Godišnjak

PRAVNOG FAKULTETA U SARAJEVU

LVI

2013.

UDC 34 ISSN 0581-7471

GODIŠNJAK PRAVNOG FAKULTETA UNIVERZITETA U SARAJEVU
LVI – 2013.

YEARBOOK OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF SARAJEVO
LVI – 2013

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

Sekretar redakcije
Dr. Kanita Imamović-Čizmić

Korektura
Mirela Rožajac-Zulčić
Ivana Teronić

Tekstove na engleski prevela
Leila Kadribašić

Tehničko uređenje
University press 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

Mr. Lejla Balić
PARLAMENTARNI IMUNITET U PARLAMENTARNOM PRAVU FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE 9

Dr. Edin Halapić
DOKTRINA SUDSKE KONTROLE (JUDICAL REVIEW) *Marbury v. Madison* (1803) 29

Ednar Idriz
NEKE SPECIFIČNOSTI VANPARNIČNOG POSTUPKA U ODNOSU NA PARNIČNI POSTUPAK 53

Dr. Kanita Imamović-Čizmić
HART-SCOTT-RODINOV ZAKON I KONCENTRACIJE U AMERIČKOM MODALITETU PRAVNE REGULACIJE TRŽIŠNE KONKURENCIJE 67

Dr. Borislav Petrović, mr. Amila Ferhatović
UVJETNI OTPUST U SAVREMENOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU 89

Mr. Almedina Šabić
SMJERNICA O PRAVIMA POTROŠAČA – OČUVANJE STATUSA QUO ILI STVARNI KORAK NAPRIJED U RAZVOJU PRAVA ZAŠTITE POTROŠAČA? 115

PRIKAZI

Mr. Amila Ferhatović
MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA "BOSANSKOHERCEGOVAČKO-TURSKI PRAVNIČKI DANI" 137

Dr. Edin Halapić
"550 GODINA AHDNAME" 141

Dr. Neđo Milićević
PROBLEMI I MOGUĆNOSTI PROMJENA U USTAVNOM SISTEMU BOSNE I HERCEGOVINE 143

CONTENT

ARTICLES

Lejla Balić, MA
PARLIAMENTARY IMMUNITY IN THE PARLIAMENTARY LAW
OF THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA 9

Dr Edin Halapić
THE DOCTRINE OF JUDICIAL CONTROL
Marbury v. Madison (1803) 29

Ednar Idriz
SOME PARTICULARITIES OF NON-CONTENTIOUS
PROCEDURE WITH RESPECT TO CIVIL PROCEDURE 53

Dr Kanita Imamović-Čizmić
HART-SCOTT-RODINO ACT AND CONCENTRATION
IN THE AMERICAN MODALITY OF LEGAL REGULATION
OF MARKET COMPETITION 67

Dr Borislav Petrović, Amila Ferhatović, MA
PAROLE IN CONTEMPORARY CRIMINAL LAW 89

Almedina Šabić, MA
THE DIRECTIVE ON CONSUMER RIGHTS
– THE PRESERVATION OF *STATUS QUO*, OR
A REAL STEP FORWARD IN THE DEVELOPMENT
OF CONSUMER RIGHTS PROTECTION? 115

SURVEYS

Amila Ferhatović, MA
THE INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE
“BIH-TURKISH LAW DAYS” 137

Dr Edin Halapić
“THE 550 YEARS OF AHDNAMA” 141

Dr Neđo Milićević
THE PROBLEMS AND PROSPECTS FOR CHANGE IN
THE CONSTITUTIONAL SYSTEM OF BOSNIA AND HERZEGOVINA . 143

RADOVI

Mr. Lejla Balić
Viša asistentica

UDK: 342.534.2(497.6)
Pregledni naučni rad

PARLAMENTARNI IMUNITET U PARLAMENTARNOM PRAVU FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak

Parlamentarni imunitet institut je ustavnog prava kojim se štiti nezavisnost i autoritet parlamenta kao najvišeg organa vlasti, a razvio se u dva oblika: imunitet neodgovornosti i imunitet nepovredivosti poslanika. Imunitet neodgovornosti štiti poslanika od odgovornosti za izraženo mišljenje, stav, gestikulaciju ili glasanje u parlamentu, garantuje mu slobodu govora u parlamentu. Imunitet nepovredivosti s druge strane znači zaštitu poslanika od hapšenja i vođenja krivičnog postupka i za djela koja je učinio van svoje poslaničke dužnosti, dok saglasnost za njegovo procesuiranje ne da parlament. U zadnjih dvadesetak godina većina država članica Evropske unije prihvatila je restriktivan pristup definisanju imuniteta nepovredivosti, te se može konstatovati da se u evropskim državama pravo poslanika na imunitet nepovredivosti sužava, kao i da se imunitet neodgovornosti više ne smatra apsolutnim. U Federaciji Bosne i Hercegovine regulaciju parlamentarnog imuniteta izvršio je visoki predstavnik direktnim izmjenama Ustava FBiH i donošenjem Zakona o imunitetu FBiH. Analiza Zakona o imunitetu pokazala je da su zakonska rješenja neprecizna i manjkava, te da nisu usklađena s međunarodnim standardima parlamentarnog prava.

Ključne riječi: *parlamentarni imunitet, imunitet neodgovornosti, imunitet nepovredivosti, parlamentarno pravo, Zakon o imunitetu FBiH*

Uvod

Parlamentarni imunitet je institut ustavnog prava star preko četiri stotine godina, uspostavljen s ciljem da garantuje slobodu i nezavisnost parlamenta i da ograniči monarha u njegovoj samovolji. Demokratizaciju društva u drugoj polovini dvadesetog vijeka pratile su i promjene u ustavnom pravu, a razumijevanje i definiranje principa parlamentarnog imuniteta jedna je od njih. Imunitet neodgovornosti koji garantuje poslaniku slobodno i nezavisno vršenje zastupničke funkcije, poznaje većina ustava savremenih država.

Imunitet nepovredivosti, koji štiti poslanika od hapšenja i procesuiranja dok se parlament o istom ne izjasni, predmetom je rasprava. Naime, smatra se da je u demokratskom društvu minimalizirana mogućnost od montiranih političkih procesa i nezakonitih hapšenja, te da bi "sloboda od hapšenja" predstavljala neosnovanu privilegiju kojom se krši princip jednakosti građana. Bosna i Hercegovina država je s brojnim specifičnostima u oblasti ustavnog prava, jedna od njih su i posebne ovlasti visokog predstavnika da autonomno donosi zakone, te interveniše u ustavni sistem. Pitanje parlamentarnog imuniteta u Bosni i Hercegovini skoro u potpunosti je uređeno odlukama visokog predstavnika, koji je u želji da izbjegne zloupotrebe ovog instituta, izvan parlamentarne procedure izmijenio entitetske ustave i donio državni i dva entitetska zakona o imunitetu. Fokus analize biće na imunitetskom statusu poslanika i delegata Parlamenta Federacije BiH, jer su Zakon o imunitetu FBiH i Poslovnik Predstavničkog doma FBiH u velikoj mjeri neusklađeni, a u oba akta se mogu naći rješenja suprotna standardima uporednog parlamentarnog prava. Da bi se izvršila harmonizacija pravnih akata s međunarodnim demokratskim standardima neophodna je revizija režima parlamentarnog imuniteta. Prije svega, Parlament Federacije BiH trebao bi biti suvereni zakonodavac, a prilikom donošenja odluka voditi se ciljevima koje parlamentarni imunitet treba ostvariti, te slijediti praksu demokratskih država.

Kratki osvrt na opšta obilježja instituta parlamentarnog imuniteta

Parlamentarni imunitet institut je ustavnog prava savremenih demokratskih država, uspostavljen s ciljem da zaštiti javni interes, odnosno omogući nosiocima zakonodavne vlasti nezavisan, nesmetan i slobodan rad. U najširem značenju parlamentarni imunitet[1] je pravo pojedinca, člana zakonodavnog tijela da bude izuzet od nekih pravnih propisa koji važe za druga lica, ali ne znači trajnu derogaciju od krivične odgovornosti.[2] Međutim, iako u konkretnom slučaju štiti pojedinca, institut parlamentarnog imuniteta ima za cilj zaštitu opšteg interesa, odnosno zaštitu nezavisnosti i autoriteta parlamenta kao institucije.[3]

---

[1] Pored izraza "parlamentarni imunitet" u zemljama anglosaksonske pravne tradicije, iz koje i potiče sam institut, koristi se termin "parlamentarne privilegije". Međutim, u zemljama kontinentalnoevropske pravne tradicije izraz "parlamentarne privilegije" smatra se neprimjerenim, jer se smatra da promašuje smisao instituta. Vladan Petrov; Parlamentarno pravo, Beograd 2010, str. 83.

[2] Milenko Jovanović, Pravna priroda imuniteta u parlamentarizmu; Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd 1/1991, str. 29.

[3] Ovakvo gledište izraženo je u rezoluciji Savjeta Interparlamentarne unije iz 1976.

Parlamentarni imunitet vodi porijeklo iz Engleske tzv. kolijevke parlamentarizma, i najprije je uspostavljen kao parlamentarni običaj kojim je štićeno pravo poslanika da slobodno raspravljaju bez straha od sankcija. Sloboda govora kao elementarno pravo poslanika prvi put je formalizovana Zakonom o pravima *(Bill of Rights)* iz 1689. godine kojim je utvrđeno da su "rasprave i postupci članova parlamenta učinjeni u vršenju njihove funkcije izuzeti od svakog oblika procesuiranja izvan samog Parlamenta"[4]. Članovi Doma komuna u 15. vijeku tražili su i "slobodu od hapšenja" da bi se zaštitili od samovolje i zloupotrebe monarhovih ovlasti, a što im je zagarantovano u 17. i 18. vijeku (The Privilige of Parliament Act 1603, The Privilege of Parliament Act 1737).[5] Institut parlamentarnog imuniteta u evropskim državama počinje se širiti nakon Francuske buržoaske revolucije, tačnije nakon što ga je Rezolucijom 1790. godine institucionalizirala Nacionalna skupština.[6]

Parlamentarni imunitet je institut koji se razvio u dva oblika: imunitet neodgovornosti i imunitet nepovredivosti. U najužem smislu imunitet neodgovornosti znači da se poslanik ne može pozvati na krivičnu odgovornost za izraženo mišljenje, stav, gestikulaciju ili glasanje u parlamentu, odnosno da mu je sloboda govora u parlamentu apsolutno zagarantovana. Imunitet nepovredivosti s druge strane znači zaštitu poslanika od hapšenja i vođenja krivičnog postupka za djela koja je učinio kako u parlamentu tako i van njega, odnosno van svoje poslaničke dužnosti, dok saglasnost za njegovo procesuiranje ne da sam parlament.[7]

Zajednički imunitetu neodgovornosti i imunitetu nepovredivosti prevashodno je cilj – zaštita autoriteta i suvereniteta parlamenta. Međutim, u odnosu na druge odrednice, imunitet neodgovornosti i imunitet nepovredivosti se razlikuju (pravna priroda, modaliteti primjene, rok važenja), i sve češće se proučavaju kao dva odvojena pravna instituta.

Najznačajniji kriterij razlikovanja imuniteta neodgovornosti i imuniteta nepovredivosti je pravna priroda instituta. U vezi s tim imunitet neodgovornosti

godine: "Zaštita prava poslanika predstavlja neophodan preduslov koji poslanicima omogućava da štite ljudska prava i osnovne slobode u svojim zemljama. Pored toga, predstavnički karakter parlamenta će u mnogome zavisiti i od poštovanja prava samih poslanika."

[4] Marc Van der Hulst; The Parliamentary Mandate; Inter-Parliamentary Union, Geneva 2000, str. 66. *www.ipu.org*

[5] Vladan Petrov; Parlamentarno pravo, Beograd 2010, str. 88.

[6] Saša Šegvić i Mia Bašić, Parlamentarni imunitet – teorija, pravna regulativa i praksa u suvremenim demokratskim državama, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu 3/2012, str. 487.

[7] Branko Smerdel i Smiljko Sokol; Ustavno pravo, Zagreb 2006, str. 300.

je materijalnopravne prirode, a imunitet nepovredivosti procesnopravne prirode.[8] Naime, parlamentarna neodgovornost u najširem smislu odnosi se na zaštitu u odnosu na krivičnu, građansku, upravnu i disciplinsku odgovornost na koje poslanik uopšte ne može biti pozvan (osim disciplinske odgovornosti pred parlamentom).[9] S druge strane, parlamentarna nepovredivost je zaštita poslanika od procesuiranja, hapšenja ili izricanja sankcije sve dok mu parlamentarni dom čiji je član ne ukine imunitet.

Imunitet neodgovornosti i imunitet nepovredivosti razlikuju se po vremenskom dejstvu zaštite. U većini ustavnih sistema imunitet neodgovornosti je apsolutan u pogledu vremenskog važenja i štiti poslanike i nakon isteka mandata, dok je imunitet nepovredivosti relativnog karaktera i poslanike štiti samo u vrijeme mandata, a sve češće i samo u vrijeme zasjedanja parlamenta. Razlikovanje imuniteta neodgovornosti i imuniteta nepovredivosti temelji se na činjenici da kod imuniteta neodgovornosti krivični postupak uopšte ne može da bude primijenjen, dok se kod imuniteta nepovredivosti krivični zakon primjenjuje, ali s određenim odlaganjem, privremeno suspendira.[10]

Treća značajna razlika dva imuniteta je u odnosu na sadržaj djela. U tom smislu imunitet neodgovornosti je značajno uži i odnosi se na djela učinjena u vršenju poslaničke funkcije na sjednici parlamenta i u radu parlamentarnih odbora i komisija u cilju slobodnog vršenja parlamentarnog mandata.[11] Imunitet nepovredivosti ima širi obim zaštite poslanika, jer zaštita obuhvata sve protivpravne radnje i akte koje poslanik može počiniti kao obični građanin nevezano za njegovu funkciju.[12] Kao što je već navedeno, ova zaštita je privremenog karaktera i traje dok parlament ne ukine imunitet ili dok poslaniku ne istekne mandat.

Značaj instituta parlamentarnog imuniteta ogleda se i u činjenici da ga garantuju gotovo svi ustavni sistemi, ali u različitim oblicima vezano za predmet i sadržinu.[13] U teoriji ustavnog prava duži period dominiralo je

---

[8] Neđo Milićević, Imunitet nosilaca funkcija državne vlasti, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 2003, str. 396.; Vladan Petrov, Parlamentarno pravo, Beograd 2010, str. 84.

[9] Vladan Petrov, Ibid, str. 86.

[10] Svetozar Čilić, Imunitet nepovredivosti u ustavima nekih evropskih zemalja u tranziciji, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 4/2012, str. 339.

[11] Irena Pejić, Parlamentarno pravo, Niš 2006, str. 66.

[12] Saša Šegvić i Mia Bašić, Parlamentarni imunitet – teorija, pravna regulativa i praksa u suvremenim demokratskim državama, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu 3/2012, str. 488.

[13] Detaljno o državama čiji ustavi garantuju parlamentarne imunitete i modalitetima primjene u: Marc Van der Hulst; The Parliamentary Mandate; Inter-Parliamentary Union,

mišljenje da se autoritet i suverenitet parlamenta mogu adekvatno zaštititi samo ako poslanici uživaju puni parlamentarni imunitet. Preovladavao je stav da imunitet neodgovornosti ne štiti dovoljno poslanika, te da izvršna vlast može zloupotrijebiti poziciju montirajući političke procese i hapšenjem poslanika radi sprečavanja da prisustvuje sjednicama parlamenta.[14] Mada je institut parlamentarnog imuniteta i dalje široko prihvaćen i ima jasnu ulogu u demokratiji, globalni trend upućuje na neophodnost usavršavanja tog koncepta.[15] U tom smislu, može se reći da se imunitet neodgovornosti i imunitet nepovredivosti sve češće odvojeno definišu i primjenjuju, kao i da je evidentno da iako uporednopravna regulativa imuniteta neodgovornosti nije jednoobrazna, ona ima više zajedničkog nego regulativa imuniteta nepovredivosti. Naime, dok se imunitet neodgovornosti smatra demokratskim standardom, imunitet nepovredivosti se sve češće označava kao recidiv nekih prošlih vremena, prevaziđenim u demokratskom društvu, pa čak i oblikom diskriminacije. U prilog navedenom ide i činjenica da je većina država članica Evropske unije devedesetih godina 20. vijeka prihvatila restriktivan pristup u definisanju imuniteta nepovredivosti, te se u evropskim državama pravo poslanika na imunitet nepovredivosti značajno sužava.[16]

Izvori parlamentarnog prava i parlamentarni imunitet u Federaciji Bosne i Hercegovine

Parlamentarno pravo predstavlja dio, sekundarnu granu ustavnog prava, koja se u najširem smisli bavi pravnim i (ne)pravnim pravilima koja se tiču parlamenta, ali i njegovog odnosa s drugim institucijama,[17] odnosno proučava funkcionisanje i organizaciju parlamenta kao predstavničkog i zakonodavnog organa u sistemu podjele vlasti.[18] Izvori parlamentarnog prava podudaraju se s izvorima ustavnog prava, te su to prije svega ustav i odgovarajući zakoni.

Geneva 2000, na: www.ipu.org, McGee S; Rules on Parliamentary immunity in the European Parliament and Member States of the European union, Final draft; ECPRD c/o European Parliament, Brussels, 2001. dostupno na: http://www.ecprd.org

[14] Svetozar Čilić, Imunitet nepovredivosti u ustavima nekih evropskih zemalja u tranziciji, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 4/2012, str. 336.

[15] Ka razvoju međunarodnih standarda u demokratskim parlamentima, januar 2007, str. 15, dostupno na: www.ndi.org/files/2263_hr_parlament

[16] McGee S; Rules on Parliamentary immunity in the European Parliament and Member States of the European union, Final draft; ECPRD c/o European Parliament, Brussels, 2001. dostupno na: http://www.ecprd.org

[17] Vladan Petrov, Parlamentarno pravo, Beograd 2010, str. 13.

[18] Irena Pejić, Parlamentarno pravo, Niš 2006, str. 1.

Ipak, u uporednom parlamentarnom pravu, iako hijerarhijski ne najviši, parlamentarni poslovnici su veoma važni izvori parlamentarnog prava.[19] Naime, ustavi definišu principe strukturiranja parlamenta, nadležnosti, načine odlučivanja i principe pravnog statusa poslanika. Skupštinski poslovnik predstavlja poseban normativni akt kojim se uređuje najveći broj pitanja koja se odnose na unutrašnju strukturu parlamenta, pitanja parlamentarnog rada, te modaliteti primjene ustavnih pravila.[20]

U bosanskohercegovačkom pravnom sistemu legislacija parlamentarnog imuniteta je izvršena na državnom i na entitetskom nivou i odvijala se u dvije faze. Na nivou Bosne i Hercegovine pitanje parlamentarnog imuniteta prvi put je uređeno Zakonom o imunitetu (Službeni glasnik BiH, br. 1/97 i 3/99) koji je imao dosta ekstenzivan pristup imunitetu.[21] U Federaciji BiH, parlamentarni imunitet nije bio tretiran posebnim zakonom već je bio uređen Ustavom Federacije BiH (Službene novine Federacije BiH 1/94).[22] Smatrajući da su tadašnja rješenja[23] neadekvatna i neprecizna, visoki predstavnik je u oktobru 2002. godine proglasio novi državni i dva entitetska zakona o imunitetu.[24] Također, visoki predstavnik je donio amandmane kojim je izmijenio odredbe Ustava Federacije BiH (amandmani LXIV i LXVII

[19] "Pravna snaga pravnog akta nije dovoljno mjerilo za određenje njegovog stvarnog značaja u ustavnom poretku. Još su stari poznavaoci parlamentarnog prava ukazivali na veliki ustavni i politički značaj parlamentarnog poslovnika." Vladan Petrov, Parlamentarno pravo, Beograd 2010, str. 23.

[20] Irena Pejić, Parlamentarno pravo, Niš 2006, str. 5.

[21] Osim nosilaca zakonodavne funkcije, Zakon o imunitetu (Službeni glasnik, broj 1/97) predviđao je imunitet u krivičnom i građanskom postupku i za nosioce izvršne vlasti u BiH, sudije Ustavnog suda BiH, te guvernera i članove Upravnog odbora Centralne bake. Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o imunitetu (Službeni glasnik 3/99) pravo na imunitet od građanske i krivične odgovornosti predviđeno je i za "sve službenike i druge uposlene osobe" u centralnim organima državne vlasti, i to ne samo za radnje dok vrše poslove, već i na putu između institucija i mjesta boravka.

[22] Ustavne odredbe, a samim tim i odredbe poslovnika bile su neprecizne, a Parlament je zastupao jedno široko tumačenje instituta imuniteta, što je dovelo do apsurdne situacije da se za bilo koje krivično djelo priznavao imunitet jer je učinjeno u vršenju svoje funkcije. Neđo Milićević, Imunitet nosilaca funkcija državne vlasti, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 2003, str. 401.

[23] Više o rješenjima koje je predviđao Zakon o imunitetu BiH iz 1997. godine, imunitetu nosilaca javnih funkcija u FBiH, te o statusu lica koja su bila zahvaćena izmjenama zakona kod: Neđo Milićević, Imunitet nosilaca funkcija državne vlasti, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 2003, str. 396.; Sead Bahtijarević, Imunitet i zaštita ljudskih prava u praksi Ustavnog suda, 131–152.

[24] Zakon o imunitetu Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik, br. 32/02); Zakon o imunitetu Federacije BiH (Službene novine Federacije BiH br. 52/02); Zakon o imunitetu Republike Srpske (Službeni glasnik RS, br. 69/02).

na Ustav FBiH) i Republike Srpske (amandman XCIII na Ustav RS),[25] a dotadašnje odredbe o imunitetu stavio van snage. Navedene odluke[26] visokog predstavnika i rješenja koja su njima uspostavljena predstavljaju drugu fazu, odnosno aktuelna rješenja pravne regulacije instituta parlamentarnog imuniteta u BiH.

Kao što je u uvodu naznačeno, fokus analize bit će federalni Zakon o imunitetu i poslovnici Predstavničkog doma i Doma naroda Federacije BiH. Visoki predstavnik je državni i entitetske zakone o imunitetu donio u paketu i rješenja koja zakoni predviđaju su jednaka, stoga se većina komentara vezanih za odredbe Zakona o imunitetu Federacije BiH (u daljem tekstu Zakon) može primijeniti i u odnosu na Zakon o imunitetu BiH i Zakon o imunitetu RS. Zakonom o imunitetu FBiH tretiran je i imunitet nosilaca izvršne vlasti u Federaciji BiH, ali zbog ograničenja prostora i potrebe ulaženja u dublje analize tog aspekta imuniteta, u ovom ga se tekstu nećemo dotaći.

Osim Zakona koji sadrži najviše normi kojim je uređen parlamentarni imunitet, važan pravni izvor je Pravilnik o nadležnosti i načinu rada sudova prilikom rješavanja pitanja imuniteta i krivičnom i parničnom postupku[27] (u daljem tekstu Pravilnik), koji je u skladu sa Zakonom donijelo Federalno ministarstvo pravde. Iz ugla uporednog prava, ovaj pravilnik predstavlja jedan specifičan izvor, jer u drugim pravnim sistemima ministarstva kao organi uprave ni na koji način ne regulišu institut parlamentarnog imuniteta.

U uporednom pravu ustav utvrđuje sadržaj i obim parlamentarnog imuniteta, a detaljne odredbe o primjeni imuniteta neodgovornosti i imuniteta nepovredivosti definišu poslovnici parlamentarnih tijela. U Federaciji BiH odredbe o

---

[25] Odluka o izmjenama i dopunama Ustava Federacije BiH (Službene novine FBiH, br. 52/02) i Odluka o izmjenama i dopunama Ustava Republike Srpske (Službeni glasnik RS, br. 69/02).

[26] Odluke koje je donio visoki predstavnik temelje se na članu V Aneksa 10 (Sporazum o provedbi civilnog dijela Mirovnog ugovora) Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, prema kojemu je visoki predstavnik konačni autoritet u zemlji glede tumačenja Sporazuma o provedbi civilnog dijela Mirovnog ugovora kao i na XI.2 Zaključcima Konferencije za provedbu mira održane u Bonu 9. i 10. decembra 1997. godine, u kojem je Vijeće za provedbu mira podržalo namjeru visokog predstavnika da iskoristi svoj konačni autoritet u zemlji u vezi s tumačenjem Sporazuma o provedbi civilnog dijela Mirovnog ugovora, kako bi pomogao u iznalaženju rješenja za probleme "donošenjem obvezujućih odluka, kada to ocijeni neophodnim", o određenim pitanjima, uključujući "mjere kojima se osigurava provedba Mirovnog sporazuma na cijelom području Bosne i Hercegovine i njenih entiteta".

[27] Službene novine Federacije BiH br. 01/03.

parlamentarnom imunitetu za članove Predstavničkom doma veoma detaljno razrađuje Poslovnik Predstavničkog doma Federacije BiH[28] (u daljem tekstu Poslovnik). Što se tiče delegata federalnog Doma naroda, njihov status je regulisan Poslovnikom Doma naroda Federacije BiH.[29]

Parlamentarni imunitet prema Zakonu o imunitetu Federacije BiH

Ustavom Federacije BiH, članom 13[30] utvrđeno je da članovi i delegati zakonodavnih organa Federacije ne podliježu krivičnopravnoj ni građanskopravnoj odgovornosti za radnje koje čine u okviru svojih dužnosti u zakonodavnim organima Federacije. Zakon,[31] koji je također svojom odlukom donio visoki predstavnik, sadrži gotovo identičnu odredbu. U uporednom pravu, formulacija da "zastupnik neće biti odgovoran za sve radnje koje izvrši u okviru svoje funkcije", podrazumijeva da poslanici uživaju zaštitu slobode govora, odnosno da ne mogu biti pozvani na odgovornost za glasanje, govor na sjednici parlamenta, za sadržinu zakonodavnih prijedloga koje podnosi[32] i sl. Dakle, prema principima uporednog parlamentarnog prava, Ustavom FBiH i Zakonom, članovima zakonodavnih tijela u Federaciji BiH garantuje se imunitet neodgovornosti. Imunitet nepovredivosti kao zabrana hapšenja i procesuiranja poslanika za djela koja su učinili van funkcije zakonom nije predviđena. Ipak, prof. Milićević u svom dosta kritičkom osvrtu, tvrdi da formulacijom "za bilo koji postupak izvršen u okviru dužnosti" nije napravljen diferenciran pristup između imuniteta neodgovornosti i imuniteta nepovredivosti. U vezi s tim, prof. Milićević smatra da je Zakon moguće protumačiti na način da se poslanici na imunitet mogu pozvati ne samo za izraženo mišljenje i dati glas već i za "nedozvoljene radnje i krivična djela". Prof. Milićević smatra da je utvrđivanjem zabrane procesuiranja za bilo koji postupak izvršen u okviru povjerene dužnosti, ostavljena mogućnost velikih zloupotreba instituta imuniteta, posebno za djela koja se mogu vršiti isključivo u vršenju funkcije (zloupotreba službenog položaja, korupcija,

[28] Službene novine Federacije BiH br. 69/07, 2/08.

[29] Službene novine Federacije BiH br. 27/03, 21/09.

[30] Amandman LXIV (Službene novine Federacije BiH, br. 52/02), koji je donio visoki predstavnik i njime izmijenio prvobitnu odredbu ovog člana.

[31] Član 3. Zakona o imunitetu Federacije BiH definiše "Članovi Predstavničkog doma i delegati u Domu naroda, kao i članovi kantonalnih zakonodavnih tijela, neće biti krivično ili građanski odgovorni za bilo koji postupak izvršen u okviru njihovih dužnosti u Parlamentu Federacije BiH, ili kantonalnih zakonodavnih tijela".

[32] Irena Pejić, Parlamentarno pravo, Niš 2006, str. 64.

i sl.).[33] Da bi što jasnije predstavili institut parlamentarnog imuniteta u Federaciji BiH, zakonska rješenja sagledat će se s četiri aspekta imuniteta koji se navode u literaturi parlamentarnog prava, a to su: *ratione personae*, *ratione temporis*, *ratione loci* i *ratione materiae.*[34]

Vezano za kriterij *ratione personae*, odnosno lica koja su obuhvaćena imunitetom, Zakonom je utvrđeno da su to članovi svih zakonodavnih tijela na nivou Federacije, te predsjednik i potpredsjednici Federacije, kao i članovi federalne i kantonalnih vlada. Parlamentarni imunitet u Federaciji BiH uživaju zastupnici u Predstavničkom domu FBiH, delegati Doma naroda FBiH i poslanici u svih deset kantonalnih skupština (član 1. Zakona).

Kada se govori o *ratione temporis*, odnosno s obzirom na vrijeme trajanja imunitetske zaštite, pravilo je da parlamentarna neodgovornost štiti poslanika trajno, odnosno i nakon isteka mandata.[35] Članom 4. Zakona utvrđeno je da se na imunitet poslanici mogu pozvati u bilo koje vrijeme za postupke izvršene u okviru dužnosti, dakle, imunitet za radnje učinjene u vršenju svoje funkcije ne prestaje s mandatom, već je trajan. Kao što je ranije rečeno, jedna od osnovnih razlika imuniteta neodgovornosti i imuniteta nepovredivosti je u pogledu vremenskog dejstva, jer imunitet nepovredivosti parlamentarca štiti samo privremeno, najduže do isteka mandata. Naša tvrdnja da Zakon predviđa samo imunitet neodgovornosti, između ostaloga, temelji se i na činjenici da je u pogledu vremenskog dejstva Zakonom utvrđen imunitet trajnog, a ne privremenog karaktera.

---

[33] Profesor Milićević u svojoj kritičkoj analizi postavlja pitanje oko svrsishodnosti zakonske definicije. Naime, budući da Zakon o imunitetu utvrđuje da se imunitet primjenjuje za sve radnje izvršene u okviru njihovih dužnosti, a koje proističu iz ustava. Dakle, ukoliko poslanik svoju funkciju obavlja u skladu sa zakonom i ustavom, onda radi po zakonu, za šta ne može biti pozvan na odgovornost. S druge strane, ako se imunitet za bilo koji postupak ne može smatrati opštom preprekom za krivično gonjenje i pokretanje parničnog postupka, znači da se za radnje koje je poslanik izvršio u okviru svojih dužnosti, a suprotno zakonu, ne može pozvati, odnosno da za nezakonite radnje nema imunitet. Ili kako kaže prof. Milićević, principijelno posmatrano – sudovi inače utvrđuju odgovornost bilo kog lica samo onda kada postupa suprotno zakonu, to znači da nikome nije ni potreban imunitet od pravne odgovornosti za postupke koji su u skladu sa zakonom. Neđo Milićević, Imunitet nosilaca funkcija državne vlasti, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 2003, str. 407, 415.

[34] Marc Van der Hulst; The Parliamentary Mandate; Inter-Parliamentary Union, Geneva 2000, na: *www.ipu.org*, Irena Pejić, Parlamentarno pravo, Niš 2006.

[35] "Minimalni standard podrazumijeva, da bivši poslanik nikada ne može biti odgovoran za pisanu ili izgovorenu riječ tokom obavljanja poslaničke funkcije." Ka razvoju međunarodnih standarda u demokratskim parlamentima, januar 2007, str. 15, dostupno na: www.ndi.org/files/2263_hr_parlament

Jedno od rješenja koja Zakonom nisu precizirana jeste određenje prava na imunitet u odnosu na *ratione loci* tj. s obzirom na mjesto gdje se zaštita poslanika ostvaruje. Dakle, nije jasno da li je sloboda govora zaštićena imunitetom samo za vrijeme učešća u radu Parlamenta, što podrazumijeva i situaciju dislociranja parlamentarnog rada van njegovog sjedišta, ili i van parlamenta za javne nastupe poslanika (javne debate, tv nastupi i sl.). Ukoliko se Zakon tumači slijedeći međunarodne standarde i praksu, onda bi se trebao zauzeti jedan restriktivniji pristup, da se imunitet neodgovornosti odnosi samo na radnje koje je poslanik učinio u toku skupštinskog zasjedanja ili u sklopu rada u parlamentarnim komisijama. Dakle, svi javni istupi poslanika i delegata, koji nisu direktno vezani za njihovu funkciju i za koje nema ovlaštenje parlamenta, ne bi trebali biti zaštićeni imunitetom neodgovornosti.[36]

Najznačajniji segment imuniteta neodgovornosti je *ratione materiae*, odnosno sadržaj, materija koja je predmet zaštite. Kao što je navedeno, Ustav FBiH i Zakon imaju skoro identičnu odredbu da parlamentarci neće biti krivično i građanski odgovorni za bilo koje postupke učinjene u vršenju njihove funkcije. Zakon u članu 4. definiše da "postupci izvršeni u okviru njihovih dužnosti" podrazumijevaju postupke koji proizlaze iz dužnosti koju pojedinac ima u parlamentarnom domu kojeg je član, a koje su definisane Ustavom. Ustav FBiH ne sadrži konkretne odredbe o dužnostima i pravima parlamentarca, ali se iz nadležnosti Predstavničkog doma i Doma naroda, kao osnovne mogu izdvojiti: glasanje, rasprava na sjednicama, zakonodavna inicijativa, izborna funkcija, rad u parlamentarnim komisijama i dr. Detaljniji opis zastupničke funkcije nalazi se u poslovnicima parlamentarnih domova.[37] U parlamentarnoj praksi postoji visok stepen saglasnosti da se pod zastupničkom funkcijom podrazumijevaju riječi, govor na sjednicama parlamenta ili u sklopu radnih tijela, glasanje, postavljanje poslaničkih pitanja ili podnošenje interpelacije,[38] a i većina ustava upravo na ovaj način i razrađuje ove odredbe. Međutim, članom 4. Zakona uz odredbu da se na imunitet može pozvati u bilo koje vrijeme za postupke učinjene u okviru

[36] U Velikoj Britaniji, Njemačkoj, Norveškoj, Švedskoj i Finskoj imunitet neodgovornosti poslanici uživaju samo unutar parlamenta. Marc Van der Hulst; The Parliamentary Mandate; Inter-Parliamentary Union, Geneva 2000, na: www.ipu.org, str. 63.

[37] Članovima 9–11. Poslovnika Predstavničkog doma Federacije BiH, utvrđeno je da su dužnosti poslanika prisustvo i učešće u radu sjednica Predstavničkog doma i odgovarajućih radnih tijela, pokretanje inicijativa za izmjene i donošenje Ustava, zakona i drugih propisa, pokretanje rasprava i inicijativa i sl.

[38] Saša Šegvić i Mia Bašić, Parlamentarni imunitet – teorija, pravna regulativa i praksa u suvremenim demokratskim državama, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, broj 3/2012, str. 488.

dužnosti, utvrđeno je da se imunitet ne može smatrati opštom preprekom za gonjenje ili pokretanje krivičnog postupka. Ovaj stav se može protumačiti na dva načina. Prvo tumačenje u užem smislu je, da je zakonodavac još jednom naglasio da se imunitet odnosi samo na "postupke učinjene u vršenju dužnosti". Preciznije, da je zakonodavac isključio imunitet nepovredivosti poslanika, te da je za sve radnje, koje nisu vezane za funkciju, moguće voditi parnični i krivični postupak. Drugo, šire tumačenje je da se uz isključenje imuniteta nepovredivosti, ograničava i imunitet neodgovornosti. Dakle, da je Zakonom ostavljena mogućnost da se imunitet za postupke učinjene u okviru svojih dužnosti (rasprava u Parlamentu, glasanje i sl.) može uskratiti, odnosno da imunitet neodgovornosti nije apsolutan.

Ograničavanje imuniteta neodgovornosti nije uobičajeno, ali se može naći i u parlamentarnom pravu drugih država. U teoriji postoje nedoumice i rasprave o tome da li treba, na koji način, u kojem slučaju ograničiti slobodu govora parlamentaraca.[39] Naime, sloboda govora se kao i svako drugo pravo može zloupotrijebiti, a parlamentarna govornica često služi za podsticanje nereda u društvu i širenje govora mržnje. Upravo iz navedenih razloga u nekim državama nisu sve izjave poslanika zaštićene imunitetom ili je moguće oduzeti imunitet neodgovornosti i za pojedine rasprave na sjednici parlamenta,[40] jedino je značajna razlika što u ostalim državama o ukidanju imuniteta odlučuje parlament, a ne sud, o čemu će kasnije biti riječi. U kontekstu parlamentarnog imuniteta u Federaciji BiH, protivpravne radnje koje bi parlamentarac mogao izvršiti u okviru svoje funkcije u Parlamentu su kleveta[41] ili izazivanje i podsticanje nacionalne, vjerske, rasne mržnje.[42] Kleveta predstavlja činjenje štete ugledu fizičkog ili pravnog lica iznošenjem neistinitih činjenica o tom licu trećim licima. Ukoliko bi oštećena osoba pokrenula tužbu za klevetu zbog neistina koje je poslanik

[39] Ukidanje imuniteta poslanicima u slučaju klevete, govora mržnje i uvredljivog govora presedan je i u državama gdje je to moguće, radi dugogodišnje prakse poštovanja institucije parlamentarnog imuniteta zbog izrečenih riječi u parlamentu i izvan njega. Saša Šegvić i Mia Bašić, Parlamentarni imunitet – teorija, pravna regulativa i praksa u suvremenim demokratskim državama, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, broj 3/2012, str. 483.

[40] U Australiji i na Novom Zelandu uvrede upućene šefu države nisu zaštićene imunitetom, kao ni komentari koji se odnose na sudske slučajeve. U Njemačkoj imunitet se može uskratiti za "besramne uvrede" i "uvrede Bundestaga". U Mađarskoj imunitet se ne mora primjenjivati u slučaju odavanja državne tajne. U Hrvatskoj je moguće oduzeti imunitet za "govor mržnje" i klevetu. Više kod: Marc Van der Hulst; The Parliamentary Mandate; Inter-Parliamentary Union, Geneva 2000, na: *www.ipu.org*

[41] Zakon o zaštiti od klevete, član 4. (Službene novine FBiH br. 19/03).

[42] Krivični zakon Federacije BiH, član 163. (Službene novine FBiH br. 36/03; 37/03; 21/04; 69/04; 18/05; 42/10; 42/11).

iznio za skupštinskom govornicom, poslanik bi se mogao pozvati na imunitet, odnosno ustvrditi da je to učinjeno u okviru njegovih dužnosti u Parlamentu. Budući da je odredbama Zakona utvrđeno da se imunitet ne može smatrati općom preprekom za krivično gonjenje ili pokretanje parničnog postupka, poslaniku bi mogao biti oduzet imunitet, a on biti procesuiran i sankcionisan. U podijeljenom i poslijeratnom bosanskohercegovačkom društvu, često nosioci javnih funkcija šire govor mržnje, ohrabruju diskriminaciju i podrivaju ionako nestabilan demokratski sistem. U vezi s tim, smatramo da je odredba o tome da se imunitet ne može smatrati opštom preprekom za krivično gonjenje ili pokretanje parničnog postupka, ispravna jer niko ne treba biti oslobođen od odgovornosti ukoliko potiče na nasilje, netrpeljivost i diskriminaciju. Dakle, nije suprotno međunarodnim standardima da se u određenim situacijama imunitet neodgovornosti može uskratiti, međutim, sporno je rješenje da o tome odlučuje sud, o čemu će kasnije biti riječi.

Jedno od važnih pitanja koje Zakon o imunitetu Federacije BiH nije uredio jeste momenat stjecanja prava na imunitet. U uporednom pravu postoje različita rješenja, kao što su: momenat izbora, momenat potvrđivanja parlamentarnog mandata ili momenat polaganja zakletve. Poslovnicima Predstavničkog doma i Doma naroda utvrđeno je da imunitet nastupa danom verifikacije i traje do prestanka mandata.[43]

Odustajanje od imuniteta nije predviđeno Zakonom niti nekim drugim aktom, odnosno mehanizam odricanja od imuniteta[44] u parlamentarnom pravu Federacije BiH kao takav ne postoji. Razlog tome je što se poslanik prema Zakonu mora pozvati na imunitet, jer sve dok to ne učini tretira se kao i svaki drugi građanin, dakle, imunitet ne nastupa automatski. Momenat pozivanja na imunitet nije preciziran, odnosno utvrđeno je da se na imunitet može pozvati u toku postupka, dakle, bilo kada do samog kraja postupka.[45]

---

[43] Poslovnik Predstavničkog doma FBiH, član 18. (Službene novine Federacije BiH, br. 69/07; br. 2/08), Poslovnik Doma naroda FBiH, član 20. (Službene novine Federacije BiH, br. 27/03; 21/09).

[44] U uporednom parlamentarnom pravu dominira stav da se imunitetom neodgovornosti štiti određena javna funkcija i da nije privilegija pojedinca, te se stoga poslanik ne može odreći imuniteta. Neke od evropskih država u kojima se nije moguće odreći imuniteta su: Austrija, Belgija, Francuska, Irska, Italija, Portugal, Španija, Švedska, Luksemburg. Više kod: McGee S; Rules on Parliamentary immunity in the European Parliament and Member States of the European union, Final draft; ECPRD c/o European Parliament, Brussels, 2001. dostupno na: http://www.ecprd.org

[45] Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o imunitetu Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BiH, br. 75/09) u članu 7 b precizirano je da "lice koje ima pravo na imunitet na to pravo se može pozvati do završetka glavnog pretresa u krivičnom postupku i do zaključivanja glavne rasprave u parničnom postupku".

Zakonom (član 6. i 7.) je utvrđeno da će proceduralna pravila za rješavanje pitanja imuniteta i određivanje nadležnog suda za njihovo rješavanje biti utvrđena od strane resornog ministarstva, te da je odluka suda konačna, a da se žalba može podnijeti Ustavnom sudu Federacije BiH. Zakonska odredba da je sud nadležan za odlučivanje o imunitetu i da će proceduralna pravila o rješavanju pitanja imuniteta donijeti nadležno ministarstvo je suštinska primjedba, kada se govori o neusklađenosti sa standardima uporednog parlamentarnog prava. Pravo na imunitet nepovredivosti u demokratskoj državi uvijek je relativno, a u pojedinim državama i imunitet neodgovornosti podliježe određenim ograničenjima, stoga je neophodno da se uspostave mehanizmi za ukidanje imuniteta. U slučaju da norme parlamentarnog prava (ustav, zakon o parlamentu, poslovnik) predviđaju mogućnost ukidanja imuniteta, to je skoro uvijek pravo parlamentarnog doma kojem poslanik pripada. I u teoriji, gotovo u potpunosti preovladava stav da pravom imuniteta raspolaže parlament[46] i da je minimalni demokratski standard da ovlasti za ukidanje imuniteta trebaju biti rezervisane isključivo za parlament.[47] Naime, Parlament ima stručnu i političku kompetenciju da odredi da li će pokretanje postupka protiv nekog od poslanika nanijeti štetu integritetu državne vlasti, što i jeste temeljni uslov za korištenje prava na imunitet[48]. U Federaciji BiH se ukidanje imuniteta i procesuiranje poslanika može odvijati bez da parlamentarni dom čiji je poslanik član bude obaviješten, jer Zakonom nije previđeno učešće Parlamenta ni u jednoj fazi postupka. Posebno je važno ukazati i na apsurdnost zakonske odredbe da resorno ministarstvo, kao organ uprave, donosi pravila kojima utvrđuje nadležnosti suda i proceduralna pravila za sudski postupak. Princip podjele vlasti, kao jedno od temeljnih demokratskih načela, narušen je time što su redovna sudska tijela nadležna za oduzimanje parlamentarnog imuniteta, kao i time da organi uprave utvrđuju sudski postupak.

---

[46] "Poslanik ne može biti podvrgnut gonjenju, hapšenju ili izricanju sankcije bez pristanka parlamenta, odnosno parlamentarnog doma čiji je član." Irena Pejić, Parlamentarno pravo, Niš 2006, str. 65. "Imunitet i parlamentarna privilegija se može skinuti samo odlukom parlamenta"; Ka razvoju međunarodnih standarda u demokratskim parlamentima, januar 2007, str. 15 dostupno na: www.ndi.org/files/2263_hr_parlament, "...poslanički imunitet se može ukinuti, ali isključivo posle izglasavanja u parlamentu"; Parlament i demokratija u dvadeset prvom veku, str. 38. "U osnovi imunitet nepovredivosti je zabrana hapšenja ili gonjenja parlamentaraca bez izričitog odobrenja parlamenta." Vladan Petrov, Parlamentarno pravo, Beograd 2010, str. 90.

[47] Parlamentarna asocijacija Komonvelta (*Commonwealth Parliamentary Association – CPA* na www.cpahq.org) Preporučeni standardi za demokratske parlamente, 1.4.3.

[48] Neđo Milićević, Imunitet nosilaca funkcija državne vlasti, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 2003, str. 407.

U skladu sa Zakonom, Ministarstvo pravde FBiH donijelo je Pravilnik o nadležnosti i načinu rada sudova prilikom rješavanja pitanja imuniteta u krivičnom i građanskom postupku.[49] Pravilnikom su utvrđeni nadležnost, postupak i način rada sudova prilikom rješavanja imuniteta u krivičnom i parničnom postupku. U članu 2. Pravilnika regulisano je pitanje nadležnosti: "Za *odlučivanje o pravu na imunitet u kaznenom i parničnom postupku, nadležan onaj opštinski, kantonalni odnosno Vrhovni sud Federacije BiH koji je, u skladu sa kantonalnim odnosno federalnim zakonom nadležan da vodi krivični i parnični postupak i to prema momentu pozivanja osobe na imunitet".* Osoba koja se poziva na imunitet dužna je priložiti dokaze o svom pravu na imunitet. Poslovnicima zakonodavnih tijela Parlamenta Federacije BiH utvrđeno je da u poslaničkoj legitimaciji, između ostalog, stoje i imunitetska prava poslanika. Nadležni sud (član 4. i 5. Pravilnika) će zatražiti od suprotne stranke da se izjasni o pravu osobe koja se pozvala na imunitet. Iako Pravilnikom nije precizirano, u ovoj fazi postupka osoba koja se poziva na imunitet trebala bi ponuditi dokaze da su radnje za koje se treba procesuirati učinjene u vršenju funkcije, a o čemu se onda izjašnjava suprotna stranka. Nakon očitovanja suprotne strane, nadležni sud u vijeću sastavljenom od tri suca u roku od 15 dana od dana pozivanja na imunitet donosi odluku o pravu osobe koja se pozvala na imunitet. Ova odluka je konačna i obavezujuća, a protiv nje se može podnijeti žalba Ustavnom sudu FBiH (član 3 Pravilnika).

Parlamentarni imunitet u poslovnicima Parlamenta Federacije BiH

U uporednom parlamentarnom pravu poslovnikom se utvrđuje postupak u kojem se poslanik poziva na imunitet, te definišu procedure prema kojima parlament odlučuje o imunitetu. Odredbe Poslovnika[50] Doma naroda Federacije BiH kojima se reguliše status delegata veoma su šture i svedene su na ponavljanje odredbi Zakona o imunitetu. Jedino što je Poslovnikom precizirano, a nije predviđeno Zakonom, jesu momenat sticanja i momenat prestanka prava na imunitet, što je već navedeno. Poslovnik Predstavničkog doma na detaljan način razrađuje ustavne i zakonske odredbe o imunitetu, međutim, velikim dijelom sadrži i rješenja suprotna Zakonu o imunitetu. Stoga će u tekstu koji slijedi pažnja biti usmjerena na Poslovnik Predstavničkog doma Federacije BiH. Ranije je iznesen stav da Zakon o imunitetu ne predviđa

[49] Službene novine Federacije BiH, br. 1/2003.

[50] Poslovnik Doma naroda Federacije BiH, čl. 20–22 (Službene novine Federacije BiH, br. 27/03 i 21/09).

imunitet parlamentarne nepovredivosti, posebno u slučaju radnji učinjenih van vršenja funkcije. Međutim, predstavljen je i kritički osvrt prof. Milićevića koji smatra da aktuelnim zakonskim rješenjima nedostaje preciznosti, što može pogodovati proizvoljnom tumačenju i zloupotrebi instituta imuniteta, posebno ako se ima u vidu jaka sprega između politike i kriminala u BiH.[51] Nažalost, odredbe Poslovnika Predstavničkog doma koje su usvojili sami zastupnici nas demantuju i potvrđuju sumnje prof. Milićevića. Članom 19. Poslovnika definisan je parlamentarni imunitet:

> *Poslanik ne može biti krivično gonjen niti odgovoran u građanskom postupku za bilo koju radnju učinjenu u vršenju svoje funkcije.*
>
> *Poslanik ne može biti pritvoren ili lišen slobode bilo kojeg organa vlasti u Federaciji bez odobrenja Predstavničkog doma.*
>
> *Po dobivanju obavještenja od nadležnog organa o potrebi izricanja pritvora poslaniku, ukoliko je zatečen u vršenju krivičnog djela za koje je obavezan pritvor, predsjedavajući Predstavničkog doma dužan je u roku od 48 časova od prijema obavještenja sazvati sjednicu Predstavničkog doma, koja će se održati najkasnije u roku pet dana od dana sazivanja.*

Iz citiranih odredbi jasno je da su odvojeni imunitet neodgovornosti (član 19. stav 1.) i imunitet nepovredivosti (član 19, stavovi 2. i 3.). Dok su odredbe o imunitetu neodgovornosti usklađene s Ustavom FBiH i Zakonom o imunitetu FBiH, sporni su drugi i treći stav koji utvrđuju imunitet nepovredivosti. Zakon o imunitetu ne predviđa imunitet nepovredivosti u vidu zabrane hapšenja ili pokretanja krivičnog postupka, a posebno ne za radnje koje je poslanik počinio van svoje funkcije. Suprotno odredbama Zakona o imunitetu, Poslovnik Predstavničkog doma Federacije BiH na jedan ekstenzivan način reguliše pitanje imuniteta nepovredivosti, u vidu zaštite od hapšenja i pokretanja krivičnog postupka,[52] bez da se ograničava na radnje u okviru funkcije. Osim toga, ekstenzivni pristup imunitetu nepovredivosti odnosi se i na odredbu da i kada je poslanik zatečen u vršenju krivičnog djela (dakle, *in flagranti*) za koje je obavezan pritvor ne može biti uhapšen sve dok Predstavnički dom ne da saglasnost. Rok u kojem Predstavnički dom odlučuje o imunitetu može potrajati i sedam dana od momenta kada je poslanik zatečen u vršenju krivičnog dijela, što omogućuje poslaniku različite zloupotrebe od utjecaja na svjedoke, pa do bijega i sl. U većini država Evropske unije (Austriji, Belgiji, Francuskoj, Njemačkoj, Italiji, Portugalu,

[51] Neđo Milićević, Imunitet nosilaca funkcija državne vlasti, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 2003, str. 409.

[52] Poslovnik Predstavničkog doma Federacije BiH, član 20.

Španiji, Grčkoj, Danskoj i dr.) je opšteprihvaćeno da zastupnik uhvaćen u *in flagrante delicto* ne uživa imunitet nepovredivosti, kao ni u slučaju da se sumnjiči za krivična djela za koja je zaprijećena određena kazna (Finska, Švedska). Također, mnoge države imunitet nepovredivosti ograničavaju na zaštitu od hapšenja, ali ne i za pokretanje krivičnog postupka (Finska, Italija), dok je u Nizozemskoj imunitet nepovredivosti poslanika ukinut.[53] Suprotno zakonu i tendencijama u uporednom parlamentarnom pravu demokratskih država, koje idu u pravcu sužavanja, pa čak i ukidanja imuniteta nepovredivosti, poslanici u Predstavničkom domu FBiH za sebe su predvidjeli imunitet nepovredivosti u punom kapacitetu. Koliko god da je Zakon o imunitetu neprecizan, sigurno je da su ovakva rješenja suprotna duhu zakona kao i ciljevima koje je visoki predstavnik htio postići.

Poslovnik Predstavničkog doma FBiH suprotan je Zakonu o imunitetu Federacije BiH i po drugim osnovama. Prije svega, Poslovnikom je kao nadležni organ za oduzimanje imuniteta određen Predstavnički dom FBiH, dok je Zakonom decidirano utvrđeno da o imunitetu odlučuje nadležni sud. Kontradiktorna rješenja koja predviđa Poslovnik odnose se i na proceduralna pravila za uspostavljanje imuniteta. U vezi s tim, prema Poslovniku zahtjev za procesuiranje poslanika nadležni organ trebao bi uputiti predsjedavajućem Predstavničkog doma koji ga zatim prosljeđuje Mandatsko-imunitetskoj komisiji. Mandatsko-imunitetska komisija dužna je raspraviti zahtjev za procesuiranje poslanika, te o tome podnijeti izvještaj Predstavničkom domu, koji donosi konačnu odluku (član 20. Poslovnika). Dakle, procedura predviđena Poslovnikom se u potpunosti razlikuje od procedure utvrđene Pravilnikom koja je ranije predstavljena. Osim nadležnog organa za odlučivanje o imunitetu, prema Poslovniku poslanik se ne mora pozvati na imunitet jer se Predstavnički dom o tome automatski očituje. Pravilnikom je predviđeno da se u proces uključi i suprotna stranka koja se očituje o dokazima koje iznese poslanik, a Poslovnik ne previđa očitovanje ni poslanika ni treće strane. Odluka koju prema Poslovniku donese Predstavnički dom je konačna jer nije predviđen žalbeni proces, dok je Zakonom o imunitetu i Pravilnikom utvrđeno da je drugostepeni organ koji odlučuje o imunitetu Ustavni sud Federacije BiH.

[53] Više o imunitetu nepovredivosti u uporednom pravu kod: McGee S; Rules on Parliamentary immunity in the European Parliament and Member States of the European union, Final draft; ECPRD c/o European Parliament, Brussels, 2001. dostupno na: http://www.ecprd.org, Marc Van der Hulst; The Parliamentary Mandate; Inter-Parliamentary Union, Geneva 2000, dostupno na: *www.ipu.org*.

Zaključak

Analiza pravnog režima instituta parlamentarnog imuniteta u Federaciji BiH vodi do zaključka da je potrebna revizija zakonskih i podzakonskih akata koji tretiraju ovaj institut. Zakon je viši pravni akt s kojim poslovnik treba biti usaglašen, međutim, problem neusklađenosti ova dva akta u Federaciji BiH je kompleksnije prirode. Naime, Zakon o imunitetu nije prošao redovnu parlamentarnu proceduru[54] već je akt koji je na osnovu svojih ovlaštenja nametnuo visoki predstavnik, što je sigurno utjecalo i na brojne manjkavosti i nejasnoće koje ga karakteriziraju. S druge strane Poslovnik su donijeli zastupnici u Predstavničkom domu, kojim su suprotno Zakonu, za sebe uveli široku imunitetsku zaštitu. Može se reći da visoki predstavnik i Parlament kao dva "zakonodavca" imaju različito viđenje obima i sadržaja instituta imuniteta nepovredivosti u Federaciji BiH. Ukoliko bi se pristupilo reformi instituta parlamentarnog imuniteta, trebalo bi se voditi rješenjima i standardima uporednog prava, te ciljevima koje imunitet treba ostvariti, a to nisu privilegije pojedinca, već zaštita suvereniteta i nezavisnosti Parlamenta. Prije svega, u cilju jačanja i izgradnje demokratskih institucija, Zakon o imunitetu, ukoliko se cijeni da ova materija treba biti zakonski regulisana, trebao bi proći redovnu parlamentarnu proceduru i biti usvojen od strane nadležnog zakonodavnog tijela. Naime, ponavljamo da je imunitet neodgovornosti i nepovredivosti u većini evropskih država ustavna kategorija koja je razrađena parlamentarnim poslovnicima. U slučaju zakonske regulacije, uzevši u obzir različitost izvršne i zakonodavne funkcije, smatramo da bi se pitanje imuniteta nosilaca izvršne funkcije, zbog specifičnosti njihovih ovlasti trebalo odvojeno rješavati u odnosu na parlamentarni imunitet. Budući da su Poslovnikom Predstavničkog doma FBiH detaljno razrađena pitanja pokretanja krivičnog postupka, lišavanja slobode poslanika i postupanje u slučaju da se poslanik pozove na imunitet, jasno je da u Parlamentu ima volje i mogućnosti za regulisanje ove materije. Smatramo da se pitanje imuniteta treba rješavati u skladu s demokratskim standardima i tendencijama u uporednom pravu država Evropske unije. U vezi s tim, imunitet neodgovornosti ne bi smio biti upitan, u cilju osiguranja slobodnog vršenja funkcije i slobode govora, uz eventualna ograničenja kojima bi se štitile više vrijednosti (mir, jednakost građana, demokratske institucije i sl.). Neophodna reforma u regulaciji instituta imuniteta bila bi isključenje redovnih sudskih tijela kao nadležnih za odlučivanje o imunitetu

[54] Parlament Federacije Bosne i Hercegovine je bio obavezan, prema Odluci visokog predstavnika (Službene novine FBiH, 39/02) Zakon usvojiti u istom obliku, bez izmjena i dopuna i bez dodatnih uvjeta.

kao i ukidanje postojećih akata kojim organi uprave utvrđuju sudski postupak. Jedini nadležni organ koji odlučuje u oduzimanju imuniteta treba biti parlamentarni dom čiji je član poslanik koji se treba procesuirati. Dalja revizija pravne regulative svakako bi značila i kristaliziranje stavova oko imuniteta nepovredivosti, koji je aktuelnim Zakonom o imunitetu i Poslovnikom regulisan na dijametralno suprotan način. I po tom pitanju najbolje bi bilo slijediti međunarodne standarde, te naći idealan balans između potrebe zaštite slobode poslanika, ali na način da se od njih ne stvara "nedodirljiva" elita koja uživa ogromne privilegije. Treba se voditi savremenim tendencijama sužavanja imuniteta nepovredivosti, što znači uskratiti zaštitu nepovredivosti u slučaju flagrantnih radnji, optužbi za teška krivična djela za koja su predviđene visoke kazne, te isključiti imunitet nepovredivosti za pokretanje postupka već ga predvidjeti isključivo u slučaju hapšenja poslanika.

Lejla Balić, MA
Senior Assistant

PARLIAMENTARY IMMUNITY IN THE PARLIAMENTARY LAW OF THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Parliamentary immunity is the institute of constitutional law, which protects the independence and authority of parliament as the highest authority, and it has developed in two forms: the irresponsibility and inviolability of delegates/MPs. Irresponsibility protects the parliamentarians from responsibility for expressing opinions, attitudes, gestures or votes in parliament, guaranteeing their freedom of speech in the parliament. On the other hand, inviolability allows for the protection of parliamentarians from arrest and the conducting of criminal proceedings against them even for acts committed outside their parliamentarian duties and office, until the permission for their prosecution is given by the Parliament. In the past twenty years, the majority of European Union member states have accepted a restrictive approach to the definition of inviolability, and it can be concluded that in European countries, the right to inviolability of parliamentarians has narrowed, as well as that the irresponsibility of MPs is no longer considered absolute. In the Federation of Bosnia and Herzegovina, the regulating of parliamentary immunity has been conducted by the High Representative through the direct amendments to the Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina and the adoption of the Law on Immunity of the Federation of BiH. The analysis of the Law on Immunity has shown that the legal solutions are imprecise and deficient, as well as that they do not comply with the international standards of parliamentary law.

Key terms: *parliamentary immunity (legislative immunity), irresponsibility, inviolability, parliamentary law, the Law on Immunity of the Federation of Bosnia and Herzegovina*

Dr. Edin Halapić
Docent

UDK: 347.991:342.4
Izvorni naučni rad

DOKTRINA SUDSKE KONTROLE (JUDICAL REVIEW) *Marbury v. Madison* (1803)[1]

Sažetak

Rad pod naslovom doktrina sudske kontrole (Judical Review) – Marbury v. Madison (1803) bavi se pitanjem nastanka jedne od najznačajnijih doktrina Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država. U pitanju je ovlaštenje suda koje nije predviđeno tekstom Ustava iz 1787. godine kao ni Zakonom o sudstvu iz 1789. godine kojim je i formiran ovaj sud. U radu se posebno ističe predmet iz 1803. godine kojim je formirana ova doktrina. U pitanju je tzv. Maršalov sud za koji se smatra da je u znatnoj mjeri uticao na razvoj američkog prava i društva. Američka pravna literatura za ovaj period Vrhovnog suda koristi termin formativna era. Sa spomenutom doktrinom, Vrhovni sud je osigurao ključnu ulogu u oblikovanju prava i društva, kao i to da je postao jedini autentični tumač Ustava, odnosno njegov gospodar. Cilj ovog rada je da ukaže na prednosti postojanja jednog Vrhovnog suda i kakav je njegov uticaj na pravnu tradiciju, razvoj prava, pravne nauke i društva.

Ključne riječi: *sudska kontrola, Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država, Marbury v. Madison*

Maršalov sud (1801–1836)

Prije upoznavanja s tzv. Maršalovim sudom neophodno je istaći period od 1790. do 1801. godine. Ovaj period, poznat kao Prvi sud, nastao je na osnovu Zakona o sudstvu koji je donijet 24. septembra 1789. godine (The Judiciary Act).[2] Od tada se Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država sastoji od

[1] Povod za ovaj rad predstavlja istraživanje nastalo tokom pisanja doktorske disertacije pod naslovom *"Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država – historijat, glavne tendencije u sudskoj praksi i ključni slučajevi u drugoj polovini XX vijeka"*.

[2] Ovaj zakon tradicionalno se naziva Zakon o sudstvu, ali je poznat i kao Zakon o

predsjednika suda (Chief Justice) i pet sudija (Associated Justices).[3] Članovi Prvog suda bili su:

– Džon Džej (John Jay) koji je obavljao funkciju predsjednika suda
– Džon Ratlidž (John Rutledge) – sudija
– Džejms Vilson (James Wilson) – sudija
– Vilijam Kašing (William Cushing) – sudija
– Robert H. Herison (Robert H. Harrison) – sudija i
– Džon Bler (John Blair) – sudija.[4]

Navedene sudije i predsjednika suda imenovao je prvi predsjednik Sjedinjenih Američkih Država Džordž Vašington (George Washington) koji je imao i najveći broj imenovanja u historiji Sjedinjenih Američkih Država.[5] Međutim, ubrzo nakon prvog zasjedanja, koje datira od 2. februara 1790. godine i koje je održano u prostorijama robnih rezervi (Royal Exchange) u Nju Jorku (New York), dolazi do krupnih promjena. Prva je nastupila podnošenjem ostavke predsjednika suda Džona Džeja, druga smrću sudije Džejmsa Vilsona, treća ponovnom ostavkom novoimenovanog predsjednika suda Tomasa Džonsona (Thomas Jonhson).[6] Ovakve prilike iziskivale su brzu reakciju predsjednika Džordža Vašingtona, koji je upražnjenu funkciju predsjednika suda ponudio Oliveru Elsvortu (Oliver Ellsworth).[7] Nominacija Elsvorta potiče od 3. marta

---

uspostavi pravosudnih sudova Sjedinjenih Država (An Act to establish the Judicial Courts of the United States). Tekst Zakona dostupan je na zvaničnoj stranici Federalnog sudskog centra (Federal Judical Centar) http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/legislation.html. Stranici se pristupilo 2. 7. 2013. godine.

3 Vidjeti odjeljak 1. Zakona o sudstvu. Prevod autor.

4 O članovima Prvog suda opširnije: Peter Irons, *A People's history of Supreme Court – The men and women whose cases and decisions have shaped our Constitution* (Penguin Books, New York, 2006), str. 85.

5 Džordž Vašington je imao jedanaest imenovanja članova Vrhovnog suda. Opširnije o imenovanjima vidjeti brošuru koju je objavilo Historijsko društvo Vrhovnog suda (Supreme Court Historical Society). Brošura je dostupna na zvaničnoj stranici Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država www.supremecourts.gov. Stranici se pristupilo 3. 7. 2013. godine.

6 O prvom zasjedanju i navedenim promjenama vidjeti: Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court,* (Oxford University Press, New York, Oxford, 1993), str. 15–22.

7 Oliver Elsvort rođen je 29. aprila 1745. godine, a preminuo je 26. novembra 1807. godine. Tokom svoje pravničke karijere obavljao je niz poslova. Učestvovao je u pisanju Ustava iz 1787. godine s obzirom na to da je imao status delegata Filadelfijske konvencije, gdje je zastupao Konektikat (Connecticut). Tokom 1789. godine aktivno se uključio u proces pisanja ranije spomenutog Zakona o sudstvu iz 1789. godine te se smatra njegovim autorom. U periodu od 1789. do 1796. godine obavljao je funkciju

1796. godine a jednoglasna potvrda Senata Sjedinjenih Država uslijedila je samo dan kasnije.[8] Međutim, četiri godine kasnije Oliver Elsvort je pismeno obavijestio predsjednika Sjedinjenih Američkih Država Džona Adamsa (John Adams) da zbog zdravstvenih problema podnosi ostavku. Spletom okolnosti ova ostavka prerasta u političko pitanje za Adamsa, ali i priliku da se federalno sudstvo popuni pristalicama njegove političke partije. Jedna od mogućnosti je da se mjesto predsjednika suda ponudi Džonu Džeju, koji je dobio i potvrdu Senata. Ipak, Džej je odbio imenovanje opravdavajući se penzionisanjem. Naredni izbor predstavljao je sudija imenovan od strane Vašingtona. U pitanju je Vilijam Peterson (William Peterson) čije imenovanje nije podržano od strane Adamsa. Konačna odluka uslijedila je od strane Adamsa, koji je upražnjeno mjesto predsjednika Vrhovnog suda odlučio popuniti državnim sekretarom Džonom Maršalom (John Marshall).[9]

Ovakva odluka predsjednika Sjedinjenih Američkih Država izazvala je različite stavove unutar federalističke partije. Mnogi su očekivali da će se najviša sudska instanca povjeriti Aleksandru Hamiltonu (Alexander Hamilton). Potrebno je napomenuti da je Senat nominaciju Maršala suspendovao punih sedam dana, da bi odmah nakon toga uslijedila jednoglasna potvrda. Saglasnost Senata datira od 27. januara 1801. godine, a prihvatanje od strane Maršala polaganjem zakletve 4. februara 1801. godine.[10] Na ovaj način, Džon Maršal postao je četvrti predsjednik Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država.

---

senatora. Tokom rada pri ustavotvornom tijelu, Oliver Elsvort je 17. decembra 1787. godine objavio članak u kojem ističe značaj sudske vlasti. Opširnije vidjeti: http://www.britannica.com/EBchecked/topic/185175/Oliver-Ellsworth Stranici se pristupilo 3. 7. 2013. godine. O učešću u radu ustavotvornog tijela vidjeti: E. I. McCormack, "Supreme Court and Unconstitutional Law", *California Law Review,* Vol. XXV (1937), str. 560.

8 O imenovanju i datumima opširnije vidjeti: http://www.britannica.com/EBchecked/topic/185175/Oliver-Ellsworth. Stranici se pristupilo 3. 7. 2013. godine.

9 Džon Maršal (1755–1835) se 1776. godine pridružio Kontinentalnoj armiji pod ličnom komandom Vašingtona. Aktivnu službu u Armiji okončao je 1779. godine, a naredne dobija licencu za obavljanje prakse, te je imenovan u vijeće Virdžinije. Tokom svoje bogate karijere odbio je funkcije državnog tužioca (ovo mjesto ponudio mu je predsjednik Vašington), diplomatsku službu u Francuskoj i mjesto sudije Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država. Obavljao je funkcije u Predstavničkom domu, a 1799. godine izbran je za kongresmena. Dolaskom Adamsa na mjesto predsjednika, Maršal je odbio mjesto ministra za ratna pitanja, ali je prihvatio službu državnog sekretara. Opširnije: *The New Encyclopaedia Britannica,* Vol. 7, (Encyclopaedia Britannica Inc. Chicago, 2005), str. 879–880.

10 O preuzimanju dužnosti Džona Maršala vidjeti: Ibid., str. 880.

Međutim, pitanje izbora predsjednika Vrhovnog suda podudara se s oštrom političkom borbom. Ova borba vođena je između federalista i demokrata za mjesto budućeg predsjednika Sjedinjenih Američkih Država. U opisanim okolnostima predsjednik Adams je, s obzirom na izborni poraz, odlučio da posljednje dane svoje federalne administracije podredi jednom vrlo značajnom pitanju. Riječ je o popunjavanju federalnog sudskog sistema političkim istomišljenicima. U želji da osigura reformu federalnog sudskog sistema u posljednjim trenucima svoje vladavine, Adams donosi novi zakon kojim je imenovao niz federalnih sudija. U literaturi ovaj zakon poznat je kao Ponoćni zakon o sudstvu (Midnight Judges Act), a imenovane sudije su poznate kao ponoćne sudije (Midnight Judges).[11] Spomenutim zakonom obuhvaćeno je i imenovanje predsjednika Vrhovnog suda, s tim da jedno od imenovanja predstavlja povod za donošenje najznačajnije presude u historiji Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država.

Dolaskom Džona Maršala započinje faza izgradnje suda kao značajne i snažne institucije državne administracije. Tokom karijere koja je trajala više od trideset godina, Maršal predstavlja dominantnu figuru, a naročito imajući u vidu slučajeve ustavnog karaktera. Tokom predsjedavanja sudom, Džon Maršal je učestvovao u pisanju preko hiljadu presuda, a sam je napisao preko pet stotina, od čega šezdeset procenata reguliše ustavna pitanja.[12] Period u kojem je Maršal predsjedavao sudom, u literaturi je opisan kao formativni period u čitavoj historiji Sjedinjenih Američkih Država.[13]

Prva promjena predstavlja odluku Maršala da se napusti ranije pravilo po kojem sudije iznose mišljenja jedan za drugim, i uvodi se pravilo da samo jedno (većinsko) mišljenje predstavlja konačan stav suda (u većini slučajeva u pitanju su ona koja je napisao Maršal).[14] Ovom promjenom uspješno se zatvorilo nekoliko pitanja. Prvo, odlukom se uticalo na dignitet i integritet

---

[11] O spomenutom Zakonu i sudijama opširnije vidjeti: William S. Miller, *A Primer on American Courts,* (Longman, New York, 2005), str. 32–33.

[12] Opširnije: Charles F. Hobson, "Defining the office: John Marshall as Chief Justice", *University of Pennsylvania Law Review,* Vol. 154 (2006), str. 1443. Citirano prema Robert G. Sedding, "John Marshall and the Origins of Supreme Court Leadershis", *U. Pitt. L. Rev. 758,800 tbl.1* (1975). Profesor Hobson urednik je djela pod naslovom *The Papers of John Marshall.*

[13] Vidjeti: Felix Frankfurter, "John Marshall and the Judical function", *Harvard Law Review,* Vol. 69 (1955), str. 218. Studija sudije Vrhovnog suda Frankfurtera napisana je povodom konferencije pod naslovom "Vlada pod zakonom" (Government Under Law) i povodom obilježavanja dvije stotine godina od smrti Džona Maršala.

[14] Opširnije: Robert G. McCloskey, *The American Supreme Court,* (The University of Chicago Press, Chicago, 2005), str. 25.

suda kao institucije u pozitivnom smislu. Kada se govori o uticaju odluke na društvo, ona je dovela do stvaranja slike da sud ima jedinstven stav po određenom pitanju, bez obzira na to koliko se sudije razilaze u pojedinačnim stavovima. Na opisani način odnos većine ili manjine (kod glasanja sudija) uvijek je ostajao nepoznat za javnost.[15]

Opisana promjena nije izazvala snažnu reakciju sudija, zahvaljujući činjenici da su federalisti imali većinu. Uz navedenu promjenu, predsjednik suda uočava da sudu nedostaje veći stepen kolegijalnosti i efikasnosti. U tom smislu, uvodi se pravilo da sudije nakon radnoga dana obavljaju konsultacije povodom određenih pitanja tj. slučajeva. Ovo se obavljalo u posebnim konferencijskim prostorijama (Boardinghouse Conference).[16] Ova praksa ostala je na snazi skoro čitavu jednu deceniju, kada dolazi do kadrovskih promjena. Prvi problemi nastupili su 1805. godine kada radikalne republikanske snage odlučuju ukloniti federalne sudije. Prvi neuspjeli pokušaj predstavlja postupak "impičmenta" (Impeachment) protiv sudije Semjuela Čejsa (Samuel Chase)[17]. Politički aspekt impičmenta ukazivao je na promjene koje će uslijediti veoma brzo.

Tokom 1807. godine, predsjednik Sjedinjenih Američkih Država Tomas Džeferson (Thomas Jefferson) odlučuje imenovati nove sudije. U pitanju su:

– Vilijam Džonson (William Jonson)
– Brokholst Livingston (Brockholst Livingston) i
– Tomas Tod (Thomas Todd).

Nakon smrti sudije Kašinga 1811. godine, iste godine predsjednik Sjedinjenih Američkih Država, Džejms Medison (James Madison) imenuje:

– Džozefa Storija (Joseph Story) i
– Gabrijela Duvala (Gabriell Duvall).

Smrt sudije Livingstona 1823. godine dovodi do imenovanja Smita Tompsona (Smith Thompson) 1824. godine. Nastavak promjena nastupa smrću sudije

[15] Opširnije o uticaju odluka vidjeti: Charles F. Hobson, "Defining the office...", str. 1444. (Dio pod naslovom B. The opinion of the Court).

[16] Vidjeti: Ibid., str. 1438. (Dio pod naslovom III: Marshall as Chief Justice).

[17] Impičment je ustavni mehanizam za uklanjanje s položaja kao i diskvalifikovanje držanja i uživanja počasne funkcije ili zvanja. U slučaju impičmenta, odnosno kada se sudi predsjedniku Sjedinjenih Američkih Država Senat je jedini koji ima pravo suđenja, a funkciju predsjedavajućeg preuzima predsjednik Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država. Primjedba autora. Sudija S. Čejs imenovan je 1797. godine. Opširnije o imenovanju vidjeti: Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court,* str. 26.

Toda 1826. godine, i na njegovo mjesto imenuje se Robert Trimbl (Robert Trimble) koji će preminuti 1828. godine. Naredne godine preminuo je sudija Bušrod Vašington (Bushrod Washington),[18] tako da je predsjednik Endru Džekson (Andrew Jackson) imenovao:

– Džona Mek Lina (John McLean) i

– Henrija Boldvina (Henry Baldwin).[19]

Vrhovni sud predvođen Maršalom transformisan je u tribunal s velikim uticajem i autoritetom. Interesantan podatak je i to da Džon Maršal nije imao adekvatno pravno obrazovanje. Jedina edukacija iz ove oblasti predstavlja tromjesečni kurs prava kojeg je pohađao u zimu 1779–1780. godine na Koledžu Vilijam i Meri (William and Mary College).[20] Međutim, u slučaju Džona Maršala ovo nije predstavljalo veliku prepreku s obzirom na to da će ostati zapamćen kao najveći predsjednik Vrhovnog suda, koji je ostavio snažan trag na razvoj američkog ustavnog prava. Elementi koji su osigurali ovaj status su Maršalova zainteresovanost za budućnost države, praksa koju je ranije obavljao, a naročito stil i način pisanja presuda.

Ubrzo nakon polaganja zakletve i početka rada, Maršal se suočio s važnim odlukama koje će ostaviti traga na budućnost suda i nacije. Jedna od tih odluka odnosi se na spor oko preuzimanja dužnosti federalnog sudije koji je imenovan u posljednjim danima Adamsove administracije. Predmet datira iz 1803. godine, a u pitanju je *Marbury v. Madison.*[21]

---

[18] Sudija Vašington imenovan je 4. februara 1799. godine. Opširnije vidjeti: www.supremecourts.gov. Stranici se pristupilo 4. 7. 2013. godine.

[19] Opširnije o imenovanjima i datumima vidjeti: Charles F. Hobson, "Defining the office: John Marshall as Chief Justice", str. 1431–1435. (Dio pod naslovom A. The Marshall Court, 1801–1810 i B. The Marshall Court, 1811–1824). Džeksonova imenovanja citirana su prema Donald G. Morgan, *The Origin of Supreme Court Dissent, 10 William & Mary Quarterly* 353 (1953), str. 367–368 i Donald M. Roper, *Judical Unanimity and the Marshall Court-A road to Reappraisal, 9 American Journal of Legal History* 118 (1965).

[20] Opširnije: Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court...,* str. 35.

[21] Ovaj slučaj citira se na slijedeći način: Marbury v. Madison 1 Cranch (5 U.S) 137 (1803). Ovaj način predstavlja samo prepis koji se nalazi na originalnoj presudi. Vidjeti presudu slučaja objavljenu u William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States (Essential Documents, Great Neck Publishing, 2009). Odluke Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država kao i apelacionih sudova saveznih država nalaze se u službenim izvještajima sudova. Slučajevi koji su okončani 1887. godine pa do danas, objavljuju se u zvaničnim i nezvaničnim izvještajima. Jedan od nezvaničnih izvještaja je Nacionalni sistem izvještavanja (National Reporter System) ili Američko pravno glasilo (American Law Reports). Prvi sistem obuhvata preko pet hiljada tomova, a svaki ima preko hiljadu stranica. Za federalni sudski sistem prihvatilo se pravilo da se odluke objavljuju u četiri serije po principu jedna za Vrhovni sud, za apelacione,

Tradicionalno, Marburi se smatra osnivačem ustavne doktrine koja se zasniva na pravu Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država da vrši ocjenu ustavnosti zakona koje donosi zakonodavno tijelo. Doktrina je poznata kao "sudska kontrola" ili "sudsko preispitivanje" (Judicial Review). Spomenuta doktrina može se prevesti i kao sudska obnova procesa, sudska revizija ili sudsko preispitivanje.[22] Međutim, doktrina, kao i njena upotreba od strane Vrhovnog suda, nije predviđena tekstom Ustava Sjedinjenih Američkih Država iz 1787. godine.[23]

Pitanje koje će prerasti u poznati predmet *Marbury v. Madison* odnosi se na imenovanje federalnog mirovnog sudije za Distrikt Kolumbija (District of Columbia). U pitanju je Vilijam Marburi (William Marbury) kojeg je imenovao predsjednik Adams. Ovo imenovanje potvrdio je Senat, a ovlaštenje je potpisao predsjednik i na kraju ovjeru izvršio tadašnji državni sekretar Džon Maršal. Maršal je trebao ovlaštenje uručiti imenovanom sudiji, ali spletom okolnosti ovlaštenje nije uručeno sve do posljednjeg dana Adamsove administracije (3. marta 1801. godine). Opisane prilike su uticale na odluku Vilijama Marburija da uručenje ovlaštenja traži od novoimenovanog sekretara države Džejmsa Madisona (James Madison). U međuvremenu, predsjednik

---

okružne i jedna serija obuhvata federalna pravila sudskog postupka. Prilikom pozivanja na određeni slučaj (precedent) pravilo je da se citiraju kako zvanični tako i nezvanični izvještaji. Kao primjer možemo navesti *A v. B, 100 Massa.101, 101 N.W. 2d 100, 101 A.L.R. 2d 100 (2009).* Ovo znači da je slučaj A v. B okončan 2009. godine i da se nalazi na 100. stranici u tomu broj 101 službenih izvještaja države Masačusets i na stranici sto drugog izdanja Sjeverozapadne serije u tomu broj 101 i na stranici 100 drugog izdanja Američkog pravnog glasila u tomu broj 101. Opširnije: E. Allan Farnsworth, *An Introduction to the Legal System of the United States,* (Oceana Publications, INC, New York, 1996), str. 46–48.

[22] O nastanku ustavnih doktrina pri Vrhovnom sudu Sjedinjenih Američkih Država vidjeti: Charles Fried, "Constitutional Doctrine", *Harvard Law Review,* Vol. 107 (1994), str. 1140–1157.

[23] Ustav Sjedinjenih Američkih Država iz 1787. godine u svom članu III, odjeljak 1. navodi: "Sudska vlast Sjedinjenih Država povjerava se jednom Vrhovnom sudu i onim nižim sudovima koje Kongres može s vremena na vrijeme ustanovljavati i osnivati. Sudije i Vrhovnog i nižih sudova, zadržaće svoja zvanja dokle god se dobro drže i u određenim rokovima dobijaće za svoju službu naknadu koja se ne može smanjivati za vrijeme trajanja njihove službe". Kao što se može vidjeti, Ustav nije doveo do formiranja Vrhovnog suda već predstavlja snažnu osnovu za izgradnju federalnog sudskog sistema. Naime, nastanak Vrhovnog suda počiva u ustavnim ovlaštenjima Kongresa koji je i donio ranije spomenuti prvi Zakon o sudstvu. Primjedba autora. Tekst Ustava iz 1787. godine: Fikret Karčić, *Pravni tekstovi – odabrani izvori za Opću historiju države i prava,* (Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2004), str. 262. Tekst na engleskom jeziku: Akhil Reed Amar, *American's Constitution – a biography,* (Random House, New York, 2005), str. 487.

Džeferson narednog dana tj. 4. marta 1801. godine naređuje državnom tužiocu Leviju Linkolnu (Levi Lincoln), koji je mijenjao državnog sekretara zbog odsustva, da stornira uručenje ovlaštenja.[24] Novonastale okolnosti utiču na Marburija, koji se okreće Vrhovnom sudu Sjedinjenih Američkih Država zahtijevajući izdavanje zahtjeva za zaštitu zakonitosti (Writ of Mandamus)[25] a kojim će se sekretar države obavezati na uručenje ovlaštenja. Svoj zahtjev Marburi opravdava činjenicama da je njegovo imenovanje potvrdio Senat i da je ovlaštenje potpisao bivši predsjednik Adams. Ovaj zahtjev Vilijam Marburi opravdava sa Zakonom o sudstvu iz 1789. godine gdje se u odjeljku 13. navodi da je Vrhovni sud ovlašten za izdavanje mandamusa. Predmet je dostavljen Vrhovnom sudu na odlučivanje, i donosi se odluka da će se o njemu raspravljati tokom sudske sesije koja je unaprijed utvrđena za 1802. godinu. U međuvremenu, Kongres poništava sesiju za 1802. godinu, tako da se slučaj Marburi odgađa za novu, koja je prolongirana za 24. februar 1803. godine.[26] Na ovaj način, Džon Maršal (koji nije uručio ovlaštenje) našao se u prilici da u statusu predsjednika Vrhovnog suda donosi jednu od najznačajnijih odluka. Na konačnu odluku Vrhovnog suda nije se dugo čekalo. Ona je uslijedila prvoga dana sesije koja je predviđena za 1803. godinu (24. februar 1803). Predsjednik suda Džon Maršal dostavlja mišljenje suda u kojem se navodi:

Marburi ima pravni osnov za ovlaštenje;

1. Na osnovu zakona svoje zemlje, Marburi ima pravo da zahtijeva pravni lijek; i
2. Adekvatan pravni lijek nije Writ of Mandamus čije se izdavanje zahtijeva od Vrhovnog Suda.

Sud je do ovih odluka došao putem posebnog ispitivanja predmeta, a na osnovu formulacije pitanja. Ta pitanja su:

1. Da li tužilac ima pravo na ovlaštenje koje zahtijeva?

---

[24] Opširnije o okolnostima iz 1801. godine i datumima vidjeti: Robert Lowry Clinton, "Game Theory, Legal History, and the Origins of Judical Review: A Revisionist Analysis of Marbury v. Madison", *American Journal of Political Science,* Vol. 38 (1994), str. 287.

[25] U pitanju je sudska naredba izdata javnome službeniku. Ona sadrži detaljnu analizu spora, ali i instrukciju da se obaveze predviđene zakonom moraju ispuniti. Naredba potiče iz engleskog sudskog sistema i po pravilu se odnosila na lokalne sudske predstavnike (šerif). Ova praksa engleskih sudova potiče iz ranog XII vijeka. Primjedba autora.

[26] O poništavanju sesije vidjeti: Robert Lowry Clinton, "Game Theory, Legal History,...", str. 287. Citirano prema George L. Haskins i Herbert Johnson, *Foundations of Power: John Marshall 1801–1815,* (Mac Millan, New York, 1981), str. 184.

2. Ako tužilac ima pravo, a to pravo je prekršeno, da li u tom slučaju pravo države dozvoljava pravni lijek?
3. Ako je pravni lijek dozvoljen, da li je to zahtjev za zaštitu zakonitosti?[27]

Odgovori na prva dva pitanja nalaze se u Zakonu o sudstvu koji je odobren od strane Kongresa 1801. godine, a koji predstavlja osnov za izdavanje ovlaštenja. Pravna valjanost ovlaštenja nalazi se u Adamsovom potpisu i ovjeri. Međutim, ovlaštenje nikada nije dostavljeno, odnosno uručeno osobi na koju glasi. Kako bi odgovorio i na treće pitanje, Vrhovni sud pristupa analiziranju Zakona o sudstvu iz 1789. godine. U tom smislu sud se posebno koncentrisao na odjeljak 13. Ovaj odjeljak sadrži i pravni osnov prema kojem Vrhovni sud može izdati Writ of Mandamus. U svojoj analizi, Sud dolazi do zaključka da je zakonodavna grana vlasti postupila suprotno običajnoj doktrini "Izvan ovlaštenja" (u pitanju je engleska doktrina običajnog karaktera koja se izvorno naziva Ultra Vires), tako što je ovlastila sud za izdavanje zahtjeva za zaštitu zakonitosti, ali to ovlaštenje nije predviđeno članom III Ustava Sjedinjenih Američkih Država.[28] Pozivajući se na čl. VI Ustava[29], a uzimajući u obzir i to da sud nije imao raniji precedent koji se može upotrijebiti, Vrhovni sud donosi odluku da je odjeljak 13. Zakona o sudstvu iz 1789. godine neustavan. Ovom odlukom, sud je uspostavio ranije spomenutu doktrinu sudske kontrole (Judicial Review), te zaključio da sudija Marburi ima pravo na ovlaštenje, ali da Vrhovni sud nije nadležan za izdavanje zahtjeva (Writa) i da kao sudska institucija ne može uticati na izvršnu vlast da mu dostave ovlaštenje. Može se zaključiti da je predsjednik

---

[27] O odlukama i pitanjima vidjeti presudu slučaja objavljenu u: *William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States*, (Essential Documents, Great Neck Publishing, 2009).

[28] Član III glasi: "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; na sporove u kojima su Sjedinjene Države stranka; na sporove između građana dvije ili više država; između jedne države i građana neke druge države; između građana raznih država..." Tekst člana ; Fikret Karčić: *Pravni tekstovi...*, str. 262.

[29] Član VI. Ustava u američkoj pravnoj literaturi poznatiji je kao Klauzula o supremaciji (Supremacy Clause), a koji glasi: "Ovaj Ustav kao i oni zakoni Sjedinjenih Država koji će se od sada donositi, svi sklopljeni ugovori ili oni koji će biti sklopljeni u ime Sjedinjenih Država – biće vrhovni zakon zemlje; sudije u svakoj državi biće obavezni da ih poštuju, čak i u slučaju da time dolaze u sukob u ma u čemu sa ustavom ili zakonima bilo koje države. Nastavak člana predviđa polaganje zakletve ili svečane izjave kojom se senatori, predstavnici, članovi zakonodavnih tijela, upravni i sudski službenici obavezuju na poštivanje Ustava. Vidjeti: Fikret Karčić: *Pravni tekstovi...*, str. 264.

Maršal analitički i pažljivo pristupio tumačenju Ustava dovodeći u vezu čl. III i čl. VI, a oslanjajući se na supremaciju Ustava u odnosu na sve druge izvore prava. Posebnu pažnju Maršal je posvetio obavezi polaganja zakletve i poštivanja Ustava.

Doktrina uspostavljena u predmetu *Marbury v. Madison* iz 1803. godine, osigurala je snažan instrument za ravnotežu između grana vlasti, ojačala položaj i ulogu suda kao institucije. Od tada Vrhovni sud posjeduje sudsku autonomiju, koja će poslužiti predsjedniku Suda za daljnju izgradnju institucije. Detaljna analiza Maršalovog suda i predmeta *Marbury v. Madison* može poslužiti za bolje razumijevanje doktrine. Tokom 2003. godine objavljuje se studija u kojoj se ističe da Marburi nije kreator neke nove doktrine, već da je jednostavno koristio ranije poznati princip. U istoj studiji nalazi se i konstatacija da ova doktrina nije osigurala supremaciju Vrhovnog suda nad ostalim granama vlasti, nego da je osigurala nezavisnost suda u procesu interpretacije i primjene ustava.[30]

U praksi doktrina sudskog preispitivanja nije prvi put korištena u *Marbury v. Madison*. Prije navedenog predmeta, evidentirani su oni koji su rješavani od strane državnih i nižih federalnih sudova koji su sadržavali ovu doktrinu. Bez obzira na ranije postojanje, a imajući u vidu činjenicu da tekst Ustava ne poznaje doktrinu, može se postaviti pitanje na koji način Džon Maršal dolazi do rješenja? Pozadinu čitavog predmeta *Marbury v. Madison* čini snažna politička borba između federalista i demokrata. Povod za sukob je ranije spomenuto imenovanje sudija od strane Adamsa, što je dovelo do ukidanja starog i donošenja novoga zakona. Ovim zakonom demokrati ponovo uspostavljaju obaveze kružnog obilaska okruga od strane sudija Vrhovnog suda. Krajnji cilj je poništavanje izbora sudija (federalisti su imali pod kontrolom skoro čitav sistem federalnog sudstva) sa željom da se njihova mjesta popune pripadnicima demokratske stranke. Kulminaciju događaja predstavlja spomenuti slučaj, gdje su demokrati opravdano očekivali da će Vrhovni sud narediti državnom sekretaru da dostavi ovlaštenje sudiji Marburiju. Međutim, Džon Maršal pristupa neočekivanom tumačenju Ustava i donosi odluku kojom se akt Kongresa proglašava neustavnim. Do ove

[30] Opširnije vidjeti: Michael Stokes Paulsen, "The irrepressible myth of Marbury", *Michigan Law Review,* Vol. 101 (2003), str. 2707–2710. Detaljnije o nastanku spomenute doktrine vidjeti: Scott E. Lemieux, "The Exception that defines the Rule: Marshall's Marbury Strategy and the Development of Supreme Court Doctrine", *Journal of Supreme Court History,* Vol. 28 (2003), str. 197–211. Opširnije o stavovima da Marburi nije kreator nove doktrine vidjeti: Robert P. Jr. Frankel, "Before Marbury: Hylton v. United States and the Origins of Judical Review", *Journal of Supreme Court History,* Vol. 28 (2003), str. 1–13.

odluke došlo se na osnovu ciljne, tekstualne i strukturalne analize čitavog Ustava. U presudi, Maršal ističe: "Istaknuto je da je djelokrug i dužnost sudske službe da kaže šta je pravo. Oni koji primjenjuju pravila na određene slučajeve, moraju iz razloga nužnosti tumačiti i interpretirati to pravilo. Ako su dva zakona u međusobnom sukobu, sudovi moraju odlučiti o djelovanju svakog od njih. Prema tome, ako je zakon u suprotnosti s ustavom, ako se zakon i ustav odnose na isti slučaj, tako da sud mora odlučiti da li će slučaj presuditi prema zakonu, ne poštujući ustav, ili prema ustavu, ne poštujući zakon, sud mora utvrditi koji od ovih sukobljenih zakona upravlja slučajem. Ovo je osnovna srž sudske dužnosti."[31]

Iz navedenog citata uočava se uticaj Očeva osnivača Sjedinjenih Američkih Država (Founding Fathers), a naročito pisanje Aleksandra Hamiltona (Alexander Hamilton) u federalističkom spisu br. 78.[32] U svom eseju Hamilton se bavi ispitivanjem predloženog oblika organizacije sudstva gdje u jednome segmentu zaključuje da je interpretacija prava karakteristična i svojstvena dužnost sudova. Slični stavovi odnose se i na proglašavanje zakona neustavnim od strane sudske grane vlasti. Ipak, Hamilton negira da je sudsko preispitivanje osnov da sudska grana vlasti bude iznad zakonodavne.[33]

Stav Maršala u *Marbury v. Madison* predstavlja ono što je Hamilton utvrdio u svom političkom eseju. U presudi se ne može uočiti namjera sudija da Vrhovni sud pretvore u instituciju koja je ekskluzivno ovlaštena za interpretaciju Ustava. Ovaj stav potiče iz poimanja doktrine sudija iz 1803. godine koja se razlikuje od današnjeg. Maršal kao i njegove kolege doktrinu su prihvatili kao fundamentalni princip uvršten od strane naroda u pisani tekst Ustava.[34] Na ovaj način Džon Maršal i većina federalista protežira

[31] Op. citat: *Marbury v. Madison, page 5 U.S. 177–178.*

[32] Federalistički spisi predstavljaju zbirku političkih eseja čiji broj iznosi 85 i dijele se u dvije grupe. Prvu čine 36 eseja koji se kritički odnose prema vladi koja je uspostavljena Člancima konfederacije i Vječite unije iz 1777. godine (The Articles of Confederation and Perpetual Union). Druga grupa ima 49 eseja koji detaljno analiziraju Ustav iz 1787. godine. Svi eseji objavljivani su u dnevnim novinama Nju Jorka pod pseudonimom *Publisu* iza kojeg se kriju trojica najvećih patriota i političkih teoretičara (Aleksandar Hamilton, Džejms Medison i Džon Džej). Primjedba autora. Federalistički spisi na engleskom jeziku su objavljeni pod naslovom: *The Federalist Papers – Alexander Hamilton, James Madison and John Jay,* (A Bantam Book, New York, 2003).

[33] Opširnije: *The Federalist Papers – Alexander Hamilton, James Madison,* str. 471–479. Federalistički spis broj 78 napisan je 28. maja 1788. godine što znači da je bio nepoznat učesnicima konvencije koja je zasjedala 1787. godine.

[34] Opširnije: William E. Nelson "Marbury v. Madison and the Establishment of Judical

ideju narodnog ustava (Popular Constitutionalism) naglašavajući volju naroda. Paralelno sa spomenutim, ističe se značaj pisanog ustava, koji predstavlja temeljni i vrhovni zakon zemlje, a Maršal utvrđuje da teorija vlade uspostavljena Ustavom mora biti takva da će svaki akt zakonodavstva koji je u suprotnosti s Ustavom poništiti.[35] Maršal se u donošenju odluke oslanjao na princip prešutnih ovlaštenja (Implied Powers) za koje se smatra da proizlaze iz Ustava i da su tvorci Ustava imali na umu doktrinu sudske kontrole. Pojedini autori smatraju da značaj predmeta *Marbury v. Madison* leži u formiranju sudske autonomije kao i održavanja balansa između dva različita koncepta uređenja države i organizacije vlasti.[36] Prvi koncept je demokratija, a drugi je vladavina prava. Demokratske principe izrazio je Abraham Linkoln (Abraham Lincoln) u svom poznatom govoru održanom 19. novembra 1863. godine u mjestu Getisburg (Gettysburg). U pitanju je govor koji je američka pravna historija nazvala "Adresa Getisburg" (Gettysburg Address) u kojem stoji da vlada naroda, uspostavljena od naroda i za narod, nikada neće nestati.[37] Drugi koncept – vladavinu prava, predstavio je Džon Adams u Ustavu države Masačusets iz 1780. godine gdje stoji da je naša vlada, vlada prava, a ne ljudi.[38]

Maršalov stav u *Marbury v. Madison* ignorisan je od strane javnosti, ali jedan od rijetkih koji je prepoznao potencijal bio je Džeferson. U pismu sudiji Roanu (Spencer Roan) Džeferson je okarakterisao Maršalov stav tvrdeći da ustav po ovoj hipotezi nije ništa drugo do voštana figura u rukama sudstva, koje ga može oblikovati na način kako mu odgovara.[39]

Predmet *Marbury v. Madison* značajan je ne samo po tome što je Vrhovni sud po prvi put praktično upotrijebio doktrinu sudske kontrole, već i zbog toga što je iskoristio priliku da se povuče linija razgraničenja između političkih i pravnih pitanja. To se uradilo u tzv. objedinjenom slučaju *Stuart v. Laird* koji je odlučen samo šest dana nakon *Marbury v. Madison*. Iz predmeta proizlaze dva ustavna pitanja koja se odnose na sada već ukinuti Zakon o

Autonomy", *Journal of Supreme Court History,* Vol. 27 (2002), str. 251.

[35] Opširnije: Peter Schotten "Marbury v. Madison, Rightly Understood", *Perspectives on Political Science,* Vol. 33 (2004), str. 136.

[36] Opširnije: William E. Nelson "Marbury v. Madison...", str. 240.

[37] Opširnije: http://www.gettysburgfondation.org pristupljeno 5. 7. 2009. godine.

[38] Opširnije: William E. Nelson "Marbury v. Madison...", str. 240. Citirano prema Commager i Cantor, *Documents of American History,* (Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1988), str. 107–110.

[39] Opširnije: Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court,* str. 53. Citirano prema 10 *The writings of Thomas Jefferson,* (Ford, 1899), str. 140.

sudstvu iz 1801. godine. Prvo je da li Kongres može ukinuti okružne sudove uspostavljene zakonom iz 1801. godine i na taj način uskratiti imenovanim sudijama njihove pozicije, uprkos čl. III odjeljku 1. Ustava Sjedinjenih Američkih Država? Drugo pitanje je da li Kongres može tražiti od sudija Vrhovnog suda da zasjedaju kao okružne sudije? U donošenju odluke predsjednik suda nije učestvovao, a autor presude je sudija Vilijam Peterson. Suština presude ukazuje na to da je Vrhovni sud podržao Zakon iz 1802. godine i na taj način izbjegao sukob s republikancima koji su dominirali u zakonodavnoj i izvršnoj vlasti.[40]

Analizirajući predmet iz 1803. godine može se reći da su prouzrokovali prvu veliku krizu Vrhovnog suda. Međutim, rješenja koja se nalaze u odlukama, onemogućila su kapitulacije suda, te na taj način osigurala značajno mjesto u sistemu podjele vlasti. Slična konstatacija može se iznijeti i kada se govori o budućnosti Vrhovnog suda.

Vrhovni sud je polovično riješio pitanje doktrine Judical Review s *Marbury v. Madison*, jer je obuhvaćeno samo preispitivanje akata Kongresa kao nacionalnog tijela. Za puni značaj doktrine, neophodno je da se ona proširi na državne sudove. Ovo pravo suda proističe iz odjeljka 25. Zakona o sudstvu iz 1789. godine. U Zakonu se kaže da odluke državnih sudova koje odbijaju zahtjeve zasnovane na federalnom Ustavu, zakonima ili ugovorima podliježu preispitivanju od strane Vrhovnog suda. Zakon predviđa i pravni mehanizam pod imenom "rješenje o pogrešci" (Writ of error).[41] Prilika da se doktrina proširi ukazala se 1810. godine u predmetu *Fletcher v. Peck*. U pitanju je država Džordžija koja je 1794. godine dozvolila prodaju trideset pet miliona akri[42] zemljišta u tzv. oblasti Jazu (Yazoo), a kupci su četiri zemljišne kompanije. Međutim, zbog korupcije zakonodavnog državnog tijela, 1796. godine donosi se odluka da se poništi Jazu grant kao i sva vlasnička prava koja su nastala kupovinom. Jedan od kupaca bio je Robert Flečer (Robert Fletcher) koji je tužio prodavca Džona Peka (John Peck) zbog toga što mu nisu osigurana vlasnička prava na kupljenu zemlju. Predsjednik suda u odluci konstatuje da je zakon države prekršio "ugovornu klauzulu"

---

[40] Opširnije o slučaju *Stuart v. Laird* iz 1803. godine vidjeti: Kermit L. Hall, *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States,* (Oxford University Press, New York, London, 1992), str. 846–847. Autor članka William M. Wiecek – Syracuse University.

[41] Opširnije: http:// www.fjc.gov/history pristupljeno 7. 7. 2009. godine. (Tekst zakona na engleskom jeziku).

[42] Akr je engleska mjera za površinu. Jedan akr iznosi 4840 kvadratnih jardi ili 4047 kvadratnih metara. Primjedba autora.

(Contract Clause)[43] Ustava i proglašava državni zakon neustavnim. U odluci, Maršal kategorički utvrđuje da se država ne treba posmatrati kao jedinka, nepovezana suverena vlast, već suprotno, kao članica Unije, čiji ustav ima prvenstvo nad zakonodavstvom država.[44] Sljedeći primjer koji se kretao istom linijom kao što je *Fletcher v. Peck*, datira iz 1816. godine. To je *Martin v. Hunter's Lessee*[45] koji je u literaturi okarakterisan kao predmet u kojem je sudija Džozef Stori (Joseph Story) napisao svoje najznačajnije mišljenje u karijeri. Priroda predmeta odnosi se na ratna događanja. Tokom borbe za nezavisnost zakonodavno tijelo Virdžinije donosi zakon kojim se konfiskuje imovina lojalista. Jedan od njih je i Tomas Lord Ferfeks (Thomas Lord Fairfax) čija je imovina dospjela u ruke pojedinca na osnovu spomenutog zakona. Zakonodavstvo Virdžinije predvođeno sudijom Roanom[46] isticalo je da oni nemaju obavezu izvršenja bilo kakvih odluka

---

[43] Ugovorna klauzula glasi: "Nijedna država ne može ulaziti ni u kakav ugovor, ni savez ili konfederaciju; ni izdavati dozvolu za represalije i za zarobljavanje neprijateljskih brodova; ni kovati novac, ni izdavati novčanice; ni priznavati bilo čemu drugom, osim zlatnom i srebrenom novcu, snagu zakonskog sredstva za plaćanje dugova; niti donosi zakone o oduzimanju imanja ili lišavanja građanskih prava određenih lica, ni zakon s povratnim dejstvom (*ex posto facto*), ni zakon koji slabi ugovorne obaveze, niti dodjeljivati plemićke titule.
Nijedna država ne može bez pristanka Kongresa razrezivati nikakve dažbine ili carine na uvoz ili izvoz, sem onih koje mogu biti neophodno potrebne za izvršenje njenih zakona o nadzoru; a čist prihod od carine i dažbine koje ma koja država razreže na uvoz i izvoz biće stavljene na raspolaganje Blagajni Sjedinjenih Država; svi takvi zakoni biće podložni reviziji i kontroli Kongresa.
Nijedna država ne može bez pristanka Kongresa razrezivati nikakve dažbine na tonažu, držati vojsku ili ratne brodove u vrijeme mira, ulaziti u sporazume ili ugovore s drugim državama ili stranim silama, niti se upuštati u rat, sem u slučaju neposrednog napada na nju ili takve opasnosti koja ne trpi odlaganja". Citat: Fikret Karčić, *Pravni tekstovi...,* str. 260. Ova klauzula govori o apsolutnom limitiranju ovlaštenja država, a praktično značenje varira od interpretacije Vrhovnog Suda. Primjedba autora.

[44] Opširnije: Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court,* str. 43.

[45] Ovaj slučaj ima svoju historijsku pozadinu, a odnosi se na *Fairfax's Devisee v. Hunter's Lessee* iz 1813. godine. Slučaj predstavlja jedan od najvećih ustavnih sukoba između pravnika Virdžinije i Vrhovnog suda. Sudija Stori izdao je Writ of Error na osnovu kojeg se zaobilazi državni zakon o konfiskaciji imovine lojalista i podržava zahtjev koji se zasniva na pravima lojalista na vlastitu imovinu. Međutim, Vrhovni apelacioni sud Virdžinije, a naročito ranije spomenuti sudija Roan, isticali su neustavnost odjeljka 25. Zakona o sudstvu iz 1789. godine odbijajući primjenu dostavljenog Writa. Kulminacija nastupa 1816. godine. Opširnije o slučaju: Kermit L. Hall, *The Oxford companion to the Supreme Court...,* str.274. Autor članka William M. Wiecek – Syracuse University.

[46] Sudija Spenser Roan je najveći kritičar Maršalovog suda što je i povod za neprijateljske odnose. Ovo potiče iz nezadovoljstva sudije Roana što nije imenovan na funkciju predsjednika suda jer je to bila prvobitna namjera Džefersona. Svoje neslaganje sudija

Vrhovnog suda. Osnov za tvrdnju nalazio se u tzv. teoriji ugovora, po kojoj su predstavnici Virdžinije isticali da je njihov suverenitet (državni) identičan sa suverenitetom Sjedinjenih Država. Sudija Stori odbacuje ovu teoriju tvrdeći da je američki narod tvorac nacije i da državna sudska ovlaštenja počivaju jedino u federalnom sudstvu. Ovo je praktično značilo da sudija Stori podržava odjeljak 25. Zakona o sudstvu iz 1789. godine, ali mu daje sasvim drugačiji način interpretacije. U svom stavu, sudija insistira da ovlaštenje za interpretaciju Ustava pripada samo jednom autoritativnom izvoru, a to je Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država. Ova odluka osnažila je "klauzulu supremacije", jer bez nje, države nisu obavezne da usklade svoje zakone sa standardima koje propisuje Ustav.[47] Predsjednik suda Maršal nije učestvovao u procesu zbog finansijske povezanosti sa slučajem. Pet godina kasnije, Maršal se nalazi u prilici da potvrdi stav kolege Storija u predmetu *Cohens v. Virginia* iz 1821. godine. Ovaj predmet odnosi se na Filipa (Philip) i Mendesa (Mendes) Kohena (Cohen) koji su prodavali loto listiće na teritoriji Virdžinije čija je prodaja dozvoljena aktom Kongresa za Distrikt Kolumbija. U međuvremenu, Kohenovi podnose žalbu na presudu kojom se terete za kršenje državnog statuta koji strogo zabranjuje prodaju loto listića tražeći od Vrhovnog suda izdavanje rješenja o pogrešci (Writ of error). Virdžinija se poziva na jedanaesti amandman i utvrđuje da amandman isključuje mogućnost saslušanja slučaja na Vrhovnom suda. U svojim tumačenjima, Virdžinija je otišla korak dalje i utvrdila da odjeljak 25. Zakona o sudstvu iz 1789. godine ne sadrži ovlaštenje po kojem Vrhovni sud može saslušati predmet. Predsjednik Maršal u svom mišljenju tvrdi da je Ustav stavio Uniju na prvo mjesto, i da je federalno sudstvo krajnji sudac kada je riječ o ustavu. Ovo mišljenje dozvoljava interpretaciju državnih zakona od strane države koja ih je donijela, ali svako federalno pitanje mora se rješavati u skladu s odjeljkom 25. tj. samo od strane federalnih sudova. U pogledu jedanaestog amandmana, u mišljenju se ističe da tekst amandmana ne ograničava federalne sudove da odlučuju o zakonskim federalnim pitanjima, pa čak i kada je tužena strana država-članica Unije.[48] Prema pisanju Maršalovog biografa, odluka u *Cohens v. Virginia* je "jedna od najsnažnijih koja je povezala

---

iskazuje kroz eseje objavljivane u časopisu *Richmond Enquirer*. Predsjednik suda svoje presude brani kroz eseje objavljivane u *Alexandria Gazzette*. Eseji su potpisani kao "Prijatelj Ustava" (Friend of the Constitution). Opširnije: Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court...,* str. 53–54.

[47] Opširnije o slučaju: Kermit L. Hall, *The Oxford companion...,* str. 529–530. Autor članka Kermit L. Hall.

[48] Opširnije o slučaju vidjeti: Kermit L. Hall, *The Oxford companion...*, str. 162–163. Autor članka Kermit L. Hall.

Amerikance u neuništivu naciju".[49] S ovom odlukom Maršal je potvrdio ovlaštenje Vrhovnog suda da može provoditi doktrinu sudske kontrole i na presude državnih sudova. Od tada autoritet sudske grane vlasti, u pogledu tumačenja Ustava i njegove primjene na neustavne zakone, akte ili odluke (federalne i državne), postao je prihvaćen u američkom ustavnom pravu. Također, odluka je završila proces izgradnje sudske vlasti te je Vrhovni sud transformisala u vrhovni tribunal čitave države koji ima konačnu riječ kako nad državnim tako i nad federalnim sudstvom.

Ipak, za Maršala ovo nije bio konačan cilj. Prema njegovom mišljenju tvorci Ustava imali su namjeru da oforme i djelotvornu nacionalnu vladu. Doktrina sudskog preispitivanja bila je pogodan aparat, koji će Maršal iskoristiti da ideju tvoraca provede u djelo. Ključna ideja koju je Maršal imao na umu je izgradnja tzv. nacionalne moći (National Power) odnosno ovlaštenja država. Osnovni cilj je osigurati doktrinu koja će obezbijediti efektivnu naciju poštivajući dva osnovna principa. Prvi je da se naciji obezbijede takva ovlaštenja koja će osigurati djelotvorno upravljanje, a drugi je da se federalnom sudstvu osigura suverenitet nad državnim.

Prilika da se ovo pitanje okonča ukazala se prije 1821. godine, ali zbog predmeta regulisanja i nivoa vlasti, odlučili smo da se ovo pitanje obradi kao zasebna cjelina. Najznačajniji predmet iz spomenute oblasti je *McCulloch v. Maryland* iz 1819. godine. Ovim predmetom uvodi se doktrina "prešutnih ovlaštenja" (Implied Powers) u američko ustavno pravo i završava stalna kontroverza između grupacija koje su podržavale striktno i onih koje su favorizovale široko tumačenje ustavne klauzule o potrebnosti i neophodnosti.[50] Srž predmeta su pitanja da li Kongres ima ovlaštenja da izda povlasticu koja će formirati Drugu banku Sjedinjenih Država[51] i da li je ona podložna državnim taksama? Maršal je na prvo pitanje odgovorio potvrdno, a na drugo odrično.

Prva banka Sjedinjenih Država postojala je sve do 1811. godine kada je ukinuta od strane Kongresa. Finansijske prilike (inflacija i ekonomske poteškoće)

---

[49] Op. citat: Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court,* str. 45. Citirano prema 2 Beveridge: *The Life of John Marshall (1919),* str. 343.

[50] Klauzula se nalazi u čl. I. odjeljak 8. stav. 17. Ustava, a reguliše prava Kongresa Sjedinjenih Država. Klauzula glasi Kongres će imati pravo "da donosi zakone koji će biti potrebni i podobni za izvršenje navedenih ovlašćenja i svih drugih ovlašćenja koja ovaj Ustav daje vladi Sjedinjenih Država ili pojedinom resoru ili službenom licu". Citat: Fikret Karčić *Pravni tekstovi...,* str. 259.

[51] Prijedlog da se formira Prva banka Sjedinjenih Država potiče od Hamiltona koji je 1791. godine predložio Kongresu da pristupi izdavanju povlastice. Primjedba autora.

primorale su Kongres da promijeni svoju odluku i 1816. izdaje povlasticu koja je formirala Drugu banku Sjedinjenih Država. Međutim, u praksi ova je institucija bila pod stalnim napadima političke elite koja je isticala njenu neustavnost, ali i ekonomsku neopravdanost. Ubrzo, niz država-članica izdaje posebne zakone o naplaćivanju taksi čiji teret snose banke. Jedna od država je Merilend, koja 1818. godine uvodi takse na sve banke koje posluju na njenoj teritoriji, a koje nemaju povlasticu izdatu od zakonodavnog tijela. Na čelu odjeljenja Druge banke u Baltimoru nalazio se Džejms MekKuloh (McCulloch) koji u ime banke izdaje pismo u kojem odbija plaćanje takse. U sudskom postupku okružni sud Baltimora podržao je državni zakon, što je potvrdila i presuda apelacionog suda Merilenda. Žalba na presudu apelacionog suda dostavljena je Vrhovnom sudu Sjedinjenih Američkih Država kojom se traži izdavanja Writ of error. Država Merilend iznosi argument da Kongres nije ovlašten za izdavanje licence, te da Druga banka nema status federalne agencije. Vrhovni sud potvrđuje legalitet ovlaštenja Kongresa, a takse države Merilend neustavnim i nevažećim.

Predsjednik suda u svojoj odluci, koja je okarakterisana kao jedna od najznačajnijih i najelokventnijih, osvrće se na nekoliko značajnih elemenata. Maršal raspravlja o porijeklu i prirodi Ustava, gdje zaključuje da je narod donio ustav koji je ratifikovan od posebno izabranog tijela. Kao posljedica toga, proističe da je vlada tvorevina naroda koja sve svoje poslove obavlja u ime naroda. Ovaj stav prerasta u alternativu teoriji koju su zastupali poklonici Džefersona, koji su porijeklo federalne vlade vidjeli u ugovoru država te da kao takva ima tačno utvrđena i ograničena ovlaštenja. U svojoj elaboraciji, Maršal se osvrnuo na ranije spomenutu klauzulu i odlučuje da formiranje banke okarakteriše kao potrebno i neophodno. Na ovaj način, Maršal je automatski potvrdio ovlaštenja Kongresa na izdavanje licence. U ovome dijelu Maršal izjavljuje "mi nikada ne smijemo zaboraviti da je Ustav to što mi tumačimo".[52] Zaključak koji se iznosi u odluci suda nastao je povezivanjem isključivih ili tzv. delegiranih ovlaštenja Kongresa s klauzulom o potrebnosti i neophodnosti, iz kojih proizlazi ovlaštenje Kongresa na izdavanje povlastice, iako ovo ovlaštenje nije sadržano u delegiranim ovlaštenjima Kongresa.[53] Što se tiče državnih taksi i odgovora na drugo pitanje, rješenje se nalazi u Maršalovom tumačenju klauzule o supremaciji koje se svodi na zaključak da ovlaštenje za uvođenje taksi (od strane država-članica)

[52] Citat: Kermit L. Hall, *The Oxford guide to United States Supreme Court Decisions,* (Oxford University Press, New York, 1999), str. 183.

[53] Opširnije: Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth i Sara C. Benesh, *The Supreme Court in the American Legal System,* (Cambridge University Press, New York, 2005), str. 45–46.

automatski sadrži i ovlaštenje za uništenje.[54] Odluka Vrhovnog suda u *McCulloch v. Maryland* ostala je zapamćena kao kontroverzna i kratkoga vijeka. Kongres je 1832. godine opozvao ovlaštenje za izdavanje povlastica. Značaj spomenutog slučaja reaktivira se u XX vijeku, kada postaje kamen temeljac za široko prisustvo federalne vlade u domenu ekonomije.[55]

Značaj Maršalovog suda pored spomenutog širenja doktrine sudske kontrole na odluke državnih sudova i ekspanzije ovlaštenja na nacionalnom nivou, može se uočiti u domenu komercijalnih odnosa, ugovora, korporacija i vlasništva. Kao primjer koji pripada komercijalnim odnosima možemo navesti *Gibons v. Ogden* iz 1824. godine. Ovo je prvi slučaj gdje se Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država suočava s problemom interpretacije "komercijalne klauzule" (Commerce Clause).[56] Postupak je vezan za izumitelja parobroda Roberta Fultona (Robert Fulton). Fulton zajedno s američkim izaslanikom za Francusku, Robertom Livingstonom (Robert Livingston) 1803. godine organizuje prezentaciju i demonstraciju parobroda u Francuskoj. Prije događaja u Francuskoj, Fulton je od zakonodavstva grada Nju Jorka dobio monopol nad plovidbom u državnim vodama. Obezbijedivši monopol, Fulton licencira Arona Ogdena (Aaron Ogden) da osposobi liniju između Nju Jorka i Nju Džersija (New Jersey). U međuvremenu, pojavljuje se treća strana. Tomas Gibons (Thomas Gibbons) koji bez dozvole Nju Jorka uspostavlja plovidbu na liniji Nju Džersi – Menhetn (Gibons je dobio dozvolu za kabotažu – obalnu plovidbu, od federalne vlade). Ogden je tužio Gibonsa i sud Nju Jorka je podržao tužbu. Predmet je 1824. godine završio na Vrhovnom sudu Sjedinjenih Američkih Država. Maršal je u predmetu *Gibons v. Ogden* prepoznao sukob između zakona koje izdaje Kongres i država-članica. Gibonsova federalna dozvola poslužila je da se poništi koncesija Nju Jorka koja je i dovela do stvaranja monopola nad plovidbom. Do konačnog rješenja došlo se neočekivanim Maršalovim tumačenjem klauzule koja je dobila veoma široko značenje. U odluci suda termin trgovina definiše se kao svaki oblik ekonomskih odnosa obuhvatajući i sve poslovne odnose. Od tada je interpretacija klauzule osigurala izvor najznačajnijih ovlaštenja federalne vlade koje može koristiti u vrijeme mira.[57]

---

[54] Ibid., str. 46.

[55] Opširnije o *McCulloch v. Maryland* vidjeti: Kermit L. Hall, *The Oxford guide...,* str. 183–185., i Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth i Sara C. Benesh, *The Supreme Court...,* str. 45–47.

[56] Klauzula se nalazi u čl. I. odjeljku 8. stav 2. i glasi Kongres će imati pravo "da reguliše trgovinu sa stranim državama i između pojedinih država kao i sa indijanskim plemenima". Citat: Fikret Karčić, *Pravni tekstovi...,* str. 258.

[57] Opširnije o *Gibons v. Ogden*: Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court,* str.

Kada se govori o doprinosu Maršalovog suda u granicama ugovora, korporacija i vlasništva značajno je spomenuti predmet *Dartmouth College v. Woodward* iz 1819. godine. Dvije snažne koncepcije dominirale su Maršalovom karijerom. Prva je suverenitet federacije, a druga je svetost privatnog vlasništva. Prva koncepcija našla je svoje mjesto u Maršalovim mišljenjima, a druga je došla do izražaja u spomenutom slučaju iz 1819. godine. Pitanje je da li zakonodavno tijelo države Nju Hempšir (New Hampshire) može opravdano preinačiti kraljevu Povelju iz 1769. godine. Ovom poveljom formiran je Dartmautski koledž (Dartmouth College), ali odlukom Nju Hempšira preimenovan je u Univerzitet. Pravno posmatrajući koledž je promijenio status. U momentu formiranja, koledž je bio privatnog, ali sada je prerastao u koledž javnog karaktera. Predsjednik suda ne iznoseći argumente, tumači "ugovornu klauzulu". U tumačenju se navodi, ako je koledž privatan, onda se država ne smije uplitati sa svojim stečenim pravima (Vested Rights), a naročito kada su u pitanju privatno vlasništvo, menadžment i upravljanje. Maršal je klauzulu iskoristio da zaštiti ugovorna prava, tvrdeći da je kraljeva Povelja ugovor koji uživa zaštitu klauzule. Ova odluka spasila je koledž da iz privatnih ruku pređe u ruke države. Možda je značajnije to što je Maršalovom konstrukcijom "ugovorne klauzule" limitiran autoritet država-članica.[58]

Na kraju, za Maršalov sud možemo konstatovati da je ostavio snažan trag u funkcionisanju ustavnog sistema. Odluke suda uticale su na budućnost Amerikanaca kako u političkom tako i u pravnom pogledu. Kroz svoje odluke Maršalov sud je prilagođavao sistem općeg prava (Common law) potrebama američkog društva koje se brzo razvijalo. Ovaj sud smatra se tvorcem nekoliko značajnih načela od kojih možemo izdvojiti:

1. Doktrinu sudskog preispitivanja – Judical Review
2. Dominaciju sudstva – Judical Supremacy
3. Isticanje značaja nacije – National Supremacy
4. Široko tumačenje Ustava kao cjeline, ali i posebnih segmenata – klauzula (poznato kao Broad interpretation), i na kraju
5. Maršalov sud uticao je i na međudržavne odnose kao i odnose između federacije i država.

46–47. i Kermit L. Hall, *The Oxford companion...,* str. 337–338. Autor članka Maurice G. Baxter – Indiana University.

[58] Opširnije o *Dartmouth College v. Woodward*: Robert G. McCloskey, *The American Supreme Court...,* str. 47–49. i Kermit L. Hall, *The Oxford companion...,* str. 337–338. Autor članka Alfred S. Konefsky – State University of New York.

Predsjednik Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država Džon Maršal ostao je zapamćen kao jedna od najznačajnijih ličnosti u historiji Amerike. Period njegovog rada, kao što je ranije spomenuto, okarakterisan je kao formativna era u razvoju nacije. Svojim odlukama i načinom interpretacije Ustava, Maršal je uticao na niz elemenata koji su značajni za razvoj američkog društva. Posebno mjesto pripada doktrini sudske kontrole, ali i mnogim presudama koje su ojačale državu koja će preživjeti šok građanskog rata (1861–1865). Na kraju možemo zaključiti da je Maršalov sud proširujući doktrinu sudske kontrole uticao na proces formiranja nacije i na prilagođavanja anglosaksonskog pravnog sistema potrebama američkog društva.

Umjesto zaključka

U ovom radu analizira se način rada Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država, koji je svojim presudama uspio odgovoriti zahtjevima društva koje se ubrzano razvija. Posebno mjesto pripada načinu tumačenja Ustava Sjedinjenih Američkih Država iz 1787. godine gdje su sudije prepoznale ovlaštenja koja nisu striktno dodijeljena ovom sudu. Na ovaj način, Sud je tokom svoje dugogodišnje historije uspio kreirati doktrine koje su uticale na oblikovanje američkog pravnog sistema i američke pravne kulture. Jedna od tih je i doktrina sudske kontrole (Judical Review) koja je posebno istražena u ovom radu. Istraživanjem se utvrdilo da je u pitanju jedna od najznačajnijih doktrina nastala u historiji suda, a koja potiče iz poznatog predmeta *Marbury v. Madison* iz 1803. godine. Od tada je Sud postao autentični tumač Ustava, ali i jedina institucija na teritoriji Sjedinjenih Američkih Država koja ima pravo da kaže šta je zakon. U radu se ističe i uloga tadašnjeg predsjednika Suda, Džona Maršala, koji je ostao zapamćen kao najznačajniji predsjednik Suda u njegovoj historiji. Svojim presudama Maršal je uticao i na proces izgradnje *common law* sistema i njegovog prilagođavanja potrebama američkog društva.

Literatura

Enciklopedije i rječnici

– Encyclopaedia Britannica, Volume 3 i 7 Encyclopaedia Britannica, INC. William Benton, London, 1963.
– Macmillan English dictionary-CD ROM, Macmillan Education, Oxford, 2004.

Knjige, hrestomatije i brošure

- Amar, Akhil Reed: America's Constitution – a biography, Random House, New York, 2005.
- Bodenheimer Edgar, Oakley B. John, Love C. Jean: An Introduction to the Anglo-American Legal System, West Group, St. Paul, Minn, 2001.
- Dvorkin, Ronald: Carstvo prava, Filip Višnjić, Beograd, 2003.
- Epstein Lee, Walker G. Thomas: Constitutional Law for a changing America – Rights, Liberties, and Justice: CQ Press, Washington, 2007.
- Farnsworth, E. Allan: An introduction to the Legal System of the United States, Oceana Publications, INC, New York, 1996.
- Festić, Raifa: Opća historija države i prava, Studentska štamparija Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 1998.
- Festić, Raifa: Common law i druge pravno-historijske teme - zbornik radova, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008.
- Hall, L. Kermit, Finkelman Paul, Ely W. James Jr: American Legal History – Cases and Materials, Oxford University Press, New York, London, 2005.
- Hall, L. Kermit: The Oxford companion to the Supreme Court of the United States, Oxford University Press, New York, London, 1992.
- Hall, L. Kermit: The Oxford guide to United States Supreme Court decisions, Oxford University Press, New York, 1999.
- Hall, L. Kermit: The Oxford companion to American Law, Oxford University Press, New York, 2002.
- Hamilton Alexander, Madison James, and Jay John: The Federalist Papers, Bantam Books, New York, 2003.
- Irons, Peter: A People's History of the Supreme Court,- The Men and Women Whose Cases and Decisions Have Shaped Our Constitution, Penguin Books, New York, 2006.
- Karčić, Fikret: Pravni tekstovi – Odabrani izvori za Opću historiju države i prava, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2004.
- McCloskey, Robert G.: The American Supreme Court, The University of Chicago Press, Chicago, 2005.
- Miller, S. Wiliam: A Primer on American Courts, Longman, New York, 2005.
- Schwartz, Bernard: A History of the Supreme Court, Oxford University Press, New York, 1993.
- Segal, Jeffrey A., Spaeth J. Harold, Benesh C. Sara: The Supreme Court in the American Legal System, Cambridge University Press, New York, 2005.

Članci, studije i rasprave

- Chester H., Smith "The Justice of the Peace System in the United States", *California Law Review,* Vol XV (1927), str. 119–141.
- Clinton, Robert, Lowry, "Game Theory, Legal History, and the Origins of Judical Review; A Revisionist analysis of Marbury v. Madison", *American Journal of Political Science,* Vol 38 (1994), str. 285–302.
- Clinton, Robert, Lowry, "The Supreme Court before John Marshall", *Journal of Supreme Court History,* Vol. 27 (2002), str. 222–239.

– Cox, Archibald, "The Supreme Court and the Federal System", *California Law Review,* Vol. 50 (1962), str. 800–820.
– Festić, Raifa, "Načelo podjele vlasti i njegova primjena u Ustavu SAD-a", *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu,* XLI (1998), str. 132–143.
– Festić, Raifa, "Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država između Ustava i stvarnosti", *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu,* XXXIX (1996), str. 81–94.
– Frankel, Robert P. Jr., "Before Marbury: Hylton v. United States and the Origins of Judical Review", J*ournal of Supreme Court History,* Vol. 28 (2003), str. 1–13.
– Frankfurter, Felix, "Hours of Labor and Realism in Constitutional Law". *Harvard Law Review,* Vol. XXIX (1916), str. 353–373.
– Frankfurter, Felix, "John Marshall and the Judical function", *Harvard Law Review,* Vol. 69 (1955), str. 217–238.
– Frankfurter, Felix, "Fact and law in Judical Review", *Harvard Law Review,* Vol 56 (1943), str. 899–928.
– Fried, Charles, "Constitutional Doctrine", *Harvard Law Review,* Vol. 107 (1994), str. 1140–1157.
– Hobson, Charles F., "Defining the office: John Marshall as Chief Justice", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154 (2006), str. 1421–1461.
– Jaffe, Louis L., "Judical Review: Constitutional and Jurisdictional Fact", *Harvard Law Review,* Vol. 70 (1957), str. 953–985.
– Lemieux, Scott E., "The Exception that defines the Rule: Marshall's Marbury Strategy and the Development of Supreme Court Doctrine", *Journal of Supreme Court History,* Vol. 28 (2003), str. 197–211.
– Nelson, William, E., "Marbury v. Madison and the Establishment of Judical Autonomy", *Journal of Supreme Court History,* Vol. 27 (2002), str. 240–256.
– Paulsen, Michael Stokes, "The Irrepressible Myth of Marbury", *Michigan Law Review,* Vol. 101 (2003), str. 2706–2743.
– Pound, Roscoe, "The theory of judical decision I", *Harvard Law Review,* Vol. 36 (1923), str. 642–662.
– Pound, Roscoe, "The theory of judical decision II", *Harvard Law Review,* Vol. 36 (1923), str. 802–959.
– Schotten, Peter, "Marbury v. Madison, Rightly understood", *Perspectives on Political Science,* Vol. 33 (2004), str. 134–141.

Internet

www.fjc.gov/history/
http://www.supremecourtus.gov
http://www.britannica.com/E.Bchecket/topic/185175/Oliver-Ellsworth
http://www.gettysburgfondation.org

Dr Edin Halapić
Assistant Professor

THE DOCTRINE OF JUDICIAL CONTROL *Marbury v. Madison* (1803)[59]

Summary

The paper entitled The Doctrine of Judicial Review – Marbury v. Madison (1803) deals with the issue of origin of one of the most important doctrines of the Supreme Court of the United States of America. The issue at hand is the authority of the court, which is not intended by the text of the 1787 Constitution, nor the Judiciary Act of 1789, which also established this court. The paper particularly emphasizes the case of 1803, by which this doctrine was established. In question is the so-called Marshall Court, which is considered to have significantly influenced the development of American law and society. The American legal literature uses the term formative era for this period of the Supreme Court. With the said doctrine, the Supreme Court has ensured a crucial role in the shaping of the law and society, and has also become the only authentic interpreter of the Constitution, i.e. its master. The aim of this paper is to point out the advantages of there being one Supreme Court, and what its impact is on the legal tradition, the development of law, legal science and society.

Key terms: *Judicial review, the Supreme Court of the United States of America, Marbury v. Madison*

[59] The reason for this work is a research that occurred while writing a doctoral dissertation titled "*The Supreme Court of the United States of America-Background, Major Trends in Jurisprudence and Key Cases in the Second Half of the Twentieth Century*".

Ednar Idriz
Asistent

UDK: 347.91
Stručni rad

NEKE SPECIFIČNOSTI VANPARNIČNOG POSTUPKA U ODNOSU NA PARNIČNI POSTUPAK

Sažetak

Vanparnični postupak je građanski sudski postupak u kojem se rješavaju vanparnične stvari. Pod vanparničnim stvarima podrazumijevaju se mnogobrojne i međusobno različite pravne stvari, kod kojih se zajednička obilježja ispoljavaju sporadično. Iz tog razloga, svaki pravni poredak određuje obim i vrste vanparničnih stvari. U našem pravu vanparnične stvari su one pravne stvari za koje je zakonom izričito određeno da se rješavaju u vanparničnom postupku, ali i one iz nadležnosti sudova za koje to nije učinjeno zakonom, a koje se ne odnose na zaštitu povrijeđenog ili ugroženog prava, niti se zbog karaktera pravne stvari ili svojstva stranke u postupku mogu primjenjivati odredbe zakona kojim je uređen parnični postupak.

U ovom radu, ukazat će se na neke specifičnosti vanparničnog postupka u odnosu na parnični postupak, polazeći pri tom od općih razmatranja, te specifičnosti procesnih načela i pravnih lijekova.

Ključne riječi: *parnični postupak, vanparnični postupak, načela, pravni lijekovi*

1. Opća razmatranja

Za razliku od parničnog postupka koji je cjelovito uređen jednim zakonom – zakonom o parničnom postupku[1] (s izuzetkom određenih posebnih parničnih postupaka koji su regulirani odredbama porodičnog zakona), vanparnični postupak reguliran je većim brojem zakonskih propisa. Kod nas u prvom

[1] U Bosni i Hercegovini, s obzirom na njeno unutrašnje uređenje, primjenjuju se na različitim nivoima: 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).

redu imamo zakon o vanparničnom postupku,[2] koji sadrži *opće odredbe* i *odredbe o pojedinim vanparničnim postupcima*. Ali, nisu svi vanparnični postupci regulirani odredbama zakona o vanparničnom postupku, već su mnogi od njih regulirani odredbama drugih zakona. Značaj zakona o vanparničnom postupku jeste u tome što se opće odredbe tog zakona primjenjuju u pojedinim vanparničnim postupcima, osim ako odredbama tih postupaka nije određeno drugačije.[3]

Specifičnost vanparničnog postupka je da ne postoji opći vanparnični postupak, kao što postoji opći parnični postupak. Vanparnični postupak ne predstavlja jedinstvenu procesnu cjelinu, već se sastoji od niza posebnih – međusobno često različitih postupaka, kojima je zajedničko upravo to da nemaju osobine parnične procesne metode.[4]

Također, u vanparničnom postupku odredbe zakona o parničnom postupku nisu bez značaja. Naime, s obzirom na to da je parnični postupak opći postupak (najdetaljnije uređena procedura od svih građanskih sudskih postupaka), u vanparničnom postupku shodno se primjenjuju odredbe zakona o parničnom postupku, osim ako zakonom o vanparničnom postupku nije određeno drugačije.[5]

Generalno posmatrano, parnični postupak je rigorozan i snabdijevan jačim procesnim garancijama za pravilno utvrđivanje činjenica i zakonitu primjenu prava, dok je vanparnični postupak elastičniji i lakše prilagodljiv specifičnim materijama o kojima se u njemu odlučuje.[6]

Karakteristika vanparničnog postupka, između ostalog, jeste da se on pokreće prijedlogom, dok se parnični postupak pokreće tužbom.

Subjekti u vanparničnom postupku su sud i učesnici. U vanparničnom postupku ne postoje stranke (tužitelj i tuženi) kao u parničnom postupku, već učesnici, iz razloga što je bitno obilježje stranaka u parničnom postupku

---

[2] Također, s obzirom na naše unutrašnje državno uređenje, imamo tri zakona o vanparničnom postupku, koji se primjenjuju na različitim nivoima i to: Zakon o vanparničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine FBiH, br. 2/98, 29/04, 73/05 – u daljem tekstu ZVP FBiH), Zakon o vanparničnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik RS, br. 36/09 – u daljem tekstu ZVP RS) i Zakon o vanparničnom postupku Brčko distrikta (Službeni glasnik BD, br. 5/01 – u daljem tekstu ZVP BD).

[3] Vidi čl. 2. st. 1. ZVP FBiH, ZVP RS i ZVP BD.

[4] S. Triva – M. Dika, *Izvanparnično procesno pravo*, Zagreb, 1998, str. 9–10.

[5] Vidi čl. 2. st. 2. ZVP FBiH, ZVP RS i ZVP BD.

[6] N. Milijević i dr., *Modul 8 – Građanska oblast – Vanparnični postupak*, Sarajevo, 2006, str. 6, www.fbih.cest.gov.ba

suprotstavljenost njihovih interesa, dok su u vanparničnom postupku interesi učesnika najčešće koordinirani i usmjereni ka zajedničkom cilju. Svojstvo učesnika ima lice koje je postupak pokrenulo, lice o čijim se pravima ili pravnim interesima odlučuje u postupku (pojam učesnika, za razliku od pojma parnične stranke, nije samo procesnopravni, nego i materijalnopravni pojam), kao i organ koji učestvuje u postupku na osnovu zakonskog ovlaštenja da pokrene postupak, bez obzira na to da li je postupak pokrenuo ili je kasnije stupio u postupak.[7] Određene vanparnične postupke može da pokrene sud (npr. oduzimanje i vraćanje poslovne sposobnosti, raspravljanje zaostavštine, ili pak, zadržavanje duševno bolesnog lica u zdravstvenoj ustanovi pokreće se isključivo od strane suda) i u tom slučaju svojstvo učesnika ima sud, iz čega proizlazi, da je pojam učesnika u vanparničnom postupku širi od pojma stranke u parničnom postupku u kojem sud nikad ne pokreće postupak i nema svojstvo stranke. Vanparnični postupak ne poznaje ustanovu umješača.[8]

Pod procesnom sposobnošću učesnika u vanparničnom postupku podrazumijeva se sposobnost poduzimanja procesnih radnji i ona odgovara onome što se u parničnom postupku označava kao parnična sposobnost stranaka. Procesna sposobnost, kao i parnična sposobnost, izvodi se iz poslovne sposobnosti. U parničnom postupku stranka koja nema poslovnu sposobnost nema ni parničnu sposobnost. Međutim, u vanparničnom postupku procesna sposobnost se pokazuje širom u odnosu na parničnu sposobnost, jer učesnik koji nema poslovnu sposobnost može u određenim vanparničnim postupcima da poduzima radnje na koje je zakonom izričito ovlašten, a izuzetno sud može dopustiti da poduzima i druge radnje radi ostvarivanja svojih prava i pravnih interesa, ako sud smatra da je u stanju da shvati značaj i pravne posljedice tih radnji. Osim toga, postoje vanparnični postupci u kojima se licima koja nemaju poslovnu sposobnost, priznaje puna procesna sposobnost (npr. postupak vraćanja poslovne sposobnosti, davanje dozvole za zaključenje braka).

U vanparničnom postupku u prvom stepenu odlučuje sudija pojedinac,[9] ili notar kao povjerenik suda.[10] Pojedine radnje u postupku može da poduzima i stručni saradnik u sudu kad je to zakonom određeno. Međutim, dok u parničnom postupku u prvom stepenu samo u sporovima male vrijednosti može postupati i odlučivati stručni saradnik, tj. poduzimati sve radnje za koje

[7] Vidi čl. 4. st. 1. ZVP FBiH, ZVP RS i ZVP BD.

[8] R. Keča, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2010, str. 374.

[9] Vidi čl. 16. st. 1. ZVP FBiH; čl. 15. st. 1. ZVP RS.

[10] Vidi čl. 15. st. 1. ZVP RS.

je zakonom propisano da ih poduzima sudija pojedinac,[11] dotle prema ZVP FBiH u vanparničnom postupku stručni saradnik može u nizu postupaka postupati i odlučivati, tj. poduzimati sve radnje za koje je zakonom propisano da ih poduzima sudija pojedinac. To su slijedeći vanparnični postupci: postupak proglašenja nestalih osoba umrlim i dokazivanja smrti, postupak davanja dozvole za zaključenje braka, postupak raspravljanja zaostavštine, postupak upravljanja i korištenja zajedničkim stvarima, postupak uređenja međa, postupak čuvanja isprava i sudskog depozita, kao i u drugi postupci ako je to posebnim zakonom propisano.[12]

U vanparničnom postupku se ne primjenjuje pravilo o ustaljivanju mjesne nadležnosti (*perpetuatio fori*), jer ako se u toku postupka promijene okolnosti na kojima je mjesna nadležnost suda zasnovana, sud koji vodi postupak može predmet ustupiti sudu, koji je prema promijenjenim okolnostima mjesno nadležan, ako je očigledno da će se pred tim sudom postupak lakše provesti, ili ako je to u interesu osobe pod posebnom društvenom zaštitom.[13]

Prethodno pitanje u vanparničnom postupku ima iste bitne karakteristike kao i u parničnom postupku. Ali ovlaštenja vanparničnog suda da sam rješava prethodno pitanje su uža od ovlaštenja parničnog suda.[14] Koncepcija rješavanja prethodnog pitanja u osnovi je određena idejom o vanparničnom postupku kao nespornom postupku.[15] Shodno tome, ako su među učesnicima sporne činjenice važne za rješenje prethodnog pitanja, sud će ih uputiti da u određenom roku pokrenu parnicu ili upravni postupak radi njegovog rješavanja. Na parnicu (upravni postupak) sud će uputiti onog učesnika čije pravo smatra manje vjerovatnim, ako zakonom nije drugačije određeno.[16] Međutim, ako učesnik koji je upućen na parnicu (upravni postupak) ne pokrene parnicu (upravni postupak) u ostavljenom roku, ili pak do završetka vanparničnog postupka, sud će završiti vanparnični postupak bez obzira na zahtjeve u pogledu kojih je učesnik upućen na parnicu (upravni postupak).

U parničnom postupku sud donosi odluke u obliku presude i rješenja, tako što o meritumu sud odlučuje presudom, dok o svim drugim pitanjima, tzv. procesnim pitanjima, sud odlučuje rješenjem (osim u parnicama zbog

[11] Čl. 13. st. 2. i 3. ZPP FBiH, ZPP RS i ZPP BD.

[12] Vidi čl. 16. st. 3. i 4. ZVP FBiH.

[13] Vidi čl. 14. st. 2. ZVP FBiH; čl. 13. st. 2. ZVP RS; čl. 13. st. 1. ZVP BD.

[14] B. Poznić – V. R. Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2010, str. 582.

[15] R. Keča, op. cit, str. 372.

[16] Vidi čl. 22. ZVP FBiH; čl. 21. ZVP RS; čl. 20. ZVP BD.

smetanja posjeda gdje sud i o meritumu odlučuje rješenjem). S druge strane, sve odluke vanparničnog suda donose se u obliku rješenja, bez obzira na to da li se radi o procesnim pitanjima ili o samoj vanparničnoj stvari.

U domenu pravosnažnosti, rješenje suda u vanparničnom postupku ima malo sličnosti s pravosnažnošću presude koju donosi parnični sud. Pritom se misli u prvom redu na pitanje materijalne pravosnažnosti, a ne formalne pravosnažnosti. Smatra se da je osnovna smetnja u sticanju materijalne pravosnažnosti odluka donesenih u vanparničnim stvarima uvijek otvorena mogućnost njihove naknadne izmjene.[17] Cilj vanparničnog postupka nije kao u parnici da se jednom zauvijek i obavezujuće za stranke riješi spor – da se okameni pravno stanje. Ono što je ključno za vanparnični postupak jeste ko, od kada i u kojoj mjeri je obavezan da poštuje rješenje koje je donio vanparnični sud.[18]

Još jedna specifičnost vanparničnog postupka u odnosu na parnični postupak, ispoljava se i kroz pitanje konačnog snošenja troškova postupka. Naime, u parničnom postupku osnovno je pravilo da svaka stranka prethodno snosi svoje troškove,[19] a konačno snošenje troškova ovisi od uspjeha u parnici[20] (npr., stranka koja u cijelosti izgubi parnicu dužna je protivnoj stranci nadoknaditi troškove). S druge strane, u vanparničnom postupku, s obzirom na njegovu prirodu, pitanje konačnog snošenja troškova je bitno drugačije uređeno, pa tako npr., u vanparničnim stvarima koje se odnose na imovinska prava učesnika, učesnici snose troškove na jednake dijelove, ali ako postoji znatna razlika u pogledu njihovog udjela u imovinskom pravu o kojem se odlučuje, sud će prema srazmjeru tog udjela odrediti koliki će dio troškova snositi svaki učesnik, odnosno sud može odlučiti da sve troškove postupka snosi onaj učesnik u čijem se interesu postupak vodi, odnosno učesnik koji je svojim ponašanjem isključivo dao povoda za pokretanje postupka.[21] Isto tako npr., troškove postupka oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti, kao i troškove postupka proglašenja nestalog lica umrlim i troškove postupka dokazivanja smrti snosi predlagač, zatim troškove postupka zadržavanja duševno bolesnog lica u zdravstvenoj ustanovi snosi jedinica lokalne samouprave na čijem području zadržano lice ima prebivalište odnosno boravište, te drugi slični primjeri.

---

[17] J. Čizmić – H. Tajić, *Komentar Zakona o vanparničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2011., str. 21.

[18] A. Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2009, str. 745.

[19] Vidi čl. 384. ZPP FBiH i ZPP RS; čl. 117. ZPP BD.

[20] Vidi čl. 386. ZPP FBiH i ZPP RS; čl. 119. ZPP BD.

[21] Vidi čl. 28. st. 2. i 3. ZVP FBiH; čl. 27. st. 2. i 3. ZVP RS; čl. 26. st. 2. i 3. ZVP BD.

2. Procesna načela

Specifičnosti vanparničnog postupka u odnosu na parnični postupak ispoljavaju se i kroz procesna načela koja su prisutna fragmentarno i koja često imaju drugačije značenje od njihovog sadržaja u parničnom postupku.

Dok se parnični postupak u pravilu pokreće voljom titulara povrijeđenog ili ugroženog subjektivnog građanskog prava po principu *nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*, u vanparničnom postupku u pogledu njegovog pokretanja dolazi do izražaja kako ***načelo dispozitivnosti***, tako i ***načelo oficioznosti***. Radi se o tome, da se neki vanparnični postupci mogu pokrenuti samo po načelu dispozitivnosti (npr. uređenje međa), drugi opet samo po načelu oficioznosti (npr. zadržavanje duševno bolesnog lica u zdravstvenoj ustanovi), ali postoje i oni kod kojih jednako dolazi do izražaja i dispozitivna i oficiozna maksima u pokretanju postupka (npr. raspravljanje zaostavštine). Do pokretanja vanparničnog postupka po službenoj dužnosti dolazi onda kada državni organ određen zakonom ili sud u slučajevima određenim zakonom pokreću postupak. Također, ako se vanparnični postupak može pokrenuti i od nadležnog organa i od ovlaštene osobe, pa postupak pokrene takva osoba, sud je dužan bez odlaganja obavijestiti taj organ da je postupak pokrenut i da može da se prijavi radi učešća u postupku.[22]

Osim toga, u vanparničnom postupku sud po službenoj dužnosti poduzima mjere radi zaštite prava i pravnih interesa maloljetnika o kojima se roditelji ne staraju, kao i drugih osoba koje nisu u mogućnosti da se same brinu o zaštiti svojih prava i pravnih interesa.[23] Na ovaj način, načelo oficioznosti je u direktnoj vezi s još jednim načelom koje je karakteristično upravo za vanparnični postupak, a to je ***načelo posebnog staranja (zaštite) određenih lica***. S ciljem zaštite ovih lica, sud mora obavijestiti organ starateljstva o pokretanju postupka, pozivati ga na ročišta i dostavljati mu podneske drugih učesnika u postupku uključujući i rješenja protiv kojih je dopušten pravni lijek, bez obzira na to da li organ starateljstva učestvuje ili ne učestvuje u postupku.[24] Pored toga, organ starateljstva može da poduzima sve radnje u postupku radi zaštite prava i pravnih interesa maloljetnika i drugih osoba pod posebnom zaštitom, a naročito da iznosi činjenice koje

[22] E. Zečević, *Komentar Zakona o vanparničnom postupku sa obrascima za praktičnu primjenu*, Sarajevo, 2001, str. 9.

[23] Vidi čl. 5. st. 1. ZVP FBiH, ZVP RS i ZVP BD.

[24] Vidi čl. 5. st. 2. ZVP FBiH, ZVP RS i ZVP BD.

učesnici nisu naveli, da predlaže izvođenje dokaza i da izjavljuje pravne lijekove.[25]

U odnosu na parnični postupak, u kojem sud neće uvažiti raspolaganja stranaka koja su u suprotnosti s imperativnim propisima,[26] u vanparničnom postupku načelo dispozitivnosti trpi još veća ograničenja u smislu raspolaganja učesnika s njihovim zahtjevom. Naime, u vanparničnim stvarima koje se odnose na lična i porodična stanja učesnika, kao i u drugim vanparničnim stvarima koje se odnose na prava i pravne interese s kojima učesnici ne mogu raspolagati (jer je to protivno imperativnim propisima), učesnici se u postupku pred sudom ne mogu odreći svog zahtjeva, ne mogu priznati zahtjev protivnog učesnika, niti mogu zaključiti sudsko poravnanje.[27] Izraz načela dispozitivnosti u parničnom postupku jeste i pravilo, da sud nikad ne ide preko i mimo postavljenog tužbenog zahtjeva (*ne eat iudex ultra et extra petita partium*). To, pak, nije slučaj u vanparničnom postupku, jer sud nije vezan zahtjevom koji je predlagač stavio u prijedlogu (npr., ako je srodnik jednog lica tražio djelomično lišenje poslovne sposobnosti, sud može na osnovu izvedenih dokaza odlučiti da to lice potpuno liši poslovne sposobnosti), osim u kontencioznim vanparničnim postupcima gdje sud ne može da odlučuje *ultra petita*.[28]

U parničnom postupku je dominantna raspravna maksima (stranke su te koje su dužne iznijeti sve činjenice na kojima zasnivaju svoje zahtjeve i predložiti dokaze za njihovo utvrđivanje), a istražno načelo se ispoljava samo na način da je sud ovlašten utvrditi i one činjenice koje stranke nisu iznijele, ako iz rezultata rasprave i dokazivanja proizlazi da stranke idu za tim da raspolažu sa zahtjevima s kojima ne mogu raspolagati, jer je to u suprotnosti s imperativnim propisima.[29] S druge strane, u vanparničnom postupku ***raspravno načelo*** trpi bitno značajnija ograničenja u korist ***istražnog načela***. Pa tako, u vanparničnim stvarima koje se odnose na lična i porodična stanja učesnika, kao i u drugim vanparničnim stvarima koje se odnose na prava i pravne interese s kojima učesnici ne mogu raspolagati (jer je to protivno imperativnim propisima), sud može utvrđivati i činjenice koje učesnici nisu iznijeli, kao i činjenice koje među učesnicima nisu sporne, ako su od značaja za odlučivanje.[30]

---

[25] Vidi čl. 6. ZVP FBiH, ZVP RS i ZVP BD.

[26] Vidi čl. 3. st. 2. ZPP FBiH, ZPP RS i ZPP BD.

[27] Vidi čl. 8. st. 1. ZVP FBiH, ZVP RS i ZVP BD.

[28] B. Poznić – V. R. Vodinelić, op. cit., str. 578; A. Jakšić, op. cit., str. 732.

[29] Vidi čl. 7. ZPP FBiH, ZPP RS i ZPP BD.

[30] Vidi čl. 8. st. 2. ZVP FBiH, ZVP RS i ZVP BD.

Načela usmenosti, ***neposrednosti*** i ***javnosti*** svoj značaj u vanparničnom postupku dobijaju u onim vanparničnim postupcima u kojima dolazi do održavanja ročišta. Dok je u parničnom postupku, i to prvenstveno u prvostepenom parničnom postupku, održavanje ročišta obavezno, pa samim tim dolazi i do oživotvorenja ovih načela, situacija je nešto drugačija u vanparničnom postupku. Naime, u vanparničnom postupku o prijedlozima učesnika sud odlučuje na ročištu samo u slučajevima kada je to zakonom određeno, ili kada sud ocijeni da je održavanje ročišta potrebno radi razjašnjenja ili utvrđivanja odlučnih činjenica, ili kada sud smatra da je zbog drugih razloga održavanje ročišta svrsishodno.[31] Dakle, u vanparničnom postupku održavanje ročišta nema uvijek obligatoran karakter. Pored toga, shodnom primjenom odredbi parničnog postupka i u vanparničnom postupku javnost može biti isključena odlukom suda na osnovu zakonom propisanih razloga, ali načelo javnosti u vanparničnom postupku trpi i dodatna ograničenja, jer u postupku u kojem se odlučuje o ličnim i porodičnim stanjima učesnika javnost je *ex lege* isključena (misli se na tzv. opću ili širu javnost koja se odnosi na svaku punoljetnu osobu koja može pratiti suđenje, a da za to ne dokazuje postojanje nekog posebnog interesa; isključenje javnosti nikad se ne odnosi na tzv. stranačku ili užu javnost), osim u postupku proglašenja nestalih lica umrlim i postupku dokazivanja smrti.[32] Zapravo, može se kazati da su načela usmenosti, neposrednosti i javnosti u vanparničnom postupku bitno sužena u svojoj primjeni uz srazmjerno povećanje značaja načela pismenosti, posrednosti i nejavnosti.

Za ***načelo kontradiktornosti*** može se kazati da je jedno od osnovnih i metodskih načela parničnog postupka. S druge strane, uzimajući u obzir svrhu i prirodu vanparničnog postupka, ovo načelo ima sekundaran značaj (primjera radi: u postupku zadržavanja duševno bolesnog lica u zdravstvenoj ustanovi, sud će saslušati to lice samo ukoliko je to moguće i ako to neće štetno uticati na zdravlje duševno bolesnog lica).

3. Pravni lijekovi

Vanparnični postupak poznaje iste pravne lijekove kao i parnični postupak. To su žalba kao redovni pravni lijek, te revizija i ponavljanje postupka kao vanredni pravni lijekovi.

Iako u zakonu o vanparničnom postupku ne postoji izričita podjela pravnih lijekova na redovne i vanredne, kao što je to slučaj u zakonu o parničnom

[31] Vidi čl. 11. st. 1. ZVP FBiH; čl. 10. st. 1. ZVP RS; čl. 10. st. 1. ZVP BD.

[32] Vidi čl. 9. st. 2. ZVP FBiH, ZVP RS i ZVP BD.

postupku, ipak polazeći od shodne primjene odredbi zakona o parničnom postupku u vanparničnom postupku, ali i od redaktorskog pristupa u zakonu o vanparničnom postupku, sasvim jasno proizlazi da i u vanparničnom postupku egzistira podjela pravnih lijekova na redovne i vanredne.

Specifičnost pravnih lijekova u vanparničnom postupku jesu u prvom redu njihove bitno drugačije odlike u odnosu na iste u parničnom postupku.

Kada je riječ o žalbi, žalba je u parničnom postupku prekluzivan (mora se izjaviti u zakonom propisanom roku), suspenzivan (sprečava nastup pravosnažnosti) i devolutivan (o njoj odlučuje neposredno viši sud u odnosu na onaj koji je donio napadnutu odluku) redovni pravni lijek. Ista obilježja žalba ima i u vanparničnom postupku, ali bitna karakteristika u odnosu na žalbu u parničnom postupku jeste to, što ona može imati i suprotna obilježja ili drugim riječima žalba može biti i neprekluzivan, nesuspenzivan i nedevolutivan (remonstrativan) redovni pravni lijek.

Prekluzivan karakter žalbe u vanparničnom postupku proizlazi iz toga da se ona može izjaviti u roku od 15 dana (prema ZVP RS i ZVP BD rok za izjavljivanje žalbe je 8 dana) od dana dostavljanja prvostepenog rješenja, osim ako zakonom nije određen neki drugi rok.[33]

Posebno obilježje žalbe u vanparničnom postupku jeste u tome što prvostepeni sud može (ali i ne mora) povodom blagovremeno izjavljene žalbe (ali pod uslovom da je ista i uredna i dopuštena, jer će je u suprotnom sud odbaciti) novim rješenjem da preinači ili ukine svoje ranije rješenje, ako nađe da je žalba osnovana i da se time ne vrijeđaju prava drugih učesnika koja se zasnivaju na pobijanom rješenju.[34] Iz navedenog proizlazi nedevolutivan (remonstrativan) karakter žalbe u vanparničnom postupku. Uzimajući u obzir način kako je zakonodavac odredio kada prvostepeni sud može odlučivati o žalbi, može se izvesti zaključak, da je u kontencioznim vanparničnim postupcima žalba protiv rješenja devolutivan pravni lijek, jer se unaprijed može znati da je usvajanje žalbe u korist jednog od učesnika uvijek na štetu drugih učesnika u postupku.[35]

Međutim, ako prvostepeni sud povodom blagovremeno izjavljene žalbe ne preinači odnosno ne ukine svoje ranije rješenje, tada on žalbu zajedno sa spisima dostavlja drugostepenom sudu na odlučivanje (u čemu se ispoljava njen devolutivan karakter), a isto će učiniti i onda kada žalba nije podnesena

[33] Vidi čl. 18. ZVP FBiH; čl. 17. ZVP RS; čl. 16. ZVP BD.

[34] Vidi čl. 20. st. 1. ZVP FBiH; čl. 19. st. 1. ZVP RS; čl. 18. st. 1. ZVP BD.

[35] Lj. Mandić, *Neblagovremena žalba u vanparničnom postupku*, Beograd, 2001, str. 40.

u zakonom propisanom roku (neblagovremena),[36] što upućuje na njen neprekluzivan karakter. Drugim riječima, prvostepeni sud neblagovremenu žalbu nikad ne odbacuje (odbacuje samo neurednu i nedopuštenu žalbu), već istu zajedno sa spisima dostavlja drugostepenom sudu, a drugostepeni sud može (ali i ne mora) i o takvoj žalbi odlučivati (pod uslovom da je uredna i dopuštena, jer će je u suprotnom drugostepeni sud odbaciti ako je to propustio učiniti prvostepeni sud), ako se time ne vrijeđaju prava drugih osoba koja se zasnivaju na pobijanom rješenju.[37]

Suspenzivno obilježje žalbe u vanparničnom postupku očituje se u tome, da žalba u pravilu zadržava izvršenje rješenja, osim ako zakonom nije određeno drugačije.[38] To dakle znači, da žalba ima nesuspenzivan karakter odnosno ne zadržava izvršenje rješenja samo onda kada je to zakonom izričito određeno. Međutim, ZVP FBiH je otišao još jedan korak dalje, jer je dao mogućnost sudu, da i onda kada to nije određeno zakonom, sud može iz važnih razloga odlučiti da žalba ne zadržava izvršenje rješenja,[39] tj. da žalba nema suspenzivno dejstvo. Ali sud može imati i suprotna ovlaštenja. Naime, ako je zakonom određeno da žalba ne zadržava izvršenje rješenja, sud može iz važnih razloga odlučiti da žalba ima suspenzivno dejstvo (npr. žalba protiv rješenja o oduzimanju ili vraćanju poslovne sposobnosti ne zadržava izvršenje rješenja, osim ako sud iz opravdanih razloga ne odluči drugačije). Koji su to "važni ili opravdani razlozi" zakonom nije određeno, tako da te razloge u svakom konkretnom slučaju cijeni sud. Iz navedenog se može zaključiti da su ovlaštenja vanparničnog suda prilično široka, kako u pogledu odlučivanja da žalba nema suspenzivni učinak, tako i u obrnutom smislu.[40]

U parničnom postupku revizija je vanredan pravni lijek koji se može podnijeti protiv drugostepenih sudskih odluka, i to pod uslovima i iz razloga koji su propisani zakonom (ograničen pravni lijek). I u vanparničnom postupku revizija je vanredan pravni lijek, ali bitna specifičnost revizije u vanparničnom postupku u odnosu na reviziju u parničnom postupku, ogleda se u pravu na izjavljivanje revizije, s obzirom na to da je u parničnom postupku revizija dopuštena u svim predmetima, osim u onim u kojima je po zakonu izričito isključena, dok se u vanparničnom postupku revizija može izjaviti samo u onim predmetima u kojima je ona po zakonu izričito dopuštena. To zapravo

[36] Vidi čl. 20. st. 2. ZVP FBiH; čl. 19. st. 2. ZVP RS; čl. 18. st. 2. ZVP BD.

[37] Vidi čl. 20. st. 3. ZVP FBiH; čl. 19. st. 3. ZVP RS; čl. 18. st. 3. ZVP BD.

[38] Vidi čl. 19. st. 1. ZVP FBiH; čl. 18. st. 1. ZVP RS; čl. 16. ZVP BD.

[39] Vidi čl. 19. st. 2. ZVP FBiH.

[40] N. Milijević i dr., op. cit., str. 9.

znači, da je u vanparničnom postupku pravo na reviziju kao vanredni pravni lijek obrnuto postavljeno u odnosu na parnični postupak, jer je u vanparničnom postupku u načelu revizija isključena, osim u predmetima u kojima je po zakonu dopuštena. Polazeći od toga, u vanparničnom postupku revizija se može izjaviti protiv rješenja drugostepenog suda, samo u vanparničnom postupku u kojem se odlučuje o stambenim stvarima, te u vanparničnom postupku u kojem se odlučuje o naknadi za eksproprisanu nepokretnost,[41] a što se tiče uslova i razloga pod kojima se revizija može izjaviti u ovim vanparničnim postupcima shodno se primjenjuju odredbe ZPP.[42]

Primjer iz sudske prakse: "*Protiv drugostepenog rješenja donesenog u zemljišno-knjižnom postupku revizija nije dopuštena.*"[43]

Vanredni pravni lijek u vanparničnom postupku jeste i ponavljanje postupka, a prijedlog za ponavljanje postupka podnosi se protiv rješenja kojim je postupak pravosnažno završen.

Specifičnost ovog pravnog lijeka u odnosu na isti u parničnom postupku ispoljava se u tome što o prijedlogu za ponavljanje postupka u parničnom postupku uvijek odlučuje drugostepeni sud[44], a u vanparničnom postupku to nije slučaj.

Naime, prijedlog za ponavljanje postupka podnosi se prvostepenom sudu, a prvostepeni sud treba prethodno da ocijeni da li se po prijedlogu za ponavljanje postupka može postupiti kao po neblagovremenoj žalbi (prvostepeni sud neblagovremenu žalbu ne odbacuje nego je dostavlja drugostepenom sudu, a drugostepeni sud odlučuje po neblagovremenoj žalbi, ako se time ne vrijeđaju prava drugih osoba koja se zasnivaju na pobijanom rješenju). U tom smislu, ako prvostepeni sud da pozitivnu ocjenu, onda će prijedlog za ponavljanje postupka sa svim spisima dostaviti drugostepenom sudu. Međutim, ocjena prvostepenog suda ne obavezuje drugostepeni sud, pa ako drugostepeni sud po prijemu prijedloga za ponavljanje postupka nađe da se o istom ne može odlučivati kao o neblagovremenoj žalbi (jer se time vrijeđaju prava drugih lica koja se zasnivaju na pobijanom rješenju), prijedlog sa svim spisima vratiće prvostepenom sudu da prvostepeni sud o njemu odlučuje.[45]

---

[41] Vidi čl. 26. ZVP FBiH; čl. 25. ZVP RS; čl. 24. ZVP BD.

[42] Vidi čl. 2. st. 2. ZVP FBiH, ZVP RS i ZVP BD.

[43] Rješenje Vrhovnog suda FBiH, broj: 070-0-Gž-09-000008 od 9. 4. 2009. godine – Bilten sudske prakse Vrhovnog suda FBiH, br. 1-2/2009, odluka br. 91.

[44] Vidi čl. 258. ZPP FBiH i ZPP RS; čl. 367. ZPP BD.

[45] Vidi čl. 27. st. 1. ZVP FBiH; čl. 26. st. 1. ZVP RS; čl. 25. st. 1. ZVP BD.

Ako, pak, i drugostepeni sud da pozitivnu ocjenu, odnosno nađe da se po prijedlogu može odlučivati kao po neblagovremenoj žalbi (jer se time ne vrijeđaju prava drugih osoba koja se zasnivaju na pobijanom rješenju), onda će sud po prijedlogu tako i odlučivati, a to zapravo znači, da može ukinuti ili preinačiti pobijano rješenje. I ovo predstavlja još jednu specifičnost ovog pravnog lijeka u odnosu na isti u parničnom postupku, jer po prijedlogu za ponavljanje postupka može doći do ukidanja, ali i preinačenja napadnute odluke, dok u parničnom postupku ako drugostepeni sud uvaži prijedlog za ponavljanje postupka to vodi samo ka ukidanju odluke i vraćanju predmeta prvostepenom sudu na ponovni postupak[46].

U vanparničnom postupku, kada govorimo o prijedlogu za ponavljanje postupka, postoji još jedna specifičnost ili bolje kazano paradoks. Radi se o tome, da o prijedlogu za ponavljanje postupka u određenim situacijama odlučuje prvostepeni sud. Naime, ako prvostepeni sud ocijeni da se po prijedlogu za ponavljanje postupka ne može postupiti kao po neblagovremenoj žalbi, onda prvostepeni sud prijedlog za ponavljanje postupka ne dostavlja drugostepenom sudu, već o prijedlogu odlučuje prvostepeni sud. Isto tako, ako je prvostepeni sud ocijenio da se po prijedlogu za ponavljanje postupka može postupiti kao po neblagovremenoj žalbi, tada se prijedlog dostavlja drugostepenom sudu, ali ako drugostepeni sud nađe da se po njemu ne može odlučivati kao o neblagovremenoj žalbi, drugostepeni sud će prijedlog vratiti prvostepenom sudu da on o njemu odlučuje. S obzirom na to da se prijedlog za ponavljanje postupka podnosi protiv rješenja kojim je postupak pravosnažno završen, to znači da se on može podnijeti i protiv rješenja drugostepenog suda kojim je postupak završen, pa je zaista u tom slučaju paradoksalno da se može doći u situaciju da o prijedlogu za ponavljanje postupka odlučuje prvostepeni sud kao instancijski niži sud u odnosu na onaj koji je donio odluku koja se napada. U parničnom postupku ovo nije slučaj, jer o prijedlogu za ponavljanje postupka uvijek odlučuje drugostepeni sud.

Također, još jedna specifičnost ovog pravnog lijeka u vanparničnom postupku jeste u tome, da se prijedlog za ponavljanje postupka ne može podnijeti protiv rješenja kojim je postupak pravosnažno završen ako je učesniku zakonom o vanparničnom postupku ili drugim zakonom priznato pravo da svoj zahtjev o kojem je rješenjem odlučeno ostvaruje u parničnom postupku ili u postupku pred upravnim organom.[47] Dakle, zakon izričito isključuje mogućnost podnošenja prijedloga za ponavljanje postupka u onim

[46] Vidi čl. 263. st. 1. i 2. ZPP FBiH i ZPP RS; čl. 372. st. 1. i 2. ZPP BD.

[47] Vidi čl. 27. st. 2. ZVP FBiH; čl. 26. st. 2. ZVP RS; čl. 25. st. 2. ZVP BD.

vanparničnim stvarima u kojima se može pokrenuti parnični ili upravni postupak nakon pravosnažnog rješenja vanparničnog suda.[48]

Umjesto zaključka

Naposljetku, može se kazati da se specifičnost vanparničnog postupka u odnosu na parnični postupak očituje i kroz upućujuću normu koju sadrže oba zakona (ZPP i ZVP).

U tom smislu, parnični sud, sve do donošenja prvostepene odluke o glavnoj stvari, ako utvrdi da bi postupak trebalo provesti po pravilima vanparničnog postupka, rješenjem će obustaviti parnični postupak, a nakon pravosnažnosti tog rješenja, postupak će se nastaviti po pravilima vanparničnog postupka pred nadležnim sudom. Bitno je i to, da radnje koje je proveo parnični sud, kao što su uviđaj, vještačenje, saslušanje svjedoka i druge, kao i odluke koje je donio taj sud, nisu bez važnosti u vanparničnom postupku zato što su poduzete u parničnom postupku.[49] Ovo iz razloga ekonomičnosti i činjenice da je parnični postupak rigorozniji, pa samim time pruža i veće procesne garancije za njihovu pravilnost i zakonitost nego vanparnični postupak.

S druge strane, ako bi vanparnični sud utvrdio da postupak treba provesti po pravilima parničnog postupka, obustavit će vanparnični postupak, a nakon pravosnažnosti rješenja o obustavi vanparničnog postupka, postupak će se nastaviti po pravilima parničnog postupka pred nadležnim sudom.[50] Iako to nije zakonom regulisano, postoji stav da radnje koje je proveo vanparnični sud može da koristi parnični sud, ako pri njihovom izvođenju u vanparničnom postupku nije učinjena neka od povreda odredbi parničnog postupka.[51]

[48] J. Čizmić – H. Tajić, op. cit., str. 85.

[49] Vidi čl. 18. ZPP FBiH i ZPP RS; čl. 17. ZPP BD.

[50] Vidi čl. 15. ZVP FBiH; čl. 14. ZVP RS i ZVP BD.

[51] E. Zečević, op. cit., str. 22.

Ednar Idriz
Assistant

SOME PARTICULARITIES OF NON-CONTENTIOUS PROCEDURE WITH RESPECT TO CIVIL PROCEDURE

Summary

Non-contentious procedure is a civil court proceeding in which non-contentious matters are resolved. Non-contentious matters involve numerous and disparate legal matters, which common characteristics are exhibited sporadically. For this reason, every legal order determines the extent and type of non-contentious matters. In our law, non- contentious matters are those legal matters for which the law expressly stipulates that they be dealt with in the non-contentious procedures, but also those within the jurisdiction of the courts for which this has not been done by law, and which are not related to the protection of violated or endangered rights, and, due to the nature of legal matters, or properties of parties to the proceedings, the provisions of the law governing civil procedures may not apply.

In this paper, reference will be made to some specifics of non-contentious proceedings in relation to civil proceedings, starting with some general considerations and particularities of procedural principles and legal remedies available.

Key terms: *civil procedure, non-contentious procedure, principles, legal remedies*

Dr. Kanita Imamović-Čizmić
Docentica

UDK: 346.546.7:339.13.012.42(73)
Izvorni naučni rad

HART-SCOTT-RODINOV ZAKON I KONCENTRACIJE U AMERIČKOM MODALITETU PRAVNE REGULACIJE TRŽIŠNE KONKURENCIJE

Sažetak

Koncentracije kapitala postaju jedan od vodećih načina okrupnjavanja kapitala i ekonomskog jačanja privrednih subjekta. Pravo konkurencije se između ostalog bavi i pitanjem dopuštenosti koncentracije kapitala, odnosno u kojoj mjeri ona može narušiti, ograničiti ili spriječiti konkurenciju na tržištu. To znači da su koncentracije predmet zakonske regulative koju primjenjuju posebna državna tijela nadležna za zaštitu tržišne konkurencije. Sjedinjene Američke Države se smatraju kolijevkom pravne regulacije i zaštite tržišne konkurencije i njihova ekonomija bilježi permanentne promjene u vlasničkoj strukturi kapitala kompanija nastale kao posljedica akvizicija i mergera. Jedan od temeljnih pravnih akata kojim se regulišu koncentracije u pravu konkurencije Sjedinjenih Američkih Država je Hart-Scott-Rodinov zakon za čiju primjenu su nadležne Federalna trgovinska komisija – Federal Trade Commssion (FTC) i Antitrust odjel Ministarstva pravde SAD-DOJ Antitrust Department. Bosna i Hercegovina tradicionalno ne baštini konkurencijsku kulturu, ali se poduzimaju aktivnosti na stvaranju prokonkurencijskog ambijenta te je stoga značajno dati prikaz stanja u pogledu koncentracija u Bosni i Hercegovini uz davanje eventualnih smjernica za poboljšanje rada Konkurencijskog vijeća i otvaranje pitanja za buduće analize.

Ključne riječi: *koncentracije, Hart-Scott-Rodinov zakon, medijacija, Konkurencijsko vijeće*

Uvod

Koncentracije kapitala postaju jedan od vodećih načina okrupnjavanja kapitala i ekonomskog jačanja privrednih subjekta istovremeno oblikujući se u kanal kretanja inostranog kapitala. Uzimajući u obzir da jedan važnijih od postulata na kojima počiva svijet savremene ekonomije nazvan "ekonomija obima", ne mogu primijeniti "ekonomski mali" privredni subjekti

ili oni koji su tek u povoju, zbog čega oni prihvataju pripajanja ili spajanja s "ekonomski jačim" na tržištu preuzimajući njegova savremena znanja, tehniku i tehnologiju. S tog razvojnog aspekta gledano, koncentracije imaju zaista pozitivne efekte na ekonomiju, ali u situacijama kada se njima stječe dominantan položaj na tržištu čija eventualna zloupotreba može ugroziti konkurenciju, koncentracije nisu uvijek društveno prihvatljiva pojava.

Pravo konkurencije se između ostalog bavi i pitanjem dopuštenosti koncentracije kapitala, odnosno u kojoj mjeri se ona može narušiti, ograničiti ili spriječiti na tržištu. To znači da su koncentracije predmet zakonske regulative koju primjenjuju posebna državna tijela nadležna za zaštitu tržišne konkurencije. Postoje različiti modaliteti pravne regulacije tržišne konkurencije u pojedinim državama, ali u biti svi oni zabranjuju prekomjerne koncentracije koje bi mogle ugroziti tržišnu konkurenciju. U radu je fokus stavljen na jedan od temeljnih akata američkog antitrustovskog prava koji reguliše postupak kontrole koncentracije s ciljem da se javnosti približi prijedlog američkog modela rješavanja eventualnih nesporazuma u postupku odobravanja koncentracije. U biti eventualni sporovi koji bi se mogli naći pred sudom zbog nezadovoljstva i nesuglasica stranaka mogu se riješiti medijacijom. Stoga je jedan naslov u radu upravo posvećen medijaciji u postupku primjene Hart-Scott-Rodinov zakona. Također, u radu se daje osvrt na rezultate primjene spomenutog zakona kroz prikaz izvještaja o radu Federalne trgovinske komisije – Federal Trade Commission (FTC) i Antitrust odjela Ministarstva pravde SAD-DOJ Antitrust Department. Rad se završava kratkim prikazom i analizom stanja u pogledu koncentracija u Bosni i Hercegovini uz davanje smjernica za poboljšanje rada Konkurencijskog vijeća i otvaranje pitanja za buduće analize.

1. Uopće o koncentracijama, njihovom značaju i njihovoj pojavi u SAD

Koncentracija predstavlja različite oblike okrupnjavanja kapitala koji nastaju spajanjem ili pripajanjem privrednih subjekata gdje od dva ili više neovisnih privrednih subjekata nastaje jedan privredni subjekt s jedinstvenom upravljačkom strukturom.[1] "Pod pojmom koncentracije podrazumijevaju se raznovrsni oblici povezivanja poduzetnika, na statusnoj i/ili ugovornoj osnovi kojima je zajedničko obilježje stvaranje

[1] Koncentracija je termin koji se koristi u bosanskom jeziku i obuhvata sve vidove okrupnjavanja kapitala. U američkom modalitetu pojava okrupnjavanja kapitala označava se terminima *merger* i *acquisition*.

pravnog i/ili ekonomskog zajedništva između sudionika koncentracije koji su prije provedbe koncentracije bili međusobno pravno i ekonomski neovisni poduzetnici."[2] Kao oblici koncentracija pojavljuju se pripajanje, spajanje te zajednički poduhvat (*joint venture*). Koncentracija je posljedica nastojanja privrednih subjekata da pronađu nove načine stjecanja profita i izbjegnu zabranu i sankcije za ograničavanja konkurencije. Koncentracija i stjecanje udjela u drugim društvima predstavlja instrument statusnog, a ne ugovornog prava kojim se postižu isti efekti ograničavanja trgovine kao kod zabranjenog sporazumijevanja ili zloupotrebe vladajućeg položaja. Naime, integracijom koja podrazumijeva spajanje pravno samostalnih društava u veće društvo može se ostvariti vladajući položaj na tržištu, promijeniti broj učesnika na tržištu, a time promijeniti i tržišna struktura, te ujednačiti cijene u sklopu novonastalog privrednog subjekta.

U vezi s kategorijom koncentracija u teoriji i praksi postavljaju se slijedeća pitanja. Koji su to ekonomski motivi i osnove koncentracija? U čemu je opravdanje njihovog postojanja na tržištu? Koliko su koncentracije spojive s konkurencijom kao procesom koji se odvija na tržištu kojem svi streme? Da li su koncentracije jedini prihvatljivi *role model* ili strategija jačanja pozicije na tržištu malih i srednjih privrednih subjekata? Koliko su koncentracije opravdane u malim, ali rastućim ekonomijama u kojima mala i srednja preduzeća nemaju mogućnost primjene ekonomije obima? Savremeni, globalni ekonomski trendovi čine da koncentracije privrednih subjekata predstavljaju sastavni dio njihovog poslovnog promišljanja i strategije. Najčešći razlog za izbor poslovne strategije koja vodi ka koncentriranju kapitala jeste jačanje konkurentnosti, širenje tržišta i jačanje ili očuvanje postojeće pozicije na tržištu. To posebno dolazi do izražaja u državama u tranziciji i razvoju, što potvrđuju izvještaji rada njihovih nacionalnih tijela za zaštitu konkurencije iz kojih je vidljivo da se ona daleko više bave pitanjima dopuštenosti koncentracija, nego prepoznavanjem i otkrivanjem drugih oblika kršenja konkurencije na tržištu. Okrupnjavanje i koncentracija kapitala kao dio razvojne strategije privrednog subjekta može imati određene korisne efekte kako za privrednog subjekta pojedinačno tako i za društvo u cjelini. Primjer za to su opet zemlje u tranziciji gdje se društveno opravdanim smatra takav način okrupnjavanja kapitala što bi trebalo podstaći investicije, inovacije te dovesti do porasta zaposlenosti i proizvodnje. Ovakvo poimanje koncentracija i njihovo dovođenje u vezu s državama u tranziciji ne treba

[2] Dubravka Akšamović, "Pravni režim za koncentracije poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja EZ i Hrvatske s posebnim osvrtom na mjere restrukturiranja koncentracija i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracija", Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka (2008) (1991) v. 29, br. 2, str. 1035.

se shvatiti kao negiranje postojanja takvih strategija i u visoko razvijenim državama. Naprotiv, svakodnevna je pojava spajanja i pripajanja velikih kompanija i u državama kakve su SAD ili zajednicama država kao što je EU. Međutim, takve koncentracije izložene su strožoj kontroli i proceduri sve u cilju zaštite konkurencije na tržištu i svih pogodnosti koje ona nosi. U literaturi se navodi da stvaranje koncentracija može proizvesti slijedeće pozitivne efekte:[3]

a) privredni subjekti, koji su s aspekta ekonomske moći "mali" i kojima su barijere ulaska na tržište nesavladive, koncentracijom stječu mogućnost ulaska na tržište;
b) model uspješnog upravljanja, odnosno menadžmenta nakon koncentracije primjenjuje se na veći krug privrednih subjekata;
c) ukoliko se privredni subjekt nalazi pred stečajem, njegovo preuzimanje od strane uspješnog privrednog subjekta smanjuje mogućnost velikih otkaza i sprečava nastanak ekonomsko-socijalnih gubitaka;
d) dolazi do racionalizacije proizvodnje te doprinosa općem tehničko-tehnološkom i ekonomskom razvoju;
e) koncentracije i spajanja u najvećem broju slučajeva povećavaju profitabilnost poslovanja privrednih subjekata.

S druge strane, koncentracije ekonomske moći mogu dovesti do narušavanja konkurencije i stvaranja monopolističkih pozicija privrednih subjekata u obliku "divovskih korporacija" koje, teoretski, mogu zavladati ekonomijom, što može imati višestruke ekonomsko-socijalne posljedice. Tako da, unatoč pozitivnim efektima, zbog bojazni od narušavanja tržišne strukture, iako su u načelu dopuštene, koncentracije se smatraju društveno neprihvatljivim ponašanjem na tržištu ukoliko prelaze granice dopuštenosti.

Prva spajanja privrednih subjekata u SAD-u registrirana su između 1897–1904. i rezultirala su stvaranjem tržišnog stanja koje im je omogućilo uživanje monopolske pozicije. Radilo se o tzv. horizontalnim mergerima u oblasti industrijske proizvodnje. Većina mergera koji su nastali u toj početnoj fazi nije dugo egzistirala kako iz ekonomskih razloga (usporen rast ekonomije, pad berze) tako i zbog vođenja antitrust politike i usvajanja Shermanovog zakona koji zabranjuje poslovne aktivnosti koje imaju za cilj smanjenje konkurencije na tržištu, pa samim tim i nastanak mergera čiji je jedini cilj držanje monopola. Druga pojava spajanja privrednih društava zabilježena je između 1916–1929. godine u okviru koje su dominirali

[3] Prilagođeno: Deša Mlikotin Tomić, Hana Horak, Vedran Šoljan, Jasminka Pecikotić-Kaufman, "Europsko tržišno pravo", Školska knjiga, Zagreb, 2006, str. 144.

mergeri između oligopola i to po principu horizontalnih konglomeratskih[4] mergera. Rast ekonomije nakon Prvog svjetskog rata daje priliku spojenim privrednim subjektima da opstaju na tržištu. Ova faza spajanja privrednih subjekata završena je padom berze 1929. godine. Spajanja koja su se desila u trećem periodu između 1965–1969. godine također su konglomeratske prirode, a kraju ove faze doprinio je plan Antitrust odjeljenja za rastavljanje konglomeratskih mergera. Treba istaći da su neki istaknuti mergeri iz ovog perioda zadržali prednost među kojima su United tehnologies i OTIS Elevator. Četvrti val mergera zabilježen je u periodu 1981–1989. godine, za koji je bila karakteristična dominacija akvizicije[5] privrednih subjekata, mergeri između naftne i energo-industrije te evidentan broj stranih preuzimanja. Mergeri koji su se desili između 1992–2000. godine čine peti val mergera i bili su inspirirani globalizacijom i procvatom berze. U ovom periodu spajanja su obično bila između privrednih subjekata iz oblasti telekomunikacija i bankarstva.[6]

2. Odrednice modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije u Sjedinjenim Američkim Državama

Modalitet pravne regulacije Sjedinjenih Američkih Država specifičan je po mnogo čemu.

Sjedinjene Američke Države su primjer koji pokazuje kako na izbor, kreiranje i pravce razvoja modela pravne regulacije tržišne konkurencije imaju utjecaja državno uređenje, odnosno pravni sistem Sjedinjenih Američkih Država, stepen ekonomskog razvoja, tradicija, kultura i druge socijalno-političke determinante.

Američki pravni sistem ima nekoliko slojeva, možda više nego u većini drugih zemalja. Jedan od razloga je podjela između federalnih i državnih zakona.[7] Suština američkog pravnog sistema je raspodjela nadležnosti

---

4 *Konglomeratne koncentracije* nastaju između poduzetnika koji djeluju na različitim, međusobno potpuno nepovezanim tržištima.Vidi u: Cerovac Mladen, "Rječnik pojmova prava i politike tržišnog natjecanja", TEB, 2004. str. 76.

5 Pripajanje jednog ili više privrednih subjekata drugom privrednom subjektu, gdje pripojeni subjekt pravno prestaje da postoji.

6 Vidi, William A. McEachern, "Contemporary Economics", Thomson South Western, 2008, str. 301–303.

7 Da bi se to razumjelo, neophodno je podsjećanje na činjenicu da su Sjedinjene Američke Države osnovane ne kao jedna država jednog naroda nego kao unija od trinaest

između federalne vlasti i država članica federacije. Ustav je odredio mnoge granice između područja regulacije federalnih i državnih zakona. Također, federalna vlast podijeljena je između zakonodavne, izvršne i sudske grane vlasti (dakle "razdvajanje ovlasti" između svake grane i ugrađen sistem "kontrole-i-ravnoteže" kako bi se spriječila koncentracija vlasti jedne grane, što izrazito doprinosi kvalitetu pravnog sistema). Unutar tog sistema Ustav je odredio zakone koji mogu biti usvojeni od strane Kongresa. U nekim područjima Kongres ovlašćuje upravna tijela i agencije za usvajanje određenih pravila. Čitav pravni sistem počiva na tradicionalnim principima engleskog *common law* sistema. Iako Ustav i zakoni zamjenjuju običajno pravo, sudovi i dalje nastavljaju primjenjivati nepisana načela običajnog prava kako bi popunili pravne praznine.

Složenost pravnog sistema svoj odraz ima i u modalitetu pravne regulacije tržišne konkurencije kako u pogledu izvora prava tako i u pogledu primjene zakona. To u biti znači da se spomenuta slojevitost pravnog sistema u području antitrusta ogleda u tome što se u jednoj federalnoj jedinici primjenjuju zakoni te države, kao i federalni zakoni, odnosno što te zakone primjenjuju federalne agencije, državni tužitelji i privatna lica kada pokreću građanske parnice. Imajući u vidu ranije izvršenu klasifikaciju modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije, za modalitet Sjedinjenih Američkih Država može se reći sljedeće:

- modalitet odlikuje postojanje dva organa za primjenu antitrustovskog prava, što mu daje obilježje kombiniranog sudsko-administrativnog modela;
- postojanje dva organa ili tijela za javnu primjenu prava utječe na to da američki model predstavlja kombinaciju i monolitnog i duolitnog modela. Naime, ukoliko se postupak vodi pred DOJ Antitrust Department (Antitrust odjelom), onda on ima obilježja duolitnog tipa, s obzirom na to da Antitrust odjel predstavlja tijelo u okviru kojeg se obavljaju istražne radnje, ali ne donose odluke. Odluke o povredi antitrustovskih zakona donosi sud. Dakle, radi se o razdvajanju istražnog postupka od postupka donošenja odluka po određenom predmetu. S druge strane, ukoliko se postupak vodi pred Federal Trade Commission (FTC), onda on ima obilježja

kolonija, svaka zahtijevajući neovisnost o Britanskoj kruni. Deklaracija o nezavisnosti (1776) upravo to i ističe, "dobrobit ljudi iz tih kolonija", napominjući također da "ove Sjedinjene američke kolonije, imaju pravo biti slobodne i neovisne države". Ustav Sjedinjenih Američkih Država (usvojen 1787, ratificiran 1788) počeo je postepeno i na vrijeme prijenos vlasti i zakonske ovlasti od država prema federalnoj vladi. Ipak, čak i danas države žele zadržati znatan dio vlasti.

monolitnog tipa, s obzirom na to da je FTC tijelo u okviru kojeg se obavljaju istražne radnje, ali i donose odluke koje se mogu revidirati pred apelacionim sudom.

- DOJ Antitrust Department (Antitrust odjel) je tijelo nadležno za javnu primjenu prava, a s obzirom na to da je sastavni dio Ministarstva pravosuđa predstavlja političko tijelo;
- FTC je posebno formirano neovisno administrativno tijelo i nema politički karakter;
- u dijelu koji se odnosi na postupak prije odlučivanja po predmetu vrši se rasprava u juridičkom smislu,
- izvršena je podjela nadležnosti u primjeni prava između Antitrust odjela i FTC-a;
- poseban značaj ima privatna primjena prava;
- njegova primjena utjecala je na razvoj drugih modela pravne regulacije tržišne konkurencije.

Za američki model pravne regulacije tržišne konkurencije, odnosno antitrustovsko pravo, određeni broj autora tvrdi da je veoma jednostavan. Američki pravnici kod primjene antitrustovskog prava obično izražavaju zabrinutost samo zbog tri zakonske odredbe: Shermanovog zakona, Odjeljak 1, 15 U . S . C . § 1; Shermanovog zakona, Odjeljak 2, 15 U. S. C. § 2; Claytonovog zakona, Odjeljak 7, U. S. C. § 18. Prva odredba zabranjuje sporazume kojima se ograničava trgovina; druga zabranjuje monopolizaciju, pokušaje i urote u svrhu monopoliziranja; treća zabranjuje pripajanja i kupovine koji suštinski mogu smanjiti tržišnu konkurenciju. Uz nekoliko iznimki, to je cjelokupno statutarno pravo (statutory law – pisano pravo) koje je potrebno poznavati. S druge strane, američko antitrustovsko pravo veoma je zahtjevno. Iako ih nema mnogo i nije ih teško primijeniti, ove važne statutarne odredbe ne daju odgovore na većinu pitanja postavljenih u vezi s antitrustom. Događa se da se jednostavna pravila često pokazuju izazovnim pri njihovoj primjeni na kompleksne činjenice. Sudovi tretiraju konkurencijsko pravo kao neku vrstu *common law*, slobodno mijenjajući standarde s vremena na vrijeme bez upute Kongresa. Pravne standarde upućuje ekonomija, tako da, kako ekonomija evoluira – pravo može evoluirati s njom. Dvije federalne agencije za primjenu i brojni državni tužitelji primjenjuju pravo i aktivno participiraju u nastojanju da oblikuju njegovu evoluciju, dok veliku većinu parnica pokreću privatne strane. Problem u vezi s pravnim standardima može se stvoriti onda kada se, naprimjer, vladine agencije za primjenu ustežu od pokretanja određene vrste slučajeva, a stari slučajevi ostaju dio zakona i tako dostupni da se na njih pozovu privatni parničari.

2. Hart-Scott-Rodinov zakon i koncentracije u američkom modalitetu pravne regulacije tržišne konkurencije[8]

Hart-Scott-Rodinov zakon (HSR) donesen je 1976. godine i kao glavni okvir za privatnu primjenu antitrustovskih odredbi predstavlja važan dio američkog modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije. Zakon se smatra ekvivalentom Uredbe Evropske unije o pripajanju br. 139/2004 i daje ovlasti antitrustovskim regulatornim vlastima da prethodno ispituju i analiziraju koncentracije, odnosno spajanja i kupovine radi potencijalnih antitrustovskih kršenja. Prema ovom zakonu pojedinci ili kompanije s određenim minimumom kapitala ili godišnjim prodajama imaju obavezu izvijestiti FTC i Antitrust odjel o predloženoj kupovini sredstava ili vrijednosnih papira s pravom upravljanja ili o stvaranju zajedničkog poduhvata koji vrijedi 50 miliona US$ (65,2 miliona US$, kako je određeno 2009. godine) ili više, a potom čekati trideset dana do okončanja aktivnosti koncentracije.[9]

Prema HSR zakonu zainteresirane strane u konkretnim pripajanjima ili kupovinama moraju spomenutim agencijama podnijeti obavijest koja prethodi pripajanju i čekati na odobrenje. One ne smiju završiti postupak dok ne prođe period čekanja propisan HSR zakonom ili agencije ne omoguće ranije okončanje perioda čekanja.

U nadležnosti FTC-a je administriranje Programa notificiranja prije pripajanja (*Premerger Notification Program* – PNP) s akcentom na odgovore na postavljena pitanja, te održavanje web stranice s korisnim informacijama o postupku podnošenja obavijesti. PNP program uspostavljen je kako bi se izbjegli troškovi i štete uslijed nastanka antikonkurencijskih akvizicija. U prošlosti su agencije za provedbu konstatirale da je često nemoguće u potpunosti vratiti konkurenciju u stanje koje je bilo prije antikonkurencijskog spajanja. Program omogućuje FTC-u ili DOJ-u da prije ocjene utvrde stepen vjerovatnoće da je jedna akvizicija antikonkurencijska.[10]

---

8 Prilagođeno iz Kanita Imamović Čizmić, "Modaliteti pravne regulacije tržišne konkurencije i njihova primjena u ekonomiji BiH", doktorska disertacija, Pravni fakultet Sarajevo 2012.

9 Vidi Douglas Broder, "U. S. Antitrust Law and Enforcement. A Practice Introduction", Oxford University Press, 2010, str. 137.

10 Vidi: "What is the Premerger Notification Program? An Overview", Revised March 2009, FTC Premerger Notification Office, dostupno na: http://www.ftc.gov/bc/hsr/introguides/guide1.pdf, (19. 5. 2011.)

Koraci u kontroli procesa pripajanja:[11]

a) *Korak jedan:* Prijava ili obavijest o predloženom poslu

Zakonom je propisano da sva pripajanja ili kupovine ne podliježu prethodnoj prijavi. Da bi postojala obaveza prijave koncentracija općenito su predviđena dva uvjeta: privredna aktivnost mora imati minimum vrijednosti i privredni subjekti koji ih poduzimaju moraju biti određene veličine (tržišna pozicija i vrijednost kapitala u vlasništvu). Pragovi za prijavu postavljeni u okviru spomenutih uvjeta godišnje se ažuriraju. Za većinu transakcija koje zahtijevaju prijavu i kupac i prodavač moraju podnijeti formulare i dostaviti podatke o industriji i svojim vlastitim poslovanjima. Kada se okonča prijavljivanje, strane, prije nego što mogu početi s primjenom sporazuma, moraju čekati 30 dana (15 dana u slučaju gotovinske tenderske ponude ili bankrota) ili manje, ukoliko agencije odrede ranije okončanje perioda čekanja.

b) *Korak dva:* Dozvola jedne antitrustovske agencije

Privredni subjekti posao koji predlažu prijavljuju i FTC-u i Ministarstvu pravosuđa – Antitrust odjelu, ali samo jedna agencija će procijeniti i pregledati predloženo pripajanje. Konsultira se osoblje iz FTC-a i Ministarstva pravosuđa, a predmet se "povjerava" jednoj ili drugoj agenciji za kontrolu (ovo je poznato kao "proces povjeravanja"). Jednom kad se rješavanje odobri, agencija koja vrši istraživanje i analizu može pribavljati informacije iz različitih izvora, uključujući zainteresirane subjekte u koncentraciji ili druge učesnike u industriji, odnosno tržištu.

c) *Korak tri:* Period čekanja ističe i agencija izdaje drugi zahtjev

1. Nakon preliminarnog pregleda prijave koja prethodi pripajanju, agencija može:okončati period čekanja prije kraja perioda čekanja (dodijeliti ranije okončanje, tzv. "*Grant Early Termination*" ili ET);
2. dozvoliti da istekne inicijalni period čekanja;
3. izdati zahtjev za dodatnim informacijama (tzv. "Drugi zahtjev") svakoj od strana, tražeći više informacija.

Ukoliko period čekanja istekne ili se okonča, strane su slobodne da zaključe svoj posao. Ukoliko je agencija odlučila da joj je potrebno više informacija kako bi procijenila predloženi posao, ona objema stranama šalje Drugi zahtjev. Ovo produžava period čekanja i sprečava privredne subjekte da

[11] Vidi: http://www.ftc.gov/bc/antitrust/factsheets/FactSheet_Premerger.pdf, (13. 3. 2009.)

završe svoj posao dok "suštinski ne postupe" prema Drugom zahtjevu i ispoštuju drugi period čekanja. Drugi zahtjev obično traži poslovne dokumente i podatke koji će dodatno informirati agenciju o proizvodima ili uslugama privrednog subjekta, stanju na tržištu na kojem privredni subjekt posluje i mogućim efektima pripajanja. Agencija može voditi intervjue (bilo neformalno bilo pod zakletvom) s osobljem privrednog subjekta ili drugima koji imaju znanje o industriji odnosno tržištu.

d) Korak četiri: Strane suštinski postupaju u skladu s Drugim zahtjevima

Obično kada oba privredna subjekta postupe u skladu s Drugim zahtjevom, agencija ima dodatnih trideset dana da pregleda materijale i poduzme aktivnosti ukoliko je to neophodno. (U slučaju gotovinske tenderske ponude ili bankrota agencija ima deset dana da okonča svoju kontrolu i vrijeme počinje teći čim kupac suštinski postupi.) Dužina vremena za ovu fazu pregleda može biti produžena kroz sporazum između strana i agencija (vlade) u nastojanju da se sva preostala pitanja riješe bez parnice.

e) *Korak pet:* Period čekanja ističe ili agencija dovodi posao u pitanje

Potencijalni rezultati u ovoj fazi su:

1. zatvara se istraga i posao se nastavlja bez osporavanja;
2. sklapa se sporazum o saglasnosti s privrednim subjektima koji uključuje naknade (provizije) koje će popraviti stanje narušene konkurencije; ili
3. agencija nastoji zaustaviti cjelokupnu transakciju prijavljujući prethodnu zabranu na federalnom sudu dok je u toku administrativno suđenje o toj stvari.

Ukoliko agencija ne poduzme neku aktivnost koja rezultira sudskim nalogom (naredbom) kojom se obustavlja pripajanje, strane mogu okončati svoj posao po završetku perioda čekanja. Ponekad strane napuštaju svoje planove kada saznaju da će agencija vjerovatno dovesti u pitanje predloženo pripajanje.

U mnogim istragama koncentracija potencijal za štetu po konkurenciju nije rezultat transakcije u cjelini, nego se prije pojavljuje u određenim dijelovima posla. Jedan primjer bio bi kada se kupac takmiči sa subjektom u ograničenoj liniji proizvoda koju nastoji kupiti. U ovoj situaciji strane mogu riješiti probleme u vezi s pripajanjem saglasnošću da prodaju određenu jedinicu poslovanja u kojoj im se aktivnosti preklapaju ili sredstva jedne od strana pripajanja, pa potom okončaju ostatak pripajanja onako kako je predloženo. To dozvoljava da se realiziraju prokompetitivne koristi pripajanja bez stvaranja potencijalne antikompetitivne štete. Mnogi izazovi u vezi s

pripajanjem rješavaju se kroz sporazum o saglasnosti između agencije i stranaka pripajanja ili medijacijom.

Svake godine FTC i Ministarstvo pravosuđa pregledaju preko hiljadu prijava o pripajanju. Od toga 95% prijava o pripajanju ne predstavljaju konkurencijska pitanja. Za one poslove koji traže detaljniju istragu FTC je razvila najbolje prakse pripajanja (*Merger Best Practices*) kako bi pomogla djelotvornost procesa kontrole pripajanja i brže identificirala poslove koji predstavljaju probleme antikonkurencijskog karaktera. Za njih je često moguće riješiti antikonkurencijska pitanja uz pomoć sporazuma o saglasnosti sa stranama, koji dozvoljava korisnim aspektima posla da idu dalje uz eliminiranje onog što prijeti konkurenciji. U nekim slučajevima agencija i stranke ne mogu se složiti oko načina rješenja problema u vezi s konkurencijom, te agencija može ići na federalni sud kako bi spriječila pripajanje za vrijeme trajanja postupka o danoj stvari pred sudom. Prema zakonu, sve informacije predane agencijama ili dobivene od strane agencija pri istrazi pripajanja povjerljive su i agencije imaju veoma stroga pravila protiv njihovog otkrivanja. Ova pravila sprečavaju agencije da otkriju čak i "postojanje" istrage. U nekim situacijama, međutim, strane mogu objaviti svoje planove o pripajanju i tada FTC može potvrditi postojanje istrage. Nastavkom aktivnosti i poslova stranaka o kojima postoji suglasnost, a kojima se ne dovodi u pitanje konkurencija, smanjuju se troškovi poslovanja koji bi nastali ukoliko bi stranke čekale na konačnu odluku o dopuštenosti koncentracija. Stoga je važno pitanje rješavanja eventualnih nesporazuma i nesuglasica te postizanje konsenzusa prije pokretanja postupka pred sudom jer se na taj način sprečava nepotrebno stvaranje dodatnih troškova kojima se opterećuje budžet stranaka.

3. Upotreba medijacije u procesu provjere koncentracija kao značajan instrument povećanja efikasnosti i smanjenja nezadovoljstva stranaka

Kontrola procesa koncentracija iziskuje određene modifikacije pogotovo što stranke koje su podnijele zahtjev čekajući na konačan ishod često izražavaju određeno nezadovoljstvo. To nezadovoljstvo posebno dolazi do izražaja kod takozvanog koraka tri i Drugog zahtjeva, što ne iznenađuje s obzirom na autoritet FTC i Antitrust odjela Ministarstva pravde koji prema Hart-Scott-Rodinovom zakonu mogu obustaviti spajanja do završetka istrage obimnih dokumenta, zahtjeva i ispitivanje i dr.[12]

[12] Prilagođeno: Keith L. Seat, "Use of mediation in the merger review process: a proposal

Smatra se da manji udio transakcija podliježu Drugom zahtjevu čije izdavanje može usporiti koncentracije mjesecima i uzrokovati milione dolara dodatnih troškova strankama. Kada se Drugi zahtjev izda, proces uvijek prelazi na pregovore s agencijom s ciljem da se utvrdi da li postoje načini da se smanji obim zahtjeva i aktivnosti zadataka koje treba uskladiti. Općeprihvaćeno načelo jeste vezano za minimum onoga što se treba postići, a to je da zainteresirane strane zaustave antikonkurentnu aktivnost, ali bez nametanja nepotrebnog tereta. Unatoč primjeni tog načela često dolazi do sukoba i nezadovoljstva stranaka. Stranke često nastoje da smanje troškove vezane za ishod Drugog zahtjeva dok agencija pretpostavlja da ima samo jednu priliku da preduzme sve aktivnosti da blokira antikonkurentske transakcije. Smanjenje obima zahtjeva za procjenu dopuštenosti koncentracija čini je rizičnijom, ostavljajući manje vremena za analizu dostupnih materijale. S druge strane odbijanje smanjenja obima zahtjeva čini sam proces manje učinkovitim za sve uključene i može nanijeti značajne štete na spajanju stranaka. Slične su pojave sporovi oko toga da li su stranke postupile u potpunosti shodno Drugom zahtjevu. Konačno, odluka o obavezama stranaka je u nadležnosti agencije, koja ne mora obezbijediti potpuna objašnjenja, a često i informacije koje se dodatno traže. Ukoliko odlukom, ali i samim procesom i njegovim ishodom nisu zadovoljne stranke ili agencija, on može postati premet spora pred sudom.[13]

Mnogi sporovi koji proizlaze iz Drugog zahtjeva mogu se riješiti medijacijom, čime bi se povećala efikasnost i pravičnost kontrole koncentracija. Medijacija je oblik alternativnog rješavanja sporova u kojima je obučen neutralan medijator koji pomaže strankama postići dobrovoljno, obostrano prihvatljivo rješenje spora. To je dobrovoljni proces, u kojem će medijator dobiti informacije u vezi s koncentracijama samo uz pristanak stranaka. Medijator ne donosi odluke i ne analizira dokaze kako bi donio odluke, kao što bi radio sudija ili arbitar. Umjesto toga, medijator se fokusira na poslovne interese i zabrinutosti svake strane i pomaže vidjeti u sporu gdje im interesi konvergiraju i gdje mogu naći zajednički jezik. Medijacija ima prednosti i nedostatke. Glavni nedostatak veže se razumne finansijske i troškove izgubljenog vremena. Koristi od medijacije su:[14]

a) *Strane kontroliraju ishod.* Medijacija ostavlja strankama kontrolu ishoda spora ne dovodeći u pitanje autoritet FTC da odredi konačni ishod

to increase efficiency and minimize frustration" Submission to the Federal Trade Commission's Workshop on Merger Investigation Best Practices, dostupno na;http://www.ftc.gov/bc/bestpractices/keithseat.pdf, (20. 8. 2013.)

[13] Ibidem, str. 3.

[14] Ibidem.

Drugog zahtjeva. U isto vrijeme, medijacija doprinosi objašnjavanju potreba za traženim informacijama, što može doprinijeti promjeni ranije usvojenih stavova i dovesti do ishoda prihvatljivog za sve strane.

b) *Povjerljivost je očuvana.* Medijacijom se sprečava da općenito povjerljive informacije o spajanju ili drugi zahtjev ne budu otkriveni autsajderima. Značajno je napomenuti da medijator čuva povjerenje pojedinih stranaka, što može biti od velike pomoći u rješavanju sporova. Medijator može povjerljivo razgovarati i analizirati razlog za traženje sporne informacije, a zatim prenijeti to drugim stranama u postupku bez otkrivanja povjerljivih informacija. Medijator može procijeniti iz povjerljivih razgovora sa svakom stranom da li su strane dovoljno blizu rješavanja nesuglasica, odnosno svrsishodnost medijacije i samog postupka.

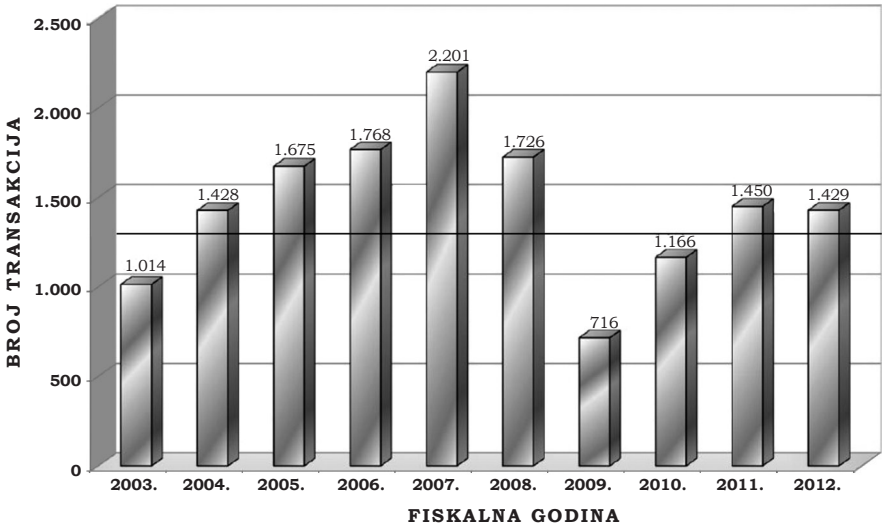
c) *Medijacija obnavlja ili održava odnose.* Medijacija može pomoći stranama da harmonizirano rade na okončanju procesa kontrole koncentracija. Naime, angažman medijatora može pomoći smirivanju animoziteta ili nezadovoljstva koje je možda izgrađeno tijekom neuspjelih pregovora između stranaka, te njegovati produktivno okruženje za naknadno rješavanje merituma spajanja i ispunjenja potrebnih uvjeta za odobrenje koncentracija.

d) *Medijacija nije skupa.* Uz ekspeditivnost medijaciju odlikuju niski troškovi. Kada se uzme u obzir ishod sporova oko drugog zahtjeva gdje stranke moraju potrošiti stotine hiljada dolara i izgubiti dodatno vrijeme zbog zakašnjenja, svakako da nekoliko hiljada dolara, i dan ili manje u medijaciji ide u korist primjene ove alternativne metode rješavanja spora. U cilju podsticanja upotrebe medijacije u procesu kontrole koncentracija, FTC je početku spreman pokriti troškove posredovanja i proaktivno predložiti medijaciju kad god je jasno da su pregovori zapeli i da su stranke nezadovoljne procesom.

e) *Vjerovatnost pretpostavljenog ishoda.* Na kraju, najveća korist medijacije je vjerovatnost da će ona proizvesti bolje rezultate nego drugi načini rješavanja sporova. Medijacijom se nastoje naći rješenja koja zadovoljavaju legitimne interese stranaka u najvećoj mogućoj mjeri, a ne odabiru pobjednika i gubitnika na osnovu predstavljene pozicije.

4. Neki pokazatelji stanja u pogledu koncentracija i primjene Hart-Scott-Rodinovog zakona u praksi SAD

Agencije (FTC i Antitrust Odjel) ulažu napore u zaštiti konkurencije kroz identifikaciju i istraživanja onih koncentracija kod kojih postoji potencijalno opasnost od ograničavanja, sprečavanja i narušavanja konkurencije. U fiskalnoj 2012. godini, 1.429 transakcija prijavljeno je shodno HSR Zakonu, što predstavlja oko 1,4% manje od broja transakcija (1.450) iskazanih u fiskalnoj godini 2011.[15] (vidi graf. 1)



Graf. 1.

Izvor: *"Hart-Scott-Rodino Annual Report", Fiscal Year 2012*

Tokom fiskalne godine 2012, FTC je odobrila 25 provedbi spajanja, uključujući i tri u kojima je FTC pokrenula upravni spor. Zatim je doneseno 15 odluka u kojima je prihvaćen nalog za javni komentar,[16] četrnaest odluka s konačnim nalogom (konačnih odluka), a sedam u kojima su transakcije

[15] Izvor: "Hart-Scott-Rodino Annual Report", Fiscal Year 2012, str. 1.

[16] FTC baštini dobru praksu kojom omogućava javne komentare za pojedine slučajeve tako da zainteresirana lica mogu dobiti informacije o javnom mišljenju u pogledu određene pravne stvari. Vidi: http://ftc.gov/os/comments/soleraholdingsconsent/00003.html

bile nedopuštene ili restrukturirane kao rezultat postojanja opravdane sumnje da bi one mogle spriječiti, ograničiti ili narušiti konkurenciju. Ova primjena zakona predstavlja dio mehanizma koji štiti konkurenciju u brojnim sektorima privrede, uključujući farmakologiju, sektor medicinskih i drugih zdravstvenih usluga, industrijske i high-tech proizvode, energiju i maloprodaju. U dva slučaja je FTC pokrenula upravni postupak i zatražila preliminarnu zabranu saveznog suda da naloži obustavu akvizicije dok se postupak ne riješi.[17]

Tijekom fiskalne godine 2012. Antitrust odjel je osporio 19 transakcija spajanja zaključivši da bi njihovim odobravanjem (onako kako je predloženo – bez restrukturiranja) znatno smanjio konkurenciju na američkom tržištu. U osam od tih 19 predmeta, Antitrust odjel je podnio tužbu Vrhovnom sudu SAD. U svih osam sudskih predmeta stranke su popunile dokumente o nagodbi istovremeno sa žalbom. Sedam od tih sudskih predmeta su na kraju završeni nagodbom, a u jednom od predmeta, stranke su odustale od transakcije i Odjel podnio obavijest Sudu sa žalbom i prijedlogom nagodbe. U jedanaest predmeta gdje Odjel nije podnio žalbe u fiskalnoj 2012. godini, iskazan je stav o opasnosti mogućeg narušavanja konkurencije, stranke su u šest slučajeva odustale od predloženih transakcija, u dva slučaja su restrukturirane predložene transakcije, a u tri slučaja su promijenile svoje ponašanje kako bi se smanjila vjerovatnoća i izbjeglo narušavanje konkurencije.

5. Kratak pregled stanja koncentracija u Bosni i Hercegovini

Politički determinizam nadvladao je ekonomski[18] i u sferi prava konkurencije, što se direktno odražava na rad i funkcioniranje Konkurencijskog vijeća (KV), državnog tijela nadležnog za primjenu prava konkurencije, ali i očuvanje integriteta jedinstvenog tržišta Bosne i Hercegovine. Prisustvo političkog determinizma potvrđuje način izbora članova tog specijaliziranog, stručnog, kvalificiranog tijela kao i ovisnost valjanosti odluke o nacionalnoj proporciji članova koji su za nju glasali. Vrijedno bi bilo istražiti i naučno utvrditi koliko ove dvije zakonske odrednice utiču na efikasnost rada KV, ali to bi značilo udaljavanje od teme rada.

[17] Izvor: "Hart-Scott-Rodino Annual Report", Fiscal Year 2012, str. 2.

[18] O političkom i ekonomskom determinizmu vidi u Kasim I. Begić, "Ekonomska politika", Sarajevo 2000, str. 97–99.

Koncentracije u pravu konkurencije regulirane su Zakonom o konkurenciji[19] (čl. 12 do čl. 19.) i predstavljaju najčešće rješavano pitanje pred KV u periodu od osnivanja do danas. Postupak ocjene dopuštenosti koncentracija započinje u Zakonom određenom roku podnošenjem prijave koncentracije onih subjekata kojima je to utvrđeno kao zakonska obaveza shodno čl. 12.[20] i čl. 14 navedenog zakona. KV dužno je objaviti podatke iz prijave koncentracije u dnevnim novinama, a naročito: a) nazive privrednih subjekata sudionika u koncentraciji; b) oblik koncentracije; c) privredni sektor u okviru kojeg se koncentracija vrši. Nakon toga KV analizira prijavu koncentracije i utvrđuje da li ona za posljedicu ima značajno narušavanje tržišne konkurencije, odnosno da li se takvom koncentracijom stvara ili jača vladajući položaj, a naročito:[21]

a) strukturu mjerodavnog tržišta;
b) učinke koncentracije na ostale stvarne i potencijalne konkurente;
c) položaj sudionika u konkurenciji, njihove tržišne udjele, ekonomsku i finansijsku snagu;
d) mogućnost i izbor dobavljača i korisnika;
e) ekonomske, pravne i druge prepreke ulaska na tržište;
f) razinu unutarnje i međunarodne konkurentnosti sudionika u koncentraciji;
g) trendove ponude i potražnje mjerodavnih roba i/ili usluga;
h) trendove tehničkog i ekonomskog razvitka;
i) interese potrošača.

Ukoliko prilikom ocjene prijave KV utvrdi da bi provedba namjeravane koncentracije mogla imati za posljedicu negativne učinke koji mogu značajno narušavati konkurenciju na mjerodavnom tržištu, donijet će zaključak o pokretanju postupka. KV nakon završetka postupka ispitivanja dopuštenosti koncentracije u zakonskom roku može donijeti rješenje kojim se: a) koncentracija ocjenjuje dopuštenom; b) koncentracija ocjenjuje nedopuštenom; c) koncentracija ocjenjuje uslovno dopuštenom.[22] Ukoliko KV donese rješenje kojim se koncentracija smatra uslovno dopuštenom ono određuje mjere, uslove i rokove njihovog ispunjavanja, a sudionici koncentracije mogu nastaviti provedbe koncentracije tek nakon ispunjavanja

[19] Zakon o konkurenciji, "Službeni glasnik BiH", br. 48/05, 76/07 i 80/09.

[20] Prema Zakonu o konkurenciji prijava koncentracije može se podnijeti i kada sudionici koncentracije dokažu svoju namjeru za koncentracijom zaključenim načelnim sporazumom, memorandumom o razumijevanju, pismom namjere potpisanim od svih sudionika koncentracije ili javnim objavljivanjem namjere kupovine.

[21] Vidi čl.17 Zakona o konkurenciji, "Službeni glasnik BiH", br. 48/05, 76/07 i 80/09.

[22] Vidi čl.18 Zakona o konkurenciji, "Službeni glasnik BiH", br. 48/05, 76/07 i 80/09.

tih mjera i uvjeta i rokova. Ova faza bi mogla upućivati na sličnost s Drugim zahtjevom kojeg izdaju američke agencije, a to znači da mogu postojati i određeni sukobi interesa, što bi moglo predstavljati predmet neke buduće komparativne analize. Odluka o dopuštenosti koncentracija privrednih subjekata KV je konačna i protiv nje stranke mogu pokrenuti upravni spor pred Sudom Bosne i Hercegovine. U slučaju kršenja Zakona novčanom kaznom u iznosu najviše do 10% vrijednosti ukupnog godišnjeg prihoda privrednog subjekta, iz prethodne godine koja je prethodila godini u kojoj je nastupila povreda zakona, kaznit će se privredni subjekt ili fizičko lice, i to ako provede koncentraciju bez prethodnog rješenja o koncentraciji u smislu člana 18. stav (9) spomenutog zakona.[23] Također, KV može izreći privrednim subjektima novčane kazne koje ne prelaze 1% od ukupnog prihoda u prethodnoj godini poslovanja, ako dostave netačne ili pogrešne informacije u postupku ocjene koncentracije u smislu čl. 16.,17. i 18. Zakona o konkurenciji.[24]

U 2012. godini KV je od 15 podnesenih prijava za ocjenu dopuštenosti koncentracija samo jednu ocijenilo nedopuštenom. Kao nedopuštenu koncentraciju KV rješenjem je ocijenilo koncentraciju na tržištu pekarskih proizvoda (hljeba i peciva) i polugotovih jela na bazi tijesta u Kantonu Sarajevo, koja bi nastala pripajanjem privrednog subjekta SPRIND Sarajevska prehrambena industrija, d. d. Sarajevo, Bosna i Hercegovina privrednom subjektu Privredno društvo za preradu žitarica, brašna, proizvodnju prehrambenih i konditorskih proizvoda, ugostiteljstvo i turizam, vanjsku trgovinu i trgovinu naveliko i namalo Klas d. d. Sarajevo. Istovremeno, izrečena je novčana kazna od 15.000,00 KM privrednom subjektu Privredno društvo za preradu žitarica, brašna, proizvodnju prehrambenih i konditorskih proizvoda, ugostiteljstvo i turizam, vanjsku trgovinu i trgovinu naveliko i namalo KLAS d.d. Sarajevo i ovlaštenoj osobi, direktoru privrednog subjekta, u iznosu od 5.000,00 KM zbog dostavljanja netačnih i pogrešnih informacija u postupku ocjene koncentracije.

Tab. 1. Rad Konkurencijskog vijeća na predmetu koncentracija za period (2005–2012)[25]

Godina	2005.	2006.	2007.	2008.	2009.	2010.	2011.	2012.
Broj donesenih odluka	–	14	14	43	41	18	–	15

Izvor: Konkurencijsko vijeće, Izvještaji.

[23] Čl. 48 Zakona o konkurenciji, "Službeni glasnik BiH", br. 48/05, 76/07 i 80/09.

[24] Čl. 49 Zakona o konkurenciji, "Službeni glasnik BiH", br. 48/05, 76/07 i 80/09.

[25] http://bihkonk.gov.ba/izvje%c5%a1taj-o-radu-konkurencijskog-vije%c4%87a-bih-od-01-01-2010-do-31-12-2010.html

U 2012. godini KV je, između ostalog, donijelo Zaključak kojim se odbacuje Prijava koncentracije privrednog subjekta INTERENERGO, energetski inženiring d.o.o. Tivolska cesta 48, 1000 Ljubljana, Republika Slovenija, radi nepostojanja obveze prijave koncentracije kao i Rješenje kojim se ocjenjuje dopuštenom koncentracija koja će nastati na tržištu maloprodaje i veleprodaje naftnih derivata u Bosni i Hercegovini sticanjem isključive kontrole privrednog subjekta NIS PETROL d.o.o. Banja Luka, nad privrednom subjektom OMV BH d.o.o. Zatim, kojim se ocjenjuje dopuštenom namjeravana koncentracija, po Zahtjevu prijave namjeravane koncentracije koji je podnesen od strane privrednog subjekta Mješoviti holding "Elektroprivreda Republike Srpske" Matično preduzeće Trebinje, Bosna i Hercegovina i privrednog subjekta RWE InnogyGmbHEsen, Savezna Republika Njemačka.

Ono što se na prvi pogled može pretpostaviti, a što bi trebalo analizirati, jeste pitanje da li se koncentracije mogu posmatrati kao instrument za privlačenje stranih investitora, što može biti akcelerator ekonomskog razvoja Bosne i Hercegovine. Naime, ukoliko analiza pokaže suprotno, onda treba tražiti odgovor na pitanje da li se i koje pravne i institucionalne mjere mogu poduzeti kako bi strani kapital pripajajući domeće privredne subjekte mogao postati pokretač investicija i razvoja u Bosni i Hercegovini.

Zaključna razmatranja

Koncentracija kapitala vezana je za različite oblike poslovnih kombinacija (spajanja, pripajanja) označavajući pokretanje niza složenih aktivnosti privrednih subjekata koje se manifestuju u formi ekspanzije, kontrakcije, modifikacijama menadžerske kontrole i vlasničkih transformacija. Savremena ekonomija pod utjecajem globalnih tokova obiluje nastojanjima velikog broja privrednih subjekata da kupe ili preuzmu po što povoljnijim uslovima ekonomski slabije ili manje uspješne privredne subjekte. Osnovni cilj ovih aktivnosti je što bolja pozicija na tržištu, odnosno veća profitabilnost poslovanja. Koncentracije kapitala su prisutne i u razvijenim i manje razvijenim, tradicionalno tržišnim ekonomijama, ali i ekonomijama u tranziciji. Dokazana su njihova pozitivna, ali i negativna dejstva zbog kojih one postaju predmet prava konkurencije.

Ekonomija Sjedinjenih Američkih Država kao kolijevke antitrustovskog prava gotovo svakodnevno bilježi različite promjene kako vlasničke, upravljačke strukture tako i u pogledu vrijednosti kapitala privrednih subjekata. Koncentracija kapitala u vidu akvizicije ili mergera je posebna oblast antitrustovskog prava u nadležnosti dvije agencije FTC-a i Antitrust odjela

pri čemu se pojedinačno za svaki konkretan slučaj određuje koja će provesti postupak ocjene dopuštenosti koncentracija. Jedan od temeljnih pravnih akata kojim se reguliše pitanje spajanja i pripajanja privrednih subjekata je Hart-Scott-Rodinov zakon (HSR) donesen 1976. godine i kao glavni okvir za privatnu primjenu antitrustovskih odredbi predstavlja važan dio američkog modaliteta pravne regulacije tržišne konkurencije. Kao i u svakom postupku u kojem se suprotstavljaju javni i privatni interesi, tako i u postupku ocjene dopuštenosti koncentracije kapitala dolazi do sukoba interesa koji može rezultirati upravnim sporom. U američkom modalitetu ocjena dopuštenosti koncentracije kapitala, odnosno utvrđivanje postojanja vjerovatnoće da će određena transakcija narušiti, ograničiti ili spriječiti konkurenciju na američkom tržištu podijeljena je u pet faza. Faza izdavanja tzv. Drugog zahtjeva kao i ocjena postupanja u skladu sa zahtjevom su faze u kojima najčešće dolazi do sukoba suprotstavljenih interesa i da bi se izbjeglo nepotrebno vođenje upravnog spora moguće je koristiti medijaciju. Medijacija je oblik alternativnog rješavanja sporova u kojima je obučen neutralan medijator koji pomaže strankama postići dobrovoljno, obostrano prihvatljivo rješenje spora. To je dobrovoljni proces, u kojem će medijator dobiti informacije u vezi s koncentracijama samo uz pristanak stranaka. Medijator ne donosi odluke i ne analizira dokaze kako bi donio odluke, kao što bi radio sudija ili arbitar. Umjesto toga, medijator se fokusira na poslovne interese i zabrinutosti svake strane i pomaže vidjeti u sporu gdje im interesi konvergiraju i gdje mogu naći zajednički jezik. Koristi od medijacije su mnogobrojne. Njom se izbjegavaju troškovi nastali gubljenjem vremena i vođenjem postupka pred sudom. Ona omogućava da strane kontroliraju ishod, a agencije ne gube autoritet u odlučivanju o konačnom ishodu, njom se osigurava poštivanje instituta "povjerljivosti informacija" i dr.

Bosna i Hercegovina kao država u tranziciji s ultrakompliciranim državnim uređenjem, deklarativno postavljenim jedinstvenim tržištem i uveliko s evropskim harmoniziranim pravom konkurencije u koncentracijama može vidjeti šansu za privlačenje stranog kapitala. Po broju riješenih predmeta koncentracije u odnosu na ostale vrste (tajne sporazume i zloupotrebu dominantnog položaja) prednjače. Ono što bi se u nekom budućem periodu moglo istražiti jeste prosječno potrebno vrijeme za rješavanje jednog premeta dopuštenosti koncentracije pred KV, u koliko predmeta u pogledu ocjene dopuštenosti je pokrenut upravni spor, i koliki su ukupni mjerljivi troškovi vođenja upravnog postupka kako bi se ispitala mogućnost rješavanja eventualnih nesporazuma medijacijom prije pokretanja postupka pred sudom. Bilo bi vrijedno ispitati u kojim djelatnostima najčešće dolazi do

koncentracija i koliko je privrednih subjekata registrovanih u inostranstvu zastupljeno u njima. Ovo iz razloga prepoznavanja interesovanja stranog kapitala i utjecanja na njegovu dalju motiviranost ulaska u transakcije poboljšanjem ukupnog poslovnog ambijenta.

Literatura

"What is the Premerger Notification Program? An Overview", Revised March 2009, FTC Premerger Notification Office, dostupno na: http://www.ftc.gov/bc/hsr/introguides/guide1.pdf

"Hart-Scott-Rodino Annual Report", Fiscal Year 2012.

Deša Mlikotin Tomić, Hana Horak, Vedran Šoljan, Jasminka Pecikotić-Kaufman, "Europsko tržišno pravo", Školska knjiga, Zagreb, 2006.

Douglas Broder, "U. S. Antitrust Law and Enforcement. A Practice Introduction", Oxford University Press, 2010.

Dubravka Akšamović, "Pravni režim za koncentracije poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja EZ i Hrvatske s posebnim osvrtom na mjere restrukturiranja koncentracija i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracija", Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka (2008) (1991) v. 29, br. 2.

Kasim I. Begić, "Ekonomska politika", Sarajevo 2000.

Keith L. Seat, "Use of mediation in the merger review process: a proposal to increase efficiency and minimize frustration" Submission to the Federal Trade Commission's Workshop on Merger Investigation Best Practices, na: http://www.ftc.gov/bc/bestpractices/keithseat.pdf.

Mladen Cerovac, "Rječnik pojmova prava i politike tržišnog natjecanja", TEB, 2004.

William A. McEachern, "Contemporary Economics", Thomson South Western, 2008.

Pravni akti

The Hart–Scott–Rodino Antitrust Improvements Act of 1976.

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

Internet

http://bihkonk.gov.ba/izvje%c5%a1taj-o-radu-konkurencijskog-vije%c4%87a-bih-od-01-01-2010-do-31-12-2010.html

http://www.ftc.gov/bc

Dr Kanita Imamović-Čizmić
Assistant Professor

HART-SCOTT-RODINO ACT AND CONCENTRATION IN THE AMERICAN MODALITY OF LEGAL REGULATION OF MARKET COMPETITION

Summary

The concentration of capital is becoming one of the leading ways of consolidating capital and economic strengthening of business entities. Among other things, the competition law deals with the issue of compatibility of the concentration of capital and the extent to which it may impair, restrict, or prevent competition in the market. This means that concentration is the subject of legislation implemented by special state bodies responsible for the protection of market competition. The United States of America is considered the cradle of legal regulation and protection of market competition, and their economy has experienced permanent changes in the ownership structure of companies´ equity resulting from the acquisitions and mergers. One of the fundamental legal acts that regulate concentration in the competition law of the United States of America is the Hart-Scott-Rodino act, which implementation falls under the competence of the Federal Trade Commission (FTC) and the United States Department of Justice Antitrust Division (US-DOJ). Bosnia and Herzegovina has not inherited the tradition of a competition culture, but is undertaking steps to create a pro-competitive environment, which is why it is important to provide an overview of the situation with regards to concentration in Bosnia and Herzegovina, along with providing possible guidelines for the improvement of the Competition Council´s work and raising matters for future analysis.

Key terms: *concentration, Hart-Scott-Rodino Act, mediation, the Competitiveness Council/ Competition Council*

Dr. Borislav Petrović
Redovni profesor

Mr. Amila Ferhatović
Viša asistentica

UDK: 343.846
Izvorni naučni rad

UVJETNI OTPUST U SAVREMENOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU

Sažetak

Autori su u svom prilogu pažnju usmjerili na institut uvjetnog otpusta. Poznaje ga naš zakon, ali i druga savremena krivična zakonodavstva, kao institut materijalnog i izvršnog prava i kao značajnu kriminalnopolitičku i penološku mjeru kojom se vrši dopunska individualizacija kazne.

Nakon uvodnih razmatranja autori su predstavili pojam uvjetnog otpusta i izložili ga kritici kroz analizu navedenih razlika u odnosu na druge pravne sisteme savremenih država. Predstavili su formalne i materijalne uvjete (pretpostavke) za odobrenje uvjetnog otpusta, kao i postupak za njegovo odobrenje od strane komisije za uvjetni otpust ili upravnika zavoda. Nadalje, ukoliko uvjetno otpušteni ne opravda ukazano povjerenje, dolazi do opozivanja uvjetnog otpusta i njegovog vraćanja u zavodsku ustanovu. Autori su u nastavku rada predstavili razloge za obligatorno i fakultativno opozivanje uvjetnog otpusta, takođe uz komparativnu analizu odredaba drugih pravnih sistema. U završnom dijelu rada, kroz praksu Bosne i Hercegovine po pitanju predmetnog instituta, predstavljen je mogući problem pitanja nadležnosti (s obzirom na ustavno ustrojstvo Bosne i Hercegovine), ali i mogućnost njegovog prevazilaženja. I najzad, predstavljeni su i statistički podaci za period od 2005. do 2012. godine koji se odnose na broj odobrenih uvjetnih otpusta u odnosu na broj osuđenih osoba koje su podnijele molbu za odobrenje uvjetnog otpusta, s ciljem ukazivanja na opravdanost i značaj ovog instituta u praksi Bosne i Hercegovine.

Ključne riječi: *uvjetni otpust, osuđena osoba, kazna zatvora, komisija, zavod*

Uvod

Uvjetni otpust je jedan relativno "stabilan" institut krivičnog materijalnog i izvršnog prava. Njegova suština je jasna i dobro poznata, a svrha neupitna. Naravno, ne znači da se ne može i kritički razmatrati, pogotovo kada je riječ o njegovoj praktičnoj primjeni. Pri tome mislimo na broj izrečenih uvjetnih otpusta u odnosu na broj osuđenih osoba koje se nalaze na izdržavanju kazne, kao i broj osoba koje čekaju na izdržavanje kazne zatvora zbog prebukiranosti zavodskih kapaciteta u našoj zemlji. S tim u vezi smatramo da on može biti u funkciji svrhe kažnjavanja bez obzira na visinu izrečene kazne, tj. bez obzira na to radi li se o blažim ili strožim kaznama zatvora. Kod blažih kazni do izražaja bi došao "uticaj na učinitelja da ubuduće ne čini krivična djela", a kod strožih kazni "podsticaj preodgoja učinitelja krivičnog djela", kako je to propisano u čl. 39. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine[1] u kojem se govori o svrsi kažnjavanja.

1. Pojam uvjetnog otpusta

Uvjetni otpust[2] se sastoji u otpuštanju osuđene osobe s izdržavanja kazne zatvora prije nego što ju je u potpunosti izdržala i njenom puštanju na slobodu pod uvjetom da do isteka vremena za koje je izrečena kazna ne učini novo krivično djelo. U pravnim sistemima koji poznaju neku formu nadzora nad uvjetno otpuštenim osuđenikom, uvjetni otpust bi se mogao definirati kao otpuštanje osuđenika pod određenim uvjetima da ostatak kazne izdrži na slobodi pod starateljstvom države i nadzorom i tretmanom nadzornog organa. Dakle, ako takva osoba ne učini krivično djelo za vrijeme dok joj kazna teče, neće doći do opozivanja uvjetnog otpusta. Uvjetni otpust je sličan uvjetnoj osudi jer se oba ova instituta sastoje u oslobađanju učinitelja krivičnog djela od izdržavanja kazne, s tim što je kod uvjetne osude to oslobođenje u potpunosti, a kod uvjetnog otpusta se radi o djelimičnom oslobađanju od kazne. U funkcionalnom smislu uvjetni otpust je sastavni dio izrečene kazne zatvora jer utiče na njenu sadržinu budući da

[1] "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine", br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10.

[2] Vidović, V. (1986). Prilog razmatranju instituta uslovnog otpusta, Pravna misao, br. 5–6, str. 40–51; Vidović, V. (1987). Uslovni otpust osuđenog sa izdržavanja zatvorske kazne, Godišnjak Pravnog fakulteta u Banja Luci, Banja Luka, br. 11, str. 59–71; Pavlič, D. (1997). Pogojni otpus v teoriji in praksi, Ljubljana; Ratković, V. (2002). Uslovni otpust u uporednom pravu, zakonodavstvu i praksi, Cetinje.

se institucionalni tretman u zavodskoj ustanovi zamjenjuje tretmanom na slobodi. To je poseban oblik "izdržavanja kazne lišenja slobode na slobodi".

Uvjetni otpust predstavlja, takođe, izuzetno značajnu kriminalnopolitičku i penološku mjeru kojom se vrši dopunska individualizacija kazne.[3] Ujedno je i vrlo osjetljiv pravni institut jer zapravo znači mijenjanje pravosnažne sudske odluke u pogledu vremena trajanja izrečene kazne, pri čemu je prethodno vrsta i visina kazne odmjerena od strane Suda prema opasnosti učinjenog djela i ličnosti učinitelja, a na osnovu izvedenih dokaza u toku glavnog pretresa. To je i korektivno sredstvo koje omogućava da se osuđeni pusti na slobodu kada njegov dalji boravak u zatvorskoj ustanovi nije opravdan s obzirom na svrhu kažnjavanja. On se zasniva na ideji popravljanja i resocijalizacije osuđene osobe. Nadalje, uvjetni otpust je forma izvršenja kazne zatvora, dok je uvjetna osuda vrsta krivične sankcije. I, konačno, uvjetni otpust je penološka i kriminalnopolitička mjera koja ima veliki uticaj na osuđenu osobu u psihološkom i socijalnom pogledu jer izražava želju za promjenom ličnosti i predstavlja mjeru podsticaja da istraje u radnim obavezama i ponašanju po pravilima kućnog reda.

Prema čl. 181. Zakona Bosne i Hercegovine o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera (u daljem tekstu ZIKS),[4] uvjetni otpust može se dati kako bi se zatvorenici podstakli da razriješe probleme i situacije koje su ih i dovele do činjenja krivičnog djela. Dalje, u istom zakonu stoji da se uvjetni otpust daje kada je to potrebno radi podsticanja vlastitih napora zatvorenika za uključivanje u redovan život na slobodi pod uvjetom da se osnovano može očekivati da će se ta osoba na slobodi dobro vladati i da neće činiti krivična djela. U tom smislu on se zasniva na ideji popravljanja i resocijalizaciji učinitelja krivičnog djela kao svrsi kažnjavanja uopće. Primjenom instituta uvjetnog otpusta princip individualizacije kazne uz učešće samih osuđenika doživljava svoje potpuno oživotvorenje. Naime, do primjene ovog instituta dolazi kada se procijeni da zatvorenik više ne predstavlja neprihvatljivi rizik

[3] To je faza u izvršenju izrečene kazne zatvora kojom se kazna djelimično suspenduje (Stojanović, Z. (2009). Krivično pravo, Beograd, str. 267). No, u pravnoj teoriji ima i drugačijih shvatanja, prema kojima je uvjetni otpust osnov za gašenje kazne ili zakonska smetnja za dalje izvršenje kazne (Kurtović, A. (1995). Ustrojstvo i pravna priroda uvjetnog otpusta, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, Rijeka, br. 2, str. 314). Novoselec, pak, smatra da ovo nije osnov za gašenje kazne jer postoji mogućnost njenog izvršenja u slučaju opoziva uvjetnog otpusta, pa je čak teško i tvrditi da je uvjetni otpust smetnja za dalje izvršenje kazne jer su neki oblici izvršenja kazne kao mjere pomoći i nadzora mogući i za vrijeme trajanja uvjetnog otpusta (Novoselec, P. (2009). Opći dio kaznenog prava, Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, str. 356).

[4] "Službeni glasnik BiH", br. 12/10, prečišćen tekst.

za zajednicu jer se on u tolikoj mjeri popravio i prevaspitao da se može pretpostaviti da će se ubuduće kloniti činjenja krivičnih djela i drugih protivpravnih radnji.[5]

Uvjetni otpust predstavlja samo moguću pogodnost za osuđene osobe, ali ne i obavezu nadležnih organa da donesu odluku u tom smislu. Drugim riječima, uvjetni otpust nije pravo osuđenika koje im se ne može uskratiti, već mogućnost uživanja jedne pogodnosti koja im se daje zavisno od njihovog ponašanja i postignutog stepena prevaspitanja.

Institut uvjetnog otpusta poznaju mnoga savremena krivična zakonodavstva. U Švicarskoj ga skoro svi kantoni poznaju još od 19. stoljeća i uz djelimične revizije ostao je gotovo nepromijenjen,[6] dok je u skandinavskim zemljama ušao među prava zatvorenika koji nakon pet šestina izdržane kazne zatvora ima pravo biti otpušten.[7]

Bosna i Hercegovina spada u one sisteme koji ne poznaju formu nadzora nad uvjetno otpuštenim osuđenikom.[8] Za razliku od našeg sistema, mnogi krivičnopravni sistemi savremenih država upravo vršenje nadzora i kontrole

---

[5] Stojanović, Z. (2009). Krivično pravo. Beograd, str. 186–193; Nikolić, V. (2000). Prava i odgovornosti osuđenih u sistemu izvršenja krivičnih sankcija. Beograd: Zbornik radova, Reforma sistema izvršenja krivičnih sankcija, str. 223–228; Radulović, D. (2005). Uslovni otpust. Beograd: Zbornik radova, kazneno zakonodavstvo – progresivna ili regresivna rješenja, str. 515–525.

[6] Stratenwerth, G. (2006). Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, Zweite vollständige neubearbeitete Auflage. Bern, Stämpfli Verlag AG, str. 101.

[7] Damjanović, I., Kokić-Puce, Z., Klarić-Baranović, S. (2004). Uvjetni otpust s izdržavanja kazne zatvora, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 11, br. 2, str. 868.

[8] S tim u vezi treba napomenuti da je ZIKS u članu 186. predvidio obavezu zavoda da, ukoliko procijeni potrebnim, obavijesti nadležni organ socijalne zaštite, kao i drugu ustanovu ili pravnu osobu, odnosno odgovarajuću organizaciju ili udruženje u čijem je djelokrugu pružanje pomoći osobama otpuštenim s izdržavanja zatvorske kazne. Takođe, obavještava se i nadležni organ policije, prema mjestu prebivališta ili boravišta uvjetno otpuštene osobe. Uloga organa socijalne zaštite ima karakter postpenalne pomoći, dok se javljanje policijskom organu može tretirati kao neki vid policijskog nadzora nad ponašanjem uvjetno otpuštene osobe.
Međutim, Preporuka (2003)22 Komiteta ministara državama članicama Vijeća Evrope o uvjetnom otpustu je da se uvedu i mjere nadzora za uvjetni otpust kako bi se smanjio rizik njegovog donošenja. Tako su mjere nadzora predložene u novom Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera koji je trenutno u formi prijedloga, te je za očekivati da će uskoro biti i usvojen. (Izvještaj Ministarstva pravde Bosne i Hercegovine o uvjetnom otpustu za 2012. godinu).

nad uvjetno otpuštenim osuđenikom smatraju jednim od konstitutivnih elemenata ovog instituta. Radi potpunijeg sagledavanja ovog instituta, ali i eventualnog isticanja važnog nedostatka našeg sistema, u nastavku ćemo navesti konkretne primjere.

Krivično zakonodavstvo Njemačke[9] predviđa vršenje nadzora i kontrole, ali i pomoći nad uvjetno otpuštenim osobama, i to na način da sud osuđenoj osobi koja je izdržala najmanje jednu godinu zatvorske kazne prije nego što je puštena na uvjetni otpust u pravilu postavi (odredi) savjetnika za uvjetno osuđenu osobu.[10] Savjetnik za uvjetno osuđenu osobu se takođe određuje kada se osoba uvjetno otpušta sa zatvorske kazne koja je duža od devet mjeseci, a učinitelj krivičnog djela ima manje od 27 godina.[11] Određuje se za vrijeme ili dio vremena koji je preostao do isteka kazne s ciljem da se osuđena osoba spriječi da ponovo učini krivično djelo. Zadaci savjetnika za uvjetno osuđenu osobu su mnogobrojni i propisani su paragrafima od § 56 a do § 56 e.[12] Navešćemo samo neke od njih: naknada šteta prouzrokovana krivičnim djelom, uplaćivanje određenog novčanog iznosa u državni budžet, upute i savjeti po pitanju ponašanja na uvjetnom otpustu (mjesto boravka, obrazovanje, posao, slobodno vrijeme, javljanje u medicinsko ili psihološko savjetovalište, pomoć pri izbjegavanju osoba koje bi je mogle dovesti u konfliktne situacije, i sl.).

Krivično zakonodavstvo Švicarske takođe ima slično rješenje. Naime, osobi koja je uvjetno otpuštena određuje se i probno vrijeme [Probezeit] koje ne može biti manje od jedne godine, niti duže od pet godina. Za vrijeme trajanja probnog vremena u pravilu se osobi koja je uvjetno otpuštena određuju i tzv. popratne mjere [Flankierende Massnahmen] koje podrazumijevaju pomoć i uputstva za vrijeme uvjetnog otpusta. One se samo terminološki razlikuju od njemačkih, ali su u suštini vrlo slične. Opravdanost ovih tzv. popratnih mjera ogleda se u tome da je očigledno da osoba koja se nalazi na izdržavanju kazne zbog učinjenog krivičnog djela ima određenih poteškoća da se ponaša u skladu sa zakonom. Iz tog razloga su predviđene ove mjere kako bi pomogle lakšem uklapanju osuđenika u društvo. Praksa je pokazala da su ove mjere rijetko suvišne (nepotrebne).[13]

---

[9] Strafgesetzbuch (StGB) od 13. 11. 1998., posljednje izmjene i dopune od 22. 7. 2013.

[10] § 57 Abs. 3

[11] § 56 d Abs. 2

[12] Schönke/ Schröder. (2010). Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Auflage. München, Verlag C.H. Beck, str. 890–908.

[13] Stratenwerth, G. (2006). Schweizerisches Strafrecht..., op. cit., str. 112.

Francusko krivično zakonodavstvo u članu 731. predviđa tzv. mjere pomoći i kontrole za uvjetno otpuštenu osobu. Najčešće se sastoje u psihološkoj pomoći, ali i u materijalnoj pomoći koja se osigurava preko različitih organizacija socijalne pomoći i dobrotvornih udruženja. Odnose se na mjesto boravka, preseljenje, promjenu zaposlenja i obavezu osuđenika da se odaziva na poziv sudije i socijalnog radnika.[14]

I Hrvatska ima slično rješenje. Naime, uz uvjetni otpust mogu se naložiti i određene obaveze koje uvjetno otpuštena osoba treba izvršavati tokom uvjetnog otpusta, ali i zaštitni nadzor.[15] Zaštitni nadzor će se čak redovno izricati učinitelju koji je u vrijeme donošenja presude imao manje od 25 godina te ukoliko mu je sud izrekao kaznu veću od šest mjeseci.[16] Njihov cilj je jačanje resocijalizacije jer pored nadzora uključuju i pomoć osuđeniku.[17] Obaveze se mogu podijeliti u dvije kategorije: prve su obaveze reparacije ili plaćanja i druge socijalno-preventivne obaveze.[18] U prvu kategoriju spadaju obaveze naknade štete i uplata svote novca u korist javne ustanove, humanitarne ili karitativne svrhe ili u fond za zaštitu žrtava, dok u drugu kategoriju spadaju obaveze kod kojih je cilj odvraćanje od učinjenja krivičnog djela i zaštita žrtve.[19] Nadzor nad provođenjem tih mjera povjeren je sudiji izvršenja.[20]

---

[14] Jovanović, S. (2003). Mogući pravci preispitivanja instituta uvjetnog otpusta s osvrtom na francuska rješenja, Penalne teorije i prakse, Beograd, str. 25.

[15] Član 60, 62. i 64. Kaznenog zakona Republike Hrvatske, NN 125/11 i 144/12.

[16] Kriminološki razlozi upućuju na to da je na ovu kategoriju osoba potrebno pojačano specijalno preventivno djelovanje kako bi se izbjegla pojava recidiva. Ako sud ipak odluči da ne primijeni zaštitni nadzor u ovim situacijama, moraće posebno obrazložiti zbog čega u konkretnom slučaju smatra da zaštitni nadzor nije potreban. Turković, et al. (2013). Komentar kaznenog zakona i drugi izvori novoga hrvatskog kaznenog zakonodavstva. Zagreb, Narodne novine, str. 95.

[17] Novoselec, P. (2009). Opći dio kaznenog prava, Treće izmijenjeno izdanje. Zagreb, Pravni fakultet, str. 410.

[18] Do stupanja na snagu novog kaznenog zakona Republike Hrvatske ove obaveze bile su propisane članom 160. Zakona o izvršavanju kazne zatvora Republike Hrvatske (NN 128/99, 55/00, 59/00, 129/00, 59/01, 67/01, 11/02, 190/03, 76/07, 27/08, 83/08, 18/11). Međutim, posljednjim izmjenama i dopunama ovog zakona (NN 53/13) brisane su. Naime, hrvatski zakonodavac, vodeći se zakonskim rješenjima Njemačke i Švicarske, smatrao je da je obaveze uvjetno otpuštene osobe ispravnije propisati kaznenim zakonom iz razloga što je riječ o materijalnim pretpostavkama uvjetnog otpusta, a ne samo njegovo izvršenje, te ih je i propisao novim kaznenim zakonom. Vidjeti opširnije u: Turković, et al. (2013). Komentar... op. cit., str. 89.

[19] Vidjeti opširnije u: Turković, K., Maršavelski, A. (2012). Reforma sustava kazni u novom kaznenom zakonu. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Vol. 19 – Broj 2/2012, str. 795–817.

[20] Tako je primjerice, osuđeniku na kaznu zatvora u trajanju od tri godine izrečenu zbog

2. Uvjeti ili pretpostavke za odobrenje uvjetnog otpusta

Uvjetni otpust predstavlja mjeru kojom se vrši individualizacija kazne i ostvaruje resocijalizacija osuđenog uz njegovo lično i aktivno učešće. On se može dati svakoj osobi koja izdržava kaznu zatvora ako ispuni uvjete predviđene u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine (čl. 44. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, čl. 45. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine,[21] čl. 108. Krivičnog zakona Republike Srpske[22] i čl. 45. Krivičnog zakona Brčko distrikta Bosne i Hercegovine[23]). Riječ je o dva kumulativna uvjeta:

1) formalni uvjet – da je osuđeni izdržao polovinu izrečene kazne (s tim kada je izrečena kazna dugotrajnog zatvora poslije izdržane tri petine ove kazne), a izuzetno samo trećinu izrečene kazne ako postoje posebne okolnosti koje se odnose na ličnost osuđenog i koje očigledno ukazuju da je postignuta svrha kažnjavanja i
2) materijalni uvjet – da se osuđeni u toku izdržavanja kazne zatvora popravio do te mjere da se opravdano može očekivati da će se nakon otpusta s izdržavanja kazne na slobodi ponašati primjereno, a naročito da neće činiti krivična djela.

Takođe, uvjetni otpust može se dati i osobi kojoj je izrečena mjera sigurnosti obaveznog psihijatrijskog liječenja (čl. 71. st. 4. KZ BiH, čl. 74. st. 4. KZ FBiH, čl. 58. st. 5. KZ RS, čl. 74. st. 4. KZ BDBiH) ili obaveznog liječenja od ovisnosti (čl. 72. st. 3. KZ BiH, čl. 75. st. 4. KZ FBiH, čl. 59. st. 4. KZ RS, čl. 75. st. 3. KZ BDBiH).

Najzad, prema čl. 109. st. 5. KZ BiH, osuđeni maloljetnik može biti uvjetno otpušten s izdržavanja kazne ako je izdržao trećinu kazne, ali ne prije nego

zloupotrebe droga iz čl. 173. st. 2. odobren uvjetni otpust nakon izdržane dvije godine i sedam mjeseci uz uvjet da se javlja sudiji izvršenja i policijskoj stanici, a osuđeniku koji je osuđen zbog izazivanja prometne nesreće iz čl. 272. st. 3. na dvije godine zatvora nakon izdržanih godinu dana i 9 mjeseci takođe pod uvjetom da se javlja sudiji izvršenja i policijskoj stanici, ali i pod daljnjim uvjetom da na slobodi nastavi liječenje od alkoholizma; u oba slučaja radilo se o osuđenicima koji su se dobro vladali, a ocijenjeno je i da imaju izgleda na zaposlenje i osiguran prihvat u obiteljskom krugu. Novoselec, P. (2009). Opći dio kaznenog prava... op. cit., str. 411.

[21] "Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine", br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05 i 42/10.

[22] "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06 i 73/10.

[23] "Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine", br. 10/03, 45/04, 6/05 i 21/10.

što je proveo jednu godinu u kazneno-popravnoj ustanovi. Istom odredbom je data mogućnost sudu da odredi odgojnu mjeru pojačanog nadzora od strane nadležnog organa socijalne skrbi. Mišljenja smo da odredbe o uvjetnom otpustu maloljetnika dodatno utiču na svrhu ovog instituta, odnosno prevaspitavanja i popravljanja maloljetnika. Pogotovo je značajno naglasiti nadzor nad maloljetnikom za vrijeme uvjetnog boravka na slobodi, što je ustvari neki vid produženog odgojnog tretmana.

I pravni sistemi drugih država takođe predviđaju kumulativno ispunjenje formalnih i materijalnih uvjeta, ali s manjim ili većim razlikama. Ono što je zajedničko svim sistemima, uz male razlike u formulacijama, a koje smo uporedili za potrebe ovog rada, jeste ispunjenje materijalnog uvjeta. Odnose se, uglavnom, na stepen postignute socijalne readaptacije osuđenog, odnosno da je on sam svojim dobrim vladanjem pokazao ozbiljno zalaganje u svom popravljanju. Težište se stavlja na njegovo ponašanje tokom izdržavanja zatvorske kazne, pa se naglašava da se u toku izdržavanja kazne tako popravio da se može opravdano očekivati da će se na slobodi dobro vladati, a posebno da neće činiti krivična djela.[24] Formalni uvjet koji se odnosi na vrijeme provedeno na izvršenju kazne nakon čijeg proteka se može tražiti uvjetni otpust je različito od države do države. U pravnim sistemima koji poznaju kaznu zatvora i dugotrajnog zatvora situacija je sljedeća.

Hrvatska je do stupanja na snagu novog krivičnog zakona imala rješenje najsličnije našem,[25] međutim, novim zakonskim rješenjem Hrvatske uvjetno se može otpustiti samo osuđeni koji je izdržao najmanje jednu polovinu kazne na koju je osuđen pod uvjetom da je u zatvoru proveo minimalno tri mjeseca.[26]

Krivični zakonik Srbije je imao rješenje slično našem i hrvatskom, da se uvjetni otpust može dati nakon izdržane jedne polovine izrečene kazne, međutim, izmjenama i dopunama iz 2009. godine to je izmijenjeno u dvije trećine izdržane kazne.[27]

---

[24] Babić, M., Marković, I. (2009). Krivično pravo, Opšti dio, Drugo izmijenjeno izdanje. Banja Luka, Pravni fakultet, str. 317.

[25] Dakle, formalni uvjet da je osuđeni izdržao polovinu izrečene kazne, a izuzetno trećinu, bio je isti, dok se razlika ogledala u kazni dugotrajnog zatvora gdje je hrvatsko rješenje bilo nešto blaže u odnosu na naše u smislu da je osuđeni na kaznu dugotrajnog zatvora mogao tražiti uvjetni otpust izuzetno i nakon polovine izdržane kazne, čl. 55. st. 2. Kaznenog zakona 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).

[26] Član 59. Kaznenog zakona Republike Hrvatske.

[27] Krivični zakonik Republike Srbije, "Službeni glasnik RS" br. 85/05, 88/05, 107/05, 111/09 i 121/12.

Krivični zakonik Crne Gore predviđa da se uvjetni otpust može dati nakon izdržane dvije trećine, a izuzetno jedne polovine kazne zatvora ili dugotrajnog zatvora.[28]

Krivičnopravni sistemi Njemačke i Švicarske imaju drugačije rješenje, s obzirom na to da oba sistema, za razliku od našeg, poznaju kaznu doživotnog zatvora. Krivični zakon Njemačke propisuje dva različita načina određenja formalnih uvjeta za davanje uvjetnog otpusta. Prvi je propisan u § 57 koji se odnosi na uvjetni otpust kod vremenske kazne zatvora.[29] Sud će suspendovati izvršenje ostatka vremenske kazne zatvora ukoliko su kumulativno ispunjeni sljedeći uvjeti: 1. da su izdržane dvije trećine kazne, a najmanje dva mjeseca; 2. vodeći računa o interesima opće sigurnosti i 3. uz pristanak/odobrenje osuđene osobe. Međutim, pravi se razlika između osoba koje su osuđene prvi put i povratnika, te u skladu s tim, stav 2. istog člana propisuje da već nakon izdržane polovine vremenske kazne lišenja slobode, a najmanje nakon izdržanih šest mjeseci, sud može suspendovati izvršenje ostatka kazne kada se radi o osobi koja je prvi put osuđena na kaznu lišenja slobode i kada ta kazna ne prelazi dvije godine. Drugi je propisan sljedećim paragrafom, § 57 a, koji se odnosi na uvjetni otpust kada se radi o osobi koja je osuđena na kaznu doživotnog zatvora. Formalni uvjet koji se ovdje traži je da je osuđeni izdržao 15 godina zatvora.

Slično rješenje propisuje i Krivični zakon Švicarske.[30] Naime, kod vremenske kazne lišenja slobode, u pravilu, uvjetni otpust se daje nakon izdržane dvije trećine kazne, a nakon izdržana najmanje tri mjeseca, a kod doživotnog zatvora nakon izdržanih 15 godina. Izuzetno, može se izreći uvjetni otpust već nakon izdržane polovine kazne kod vremenske kazne zatvora, dok se kod doživotnog zatvora izuzetno može izreći uvjetni otpust nakon izdržanih 10 godina, kada za to postoje posebni razlozi. Šta je, konkretno, zakonodavac mislio pod "posebnim razlozima"? U potrazi za objašnjenjem ovog pravnog standarda, pronašli smo nekoliko odgovora. Pod "posebnim razlozima" misli se na one slučajeve kada je npr. osuđeni obolio od neizlječive bolesti (AIDS ili sl.), zatim kada se očekuje da osuđeni s obzirom na svoju dob i zdravstveno stanje neće još dugo živjeti, ili kada se osuđeni dobrovoljno stavi na raspolaganje za veoma opasnu službu u okviru pomoći pri katastrofama.[31]

---

[28] Čl. 37. Krivičnog zakonika Crne Gore, "Službeni list RCG", br. 70/03, 13/04, 47/06, 40/08, 25/10, 73/10, 32/11 i 64/11.

[29] Kazna zatvora u Njemačkoj ne može biti kraća od jednog mjeseca niti duža od 15 godina.

[30] Schweizerisches Strafgesetzbuch od 21. 12. 1937., stanje na 1. 7. 2013.

[31] Stratenwerth, G. (2006). Schweizerisches Strafrecht..., op. cit, str. 103.

Pri odlučivanju o davanju uvjetnog otpusta naročito se uzima u obzir ponašanje osuđenog za vrijeme izdržavanja kazne, izvršavanje radnih obaveza s obzirom na njegovu radnu sposobnost i stepen obrazovanja, kao i druge okolnosti koje ukazuju da je postignuta svrha kažnjavanja.

Smisao uvjetnog otpusta je u prvom redu u tome da se osuđena osoba kod koje je u toku izdržavanje kazne lišenja slobode postignut određeni stepen resocijalizacije i popravljanja uputi u društvenu zajednicu – dakle, pusti na slobodu prije vremena određenog u sudskoj odluci, tj. prije nego što je u potpunosti izdržala izrečenu kaznu.

Uvjetni otpust traje onoliko vremena koliko je osuđenom ostalo do potpunog izdržavanja izrečene kazne. Za vrijeme boravka na slobodi on se podvrgava kušnji pa ne smije da učini novo krivično djelo odnosno mora da ispuni i druge postavljene obaveze. Za vrijeme trajanja uvjetnog otpusta smatra se da on i dalje izdržava kaznu jer rok izrečene kazne teče.

3. Postupak za odobrenje uvjetnog otpusta

O uvjetnom otpustu u Bosni i Hercegovini odlučuje Komisija za uvjetni otpust. Komisija se imenuje od strane državne i entitetskih vlada. Inače, rješenje o administrativnom organu (kao što je komisija) koji bi se bavio tako krupnim stvarima u oblasti izvršenja krivičnih sankcija kao što je mijenjanje pravosnažne odluke u pogledu vremena trajanja izrečene kazne (pri čemu je vrsta i visina kazne odmjerena prema opasnosti učinjenog djela i ličnosti učinitelja na osnovu izvedenih dokaza u toku glavnog postupka i koja je odluka potvrđena od strane višeg suda), nije jedino niti je vladajuće u savremenoj krivičnopravnoj naučnoj misli. Naime, pitanjem uvjetnog otpusta se bave, ili se, pak, mogu baviti i drugi organi, a ne samo administrativni. U tom smislu se razlikuju sistemi koji o davanju uvjetnog otpusta predviđaju nadležnosti slijedećih organa:

1) sud koji je u prvom stepenu i donio odgovarajuću presudu,
2) sud na čijoj teritoriji se nalazi ustanova ili zavod u kojem se izvršava određena kazna (gdje sudija teritorijalnog suda ima mogućnosti da u neposrednom kontaktu s osuđenicima i zavodskom upravom objektivno dođe do uvjerenja o stepenu postignute resocijalizacije),
3) novi neovisni i specijalizirani sud koji bi se bavio specijalnim pitanjima kao što je npr. opoziv uvjetnog otpusta, određivanje uvjetnog otpusta, opoziv uvjetne osude, kontrola provođenja zaštitnog nadzora kod uvjetne osude i sl.

Rješenje slično našem je i u Švicarskoj, dok u Njemačkoj o uvjetnom otpustu odlučuje nadležni sud. U Republici Srbiji, za razliku od ranijeg rješenja kada je o uvjetnom otpustu odlučivala posebna komisija za uvjetni otpust koju je obrazovalo Ministarstvo pravde, prema čl. 533. Zakonika o krivičnom postupku u Republici Srbiji o uvjetnom otpustu na molbu osuđene osobe sada odlučuje sud koji je donio odluku u prvom stepenu.[32] Slično i u Republici Hrvatskoj, važna je novina da o uvjetnom otpustu uvijek odlučuje sud, a ne kao do sada posebno povjerenstvo.[33]

Postupak za davanje uvjetnog otpusta može se pokrenuti na sljedeće načine: 1) na molbu osuđene osobe – zatvorenika, 2) na molbu člana uže obitelji osuđene osobe i uz njenu saglasnost i 3) na prijedlog upravnika zavoda u kojem se osuđeni nalazi.

a) Uvjetni otpust odlukom Komisije

Naime, ako su ispunjeni svi zakonom predviđeni uvjeti, ovlaštene osobe mogu pokrenuti ovaj postupak. Pri tome, molbe i prijedlozi se uvijek podnose Komisiji za uvjetni otpust, a preko zavoda gdje osuđenik izdržava kaznu. Zavod tom prilikom uz molbu dostavlja i podatke o postignutom uspjehu u programu tretmana zatvorenika, podatke o eventualnim ranijim osudama, opis krivičnog djela za koje je zatvorenik osuđen, podatke o ponašanju zatvorenika, kao i ostale izvještaje stručnih osoba koje su angažovane u radu sa zatvorenikom, te druge značajne podatke za odlučivanje. Takođe, zavod prilaže i svoje mišljenje o osnovanosti podnijete molbe, odnosno prijedloga.[34] Na taj način su odredbama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija uređena pitanja ko i kada odlučuje o uvjetnom otpustu, kao i ko obrazuje komisiju za uvjetni otpust. Na ovom mjestu treba s opravdanjem posebno ukazati da zakon nije odredio i rok za donošenje odluke o zahtjevu za uvjetni otpust, ali se s obzirom na važnost pitanja o kojem se odlučuje očekuje kontinuiran rad komisije i donošenje odgovarajućih odluka u razumnom vremenskom roku. Sigurno je da bi određeni rok povećao efikasnost i ažurnost u radu Komisije za uvjetni otpust, ali bi i onemogućio nastupanje situacija koje su se, istina, ranije dešavale da Komisija o uvjetnom otpustu odlučuje tek pošto je osuđeni u međuvremenu izdržao izrečenu kaznu. Ovako predviđeni rok ne bi smio da bude previše kratak, ali bi on u svakom slučaju trebalo da bude određen tako da omogući donošenje odluke o uvjetnom otpustu, a

[32] Jovašević, D. (2006). Krivično pravo, Opšti deo. Beograd, Nomos, str. 209.

[33] Turković, et al. (2013). Komentar kaznenog zakona... op. cit., str. 88.

[34] Šuković, M. (1971). Uslovni otpust. Podgorica.

čemu bi prethodilo temeljito, stručno i kvalitetno proučavanje svih zakonom predviđenih pretpostavki.

U pogledu pravnog regulisanja ovog, za osuđenu osobu veoma značajnog pravnog instituta, takođe je bitna i mogućnost da postupak za davanje uvjetnog otpusta mogu inicirati, pored osuđene osobe, upravnik zavodske ustanove i članovi uže obitelji osuđenika. Ova mogućnost u velikoj mjeri stimulativno utiče na osuđenog i njegovu obitelj, doprinosi njegovom aktivnom neprekidnom učešću u sopstvenom popravljanju i prevaspitanju, a u svakom slučaju podstiče ga na razmišljanje o svom ponašanju i mogućnosti ranijeg izlaska na slobodu.

Jedini prigovor koji bi se mogao uputiti zakonskom reguliranju instituta uvjetnog otpusta jeste i dalje nepostojanje zakonom predviđene mogućnosti osuđene osobe da na bilo koji način učestvuje u postupku odlučivanja o davanju uvjetnog otpusta, kao što je to npr. slučaj u njemačkom, švicarskom i hrvatskom zakonskom rješenju.[35] Učešće ove osobe na neposredan način bi članovima komisije za uvjetni otpust moglo da pomogne u stvaranju neposrednog utiska o postignutom cilju kažnjavanja, odnosno u pogledu stepena uspješnosti odgojno-prevaspitnih tretmana kojima je ova osoba u zavodskoj ustanovi bila podvrgnuta za vrijeme izdržavanja izrečene kazne zatvora.

U molbi se u pismenom obliku navodi vrsta i visina kazne na koju je osuđeni pravosnažno osuđen, kao i njegovo ponašanje i rezultati koji su postignuti u postupku njegove resocijalizacije. Molba se upućuje nadležnoj Komisiji kao posebnom administrativnom organu koji imenuje ministar pravde.[36] Komisija ima pet članova: predstavnik Suda BiH, predstavnik Ministarstva pravde BiH i tri člana iz relevantne stručne oblasti. Članovi komisije se imenuju za period od pet godina s mogućnošću ponovnog izbora za još

[35] S obzirom na to da je organ koji donosi odluku o uvjetnom otpustu u Njemačkoj sud, to znači da se odluka donosi nakon usmenog saslušanja osuđene osobe, a odvija se prema odredbama Zakona o krivičnom postupku (StPO). Schönke/ Schröder. (2010). Strafgesetzbuch Kommentar... op. cit, str. 931.
Švicarska teorija, takođe, smatra da nije dovoljno da se osuđeni izjasni samo pismenim putem, putem zahtjeva, već je njegovo pravo da bude saslušan. Stratenwerth, G. (2006). Schweizerisches Strafrecht... op. cit., str. 111.
Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o izvršavanju kazne zatvora Republike Hrvatske (NN 56/13) propisano je da će se na održavanje sjednice za odlučivanje o uvjetnom otpustu pozvati i zatvorenik, te da njegova prisutnost može biti osigurana i putem zatvorenog tehničkog uređaja za vezu na daljinu (audio-video konferencija).

[36] Pravni sistemi u kojima sud odlučuje o uvjetnom otpustu, a ne komisija, kao što je to slučaj kod nas, pravdaju to činjenicom da se pri odlučivanju o uvjetnom otpustu ipak radi o promjeni prvobitne (pravosnažne) sudske odluke.

jedan mandat. U slučaju prestanka mandata nekog člana komisije mandat njegovog zamjenika traje samo do isteka tekućeg mandata komisije. Komisija je u svom radu neovisna (čl. 173. ZIKS).

U teoriji i praksi izvršnog krivičnog prava sreću se različita mišljenja i prijedlozi o pitanju ostalih članova komisije. Tako jedni smatraju da bi u komisiji obavezno trebao da se nalazi sudija koji je predsjedavao sudskim vijećem koje je u prvom stepenu i donijelo presudu. Po drugima, u komisiju bi trebalo imenovati i stručnjake određenih profila koji su tokom izvršavanja kazne lišenja slobode u odgovarajućim zavodima neposredno i direktno učestvovali u pojedinim fazama organizacije ili provođenja postupka i tretmana individualizacije krivične sankcije. Po trećima, u ovoj komisiji bi svoje mjesto i ulogu mogli da nađu afirmirani stručnjaci kriminološke, penološke i krivičnopravne oblasti. U svakom slučaju, kao saradnici ili konsultanti u radu članova komisije za uvjetni otpust svakako bi trebalo da se nađu i određeni stručnjaci koji su učestvovali u pojedinim zavodima u organiziranju ili provođenju penitensijarnog tretmana resocijalizacije.

Imajući na umu prethodna mišljenja, treba voditi računa i o sastavu komisije, pogotovo kada je u pitanju sudija koji je predsjedavao prvostepenim vijećem. Naime, to bi značilo da komisija ne bi mogla biti stalno tijelo, što je suprotno Zakonu, a kao adekvatan nadomjestak tome je, po našem mišljenju, predstavnik suda. Smatramo da bi upravo taj predstavnik suda trebao pribaviti potrebne informacije o sudskom spisu konkretne osobe. Kada je, pak, riječ o ostalim članovima komisije, smatramo da nije nužno insistirati na njihovoj posebnoj stručnosti (mada zakon koristi terminološku odredbu "relevantna stručna oblast"), jer je nekada važno i opće, odnosno laičko građansko mišljenje o stručnoj stvari. Smatramo bitnim mišljenje običnih građana, jer su oni najvjerodostojniji predstavnici sredine u koju se "vraća" ili "dolazi" uvjetno otpušteni osuđenik. Uostalom, Zakonom je predviđen stručni nadzor nad praćenjem, proučavanjem i unapređenjem sistema izvršenja krivičnih sankcija, i to u vidu stručnog savjeta (čl. 7.) kojeg formira ministar pravde iz reda predstavnika naučnih ustanova, sudova, organa uprave, stručnih udruženja, građanskog društva i drugih institucija koje se bave pitanjima kriminaliteta i odgoja osuđenih osoba.

Postupajući po molbi osuđene osobe ili po prijedlogu upravnika zavoda, Komisija za uvjetni otpust obavezno pribavlja i mišljenje stručnih službi zavoda o vladanju osuđene osobe i o stepenu postignute resocijalizacije, popravljanja i njegovog prevaspitanja. Ovo mišljenje treba da predstavlja detaljnu analizu postignutih rezultata u procesu administrativne individualizacije institucionalnog tretmana u zavodu sa zaključcima, i to posebno u

pogledu ispunjenosti materijalnih pretpostavki za davanje uvjetnog otpusta. Na kraju, ovo mišljenje treba da sadrži i pozitivnu prognozu ponašanja osuđene osobe o uvjetnom otpuštanju.[37] No, ova prognoza se ne može samo zasnivati na ponašanju osuđenog za vrijeme izvršenja kazne zatvora, njegovom ponašanju i ispunjenju svih obaveza, već se još više mora imati u vidu i stanje socijalne sredine u kojoj osuđena osoba nakon uvjetnog otpuštanja treba da nastavi svoj život i rad.

Pri donošenju odluke o uvjetnom otpustu, u smislu čl. 157. Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, mora se ograničiti na utvrđivanje, analizu i procjenu slijedećih kriterijuma:

1. ranija osuđivanost zatvorenika,
2. ponašanje zatvorenika u zavodu,
3. učešće zatvorenika u programu tretmana,
4. stav zatvorenika prema žrtvi učinjenog krivičnog djela,
5. rizik zatvorenika od ponovnog činjenja krivičnog djela,
6. adekvatnost prijedloga za izmještanje zatvorenika.

Svi izvještaji koje zavod priprema za komisiju za uvjetni otpust dostavljaju se i samom zatvoreniku (poštovanje principa *audiatur et altera pars* – neka se čuje i druga strana) kojem se na taj način pruža prilika da komisiji podnese pismeni podnesak u vezi sa sadržajem ovih izvještaja. Ali, ipak, zatvorenik se lično, neposredno, ne pojavljuje pred komisijom (što predstavlja nedostatak ovakvog zakonskog rješenja).

Gotovo je prihvaćeno kao pravilo da komisija zasjeda u kazneno-popravnoj ustanovi (zavodu). Sjednice se održavaju u prisustvu upravnika ustanove koji po potrebi daje i dodatna obavještenja, podatke i informacije koje su neophodne za odlučivanje članovima komisije, a koje se odnose na ponašanje osuđene osobe i zapažanja zavodske uprave u vezi s tim.

U postupku odlučivanja po podnijetim molbama za uvjetni otpust komisija je insistirala da se u pismenim izvještajima koje dostavljaju zavodske

[37] Kada iz izvještaja KPZ u kojem osuđeni izdržava kaznu zatvora proizlazi da se proces resocijalizacije karakterizira pozitivnim promjenama u njegovom stavu i namjeri da promijeni način života, tada su ostvareni uvjeti za prihvatanje molbe osuđenog za uvjetni otpust, a shodno članu 9. KZS. (Rješenje Vrhovnog suda Srbije, broj: Kž. 1139/04, od 7. oktobra 2004. godine)
Kada iz izvještaja KPZ u kojem osuđeni izdržava kaznu zatvora proizlazi da je proces resocijalizacije u toku i ustanova ne predlaže uvjetni otpust, tada nema uvjeta za usvajanje molbe za uvjetni otpust osuđenog. (Rješenje Vrhovnog suda Srbije, broj: Kž. 1633/05, od 17. oktobra 2005. godine).

(penitensijarne) vlasti posebno obrade svi relevantni podaci koji se odnose na osuđenog koji je i podnio molbu za uvjetni otpust. Izrada i popunjavanje ovih izvještaja sada je ujednačena jedinstveno na nivou cijele zemlje. Praktično se ovi izvještaji zavodske uprave daju na posebnim obrascima koji obavezno moraju da sadrže slijedeće podatke: a) ocjena o ponašanju osuđene osobe, b) prognoza njenog budućeg ponašanja, c) ocjena o ostvarenoj svrsi (cilju) izrečene krivične sankcije, d) ocjena o postignutom stepenu popravljanja, prevaspitanja i resocijalizacije.[38]

Na sam dan odlučivanja o podnijetim molbama ili prijedlozima komisija donosi rješenje o odobravanju ili odbijanju davanja uvjetnog otpusta. Takvo rješenje mora biti obrazloženo. Pismeni otpravci rješenja izrađuju se isti dan i dostavljaju zavodu koji je dužan da jedan primjerak rješenja dostavi zatvoreniku i sudu koji je izrekao kaznu. Ako je molbu podnio član obitelji zatvorenika, o donijetoj odluci ga obavještava Ministarstvo pravde.

Donijeto rješenje o uvjetnom otpustu treba da sadrži između ostalog i tačan datum kada se osuđeni pušta s daljeg izdržavanja kazne.

Ako u periodu nakon donošenja rješenja o uvjetnom otpustu, a prije nego što je otpušten s izdržavanja kazne zatvora, zatvorenik učini disciplinski prekršaj, komisija za uvjetni otpust može staviti donijeto rješenje van snage (čl. 159. ZIKS).

Ovom zakonskom odredbom zapravo je određena mogućnost Komisije za uvjetni otpust da ponovo razmotri odluku o uvjetnom otpustu ako osuđeni od dana donošenja odluke do dana izlaska s izdržavanja kazne učini disciplinski prestup. Ova odredba ima veliki praktični značaj. Naime, ovom odredbom je data mogućnost Komisiji za uvjetni otpust da u određenim slučajevima, ako za to ima razloga, a prije nego što se pristupilo izvršenju odluke o uvjetnom otpustu, istu ponovo razmotri i opozove. Razlog za ovakvo postupanje postoji naročito u slučaju kada nakon donijete pozitivne odluke o uvjetnom otpustu osuđeni prije nego što je pušten na slobodu kvalitativno promijeni svoje ponašanje tako da se može zaključiti da nije ostvarena svrha kažnjavanja. Ova promjena u ponašanju mora da se ispolji u izvršavanju nekog disciplinskog prestupa od strane osuđenog za koji mu je u odgovarajućem disciplinskom postupku izrečena disciplinska mjera.

No, da li je izvršenje disciplinskog prestupa od strane osuđenog dovoljan i jedini razlog da se postavi pitanje da li je ostvarena svrha kažnjavanja ili je

[38] Razić, A. (1997). Neka aktuelna pitanja funkcionisanja instituta uslovnog otpusta. Pravni zbornik Podgorica, 1–2, str. 207–218.

na ovaj način neopravdano samo sužena mogućnost ponovnog preispitivanja odluke o uvjetnom otpustu. Sigurno je da do ovog mišljenja može doći i na osnovu cjelokupnog ponašanja osuđenog, iz čega se može zaključiti da pozitivno ponašanje osuđenog koje je bilo osnova za odlučivanje pri odobravanju uvjetnog otpusta predstavlja samo privremeno ponašanje usmjereno jedino na korištenje ove izuzetne mogućnosti. Protiv ove odluke komisije za uvjetni otpust ne može se izjaviti žalba niti pokrenuti upravni spor.

No, Zakon je izričito predvidio mogućnost (čl. 160. ZIKS) zatvorenika da ponovo podnese molbu za uvjetni otpust. Tu se razlikuju dvije situacije: prva – kada se molba podnosi tek nakon proteka roka od jedne godine od posljednje odluke komisije, i druga – kada se molba podnosi prije ovog roka pod uvjetom da komisija za uvjetni otpust istovremeno odlučuje o zahtjevu, odnosno molbi za privremeno odobrenje podnošenja molbe za uvjetni otpust i o odobrenju uvjetnog otpusta ako su ispunjeni zakonom predviđeni uvjeti.

b) Uvjetni otpust odlukom upravnika zatvora

Jedan specifičan vid instituta uvjetnog otpusta predviđen je u čl. 181. ZIKS. Naime, opće je pravilo da uvjetni otpust po ispunjenju Zakonom predviđenih uvjeta daje posebna komisija ili drugi kolektivni organ. No, ovom zakonskom odredbom je upravo data mogućnost upravniku zavoda da osuđenu osobu koja je izdržala najmanje četiri petine izrečene kazne može uvjetno otpustiti najmanje tri mjeseca prije isteka kazne, ako se primjereno ponašala, zalagala na radu i aktivno učestvovala u procesu preodgoja. Ova izuzetna zakonska mogućnost se ne može primijeniti prema osobi kojoj je nenaplaćena novčana kazna zamijenjena kaznom zatvora (supletorni zatvor).

Ovakvu mogućnost upravnik zavoda ima ako su ispunjena kumulativno dva uvjeta, jedan formalni, a drugi materijalni:

1. formalni uvjet je u pogledu izdržavanja izrečene kazne pri čemu se traži da je izdržano čak četiri petine izrečene kazne i da se ovakav uvjetni otpust može dati najranije tri mjeseca prije isteka kazne. Dakle, tek po kumulativnom ispunjenju oba ova taksativno navedena zakonska uvjeta upravnik ima mogućnost davanja uvjetnog otpusta;
2. materijalni uvjet je da se osuđeni primjereno vlada, zalaže na radu i aktivno učestvuje u procesu svog prevaspitanja, što predstavlja materijalni kriterijum koji podliježe ocjeni samog upravnika zavoda.

Ovakva zakonska odredba ima poseban značaj jer mogućnost upravnika da daje uvjetni otpust pod strogo određenim zakonskim uvjetima, posebno kada su u pitanju kratkotrajne kazne zatvora u velikoj mjeri rasterećuje Komisiju

za uvjetni otpust i time osigurava veliku efikasnost u odlučivanju. U svakom slučaju upravnik svoju odluku može donijeti, iako to Zakon izričito ne kaže, tek po pribavljanju stručnog mišljenja službi u zavodu koje su neposredno angažovane u provođenju tretmana osuđene osobe.

Danom izlaska iz zavoda osuđena osoba ima sva prava i dužnosti kao i drugi građani. To znači da se prava koja utvrđuje i garantira njihovo ostvarivanje Zakon o izvršenju krivičnih sankcija ne odnose i na uvjetno otpuštenu osobu. Za tu osobu se smatra da se nalazi na izdržavanju kazne, ona može normalno i slobodno da se uključuje u sve vidove društvenog života i rada. Prilikom otpuštanja iz zavoda uvjetno otpuštena osoba naznačiće mjesto u kojem će boraviti za vrijeme trajanja uvjetnog otpusta. Po dolasku u ovo mjesto, uvjetno otpuštena osoba se u određenom roku javlja policiji, odnosno nadležnom organu kod koga se nalazi u vojnoj evidenciji, a po potrebi i organu starateljstva ili drugim organima u čiju nadležnost spada preduzimanje mjera postpenalne pomoći. Takođe je uvjetno otpuštena osoba obavezna da ove organe obavijesti u slučaju promjene mjesta boravka.

Kao veoma važnu, smatramo i odredbu ZIKS-a (čl. 175) kojom je predviđena obaveza upravnika zavoda da, po službenoj dužnosti, upućuje Komisiji prijedloge za sve zatvorenike koji se mogu uzeti u razmatranje za uvjetni otpust i to u roku od 30 dana prije datuma kada ističu dvije trećine od izrečene kazne i koji ispunjavaju predviđene zakonske uvjete iz oblasti uvjetnog otpusta.[39]

Svakoj uvjetno otpuštenoj osobi po izlasku iz zavoda izdaje se posebna potvrda o izdržanoj kazni. Tu potvrdu izdaje upravnik zavoda.

[39] Ova odredba uvedena je u ZIKS Bosne i Hercegovine 2010. godine na prijedlog Ministarstva pravde. Pri predlaganju ovakvog rješenja predlagač se rukovodio standardima penološke prakse i nauke. Naime, shodno rezultatima penološke prakse smatralo se da bi se pozitivno uticalo na proces resocijalizacije zatvorenika, ako bi prilikom njegovog prijema u zavod i prilikom upoznavanja s pravima i dužnostima u zavodu, a posebno upoznavanjem da u slučaju uspješnog procesa prevaspitavanja postoji period kada uprava zavoda mora podnijeti prijedloge za uvjetni otpust. Takođe, penološka nauka i moderni standardi predlažu da se pokuša unaprijediti razvoj instituta uvjetnog otpusta koji se smatra jednim od najvažnijih mehanizama kojim se može stimulirati zatvorenik na dobro vladanje i ponašanje, i samim tim lično uključenje u proces tretmana, odgoja i preodgoja i prihvatanja društvenih vrijednosti s ciljem njegove uspješne resocijalizacije i lakšeg uključivanja u uvjete života na slobodi. Obaveza za podnošenje prijedloga od strane upravnika zavoda smatra se jednom od važnih poluga u tom smislu.

4. Opozivanje uvjetnog otpusta

Ako uvjetno otpušteni ne opravda ukazano povjerenje, dolazi do opozivanja uvjetnog otpusta i njegovog vraćanja u zavodsku ustanovu. Razlikuje se obligatorno i fakultativno opozivanje uvjetnog otpusta (čl. 45. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, čl. 46. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, čl. 109. Krivičnog zakona Republike Srpske i čl. 46. Krivičnog zakona Brčko distrikta Bosne i Hercegovine). O tom opozivanju odlučuje sud.[40]

Do obligatornog opozivanja dolazi kada uvjetno otpušteni za vrijeme dok se nalazi na uvjetnom otpustu učini krivično djelo (jedno ili više) za koje mu je izrečena kazna zatvora preko jedne godine ili teža kazna. Do fakultativnog opozivanja uvjetnog otpusta dolazi u slučaju izricanja kazne zatvora do jedne godine za novoučinjeno krivično djelo u vrijeme trajanja uvjetnog otpusta. U ovom slučaju, sud će kod odlučivanja o opozivu uvjetnog otpusta uzeti u obzir sličnost učinjenih krivičnih djela, njihov značaj, motive iz kojih su učinjena i druge okolnosti koje ukazuju na prikladnost opoziva uvjetnog otpusta.

Isto zakonsko rješenje dijelimo s Krivičnim zakonom Crne Gore, dok su u krivičnim zakonima Hrvatske, Srbije, pa i Njemačke uvjeti za opoziv uvjetnog otpusta malo stroži. Naime, u navedenim pravnim sistemima razlog za opoziv uvjetnog otpusta je pravosnažna presuda za učinjeno krivično djelo u trajanju od 6 mjeseci.[41]

Krivični zakon Švicarske je u svojim ranijim rješenjima opozivao uvjetni otpust za učinjeno bilo koje krivično djelo. Djelimičnom revizijom 1950. godine, izmijenili su navedenu zakonsku odredbu i formulirali je tako da će se opozvati uvjetni otpust u slučaju "posebno lakih krivičnih djela". Sljedeća revizija, 1971. godine, ide korak dalje i propisuje kaznu zatvora preko 3 mjeseca kao razlog za opoziv uvjetnog otpusta. U važećem krivičnom zakonu

[40] Ovakvo rješenje je prihvaćeno u mnogim savremenim krivičnim zakonima, kao npr. čl. 61. st. 1. Kaznenog zakona Republike Hrvatske, čl. 47. st. 1. Krivičnog zakona Republike Srbije, čl. 38. st. 1. Krivičnog zakona Republike Crne Gore, čl. 37. Krivičnog zakona Republike Makedonije, čl. 110. Kazenskog zakonika Republike Slovenije, § 56 f i § 56 g Krivičnog zakona Njemačke, Art. 89. Krivičnog zakona Švicarske, čl. 79. Krivičnog zakonika Ruske Federacije.

[41] Sud je opozvao uvjetni otpust jer je optuženik za vrijeme uvjetnog otpusta, koji je trebao trajati do isteka kazne 4. 6. 2001., učinio novo krivično djelo za koje je osuđen na kaznu zatvora veću od šest mjeseci, tačnije na kaznu zatvora u trajanju pet godina, kad je opozivanje uvjetnog otpusta obavezno (Iz odluke Županijskog suda u Zagrebu, K-159/01 od 30. 6. 2001.)

ne postoje formalna ograničenja, već je to faktičko pitanje koje će sud riješiti u svakom konkretnom slučaju. Tako je u čl. 89 st. 1. i 2. propisano da se uvjetni otpust neće opozvati uprkos učinjenom krivičnom djelu "kada nije za očekivati da će osuđeni učiniti novo krivično djelo". Naravno, do opoziva uvjetnog otpusta može doći i usljed nepridržavanja nekih od popratnih mjera.

Krivični zakon Njemačke propisuje brojne razloge za opoziv uvjetnog otpusta.[42] Naravno, jedan od razloga je i učinjenje krivičnog djela za koje je pravosnažno izrečena kazna zatvora šest mjeseci i više.[43] Međutim, s obzirom na to da Njemačka spada u one pravne sisteme u kojima je nadzor i kontrola putem savjetnika za uvjetni otpust važan element ovog instituta, preostali razlozi za opoziv uvjetnog otpusta odnose se na neispunjenje određenih savjeta, uputa ili obaveza.

Kada sud odluči da opozove uvjetni otpust, tada po pravilima za izricanje kazne za djela u sticaju izriče jedinstvenu kaznu od koje odbija prethodno izdržani dio kazne po ranijoj osudi. Na isti način sud će postupiti i kada se utvrdi da je uvjetno otpušteni prije stupanja u zavodsku ustanovu učinio krivično djelo za koje mu nije suđeno, a za koje se tek saznalo u vrijeme trajanja uvjetnog otpusta. U slučaju da sud ne opozove uvjetni otpust, tada će ovako dat otpust produžiti za vrijeme koje je osuđeni proveo na izdržavanju kazne za novoučinjeno ili novootkriveno krivično djelo.

5. Uvjetni otpust u praksi Bosne i Hercegovine

Pod ovim naslovom osvrnut ćemo se ukratko na dvije stvari: a) nadležnost za odobrenje uvjetnog otpusta i b) statističke podatke o uvjetnom otpustu u Bosni i Hercegovini.

a) Nadležnost za odobrenje uvjetnog otpusta

Kada je u pitanju odobrenje uvjetnog otpusta, onda treba reći da se radi o podijeljenoj nadležnosti. U zavisnosti koji sud je donio presudu, odnosno prema kojem krivičnom zakonu je presuđeno, uvjetni otpust izriču Ministarstvo pravde Bosne i Hercegovine, kao i entitetska ministarstva pravde. U tom smislu moguće je da dođe do sukoba nadležnosti u pogledu rješavanja o prijedlogu za uvjetni otpust, tako što je osoba osuđena od strane suda

[42] § 56 f i § 56 g.

[43] § 56 g Abs. 2.

jednog entiteta, a izdržava kaznu u zavodu drugog entiteta. Postavlja se pitanje kojem ministarstvu pravde će podnijeti molbu za uvjetni otpust, odnosno može li se krivični zakon jednog entiteta primjenjivati u drugom entitetu. Prema stanovištu krivičnopravne teorije u ovakvim situacijama postoje dva principa: primarni i sekundarni. Prema tim principima primarna je nadležnost prema mjestu učinjenja krivičnog djela (*lex loci delicti comissi*), odnosno mjestu suda koji je izrekao kaznu, dok se prema sekundarnom principu (*lex fori*) uzima mjesto gdje osuđenik izdržava kaznu. To bi značilo da je primarna nadležnost ministarstva pravde entiteta u Bosni i Hercegovini čiji je sud izrekao kaznu zatvora, bez obzira na to što osuđenik tu kaznu izdržava u zavodu na području drugog entiteta.

Međutim, i sekundarna nadležnost će nekada biti opravdana. Naime, ukoliko se smatra da bi rješavanje po primarnoj nadležnosti izazvalo teškoće, otežalo postupak, dovelo do odugovlačenja ili stavljanja u neravnopravan položaj stranaka ili kada postoje očigledne razlike u zakonima entiteta u pogledu određenih pravnih instituta, ili kada je osoba osuđena istovremeno po zakonima oba entiteta, bilo bi opravdano primijeniti sekundarnu nadležnost, jer bi ona bila povoljnija za osuđenika.[44]

Novim izmjenama zakona iz 2009. godine, članom 179. ZIKS-a BiH riješeno je pitanje sukoba nadležnosti odnosno postupanja po molbi ili prijedlogu za odluku o uvjetnom otpustu zatvorenika kojeg je osudio entitetski sud ili sud Brčko distrikta BiH, na osnovu zakona entiteta i Brčko distrikta BiH, a koji izdržava zatvorsku kaznu ili je za vrijeme izdržavanja kazne premješten u zavod drugog entiteta, Brčko distrikta BiH ili zavoda, tako što je određeno da je za takvo postupanje nadležan organ entiteta ili Brčko distrikta na čijem je području sjedište suda koji je sudio u prvom stepenu i izrekao prvostepenu presudu na osnovu odgovarajućeg zakonskog propisa, ako posebnim zakonom nije drugačije određeno, što sve ukazuje da je pitanje uvjetnog otpusta kao važno penološko pitanje trenutno pravno u potpunosti regulirano.

[44] U tom smislu je i Mišljenje ministra pravde Bosne i Hercegovine, br. 06-15-3488/06, od 3. 4. 2006. godine, prema kojem se, u slučaju pozitivnog sukoba nadležnosti između Ministarstva pravde Republike Srpske i Ministarstva pravde Federacije BiH, zaključuje da je primarna nadležnost za rješavanje molbe za uvjetni otpust na strani Federacije BiH gdje je osuđeniku izrečena kazna, bez obzira na to što istu izdržava u zavodu na teritoriji Republike Srpske.

b) Statistički podaci o uvjetnom otpustu u Bosni i Hercegovini[45]

Tabela br. 1

Godina	Primljeno	Odbijeno	Ustupljeno	Odobreno	Procentualno
2005.	76	58	-	18	23%
2006.	67	44	-	23	33%
2007.	67	38	9	20	34%
2008.	76	50	3	23	30%
2009.	67	23	11	33	49%
2010.	64	21	-	26	40%
2011.	72	37	-	35	48%
2012.	109	62	-	47	43%
UKUPNO	598	333	24	225	38%

Posmatrajući statističke podatke uočavamo da je u Bosni i Hercegovini u periodu od 2005. do 2012. godine primljeno ukupno 598 molbi, od čega je uvjetni otpust odobren u 225 slučajeva, što procentualno iznosi 38%.

Posmatrajući uvjetni otpust i s međunarodnog pravnog aspekta, može se zaključiti da su procenti korištenja uvjetnog otpusta različiti od zemlje do zemlje, odnosno da na institut uvjetnog otpusta utiču ekonomske prilike u zemlji, stabilnost pravnog sistema, stabilnost socijalnog i radnog sistema, tradicija, kultura kao i krivičnopravni sistem. Taj procenat se uglavnom kreće od 21% do 43%, a samo u rijetko visoko razvijenim zemljama pojavljivali su se periodi kada je u određenim vremenskim intervalima navedeni procenat iznosio 52%.[46]

Statistički podaci u tabeli br. 1 ukazuju da razvoj uvjetnog otpusta koji je započeo u 2005. godini na nivou Bosne i Hercegovine ima blagi trend rasta odobravanja uvjetnog otpusta s 2012. godinom. Takođe se da zaključiti da je procenat odobrenja oko 38%, što predstavlja srednju vrijednost promatrajući širi kontekst primjene uvjetnog otpusta uz napomenu da kada se posmatra 2009, 2010, 2011. i 2012. godina srednji prosjek odobrenog uvjetnog otpusta iznosi 45%. Navedeno ukazuje na to da Bosna i Hercegovina u posljednje

[45] Službeni statistički podaci Ministarstva pravde Bosne i Hercegovine, Sektor za izvršenje krivičnih sankcija i rad kaznene ustanove za 2005–2012. godinu.

[46] Ovi procentualni podaci odnose se na opća krivična djela, odnosno ovim podacima nisu obuhvaćena krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenim međunarodnim pravom (genocid, ratni zločini i zločini protiv čovječnosti).

četiri godine ulazi u viši evropski prosjek odobrenja uvjetnog otpusta koji iznosi između 43% i 52%.[47]

Zaključak

Razlozi koji su motivirali autore da pristupe pisanju ovog članka nalaze se u nekim segmentima kriminalne politike u Bosni i Hercegovini. Naime, s jedne strane imamo intenziviranu pojavu organiziranog kriminala, a s druge strane pojavu većeg broja osuđenika za relativno lakša krivična djela koji, zbog nepostojanja zavodskih kapaciteta, ne mogu biti upućeni na izdržavanje pravosnažne presude. U tom smislu nas je interesirala mogućnost da li bi se efikasnijom primjenom uvjetnog otpusta sistem izvršenja kazne zatvora u Bosni i Hercegovini mogao unaprijediti, a samim tim i postići bolja svrha kažnjavanja. S obzirom na to da se u našoj zemlji uvjetni otpust daje od strane tri subjekta: državni i dva entitetska, odabrali smo uzorak državnog ministarstva pravde i na njemu pokušali ustanoviti kakav je omjer uvjetnog otpusta u odnosu na druge zemlje. Za ovu priliku opredijelili smo se za procenat odobravanja uvjetnih otpusta, dok nam sam broj nije bio primaran. U tom smislu vidljivo je da je riječ o nekoj srednjoj vrijednosti, iz čega se može izvući barem jedan zaključak, a to je da nema ekstremnih odstupanja u odnosu na međunarodnu praksu u pogledu ovog instituta. Takođe, i uvjeti za davanje uvjetnog otpusta su uglavnom slični kao i u zemljama koje smo upoređivali. Ako tome dodamo stavove penološke misli u našoj zemlji, a oni se kreću u pravcu što efikasnije primjene uvjetnog otpusta, onda se može konstatirati da je ovaj institut u funkciji ostvarenja svrhe kažnjavanja.

Literatura

1. Babić, M., Marković, I. (2009). Krivično pravo, Opšti dio, Drugo izmijenjeno izdanje. Banja Luka: Pravni fakultet.
2. Damjanović, I., Kokić-Puce, Z., Klarić-Baranović, S. (2004). Uvjetni otpust s izdržavanja kazne zatvora, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 11, br. 2.
3. Izvještaj Ministarstva pravde Bosne i Hercegovine o uvjetnom otpustu za 2012. godinu.
4. Jovanović, S. (2003). Mogući pravci preispitivanja instituta uslovnog otpusta s osvrtom na francuska rješenja, Penalne teorije i prakse, Beograd.

[47] Izvještaj Ministarstva pravde Bosne i Hercegovine o uvjetnom otpustu za 2012. godinu, str. 5.

5. Jovašević, D. (2006). Krivično pravo, Opšti deo. Beograd: Nomos.
6. 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 i 152/08.
7. Kazneni zakon Republike Hrvatske, NN 125/11 i 144/12.
8. Krivični zakon Bosne i Hercegovine, "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine", br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10.
9. Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, "Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine", br. 10/03, 45/04, 6/05 i 21/10.
10. Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, "Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine", br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05 i 42/10.
11. Krivični zakon Republike Srpske, "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06 i 73/10.
12. Krivični zakonik Crne Gore, "Službeni list RCG", br. 70/03, 13/04, 47/06, 40/08, 25/10, 73/10, 32/11 i 64/11.
13. Krivični zakonik Republike Srbije, "Službeni glasnik RS" br. 85/05, 88/05, 107/05, 111/09 i 121/12.
14. Kurtović, A. (1995). Ustrojstvo i pravna priroda uvjetnog otpusta, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, Rijeka, br. 2.
15. Nikolić, V. (2000). Prava i odgovornosti osuđenih u sistemu izvršenja krivičnih sankcija. Beograd: Zbornik radova, Reforma sistema izvršenja krivičnih sankcija.
16. Novoselec, P. (2009). Opći dio kaznenog prava, Treće izmijenjeno izdanje. Zagreb: Pravni fakultet.
17. Pavlič, D. (1997). Pogojni otpus v teoriji in praksi, Ljubljana.
18. Radulović, D. (2005). Uslovni otpust. Beograd: Zbornik radova, kazneno zakonodavstvo – progresivna ili regresivna rješenja.
19. Ratković, V. (2002). Uslovni otpust u uporednom pravu, zakonodavstvu i praksi, Cetinje.
20. Razić, A. (1997). Neka aktuelna pitanja funkcionisanja instituta uslovnog otpusta. Pravni zbornik Podgorica, 1–2.
21. Schönke/ Schröder. (2010). Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Auflage. München: Verlag C. H. Beck.
22. Schweizerisches Strafgesetzbuch od 21. 12. 1937., stanje na 1. 7. 2013.
23. Službeni statistički podaci Ministarstva pravde Bosne i Hercegovine, Sektor za izvršenje krivičnih sankcija i rad kaznene ustanove za 2005–2012. godinu.
24. Stojanović, Z. (2009). Krivično pravo. Beograd.
25. Strafgesetzbuch (StGB) od 13. 11. 1998., posljednje izmjene i dopune od 22. 7. 2013.
26. Stratenwerth, G. (2006). Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, Zweite vollständige neubearbeitete Auflage. Bern: Stämpfli Verlag AG.

27. Šuković, M. (1971). Uslovni otpust. Podgorica.
28. Turković, et al. (2013). Komentar Kaznenog zakona i drugi izvori novoga hrvatskog kaznenog zakonodavstva. Zagreb: Narodne novine.
29. Turković, K., Maršavelski, A. (2012). Reforma sustava kazni u novom kaznenom zakonu. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Vol. 19 – Broj 2/2012.
30. Vidović, V. (1986). Prilog razmatranju instituta uslovnog otpusta, Pravna misao, br. 5–6.
31. Vidović, V. (1987). Uslovni otpust osuđenog sa izdržavanja zatvorske kazne, Godišnjak Pravnog fakulteta u Banja Luci, Banja Luka, br. 11.
32. Zakon Bosne i Hercegovine o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera, "Službeni glasnik BiH", br. 12/10, prečišćen tekst.
33. Zakon o izvršavanju kazne zatvora Republike Hrvatske, NN 128/99, 55/00, 59/00, 129/00, 59/01, 67/01, 11/02, 190/03, 76/07, 27/08, 83/08, 18/11 i 53/13.

Dr Borislav Petrović
Full-time Professor

Amila Ferhatović, MA
Senior Assistant

PAROLE IN CONTEMPORARY CRIMINAL LAW

Summary

In their paper, the authors focused their attention on the institute of parole. It is recognized by our law, but also by other contemporary criminal legislations, as an institute of substantive and executive law, as well as an important criminal and political and penalty measure, by which an additional individualization of punishment is performed.

After the introductory considerations, the authors introduced the concept of parole, and exposed it to criticism through the analysis of these differences in relation to other legal systems of modern states. They presented the formal and material conditions (assumptions) for the granting of parole, as well as the procedure for its approval by the Commission or the director of the Penal Institute. Furthermore, if the person released on parole does not justify the trust placed in them, there is a revocation of parole and they are returned to the correctional facility. In the continuation of the paper, the authors presented the reasons for obligatory and optional revocation of parole, as well as a comparative analysis of the provisions of other legal systems. In the final section of the paper, a potential problem of jurisdictional issues (given the constitutional structure of Bosnia and Herzegovina) has been presented through the practice of Bosnia and Herzegovina with regards to the issue of the institute in question, as well as the possibility to overcome it. And finally, there has been a presentation of statistical data for the period 2005-2012 pertaining to the number of paroles granted in relation to the number of convicted persons who have applied for the granting of parole, with the aim of emphasizing the legitimacy and importance of this institute in the practice of Bosnia and Herzegovina.

Key terms: *parole, the convicted person, imprisonment/prison sentence, the Commission, the Penal Institute*

Mr. Almedina Šabić
Viša asistentica

UDK: 346.548:061.1EU
347.4:366]:061.1EU

Pregledni naučni rad

SMJERNICA O PRAVIMA POTROŠAČA – OČUVANJE *STATUSA QUO* ILI STVARNI KORAK NAPRIJED U RAZVOJU PRAVA ZAŠTITE POTROŠAČA?

Sažetak

Dugo očekivana Smjernica o pravima potrošača, objavljena 22. 11. 2011. godine, u zakonodavstva država članica treba biti transponirana do 13. 12. 2013. godine. Smjernicom se nastoji ostvariti dugo sanjani san o stvarno funkcionalnom B2C unutarnjem tržištu i to kroz postizanje optimalne ravnoteže između visokog nivoa zaštite potrošača s jedne i poduzetničke konkurentnosti s druge strane. Da li će i u kojoj mjeri Smjernica zaista poslužiti ostvarenju ovog cilja preostaje da se vidi, no prognoze ne obećavaju. Umjesto prvobitno namjeravane revizije 8 smjernica iz oblasti zaštite potrošača Smjernica o potrošačkim pravima zamijenila je samo dvije, Smjernicu 85/577/EEZ o zaštiti potrošača u pogledu ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija i Smjernicu 97/7/EZ o zaštiti potrošača vezano na ugovore na daljinu, te gotovo neznatno izmijenila i dopunila Smjernicu 93/13/EE o zaštiti potrošača od nepoštenih ugovornih klauzula i Smjernicu 1999/44/EZ o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje i popratnim garancijama.

Ključne riječi: *Smjernica o pravima potrošača, unutarnje tržište, ugovori sklopljeni van poslovnih prostorija, ugovori na kućnim vratima, minimalna harmonizacija, potpuna harmonizacija, ciljana potpuna harmonizacija*

Uopćeno. Dana 8. 10. 2008. godine Evropska komisija je objavila Prijedlog Smjernice Evropskog parlamenta i Vijeća o pravima potrošača.[1] Prijedlog je nastao kao rezultat detaljnog pregleda propisa o zaštiti potrošača na temelju Zelene knjige o analiziranju komunitarnopravnog *aquisa* u oblasti prava

[1] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Consumer Rights, 8. 10. 2008., COM (2008) 614 final.

zaštite potrošača (*Green Paper on the Rewiev of the Consumer Aquis*[2]), u osnovi koje je stajao Akcijski plan Komisije: Koherentnije evropsko ugovorno pravo[3] iz 2003. godine. Prvobitno je predmetom analize trebalo biti osam smjernica: Smjernica 85/577/EEZ Evropskog vijeća od 20. decembra 1985. o zaštiti potrošača u pogledu ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija,[4] Smjernica 90/314/EEZ Evropskog vijeća od 13. juna 1990. o paket-putovanjima, paket-odmorima i paket-turama,[5] Smjernica 93/13/EEZ Evropskog vijeća od 5. aprila 1993. o zaštiti potrošača od nepoštenih ugovornih klauzula,[6] Smjernica 94/47/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 26. oktobra 1994. o zaštiti kupaca u vezi s određenim aspektima ugovora vezanih uz otkup prava na korištenje nekretnina na određeno vrijeme,[7] Smjernica 97/7/EZ Evropskog parlamenta i vijeća od 20. maja 1997. godine o zaštiti potrošača vezano na ugovore na daljinu,[8] Smjernica 98/6/EZ od 16. februara 1998. o zaštiti potrošača u pogledu isticanja cijene proizvoda,[9] Smjernica 98/27/EZ Evropskog parlamenta i vijeća od 19. maja 1998. o sudskim nalozima za zaštitu interesa potrošača[10] i Smjernica 1999/44/EZ Evropskog parlamenta i vijeća od 25. maja 1999. o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje i popratnim garancijama.[11]

U Zelenoj su knjizi, međutim, predstavljena prva saznanja i zahtijevano izjašnjavanje u pogledu problema u vezi s primjenom samo četiri od navedenih osam smjernica, koje predstavljaju samu srž potrošačkog ugovornog prava. Riječ je o Smjernici 85/577/EEZ, Smjernici 13/93/EEZ, Smjernici 97/7/EZ i Smjernici 1999/44/EZ. Sama ***Smjernica 2011/83/EZ Evropskog parlamenta i vijeća od 25. oktobra 2011. godine o potrošačkim pravima, radi izmjene Smjernice 93/13/EEZ Evropskog vijeća i Smjernice 1999/44/EZ Evropskog parlamenta i vijeća, te radi ukidanja Smjernice 85/577/EEZ i Smjernice 97/7/EZ Evropskog parlamenta i vijeća*** (dalje: Smjernica o pravima potrošača, Smjernica) objavljena je 22. 11. 2011. godine.

---

[2] OJ 2007, C61/1.
[3] COM (2003) 68 final.
[4] OJ 1985, L 372/31.
[5] OJ 1990, L 158/59.
[6] OJ 1993, L 95/29.
[7] OJ 1994, L 280/83.
[8] OJ 1997, L 144/19.
[9] OJ 1998, L 80/27.
[10] OJ 1998, L 166/51.
[11] OJ 1999, L 171/12.

Smjernica o pravima potrošača, kako to proizlazi iz samog njenog naslova, zamjenjuje Smjernicu 85/577/EEZ i Smjernicu 97/7/EZ, dok se Smjernicu 13/93/EEZ i Smjernicu 1999/44/EZ izmjenjuje samo u veoma malom dijelu. Transpozicija rješenja Smjernice o zaštiti prava potrošača u prava država članica trebala bi uslijediti do 13. decembra 2013. godine, a primjena njenih pravila u državama članicama biće ograničena na ugovore koji budu zaključeni nakon 13. juna 2014. godine, s obzirom na to da bi se Smjernicu o potrošačkim pravima u državama članicama trebalo započeti primjenjivati najkasnije ovog datuma.

Ciljevi. Analiza komunitarnopravnog *aquisa* u oblasti zaštite potrošača ukazala je na to da i nakon transpozicije rješenja različitih potrošačkih smjernica u nacionalna zakonodavstva država članica među nacionalnim rješenjima postoje nimalo zanemarive razlike. Takve su razlike najvećim dijelom direktna posljedica koncepta minimalne harmonizacije, na temelju kojeg je državama članicama dopušteno da zadrže odnosno usvoje rješenja koja obezbjeđuju viši nivo zaštite potrošača u odnosu na onaj koji osiguravaju rješenja pojedinih smjernica, što su države članice u velikoj mjeri i iskoristile.

Time uzrokovana pravna rascjepkanost rezultirala je poteškoćama u ostvarenju zamišljenog koncepta unutarnjeg tržišta. Pokazalo se, naime, kako poduzetnici usljed visokih troškova koji nastaju kao posljedica obaveze pridržavanja različitih nacionalnih propisa nisu osobito raspoloženi nuditi robe i usluge u inostranstvu; s druge strane, interes za kupovinom u inostranstvu ne postoji niti kod potrošača, koji ne znaju da li i pod kojim uslovima u slučaju prekogranične kupovine eventualno mogu ostvarivati svoja prava. Istovremeno, pravna rascjepkanost onemogućava i jedinstveno educiranje i informiranje potrošača na nivou EU.

Potrošač koji nema pristup konkurentnim prekograničnim ponudama ne može uživati u prednostima jedinstvenog unutarnjeg tržišta: većoj ponudi i nižim cijenama. Problemi u funkcioniranju jedinstvenog unutarnjeg tržišta u najvećoj su mjeri uočeni u vezi sa zaključivanjem prekograničnih ugovora na daljinu. Tako je primijećeno da gotovo nikakav porast broja zaključenih ugovora nije zabilježen kad je riječ o prekograničnim ugovorima koje se sklapa *on-line*, što je vrlo problematično u kontekstu činjenice da se ove ugovore smatra ugovorima koji predstavljaju možda i najveći potencijal kad je o prekograničnim ugovorima na daljinu riječ.

U tom se smislu osnovni cilj Smjernice o pravima potrošača ogleda u nastojanju poboljšanja funkcionalnosti unutarnjeg tržišta, ovdje u okviru B2C ugovora. Ovaj cilj treba biti ostvaren kroz umanjenje pravne rascjepkanosti,

odnosno jačanje jedinstvenog pravnog okvira, te obezbjeđenje visokog nivoa zaštite potrošača. Smjernica o potrošačkim pravima nastoji rješenja četiri navedene smjernice objediniti u okviru jednog horizontalnog instrumenta harmonizacije, koji sistematizira do sad postojeća rješenja, odnosno ista pojednostavljuje i aktualizira kroz otklanjanje razmimoilaženja i pravnih praznina. Stvarno funkcionalno unutarnje tržište podrazumijeva pritom postojanje ravnoteže između visokog nivoa zaštite potrošača s jedne i konkurentnog poslovanja s druge strane, uz poštovanje principa supsidijarnosti.[12]

Pokuša li se Smjernicu o pravima potrošača usporediti s Prijedlogom Smjernice o pravima potrošača iz 2008. godine stiče se utisak kako se konačni tekst Smjernice s tekstom Prijedloga razilazi do te mjere da je čak moguće govoriti o *promašenoj zakonodavnoj inicijativi*[13]. Neobaviješteni se čitalac već i po osnovu pomalo pompeznog naslova (Smjernica *o pravima potrošača*) može naći u situaciji da očekuje sveobuhvatan i noveliran korpus potrošačkopravnih normi, barem prije nego se suoči s potpunim naslovom, na temelju kojega postaje jasno kako Smjernica zamjenjuje samo dvije ranije smjernice, dok druge dvije samo djelimično mijenja.[14] Prijedlog Komisije iz 2008. godine u svojoj je osnovi imao temeljnu reviziju komunitarnopravnog *aquisa* u oblasti zaštite potrošača. Tako je u skladu s planovima Komisije nova Smjernica trebala predstavljati horizontalni instrument koji bi obezbijedio suštinski i terminološki koherentan osnov evropskog prava zaštite potrošača, koji bi se osnov dopunjavalo sektorski specifičnim, vertikalnim instrumentima harmonizacije. Redukcija planirane reforme bila je izazvana oštrim kritikama upućenim ovakvom prijedlogu Komisije, pri čemu su se kritički stavovi odnosili prije svega na rješenja vezana za problematiku ugovora o prodaji i problematiku koja se tiče nepoštenih ugovornih klauzula. U osnovi je kritike bila (opravdana) bojazan da bi rješenja buduće Smjernice u zamišljenom obliku mogla imati dalekosežne i nepredvidive posljedice po opće obligaciono pravo država članica (tzv. *spill-over effects*), na što države članice dakako nisu bile spremne pristati. Tako danas usvojeni tekst Smjernice, izuzev nekoliko odredaba, ne sadrži više rješenja koja su se odnosila na ugovor

[12] Obrazloženje br. 4 Smjernice.

[13] Christoph Busch/Ronny Domröse, From a Horizontal Instrument to a Common European Sales Law, The Development of European Consumer and Market Law in 2011, Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht/Journal of European Consumer and Market Law (2012), str. 48, 49.

[14] O zabuni koju proizvodi naziv Smjernice o pravima potrošača govori primjerice Weatherhill, u: Stephan Weatherhill, The Consumer Rights Directive: How and why a quest for "coherence" has (largely) failed, Common Market Law Review, Vol. 49, Issue 4, str. 1279.

o potrošačkoj prodaji i zaštitu od nepoštenih ugovornih klauzula i u tom je smislu faktički ograničen na propise o obavezi informiranja potrošača i propise o pravu potrošača na otkaz u okviru ugovora zaključenih van poslovnih prostorija odnosno u okviru ugovora na daljinu.[15]

Minimalna vs. potpuna harmonizacija. Najviše je diskusija u povodu usvajanja Smjernice o pravima potrošača vezano za namjeravani prijelaz od načela minimalne ka načelu potpune harmonizacije.[16] Začeci koncepta minimalne harmonizacije nastaju u periodu u kojem se pojavljuje određena potreba za usklađivanjem nacionalnih prava država članica u okviru politike unutarnjeg tržišta. U tom trenutku države članice nisu, međutim, još uvijek bile spremne usvojiti jedinstvene standarde koji bi karakterizirali politiku zaštite potrošača, te se koncept minimalne harmonizacije najprije nametnuo kao svojevrstan kompromis u oblastima vezanim za zaštitu potrošača u kojima su države članice u pravilu već posjedovale određena rješenja ili su ista donijela tek nedavno.[17] Ovaj koncept dopušta onim državama članicama čija zakonodavstva već osiguravaju visok nivo zaštite potrošača da takav nivo zaštite zadrže, te istovremeno podiže nivo zaštite potrošača u državama u kojima je on značajno niži, čime se utiče i na podizanje prosječnog nivoa zaštite potrošača u EU. Pritom je potrebno zadržati u vidu činjenicu da upravo zahvaljujući konceptu minimalne harmonizacije prosječan nivo zaštite potrošača nije zapravo nivo zaštite kojeg osiguravaju rješenja pojedinih smjernica, već nivo koji se nalazi između nivoa zaštite osiguranog smjernicama i onog nivoa zaštite koji postoji u razvijenim državama članicama, pa bi jednostavna zamjena koncepta minimalne konceptom

[15] Smjernice 85/577/EEZ i 97/7/EZ analizirane su u smislu da se nastojalo utvrditi da li je njihova rješenja moguće pojednostaviti odnosno učiniti aktualnima na način da se otkloni razlike između istih, te istovremeno popuni postojeće pravne praznine. Analiza je ukazala na to da bi rješenja ove dvije smjernice bilo smisleno zamijeniti rješenjima jedne jedinstvene smjernice, koja bi sadržavala opće propise kojima se regulira zajedničke aspekte ugovora na daljinu i ugovora zaključenih izvan poslovnih prostorija (vidjeti obrazloženje br. 2 Smjernice).

[16] O napuštanju koncepta minimalne u korist koncepta potpune harmonizacije govori Strategija politike zaštite potrošača za period od 2007. do 2013. godine, te je u tom smislu napravljen zaokret i u službenoj politici EU, a u okviru potrošačkih smjernica koje su nastale tokom posljednje decenije. Marko Bevanda, Osvrt na Direktivu Europske unije br. 83/2011 o pravima potrošača, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 11, Mostar, 2013, str. 170, 171.

[17] Koncept minimalne harmonizacije na početku je zapravo bio nužnost, s obzirom na to da je minimalna harmonizacija predstavljala jedino usklađivanje na koje su države članice u tom trenutku htjele pristati. Zlatan Meškić, Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača od 25. oktobra 2011. godine, Sl. list EU 2011, L 304/64, Nova pravna revija, br. 1/2012.

potpune harmonizacije nužno vodila padu nivoa zaštite potrošača, izuzev ondje gdje nivo zaštite potrošača ne bi bio podignut u okviru smjernice/a.[18]

Iako se u usporedbi s konceptom minimalne harmonizacije koncept potpune harmonizacije nametnuo kao poželjan, niti on nije lišen određenih nedostataka. Potpuno harmonizirati znači onemogućiti države članice da usvoje rješenja koja bi eventualno bila najpogodnija za njihove građane, te se u tom smislu moralo pokušati usvojiti takva rješenja kojima bi se zaista zaštitilo potrošače, odnosno rješenja koja potrošače na unutarnjem tržištu ne bi lišila prava koja su oni do donošenja Smjernice o pravima potrošača već mogli ostvarivati na temelju nacionalnih rješenja. U slučaju u kojem bi potrošači bili lišeni takvih prava Smjernica bi vjerovatno proizvela učinke koji su u potpunosti suprotni od željenih: ona bi odvratila potrošača od toga da kupuje u evropskom inostranstvu.[19]

S druge je strane krajnje upitno da li je kad se radi o konceptu potpune harmonizacije kojeg usvaja Smjernica o pravima potrošača uopće riječ o *potpunoj* harmonizaciji kao harmonizaciji koja države članice u potpunosti lišava mogućnosti zadržavanja odnosno usvajanja rješenja koja odstupaju od rješenja Smjernice. Jedno od interesantnih pitanja u vezi s rečenim jeste i pitanje zašto se, u situaciji u kojoj ništa ne smije ostati prepušteno volji nacionalnih zakonodavaca, evropski zakonodavac umjesto smjernice nije odlučio za uredbu?

Čini se, međutim, kako ni uredba ne bi u potpunosti onemogućila djelovanje država članica u okviru "popratnog" nacionalnog zakonodavstva, ako se ima u vidu to da države članice čak ni u oblasti poljoprivredne i prehrambene industrije, u okviru koje je usklađivanje izvršeno isključivo uredbama, ne odustaju od usvajanja određenih nacionalnih rješenja "oko" rješenja sadržanih u uredbama.[20] Drugo je pitanje vezano za to da li bi potpuna harmonizacija u specifičnim oblastima uticala na primjenu općih pravila ugovornog prava, kakav slučaj postoji u engleskom pravu, koje nakon transpozicije Smjernice 1999/44/EZ potrošaču dopušta ostvarenje ne samo

[18] Klaus Tonner/Kathleen Fangerow, Directive 2011/83/EU on consumer rights: a new approach to European consumer law, Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht/Journal of European Consumer and Market Law (2012), str. 74.

[19] Christian Twigg-Flesner, Fit for the Propse? Proposals on Sales, u: G. Howells/R. Schulze, Modernising and Harmonising Consumer Contract Law, Munich, 2009, str. 149.

[20] Čini se kako je trenutno, s obzirom na postojeće stanje evropskog integriranja u smislu postojanja koncepta podijeljene odgovornosti između država članica i EU, zapravo poželjno usklađivati na način da oko harmoniziranog područja bude ostavljen prostor za autonomno pravo država članica. Tonner/Fangerow, op. cit., str. 75.

onih prava koja predviđa sama Smjernica 1999/44/EZ, već i druga prava predviđena u tradicionalnom engleskom pravu prodaje.[21]

U kontekstu prethodno rečenog pri izradi je teksta Smjernice o potrošačkim pravima trebalo povesti računa o tome da se maksimalnom harmonizacijom obuhvati baš ona pravila privatnog prava država članica koja su odlučna za uspješno funkcioniranje unutrašnjeg tržišta, a da pritom maksimalna harmonizacija nema negativne učinke na nivo zaštite potrošača, odnosno, kako je naprijed istaknuto, neophodno je bilo utvrditi da li određena nacionalna privatnopravna pravila tvore prepreke u funkcioniranju unutarnjeg tržišta *u takvoj mjeri* koja bi opravdavala njihovo potpuno harmoniziranje.[22] Drugim riječima, kad je o mjeri harmonizacije riječ, poželjno je bilo poći od pažljivije diferenciranih ili da kažemo pažljivije "doziranih" rješenja, što je vodilo nastanku koncepta tzv. ciljane potpune harmonizacije (*full targeted harmonisation*). Koncept ciljane potpune harmonizacije predstavlja kompromis koji je razvijen kao rezultat kritičkih napada na koncept tvrde ("hard") potpune harmonizacije. Ciljano potpuno harmonizirati znači zapravo odabrati pitanja koja se smatra značajnim, te njih u potpunosti harmonizirati, prepuštajući državama članicama slobodu uređivanja onih pitanja koja konkretan instrument harmonizacije ne regulira. I u Prijedlogu Smjernice je istaknuto kako je većina anketiranih prilikom davanja odgovora na pitanja postavljena u Zelenoj knjizi izrazila spremnost za usvajanje upravo takvog horizontalnog instrumenta harmonizacije, primjenjivog na domaće i prekogranične transakcije, koji bi instrument bio zasnovan na ciljanoj potpunoj harmonizaciji kao harmonizaciji koja pogađa pitanja koja predstavljaju temeljne prepreke domaćoj i prekograničnoj trgovini.[23]

O stepenu harmonizacije govori odredba čl. 4 Smjernice o pravima potrošača. Shodno istoj, države članice ne mogu zadržati odnosno usvojiti rješenja koja bi odstupala od rješenja Smjernice i kojima bi ustanovila drugačiji nivo zaštite potrošača, neovisno o tome da li je riječ o blažim ili strožijim propisima, izuzev ukoliko samom smjernicom nije predviđeno nešto drugo. Na prvi se pogled zaista čini da je riječ o klasičnom načelu potpune harmonizacije, no zaista samo na prvi pogled, s obzirom na to da sama Smjernica sadrži niz

[21] Thomas Zerres, Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die Europäisierung des Vertragsrecht, München, 2007, str. 98.

[22] Geraint Howells/Reiner Schulze, Overview of the Proposed Consumer Rights Directive, u: G. Howells/R. Schulze, Modernising and Harmonising Consumer Contract Law, Munich, 2009, str. 6, 7.

[23] Report on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis, OJ 2008 C 187/E231.

odredaba kojima se državama članicama otvara mogućnost da odstupe od njenih rješenja. Takva su rješenja sadržana primjerice u odredbama čl. 3 st. 4, čl. 6 st. 7, čl. 6 st. 8, čl. 7 st. 4, čl. 8 st. 6 i čl. 9 st. 3. Država članica koja koristi neku od spomenutih mogućnosti izbora ima u skladu s odredbama čl. 29 Smjernice o pravima potrošača obavezu da o tome do 13. 12. 2013. godine obavijesti Komisiju, a obaveza obavještavanja postoji i u pogledu mogućih naknadnih izmjena.

Osim toga, državama članicama je prepušteno reguliranje niza pitanja koja sama Smjernica uopće ne regulira. Takva su pitanja primjerice vezana za problematiku sankcioniranja neizvršenja obaveza obavještavanja, efekte ostvarenja prava na opoziv povezanih ugovora, te prava potrošača u slučaju zakašnjenja s isporukom.[24]

Sadržaj Smjernice o pravima potrošača

Smjernica se sastoji od šest poglavlja. U prvom se poglavlju nalaze odredbe koje govore o cilju same Smjernice, te oblasti njene primjene, kao i odredbe koje sadrže definicije pojmova koji se koriste u Smjernici. Drugo poglavlje, koje je ostalo gotovo neizmijenjeno u odnosu na Prijedlog Smjernice o pravima potrošača, govori o informacijama s kojima je trgovac dužan upoznati potrošača prije zaključenja bilo kojeg potrošačkog ugovora, pri čemu se odredbe ovog poglavlja ne odnose na ugovore zaključene van poslovnih prostorija i ugovore o prodaji na daljinu. U poglavlju III, koje se primjenjuje isključivo na ugovore o prodaji na daljinu i na ugovore zaključene van poslovnih prostorija, regulirana su pitanja vezana za informiranje potrošača kad je riječ o ovim ugovorima, kao i pitanja koja se odnose na potrošačevo pravo odustanka kod prodaje na daljinu i ugovora zaključenih van poslovnih prostorija. Poglavlje IV sadrži čini se gotovo slučajan i nepovezan izbor odredaba, koje najvećim dijelom predstavljaju ostatke rješenja predviđenih Prijedlogom Smjernice, a tiču se isporuke i prijelaza rizika i primjenjive su na ugovor o prodaji potrošačke robe, te pod određenim uslovima i na druge potrošačke ugovore. Na kraju, poglavlje V govori uopćeno o obavezi država članica da obezbijede usklađenost nacionalnih rješenja s rješenjima Smjernice, te o transpoziciji rješenja Smjernice u nacionalna zakonodavstva država članica.

[24] Busch/Domröse, op. cit., str. 50.

Oblast važenja Smjernice o potrošačkim pravima

Smjernica se, pod uslovima i u obimu predviđenom njenim odredbama, primjenjuje na bilo koji ugovor zaključen između trgovca i potrošača, kao i na ugovore o isporuci vode, gasa, struje ili toplinske energije, uključujući i isporuku navedenih energenata od strane javnih poduzeća, dotle dok isporuka takvih dobara svoj osnov ima u određenom ugovoru.[25] O izuzecima od primjene govore odredbe čl. 3 st. 3.

Smjernica ugovor o prodaji definira u odredbi čl. 2 st. 5 kao svaki ugovor kojim poduzetnik prenosi ili se obavezuje da potrošaču prenese pravo vlasništva na određenoj robi, a potrošač plaća ili se obavezuje da plati određenu cijenu, uključujući i ugovore koji za predmet istovremeno imaju i određenu robu i pružanje određene usluge. Ovakva definicija ugovora o prodaji ostavlja otvorenim pitanje treba li se Smjernicu primjenjivati na sve ugovore koji obuhvataju *i pružanje određenih usluga* ili se, pak, prešutno podrazumijeva da prodaja određenog predmeta mora predstavljati dominantan dio ugovora.[26] Pomoć ne predstavlja niti definicija ugovora o djelu, koji se shodno odredbi čl. 2 st. 6 određuje kao ugovor koji nije ugovor o prodaji i kojim ugovorom poduzetnik pruža odnosno obavezuje se da potrošaču pruži određenu uslugu, za koju potrošač plaća, odnosno obavezuje se da plati određenu naknadu. Ukoliko se Smjernicu treba primijeniti na sve ugovore koji podrazumijevaju prijenos vlasništva na određenoj robi, uključujući tu i ugovore kod kojih dominacija elementa usluge rezultira u tretiranju odredbama nacionalnog prava država članica takvog ugovora kao nekog drugog, a ne ugovora o prodaji, to bi trebalo izričito naglasiti, s obzirom na činjenicu da definitivno postoje nacionalna zakonodavstva koja ugovor o prodaji koji obuhvata i pružanje određene usluge ne određuju nužno kao ugovor o prodaji.[27]

---

[25] Ovakva definicija, sadržana u odredbi čl. 3 st. 1 Smjernice, drugačija je u odnosu na onu koju je sadržavala odredba čl. 3 st. 1 Prijedloga Smjernice prije svega u tom smislu što Smjernica ne spominje izričito ugovore o prodaji i ugovore o djelu zaključene između trgovca i potrošača, već govori o *bilo kojem* (*any contract*) potrošačkom ugovoru.

[26] Čini se kako se ugovorom o prodaji smatra i one ugovore u okviru kojih dominira pružanje određenih usluga. Meškić, op. cit., str. 46.

[27] Tako se primjerice ugovor o isporuci robe koji podrazumijeva i instaliranje u engleskom pravu ne bi nužno smatrao ugovorom o prodaji, već bi mogao predstavljati i tzv. *contract for work and materials* ili ugovor o djelu u okviru kojeg izvođač obezbjeđuje materijal. U domaćem se pravu ugovor kojim se jedna ugovorna strana obavezuje izraditi određenu pokretnu stvar od svog materijala u sumnji smatra ugovorom o prodaji, osim u slučaju u kojem se naručilac obavezao dati bitan dio materijala potreban za izradu stvari. Shodno rješenjima ZOO ugovor će se u svakom slučaju smatrati ugovorom o djelu

Potrošača i poduzetnika se za potrebe Smjernice o pravima potrošača definira u skladu s općim određenjem ovih pojmova u komunitarnom pravu zaštite potrošača. Tako se potrošačem u skladu s odredbom čl. 2 st. 1 smatra fizičku osobu koja pri zaključenju ugovora obuhvaćenih Smjernicom djeluje s ciljem koji se nalazi izvan okvira njezinog zanimanja, poslovanja, zanata ili profesije, dok poduzetnik kao fizička odnosno pravna osoba nužno djeluje u okviru svog zanimanja, poslovanja, zanata ili profesije. Navedene se definicije može, međutim, okarakterisati kao problematične u slučaju zaključenja mješovitih ugovora kao ugovora koje se zaključuje dijelom u okviru obavljanja poslovne odnosno profesionalne djelatnosti, a dijelom izvan okvira iste.[28] Do sada se u praksi Suda EU ustalio stav shodno kojem je potrošača bilo moguće zaštititi u situacijama u kojima je djelovanje u poslovne odnosno profesionalne svrhe bilo u toj mjeri ograničeno da se može smatrati beznačajnim u cjelokupnom ugovornom kontekstu („*..unless the trade or professional purpose is so limited as to be negligible in the overall context of the supply.*“).[29] Interesantno je pritom ukazati i na rješenje sadržano u odredbi čl. I-1:105 st. 1 DCFR, shodno kojem se potrošača štiti u situacijama u kojima on djeluje *primarno* u svrhu koja je izvan okvira njegovog zanimanja, poslovanja ili profesije; opseg zaštite koju se potrošaču pruža na temelju ovakvog rješenja značajno je širi u odnosu na opseg zaštite u okviru potrošačkog *aquisa*.[30] Približavanje ovakvom rješenju je u okviru Smjernice o potrošačkim pravima učinjeno u okviru obrazloženja br. 17 Smjernice, u kojoj se ističe kako se u slučaju zaključenja mješovitih ugovora potrošača može zaštititi pod uslovom da njegovo djelovanje u okviru zanimanja, poslovanja zanata ili profesije jeste tako ograničeno da ga se u cjelokupnom ugovornom kontekstu ne smatra dominantnim.

---

ukoliko su ugovorne strane imale na umu naročito izvođačev rad. Ovakva rješenja Zakona o obligacionim odnosima podsjećaju na rješenja Bečke konvencije, s obzirom na to da se u odredbi čl. 3 st. 1 iste naglašava kako se ugovorima o prodaji smatraju i ugovori o isporuci robe koja se treba izraditi ili proizvesti, osim ako je strana koja je robu naručila preuzela obavezu da isporuči bitan dio materijala potrebnog za tu izradu ili proizvodnju. Konvencija se u skladu sa čl. 3 st. 2 ne primjenjuje na ugovore u kojima se pretežni dio obveza strane koja isporučuje robu sastoji u obavljanju nekog rada ili pružanju nekih usluga.

[28] Paschke/Hausmann, Gemischte Harmonisierung des Verbraucherprivatrechts – Königsweg zwischen Mindest- und Vollharmoniserung, GPR 2010, str. 262.

[29] Vidjeti: Sud EU, 20. 1. 2005, slučaj C-464/01 (Johann Gruber/Bay Wa AG), 2005 I-00439.

[30] Norbert Reich/Hans-W. Micklitz, Wie optional ist ein optionales EU-Vertragsrecht? – Einige Fragen zu einer etwas nebulösen Diskussion, EWS 2011, str. 113.

Osim rečenog, iz vida ne treba izgubiti niti činjenicu da sve veći broj instrumenata harmonizacije kojima je cilj *i* zaštita potrošača, osobito u oblasti pružanja investicionih i usluga osiguranja, te usluga prijevoza i isporuke različitih oblika energije, kao i u prehrambenoj industriji, umjesto o potrošaču, govore o *korisniku* (često i o *klijentu*) određene usluge, neovisno o tome da li se radi o subjektu koji djeluje u privatne svrhe ili u obavljanju poslovne odnosno profesionalne djelatnosti, o čemu u okviru Smjernice o pravima potrošača nije vođeno računa.[31]

Robom se u skladu s odredbom čl. 2 tačka 3 smatra pokretne tjelesne predmete, s izuzetkom predmeta koje se prodaje u okviru prinudne javne prodaje ili drugih sudskih mjera izvršenja, kao i vodu, gas i struju ondje gdje ih se prodaje u ograničenoj zapremini odnosno količini.

Ugovorom na daljinu se shodno odredbi čl. 2 tačka 7 smatra B2C ugovor zaključen bez istovremenog fizičkog prisustva poduzetnika i potrošača, a u okviru za trgovinu na daljinu ustanovljenog sistema dostave i pružanja usluga, pri čemu se do zaključenja ugovora isključivo koristi jedno ili više sredstava komunikacije na daljinu. Ugovor zaključen izvan poslovnih prostorija jeste shodno odredbama čl. 2 tačka 8 ugovor kojeg potrošač i poduzetnik zaključe uz istovremeno njihovo prisustvo na istom mjestu, koje se ne smatra poslovnim prostorijama poduzetnika. Ugovor može biti zaključen i u poslovnim prostorijama poduzetnika, kao i putem različitih sredstava komunikacije, nakon što se na nekom drugom mjestu, koje nije mjesto nalaženja njegovih poslovnih prostorija, poduzetnik lično obratio individualnom potrošaču, a zaključenje ove vrste ugovora jeste moguće i na izletu kojeg je poduzetnik organizirao s namjerom da potrošaču ponudi određenu robu odnosno usluge i s njim zaključi određeni ugovor. Pritom ponuda za zaključenje ugovora, što je novina u odnosu na rješenja Smjernice 85/577/EEZ, može poteći i od samog potrošača. Poslovnim se prostorijama smatra nepokretne odnosno pokretne prostore u kojima poduzetnik trajno odnosno uobičajeno obavlja svoju djelatnost.

[31] Takvi su instrumenti harmonizacije primjerice: Uredba 261/2004/EZ Evropskog parlamenta i vijeća od 11. 2. 2004. godine o ustanovljenju zajedničkih pravila o naknadi štete i pomoći putnicima u slučaju uskraćenog ukrcavanja, te otkaza odnosno dugog zakašnjenja letova, OJ 2004 L 46/1, Uredba 1371/2007/EZ Evropskog parlamenta i vijeća od 23. 10. 2007. godine o pravima i obavezama putnika u željezničkom saobraćaju, OJ 2007 L 315/14, Smjernica 2009/72/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 13. 7. 2009. godine u vezi sa zajedničkim pravilima na unutarnjem tržištu prirodnim gasom, OJ 2009 L 211/55 i Smjernica 2009/73/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 13. 7. 2009. godine u vezi sa zajedničkim pravilima na unutarnjem tržištu električnom strujom, OJ 2009 L 211/94.

Sporednim se ugovorom u skladu s odredbom čl. 2 tačka 15 Smjernice smatra ugovor na temelju kojeg potrošač kupuje robu odnosno koristi usluge koje su povezane s određenim ugovorom na daljinu odnosno ugovorom zaključenim izvan poslovnih prostorija, pri čemu se takvu robu odnosno usluge prodaje odnosno isporučuje od strane poduzetnika ili od strane trećeg lica, a na temelju ugovora zaključenog između poduzetnika i trećeg.

Obaveza informiranja potrošača

Smjernica u glavi II govori o obavezi trgovca da potrošača u okviru ugovora koji nisu ugovori na daljinu odnosno ugovori zaključeni van poslovnih prostorija informira o određenim pitanjima, dok je obavezi informiranja potrošača u okviru ugovora na daljinu i ugovora zaključenih izvan poslovnih prostorija posvećeno poglavlje III. Obaveza informiranja potrošača treba prije svega doprinijeti što boljoj transparentnosti naknada koje je potrošač u okviru zaključenog ugovora obavezan platiti, te se u tom smislu u odredbi čl. 5 st. 1 c) Smjernice o potrošačkim pravima navodi kako trgovac potrošača mora informirati o ukupnoj cijeni roba odnosno usluga, uključujući sve poreze i takse koje je potrošač eventualno dužan platiti; u slučajevima u kojima cijena usljed prirode robe odnosno usluge ne može biti izračunata unaprijed, trgovac potrošača jeste dužan obavijestiti o načinu izračuna cijene, te o svim dodatnim troškovima transporta odnosno isporuke, a u slučajevima u kojima takve troškove nije razumno moguće izračunati unaprijed, postoji obaveza obavještavanja potrošača o tome da bi takvi troškovi mogli nastati. Obavezu informiranja u smislu naprijed rečenog poduzetnik u skladu s odredbom čl. 5 st. 3 nema u okviru svakodnevnih ugovora, koje se ispunjava već u trenutku njihovog zaključenja.

Osim toga, državama članicama je dopušteno da poduzetnika obavežu da, pored navedenih, potrošaču pruži i neke druge, dodatne informacije. U tom se smislu listu informacija iz odredaba čl. 5 st. 1 ne smatra konačnom i često se ističe kako omogućavanje državama članicama da ovu listu dopune predstavlja jedino pravo odstupanje od načela maksimalne harmonizacije.[32] U vezi s listom informacija s kojima je trgovac u skladu s odredbama čl. 5 Smjernice dužan upoznati potrošača u kontekstu se principa maksimalne harmonizacije postavlja i uvijek interesantno pitanje koje se tiče odnosa odredaba čl. 5 s obavezama informiranja koje za poduzetnika proizlaze iz određenih općih načela ugovornog prava, kakvo je primjerice načelo

[32] Tonner/Fangerow, op. cit., str. 71.

savjesnosti i poštenja. Stroga primjena načela potpune harmonizacije redovno bi značila nemogućnost primjene svih onih nacionalnih propisa koji se ne bi mogli podvesti pod odredbe čl. 5 Smjernice, što bi u nacionalnim zakonodavstvima moglo voditi nastanku apsurdnih posljedica koje se ogledaju u tome da je nivo zaštite potrošača niži u odnosu na nivo zaštite koji ugovorne strane uživaju u okvirima B2B ugovora. U tom se smislu tokom rada na tekstu Smjernice predlagalo ograničenje u vezi s primjenom načela potpune harmonizacije, u smislu da bi striktna primjena ovog načela bila poželjna kad je riječ o specifičnim i precizno odredivim informacijama, kakva je primjerice informacija o nazivu ili adresi sjedišta trgovca[33], dok se kad je riječ o uopćenijim informacijama strogo potpuno harmoniziranje smatra nepotrebnim, s obzirom na to da se pravila o takvim informacijama smatra integriranim u opće ugovorno pravo država članica.[34]

Lista informacija koju sadrže odredbe čl. 6 još je duža. Interesantno je to da Smjernica, za razliku od liste iz čl. 5, ne sadrži, međutim, rješenje shodno kojem bi bilo moguće proširenje liste iz čl. 6 onim informacijama koje ona ne sadrži. Tako je, uzimajući u obzir činjenicu postojanja rješenja koje omogućava proširenje liste iz čl. 5, *e contrario* moguće zaključiti kako proširenje liste iz čl. 6, koje bi bilo utemeljeno na općim načelima ugovornog prava, kakvo je primjerice načelo savjesnosti i poštenja, nije dopušteno, što se može smatrati spornim.[35]

U vezi s dužinom dvije liste informacija iz odredaba čl. 5 i 6 Smjernice jeste potrebno naglasiti i to da ovakve liste sa sobom nužno nose rizik od pretjeranog informiranja potrošača (tzv. *information overkill*[36]). Pretjerano informiranje potrošača često, naime, može rezultirati manjkom za potrošača korisnih informacija, s obzirom na to da se i ono što je zaista bitno može "utopiti" u mnoštvu informacija i tako postati manje primjetno.[37]

Smjernica o potrošačkim pravima, kako je naprijed već istaknuto, ne govori o sankcioniranju propuštanja informiranja potrošača, prepuštajući reguliranje

---

[33] Hans Schulte-Nölke, Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR, u: G. Howells/R. Schulze, Modernising and Harmonising Consumer Contract Law, Munich, 2009, str. 37.

[34] Geraint Howells/Reiner Schulze, Overview of the Proposed Consumer Rights Directive, u: G. Howells, /R. Schulze, Modernising and Harmonising Consumer Contract Law, Munich, 2009, str. 14.

[35] Busch/Domrose, op. cit., str. 49.

[36] Stefan Grundmann, The Structure of the DCFR – which Approach for Todays Contract Law?, (2008) 3 Euroepan Review of Contract Law, str. 239.

[37] Twigg-Flesner, op. cit., str. 14.

ovog pitanja državama članicama.[38] Prostora različitim nacionalnim rješenjima ostavljaju i odredbe čl. 6 st. 7 Smjernice, shodno kojoj države članice jesu ovlaštene da zadrže odnosno usvoje propise koji se tiču jezika na kojem će potrošač biti informiran, kako bi se potrošaču omogućilo da takve informacije zaista i razumije.

Pravo potrošača na opoziv ugovora

O pravu potrošača na opoziv ugovora na daljinu i ugovora zaključenih van poslovnih prostorija govore odredbe čl. 9–16 Smjernice. Potrošač u skladu s odredbom čl. 9 st. 1 ima pravo na opoziv ugovora na daljinu odnosno ugovora zaključenog van poslovnih prostorija u roku od 14 dana, bez obaveze navođenja razloga za opoziv i bez obaveze snošenja troškova, izuzev onih o kojima govore odredbe čl. 13 st. 2 i čl. 14 Smjernice. Navedeni četrnaestodnevni rok kod ugovora o pružanju usluga teći započinje od trenutka zaključenja ugovora, uključujući tu i ugovore o isporuci vode, gasa i struje onda kad se navedeni energenti ne prodaju u određenoj zapremini odnosno količini, te ugovore o stavljanju na raspolaganje digitalnih sadržaja koje se ne isporučuje na materijalnom nosaču podataka. U okviru ugovora o prodaji ovaj rok teče od trenutka u kojem je potrošač odnosno od njega ovlašteni treći (koji nije prijevoznik) stekao posjed stvari.

U odredbi čl. 10 ističe se kako će u slučaju u kojem je poduzetnik propustio potrošača poučiti o njegovom pravu na opoziv potrošač pravo na opoziv moći ostvariti u roku od 12 mjeseci od isteka prvobitnog roka za opoziv. Ondje gdje poduzetnik svoj propust ispravi i potrošača o pravu opoziva informira unutar 12 mjeseci od zaključenja ugovora odnosno od sticanja posjeda, pravo na opoziv prestaje postojati istekom četrnaest dana od dana obavještenja o pravu opoziva. Ovakvo rješenje predstavlja jasno odstupanje od stava kojeg je Sud EU zauzeo u slučaju Heininger[39], s obzirom na to da je u ovom slučaju jasno istaknuto kako pravo potrošača na opoziv ugovora u slučaju u kojem on o ovom pravu nije poučen ne može biti vremenski ograničeno; drugim riječima, početak toka roka za opoziv odgađa se sve dok poduzetnik potrošača ne obavijesti o njegovom pravu na opoziv. U tom se smislu nailazi i na stavove shodno kojima rješenje koje usvaja Smjernica o pravima potrošača predstavlja promjenu na gore kad se radi o zaštiti

[38] Prijedlog Smjernice je u odredbi čl. 10 kao sankciju za propuštanje informiranja potrošača predviđao nevažnost ugovora.

[39] Sud EU, 13. 12. 2001., slučaj C-481/99, Georg Heininger i Helga Heininger/Bayerische Hypound Vereinsbank AG, 2001 I-9945.

potrošača.[40] Odgoda početka toka roka za opoziv jedina je i ujedno najstrožija sankcija propuštanja informiranja potrošača o njegovom pravu na opoziv.[41]

U skladu s odredbom čl. 9 st. 3 države članice ne smiju zabraniti ugovornim stranama da tokom perioda u kojem je ugovor moguće opozvati ispunjavaju svoje obaveze, no u slučaju zaključenja ugovora van poslovnih prostorija države članice mogu zadržati postojeće propise kojima se poduzetnika sprječava u ostvarenju naplate od strane potrošača tokom trajanja roka za opoziv.

Potrošač svoje pravo na opoziv u skladu s odredbama čl. 11 st. 1 Smjernice ostvaruje tako što poduzetnika obavještava o opozivu, u okviru formulara iz Aneksa I dio B Smjernice ili odgovarajućom izjavom u nekom drugom obliku, pri čemu iz takve izjave mora jasno proizaći volja da ugovor opozove. Poduzetnik je shodno odredbi čl. 11 st. 3 ovlašten da, pored mogućnosti koje potrošač u pogledu oblika izjave o opozivu ima u skladu s odredbom čl. 11 st. 1, potrošaču na vlastitoj internetskoj stranici na raspolaganje stavi odgovarajuću izjavu o opozivu, koju bi potrošač mogao ispuniti i poslati elektronski. U takvom bi slučaju poduzetnik imao obavezu da potrošaču bez odlaganja i na trajnom nosaču podataka dostavi potvrdu o prijemu izjave o opozivu ugovora.

O dejstvima opoziva govore odredbe čl. 12. Tako opozivom prestaju postojati obaveze koje za ugovorne strane proizlaze iz zaključenog ugovora, odnosno obaveza na zaključenje ugovora ondje gdje je sam potrošač ponudio isto.

Kao posljedica opoziva ugovora za ugovorne strane nastaje obaveza da jedna drugoj vrate ono što su po osnovu zaključenog ugovora primile.

Tako poduzetnik duguje povrat svih primljenih plaćanja u roku od 14 dana od dana kad je primio obavijest o opozivu ugovora. Poduzetnik nema obavezu povrata onih plaćanja učinjenih od strane potrošača na ime određenog posebnog načina isporuke koji se razlikuje od najpovoljnijeg načina isporuke ponuđenog od strane poduzetnika. Izuzev u slučaju u kojem ima obavezu da robu sam preuzme natrag, poduzetniku u skladu s odredbom čl. 13 st. 3 pripada pravo da zadrži povrat plaćanja do trenutka povrata robe od strane potrošača, odnosno do trenutka u kojem bi primio dokaz o tome da je potrošač robu poslao natrag, već u ovisnosti o tome koji od ova dva trenutka nastupa ranije.

Po opozivu ugovora za potrošača nastaje obaveza povrata robe. Ovu obavezu potrošač mora izvršiti u roku od 14 dana od dana kad je u skladu s

[40] Bevanda, op. cit., str. 179.

[41] Meškić, op. cit., str. 47.

odredbama čl. 11 Smjernice poduzetniku saopštio svoju odluku da opozove ugovor. Potrošač duguje samo direktne troškove povrata robe, osim u slučaju u kojem je obavezu snošenja ovih troškova preuzeo poduzetnik, odnosno izuzev ondje gdje je poduzetnik propustio da potrošača poduči o obavezi snošenja ovih troškova.

Opoziv ugovora djeluje i na sporedne ugovore. Tako shodno odredbama čl. 15 Smjernice o pravima potrošača, a neovisno o odredbama čl. 15 Smjernice 2008/48/EZ od 23. aprila 2008. godine o potrošačkom kreditu, potrošačev opoziv ugovora na daljinu odnosno ugovora zaključenog na kućnim vratima, poduzet u skladu s odredbama čl. 9–14 Smjernice o pravima potrošača, vodi automatskom okončanju svih sporednih ugovora. Takav automatski prestanak sporednih ugovora ne znači za potrošača nastanak nikakvih troškova, izuzev onih o kojima Smjernica o pravima potrošača govori u odredbama čl. 13 st. 2 i čl. 14.

O izuzecima od prava na opoziv govore odredbe čl. 16 Smjernice. Lista izuzetaka je relativno duga, a opravdanost pojedinih izuzetaka može biti smatrana upitnom. U tom se smislu kao upitan navodi primjerice izuzetak o kojem govori odredba čl. 16 g), a koji se odnosi na nemogućnost opoziva ugovora o isporuci alkoholnih pića, čija je cijena ugovorena prilikom zaključenja ugovora, no čija isporuka može uslijediti tek nakon 30 dana i čija aktualna vrijednost ovisi o tržišnim fluktuacijama na koje poduzetnik nema uticaja.[42]

Preostala rješenja Smjernice o pravima potrošača. U preostalom dijelu Smjernica u poglavlju IV sadrži uglavnom ostatke regulative koju je u pogledu ugovora o potrošačkoj prodaji sadržavao njen Prijedlog iz 2008. godine. Ti se ostaci odnose na pravila koja se tiču isporuke (čl. 18) i prijelaza rizika (čl. 20), kojima su dopunjena rješenja Smjernice 1999/44/EZ i za koje se ostatke može reći kako su zaista marginalnog značaja. Nakon što rješenja predložena u vezi s ugovorom o prodaji potrošačke robe nisu naišla na odobravanje i postala dijelom Smjernice, u teoriji se počelo raspravljati o mogućnosti popunjavanja postojećih pravnih praznina rješenjima koja sadrži Zajedničko evropsko pravo prodaje.

Naime, 11. oktobra 2011. godine Evropska komisija je prezentirala Prijedlog Uredbe Evropskog parlamenta i vijeća o Zajedničkom evropskom pravu

[42] O opravdanosti određenih izuzetaka od prava na opoziv detaljnije je riječ u obrazloženju 49 Smjernice. Neke se od takvih izuzetaka smatra rezultatom odgovarajućeg uspješnog lobiranja. Busch/Domröse, op. cit., str. 49.

prodaje[43] (dalje i: Prijedlog Uredbe, Prijedlog, CESL). Na ovaj je način politička i pravna debata o ujedinjavanju privatnog prava u Evropi ušla u svoju novu fazu, a istovremeno se po prvi put može govoriti o prijedlogu koji bi trebao ujediniti nacionalna rješenja u pogledu definitivno najznačajnijeg posebnog ugovora u oblasti privatnog prava, ugovora o prodaji.[44]

U pozadini je Prijedloga problem sličan onom koji je vodio pokušaju reformiranja potrošačkog *aquisa* – nepotpuno iskorišten potencijal prekogranične trgovine na unutarnjem tržištu, no ovdje osobito iz ugla gledanja malih i srednjih poduzeća. U tom je smislu utvrđeno kako je u trenutku definiranja Prijedloga tek jedan od deset poduzetnika u EU izvozio u druge države članice[45], a među razlozima koji su ometali intenzivniji izvoz, od kojih se spominju poreski propisi, problemi s isporukom, jezičke barijere i kulturološke razlike, izvoznici kao posebnu prepreku vide poteškoće u upoznavanju sa specifičnostima ugovornog prava pojedinih država članica. U tom se smislu cilj kojeg se pri izradi Prijedloga imalo u vidu ogleda u nastojanju konsolidiranja unutarnjeg tržišta i porastu njegove funkcionalnosti, i to podsticanjem prekogranične trgovine u okviru B2B i B2C ugovora kroz usvajanje jedinstvenog, zajedničkog evropskog prava prodaje.[46]

Prijedlogom se predviđa usvajanje jednog samostalnog jedinstvenog skupa potpuno harmoniziranih propisa, koji obuhvata i propise o zaštiti potrošača i u nacionalnim zakonodavstvima država članica postoji kao drugi, zaseban sistem propisa ugovornog prava, čija je primjena na prekogranične ugovore moguća na temelju dogovora dvije strane. [47] U tom se smislu CESL ne bi smatralo samostalnim, supranacionalnim 28. režimom ugovornog prava, koji bi stajao pored 27 različitih nacionalnih rješenja država članica, već bi svaka država raspolagala s dva sistema propisa u oblasti ugovora o prodaji, jednim nacionalnim i jednim evropskim. Evropska komisija zapravo teži ka etabliranju CESL kao nacionalnog ugovornog prava za prekogranične ugovore.[48]

---

[43] COM (2011) 635 final.

[44] Martin Schmidt-Kessel, Der Vorschlag der Kommission für ein Optionales Instrument – Einleitung, u: Martin Schmidt-Kessel, Ein einheitliches europäisches Kaufrecht – Eine Analyse des Vorschlags der Kommission, München, 2012, str. 1.

[45] Eurobarometer 320, 2011, str. 15 i Eurobarometer 321, 2011, str. 19.

[46] Vidjeti čl. 1 Uredbe.

[47] Ovakav dogovor dvije strane ne treba izjednačavati s izborom mjerodavnog prava u smislu u kojem je on moguć na temelju pravila MPP. Izbor se ovdje dešava na temelju nacionalnog prava koje se primjenjuje na osnovu pravila MPP.

[48] Martin Schmidt-Kessel, Anwendungsbereich, Ausgestaltung der Option und andere Fragen zur Verordnung, u: Martin Schmidt-Kessel, Ein einheitliches europäisches Kaufrecht – Eine Analyse des Vorschlags der Kommission, München, 2012, str. 36.

Prijedlog Uredbe za Zajedničko evropsko pravo prodaje sastoji se iz dva dijela, iz Zajedničkog evropskog prava prodaje i Uredbe za Zajedničko evropsko pravo prodaje, koji su dijelovi doduše povezani, no i veoma različiti. Materijalnopravno jezgro Prijedloga[49] čini Aneks I, dok sama Uredba sadrži: (I) propise koji reguliraju problematiku oblasti stvarnog, ličnog i međunarodnog važenja ZEPP, (II) propise o ostvarenju opcije, (III) listu definicija i (IV) odredbe o međusobnom odnosu Uredbe i Aneksa.[50]

Na pitanje o mogućnosti popunjavanja pravnih praznina postojećih poslije donošenja Smjernice o pravima potrošača danas se redovno odgovara negativno. Razloga je više. Jedan od prvih leži u činjenici da Smjernica o pravima potrošača predstavlja *hard law*, koje u zakonodavstva država članica treba biti implementirano do sredine decembra 2013. godine, dok CESL predstavlja *soft law* odnosno opcionalni instrument, čiju je primjenu neophodno ugovoriti. U tom je kontekstu jasno kako je potrošača ipak neophodno zaštititi propisima koji su kogentnog karaktera.

Osim rečenog, činjenica je da CESL kao opcionalni instrument osobito atraktivan jeste za poduzeća, pa se u tom smislu naglašava kako će njegova budućnost ovisiti upravo o tome da li će i u kojoj mjeri on kao regulativni instrument biti prihvaćen od strane poduzeća.[51]

Smjernica o pravima potrošača sadrži i jednu izmjenu koja se tiče Smjernice 13/93/EEZ. Naime, shodno odredbi čl. 32 st. 1 Smjernice o pravima potrošača, Smjernicu 13/93/EEZ se dopunjava rješenjem shodno kojem države članice imaju obavezu da Evropsku komisiju obavijeste o rješenjima koja usvoje na temelju odredaba čl. 8 Smjernice 13/93/EEZ. To se posebno na odnosi na slučajeve u kojima država članica usvoji rješenja shodno kojima se kontrolu nepoštenosti proteže i na odredbe ugovora o kojima se individualno pregovaralo, te na slučajeve u kojima ova kontrola obuhvati i pitanje primjerenosti cijene odnosno naknade. Osim toga, obaveza informiranja Komisije za države članice postoji i ondje gdje njihova nacionalna zakonodavstva sadrže liste klauzula koje se smatraju nepoštenim.

---

[49] Dirk Staudenmayer, Einführung, u: Dirk Staudenmayer (Hrsg.,) Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, München, 2011, VII, XV.

[50] Podjela Prijedloga na navedena dva dijela često se smatra neuobičajenom, ako se ima u vidu to da dio Prijedloga koji sadrži suštinska i inovativna rješenja i kojeg čini 186 članova predstavlja tek dodatak (aneks) veoma kratkoj Uredbi. Schmidt-Kessel, Anwendungsbereich..., str. 49.

[51] Tonner/Fangerow, op. cit., str. 67.

Zaključak

Promatra li se razvojni put nastanka Smjernice o pravima potrošača, od ambiciozno zamišljenih i definiranih ciljeva, preko planiranog obima u okviru njezinog Prijedloga iz 2008. godine, pa do konačnog teksta objavljenog krajem 2011. godine, moguće je primijetiti kako je Smjernica podlijegala različitim izmjenama kursa politike zaštite potrošača. Ambiciozni je prijedlog rezultat prepoznavanja slabosti koncepta sektorski specifične minimalne harmonizacije i time izazvanog pokušaja preorijentacije ka horizontalnoj potpunoj harmonizaciji. Oštra kritika, koja se najvećim dijelom odnosila na problematiku ugovora o potrošačkoj prodaji i nepoštenim ugovornim klauzulama kao suštinski bitnim dijelovima ugovornog prava, rezultirala je ograničenjem Smjernice na pitanja informiranja i prava na opoziv u okviru ugovora na daljinu i ugovora zaključenih izvan poslovnih prostorija, te promišljanjem o tome da se potpuno harmoniziranje određenih ključnih oblasti potrošačkog ugovornog prava zamijeni *soft law* instrumentima poput Zajedničkog evropskog prava prodaje (CESL). Tako je Smjernica kapitalnog naslova, koja je u svom konačnom obliku trebala predstavljati svojevrsnu kodifikaciju reformiranih propisa iz oblasti zaštite potrošača, zapravo samo još jedna smjernica skromnog sadržaja koja, pored toga što ipak daje odgovore na određena pitanja, i sama ponovno podsjeća na neka stara neodgovorena, te otvara prostora nekim sasvim novim diskusijama.

Tako i dalje aktualne ostaju diskusija o nužnoj mjeri harmonizacije i ona o pojmu potrošača, koji, iako unaprijeđen kad je riječ o mješovitim ugovorima, neprilagođen ostaje u kontekstu instrumenata harmonizacije (osobito u oblasti pružanja usluga prijevoza i isporuke različitih oblika energije) u kojima se, iako načelno štite potrošača, ne govori uvijek o potrošaču, već sve češće i o korisniku (*user*). Poželjnim bi se smatralo i postizanje veće koherentnosti u pogledu informiranja potrošača, kako prije tako i poslije zaključenja ugovora, te obuhvatanje Smjernicom većeg broja različitih vrsta potrošačkih ugovora. U takvom bi kontekstu popunjavanje pravnih praznina nepoželjnim posezanjem za opcionalnim instrumentima poput CESL postalo ako ne suvišno, a onda barem manje nužno.

Iako se s obzirom na rečeno od Smjernice ne može očekivati da značajnije doprinese boljem funkcioniranju unutarnjeg tržišta, bilo bi neopravdano tvrditi kako njome u odnosu na prethodno postojeća rješenja nije učinjen nikakav pomak naprijed. Propisi koji se tiču obaveze informiranja potrošača i njegovog prava na opoziv ugovora imaju potencijala da u budućnosti prerastu u norme općeg dijela potrošačkog ugovornog prava, a sama Smjernica s obzirom na svoju sadržinu i strukturu ostavlja prostora budućim izmjenama i dopunama.

Almedina Šabić, MA
Senior Assistant

THE DIRECTIVE ON CONSUMER RIGHTS – THE PRESERVATION OF *STATUS QUO*, OR A REAL STEP FORWARD IN THE DEVELOPMENT OF CONSUMER RIGHTS PROTECTION?

Summary

The long-awaited Directive on Consumer Rights, published on November 22nd 2011, should be transposed into the legislation of the Member States up to December 13th 2013. The Directive seeks to accomplish the long dreamed dream of an actually functioning B2C internal market through the achieving of an optimal balance between high levels of consumer protection on the one hand and entrepreneurial competitiveness on the other. Whether, and to what extent will the Guidelines really serve to accomplish this goal remains to be seen, but the prognosis is not promising. Instead of the originally intended revision of 8 directives in the area of consumer protection, the Directive on Consumer Rights replaced just two, Directive 85/577/EEC to protect the consumers in respect of contracts negotiated away from business premises and Directive 97/7/EC on the protection of consumers in respect of distance contracts, and only slightly amended the Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts and Directive 1999/44/EC on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.

Key terms: *Directive on consumer rights, the internal market, the contracts negotiated away from business premises, doorstep contracts, minimum harmonization, full harmonization, targeted full harmonization*

PRIKAZI

Mr. Amila Ferhatović
Viša asistentica

MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA "BOSANSKOHERCEGOVAČKO-TURSKI PRAVNIČKI DANI"

Dana 6. aprila 2013. godina Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu obilježavao je svoj 67. rođendan. Tim povodom, 5. i 6. aprila 2013. godine, u Velikoj sali Rektorata Univerziteta u Sarajevu održana je međunarodna naučna konferencija "Bosanskohercegovačko-turski pravnički dani". Konferencija je nastavak uspješne međunarodne saradnje Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu i Pravnog fakulteta Univerziteta u Istanbulu i druga po redu konferencija ove vrste. Naime, prošle godine, 31. maja i 1. juna 2012. godine, na Pravnom fakultetu Univerziteta u Istanbulu održana je međunarodna konferencija "Tursko-bosanskohercegovački pravnički dani" na kojoj su učestvovali profesori Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu i profesori pravnih fakulteta s brojnih univerziteta u Turskoj. Zbog izuzetne uspješnosti konferencije, ali i iskazanog interesa učesnika, na svečanoj ceremoniji zatvaranja, u završnim riječima dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Istanbulu, prof. dr. Adem Sözüer je predložio, a dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, prof. dr. Borislav Petrović prihvatio, da to postane tradicionalna međunarodna konferencija na kojoj bi se svake godine predstavile različite teme prema zakonodavstvu i praksi ovih dviju zemalja. Također je dogovoreno da domaćini budu Turska (Istanbul) i Bosna i Hercegovina (Sarajevo) naizmjenično, te je u tom smislu odmah utvrđen datum godišnjice Pravnog fakulteta u Sarajevu kao datum za održavanje sljedeće, druge po redu, međunarodne naučne konferencije "Bosanskohercegovačko-turski pravnički dani".

Kao i prethodne godine, konferencija je zamišljena tako da obuhvati više pravnih oblasti, te da se iz svake pravne oblasti jedna tema ili jedan pravni institut predstavi kroz teoriju i praksu obje države, što omogućava uporedno-pravno sagledavanje određenog problema. Službeni jezici konferencije bili su bosanski/hrvatski/srpski i turski uz simultano prevođenje. Učesnici konferencije, pored izlagača s navedena dva fakulteta, bili su nositelji javne

vlasti, kolega iz pravničke obitelji (pojedini predsjednici sudova, glavni tužitelji, suci, tužitelji, advokati, notari), brojni studenti, magistranti i doktorandi.

Pozdravnim riječima konferenciju su otvorili dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, prof. dr. Borislav Petrović, rektor Univerziteta u Sarajevu, prof. dr. Muharem Avdispahić, dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Istanbulu, prof. dr Adem Sozuer i zamjenica ambasadora Republike Turske u Bosni i Hercegovini, Yasemin Eralp. Dekan Pravnog fakulteta u Sarajevu, prof. dr. Borislav Petrović, pozdravio je sve prisutne i gostima iz Turske zaželio dobrodošlicu. Naglasio je da je kolektiv Pravnog fakulteta u Sarajevu u protekle dvije godine provodio mnogobrojne akademske aktivnosti, kako nastavne, tako i znanstveno-istraživačke, u Bosni i Hercegovini, ali i u sve značajnijoj mjeri i u inozemstvu. Također je posebno istakao da je uvjeren da, uz participaciju profesora iz inozemstva, Fakultet može održati nastavne i znanstveno-istraživačke aktivnosti u cilju kvalitetnog obrazovanja studenata prvog, drugog i trećeg ciklusa studija koji je ovo godine započeo po prvi put.

Rektor je, uz čestitke povodom 67. godišnjice, istakao i pohvalio uspješnu saradnju ova dva fakulteta, te dao podršku ideji o realizaciji zajedničkog doktorskog studija.

Dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Istanbulu, u svom pozdravnom govoru izrazio je zadovoljstvo uspješnom saradnjom s Pravnim fakultetom u Sarajevu i istakao vrijednost razmjene nastavnika, saradnika i studenata ova dva fakulteta.

Zamjenica ambasadora Republike Turske u Bosni i Hercegovini, Yasemin Eralp, izrazila je zadovoljstvo zbog održavanja ove konferencije jer je uvjerena da ovakva saradnja u značajnoj mjeri doprinosi izgradnji prijateljskih odnosa ove dvije države, te poželjela uspješan rad učesnicima.

Nakon pozdravnih riječi započeo je radni dio konferencije. Prvi dan konferencije referati su bili iz krivičnopravne oblasti, dok su drugi dan konferencije predstavljeni referati iz oblasti javnog prava, građanskog prava i pravne historije.

U prvoj sesiji, koju je moderirao prof. dr. Borislav Petrović, predstavljene su dvije teme materijalnog krivičnog prava. Prof. dr. Adem Sözüer i viši ass. mr. Amila Ferhatović predstavili su *Pokušaj krivičnog djela u krivičnom pravu Turske i Bosne i Hercegovine*, te u završnim riječima zajednički napravili uporednopravni presjek ovog instituta materijalnog krivičnog prava. Sljedeća tema bila su *Krivična djela protiv okoline*. Doc. dr. Serdar Talas navedena je

djela predstavio kroz Krivični zakon Turske, dok je ista djela kroz krivične zakone Bosne i Hercegovine predstavio prof. dr. Borislav Petrović. Nakon dvadesetominutne diskusije uslijedila je pauza za kafu.

U sljedećoj sesiji, koju je moderirala prof. dr. Jasminka Gradašćević-Sijerčić, tema je bila *Suspenzija kazne i odgađanje izricanja presude*. Navedenu temu s aspekta turskog krivičnog zakonodavstva predstavila je ass. mr. Tuba Kelep, dok je prof. dr. Hajrija Sijerčić-Čolić istu temu predstavila kroz domaće krivično zakonodavstvo. Nakon izlaganja uslijedila je dvadesetominutna diskusija.

Posljednja predviđena sesija prvog dana konferencije sadržavala je četiri različite teme. *Alternativne sankcije za kratke kazne lišenja slobode u Krivičnom zakonu Republike Turske* predstavila je ass. Büşra Demiral. Prof. dr. Zvonimir Tomić u nastavku je izložio institut *Uslovne osude u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine*. Institut *Medijacije u Krivičnom zakonu Republike Turske* predstavio je ass. mr. Sertaç Işıka, dok je viši ass. mr. Vildana Vranj predstavila referat na temu *Restorativna pravda u Bosni i Hercegovini s posebnim osvrtom na maloljetnike*. Nakon diskusije, moderator ove sesije prof. dr. Hajrija Sijerčić-Čolić, iznijela je završne riječi i sažetak prvog dana konferencije.

Prvu sesiju drugog dana konferencije, koju je moderirala prof. dr. Jasna Bakšić-Muftić, započeo je prof. dr. Ibrahim Kaya na temu *Mogući sporazumi EU i Turske o pristupanju*. U nastavku je prof. dr. Nevenko Misita predstavio referat na temu *Bosna i Hercegovina i EU – put ka punom članstvu*. Potom je doc. dr. Saadet Yüksel izložila referat na temu *Ocjena diskusije o promjeni političkog režima u Turskoj u svjetlu aktualnog procesa donošenja novog ustava*. U nastavku je uslijedilo izlaganje doc. dr. Envera Ajanovića na temu *Pravno dejstvo Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju na upravnopravni poredak države Bosne i Hercegovine*. Nakon izlaganja uslijedila je dvadesetominutna diskusija.

Sljedeća sesija bila je posvećena historiji prava i građanskom pravu. Prof. dr. Fethi Gedikli izložio je referat na temu *Čifluci – pravna regulativa (priprema, sadržaj, primjena)*, dok je prof. dr. Enes Durmišević govorio o *Percepciji Balkanskih ratova u udžbenicima u Bosni i Hercegovini*. Odmah potom uslijedili su referati iz oblasti građanskog prava. Tako je tema referata prof. dr. Halil Akkanat i prof. dr. Zekeriya Kurşat bila *Vlasnički režim u novom Građanskom zakoniku Republike Turske*, nakon čega je prof. dr. Meliha Povlakić predstavila svoj referat na temu *Reforma vlasničkih odnosa u Bosni i Hercegovini*. Nakon dvadesetominutne diskusije završena je posljednja radna sesija koju je moderirao doc. dr. Edin Halapić.

Odmah potom uslijedile su završne riječi i ceremonija zatvaranja konferencije. Završnim riječima konferenciju je zatvorio prof. dr. Borislav Petrović. Zahvalio se svim učesnicima konferencije, a posebno gostima iz Turske koji su svojim dolaskom uveličali rođendansko slavlje Fakulteta, te im uručio prigodne poklone uz certifikate o učešću na konferenciji.

Dr. Edin Halapić
Docent

"550 GODINA AHDNAME"

Povodom obilježavanja 550 godina poznate Ahdname, Pravni fakultet u Sarajevu je dana 28. maja 2013. godine organizovao međunarodni naučni skup pod nazivom "550 godina Ahdname". U organizaciji ovog skupa, pored ostalih, potrebno je ukazati na angažovanje asistentice Ehlimane Memišević i mr. Mehmeda Bećića. Tokom skupa, a u okviru tri sesije, svoje radove prezentirali su inostrani i domaći pravni historičari.

Skup je počeo prezentacijom rada emeritusa Mustafe Imamovića pod naslovom "Prihvatanje islama u Bosni i Hercegovini" i tom prilikom je ukazano na pogrešne pristupe u nauci koji su pokušali objasniti ovaj proces uz napomenu da ovo pitanje u nauci još nije razriješeno. U nastavku skupa svoj rad predstavio je profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Istanbulu, prof. dr. Fethi Gedikli. U svom radu pod naslovom "Ottoman practice of treating non-Muslim minorities especially by issuing documents of type *ahd* and *aman*" profesor Gedikli se osvrnuo na dugogodišnju tradiciju Osmanskog carstva u pristupu pravnog regulisanja onog dijela stanovništva koje nije praktikovalo islam. U tom smislu profesor je ukazao na značaj onih dokumenata koji se zasnivaju na konceptu ahda i amana. Ovim radom okončana je i prva sesija skupa. Na početku druge sesije, svoj rad predstavio je profesor Pravnog fakulteta u Sarajevu Fikret Karčić, pod naslovom "Koncept *'ahd* u islamskom pravu". Ovaj rad sadrži upotrebnu analizu termina 'ahd' u hadisu i djelima šerijatskih pravnika. U svom izlaganju profesor Karčić je isticao da je u pitanju svečana obaveza koja se pruža onima koji su se obratili islamskoj državi za zaštitu (aman). Nastavak druge sesije protekao je u izlaganju gošće iz Istanbula. U pitanju je doc. dr. Ayse Zisan Furat s Teološkog fakulteta Univerziteta u Istanbulu. Docentica je izlagala svoj rad pod naslovom "Characteristics of the Ahdnamas related to the status of non-muslim minorities in the Ottoman Empire". Ovaj rad sadržavao je vrlo detaljnu analizu Ahdname, odnosno nekoliko različitih aspekata. U svom izlaganju, kao što je bio i slučaj s drugim učesnicima skupa, docentica je istakla da prostoje različite ahdname koje je izdavao sultan Fatih. Posljednja

sesija međunarodnog skupa protekla je u izlaganju domaćih učesnika. Profesor s Pravnog fakulteta u Sarajevu, Enes Durmišević prisutne je upoznao s radom pod naslovom "Islamski korijeni Ahdname" i tom prilikom ukazao na nekoliko značajnih segmenata koji se odnose na porijeklo ovog dokumenta. Na kraju je svoj rad predstavio asistent mr. Mehemd Bećić pod naslovom "Da li je millet sistem ostavio trag na sudstvo u postosmanskoj BiH". U ovom radu asistent je obradio institut mileta koji je karakterističan za Osmansko carstvo i njegovu tradiciju, ali se osvrnuo i na činjenicu kako je ovaj sistem uticao na razvoj sudske organizacije nakon povlačenja Osmanskog carstva s teritorije Bosne i Hercegovine. S obzirom na to da je skup obuhvatio tri sesije, po okončanju svake sesije otvarala se diskusija koja je uticala i na kvalitet skupa. Skup je završen obraćanjem profesora Fikreta Karčića. Na kraju možemo reći da je u pitanju skup koji je naglasio nekoliko aspekata kao što su, raširenost ahdname kao jedne vrste privilegije koju su izdavali islamski vladari vjerskim manjinama, neophodnost analize i sagledavanja u vremenu i kontekstu u kojem je Ahdnama nastala i slično. Imajući u vidu da su u radu međunarodnog naučnog skupa učestvovali bosanskohercegovački i turski pravni eksperti koji su prezentirali značajne radove, može se zaključiti da će ovaj skup uticati na daljnja izučavanja o značaju, ulozi i mjestu Ahdname u bogatoj prošlosti Bosne i Hercegovine.

Prof. dr. Neđo Milićević
profesor emeritus

PROBLEMI I MOGUĆNOSTI PROMJENA U USTAVNOM SISTEMU BOSNE I HERCEGOVINE

I

Ustavni sistem Bosne i Hercegovine je stalno u fokusu ukupne društvene aktivnosti tokom cijelog poslijeratnog perioda. Ne treba to da čudi, jer je takva aktivnost u osnovi normalno društveno ponašanje. I u državama koje su prepoznatljive po visokom stepenu vladavine prava i demokratičnosti ukupne društvene strukture ustav je uvijek u centru društvene pažnje, naprosto iz razloga što je u pitanju najviši pravni i najvažniji politički akt svakog društva, kojim se dugoročno projektuju njegove osnovne vrijednosti i ciljevi, kao i ključna opredjeljenja njegove ukupne organizacije, prvenstveno u vezi s vršenjem državne vlasti. No, u ovim državama takva pažnja nema politički naboj i tenziju dnevno-političkog pritiska za mijenjanje tog akta.

U navedenom i jeste osnovna razlika između našeg stanja i odnosa prema ustavu u većini drugih država, u kojima se ustav ne doživljava (nekada opravdano, a nekada ne) kao akutna prepreka boljem i prosperitetnijem ukupnom društvenom razvoju. U našem slučaju upravo ga takvim smatra veliki broj građana i drugih društvenih subjekata, s tim što istovremeno imaju vrlo različite stavove o bilo kom pitanju i ideji šta bi trebalo promijeniti i koje bi novo rješenje bilo bolje.

Nije sporno da u ustavnom sistemu Bosne i Hercegovine ima ne samo dosta slabih rješenja, nego i takvih koja produkuju nefunkcionalnost, neracionalnost i nepodnošljivu skupoću u vršenju državne vlasti, sve do rješenja koja su protivna međunarodnom pravu, razvoju demokratije i vladavini prava. Neki u vezi s tim idu toliko daleko da to stanje nazivaju "*monstrum ustavom*", "*luđačkom košuljom*" i slično. Za ono prvo – da ima dosta slabih rješenja – zaista ima dosta razloga, dok bi ove druge kvalifikative (koje navode prije svega oni koji sebe predstavljaju kompetentnim) trebalo

smatrati neodgovornim i špekulantskim ponašanjem. To su oni koji baš u ovom ustavnom sistemu, u pravilu, imaju dobar položaj, kakav mnogi od njih i ne zaslužuju. Većina navedenih je tek u tom sistemu stekla sve materijalne i nematerijalne koristi koje posjeduju, i to često upravo koristeći njegove slabosti, tako da njima i nije do njegove promjene, nego do računice da će na taj način najbolje sačuvati privilegije koje uživaju i koje još žele, a istovremeno pozivajući se na uzvišene vrijednosti slobode, demokratije, pravde i prava, te predstavljajući sebe odvažnim borcima za zaštitu prava "svog naroda" (što sve skupa naprosto nije lišeno hipokrizije).

Ovdje treba ukazati i na višestruko štetne posljedice olakog i uvredljivog etiketiranja ustava. Ako se ima takav odnos prema ovom aktu kao osnovnom i najvišem pravnom aktu u svakoj državi, postavlja se logično pitanje šta se onda uopšte može očekivati od razvijanja društvene svijesti o vladavini prava i pravnoj državi. Jer, odgovorno polazište u vezi s tim naprosto mora biti da je sve to pravo nastalo (i po proceduri i po sadržaju) u skladu s tim ustavom. Ako je on *"monstrum",* kako onda ostali pravni akti mogu biti drugačiji i da li to onda znači da njihovo kršenje zaslužuje poštovanje.

S razlogom se ovdje postavlja i pitanje kako je moral onih koji ovakvim smatraju važeći ustav mogao uopšte pristati da upravo na osnovu tog akta stiču sve funkcije i sve privilegije koje iz tog osnova koriste. Ustvari, nije to njima ni moglo smetati, jer mnogima moral i nije jača strana i jer su to "*mangupi u sopstvenim redovima*" koji su dobro izračunali da će u ovom podijeljenom bosanskohercegovačkom društvu upravo to pomoći da dobiju podršku bar u sredini "svog naroda", a koja će im biti dovoljna da se održe na vlasti i da ponovo steknu obećavajuću funkciju u njoj.

Kada bi se oni ponašali društveno odgovorno, onda bi validnim argumentima nudili promjene koje bi uvjerljivo ukazivale da su one bar bolja zamjena za postojeća slaba ustavna rješenja, ali istovremeno i stalno nastojali da se ustav afirmiše kao najvažniji pravni i politički akt države i društva, kakav tretman on treba da ima i onda kada je očigledno da neka njegova rješenja treba mijenjati. Jer, društvo u kojem nije prevladavajuća svijest da ustav predstavlja izraz njegovog vrijednosnog sistema i orijentacije kojoj ono teži niti može biti stabilno niti prosperitetno.

Treba skrenuti pažnju na još jedan aspekt u vezi s našim ustavnim sistemom. U ljudskoj je prirodi da se čovjek, čuvajući sebe, mnogo lakše opredjeljuje da je kriv neko drugi. A taj drugi, moglo bi se reći za stanje u svim oblastima društvenog života, najčešće je sistem, na čelu s državnim sistemom. Naprosto, za sve što je neprihvatljivo najčešće se koristi objašnjenje da je kriv sistem, pogotovo onda kada se treba sakriti od odgovornosti. To

su, van sumnje i najviše, nametnuli nosioci političke i državne vlasti, uz izdašnu podršku gotovo svih medija i mnogih intelektualaca. Taj manir je naprosto "metastazirao" onda kada je u pitanju ustavni sistem. Nije sporno da tu ima dosta problema, ali smo to *("kriv je sistem")* toliko hipertrofirali da nekako svi pristajemo da je to jedini krivac za sve. Kao da je sistem neka prirodna sila na koju se ne može uticati. Ne, naprotiv, sistem čine ljudi koji uvijek (znači i onda kada su u pitanju njegova najslabija rješenja) imaju mogućnost bar nekog izbora, što samo po sebi znači da njihove odluke mogu biti i bolje i gore. A ti ljudi, kad je u pitanju ustavni sistem su, prije svega (i dominantno), oni koji imaju političku i državnu vlast. Stoga se za našu ukupnu bosanskohercegovačku realnost i goleme slabosti koje je karakterišu u cijelom poslijeratnom periodu postavlja logično pitanje – šta od toga treba adresirati toj vlasti, a šta zaista tom sistemu.

Elementarno poštenje obavezuje da priznamo da je slabo stanje u cijelom tom periodu u velikom stepenu, pa i pretežno, posljedica slabog rada onih koji su vršili vlast. Da je bilo njihove spremnosti mnoge odluke su mogle biti znatno bolje i u okviru važećih ustavnih rješenja, što ne dovodi u pitanje potrebu da se i mnoga od njih mijenjaju i učine boljima. Ali, nije njima bilo do toga, jer su dobro procijenili da im upravo to postojeće stanje najviše odgovara za lično bogaćenje, pljačku, druge vrste kriminala i mnoge ostale poteze koji ruše stabilnost države, a što oni mogu raditi (i dalje rade) bez i najmanjeg straha da će za to odgovarati. U tome su bili ne samo ujedinjeni, nego su i jedni druge čuvali. Samo je tako moguće objasniti da su i oni mnogi pokrenuti sudski postupci protiv ovih lica okončani ne samo bez utvrđivanja njihove krivične odgovornosti, nego i s njihovim nesmanjenim napredovanjem u daljem vršenju funkcija državne vlasti.

II

S razlogom se ukazuje da su potrebne određene promjene u ustavnom sistemu Bosne i Hercegovine. No, saglasnost u vezi s tim uglavnom se tu i završava. Svaki, i najmanji potez nakon toga pokazuje vrlo krupne razlike koje nisu uopšte obećavajuće da bi do tih promjena i moglo doći. Dakle, ključno pitanje jeste to da li u našem društvu uopšte postoji potreban kapacitet saglasnosti da se određene ustavne promjene izvrše na način koji bi i po sadržaju i po društvenoj podršci odgovarao tom pravnom i političkom aktu.

U teoriji ustavnog prava prisutna je opšta saglasnost da je bitna pretpostavka za ustavne promjene postojanje široke saglasnosti relevantnih političkih

činilaca o tome šta i kako treba promijeniti. U našoj realnosti nedostatak tog političkog konsenzusa je prije svega kod vladajućih političkih stranaka. Iza sadržaja i modela ustavnih promjena koje one predlažu najčešće se kriju uski pragmatični i egoistični interesi tih stranaka i njihovih lidera. One su istovremeno podijeljene mnogim svojim ograničenjima, antagonizmima, sujetama i ambicijama, tako da je tu teško očekivati potrebnu saglasnost. Ako se ona pojavno i dogodi, to je onda, ustvari, "fasadni konsenzus", kao rezultat stranačkih i liderskih nagodbi koje naprosto ne mogu ponuditi rješenja koja bi dobila potrebnu podršku građana s cijelog područja Bosne i Hercegovine. A ako se takva njihova nagodba i realizuje, to je onda nametnuto rješenje koje je svugdje "kratkog daha", pogotovo u ovako složenoj organizacionoj i funkcionalnoj strukturi ove naše države i u jako podijeljenom bosanskohercegovačkom društvu (što, ustvari, i jeste naš prvorazredni problem).

Potreba za širokom saglasnošću relevantnih političkih činilaca oko ustavnih promjena nipošto ne znači da je dovoljna samo saglasnost vladajućih političkih stranaka. To nesumnjivo jeste vrlo važno, ali za navedene promjene širi društveni konsenzus podrazumijeva i puno uvažavanje potreba i interesa različitih društvenih grupa: socijalnih, ekonomsko-privrednih, nacionalnih, teritorijalnih, intelektualnih, nevladinog sektora i dr.

U sadašnjem stanju Bosne i Hercegovine svi ovi subjekti, osim vladajućih političkih stranaka, u najboljem slučaju su u drugom planu, često i ignorisani. To je zato što je naša realnost takva da je na djelu "partijska država", sa svim negativnostima koje takvo stanje sa sobom nosi. Štaviše, u jednom letargičnom društvenom stanju pomirili smo se s tim da su nam partije moćne, a državne institucije nemoćne, što neminovno dovodi do gubljenja legitimnosti čitavog sistema.

Navedenom treba dodati i to da su i one političke partije koje ništa ne predstavljaju u biračkom tijelu gotovo redovito predstavljene u državnoj vlasti, tako da se dobija "krivo ogledalo" u kojem se nekad i ne primjećuju one druge, naprijed navedene i mnogo značajnije društvene grupe. Naprotiv, te partije se, manirom tzv. "demokratskog ekstremizma" samoimenuju kao demokratske i društveno značajne, nastupajući kao da imaju masovnu podršku i ostavljajući dojam nedovoljno upućenim (gdje često spadaju i mnogi predstavnici međunarodne zajednice) da su one moćne i društveno uticajne. Istina je, ustvari, takva da s njihovim sadašnjim položajem i tretmanom naprosto nema rješenja, o čemu bi trebalo povesti računa i prilikom predstojećih izmjena izbornih pravila. Te izmjene moraju polaziti od činjenice da je Bosna i Hercegovina na samom evropskom vrhu po broju

političkih partija u odnosu na ukupan broj stanovnika, što je samo po sebi destabilizirajući faktor.[1]

III

Istorijsko iskustvo uvjerljivo potvrđuje da ništa nije slađe od moći bez odgovornosti. Naše stanje je upravo takvo. Moć partijskih centrala i birokratije je enormna, i to upravo zato što se mogu ponašati kako god hoće, a da za to ne odgovaraju. Korupcija i kriminal nisu daleko od njih, a neke je to i ujedinilo, jer su vršenje funkcije vlasti shvatili kao najizdašniju i najsigurniju poziciju za sticanje lične koristi na svaki način, i to bez ili s minimalnom opasnošću da za to mogu odgovarati. Pri tome se obilato pozivaju na demokratski izraženu volju "svog naroda", što im naprosto služi kao plašt iza kojeg vješto prikrivaju svoje stvarno ponašanje i namjere. U tome imaju i dosta uspjeha, jer u društvu očito ne postoji potreban kapacitet svijesti o konstitucionalizmu i vladavini prava kao neophodnim uslovima da demokratija ne bi postala najgori način dolaženja na funkcije vlasti i odlučivanja o javnim i pogotovo državnim poslovima.

Malo se šta tako žarko želi kao demokratija kad je nema, ali se i ništa tako lako ne zloupotrebljava kao ona kad je ima. Pozitivni efekti u odnosu na obje ove situacije (da se prva osigura i da se druga onemogući) moguće je očekivati samo pod uslovom ako su ispunjena već navedena dva uslova – svijest o konstitucionalizmu i o vladavini prava. Naša država upravo to ne ispunjava. Odnosom prema ustavu mi smo uništili konstitucionalizam, a onda je u takvom stanju iluzorno očekivati vladavinu prava.

Značajan dio doprinosa navedenom treba adresirati i međunarodnoj zajednici, kao i mnogim medijima i intelektualcima koji upravo ovakvim nosiocima funkcija političke i državne vlasti izdašno i servilno pružaju svoje logističke usluge. Takođe, pri svemu ovome treba imati u vidu i postojanje jednog "pomiješanog" položaja u politici i u državnim poslovima nacionalne i vjerske

[1] Krajem 2012. godine u Bosni i Hercegovini bilo je evidentirano preko 190 političkih partija, što znači da jedna politička partija dolazi na manje od 20.000 stanovnika. U najvećem broju zemalja svijeta broj političkih partija rijetko je veći od 50, dok je u najrazvijenijim zemljama uglavnom manji od 20 partija. Pri tome je interesantno da u Evropi u tome drastično prednjače države s prostora bivše Jugoslavije, što je, van sumnje, značajan elemenat doprinosa njihovom trajno nestabilnom društvenom stanju. Na to ukazuju i sljedeći podaci: Turska ima 61 političku partiju, Grčka 50, Velika Britanija 12, Rusija 35, Švedska 75, Hrvatska 112, Srbija 90, Crna Gora 45, Makedonija 53 i Slovenija 30 partija.

aktivnosti, gdje je ova posljednja inače i previše na tom političkom terenu. To svakako nikada nije dobro, jer svako treba da vrši svoje poslove, a pogotovo u situaciji kada smo u našoj bliskoj ratnoj prošlosti bili svjedoci da je nacionalizam upravo onda kada je imao izdašnu podršku pojedinih nosilaca vjerskih funkcija bio i najopasniji i najokrutniji.

Samo je imajući u vidu naprijed navedeno moguće shvatiti porazne činjenice koje sada i već dugo karakterišu ukupno društveno stanje u Bosni i Hercegovini. Institucije vlasti su sve od izbora do sada u neprestanoj krizi, s tim što neke još nisu ni formirane, a već je počeo predizborni naboj za naredne izbore, koji redovito više zavađa negoli što predstavlja demokratsku i argumentovanu prezentaciju mjera koje treba da dovedu do poboljšanja stanja. Konkretniji izrazi takvog stanja su: nesporazumi oko implementacije odluke Evropskog suda za ljudska prava u presudi "*Sejdić – Finci*", problemi u vezi s vršenjem sudske vlasti, problemi s izborima i vršenjem vlasti u Gradu Mostaru, odluka o vojnoj i inače državnoj imovini, činjenica da je naprosto stalno neko od nosilaca visokih državnih funkcija predmet istrage i preduzimanja drugih policijskih i tužilačko-sudskih mjera zbog sumnje da je počinio neko krivično djelo, i dr.

Moguće je ovdje navesti još veliki broj loših i opasnih primjera, ali je to naprosto nepotrebno, u svjetlu temeljnih činjenica, kao što su: sve je veće siromašenje građana, država je bez vizije izlaska iz krize i bez programa ekonomskog i socijalnog razvoja društva, procenat nezaposlenosti je dosegao opasne razmjere. Nacionalističkoj isključivosti, neznanju i osionosti velikog broja nosilaca funkcija političke i državne vlasti, od kojih nekima još ni do danas nije isporučen račun za ratna nedjela i poratne pljačke, ovo stanje ne samo da odgovara, nego je u ovako poroznom pravnom sistemu izgledan način da se i ne suoče s tom odgovornošću.

Ovdje treba ukazati i na to da se kod nas od strane vladajućih političkih struktura stalno nameće teza da jedni hoće promjene, a da drugi hoće da zadrže postojeće stanje. Ovo je naprosto lažna podjela. Oni i jedni i drugi istovremeno žele i promjene i da zadrže postojeće stanje – da zadrže ono što njima odgovara i gdje su dominantni i da mijenjaju ono što im ne odgovara i gdje žele da budu dominantni. U sadašnjem ukupnom stanju u Bosni i Hercegovini ne zna se koji su opasniji po njenu budućnost. Rezultat i jednog i drugog ponašanja je, ustvari, isti – nikud smjesta.

Nije sporno da se Bosna i Hercegovina nalazi u ustavnoj krizi, s tim što se mora biti svjestan činjenice da je ona samo spoljni izraz dugotrajne i duboke političke krize njenog jako podijeljenog društva. To onda samo potvrđuje zaključak da su ustavne promjene prije svega političko, pa tek onda pravno

pitanje. U takvom kriznom stanju za iole značajne promjene, pogotovo za ustavne promjene, apsolutno je neophodna pretpostavaka postojanje bazičnog društvenog konsenzusa. Ukoliko takav konsenzus ne postoji, uzaludne su sve načelne priče o potrebi tih promjena. Mi upravo imamo takvo stanje, a to znači da nema ni minimalne saglasnosti o bilo kom pravcu izlaska zemlje iz krize, pa se onda s razlogom postavlja pitanje kako se uopšte može i očekivati saglasnost oko ustavnih promjena, za koje je u svakom sistemu inače propisan postupak vrlo složene pa i dugotrajne procedure.

S obzirom na navedeno, ustavne promjene koje se donose uz saglasnost velikog broja političkih stranaka, a koje se inače ideološki i programski veoma razlikuju (što je naša realnost), neminovno moraju podrazumijevati kompromis i odstupanje od idealnih rješenja. Istina, takva rješenja u složenoj društvenoj realnosti i ne postoje, osim što određena politička partija svoje prijedloge može smatrati takvima. No, takva rješenja bi, van sumnje, bila jednostrana, pa onda i slaba i opasna. Stoga se u postupku traženja rješenja za ove promjene mora voditi računa ne samo o onome što bi bilo korisno i potrebno, nego i o realnom stanju odnosa u društvu i o mogućnosti da se o njima postigne saglasnost.

Početni korak koji treba preduzeti, a da bh. društvo i pogotovo njegov ustavni sistem ne bi došli u potpunu blokadu iz koje bi izlazak bio neizvjestan, jeste da prestane razarajuća retorika i jezik mržnje koji su ophrvali pretežan broj i nosilaca funkcija vlasti i medija. Bez tog koraka ovaj opasni smjer samo može proizvoditi dalje ubrzavanje negativnih posljedica u svim segmentima društva. A o popravljanju ustavnog sistema Bosne i Hercegovine u takvom stanju nema ni govora.

Konstatacija iz prethodnog pasusa o "*popravljanju ustavnog sistema*", po mom mišljenju, u sadašnjim uslovima je limit. Za sve promjene iznad "*popravljanja*" potrebno je mnogo bolje stanje od sadašnjeg u ukupnosti bosanskohercegovačkog društva. To znači da se sada nalazimo u takvoj situaciji u kojoj su za nas i mali koraci veliki koraci. Ali kod nas nema spremnosti ni za te takve korake, za što postoji veliki broj primjera. Stoga je naprosto neizbježno to što imamo ne samo stanje stagnacije, nego i stanje permanentnih konflikata i stvaranje jedne atmosfere da se sav život sastoji od ispolitiziranih slučajeva za koje su uvijek krivi oni "drugi". Riječju, uz međunarodno priznanje države, što smo već davno stekli, nama je još više potrebno međusobno unutrašnje priznanje i istinsko ponašanje da je za njen opstanak potrebno permanentno doprinositi ravnopravnosti i pojedinca i kolektiviteta, u čemu je jako malo i spremnosti i iskrenosti. Stoga ne treba da čudi što ne napredujemo nego što u mnogo čemu i nazadujemo. Treba podsjetiti bar na neke od takvih primjera.

Već nekoliko godina je prisutna opstrukcija sudske presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Sejdić – Finci*, iako je njeno poštovanje i izvršavanje bez odlaganja naša izričita međunarodna obaveza. Uz to, ovdje je u ponašanju vladajućih političkih partija, njihovih lidera i većine medija prije svega prisutna manipulacija ovom presudom, usmjerena ili na postizanje nekih svojih uskih i parcijalnih interesa ili na prikrivanje teškog stanja u svim segmentima društva. Tome doprinose i mnogi predstavnici međunarodne zajednice, kojima ovo nije prvi put da, činovnički izračunavši čime mogu opravdavati svoje prisustvo u Bosni i Hercegovini, sve probleme u ovoj državi svedu na pojedino pitanje, stvarajući atmosferu da će njegovim rješavanjem sve biti riješeno.

Ovim samo potvrđujemo naše destruktivno ponašanje koje smo više godina uporno pokazivali i prema diskriminatorskom položaju samih konstitutivnih naroda. Treba se sjetiti da je bilo prošlo preko dvije godine od donošenja odluke Ustavnog suda BiH iz 2000. godine, da njihova konstitutivnost mora postojati na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine, a da nijedan organ državne vlasti i nijedna vladajuća politička partija nisu ni pomenuli da je potrebno tu odluku izvršiti. Onda ih je visoki predstavnik "zaključao" (ovo može i bez ovih navodnika) u svom uredu sve dok nisu pristali na definisane formulacije sadržaja tih ustavnih promjena i na izvršenje "domaćeg zadatka" da to bez odlaganja i bez mijenjanja utvrđenog sadržaja unesu u entitetske ustave. Ali, i pored tog pristanka, nisu to uradili, nakon čega je visoki predstavnik te dogovorene formulacije svojom odlukom proglasio izvršenim ustavnim promjenama.

Da je kod vladajućih struktura u ovoj državi postojala elementarna briga za stabilnu budućnost Bosne i Hercegovine, kao i da je kod njih postojao minimum morala i samo toliko poznavanje naših međunarodnih pravnih obaveza, ne bi ni bilo potrebno da nas međunarodna zajednica na ovo nagoni i pravno obavezuje. Umjesto toga, samo se pod tim pritiskom pristalo da iz našeg pravnog sistema ukloni postojanje dvije pravno potpuno različite kategorije građana u svakom konstitutivnom narodu, kao i da uklonimo rješenje po kojem jedan broj naših građana (iz kategorije "Ostali") ne može ni da se pozove na svoje pasivno biračko pravo da im je dostupna svaka funkcija u društvu. No, treba reći i to da je i taj pristanak dvoličan, jer je prva promjena koja se tiče konstitutivnih naroda već preko decenije uglavnom ostala *nudum ius* ("golo pravo"), a tako će biti (i još više) i s presudom Evropskog suda za ljudska prava u predmetu "*Sejdić – Finci*". Nijedna vladajuća struktura i ne pomišlja da su te promjene u funkciji ravnopravnosti naroda i da je njihova obaveza da ih osiguraju upravo tamo gdje je njihova vlast dominirajuća, nego im ovo služi samo za to da jedni

druge optužuju da to ti "drugi" ne poštuju, iako se na svim stranama ta simbolična zastupljenost konstitutivnog naroda koji je u manjini od svega nekoliko procenata međusobno i ne razlikuje.

Vrlo je ilustrativan i primjer koji se odnosi na proširenje nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine, koje je izvršeno kao rezultat ustavne mogućnosti da će, pored tim aktom već izričito utvrđenih nadležnosti, ove institucije takođe, *"preuzeti i nadležnost i druge poslove o kojima se entiteti dogovore"* (tzv. *dodatne nadležnosti* iz člana III 5. Ustava BiH). Pod uticajem i pritiskom međunarodne zajednice tako prenesene značajne nadležnosti se već godinama obavljaju od strane organa državne vlasti Bosne i Hercegovine, ali one još ni do danas nisu unesene u Ustav Bosne i Hercegovine. Kao posljedica toga, često se ponavlja zahtjev da se neke od tih nadležnosti vrate entitetima. Ovakav zahtjev ne bi bio moguć da su one unesene u ustavni tekst, za što su, van sumnje, postojali uslovi neposredno nakon navedenog dogovora o preuzimanju tih nadležnosti. Bez toga, ljutio se ko ili ne, sve se to još uvijek bazira samo na *dogovoru.*

Kakav je odnos prema ustavnim obavezama jasno pokazuje i činjenica da je Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine već preko pet godina bez sudijskog sastava koji bi omogućavao normalan rad ovog organa. Uz to, u ovom cijelom periodu (sve do sada i koliko još dugo) iz navedenog razloga uopšte se ne mogu rješavati predmeti koji se odnose na pitanja iz oblasti "zaštite vitalnog nacionalnog interesa pojedinog konstitutivnog naroda", a čija je važnost i hitnost rješavanja u kratkom roku izričito Ustavom predviđena. Ovdje se radi o zakonima čije je donošenje valjda bilo nesporna društvena potreba. To je i dalje na čekanju, jer su u proceduri njihovog donošenja nacionalni sastavi nadležnih zakonodavnih organa imali suprotstavljene stavove. Rezultat je porazan – nisu doneseni zakoni koji su bili potrebni, a konfrontirani nacionalni stavovi godinama doprinose stvaranju štetne klime u tim odnosima. To se može obrazložiti samo svjesnom opstrukcijom parlamentarnih stranaka koja je motivisana ili uskim nacionalnim interesima ili "stranačkim nepotizmom". Pri ovome je posebno interesantno i porazno ponašanje međunarodne zajednice i naročito visokog predstavnika. Godinama se nisu ni oglasili upozorenjem da nepopunjavanjem potrebnog personalnog sastava Ustavnog suda nadležni organi postupaju suprotno Ustavu, da bi tek u posljednje vrijeme, kad je faktički došlo do potpune blokade u vršenju vlasti, na tome insistirali. Takvim svojim odnosom i oni neminovno snose odgovornost za višestruko štetne posljedice koje takvo stanje proizvodi, s tim što istovremeno dopuštaju da vješti domaći manipulatori to pitanje i dalje ne rješavaju.

IV

Do sada je bilo više pokušaja da se izvrše određene ustavne promjene. Svi ti pokušaji su imali istu zajedničku karakteristiku – zbog samog načina na koji se tom najodgovornijem društvenom poslu prišlo, od početka je bilo jasno da oni ne mogu uspjeti. Sve je to uvijek bilo bar uz podsticaj subjekata koji se mogu podvesti pod onaj evazivni pojam "međunarodna zajednica". To se najčešće svodilo na "restoranske dogovore" lidera određenih političkih partija. A to su, ustvari, oni koji se ni o čemu ne mogu sporazumjeti i čija je inače svakodnevna retorika svađalačka i uvredljiva. Takođe, na taj način su potpuno ignorisani organi državne vlasti koji po samom Ustavu moraju biti nosioci ukupnog procesa ustavnih promjena, kao i mnogi drugi društveni subjekti i iz oblasti nauke i iz raznih drugih struktura ukupnog društva. Bez ikakvog efekta su ostali i oni pokušaji pojedinih stranih funkcionera na službi u Bosni i Hercegovini koji su se, u svojoj umišljenosti o samodovoljnosti, upuštali u posao koji i ne pripada njihovoj funkciji, ignorišući pri tome sve domaće subjekte – njihovu nadležnost i odgovornost, njihovo znanje i njihovo pravo i interes da budu aktivni sudionici kreiranja rješenja i stanja od kojih zavisi njihova egzistencija i njihova budućnost.

Promjene u ustavnom sistemu Bosne i Hercegovine su, van sumnje, potrebne, s tim što je nužno da se za to ispune određene pretpostavke. Osnovna je svakako da se cijeli tok tog procesa vrati u institucije sistema, tj. da ga vode i usmjeravaju oni državni organi čija je to izričito utvrđena ustavna nadležnost. To nipošto ne znači dovođenje u pitanje i pogotovo isključivanje vrlo važne uloge političkih partija u tom procesu, kako je, nažalost, do sada postupano s nadležnim organima državne vlasti. Pri tome treba napomenuti da je prosto neshvatljivo zašto su ovi organi na to pristajali, jer samo takvo njihovo ponašanje znači nevršenje svoje nadležnosti, što neminovno podrazumijeva i njihovu odgovornost za to (bar političku i moralnu). Jedino racionalno objašnjenje ovakvog njihovog ponašanja može biti činjenica da je Bosna i Hercegovina zaista "partijska država", u kojoj se o državnim poslovima mnogo više odlučuje u partijskim centralama nego u nadležnim institucijama državne vlasti (gdje se često samo u završnoj fazi donosi odluka onako kako je to odlučeno u navedenoj centrali). Treba skrenuti pažnju i na to da je ovakva skoro dvodecenijska praksa dovela do nemoći i do neautoritativnosti državnih institucija, kada je iluzorno očekivati realno potrebnu i moguću vladavinu prava i demokratske odnose u društvu.

U proces ustavnih promjena nužno je od početka na odgovarajući način uključiti sve relevantne društvene subjekte, s tim što državni organi nadležni za te promjene uvijek moraju biti oni koji to usmjeravaju i o tome

odlučuju. Kod ovog uključivanja posebno mjesto treba da imaju stručne i naučne institucije. Razlog za to nije samo u njihovoj kompetentnosti, nego i u činjenici što su se vladajuće političke partije osvjedočile da su nesposobne za to. Jeste činjenica da su one sveprisutne u svemu, pa i u sferi prava, tako da su od Bosne i Hercegovine napravili partokratsku državu koja kao takva naprosto mora biti daleko od vladavine prava. Ako se te partije o nečemu i dogovore, onda se to sve završava ili brzim raskidom ili "sijanjem" protokolarnog, pa i normativnog optimizma. Nažalost, one su svjesne da je to zavodljivo za mase, tako da se, uz totalnu kontrolu nad javnim i institucionalnim životom, primjena tog dogovorenog ili normiranog svodi na njihovu slobodnu dnevno-političku procjenu svrsishodnosti, što može biti porazno za stanje ustavnosti i zakonitosti. Stoga bi ovim partijama njihovo elementarno odgovorno ponašanje nalagalo da u ovoj složenoj društvenoj situaciji u kojoj se Bosna i Hercegovina nalazi same budu inicijatori primarne i široke uključenosti nauke u ovaj proces. Njeni kadrovi bi, van sumnje, lakše došli do određenih rješenja za potrebne, ali u datoj realnosti i moguće ustavne promjene, prije svega do onog bazičnog konsenzusa o tome šta bi i kako bi trebalo mijenjati, nakon čega i svim drugim subjektima ostaje puna mogućnost uticaja i doprinosa u tom procesu, ali sada ovdje suočenim s idejama i prijedlozima koji u sebi imaju kompetentnost i autoritativnost njihovih autora (nauke). No, takvo angažovanje poslenika u odgovarajućim naučnom oblastima mora biti rezultat jasnog zahtjeva državnih organa koji su po ustavu nadležni za ustavne promjene, s tim što bi pri tome oni morali pokazati punu širinu i odgovornost, kako se taj personalni sastav iz nauke ne bi reducirao na partijske poslušnike, kakvih je, istini za volju, previše i u samim njenim institucijama.

Činjenica je da bi sadašnje stanje u Bosni i Hercegovini zahtijevalo da se određene promjene u njenom ustavnom sistemu uistinu izvrše bez odlaganja. Ali, nipošto ne bi trebalo insistirati da to bude u predizbornom periodu. To su periodi kada inače ukupan politički i društveni ambijent nije pogodan za to. Takvo stanovište se odnosi i na one države koje su daleko odmakle u vladavini prava i u demokratizaciji ukupne društvene strukture, jer i u njima predizborni periodi nisu lišeni uzavrele političke atmosfere koja je nepovoljna za tako krupne društvene odluke. Da je to tako, uvjerljiv je dokaz to da je u nekim državama samim ustavom izričito određeno da se ustavne promjene ne mogu vršiti u tzv. "*vanrednim situacijama*", među kojima su i kalendarske godine u kojima se održavaju izbori.

U predstojećim ustavnim promjenama trebalo bi da početni zadatak bude da se ustavno definišu tzv. "dodatne nadležnosti" institucija Bosne i Hercegovine koje su preuzete na osnovu dogovora entiteta (član III 5. Ustava

BiH) i koje se već godinama obavljaju od strane državnih organa BiH. U protivnom, ako ostane sadašnje stanje, one će i dalje biti dovođene u pitanje, što će neminovno rezultirati nesporazumima i otežavanjem vršenja vlasti, pa i u onim oblastima koje su u Ustavu izričito navedene kao nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine.

Teško je vjerovati da u sadašnjoj bosanskohercegovačkoj realnosti postoji spremnost za i najmanje širenje nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine. Ne osporavajući potrebu određenih preciziranja i u vezi s tim, smatram da je i sadašnji njihov kapacitet solidna ustavna osnova u tom domenu. Mnogo je veći problem na drugoj strani, koji se, nažalost, vrlo malo primjećuje i u politici i u nauci. Konkretno, i prema pravnoj teoriji i prema praksi (istorijskoj i komparativnoj), jedno od načelnih pravila vršenja državne vlasti jeste da onaj nivo te vlasti koji ima nadležnost za zakonsko regulisanje određenih društvenih odnosa treba da bude nadležan i za odgovarajuće staranje (u složenim državnim zajednicama primarno kontrolno) u domenu njihovog izvršavanja, kao i za preduzimanje mjera odgovornosti prema onima koji ta pravila ne izvršavaju ili ih izvršavaju suprotno od propisanog. U našem ustavnom sistemu upravo je u tome najveća praznina. Institucije državne vlasti na nivou Bosne i Hercegovine imaju ustavni osnov značajnog kapaciteta za donošenje zakona, s tim što se vrlo često tu i završava njihova nadležnost u vršenju te vlasti. Jer, kontrola njihovog izvršavanja (a propisi se donose da bi se izvršavali) i odgovornost u vezi s tim naprosto u većini slučajeva u potpunosti zavise od ponašanja entitetskih (i kantonalnih) vlasti, a bez uključivanja u to institucija Bosne i Hercegovine.

U vezi s naprijed navedenim treba posebno imati u vidu činjenicu da u Bosni i Hercegovini 14 zakonodavnih organa donosi zakone kojima se u najvećem broju slučajeva regulišu isti društveni odnosi (nivo BiH, dva entiteta, deset kantona i Brčko distrikt). To svakako nema opravdanje i samo po sebi proizvodi mnoge probleme. To je očito u sukobu s principima racionalnosti, efikasnosti i podnošljive finansijske opterećenosti društva, s tim što se negativni efekti takvog stanja ne iscrpljuju u tome. Dovoljan argumenat za ovu tvrdnju je činjenica da samo u Federaciji Bosne i Hercegovine postoji (ili po Ustavu može postojati) deset zakona o, na primjer, visokom obrazovanju, zdravstvenoj zaštiti i dr. Takvo zakonsko stanje ne samo da nije potrebno građanima, nego je na liniji dovođenja u pitanje njihovog ustavom proklamovanog ravnopravnog položaja u ostvarivanju i zaštiti prava koja se regulišu tim propisima. Ne radi se ovdje samo o prenormiranosti društvenih odnosa (što je već samim tim višestruko štetno), nego o mogućnosti (i stvarnosti) da se ti odnosi nekada i sadržinski različito normiraju, i to ne kao rezultat neke specifičnosti lokaliteta na kojem se ti propisi primjenjuju.

To onda proizvodi stanje neopravdanih razlika u pravima građana koje neminovno dovodi do narušavanja njihovog ustavnog prava na ravnopravan položaj u njihovom ostvarivanju i zaštiti. Jer, ako u istoj državi razlike u pravima njenih građana zavise samo od toga u kojem dijelu njene teritorije oni žive, onda već to samo po sebi dovodi do povrede njihovih ustavom i međunarodnim aktima garantovanih ljudskih prava.

Problemi našeg normativnog pravnog sistema nisu samo u navedenom. Naime, u našem konkretnom stanju još neizgrađene države i naglašeno podijeljenog društva, gdje ne postoji potrebna kontrola šta se normira i kako se normira i kontrola kako se to normirano izvršava i primjenjuje, ne treba uopšte da iznenađuje činjenica da se u našim zakonima, drugim propisima i opštim aktima nalazi veliki broj neustavnih i nezakonitih rješenja. A onda u izvršavanju tih propisa takva rješenja se primjenjuju i moraju primjenjivati, s vrlo ograničenim pravnim mogućnostima da se spriječi primjena tih protivpravnih rješenja u njima i da se ona uklone iz pravnog života.

Ovdje je važno naglasiti da u pravnoj nauci postoji opšta saglasnost o tome da se povreda čovjekovog ustavnog prava uvijek povećava srazmjerno povećanju nivoa primijenjenog propisa koji sadrži protivpravno rješenje u ukupnoj hijerarhiji pravnih akata, odnosno povećanju položaja organa koji primjenjuje takav propis u hijerarhiji svih državnih organa. Konkretnije, što je pravni akt koji se primjenjuje na višem nivou u hijerarhiji tih akata, odnosno što je organ državne vlasti koji primjenjuje taj akt na višem nivou u hijerarhiji tih organa, sve je teže otkloniti moguću neustavnost i nezakonitost s kojom je suočen građanin u ostvarivanju i zaštiti tog svog prava. Ovdje treba navesti i to da takvo stanje u zakonu kao centralnom pravnom aktu visoke pravne snage u svakom pravnom sistemu, odnosno takvo protivpravno postupanje hijerarhijski visoko pozicioniranog državnog organa ima i dodatnu vrlo štetnu posljedicu – u tome što hrabri i sve druge da se tako ponašaju ("ako mogu oni, što ne možemo i mi").

Slijedeći navedeno, ako neustavnost postoji u samom zakonu, odnosno nezakonitost u drugim propisima i opštim aktima, onda i svaka njihova svakodnevna primjena na konkretne pravne situacije ima isti karakter. Zbog toga u svakom pravnom sistemu i postoji veliki broj instrumenata i instituta kojima se to onemogućava, gdje zaštita ustavnosti i zakonitosti od strane ustavnih sudova ima poseban značaj. No, taj cijeli instrumentarij zaštite prava treba segmentirano posmatrati.

Afirmacija principa vladavine prava i demokratizacija društvenih odnosa u savremenom svijetu doveli su do toga da svako o čijem se pravu radi i konkretno odlučuje ima ustavno pravo na žalbu protiv odluke koja je

donesena u prvom stepenu. To je ustavom garantovani minimum u odnosu na svaku takvu odluku koju proizvodi pojedinačni pravni akt, nakon čega je, srazmjerno značaju društvenog dobra koje se štiti, predviđen i veliki broj drugih pravnih lijekova i u upravnom i u sudskom postupku koji su u toj funkciji. S određenim slabostima i nedosljednostima, takvo pravno stanje postoji i u našem pravnom sistemu onda kada su u pitanju pojedinačni pravni akti.

Ali, za razliku od navedenog, naš sistem zaštite ustavnosti u slučaju neustavnog zakona i zaštite zakonitosti u slučaju nezakonitosti drugog propisa i opšteg akta je daleko i ispod minimuma potrebne zaštite ovih ustavnih principa. Istovremeno, ako je njihova kvalitetna zaštita u samom vrhu zahtjeva svakog pravnog sistema, onda je to iz već navedenih razloga i slabosti u našem pravnom sistemu naprosto neuporedivo potrebnije. No, postojeće stanje je daleko od toga pa, s obzirom na to da su vrlo skromni izgledi i za minimalne promjene u drugim područjima važećih ustavnih rješenja (bez obzira na silnu energiju koja je u tom smislu do sada uložena), bilo bi nužno i ima puno društveno opravdanje da se u narednom periodu u prvi plan stave promjene važećih ustavnih rješenja koja se odnose na zaštitu principa ustavnosti i zakonitosti i, još konkretnije, na ustavni položaj i ovlašćenja ustavnog sudstva u Bosni i Hercegovini.

Važeća ustavna rješenja o Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine i o Ustavnom sudu Federacije Bosne i Hercegovine iz više razloga su slaba ili neodgovarajuća za državni sistem Bosne i Hercegovine – za očuvanje njene institucionalne i funkcionalne stabilnosti i primjerene zaštite ustavnosti i zakonitosti i vladavine prava. Što se tiče samih ustavnih rješenja o Ustavnom sudu Republike Srpske, tu je, van sumnje, stanje znatno bolje, i to iz prostog razloga što su to gotovo doslovno preuzeta rješenja o ustavnom sudstvu u bivšoj Jugoslaviji, a koja su bila vrlo uporediva i s ustavnim rješenjima onih evropskih država koje imaju najrazvijeniju ustavnosudsku zaštitu. U čemu se izražavaju ovi problemi?

Ustavni sudovi u svim državama gdje oni postoje (njihov broj se inače stalno povećava) postoje prije svega da bi cijenili i osiguravali ustavnost zakona i ustavnost i zakonitost drugih propisa i opštih akata. Ako to nije njihova primarna ustavna funkcija, onda je pitanje da li su oni uopšte i potrebni, jer sve ostalo mogu uspješno vršiti i drugi državni organi (prije svega organi sudske vlasti).

U našem ustavnom sistemu Ustavni sud Bosne i Hercegovine je nadležan za ocjenu ustavnosti entitetskih ustava i entitetskih zakona, dok ocjenu saglasnosti entitetskih zakona sa zakonom Bosne i Hercegovine može vršiti

samo onda kada to od njega zatraži određeni sud, i to pod uslovom da njegova odluka u konkretnom predmetu zavisi od toga. U svim drugim slučajevima on nema ovlašćenje za ocjenu zakonitosti bilo kog opšteg pravnog akta. Ne sporeći druge nadležnosti ovog suda, ovako reducirana nadležnost za ocjenjivanje zakonitosti drugih propisa i opštih akata, s jedne strane, te činjenica da se u ukupnom broju predmeta o kojima ovaj organ odlučuje u toku jedne godine preko 99% odnosi na tzv. njegovu apelacionu nadležnost nad presudama drugih sudova (do koje inače može doći samo pod uslovom da su prije toga iscrpljeni svi pravni lijekovi u tom konkretnom predmetu), s druge strane, nesumnjivo ukazuje na slab nivo zaštite ustavnosti i zakonitosti u inače prenormiranom pravnom stanju u Bosni i Hercegovini.

Navedeno slabo stanje je rezultat i izuzetno reduciranog broja subjekata koji su ovlašćeni za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti navedenih pravnih akata pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine. To su: članovi Predsjedništva Bosne i Hercegovine, predsjedavajući Ministarskog vijeća, predsjedavajući ili njegov zamjenik u vijećima Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, ¼ članova vijeća ovog zakonodavnog organa, te ¼ članova bilo kog zakonodavnog vijeća nekog entiteta. Ovo, drugim riječima kazano, znači da su za ovlašćene pokretače ovih postupaka pred Ustavnim sudom predviđeni u osnovi samo oni subjekti koji su, na ovaj ili onaj način, učestvovali u postupku donošenja određenog zakona, pa se najčešće postavlja logično pitanje zašto bi oni i osporavali propis u čijem su donošenju participirali.

Vrlo je slična situacija i s ocjenom pravne valjanosti propisa u Federaciji Bosne i Hercegovine. I tu Ustav predviđa samo ocjenu ustavnosti kantonalnih ustava, federalnih i kantonalnih zakona, te drugih propisa organa federalne, kantonalne, gradske i opštinske vlasti. Istovremeno, Ustav ne predviđa ocjenu zakonitosti kantonalnih zakona i drugih propisa i opštih akata koji su doneseni na svim nivoima vršenja vlasti u Federaciji Bosne i Hercegovine. Ovakvo rješenje je potpuno neprihvatljivo, jer se upravo tim aktima najčešće stvaraju protivpravna stanja, posebno zato što se prekoračuju granice zakonskog ovlašćenja ili što se u razradi i detaljisanju određenog zakonskog rješenja postupa drugačije od njegovog pravog sadržaja i smisla.

Poseban problem u vezi sa zaštitom ustavnosti i zakonitosti u Federaciji Bosne i Hercegovine je u tome što Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine ne može cijeniti pravnu valjanost opštih pravnih akata kompanija i drugih privrednih subjekata, kao ni drugih organizacija i institucija koje nemaju karakter državnih organa, odnosno koje su iz tzv. nevladinog sektora (društvene organizacije, udruženja građana, fondacije i dr.). Time je značajan dio pravno regulisanih društvenih odnosa, i to često onih koji su za građanina

od prvorazredne važnosti (akti organa zdravstvenog, penzijskog i invalidskog osiguranja, poštanskog saobraćaja, elektrodistribucije, komunalnih usluga i dr.) ostao bez ustavnosudske kontrole i zaštite. Nije pretjerano reći da, kako god ovi organi normiraju određena prava građana, takve norme se mogu nesmetano primjenjivati bez obzira na njihovu pravnu valjanost, s obzirom na to da nije predviđena institucionalna, ustavnosudska zaštita da se iz tih akata eliminišu ta neustavna i nezakonita rješenja, odnosno da se takvi akti stave van pravne snage.

S obzirom na to da postupak pred Ustavnim sudom Federacije Bosne i Hercegovine mogu pokrenuti samo subjekti koji su za to izričito ovlašćeni Ustavom Federacije, u ovom aspektu ustavnosudske kontrole i zaštite pred ovim organom prisutni su isti problemi koji postoje i u vezi s pokretanjem postupka pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine. Konkretnije, i ovdje je to mali broj onih subjekata koji najčešće i nemaju interes da pokreću postupak ocjene ustavnosti određenog zakona ili drugog propisa, s obzirom na to da su u pravilu na neki način bili akteri u proceduri njihovog donošenja. Radi se u osnovi o najužem krugu nosilaca čelnih funkcija u federalnoj i kantonalnoj izvršnoj vlasti, odnosno o određenim subjektima iz sastava federalnog ili kantonalnog zakonodavnog organa koji je i donio dotični propis.

Polazeći od naprijed izloženog o ustavnosti i zakonitosti i o ustavno sudskoj kontroli u vezi s tim, promjene važećih ustavnih rješenja u ovom domenu nameću se kao neophodne. To bi trebalo da podrazumijeva da je potrebno ustavom propisati da svi zakoni, drugi propisi i opšti akti koje donose organi javne vlasti moraju biti u skladu s ustavom, te da svi podzakonski akti moraju biti u skladu sa zakonom. Ovo, van sumnje, mora biti dominantna nadležnost i praksa ustavnih sudova. Takođe bilo bi potrebno predvidjeti da određena vlada, u skladu sa svojim nadležnostima, ima pravo da do odluke ustavnog suda obustavi od izvršenja određeni propis odnosno opšti akt, uz obavezu da bez odlaganja pred ustavnim sudom pokrene postupak ocjene njegove ustavnosti i zakonitosti. Isto tako, bilo bi potrebno dati ustavno ovlašćenje vladi da, u skladu sa svojim nadležnostima, neposredno osigurava izvršavanje zakona i drugih propisa iz nadležnosti njenog nivoa vršenja državne vlasti, ukoliko to ne radi organ koji je inače nadležan za primjenu i izvršavanje tog akta.

Ono što se nameće kao neophodno je da se i krug ovlašćenih predlagača pokretanja postupka pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine i pred Ustavnim sudom Federacije Bodne i Hercegovine znatno proširi. Uz već ustavom predviđene subjekte koji imaju ovo ovlašćenje, ima puno razloga da i opštinska i gradska vijeća, kao i opštinski načelnici i gradonačelnici (pored

ovlašćenja da budu pokretači postupka u zahtjevima za zaštitu prava na lokalnu samoupravu), mogu biti i pokretači postupka za ocjenu ustavnosti i zakonitosti propisa i akata za koje smatraju da povređuju ustavni položaj i prava opštine odnosno grada. Takođe, ovo pravo bi trebalo da imaju i ostale organizacije i zajednice onda kada smatraju da određeni opšti pravni akt ugrožava njihova ustavna prava. Puno je razloga i za ustavno rješenje po kojem bi i sam ustavni sud bio ovlašćen za pokretanje postupka ocjene ustavnosti zakona odnosno ustavnosti i zakonitosti drugih propisa i opštih akata. Ovo stoga što ovaj organ kroz svoju praksu (radeći svakodnevno na predmetima ocjene ustavnosti i zakonitosti) dolazi do saznanja da bi u odnosu na određeni opšti akt s razlogom trebalo u propisanom postupku ocijeniti pravnu valjanost njegovih određenih odredaba. Takva rješenja postoje u ustavima više država.

S razlogom treba ukazati i na to da bi bilo potrebno preispitati sadašnja rješenja i praksu načina izbora sudija ustavnih sudova, kao i uslova koji su za to potrebni. Uporednim uvidom u takva rješenja drugih država uočljivo je da ona nisu jednoobrazna, s tim što se kod svih očito polazi od toga da ustavni sud spada među najviše organe državne vlasti, s tako značajnim nadležnostima da bi u postupku izbora njegovih sudija trebalo da na određeni način učestvuju najviši organi i zakonodavne i izvršne i sudske vlasti. Konkretnije, to bi značilo da, pored zakonodavnog organa koji inače kod najvećeg broja država bira ili potvrđuje izbor ovih sudija, u taj postupak treba da budu uključeni i organi izvršne vlasti (Predsjedništvo BiH/predsjednik entiteta i vlada), Ustavni sud i najviši organ sudske vlasti (zajednička sjednica Suda Bosne i Hercegovine, odnosno zajednička sjednica entitetskog vrhovnog suda). Visoko sudsko i tužilačko vijeće trebalo bi da bude ovlašćeno za provođenje konkurske procedure i utvrđivanje rang liste, koju bi onda dostavljalo navedenim organima. Ima puno opravdanje da se sva ta procedura i ovlašćenja ovih organa u postupku izbora sudija propiše posebnim ustavnim zakonom, kao aktom koji se inače donosi po posebnom, složenijem postupku.

Navedenim ustavnim zakonom trebalo bi normirati i ostala važna pitanja o ustavnom sudu. Kad su u pitanju njegove sudije, to bi trebalo da obuhvati i razrađene uslove koje oni moraju da ispunjavaju prilikom izbora. Oslanjajući se i na rješenja u drugim ustavnim sistemima, to bi značilo da bi, pored najviših stručnih i moralnih kvaliteta, trebalo propisati vremensko ograničenje njihovog mandata na određeni period (9–12 godina), da imaju značajno iskustvo na pravnim poslovima (ne manje od 15 godina), te da ne mogu biti izabrani ispod određenih godina života (najmanje 40 godina). Sadašnja rješenja u našem ustavnom sistemu dovode do gotovo

karikaturalnih situacija da sudija ustavnog suda može biti izabran i s vrlo skromnim stručnim iskustvom, te da na toj funkciji može ostati i preko 30 godina. Ovo je naprosto nespojivo s ustavnom funkcijom ustavnog suda.

Na kraju treba posebno naglasiti da su određene promjene u našem ustavnom sistemu zaista potrebne. One su to bile i znatno ranije, ali do njih nije došlo. Istina, i do sada je više i domaćih i stranih pojedinaca i grupa nudilo svoje koncepte ustavnih promjena, s tim što su oni najčešće bili nekonzistentni, a često i s protivrječnim ili nerealnim i megalomanskim zahtjevima. Nekada su oni djelovali kao spisak želja za koji se unaprijed znalo da neće biti prihvaćen. Uz to, iako bi ta rješenja trebalo da imaju širinu cijele Bosne i Hercegovine, njihovi autori, nudeći ih, često su optuživali (ponekad i vrijeđali) one bez čije se saglasnosti te promjene ne mogu izvršiti. Takođe, kada čovjek i ne bi znao ko ih predlaže, najčešće bi po samom njihovom sadržaju mogao prepoznati iz koga je entiteta, političke partije pa i naroda njihov autor. Umjesto toga, ustavne promjene moraju biti rezultanta što sigurnije procjene šta je potrebno i šta je moguće. U našem sadašnjem stanju posebno treba imati u vidu ovaj drugi zahtjev. Jer, ako se tu izgubi mjera, postoji opasnost da propadnu i one promjene koje je bilo moguće provesti. To znači da je u uslovima našeg sadašnjeg nestabilnog političkog i ukupnog društvenog stanja za uspješnu realizaciju ustavnih promjena (makar one bile i skromne) ključna pretpostavka da se o tome postigne bazični konsenzus, pa da se onda na toj osnovi snagom argumenata i imajući razumijevanje za drugačija mišljenja, interese i potrebe dođe do rješenja prihvatljivih za sve subjekte tog konsenzusa. Sve ovo treba da se odvija u institucijama sistema koje su po ustavu nadležne za ove promjene, pri čemu bi trebalo da njihov prvorazredni zadatak bude to da u ovaj odgovorni društveni posao značajno uključe institucije nauke i što širi krug svih ostalih relevantnih društvenih subjekata.