovnih otkrića Novoga svijeta, kolonijalnih osvajanja i trgovinskih ekspanzija, prve (mehaničke), druge (električko-industrijske), treće (kibernetičko-robotičke) do posljednje (elektroničko-informatičke) i (bio-tehnološke) revolucije. Svaku od njih pratile su, u trendu, esencijalno-egzistencijalne preinake: reformacija i protureformacija, racionalizam i prosvjetiteljstvo, pozitivizam i sekularizacija, fanatizam i fundamentalizam, partikularizam i regionalizacija, pluralizam i slobodoumlje. Na istome tragu susrećemo velike svjetske i regionalne osvajačke i oslobodilačke ratove, doživljavamo bezbrojne i danas akutne lokalne sukobe. Naša je percepcija svijeta formirana prema cik-cak povijesnome modelu prvobitnih velikih svjetskih imperija i njihova raspada, stvaranja malih (priručnih) feudalnih državica, njihova objedinjavanja ognjem i mačem i ponovnog stvaranja novih svjetskih carstava (monarhija), rasula apsolutističkoga monarhizma i, u nacionalno-emancipatorskim pokretima, ponovnoga stvaranja manjih nacija-država. Nakon Drugoga svjetskog rata, većina se ovih nacionalnih država svrstala u dva (Istočni i Zapadni) ideološki i vojno podijeljena i međusobno konfrontirana bloka koji, uz Pokret nesvrstanih, čine *sui generis* svjetsku trijadu s pretenzijama planetarne ideološke, političke, vojne, ekonomske dominacije. Padom komunizma i rasulom Istočnoga bloka, na svjetsko-povijesnoj sceni krajem drugog milenijuma, dolazi ponovo do retrogradnih procesa disolucije višenacionalnih (SSSR, SFRJ), pa i dvonacionalnih (ČSSR) na manje mononacionalne državne tvorevine. Sada se ove, ideološko-politički i ekonomski rekonstruirane nacionalne države, odričući se znatnoga dijela vlastite suverenosti, utapaju u zadnje vrijeme kolabirajuću Europsku uniju i streme različitim vidovima euroatlantskih integracija. U istome procesu njihov se populus ekstremno diferencira i polarizira na bogate i siromašne, moćne i nemoćne, utjecajne i bezutjecajne. U posljednje vrijeme, pored europskoga, sve se više govori i o američkome, azijskome, afričkome, afro-azijskome i preostalim vidovima unijanizma s očiglednim pretenzijama ovladavanja tuđim resursima ili zaštite vlastitih resursa. Tako izgleda slika svijeta i tako prolazi njegova slava. Globalizacija ili nova imperijalizacija. Iz ove kroki slike determinirano

i indeterminirano, porađaju se još i danas, različite kompatibilne i inkompatibilne, funkcionalno paritetne i disfunkcionalne i disparitetne mikro i makro geopolitičke, geostrategijske, ekonomske, vojne, kulturne, pa i religijske i druge, umjerene i neumjerene pretenzije i *sub specie aeternitatis* vizije jedinstva svijeta kao globalno otvorenoga društva.

GLOBALIZACIJA – TRI KLASIČNA ILI TRADICIONALNA MODELA MIŠLJENJA

Misao globalizacije ne datira od jučer. Njena današnja politička nedomišljenost i utilističko-pragmatička prebukiranost zahtijevaju, prije svega, filozofsko provjetravanje. Praiskonski ona se porađa u trenutku čovjekove apstrakcije od proste čulne izvjesnosti, s početkom njegova doživljaja drugoga (drugih) izvan i iznad osjetilne perceptivnosti, dakle, inteligibilnom doživljajnošću i priznatošću drugoga kao vlastitoga **JA,** odnosno drugih kao vlastitoga **MI** *et vice versa. Pro primo*, ovdje se ne radi o **ontologiji** bića kao izvjesnosti jedne **konkretne egzistencije**, nego o ontologiji djelatne mogućnosti **su-života** odnosno neminovne i nepobitne **ko-eg-sistencije**. Ovdje je dakle riječ o ontologiji relacija: **JA – TI – ON, MI – VI – ONI**.* Ova se **relacijska ontologija**, kao pitanje odnosa svijesti i svijeta, pred-postavlja kao *alma mater* svake moguće **sociologije** koja, *pro secundo*, otvara konkretnije pitanje *modusa vivendi* ljudskoga povijesno-kulturno-civilizacijskoga bivstva i bitisanja. Tražeći, *pro tertio,* odgovor na pitanje mogućnosti planetarno pluralistički ujedinjenoga, naspram prethodnoga i današnjega, razjedinjenog i sukobljenog čovječanstva, ovaj se diskurs poziva i oslanja na globalna rješenja ponuđena u njemačkoj klasičnoj, kao i nakon nje, u marksističkoj filozofiji? Riječ je naravno, samo o modelima rješenja, a ne o njihovoj široj eksplikaciji i to, isključivo, zbog prostornih ograničenja.

1. Kantova ideja svjetskoga građanskog poretka

Politička filozofija Imanuela Kanta posvema se atribuira kao filozofija slobode. A sloboda pojedinca, prema **"Kritici čistog uma"**, moguća je samo pod uvjetom i pretpostavkom iste takve i tolike slobode svih drugih pojedinaca. Ako je sloboda prirodna svrha čovjeka i ljudske vrste, ali ne kao neobuzdana sirova i surova sloboda pojedinaca u prirodnome stanju (*status naturalis*), nego kao jednaka i uzajamno dopuštena i garantirana sloboda svih pojedinaca onda se postavlja problem realizacije ove prirodne svrhe čovjeka i ljudske vrste. "Najveći problem za ljudsku vrstu, na čije rješenje

* Vidjeti više o tome u: Đorđo Del Vekio "Pravo, pravda i država", Beograd, "Plato" 1998.

je priroda nagoni, jeste da ostvari građansko društvo kojim će se upravljati prema opštem pravu"[1] Ovaj problem prelaska iz prirodnoga u građansko stanje, odnosno građansko društvo (*status civilis, societas civilis*) rješava prvobitni ugovor (*contractus originarius*) kao jedna od najviših ideja uma i idejna supstanca pravednoga zakona odnosno prava. "Prirodno stanje (*status naturalis*) među ljudima koji žive jedni uz druge nije **stanje mira** nego, na protiv, **ratno stanje**, tj. ono u kome, istina, neprijateljstvo ne izbija u svakom trenutku, ali to izbijanje ipak stalno preti. **Mirovno stanje** treba dakle uspostaviti. Pritom, kaniti se neprijateljstva još ne znači dati **garantiju za mir**; i sve dok jedan sused ne da drugome tu garantiju – što je moguće samo u **zakonskom stanju** – onaj koji ju je tražio može s ovim postupati kao sa neprijateljem[2] (kurziv Kant, bold autor). Zakonsko stanje u Kantovome diskursu pred-postavlja se kao *principium primus* i kao *conditio sine gua non* republikanskoga uređenja. A "**uređenje** koje je zasnovano, prvo: na principima **slobode** svih članova jednog društva (kao ljudi); drugo: na načelima zavisnosti svih **od jednog jedinog zajedničkog zakonodavstva** (kao podanika); i treće: na **zakonu jednakosti** svih (kao građana) – jedino koje proističe iz ideje **prvobitnog ugovora** na kojoj mora da počiva **sveukupno pravno zakonodavstvo jednog naroda** – jeste **republikansko uređenje**"[3] (bold autor). Time je, uz pomoć prava, riješen problem slobode svih pojedinaca unutar jednoga naroda, ali ostaje problem slobode svih pripadnika ljudske vrste kao građana svijeta unutar svjetskoga građanskog poretka kome je usmjerena ideja opće (prirodne i ljudske) povijesti.

Rješenje ovoga drugog problema Kant nalazi na istome filozofsko-političkome tragu, ali na nešto teži način s obzirom na ogromne, perpetuirajuće razlike između habitusa pojedinca i habitusa države. Status pojedinca u prirodnome stanju, Kant u početnoj fazi traženja rješenja, transmisionira na status pojedinačnog naroda uređenog u pojedinačnu državu. "Narodi, kao države, mogu se posmatrati kao pojedinci koji se u svom prirodnom stanju (tj. u stanju **nezavisnosti od spoljašnjih zakona**) uzajamno vređaju već time što žive jedni uz druge i od kojih svaki, u interesu sopstvene sigurnosti, može i treba s pravom tražiti od drugoga da stupi u uređenje slično građanskom, u kome će svakome biti **zagarantovano pravo**. To bi bio *savez naroda* koji ipak ne bi morao biti **međunarodna država**"[4] (kurziv Kant, bold autor).

---

[1] Imanuel Kant "Ideja opšte istorije usmerene ka ostvarenju svetskog građanskog poretka" (peti stav) u: Imanuel Kant "Um i sloboda" (spisi iz filozofije istorije, prava i države), Posebno izdanje časopisa "Ideje", Beograd, 1974. str. 33.

[2] Imanuel Kant "Večni mir, filozofski nacrt" (drugi odeljak) u: ibidem, str. 141–142.

[3] Loco citato.

[4] Ibidem, str. 145.

Supstrat ili suport rješenja i drugog, kao i prvog problema, predstavlja *contractus originarius* i, sa te strane, još nema teškoća. Na njih se međutim, nailazi kada se i građanin-pojedinac i pojedinačni narod zateknu u ulozi podanika zakonodavstvu jedne iste države, a ta ista, unutar sebe, pravno uređena država se ponaša sasvim neovisno kao u prirodnome stanju, jer ne podliježe nikakvome izvanjskom međunarodnom, odnosno međudržavnom zakonodavstvu. "Za države po međunarodnome pravu ne može važiti isto što i za pojedinca u bezakonskom stanju, po prirodnom pravu, tj. da 'treba izaći iz takvo stanja' (jer kao države one već imaju iznutra pravno uređenje, te su van dohvata spoljašnje prinude koja bi ih prema svojim pravnim pojmovima htjela podvesti pod jedno šire zakonsko uređenje)."[5] Takvo stanje između naroda-država konstantno generira sukobe, a države "ne mogu tražiti svoje pravo posredstvom procesa, kao na sudu, nego samo ratom i njegovim srećnim završetkom, pobedom, a takvim načinom ne može da bude konačno rešeno na čijoj je strani pravo, pošto se *mirovnim ugovorom* doduše toga puta završava **rat,** ali ne i **ratno stanje**, jer se uvek nalazi nov izgovor za sukob (a ratno se stanje ne može nazvati ni prosto nepravednim, jer je tu svaki sudija u svojoj stvari)"[6] (kurziv Kant, bold autor). Rješenje problema u Kantovoj političkoj filozofiji, ali sada na višoj ravni razmatranja, dolazi ponavljanjem postupka transmisioniranja, ovoga puta prvobitnoga *contractusa originariusa* u **međunarodni ugovor** koji ne bi bio ugovor o svršetku nekog konkretnog rata, nego dogovor da se za vječnost više nikada neće ratovati. Takav ugovor nalaže sam **um** koji "sa najvišeg prestola **moralne zakonodavne vlasti** apsolutno proklinje svaki rat kao pravni postupak, zahtevajući naprotiv, kao **najneposredniju dužnost, mir** koji se bez **međunarodnog ugovora** ne može ni stvoriti ni osigurati – to je potreban jedan **savez naročite vrste**, koji bismo mogli nazvati *savezom mira (foedus pacificum*). Taj savez bi se od *ugovora o miru (pactum pacis*) razlikovao po tome što ovaj posljednji hoće da okonča samo jedan rat, a onaj prvi sve ratove, zauvek"[7] (kurziv Kant, bold autor). "Savez ne ide za tim da se domogne kakve moći za državu, nego isključivo da održi i osigura slobodu svake, kao i drugih država u savezu, a da se ipak ni jedna od njih ne potčini javnim zakonima i njihovoj prinudnoj sili (kao što je to slučaj kod ljudi u prirodnom stanju)"[8] (kurziv Kant). Ova Kantova, objektivno realna i izvodljiva ideja federaliteta koja je postupno trebalo "da zahvati sve države i da tako dovede do večnog mira,"[9]

[5] Ibidem, str. 146.

[6] Loco citato.

[7] Loco citato.

[8] Loco citato.

[9] Loco citato.

smatrana je, od mnogih, pretečom bivše Lige naroda i sadašnje OUN. Kao filozofsko-politički model mišljenja globalizacije, ona je zasigurno utkana i u političko tkivo postojeće Europske Unije koja je, nažalost, tu ideju više puta i izdala. Izdaja se najviše očitovala kao izdaja ideje svjetskog mira i sigurnosti kao jedne od najviših vrijednosti na kojima je inzistirao Kant, a potom i kroz težnje, pa i međusobno nadmetanje za političku, ekonomsku i druge vidove dominacije nad Starim kontinentom.

2. Hegelova ideja države svijeta kao svjetskoga carstva slobode

Baštineći Hegelovu filozofijsko-političku misao u kontekstu općenitoga diskursa o globalizaciji, kao prepoznatljiv model nameće se ideja svjetske države koja znači i univerzalno carstvo slobode. S obzirom na Hegelovo povijesno promišljanje slobode (čitava je ljudska povijest samo konstantno napredovanje u razvitku svijesti o slobodi), slijedi da tok povijesnoga duha koji skončava obistinjenjem države svijeta i ostvarenjem univerzalnoga carstva slobode, označava i kraj dosadašnje i početak nove ljudske historije. Filozofijska konstrukcija države svijeta započinje, naravno, sa pojedinačnom državom kao najvišim stupnjem razvitka objektivnoga (običajnosnoga) duha i najvišim stupnjem razvitka svijesti o slobodi. Ta pojedinačna država ima u običaju "svoju **neposrednu,** a u *samosvijesti* pojedinca, u njegovu **znanju i djelatnosti** svoju **posrednu egzistenciju**, kao što i ova s pomoću uvjerenja o njoj, kao **svojoj biti, svrsi** i **proizvodu svoje djelatnosti**, ima svoju *supstancijalnu slobodu"*[10] (kurziv Hegel, bold autor). Ideja države obistinjuje se u njenome unutarnjem (ustav) i izvanjskome pravu (odnos sa drugim državama).*

Ideja svjetsko-povijesnoga duha, logikom njegova razvitka, dosežući do svoga vrhunca, preferira apsolutno apstrahirajući od pojedinačnosti. U tome pravcu odvija se i dalji tok Hegelove filozofijsko-političke i filozofijsko-pravne misli o nužnosti svjetske države, a koji se, na koncu, logički zaokružuje u ideji države svijeta koja svoju zbiljnost doseže na samome kraju svjetske povijesti kao "**opća ideja**, kao **rod** i **apsolutna moć** spram **individualnih država**"[11]** (kurziv Hegel, bold autor). Povijesni duh ili duh svjetske povijesti,

---

[10] G. V. F. Hegel "Osnovne crte filozofije prava", Sarajevo, IP. "Veselin Masleša" 1964. str. 204. (paragraf 257.) Confidere: Hegel "Enciklopedija filozofijskih znanosti" Sarajevo, "Veselin Masleša" – "Svjetlost" 1987. str. 435–448. (paragrafi 535–547.).

* Vidjeti: Ivo M. Tomić "Dijalektička paradigma fenomena pravo – diskurs moderne na tragu Hegelove i Kojeveove filozofije prava" u: Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu br. LIV za 2011. godinu.

[11] "Osnovne crte filozofije prava", ibidem, str. 208–209. (paragraf 259.).

** Vidjeti: Ivo M. Tomić, ibidem.

za Hegela, jeste "duh po sebi i za sebe", odnosno um, a "bitak-za-sebe uma u duhu jest znanje".[12] On je usmjeren ka stvaranju svjetskoga carstva slobode, a unutarnjost toga stvaralačkog principa javlja se prvobitno, kao "apstraktno izmirenje i razrješenje svake suprotnosti, unutarnjost koja egzistira u osjećaju kao vjera, ljubav i nada" i "razvija svoj sadržaj da ga uzdigne do zbiljnosti i samosvjesne umnosti, do *svjetovnog* **carstva** koje polazi od ćudi**,** vjernosti **i zajednice slobodnih"**[13] (kurziv Hegel, bold autor). Ali, na ovome stupnju stvaralačkoga principa, to je carstvo u "svom subjektivitetu isto tako carstvo za sebe bitkujuće grube proizvoljnosti i barbarstva običaja"[14] i, kao takvo, nalazi se "nasuprot nekom onostranom svijetu, nekom *intelektualnom* **carstvu** čiji je sadržaj, svakako ona istina njegova duha" koja je, "kao još nepromišljena, obavijena u barbarstvo predstava, pa se, kao duhovna moć nad zbiljskom ćudi, odnosi spram nje kao neslobodna strašna sila"[15] (kurziv Hegel, bold autor). Tome carstvu nedostaje vladar svijeta kojega će, na vrhu piramide, Hegel instalirati u svojoj "Fenomenologiji duha". On se, naravno, pojavljuje kao apstraktna ličnost gospodara svijeta to jest, kao ozbiljenje općega duha ili duha višega stupnja oslobođenoga 'barbarskih predstava' i svih nepotrebnih suprotnosti. Ova apstraktna ličnost gospodara svjetske države koji je i garantija carstva slobode, jeste apsolutna ličnost, jastvo države koje u sebi "u isto vreme obuhvata sve što postoji, i za čiju svest **ne egzistira nikakav viši duh**. Taj gospodar sveta jeste ličnost, ali ličnost koja je usamljena i koja je stupila nasuprot svima; **ovi svi sačinjavaju važeću opštost ličnosti**; jer ono što je **pojedinačno,** kao takvo, **istinito** je samo kao **opšte mnoštvo pojedinačnosti**. Odvojeno od toga mnoštva **usamljeno samstvo** jeste u stvari **nestvarno nemoćno samstvo**"[16] (bold autor). Ta apsolutna ličnost koja dokida krtost pojedinačnih personaliteta i koja je "u suprotnosti prema njihovoj pustoj pojedinačnosti, u isto vreme ima za njih značenje celokupne sadržine, a time značenje realnog, i nasuprot njihovoj vajno apsolutnoj, ali po sebi **nesuštinskoj stvarnosti**, predstavlja **opštu vlast** i **apsolutnu stvarnost**"[17] (bold autor).

Hegelov je gospodar svijeta ili vladar svjetske države transformirani vladar pojedinačne države u daleko većem kapacitetu. I jedna i druga država, svaka za sebe i po sebi, predstavljaju najviši stupanj realizacije ljudske slobode

[12] Ibidem, str. 279. (paragraf 342–343.).

[13] Ibidem, str. 286. (paragraf 359–360.).

[14] Opus citatum.

[15] Opus citatum.

[16] G.V.F. Hegel "Fenomenologija duha", Beograd, Beogradski izdavačko-grafički zavod 1986. str. 282–283.

[17] Opus citatum.

– pojedinačna država na vrhuncu razvitka objektivnoga, običajnoga (običajnosnoga) duha; svjetska država na vrhuncu razvitka povijesno-apsolutnoga duha. Svjetska država nema kuda nego u novu povijest; pojedinačna država nema gdje nego u svjetsku državu. To je naprosto logika duha kao ideje, njegova zakonitost koja implicira znanje, na najvišem stupnju kao apsolutno znanje, odnosno filozofiju kao sveukupnost znanja. Kao što Kant, da bi ideja opće historije ostvarila svoju svrhu u svjetskome građanskome poretku i dostizanju vječnoga mira, prvobitni ugovor transmisionira u međunarodni ugovor, tako Hegel ulogu vladara pojedinačne države transponira u ulogu vladara svjetske države. Ali, dok Kantov savez mira teži federalitetu koji ne mora nužno (mada objektivno može) postati međunarodnom državom, Hegelova filozofija povijesno-apsolutnoga duha nužno teži totalitetu svjetske države i univerzalizaciji slobode u svjetskome carstvu slobode. Kant hoće svjetski mir, Hegel hoće svjetsku državu. Kantova je filozofija, uz stanovita nerazumijevanja i zloupotrebe doživjela, i još doživljava, svoju političku realizaciju. Hegelova je filozofija, uz stanovita nerazumijevanja i zloupotrebe, doživjela još i osudu, mada njegova svjetska država, unatoč carstvu slobode, još nije, a ne zna se da li će ikada i biti, ostvarena. Osobito se u osudama Hegelove filozofije, ne pokazujući baš njeno najbolje razumijevanje, istakao britanski filozof austrijskog porijekla Karl Rajmund Poper. Poper, kao jedan od utemeljitelja teorije otvorenoga globalnog društva, osuđuje Hegela za tribalizam, totalitarizam, filozofsku promociju neslobode itd.*

S druge strane međutim, to što Hegelova filozofija svjetske države i vladara svijeta još nije, ne znači i da ne mora i da, možda već sutra, neće biti ostvarena. Baukom globalizacije, odnedavno, i kod nas je provijorila informacija o postojanju izvjesnog tajnog kluba **Bilderberg** čiji je cilj stvaranje novoga svjetskog poretka. Klub, čiji je simbol ljudska lobanja prekrižena s dvije ključne kosti, navodno je osnovan još 1954. godine. Sve donedavno djelovao je u tajnosti i tek se posljednjih godina počeo javno eksponirati. Internacionalnoga je sastava koji okuplja izvjestan broj najvećih svjetskih moćnika skupljenih oko Henrija Kisindžera, Zbignjeva Bžežinskog i dr. Klub navodno djeluje ilegalno kao svjetska vlada u sjeni koja, inkognito, postavlja i razrješava (različitim sredstvima) šefove država i vlada širom svijeta. Namjera mu je postupno uspostavljanje novog tipa globalne hegemonije nad svjetskim gospodarstvom, resursima, financijama, politikom, vojnom silom itd., i, kada dođe pravo vrijeme, da se, tobožnjim višim interesima, javno legitimira i legalizira kao svjetska vlada. U sadašnjoj poluilegalnoj fazi realizacije

* Vidjeti o tome: Karl R. Poper "Otvoreno društvo i njegovi neprijatelji" Pravni centar – Fond "Otvoreno društvo BiH" Sarajevo 1998. tom II, str. 39–99. Također, Ivo M. Tomić, ibidem.

svojih ciljeva, djeluje na formiranju kontinentalnih, interkontinentalnih i regionalnih unija, (saveza) koje će, kao decentralizirane teritorijalne jedinice, u doglednoj budućnosti tvoriti globalnu političku zajednicu (svjetsku državu) pod istim zakonodavstvom i istom vladom kao transformiranim klubom Bilderberg.*

3. Marksova vizija besklasnoga komunističkog društva kao istinske ljudske zajednice

'Revolucijom do slobode' – mogla bi se jednom sentencijom okvalificirati evolucija Marksove filozofije koja izrasta na ekonomskoj podlozi da bi, preko sociioloških i politoloških analiza građanskoga društva njegova vremena, došla do same sebe onakve kakvu je danas poznajemo.

Ekonomskom analizom građanskoga društva Marks dolazi do antiteze *najamni rad – kapital.* U vladajućem sistemu proizvodnih snaga i odnosa u proizvodnji (građanski ekonomski, politički, pravni poredak, struktura vlasništva itd.) to znači da konkretni radnik što više troši sebe (svoju radnu snagu, umne sposobnosti), toliko više pridonosi bogatstvu vlasnika nad sredstvima za proizvodnju, sam upadajući u sve veće siromaštvo i bijedu. U takvome položaju radnik se sve više otuđuje od društva, zajednice, od samoga sebe. On je, od vlasnika sredstava za proizvodnju tretiran ne kao čovjek, nego kao sredstvo za vlastito bogaćenje.

S ovih konstatacija fenomena alijenacije i reifikacije, Marksova analiza usmjerava se na globalnu strukturu građanskoga društva. Sociološkom analizom on uviđa da cjelokupnom strukturom društva dominiraju dvije osnovne, međusobno antagonistički postavljene i raspoložene klase – proletarijat kao nositelj proizvodnje i kapitalisti kao vlasnici najvećeg dijela društvenog bogatstva (kapitala). Pomnijom analizom unutarklasnih odnosa i statusa čovjeka pojedinca unutar jedne određene klase Marks uviđa da "u dosadašnjim **surogatima zajednice**, u **državi** itd. postojaše lična sloboda samo za individue razvijene u uslovima **vladajuće klase** i samo ukoliko one behu individue ove klase. **Prividna zajednica** u koju se individue dosad ujedinjavahu osamostaljivala se uvek njima nasuprot i, pošto je bila ujedinjenje jedne klase protivu druge, predstavljala je u isti mah za podčinjenu klasu, ne samo jednu **potpuno iluzornu zajednicu,** već i jedan novi okov"[18] (bold

* Informacija o tome bila je u emisiji FTV "Paralele" urednika i voditelja Mladena Marića 23. 10. 2011. od 22,40 do 23,10 sati. Vidjeti još: Anđelko Milardović "Globalizacija" Osijek – Zagreb – Split, PAN LIBER 1999. osobito str. 112–116.

[18] Karl Marks, Fridrih Engels "Njemačka ideologija" (knjiga I), Beograd, "Kultura" 1964. str. 81.

autor). U građanskome društvu utemeljenome na privatnom vlasništvu, jasno je da vlasnici kapitala, kapitalisti (buržoazija) predstavljaju vladajuću, a proletarijat potčinjenu klasu. Ali kako od svih dosadašnjih prividnih, iluzornih, surogat zajednica i države kao noćnog čuvara privatnog vlasništva i interesa njegovih vlasnika, doći do istinske ljudske zajednice. S ovih pozicija Marksova se sociološka analiza transformira u jednu revolucionarnu političku teoriju, a ova u revolucionarnu politiku.

Polazna pozicija ove nove, revolucionarne političke teorije prepoznaje se kao osvajanje totaliteta proizvodnje otuđenog od radnika, a ono se može "ostvariti jedino ujedinjenjem, koje opet, samim karakterom proletarijata može biti samo sveopšte, i ostvareno **putem revolucije**, kojom se, s jedne strane, **obara moć dosadašnjeg načina proizvodnje i opštenja i društvenog ustrojstva** i, s druge strane razvija se **sveopšti karakter** i **energija proletarijata**..."[19] (bold autor). Da bi ispunio svoju povijesnu misiju, proletarijat se mora najprije politički organizirati u klasu, imati vlastitu političku partiju, a za sve to, potrebna mu je nadasve, vlastita revolucionarna filozofija. Nudeći mu tu *theoriu* kao *prote – philosophiu*, Marks istupa aktivistički: "Filozofi su svijet samo različito *interpretirali,* radi se o tome da ga se izmijeni"[20] (kurziv Marks).

S ove teorijsko-političke platforme, započinje Marksovo filozofijsko uzletište. Marks, lijevi neohegelijanac, preusmjerava vodu s Hegelova na vlastiti mlin. Hegelova filozofijska maksima 'što je zbiljsko, to je i umno – što je umno, to je i zbiljsko', dočekuje s Marksom svoju filozofijsko-revolucionarno-političku eksplikatornu preobrazbu na relaciji odnosa filozofije i proletarijata. U diskursu filozofije povijesti (ne povijesti filozofije) koji je utemeljio i dovršio Hegel, Marks razvija vlastiti pod-diskurs povijesti kao determinirane historije klasnih borbi a koje jednom moraju prestati. Kraj tih borbi u njegovoj vizuri događa se u susretu filozofije i proletarijata. Taj susret je, ne samo *spiritus movens*, nego i *spiritus agens* nove ljudske povijesti; on je razmeđa između dosadašnjeg 'carstva nužnosti' i odsadašnjeg 'carstva slobode'. Ova preinaka posredovana je, radom. Rad kao *praxis* imao je ključnu ulogu u preobrazbi roba u slobodnog građanina u Hegelovoj filozofiji. Rad kao pokretačka snaga povijesti, razumljivo, odigrao je, uz pomoć filozofije, emancipatorsku ulogu i u lijevohegelijanskoj Marksovoj filozofiji. U tome labirintu u kome se *theoria* i *praxis* susreću i međusobno priznaju, filozofija prevladava svoju metafizičku supstancu, a proletarijat svoju pomirenost s vlastitim udesom.

[19] Ibidem, str. 74.

[20] Karl Marks "Teze o Fojerbahu" (11. teza) u: Karl Marks, Fridrih Engels "Rani radovi", Zagreb, "Naprijed" 1967. str. 339.

Filozofija postaje duhovna snaga proletarijata, proletarijat postaje materijalnom snagom filozofije.[21] Iskra misli, kako (parafrazirano) piše Marks, udarila je u pravo tlo. "Proleteri svih zemalja ujedinite se"! – prvi je zahtjev Marksove filozofije globalnih pretenzija. On je vidno istaknut na koricama filozofsko-politički-programskoga akta – "Manifesta Komunističke partije" kao teorijsko-praktičkoga programa Saveza komunista – međunarodnoga radničkog udruženja koje je, u tadašnjim prilikama, djelovalo ilegalno. Od njihovoga kongresa 1847. u Londonu, jedan "bauk kruži Evropom – bauk komunizma."[22]

Kad jedna misao obuzme mase, ona sama postaje masovnom materijalnom silom. Udružujući se s praktičkom politikom, filozofija iznalazi mogućnosti pune slobode individuuma i društva. To sjedinjavanje jedne duhovne i jedne materijalne sile, odvija se na poligonu socijalističke revolucije. U povijest se nikada ne ulazi i ne izlazi na ista vrata. Na poligonu revolucije, ukidajući klasnu organizaciju društva, proletarijat istodobno radi na sopstvenome ukidanju, a ukidanje proletarijata jeste ostvarenje filozofije i njen kraj. Hermeneutički mišljen, svaki kraj jeste i početak. U prednjem kontekstu, kraj 'carstva nužnosti' jeste početak 'carstva slobode'. Na mjesto surogat zajednice, prividne, iluzorne zajednice, države kao instrumenta volje vladajuće klase, stupa istinska ljudska zajednica kao samosvjesno besklasno komunističko društvo. Oslobađajući sebe, revolucionarnim nasiljem, proletarijat oslobađa čitavu radničku klasu. Emancipirajući sebe od okova prošlosti (cijela je ljudska historija, historija klasnih borbi) radnička klasa oslobađa čitavo čovječanstvo. Ovaj filozofijsko-metodologijski perfekcionistički konstruiran globalni projekt budućnosti čovječanstva, možda bi i bio praktički moguć da se u pravi čas, zaustavilo revolucionarno nasilje pod opravdavajućim obrazloženjem nužnosti diktature proletarijata u prijelaznome periodu od socijalizma u komunizam. Kada se, međutim, diktatura proletarijata identificirala s komunizmom, Marksova vizija slobode se degenerirala u sveobuhvatno vladajuću i represivnu neslobodu. Tako je pao komunizam i tako je jedna velika filozofija doživjela svoj neslavni kraj. Marksova ekonomska teorija, na sreću, i danas je znanstveno neoboriva. Ako je marksizam dugo vremena važio kao jedan od prevalentnih svjetonazora, nakon njegova pada ostaje pitanje alternativa.

[21] Vidjeti: Karl Marks "Prilog kritici Hegelove filozofije prava" u: ibidem, str. 105.

[22] Tako glasi prva rečenica "Manifesta komunističke partije" zajedničkoga djela Marksa i Engelsa. "Manifest komunističke partije", Beograd, "Kultura" 1947. str. 1.

MIŠLJENJE GLOBALIZACIJE U MODERNOJ I POSTMODERNOJ FILOZOFIJI – TRI MODELA

Svodeći pitanje povijesnosti samo na pitanje vremenitosti, dvadeseto se stoljeće označava i kao moderno i kao posmoderno doba. Ali, povijesno-filozofijski i filozofijski-povijesno to je vrijeme obilježeno različitim slikama svijeta od najsvjetlijih do najmračnijih. Sa stajališta promišljanja globalizacije, u filozofijskoj areni susreću se vizije ujedinjenoga i razjedinjenoga, međusobno, do uništenja, suprotstavljenoga, sa samim sobom sukobljenoga čovječanstva. Na prvoj strani, kao teorijski uzorci, ističu se globalističke koncepcije Gustava Radbruha i Aleksandra Koževa – njemačkog i francuskog pravno-političkog filozofa. Prvi se ovdje uzima u obzir kao tvorac koncepcije države čovječanstva; drugi kao projektant univerzalne homogene države. Dok prvi tradira Kantovu ideju svjetskoga građanskog poretka, drugi slijedi Hegelovu ideju svjetske države. Sljedbenici Marksove vizije istinske ljudske zajednice kao besklasnoga komunističkog društva, dogmatskim izopačenjem te misli u modernome vremenu, osobito u sovjetskome filozofijskome miljeu, gotovo su Marksovu filozofiju izopćili iz postmodernoga filozofskog mišljenja. Unutar toga, postmodernog mišljenja globalizacije, u američkome filozofijskome prostoru, javlja se na tragu Kantove misli, pažnje vrijedna filozofijsko-politička koncepcija zajednice čovječanstva Džona Rolsa. Na drugoj strani, kao karakteristični reprezentant vizije podijeljenoga čovječanstva javlja se, u moderno doba, politička filozofija njemačkoga mislioca Karla Šmita. Kao kriterijum političkoga u ovoj filozofiji postavlja se odnos 'prijatelj – neprijatelj'. "Specifično **političko razlikovanje** na koje se mogu svesti **političke radnje i motivi** jeste razlikovanje *prijatelja* i *neprijatelja.* Ono daje pojmovno određenje u smislu **kriterijuma,** a ne iscrpnu definiciju ili naznačenje sadržine",[23] piše Šmit (kurziv Šmit, bold autor). Mada će docnije, ovu misao Šmit donekle korigirati i razblažiti, njegov "Pojam političkoga" dugo se smatrao manifestom nacional-socijalističkoga pokreta i još se uvijek nije sasvim oslobodio te atribucije. O Šmitovoj koncepciji koja ne pripada ovoj disputaciji nego se navodi samo kao antipod prethodnim koncepcijama unutar europske moderne, i koja, naravno, nije usamljeni slučaj, ovdje više neće biti riječi. Ono međutim, što pripada ovoj konotaciji, i što se ima na umu, jeste planetarno-eternalna ambicija ovih modela i njihova namjera praktičke realizacije bez obzira na suprotne atribucije koje nose.

[23] Karl Šmit "Pojam političkog" u "Norma i odluka – Karl Šmit i njegovi kritičari", Beograd, "Filip Višnjić" 2001. str. 18.

1. Radbruhov model države čovječanstva

Ovaj model predstavlja se shemom *individualizam – nadindividualizam – transpersonalizam – država čovječanstva.* U osnovi, model polazi od individuuma kao apstraktnog građanina bez individualiteta, građanina klasične građanske teorije društva. Individuum bez individualiteta u individualističkoj koncepciji je "**izolovana individua**, koja sa **drugim individuama** više nije vezana **nikakvom vezom**, sem onih **veza** koje samo **pravo uspostavlja**. Socijalni fenomen prava, dakle, po **individualističkom shvatanju** ima zadatak, paradoksalno rečeno: da uništi **socijalitet,** tj. određenost svakoga od **strane svih** ili od **strane nekih drugih**, i da ga zameni neposrednim postojanjem **slobodnih individua** koje se ne dodiruju, ili manje paradoksalno izraženo: da zameni divlje iznikli iracionalizam mnogostruko isprepletene društvene povezanosti racionalnim sistemom **minimuma pravnih odnosa**,"[24] objašnjava ovaj pravni filozof (bold autor).

Naspram filozofije individualizma težnjom za podjelom vlasti "čiji je smisao da izigra **monarha** i **većinu** ta dva **pretendenta na apsolutizam**" ili pak, težnjom za jedinstvom vlasti shvaćene kao "**vladavina većine** i **suverenita**"[25] proisteklog iz *volonte generale*, postavlja se nadindividualistička (kolektivistička) filozofska koncepcija, piše Radbruh pod evidentnim utjecajem Monteskjeove i Rusoove filozofije. "Za nadindividualističko shvatanje krajnji cilj se postiže u **individualnosti nacionalne celine.** Tako konzervativno mišljenje vodi ka **dvostrukoj podeli sveta u nacije**, **a države u profesionalne staleže**"[26] (bold autor).

Transpersonalizam kao predzadnja stepenica do zaokruženja Radbruhova mišljenja globalizacije jeste logičko prevladavanje navedenih podjela i njihova negacija. Na ovome stupnju on slijedi Kantovu ideju međunarodnoga ugovora i federaliteta kao što su, u ovome disputu prethodno predstavljene. "**Pojedinačna država** je određena da se utopi u jednoj budućoj univerzalnoj državi: **individuum bez individualnosti**, dakle i **bez nacionalnosti,** atomističko jezgro **individualističke države**, jeste rođeni **građanin sveta**"[27] (bold autor).

Najzad, dovršavajući svoj model globalizacije, Radbruh zaključuje: "Misaoni tok koji započinje sa **individuumom bez individualnosti** nezadrživo vodi

[24] Gustav Radbruh "Filozofija prava", Beograd, "Nolit" 1980. st. 83.

[25] Ibidem, str. 86.

[26] Ibidem, str. 91.

[27] Ibidem, str. 247–248.

ka **državi čovečanstva** bez **nacionalnosti**. Deoba čovečanstva na **države** i **nacije** je nešto samo istorijski slučajno i privremeno, a polazeći od **individualističkog shvatanja države** logički dosledna je samo **svetska država** koja obuhvata **celokupno čovečanstvo** i na svome putu čak i ne nailazi ni na kakvu naciju"[28] (bold autor).

2. Model univerzalne homogene države Aleksandra Koževa

I ovaj model može se, u najkraćim crtama, shematski prikazati. Njegova konstrukcija kreće se tragom povijesno dominirajućih shvatanja pravde i njihovim iskustvenim doživljavanjem, pri čemu se Kožev predstavlja kao dosljedni neohegelijanac. Njegova polazna teza je da je pravo svakoga društva samo manifestacija datoga shvatanja pravde u tome društvu. Koristeći se Hegelovom dijalektičkom logikom povijesnoga razvitka Kožev, u svojoj "Fenomenologiji prava", uviđa da fenomenološki promatrano, povijesni razvitak prava započinje borbom na život i smrt (antropogena borba) koja dovodi do **priznanja** iz kojega izvire *aristokratska (tetička)* **pravda gospodara**. Odnos gospodarenje – robovanje, plemstvo – kmetstvo svojim antagonizmom izražava dva međusobno suprotstavljena principa pravde – aristokratske pravde jednakosti i robovske pravde ekvivalencije *(antitetičke pravde gospodara i roba, sizerena i vazala).* Povijesni razvitak usmjerava i gospodara i roba, kao i sizerena i vazala prema međusobnome pomirenju koje se događa kroz ugovor, a time i stapanju (sintezi) dva osnovna principa pravde u *sintetičku pravdu ekvivalencije* **(pravda građanina**). Sintetička pravda ekvivalencije porađa pravdu jednakopravnosti kao temeljni princip modernoga građanstva. Svaki od pomenutih povijesnih principa pravde iskazuje se kao esencijalna bit (suština) prava odgovarajućeg društveno-povijesnoga poretka – robovlasničkoga, feudalnoga i građanskoga. Tako dijalektičkom trijadom *'teza – antiteza – sinteza'* u Koževljevoj fenomenologiji, i povijest i pravo dolaze do svoga kraja u apsolutnome pravu univerzalne homogene države, kao što u Hegelovoj filozofiji doživljavaju svoj svršetak u konstrukciji države svijeta kao univerzalnoga carstva slobode.*

Koževljeva konstrukcija apsolutnoga prava utemeljuje se na ekvivalenciji dužnosti i prava upotpunjenoj ekvivalencijom prava i dužnosti. "A doista **apsolutna i univerzalna jednakost** podudara se sa **ekvivalentnošću**, kao što doista stroga i objektivna (to jest kontrolisana sukobima, porastom prava i dužnosti) **ekvivalentnost** dovodi do **jednakosti.** Pošto je taj stupanj jedanput dostignut, to jest pošto je uklonjen svaki sukob, razvoj Prava se

[28] Opus citatum.
* Vidjeti: Ivo M. Tomić, ibidem.

zaustavlja. I može se reći da je u svom krajnjem obliku **Pravo (građanina)** *apsolutno* **Pravo"**[29] (kurziv Kožev, bold autor). To je za Koževa kraj prava. "Apsolutno Pravo može postojati samo u **univerzalnoj i homogenoj Državi**. I obrnuto. **Pravo** te **Države** biće **apsolutno Pravo**. Jer pošto ta Država – po definiciji ne može niti da se menja, niti da propadne (budući da su spoljašnji i građanski ratovi isključeni), ni njeno Pravo se neće menjati: ono će biti **večno i univerzalno važeće**. I biće **egalitarno** i **ekvivalntno** istovremeno, budući potvrda **političke i društvene jednakosti** i ekvivalentnosti..."[30] (bold autor). U toj Državi svi su jednaki i ekvivalentni ne samo pravno, već i politički i društveno, smatra Kožev.

3. Rolsov model zajednice čovječanstva kao društvenoga saveza društvenih saveza

Od sedamdesetih i osamdesetih godina dvadesetoga stoljeća na prostoru USA (Sjedinjenih država Amerike) na filozofijsko-političkoj sceni pojavljuje se, u nekoliko (izmijenjenih i dopunjenih) verzija, životno djelo Džona Rolsa "Teorija pravde". Duže vremena potom javlja se, među drugima, opet jedno od njegovih kapitalnih djela "Politički liberalizam". Temeljitim uvidom u ova dva djela dolazi se do spoznaje Rolsove konstrukcije zajednice čovječanstva kao globalnoga modela mišljenja. Centralni problem ove Rolsove Konstrukcije predstavlja pojam društvene pravde, ali daleko od njenoga društveno-povijesnoga kontekstualiziranja, već zapravo, situiranja u postmoderni neoliberalni kontekst i koncept.

Pravdu kao nepristrasnost, pod velom neznanja u prvobitnome položaju, (da nitko ne bi iskoristio vlastite prednosti i zloupotrijebio nedostatke drugih), Rols formulira tako da "svaka osoba treba da ima **jednako pravo** na **najširu shemu jednakih osnovnih sloboda** koja je spojiva sa sličnom shemom **slobode za druge**" te, da **"društvene i ekonomske nejednakosti** treba da budu uređene tako da je istovremeno: a) razumno očekivati da budu **svakome od koristi**, i b) da su povezane sa **položajima i službama** koji su **otvoreni za sve**"[31] (bold autor). Ova dva principa pravde, od kojih prvi, podrazumijeva egalitarnu kao komutativnu, a drugi distributivnu kao proporcionalnu pravdu (pravdu distributivne nejednakosti), Rols, očigledno

[29] Aleksandar Kožev "Fenomenologija prava", Beograd, "Nolit" – "Službeni list SFRJ" 1984. str. 331. Usporediti sa: Kožev "Kako čitati Hegela" Sarajevo, "Veselin Masleša" – "Svjetlost" 1990.

[30] Loco citato.

[31] Džon Rols "Teorija pravde" JP "Službeni list SRJ" – CID, Beograd – Podgorica, 1998. str. 70.

zbog nedovoljnoga poznavanja Kantove moralne filozofije, pretenciozno nastoji uzdići na razinu Kantovih ničim uvjetovanih kategoričkih imperativa koji znače čiste subjektivne (autonomne) moralne dužnosti. Istim principima Rols prilagođava čitavu svoju teorijsku koncepciju, od dobro uređenoga društva koje počiva na ustavnoj konvenciji utemeljenoj na prihvatanju ova dva principa pravde u prvobitnome položaju i pod velom neznanja, do zajednice čovječanstva kao saveza društvenih saveza. Na toj liniji i njegova dva osnovna principa pravde trpe nadgradnju i usavršavanje sukladno zahtjevima postmoderne neoliberalne stvarnosti i pod pritiskom filozofijsko-političke kritike kojoj su kontinuirano izloženi. U ta pitanja ovdje se, razumljivo, ne može ulaziti.

Rolsova imaginarno-kontraktualistička teorija dobro uređenoga društva na principima pravde izložena u "Teoriji pravde" u "Političkome liberalizmu" pripodobljava se zahtjevima modela zajednice čovječanstva – zajednice, a ne države kao pojma na koji se osipa već klasična liberalna, a postmoderna neoliberalna teorija i samu tu riječ izbjegava kao da od nje dobija idiosinkraziju. Konstrukciju društvenog saveza Rols započinje od obitelji, prijateljstva i drugih oblika grupiranja, odnosno udruživanja sve do grupa za pritisak, a radi vršenja zajedničkih djelatnosti i postizanja zajednički vrednovanih ciljeva. Ovoj koncepciji, naravno, imanentna je društvena podjela rada. Da bi logički priveo kraju istu konstrukciju, Rols završava: "Osnovna ideja je prosto da je **dobro uređeno društvo** (koje odgovara **pravdi** kao **nepristrasnosti**), po sebi oblik **društvenog saveza**. U stvari ono je **društveni savez društvenih saveza**"[32] (bold autor). Sa ove platforme Rols zatim neposredno prilazi konstrukciji vlastitoga modela globalne zajednice kao zajednice čovječanstva. "Pomoću **društvenog saveza** utemeljenog na **potrebama** i **mogućnostima** njegovih članova, **svaki čovjek** može da učestvuje u **ukupnom zbiru** ostvarenih prirodnih **prednosti drugih**. Dolazimo tako do **zajednice čovječanstva** čiji članovi uživaju u međusobnim izuzetnostima i individualnostima koje izlaze na vidjelo u **slobodnim ustanovama** i oni priznaju **dobro svakog** kao elemenat u **potpunoj djelatnosti cjelokupne sheme** za koju je postignuta **saglasnost** i koja svima pruža **zadovoljstvo**"[33] (bold autor). Tako piše Rols u svojoj "Teoriji pravde". U "Političkome liberalizmu" ova se teorija pripodobljava zahtjevima živuće neoliberalne teorije i prakse u kome cilju on konstruira novu teoriju tzv. preklapajućeg konsenzusa unutar pluralizma različitih sveobuhvatnih – filozofijskih, političkih, ekonomskih, znanstvenih, religijskih, umjetničkih i drugih doktrina, a sve zarad općeg

[32] Ibidem, str. 469.

[33] Ibidem, str. 465–466.

dobra svakog individuuma i društva u cjelini. Prvi korak ovog prilagođavanja teorije praksi jeste utvrđivanje liste primarnih dobara. Pri utvrđivanju te liste, piše Rols, može se postupiti tako da "razmotrimo razne **sveobuhvatne doktrine** koje zaista postoje u društvu i utvrdimo **indeks tih dobara** tako da bude blizak, da tako kažemo, **centru gravitacije ovih doktrina**; odnosno, da pronađemo neku vrstu **proseka** onoga što bi ljudima koji afirmišu ta gledišta bilo potrebno u smislu **institucionalnih zahteva i zaštite**, i **univerzalnih sredstava.** To bi moglo izgledati kao i najbolji način da obezbedimo da **indeks** sadrži osnovne elemente neophodne za izradu **koncepcije dobra** koja je **vezana sa postojećim doktrinama** i da na taj način povećamo verovatnoću obezbeđivanja **preklapajućeg konsenzusa**"[34](bold autor). Preklapajući konsenzus u ovoj konotaciji predstavlja se kao sinonim **političke pravde** tj. pravde nepristrasnosti prilagođene novim zahtjevima. Otkrivena je panaceja za sve bolesti od lokalnoga, preko regionalnoga do svjetskoga neoliberalnog građanstva. Svi njegovi doživljaji dobra – i utilistički, i eudaimonistički, i hedonistički postaju realni ukoliko to građanstvo, unutar sebe, ostvari preklapajući konsenzus, odnosno postane politički pravedno. Otkriven je povijesni *modus vivendi.* Više se nema ni kuda, ni gdje dalje.

Početni filozofijski radikalizam klasičnih, modernih i jedne postmoderne koncepcije globalizacije, nije imao boljih alternativa u ozračju konotiranih shvatanja ideje povijesti. Što se međutim, dogodilo sa idejom slobode kao supstancijalnom povijesnom idejom? Svih šest uzornih, reprezentativnih projekata, pretendirajući na totalitet kao apsolut, svaki u svojoj domeni, samo su oslikali sputavanje slobode unutar međusobno različito, a slično, postavljenih okvira slobode. A sloboda je *per definitionem*, neuhvatljiva, pojam beskrajnoga, neograničenoga sadržaja i neuhvatljivoga okvira. Sloboda ne podnosi okvire kao ni čovjek okove. Čak i kao sloboda dopuštenoga, ona je evolucijski, generički pojam. Na tome ispitu pali su mnogi 'sistemi ljudskih sloboda i prava' na kojima se doktoriralo, kao što se i danas, pogotovo kod nas ovdje, tematsko-dogmatički, a ne problemski, sadržajno analitički i sintetički, rade doktorske disertacije. Sloboda nije sistem, nije struktura, nije funkcija, nije uloga, sloboda je bivstvo, način bivstva i njegova stalno nova mogućnost. Kako se danas, praktičko-politički, doživljava i realizira sloboda u konkreciji egzistencije i koegzistencije: kao sloboda jednoga naspram neslobode svih, slobode jednih i neslobode drugih ili jednake, zakonite (pravne) slobode za sve – prema Hegelovome modelu povijesti kao konstantnoga napredovanja u razvitku svijesti o slobodi. Sinonimska istovjetnost slobode i prava (kao samoregulirajuće i samokontrolirajuće dopuštene slobode) odavno je u raskolu. Pravo se sve više oslanja na silu, a sloboda

[34] Džon Rols "Politički liberalizam", Beograd, "Filip Višnjić" 1998. str. 72–73.

dopuštenoga, transformira u datu, odnosno zadatu slobodu. Time se otvara sociologijski diskurs problema globalizacije.

IZAZOVI GLOBALIZACIJE – IZAZOVI SOCIOLOGIJI ILI DANAŠNJE SOCIOLOGIJSKE REFLEKSIJE GLOBALIZACIJE

Pišući i završavajući "Vječni mir", Kant se, kao filozof-čovjek i čovjek-filozof, nadao da će, obraćajući se univerzalnome svjetskom auditorijumu razumnih ljudskih bića, pripomoći konačnome odustajanju i zaboravu rata u korist slobode kao prirodne svrhe čovjeka i ideje svjetskoga građanskog poretka. Kant se međutim, (ne baveći se ogoljelom empirijom) preračunao pa je ostao i bez optimalnoga parcijalnog pa i probranoga filozofskoga auditorijuma koji bi njegovu ideju nosio do povijesnoga ozbiljenja. Ideja: od vječnoga rata do vječnoga mira, nakon Kanta, trpeći različite političke performanse, a u cilju opravdanja raznoraznih lokalnih, regionalnih i globalnih interesa, mutirala je u vulgarno-političke, sveopravdavajuće parole tipa 'ratujemo da bi postigli mir', difamirajući Kantovu osnovnu zamisao i vulgarno-pacifistički tobože, promovirajući vlastiti, interesno uspostavljeni svjetonazor – od kakvoga-takvoga mira, do kakvoga-takvoga rata, pa i do svjetskoga i vječnoga rata, ali pod egidom svoje upravljačke, i osvajačko-vlasničke dominacije. Tako se tok povijesti – od vječnoga rata do vječnoga mira, iznova preusmjerava – od vječnoga mira ka vječnome ratu. U stvari na djelu je, stalno se potvrđujući, historija svijeta kao historija neprekidnih oružanih borbi na život i smrt koja i nas stavlja pred upit kako je preusmjeriti ili makar ublažiti. Priče o njenome kraju su priče za laku noć. Da je na djelu lukavstvo povijesnoga uma koji nas zavarava pretvarajući jednom um u bezumlje, drugi puta stvarajući um iz bezumlja, uvjeravaju nas i Maks Horkhajmer i Teodor Adorno, utemeljitelji kritičke teorije društva: "Aporija pred kojom smo se našli u svojem radu pokazala se time kao prvi predmet koji smo morali istražiti: **samouništenje prosvjetiteljstva**. Nipošto ne sumnjamo – a u tome jeste naša *petitio principii* – da se sloboda u društvu ne može odvojiti od **prosvijećenog mišljenja**. Ali ujedno mislimo da smo podjednako razgovijetno spoznali kako je već u samom pojmu ovog mišljenja, a ne samo **u konkretnim historijskim formama društvenim institucijama** u koje je zapleteno, sadržana **klica onog nazadovanja** do kojeg **danas svuda dolazi**. Ukoliko prosvjetiteljstvo ne prihvati refleksiju o tim nazadnim momentima zapečatit će svoju vlastitu sudbinu"[35] (kurziv Horkhajmer i Adorno, bold autor). Totalitarizam,

[35] Max Horkheimer – Theodor Adorno "Dijalektika prosvjetiteljstva" Sarajevo, "Veselin Masleša" – "Svjetlost" 1989. str. 9.

diktatura (nacional-socijalizam, fašizam, diktatura proletarijata), sveopća instrumentalizaacija (politike, čovjeka, grupe, političke stranke, nacije, naroda, države itd.) i kvantifikacija (svođenje svega na zahtjevanu mjeru), zapostavljanje kvaliteta (kvantitet se, na određenome stupnju pretvara u kvalitet), nisu pali sa Marsa, nego su došli kao produkt djelovanja devalviranoga i derogiranoga prosvjetiteljskoga uma. Na ovo se, manje-više osvrću i ostali autoriteti Franfurtskoga kruga (Markuze, Habermas, From i dr.) kao i privrženici ove škole mišljenja (Manhajm, Mils u SAD i dr.). Ali, kako se dogodilo da se ne-um, kao deformacija, pred-postavi umu, prosvjetiteljskome umu koji se već bio nametnuo povijesti? Tako što se prosvjetiteljstvo, u obračunu sa prethodnom teologijom i metafizikom, priklonilo na stranu egzaktnoga, više nego na stranu vrijednosnoga *ratia.* Antropologijsko-psihologijski, čovjek je biće nagona i biće razuma (Frojd). Među primarnim nagonima, čovjekom vladaju i sakupljački nagon i, s njime povezan, nagon dominacije nad drugima. Kada ovaj nagon izmakne racionalnoj kontroli, bog Eros ustupa mjesto bogu Thanatosu. Tako suvremeni čovjek, slušajući Ničea (ali samo na jedno uho), hoće da ukine Boga i zauzme njegovo mjesto. Bez globalizacije se, konačno, ne može. Ona, ovisno od nas, može biti i volja i nevolja, i sreća i nesreća. Kako se u tome naći i snaći?!

1. Globalizacija – tri reprezentativna postmoderna i suvremena sociologijska modela mišljenja

a) Karl R. Poperova vizija globalno otvorenoga kao apstraktnoga društva

Poperova kritičko-racionalistička percepcija globalizacije započinje antagonizmom 'zatvoreno – otvoreno društvo' pri čijoj elaboraciji on sam proizvodi novi teorijski antagonizam na relaciji 'neprijatelji' (Platon, Aristotel, Hegl, Marks) – 'prijatelji' otvorenoga društva (uglavnom autoriteti novije neoliberalne teorije). Zatvoreno, tribalno, holističko društvo Popera "podsjeća na **krdo** ili **pleme** budući da je ono **poluorgansko jedinstvo** čiji članovi su povezani **polubiološkim vezama** – srodstvom, zajedničkim životom, zajedničkim naporima, zajedničkom opasnošću, radošću i nevoljama. Ovo je još **konkretna grupa konkretnih pojedinaca**, povezanih ne samo takvim apstraktnim društvenim odnosima kao što su **podjela rada** i **razmjena dobara**, nego i **konkretnim fizičkim odnosima** kao što su dodir, miris i pogled. I premda takvo društvo može biti zasnovano na **ropstvu**, prisustvo robova ne predstavlja fundamentalno različit problem od prisustva pripitomljenih životinja"[36] (bold autor).

[36] Karl Raimund Poper "Otvoreno društvo i njegovi neprijatelji", ibidem, tom I, str. 228.

Otvoreno društvo tvrdi Poper *in medias res*, bez temeljitijih elaboracija njegova porijekla i historijskoga razvitka (neobično za kritički racionalizam) je sušta suprotnost zatvorenome društvu. Ono bi, u jednoj savršenoj, nikada do kraja ostvarenoj viziji, bilo sve ono što nije zatvoreno društvo. Ova, crnobijelom tehnikom stvarana vizija otvorenoga društva, o njegovome razvitku kazuje tek toliko da se ono ostvaruje strategijom 'korak po korak' društvenih promjena usmjerenih ka svekolikome napretku, racionalnom interakcijom, odlučivanjem i djelovanjem pojedinaca. Pojedinac je, naravno, liberalno-individualistički, teorijski situiran na poziciju apstraktnoga građanina od kojega sve započinje, pa i Poperova bezlična vizija otvorenoga kao apstraktnoga društva. "Kao posljedica gubitka **organskog karaktera**, **otvoreno društvo** može **postupno** prerasti u ono što bih označio rado kao **'apstraktno društvo'**. Ono može do određenog stupnja izgubiti karakter **konkretne** ili **realne grupe ljudi** ili **sistema takvih realnih grupa**"[37] (bold autor). U takvome depersonaliziranome društvu, čak će se i razmnožavanje ljudi vršiti bez fizičkoga kontakta spolova, tj. vještačkom oplodnjom. Tako, u ovoj perspektivi apstraktnog građanina građanskoga društva, kao individuuma bez individualiteta, na konkretnoj biološkoj i socijalnoj ravni, očekuje sudbina čovjeka bez biološkoga identiteta i socijalnoga porijekla. Očigledno svjestan vlastite neumjerenosti, malo potom, Popper ovu viziju 'monstrum društva' rastvara u viziju 'potpuno racionalnog' ili 'predominantno racionalnog društva'.[38] Problem sa ovom teorijom nije toliko njen naglašeno antievolucionistički stav koliko činjenica da Poperovo apoteoziranje racija podsjeća na demoniziranje tog istog racija u istoj mjeri u kojoj njegova vizija globalno otvorenoga, kao depersonaliziranoga društva, neumoljivo asocira na sliku budućeg totalno dehumaniziranoga društva. Ne poseže li ova teorija za voćkom sa zabranjenoga drveta i ne uvodi li nas ona u novu fazu mutacije uma u bezumlje?! Na ove i slične globalizacijske opasnosti, u zadnje vrijeme sve više ukazuje i suvremena humanistička filozofska, sociološka, teološka i bioetička misao.

b) Frensis Fukujama – strah za budućnost čovječanstva

Nasuprot prethodnome, apologetskom, tijekom posljednje decenije prethodnoga i prve decenije novoga milenijuma, mlađi američki (SAD) društveni istraživač Frensis Fukujama, svojim djelima "Kraj historije i posljednji čovjek" i "Naša posthumana budućnost" otvara novi, do kraja skeptičan diskurs i sluti sumornu budućnost čovječanstva gledano iz perspektive tekuće bio-tehnološke i informatičko-tehnološke revolucije. Ovaj se diskurs više implicite nego eksplicite dotiče problema globalizacije koji je, već danas,

[37] Ibidem, str. 229.

[38] Ibidem, v. str. 230.

dobrano tangiran dostignućima ostvarenim na području invazivne biotehnologije – eugenike, genetskog inženjeringa, bionike, biotehnike itd., – koja, logistički podržavana najsuvremenijom informatičkom tehnologijom, usljed neodgovarajuće, insuficijentne moralne i pravne regulacije, i pored svojih pozitivnih strana, može sasvim, i to na gore, promijeniti današnju sliku svijeta. Ekstremno skeptički nameću se futuristička pitanja: hoće li vještačka inteligencija, u doglednoj budućnosti, sasvim potisnuti prirodnu inteligenciju ljudi; hoće li, kemijski izazvane promjene raspoloženja izbrisati prirodne ljudske emocije i moralnu svijest; hoće li natprirodne genetske intervencije na ljudskome biću izmijeniti prirodu čitavih budućih generacija te, napokon, hoće li ova Planeta ljudi uskoro postati planeta genetskih mutanata i kiborga, odnosno poluljudi-polumašina?! Hoće li tako izgledati kraj dosadašnje i početak neke nove historije, ili se već nalazimo na njihovoj razmeđi?! Kakve će npr. posljedice primjena biotehnologije izazvati u strukturi društva od lokalne, preko regionalne do globalne ravni? Samo će "**produženje života** uz **pomoć biotehnologije** imati dramatične efekte i na **unutrašnju strukturu društva**. Najvažniji među njima odnosiće se na način formiranja **društvenih hijerarhija**"[39] (bold autor). A ljudska bića, po svojoj prirodi, teže da odnose između sebe "uređuju na bezbroj načina kroz formu **dominantnih hijerarhija**"[40] (bold autor). Koje su moguće dominantne hijerarhije na svjetskome planu u budućnosti? Hoće li se one odnositi prema ljudima kao prema stvarima; hoće li vještačka inteligencija proizvesti čovjeka bez duše?[41]

c) Entoni Gidens, dimenzije globalizacije – tri škole mišljenja

Britanski sociolog, također mlađe generacije Entoni Gidens, u svome, danas već nezaobilaznome udžbeniku "Sociologija", fenomen globalizacije objašnjava na vrlo jednostavan način. "Globalizacija se odnosi na činjenicu da svi sve više živimo u '**jednom svetu**', tako da **pojedinci, grupe** i **nacije** postaju sve više *međusobno zavisni*"[42] (kurziv Gidens, bold autor). Među najvažnijim faktorima koji je uvjetuju i doprinose globalizaciji, on izdvaja "eksploziju globalnih komunikacija", "integraciju svetske ekonomije", "pad komunizma sovjetskog tipa" te, djelovanje međunarodnih vladinih i nevladinih organizacija i transnacionalnih korporacija.[43] Prateći i sam duži niz godina debate na ovu akutnu i aktualnu temu, Gidens ističe istraživačku konstataciju Dejvida

[39] Frensis Fukujama "Naša posthumana budućnost", Podgorica, CID 2003. str. 81.

[40] Loco citato.

[41] Vidjeti: Francis Fukuyama "The end of History and the last Man", London, "Penguin Books" 1992. posebno str. 211–284. i 287–339.

[42] Entoni Gidens "Sociologija" Beograd, Ekonomski fakultet 2005. str. 56.

[43] Ibidem, v. str. 57–63.

Helda o tri škole danas vladajućega mišljenja globalizacije: skeptičku, hiperglobalističku i transformacionalističku.

Pripadnici **skeptičke škole** "ne veruju u globalizaciju i smatraju da sadašnji nivo ekonomske međuzavisnosti nije bez presedana."[44] Oni smatraju da u svim oblastima djelatnosti, "internacionalizacija zavisi od pristanka i podrške vlada."[45]

Predstavnici **hiperglobalističke škole** misle da je "globalizacija veoma realan fenomen čije se posledice mogu skoro svuda osetiti. Globalizaciju smatraju **procesom koji ne zavisi od nacionalnih granica**. Ona proizvodi **novi globalni poredak** podstaknut snažnim tokovima međunarodne trgovine i proizvodnje"[46] (bold autor).

Utemeljitelji i sljedbenici **transformacionalističke škole** "zauzimaju srednju poziciju. Oni globalizaciju vide kao **centralnu silu** iza širokog **spektra promena** koje u današnje doba **oblikuju savremena društva**. Prema njihovom mišljenju **globalni poredak se transformiše**, ali mnogi stari obrasci ostaju istovetni"[47] (bold autor).

Izloženi, po trijadnome sistemu klasificirani modeli reprezentativnih klasičnih (tradicionalnih), modernih i postmodernih – suvremenih, filozofskih i sociioloških mišljenja i promišljanja fenomena globalizacije kao pitanja ljudskoga života i svijeta u prošlosti, sadašnjosti i budućnosti, daju osnova za nadu i vjeru u bolje sutra, koliko i razloga za sadašnje zebnje, realne strahove i konsternacije spram globalizacijske budućnosti. Ove strahove potpiruje i osnažuje današnji trend prevlađujućega empirijskog, pragmatično-utilitarističkog, instrumentaliziranog i tehniciziranog načina mišljenja koji se ponavlja, a sa kojim se već jednom obračunala kritička teorija društva. Ovaj se uzlazni trend pogonskoga, tehničkog racionalizma i filozofije profita razvija na račun čistoga teorijskoga uma, na račun praktičke (moralne, političke i pravne) filozofije i njenoga silaznog trenda. Sociologijskim jezikom globalizacije danas, kao nekada u formalnoj sociologiji, prevladavaju riječi integrirati, udruživati, pridruživati, razdruživati (G. Zimel, L.f. Vize), a gube se, ili barem gube na značaju, riječi zajednica, grupa, država, struktura, vrijednost i sl. Htijući biti u trendu prethodnih struja mišljenja, sklona empirizmu, pragmatizmu, mjerenju; nastojeći da bude što više primjenjivom, današnja se sociologija, postupno svodi na sociometriju, a sve manje

[44] Ibidem, str. 63.

[45] Ibidem, str. 64.

[46] Ibidem, str. 63.

[47] Ibidem, str. 65.

ostaje teorijska sociologija u O. Kontovom, E. Dirkemovom, M. Veberovom, F. Tenisovom, Ž. Gurvičevom smislu, udaljavajući se tako od svoga istinskog društvenog i naučnog poslanja. Ona se od društvene kritike, korak po korak, transformira u režimsku, političku, ideološku apologetiku. Predstavljeni katalog modela globalizacijskoga mišljenja, ne bi imao pravoga smisla, ukoliko se ne referira na neke akutne, manifestne izražaje globalizacijskih tendencija već danas.

NEOLIBERALNA (NADLIBERALNA, STVARNA I GLOBALIZACIJSKO-TENDENCIJSKA) HEGEMONIJA

Vakuum koji je nakon praktičke propasti komunizma nastao u postmarksističkoj filozofiji, usisao je i na njoj temeljenu donedavno jednu, u velikom dijelu svijeta, vladajuću ideologiju. Taj ogromni prazni prostor, liberalno-demokratskim preustrojem zemalja bivšega Istočnog lagera, odmah je popunjen staro-novom neoliberalnom ideologijom koja se, već u prvome koraku, potrudila da izbriše sve tragove bivšeg *ancien regimea*. Tako su marksistička filozofija i njena politička ideologija, potisnute u 'muzej starina' neposredno zadobile alternativu u liberalnoj i neoliberalnoj filozofiji i njenoj političkoj ideologiji koje, sve se više pokazuje i čini, barem za sada, a i u doglednoj budućnosti, nemaju alternative. Apsurdno je u tome, što se na njihovu stranu odmah priklonila i Kršćanska Crkva i svjetovna država na čijem su odvajanju, a potom i rušenju njihova ugleda, još od doba reformacije, zdušno radile upravo liberalna filozofija i liberalna politika, potpomognute idejom prosvjetiteljstva. Neoliberalna hegemonija je, na ovaj način, postala stvarnost velikoga dijela Planete. Uz to, ona gotovo svakodnevno iskazuje svoje, sve šire globalizacijske tendencije. Pretenzije ovladavanja Globusom legitimiraju se tobožnjim zahtjevima svjetskoga tržišta i uspostavom tobožnjega slobodnoga svijeta u onim dijelovima Planete gdje ta sloboda do jučer, ili do danas nije još dospjela. Tako se, u ime jedne bezsadržajne ljudske slobode i sadržajno obogaćene slobode tržišta, legitimira i provodi neoliberalno nasilje kojim se i dalje prijeti "neoslobođenima"; tako se sloboda pretvara u ropstvo. Ratovi koji su do jučer vođeni i koji se i danas vode u ime "mira i slobode", tamo gdje su okončani ostavili su iza sebe pustoš, nered, kaotično stanje, unutarnje sukobe, depresivne ljude i izgubljene ljudske duše. Mir i sloboda koje su oni donijeli jesu mir i sloboda agresora kao pobjednika, a nikako mir i sloboda pobijeđenih. Za slobodu se i mir oduvijek bore potlačeni a ne potlačitelji; sloboda se osvaja, ona se ne poklanja.

Današnja neoliberalna (nadliberalna) ekspanzija i njena socijaldarvinistička priroda, najjednostavnije se mogu objasniti primjerom novoga liberalizma kao nacionalnoga liberalizma u Njemačkoj pred Drugi svjetski rat. Njegova je formula: "natjecanje u privredi nije krevet od ruža nego bojno polje na kojemu u borbi za opstanak preživljavaju oni koji su se u industrijskom smislu najbolje prilagodili"[48]. Rejnard Kihnl, prema ovoj formuli, stvara obrazac po kojemu se, u modificiranoj historijskoj formi, događa i današnja neoliberalna (nadliberalna) ekspanzija. "Ovim obratom **liberalizma** prema **socijaldarvinizmu legitimirana je sila** kao sredstvo rješavanja problema u ljudskom zajedničkom životu, **imperijalistički je rat** bio isto tako **opravdan** kao i **privredno izrabljivanje** i **politička diktatura**. Ovdje je točka na koju je mogao nadovezati **fašizam**[49] (bold autor). Suvremeni proces globalizacije – imperijalizacije odvija se, ovisno o postavljenim ciljevima i datoj situaciji, upotrebom daleko suptilnijih i sofisticiranijih, ali i brutalnih metoda i sredstava – od ubjeđivanja i pridobijanja, pružanja različitih vrsta usluga, ekonomske i druge pomoći, preko tzv. dobrovoljnog potčinjavanja vlada i država, pa sve do tajne i javne upotrebe nasilja i nasilnog osvajanja (otimanja). Tako su već do sada, mnoge zemlje, zbog nekontroliranog primanja raznih vrsta inozemne pomoći i kreditnog prezaduživanja upale u tzv. dužničko ropstvo. O tome, medijski najrječitije govori i svjedoči aktualna situacija u Europi i u Svijetu. Američki (SAD) autor Džon Perkins u knjizi "Tajna historija Američke imperije" (John Parkins "The secret history of the Ameriken empire") piše, između ostaloga, o prikrivenim, specijalno obučenim i dobro nagrađenim tzv. ekonomskim ubojicama koji, podmićivanjem i na druge načine, pridobijaju vlade nekih zemalja da, pod tobože povoljnim uvjetima i na duže rokove otplate, uzimaju američke razvojne kredite. Zbog velike prezaduženosti i nemogućnosti pravovremene finansijske otplate, mnoge od tih zemalja bile su prinuđene vraćati kredite trajnim ustupanjem najvrednijih sopstvenih prirodnih resursa SAD-u. U slučaju odbijanja takve vrste ekonomskih transakcija, na scenu su stupali fizičke plaćene ubojice, tzv. šakali zaduženi za fizičku likvidaciju šefova država i vlada ili drugih odgovornih dužnosnika. Egzekucije su vršene uz logističku i sofističku podršku CIA-e. Tako se, ako ne dobrovoljno, onda prisilno stvaralo dužničko ropstvo.* U novije vrijeme,

[48] C.R. Henderson "Business Men and Social Theorists", prema: Reinhard Kühnl "Oblici građanske vladavine, liberalizam – fašizam" Beograd, Izdavački centar "Komunist" 1978. str. 68.

[49] Reinhard Kühnl, opus citatum.

* Informacija o tome bila je u emisiji FTV "Paralele" urednika i voditelja Mladena Marića 6. 2. 2012. od 21,45 do 22,15 sati. Ova je informacija sasvim respondibilna s onom o klubu **Bilderberg** emitiranoj u istoj emisiji 23. 10. 2011. o čemu je prethodno bilo

pored ovih tajnih metoda, nisu neuobičajene i oružane agresije sa istim ciljem, a koje se legitimiraju nerazložnim ili nedokazivim argumentima.

Današnja neoliberalna (nadliberalna) hegemonija i njena ekspanzija, za razliku od prethodne, temelje se na savršenijoj logističkoj podršci i daleko moćnijoj infrastrukturi koje joj osiguravaju neslućene mogućnosti. Misleći na šanse koje pruža satelitska tehnologija u oblasti komunikacija, Maršal Mekluen je, već šezdesetih godina prošloga stoljeća, stvarao viziju budućega svijeta kao globalnoga sela. Takvome je selu, baš kao plemenskoj zajednici, trebao jedinstven jezik. Jezik je kuća, boravište identiteta. Nedugo potom, došlo je do skoro svjetski priznate, skoro legalizirane, gotovo globalne dominacije engleskoga nad svim 'svjetskim' jezicima i jezicima u svijetu. A kako i zašto – suvišna su pitanja.

1. Uti et abuti – problem globalne raspodjele i upravljanja resursima

Istinski humanizam kao istinski naturalizam *et vice versa*, koji je zagovarao Karl Marks, bio je moguć pod pretpostavkom vladavine drevnoga načela *uti non abuti* (upotrijebi, ne zloupotrijebi). Zapadna liberalna tradicija (nasuprot predglobalizacijskoj istočnjačkoj koja je držala isti pogled na prirodni i ljudski svijet) poduprta filozofijom profita, od svoga početka, gledala je na prirodu više kao na predmet rada i radionicu, nego kao na dom i prebivalište čovjeka. Takav stav ugrozio je, ne samo prirodu do same mogućnosti egzistencije čovjeka u njoj, nego i poremetio odnose među ljudima do same mogućnosti njihove koegzistencije. Načelo upotrijebi i zloupotrijebi (*uti et abuti*), u krajnjoj konzekvenci, ne ulazeći u pojedinosti, rezultiralo je za čovjeka i ljudsku vrstu, sve češćim katastrofalnim, kataklizmičkim klimatskim promjenama. Radeći protiv prirode, zapadni je čovjek, i ne znajući, stoljećima radio protiv sebe. Sada, kada to zna, nastavlja istim putem. A taj je put, put današnje transformacije (pa i degeneracije) uma u bezumlje, prema načelu upotrijebi i zloupotrijebi, da drugi ne bi upotrijebio. Ovo načelo kao djelatni princip prvih velikih ekonomskih kriza kapitalizma tj. liberalne ekonomije, važi i danas. Liberalni princip pravde kao početne jednakosti šansi, koji je vrlo brzo rezultirao (zbog nejednakih sposobnosti ljudskih bića) ekstremnim distributivnim nejednakostima, danas je nadmašen. Današnji princip međunarodne raspodjele resursa je princip osvajanja i otimanja tuđega. Današnja borba za naftu, plin i druge prirodne resurse vodi se zbog dominacije nad svijetom uz pomoć ovih i drugih prirodnih resursa. Danas

riječi. Novost je međutim, u činjenici da se o onome, o čemu se donedavno govorilo ili pisalo tajno, danas već govori i piše javno, što ipak nešto znači.

borba za naftu, sutra već borba za prirodno čistu i pitku vodu,* čiji su prirodni kapaciteti, eksploatatorskim odnosom spram prirode, već dobrano devastirani.

"Čovjek u smislu **liberalne teorije**, to jest **politički zreo** i **privredno nezavisan čovjek,** jest **vlasnik. Privredno** nesamostalni ostali su **isključeni iz građanskih prava**, i to s obrazloženjem da posjednik **daje poreze** o namjeni kojih treba odlučivati, i time stječe **pravo suodlučivanja** u javnim poslovima; a jedino on raspolaže **nužnom nezavisnošću** da bi sebi mogao dopustiti **samostalan sud**"[50] (bold autor). Ovaj se obrazac raspodjele ekonomske i političke moći, *mutatis mutandis*, sa 'čovjeka u smislu liberalne teorije' može, sa stajališta suvremene neoliberalne (nadliberalne) teorije i prakse, primijeniti i na današnje odnose i pozicije globalne raspodjele i upravljanja resursima. Kao što vlasniku pojedincu daje neograničeno pravo raspolaganja i upravljanja, upotrebe i zloupotrebe (pravo proisteklo iz vlasništva), tako i vlasnicima najvećega dijela svjetskog kapitala danas, u globalnoj raspodjeli ekonomske i političke moći, ovo načelo daje ta ista prava.

Pitanja prisvajanja i raspodjele, kao dva limitirajuća faktora mira i stabilnosti u svijetu, ostaju i dalje uzrokom kriza i ključem njihova rješavanja istodobno. Ovaj antagonizam, oni koji ne mogu žele, a oni koji mogu ne žele i neće da uklone. Tako jedan antagonizam proizvodi drugi antagonizam. U datoj konstelaciji ekonomskih i političkih snaga jednostrano podržavanih visoko sofisticiranom tehnologijom materijalne i duhovne produkcije i komuniciranja, i odnos svijesti i svijeta zahtijeva novi način svoga promišljanja i etabliranja. Usljed prijetećega ponižavanja i onečovječivanja velike mase čovječanstva, danas mnogi – i crkva i državne institucije i humanističke znanosti i političke stranke i vladine i nevladine unutardržavne i međunarodne (međudržavne) organizacije itd. – verbalno apeliraju na povratak dostojanstva i humanizma svih ljudskih bića, ali neće, ili ne znaju više, kako da se taj desideratum i ostvari. Kako, uostalom i znati, kada je uveliko potisnuti i zaboravljeni istinski humanizam, danas praktički nadomjestio jedan ponižavajući humanitarizam. Otimanje tuđih prirodnih resursa nadoknađuje se jeftinom humanitarnom pomoći.**

---

* Na ovaj je, kao i na još neke globalizacijske, veoma ozbiljne probleme, naučno upozorio i prof. dr. Aleksa Milojević u emisiji "Puls" TV Bijeljina 17. 11. 2011. (od 20,55 do 22,30 sati). To međutim, nije usamljeno upozorenje. U posljednje vrijeme, sa raznih strana, njih je sve više i sve češće.

[50] Reinhard Kühnl, ibidem, str. 38.

** Vidjeti: Ivo M. Tomić "Problem globalne raspodjele i pitanje humanitarizma – paralipomena za jednu neoklasicističku kritiku humanitarizma sa humanističkih pozicija", Sarajevo, Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu br. XL za 1997.

2. Vladavina scientokracije i ethos njene svjetske politike

Dešavanja na svjetskoj sceni posljednjih nekoliko decenija, *volens nolens*, dovode nas do pitanja: nije li došlo vrijeme izakulisnoga ostvarivanja Kontove (Ogist Kont) zamisli jedne sociokratske vladavine u pozitivističkoj državi, vladavine sociologa kao svećenika znanosti? Činjenica da se neoliberalna (nadliberalna) ideologija i politika, kao i klasične liberalne prije njih, samo u još većoj mjeri, uveliko pozivaju i oslanjaju na znanstvena dostignuća, modificira ovo pitanje prema sadašnjim prilikama i situaciji. A sadašnje prilike i situacije svjedoče o sve jačoj simbiozi politike i nauke, pri kojoj, osobito, politika svjetskih centara moći, doživljava nauku kao jedan od najznačajnijih elemenata vlastite infrastrukture, a nauka politiku kao najsnažniju potporu ili mecenu sopstvenoga razvitka. Iz ove simbioze, u najužim krugovima svjetske moći, porađaju se novooblikovane svjetske političko-naučne ili naučno-političke, financijske i vojne elite koje, za sada još, djeluju poluinkognito, ali čije se prisustvo i izakulisno djelovanje , drastično manifestiraju na današnjoj svjetskoj pozornici. Tako je Kontova vizija sociokracije, za nepuna dva stoljeća, evoluirala do scientokracije doživljavajući posljednjih desetljeća svoje obistinjenje kao svjetska vlada u sjeni, poduprta pojavom nove – scientističke religije sa radikalno novim, fundamentalističkim panteističkim ambicijama. Pripadnici su ove religije, za sada uglavnom, pripadnici svjetskih naučnih, političkih i umjetničkih elita. Pitanje je hoće li se ova vlada u sjeni, u dogledno vrijeme, politički konstituirati i samoproglasiti novom vladom svijeta; hoće li, u tome smislu i pravcu izvršiti reorganizaciju i transformaciju OUN ili će djelovanje OUN prilagoditi svojim namjerama (što već djelomično i čini)? Odgovor ostaje na čekanju, mada je on gotovo već obznanjen postojanjem i djelovanjem kluba "**Bilderberg**". Hoće li to biti smrt političkoga, početak novoga svjetskog totalitarnog poretka ili ostvarenje Hegelove svjetske države kao univerzalnoga carstva slobode – pitanje je neke nove – futurističke filozofije.

Proces globalizacije u sadašnjoj fazi, odvija se dvosmjerno, na prividno inkompatibilan način djelovanja svjetskoga tržišta i policentrične svjetske politike pri čemu, oba elementa ovoga procesa teže međusobnoj kompatibilnosti. Ta se kompatibilnost postavlja kao nužnost jer "ekonomski vladajući svjetski tržišni sustav" zahtijeva "*policentričnu svjetsku politiku* u kojoj ni **kapital,** ni **nacionalna državna vlada** nemaju samotnu vlast,kao ni **UN**, **Svjetska banka, Greenpeace**, itd., nego se *svi* zajednički bore za provedbu svojih ciljeva s, naravno, **različitim prilikama za vlast**"[51] (Kurziv Milardović, bold autor). "Prijelaz iz **nacionalne državne politike** u **policentričnu**...

[51] Anđelko Milardović "Globalizacija", ibidem, str. 105.

se pripisuje *tehnološkoj* dimenziji globalizacije i njenoj vlastitoj dinamici"[52] (kurziv Milardović, bold autor). Ovaj proces odvija se za sada, pod dominantnim utjecajem SAD. "Utjecaj SAD širom svijeta temelji se na **globalnom sustavu** koji je nedvojbeno **američkog kroja** i koji odražava njihova unutarnjopolitička iskustva. Pritom je najbitniji pluralistički karakter američkog društva i politike"[53] (bold autor).

Koji je *ethos* scientokratske svjetske politike? U pravome, izvornome smislu, ovdje bi bilo teško razgovarati o ethosu kao o spontano nastalim pravilima zajedničkoga života u nekoj grupi ili zajednici. Ovdje se može disputirati o izopačenome ethosu, odnosno nametanju vlastitih pravila, ne ponašanja, nego oponašanja, igre, političke igre, i to cijelome svijetu. Ukoliko se pak, pojam ethosa podvede pod uži, jednostrani smisao, onda se može raspravljati o svojevrsnom utilitarnom ethosu u smislu utilistički, eudaimonistički i hedonistički pojmljenoga dobra kao, prije svega koristi, uz koju bi trebalo da stoje i sreća i zadovoljstvo. Bentamovo (Džeremi Bentam) apstraktno, pokretačko načelo liberalizma 'najveće sreće za najveći broj ljudi' u liberalnoj praksi, usrećio je relativno mali (najmanji kao najveći), a unesrećio daleko veći (kao najmanji) broj ljudi. Ova obrnuta proporcija kao apstraktno načelo etički je princip i današnjega neoliberalizma (nadliberalizma) i scientokratske politike, a samo neupućenima i lakovjernima, nije znano da se ono u praksi obistinjuje u obrnutoj proporciji – što manje bogatih i srećnih, to više siromašnih i nesrećnih. Ethos ove politike podrazumijeva i potkupljivanje poslušnih i kažnjavanje neposlušnih. Ova politika nagrađivanja i kažnjavanja, (ne)čuvena po metaforičkoj sintagmi *'mrkve i štapa'*, već se prokazala i još se uvijek prokazuje širom svijeta. Tek se danas, i to bukvalno danas, postavlja, i to ponegdje, pitanje poštivanja ljudskih prava u SAD, državi koja se tobože bori za ljudska prava diljem svijeta. Ne baš toliko davna diskriminacija čitave jedne rase u ovoj zemlji, brzo je potisnuta u zaborav. Što tek misliti i reći o drugoj ekonomskoj recesiji, kao i nedavnoj prvoj, koja je potekla iz SAD? Da li se ove ekonomske krize, raznim finansijskim konstrukcijama, vještački proizvode u cilju stvaranja novoga svjetskog poretka pod jednom vladom, i njegova opravdanja? Dokle ide neoliberalno (nadliberalno) scientokratsko "etičko" upražnjavanje slobode? Poigrava li se ono sa Bogom? Ortodoksni neoliberalni (nadliberalni) američki (SAD) filozof politike i prava Ronald Dvorkin "predlaže neku vrstu prava na **genetsko oblikovanje ljudi**, čiji **subjekti** ne bi toliko bili **roditelji** koliko **naučnici**"[54] (podvukao autor).

[52] Loco citato.

[53] Ibidem, str. 112.

[54] Prema: Frensis Fukujama "Naša poshumana budućnost", ibidem, sr. 127.

Hoće li ti genetski oblikovani ljudi biti sutrašnji vladari svijeta koji će, prema vlastitoj mjeri, oblikovati čovječanstvo? Ovakve naučna politika i politička nauka, podržavane su nerijetko i od strane sedme umjetnosti koja nam često, mada još uvijek, u oblandama naučne fantastike, tako oblikovane tipove prikazuje na djelu.

Kakvim se djelovanjem ovakve, neoliberalne (nadliberalne) ideologija i politika pretaču u praksu? Djelovanjem iza scene, više mimo, nego putem legalnih institucija. To objašnjava i Tomas Molnar. "Liberalni režim je pre svega stavljao akcenat na **grupe za pritisak,** bez **moći parlamentarnog sistema**. Da bi raščistilo teren za aktivnost ovih grupa ('lobbies'), **Građansko društvo** je **oslabilo institucije** koje su **stalni entiteti** i koje normalno nameću **pravila igre**. Kroz to prolaze sve institucije, ne samo Država i Crkva nego i profesionalna tela, velike škole, sudovi, čak i porodice. **Ideal je lobi**, jer je **mobilan,** promenljiv, provizoran, prolazan, i zauzima bolje mesto kod **individualnih ambicija** nego **institucije** koje su, naprotiv, **čvrste,** sa strukturama i favorizuju **date situacije**"[55] (bold autor). "Današnji ideali i mentaliteti teku u kalup **liberalizma**, ideologije građanskog **hegemonističkog** društva"[56] (bold autor). Otuda, nije teško zaključiti kako se i zašto lobira u državnim parlamentima; kako se i zašto lobira u Generalnoj skupštini i Vijeću sigurnosti OUN, tko i zašto ima pravo veta, čiji je utjecaj u ovim organima dominirajući; kao ni to, kako se i zašto mogu ignorirati OUN kada je u pitanju interes SAD. Taj interes legitimira pravo intervencije u unutarnje stvari drugih država, sve do oružane agresije na njih, pod bilo kojim izgovorom. Dovoljno je izlobirati, naći saveznike za akciju, pa da se, i bez suglasnosti OUN, pokrene ogromna vojna mašinerija (NATO) i sruši bilo koji nepoželjni državni režim na svijetu. Mnoge bivše komunističke države sada su aktivne članice NATO-a, a one koje to još nisu, sve čine da što prije postanu. Jer nije dobro ratovati ni međusobno, a mudrost uči sa jačim, ne boriti se nikako, njemu se valja pokoravati. Tako se jedna instrumentalizirana vojna sila predstavlja kao savez državnih saveza koji, unaprijed, sve opravdava. A kontrolom nad njime raspolaže, naravno, samo najuža grupa svjetskih moćnika.

[55] Tomas Molnar "Liberalna hegemonija", Beograd, Studentski kulturni centar 1996. str. 24.

[56] Ibidem, str. 30.

SOCIOLOGIJA IZMEĐU NOVOGA POZITIVIZMA I NOVE KRITIČKE TEORIJE DRUŠTVA ILI O NOVOJ ULOZI I POZIVU SOCIOLOGIJE

Uvodi li nas globalizacija u društvo blagostanja ili je to blagostanje rezervirano samo za manjinu bogatih i nadmoćnih, a bijeda i siromaštvo ostaju i dalje prepušteni ogromnoj većini svjetske populacije. "Kada odete u supermarket, obratite pažnju na ogroman asortiman proizvoda koji su izloženi na policama. Ako započnete kupovinu na odjeljenju za sveže proizvode, kao što to čine mnogi ljudi, verovatno ćete naći ananas sa Havaja, grejpfrut iz Južne Afrike i avokado iz Španije. U sledećem nizu polica, možete naleteti na širok asortiman začina i sosova za kari i ostala indijska jela, veliki izbor sastojaka za jela sa Srednjeg istoka, poput kuskusa ili falafela, kao i konzerve kokosovog mleka za pripremanje jela tajlandske kuhinje. Ako nastavite sa kupovinom, obratite pažnju na kafu iz Kenije, Indonezije i Kolumbije, jagnjetinu sa Novog Zelanda i flaše vina iz Argentine i Čilea. Ako bacite pogled na kutiju keksa ili čokoladu, vidjećete da su sastojci ispisani na osam ili deset različitih jezika."[57] Ima li bolje reklame jednoj prodavnici prehrambenih artikala širokog asortimana, samo što još nedostaje adresa (mjesto, ulica i broj) pa da se čovjek odmah uputi u tome pravcu. Ali ovu reklamu nije sročio nikakav marketinški stručnjak za reklame. Nju je sročio britanski profesor sociologije Entoni Gidens – nekritički apologeta globalizacije (nikakvo čudo za jednog, makar prosječno bogatoga, Britanca ili Amerikanca) kao apoteozu dostignuća neoliberalne (nadliberalne) ekonomije i svjetskoga tržišta. Slične reklame nalazimo i kod nas na kanalima gotovo svih tv postaja gdje nas još uče i kako od tih asortimana pripremiti ukusna skupocjena jela. Doima se bogohulno u situaciji kada većina b-h, kao i svjetske, populacije živi na minimumu egzistencije ili čak ispod toga minimuma; u Državi čija je ekonomija i privreda skoro potpuno devastirana dejstvom zakonitosti te iste neoliberalne (nadliberalne) ekonomije. Sa ovom apotezom profesor Gidens počinje učiti svoje (a također i naše, jer je njegov udžbenik i kod nas na visokoj cijeni) studente o globalizaciji kao 'svijetu koji se mijenja'. U tome, inače šematiziranome i šabloniziranome udžbeniku, nigdje ni riječi kritike na račun globalizacije ili kritičke riječi o problemima koje ona nosi. Nije ni čudo jer je promišljan u ambijentu iz kojega su potekle klasična liberalna ideologija, liberalna politika i liberalna ekonomija; ambijentu iz kojega je pokrenut proces kolonizacije (čitati suvremeno: globalizacije) velikoga dijela Svijeta. Takvome ambijentu i danas, više priliče laude potrošačkome mentalitetu, nego objektivne naučne kritike njegovih uzroka i posljedica.

[57] Entoni Gidens "Sociologija", ibidem, str. 54.

Utemeljitelji sociologije kao pozitivne znanosti od Konta, Dirkema, Spensera do Tenisa, Vebera, Gurviča i dr., kao i njihovi docniji sljedbenici, znali su odgovoriti na izazove svoga vremena – industrijske revolucije, nagloga razvitka prirodnih znanosti i posljedice toga razvitka u društvu i na društvo, razvitak kapitalističkoga načina proizvodnje i pojavu imperijalizma i kolonijalizma – na sve izazove građanskoga društva. Tako je, uostalom, sociologija i stekla status jedne od osnovnih i priznanje opće nauke o društvu. Pored "Kursa pozitivne filozofije" (iz kojega se i porodila sociologija) i "Sistema pozitivne politike" kao i drugih djela, uviđajući i razumijevajući probleme tadašnjega građanstva i zadaću nauke u njihovome rješavanju, Kont piše posebni "Program naučnog rada potrebnog za reorganizaciju društva."

Prošlo je već previše vremena od nastanka toga programa. Čovječanstvo se našlo na vrhuncu razvitka prirodnih kao pozitivnih znanosti; duboko je već zagazilo u epohu nove naučno-tehnološke (informatičko-tehnologijske i bio-tehnologijske) revolucije – epohu novoga pozitivizma. Paralelni razvitak informatičkih tehnologija i bio-tehnologija – eugenike, bionike, biotehnike, genetskog inženjeringa i proizvodnje genetski modificirane hrane itd., već su do sada uveliko izmijenili prethodnu sliku svijeta sa velikim izgledima na dalje mijene i ove sadašnje. Razvoj ovih tehnologija sam se već pred – postavio kao prva i zadnja pretpostavka, *conditio sine qua non* već uveliko tekućega procesa globalizacije. Njihov napredak, kao i dalji tok procesa globalizacije, kao što je već evidentno, nose neslućene pozitivne mogućnosti, ali i prijeteće neslućene opasnosti.

Kao što informatička tehnologija omogućuje svakom čovjeku uvid u ostvarene prednosti drugih ljudi, naroda i država na svim područjima ljudskoga života i rada diljem Planete i sopstveno korišćenje tim prednostima; ona isto tako pruža uvid i u njihove slabosti i nedostatke i pruža mogućnost njihove zloupotrebe od bilo koga. Kako time upravljati?!

Kao što bio-tehnologija mijenja kvalitete života, unapređuje zdravstvo, produžuje životni vijek čovjeka, mijenja kvalitete ishrane itd. (što sve može biti iz profitabilnih i raznih drugih razloga i zloupotrijebljeno, što je također evidentno); ona svojim rezultatima, ostavlja i posljedice na anatomiju ljudskoga društva, mijenjajući njegovu strukturu, funkcije, određujući mu dinamiku itd. Razvoj bio-tehnologija već je doveo do pojave bio-etike kao jedne nove znanosti i odgovora na izazove bio-tehnoloških dostignuća.

Proces globalizacije, kao posljedica razvitka ovih tehnologija, iziskuje temeljito preuređenje postojećih društvenih struktura, moralnih, pravnih, političkih, ekonomskih i svih drugih institucionalnih poredaka, razno-raznih društvenih grupa, naroda i država, pa sve do globalnoga svjetskog poretka i novih

društvenih hijerarhija, sistema vrijednosti itd., ma kako oni, u konačnici izgledali.

Sva tri ova procesa obilježena su željom za prestižom i dominacijom njihovih nositelja i aktera. Sva tri su utilitaristički i pragmatički obojena; sva tri su sklona instrumentalizaciji i čovjeka, i nacije i države, i državnih institucija, i religije, i ideologije itd. Kako njima upravljati, kako ih pravilno usmjeravati, kako kontrolirati? Kako pravedno redistribuirati sve resurse* čovječanstva i kako njima upravljati, odnosno kontrolirati njihovim raspolaganjem? Kako pravilno redistribuirati ukupnu društvenu moć čovječanstva i kako napokon, pravilno podijeliti odgovornost za raspolaganje tom moći i njenom upotrebom i zloupotrebom?!

Kako kontrolirati upotrebe i spriječiti zloupotrebe znanstvenih dostignuća? Kako zaustaviti ili barem usporiti rastući trend depersonalizacije i dehumanizacije čovjeka i ljudskoga društva? Kako rehabilitirati um i zaustaviti brojne vidove bezumlja? Kako redefinirati individualnost i kolektivnost, socijalnost identiteta? Kako na novim, zdravijim osnovama graditi buduće odnose između 'malih' i 'velikih' naroda i država i njihovih kultura? Hoće li se, u procesima globalizacije, kultura 'malih' utopiti u kulturu 'velikih' naroda, hoće li sačuvati svoj identitet i imati priliku za veću afirmaciju? Kako ekološki osvijestiti novo globalno kao otvoreno društvo u nastajanju? Do sada se sociologija više efemerno nego suštinski i u kontinuitetu bavila ovim pitanjima. Osim nekih izuzetaka, ona još uvijek nije iskazala dovoljno interesa niti za novo-pozitivističke izazove informatičke i bio-tehnologije, niti na izazove globalne prestrukturacije ljudskoga društva i rekonsolidacije i rekonstitucionalizacije nacionalnih i državnih poredaka kao i globalnoga svjetskog poretka koji joj određuju novu ulogu i novu zadaću. Nova uloga i novi poziv sociologije – sa svim njenim disciplinama, mogu se situirati na relaciji između novoga pozitivizma i nove kritičke teorije društva sa pogledom, istodobno usmjerenim na obje strane, kao i u pravcu njihova susretanja.

* Vidjeti o ovome: Ronald Dvorkin "Suština individualnih prava", Beograd – Podgorica, "Službeni list SRJ" – CID 1998. i "Carstvo prava", Beograd, "Filip Višnjić" 2003.

Dr Ivo M. Tomić
Associate professor

PROBLEM OF GLOBALISATION: ETERNAL PEACE OR ETERNAL WAR – ON CURRENT AND NEW ROLE AND MISSION OF SOCIOLOGY

Summary

After introductory pressumptions (predispositions and propositions) of problem understanding, discourse on globalization develops on four basic levels – of investigation. On the first level "Globalization – Three Classical or Traditional Models of Thinking" Kant's idea of world civic order, Hegel's idea of world state and Marx's vision of true human community as a classless communist society are presented. On the second level, leans on the first one, "Thinking of Globalization in Modern and Postmodern Philosophy" models of globalization thinking of Gustav Radbruch, Alexandre Kojeve and John Rawls are considered and questioned from philosophical positions of previous classical models at the same time. From this philosophical platform, discussion follows to sociological field. On the third level "Challenges of Globalization – Challenges of Sociology or Contemporary Sociological Reflections of Globalization", as the models of modern and postmodern sociological thinking Karl R. Popper's idea of globally opened as a abstract society, Francis Fukuyama's fear for the future of mankind and three schools of thinking of Anthony Giddens are presented and theoretically questioned. From these philosophical and sociological – representative models of thinking, discourse follows on in critical-theoretical, philosophic-sociological observation of today's neoliberal theory and practice – "Neoliberal (Real and Globalization-tendentious) Hegemony", focusing attention to the problem of global redistribution, disposition and management of resources as a cause for new conflicts and on the global government of scientocracy as a shadow government and ethos of its global policy. Theoretical angle of the author is thus developed on the trail of critical social theory, highlighting globalization complementary phenomenon of informatics and biotechnology as a foundation of globalization in the discussion, and also phenomenon of (re)instrumentality of human and society, politics and science, nation and state, pragmatic-technical, drive-profitable way of thinking which obvious consequences are repeated historical transformation of sense into nonsense and abomination of freedom as a tenor and purpose of man, to the slavery which manifests as captured freedom. At the end, in conclusive remarks in section "Sociology Between New Positivism and New Critical Social Theory or on New Role and Mission of Sociology" excels his own opinion that social science, with totality of its disciplines, has to express stronger interest for the most recent changes of the world and, in that context, its role and mission are situated on relation between neo-positivism and new critical social theory, emphasizing that its view has been directed to both sides equally, as two compatible dimension of one the same historical process of globalization.

Key words: *Globalization, information technology, biotechnology, market, neo-liberalism, eternal peace, eternal war, philosophical model, sociological model, sense, nonsense, hegemony, totalitarianism, pragmatism, technicism, instrumentalism, power, government, resources, distribution, disposition, management, control, scientocracy.*

Mr. Vildana Vranj
Viša asistentica

UDK: 343.255:343.811
343.811:341.231.14
Pregledni naučni rad

NACIONALNI PREVENTIVNI MEHANIZAM PROTIV TORTURE I NJEGOVA USPOSTAVA U BOSNI I HERCEGOVINI[1]

Sažetak

Ljudska prava su prava svakog čovjeka, ona su apsolutna i neotuđiva. Zbog sve prisutnijih pojava njihovih kršenja, nadležna nacionalna i međunarodna tijela posegnula su za nizom instrumenata i dokumenata koji bi trebali obezbijediti njihovu zaštitu. U tom nizu posebno su značajni mehanizmi zaštite prava osoba lišenih slobode. U kontekstu ovog rada spomenućemo Opcioni protokol uz UN Konvenciju protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka (OPCAT) i nacionalni preventivni mehanizam (NPM) koji predstavlja veoma značajan instrument, čiju uspostavu, između ostalog, protokol nameće državama članicama. Kroz ovaj mehanizam, uobličen u jednom ili više tijela, država obezbjeđuje zaštitu ljudskih prava osoba lišenih slobode, odnosno preventivno djeluje protiv pojave torture kao najtežeg oblika njihovog kršenja. Svoju funkciju nacionalni preventivni mehanizam ostvaruje kroz kontinuirane posjete ustanovama u kojima su smještene osobe lišene slobode, o tome se sačinjavaju izvještaji i upućuju preporuke konkretnim ustanovama i/ili nadležnim državnim organima. Veliki broj država je ratificirao OPCAT i uspostavio NPM. Sada je red i na BiH.

Ključne riječi: *tortura, OPCAT, NPM, BiH*

[1] Okosnicu ovog rada čini referat izložen na Jedanaestom savjetovanju za krivično pravo koje je održano na temu: "Izazovi evropskog krivičnog prava – obaveza države u oblasti krivičnog zakonodavstva". Savjetovanje je održano u periodu od 6. 6. – 9. 6. 2012. godine u Neumu.

1. Pojam i mehanizmi zaštite od torture

Mogućnosti kršenja ljudskih prava posebno su prisutne u ustanovama gdje su smještene osobe lišene slobode. Zbog toga postoji niz međunarodnih i nacionalnih mehanizama koji se bave zaštitom njihovih ljudskih prava. Ovdje se prevashodno misli na određene međunarodne i nacionalne dokumente, te tijela posebno formirana za tu svrhu.[2]

Ovom prilikom ćemo se posebno baviti jednim oblikom povrede ljudskih prava, a to je tortura ili mučenje.

Tortura kao oblik narušavanja ljudskih prava bila je predmetom mnogih diskusija, naročito krajem 20. vijeka. S obzirom na značaj ovog pitanja spomenute diskusije su doprinijele donošenju Konvencije protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka od strane Ujedinjenih nacija (UN Konvencija protiv torture)[3].

Spomenuta konvencija dala je definiciju torture, a to je:

"(...) svaki akt kojim se jednoj osobi namjerno nanose bol ili teške fizičke

[2] Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima iz 1948. godine, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine s dopunskim protokolima iz 1989. godine, Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i sloboda iz 1950. (EKLJP), Standardna minimalna pravila UN za postupanje sa zatvorenicima iz 1955. godine, Skup principa UN za zaštitu svih osoba koje su pritvorene ili zatvorene iz 1988. godine, Evropska standardna minimalna pravila za postupanje sa zatvorenicima iz 1973. godine donesena od strane Vijeća Evrope (VE), Preporuke R (87) 3 od strane Komiteta ministara VE kojima su revidirana Standardna minimalna pravila za postupanje sa zatvorenicima i kojima je promijenjeno ime pravila u Evropska zatvorska pravila, koja su posljednji put revidirana 2006. godine. Pravilnik o ponašanju službenika za provedbu zakona iz 1979. koji daje upute državama o tome kako trebaju postupati u cilju sprečavanja mučenja i drugih oblika zlostavljanja. Preporuka Rec (2004) 10 Komiteta ministara državama članicama u vezi sa zaštitom ljudskih prava i dostojanstva osoba s mentalnim poremećajem također je jedan od značajnih međunarodnih izvora kojeg vrijedi spomenuti u kontekstu ljudskih prava, iako ima svojstvo preporuke.
U BiH krivičnopravna zaštita ljudskih prava osoba lišenih slobode obezbijeđena je kroz niz zakona i tijela formiranih u skladu s međunarodnim standardima. Više vidi: H. Sijerčić-Čolić, V. Vranj, *Uvod u penologiju i izvršno krivično pravo BiH*, Sarajevo 2011.

[3] Usvojena 10. decembra 1984. godine. Po uzoru na nju, na evropskom nivou Vijeće Evrope usvojilo je Evropsku konvenciju za prevenciju mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg ponašanja ili kažnjavanja iz 1987. godine kojom je uspostavljen Komitet za sprečavanje mučenja i nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (CPT). Komitet čine predstavnici zemalja članica Vijeća Evrope koji kroz svoje posjete institucijama u kojima borave osobe lišene slobode, ispituje kako se postupa prema tim osobama, s ciljem da, ukoliko je to potrebno, poveća zaštitu tih osoba od mučenja i nečovječnih ili ponižavajućih kazni ili postupaka. Sistem zaštite osoba lišenih slobode uspostavljen je kroz sistem preporuka zemljama članicama.

ili mentalne patnje u cilju dobijanja od njega ili neke treće osobe obavještenja ili priznanja ili njegovog kažnjavanja za djelo koje je to ili neka treća osoba izvršila ili za čije izvršenje je osumnjičena, zastrašivanja te osobe ili vršenja pritiska na njega ili zastrašivanja ili vršenja pritiska na neku treću osobu ili iz bilo kojeg drugog razloga zasnovanog na bilo kom obliku diskriminacije ako taj bol ili te patnje nanosi službena osoba ili bilo koja druga osoba koja djeluje u službenom svojstvu ili na njegov podsticaj ili s njegovim izričitim ili prećutnim pristankom. Taj izraz se ne odnosi na bol ili patnje koje su rezultat isključivo zakonitih sankcija, neodvojivih od tih sankcija ili koje te sankcije prouzrokuju."[4]

Prema ovoj konvenciji, između ostalog, svaka država članica preduzima zakonske, administrativne, sudske ili druge efikasne mjere kako bi spriječila izvršenje akata torture na teritoriji pod njenom jurisdikcijom. Svaka država članica nastoji da se prema njenom krivičnom pravu sva akta torture smatraju krivičnim djelima. Nadalje, zadatak država članica je da vrši sistematski nadzor nad pravilima, uputstvima, metodama i praksom saslušanja i nad odredbama u vezi s čuvanjem i postupanjem na bilo koji način s uhapšenim, pritvorenim ili zatvorenim osobama na nekoj teritoriji pod njenom jurisdikcijom, a radi sprečavanja svakog slučaja torture.

UN Konvencijom protiv torture formiran je i Komitet protiv torture (CAT – Committee against Torture)[5]. Komitet čini deset eksperata visokih moralnih kvaliteta čija je kompletnost u oblasti prava čovjeka priznata, a koji dolaze iz država članica. Sve države koje su ratificirale UN Konvenciju protiv torture imaju obavezu da ovom komitetu podnose redovne izvještaje o provođenju UN Konvencije protiv torture. Početni izvještaj se podnosi godinu nakon ratifikacije, a poslije toga izvještaji se podnose svake četiri godine. Komitet analizira svaki izvještaj i daje preporuke državi u obliku "zaključnih zapažanja". Osim toga, ovaj komitet ima još tri mehanizma za praćenje: pod određenim okolnostima Komitet može razmatrati pojedinačne žalbe ili pisma pojedinaca koji

[4] UN Konvencija protiv torture, član 1.

[5] Komitet protiv torture (CAT) i CPT su nezavisna i aktivna tijela u okviru UN ili VE čiji je zadatak da periodično u okviru redovnih obaveza, obilaze institucije u kojima su smještene osobe lišene slobode u svim državama članicama. Međutim, ponekad ako se ukaže potreba, odnosno kada postoje indicije o kršenju ljudskih prava osuđenika ili pritvorenika, komiteti dolaze u tzv. *ad hoc* posjete s ciljem sagledavanja stanja i eventualne potrebe za reagovanjem. Nakon svojih posjeta komiteti sačinjavaju svoje izvještaje o posjeti i stanju ljudskih prava dajući određene preporuke, komentare i zahtjeve za dostavljanje određenih informacija i odgovora za kojima se ukazala potreba. Više: Vranj V.: "Krivičnopravna zaštita ljudskih prava osoba lišenih slobode i stanje u praksi kaznenopopravnih zavoda u Bosni i Hercegovini", Godišnjak Pravnog fakulteta, Sarajevo, 2010. str. 526.

tvrde da su im prava po UN Konvenciji protiv torture prekršena, zatim može provoditi istrage i može razmatrati žalbe između država.

Komitet također objavljuje tumačenja sadržaja odredbi UN Konvencije protiv torture u obliku općih komentara.[6]

Radi realizacije ciljeva postavljenih UN Konvencijom protiv torture i bolje zaštite osoba lišenih slobode od torture i drugih surovih, nehumanih ili ponižavajućih kazni ili postupanja Generalna skupština UN je 18. 12. 2002. godine usvojila Opcioni protokol uz UN Konvenciju protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka.[7] Ovim protokolom predviđaju se redovne preventivne posjete domaćih i međunarodnih stručnih tijela svim institucijama za izdržavanje kazne zatvora, pritvorskim jedinicama i drugim ustanovama koje služe za smještaj osoba lišenih slobode. Nadalje, OPCAT-om se nameće obaveza uspostavljanja dva tijela u funkciji mehanizama za prevenciju torture. Riječ je o Potkomitetu za prevenciju torture, kao međunarodnom mehanizmu i Nacionalnom preventivnom mehanizmu.

Zajednički zadatak ovih tijela je zaštita osoba lišenih slobode po osnovu naredbe izdate od strane državnog organa ili na njegov podsticaj, ili uz njenu saglasnost ili pristanak. Lišavanje slobode znači bilo koji oblik pritvora ili zatvaranja ili stavljanje osoba u javno ili privatno mjesto čuvanja, koje ta osoba prema odluci sudskog, upravnog ili drugog tijela ne može svojevoljno napustiti.[8]

Zaštita od torture vrši se na način da članovi navedenih tijela vrše redovne i vanredne posjete institucijama gdje se nalaze osobe lišene slobode, o tome sačinjavaju izvještaje te daju preporuke i svoja zapažanja u tom smislu.

Potkomitet za prevenciju torture je međunarodno tijelo kojeg čine predstavnici zemalja članica. Za članove Potkomiteta biraju se osobe visokih moralnih kvaliteta, s dokazanom stručnošću u oblasti pravosuđa, posebno krivičnog prava, zatvorske ili policijske uprave, ili u drugim oblastima koje imaju veze s postupanjem s licima lišenim slobode.[9] Mandat Potkomiteta,

---

[6] Državni preventivni mehanizam za sprječavanje mučenja i drugog okrutnog, neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (NPM), Istraživački sektor Parlamentarne skupštine BiH, pripremili: Nihada Jeleč, Sena Bajraktarević i Duško Masleša, Sarajevo 2011. godine, str. 5.

[7] Ovaj protokol su UN donijele 2002. godine a stupio je na snagu 22. 6. 2006. godine. Bosna i Hercegovina ga je potpisala 24. 10. 2008. godine.

[8] Član 4 OPCAT.

[9] Član 5 OPCAT.

osim obilaska, posjećivanja i davanja preporuka državama članicama je i da sarađuje s NPM u državama članicama.[10]

U tom smislu Potkomitet za prevenciju torture:

- daje savjete i pomaže države članice, kada je to potrebno, u njihovom uspostavljanju;
- održava direktan i, ukoliko je potrebno, povjerljiv kontakt s NPM i pruža im obuku i tehničku pomoć u cilju jačanja njihovih kapaciteta;
- pruža im savjete i pomoć u procjeni potreba i sredstava potrebnih za jačanje zaštite osoba lišenih slobode od torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka;
- daje preporuke i zapažanja državama članicama u cilju jačanja kapaciteta i mandata NPM za prevenciju torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka;
- sarađuje u cilju prevencije mučenja uopšte s odgovarajućim tijelima Ujedinjenih nacija kao i s međunarodnim, regionalnim i domaćim institucijama i organizacijama koje rade na jačanju zaštite osoba od torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka.

S druge strane, države članice dužne su da prime članove Potkomiteta i omoguće im pristup svim ustanovama gdje su osobe lišene slobode, te učine dostupnim sve informacije u vezi s njima.[11]

Potkomitet za prevenciju podnosi javni godišnji izvještaj o svojim aktivnostima Komitetu protiv torture.[12]

Ovom prilikom treba reći da je 14. 4. 2011. godine Parlamentarna skupština Vijeća Evrope (VE) usvojila Rezoluciju kojom se preporučuje da sve države članice VE ratificiraju OPCAT, te da NPM bude u potpunosti nezavisan i da im se obezbijede adekvatni resursi za njihov rad.[13]

Pored navedenih instrumenata za zaštitu ljudskih prava osoba lišenih slobode ne možemo a ne spomenuti i Asocijaciju za sprječavanje mučenja[14] (ATP) koja predstavlja međunarodnu nevladinu organizaciju sa sjedištem u Ženevi. Asocijacija je prvobitno formirana kao švicarski Komitet protiv mučenja[15],

[10] Član 11 OPCAT.

[11] Član 13 OPCAT.

[12] Član 16 OPCAT.

[13] Više vidi na www.apt.ch

[14] Association for the Prevention of Torture.

[15] Formirao ju je Jean-Jacques Gautier.

koji je kasnije, 1977. godine, postao globalna Asocijacija za sprječavanje mučenja. Uloga ove asocijacije je višestruka: savjetodavna pruža pravne savjete, savjete o principima uspostavljanja i funkcioniranja NPM-a, zatim edukativna – jer vrši obuku načina i metoda posjećivanja mjesta i osoba lišenih slobode. U tu svrhu ATP sačinjava vodiče i priručnike koji pomažu državama u borbi protiv torture.

Jedan od njenih zadataka je provedba, odnosno realizacija OPCAT-a. U tom smislu, ATP je izradila priručnik pod nazivom "Uspostavljanje i određivanje nacionalnih mehanizama za prevenciju torture" iz 2006. godine.[16] Ovaj vodič ima za cilj da pruži komentare odredbi OPCAT-a u pogledu NPM-a, s mišljenjem i preporukama ATP o zahtjevima za efikasno uspostavljanje i funkcionisanje tijela.[17] Vodič se fokusira na sam proces uspostavljanja nacionalnih mehanizama; praksa koju bi nacionalni mehanizmi trebali da sprovode i prate nakon njihovog uspostavljanja je samo indirektno u njemu razmatrana.[18] Pored ovog vodiča ATP je donijela i "Priručnik za provođenje OPCAT-a" 2010. godine u kojem je obradila mnoge aspekte sprečavanja mučenja.[19]

2. Nacionalni preventivni mehanizam

Nacionalni preventivni mehanizam je definisan članom 3. OPCAT-a koji kaže da će "svaka država potpisnica uspostaviti, odrediti ili imati jedno ili više tijela koja vrše posjete radi prevencije torture i drugih surovih, nehumanih ili ponižavajućih kazni ili postupaka". Znači, NPM je nacionalno tijelo koje ima zadatak da štiti ljudska prava osoba lišenih slobode, odnosno preventivno djeluje u cilju zaštite od torture i drugih surovih, nehumanih ili ponižavajućih kazni ili postupaka. Ovu svoju ulogu ostvaruje kroz sistem redovnih i *ad hoc* posjeta, te pisanjem izvještaja i davanjem smjernica i savjeta.

---

[16] Ovom vodiču prethodio je prvi vodič APT-a o uspostavljanju nacionalnih mehanizama za prevenciju (dokument pripremljen od strane Debre Long i Sabrine Oberson u novembru 2003, koji je kasnije prerađen za publikaciju iz 2004: Priručnik za prevenciju) koji je bio pripremljen nedugo nakon usvajanja OPCAT-a od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 2002. godine. U međuvremenu se mnogo toga dogodilo, te se ukazala potreba donošenja novog vodiča. Pored ovog vodiča, ATP svakodnevno izrađuje i publikuje razne vrste informacija u vezi s uspostavom, funkcioniranjem te poteškoćama na koje nailaze države članice primjenjujući UN Konvenciju protiv torture, odnosno OPCAT. http://www.apt.ch/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=169&Itemid=250&showLang=1&lang=en

[17] Više na: www.apt.ch

[18] Za objašnjenje značaja, principa, te načina uspostavljanja NPM-a u ovom radu će posebno biti korišten ovaj vodič.

[19] Ovaj priručnik će također biti korišten u ovom radu jer je on rezultat iskustva u pogledu uspostavljanja i rada NPM-a.

Zadatke NPM-a može obavljati jedno ili više tijela za čije funkcioniranje moraju biti ispunjene određene pretpostavke:

1. Primjena principa nezavisnosti kroz: osnivanje/uspostavljanje NPM-a, izbor i rad članova, te njegovo finansiranje;
2. Posebna stručnost članova NPM-a;
3. Obavljanje posjeta samo određenim mjestima;
4. Tačno određene vrste i intenzitet posjeta, s utvrđenom metodologijom rada, koje NPM obavlja.

2.1. Princip nezavisnosti

Kao što smo rekli, funkciju NPM-a može obavljati jedno ili više tijela. Ta tijela moraju biti osnovana i obavljati svoj zadatak samo po principu nezavisnosti od državne vlasti.[20] Prema Pariškim principima: "NPM bi trebalo dati što širi mandat koji bi trebalo jasno postaviti u ustavnom ili zakonskom tekstu, pri čemu bi se specifikovali njegov sastav i sfera nadležnosti".

Ovo znači da se nacionalni mehanizam mora ustanoviti/osnovati ustavom ili zakonom koji reguliše: osnovne elemente uključujući postupak izbora, uslove službe, mandata, ovlašćenja, finansiranja i odgovornosti. Dodatna nezavisnost koja se obezbjeđuje davanjem osnova u ustavu a ne u redovnim zakonskim sredstvima, znači da će generalno ustavne osnove biti u prednosti u odnosu na obične zakonske osnove.[21] Drugim riječima, jasno je da je pravna snaga ustava ispred zakona pa se na taj način obezbjeđuje veća nezavisnost.

Na koji god način se uspostavlja, neophodno je da se temelji na principu nezavisnosti i od zakonodavne i od izvršne vlasti. U tom smislu nadzor nad radom NPM ne može vršiti vlada niti neko do ministarstva, premijer ili predsjednik države. "Jedina vlast koja bi imala mogućnost da prepravi postojanje, mandat ili ovlašćenja nacionalnog mehanizma bi trebala da bude zakonodavna vlast. Zakon bi izričito trebao da predvidi da ministri i drugi javni zvaničnici ne mogu davati instrukcije nacionalnom mehanizmu, bilo direktno ili indirektno."[22]

---

[20] Član 18 OPCAT: "Države potpisnice dužne su da garantuju funkcionalnu nezavisnost nacionalnih mehanizama za prevenciju kao i nezavisnost njihovog osoblja". Ovaj član upućuje i na principe Ujedinjenih nacija u pogledu statusa nacionalnih institucija za promociju i zaštitu ljudskih prava, koji sadrže dodatne detaljne odredbe o mjerama za očuvanje nezavisnosti ovakvih institucija. Principi koji se odnose na status i funkcionisanje nacionalnih institucija za zaštitu i promociju ljudskih prava, Rezolucija A/RES/48/134 (Aneks) Generalne skupštine UN-a od 20. decembra 1993. godine ("Pariški principi").

[21] Vodič, str. 47.

[22] Ibid.

Nezavisnost u pogledu izbora članova NPM-a ogleda se u načinu njihovog izbora i djelatnosti kojom se oni inače bave. U tom smislu članovi NPM-a ne mogu biti osobe koje obavljaju poslove u zakonodavnoj, izvršnoj niti sudskoj vlasti. Također, članovi NPM-a bi trebali da budu personalno nezavisni od izvršne vlasti u tom smislu da ne bi trebalo da imaju lične veze s vodećim političkim figurama u izvršnoj vlasti, ili sa službenicima policije, kao što su politička pripadnost, bliska prijateljstva, ili ranije profesionalne veze. Čak i ako bi predloženi kandidat stvarno postupao na nezavisan način, ukoliko se osnovano može sumnjati da može biti pristrasan, ovo bi ozbiljno moglo da kompromituje rad nacionalnog mehanizma za prevenciju.[23] Insistiranje na strogoj nezavisnosti je veoma jasno i opravdano. Naime, NPM daje preporuke i savjete organima vlasti a zatim zajednički pokušavaju iznaći načine i mjere za implementaciju preporuka koje daje NPM. Drugo, "(...) nacionalni mehanizmi će u svom radu obuhvatiti i 'povjerljive informacije' uključujući i osjetljive izjave pojedinih pritvorenika, koje se, shodno članu 21(2) OPCAT-a, smatraju kao privilegovane od objavljivanja i otkrivanja vladi".[24]

Način izbora članova NPM-a zasniva se na principu kojeg je uspostavio Pariški princip[25]. Naime, posebnim zakonom je neophodno urediti osnovne temelje načina i kriterija izbora članova NPM-a tako da se koliko je to god moguće obezbijedi nezavisnost izbora njihovih članova. Tako se zakonom treba uspostaviti: način i kriteriji imenovanja, trajanje mandata, imuniteti i privilegije, razrješenje i postupak po pravnom lijeku. Ono što je jako važno napomenuti, a što je posebno naglašeno u Vodiču, je da: "Odluku o tome ko će biti postavljen ne treba da donosi direktno izvršna grana vlasti, mada ovo ne isključuje formalno postavljenje od strane šefa države nakon suštinske odluke donesene od strane nezavisnog tijela"[26]. Znači, u tijelima za izbor članova NPM-a ne smiju učestvovati organi izvršne vlasti, ali svakako je dozvoljeno da zvanično imenovanje članova izvrši šef države ili neki ministar i sl. U suštini tijela koja vrše izbor članova NPM-a trebaju biti iz civilnog sektora kao što su nevladine organizacije, socijalne i profesionalne organizacije, univerziteti i drugi eksperti.

Tako bi se mogla osnovati posebna komisija za izbor članova NPM-a čiji bi članovi bili upravo predstavnici ovih zajednica.

---

[23] Vodič, str. 48.

[24] Vodič, str. 49.

[25] Alineja B3. Da bi se osigurao postojan mandat za članove institucije, bez kojeg ne može biti stvarne nezavisnosti, njihovo imenovanje će se utvrditi službenim aktom kojim se uspostavlja specifično trajanje mandata. Ovaj mandat može biti obnovljiv, čime se osigurava pluralizam članstva institucije.

[26] Ibid, str. 50.

Druga mogućnost je da izbor članova predvodi parlamentarni odbor/komisija (iako je ovo prikladno samo u sistemima gdje postoji efikasna institucionalna i politička odvojenost parlamenta i izvršne vlasti).

U nekim okolnostima, kao treće rješenje, konsultativni proces vođen od strane nezavisnih sudskih komisija za postavljenja takođe bi mogao predstavljati opciju za ovakav postupak.[27] Ova posljednja opcija posebno zadovoljava princip nezavisnosti zbog činjenice da se na principu nezavisnosti i nepristrasnosti upravo zasniva rad sudova.

Trajanje mandata treba biti optimalno. Međunarodni savjet za politiku o ljudskim pravima i Kancelarija visokog komesara UN za ljudska prava ukazali su da je za većinu nacionalnih institucija za ljudska prava "pet godina razuman period vremena u kome članovi mehanizma mogu biti efikasni ali ne mnogo opterećeni brigama o budućoj poslovnoj karijeri"[28]. Međutim, ono što se smatra posebno važnom preporukom je trenutak prestanka/isteka mandata. Naime, nije dobro da mandat svih članova NPM-a prestaje istovremeno zbog kontinuiteta rada i ostvarivanja svrhe postojanja NPM-a.

Pored isteka mandata, način prestanka članstva treba biti određen tako da članstvo može prestati tek ako dođe do teške zloupotrebe funkcije i to velikom većinom glasova. Na ovaj način postiže se "sigurnost mjesta člana NPM-a" i efikasniji rad samog tijela.

Privilegije i imuniteti članova NPM-a trebaju biti posebno obezbijeđeni.[29] Sama uloga i značaj NPM-a to zahtijeva. Kako je OPCAT u samo jednom članu uredio ovu oblast, za uređenje ove oblasti primjenjuje se Konvencija o privilegijama i imunitetima Ujedinjenih nacija.[30] Tako za vrijeme članstva u NPM-u i u vezi s njihovim radom u okviru NPM-a članovi imaju imunitet: od hapšenja ili drugog oblika lišenja slobode, od oduzimanja ličnog prtljaga, imunitet od oduzimanja ili pregledanja papira i dokumenata i imunitet za neometanu komunikaciju. Za vrijeme i nakon perioda članstva: imunitet u pogledu izgovorenih ili napisanih riječi ili aktivnosti u smislu vršenja dužnosti za potrebe NPM-a.

---

[27] Vodič, str. 49.

[28] Ibid, str. 51.

[29] Član 35 OPCAT: Članovi Potkomiteta za prevenciju i nacionalnih mehanizama za prevenciju imaće privilegije i imunitete koji su neophodni za nezavisno izvršavanje njihovih funkcija.
Član 21: Povjerljive informacije koje pribavlja nacionalni mehanizam za prevenciju biće zaštićene.

[30] Usvojena od strane Generalne skupštine 13. februara 1946. godine, stupila na snagu 10. februara 1949. (članovi 22 i 23.)

Finansijska nezavisnost je ključni preduslov za obezbjeđivanje nezavisnosti NPM-a. Potreba posebnog finansiranja uređena je OPCAT-om i Pariškim principima.[31] Načini obezbjeđivanja finansijske nezavisnosti zavise od niza faktora.

- Tako je neophodno obezbijediti samostalni budžet, neovisan od izvršne vlasti (npr. nekog ministarstva);
- To bi trebao biti godišnji budžet;
- Usvajao bi ga parlament;
- Zatim, obezbijediti adekvatnu kontrolu raspolaganja budžetom (s obzirom na plan rada i finansijski plan za tu budžetsku godinu) kroz periodične i godišnje finansijske izvještaje i nezavisna tijela za finansijsku kontrolu;
- Iznos budžeta zavisi od niza faktora i to: broja članova NPM-a (redovni i vanjski eksperti), broja ustanova koje treba posjetiti broj mjesta gdje su osobe lišene slobode, vrste tih mjesta, napučenost ustanova (broj osoba lišenih slobode u svakoj ustanovi u odnosu na njen kapacitet), razdaljine koje treba proputovati u cilju vršenja posjeta, učestalost posjeta i sl.

2.2. Članovi NPM-a

Biti član NPM-a velika je čast, ali i odgovornost. OPCAT traži od država članica posebne kriterije prilikom izbora članova NPM-a kako bi se zadovoljili mnogi kriteriji. Pored neovisnosti to je stručnost. U tom smislu član 18 OPCAT-a predviđa da "(...) svi članovi moraju imati relevantnu stručnost i nacionalni mehanizam mora obuhvatiti zahtijevanu različitost i balans različitih oblasti profesionalnog znanja". Specijalni izvjestilac UN-a o torturi je izjavio da je "od najvećeg značaja da države članice (...) obezbijede članstvo sastavljeno od različitih profesija" u NPM-u[32]. Stoga poštujući sve zahtjeve OPCAT-a, Pariških principa, drugih tijela UN-a možemo zaključiti da NPM treba da čine članovi koji su: nezavisni, stručni, različitih zvanja i zanimanja koja zahtijevaju poznavanje krivičnopravne oblasti i prava osoba lišenih slobode te visokih ljudskih i moralnih kvaliteta, bez obzira na to da li su stalni članovi ili vanjski eksperti koji se angažiraju po potrebi.

---

[31] Član 18 OPCATA-a: Države potpisnice se obavezuju da stave na raspolaganje neophodna sredstva za funkcionisanje nacionalnih mehanizama za prevenciju.
Pariški principi B2. Nacionalna institucija treba da ima infrastrukturu koja odgovara lakom vršenju njenih aktivnosti, a posebno, adekvatnom finansiranju. Svrha ovog finansiranja bi trebalo da bude da omogući instituciji da ima svoje osoblje i prostorije, kako bi bila nezavisna od vlasti i kako ne bi bila objekat finansijske kontrole koja može uticati na njenu nezavisnost.

[32] Vodič, str. 60.

Preporuka AST je da članovi NPM-a trebaju imati sljedeće sposobnosti i profesionalna zanimanja:[33]

- pravnici (posebno s poznavanjem nacionalnih i međunarodnih propisa o ljudskim pravima, krivičnog prava, zakona koji se tiču izbjeglica i azilanata i u nekim slučajevima i humanitarnog prava),
- doktori (uključujući, ali se ne ograničavajući na, specijaliste iz oblasti sudske medicine),
- psiholozi i psihijatri,
- osobe s prethodnim profesionalnim iskustvom u policiji, administraciji zatvora i psihijatrijskih ustanova,
- predstavnici nevladinih organizacija,
- osobe s prethodnim iskustvom u oblasti vršenja posjeta zatvorima,
- osobe s prethodnim iskustvom u radu s posebno ranjivim grupama (kao što su migranti, žene, maloljetnici, lica s fizičkim ili psihičkim nedostacima, starosjedioci, i predstavnici nacionalnih, etničkih, vjerskih ili jezičkih manjina),
- antropolozi,
- socijalni radnici.

Kao što je i za očekivati, posebno treba zahtijevati poštivanje principa jednakosti spolova, etničke jednakosti, te zastupljenosti manjina.

2.3. Mjesta/ustanove koje članovi NPM-a mogu posjećivati

NPM kao nezavisno tijelo ima mogućnost posjećivanja svih ustanova u kojima su osobe lišene slobode. Ovako široko postavljena "nadležnost" NPM može dovesti u dilemu u kojim sve ustanovama članovi NPM mogu provjeravati pojavu torture u jednoj državi?

Prema OPCAT-u[34] svaka država potpisnica dozvoliće posjete "svakom mjestu pod njenom nadležnošću i upravom, gdje se nalaze ili se mogu nalaziti osobe lišene slobode bilo po osnovu naredbe izdate od strane državnog organa ili na njegov poticaj, ili uz njenu saglasnost ili pristanak". U stavu 2. objašnjeno je da lišavanje slobode znači bilo koji oblik pritvora ili zatvaranja ili stavljanje osobe u javno ili privatno mjesto čuvanja, koje ta osoba prema odluci sudskog, upravnog ili drugog tijela ne može napustiti svojevoljno. Također treba imati na umu da se radi o ustanovama u kojima su smještene

[33] Ibid.

[34] Član 4.

maloljetne ili punoljetne osobe, žene ili muškarci, kao i pripadnici različitih vjerskih ili etničkih manjina.

Da bi otklonili dilemu koja bi to mogla biti mjesta, ATP je navela primjere[35]:

- zatvorske ustanove
- ustanove za izvršenje mjere pritvora
- policijske stanice
- prihvatni centri/istražni zatvori
- granične policijske prostorije i tranzitne zone na graničnim prelazima, međunarodnim lukama i aerodromima,
- pritvorska mjesta za imigrante i azilante,
- psihijatrijske ustanove,
- prostorije službi sigurnosti ili obavještajnih službi (ukoliko su ovlašćeni da vrše pritvor),
- pritvorske prostorije pod vojnom nadležnosti,
- mjesta za upravni pritvor,
- prevozna sredstva za prevoz zatvorenika (policijski kombi npr.),
- brod ili avion registrovan u državi, i možda struktura koja počiva na kontinentalnom grebenu relevantne države potpisnice.

Postavljaju se pitanja ekstenzivnog tumačenja člana 4 OPCAT-a te definicija "pritvorskih mjesta"[36] kako se to koristi kao zajednički naziv za sva mjesta gdje se nalaze osobe lišene slobode. Tako se smatra da spomenuta pritvorska mjesta nisu samo mjesta u kojima se nalaze osobe po "službenom naređenju" već pokriva druge oblike lišenja slobode, a čiji osnov nije sudska odluka ili odluka nekog drugog državnog organa. Ovaj zaključak je dalje ojačan činjenicom da definicija iz člana 4 izričito predviđa i mjesta u kojima se osobe "mogu lišiti slobode". Stoga neka zakonodavstva izričito predviđaju da članovi NPM-a mogu obilaziti svako mjesto ili objekat za koji se sumnja da se u njemu nalazi neka osoba nelegalno lišena slobode.[37]

Kako god da bi se otklonile eventualne dileme koja sve mjesta članovi NPM-a mogu posjećivati, neophodno je da se to precizno uredi zakonom svake države. Stoga posebna preporuka ATP-a u tom smislu je da: Propisi za implementaciju ne bi trebali doslovno da usvoje tekst člana 4(2)OPCAT-a iz

[35] Više vidi Vodič, str. 26.

[36] Radi preciznijeg objašnjenja pod pritvorskim mjestima u kontekstu OPCAT-a podrazumijevaju se sva mjesta gdje su osobe lišene slobode.

[37] Takvo rješenje npr. ima Uganda, više vidi Vodič, str. 30.

razloga što on unosi nepotrebnu dvosmislenost. Važni koncepti koji se mogu izvući iz člana 4(2) su ti da nacionalnim mehanizmima mora biti omogućeno da posjete mjesta kojima rukovode privatna preduzeća, i da lišenje slobode znači, u suštini, da lice ne može svojevoljno napustiti mjesto.[38]

2.4. Posjete, vrste i učestalost

Podsjećanja radi ponovićemo šta je cilj OPCAT-a definisan u čl. 1. a to je da se njime uspostavi sistem redovnih posjeta od strane nezavisnih međunarodnih i domaćih tijela mjestima na kojima se nalaze lica lišena slobode, radi prevencije torture i drugih surovih, nehumanih ili ponižavajućih kazni ili postupaka.

Iz same definicije proizlazi da je cilj OPCAT-a prevencija od torture koja se obezbjeđuje kroz posjete domaćih i međunarodnih tijela.

Analizom kompletnog OPCAT-a, Pariškim principima, preporukama i smjernicama koje daju ATP i druga međunarodna tijela, te posebnim smjernicama koje su navedene u Priručniku za provođenje OPCAT-a iz 2010. godine, možemo reći da NPM obavlja:

1. redovne detaljne posjete: periodične i po pritužbama,
2. *ad hoc* posjete,
3. tematske posjete – ciljane posjete određenim mjestima.

Kad kažemo **redovne detaljne posjete** govorimo o tzv. detaljnim posjetama koje obavljaju članovi NPM-a prema svome redovnom planu i programu rada i posjete koje mogu biti inicirane i konkretnim događajem (žalbom, inicirane od strane vlasti i sl.).

Redovne, detaljne posjete svoj prevencijski cilj ostvaruju na dva načina. Prvi je konstruktivni dijalog sa službenicima, zasnovan na detaljnim preporukama kao rezultat nezavisnih i stručnih analiza propisa i principa na kojima počiva sistem lišenja slobode konkretne države. Drugi način je zastrašivanje, zasnovano na povećanoj vjerovatnoći otkrivanja slučajeva torture u budućnosti kroz posmatranja iz prve ruke, koja počinioci neće moći lako izbjeći putem prijetnji pritvorenicima da ne dostavljaju formalne pritužbe.[39]

Ad hoc posjete obavljaju se uglavnom između redovnih posjeta. Na ovaj način se osigurava da osobe lišene slobode neće biti izložene nekoj vrsti torture radi "otvorenog razgovora" s članovima NPM-a prilikom redovnih posjeta.

[38] Vodič, str. 32.

[39] Više vidi Vodič, str. 24.

Također svrha *ad hoc* posjeta je i uvid u poštivanje preporuka prethodno datih od strane članova NPM-a. Isto tako ove posjete mogu biti inicirane nekim događajem ili određenim sumnjama u korektnost rada osoblja u konkretnoj ustanovi i sl. Njihova nepredvidivost ima poseban prevencijski efekat.

Tematske posjete su posjete koje obavljaju specijalizovani timovi ciljanim mjestima. Ovdje govorimo o posjetama ustanovama gdje su smještene posebne kategorije ljudi npr. odjeli zatvora gdje su smješteni zatvorenici s dugotrajnom kaznom zatvora, ili posjete posebnim ustanovama s obzirom na njihovu namjenu npr. posjete disciplinskim centrima gdje su smješteni maloljetnici, zdravstvenim ustanovama gdje su smješteni psihički bolesnici itd.

Učestalost posjeta zavisi od niza faktora: broja ustanova, broja osoba lišenih slobode, pritužbi itd. Kada su u pitanju redovne posjete optimalno je jedna do tri posjete godišnje u zavisnosti od vrste ustanove (češće npr. zatvorima i ustanovama gdje su smještene maloljetne osobe) dok ustanovama u kojima je rizik od torture smanjen (rezidencijalne ustanove npr.) mogu se planirati rjeđe posjete.

Metod rada NPM-a u toku posjeta je metodologija koja se inače primjenjuje tokom posjeta, uključujući privatne intervjue s osobama lišenim slobode, pregled registara i provjeru informacija, analiziranje menadžmenta i administracije pritvorskih jedinica za vrijeme posjeta, analiza javnih politika i zakonskog i institucionalnog okvira.[40]

4. Neka uporednopravna rješenja

S obzirom na to da je OPCAT stupio na pravnu snagu 2006. godine, dosada ga je ratificiralo 57 država a njih još 23 postale su njegove potpisnice. Od ukupno 57 država koje su ratificirale OPCAT njih 32 su i uspostavile NPM-ove[41].

U tekstu koji slijedi pokušat ćemo predstaviti način na koji je organizovan NPM i rezultate rada nekoliko država, a kriteriji odabira država su prije svega raspoložive informacije i zajedničke pravne tekovine.

---

[40] "Državni preventivni mehanizam za sprječavanje mučenja i drugog okrutnog, neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (NPM)", str. 14.

[41] Ibid, str. 55. Više: "Procjena potreba za uspostavljanjem nacionalnih preventivnih mehanizama protiv mučenja za Bosnu i Hercegovinu", kojeg je napisala Viktorija Ruždić Tokić, uz podršku OSCE Misije u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 2010. godine, str. 11.

4.1. Savezna Republika Njemačka

Kao dobar primjer uspješnog organizovanja NPM-a u Evropi je NPM Savezne Republike Njemačke. U Saveznoj Republici Njemačkoj OPCAT je stupio na snagu 3. 1. 2009. godine. S obzirom na raspored nadležnosti između saveznih organa vlasti i pokrajinskih organa vlasti, NPM je formiran kao Državna agencija za sprečevanje mučenja. Ovako organizovan NPM sastoji se iz dva tijela:

1. Savezna agencija za sprečavanje mučenja, za nadležnost države (mjesta lišenja slobode pod nadležnošću Saveznih oružanih snaga, Savezne policije i Carinske uprave)[42]
2. Zajednička komisija pokrajina, za nadležnost pokrajina[43]

Između države i pokrajina potpisan je Administrativni ugovor o Državnoj agenciji za sprečavanje mučenja. U radu Državnoj agenciji pomaže sekretarijat koji se nalazi u njemačkom Centru za kriminologiju, akademskoj ustanovi koju zajednički finansiraju država i pokrajine. Na čelu agencije nalazi se direktor.

Njemačka je primjer države koja ima složenu organizaciju NPM-a gdje dva tijela na različitim nivoima, državnom i na nivou pokrajina, obavljaju posjete gdje su osobe lišene slobode.

4.2. Republika Hrvatska

U Republici Hrvatskoj je 28. 1. 2011. godine stupio na snagu Zakon o preventivnom mehanizmu za suzbijanje mučenja i drugog okrutnog, neljudskog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja (Zakon o NPM-u)[44]. U skladu s ovim zakonom donesen je i Pravilnik o postupku imenovanja i načinu rada predstavnika udruga i predstavnika akademske zajednice u nacionalnom preventivnom mehanizmu za sprečavanje mučenja i drugih okrutnih, neljudskih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja čiji je predmet propisivanje načina rada predstavnika i neovisnih stručnjaka u NPM-u.

Prema ovom Zakonu o NPM tijelo nadležno za obavljanje poslova NPM-a je pučki pravobranitelj (ombudsmen) uz kojeg te poslove obavljaju i dva pred-

---

[42] Agencija je uspostavljena u novembru 2008. a počela je s radom 1. 5. 2009. godine. Više: "Državni preventivni mehanizam za sprječavanje mučenja i drugog okrutnog, neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (NPM)", Istraživački sektor Parlamentarne skupštine BiH, str. 45.

[43] Ova komisija uspostavljena je ugovorom između 16 pokrajina i počela je s radom 24. 9. 2010. godine.

[44] Narodne novine Republike Hrvatske 18/11.

stavnika udruženja registrovanih za obavljanje djelatnosti s područja zaštite ljudskih prava i dva predstavnika akademske zajednice. Pored navedenih pučki pravobranitelj može angažirati i druge neovisne stručnjake u skladu s članom 18 OPCAT-a[45].

O svom radu pučki pravobranitelj jedanput godišnje (do 1. srpnja tekuće godine za prethodnu godinu) obavještava Hrvatski sabor. Između ostalog pučki pravobranitelj treba da održava kontakt s Potkomitetom za prevenciju torture u smislu upućivanja informacija i održavanja sastanaka.

4.3. Albanija

Albanija je OPCAT ratificirala u julu 2007. godine a NPM je počeo s radom u januaru 2008. godine. NPM je formiran u sklopu Jedinice za prevenciju torture pri Uredu ombudsmena Republike Albanije. U navedenom uredu stalno je zaposleno 5 službenika i to pravnika, a ostavljena je mogućnost povremenog angažiranja još pravnih stručnjaka odnosno članova NVO-a.

Podaci o radu NPM-a Albanije navedeni su u jednom istraživanju iz 2010. godine.[46]

Prema tim podacima u 2009. godini NPM je napravio 148 posjeta i to 23 zatvora, 40 policijskih stanica, 10 psihijatrijskih bolnica, 10 bolnica za infektivne bolesti – zatvoreni odjeli, 10 vojnih baza (prostorije za izolaciju za izvršenje disciplinske mjere), 5 centara za azilante i ilegalne imigrante, 4 tranzitne prostorije na aerodromima i lulama, 1 instituciji za maloljetnike.

4.4. Slovenija

U Sloveniji je 1. 1. 2007. godine stupio na snagu Zakon o ratifikaciji Opcionog protokola uz Konvenciju UN protiv mučenja i drugog okrutnog, neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja. Prema spomenutom zakonu državno tijelo koje predstavlja NPM je Ombudsmen za ljudska prava. Pored Ombudsmena obaveze koje ima NPM obavljaju i nevladine ili humanitarne organizacije sa sjedištem u Sloveniji. Te organizacije se biraju na osnovu javnog konkursa s kojima ombudsmen potpisuje ugovor.[47] Ombudsmen

[45] Član 2 Zakona o NPM Hrvatske.

[46] "Procjena potreba za uspostavljanjem nacionalnih preventivnih mehanizama protiv mučenja za Bosnu i Hercegovinu", kojeg je napisala Viktorija Ruždić Tokić, uz podršku OSCE Misije u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 2010. godine, str. 14.

[47] "Državni preventivni mehanizam za sprječavanje mučenja i drugog okrutnog, neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (NPM)", Istraživački sektor Parlamentarne skupštine BiH, str. 19.

za ljudska prava radi prema svom poslovniku – Poslovnik ombudsmena za ljudska prava, koji reguliše rad ombudsmena i osoba koje je on ovlastio prilikom i nakon posjeta.[48]

Prema istraživanju OSCA iz 2010. godine[49] navodi se primjer Slovenije kao jedne od država koja efikasno provodi zadatke preuzete ratifikacijom OPCAT-a i u kojem su kao primjer načina i efikasnosti funkcioniranja tog tijela predstavljeni određeni podaci rada u 2009. godini. Prikazom rada NPM-a u Sloveniji pokušavamo pokazati način i dinamiku rada ovog tijela, radi komparacije i lakšeg objašnjenja konkretnih zadataka koji stoje pred BiH oko uspostave i funkcioniranja NPM-a. Iz tog razloga posvetit ćemo veću pažnju upravo ovoj državi i načinu funkcioniranja NPM-a.

Broj mjesta za zadržavanje	**163 mjesta** i to: 1 dom za strance, 1 dom za azilante, 54 policijske stanice, 13 zatvora s kapacitetom 1400 osoba, 88 penzionerskih domova s posebnim "zatvorenim domovima" i 6 psihijatrijskih bolnica.
Broj posjeta u prethodnim godinama	**35 posjeta** u 2008. godini, 41 u 2009, za 2010. predviđeno je 50 posjeta
Budžet za 2009. (planirani i utrošeni)	**123.104 EUR** Od navedenog 71% budžeta je odvojeno za plaće, odnosno honorare, skoro 10% za materijalne troškove a 7% za NVO koje sarađuju s NPM-om.
Osoblje koje radi (stalno uposleni članovi)	4 pravnika, 1 specijalist za krivične istrage, 1 psiholog, 1 ekspert za politiku
Saradnici	3 nevladine organizacije koje su potpisale Memorandum razumijevanja s NPM-om imaju na raspolaganju 35 osoba različitih profesija, uključujući pravno i medicinsko osoblje. Oni se angažiraju kada priroda neke posjete zahtijeva njihovo specifično stručno znanje.

Iz navedenih podataka vidljivo je da je u okviru Ureda ombudsmena Slovenije formirana kancelarija Ureda ombudsmena u svrhu izvršenja zadataka u skladu s OPCAT-om. Pored direktora ima 7 stalno uposlenih članova različi-

[48] Više vidi: http://www.varuh-rs.si/

[49] "Procjena potreba za uspostavljanje nacionalnih preventivnih mehanizama protiv mučenja za Bosnu i Hercegovinu", str. 13.

tih profesija, koji obavljaju i druge aktivnosti u okviru Ureda ombudsmena. Ono što se može još zaključiti je da je od ukupno 163 mjesta za posjećivanje u 2009. godini posjećeno 41 mjesto, otprilike četvrtina. Učestalost posjeta, prema navedenom istraživanju, je: najmanje jedna posjeta godišnje svakom zatvoru, psihijatrijskoj ustanovi, centru za strance i domu za azilante. Najmanje jednom u tri godine je obavezna posjeta svakoj policijskoj stanici s pritvorskim prostorijama (prostorije za zadržavanje).

5. Bosna i Hercegovina

Bosna i Hercegovina je 24. 10. 2008. godine ratificirala OPCAT, čime je preuzela obavezu uspostavljanja jednog ili više NPM-ova. Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice BiH preuzelo je koordinirajuću ulogu u procesu uspostavljanja NPM-a, uz saradnju i podršku Misije OSCE-a u BiH i Ureda VE. Iako u oktobru 2012. godine prolazi i četvrta godina od ratifikacije OPCAT-a, aktivnosti oko uspostave NPM-a još uvijek nisu završene.[50]

Aktivnosti oko uspostave NPM-a započele su u oktobru 2009. godine. Od tada su predstavnici Ministarstva za ljudska prava i izbjeglice BiH zajedno s predstavnicima resornih ministarstava u BiH, Institucijom ombudsmena za ljudska prava BiH i predstavnicima nevladinog sektora te Misije OSCE-a i Ureda VE organizovali nekoliko okruglih stolova i konsultativnih sastanaka na temu uspostave NPM-a u BiH.[51]

Posljednji sastanak u organizaciji i uz prisustvo već spomenutih tijela održan je 20. 10. 2011. godine. Na osnovu materijala s konkretnim pokazateljima i niza diskusija konstatovano je da:

1. BiH ima dva neovisna tijela koja prate zaštitu ljudskih prava osoba lišenih slobode. To su: Nezavisna komisija koju imenuje Parlamentarna skupština BiH na osnovu Zakona BiH o izvršenju krivičnih sankcija pritvora i drugih mjera i dvije komisije Vijeća ministara i to:

[50] Obaveza država potpisnica OPCAT-a je da u roku od godine dana od dana ratifikacije uspostave NPM. Međutim čl. 24 Poglavlja V OPCAT-a ostavljena je mogućnost državama da taj rok produže za najviše još 3 godine. BiH je već iskoristila ovu mogućnost te je na taj način preuzela obavezu da do oktobra 2012. uspostavi NPM u BiH.

[51] U martu 2010. godine održan je drugi sastanak na kojem se govorilo o mogućim modelima uspostave NPM-a, te zaključeno da je neophodno napraviti analizu postojećeg stanja u BiH i upoznavanja s dosadašnjim iskustvom zemalja koje već imaju formirane NPM-ove. U tu svrhu Misija OSCE-a u BiH angažirala je vanjskog konsultanta i sačinila materijal "Procjena potreba za uspostavljanje nacionalnih preventivnih mehanizama protiv torture za BiH", a čiji rezultati obuhvataju i informacije o predvidivim finansijskim implikacijama u vezi s uspostavljanjem NPM-a, uzimajući u obzir ljudske i tehničke resurse koji bi bili potrebni u BiH.

Komisija za monitoring kazneno-popravnih zavoda (zatvora, pritvora i pritvorskih ustanova za maloljetnike) policijskih stanica i psihijatrijskih ustanova gdje su lica mimo svoje volje lišena slobode koja djeluje pri Ministarstvu za ljudska prava i izbjeglice BiH i Komisija za monitoring rezidencijalnih ustanova za smještaj i zbrinjavanje djece žrtava nasilja, trgovine ljudima, azilanata, ilegalnih imigranata, izbjeglica, starih osoba, osoba s invaliditetom i drugih ustanova prema potrebi. Međutim ni jedna od njih ne zadovoljava princip neovisnosti koji zahtijeva kako neovisnost u pogledu njihove uspostave, odabira članova tako i u pogledu finansiranja. Naime, za Nezavisnu komisiju koju imenuje Parlamentarna skupština BiH iako ima sopstveni budžet, administrativne poslove obavlja Sekretarijat Parlamentarne skupštine BiH. Drugi nedostatak jeste činjenica da njen mandat obuhvata samo osobe lišene slobode od strane Suda BiH. Komisije za monitoring Vijeća ministara nemaju sopstveni budžet te su odgovorne izvršnoj vlasti, odnosno Vijeću ministara BiH koje ih je i imenovalo.

2. S obzirom na iskustva drugih država, pogotovo država regiona, kao najprihvatljivije rješenje pokazala se uspostava NPM-a pri institucijama ombudsmena BiH.[52] Ombudsmeni su potpuno neovisna tijela, ali za konačnu uspostavu NPM-a nedostaju drugi preduslovi koji se odnose na dodatna finansijska sredstva i ljudske resurse. Stoga je predloženo da Vijeće ministara donese zaključak da se u skladu s OPCAT-om i Pariškim principima NPM uspostavi pri Instituciji ombudsmena za ljudska prava, kao zaseban odjel s odvojenim budžetom i potrebnim osobljem.
3. U odnosu na prethodno stanovište da se NPM formira pri institucijama ombudsmena predloženo je da Vijeće ministara BiH zaduži Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice da preduzme određene aktivnosti u pogledu izrade zakona o uspostavi NPM-a.

Nakon ovakvih zaključaka Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice BiH je preduzelo određene aktivnosti u pogledu formiranja radne grupe za izradu zakona o uspostavi NPM-a.

Da bi informacije o prijedlogu formiranja NPM-a bile potpune osvrnut ćemo se kratko na rezultate analize Procjena potreba za uspostavljanje nacionalnih preventivnih mehanizama protiv torture za BiH. U tabeli koja slijedi

[52] Tada se također, kao opcija predlagalo da se NPM formira od postojećih tijela za nadzor zaštite ljudskih prava, uz prethodno otklanjanje nedostataka koji povrjeđuju princip neovisnosti. Uz njih bi se moglo formirati samo jedno tijelo koje bi imalo koordinirajuću ulogu i pružalo pomoć pri realizaciji posjeta i pisanju izvještaja.

prikazane su informacije o stanju i broju ustanova u BiH u kojima su smještene osobe lišene slobode te procjene visine budžeta koji bi trebalo obezbijediti za njegovo adekvatno funkcioniranje.

Ustanove u kojima bi se trebao provoditi nadzor NPM-a u BiH:	
1. Kaznenopopravni zavodi	13 KPZ
2. Policijske stanice s pritvorskim centrima	Preko 165 stanica
3. Stanice granične policije	21 policije
4. Centri za migrante i azilante	4 centra
5. Psihijatrijske ustanove	12 ustanova
6. Rezidencijalne ustanove koje se koriste za smještaj osoba s fizičkim i mentalnim invaliditetom	ukupno 6 a to su npr. ustanove za smještaj djece s fizičkim i mentalnim invaliditetom Centri za prihvat starih i iznemoglih osoba i beskućnika i sl.
UKUPNO:	oko 235 mjesta gdje se smještaju osobe lišene slobode
Model uspostave NPM-a	Procjena godišnjeg budžeta
Postojeća tijela uz dodatno upošljavanje minimalnog broja saradnika	260.000 BAM
Formiranje novog tijela	470.000 BAM

Iz navedene tabele proizlazi da u BiH ima ukupno 235 mjesta ili ustanova u kojima bi članovi NPM obavljali određene posjete. Prema dosadašnjim evidencijama broja smještenih osoba lišenih slobode procjenjuje se da je to ukupno oko 5900 ljudi! Mora se priznati da je riječ o velikom broju osoba. S obzirom na navedeni broj ustanova i procjene mogućeg broja osoba koje bivaju lišene slobode, te prakse učestalosti posjeta pojedinim ustanovama, zaključeno je da će biti potrebno otprilike 96 dana za obavljanje posjeta: redovnih, *ad hoc* i tematskih, svim ovim ustanovama. U konačnici to znači da bi članovi NPM-a u prosjeku svaki četvrti dan trebali obavljati određene posjete. Uzmu li se u obzir pripreme za posjete te kasnije pisanje izvještaja i preporuke, jasno je da je to ozbiljan, odgovoran i intenzivan posao.

Iskorištavanje postojećih tijela koja zadovoljavaju uslove postavljene OPCAT-om uz formiranje zajedničkog ureda u kojem bi bila stalno zaposlena do 4

pravnika i najmanje 1 vozač, uz sve materijalne troškove, te troškove puta i sl. potreban je godišnji budžet oko 260.000 BAM.

S druge strane za formiranje sasvim novog tijela potreban je godišnji budžet od 470.000 BAM.

Zaključak

Nacionalni preventivni mehanizam predstavlja tijelo koje igra izuzetno važnu ulogu u obezbjeđivanju zaštite ljudskih prava odnosno prevencije od najtežeg oblika kršenja ljudskih prava osoba lišenih slobode tj. torture.

Da bi BiH ispunila sve obaveze koje je postavio OPCAT a u vezi NPM-a potrebno je napraviti tri ključna koraka:

1. Prihvatiti najbolji model koji će obezbijediti ostvarivanje principa nezavisnosti kroz formiranje NPM-a pri Instituciji ombudsmena BiH, ili kroz promjene u postojećoj legislativi otkloniti "nedostatke" postojećim tijelima koja prate zaštitu ljudskih prava (spomenute komisije) osoba lišenih slobode te na taj način obezbijediti njihovu apsolutnu nezavisnost.
2. Donijeti zakon o NPM-u kojim će se urediti njegova organizacija, način rada, prava i dužnosti njegovih članova kao i prava i dužnosti svih aktera u sistemu ostvarivanja funkcije NPM-a (državnih organa, rukovodstva ustanova/mjesta gdje su smještene osobe lišene slobode, drugih vladinih i nevladinih subjekata i sl).
3. Što prije obezbijediti uslove za konkretnu uspostavu NPM-a i omogućiti njegov rad. U prvom redu mislimo na obezbjeđivanje finansijskih sredstava u budžetu BiH, raspisivanje javnih konkursa za izbor stalnih i eksternih stručnih članova NPM-a, donošenje plana i programa njihovog rada kao i obezbjeđivanje materijalnih uslova za adekvatan rad.

Dosadašnji rad nezavisnih komisija pokazao je da kršenje ljudskih prava osoba lišenih slobode nisu rijetka pojava, a pogotovo pojava torture. Rad ovih tijela već je pokazao vidne rezultate, o čemu svjedoče i posljednji izvještaji CPT-a, što u konačnici znači da je postojanje jedinstvene, kontinuirane i nezavisne kontrole ljudskih prava osoba lišenih slobode neophodno.

Uspostavljanje i efikasno funkcioniranje NPM-a zahtijeva veće i brže reagovanje organa BiH, a doprinos koji se očekuje njegovom uspostavom bez sumnje opravdava svako ulaganje i angažman.

Korištena literatura

1. "Državni preventivni mehanizam za sprječavanje mučenja i drugog okrutnog, neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (NPM)", Istraživački sektor Parlamentarne skupštine BiH, pripremili: Nihada Jeleč, Sena Bajraktarević i Duško Masleša, Sarajevo 2011. godine
2. "Opservacije o primjeni konvencije protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja", Institucija ombudsmena Bosne i Hercegovine, Banjaluka 2010. godine.
3. Opcioni protokol uz UN konvenciju protiv torture, često postavljena pitanja, Asocijacija za prevenciju torture 2009. godina.
4. "Procjena potreba za uspostavljanje nacionalnih preventivnih mehanizama protiv mučenja za Bosnu i Hercegovinu", kojeg je napisala Viktorija Ruždić Tokić, uz podršku OSCE Misije u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 2010. godine.
5. Sijerčić-Čolić, H. Vranj, V. *Uvod u penologiju i izvršno krivično pravo BiH*, Sarajevo 2011.
6. Uspostavljanje i određivanje nacionalnih mehanizama za prevenciju torture, Asocijacija za prevenciju torture, Ženeva 2006. godine.
7. Vranj V. "Krivičnopravna zaštita ljudskih prava osoba lišenih slobode i stanje u praksi kaznenopopravnih zavoda u Bosni i Hercegovini", Godišnjak Pravnog fakulteta, Sarajevo, 2010.
8. www.apt.ch

MA Vildana Vranj
Senior Assistant

NATIONAL PREVENTIVE MECHANISM AGAINST TORTURE AND ITS ESTABLISHMENT IN BOSNIA AND HERZEGOVINA[53]

Summary

Human rights are the rights of every human being, they are absolute and inalienable. Because of the increasing phenomena of their violation, the relevant national and international bodies have resorted to a number of instruments and documents that should provide for their protection. Among these are the particularly important mechanisms that serve to protect the rights of persons deprived of their liberty. In the context of this paper, there will be mention of the Optional Protocol to the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (OPCAT) and the National Preventive Mechanism (NPM), a very important instrument, which, among other things, the protocol commits the Member States to establish. Through this mechanism, embodied in one or more bodies, the state provides protection of human rights of persons deprived of their liberty, and acts preventively against the emergence of torture as the worst form of violation. The national preventive mechanism achieves its function through continuous visits to institutions in which persons are or may be deprived of their liberty, as a result of which reports are drafted and recommendations disseminated to the specific institutions and / or the relevant state authorities. A large number of states ratified the OPCAT and established the National Preventive Mechanism. Now is Bosnia and Herzegovina's turn to do the same.

Key terms: *torture, the Optional Protocol to the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (OPCAT), National Preventive Mechanism (NPM), Bosnia and Herzegovina (BiH)*

[53] The backbone of this paper is the paper presented at the Eleventh Counseling in Criminal Law, which was held on the topic: "The Challenges of European Criminal Law – the Obligation of the State in the Area of Criminal Law". The counseling was held in the time period spanning from June 6th to June 9th, 2012 in Neum.

PRIKAZI

Mr. Amila Ferhatović
Viša asistentica

MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA "TURSKO-BOSANSKOHERCEGOVAČKI PRAVNI SIMPOZIJ"

Dana 1. 6. 2012. godine velika reforma krivičnog zakonodavstva Turske slavila je svoj 7. rođendan. Tim povodom u organizaciji Pravnog fakulteta Univerziteta u Istanbulu, Pravnog fakulteta Univerziteta kulture u Istanbulu i Pravnog fakulteta Gazi Univerziteta u Ankari održana je međunarodna naučna konferencija Tursko-njemački pravni simpozij i Tursko-bosanskohercegovački pravni simpozij. Na konferenciji su učestvovali gosti predavači iz Njemačke, gosti predavači iz Bosne i Hercegovine i domaćini, univerzitetski profesori i asistenti brojnih pravnih fakulteta u Istanbulu i Ankari.

U posljednjih 80 godina u Turskoj su se dogodile mnoge značajne promjene: monarhija je postala republika, višepartijski sistem zamijenio je jednopartijski (1950.), nakon dva državna udara koje je izvela vojska uslijedile su ustavne reforme koje su rezultirale novim ustavom koji biva prihvaćen referendumom (1982.). Godine 1987. započinje službeno pristupanje Turske Evropskoj uniji, 1999. joj se i službeno priznaje status kandidata, a pregovori službeno započinju 2005. Za sve to vrijeme Turska ulaže velike napore kako bi se prilagodila standardima Evropske unije.

Sa svim političkim i socijalnim promjenama mijenjao se i turski krivični zakon; od 1931. do 2003. pretrpio skoro 60 izmjena i dopuna. Inače, Turska je zemlja koja je u posljednjih 150 godina svoj krivični zakon uglavnom preuzimala od drugih zemalja. Države koje su historijski imale uticaj na razvoj turskog krivičnog prava su Francuska i Italija, a u posljednje vrijeme i Njemačka. Razlog tome nisu samo njemački univerzitetski profesori jevrejskog porijekla koji su za vrijeme Drugog svjetskog rata izbjegli u Tursku i predavali na turskim univerzitetima, već i činjenica da je pravna nauka Njemačke izuzetno razvijena i savremena. Nije zanemarljiva ni velikodušnost i spremnost Njemačke u pružanju brojnih naučnoistraživačkih studijskih boravaka mladim turskim istraživačima.

Posljednja velika krivičnopravna reforma Turske obuhvatila je tri zakona iz krivičnopravne oblasti: krivični zakon, zakon o krivičnom postupku i zakon o izvršenju krivičnih sankcija. Septembra 2004. godine doneseni su novi krivični zakoni, a stupili su na snagu 1. 6. 2005. godine. Od tada, pravna nauka i pravna praksa Turske slave svaku godišnjicu krivičnopravne reforme i u tom smislu organiziraju konferencije posvećene krivičnopravnoj tematici.

Tim povodom od 31. 5. do 1. 6. 2012. godine u svečanoj sali Univerziteta u Istanbulu[1] održana je međunarodna naučna konferencija. Zbog izuzetno velikog uticaja njemačkog prava na tursko, prvi dan konferencije bio je posvećen tematici komparativnopravnog aspekta turskog s njemačkim pravom. Učesnici su bili univerzitetski profesori iz Njemačke i Turske. Drugi dan konferencije bio je posvećen komparativnopravnom aspektu turskog s bosanskohercegovačkim pravom. Učesnici su bili profesori Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu i profesori nekoliko pravnih fakulteta Turske. Dok su gosti iz Njemačke bili s raznih univerziteta, važno je napomenuti da su predstavnici bosanskohercegovačkog prava bili samo s Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, što potvrđuje ulogu vodećeg pravnog fakulteta u Bosni i Hercegovini. S obzirom na to da smo bili učesnici drugog dana konferencije, ovaj prikaz će predstaviti samo drugi dio konferencije pod nazivom Tursko-bosanskohercegovački pravni simpozij. Službeni jezik konferencije bio je engleski.

Iako je konferencija održana povodom godišnjice stupanja na snagu krivičnih zakona, tematika nije bila samo krivična, već i iz drugih oblasti prava. Zamišljena je tako da se jedna pravna oblast ili jedan pojedinačni pravni institut predstavi kroz teoriju i praksu obje države. Cilj je bio da se domaćini upoznaju s našim zakonskim rješenjima, i obratno.

Pozdravnim riječima konferenciju su otvorili dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Istanbulu, prof. dr. Adem Sözüer i dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, prof. dr. Borislav Petrović.

Sesije su bile podijeljene prema pravnim oblastima. Prva sesija posvećena je krivičnom materijalnom i procesnom pravu. Moderirao ju je prof. dr. Mahmut Koca, profesor krivičnog prava Pravnog fakulteta Şehir Univerziteta u Istanbulu. Tema prve sesije bila je nastanak i razvoj materijalnog krivičnog prava u ove dvije države. Prvi referat na temu "Osvrt na nastanak, razvoj i aktuelno stanje materijalnog krivičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini" imali su prof. dr. Zvonimir Tomić i viša ass. mr. Džamna

[1] Istorija Univerziteta u Istanbulu počinje davne 1453. godine. Pravni fakultet osniva se 1880. i prvi je pravni fakultet u Turskoj.

Duman kao koautori, dok je drugi izlagač bio prof. dr. Izzet Özgenç, profesor Pravnog fakulteta Gazi Univeziteta u Ankari, s temom "Osvrt na nastanak, razvoj i aktuelno stanje materijalnog krivičnog zakonodavstva u Turskoj". Nakon dvadesetominutnih izlaganja održana je vrlo konstruktivna tridesetominutna diskusija.

Tema sljedećih izlagača bila je krivično procesno pravo. Svoj referat je predstavio prof. dr. Cumhur Şahin, profesor krivičnog i krivičnog procesnog prava Univerziteta Gazi u Ankari, s temom "Razvoj krivičnog procesnog prava u Turskoj". S obzirom na to da je profesor Şahin bio dio radne grupe koja je u devet mjeseci izradila nacrte krivičnih zakona koji su trenutno na snazi, vrlo detaljno je govorio o krivičnopravnoj reformi iz 2005. godine, o razvoju krivičnog procesnog prava u Turskoj, i najzad, veoma iscrpno predstavio važeći zakon o krivičnom postupku kroz pojedinačne pravne institute. Naredni izlagač na temu "Krivično procesno pravo u Bosni i Hercegovini" bio je prof. dr. Borislav Petrović. U kratkim crtama je predstavio reformu našeg krivičnog procesnog zakonodavstva iz 2003. godine i na osnovu prethodnih izlaganja prof. dr. Cumhura Şahina komparativno predstavio sličnosti i razlike krivičnog procesnog zakonodavstva Bosne i Hercegovine s krivičnim procesnim zakonodavstvom Turske. Zaključak koji se nametnuo i nakon diskusije je da su dva predmetna zakona vrlo slična, da su savremena i da prate evropske trendove.

Nakon pauze za ručak, uslijedila je druga sesija, također posvećena krivičnopravnoj tematici, koju je moderirala prof. dr. Refia Füsun Sokullu-Akinci, profesorica Pravnog fakulteta Univerziteta u Istanbulu. Tema ove sesije bila je "Uvjetni otpust kao institut krivičnog prava, te kao značajna kriminalnopolitička i penološka mjera kojom se vrši dopunska individualizacija kazne". Referat su imali prof. dr. Borislav Petrović i viša ass. mr. Amila Ferhatović kao koautori na temu "Uvjetni otpust u zakonodavstvu i praksi Bosne i Hercegovine". Nakon izlaganja o pojmu instituta uvjetnog otpusta, uslovima za njegovo odobrenje, opozivu i predstavljanju statističkih podataka o uslovnom otpustu u praksi Bosne i Hercegovine, uslijedilo je izlaganje prof. dr. Selmana Dursuna, profesora Pravnog fakulteta Univerziteta u Istanbulu, na temu uslovnog otpusta u Turskoj. Profesor Dursun je prateći izlaganje kolega iz Bosne i Hercegovine na isti način predstavio ovaj institut kroz zakonodavstvo Turske. Nakon izlaganja i diskusije dalo se zaključiti da su oba instituta propisana krivičnim zakonodavstvom i jedne i druge države, ali su uočene znatne razlike u pogledu uslova za odobrenje uslovnog otpusta, ali i vršenju nadzora, kontrole i pomoći nad uslovno otpuštenim osobama.

Nakon pauze za kafu uslijedila je treća sesija posvećena pravnoj historiji i državnom pravu, koju je moderirao prof. dr. Aydın Gülan, profesor Pravnog

fakulteta Univerziteta u Istanbulu. Izlaganje je imao prof. dr. Fikret Karčić na temu "Primjena modernih osmansko-islamskih kodifikacija u Bosni i Hercegovini". Profesor Karčić je kroz pravno-historijski prikaz predstavio uticaj osmansko-islamskih kodifikacija na razvoj prava u Bosni i Hercegovini. Sljedeći izlagač bio je prof. dr. Fethi Gedikli, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Istanbulu na temu "Efekti osmansko-islamskih kodifikacija u Turskoj" predstavljajući također uticaj osmansko-islamskih kodifikacija na razvoj prava u Turskoj. Naredna izlagačica sesije bila je prof. dr. Jasna Bakšić-Muftić na temu "Razumijevanje Dejtonskog ustava s aspekta ljudskih prava". Profesorica Bakšić-Muftić nije imala nimalo lagan zadatak objasniti domaćinima naš ustavnopravni sistem koji nema presedana. Posljednji izlagač ove sesije bio je prof. dr. Nihat Bulut na temu "Razumijevanje Ustava Turske s aspekta ljudskih prava". Uslijedila je vrlo konstruktivna diskusija.

Četvrta sesija posvećena je tematici privatnog prava koju je moderirao prof. dr. Halil Akkanat, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Istanbulu. Prof. dr. Meliha Povlakić imala je izlaganje na temu "Razvoj privatnog prava u Bosni i Hercegovini". Profesorica je hronološki predstavila razvoj privatnog prava u Bosni i Hercegovini s posebnim akcentom na uticaje iz drugih država na stvaranje i razvoj privatnog prava u Bosni i Hercegovini. S obzirom na to da je Tursku nedavno zahvatila i velika reforma privatnog prava (2002.), prof. dr. Zekeriya Kurşat, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Istanbulu, svoj referat posvetio je upravo toj tematici: "Novi građanski zakon, zakon o obligacionim odnosima i zakon o građanskom postupku".

U završnoj diskusiji učesnici su se složili da je konferencija bila iznimno uspješna. Za nastavnike i saradnike našeg fakulteta ovo je bila prilika da se u značajnoj mjeri upoznaju s turskim pravom, posebno krivičnim. Izuzetno zanimljivo i korisno bilo je uporediti naša i turska zakonska rješenja, jer se upravo kroz ovaj komparativnopravni pristup stiču neophodna znanja za lakše sagledavanje sličnosti i razlika, prednosti i nedostataka pojedinih pravnih instituta.

Uslijedila je ceremonija zatvaranja konferencije. Završnim riječima konferenciju su zatvorili prof. dr. Adem Sözüer, dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Istanbulu, zatim prof. dr. Borislav Petrović, dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu i prodekanesa prof. dr. Meliha Povlakić. Na svečanoj ceremoniji zatvaranja savjetovanja dogovoren je dan 6. 4. 2013. godine kao dan održavanja 2. međunarodne naučne konferencije Bosanskohercegovačko-turski pravni simpozij koja će se održati u Sarajevu. Organizatori su svim učesnicima konferencije dodijelili prigodne poklone.

Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LV – 2012., s. 489-491

Dr. Edin Halapić
Docent

DESET GODINA OD SMRTI AKADEMIKA PROF. DR. AVDE SUĆESKE

21. decebmar 2001. – 21. decembar 2011. godine

Akademik prof. dr. Avdo Sućeska rođen je 5. maja 1927. godine u Jasenici kod Rogatice. Po okončanju srednjoškolskog obrazovanja upisuje studij prava na Pravnom fakultetu u Sarajevu gdje je 1950. godine diplomirao. Po diplomiranju, tačnije 1. novembra 1950. godine izabran je za asistenta na Katedri istorije države i prava naroda Jugoslavije. Akademik Sućeska doktorirao je na Pravnom fakultetu u Beogradu 1959. godine odbranivši disertaciju pod naslovom *Ajani: prilog izučavanju organizacije lokalne uprave u Turskoj državi u XVIII i početkom XIX vijeka sa naročitim osvrtom na Bosnu i Hercegovinu*. Stručno usavršavanje nastavio je u Minhenu pri Institutu za historiju i kulturu Bliskog istoka i turkologiju kod uglednih profesora Franza Babingera i Hansa Joachima Kisslinga. Ovo usavršavanje odvijalo se tokom akademske 1962/63 godine, a 1964. godine uslijedilo je biranje u vanrednog profesora i 1969. godine u redovnog za predmet Istorija države i prava naroda Jugoslavije.

U periodu od 1968. do 1974. godine akademik Sućeska obavljao je funkciju direktora Orijentalnog instituta u Sarajevu. Funkciju dekana Pravnog fakulteta obavljao je u periodu od 1984. do 1986. godine. Za svoj dugogodišnji naučnoistraživački rad akademik Sućeska dobitnik je "Šestoaprilske nagrade" Grada Sarajeva i "Dvadesetsedmojulske nagrade" Bosne i Hercegovine. Kao kruna za znanstveni rad 3. marta 1987. godine biran je za dopisnog člana Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, a za stalnog 1995. godine.

Tokom agresije na Bosnu i Hercegovinu, akademik Sućeska je ratne 1993/94 godine poklonio Bošnjačkoj zajednici kulture "Preporod" svoju kolekciju knjiga, odnosno stručnu literaturu koju je brižljivo skupljao decenijama. Na ovaj način nastala je "Biblioteka akademika prof. dr. Avde Sućeske" koja se sastoji od 2.142 bibliografske jedinice. Ova biblioteka, a naročito kada

se ima na umu činjenica da je 17. maja 1992. godine Orijentalni institut u Sarajevu zapaljen agresorskim granatama, predstavlja neprocjenjivu vrijednost za istraživače.

Kada se govori o naučnoistraživačkom radu akademika Sućeske, onda možemo reći da je ovaj rad od asistentskih dana usmjeren na pravne i historijske nauke. Posebno mjesto pripada proučavanju državno-pravnog razvitka Bosne osmanskog doba i drugih južnoslavenskih prostora. Objavio je više od 170 naučnih članaka, rasprava, studija i prikaza. Najveći broj radova posvećen je Bosanskom ejaletu XVIII i prve polovine XIX vijeka. Posebnu pažnju privlači studija pod naslovom "Ajani: Prilog izučavanju lokalne vlasti u našim zemljama za vrijeme Turaka" objavljena 1965. godine u Sarajevu (Naučno društvo SR Bosne i Hercegovine). Spomenuta studija nastala je na osnovu bogate historijske građe kao i naučne literature. Objavljivanjem studije, akademik Sućeska ponudio je novi pogled na osmansko društvo i državu, ali i položaj bosanskih muslimana koji su do tada okarakterisani kao posebna, odnosno privilegovana kategorija stanovništva Bosanskog ejaleta. Kao nastavak studije tokom 1974. godine objavljuje se rad pod naslovom "Položaj bosanskih muslimana u Osmanskoj državi" (časopis *Pregled*) koji sadrži nove naučne rezultate koji su poslužili za rušenje pogrešnih pristupa Osmanskoj državi i društvu. Akademik Sućeska se u svojim radovima nije zadržao samo na spomenutim segmentima. Zapaženi radovi su i oni koji se odnose na status Jevreja u Bosni i Hercegovini u periodu osmanske vladavine. Svojim kontinuiranim naučnim radom akademik Sućeska se smatra pionirom naučne korekcije tj. vraćanju izvornih termina u historiografiju. Njegovi radovi prevedeni su na turski, njemački i engleski jezik. Naučni stavovi i mišljenja akademika uvažavani su od strane međunarodnih asocijacija, institucija i redakcija. Od posebnog značaja je i njegovo referisanje na Petom Kongresu historičara Jugoslavije koje se održalo u Ohridu, septembra 1969. godine. Tom prilikom, akademik Sućeska je podnio referat pod naslovom "O historijskim osnovama posebnosti bosanskohercegovačkih muslimana". Ovaj referat izazvao je veliko interesovanje domaće i međunarodne naučne javnosti. Pišući o Kongresu historičara "Frankfurter Allgemeine Zeitung" ističe da je centralna tema ovog kongresa "muslimansko pitanje". Četiri godine ranije, akademik Sućeska objavljuje udžbenik pod naslovom *Istorija države i prava naroda SFRJ* koji je doživio sedam izdanja a korišten je kao univerzitetski udžbenik i na drugim pravnim fakultetima bivše SFRJ. U svom posljednjem udžbeniku pod naslovom *Bošnjaci u osmanskoj državi* (Vijeće Kongresa bošnjačkih intelektualaca – VKBI, biblioteka Arabeska, Sarajevo, 1995), autor navodi i one teze koje su godinama osporavane, ali su na kraju prihvaćene i potvrđene od strane naučne javnosti.

Smrt akademika Avde Sućeske predstavlja nenadoknadiv gubitak, jer je njegovim odlaskom naučna javnost ostala bez vodećeg historičara, pravnika i orijentaliste. Avdo Sućeska preminuo je 21. decembra 2001. godine, a ukopan je 24. decembra 2001. godine na Gradskom groblju Bare u Sarajevu.

Dr. Edin Halapić
Docent

Fikret Karčić, *Komparativna pravna historija*

(drugo dopunjeno i izmijenjeno izdanje)
Sarajevo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2012, str. 145.

Početkom ljetnog semestra 2011/2012. akademske godine objavljuje se udžbenik pod naslovom *Komparativna pravna historija* (drugo dopunjeno i izmijenjeno izdanje) autora prof. dr. Fikreta Karčića. Autor je redovni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu. Pored komparativne pravne historije, autor je jedan od vodeći autoriteta u oblasti šerijatskog prava.[1] Za potrebe novog reformiranog nastavnog plana i programa na Pravnom fakultetu u Sarajevu autor je objavio i dva udžbenika. Prvi je *Moderne pravne kodifikacije – predavanja i zakonski tekstovi* (Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevo, Sarajevo, 2006), a drugi je *Komparativna pravna historija – predavanja i pravni tekstovi* (Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevo, Sarajevo, 2007). Za razliku od prvog izdanja, u ovom drugom izmijenjenom i dopunjenom izdanju autor je izvršio određenje izmjene kao što su tekstualne i konceptualne, zbog prilagođavanja udžbenika potrebama studenata prve godine studija. Na prvom mjestu, treba istaći da ovaj udžbenik iz 2012. godine ne sadrži pravne tekstove koji mogu u skladu s novim programom da predstavljaju poseban (izborni) predmet. Autor je u ovom udžbeniku, oslanjajući se na relevantnu literaturu novijeg datuma, proširio dio koji se odnosi na državu i pravo Mediterana, odnosno starih država. Po strukturi izlaganja udžbenik sadrži tzv. uvodni dio u kojem se nalaze osnovne napomene o predmetu Komparativna pravna historija. Autor je ovaj dio iskoristio da definira pojam pravne historije i komparativne pravne historije, vrste i razvoj. U nastavku se nalaze tri vremenska perioda i to:

[1] Od mnogih radova iz navedene oblasti možemo navesti autorove knjige: *Istorija šerijatskog prava* (Islamski teološki fakultet, Sarajevo, 1987), *Društveno-pravni aspekt islamskog reformizma* (Islamski teološki fakultet, Sarajevo – biblioteka posebnih izdanja, 1990), *Islam u Jugoistočnoj Aziji: muslimanske zajednice i institucije* (El-Kalem, Sarajevo, 1992), *The Bosniaks and the Challenges of Modernity – Late Ottoman and Hapsburg times* (El-Kalem, Sarajevo, 1999); ova knjiga objavljena je i na bosanskom jeziku pod naslovom *Bošnjaci i izazov modernosti – kasni osmanlijski i habsburški period* (El-Kalem, Sarajevo, 2004) i druge.

1. Država i pravo u oblasti Mediterana 3000. p. n. e. – 500. n. e.,
2. Država i pravo u oblasti Mediterana 500-1500. i
3. Država i pravo u Euroatlantskom regionu 1500-1900.

U pogledu strukture izlaganja materije, autor je za svaki od navedenih perioda prihvatio isti princip. Prvo se izlaže država što obuhvata historijski kontekst, organizaciju vlasti (centralni i lokalni organi), državnu ideologiju, sudove i sudski postupak. Drugi dio odnosi se na pravo, što uključuje izvore prava, koncept prava i pravde, materijalno pravo uključujući i lični status, imovinsko, porodično, nasljedno, krivično i međunarodno pravo. Na ovaj način se stiče potpuniji uvid u razvoj ne samo države, već i pravnog sistema kao i identifikovanje značajnih pravno-političkih institucija.

Prvi vremenski period (3000. p. n. e – 500. n. e.) obrađuje Mesopotamiju, Egipat, Staru jevrejsku državu i Grčki svijet, odnosno klasičnu Atinu. Na kraju svakog obrađenog vremenskog perioda nalazi se posebna tabela tj. prikaz vremenske distribucije važnijih izvora prava. Ove tabele olakšavaju orijentaciju i komparaciju razvojnih faza obrađenih država. Svi obrađeni periodu u ovom udžbeniku sadrže i popis korištene literature.

Drugi vremenski period (500–1500) obrađuje Mediteran, ali u periodu srednjeg vijeka. Tu su obrađene Bizantija, Franačka i Islamska država. Ovaj period obuhvatio je i način pravnog reguliranja društvenih odnosa nastalih s pojavom srednjeg vijeka.

Treći i posljednji obrađeni period (1500–1900) fokusira se na euroatlantski region. Za razliku od spomenutih perioda, autor se u ovom periodu bavi modernim dobom i modernim državama. Posebno mjesto pripada Engleskoj, Sjedinjenim Američkim Državama i Francuskoj. Kao što se može uočiti, prva dva perioda odnose se na region Mediterana koji se smatra kolijevkom ljudske civilizacije kao i prostorom u kojem se javljaju i prve kodifikacije prava. Udžbenik autora prof. dr. Fikreta Karčića predstavlja nezaobilaznu literaturu za spremanje ispita na prvoj godini studija, ali i veliku pomoć odnosno korist svima onima koji iskazuju interesovanje za oblast komparativne pravne historije. Ovdje treba istaći da je autor koristio jednostavan i pristupačan stil izražavanja koji je uticao na to da ovaj udžbenik posjeduje posebnu vrijednost.

Mr. Vildana Vranj
Viša asistentica

CRIME AND TRANSITION IN CENTRAL AND EASTERN EUROPE
(*Alenka Šelih, Aleš Završnik Editors, Springer*, 2012, 282 str.)

U uvodnoj raspravi o kretanju kriminaliteta i tranziciji u zemljama Centralne i Istočne Evrope urednici ove knjige prof. dr. Alenka Šelih i doc. dr. Aleš Završnik podsjetili su nas da je Czeslav Milosz, poljski nobelovac, 1959. godine objavio memoare o svojim studentskim danima. Memoari su bili naslovljeni: "Rodzinna Europa" – "The Native Realm" u standardnom engleskom prijevodu, ili više doslovno, "The native Europe". Kada je knjiga prevedena na francuski jezik, urednik francuskog izdanja sugerirao je da bi naslov trebao biti malo promijenjen u "L'autre Europe" – "The other Europe". Činilo se da se Istočna Evropa u potpunosti ne kvalificira kao "native". Mnogo godina je prošlo od tada i desile su se kolosalne promjene kako u Evropi tako i u svijetu, ali ovaj posebni osjećaj da Centralna i Istočna Evropa nisu baš evropske još uvijek se povremeno javlja. Čini se da anegdota obuhvata "l'esprit de corps", stanje duha, kada je riječ o Centralnoj i Istočnoj Evropi: mješavinu nesigurnosti, egzotičnosti i manjak znanja koji prožima većinu rasprava o njoj. Ovakav doživljaj Centralne i Istočne Evrope prisutan je i u raspravama o kriminalitetu u državama koje se prostiru tim dijelovima našeg kontinenta.

Kretanje kriminaliteta, etiologija i fenomenologija kriminaliteta i njegovo suzbijanje u zemljama Centralne i Istočne Evrope bili su tema mnogih istraživanja, kako iz regije tako i sa Zapada. Vremenom, želja da se istraže problemi s kriminalitetom i kriminalnom politikom u posljednjih 20 godina u državama Centralne i Istočne Evrope bila je polazna tačka kolektivnog projekta i napora čiji je rezultat ova knjiga. Ideja o takvom projektu inicirana je od strane istraživača s Instituta za kriminologiju Pravnog fakulteta Univerziteta u Ljubljani (tokom 2009.), na kojem se kriminološka istraživanja provode već više od 50 godina. Jedna od urednica ove knjige, prof. dr. Alenka Šelih, okupila je istraživače iz država Centralne i Istočne Evrope. Uočeno je da se istraživanje treba provesti u državama koje su – barem u nekoj mjeri – imale slična historijska iskustva i zajedničko nasljeđe: Češka Republika, Mađarska i Poljska (u jednom dijelu svoje teritorije), zajedno sa Slovenijom i Hrvatskom bile su dijelovi Austro-Ugarske monarhije tokom dužeg perioda, dok su Bosna i Hercegovina, Hrvatska, Slovenija i Srbija bile

sastavni dijelovi nekadašnje Jugoslavije. Pored očigledne činjenice da je riječ o socijalističkim državama, mnoge od ovih država dijelile su sličnu kulturu i sistem vrijednosti, uz jake historijske i geografske veze.[1]

Glavna ideja projekta bila je što potpunije predstaviti kretanje kriminaliteta u proteklih 20 godina – onako kako ih zapažamo i procjenjujemo danas; osvijetliti posebne izazove u vezi s kriminalitetom i kontrolom kriminaliteta u socijalističkom sistemu i kako se oni transformiraju buđenjem političkih promjena. S tim u vezi, projektni tim se složio da bi se odabrane teme trebale odnositi na: određene komponente kriminalne politike na koje su se promjene snažno odrazile (npr. uloga politike ili medija); one segmente sistema kontrole kriminaliteta koji su direktno iskusili velike institucionalne i operativne promjene (nadzor, policijsko djelovanje, kaznena politika); i, na kraju, ona krivična djela koja su pobudila posebnu brigu tokom posljednjih 20 godina (npr. ekonomski i organizirani kriminalitet, korupcija, trgovina ljudima, maloljetnička delinkvencija). U ovoj knjizi, ova pitanja su analizirana na dva nivoa: davanjem opšteg pregleda u državama Centralne i Istočne Evrope, a potom njihova sveobuhvatna analiza u određenoj zemlji. Kao prolog ovim analizama posebnih problema, komparativno poglavlje bavi se isključivo problemima kriminaliteta u ovim državama u cjelini.

Knjiga je sastavljena kako slijedi: uvodno poglavlje o problemima kriminaliteta u državama Centralne i Istočne Evrope iz komparativne perspektive, popraćeno studijama slučaja koje se bave posebnim izazovima kriminaliteta i kontrole kriminaliteta koji su identificirani kao tipični za regiju centralne i istočne Evrope u postsocijalističkoj tranziciji (dio I); uticaj medija na percepciju kriminaliteta, širenje straha od kriminaliteta i politizacija kriminaliteta (dio II); nadzor, policijsko djelovanje i kaznena politika (dio III); organizirani i ekonomski kriminalitet, korupcija, trgovina ljudima i maloljetnička delinkvencija (dio IV); i konačno, teoretsko poglavlje o tome šta tranzicija znači u političkom i filozofskom smislu (dio V). Autori priloga su: Alenka Šelih, Aleš Završnik, Primož Gorkič i Zoran Kanduč (Slovenija); Anna Kossowska, Konrad Buczkowski, Witold Klaus, Irena Rzeplinska i Dagmara Wozniakovska-Fajst (iz Poljske); Martin Cejp i Miroslav Scheinost (Češka Republika); Miklos Levay (Mađarska); Velinka Grozdanić i Igor Martinović (iz Hrvatske); Vesna Nikolić Ristanović (Srbija), te Hajrija Sijerčić-Čolić (Bosna i Hercegovina).

Prvi dio nosi naziv: "Promjene u kriminalitetu i kontroli kriminaliteta" (*Changes in Crime and Crime Control*) i obuhvata poglavlje pod naslovom:

[1] Odlučeno je da nekadašnja Istočna Njemačka ne treba biti uključena u projekat jer se njena transformacija nakon 1989. u potpunosti razlikovala od one u ostalim bivšim socijalističkim državama.

"Kriminalitet i kontrola kriminaliteta u tranzicijskim državama" (*Crime and Crime Control in Transition Countries*) autorice Alenke Šelih. Ovo poglavlje odnosi se na pojavu i forme tranzicija te posljedice i promjene koje su one donijele u pogledu fenomena kriminaliteta, u 20. i početkom 21. vijeka na području Centralne i Istočne Evrope. U tom smislu, spominju se tranzicije nakon Prvog svjetskog rata raspadom Austro-Ugarske monarhije, zatim promjene nakon Drugog svjetskog rata (uspostavljanje Savezne Republike Njemačke i Italije), te tranzicija šezdesetih i sedamdesetih godina u Grčkoj, Španiji i Portugalu. Kao najdublje tranzicije autorica cijeni tranzicije iz socijalizma u kapitalizam od 1989. godine. Posebno naglašava razlike između pojedinih država, te s obzirom na sve transformacije koje su pojedine države pretrpjele, autorica se posebno osvrće na one koje su direktno uticale na kriminalitet, kriminalnu politiku i kontrolu kriminaliteta. Pored toga što se bavi fenomenom kriminaliteta, navela je i niz drugih političkih promjena i posljedica koje su te promjene prouzrokovale, dajući posebnu pažnju ulozi političara i medija u tom periodu. Također, autorica u ovom dijelu posebnu pažnju posvećuje pravnom okviru i konstatuje da su učinjene velike promjene u oblasti krivičnog prava (na zakonodavnom planu i u praksi) tako što su redefinirana krivična djela i reformisan krivični postupak. Sve te promjene nastale su zbog niza uzroka koji sa sobom nose tako duboki procesi tranzicije. U zaključku svojih izlaganja autorica se pita koliko represivna ili koliko humana kriminalna politika će se voditi u budućnosti u zemljama Centralne i Istočne Evrope s obzirom na val humanizacije i zaštite ljudskih prava u krivičnopravnim sistema dosada. Ili, kakav će biti odnos efikasnosti krivičnopravnog sistema kroz represivnu kriminalnu politiku i zaštitu ljudskih prava koja je dosada ostvarena.

U drugom dijelu pod naslovom: "Politika, mediji i strah od kriminaliteta" (*Politics, Media, and Fear of Crime*) grupa autora Anna Kossowska, Konrad Buczkowski, Witold Klaus, Irena Rzeplinska i Dagmara Wozniakovska-Fajstiz obradili su temu: "Političari, mediji i društvena percepcija kriminaliteta" (*Politicians, Media, and Society's Perception of Crime*). U ovom poglavlju autori obrađuju tri međusobno povezana fenomena kao produkta opće liberalizacije i komercijalizacije medija. Riječ je o fenomenu straha od kriminaliteta, kriminalnoj politici kao političkom pitanju i uticaju medija na javnu percepciju kriminaliteta. Kako su to i autori dobro prepoznali, kriminalitet je neiscrpna i višenamjenska medijska tema koja se koristi kao moćno sredstvo u rukama politike. Autori su dali detaljni pregled uticaja medija na percepciju o kriminalitetu i straha od kriminaliteta u Poljskoj. Ovakvo "korištenje" fenomena kriminaliteta u velikoj mjeri je uticalo na poimanje nacionalne kriminalne politike.

Treći dio nosi naslov "Nadzor, aktivnosti policije i kaznena politika" (*Surveillance, Policing and Penal Policy*). U prvom poglavlju obrađena je tema pod naslovom: "Transformacija nadzora: od nacionalne (državne) sigurnosti do privatne sigurnosne industrije" (*Transformations of Surveillance: From National Security to Private Security Industry*). Autor Aleš Završnik, nove tehnološki unaprijeđene prakse nadzora smješta u socijalni i ekonomski nemir postsocijalističke tranzicije. Tehnologije nadzora se shvataju kao provođenje „politike drugim sredstvima" i kao društveno ugrađeni fenomeni. Njihova transformacija povezana je sa socijalnim, političkim, ekonomskim i kulturološkim promjenama u regiji, od kojih su neke označene kao odlučujuće za evoluciju nadzora, naročito privatizacija i denacionalizacija nekadašnjeg „zajedničkog" vlasništva, tranzicija ka kapitalističkoj i ekonomiji slobodnog tržišta i evropske integracije. Završnik prezentira neke od najznačajnijih smjena u praksama nadzora u regiji, tj. promjene u širem nadzoru gdje fokus više nije na prevenciji emigracije građana nego na reguliranju ilegalne imigracije, i nastavlja ilustrirajući cvjetanje multi i interdisciplinarnih „studija nadzora" koje su ipak propustile uzeti u obzir dešavanja u regiji centralne i istočne Evrope. Poglavlje nastoji popuniti prazninu prezentirajući neke ekvivalente studijama nadzora elaborirane u teorijama društvene kontrole koje su razvijene u regiji centralne i istočne Evrope, a potom daje kratak historijski pregled nadzora u regiji. Autor podsjeća kako je socijalistički nadzor bio fokusiran na radno intenzivan nadzor policije provođen u ime zaštite nacionalne sigurnosti, i nastavlja raspravljajući o važnoj ulozi koju je policija – centralni subjekt nadzora u socijalističkom periodu – imala u balkanskom ratu. Transformacija policijskih snaga – primarnih agenata društvene kontrole u "totalitarnim" režimima – bila je centralni zadatak s kojim su se države Centralne i Istočne Evrope suočile prilikom tranzicije iz socijalizma. O tome u četvrtom poglavlju piše Primož Gorkič u radu pod naslovom: "Policijsko nadgledanje i djelovanje i organizirani kriminalitet: paradoks tranzicije?" (*Policing Organised Crime: A Paradox of Transition?*). Autor naglašava trend ponovnog uspostavljanja policijskih snaga u skladu s idealima "demokratskog policijskog djelovanja", idealima poput služenja građanskom društvu, transparentnosti, pouzdanosti, menadžmenta integriteta, relativne autonomije i profesionalizma. Države Centralne i Istočne Evrope bile su pod pritiskom da zadovolje pragove koje su postavile "razvijene demokratije" u isto vrijeme kada je policijsko djelovanje u "starim demokratijama" počelo isticati u prvi plan "efikasnost" i "djelotvornost" u borbi protiv organiziranog kriminaliteta. Gorkič tvrdi da su nove politike i protokoli učinili kršenja ljudskih prava i principa vladavine prava više mogućim. Države Centralne i Istočne Evrope su tako slijedile primjer uspostavljajući nove organizacijske mjere za borbu protiv organiziranog kriminaliteta i

obezbjeđujući specijalna, prikrivena istražna ovlaštenja. Ironično, isti metodi i ovlaštenja koji se sada koriste u borbi protiv organiziranog kriminaliteta u velikoj mjeri liče na metode korištene za održavanje bivših "totalitarnih" socijalističkih režima. Gorkič fokusira svoju analizu na metode policijskog djelovanja u borbi protiv organiziranog kriminaliteta, koordinaciju nadležnih i specijalizovanih policijskih agencija, oduzimanje imovine i posebne (prikrivene) istražne metode. Nakon općeg prikaza policijskih reformi u izabranim državama Centralne i Istočne Evrope i detaljne analize novih organizacijskih mjera za borbu protiv organiziranog kriminaliteta i novih istražnih ovlaštenja koje su države Centralne i Istočne Evrope morale usvojiti kako bi se pridružile EU, autor zaključuje da je državama u tranziciji zajedničko usvajanje (ili prije zadržavanje) metoda zbog kojih je u socijalističkim režimima postojao strah i nesklonost prema policiji. Peto poglavlje u okviru trećeg dijela posvećeno je temi: "Kaznena politika, kriminalitet i političke promjene" (*Penal Policy, Crime and Political Change*), a autor je Miklos Levay. U ovom dijelu autor analizira "kretanje" kaznene politike u državama Centralne i Istočne Evrope u periodu tranzicije. Evidentne su oscilacije u kaznenoj politici, a usljed velikih političkih i socijalnih promjena, kaznena politika je ostala "redukcionistička" s opadanjem zatvorske stope. Nove vlasti su humanizirale i racionalizirale rigorozne koncepte kaznene politike, u kojima je tokom socijalističkih režima centralnu ulogu imalo zatvaranje, fokusirajući se na zaštitu ljudskih prava. Ipak, od početka 21. vijeka stvari se mijenjaju; autor konstatuje i analizira razloge ovakvih promjena navodeći da, iako se stopa kriminaliteta stabilizirala, kaznena politika je postala strožija i evidentan je porast zatvorske populacije. Konstatuje prisutnost fenomena "vladanje kroz kriminalitet" i kazneni populizam novih vlada, te jasno postulira da to nije "nasljeđe socijalističke prošlosti". Politički sistem fundamentalno određuje karakteristike kaznene politike i posljednja dešavanja na tom području ukazuju da je reakcija na kriminalitet postala značajno političko pitanje ne samo u Mađarskoj, nego i u drugim državama Centralne i Istočne Evrope.

Četvrti dio nosi naslov "Nove vrste kriminaliteta" (*Emerging Types of Crime*) u kojem se nalaze četiri poglavlja o: organiziranom i ekonomskom kriminalitetu (poglavlje šest), korupciji (poglavlje sedam), trgovini ljudima (poglavlje osam) i maloljetničkoj delinkvenciji (poglavlje devet). Šesto poglavlje, čiji su autori Martin Cejp i Miroslav Scheinost, odnosi se na "Organizirani i ekonomski kriminalitet: zajednički problem" (*Organized and Economic Crime: A Common Problem*). Ovi autori organizirani i ekonomski kriminalitet nazivaju "zajedničkim problemom" zemalja Centralne i Istočne Evrope. Iako je postojao i u starim režimima, ovi oblici kriminaliteta su u posljednjih 20 godina dosegli velike razmjere. Procesi koji su u razvijenim kapitalističkim

društvima trajali decenijama ili vijekovima, na ovim područjima odvijali su se unutar 20 godina (prebrza privatizacija državnog vlasništva, redistribucija, nova akumulacija kapitala i "požurena uspostava tržišne ekonomije"). Nedostatak adekvatnog pravnog i institucionalnog okvira bilo je pogodno tlo za razvoj organiziranog i ekonomskog kriminaliteta, kao što je trgovina drogom, ljudima, ukradenim automobilima i sl. Nakon općeg izlaganja o ovim vrstama kriminaliteta, autori su se posebno osvrnuli na stanje u Češkoj Republici. Na kraju zauzimaju pesimističan stav o budućem razvoju ove situacije izražavajući bojazan da tekuća ekonomska kriza može dovesti i do pogoršanja. Sedmo poglavlje posvećeno je sljedećoj temi: "Korupcija kao metafora za društva u tranziciji" (*Corruption as a Metaphor for Societies in Transition*), autora Velinke Grozdanić i Igora Martinovića. U ovom poglavlju autori polaze od pitanja zašto korupcija ima posebno mjesto u kriminalitetu tranzicijskih država. Odgovor na ovo pitanje pokušali su naći analizirajući nedostatke postsocijalističkih društava: manjak demokratskih tradicija, raspad starih institucija i vrijednosti, kao i razvoj ekonomije zadnjih 20 godina. Brzo prihvatanje i uvođenje novih instituta pod posebnim uticajem "evropskih država" također navode kao uzrok tome. Nakon općeg prikaza stanja korupcije definirajući karakteristike korupcije u Češkoj Republici, Mađarskoj, Poljskoj (i također Slovačkoj), a potom u državama bivše Jugoslavije, autori posebno analiziraju korupciju u Hrvatskoj, dajući veoma kritičku sliku o postojećem stanju. Ukazuju na državne aktivnosti u toj sferi, te da se u borbi protiv korupcije već ostvaruju određene pravne i infrastrukturne pretpostavke. Autori navode da tome svjedoče i posljednja dešavanja u Hrvatskoj, posebno sudski postupci protiv bivšeg premijera. Osmo poglavlje naslovljeno je "Trgovina ljudima između profita i preživljavanja" (*Human Trafficking Between Profit and Survival*), a autorica je Vesna Nikolić-Ristanović. Ona polazi od uzroka ekspanzije ove vrste kriminaliteta. Velike društvene promjene, ratovi, opća nesigurnost, kombinovani s geografskim položajem država Centralne i Istočne Evrope, uzroci su koji su pogodovali pojavi i širenju trgovine ljudima u ovim zemljama. U svojoj analizi autorica problem posmatra s kriminološkog, a ne viktimološkog gledišta. Dala je prikaz problema trgovine ljudima u cjelini, navodeći između ostalog podatak da su trgovci ljudima još uvijek većinom muškarci, ali da među njima ima i žena; navela je šokantan podatak da se, u slučajevima trgovine djecom, roditelji žrtava često javljaju kao počinitelji. Što se tiče uloge trgovaca, autorica pravi razliku između organizatora/investitora, trgovaca na srednjem menadžerskom nivou i amatera na niskom nivou aktivnosti. Nakon pružanja regionalnog pregleda, autorica se osvrće na situaciju u Srbiji, koju je njena geografska pozicija učinila tipičnom tranzitnom državom. Autorica daje detaljan pregled ovog problema u Srbiji: analizirane su forme u kojima

se pojavljuje trgovina ljudima; posebna pažnja posvećena je počiniteljima i njihovom kriminalnom ponašanju, kao i vođenju krivičnih postupak protiv njih. "Maloljetnička delinkvencija i maloljetničko pravosuđe u tranziciji" (*Juvenile Delinquency and Juvenile Justice in Transition*) tema je devetog poglavlja, autorice Hajrije Sijerčić-Čolić. Autorica se osvrnula na kompleksne društvene promjene u zemljama Centralne i Istočne Evrope koje su uticale na stanje maloljetničke delinkvencije na tim prostorima. Konstatuje da su proturječne procjene promjena u pogledu maloljetničke delinkvencije tokom posljednjih decenija i socijalni i ekonomski prevrat u regiji često vodili autore ka simplificiranim zaključcima o porastu maloljetničke delinkvencije i navodnom "kaznenom okretu" u sistemima maloljetničkog sudstva u regiji. Naprotiv, u ovim državama, broj krivičnih djela koje čine maloljetnici je u padu. Stoga, dramatične ekspanzije maloljetničke delinkvencije, osim 1990-ih godina prošlog vijeka, nije bilo, niti je ona do danas dostigla nivo koji imaju zemlje Zapadne Evrope. Ipak, debate u regiji fokusiraju se na druga važna pitanja vezana za maloljetničku delinkvenciju: recidivizam, veliku vjerovatnoću da će maloljetnici koji su ranije u životu započeli kriminalne aktivnosti nastaviti s istim i u kasnijoj životnoj dobi, činjenje krivičnih djela u grupama i izvršenje izrazito nasilnih krivičnih djela. Autorica smatra da ti događaji bude dilemu: da li treba slijediti koncept koji je "pravno i kulturno nasljeđe" država Centralne i Istočne Evrope ili represivnije djelovati na maloljetničku delinkvenciju. U traženju odgovora, ukazuje na jedan aspekt koji zaslužuje posebnu pažnju – dob maloljetnih delinkvenata u vezi s primjenom maloljetničkog prava. Vrijedno je pažnje da je u svim državama Centralne i Istočne Evrope dobna granica značajno niska: u Bosni i Hercegovini, Hrvatskoj, Mađarskoj, Sloveniji i Srbiji maloljetničko pravo se ne primjenjuje na djecu koja su u vrijeme izvršenja krivičnog djela imala manje od 14 godina (ili 15 u Češkoj Republici, odnosno 13 u Poljskoj). Iako je ovo simboličan indikator orijentacije sistema maloljetničkog pravosuđa, on ipak otkriva kako je "najbolji interes djeteta" bio zajednička odlika svih država Centralne i Istočne Evrope koje su nastojale sačuvati i unaprijediti poseban pristup prema maloljetnicima; pristup baziran na pružanju pomoći, ohrabrenju, rehabilitaciji, reintegraciji u društvo i restrikciji kaznenih mjera, proširujući upotrebu alternativnih mjera i restorativne pravde.

U posljednjem petom dijelu pod naslovom "Dekonstrukcija tranzicije(a)" (*Deconstructing Transition(s)*) nalazi se deseto poglavlje autora Zorana Kanduča pod nazivom: "Kriminalitet, kontrola klasa, strukturalno nasilje i društvene formacije 'u tranziciji'" (*Crime, Class Control, Structural Violence and Social Formations "In Transition"*). Baveći se ovom temom, autor obrađuje pitanje da li su koristi i štete tranzicije iz socijalizma u kapitalizam

summa summarum vodile ka progresivnom koraku naprijed ili su zapravo konstituirale historijsku regresiju. Stav autora je da odgovor na ovo pitanje zavisi od poimanja nekoliko termina: "progres", "tranzicija", "postmodernizacija", pitajući se na kraju kako su duboke promjene koje se mogu vidjeti u regiji uistinu bile pod utjecajem kriminaliteta. Vodeći kritičke rasprave o navedenim pitanjima, u zadnjem dijelu svoga izlaganja autor se fokusira na razvoj kriminaliteta u regiji u kojem markira određene aktivnosti: prevarne, koruptivne i predatorske, koje većina prihvata kao manje-više normalnim načinima bogaćenja. Ono što je još specifično za postsocijalističku tranziciju jeste širenje "tradicionalnih" kategorija kriminalaca kroz raznoliku grupu počinitelja krivičnih djela koji zauzimaju najviše pozicije u državnom aparatu, privatnim firmama i organizacijama "građanskog" društva, čiji članovi uključuju prve ministre, sudije, javne tužioce i advokate. Raspravu na istu temu autor dalje nastavlja objašnjavajući da je u posttranzicijskom mentalitetu normalna motivacija za izvršenje krivičnog djela koja je dobro usklađena sa sve više prisutnom željom sticanja novca na lak način. Na ovakav kritički način autor ispituje temelje država Centralne i Istočne Evrope, a prvenstveno temelje demokratija "prvog svijeta" koje su ove zemlje i vodile kroz sve njihove promjene.

Zaključujući ovaj prikaz želimo istaknuti da su ovom knjigom ostvareni zadaci koji su urednici zajedno s autorskim timom imali u vidu: analizirati specifične oblike kriminaliteta država u tranziciji, njihove međusobne veze, trendove, perspektive, analizirati kriminalnu politiku i politiku kontrole kriminaliteta. Kako u svom predgovoru navodi Katja Franko Aas,[2] ova proniclјiva knjiga jeste "priča" o tzv. "drugoj Evropi", ali ne iz krugova "stare Evrope" i ostatka Zapada. Tim glasovima, dobronamjernim i zainteresiranim kao što možda i jesu, često je nedostajalo "lokalno znanje" i nijanse i nisu bili u mogućnosti da vide "drugu Evropu" u njenim raznovrsnostima, složenostima i bogatstvima. Niti su ove opservacije bile oslobođene predrasuda o toj "drugoj Evropi", njenoj jadnoj prošlosti i prikladnim pravcima njene budućnosti. Zato je, kako dalje ističe Katja Franko Aas, ova knjiga marljiv pokušaj da se ispravi ta neravnoteža i da se osigura ne samo *snažniji pluralizam kriminoloških glasova* već i *raznovrsnost melodija koje se sviraju*.

[2] Katja Franko Aas je profesor kriminologije na Odsjeku za kriminologiju i sociologiju prava na Univerzitetu u Oslu, Norveška.