UDC 34 ISSN 0581-7471

Godišnjak

PRAVNOG FAKULTETA U SARAJEVU

LVII

2014.

Sarajevo, 2014.

Godišnjak

PRAVNOG FAKULTETA U SARAJEVU

LVII
2014.

UDC 34 ISSN 0581-7471

GODIŠNJAK PRAVNOG FAKULTETA UNIVERZITETA U SARAJEVU
LVII – 2014.

YEARBOOK OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF SARAJEVO
LVII – 2014

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 Oruč

Tekstove na engleski preveo
Sanjin Oruč

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

Dr. Enver Ajanović
REFORMA ZAKONÂ O UPRAVNOM POSTUPKU
U INSTITUCIJAMA BiH I FEDERACIJI BiH 9

Mr. Mehmed Bećić
PRIMJENA MEDŽELLE U POSTOSMANSKOJ
BOSNI I HERCEGOVINI 51

Dr. Enes Durmišević
ISLAMSKI KORIJENI AHDNAME 67

Dr. Amila Ferhatović
TEORIJE O POKUŠAJU KRIVIČNOG DJELA 79

Dr. Jasminka Gradaščević-Sijerčić
PRAVNA STEČEVINA EU U OBLASTI RADNIH ODNOSA 101

Dr. Edin Halapić
VRHOVNI SUD BOSNE I HERCEGOVINE 133

Dr. Aleksandar Jakšić
EVROPSKA KONVENCIJA O LJUDSKIM PRAVIMA
I OSNOVNIM SLOBODAMA I SUKOB ZAKONA 169

Mr. Amina Nikolajev
ČIKAŠKA ŠKOLA EKONOMSKE ANALIZE PRAVA 195

Dr. Almedina Šabić
ZAŠTITA OD NEPOŠTENIH UGOVORNIH KLAUZULA PREMA
PRIJEDLOGU UREDBE EVROPSKOG PARLAMENTA I VIJEĆA
O ZAJEDNIČKOM EVROPSKOM PRAVU PRODAJE 211

Dr. Ivo M. Tomić
SOCIOLOGIJA IZMEĐU KRITIKE I APOLOGETIKE 237

Mr. Vildana Vranj
PRIMJENA RESTORATIVNE PRAVDE U IZVRŠENJU
KAZNE ZATVORA 273

PRIKAZI

Dr. Amila Ferhatović
MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA
“3. BOSANSKOHERCEGOVAČKO-TURSKI
PRAVNIČKI DANI” 295

Dr. Edin Halapić
ISTRAŽIVANJE U ISLAMSKIM NAUKAMA 299

Dr. Jasminka Gradaščević-Sijerčić
IN MEMORIAM: PROF. DR. ZVONIMIR STENEK
(1932-2014) 301

CONTENT

ARTICLES

Enver Ajanović, PhD
THE REFORM OF LAWS ON ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN THE INSTITUTIONS OF BiH AND THE FEDERATION OF BiH 9

Mehmed Bećić, MA
THE ENFORCEMENT OF THE MECELLE IN POST-OTTOMAN BOSNIA AND HERZEGOVINA 51

Enes Durmišević, PhD
THE ISLAMIC ROOTS OF AHDNAMA 67

Amila Ferhatović, PhD
THEORIES OF ATTEMPTED CRIMINAL OFFENSE 81

Jasminka Gradaščević-Sijerčić, PhD
THE EU LEGAL ACQUIS IN THE FIELD OF LABOUR RELATIONS 101

Edin Halapić, PhD
THE SUPREME COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA 133

Aleksandar Jakšić, PhD
EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND THE CONFLICT OF LAWS 169

Amina Nikolajev, MA
HISTORICAL DEVELOPMENT OF THE CHICAGO SCHOOL OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 195

Almedina Šabić, PhD
PROTECTION FROM UNFAIR CONTRACT TERMS IN LINE WITH THE PROPOSAL FOR A REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON A COMMON EUROPEAN SALES LAW 211

Ivo M. Tomić, PhD
SOCIOLOGY AMID CRITIQUE AND APOLOGETICS 237

Vildana Vranj, MA
ENFORCEMENT OF RESTORATIVE JUSTICE IN
THE EXECUTION OF IMPRISONMENT SENTENCES 273

SURVEYS

Amila Ferhatović, PhD
THE INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE
“3rd BH-TURKISH LAW DAYS” 295

Edin Halapić, PhD
RESEARCH IN ISLAMIC STUDIES 299

Jasminka Gradaščević-Sijerčić, PhD
IN MEMORIAM: PROF. DR. ZVONIMIR STENEK
(1932-2014) 301

RADOVI

Dr. Enver Ajanović
Docent

UDK: 342.9(497.6)
Izvorni naučni rad

REFORMA ZAKONÂ O UPRAVNOM POSTUPKU U INSTITUCIJAMA BIH I FEDERACIJI BIH

Sažetak

Zakon o upravnom postupku u Republici Bosni i Hercegovini počeo se prvi put primjenjivati dok je bila federalna jedinica u Federativnoj narodnoj republici Jugoslaviji. Proglašen je Ukazom predsjednika Republike br. 52 od 19. decembra 1956. godine, a postao obavezan četiri mjeseca od njegovog objavljivanja 20. aprila 1957. godine. Ovaj zakon mijenjao se 1965. i 1976. godine radi usklađivanja s ustavnim promjenama u kojima je nastala Socijalistička federativna republika Jugoslavija. Usvajanje ovog pravnog akta bilo je pod uticajem kodifikacije upravnog postupka u Austriji iz 1925. godine. Potom je ovaj zakon preuzet Uredbom sa zakonskom snagom o preuzimanju Zakona o opštem upravnom postupku ("Sl. list RBiH", br. 2/92 od 11. aprila 1992. godine). Nakon zaključenja Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini objavljeni su zakoni o upravnom postupku BiH, FBiH i RS. I ovi zakoni i danas sadrže institute pod uticajem austrijske nauke i prakse iz prve četvrtine XX stoljeća. Ništa se nije promijenilo u konceptu ovog pravnog akta. U Bosni i Hercegovini potrebno je ovaj zakon reformirati u skladu sa sveukupnim društvenim reformama, a pogotovo zbog današnjeg značaja državne uprave u društvu, koga nije imala u jednopartijskom sistemu u FNRJ i SFRJ. Takve reforme mogu se najbolje postići upoređivanjem upravnih postupaka u Saveznoj Republici Njemačkoj, Republici Hrvatskoj i državi Bosni i Hercegovini. Ovim reformama će Bosna i Hercegovina uskladiti svoje upravno procesno pravo s modernim trendovima u pravu država članica Evropske unije. Pri tome se mora voditi računa da će u nomotehničkom smislu prenesene i nove uvedene odredbe biti u članovima s drugim brojevima.

Ključne riječi: *načela, nadležnost, rješenje, vanredni pravni lijekovi, upravni izvršni postupak*

I
UVODNE NAPOMENE

Opći upravni postupak u Bosni i Hercegovini do sada nikad nije bio reguliran samo u zakonima o upravnom postupku, nego Zakon o upravi BiH, odnosno Zakon o organizaciji organa uprave u Federaciji Bosne i Hercegovine i dalje sadrže pojedine takve odredbe. Zbog ovakvog pristupa zakonodavca u upravnopravnoj praksi gotovo redovno se ne primjenjuju ove odredbe, nego samo one iz zakonâ o upravnim postupcima. To se može vidjeti iz sadržaja izdatih upravnih rješenja. To je i pogrešno, jer u ovom materijalnom zakonu nema gotovo nijedne materijalne odredbe iz koje bi proizašle pojedine procesne odredbe u skladu s odnosom materijalnog i procesnog prava. Zato je potrebno ove norme prema srodnosti prenijeti u odgovarajuće dijelove zakona o upravnom postupku. Istovremeno s tom kodifikacijom potrebno je u samom zakonu o upravnom postupku kao i literaturi upravnog prava otkloniti kontradiktorna i pravno pogrešna teorijska objašnjenja upravnog postupka. To je uvjet da Bosna i Hercegovina dodatno uskladi svoja saznanja o upravnom pravu u skladu s evropskim trendovima.

II
NAČELA

Zakoni o upravnom postupku BiH, FBiH i RS sadrže osnovna i izvedena načela. Osnovna su propisana zakonom, a izvedena su formulirana u skladu s principima metodologije društvenih nauka. Osnovna načela su zakonitost, zaštita prava građana i javnog interesa (u upravnom postupku BiH – zaštita prava i sloboda građana i javnog interesa), efikasnost, materijalna istina, saslušanje stranke, ocjena dokaza, samostalnost u rješavanju, pravo žalbe, konačnost i pravosnažnost rješenja, ekonomičnost postupka, pomoć neukoj stranci, upotreba jezika i pisma. Ovo su načela propisana u zakonima o upravnom postupku BiH i FBiH. Zakon o upravnom postupku BiH još dodatno propisuje načelo transparentnosti i načelo javnosti. Ista načela regulira i Zakon o upravnom postupku Republike Srpske, pa se zbog koncepcijske istovjetnosti neće spominjati ovaj pravni akt. Među ovim načelima ima onih koje treba prenijeti u Ustav BiH i Ustav FBiH kao političke i pravne akte.

Načelo zakonitosti je osnovno načelo modernih pravnih poredaka. U najširem smislu ono znači da se svi društveni subjekti moraju ponašati u skladu s pozitivnim pravnim pravilima. Osnovni zahtjev pravne države je potreba da se djelatnost svih njenih organa vrši prema pravnoj normi. Na području državnih

djelatnosti uprava se veže za režim pravnih normi. Teoretičari to objašnjavaju da je uprava podvedena pod pravo. Postupanje prema unaprijed normiranim pravnim pravilima čini suštinu načela zakonitosti.

Potčinjavanje uprave pod pravo je u razvoju modernih država dugotrajan proces koji je počeo s raspadanjem feudalnog sistema u kojem je državni upravni aparat imao ogromnu vlast i nije bio vezan pravom.

U Evropi podređivanje uprave pravu desilo se relativno kasno. Ova pojava nastala je početkom XIX stoljeća kada se nastupanjem kapitalističke klase počinju organizirati tzv. ustavne monarhije. Ključna je bila ideja da uprava bude vezana prvenstveno ustavom i zakonom koji joj se nameću izvana. Ova ideja je izrazito političkog karaktera. Preuzimanjem političke vlasti građanska klasa teži da u državi zakonodavni organ ima primat u odnosu na upravu. Za razvoj ustavne države u tim okolnostima osobita je suprotnost između zakonodavne i upravne vlasti.[1]

U njemačkom Osnovnom zakonu načelo zakonitosti propisano je upotrebom pojmova *Vorrang des Gesetzes* i *Vorbehalt des Gesetzes*, koji važe i u propisivanju i primjeni upravnog postupka, donošenju uredaba, upravnih propisa[2] itd.

I Ustav Republike Hrvatske u tom pogledu sadrži pravnu normu sadržinski istu kao i Zakon o upravnom postupku ove države. U Ustavu je propisano da *svi pojedinačni akti državne uprave i tijela koja imaju javne vlasti moraju biti utemeljeni na zakonu.*[3] Iz ove odredbe vidi se da je zakonska odredba preciznija i da je treba prenijeti u Ustav Republike Hrvatske: *"Javnopravno tijelo rješava upravnu stvar na temelju zakona i drugih propisa te općih akata donesenih na temelju zakonom utvrđenih javnih ovlasti."*[4]

Također, u Ustavu Republike Bosne i Hercegovine bilo je propisano načelo zakonitosti u skladu s društveno-političkim poretkom tog vremena.[5] Ustav BiH i Ustav FBiH ne sadrže odredbu o obaveznom zakonitom postupanju

---

[1] Ivo Borković, *Upravno pravo,* Informator, Zagreb, 1997. godina, šesto, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, str. 59. i 60.

[2] Upravni propisi u njemačkom upravnom pravu su isto što i podzakonski akti po naročitom ovlaštenju više pravne norme u državama nasljednicama BiH.

[3] Član 19. stav 1. Ustava RH ("Narodne novine RH" broj 85 od 9. srpnja 2010. godine – prečišćeni tekst).

[4] Član 5. stav 1. Zakona o upravnom postupku RH ("Narodne novine RH", br. 47 od 16. travnja 2009. godine).

[5] Član 121–134. Ustava RBiH ("Službeni list RBiH", br. 5/93 od 14. marta 1993. godine – prečišćeni tekst).

organa uprave, nego je samo normirana nadležnost Ustavnog suda FBiH da odlučuje o zakonitosti podzakonskih akata, odnosno propisa federalnog, kantonalnog, gradskog i općinskog organa vlasti.[6] To znači da je ponovno propisivanje te obaveze u Zakonu o upravnom postupku nepotrebno i da ga treba brisati iz Zakona o upravnom postupku. Ovom načelu mjesto je u ustavu kao političkom i pravnom aktu. Pri tome se u tumačenju načela ustavnog i upravnog prava mora pozivati na ovo ustavno načelo. Takvim pristupom bi se teorijski objasnila neraskidiva povezanost i srodnost ustavnog i upravnog prava. Na osnovu ovih zapažanja norma o načelu zakonitosti treba da bude samo u ustavu. Odredba o rješavanju na osnovu diskrecione ocjene mora se prebaciti u odredbe o takvom upravnom aktu. Tako npr. federalni zakon propisuje da *u upravnim stvarima u kojima je organ, odnosno institucija koja ima javna ovlaštenja zakonom ili na zakonu zasnovanom propisu ovlašteni rješavati po slobodnoj ocjeni, rješenje mora biti doneseno u granicama ovlaštenja i u skladu s ciljem s kojim je ovlaštenje dato.*[7] Sličnu odredbu sadrži i Zakon o upravnom postupku Republike Hrvatske: *u upravnim stvarima u kojima je javnopravno tijelo zakonom ovlašteno rješavati po slobodnoj ocjeni, odluka mora biti donesena u granicama dane ovlasti i sukladno svrsi radi koje je ovlast dana.*[8]

Načelo *zaštite prava građana i javnog interesa* treba djelimično mijenjati. Prvi i treći stav ostaju sadržaj ovog načela, a drugi stav treba prenijeti u načelo *pomoći neukoj stranci.* Naime, drugi stav sadrži odredbu: *kad službena osoba koja rješava neku upravnu stvar, s obzirom na postojeće činjenično stanje, sazna ili ocijeni da određena stranka ima osnova za ostvarenje nekog prava, upozoriće je na to.*[9] Dostignuti stepen obrazovanja stanovništva u BiH je toliki da pravni subjekti mogu samostalno voditi računa o svojim pravima, a što znači da su ipak rijetki slučajevi potpune neukosti koja bi iziskivala ovakav odnos nadležnog organa uprave prema stranci i drugim učesnicima u upravnom postupku. U Republici Hrvatskoj su ovaj princip preimenovali u *načelo razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa* po uzoru na njemačku školu upravnog prava. Ova izmjena nije nužna zato što ništa suštinski ne mijenja u sadržini ovog načela. Ovaj zakon unio je

---

[6] Član C 3. 10. stav 2. pod tačkom c) Ustava FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 1/94 od 21. jula 1994. godine, 13/97 od 2. juna 1997. godine i 52/02 od 28. oktobra 2002. godine).

[7] Član 4. stav 2. Zakona o upravnom postupku FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 2/98 od 20. januara 1998. godine).

[8] Član 5. stav 2. Zakona o upravnom postupku RH ("Na. novine RH", br. 47 od 16. travnja 2009. godine).

[9] Član 5. stav 2. Zakona o upravnom postupku FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 2/98 od 20. januara 1998. godine).

samo jednu novu odredbu o ovom načelu u vezi s javnopravnim, odnosno upravnopravnim ograničenjima prava stranaka. Nakon reforme ovo načelo u pozitivnom upravnom pravu BiH treba i dalje imati tri stava, ***s tim da je prvi stav u formalnopravnom smislu novi, jer je i ranije bio poznat u teoriji upravnog prava, a u pravnoj teoriji općenito.*** Druga dva stava imaju potpuno istu sadržinu, kao i Zakon o upravnom postupku Republike Hrvatske. Ako se usvoji predložena reforma ovo načelo u cjelini sadržavat će sljedeće odredbe:

Pravo stranke može se ograničiti postupanjem javnopravnih tijela samo kad je to propisano zakonom, te ako je takvo postupanje nužno za postizanje zakonom utvrđene svrhe i razmjerno cilju koji treba postići.[10]

Kad organi uprave i institucije koje imaju javna ovlaštenja vode postupak i rješavaju, dužni su strankama omogućiti da što lakše zaštite i ostvare svoja prava u skladu s Ustavom Bosne i Hercegovine, Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i sloboda i Aneksom 6. Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, vodeći pri tome računa da ostvarivanje njihovih prava ne bude na štetu prava drugih osoba, niti u suprotnosti sa zakonom utvrđenim javnim interesom.

Ako se na osnovu zakona strankama nalažu kakve obaveze, prema njima će se primjenjivati one mjere predviđene propisima, koje su za njih povoljnije, ako se takvim mjerama postiže cilj zakona.[11]

Isto treba da se učini i sa Zakonom o upravnom postupku FBiH. Dakle, prvi i treći stav se neće mijenjati, nego će ostati isti kakav je i bio. To je odredba da *kad organi i institucije sa javnim ovlaštenjima vode postupak i rješavaju, dužni su strankama omogućiti da što lakše zaštite i ostvare svoja prava, vodeći pri tom računa da ostvarivanje njihovih prava ne bude na štetu prava drugih osoba niti u suprotnosti sa zakonom utvrđenim javnim interesom. Ako se na osnovu zakona strankama nalažu kakve obaveze, prema njima će se primjenjivati one mjere predviđene propisima, koje su za njih povoljnije, ako se takvim mjerama postiže cilj zakona.* [12]

Načelo *samostalnosti u rješavanju* može se podijeliti na dva dijela.

---

[10] Član 6. Zakona o upravnom postupku RH ("Narodne novine RH", br. 47/09 od 16. aprila 2009. godine).

[11] Član 5. stavovi 1. i 3. Zakona u upravnom postupku BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 29/02 od 12. oktobra 2002. godine).

[12] Član 5. stav 1. Zakona o upravnom postupku FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 2/98 od 20. januara 1998. godine).

Prvi dio odnosi se na način rada organa uprave. Ovaj dio treba da bude isključivo u Ustavu BiH kao načelo istovremeno i materijalnog i procesnog upravnog prava, odnosno upravnog postupka. Njegovo postojanje je izraz kvadrijalističke teorije podjele državnih pravnih funkcija na zakonodavnu, izvršnu, sudsku i upravnu. O takvoj podjeli pisali su Otto Mayer i Maurice Hauriou.[13] To znači da ovo načelo ne smije uopće postojati u zakonima o upravnom postupku u državama nasljednicama SFRJ. Ta odredba o samostalnosti organa uprave treba da bude: *organ uprave obavlja svoje poslove samostalno u okviru ovlaštenja datih ustavom, zakonom, općim aktima i drugim propisima.* Opravdanje za ovakvo dopunjavanje načela samostalnosti jeste neraskidiva povezanost i srodnost ustavnog i upravnog prava, odnosno načelna pravna obaveznost ljudskih prava za državnu upravu. Ovakvom odredbom obuhvatio bi se i upravni postupak i upravni akti zato što je njihovo izdavanje *posao (djelatnost) organa uprave.*

Drugi dio uređuje pravni status ovlaštene službene osobe organa nadležnog za vođenje postupka. Zato i treba da ostane načelo u upravnom postupku. Iz njegove sadržine vidljivo je da treba postati dio načela ocjene dokaza.

Zakon o upravnom postupku BiH regulira da *ovlaštena službena osoba organa nadležnog za vođenje postupka samostalno utvrđuje činjenice i okolnosti, i na osnovu utvrđenih činjenica i okolnosti primjenjuje propise, odnosno opće akte na konkretni slučaj.*[14]

Načelo ocjene dokaza propisuje: *koje će činjenice uzeti kao dokazane, odlučuje ovlaštena službena osoba po svom uvjerenju, na osnovu savjesne i brižljive ocjene svakog dokaza posebno, i svih dokaza zajedno, kao i na osnovu rezultata cjelokupnog postupka.*[15]

Kombiniranjem ove dvije odredbe dobije se potpuno načelo ocjene dokaza. Prva odredba treba da bude iz sadašnjeg načela o *samostalnosti* zato što određuje kako se činjenice utvrđuju, a druga odredba treba da bude sadašnja odredba o *ocjeni dokaza* zato što se to čini nakon *utvrđenih činjenica i okolnosti.* Dakle, načelo ocjene dokaza treba da bude:

Ovlaštena službena osoba samostalno utvrđuje činjenice i okolnosti i na osnovu utvrđenih činjenica i okolnosti primjenjuje propise, odnosno opće akte na konkretni slučaj.

---

[13] Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3. izdanje, 1924. godina, str. 1–3.; Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923. godina, str. 396–399.

[14] Član 14. stav 2. Zakona o upravnom postupku BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 29/2002 od 12. oktobra 2002. godine).

[15] Član 13. Zakona o upravnom postupku BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 29/2002 od 12. oktobra 2002. godine).

Koje će činjenice uzeti kao dokazane, odlučuje ovlaštena službena osoba po svom uvjerenju, na osnovu savjesne i brižljive ocjene svakog dokaza posebno, i svih dokaza zajedno, kao i na osnovu rezultata cjelokupnog postupka.

Isto treba učiniti i sa Zakonom o upravnom postupku FBiH zato što sadrži potpuno iste norme kao i Zakon o upravnom postupku BiH.

U institucijama BiH načelo *efikasnosti* uređeno je Zakonom o upravi BiH i Zakonom o upravnom postupku BiH.

Zakon o upravnom postupku BiH propisuje *kad organi uprave i institucije sa javnim ovlaštenjima rješavaju u upravnim stvarima, dužni su osigurati efikasno ostvarivanje prava i interesa građana, preduzeća (društava), ustanova i drugih pravnih osoba, što obuhvata dobru organizaciju na izvršavanju poslova organa, koja osigurava brzo, potpuno i kvalitetno rješavanje upravnih stvari u upravnom postupku, uz svestrano razmatranje tih stvari.*[16] Zakon o upravi BiH propisuje da *organi uprave ostvaruju neposredne kontakte sa strankama i obavezni su tako organizirati obavljanje poslova od značaja za ostvarivanje prava stranaka i pod uslovima kojima se strankama omogućuje da što jednostavnije, brže i efikasnije ostvaruju prava i izvršavaju obaveze kod tih organa.*[17]

Kombiniranjem ove dvije odredbe dobije se potpuno regulirano načelo efikasnosti.

Kad organi uprave i institucije sa javnim ovlaštenjima rješavaju u upravnim stvarima, dužni su osigurati efikasno ostvarivanje prava i interesa građana, preduzeća (društava), ustanova i drugih pravnih osoba. U neposrednim kontaktima sa strankama organi uprave obavezni su tako organizirati obavljanje poslova značajnih za ostvarivanje prava stranaka i izvršavanje obavezâ u tim organima, što obuhvata dobru organizaciju na obavljanju poslova organa, koja osigurava jednostavno, brzo, potpuno i kvalitetno rješavanje upravnih stvari u upravnom postupku, uz svestrano razmatranje tih stvari. Dakle, pri ovom spajanju potrebno je brisati tekst *pod uslovima kojima se strankama omogućuje da što* zato što je već sadržan u tekstu *što obuhvata...* kojim su ti uvjeti i propisani.

Također, Zakon o upravnom postupku FBiH propisuje načelo *efikasnosti: kad organi uprave i institucije sa javnim ovlaštenjima rješavaju u upravnim stvarima, dužni su osigurati efikasno ostvarivanje prava i interesa građana,*

[16] Član 8. Zakona o upravnom postupku BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 29/2002 od 12. oktobra 2002. godine).

[17] Član 40. Zakona o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 32/02 od 7. novembra 2002. godine).

preduzeća (društava), ustanova i drugih pravnih osoba, što obuhvata dobru organizaciju na izvršavanju poslova organa, koja osigurava brzo, potpuno i kvalitetno rješavanje upravnih stvari u upravnom postupku, uz svestrano razmatranje tih stvari.[18] Ovu odredbu potrebno je unaprijediti prijenosom odredbe o ovom načelu iz Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH u Zakon o upravnom postupku FBiH. Ovaj zakon propisuje da su *u ostvarivanju prava građana organi uprave dužni osigurati uvjete da građani mogu na efikasan, brz i jednostavan način ostvarivati svoja prava i izvršavati obaveze kod tih organa.*[19]

Kombiniranjem ove dvije odredbe dobije se potpuno načelo efikasnosti. *Kad organi uprave i institucije sa javnim ovlaštenjima rješavaju u upravnim stvarima, dužni su osigurati uvjete da građani, preduzeća (društva), ustanove i druge pravne osobe mogu efikasno, brzo i jednostavno ostvarivati svoja prava, interese i izvršavati obaveze u tim organima. To obuhvata dobru organizaciju na izvršavanju poslova organa, koja osigurava potpuno i kvalitetno rješavanje upravnih stvari u upravnom postupku, uz svestrano razmatranje tih stvari.*

Konačnost i pravosnažnost upravnih akata načela su upravnog postupka u državama nasljednicama bivše SFRJ. Ova dva pojma i njihov međusobni odnos nekritički je preuzela bivša Jugoslavija iz austrijskog prava.[20] Upravni akti ne postaju pravosnažni u upravnom postupku, nego nakon provedenog upravnog spora ili isteka roka za pokretanje upravnog spora u kojem nije podnesena tužba. Načelo pravosnažnosti je pravni osnov ponašanja organa uprave u odlučivanju o pojedinim vanrednim pravnim lijekovima, čije je postojanje u upravno pravnom poretku Bosne i Hercegovine protivno načelu pravne države.

Njemačka i austrijska pravna nauka posvetile su znatnu pažnju ovim pojmovima, načelima i institutima. Pojam konačnosti povezan je s odvajanjem pravnog djejstva i zakonitosti specifičnog za upravne akte i dijeli se na formalnu i materijalnu konačnost.

---

[18] Član 6. Zakona o upravnom postupku FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 2/98 od 20. januara 1998. godine).

[19] Član 75. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH" br. 35/05 od 20. juna 2006. godine).

[20] O razlikama pravosnažnosti i konačnosti upravnih akata pisao sam u doktorskoj disertaciji *Pravna priroda upravnog spora* koju sam odbranio na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu 26. maja 2009. godine. U tim istraživanjima utvrdio sam da upravni akt može postati *konačan* samo u upravnom postupku i *pravosnažan* jedino u upravnom sporu.

Formalna konačnost stupa na snagu nakon isteka roka za pravni lijek, odnosno ako su svi pravni lijekovi bili neuspješni.[21] Trenutno je pravilo utvrđeno u upravnom aktu *mjerodavno* za uređeni pravni odnos. Činjenično i deklaratorno djejstvo ne mogu se uspješno napadati pravnim lijekovima. Time se upravni postupak završava i nova odluka o stvari se ne može tražiti. Izmjenom zakona u upravnom aktu dispozicija se ne stavlja van snage.[22] Konačnost se povređuje ako se upravni akt treba ukinuti zato što je protivpravan ili se promijenio činjenični ili pravni položaj ili iz drugih razloga. Pravni institut konačnosti upravnog akta je svojstven formi postupanja, jer se njome osigurava pravno djejstvo bez obzira na zakonitost i posebnu efektivnost forme postupanja uprave. Osim toga, potiče iz načela pravne sigurnosti kao dijela principa pravne države, kao i pravosnažnost sudskih odluka.[23]

I pojam *materijalne konačnosti* tumači se analogijom sa sudskom odlukom.[24] U sudskom pravu označava zabranu odstupanja i izmjene sudske izreke.[25] Na jednoj strani, u upravnom pravu domet ove zabrane i materijalne konačnosti može se saznati iz oblasti upravnog prava. Na drugoj strani, upravni postupak pod naslovom "konačnost" uređuje mogućnosti upravnog ukidanja upravnih akata. U izmjenama konačnog upravnog akta to može biti djelimično konkludentno povlačenje ili opozivanje upravnog akta, tako da se uvaže ograničenja propisana u § 48.[26] Utoliko pojam *materijalne konačnosti* ima samo funkciju tumačenja, objašnjenja. Zakonsko pravilo povezano je s činjenicom ukidanja.[27]

---

[21] Umfassend jetzt *D. Schroeder* (Fn 3) 81 ff; *dies* DÖV 2009, 217 ff: navedeno u: Burgi, Martin, Ehlers Dirk, Grzeszick Bernd, Gurlit Elke, Jestaedt Matthias, Möstl Markus, Papier Hans-Jürgen, Pünder Hermann, Remmert Barbara, Ruffert Matthias, Scherzberg Arno, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, De Gruyter, 14. novoobrađeno izdanje. 2006. godina, str. 706.

[22] Zum seltenen Ausnahmefall einer anderslautenden gesetzgeberischen Anordnung *Beaucamp* DVBl 2006, 1401. S. auch – für die Situation der Aufhebung der dem Verwaltungsakt zugrunde liegenden Norm – *Gerhard* Die Rechstfolgen prinzipaler Normenkontrollen für Verwaltungsakte, 2008.; navedeno u: Matthias Ruffert i dr., *op. cit.*, str. 706.

[23] BVerfGE 60, 253, 269 ff; *Maurer* All VwR, § 11 Rn 9; *Badura* 12. Aufl. 2002, § 38 Rn 48.; navedeno u: Matthias Ruffert, *op. cit.,* str. 706.

[24] *Badura* 12. Aufl. 2002, § 38 Rn 45.; navedeno u: Matthias Ruffert, *op. cit.*, str. 707.

[25] Da se izbjegne svaka zabuna: Matthias Ruffert je koristio pojam konačnosti i kao opći nepravni, dakle nestručni pojam da označi da je presuda definitivna, a što se u sudskom pravu označava stručnim pojmom pravosnažnosti (op. a. E. A.).

[26] *Sachs* in: Stelkens/Bonk/ders, VwVfG, § 43 Rn 46.: Matthias Ruffert, *op. cit.*, str. 707.

[27] *Maurer*, All VwR, § 11 Rn 5 ff.; navedeno u: Matthias Ruffert, *op. cit.*, str. 707.

Na osnovu ovih teorijskih objašnjenja njemačke nauke upravnog prava u zakonu o upravnom postupku BiH i FBiH treba da se reformira načelo *konačnosti* i razlikovati ga od pojma *pravnog djejstva* upravnog akta. Tako bi u zakonima o upravnom postupku trebala da bude norma: *Konačan upravni akt može se poništiti, ukinuti i izmijeniti samo u slučajevima koji su ovim ili drugim zakonom predviđeni.* U zakonima o upravnim sporovima treba da se propiše: *upravni spor može se pokrenuti protiv izvršnih upravnih akata a kojim je stranka stekla neko pravo, odnosno kojim su stranci određene neke obaveze. Zabranjeno je pokretanje upravnog spora protiv konačnih upravnih akata.*

Pravna ispravnost predložene norme *de lege ferenda* proizlazi iz jezičkog tumačenja pojma konačnost. Naime, ako je nešto konačno to znači da je *DEFINITIVNO* i da je neki proces, pojava ili nešto drugo *TRAJNO PRESTALO.* U upravnom pravu to znači da su prestale sve pravne mogućnosti za uklanjanje upravnog akta iz upravnopravnog poretka redovnim pravnim sredstvima kao što su tužba u upravnom sporu i žalba u upravnom postupku i sporu.

Interesantno je da novi Zakon o upravnom postupku Republike Hrvatske ne sadrži načelo *konačnosti upravnih akata, nego samo njihove pravosnažnosti.*

Novi Zakon o upravnom postupku Republike Hrvatske nije u potpunosti reformiran. Zadržao je i dalje načelo pravosnažnosti pod nazivom *načelo zaštite stečenih prava stranaka.* U ovoj odredbi propisano je da *odluka javnopravnog tijela protiv koje se ne može izjaviti žalba niti pokrenuti upravni spor (pravosnažna odluka), a kojom je stekla određeno pravo odnosno kojom su stranci određene neke obaveze, može se poništiti, ukinuti ili izmijeniti samo u slučajevima propisanim zakonom.*[28] Ovo je pogrešno zato što teorija države i prava načelo *stečenih prava* tumači tako "da se novim pravnim aktima ne smiju oduzimati valjano stečena ovlaštenja na temelju ranijih pravnih akata".[29] Iz ovog objašnjenja vidi se da nije konkretiziran stepen općenitosti pravnih akata. To znači da su ovim načelom obuhvaćeni svi opći i pojedinačni akti kojima se građanima priznaju subjektivna prava u upravnom postupku.

Umjesto načela *pravosnažnosti* u zakonima o upravnom postupku BiH i FBiH mora se normirati novo načelo *izvršnosti odluka u upravnom postupku.* Odredba *de lege ferenda* treba da bude: *Odluke u upravnom postupku postaju izvršne nakon što prestane mogućnost podnošenja žalbe.* To su takve odluke *koje nisu postale konačne.*

---

[28] Član 13. Zakona o upravnom postupku RH ("Narodne novine RH", br. 47 od 16. travnja 2009. godine).

[29] Nikola Visković, *Država i pravo,* Studentska štamparija Univerziteta, 1996. godina, str. 132.

Načelo *pomoći neukoj stranci* u Zakonu o upravnom postupku FBiH treba da se dopuni odredbama iz Zakona o organizaciji organa uprave FBiH i prijenosom drugog stava načela zaštite prava i sloboda građana i zaštite javnog interesa. Ovo načelo treba da ima tri stava.

Organ koji vodi postupak starat će se da neznanje i neukost stranke, i drugih osoba koje učestvuju u postupku ne bude na štetu prava koja im po zakonu pripadaju.[30]

Kad službena osoba koja rješava neku upravnu stvar, s obzirom na postojeće činjenično stanje, sazna ili ocijeni da određena stranka ima osnova za ostvarenje nekog prava, upozorit će je na to.[31]

Nakon upozorenja organi uprave dužni su građanima pružati potrebnu pravnu pomoć i davati odgovarajuća objašnjenja i upute za ostvarivanje njihovih prava i obaveza.[32]

Analogno predloženoj izmjeni načela pomoći neukoj stranci u Zakonu o upravnom postupku FBiH treba da postoje dva sadržinski ista stava u Zakonu o upravnom postupku BiH. Pri tome bi postojala samo dva stava ovog načela zato što Zakon o upravi BiH ne sadrži odredbe o ovom načelu. Treći stav *de lege ferenda* postojao bi samo ako bi se načelo dopunilo u toku izrade prečišćenog teksta Zakona o upravnom postupku BiH ili Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnom postupku BiH.

U Zakonu o upravnom postupku Republike Hrvatske propisano je načelo pristupa podacima i zaštite podataka.

Javnopravna tijela dužna su strankama omogućiti pristup potrebnim podacima, propisanim obrascima, internetskoj stranici javnopravnog tijela i pružiti im druge obavijesti, savjete i stručnu pomoć.

U postupku se moraju zaštititi osobni i tajni podaci, sukladno propisima o zaštiti osobnih podataka, odnosno tajnosti podataka.[33]

Nauka upravnog prava dijeli ovu pravnu granu na materijalno i procesno, te opće i posebno upravno pravo.

---

[30] Član 12. Zakona o upravnom postupku FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 2/98 od 20. januara 1998. godine).

[31] Član 5. stav 2. Zakona o upravnom postupku FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 2/98 od 20. januara 1998. godine).

[32] Član 75. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine).

[33] Član 11. Zakona o upravnom postupku RH ("Narodne novine RH", br. 47 od 16. travnja 2009. godine).

Zakon o upravnom postupku BiH nepotrebno sadrži NAČELO TRANSPARENTNOSTI. Prema ovom načelu *organi uprave i institucije sa javnim ovlaštenjima kad postupaju u upravnim stvarima, dužni su svakoj fizičkoj i pravnoj osobi osigurati pravo pristupa informacijama u skladu sa Zakonom o slobodi pristupa informacijama u Bosni i Hercegovini.*[34]

U Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o upravnom postupku BiH spomenuto načelo želi se zamijeniti NAČELOM PRISTUPA INFORMACIJAMA I ZAŠTITE PODATAKA. Po ovom načelu *organi uprave i institucije koje imaju javna ovlaštenja dužni su strankama omogućiti pristup potrebnim podacima, propisanim obrascima, internetskoj stranici organa uprave i pružiti im druga obavještenja, savjete i stručnu pomoć. U postupku se moraju zaštititi lični i tajni podaci u skladu s propisima o zaštiti ličnih podataka, odnosno tajnosti podataka.*[35]

Ni ovom novom načelu nije mjesto u ovom, nego u Zakonu o slobodi pristupa informacijama BiH,[36] iako oba pravna akta pripadaju općem upravnom pravu. Pored toga, treba istaći da se Zakon o slobodi pristupa informacijama BiH mora odvojeno regulirati od Zakona o upravnom postupku BiH, jer se odnosi na podatke iz posebnog dijela upravnog prava. Isto tako, Zakon o slobodi pristupa informacijama BiH pripada više materijalnom pravu, dok se njegove procesne odredbe mogu svrstati u poseban upravni postupak.

U Zakonu o slobodi pristupa informacijama BiH potrebno je dopuniti član 4. tako što će se u ovaj član prenijeti oba stava iz novog načela. Osim toga, novo načelo sadrži i terminološke protivrječnosti i nedostatke. Naime, zvaničan naziv načela je NAČELO PRISTUPA INFORMACIJAMA I ZAŠTITE PODATAKA, a u normativnom tekstu o ovom načelu nema nijedne riječi o informacijama. U stranim jezicima (engleski, njemački) informacija može značiti i podatak.

Iz ovih odredaba vidljivo je da se radi o materijalnim pravnorelevantnim činjenicama, odnosno materijalnim aktima uprave. Zato ovo načelo ne pripada upravnom postupku, odnosno upravnom procesnom pravu, nego posebnom materijalnom upravnom pravu s obzirom na osobe, normiranom u odgovarajućem zakonu.

---

[34] Član 6. Zakona o upravnom postupku BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 29/02 od 12. oktobra 2002. godine).

[35] Član 6. Zakona o upravnom postupku BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 29/2002 od 12. oktobra 2002. godine) izmijenjen članom 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnom postupku ("Sl. glasnik BiH", br. 41 od 28. maja 2013. godine).

[36] Zakon o slobodi pristupa informacijama BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 28/00 od 17. novembra 2000. godine, 45/06 od 13. juna 2006. godine, 102/09 od 29. decembra 2009. godine i 62/11 od 8. augusta 2011. godine).

Nakon ovih ispravki potrebno je u Zakonu o slobodi pristupa informacijama izmijeniti, odnosno proširiti i naziv člana 4, koji više ne treba da bude *pravo pristupa,* nego *de lege ferenda* ovaj naziv bi bio PRAVO PRISTUPA INFORMACIJAMA I ZAŠTITE PODATAKA. Opravdanje za opisano premještanje teksta je u tome što se provođenjem Zakona o upravnom postupku BiH zasniva upravnopravni odnos. Zakonom o slobodi pristupa informacijama BiH štite se podaci, odnosno informacije koje mogu biti i službena ili državna tajna.

III
STVARNA NADLEŽNOST

Odredbe o avokaciji (supstituciji) treba da se unesu u Zakon o upravnom postupku FBiH poslije odredaba o stvarnoj nadležnosti u upravnom postupku.

Ako federalni organ uprave utvrdi da kantonalni, općinski i gradski organi uprave ne izvršavaju federalne zakone i druge federalne propise i zaključene međunarodne ugovore, ili ih pogrešno ili nepravilno izvršavaju, u tom slučaju federalni organ uprave obavezan je o tome u pisanoj formi upozoriti nadležni kantonalni, općinski i gradski organ uprave i tražiti da bez odlaganja obavljaju predviđene poslove, a istovremeno u pisanoj formi obavijestiti i vladu kantona, odnosno općinskog načelnika i gradonačelnika kako bi ti organi, u granicama svojih nadležnosti, preduzeli odgovarajuće mjere da kantonalni, općinski i gradski organi uprave obavljaju poslove na koje je ukazao federalni organ uprave.

Ako kantonalni, općinski i gradski organ uprave i pored upozorenja u pisanoj formi ne izvršavaju federalne propise i međunarodne ugovore i ako bi odlaganje obavljanja tih poslova moglo izazvati teže štetne posljedice, u tom slučaju federalni organ uprave dužan je o tome odmah pisano obavijestiti Vladu Federacije.

Vlada Federacije odmah će obavijestiti vladu kantona, odnosno općinskog načelnika i gradonačelnika radi dogovora o rješavanju spornog pitanja, odnosno odlukom će narediti nadležnom federalnom organu uprave neposredno izvršavanje federalnog propisa i međunarodnog ugovora, dok te poslove ne počne obavljati nadležni kantonalni, odnosno općinski, ili gradski organ uprave.[37]

[37] Član 85. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine).

IV
TROŠKOVI

U Zakon o upravnom postupku BiH potrebno je iz Zakona o upravi BiH prenijeti odredbe o zaštiti građana u vezi s troškovima postupka.

Kad se u upravnom postupku stranka odazove pozivu, a bez njene krivice službena radnja radi koje je pozvana nije obavljena, ima pravo zahtijevati naknadu nastalih troškova, koji se isplaćuju na teret sredstava za rad organa uprave pred kojim je vođen upravni postupak.

O zahtjevu odlučuje rukovodilac organa uprave zaključkom u skladu s propisima o naknadi troškova svjedocima u upravnom postupku.

Protiv ovog zaključka stranka može pokrenuti upravni spor kod Suda Bosne i Hercegovine.[38]

Iz Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH potrebno je u Zakon o upravnom postupku FBiH prenijeti odredbe o zaštiti građana u upravnom postupku u pogledu troškova.

Kad se građanin odazove pozivu organa uprave, a bez njegove krivnje službena radnja radi koje je pozvan nije obavljena, ima pravo zahtijevati naknadu nastalih troškova koji obuhvataju troškove prijevoza i ishrane za vrijeme boravka u sjedištu organa uprave, s tim da ti troškovi ne mogu biti veći od visine službene dnevnice utvrđene za državne službenike. Zahtjev za naknadu troškova podnosi se u pisanoj formi organu uprave koji je pozvao građanina.

O zahtjevu za naknadu troškova odlučuje se rješenjem na osnovu propisa o naknadi troškova svjedocima u upravnom postupku.

Protiv ovog rješenja građanin može izjaviti žalbu nadležnom drugostepenom organu uprave u roku od osam dana od dana prijema rješenja.

Neskrivljeni troškovi isplaćuju se na teret sredstava za rad organa uprave pred kojim je vođen upravni postupak.

Ukoliko državni službenik, odnosno namještenik službenu radnju nije obavio namjerno, ili iz krajnje nepažnje u tom slučaju organ uprave ima pravo regresa prema tom državnom službeniku, odnosno namješteniku za naknadu troškova koju je isplatio građaninu.[39]

---

[38] Član 43. Zakona o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 32/02 od 7. novembra 2002. godine).

[39] Član 78. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine).

Republika Hrvatska je reformiranjem Zakona o upravnom postupku izbrisala pojedine odredbe zato što su nepotrebne. I u Zakonu o upravnom postupku FBiH ima suvišnih odredbi i treba ih brisati.

Iz federalnog zakona treba brisati odredbu o troškovima zastupanja i stručnog pomaganja[40] zato što to nisu troškovi upravnog postupka, nego izdaci propisani drugim zakonom ili aktom (npr. advokatska tarifa ili ugovor o djelu za stručno pomaganje).

Nepotrebne su i odredbe o tome ko snosi troškove zato što je to propisano u drugim odredbama o obavezama stranaka u vezi s troškovima.

U rješenju kojim se postupak završava, organ koji donosi rješenje određuje ko snosi troškove postupka, njihov iznos i kome se i u kom roku imaju isplatiti.

U rješenju se mora posebno navesti da li će onaj ko snosi troškove biti dužan nadoknaditi troškove drugoj stranci.

Ako troškove postupka snosi više osoba, troškovi će se između njih razdijeliti na jednake dijelove, odnosno u odgovarajućoj razmjeri.

Ako organ u rješenju ne odluči o troškovima, navest će se da će se o troškovima donijeti poseban zaključak.[41]

U Zakonu treba zadržati odredbu da Vijeće ministara, odnosno Vlada Federacije propisom regulira nadoknadu troškova, izdataka i izgubljene zarade svjedocima, vještacima i tumačima, odnosno posebne nagrade vještacima i tumačima, način naplate i isplate tih nadoknada i nagrada, kao i oslobađanje od plaćanja troškova. U pogledu nadoknade službenim osobama, važe propisi o nadoknadama za službene osobe koje utvrdi Vijeće ministra, odnosno Vlada Federacije.[42]

Po uzoru na Zakon o upravnom postupku Republike Hrvatske iz zakona o upravnom postupku BiH i FBiH treba izbaciti odredbu o roku u kojem se mora tražiti naknada troškova u dvostranačkim stvarima sa suprotstavljenim zahtjevima ili jednostranačkim stvarima pokrenutim po zahtjevu stranke. To

---

[40] Član 105. stav 1. Zakona o upravnom postupku BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 29/2002 od 12. oktobra 2002. godine) i član 112. Zakona o upravnom postupku FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 2/98 od 20. januara 1998. godine).

[41] Član 108. Zakona o upravnom postupku BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 29/2002 od 12. oktobra 2002. godine) i član 115. Zakona o upravnom postupku FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 2/98 od 20. januara 1998. godine).

[42] Član 110. Zakona o upravnom postupku BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 29/02 od 12. oktobra 2002. godine) i član 117. Zakona o upravnom postupku FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 2/98 od 20. januara 1998. godine).

je odredba *da zahtjev za nadoknadu troškova mora biti stavljen na vrijeme prije donošenja rješenja kojim se rješava upravna stvar, tako da organ koji vodi postupak može o njemu odlučiti u rješenju. U protivnom, stranka gubi pravo na nadoknadu troškova. Službena osoba koja vodi postupak dužna je na ovo blagovremeno upozoriti stranku.*[43]

Zakon o upravnom postupku Republike Hrvatske nije regulirao naknadu troškova u višestranačkim stvarima s istovjetnim zahtjevima. Zakon o upravnom postupku BiH i FBiH propisuje da po pravilu svaka stranka sama snosi svoje troškove prouzrokovane postupkom, kao što su troškovi dolaženja, gubljenja vremena, izdaci za takse, za pravno zastupanje i stručno pomaganje.[44]

Institut oslobađanja od troškova preciznije je uređen u zakonu o upravnom postupku BiH i FBiH i zato treba da ostane,[45] dok je isti opći pravni akt u Hrvatskoj nedorečen zato što upućuje na drugi zakon.[46] Bolje je kad je čitav upravni postupak reguliran u jednom zakonu, jer su njegova pravila preglednija.

Troškove nastale neposrednim obavljanjem poslova u federalnom organu uprave na osnovu odluke Vlade FBiH o neposrednom izvršavanju federalnog propisa, plaća kanton, općina, odnosno grad čiji organ uprave nije izvršavao poslove iz federalnog propisa, odnosno međunarodnog ugovora.

Vlada kantona, odnosno općinski načelnik i gradonačelnik mogu podnijeti prigovor Vladi Federacije na visinu troškova čija je odluka konačna.[47]

---

[43] Član 105. stav 4. Zakona o upravnom postupku BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 29/2002 od 12. oktobra 2002. godine) i član 112. stav 4. Zakona o upravnom postupku FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 2/98 od 20. januara 1998. godine).

[44] Član 105. stav 1. Zakona o upravnom postupku BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 29/2002 od 12. oktobra 2002. godine) i član 112. stav 1. Zakona o upravnom postupku FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 2/98 od 20. januara 1998. godine).

[45] Član 111. Zakona o upravnom postupku BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 29/2002 od 12. oktobra 2002. godine) i član 118. Zakona o upravnom postupku FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 2/98 od 20. januara 1998. godine).

[46] Član 163. Zakona o upravnom postupku RH ("Narodne novine RH", br. 47 od 16. travnja 2009. godine).

[47] Član 86. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine).

V
DOKAZIVANJE

Iz Zakona o upravi BiH odredbe o uvjerenju treba prenijeti u Zakon o upravnom postupku BiH. Tako bi u jednom zakonu bile sadržane opće odredbe o uvjerenju kao vrsti javne isprave. Ova odredba u Zakonu o upravnom postupku BiH treba da bude između članova o službenoj i neslužbenoj evidenciji zato što se odnosi na službenu evidenciju. To su odredbe:

> *Organi uprave u rješavanju upravnih stvari ne smiju od stranaka zahtijevati da pribavljaju uvjerenja i druge javne isprave o činjenicama o kojima organi uprave ili institucije s javnim ovlaštenjima vode službene evidencije.*
>
> *Ova uvjerenja i isprave organ uprave, odnosno institucija s javnim ovlaštenjima obavezno pribavlja po službenoj dužnosti.*[48]

U Zakonu o upravnom postupku FBiH odredbe o uvjerenju potrebno je dopuniti odredbama iz Zakona o organizaciji organa uprave FBiH. Ovaj organizacioni propis detaljnije regulira ovu zabranu od Zakona o upravi BiH. Ovim bi se postigao isti efekat kao i sa Zakonom o upravnom postupku BiH. Radi se o sljedećim odredbama:

> *Državni službenici općinskih i gradskih organa uprave koji rješavaju zahtjeve građana u upravnom postupku ne smiju od građana zahtijevati da pribavljaju uvjerenja i druge javne isprave o činjenicama o kojima organi uprave te općine, odnosno grada vode službene evidencije, jer podatke o tim činjenicama državni službenici dužni su pribaviti po službenoj dužnosti.*
>
> *Državni službenici, ili namještenici koji vode službenu evidenciju o činjenicama dužni su odmah postupiti po zahtjevu državnog službenika (usmeni ili pisani zahtjev) koji traži potrebne podatke.*
>
> *O traženom podatku iz službene evidencije državni službenik sačinjava službenu zabilješku na posebnom listu papira, ili pribavlja uvjerenje, potvrdu ili drugu ispravu na propisanom obrascu. Sačinjena službena zabilješka predstavlja dokaz o toj činjenici.*
>
> *Ove odredbe primjenjuju se i na državne službenike federalnih i kantonalnih organa uprave u odnosu na podatke o činjenicama o kojima federalni, odnosno kantonalni organi uprave vode službene evidencije.*[49]

---

[48] Član 42. Zakona o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 40/02 od 7. novembra 2002. godine).

[49] Član 77. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine).

Odredbu o roku propisanom u Zakonu o organizaciji uprave u FBiH[50] u kojem se izdaje uvjerenje treba brisati iz pravnog sistema FBiH zato što isto pravilo već sadrži Zakon o upravnom postupku FBiH.[51]

VI
POKRETANJE POSTUPKA ZAHTJEVOM

U Zakonu o upravnom postupku BiH treba dopuniti odredbe o zahtjevu kao načinu pokretanja postupka prenosom pravila iz Zakona o upravi BiH. Spajanjem ovih odredaba dobije se jedna procesna cjelina o ovom načelu.

> *U stvarima u kojima je po zakonu ili po prirodi stvari za pokretanje i vođenje upravnog postupka potreban zahtjev stranke, nadležni organ može pokrenuti i voditi postupak samo ako postoji takav zahtjev.*[52]
>
> *Organi uprave obavezni su zahtjeve stranaka rješavati u propisanim rokovima.*
>
> *Organi uprave obavezni su razmatrati i dati odgovore na predstavke i prijedloge koje im podnose stranke.*[53]

U Zakonu o upravnom postupku FBiH potrebno je odredbama o pokretanju postupka zahtjevom dodati odredbu iz Zakona o organizaciji organa uprave FBiH. Tim prenosom dobije se cjelovita odredba o takvom pokretanju postupka.

> *U stvarima u kojima je po zakonu ili po prirodi stvari za pokretanje i vođenje upravnog postupka potreban zahtjev stranke, nadležni organ može pokrenuti i voditi postupak samo ako postoji takav zahtjev.*[54]
>
> *Organi uprave nadležni za rješavanje zahtjeva građana u prvostepenom i drugostepenom upravnom postupku za ostvarivanje njihovih prava i pravnih interesa, ili izvršavanje zakonom predviđenih obaveza, dužni su te zahtjeve rješavati u skladu sa zakonom i drugim propisima i u rokovima propisanim zakonom.*

---

[50] Član 79. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine).

[51] Član 169. stav 5. Zakona o upravnom postupku u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 2/98 od 20. januara 1998. godine).

[52] Član 117. Zakona o upravnom postupku BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 29/2002 od 12. oktobra 2002. godine).

[53] Član 39. Zakona o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 40/02 od 7. novembra 2002. godine).

[54] Član 124. Zakona o upravnom postupku FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 2/98 od 20. januara 1998. godine).

Pri rješavanju zahtjeva organi uprave dužni su u kontaktima sa građanima postupati tako da se u svakoj situaciji poštuje dostojanstvo ljudske ličnosti i njihov moralni integritet.[55]

Ovaj prijenos potreban je i zato što se moderna ustavna država zasniva na ljudskom dostojanstvu. Tako npr. Osnovni zakon SR Njemačke sadrži odredbu: "Ljudsko dostojanstvo je nepovredivo. Sve državne vlasti su obavezne da ga poštuju i štite."[56]

VII
RJEŠENJE

1. Norma definicija

Zakon o upravnom postupku BiH ne propisuje šta je upravni akt, nego Zakon o upravnim sporovima BiH: *konačni upravni akt jeste akt kojim nadležna institucija rješava o izvjesnom pravu ili obavezi građanina ili pravne osobe u nekoj upravnoj stvari.*[57]

Ni Zakon o upravnom postupku FBiH ne sadrži norma definiciju šta je rješenje u upravnom postupku. Sadrži je Zakon o upravnim sporovima FBiH posredno propisujući pod kojim uvjetima se upravni spor može pokrenuti: *upravni akt jeste akt kojim nadležni organ rješava o izvjesnom pravu ili obavezi pojedinaca ili pravne osobe u nekoj upravnoj stvari.*[58]

Ovu odredbu treba prebaciti u navedene zakone o upravnom postupku. Ovakvo rješenje već postoji u Zakonu o upravnom postupku Savezne Republike Njemačke: *upravni akt je svaka naredba, odluka ili druga suverena mjera, koju preduzima organ uprave radi uređivanja pojedinačnog slučaja na području javnog prava i koja je usmjerena na neposredno pravno djejstvo prema vani. Opća naredba je upravni akt, koja se prema općim obilježjima usmjerava na jedan određen ili odrediv krug osoba ili se odnosi na javnopravne osobine stvari ili njihovo opće korištenje.*[59]

---

[55] Član 75. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine).

[56] Član 1. stav 1. Osnovnog zakona SR Njemačke.

[57] Član 8. stav 2. Zakona o upravnim sporovima BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 19/02 od 25. 7. 2002. godine).

[58] Član 8. stav 2. Zakona o upravnim sporovima FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 9/05 od 16. 2. 2005. godine).

[59] Paragraf 35. Zakona o upravnom postupku SR Njemačke.

Iz ove njemačke odredbe vidi se da je preciznija od bosanske i da je treba preuzeti u zakone o upravnom postupku. Pri tome treba brisati odredbu iz zakona o upravnim sporovima.

2. Opozivanje zakonitih rješenja

Opozivanje zakonitih rješenja je već duže vrijeme u njemačkoj teoriji i praksi pozitivnog prava poznat institut. Njegova primjena povezana je s pravnom sigurnošću i institutom zaštite povjerenja u njemačkom javnom, odnosno ustavnom i upravnom pravu, koji se na engleski jezik prevodi s *legitimite expectations (legitimna očekivanja).* Ovaj pravni institut nastao je radi jačanja povjerenja građana ove države u postojeći pravni poredak, odnosno da bi se građani mogli pouzdati[60] u pravna pravila vlastite države. Svrha ovog instituta je i njihova pravna zaštita od zloupotrebe državne vlasti, odnosno da se ona ne ponaša kao nekada u policijskoj državi.[61]

Idejni temeljni motiv načela zaštite povjerenja je princip pravne države i/ili osnovnih prava. Prema ovom načelu, zabranjena je upravna djelatnost, koja je u dogmatskom smislu zaštićena odgovarajućim propisima, ali oštećenom građaninu narušava povjerenje koje je vrijedno pravne zaštite.[62] Ovakvo povjerenje adresata odnosi se na pravno postojanje ovlašćujućeg upravnog akta. Povjerenje se mora štititi po zakonu, odnosno samom pravu. Ovo načelo ima ustavnu snagu.[63]

U širem smislu nauka upravnog prava uvrštava opozivanje upravnih akata u ukidanje, što samo stvara pojmovnu zabunu. U toj nauci postoje pojmovi povlačenje, ukidanje i poništavanje. Povlačenje se tumači kao ukidanje upravnih akata. Ova nejasnoća mogla bi se otkloniti tako što bi se ove tri procesne radnje obuhvatile pojmom uklanjanja (Beseitigung) upravnih akata.

Prema paragrafu 49. opozivaju se, odnosno ukidaju *zakoniti* upravni akti. Upravni akt je zakonit ako ga je objavio nadležni organ uprave u propisanom postupku i formi i ukoliko nema sadržinskih nedostataka, a pogotovo u pogledu nadređenosti zakona i obavezne zakonske materije. Opoziv je pravni

---

[60] Rolf Schmidt, *Staatsorganisationsrecht sowie Grundzüge des Verfassungsprozessrechts*, 4. izdanje, 2004. godina, str. 141.

[61] Ivo Borković, *op. cit.*, str. 38.

[62] Steffan Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 2. izdanje, C. H. Beck München, 2004. godina, str. 73.

[63] Peter Badura, Martin Burgi, Dirk Ehlers, Hans Uwe-Erichsen, Fritz Ossenbühl, Hans-Jürgen Papier, Wolfgang Rüfner, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12., novoobrađeno izdanje, De Gruyter Recht Berlin, 2002. godina, str. 333.

institut uveden radi zaštite stranaka od državne upravne vlasti koja raspolaže legalnim monopolom sile na osnovu koga može staviti van snage zakonit upravni akt. U početku je pravo opoziva bilo neograničeno, a poslije su regulirani pravni osnovi opoziva.[64]

U njemačkom pozitivnom upravnom pravu ovlašćujući upravni akt može se opozvati u više slučajeva u kojima se stranka ne može pozivati na zaštitu povjerenja.[65]

a) *Opoziv na osnovu pravnih propisa.* Ovaj pravni osnov nije samostalan zato što se opoziv vrši na osnovu specijalnih zakonskih odredaba o opozivu, a ne na osnovu odredaba Zakona o upravnom postupku SR Njemačke. Ti propisi su zakoni posebnog upravnog prava,[66] kao što su Savezni zakon o ljekarima, Zakon o gostionicama, Savezni zakon o zaštiti od imisija, Zakon o atomskoj energiji, Zakon o apotekama, Zakon o oružju, Zakon o prevozu fizičkih osoba[67]...

b) *Opoziv na osnovu dozvoljenog pridržaja opoziva.* Ovaj osnov povezan je s pravilom o dodacima upravnom aktu. Pridržajem opoziva djeluje se tako da nema zaštićenog povjerenja u postojanje upravnog akta,[68] odnosno njime se olakšava povreda konačnosti upravnog akta slabljenjem zaštite povjerenja.[69] Dopuštenost pridržaja opoziva određuje se prema § 36. Upravni akt, za koji postoji zahtjev, smije sadržavati dodatak, ako to dozvoljava pravni propis ili ako on treba garantirati da se ispune zakonske pretpostavke upravnog akta. Nakon formalne konačnosti upravnog akta zakonitost pridržaja opoziva nije kriterij pravne ispravnosti osnova opoziva, jer konačnost obuhvata i dodatke, tako da bi stranka morala ustati protiv pridržaja opoziva.[70] Protivpravnost se ocjenjuje prema vršenju pravne ocjene, pri čemu svako korištenje pridržaja opoziva nije i nezakonitost. Opozvati se smije samo iz razloga koji su uticali

---

[64] Martin Burgi i dr., *op. cit.*, str. 736.

[65] Mattias Ruffert, *op. cit.*, str. 714.

[66] *Sachs* in: Stelkens/ Bonk/ders, VwVfG, § 49 Rn 44; *Erichsen/Brügge* Jura 1999, 496, 498; *Schäfer* in: Obermayer, VwVfG, § 49 Rn 34; *Bronnemeyer* (Fn 16) 89.; navedeno u Burgi, Martin i dr., *op. cit.*, str. 738.

[67] Ruffert Matthias i dr., *ibid.*, str. 737.

[68] Vgl. *Maurer* Allg VwR, § 11 Rn. 45.; navedeno u Mattias Ruffert, *ibid.*, str. 738.

[69] Ruffert Matthias i dr., *ibid.*, str. 714.

[70] BW VGH GewArch 1975, 330, 331; BVerwG, NVwZ 1987, 498, 499; VGH BW NVwZ-RR 1992, 543, 543; *Kopp/Ramsauer* VwVfG, § 49 Rn 37; *Ule/Laubinger* VwVfR, § 63 Rn 6; *Sachs* in: Stelkens/Bonk/ders, VwVfG, § 49 Rn 40; *Ehlers* GewArch 1999, 305, 314; aA BVerwG DVBl 1965, 728; *Maurer* Allg VwR, § 11 Rn 41; *Erichsen* 12. Aufl 2002, § 18 Rn 14. Differenzierend *Sarnighausen* NVwZ 1995, 563.; navedeno u Mattias Ruffert, *ibid.*, str. 739.

na unošenje pridržaja opoziva. Nedovoljno je puko upućivanje na pridržaj opoziva.

c) *Pretpostavka opoziva može biti i da je upravni akt povezan s nalogom.* Nalog je odredba, odnosno dodatak u upravnom aktu, kojim se adresatu ovlašćujućeg upravnog akta propisuje činjenje, trpljenje ili propuštanje.[71] Neispunjavanje naloga ili povreda roka njegovog ispunjenja su pravni osnovi opozivanja zakonitog upravnog akta. Tada se ne može pozivati na zaštitu povjerenja.[72] Nalog i upravni akt moraju biti dovoljno povezani.[73] Primjena propisa nije povezana s krivicom ovlaštene stranke pri neispunjavanju naloga. Pri odlučivanju na osnovu diskrecione ocjene o opozivu mora se uvažiti npr. obim neispunjenja. Pri donošenju ovakvog upravnog akta mora se voditi računa o načelu srazmjernosti, uvažavajući samostalnu provodivost naloga. Najprije se mora pokušati izvršiti nalog, prije opozivanja cijelog ovlaštenja kao oštrijeg sredstva. Prvo se ovlašteniku da rok (osim u slučaju naloga s već određenim nalozima[74]), a u slučaju nužde nalog se prisilno provodi.

d) *Promjena činjeničnog osnova.* Prema § 49. osnov opoziva postoji, ako se *činjenični osnov izmijeni* i organ uprave na tom osnovu ne bi bio obavezan izdati upravni akt i ukoliko javni interes zahtijeva opoziv. Činjenice u ovom smislu su sve stvarne unutrašnje i vanjske okolnosti, čak i ako zavise od ponašanja ovlaštenika.[75] Izmjena činjenica postoji npr. kod *novih naučnih spoznaja,*[76] a ne za jedino drugačije kvalifikacije činjenica u istim okolnostima.[77] Za *osiguranje* važi ovaj osnov s olakšavajućim kriterijem, da već po zakonu prestaje djejstvo upravnog akta, ako organ uprave ne bi dao osiguranje pri poznavanju izmjene ili ne bi smio to učiniti. Saglasnost koju je dao nadležni organ uprave da poslije izda određeni upravni akt ili da propusti njegovo donošenje, potrebno je da bude u pisanoj formi radi njegovog pravnog djejstva. Ako je prije izdavanja osiguranog upravnog akta potrebno saslušanje stranke

---

[71] Paragraf 36. stav 2. tačka 4. Zakona o upravnom postupku Savezne Republike Njemačke.

[72] Vgl *Maurer* Allg VwR, § 11 Rn 45.; navedeno u Mattias Ruffert, *op. cit.*, str. 739.

[73] Zur Vereinbarung der Auflage in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag BVerwG NVwZ-RR 2004, 413→JK 9/04 VwVfG § 49 III 1 Nr 2/2.; navedeno u Mattias Ruffert, *op. cit.*, str. 739.

[74] Ähnlich *Sachs* in: Stelkens/Bonk/ders, VwVfG, § 49 Rn 56.; navedeno u Mattias Ruffert, *op. cit.*, str. 739.

[75] BVerwGE 18, 34, 36; 59, 124, 128; BVerwG NJW 1988, 1991; OVG NRW NVwZ 1985, 132, 133; VGH BW DÖV 1994, 219→JK VwVfG § 49/4; BVerwGE GewArch 1997, 67; Gew Arch 1998, 379; navedeno u Mattias Ruffert, *op. cit.*, str. 739.

[76] BVerwG DVBl 1982, 1004, 1004 f.; navedeno u Mattias Ruffert, *op. cit.*, str. 739.

[77] BVerwG NVwZ 1991, 577, 578→JK VwVfG § 49 II Nr 3, 4/1; SächsOVG NJW 2000, 1057, 1059, zur Verschlechterung der Haushaltslage, *op. cit.* str. 739.

ili učestvovanje drugog organa uprave ili odbora na osnovu pravnog propisa, tada se osiguranje smije dati prvo nakon saslušanja ili učestvovanja ovog organa uprave ili odbora.[78]

Osnov opoziva izmijenjenog stvarnog položaja pretpostavlja povredu javnog interesa ako se upravni akt ne bi opozvao. Ovo se pretpostavlja ako se opozivom sprečava[79] nanošenje štete na važnim vrijednostima kao što su narodno zdravlje,[80] zaštita omladine[81] ili života i zdravlja drugih.[82] Javni interes u ovom smislu je i fiskalni interes tj. interes u ekonomičnom vođenju budžeta.[83]

e) *Izmjena pravnog položaja.* Ova izmjena pretpostavlja svako ukidanje pravnih odredaba, bilo da to učini zakonodavac bilo sud vršeći kontrolu norme. Pravnim propisima pripadaju i upravni propisi[84] s pravnim djejstvom izvan organa uprave, ali ne i izmjene sudske prakse. Izmjena pravnog položaja nastupa i pri konačnim odlukama Komisije o nespojivosti državne pomoći s komunitarnim pravom.[85]

U njemačkoj teoriji upravnog prava opoziv upravnog akta zbog promjene pravnog položaja tumači se tako da ovlaštenik ne smije iskoristiti svoje ovlaštenje niti primati činidbe. Ovaj stav povezan je s odredbom o povlačenju protivpravnih akata.[86] Kod upravnih akata o *činidbama*, njihov *prijem* sprečava

---

[78] Paragraf 38. Zakona o upravnom postupku SR Njemačke.

[79] Vgl. außerdem BverwG NVwZ 1992, 565, 565 f. Gegenbeispiel: Baurechtlicher Nachbarstreit (nur Individualinteressen): BVerG NVwZ 1999, 417, 419→JK BauGB § 29 I 1/1.; navedeno u Mattias Ruffert, *op. cit.*, str. 740.

[80] BverwG Bay VBl 1992, 730 f.; navedeno u Mattias Ruffert, *op. cit.*, str. 740.

[81] VGH BW GewArch 1993, 247.; navedeno u Mattias Ruffert, *op. cit.,* str. 740.

[82] *Ule/Laubinger* VwVfR, § 63 Rn 12.; navedeno u Mattias Ruffert, *op. cit.*, str. 740.

[83] BVerwG DÖV 1986, 202→JK GG Art 12 I/14; OVG NRW DöD 1982, 110, 113; navedeno u Mattias Ruffert, *op. cit.*, str. 740.

[84] U nauci upravnog prava u Bosni i Hercegovini i Republici Hrvatskoj to su podzakonski akti po naročitom ovlaštenju više pravne norme.

[85] Vgl. *Erichsen* Verfassungs- und Verwaltungsgerichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seine Aufhebung im Prozeß, 1971, 44 f, 159 f.; navedeno u Mattias Ruffert, *op. cit.*, str. 740.

[86] Paragraf 48 stav 2: Protivpravni upravni akt, koji odobrava jednokratno ili trajno novčane činidbe ili djelimične stvarne činidbe ili je pretpostavka za to, ne smije se povlačiti, ukoliko je ovlaštenik imao povjerenje u postojanje upravnog akta i njegovo povjerenje je vrijedno zaštite, uvažavajući javni interes za povlačenje. Povjerenje je u pravilu vrijedno zaštite, ako je ovlaštenik koristio odobrenu činidbu ili je raspolagao svojom imovinom, koju on više ne može povući ili to može učiniti samo zbog neprikladne štete. Na povjerenje se ovlaštenik ne može pozivati, ako je on upravni akt ishodio podmuklom prevarom, prijetnjom ili potkupljivanjem, te podacima, koji su u bitnim odnosima bili

opoziv. Budući da je zakonit upravni akt pravni osnov činidbe, zakonitost zavisi od njenog prijema, a ne od korištenja ili raspolaganja imovinom. Za ostala ovlaštenja nakon njihovog korištenja tj. nakon svakog pravno značajnog korištenja upravni akt se ne može više opozvati. To omogućava djelimičan opoziv nakon djelimičnog prijema činidbe ili djelimičnog korištenja, npr. uvažavajući još ne odobrene djelimične činidbe.

f) *Odbrana od teške štete za opću dobrobit.* Generalna klauzula stvara osnov opoziva da se spriječi ili ukloni *teška šteta za opću dobrobit.* Materijalno pravo je kriterij za težinu štete, a naročito ustavno pravo. Kao pravo vanredne situacije taj se propis mora usko tumačiti,[87] tako da se ovaj osnov opoziva koristi samo u posebnim slučajevima.

Na osnovu člana 12. Osnovnog zakona praksa Saveznog ustavnog suda nudi objektivne dozvoljene granice stajališta o tome šta je teža šteta za opću dobrobit, jer ovo znači "posebna zajednička dobra".[88] Šteta mora već postojati ili se iščekivati.[89]

g) *Korištenje upravnih akata protivno svrsi i nalogu.* U Zakonu o upravnom postupku propisana je posebna norma za upravne akte s novčanim činidbama, najprije odluke o subvencijama.[90] Upotreba subvencija protivno

netačni ili nepotpuni. Ovlaštenik se na povjerenje ne može pozivati ni ako je znao za protivpravnost upravnog akta ili zbog grube nemarnosti.
Stav 3: Ako se povlači neki drugi protivpravni akt, tada na zahtjev organ uprave mora nadoknaditi oštećenom gubitak imovine, koji je on tako pretrpio zato što je vjerovao u postojanje upravnog akta, ukoliko je njegovo povjerenje uvažavajući javni interes vrijedno zaštite. Moraju se primijeniti pravni osnovi na koje se oštećeni ne može pozivati. Imovinska šteta se ipak ne mora nadoknaditi preko iznosa interesa, koji oštećeni ima u postojanju upravnog akta. Imovinsku štetu koja se mora nadoknaditi utvrđuje organ uprave. Zahtjev se može istaći samo tokom godine. Rok počinje čim je organ uprave oštećenog na njega uputio.

87 Vgl. *Erichsen* Verfassungs- und Verwaltungsgerichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seine Aufhebung im Prozeß, 1971, 44 f, 159 f.; navedeno u Mattias Ruffert, *op. cit.,* str. 740.

88 Paradigmatisch BVerfGE 11, 168, 187: Funktionsfähugkeit des Taxenverkehrs. Weiter *Erichsen* 12. Aufl. 2002, § 18 Rn. 26; *Häberle* FS Boorberg-Varlag, 1977, 47, 89; *Britz* DÖV 1982, 231, 233 f.; navedeno u Mattias Ruffert, str. 741.

89 *Bronnenmeyer* (Fn 16) 164.; navedeno u Mattias Ruffert, *op. cit.*, str. 741.

90 Paragraf 49. stav 3.: Zakonit upravni akt o odobravanju jednokratne ili trajne novčane činidbe ili djelimične stvarne činidbe radi ispunjavanja određene svrhe ili je pretpostavka za to, nakon što se više ne može napadati, može se djelimično ili potpuno opozvati također s djejstvom u prošlost (retroaktivnim djejstvom), ako se činidba nikako ne koristi, ne koristi odmah nakon njenog izvršenja ili ne više za svrhu određenu u upravnom aktu, i ukoliko je s upravnim aktom povezan nalog i ovlaštenik ga nije ispunio u njemu određenom roku.

svrsi ili kršenje naloga o korištenju subvencije ne djeluje na zakonitost upravnog akta, tako da je njegovo povlačenje nemoguće. Zbog činjenica koje naknadno nastupe i usljed čega organ uprave ne bi izdao upravni akt, i ukoliko bi bez opoziva bio ugrožen javni interes,[91] povlačenje je moguće samo za budućnost, tako da uklanjanje pravnog osnova za ovlašteno zadržavanje subvencije ne bi bilo moguće.

Novčana činidba mora se koristiti za odobrenu svrhu, odnosno ona je pretpostavka dodjele. Ako se svrha ostvari, opoziva nema.[92] U upravnom aktu se svrha mora konkretno odrediti.[93]

Prema Zakonu o upravnom postupku FBiH povlačenje zakonitih upravnih akata je upravna radnja regulirana u odredbama o *vanrednom ukidanju rješenja.* Nauka upravnog prava ovu radnju pogrešno svrstava u vanredna pravna sredstva. Naime, procesne pravne teorije ističu da se vanredna pravna sredstva ulažu protiv nezakonitih pojedinačnih pravnih akata. Povlačenjem upravni akt stavlja se van snage. U nauci upravnog prava Bosne i Hercegovine ovo povlačenje poznato je pod nazivom *pridržaj opoziva.* Kao teorijski pojam naslijeđen je iz bivše Socijalističke federativne republike Jugoslavije.[94]

Na osnovu izloženih odredaba upravnog postupka u Saveznoj Republici Njemačkoj može se zaključiti da u upravnom pravu Bosne i Hercegovine *vanredno ukidanje rješenja* ne može biti vanredni pravni lijek. Naime, u zakonu o upravnom postupku BiH i FBiH sadržana je ista odredba da se izvršno rješenje može ukinuti ako je to potrebno radi otklanjanja teške i neposredne opasnosti po život i zdravlje ljudi, javnu sigurnost, javni mir i poredak ili javni moral, ili radi otklanjanja poremećaja u privredi, ako se to ne bi moglo uspješno otkloniti drugim sredstvima kojima bi se manje diralo u stečena prava. Rješenje se može ukinuti i samo djelimično, u obimu koliko je neophodno da se opasnost otkloni ili zaštite navedeni javni interesi.

Ako je rješenje donio prvostepeni organ, to rješenje može ukinuti drugostepeni organ, a ako tog organa nema Vijeće ministara. U Federaciji BiH nadležna je Vlada Federacije ako se radi o rješenju federalnog organa uprave ili federalne ustanove, odnosno vlada kantona ako se radi o rješenju kantonalnog organa uprave ili kantonalne ustanove, kao i o rješenju općinskog načelnika ili gradonačelnika, odnosno općinske ili gradske službe za upravu.

---

[91] Paragraf 49. stav 3. tačka 3. Zakona o upravnom postupku Savezne Republike Njemačke.

[92] *Suerbaum* VerwArch 90 (1999) 361, 367.; navedeno u Mattias Ruffert, *op. cit.*, str. 741.

[93] *Baumeister* NVwZ 1997, 19, 20; *Gröpl* VerwArch 88 (1997) 23, 35; *Sauerbaum* VerwArch 90 (1999) 361, 369.; navedeno u Mattias Ruffert, *op. cit.*, str. 741.

[94] Npr. Ivo Borković, *op. cit.*, str. 344.

Protiv rješenja kojim se prijašnje rješenje ukida dopuštena je žalba samo kad je to rješenje donio prvostepeni organ. U suprotnom, protiv takvog rješenja može se neposredno pokrenuti upravni spor kod Suda Bosne i Hercegovine.

Stranka, koja usljed ukidanja rješenja trpi štetu, ima pravo na naknadu samo stvarne štete. Za rješavanje o zahtjevu za naknadu štete nadležan je Sud Bosne i Hercegovine. U Federaciji BiH u prvom stepenu nadležan je sud koji bi po zakonu o upravnim sporovima bio nadležan za rješavanje upravnog spora protiv rješenja donesenog na osnovu ovog člana. O visini naknade štete ovaj sud rješava po općim pravilima o naknadi štete uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja.[95]

Iz ovih odredaba vidljivo je da ovaj upravni akt nije protivpravan. U procesnom pravu općenito vanredni pravni lijekovi podnose se protiv nezakonitih upravnih akata. Zato ovo do sada vanredno pravno sredstvo treba prenijeti u poglavlje o rješenju, odnosno treba propisati normu o opozivu upravnog akta. To je u formalnopravnom i materijalnopravnom smislu novi institut u upravnom postupku, koji treba uskladiti s demokratskom tradicijom pisane ustavnosti u državama članicama Evropske unije. U teorijskom smislu bio je poznat u nauci upravnog prava država nasljednica u mjeri u kojoj su to dozvoljavali društveni i politički uvjeti. Uvođenje ovakvog pravnog instituta potrebno je i zbog učlanjivanja Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju. U unijskom pravu postoje uputstva koja propisuju povlačenje upravnog akta, odnosno odobrenja, prepuštajući državama da na osnovu svog nacionalnog prava odlučuju u upravnom postupku o opozivu upravnog akta.[96] Od opoziva treba razlikovati povlačenje koje se odnosi samo na protivzakonite upravne akte. Spajanjem njemačkog i bosanskog upravnog prava proširuju se pravni osnovi takvog povlačenja. To je potrebno Bosni i Hercegovini radi snažnijeg demokratskog razvoja njene državne uprave.

Zakonito i izvršno rješenje može se ukinuti ako je to potrebno radi otklanjanja teške i neposredne opasnosti po život i zdravlje ljudi, javne sigurnosti, javnog mira i poretka ili morala, radi otklanjanja poremećaja u privredi, odbrane od teške štete za opću dobrobit, ako se to ne bi moglo uspješno otkloniti drugim sredstvima, kojima bi se manje diralo u stečena prava. Rješenje se može ukinuti i samo djelimično, u obimu koliko je neophodno da se opasnost otkloni ili zaštite navedeni javni interesi. Rješenje se može povući i zbog izmjene pravnog

[95] Član 255. u vezi s članom 253. stav 1. Zakona o upravnom postupku BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 29/2002 od 12. oktobra 2002. godine) i član 263. u vezi s članom 261. stav 1. Zakona o upravnom postupku FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 2/98 od 20. januara 1998. godine).

[96] To su npr. Uputstvo 95/18 (članovi 10. i 11.) i Uputstvo 2004/49 (član 11).

položaja, promjene činjeničnog osnova, ako nije ispunjen nalog iz upravnog akta ili je opoziv pridržan, te na osnovu pravnih propisa.

VIII
VANREDNA PRAVNA SREDSTVA

Zakon o upravnom postupku BiH i Zakon o upravnom postupku FBiH propisuju više vanrednih pravnih lijekova. *Vanredno ukidanje rješenja* objašnjeno je kao *opozivanje zakonitog rješenja* u prethodnom dijelu rada. U Zakonu o upravnom postupku Republike Hrvatske ovaj vanredni pravni lijek preimenovan je u *ukidanje zakonitog rješenja kojim je stranka stekla neko pravo.* Iz izloženog vidljivo je da ovaj institut ne može biti vanredni pravni lijek zato što nema protivpravnosti.

U Zakonu o upravnom postupku FBiH propisano je više vanrednih pravnih lijekova.

Oglašavanje rješenja ništavim treba pridružiti *poništavanju i ukidanju rješenja po pravu nadzora* na osnovu srodnosti. Nauka upravnog prava u Bosni i Hercegovini tumači ovaj pravni lijek tako da upravni akt nakon oglašavanja ništavim *nema pravno djejstvo, ali da ostaje u pravnom poretku.* Upravni akt bez pravnog djejstva ne treba uopće postojati u pravnom poretku, nego se ovo tumačenje treba promijeniti. Naime, treba propisati da dosadašnji razlozi za *oglašavanje rješenja ništavim* treba da postanu pravni osnov za poništavanje upravnog akta i njegovo uklanjanje iz pravnog poretka vršenjem ove upravne radnje.

Tako bi se proširio osnov za poništavanje rješenja i bilo bi ih ukupno osam: 1) ako je rješenje donio stvarno nenadležan organ, 2) ako je u istoj stvari ranije doneseno konačno rješenje kojim je ta upravna stvar drugačije riješena; u skladu s objašnjenjem da se pravosnažnost mora brisati iz Zakona o upravnom postupku, umjesto ovog pojma mora biti pojam konačnost; 3) ako je rješenje donio jedan organ bez saglasnosti, potvrde, odobrenja ili mišljenja drugog organa, a ovo je potrebno po zakonu ili drugom propisu zasnovanom na zakonu, 4) ako je rješenje doneseno kao posljedica prisile, iznude, ucjene, pritiska ili druge nedopuštene radnje, 5) koje bi svojim izvršenjem moglo prouzrokovati neko djelo kažnjivo po krivičnom zakonu; 6) čije izvršenje uopće nije moguće; 7) koje je donio organ bez prethodnog zahtjeva stranke, a na koje rješenje stranka nije naknadno izričito ili prešutno pristala; 8) koje sadrži nepravilnost koja je po nekoj izričitoj zakonskoj odredbi predviđena kao razlog ništavnosti.

Pravni osnov da se *rješenje oglasi ništavim*, odnosno *poništi po pravu nadzora de lege ferenda koje je u upravnom postupku doneseno u stvari sudske mjerodavnosti ili u stvari o kojoj se uopće ne može rješavati u upravnom postupku* treba da bude u nadležnosti ustavnog sudstva. Takvo rješenje je u skladu sa ustavnim načelom podjele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast.

Zahtjev za zaštitu zakonitosti treba revidirati tako što će se propisati da ga može podnositi javni pravobranilac, a ne javni (nadležni tužilac) zato što se u upravnom postupku odlučuje o javnim subjektivnim pravima. Ova prava nisu predmet krivičnog postupka, nego zaštita objektivne zakonitosti.

Novi Zakon o upravnom postupku Republike Hrvatske ne sadrži više vanredni pravni lijek *mijenjanje i poništavanje rješenja u vezi sa upravnim sporom*. To je pogrešno zato što se nije vodilo računa o tome da je ovaj pravni lijek osnov zakonitog postupanja uprave ako u Zakonu o upravnim sporovima (BiH, FBiH, RS ili RH) postoje upravni sporovi pune jurisdikcije.

IX
IZVRŠENJE

Na osnovu predloženih izmjena o načelima konačnosti i pravosnažnosti upravnog postupka treba propisati da rješenje može postati izvršno kad je postalo konačno nakon provedenog upravnog postupka.

U upravnom izvršnom postupku potrebno je izmijeniti odredbe o vrstama izvršenja. Naime, potrebno je potpuno ukinuti sudsko izvršenje zato što je njegovo postojanje protivustavno i propisati da se sva novčana potraživanja utvrđena u upravnom postupku prisilno ostvaruju u administrativnom izvršenju. Važeći zakoni o upravnom postupku BiH i FBiH pretvaraju upravnu novčanu stvar u građansku. To isto čini i Zakon o izvršnom postupku FBiH koji primjenjuju općinski sudovi. Prema ovom zakonu izvršenje radi ostvarivanja novčanog potraživanja određuje se i na osnovu vjerodostojne isprave. Prema istom pravnom aktu vjerodostojna isprava su i računi ili izvodi iz poslovnih knjiga za cijenu komunalnih usluga isporuke vode, toplotne energije i odvoz smeća. Ova isprava je vjerodostojna za izvršenje ako su u njoj naznačeni tražilac izvršenja i izvršenik, te predmet, vrsta, obim i vrijeme ispunjenja obaveze.[97] Zato bi trebalo propisati da izvršenja vjerodostojnih isprava javnih preduzeća u jedinicama lokalne samouprave provode općinski

[97] Član 29. Zakona o izvršnom postupku FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 32 od 18. jula 2003. godine).

organi uprave. Tako bi se znatno rasteretili općinski sudovi i unaprijedila njihova efikasnost u skladu s *kratkoročnim i srednjoročnim prioritetima* utvrđenim Zaključkom Savjeta o načelima, prioritetima i uvjetima Evropskog partnerstva s Bosnom i Hercegovinom, br. 2008/211 od 18. februara 2008. godine u oblasti redovnog pravosuđa.

X
MJERE ZA PROVOĐENJE ZAKONA

Zakon o upravnom postupku BiH sadrži odredbe o provođenju zakona u petom dijelu, u kojem su propisane mjere za provođenje zakona. Treba ih dopuniti odredbama iz Zakona o upravi BiH o aktivnostima rukovodioca organa uprave ako se neopravdano odugovlači upravni postupak, tako da bi ova cjelina *de lege ferenda* trebala da bude:

> *Rukovodioci organa uprave, odnosno institucija sa javnim ovlaštenjem, odgovorni su za pravilnu i dosljednu primjenu ovog zakona, a naročito da se upravne stvari rješavaju u zakonom propisanim rokovima. U cilju pravilnog i efikasnog rješavanja stvari u upravnom postupku, te odgovorne osobe obavezne su preduzimati mjere da se kontinuirano osigurava i provodi stručno usavršavanje službenika i drugih osoba koje rade na rješavanju upravnih stvari.*
>
> *Službena osoba ovlaštena za preduzimanje radnji u upravnom postupku, odnosno ovlaštena za rješavanje u upravnim stvarima, dužna je u roku od tri dana nakon isteka roka od 30 dana za rješavanje u prvom i drugom stepenu obavijestiti pismeno stranku o razlozima zbog kojih rješenje, odnosno zaključak nije donesen i o tome koje će radnje preduzeti radi donošenja rješenja, odnosno zaključka i poučiti stranku koja pravna sredstva može koristiti. To obavještenje istovremeno se mora dostaviti i odgovornim rukovodiocima radi preduzimanja mjera da se rješenje, odnosno zaključak donese bez odgađanja.*
>
> *Ovlaštena službena osoba koja vodi upravni postupak, odnosno rješava upravne stvari čini težu povredu radne dužnosti, ako je ona kriva za neizvršenje određenih procesnih radnji u upravnom postupku radi kojih se rješenje, odnosno zaključak nije mogao donijeti u zakonskom roku.*[98]
>
> *Rukovodilac organa uprave obavezan je bez odgađanja razmotriti podnijete predstavke, i prijedloge i pritužbe stranaka na nepravilan odnos državnih službenika u organu uprave prema njima kada se obraćaju tim organima u cilju ostvarivanja prava, odnosno izvršavanja svojih obaveza.*

[98] Član 284. Zakona o upravnom postupku BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 29/2002 od 12. oktobra 2002. godine).

Rukovodilac organa uprave obavezan je ispitati podnesene predstavke, prijedloge i pritužbe ako ih ocijeni osnovanim, preduzeti zakonom predviđene mjere prema državnom službeniku na čiji se rad predstavka odnosi.

Rukovodilac organa uprave obavezan je u roku od osam dana od dana prijema predstavke, prijedloga odnosno pritužbe stranci dati pismeni odgovor o preduzetim mjerama u vezi s njihovom predstavkom, prijedlogom, odnosno pritužbom.[99]

U Zakonu o upravnom postupku FBiH potrebno je izvršiti izmjene i dopune petog dijela o provođenju zakona u kojem je sadržana XVIII glava o mjerama za provođenje zakona.

Iz Zakona o organizaciji organa uprave u član 293. Zakona o upravnom postupku FBiH potrebno je na prva tri stava dodati odredbe o sankcijama zbog neurednog obavljanja upravne funkcije. Ta cjelina bi *de lege ferenda* trebala da bude:

Rukovodioci federalnih i kantonalnih organa uprave, a u gradu – gradonačelnik i u općini – općinski načelnik, rukovodioci institucija sa javnim ovlaštenjem, odgovorni su za pravilnu i dosljednu primjenu ovog zakona, a naročito su odgovorni da se upravne stvari rješavaju u zakonom propisanim rokovima. U cilju pravilnog i efikasnog rješavanja stvari u upravnom postupku, te odgovorne osobe obavezne su preduzimati mjere da se kontinuirano osigurava i provodi stručno usavršavanje službenika i drugih osoba koje rade na rješavanju upravnih stvari.

Službena osoba ovlaštena za preduzimanje radnji u upravnom postupku, odnosno za rješavanje u upravnim stvarima, dužna je, u roku od tri dana od dana isteka roka za rješavanje iz članova 216. i 244. ovog zakona, obavijestiti u pisanoj formi stranku o razlozima zbog kojih rješenje, odnosno zaključak nije donesen i o tome koje će radnje preduzeti radi donošenja rješenja, odnosno zaključka i poučiti stranku koja pravna sredstva može koristiti. To obavještenje istovremeno se mora dostaviti i odgovornim rukovodiocima radi preduzimanja mjera da se rješenje odnosno zaključak donese bez odlaganja.

Ovlaštena službena osoba koja vodi upravni postupak, odnosno rješava upravne stvari čini težu povredu radne dužnosti, ako je njenom krivicom došlo do neizvršenja određenih procesnih radnji u upravnom postupku, zbog kojih se rješenje, odnosno zaključak nije mogao donijeti u zakonskom roku.[100]

---

[99] Član 41. Zakona o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 32/02 od 7. novembra 2002. godine).

[100] Član 293. Zakona o upravnom postupku FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 2/98 od 20. januara 1998. godine).

Ako državni službenici u organima uprave zahtjeve građana ne rješavaju u propisanim rokovima, ili od građana traže nepotrebne i suvišne dokaze ili traže dokaze koje su u prvostepenom i drugostepenom postupku za ostvarivanje prava i pravnih interesa ili za izvršavanje obaveza oni dužni pribavljati po službenoj dužnosti, ili ako na bilo koji drugi način odugovlače sa rješavanjem zahtjeva građana, ili onemogućavaju efikasno i brzo rješavanje podnesenih zahtjeva, građani imaju pravo da u vezi sa takvim ponašanjem državnih službenika podnesu predstavke i pritužbe rukovodiocu organa uprave, a u općini – općinskom načelniku, odnosno u gradu – gradonačelniku.

Ove radnje predstavljaju težu povredu službene dužnosti.

U ovim slučajevima građani se mogu obratiti i upravnoj inspekciji.

Rukovodilac organa uprave obavezan je odmah, a najkasnije u roku od pet dana od dana prijema predstavke ili pritužbe, ispitati tu predstavku ili pritužbu i ako utvrdi da je osnovana, dužan je preduzeti zakonom predviđene mjere (pokrenuti disciplinski postupak ili preduzeti druge mjere) prema državnom službeniku na čiji se rad predstavka ili pritužba odnosi i istovremeno podnosiocu predstavke ili pritužbe obavezno dostaviti pisani odgovor o preduzetim mjerama.[101]

XI
UPRAVNA INSPEKCIJA

Zakon o upravnom postupku BiH sadrži samo jednu odredbu o upravnoj inspekciji. Ovu normu treba spojiti u jednu cjelinu s poglavljem o upravnoj inspekciji iz Zakona o upravi BiH i tako formirati dio o upravnoj inspekciji. Pri tome odredba iz procesnog zakona treba da bude i uvodna odredba iza koje bi bila pravila iz ovog poglavlja.

Nadležna upravna inspekcija ima pravo zahtijevati pokretanje postupka odgovornosti kod nadležnog organa protiv rukovodioca organa uprave, odnosno rukovodioca institucije s javnim ovlaštenjima, koji nepravilno i nedosljedno primjenjuje Zakon, a naročito ako ne rješava stvari u zakonom propisanim rokovima; kao i protiv rukovodioca koji nezakonito ovlasti službenu osobu bez stručne spreme, radnog iskustva i položenog stručnog ispita za preduzimanje radnji u postupku ili za rješavanje u upravnim stvarima koja ne ispunjava propisane uslove, kao i disciplinski postupak protiv službene osobe.

Poslove upravne inspekcije nad izvršavanjem ovog zakona, zakona o državnim službenicima i zaposlenicima organa uprave, upravnom postupku i posebnim upravnim postupcima, kao i kancelarijskom poslovanju u organima uprave vrši

[101] Član 76. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine).

Ministarstvo pravde.

Navedene poslove upravne inspekcije neposredno vrše upravni inspektori.

Za upravnog inspektora može se postaviti diplomirani pravnik koji ima položen stručni ispit za državne službenike organa uprave i najmanje tri godine radnog iskustva na najsloženijim upravnim poslovima.[102]

Upravni inspektor u vršenju inspekcijskog nadzora nad izvršavanjem zakona i drugih propisa vrši nadzor naročito u pogledu:

- *ostvarivanja prava i pravnih interesa i izvršavanja obaveza građana, javnih korporacija, komora, javnih preduzeća (društava), agencija i drugih pravnih osoba u upravnom postupku;*
- *primjene propisa o organizaciji i načinu rada organa uprave;*
- *radnih odnosa u organima uprave i ispunjavanja uslova državnih službenika koji rade na poslovima upravnog rješavanja u institucijama s javnim ovlaštenjima;*
- *rješavanja upravnih stvari u propisanim rokovima;*
- *pravilnosti primjene propisa u upravnom postupku;*
- *načina prikupljanja dokaza u upravnom postupku, a posebno dokaza koji se pribavljaju po službenoj dužnosti;*
- *provođenja administrativnog izvršenja;*
- *pružanja pravne pomoći građanima, javnim korporacijama, komorama, javnim preduzećima (društvima), agencijama i drugim pravnim licima u upravnom postupku*;
- *vođenja evidencije o upravnim predmetima;*
- *primjene propisa o kancelarijskom poslovanju.*[103]

Ako upravni inspektor utvrdi da nepravilnosti i nedostaci u radu proizlaze iz razloga nestručnosti državnog službenika za obavljanje poslova na koji je raspoređen, predložit će rukovodiocu organa uprave da tog državnog službenika rasporedi na druge poslove.[104]

U vršenju inspekcijskog nadzora upravni inspektor sastavlja zapisnik o izvršenom inspekcijskom nadzoru, koji naročito sadrži utvrđeno činjenično

[102] Član 83. Zakona o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 32/02 od 7. novembra 2002. godine).

[103] Član 84. Zakona o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 32/02 od 7. novembra 2002. godine).

[104] Član 85. Zakona o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 32/02 od 7. novembra 2002. godine).

stanje i nepravilnosti i nedostatke u radu, te primjerak zapisnika dostavlja rukovodiocu organa uprave ili ustanove, a po potrebi i Vijeću ministara.[105]

Ako upravni inspektor u vršenju inspekcijskog nadzora utvrdi da je povrijeđen zakon ili drugi propis, dužan je donijeti rješenje i njime naložiti sljedeće mjere: 1) narediti da se utvrđeni nedostaci i nepravilnosti otklone u određenom roku; 2) narediti preduzimanje odgovarajućih upravnih radnji koje su pravna osoba, organ uprave i institucija s javnim ovlaštenjima obavezni preduzeti; 3) zabraniti preduzimanje radnji koje smatra da su u suprotnosti sa zakonom ili drugim propisom nad čijim provođenjem vrši nadzor; 4) izreći i naplatiti novčanu kaznu na licu mjesta, ako je za to zakonom ovlašten; 5) preduzeti druge upravne mjere i radnje za koje je zakonom i drugim propisom ovlašten.

Protiv ovog rješenja rukovodilac organa uprave i institucije s javnim ovlaštenjima može izjaviti žalbu ministru pravde u roku od osam dana od dana prijema rješenja.

Žalba protiv ovog rješenja odgađa izvršenje rješenja.

Protiv rješenja ministra pravde može se pokrenuti upravni spor kod suda.[106]

Ako upravni inspektor utvrdi da se povredama zakona i drugih propisa građanima, javnim korporacijama, komorama, javnim preduzećima (društvima), agencijama i drugim pravnim osobama onemogućava ostvarivanje njihovih prava i pravnih interesa u propisanim rokovima, ili na drugi način, obavezan je o tome bez odgađanja, pismeno upoznati Vijeće ministara, ukazati na posljedice koje su iz takvog stanja nastupile ili bi mogle nastupiti i predložiti preduzimanje odgovarajućih mjera.[107]

Građani, javne korporacije, komore, javna preduzeća (društva), agencije i druge pravne osobe imaju pravo da se radi zaštite svojih prava utvrđenih ovim zakonom i drugim propisima, obraćaju usmeno ili pismeno upravnom inspektoru u svim slučajevima kad im se na bilo koji način otežava da brzo i jednostavno ostvaruju svoja prava i pravne interese ili izvršavaju svoje obaveze kod organa uprave, agencije ili institucije s javnim ovlaštenjima, a naročito:

---

[105] Član 86. Zakona o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 32/02 od 7. novembra 2002. godine).

[106] Član 87. u vezi s članom 76. Zakona o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 40/02 od 7. novembra 2002. godine).

[107] Član 88. Zakona o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 40/02 od 7. novembra 2002. godine).

1) ako im se u zakonom propisanom roku ne rješavaju zahtjevi i žalbe u upravnom postupku;
2) ako se od njih traži da u upravnom postupku dokazuju činjenice uvjerenjima i drugim javnim ispravama koje je po službenoj dužnosti obavezan pribavljati državni službenik koji vodi upravni postupak;
3) ako im se ne izvršavaju upravni akti doneseni radi ostvarivanja prava i pravnih interesa u upravnom postupku;
4) ako im se ne pruža pravna pomoć u ostvarivanju prava i pravnih interesa i u izvršavanju obaveza u upravnom postupku.

Upravni inspektor obavezan je odmah postupiti po ovom zahtjevu i sačiniti zapisnik i preduzeti odgovarajuće mjere i o tome pismeno obavijestiti podnosioca zahtjeva u roku od osam dana od dana prijema zahtjeva.[108]

U Zakonu o upravnom postupku FBiH sadržana je samo jedna odredba o upravnoj inspekciji. I ovu normu treba spojiti u jednu cjelinu s poglavljem o upravnoj inspekciji iz Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH i tako formirati dio o upravnoj inspekciji. Pri tome odredba iz procesnog zakona treba da bude i uvodna odredba iza koje bi bila pravila iz ovog poglavlja.

U petom dijelu Zakona o upravnom postupku FBiH potrebno je formirati novi dio o ***upravnoj inspekciji*** prijenosom odredaba iz Zakona o organizaciji organa uprave FBiH.

Prvi član ovog dijela treba da bude četvrti stav iz člana 293. Zakona o upravnom postupku, a potom dodati tekst iz Zakona o organizaciji organa uprave FBiH o *upravnoj inspekciji.*

Nadležna upravna inspekcija ima pravo zahtijevati pokretanje postupka odgovornosti kod nadležnog organa protiv rukovodioca organa uprave, odnosno rukovodioca institucije s javnim ovlaštenjima, koji ovlasti osobu bez odgovarajuće stručne spreme, radnog iskustva i položenog stručnog ispita; kao i onog koji nezakonito ovlasti službenu osobu za preduzimanje radnji u postupku ili za rješavanje u upravnim stvarima koja ne ispunjava propisane uslove, kao i disciplinski postupak protiv ovlaštene službene osobe.

Poslove upravne inspekcije nad izvršavanjem ovog zakona i federalnih zakona, koji se odnose na radne odnose državnih službenika i namještenika u organima uprave i upravnim ustanovama, upravni postupak i posebne upravne postupke uređene federalnim propisima i kancelarijsko poslovanje

[108] Član 89. u vezi s članom 73. Zakona o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 40/02 od 7. novembra 2002. godine).

u organima uprave i upravnim ustanovama i pravnim osobama s javnim ovlaštenjima vrši Federalno ministarstvo pravde.

U vršenju inspekcijskog nadzora federalni upravni inspektor postupa u skladu s odredbama članova od... do... ovog zakona.[109]

Navedene poslove upravne inspekcije neposredno vrše federalni upravni inspektori.

Za federalnog upravnog inspektora može se postaviti diplomirani pravnik koji ima položen stručni upravni ispit predviđen za državne službenike, odnosno položen ispit općeg znanja predviđen za državne službenike organa uprave u Federaciji, ili javni ispit predviđen za državne službenike institucija Bosne i Hercegovine i najmanje tri godine radnog staža na najsloženijim upravnopravnim poslovima, ili upravnom rješavanju poslije položenog navedenog ispita.[110]

Federalni upravni inspektor inspekcijskim nadzorom utvrđuje činjenice o:

1) poštovanju pravila upravnog postupka u rješavanju zahtjeva građana i pravnih osoba u prvostepenom i drugostepenom upravnom postupku;
2) primjeni propisa o organizaciji i načinu rada organa uprave i upravnih ustanova u državnoj upravi (pravilnik o unutrašnjoj organizaciji);
3) rješavanju upravnih stvari u prvostepenom i drugostepenom upravnom postupku u propisanim rokovima;
4) pravilnosti primjene pravila postupka uređena Zakonom o upravnom postupku;[111]
5) načinu prikupljanja dokaza u upravnom postupku, a posebno po službenoj dužnosti u skladu sa zakonom;
6) načinu provedbe administrativnog izvršenja;
7) pružanju pravne pomoći građanima i pravnim licima u upravnim postupcima;
8) vođenju propisane evidencije za prvostepeni i drugostepeni upravni postupak;
9) primjeni propisa o kancelarijskom poslovanju.

---

[109] Član 137. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine).

[110] Član 138. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine).

[111] Zakon o upravnom postupku FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 2/98 od 20. januara 1998. godine i 48/99 od 3. decembra 1999. godine).

Ovaj inspekcijski nadzor federalni upravni inspektori vrše u federalnim, kantonalnim, gradskim i općinskim organima uprave i upravnim ustanovama i pravnim osobama s javnim ovlaštenjima kojima su ta ovlaštenja povjerena federalnim zakonom.[112]

Pri tom prijenosu iz Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH u Zakon o upravnom postupku FBiH ne treba prenijeti odredbe u vezi s radnim odnosima u organima uprave. To je odredba da *primjenu propisa o radnim odnosima prilikom ostvarivanja prava državnih službenika i namještenika iz radnog odnosa u organima uprave i upravnim ustanovama, kao i primjena propisa u pogledu ispunjavanja uvjeta školske spreme i drugih uvjeta službenih lica koja rade na poslovima upravnog rješavanja u pravnim osobama sa javnim ovlaštenjima.*[113] Ako se usvoji predložena reforma Zakona o upravnom postupku FBiH, nadzor nad poštovanjem ove odredbe mora biti u nadležnosti Ministarstva za rad i socijalnu politiku.

Federalni upravni inspektor rješenjem naređuje otklanjanje utvrđenih nedostataka i nepravilnosti u određenom roku i preduzimanje odgovarajućih upravnih radnji koje je pravna osoba, organ uprave i institucija s javnim ovlaštenjima obavezan preduzeti, zabranjuje preduzimanje radnji koje smatra da su u suprotnosti sa zakonom ili drugim propisom nad čijim provođenjem vrši nadzor, te preduzima preventivne mjere.

Protiv ovog rješenja rukovodilac organa uprave, odnosno upravne ustanove, kao i gradonačelnik i općinski načelnik i pravna osoba s javnim ovlaštenjima, u roku od osam dana od dana prijema rješenja mogu izjaviti žalbu federalnom ministru pravde.

Žalba protiv ovog rješenja odlaže izvršenje rješenja.[114]

Ovaj upravni inspektor dužan je preduzimati i odgovarajuće preventivne aktivnosti radi sprečavanja nastupanja štetnih posljedica zbog nedostataka i nepravilnosti u provedbi zakona i drugih propisa čije izvršenje nadzire i u tu svrhu ima pravo upozoriti fizička i pravna lica na obaveze iz propisa, ukazati na štetne posljedice koje mogu nastati i predložiti mjere za otklanjanje

[112] Član 139. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine).

[113] Član 139. stav 1. tačka 3. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine).

[114] Član 141. u vezi s članom 126. stav 1. i članom 125. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine). Član 141. sadrži i odredbu *da je rješenje doneseno po žalbi konačno i protiv njega se može pokrenuti upravni spor kod Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine.*

njihovih uzroka i druge mjere za koje cijeni da su potrebne, a fizička i pravna lica su dužna postupiti po datim preventivnim mjerama inspektora.

Navedene preventivne mjere naređuju se rješenjem.[115]

Federalni upravni inspektor dužan je primjerak zapisnika o izvršenom inspekcijskom nadzoru dostaviti rukovodiocu organa uprave i upravne ustanove, a u gradu i općini gradonačelniku, odnosno općinskom načelniku, odnosno rukovodiocu pravne osobe s javnim ovlaštenjima.

Prema potrebi, i Vladu Federacije federalni upravni inspektor može upoznati s nađenim stanjem, odnosno vladu kantona, a u općini općinskog načelnika, odnosno u gradu gradonačelnika i predložiti preduzimanje odgovarajućih mjera.[116]

Ako upravni inspektor u vršenju inspekcijskog nadzora utvrdi da je povrijeđen zakon ili drugi propis, dužan je donijeti rješenje i njime naložiti sljedeće mjere: 1) narediti da se utvrđeni nedostaci i nepravilnosti otklone u određenom roku; 2) narediti preduzimanje odgovarajućih upravnih radnji koje su pravna osoba, organ uprave i institucija s javnim ovlaštenjima obavezne preduzeti; 3) zabraniti preduzimanje radnji koje smatra da su u suprotnosti sa zakonom ili drugim propisom nad čijim provođenjem vrši nadzor; 4) izreći i naplatiti novčanu kaznu na licu mjesta, ako je za to zakonom ovlašten; 5) preduzeti druge upravne mjere i radnje za koje je zakonom i drugim propisom ovlašten.

Protiv ovog rješenja rukovodilac organa uprave i institucije s javnim ovlaštenjima može izjaviti žalbu ministru pravde u roku od osam dana od dana prijema rješenja.

Žalba protiv ovog rješenja odgađa izvršenje rješenja.

Protiv rješenja ministra pravde može se pokrenuti upravni spor kod suda.[117]

Ako federalni upravni inspektor utvrdi da se povredama federalnih zakona i drugih federalnih propisa građanima i pravnim osobama onemogućava ostvarivanje njihovih prava i pravnih interesa u propisanim rokovima, ili na bilo koji drugi način ometa ostvarivanje tih prava, federalni upravni inspektor obavezan je pisano, bez odlaganja s tim upoznati Vladu Federacije, odnosno vladu kantona, a u općini, odnosno gradu općinskog načelnika, odnosno

[115] Član 130. Zakona o organizaciji organa uprave FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine).

[116] Član 140. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine).

[117] Član 142. u vezi s članom 126. stav 1. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine).

gradonačelnika i ukazati na posljedice koje su iz takvog stanja nastupile, ili bi mogle nastupiti i zatražiti da ti organi preduzmu odgovarajuće mjere iz okvira svoje nadležnosti radi otklanjanja nepravilnosti na koje ukaže federalni upravni inspektor.[118]

Građani, pravne osobe, kao i državni službenici i namještenici imaju pravo, radi zaštite svojih prava utvrđenih ovim i drugim federalnim zakonima i drugim federalnim propisima, obraćati se usmeno ili u pisanoj formi federalnoj upravnoj inspekciji u svim slučajevima kada im se na bilo koji način otežava, ili onemogućava da brzo i jednostavno ostvaruju svoja prava i pravne interese, ili da izvršavaju svoje obaveze kod organa uprave, ili upravne ustanove, odnosno pravne osobe s javnim ovlaštenjima. Navedeni pravni subjekti imaju to pravo naročito ako im se u zakonom propisanom roku ne rješavaju zahtjevi i žalbe u upravnom postupku, odnosno u postupku iz radnih odnosa; ukoliko se od njih traži da u upravnom postupku dokazuju činjenice uvjerenjima i drugim javnim ispravama koje je po službenoj dužnosti, u skladu s ovim ili drugim zakonom, obavezan pribavljati državni službenik koji vodi upravni postupak; pod uvjetom da im se ne izvršavaju upravni akti doneseni radi ostvarivanja prava i pravnih interesa u upravnom postupku; kad im se ne pruža pravna pomoć u ostvarivanju prava i pravnih interesa i izvršavanju obaveza u upravnom postupku.

Federalni upravni inspektor obavezan je odmah postupiti po ovom zahtjevu i preduzeti odgovarajuće mjere i o tome pisano obavijestiti podnosioca zahtjeva, odnosno inicijative u roku od 15 dana od dana prijema zahtjeva ili inicijative.[119]

Kantonalna upravna inspekcija organizira se za vršenje inspekcijskog nadzora u kantonalnim, općinskim i gradskim organima uprave i upravnim ustanovama i pravnim osobama s javnim ovlaštenjima.

U općinskim i gradskim organima uprave i upravnim ustanovama kantonalna upravna inspekcija vrši inspekciju istih upravnih stvari kao i federalni upravni inspektor koja su regulirana federalnim propisima.

U kantonalnim, općinskim i gradskim organima uprave i upravnim ustanovama kantonalna upravna inspekcija vrši inspekciju istih upravnih stvari kao i federalni upravni inspektor koja su regulirana kantonalnim zakonom i drugim kantonalnim propisom.

---

[118] Član 142. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine).

[119] Član 143. u vezi s članom 121. stav 3. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine).

U pravnim osobama s javnim ovlaštenjima kojima su ova ovlaštenja povjerena kantonalnim zakonom u odnosu na iste stvari kao i federalni upravni inspektor, koja su regulirana federalnim i kantonalnim propisima.

U vršenju ovog inspekcijskog nadzora kantonalna upravna inspekcija postupa u skladu s odredbama članova od... do... ovog zakona.[120]

XII
EVIDENCIJA O UPRAVNOM POSTUPKU

Zakon o upravi BiH[121] ne sadrži odredbe o arhivskom i kancelarijskom poslovanju.

U Zakonu o upravnom postupku FBiH treba formirati i dio unutar petog dijela pod nazivom evidencija kancelarijskog poslovanja. Ove odredbe treba prenijeti iz Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH.

Organi uprave i upravne ustanove, kao i institucije (pravne osobe) s javnim ovlaštenjima i javna preduzeća i javne ustanove dužni su voditi kancelarijsko poslovanje u poslovima iz svoje nadležnosti.

Kancelarijsko poslovanje obuhvata evidenciju svih predmeta o pravnom rješavanju u prvostepenom i drugostepenom upravnom postupku i evidenciju predmeta i drugih akata koji se rješavaju vršenjem stručnih i drugih poslova iz nadležnosti organa, organizacija i pravnih osoba s javnim ovlaštenjima.

Kancelarijsko poslovanje vodi se kako je utvrđeno u propisu federalnog ministra pravde.[122]

Federalni ministar pravde propisat će sadržaj i način vođenja kancelarijskog poslovanja u federalnim, kantonalnim, općinskim i gradskim organima uprave i upravnim ustanovama, te u zakonodavnim i izvršnim organima vlasti i njihovim stručnim i drugim službama i tijelima, kao i pravnim osobama s javnim ovlaštenjima i drugim pravnim osobama javnog karaktera.[123]

---

[120] Član 144. u vezi s članom 139. stav 1. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine).

[121] Zakon o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 32/02 od 7. novembra 2002. godine i 102/09 od 29. decembra 2009. godine).

[122] Član 145. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine).

[123] Član 153. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35/05 od 20. juna 2005. godine).

XIII
KAZNENE ODREDBE

U Zakon o upravnom postupku BiH i Zakon o upravnom postupku FBiH potrebno je u dijelu o kaznenim odredbama prenijeti sve odredbe iz Zakona o upravi BiH i Zakona o organizaciji organa uprave FBiH.

ZAKLJUČAK

Iz izložene materije vidi se da zakoni o upravnom postupku bespotrebno sadrže odredbe o načelu zakonitog rada i samostalnosti cijele državne uprave. Njihovo normiranje isključivo u ustavu je normativnopravna novina koja se može objasniti sadašnjim naučnim dostignućima ustavnog i upravnog prava. Također se mora unaprijediti načelo slobodne ocjene radi cjelovitog poznavanja ovog načela. Primjena načela efikasnosti upravnog rada uvijek treba da se unapređuje, jer je to uvjet moderne državne uprave. Brisanje načela pravosnažnosti i zadržavanje načela konačnosti je potpuno novina u upravnom pravu BiH kojom se napuštaju sve naučne dileme nastale u nauci upravnog prava SFRJ i tako stvara slobodan prostor za nova naučna saznanja o upravnom pravu općenito. Normiranjem načela izvršnosti odluka u upravnom postupku popunjava se pravna praznina koja je u zakonima o upravnom postupku postojala još od objavljivanja ovog općeg pravnog akta u Službenom listu SFRJ. Načelo pomoći neukoj stranci mora se zadržati, jer se tako ovakvim strankama osigurava adekvatna zaštita njihovih prava u upravnom postupku. Prenošenjem odredaba o supstituciji nadležnosti u upravnom postupku sve odredbe o nadležnosti će biti u istom pravnom aktu i istoj glavi. Uvjerenje je toliko važna javna isprava da se normira zakonom o upravnom postupku, pa se iz istog razloga odredbe o ovom dokaznom sredstvu moraju prenijeti iz Zakona o upravi BiH, odnosno Zakona o organizaciji organa uprave FBiH u odgovarajuće zakone o upravnom postupku. Načelo privatnosti u upravnom postupku također se mora normirati u jednom općem pravnom aktu, jer se u praksi stranke nikada ne pozivaju na ove odredbe. Zakon o upravnom postupku, preuzet iz SFRJ, nikada nije sadržavao norma definiciju upravnog akta, a što je pogrešno, jer je upravni akt suverena odluka nadređene upravne vlasti u pravnim odnosima sa strankama. Opozivanje je uvijek postojalo u upravnopravnom poretku pod pogrešnim nazivom vanrednog ukidanja rješenja, tako da ono u teoriji i nije potpuno nepoznat pravni institut. Zbog međusobne srodnosti oglašavanje rješenja ništavim i poništavanje i ukidanje rješenja po pravu nadzora

moraju se spojiti u jedno vanredno pravno sredstvo ukidanjem oglašavanja rješenja ništavim. Brisanje sudskog izvršenja u upravnim izvršnim stvarima zahtijevat će osnivanje posebne općinske službe za upravno izvršenje. Mjere za provođenje zakona o upravnom postupku su procesna stvar, pa one ne treba da se normiraju u Zakonu o upravi BiH niti u Zakonu o organizaciji organa uprave FBiH. Isto tako upravna inspekcija je većinom nadležna za efikasnost provođenja upravnog postupka i zato je ovim odredbama mjesto u zakonima o upravnom postupku. Evidencija o upravnim postupcima se na osnovu međusobne povezanosti mora normirati u zakonu o upravnom postupku.

Literatura

Borković, Ivo *Upravno pravo,* Informator, Zagreb, šesto, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, 1997. godina.

Burgi, Martin, Ehlers Dirk, Grzeszick Bernd, Gurlit Elke, Jestaedt Matthias, Möstl Markus, Papier Hans-Jürgen, Pünder Hermann, Remmert Barbara, Ruffert Matthias, Scherzberg Arno, *Allgemeines Verwaltungsrecht,* De Gruyter, 14. novoobrađeno izdanje. 2006. godina.

Detterbeck, Steffan *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht,* 2. izdanje, C. H. Beck München, 2004. godina.

Schmidt, Rolf *Staatsorganisationsrecht sowie Grundzüge des Verfassungsprozessrechts,* 4. izdanje, 2004. godina.

Visković, Nikola *Država i pravo,* Studentska štamparija Univerziteta, 1996. godina.

Osnovni zakon SR Njemačke

Uputstva EU br. 95/18 i 2004/49

Ustav FBiH

Ustav RBiH

Ustav RH

Zakon o izvršnom postupku FBiH

Zakon o organizaciji organa uprave u FBiH

Zakon o upravi BiH

Zakon o upravnom postupku FBiH

Zakon o upravnom postupku RH

Zakon o upravnim sporovima BiH

Zakon o upravnim sporovima FBiH

Zakon o Vijeću ministara BiH

Enver Ajanović, PhD
Assistant Professor

THE REFORM OF LAWS ON ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN THE INSTITUTIONS OF BiH AND THE FEDERATION OF BiH

Summary

The application of the Law on Administrative Procedure in the Republic of Bosnia and Herzegovina first started while the country was still a federal unit within the Federative People's Republic of Yugoslavia. It was declared by the Decree No. 52, issued by the President of the Republic on 20 April 1956, and it became mandatory four months after it was published, on 20 April 1957. This Law was amended in 1965 and 1976 in order to harmonise it with the constitutional changes in which the Socialist Federative Republic of Yugoslavia was created. The adoption of this legal act was influenced by the codification of the administrative procedure in Austria in 1925. After that, this Law was taken over by the Decree Law on the Takeover of the Law on General Administrative Procedure (The Official Gazette of RBiH, number 2/92 from 11 May 1992). After the signing of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, the laws on administrative procedure of BiH, FBiH, and RS were declared. These laws still carry provisions influenced by the Austrian science and practices from the first quarter of the 20th century. Nothing has changed in the concept of this legal act. In terms of Bosnia and Herzegovina, this law needs to be reformed in line with the overall social reforms, especially because of the significance the public administration has in society today, which it did not have in the previous, single-party system in FPRY and SFRY. The best way to achieve these reforms is by comparing the administrative procedures in the Federal Republic of Germany, Republic of Croatia, and the country of Bosnia and Herzegovina. By carrying out these reforms, Bosnia and Herzegovina would harmonise its administrative process law with modern trends in law of the European Union member states. In the course of this process, it has to be taken into account that in nomotechnic sense, the transposed and newly introduced regulations would be in articles with different numbers.

Keywords: *principles, competence, solution, extraordinary legal remedies, administrative executive procedure.*

Mr. Mehmed Bećić
Viši asistent

UDK 348.97(094.5)
Pregledni naučni rad

PRIMJENA MEDŽELLE U POSTOSMANSKOJ BOSNI I HERCEGOVINI

Sažetak

Medžella predstavlja prvu službenu kodifikaciju građanskog prava u Osmanskom carstvu. U Bosanskom vilajetu, kao sastavnom dijelu Osmanskog carstva, Medžella je jednu deceniju služila kao izvor materijalnog i proceduralnog prava za novoformirane redovne i šerijatske sudove. Međutim, uloga Zakonika mijenja se nakon okupacije Bosne i Hercegovine 1878. godine.

U radu se problematiziraju pitanja vezana za ulogu Osmanskog građanskog zakonika (Medželle) u postosmanskoj Bosni i Hercegovini. Prvi dio rada bavi se općim pitanjima vezanim za historiju, sadržaj, pravnu prirodu i ulogu Medželle u osmanskom pravnom poretku. U drugom dijelu rada razmatraju se problemi primjene Medželle u okviru redovnog sudstva, dok treći dio rada tematizira pravila Medželle o maraz-i-mevt, koji se redovno sreću u sudskoj praksi.

Konstatirano je da je Medžella u praksi redovnih sudova ustupila mjesto austrijskom Općem građanskom zakoniku, od čega su bili izuzeti samo specifični pravni odnosi i poslovi koje austrijsko privatno pravo nije poznavalo.

Ključne riječi: *Medžella, Osmanski građanski zakonik, Austro-Ugarska, redovni sudovi, Vrhovni sud za Bosnu i Hercegovinu.*

Uvod

Medžella je skraćeni naziv za prvu službenu kodifikaciju građanskog prava u Osmanskom carstvu. Nastala je u drugoj polovini XIX stoljeća kao rezultat višegodišnjeg kodifikatorskog rada u okviru *tanzimatskih* reformi prava. U Bosanskom vilajetu, kao sastavnom dijelu Osmanskog carstva, Medžella je jednu deceniju služila kao izvor materijalnog i proceduralnog prava za novoformirane redovne i reformirane šerijatske sudove. Međutim, sudbina Zakonika značajno se mijenja nakon okupacije Bosne i Hercegovine 1878.

godine. Ovim radom pokušat će se rasvijetliti pitanje mjesta i uloge Medželle u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine nakon njenog faktičkog, a kasnije i formalnog priključenja Austro-Ugarskoj.

Iako je Medžella bila predmet brojnih historijsko-pravnih rasprava, u literaturi se ne može naći jasan i potpun odgovor na pitanje uloge ovog zakonika u pravnom sistemu postosmanske Bosne i Hercegovine. Nauka je saglasna o tome da je Medžella ostala u primjeni u praksi šerijatskih sudova sve do njihovog ukidanja 1946. godine, zbog čega će u ovom radu biti izostavljeni osvrti na ulogu Medželle u šerijatskom sudstvu.

U literaturi je također zauzet stav da je, za razliku od šerijatskih sudova, u praksi redovnog sudstva Medžella vrlo brzo poslije 1878. godine ustupila mjesto austrijskom Općem građanskom zakoniku. Međutim, detaljnije studije o mjestu i ulozi Medželle u praksi redovnih sudova do sada su izostale.

Navedeni predmet istraživanja otvara nekoliko pitanja. Tako se prvi dio rada bavi općim pitanjima vezanim za historiju, sadržaj, pravnu prirodu i ulogu Medželle u osmanskom pravnom poretku. U drugom dijelu rada razmatra se problem primjene Medželle u okviru redovnog sudstva u BiH nakon 1878. godine, dok se trećem dijelu rada tematiziraju specifični instituti Medželle koji se sreću u sudskoj praksi.

Pored relevantne literature, u radu su korišteni normativni izvori, te odluke Vrhovnog suda za Bosnu i Hercegovinu preuzete iz službenih zbornika odluka Vrhovnog suda. Od ostalih korištenih izvora, treba izdvojiti rukopise zbornika normi za pravosuđe (*Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina*).

1. Pojam i mjesto Medželle u pravnom poretku osmanske države

Osmanska država je u drugoj polovini XIX stoljeća stupila u složen i zahtjevan reformski projekat. Ovaj projekat općenito je poznat pod nazivom *tanzimat*, odnosno *tanzīmāt-i hayriye*, što u prijevodu s turskog znači "blagotvorene uredbe".[1] Tanzimat se u nauci označava i kao proces modernizacije, sekularizacije i pozapadnjavanja osmanskog prava.[2] Osmanski zakoni doneseni u periodu tanzimata nastali su sistematiziranjem postojećeg prava utemeljenog na šerijatu i običajnom (kanunskom) pravu ili recipiranjem evropskih,

[1] *Leksikon islama*, priredio Nerkez Smailagić, Svjetlost, Sarajevo, 1990., 592.

[2] Avi Rubin, "Ottoman Judical Change in the Age of Modernity: A Reappraisal", *History Compass*, Volume 7, Issue 1, 2009., 121–122.

uglavnom francuskih zakona.[3] Svi ovi zakoni objavljeni su u službenom osmanskom zborniku zakona *Dustur* (Kodeks), a kasnije su prevedeni i na francuski jezik.[4]

U sklopu modernizacije osmanskog pravnog poretka rano se javila i ideja o kodifikaciji građanskog prava. Ona je prvenstveno proizašla iz tanzimatskog načela o uspostavljanju principa jednakosti među osmanskim podanicima, s obzirom na to da je novoformiranim redovnim sudovima bilo neophodno osigurati zakonik građanskog prava na osnovu kojeg bi oni rješavali civilne predmete. Osim toga, i evropski saveznici osmanske države tražili su donošenje zakonika po uzoru na tadašnje evropske kodifikacije, koji bi bio garancija jednakog tretmana svih podanika u Carstvu.[5]

Kada je postignuta saglasnost o potrebi donošenja građanskog zakonika, postavilo se pitanje metodologije i izvora za izradu takve kodifikacije. Na jednoj strani bili su proevropski orijentirani sekularisti, koji su se zalagali za recepciju francuskog *Code civile*, dok su na drugoj strani bili islamski reformisti s idejom o kodifikaciji propisa šerijatskog imovinskog prava. Istovremeno je zvanična ulema odbacivala svaku promjenu tradicionalnog osmansko-šerijatskog pravnog poretka, te se protivila uvođenju kodifikacije građanskog prava. Na koncu je izrada građanske kodifikacije povjerena islamskim reformistima, koji su 1867. godine dobili zadatak da izrade kodifikaciju građanskog prava zasnovanu na šerijatskom pravu hanefijske pravne škole.[6] Na čelu projekta za izradu kodifikacije bio je Ahmet Dževdet-paša, iskusni činovnik i diplomata, koji je 1868. godine imenovan za ministra pravde.[7]

Konačno, kodifikatorski projekat rezultirao je izradom građanskog zakonika pod službenim nazivom *Mecelle-i ahkjām-i adliyye* (*Zbornik pravednih propisa*), koji je postepeno, kako je napredovala njegova izrada, objavljivan u periodu od

---

[3] Gottfried Plagemann, *Von Allahs Gesetz zur Modernisierung per Gesetz – Gesetz und Gesetzgebung im Osmanischen Reich und der Republik Türkei*, Deutsch-Türkisches Forum für Staatsrechtslehre, Lit Verlag, Berlin, 2009., 102–103.

[4] Ebu Ula Mardin, "Razvoj šerijatskog prava u Osmanskoj carevini", u: *Studije o šerijatskom pravu i institucijama*, Fikret Karčić, El-Kalem i Centar za napredne studije, Sarajevo, 2011., 282–283.

[5] Fikret Karčić, *Moderne pravne kodifikacije: predavanja i zakonski tekstovi,* Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006., 95.

[6] Fikret Karčić, *Društveno-pravni aspekt islamskog reformizma: pokret za reformu šerijatskog prava i njegov odjek u Jugoslaviji u prvoj polovini XX vijeka*, Islamski teološki fakultet, Sarajevo, 1990., 53–54.

[7] Vidi: Kevin Goodwin, *The Tanzimat and the Problem of Political Authority in the Ottoman Empire: 1839-1876,* Honors Projects Overview, Paper 5, 2006., 83. (http://digitalcommons.ric.edu/honors_projects/5)

1869. do 1876. godine. U literaturi je ova kodifikacija poznata i kao *Osmanski građanski zakonik*, ali se najčešće koristi skraćena verzija službenog naziva, odnosno *Medžella*.[8]

Medžella je, po svom sadržaju, trebala da bude kodifikacija šerijatskog materijalnog građanskog, odnosno imovinskog prava. Međutim, redaktori pri tome nisu do kraja bili dosljedni, s obzirom na to da su u Zakonik unijeli i propise procesnog prava. Pored toga, oblasti porodičnog i nasljednog prava u potpunosti su izostavljene. Razlog izostavljanja ovih grana leži u činjenici što je Zakonik trebao važiti jednako za sve podanike bez obzira na vjersku pripadnost. Podsjećamo, kršćani i jevreji u Osmanskom carstvu uživali su pravno-sudsku autonomiju u bračnim, porodičnim i nasljednim stvarima. Za svaku manjinsku zajednicu (*milleti*) važili su propisi vlastite crkve, odnosno vjerske zajednice. Zbog toga Medžella nije sadržavala propise ovih pravnih grana. Za razliku od toga, u imovinskopravnim odnosima šerijatska pravila su dugotrajnom primjenom ušla u pravnu svijest stanovništva, te su bila sazrela za kodifikaciju. Tako je bilo moguće ovim propisima dati funkciju općevažećeg prava.[9]

Medžella sadrži 1851 član i dijeli se na uvod i šesnaest knjiga. Uvod sadrži dva Govora, prvi daje definiciju i podjelu pravne nauke, dok drugi sadrži ukupno 99 pravnih pravila ili načela islamske pravne nauke (*Fikh*). Prvih trinaest knjiga sadrži propise imovinskog (uglavnom obligacionog) prava. Teme ovih knjiga su: kupoprodaja, najam, jamstvo, prijenos duga, zalog, ostava, darovanje, prisvajanje i uništenje tuđih stvari, ograničenje, prinuda i pravo preče kupnje, zajednica, punomoć, nagodba i odreknuće, te priznanje. Ostale tri knjige sadrže propise procesnog prava, i to o tužbama, dokazima i suđenju.[10]

U nauci postoji nekoliko različitih stavova o pravnom karakteru i prirodi Medželle. Unatoč činjenici što je sadržajno predstavljala kodifikaciju šerijatskog imovinskog prava, postoje mišljenja po kojima je Medžella "sekularna kodifikacija" inspirirana evropskim idejama.[11] Istovremeno se u literaturi mogu naći mišljenja po kojima Medžella nije predstavljala kodifikaciju u

[8] U radu će biti korišten uglavnom ovaj skraćeni naziv (Medžella).

[9] Fikret Karčić, *Društveno-pravni aspekt islamskog reformizma,* 54–55.

[10] O sadržaju Medželle, vidi: *Medželle i ahkjami šerije (Otomanski gragjanski zakon)*, Bosansko-hercegovački zakoni, IV svezak, I dio, Tisak i naklada Daniela A. Kajona, Sarajevo, 1906.

[11] Joseph Schacht, *An introduction to islamic law*, Oxford University Press, New York, 1982., 92.

smislu evropskih zakonika, nego je bila "digesta propisa" šerijatskog prava.[12] No, bez obzira na ovako oprečne stavove o karakteru Medželle, u pravno-historijskoj nauci je ipak najviše prihvaćeno stajalište da Zakonik u sebi objedinjava evropske i islamske elemente.[13]

Centralno mjesto u Zakoniku zauzima ugovor o kupoprodaji, koji je predstavljao najvažniji i najrazvijeniji ugovor šerijatskog obligacionog prava. Kupoprodaja je Medželli služila kao podloga za reguliranje drugih ugovornih formi razrađenih u ostalim knjigama.[14] Upravo su odsustvo općeg koncepta ugovora i svođenje štete na materijalni gubitak predstavljali najveći nedostatak obligacionog prava Medželle. Iako je po svom obliku podsjećala na evropske kodifikacije, Medžella je po svom stilu ostala i dalje primjer kazuistike. Više se bavila detaljima nego općim propisima, što je rezultiralo velikim brojem članova i stalnim navođenjem primjera.[15]

Pored toga, Medželli se prigovara nesistematičnost, nedostajanje propisa o pravnim osobama, primitivnost konstrukcije ugovora o djelu koji je sličio "najmu osobe", nepostojanje dovoljno propisa o zabludi, nedovoljna jasnoća odredbi o protupravnom djelovanju, neispunjenju ugovornih obaveza i naknadi štete, nedostatak načela slobode ugovaranja itd. Iako se prvobitno tvrdilo da je Medžella više nego bilo koja druga kodifikacija građanskog prava odgovarala zahtjevima svog vremena, u praksi se to nije dokazalo.[16]

Ipak, pored svih nedostataka, značaj Medželle u sveukupnom razvitku osmanskog i šerijatskog prava je neupitan. Ono što je u odnosu na ranije sultanove zbornike državnog prava (kanuname) Medželli dalo atribut "pravog" građanskog zakonika jeste njegova jednaka i obavezujuća primjena u okviru šerijatskog i redovnog sudstva na teritoriji cijelog Carstva,[17] pa tako i Bosanskog vilajeta.

---

[12] Vidi: S. S. Onar, "The Majalla", u: *Law in the Middle East*, Vol. 1, Origin and development of Islamic law, edited by Majid Khadduri and Herbert J. Liebesny, with a foreword by Justice Robert H. Jackson, The Lawbook Exchange, Clark, New Jersey, 2008., 292–308.

[13] Avi Rubin, "Legal borrowing and its impact on Ottoman legal culture in the late nineteenth century", *Continuity and Change*, Volume 22, Issue 02, Cambridge University Press, 2007., 283.

[14] Merve Tezcanli, *Re-thinking Mecelle-i Ahkam-i Adliyye: Legal Transformation in the nineteenth-Century Ottoman Empire,* Magistarski rad, Boğaziçi University, 2007., 48–49.

[15] Fikret Karčić, *Društveno-pravni aspekt islamskog reformizma,* 55.

[16] Sabri Şakir Ansay, "Das Türkische Recht", u: Handbuch der Orientalistik, herausgegeben von B. Spuler, Erste Abteilung, Der Nahe und der Mittlere Osten, Ergänzungsband III, Orientalisches Recht, Brill, Leiden-Köln, 1964., 450.

[17] Avi Rubin, "Legal borrowing and its impact on Ottoman legal culture in the late nineteenth century", 283.

Osim toga, kodifikacija je u njoj sadržana šerijatskopravna pravila učinila dostupnim najširim slojevima obrazovanih ljudi. Za sudije je to značilo okončanje tegobnog postupka konsultiranja brojnih pravničkih djela, a za stranke veću pravnu sigurnost i unificiranu primjenu prava.[18]

2. Problem primjene Medželle u praksi redovnih sudova nakon 1878.

Medžella je, u skladu sa zakonodavnim principima austrougarske uprave, trebala da zadrži ulogu važeće kodifikacije građanskog prava i u postosmanskoj Bosni i Hercegovini.[19] Podsjećamo, Austro-Ugarska je u brojnim naredbama i instrukcijama izdatim nakon okupacije (*Provizorni djelokrug rada poglavara Zemaljske vlade* od 29. oktobra 1878. godine, (Član 6. Prijelaznih odredbi),[20] *Naredba Zajedničkog ministarstva o uređenju pravosudne uprave* od 29. decembra 1878. godine,[21] *Naredba Zemaljske vlade u Sarajevu o organizaciji sudova* od 30. decembra 1878. godine i dr.)[22] naredila da sudovi do izdavanja novih zakona treba da se drže važećeg (osmanskog) prava prilikom donošenja odluka u civilnim predmetima.[23]

Austrougarske vlasti su radile i na brojnim pravno-tehničkim pitanjima kako bi se omogućila primjena osmanskog prava u praksi. S obzirom na to da su sudije redovnih sudova bili u pravilu austrougarski činovnici, koji se nisu znali služiti zakonima pisanim na staroturskom jeziku, najvažniji takav projekat bilo je prevođenje osmanskih tanzimatskih zakona na njemački jezik, te njihovo publiciranje u trotomnom zborniku pod naslovom *Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und*

---

[18] Fikret Karčić, *Društveno-pravni aspekt islamskog reformizma,* 56.

[19] O austrougarskoj politici prema pitanju primjene šerijatskog prava, vidi: Enes Durmišević, *Šerijatsko pravo i nauka šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini u prvoj polovini XX stoljeća*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008., 73–132.

[20] Provisorischer Wirkungskreis des Chefs der Landesregierung in Bosnien und der Hercegovina, Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen, I Band, Allgemeiner Theil, Wien, 1880., 10–14. (u daljem tekstu citira se kao "Sammlung I").

[21] Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881., 3. (U daljem tekstu samo "Sammlung II").

[22] Sammlung II, 5.; uporedi: Sammlung II, 15.)

[23] Vidi: Mehmed Bećić, *Osmansko tanzimatsko pravo i austrougarski pravni poredak u Bosni i Hercegovini,* Anali Pravnog fakulteta u Zenici, Broj 12, Godina 6, Zenica, 2013., 187–201.

Normalweisungen (Zbornik zakona, naredbi i normativa izdatih za Bosnu i Hercegovinu), koji je sredinom 1881. godine dostavljen na upotrebu svim sudovima i upravnim organima u Bosni i Hercegovini.[24]

Međutim, za razliku od drugih tanzimatskih propisa, Medžella nije u cijelosti službeno prevedena na njemački ili zemaljski jezik. Razlog tog propuštanja jeste svakako veliki obim kodifikacije, ali i stav austrougarskih vlasti koje su namjeravale sačekati u to vrijeme predstojeću publikaciju francuskog prijevoda Medželle.[25] Dijelovi Medželle koji su prevedeni i uvršteni u Zbornik zakona i naredbi od 1881. godine bili su samo propisi o zalogu iz Četvrte knjige (čl. 701. do 761.)[26] i propisi o izvršenju na pokretnim i nepokretnim stvarima privatnog (*mulk*) vlasništva iz Devete knjige (čl. 998. do 1002.).[27]

Da bi se Zakonik mogao primjenjivati u praksi redovnih sudova, bilo je neophodno osigurati adekvatan prijevod Medželle. U tom smislu je, na pojedinačne upite i molbe Vrhovnog suda i nižih redovnih sudova, Zemaljska vlada postepeno i po potrebi izrađivala prijevode pojedinih odlomaka Medželle.

Tako su 1883. godine prevedeni propisi o pravu izbora kod ugovora o najmu i zakupu (čl. 497–521.).[28] Naredbom od 25. februara 1886. godine sudovima su dostavljeni i prijevodi propisa o pravu prvokupa ili preče kupnje (čl. 950–956. i 1008–1044.) i određenih propisa o kupoprodaji (čl. 109, 320, 337, 364.).[29] Naredbom od 21. maja 1887. godine Zemaljska vlada je Vrhovnom sudu dostavila prijevode odredbi o *laesio enormis,* odnosno o velikoj prikrati tzv. *Gabni fahiš* (čl. 165.), o sklapanju kupoprodajnog ugovora (čl. 167.), o "zakidanju" i prevari kod kupoprodaje (čl. 356–358.), o posljedicama kupoprodaje (čl. 369.), te o neopozivoj (*nafiz*) kupoprodaji (čl. 375. i 113–115.).[30] Iste godine su Vrhovnom

[24] Eduard Eichler, *Das Justizwesen Bosniens und der Hercegovina*, 174.

[25] Eduard Eichler, *Das Justizwesen Bosniens und der Hercegovina*, Landesregierung für Bosnien und die Hercegovina, Wien, 1889., 173–174.

[26] Vorschriften über das Pfandrecht aus dem IV. Buche der Civilrechtsgesetze, vom 14. Muharem 1288 (1871.), Sammlung II, 349–356.

[27] Bestimmungen über die Execution von Mobiliar- und Immobiliarobjecten freien Eigenthums (Mulk), aus der ottomanischen Civilgesetzessammlung IX. Buch, vom 25. Zilkade 1289 (1872.), Sammlung II, 491–492.

[28] Erlass der Landesregierung Nr. 3514/III vom 18. Oktober 1883. an das Obergericht, Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina, Band I, Jahrgang 1878–1885., 133–138.

[29] Circulaerlass der Landesregierung Nr. 9.294/III vom 25. Februar 1886, Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina, Band II, Jahrgang 1886–1890, 317–329. (U daljem tekstu samo "Justiznormalien").

[30] Erlass der Landesregierung Nr. 27.107/III vom 21. Mai 1887 an das Obergericht, Justiznormalien, Band II, 446–448.

sudu dostavljeni prijevodi propisa o zastari (čl. 1660. i 1674.)[31] i razvrgnuću zajednice (čl. 1045–1447.).[32] Naredbom od 14. maja 1889. godine, Vrhovnom sudu su dostavljeni prijevodi propisa o bitnim elementima kupoprodaje (čl. 167–176.), o određivanju cijene i predmeta poslije sklapanja kupoprodajnog ugovora (čl. 252. i 253.) i o redoslijedu ispunjenja kupoprodajnog ugovora (čl. 262.).[33] Iste godine su Vrhovnom sudu dostavljeni prijevodi propisa o oslobađanju i priznanju duga (čl. 1568. i 1610.),[34] o razvrgnuću, predmetu i dozvoljenim i nedozvoljenim predmetima kupoprodaje (čl. 190–216.), te o uvjetima i valjanosti kupoprodaje (čl. 361–363.).[35]

Izrada prijevoda odlomaka Medželle nije mogla zadovoljiti potrebe sudske prakse. Problem nepristupačnosti i nepoznavanja propisa Medželle posebno je bio izražen u okviru nižeg sudstva. U prvim godinama poslije okupacije zabilježeni su i slučajevi u kojima su sudije u pojedinim predmetima radi upoznavanja s materijalnopravnim odredbama Medželle angažirali prevodioce. Međutim, usljed velikog obima poslova kojima su sudovi bili zatrpani, te činjenice da nije dovoljno samo parcijalno prevođenje pojedinih odredbi zakona bez poznavanja njihove cjeline, ubrzo se pokazalo da je takav pristup u primjeni Medželle nemoguće realizirati. Tako je Medžella u prvim godinama poslije okupacije u praksi redovnih sudova primjenjivana "samo izuzetno", kada su sudiji u konkretnom predmetu njeni propisi bili poznati ili dostupni. Umjesto Medželle, sudovi su u pravilu primjenjivali propise austrijskog Općeg građanskog zakonika u svojstvu supsidijarnog prava.[36]

Pravni osnov za takvu praksu, odnosno primjenu Općega građanskog zakonika umjesto Medželle sudovi su našli u brojnim naredbama i instrukcijama, kao što su *Naredba Zajedničkog ministarstva o uređenju pravosudne uprave* od 29. decembra 1878. godine, zatim *Naredba Zajedničkog ministarstva o organizaciji i djelokrugu provizornih sudova za Bosnu i Hercegovinu* od 1. januara 1879. godine,[37] te *Instrukcija za Vrhovni sud* objavljena u *Naredbi*

[31] Erlass der Landesregierung Nr. 40.988/III vom 3. August 1887 an das Obergericht, Justiznormalien, Band II, 482–483.

[32] Erlass der Landesregierung Nr. 26.187/III vom 13. October 1887. an das Obergericht, Justiznormalien, Band II, 517–518.

[33] Erlass der Landesregierung Nr. 26.577/III vom 14. Mai 1889 an das Obergericht, Justiznormalien, Band II, 741–745.

[34] Erlass der Landesregierung Nr. 36.004/III vom 7. Juli 1889. an das Obergericht, Justiznormalien, Band II, 783.

[35] Erlass der Landesregierung Nr. 37.318/III vom 20. August 1889. an das Obergericht, Justiznormalien, Band II, 807–808.

[36] Eduard Eichler, *Das Justizwesen Bosniens und der Hercegovina*, 174.

[37] "Do izdavanja novih zakonskih normi materijalnog prava, sudske vlasti obje instance

Zemaljske vlade od 17. jula 1879. godine.[38] Navedeni normativi propisivali su analognu primjenu "zakona koji su na snazi u Monarhiji" u svim slučajevima neprimjenjivosti domaćeg (osmansko-bosanskog) prava ili pravnih praznina, što je u praksi značilo primjenu austrijskog Općeg građanskog zakonika.[39]

Zemaljska vlada je 1890. godine naredila da se Medžella u cijelosti prevede na zemaljski jezik.[40] Prijevodi su u narednim godinama izrađeni i litografirani, te sudovima dostavljeni za upotrebu. Međutim, ovi prijevodi su rađeni na osnovu francuskog izdanja, a ne na osnovu turskog originala, i nisu bili službeno objavljeni kao zakon. Prema Naredbi Zemaljske vlade od 9. augusta 1893. prijevodi su trebali služiti isključivo kao izvor informacija o sadržaju Medželle.[41] Time nije došlo do velikih promjena u judikaturi redovnih sudova. Na sudu je ostalo da prejudicira da li i koliko smatra propise Medželle primjenjivim u svakom konkretnom slučaju.[42] Pored toga, Vrhovni sud je u jednoj od svojih odluka naglasio kako pojedini prijevodi Medželle nisi dovoljno pouzdani "da se odluka konkretnog predmeta može zasnivat na njima".[43]

Na ovom mjestu treba naglasiti da se sve gorenavedeno vezano za probleme u primjeni Medželle odnosi uglavnom na njene materijalnopravne odredbe. Osmanska proceduralna pravila, pa i procesna pravila Medželle vrlo rano su zamijenjena novim procesnim pravom recipiranim iz Austro-Ugarske. Prvobitno je bilo naređeno da se redovni sudovi drže procesnih pravila

---

imaju se držati zakonodavstva koje uistinu u zemlji vrijedi. Samo ukoliko takvo zakonodavstvo ne postoji, ili je pod datim okolnostima neprimjenjivo, ili je nedovoljno (...) sudske vlasti će u parničnim i izvanparničnim građanskim stvarima postupati po analogiji zakona koji su na snazi u Monarhiji." (Sammlung II, 15.).

[38] U članu 12. Instrukcije predviđeno je da će se i Vrhovni sud do donošenja novih zakonskih normi materijalnog prava pridržavati postojećeg zakonodavstva, te da će "u dvojbenim slučajevima" (*in zweifelhaften Fällen*) primjenjivati zakone koji važe u Austro-Ugarskoj. (Sammlung II, 23.).

[39] O pravnoj osnovanosti analogne primjene OGZ-a u Bosni i Hercegovini, vidi: Mehmed Bećić, *Historijska i pravna osnovanost primjene Općeg građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini nakon okupacije 1878. godine*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LIV-2011, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2011., 63–79.

[40] Eugen Sladović, *Islamsko pravo u Bosni i Hercegovini*, Geca Kon, Beograd, 1926., 28.

[41] Circularerlass der Landesregierung Nr. 71.835/III vom 9. August 1893. an das Obergericht, die Kreisgerichte und Bezirksbehörden, Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina, Band III, Jahrgang 1891–1895., 1454–1455.

[42] Adalbert Shek, "Uvod u predavanja o bosansko-hercegovačkom pravu", *Mjesečnik Pravničkog društva u Zagrebu*, Knjiga I., Broj 2., 1914., 100.; Bertold Ajsner, *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*, Preštampano iz "Arhiva za pravne i društvene nauke", Beograd, 1920., 11.

[43] Odluka Vrhovnog suda od 24. marta 1892., Präjudicienbuch in Civilsachen, Band II, 1899., odluka br. 225.

ugarsko-erdeljskog parničnog postupka,[44] da bi kasnije bio izrađen novi Građanski parnični postupak za Bosnu i Hercegovinu, koji je proglašen 14. aprila 1883. godine,[45] a stupio na snagu 1. septembra 1883. godine.[46]

Za razliku od nižih sudova, Vrhovni sud u Sarajevu se često pozivao na materijalnopravne odredbe Medželle. To bi se moglo obrazložiti činjenicom što su Vrhovnom sudu, zbog njegovog sastava, funkcije i broja predmeta koje je rješavao, odredbe Medželle bile lakše dostupne nego nižim sudovima. Zato se u praksi Vrhovnog suda Medžella pojavljuje kao jedan od glavnih izvora materijalnog prava.[47]

Neujednačena praksa u primjeni materijalnopravnih odredbi Medželle, te uporedna primjena Općeg građanskog zakonika i osmanskog prava uvjetovala je pojavu pravne nesigurnosti u pravnom prometu i sudskoj praksi. Jasnu sliku o ovom problemu pruža jedan odlomak izvještaja advokatske komore u Bosni i Hercegovini iz 1909. godine. U izvještaju se navodi da je neprihvatljivo da se i trideset godina poslije okupacije donošenje odluka u građanskim stvarima bazira na pravilu o primjeni osmanskih propisa, a samo u slučaju praznina ili neprimjenjivosti tog prava da se analogno primjenjuju propisi koji su na snazi u Monarhiji. Dalje se navodi kako "narod ima pravo da zna koje pravo je na snazi", te da najveću zabunu uzrokuje uporedna primjena Općeg građanskog zakonika i Medželle, a često se kod prosuđivanja jednog pravnog posla uzima nešto od jednog, a nešto od drugog zakonika. Zbog toga advokati i njihovi klijenti ne znaju šta će u svakom konkretnom slučaju sudija uzeti od osmanskog, a šta od austrijskog prava.[48]

Advokati su rješenje ovog problema vidjeli u potpunoj recepciji Općeg građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini. Takvi stavovi bili su posebno izraženi neposredno poslije aneksije. Međutim, kako je još Ivo Pilar primijetio, cjelovita recepcija Općeg građanskog zakonika nije se mogla provesti. Imajući u vidu novouspostavljeni ustavnopravni poredak 1910. godine, posebnu strukturu stanovništva, kao i osobenost socijalno-ekonomskih prilika u zemlji, uprava

---

[44] Izvještaj o upravi BiH, Zajedničko ministarstvo finansija, 1906., 42.

[45] Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1884., Sarajevo, 1884., 259–411.

[46] Civil- Process-Ordnung für Bosnien und die Hercegovina, Wien, 1883., 3. (Artikel I.).

[47] Vidi: Präjudicienbuch in Civilsachen, Band I, Obergericht in Sarajevo, 1899., (odluke: 174., 226., 297., 322., 557., 601., 769., 906., 1036., 1103., 1392. i dr.).

[48] Ivo Pilar, "Entwicklungsgang der Rezeption des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegowina unter besonderer Berücksichtigung der Immobilienrechtes", u: *Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches* 1. Juni 1911, Wien, 1911, 724.

se odlučila za parcijalnu kodifikaciju građanskog prava u Bosni i Hercegovini, a ne za potpunu recepciju Općeg građanskog zakonika.[49]

Tako je Medžella i dalje ostala formalno na snazi u Bosni i Hercegovini. No, sudska praksa se faktički udaljavala od propisa Medželle. Prema pisanju Bertholda Eisnera, judikatura se, s izuzetkom pojedinih instituta, nije mnogo obazirala na propise Medželle koja očito više nije odgovarala tadašnjim prilikama i potrebama.[50] Do kraja austrougarske uprave u Bosni i Hercegovini sudska praksa vodila je računa samo o određenim i specifičnim pravnim institutima koji nisu bili poznati austrijskom privatnom pravu, a koje je regulirala Medžella. Na takve institute i pravne odnose primjenjivani su, u pravilu, propisi Medželle.

3. Primjena Medželle u sudskoj praksi na primjeru instituta *maraz-i-mevt*

U Naredbi od 28. septembra 1881. godine Vrhovni sud je ozakonio analognu primjenu Općeg građanskog zakonika kod rješavanja pitanja stvarnog i obligacionog prava. U istoj naredbi je, međutim, naglasio da su od toga izuzeti oni specifični instituti koje austrijsko pravo nije poznavalo.[51] O takvim ustanovama sudovi su vodili računa, te na njih primjenjivali u pravilu posebne propise obligacionog prava Medželle. Od ustanova koje su u pravnom prometu i praksi najduže održane, mogu se izdvojiti institut pobijanja pravnih poslova učinjenih u smrtnoj bolesti (*maraz-i-mevt*), "velika prikrata" (*laesio enormis*), pravilo "kupnja ne ukida najam", te određene druge ustanove.[52] U nastavku rada osvrnut ćemo se na primjer primjene pravila Medželle o učincima pravnih poslova učinjenih u smrtnoj bolesti (*maraz-i-mevt)* u sudskoj praksi.

Član 1595. Medželle stanje smrtne bolesti definira kao bolest koja uzrokuje smrt najkasnije godinu dana nakon svoje pojave, a lice koje je oboljelo nije sposobno da obavlja uobičajene poslove.[53] Zakonski nasljednici i vjerovnici,

---

[49] Isto, 725–726.

[50] Bertold Eisner, *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*, 22.

[51] Circularerlass des Obergerichts vom 28/9.1881, 4.463/Civ., Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina, Band I, Jahrgang 1878–1885, br. 171.

[52] Vidi: Mihajlo Zobkow, *Primjenjivanje austrijskog Općeg gradjanskog zakonika u Bosni i Hercegovini,* Preštampano iz Mjesečnika, Zagreb, 1921., Eugen Sladović, *Islamsko pravo u Bosni i Hercegovini,* Izdavačka knjižnica Gece Kona, Beograd, 1926., 132–136.

[53] *Medželle i ahkjami šerije*, 519–520.

na čiju štetu su poduzeti pravni poslovi u smrtnoj bolesti, mogli su u pravilu pobijati takve pravne poslove. Prodaja ili darovanje neke stvari, priznavanje prava vlasništva, ili priznanje duga učinjeni u smrtnoj bolesti u korist jednog zakonskog nasljednika mogli su pobijati ostali nasljednici, ukoliko za to nije postojala njihova saglasnost. Kada se takvi poslovi čine u korist trećeg lica (koje nije zakonski nasljednik), onda su ovi poslovi smatrani legatom (*vasijetom*), i bili su valjani samo u granicama raspolaganja imovinom za slučaj smrti (ako se raspolagalo iznosom do jedne trećine ukupne imovine ostavitelja).[54]

Prodaja stvari u korist trećeg lica (koji nije nasljednik) bila je valjana ako se nije radilo o fiktivnoj prodaji, tj. ako je kupoprodajna cijena odgovarala stvarnoj prometnoj vrijednosti stvari, odnosno ako se nije radilo o *gabni fahiš* (velikoj prikrati) koja kod prodaje u smrtnoj bolesti postoji ako prikrata prelazi jednu trećinu imovine ostavitelja, odnosno prometne vrijednosti prodane stvari. U tom slučaju su nasljednici mogli tražiti poništenje ugovora, ali je kupac pravni posao mogao održati na snazi ako nadoknadi ostatak vrijednosti stvari do dvije trećine. Ovdje se pretpostavlja da predmet prodaje čini jedinu imovinu prodavca, jer se inače za *gabni-fahiš* tražio i dolus (prevara).[55] Vjerovnici su mogli pobijati kupoprodaju učinjenu u smrtnoj bolesti isto kao i nasljednici, a dug na koji se obavezalo lice u smrtnoj bolesti mogao je biti namiren tek kada se isplate ranija dugovanja, nastala prije nastupanja smrtne bolesti.[56]

Pravila o *maraz-i-mevt* u Medželli sadržana su u članovima 392–395., kojima su uređena pitanja prodaje stvari u smrtnoj bolesti,[57] zatim članovima 877–880., koji govore o darovanju u smrtnoj bolesti,[58] te članovima 1595–1605., koji uređuju posljedice priznanja učinjenih u smrtnoj bolesti.[59]

Sporovi vezani za pravne poslove učinjene u *maraz-i-mevt* (smrtnoj bolesti) u praksi redovnih sudova u nisu bile rijetkost. Tako se u Odluci Vrhovnog suda u Sarajevu od 19. septembra 1894. godine navodi da "pojava kašlja dvije godine prije smrti poklonodavca, ne dovodi do zaključka da je on podlegao toj bolesti i da je ugovor o poklonu nevažeći, jer je zaključen u stanju bolesti *maraz-i-mevt* (član 1595. Medželle)".[60] U drugom primjeru (Odluka od 15.

[54] Bertold Ajsner, *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*, 22–23.

[55] Eugen Sladović, *Islamsko pravo u Bosni i Hercegovini,* 133.

[56] Bertold Ajsner, *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*, 22–23.

[57] *Medželle i ahkjami šerije*, 103–104.

[58] *Medželle i ahkjami šerije*, 262–263.

[59] *Medželle i ahkjami šerije*, 519–527.

[60] Presuda Vrhovnog Suda od 19/9. 1894. br. 752 ex 1895., Präjudicienbuch in Civilsachen, Band II, br. 552.

marta 1900. godine), Vrhovni sud je poništio prvostepenu odluku, te u drugostepenom postupku odlučio da nema mjesta pobijanju ugovora zbog smrtne bolesti, te da je ugovor o poklonu valjan, s obzirom na to da je bolest zbog koje je poklonodavac umro trajala duže od jedne godine.[61] Prema Odluci Vrhovnog suda od 2. novembra 1893. godine valjanost ugovora o otuđivanju koji je sklopio bolesnik u smrtnoj bolesti prosuđuje se prema članu 120. Ramazanskog zakona (ako su u pitanju mirijska zemljišta) i članovima 1595. i 393. Medželle (ako se radilo o stvarima mulk kategorije).[62]

Iz navedenih primjera možemo zaključiti da su redovni sudovi uvažavali pravne učinke stanja *maraz-i-mevt*, te na takve pravne odnose primjenjivali isključivo pravila Medželle. Propisi Medželle u pravilu su važili i kada je pravni posao bio upisan u gruntovnicu, iako je članom 11. Gruntovničkog zakona određeno da se kod stjecanja i gubitka stvarnih prava na nekretninama upisanih u gruntovnicu primjenjuju isključivo propisi austrijskog Općeg građanskog zakonika.[63]

Međutim, propisi Medželle o učincima pravnih poslova učinjenih u stanju *maraz-i-mevt* očito su važili samo za bosanskohercegovačke "zemaljske pripadnike". Vrhovni sud zauzeo je stav da se propisi domaćeg prava o *maraz-i-mevt* ne primjenjuju na strance. U tom smislu je glasila i Odluka Vrhovnog suda od 10. maja 1897. godine, u kojoj je obrazloženo da se ugovor o poklonu zaključen u "kritičnoj posljednjoj bolesti" između stranaca ne prosuđuje prema domaćem pravu, nego prema članu 35. Općeg građanskog zakonika.[64]

Iako se sudska praksa decenijama držala pravila Medželle o *maraz-i-mevt*, posljednjih godina austrougarske uprave počelo se odstupati od takve prakse. Pravila o smrtnoj bolesti su harmonizirana s propisima Općeg građanskog zakonika o pobijanju pravnih poslova zbog mana volje. Tako je Vrhovni sud u Rješenju od 10. maja 1918. godine odredio da se propisi Medželle o smrtnoj bolesti trebaju primjenjivati prema "duhu vremena", koji zahtijeva da se kod prosuđivanja sposobnosti za pravna djela ne treba ispitivati samo fizičko, nego i duševno stanje lica, tj. koliko tjelesna bolest utiče na duševnu sposobnost i koliko je isključuje. Slično je glasilo i Rješenje Vrhovnog suda od 27. novembra 1918. godine.[65]

---

[61] Odluka od 15/3. 1900 br. 2520., Präjudicienbuch in Civilsachen, Band V, br. 23.

[62] P.V.S. 2/11. 1893. br. 413. ex 1894., Präjudicienbuch in Civilsachen, Band II, br. 441.

[63] Mihajlo Zobkow, *Primjenjivanje austrijskog Općeg gradjanskog zakonika u Bosni i Hercegovini,* 22.

[64] P. V. S. 10/5. 1897. br. 2618., Präjudicienbuch in Civilsachen, Band IV, br. 221.

[65] Bertold Eisner, *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*, 23.

Zaključak

Osmanski građanski zakonik imao je ograničen značaj za razvoj građanskog prava i općenito pravnu historiju Osmanskog carstva i Bosne i Hercegovine. Svoju ulogu iscrpljuje prvenstveno u tome što je osigurao jednaku i obavezujuću primjenu u okviru šerijatskog i redovnog sudstva na teritoriji cijelog Carstva. Zakonik je tako doprinio većem stepenu pravne sigurnosti u pravnom prometu i sudskoj praksi.

Nakon okupacije 1878. godine uloga Medželle u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine se mijenja. Za razliku od šerijatskih sudova, koji su se i dalje pridržavali materijalnog i procesnog prava Medželle, u praksi redovnih sudova ova kodifikacija izgubila je na značaju. Zaključili smo da se sudska praksa, umjesto Medželle, redovno pridržavala propisa austrijskog Općeg građanskog zakonika kao sekundarnog prava.

Najveći problem u primjeni materijalnopravnih odredbi Medželle predstavljalo je nedostajanje adekvatnog, službenog i kompletnog prijevoda. Postojale su određene inicijative Zemaljske vlade u Sarajevu i Vrhovnog suda u prevazilaženju ovog problema. Međutim, konstatirali smo da ove mjere (izrada prijevoda određenih odlomaka Zakonika na zahtjev sudova, upotreba prevodioca u sudu, kompletni prijevod francuske verzije itd.) nisu bile dovoljne za osiguranje ujednačene primjene prava u okviru redovnog sudstva. Osim toga, već početkom XX stoljeća sve glasniji su bili stavovi struke i uprave po kojima Medžella više nije odgovarala novim društveno-ekonomskim uslovima i modernom pravnom prometu u Bosni i Hercegovini. To je dodatno generiralo potiskivanje Medželle u korist Općeg građanskog zakonika, ali istovremeno neujednačenu sudsku praksu i visok stepen pravne nesigurnosti.

Konačno, zaključili smo da su propisi Medželle kontinuirano primjenjivani na određene i specifične pravne odnose koje austrijsko privatno pravo nije poznavalo i reguliralo, a održali su se u pravnom prometu postosmanske Bosne i Hercegovine. To je dokazano na primjeru pravila o pravnim učincima poslova učinjenih u stanju smrtne bolesti (*maraz-i-mevt*), na koje se sudska praksa obazirala do u drugu deceniju XX stoljeća.

Mehmed Bećić, MA
Senior Assistant

THE ENFORCEMENT OF THE MECELLE IN POST-OTTOMAN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The Mecelle represents the first official codification of the civil law in the Ottoman Empire. In the Bosnian Vilayet, as an integral part of the Ottoman Empire, the Mecella served for a decade as the source of substantive and procedural law for the newly formed regular and Sharia courts. However, the role of the Code changes after the occupation of Bosnia and Herzegovina in 1878. The paper focuses on the issues related to the role of the Ottoman civil code (the Mecelle) in post-Ottoman Bosnia and Herzegovina. The first segment of the paper reviews the general issues related to history, content, legal nature, and the role of Mecelle in the Ottoman legal system. The second segment of the paper discusses the issues concerning the implementation of Mecelle within the regular judiciary, while the third segment of the paper reviews the rules of Mecelle about the maraz-i-mevt (institute used to refute legal affairs concluded while being terminally ill), which are often found in the judicial practice.

It was concluded that the Mecelle gave way to the Austrian Civil Code in the practice of regular courts, from which only certain specific legal relations and affairs unknown to the Austrian private law were exempted.

Keywords: *the Mecelle, Ottoman Civil Code, Austro-Hungarian, regular courts, the Supreme Court of Bosnia and Herzegovina.*

Prof. dr. Enes Durmišević
Vanredni profesor

UDK 272-789.32/.33:28(497.15)
Prethodno naučno saopćenje

ISLAMSKI KORIJENI AHDNAME

Sažetak

Temeljni izvori islama ističu da su, ne samo prirodne razlike među ljudima koje se tiču boje kože, bogatstva, porijekla, jezika, i dr., rezultat Božije volje, nego su to i ideološke i religijske razlike.

Ovaj religijski pluralizam potpuna je antiteza srednjovjekovnoj katoličkoj doktrini po kojoj nema spasenja izvan crkve. Višestoljetna praktična tolerancija muslimanskih društava je rezultat imperativne kur'ānske norme (U vjeru nema prisile!), koja je praktično, kroz povijest muslimanskih društava očuvala, u većoj ili manjoj mjeri, mnogobrojne zajednice, ili makar oaze pripadnika drugih vjera i drugačijih svjetonazora. Naravno, da se ovaj temeljni islamski imperativ kroz historiju muslimanskih država i društava nije uvijek do kraja poštovao, ali je on rezultirao vjerskom pluralizacijom muslimanskih država i društava već skoro petnaest stoljeća islama.

Religijska prisila je zabranjena, religijske rasprave moraju se voditi "mudrim i plemenitim riječima", a posljedice takvih rasprava prepuštaju se Božijoj volji.

Stoga je ahdnama Mehmeda II Fatiha od 28. maja 1463. godine, kojom je zajamčio bosanskim franjevcima slobodu vjerskog rada i slobodu vjeroispovijesti, samo rezultat imperativne norme glavnih izvora islamskog učenja. Bila je to magna charta libertatis koju je primio fra Anđeo Zvizdović iz Fojnice, provincijal franjevačke provincije Bosne Srebrene.

Ključne riječi: *ahdnama, Osmansko carstvo, islam, šerijat, bosanski franjevci*

"On (tj. Bog) je jedini pomoćnik.

Mehmed, sin Murad-hanov, vazda pobjedonosan!

Zapovijed časnog, uzvišenog sultanskog nišana (znak) i svijetle carske tugre, osvajača svijeta, je slijedeće:

Ja, sultan Mehmed stavljam do znanja cijelom svijetu (svom puku i odličnicima) da se prema posjednicima ovog carskog fermana bosanskim kaluđerima pojavila moja velika milost, pa zapovijedam slijedeće:

Neka niko spomenutim (kaluđerima) i njihovim crkvama ne pravi smetnje i neka ih niko ne uznemiruje. Neka oni bezbrižno stanuju u mome carstvu. A oni koji su izbjegli (pobjegli i otišli) neka su slobodni i sigurni. Neka dođu i neka bez straha stanuju u zemljama moga carstva. Neka se nastane u svojim manastirima i neka niko, ni moje visoko veličanstvo, ni iko od mojih vezira, ni od mojih sluga, ni od mojih podanika, niti iko od stanovnika moga carstva, – ne vrijeđa i ne uznemiruje spomenute. Neka im ne upada i neka ih ne ugrožava i ne vrijeđa ni njih ni njihove duše (živote), ni njihov imetak, niti njihove crkve. Isto tako neka im je dopušteno da dovedu čovjeka sa strane (iz tuđine) u zemlje moga carstva.

Zbog toga spomenutim veledušno podarujem carsku zapovijed i zaklinjem se slijedećim teškim zakletvama:

Tako mi Stvoritelja zemlje i neba, koji hrani sva stvorenja i tako mi sedam mushāfā,[1] i tako mi našeg velikog vjerovjesnika (Muhammeda), i tako mi sablje koju pašem, – niko se neće protiviti ovome što je napisano sve dokle god mi oni budu služili, dok se budu pokoravali i dok budu odani mojoj zapovijedi.

Napisano 28. maja U stanu (mjestu) Milodraž."[2]

Pola milenijuma Osmanlije su vladali ogromnim prostranstvima gdje su živjele mnogobrojne i raznovrsne etničke i religijske skupine i takvo društvo je, za to vrijeme, veoma uspješno funkcioniralo. Svi podanici Carstva posjedovali su, po principu *milleta*, veoma visok stepen autonomije. Bilo je to pluralno društvo koje je različitim zajednicama omogućavalo zajednički život bez velikih društvenih potresa, uz mogućnost relativnog napretka.

"U vjeru nema prisile!"

Osmanski model vlasti i upravljanja svojim podanicima, nemuslimanima, rezultat je temeljnog islamskog (kur'ānskog) principa da "u vjeru nema prisile".[3] Ovu bezuvjetnu zabranu prisiljavanja koje bi se odnosilo na islamsko vjerovanje, podržavaju svi islamski pravnici, smatrajući da je prisila na vjerovanje u bilo kakvim okolnostima, bez ikakve valjanosti.

---

[1] Izraz "sedam mushafa" znači ovdje sedam prvih prepisa Kur'āna koje je treći halifa Osman nakon kodifikacije Kur'āna dao prepisati i poslati u razne krajeve da služe kao izvornik, a da se svi ostali primjerci spale.

[2] Hazim Šabanović, *Turski dokumenti u Bosni iz druge polovine XV stoljeća*, Istorisko-pravni zbornik, br. 2, Sarajevo, 1949., 204–205.

[3] "Ne smije biti prisiljavanja u vjeru!" *Poruka Kur'ana*, prijevod i komentar: Muhammed Asad, El-Kalem, Sarajevo, 2004., 56. (II sura/poglavlje, 256. ajet/rečenica).

Kur'ānski imperativ da "u vjeru nema prisile", predstavljao je, kroz cjelokupnu povijest muslimanskih država, najprivlačniji argument svim potlačenima da prihvate, ili da se ne suprotstavljaju muslimanskoj vlasti, odnosno da prihvate novu vjeru. Ovaj islamski princip/imperativ o nenametanju vjere silom, dodatno je bio privlačan za sve ugnjetene, pogotovo u vremenu kada je u Evropi važilo pravilo *Cuius regio eius religio*, koje je samo djelimično ublaženo Nantskim ediktom iz 1598. (trebao je osigurati suživot između katolika i protestanata) i Vestfalskim mirom iz 1648. (nakon tridesetogodišnjeg vjerskog rata u kom su učestvovale skoro sve evropske zemlje), a tek ozbiljnije, Francuskom buržoaskom revolucijom iz 1789. godine.

Moderni muslimanski učenjak, prevodilac Kur'āna, konvertit, Muhammed Asad (ranije, Leopold Weiss, u. 1992.), ovako objašnjava islamski koncept religijske tolerancije:

> "Jedan od temeljnih principa islama je da se svakoj religiji, čija je žarišna tačka vjerovanje u Boga, mora ukazati puno poštovanje bez obzira koliko se neko može ne slagati sa njenim posebnim doktrinama. Prema tome, muslimani imaju obavezu poštovati i štititi bilo koji hram posvećen Bogu, bilo da je to džamija, crkva ili sinagoga. Svaki pokušaj sprječavanja sljedbenika neke druge vjere da obožavaju Boga u skladu sa vlastitim nebeskim svjetlom Kur'ān osuđuje kao svetogrđe. Očita ilustracija ovog principa dolazi od Poslanikovog postupka sa izaslanstvom nedžranskih kršćana u desetoj hidžretskoj godini. Dopušten im je slobodan pristup u Poslanikovu džamiju, i sa njegovim punim pristankom oni su obavljali svoj religiozni ritual iako je njihovo obožavanje Isusa kao 'Božijeg sina' i Marije kao 'Božije majke' u temeljnoj suprotnosti s islamskim vjerovanjem."[4]

S druge strane, povijest svjedoči da prisila u vjerovanju, nametanje bilo kakvih pogleda i shvatanja na svijet i život, stvara licemjere, u ovom slučaju licemjerne vjernike, koji su, prema kur'ānskom tekstu, u istoj kategoriji kao i oni koji negiraju Boga ("Zaista će licemjeri biti na samom dnu Vatre (*pakla*, nap. E. D.)…"[5]). Prisiljena osoba na neko uvjerenje duboko u sebi negira to isto uvjerenje, jer onaj koji je prisiljava ne može prozrijeti njegovu iskrenost ili samo formalno prihvatanje uvjerenja, dok sama prisila traje ili utilitarnost zahtijeva. Uostalom svaka generacija, pa i naša, biva svakodnevno svjedokom ljudskog licemjerja, vjerskog, političkog i svakog drugog. Za licemjere, uvjerenja su kao i košulje, mogu se svakodnevno mijenjati, shodno potrebama, odnosno ličnim interesima. Ideali i viši ciljevi su nepotrebni.

---

[4] *Isto*, 24.

[5] *Isto*, 127. (IV sura, 145. ajet).

Ovakav islamski stav o manjinskim zajednicama "pokazuje toleranciju i moderno stajalište koje se nigdje drugdje nije moglo sresti, kakogod u sedmom stoljeću, tako ni hiljadu godina kasnije. Trebamo se samo prisjetiti udesa hugenota, salzburških protestanata, ruskih jevreja, andaluzijskih muslimana ili bosanskih muslimana u novije vrijeme. Efikasnost islamske zaštite manjina iskušavana je cvjetanjem života jevrejskih zajednica širom islamskog svijeta – od Magriba do Jemena i Istanbula – sve do dvadesetog stoljeća. Španski jevreji, za koje muslimani poslije svega, nisu bili ništa novo, pobjegli su u turski Solun u koji su bili prognani na kraju petnaestog stoljeća."[6]

Kako bilježe hroničari, tolerantniji odnos Osmanlija prema svojim podanicima nemuslimanima, nerijetko je privlačio podanike evropskih vladara da se priključe Osmanlijama u borbi protiv vlastitih vladara koji su pripadali njihovoj vjeri. Tako Ian Almond navodi da su se "hiljade Grka, Armenaca i Slavena u vojsci samih Osmanlija vjerno borili za sultana". Također navodi da su i mnogobrojni transilvanski protestanti, umorni od habsburškog jarma, prešli na stranu Osmanlija, pa je čak ugarski protestantski princ Imre Thököly ubijedio velikog vezira da pokuša osvojiti Beč.[7] Inkvizicija i prozelitizam Katoličke crkve stajao je nasuprot slobode ispovijedanja vlastite vjere u Osmanskom carstvu. Nerijetko u odbranu svojih komšija nemuslimana stali su muslimani, suprotstavljajući se nepravednim namjesnicima tražeći pravdu direktno od samog sultana.

Kao što smo naveli, prisila, pogotovo u stvarima religije, rađa licemjerje (Bošnjaci bi kazali munafikluk), koje je, po islamskom učenju osuđeno kao veliki grijeh. Poslanik islama tvrdi da je "vjera iskrenost". Stoga svako prisiljavanje nekog ko ne vjeruje, predstavlja po islamskom učenju veliki grijeh:

> "...Svakome od vas Mi smo odredili (različit) zakon i način života. A da je Allah htio, On vas je mogao učiniti jednom jedinom zajednicom: ali (On je htio drugačije) da bi vas iskušao onim što vam dariva. Natječite se, zato, u vršenju dobrih djela! Allahu se svi morate vratiti, a onda će vam On, uistinu, objasniti sve u čemu ste se razlikovali!"[8]

Ili još eksplicitnije, Kur'ān naglašava ljudsku slobodu u izboru "načina života":

> "I reci: 'Istina (je sada došla) od Uzdržavatelja vašeg: neka, onda, onaj ko hoće vjeruje u Nju, a neka je onaj ko hoće odbaci.'"[9]

---

[6] Murad Hofmann, *Islam kao alternativa*, Bemust, Zenica, 1996., 204.

[7] Vidi više, Ian Almond, *Representations of Islam in Western Thought*, CNS, Sarajevo, 2010.

[8] *Poruka Kur'ana*, 149. (V sura, 48. ajet).

[9] Isto, 436. (XVIII sura, 29. ajet).

Prisila u vjerovanju je besplodan posao i beznadan poduhvat, jer ni Bog to ne želi:

> "I (tako je to:) da je tvoj Uzdržavatelj tako htio, svi oni koji žive na zemlji sigurno bi dosegli vjerovanje, svi! Da li onda, misliš da bi ti mogao prisiliti ljude da vjeruju?"[10]

Zahtjev za tolerantnošću odnosi se na muslimane same, ali i na odnose muslimana s nemuslimanima, jer svako treba voditi brigu da ono što je pravedno i ispravno provodi u vlastitom životu, ali i u ambijentu i društvu u kom živi. Islamska država odnosi se prema "sljedbenicima Knjige" provodeći moto: "Oni imaju naša prava i zaduženi su našim dužnostima".

U islamskoj državi svi muslimani čine jednu zajednicu (*'ummu*), dok su nemuslimani (zimmije) u *'ahdu*, ugovornom odnosu s muslimanskom zajednicom (*'ummom*) kojoj su obavezni na lojalnost uz osiguranje zaštite (*zimma*) i slobodno ispovijedanje i prakticiranje vlastite vjere. Oslobođeni su vojne službe, ali plaćaju specijalni porez *per capita* (*džizju*).

Po islamskom učenju ugovori (*pacta sunt servanda*) se moraju ispunjavati, jer počivaju na Božanskom zakonu: "O, vi koji ste dosegli vjerovanje, ispunjavajte svoje ugovore!"[11]

Institut *zimme* je garancija duhovne autonomije koja obuhvata pravo na vlastitu vjeru, vršenje svojih obreda i lični status, što sve proističe iz islamskog univerzalizma koji je utemeljen na monoteističkom vjerskom kontinuitetu i koji se obraća cijelom čovječanstvu.

Ovakva pravna ograničenost je, naravno, nespojiva s načelima i prirodom modernog demokratskog društva.[12] Međutim, institut *zimme* mora se posmatrati u svojim historijskim uvjetima. Pravna ograničenja su povezana i s manjim obavezama nemuslimana.

> "Nemuslimanski građani u islamskim zemljama nemaju isti pristup političkoj funkciji, ali samo dotle dok im to uskraćuje kabinet poglavara države (*halifa*). (U ovom kontekstu nemusliman ne stoji lošije od američkog građanina rođenog izvan SAD u pogledu predsjedničkih izbora)."[13]

---

[10] Isto, 299. (X sura, 99. ajet).

[11] Isto, 136. (V sura, 1. ajet).

[12] Sasvim je razumljivo da je savremena muslimanska pravna misao odustala od tradicionalnog, klasičnog koncepta podjele stanovništva na muslimane i nemuslimane u pravima i obavezama. Potreba formiranja modernih nacionalnih država je iziskivala takav stav i tumačenje islamskoga prava.

[13] Murad Hofmann, *Islam kao alternativa*, 165.

Status *zimmija* u ranom islamu uspostavila je čuvena Medinska povelja koja je regulirala status jevreja u Medini, dok je kasnije, drugi halifa Omer, po tvrdnjama mnogih pravnika, dijelom ograničio prava jevreja i kršćana. Ovaj "Omerov ugovor" sačuvan je u više verzija.

Tokom historijskog razvitka, muslimanske pravne škole su različito tumačile status "zimmi", pa su oni u velikoj mjeri zavisili kako od zakonskih propisa tako i od volje pojedinaca na vlasti i njihovih interesa. Emevijska dinastija je bila veoma fleksibilna prema svojim jevrejskim i kršćanskim podanicima, dok je slijedeća, abasijska, bila poprilično strožija. Muslimanska vlast u Endelusu (Španija), iznjedrila je, modernim rječnikom kazano, uzorno multireligijsko/multikonfesionalno i multietničko društvo u pravom smislu riječi.

Ograničenja su obuhvatala određene zabrane u vezi s odijevanjem, jahanjem životinja, nošenjem oružja i izgradnjom zgrada i bogomolja. "Druga ograničenja su, pak varirala shodno okolnostima. Sve u svemu, stiče se utisak da su ta ograničenja više zanemarivana nego što su provođena."[14]

Naravno da se status *zimmija* mijenjao u zavisnosti od moći islamske države. Tada su strožije primjenjivani zakoni, a ponekad je dolazilo i do neke vrste diskriminacije. To se pogotovo dešavalo u vrijeme križarskih ratova i doba kolonijalizma i ekspanzije evropskih kršćanskih zemalja na prostore muslimanskog svijeta.

Millet sistem – autonomija za nemuslimane

Ekspanzijom Osmanlija na područja Bizanta i Balkana, preuzimanja pravnih tradicija i raznih običaja pokorenih naroda i raskoli u kršćanstvu, formirali su osmansku politiku prema nemuslimanima, koja je u potpunosti bila spremna i sposobna da koristi usluge svojih podanika, kršćana.

Spremnost osmanskih vlasti da pruže visoku autonomiju nemuslimanima, bila je produkt tradicionalnog islamskog prava, ali i veoma praktičnih prednosti.

Položaj potčinjenih nemuslimanskih grupa u Osmanskom carstvu, zaštita njihovog opstanka i etničkog identiteta, osiguran je multikulturalnošću i nekolonijalnim karakterom ovog velikog carstva, kao najširegokvira i neophodnog uvjeta za očuvanje različitih etničkih identiteta. Ova multikulturalnost je utemeljena, najvećim dijelom, na osnovnim principima

[14] Benjamin Braude i Bernard Lewis, *Kršćani i jevreji u Osmanskoj carevini – Funkcioniranje jednog pluralnog društva*, CNS, Sarajevo, 2007., 15.

islamskog prava i društveno-političkoj praksi vladara svih muslimanskih dinastija. Promjena identiteta bila je dobrovoljna kao rezultat primanja islama, uz čuvanje vlastite kulture, običaja i jezika.

Reguliranje odnosa između osmanske vlasti i njenih podanika, nemuslimana, prvenstveno jevreja i kršćana, poznat je pod imenom *millet*. Pouzdano se ne zna kada je osmanska država priznala nemuslimane pod gornjim imenom i dozvolila njihovo organiziranje. Vjerovatno je, da su do osvajanja Konstantinopolja 1453. godine, primjenjivani isti principi prema nemuslimanima kako su to radile ranije muslimanske dinastije. Nakon ove godine, Mehmed II Fatih je na čelo grčke pravoslavne patrijaršije doveo Genadija i s njim sklopio sporazum koji se odnosio na sve pripadnike ove crkve. Ovaj sporazum nije sačuvan, ali je sačuvan onaj sa zimmijama na Galati, u kom se kaže da "se u njihove crkve neće dirati, da se neće pretvarati u džamije, da će imati slobodu u izvršavanju vjerskih dužnosti i da nijedan zimija neće biti prisiljen da pređe na islam. U beratu izdatom mitropolitu u istom ovome periodu dozvoljava se duhovnim vođama da svoje dužnosti nastave obavljati na isti način kako su to činili do ovoga vremena."[15]

Na ovaj način nemuslimani su sticali pravnu i sudsku autonomiju, na čijem čelu su stajali vjerski poglavari, postajući istovremeno i vjerski i pravni predstavnici svojih zajednica.

Pojam "millet", predstavlja najznačajniji institut u reguliranju položaja nemuslimana u osmanskoj državi. Sistem "milleta" predstavlja dosljedno provođenje odredbi islamskog prava u svakodnevnoj praksi osmanske državne administracije prema nemuslimanima. S obzirom na to da je na teritoriji Osmanskog carstva bio veliki broj nemuslimanskih podanika, Osmanlije su formirale sistem koji im je osigurao slobodu vjeroispovijedanja, ali i određenu upravnu i pravosudnu autonomiju. Tako je osmanski sistem milleta ujedinio pravni i pojmovni okvir koji je nudilo islamsko pravo, s progresivnim pogledima upravljača i uleme (tumača islamskog prava), dobio svoje osobenosti i ponudio jedno historijsko iskustvo suživota u miru različitih vjerskih i etničkih zajednica. Veoma često, Osmanlije su nastojale pojednostaviti ovaj sistem odnosa i veza, vodeći računa o lokalnim običajima, tradiciji, jeziku i kulturi. Nerijetko su manje vjerske grupe uključivane u neki od postojećih većih milleta. Tako je naprimjer, jermenski millet uključivao ne samo Jermene, nego i libanske maronite koji su duhovno bili "vezani" za papu u Rimu, katolike u Mađarskoj, Hrvatskoj i sjevernoj Albaniji, te unijatske

[15] *Historija osmanske države i civilizacije I* (priredio Ekmeleddin Ihsanoğlu), IRCICA, Istanbul i Orijentalni institut u Sarajevu, Sarajevo, 2004., 575.

Jermene Kilikije i Palestine. Slično je bilo i s Asircima, sirijskim i egipatskim monofizitima, bugarskim bogomilima i dr.

Vrlo često, određeni millet, pored nadležnosti u pitanjima vjere, imao je i određene upravne ovlasti. Patrijarh je mogao ubirati određene poreze, rješavati neke sudske sporove unutar svoga milleta, naplaćivati kazne i razne globe, presuđivati zatvorske, pa čak i smrtne kazne.

Da bi sistem milleta bio efikasan, predstavnici milleta su proglašavani liderima milleta koji su bili odgovorni osmanskim vlastima. U ovakvom pravnom poretku, manjine (millet) su uživale širok obim religijske i kulturne slobode, kao i značajnu administrativnu, fiskalnu i pravnu autonomiju.

Mogli bismo slobodno zaključiti da millet sistem ima neke elemente modernog konsocijacijskog sistema, modela rješavanja manjinskog pitanja u okviru liberalne demokracije, o kojoj se počelo govoriti tek u drugoj polovini XX stoljeća. Iz svega izloženog, vidljivo je da je sistem milleta uspijevao realizirati miran suživot mnogobrojnih različitih vjerskih i etničkih skupina, što konsocijacijski sistem upravo želi realizirati unutar moderne liberalne demokracije, gdje se izbjegava svako nametanje bilo kakvog identiteta koji postaje "izbor" svakog pojedinca.

Vrlina kao pretpostavka društvenog napretka

Položaj nemuslimana u Osmanskom carstvu u dosadašnjoj literaturi tretiran je, uglavnom, iz evrocentričkog/orijentalističkog ugla, odnosno, nacionalistički, kako to, u principu, čini najveći broj balkanskih historičara. Sve do najnovijeg doba, skoro sva literatura na Balkanu koja tretira ovo pitanje, uglavnom nosi note nacionalizma i mržnje prema svemu što predstavlja, pa makar i ostatke višestoljetnog utjecaja Osmanlija na Balkanu. Osporiti ovakve teze, vrlo je jednostavno. Nakon višestoljetne osmanske vlasti na Balkanu ne bi opstali mnogobrojni narodi i etničke skupine sa svojim običajima, jezikom, kulturom i tradicijom, da nije bilo tolerantnog odnosa osmanskog političko-pravnog sistema prema svim nemuslimanima, utemeljenog na glavnim izvorima islamskog prava (šerijata).

Izraz "zimmija" u Osmanskom carstvu se upotrebljavao za podanike islamske države, kršćane i jevreje koji su davali harač i koji su bili pod zaštitom države. Oni su bili zaštićeni od svake opasnosti "koja dolazi izvana i iznutra", koja je podrazumijevala zaštitu života, imovine, časti, dostojanstva, slobodnog ispovijedanja vjere i dr. Zimmije su, u osmanskoj državi i društvu, mogli napredovati i obnašati značajne funkcije u administraciji i nalaziti se na vrlo važnim državnim položajima. Njihov uspon je zavisio od njihove sposobnosti i

odanosti državi. Mogućnost napretka na društvenoj ljestvici se veoma mnogo razlikovao od tadašnjih pravila u Evropi gdje se društveni položaj sticao rođenjem.

Nemuslimansko stanovništvo u osmanskoj državi je, s obzirom na period u kom je egzistirala, načelno imalo povoljan položaj. U to doba u bilo kojoj evropskoj državi nije bilo ni govora o jednakosti društvenih grupa, a pogotovo drugih vjerskih skupina koje su, uglavnom, eliminirane bilo izgonom, pokrštavanjem ili likvidacijom. Suprotno evropskim feudalcima, osmanska feudalna gospoda nije imala staleških privilegija, jer seljaci nisu bili njihovo vlasništvo niti su od njih pravno zavisili, pogotovo kada se ima u vidu da osmanski feudalci (spahije, timarlije) nisu imali nikakve sudske nadležnosti niti prava sudovanja svojim kmetovima (čifčije, raja). To pravo je isključivo pripadalo kadijama.

Lična prava i slobode nemuslimani su, načelno, koristili na isti način kao i muslimani. Pravo na imovinu, nepovredivost ličnosti i stana, prakticiranje vjere i vlastitih običaja i kulture, pogotovo korištenje vlastitog jezika u svakodnevnoj komunikaciji između istih vjerskih i etničkih skupina, bila je normalna stvar. Uostalom, poznato je da su mnogobrojni jezici korišteni na dvoru sultana.

Kada govorimo o položaju nemuslimana u Osmanskom carstvu, vrijedi spomenuti i odnos muslimanske vlasti prema rasnom pitanju, koje i danas predstavlja problem, čak i u "naprednim" državama. Svakom poznavaocu historije muslimanskih država i društava je poznato da ta "biljka" nikada nije rasla u ovim društvima. Boja kože nije imala nikakvu važnost u zvaničnom stavu osmanske države, tako da se i osmanski nacionalizam pojavio tek u moderno doba pod utjecajem evropskih ideja o naciji. Rasna tolerancija je bitno određivala sve muslimanske države i muslimanska društva kroz sveukupnu njihovu povijest. Shodno tome, muslimanska društva su bila veoma "prohodna", što je omogućavalo davanje prednosti znanju i sposobnostima pojedinaca, a ne porijeklu, boji kože, plemenskoj, kastinskoj ili nekoj drugoj pripadnosti. Ovu tvrdnju najbolje potvrđuje putopisac Salamon Švajger:

> "Staro i osnovno pitanje, zašto se kršćani nisu mogli oduprijeti Turcima i zašto su Turci stalno napredovali…? Kod Turaka su ljudi ravnopravni. Paša, begler-beg i svi slični državni velikodostojnici hvale se time što ne potiču od plemenitog soja. Hvale se, govoreći, otac mi je zemljoradnik, nadničar, čoban, ali ja sam vrijedan i došao sam na ovaj položaj svojom hrabrošću i iskustvom. Kažu da se plemstvo ne usvaja rođenjem, nego ovisi o vrlini."[16]

[16] Nesimi Yazıcı, *Bir Yabancı Gözüyle XVI Yüzyülda Türk Zaferlerinin Sebepleri*, www.somuncubaba.net/ydetay.asp?z=108.

Možemo zaključiti da je multietničnost i multikulturalnost osmanske države i osmanskog društva bila posljedica osmanskog državno-pravnog sistema. Višestoljetno vladanje mnogobrojnim teritorijama s različitim etničkim i vjerskim skupinama i narodima sa svim njihovim narodnosnim i vjerskim karakteristikama, bez određene tolerancije i zaštite, sigurno bi dovelo do nestanka ovih skupina. Historija nudi bezbroj takvih primjera.

Pravni položaj nemuslimana je očuvao njihov vjerski i etnički identitet u mjeri koja je omogućila formiranje njihovih nacionalnih država nakon povlačenja Osmanlija, sa svim nacionalnim obilježjima, izraženim kroz državne, vjerske, jezičke, kulturne, običajne i druge aspekte.

Osmanska vlast je određivala položaj različitih vjerskih i etničkih grupa na način da je vršila njihovu integraciju u društvo, ne vršeći istovremeno i asimilaciju. Osmanska država je bila faktor stabilnosti jer je štitila pojedine etničke grupe, u ranijem periodu od prozelitističkih, a kasnije od nacionalističkih pretenzija drugih i jačih narodnosnih grupa. Naime, pojedine jače etničke grupe su željele asimilirati neke manje etničke grupe, uključujući ih u svoje crkve, obrede i rituale, običaje, način i stil života, namećući im svoj jezik i obrazovni sistem.

Međutim, uprkos ovim očitim historijskim činjenicama, očiglednost osmanske tolerancije prema nemuslimanima osporava se i danas. Posebno to čine oni, koji su, upravo, zahvaljujući Osmanlijama očuvali svoj etnički, vjerski, jezički i svaki drugi identitet, pa su shodno tome, u moderno doba i mogli formirati svoje nacionalne države. Takvo poimanje i shvatanje veoma je živo kod balkanskih naroda, koji su, formirajući svoje nacionalne države krajem XIX i početkom XX stoljeća, protjerali i gotovo uništili sve što je osmansko, pa čak i pripadnike vlastitog naroda samo zato što su bili muslimani kao i Osmanlije. Progoni muslimana iz Srbije, Crne Gore, Grčke i Bugarske, iako nisu bili etnički Turci, nego samo muslimani koji su pripadali autohtonom narodu spomenutih nacionalnih država, najbolji su dokaz za spomenutu tvrdnju. Uostalom, izgon osmanske vlasti iz Srbije u XIX stoljeću, poznat je po terminu "trijebljenje turaka", što je značilo i izgon domaćeg slavenskog, muslimanskog stanovništva. Kao što znamo, samo se korov trijebi.

Nažalost, neke balkanske politike i dalje žive u XIX stoljeću, uprkos "zlom" XX stoljeću. *Historia est magistra vitae*, rekli bi stari Latini, ali *ljudi ništa neće da nauče iz historije*, dometnuo je Hegel.

Enes Durmišević, PhD
Associate Professor

THE ISLAMIC ROOTS OF AHDNAMA
(The Book of Covenant)

Summary

The fundamental sources of Islam indicate that the natural differences between people in terms of colour of their skin, wealth, origin, language, and other things are not the only ones that came as the result of God's will, but that ideological and religious differences came to be the same way. This religious pluralism is a complete antithesis to the medieval catholic doctrine by which there is no salvation outside the church. Several centuries' long practical tolerance of Muslim societies is the result of Quran's imperative norm (There is no Compulsion in Religion!), which practically preserved many communities, or at least oases of members of other religions and different viewpoints, to a greater or lesser extent, through the history of Muslim societies. Of course that this fundamental Islamic imperative was not always fully respected throughout the history of Muslim states and societies, but it resulted with religious pluralisation of Muslim states and societies for nearly fifteen centuries of Islam. Religious compulsion is forbidden, religious debates can be led with "wise and noble words", and the repercussions of those debates are left to God's will.

Therefore, the Ahdnama of Fatih Sultan Mehmed II from 28 May 1463, by which he guaranteed the freedom of religious activities and the freedom of religion to the Bosnian Franciscans, is merely a result of the imperative norm of the main sources of Islamic teaching. That was the Magna Charta Libertatis that was received by the father Anđeo Zvizdović from Fojnica, the Provincial of the Franciscan Province of Bosna Srebrena.

Keywords: *Ahdnama, Ottoman Empire, Islam, Sharia, Bosnian Franciscans.*

Dr. Amila Ferhatović
Docent

UDK 343.236.1
Izvorni naučni rad

TEORIJE O POKUŠAJU KRIVIČNOG DJELA[1]

Sažetak

Autor u svom prilogu pažnju usmjerava na pitanje pravne prirode (suštine) pokušaja i osnova za njegovu kažnjivost. Pokušaj krivičnog djela je zaseban stadij u učinjenju krivičnog djela, na kriminalnom putu, koji se nalazi između pripremnih radnji i dovršenog krivičnog djela. Predstavlja, zapravo, nepotpuno biće krivičnog djela jer nedostaje jedan od predviđenih elemenata, a to je posljedica. S obzirom na to da je dovršeno djelo pravilo, a za pokušaj bi se moglo reći da predstavlja više izuzetak, postavlja se pitanje potrebe, opravdanosti i granica kažnjavanja za djela koja ostanu u pokušaju s obzirom na to da nije došlo do nastupanja zabranjene posljedice. Bez pretjerivanja možemo tvrditi da u nauci krivičnog prava ne postoji nijedna oblast u kojoj bi se mišljenja teoretičara više razilazila nego u materiji pokušaja. Ne radi se jedino o različitom tumačenju jednog pravnog fenomena, o različitom obrazloženju izvjesnih pojava, već i o bitno različitim i oprečnim shvatanjima o samoj suštini pokušaja. Dva načelna gledišta, subjektivno i objektivno, zastupaju po ovom pitanju dva vrlo različita mišljenja. Osim načelne razlike koja postoji između ova dva gledišta, postoji i razmimoilaženje u shvatanjima pojedinih predstavnika istog načelnog gledišta u pitanju preciziranja onoga što je između njih u načelu nesporno. Borba, koja se već duže od stotinu godina vodi između njih u krivičnopravnoj nauci, nije donijela priznatu pobjedu niti jednom pravcu. Učinjeni su napori da se problem riješi kompromisnim putem. Tako je došlo do stvaranja jednog trećeg pravca u materiji pokušaja. Taj pravac u nauci poznat je pod imenom posrednička ili subjektivno-objektivna škola.

Ključne riječi: *pokušaj, umišljaj, posljedica, opasnost, objektivne teorije, subjektivne teorije, mješovite teorije*

[1] Rad predstavlja prilagođeni dio doktorske disertacije pod naslovom *"Pokušaj krivičnog djela u zakonodavstvu, teoriji i praksi"* odbranjene marta 2014. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu.

Uvod

Dovršeno krivično djelo je pravilo i na njemu se temelji čitavo krivično pravo. I zakonski opisi pojedinih krivičnih djela u posebnom dijelu krivičnih zakona podrazumijevaju dovršeno krivično djelo. Međutim, kriminalni put *(iter criminis)* ili put do dovršenja (umišljajnog) krivičnog djela može proći nekoliko stadija ili faza koje se razlikuju po svom krivičnopravnom značaju. U prvom stadiju kod učinitelja se pojavi misao, ideja ili odluka za učinjenje određenog krivičnog djela, zatim mogu uslijediti pripremne radnje i najzad poduzimanje radnje učinjenja. Nakon što učinitelj započne poduzimanje radnje učinjenja moguća su dva ishoda: da posljedica nastupi ili da ne nastupi. Ukoliko nastupi posljedica, govorit ćemo o dovršenom djelu, koje je, kako smo prethodno naveli, pravilo u krivičnom pravu. Međutim, ukoliko radnja učinjenja bude započeta ili dovršena, ali zabranjena posljedica ne nastupi, tada ćemo govoriti o pokušaju krivičnog djela. U sklopu razmatranja pokušaja krivičnog djela javlja se i pitanje njegove suštine, tj. šta on u svojoj suštini predstavlja i zašto se za pokušaj kažnjava. Drugim riječima, šta predstavlja osnov inkriminiranja i kažnjavanja za pokušaj.

Pitanje suštine pokušaja u krivičnopravnoj nauci je vrlo sporno. Spor se vodi naročito oko toga da li pri ovom pitanju treba dati prevagu objektivnim ili subjektivnim obilježjima pokušaja.[2] Ta dva načelna gledišta zastupaju objektivna i subjektivna škola. Osim načelne razlike koja postoji između ova dva gledišta, postoji i razmimoilaženje u shvatanju pojedinih predstavnika istog načelnog gledišta u pitanju preciziranja onoga što je između njih u načelu nesporno.[3] Činjeni su pokušaji da se problem riješi kompromisnim putem, te je tako došlo do stvaranja jednog trećeg pravca u materiji pokušaja. Ovaj pravac je izbjegavao suprotnosti objektivnih i subjektivnih grupa i nastojao da pruži jedno srednje rješenje između ova dva načelna gledišta. Taj je pravac u nauci poznat kao objektivno-subjektivna teorija ili mješovita teorija ili posrednička teorija.[4]

U nastavku rada ćemo izvršiti detaljnu analizu svih teorija o navedenoj problematici koje su istraživanjem pravnih izvora bile dostupne.

---

[2] Jakovljević, D. (1971). Pokušaj krivičnog dela. Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina XIX, broj 5–6, str. 544.

[3] Šil, O. A. (1939). O pokušaju krivičnog dela u krivičnom pravu i jugoslovenskom krivičnom zakoniku, krivično-pravna studija. Novi Sad, Štamparija "Natošević", str. 29.

[4] O navedenoj problematici smo pronašli vrlo oskudnu literaturu na prostoru naše, ali i susjednih država. Uglavnom se zasniva na predstavljanju ova tri glavna pravca, ne ulazeći u dublje analize i rasprave. I ono što smo pronašli vezuje se za period od prije najmanje 40 godina. Ipak, rasprave o navedenoj problematici pronašli smo konsultirajući inostranu literaturu, posebno njemačku teoriju.

1. Objektivne teorije

Objektivne teorije o pokušaju, čiji je začetnik Feuerbach, bile su vladajuće u Njemačkoj i Italiji[5] u 19. stoljeću i do tridesetih godina 20. stoljeća.[6] Saglasne su u tome da suština pokušaja leži u objektivnim momentima, tačnije, u samoj djelatnosti učinitelja. Time se naglašava da je kod pokušaja od prvenstvene važnosti ono što se u vanjskom svijetu događa, a ogleda se u opasnosti po izvjesno pravno dobro. Starije objektivne teorije razlog kažnjavanja za pokušaj vide u konkretnoj opasnosti[7] po pravno dobro, dok nešto mlađe, većinom objektivne teorije, kažnjavanje za pokušaj nalaze u apstraktnoj opasnosti[8] po pravno dobro.

1.1. Strogo objektivne teorije

1.1.1. Teorija Geyera[9]

Glavna misao Geyerove teorije[10] jeste da je pokušaj krivičnog djela djelimično ostvarenje zločinačke namjere učinitelja, tačnije, da pokušaj krivičnog djela predstavlja jedan dio krivičnog djela, odnosno radnje koja je poduzeta i koja ima svoju objektivnu stranu (djelimičnu posljedicu).[11] Dakle, Geyer pojam pokušaja određuje kao djelimično ostvarenje zle namjere koji ima dva elementa, a to su: namjera i ostvarenje namjere. Između ova dva elementa mora postojati uzročna veza. Ostvarena namjera predstavlja osnov krivnje, ali ne samo u slučaju kada je ostvarena potpuno, već i u slučaju

---

[5] Garofalo, R. (1914). Criminology. The Library of the University of California, Los Angeles, School of Law, p. 308. dostupno na www.ebooksread.com dana 21. 11. 2011.

[6] Ohno, H. (1989). Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre. In Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Hrsg. Thomas Weigend, Hans Joachim Hirsch. Berlin, Duncker & Humblot GmbH, str. 113.

[7] Schönke, A, Schröder, H. (2010). Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Auflage. München, Verlag C. H. Beck, str. 405.

[8] Šil, O. A. (1939). O pokušaju krivičnog dela... op. cit., str. 30.

[9] Profesor krivičnog prava rođen u Aschu (Böhmen) 1831. godine. Studirao pravo u Pragu i Beču, doktorirao na Pravnom fakultetu Univerziteta u Pragu 1856. godine na temu *"Doktrina nužne odbrane"*. Biran u zvanje profesora Krivičnog prava i Pravne filozofije u Innsbrucku 1860., a 1872. prelazi u München. U Münchenu je postigao veliko uspjeh kao profesor i kao pisac baveći se nacionalnim i uporednim pravom. Umro je 1885. Vidjeti opširnije u: Teichmann, A. (1904). Geyer August. Allgemeine Deutsche Biographie, s. 339–340 Onlinefassung, http://www.deutsche-biographie.de dana 6. 9. 2012.

[10] Geyer, A. (1881). Über die sogenannten untauglichen Versuchshandlungen. Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft, Vol. 1, Issue 1, str. 30–52.

[11] Garofalo, R. (1914). Criminology... op. cit., str. 309.

kada je ostvarena samo djelimično, tj. kada postoji pokušaj krivičnog djela. Zločinačka ideja samo po sebi nije kažnjiva, ali čim se ta namjera pretvara u djelo, predstavlja djelimično (ili potpuno) ostvarenje krivičnog djela i treba biti kažnjeno. Ako je dovršeno umišljajno krivično djelo, onda je namjera kroz radnju potpuno ostvarena, međutim, suprotno tome postojat će pokušaj ukoliko namjera nije kroz radnju uspjela potpuno da se ostvari, već samo djelimično. Nad svakom djelatnošću koju poduzimamo da bi došli do cilja, upravlja naša namjera i ona je ostvarena u svakoj takvoj djelatnosti. Isto tako, ostvaruje se i zločinačka namjera u svim djelatnostima koje su poduzete u cilju ostvarenja zločina. Nadalje, Geyer za kažnjivi pokušaj traži potpuno podudaranje volje učinitelja i njegove radnje. Od važnosti je u tom smislu njegovo ukazivanje na neophodnost animusa i korpusa.

Geyer je bio jedan od najvatrenijih pobornika objektivne teorije o pokušaju.[12] Međutim, kritike njegove teorije bile su brojne. S jedne strane, upućene su njegovoj glavnoj misli da je pokušaj djelimično ostvarenje namjere učinitelja. Smatrali su da takav stav ne odgovara stvarnom stanju, objašnjavajući to na sljedeći način. Ukoliko osoba A ima namjeru da usmrti osobu B te puca iz vatrenog oružja i promaši, tada učiniteljeva namjera nije potpuno ostvarena, ali ni djelimično, jer objektivno nije došlo do posljedice. Da je pokušaj dio krivičnog djela, imao bi sve elemente kao i dovršeno krivično djelo, stoga, ni ta tvrdnja ne odgovara stvarnom stanju. Pokušaj nije dio svršenog krivičnog djela, već naprotiv, njegov kontrast, upravo zbog izostanka zabranjene posljedice. I najzad, Geyer insistira na podudaranju volje učinitelja i njegove radnje, međutim, kod pokušaja je redovan slučaj da to podudaranje ne postoji. Ako osoba A puca da usmrti osobu B i uspije ostvariti samo laku tjelesnu ozljedu, onda se prouzrokovana posljedica ne podudara s voljom učinitelja. Dakle, koegzistencija korpusa i animusa ne postoji.

Geyer spada u red onih teoretičara koji nalaze da je problem pokušaja tijesno vezan s kauzalitetom. Samo ona radnja ulazi u uzročni lanac koja predstavlja ugrožavanje za izvjesno pravno dobro, koja se dakle *in concreto* pojavljuje kao opasna. Time se ističe da je konkretna opasnost obilježje pokušaja krivičnog djela.

[12] Cohn, L. (1880). Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen, Erster Band: Begriff und Umfang. Breslau, Verlag von Wilhelm Koebner, str. 254–290.

1.1.2. Teorija Bindinga[13]

Bindingova teorija o pokušaju[14] predstavlja logičnu konsekvencu njegovog normativnog sistema i njegovog shvatanja krivičnog djela kao povrede norme. Zbog toga je sasvim razumljivo njegovo ekstremno objektivno stanovište i u svim pitanjima koja se tiču pokušaja krivičnog djela. Krivično djelo je povreda norme jer norme zabranjuju određenu djelatnost. Pri tome je za samo postojanje povrede norme nebitno da li je ono učinjeno s umišljajem ili nehatom, jer subjektivni elementi ne mijenjaju suštinu krivičnog djela. Njegova suština sastoji se u objektivnom biću, tačnije u povredi norme.

U pogledu definiranja pojma pokušaja, slično prethodnoj Geyerovoj teoriji, i Binding pokušaj krivičnog djela smatra djelimičnim krivičnim djelom sa svim obilježjima krivičnog djela isto kao i svršeno krivično djelo. Razlika između njih je samo kvantitativna. Slično Geyerovoj teoriji, i Bindingova teorija je trpjela iste kritike u pogledu definiranja pokušaja kao djelimičnog ostvarenja krivičnog djela.

Za pojam pokušaja Binding traži *in concreto* podobno sredstvo, a to je ono sredstvo čija upotreba u konkretnom slučaju dovodi do djelimičnog ili potpunog ostvarenja bića određenog krivičnog djela. Za navedeno definiranje pretrpio je sljedeću kritiku. Momenat potpunog ostvarenja bića određenog krivičnog djela lako je ustanoviti – momenat nastupanja posljedice. Međutim, kako ustanoviti momenat djelimičnog ostvarenja? Na primjer, ako osoba A hoće da usmrti osobu B i puca iz vatrenog oružja, mogući ishod je dvojak – ili će osoba B ostati živa ili će nastupiti smrtna posljedica. Tačnije, ili će se potpuno ostvariti biće krivičnog djela ili se neće ostvariti. Ako posljedica nije nastupila, onda ni sama radnja ne predstavlja ni djelimično ostvarenje bića krivičnog djela, jer se ne može zamisliti dio nečega što ne postoji.

Binding govori o nepodobnom pokušaju kao uobraženom krivičnom djelu. Prema vladajućoj krivičnoj teoriji uobraženo krivično djelo je postojalo u slučaju kada je učinitelj u zabludi u pogledu protivpravnosti radnje, dok

---

[13] Karl Binding rođen je 1841. godine u Frankfurtu na Maini. Bio je profesor krivičnog prava. Studirao je pravo i historiju u Göttingenu. Nakon habilitacije 1864. godine u Heidelbergu radio je kao profesor krivičnog prava, krivičnog procesnog prava i državnog prava u Baselu, Freiburgu im Breisgau, Straßburgu i Leipzigu. Najpoznatiji je po teoriji o povredi norme koja je i nazvana njegovim imenom, Bindingova teorija. Umro je 1920. godine u Freiburgu u Breisgauu. http://de.wikipedia.org dana 7. 9. 2012.

[14] Opširnije u: Binding, K. (1918). Die Normen und ihre Übertretung, Band III, §§ 207–227.; Zaczyk, R. (1989). Das Unrecht der versuchten Tat. Berlin, Duncker & Humblot, str. 69–76.

je kod nepodobnog pokušaja učinitelj u zabludi u pogledu svojstva svoje radnje, odnosno upotrijebljenih sredstava ili objekta. Međutim, Bindingova zabluda ne odnosi se na pravne okolnosti, već na činjenične, te se uslijed toga nepodoban pokušaj prema vladajućoj doktrini nije mogao podvesti pod pojam uobraženog krivičnog djela.

Time što Binding za pojam pokušaja traži podobno sredstvo, on ujedno traži i mogućnost povrede norme, tj. opasnost po izvjesno dobro. Kako se pod podobnim sredstvom prema Bindingu ima razumjeti *in concreto* podobno sredstvo, to je prema njegovom mišljenju i opasnost kod pokušaja samo konkretna opasnost. Iako Binding ne vidi suštinu pokušaja u opasnosti već u tome što je biće krivičnog djela djelimično ostvareno, ipak njegova teorija o pokušaju neizbježno ukazuje na konkretnu opasnost kao bitno obilježje pokušaja.

1.2. Teorije apstraktne opasnosti

1.2.1. Teorija Feuerbacha[15]

Feuerbach[16] je prvi izričito postavio tezu da se suština pokušaja sastoji u objektivnoj opasnosti i ujedno prvi koji je problem pokušaja doveo u neposrednu vezu s problemom kauzaliteta. Kao što se iz njegove teorije vidi, Feuerbach pod izrazima opasan i kauzalan označava isto svojstvo radnje, jer ako je radnja opasna, ona se ujedno nalazi i u uzročnoj vezi s namjeravanim krivičnim djelom, tj. mogla ga je prouzrokovati, a ako je radnja kauzalna za namjeravano

[15] Paul Johannes Anselm von Feuerbach rođen je 1775. godine u Hainichenu kod Jene. Nakon završenog studija prava i okončanja doktorskog rada prvo je postao profesor u Jeni, u središtu Njemačke, a potom u Kielu na Baltičkom moru, da bi 1804. godine Feuerbach otišao u Landshut u Bavarskoj. Istaknuo se na polju krivičnog prava takvim ostvarenjima da se danas smatra osnivačem modernog učenja o njemačkom krivičnom pravu. Razvio je psihološku teoriju zastrašivanja (neki je nazivaju i *Feuerbachovom teorijom zastrašivanja)*, učenje o generalnoj prevenciji i načelo *nulla poena sine lege,* tvorac je bavarskog Krivičnog zakonika iz 1813. godine, postavio je temelje principu pravne izvjesnosti u krivičnom pravu radeći i na polju krivičnog procesnog prava, postao jednim od osnivača kriminologije i postavio temelje viktimologije. Umro je 1833. godine u Frankfurtu na Maini. Opširnije vidjeti u: Pürner, S. (2011). Značajni njemački pravnici: Paul Johannes Anselm von Feuerbach I dio. Nova pravna revija: časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, godina 2., vol. 3., str. 94–96; Pürner, S. (2012). Značajni njemački pravnici: Paul Johannes Anselm von Feuerbach II dio. Nova pravna revija: časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, godina 3, vol. 4., str. 74–76.

[16] Feuerbach, P. J. A. von, Mittermeier, C. J. A. (1847). Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen, 14. Auflage. Giessen, Georg Friedrich Heyer's Verlag, str. 71.; Zaczyk, R. (1989). Das Unrecht der... op. cit., str. 41–43.

krivično djelo, onda je ona neophodna i opasna, tj. predstavljala je mogućnost povrede.

Feuerbach za pojam pokušaja zahtijeva objektivnu opasnost. U samoj njegovoj teoriji, međutim, nije izričito rečeno da li pod opasnošću podrazumijeva konkretnu ili apstraktnu, ali iz činjenice da objektivnu opasnost i uzročni odnos dovodi u vezu sa spoljnim ustrojstvom, a ne s njenom konkretnom formom, može se sa sigurnošću zaključiti da Feuerbach pod objektivnom opasnošću podrazumijeva apstraktnu opasnost, a pod uzročnom vezom uzročnu vezi *in abstracto*, tzv. potencijalni kauzalitet.

Pokušaj Feuerbach smatra kažnjivim ukoliko su ispunjena tri uslova: 1) ako je dovršenje izostalo samo uslijed spoljnih prepreka (a ne slobodne promjene volje), 2) ako prema svojim spoljnim svojstvima stoji u uzročnoj vezi s namjeravanim zločinom i 3) ako je objektivno opasan.[17] Pokušaj, dakle, postoji ako zbog nepostojanja konkretne kauzalnosti posljedica nije nastupila, ali kada se uslijed objektivne opasnosti može smatrati da bi posljedica, da nije izostala uslijed spoljnih prepreka, vjerovatno nastupila (apstraktna kauzalnost, odnosno opasnost). Drugim riječima, postojanje opasnosti neraskidivo je povezano s idejom vjerovatnoće i konceptom adekvatne uzročnosti.

I pored toga što je Feuerbachova teorija postala ideja vodilja svih objektivnih teorija, možda ni jedna teorija o pokušaju nije toliko i tako žestoko napadana kao njegova. Njegove dvije osnovne teze, o opasnosti kao suštini pokušaja i postojanju uzročnog odnosa između učiniteljeve radnje i namjeravanog krivičnog djela, služile su kao predmet bezbroj napada kako u njemačkoj, tako i u svjetskoj teoriji, u kojima su se naročito isticali predstavnici subjektivne teorije Buri i Lammasch.[18] Protiv teorije apstraktne opasnosti, kritičari su istakli da je ova teorija neprihvatljiva jer dovodi do nepravičnih rješenja, a počiva na netačnim pretpostavkama. U pogledu ovog zadnjeg prigovora najviše je isticano da pojam pokušaja nema nikakve veze s pojmom uzročnosti, podobnosti radnje odnosno sredstva i objektivne opasnosti.[19]

---

[17] Feuerbach, P. J. A. von, Mittermeier, C.J.A. (1847). Lehrbuch des gemeinen in Deutschland... op. cit., s. 71.

[18] Buri. (1880). Versuch und Causalität. Gerichtsaal, 5, p. 343.; Lammasch, H. (1897). Das Moment objektiver Gefährlichkeit. s. 5.

[19] Šil, O. A. (1939). O pokušaju krivičnog dela... op. cit., str. 43.

1.2.2. Teorija Mittermaiera[20]

Vjerovatno najpoznatije određivanje momenta opasnosti kao obilježja pokušaja krivičnog djela potiče upravo od Mittermaiera.[21] U raspravi *"Doprinos nauci o pokušaju zločina (Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen)"* Mittermaier predlaže kao opasan pokušaj onaj koji stoji u kauzalnoj vezi sa sredstvom učinjenja krivičnog djela, i obratno: samo ona radnja je nekažnjiva koja uopće, ni pod kakvim uslovima nije mogla da proizvede zabranjenu posljedicu. Tek nešto kasnije Mittermaier će ove dvije vrste pokušaja nazvati apsolutno i relativno nepodobnim i time zamagliti zanimljivu Feuerbachovu podjelu na opasan i neopasan (bezopasan) pokušaj.

Mittermaier[22] je inače u teoriji poznat po tome što je, nakon što je Feuerbach postavio razliku između podobnih i nepodobnih radnji, podobnih i nepodobnih sredstava, postavio dvije vrste nepodobnosti sredstava, apsolutnu i relativnu. Na ovoj razlici između apsolutne i relativne nepodobnosti sredstava postavio je i pojam kažnjivog pokušaja, tako da je pokušaj s apsolutno nepodobnim sredstvom proglasio nekažnjivim, dok je pokušaj s relativno nepodobnim sredstvom proglasio kažnjivim. Apsolutna nepodobnost sredstva postoji kada je sredstvo samo po sebi već unaprijed potpuno nepodobno za prouzrokovanje namjeravanog krivičnog djela, dok je relativna nepodobnost sredstva koja bi se sama po sebi morala označiti kao podobna, ali koja je u konkretnom slučaju ipak dokazala nepodobnost za prouzrokovanje namjeravanog djela.

Prigovor protiv navedenog razlikovanja istakla je subjektivna škola tvrdeći da je nepodobnost apsolutan pojam i da kao takav ne dozvoljava nikakvu gradaciju. Određena radnja može biti ili podobna ili nepodobna za namjeravanu posljedicu, ali nikako ne može biti više ili manje podobna. Smatraju da je pojam nepodobnosti uvijek relativan, te da je pojam apsolutno nepodoban potpuno netačan.

Nadalje, Mittermaier govori i o potrebi kažnjavanja za djela u pokušaju. Smatra da se zakon odnosi na učinjenje djela, ali i na pokušaj, budući da

---

[20] Carl Joseph Anton Mittermaier rođen je 1787. godine u Münchenu. Nakon okončanog pravnog studija u Landshutu promoviran je 1809. godine na Univerzitetu Heidelberg. Radio je kao profesor na Pravnom fakultetu u Landshutu, zatim u Bonnu i od 1821. godine u Heidelbergu. Predavao je njemačko privatno pravo, njemačku pravu historiju, krivično pravo i krivično procesno pravo, te je iz svake od navedenih oblasti prava napisao i objavio veliki broj knjiga i monografija. U Univerzitetskoj biblioteci Heidelberg i danas se čuva njegova opsežna stručna biblioteka. Umro je 1867. godine u Heidelbergu. www.uni-heidelberg.de dana 7. 9. 2012.

[21] Zaczyk, R. (1989). Das Unrecht der versuchten... op. cit., s. 43.

[22] Mittermaier. (1816). Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen. Neues Archiv des Kriminalrechts, str. 83, 163, 199.

se zahtjev za neučinjenje odnosi na dvije zabrane: zabrana da se ne započne protivpravna radnja i zabrana da se ona ne dovrši. Učinitelj, koji takvu jednu radnju započne ili dovrši, prekoračio je granicu kažnjivosti i mora se kazniti.

1.2.3. Teorija Mayera[23]

Osnovna misao Mayerove teorije[24] jeste da samo opasan pokušaj treba da bude kažnjiv. Subjektivna strana pokušaja nije bitna, samo ono što pripada pravnom i spoljnom svijetu. Opasnost zakon označava kao početak radnje učinjenja. Time se pokušaju pripisuje određena posljedica i ujedno osnov njegove kažnjivosti – budući da u radnji učinjenja leži opasnost po izvjesno pravno dobro, ona treba da bude kažnjiva. Pokušaj je, dakle, delikt s presumptivno obilježenom posljedicom, on je delikt apstraktnog ugrožavanja.[25]

Pokušaj je kažnjiv onda kada je umišljaj bio upravljen na dovršenje djela, ali je ono ipak izostalo, iako je radnja učinjenja započeta. Pored toga, potrebno je da je radnja *in concreto* nepodobna. Dakle, kažnjivost pokušaja može da se odnosi samo na konkretno nepodoban pokušaj, dok nepodoban pokušaj općenito nije protivpravan, budući da mu nedostaje posljedica. Mayer ne spominje izričito apsolutnu i relativnu nepodobnost, ali je iz navedenog izlaganja jasno da on, zapravo, usvaja ovo razlikovanje. Dok je Mittermaier odredio pojam jedne i druge vrste nepodobnosti, kod Mayera se takvo preciziranje ne može naći, i u tome je nedostatak njegove teorije.

---

[23] Max Ernst Mayer rođen je 1875. godine u Mannheimu. Godine 1896. promoviran je u doktora filozofije u Heidelbergu, ali je ubrzo nakon toga započeo studij prava na Kaiser-Wilhelm-Univerzitetu Straßburg u Elsassu, a 1900. godine uslijedila je habilitacija. Tek 1910. godine dobio je posao profesora u Straßburgu, a 1919. u Frankfurtu na Maini. Ratna 1916. godina značila je veliki preokret u njegovoj karijeri. Odlazi u vojsku i do kraja rata ostaje vojni advokat. Ubrzo nakon završetka rata 1919. godine počinje raditi na tek osnovanom Stiftungsuniverzitetu u Frankfurtu na Maini. Godinu dana poslije uslijedio je izbor u redovnog profesora krivičnog prava, krivičnog procesnog prava i pravne filozofije. Umro je 1923. godine u Frankfurtu na Maini. http://de.wikipedia.org dana 7. 9. 2012.

[24] Mayer, M. E. (1915). Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Kap. VIII. 1–4.

[25] Šil, O. A. (1939). O pokušaju krivičnog dela... op. cit., str. 50.

1.2.4. Teorija Meyer-Allfelda[26]

Meyer i Alfred[27] pokušaj definiraju kao voljnu djelatnost usmjerenu na ostvarenje bića određenog krivičnog djela koja već sadrži u sebi početak radnje učinjenja, ali ostaje nedovršena. Kažnjavanje za pokušaj opravdano je iz razloga što je u njegovoj djelatnosti sadržano protivljenje prema pravnom poretku. Načelno izdvajanje pripremnih radnji iz oblasti kažnjavanja dokazuje da pozitivno pravo želi kažnjavati samo opasne voljne djelatnosti, tačnije, samo takve koje prouzrokuju blisku mogućnost povrede napadnutog pravnog dobra. Dakle, prema izloženoj teoriji, suština pokušaja, kao i kod drugih predstavnika ovog pravca, sastoji se u opasnosti, a opasnost u bliskoj mogućnosti povrede napadnutog dobra. Međutim, Meyer i Allfeld nisu definirali blisku mogućnost, tačnije, nisu je odvojili od udaljene mogućnosti, iako je prema njihovom mišljenju ova razlika odlučujuća za pojam kažnjivog pokušaja, te je time umanjena vrijednost njihove teorije.

Nadalje, razlog nedovršenja krivičnog djela Meyer i Allfeld nalaze u tome da je radnji učinjenja suprotstavljena jedna spoljašnja prepreka i ovaj slučaj nazivaju nepodobnim pokušajem. Pri tome postoje dvije mogućnosti: 1) nedostatak nekog obilježja bića krivičnog djela, naročito podobnog objekta napada ili 2) nepodobnost napada upotrebom nepodobnog sredstva. Nadalje, naročito je kažnjiv pokušaj s podobnim, ali necjelishodno upotrijebljenim sredstvom, koje je u datom slučaju bilo upotrijebljeno umjesto podobnog sredstva samo uslijed zablude učinitelja ili zato jer je treća osoba podobno sredstvo zamijenila nepodobnim. Ako je za biće određenog krivičnog djela bila potrebna primjena sredstva s određenim svojstvima, onda u slučaju upotrebe bilo kakvog drugog sredstva ne postoji ni nedostatak u biću djela, niti pokušaj. Meyer i Allfeld u pogledu ovog pitanja rukovode se subjektivnim momentima – postojanja umišljaja učinitelja, smatrajući da nije pravično da se ne kazni onaj koji je samo slučajno upotrijebio nepodobno sredstvo. Možemo slobodno reći da Meyer-Allfeldova teorija ne pokazuje do kraja konsekventnost, jer, iako polazi od objektivnog stanovišta i suštinu pokušaja

[26] Hugo Friedrich Bleichert von Meyer rođen je 1837. godine u Stettinu. Studirao je pravo u Göttingenu i u Berlinu. Godine 1858. promoviran je u doktora nauka, a habilitirao je dvije godine poslije. Predavao je krivično pravo na Univerzitetima u Halleu, Erlangenu i Tübingenu. Nakon što je 1. 1. 1871. godine stupio na snagu Krivični zakon njemačkog carstva, Hugo Meyer napisao je prvi značajniji udžbenik krivičnog prava koji je doživio svoje 5. izdanje. Nakon njegove smrti, 1902. godine u Tübingenu, Philipp Allfeld pod imenom obojice autora postigao je 9. izdanje ovog udžbenika. Philipp Allfeld rođen je 1852. godine. Bio je profesor krivičnog prava na Univerzitetu u Erlangenu. Umro je 1940. godine. http://de.wikipedia.org dana 10. 9. 2012.

[27] Meyer, H., Allfeld, P. (1912). Lehrbuch des deutschen Strafrechts, § 34 i 35.

vidi u opasnosti po pravna dobra, ona ipak kažnjava i takve slučajeve kao pokušaje, koji objektivnom kriteriju ne odgovaraju, a njihovo kažnjavanje dokazuje primjenu subjektivnih mjerila.

2. Subjektivne teorije

Suprotno stanovištu objektivnih teorija koje su suštinu pokušaja vidjele u njegovim objektivnim obilježjima, pristalice subjektivnih teorija, odbacujući objektivne momente kao bitne u pojmu pokušaja, ukazivale su na zločinačku volju učinitelja i tvrdile da je ta volja onaj element u pojmu pokušaja koji predstavlja njegovo najbitnije obilježje. Dakle, osnov kažnjavanja za pokušaj prema subjektivnim shvatanjima jeste ispoljavanje zločinačke volje učinitelja.[28] Prema tome, temelj kažnjavanja može biti samo umišljaj učinitelja, i to ne nekakav skriven ili samo izjavljeni, već radnjom ispoljeni umišljaj. Učinitelj razmišlja o budućem krivičnom djelu, tačnije o promjeni u spoljnom svijetu koju hoće. Ako te promjene ostvari, govorimo o dovršenom krivičnom djelu. Ali, ako u tome ne uspije, postojat će pokušaj krivičnog djela.

Tako je nastao preokret koji je iz osnova izmijenio pojam pokušaja. Dok su objektivne teorije u pokušaju vidjele u prvom redu izvjesnu djelatnost u spoljnom svijetu upravljenu protiv određenog pravnog dobra, pristalice subjektivne teorije u pokušaju vide jednu manifestaciju zločinačke volje. Ono što je subjektivnim teorijama važno jeste činjenica da postoji jedna zločinačka volja i da je ta volja toliko jaka da je osoba, sudeći po manifestacijama volje, spremna učiniti krivično djelo.[29]

[28] Opširnije o subjektivnoj teoriji i njenoj dominaciji u njemačkoj sudskoj praksi od nastanka Vrhovnog suda *(Reichsgericht)* u: Hirsch, H. J. (2007). Die subjektive Versuchstheorie, ein Wegbereiter der NS-Strafrechtsdoktrin. Juristische Zeitung, 10/2007, Tübingen, Mohr Siebeck, str. 494–502.

[29] Opširnije u: Zaczyk, R. (1989). Das Unrecht der... op. cit., str. 76.

2.1. Teorija Burija[30]

Prema Burijevoj teoriji[31] osnov kažnjavanja treba tražiti u umišljaju. Dokazano otvoreno neprijateljstvo prema zakonu treba da bude kažnjeno, pa čak i onda kada nije došlo do konkretizacije apstraktnog pojma krivičnog djela. Pokušaj je subjektivno dovršeno krivično djelo kojem se priključuje zakonom u izgled stavljeno objektivno obilježje krivičnog djela. Tačnije, samo protivpravna posljedica ima svoj objektivni krivičnopravni značaj i sve dok posljedica nije prouzrokovana, ono što je poduzeto, nema nikakvu objektivnu važnost. Buri uzima da je objektivizacija volje potrebna, jer u nedostatku te objektivizacije ne postoji kažnjiva volja. Čak ni samo priznanje učinitelja da je njegova zločinačka volja bila ozbiljna nije dovoljno za kažnjivost, već je zato potrebno da ozbiljnost volje proizlazi iz same njegove objektivizacije.

Kritika koja se upućuje Burijevoj teoriji je upravo ta da, ako je sama zločinačka volja osnov kažnjavanja, zašto je potrebna njegova objektivizacija!?

Nadalje, prema Buriju je ispitivanje podobnosti i nepodobnosti sredstva, odnosno objekta, beskorisno i nemoguće. Jer, svaki je pokušaj, kako u odnosu prema sredstvu, tako i u odnosu prema objektu, uvijek nepodoban. *In abstracto*, svako je sredstvo podobno, *in conreto* se još ni jedno nije pokazalo u pokušaju podobnim. Prema njegovom mišljenju, pokušaj je objektivizirana volja, a ona se može ustanoviti i onda kada je učinitelj upotrijebio nepodobna sredstva ili ako je poduzeo djelatnosti protiv nepodobnog objekta. I za navedeno mišljenje mu je upućena izravna kritika da pitanje kažnjivosti ne procjenjuje na bazi stvarnosti, već na bazi fantazije učinitelja, jer nepodobnost sredstva, pa čak i nepostojanje objekta, ne sprečava Burija da ustanovi kažnjiv pokušaj. A upravo je on kritizirao objektivne teorije da pitanje kažnjivosti i nekažnjivosti pokušaja ne rješavaju na bazi onoga što posmatrač pretpostavlja. *"Ponašanje koje ostane na pokušaju nikada nije objektivno opasno, ta opasnost predstavlja običnu fikciju."*[32]

---

[30] Maximilian von Buri rođen je 1825. godine u Büdingenu. Studirao je u Gießenu i Heidelbergu. Na početku karijere radio je kao advokat, a poslije i kao državni tužitelj. Buri se i danas citira: utemeljitelj je teorije ekvivalencije kao i dolusne teorije za razgraničenje učiniteljstva i saučesništva. Bio je protivnik *"Moderne škole krivičnog prava"* Marburškog programa Franza von Liszta. Umro je 1902. godine u Wiesbadenu. http://de.wikipedia.org. dana 7. 9. 2012.

[31] Buri, v. M. (1880). Versuch und Causalität. Gerichtssaal, XXXII Band 5.; Buri, v. M. (1868). Der Versuch des Verbrechens mit untauglichen Mitteln oder an einem untauglichen Objekt. Gerichtssaal, str. 325.

[32] Buri, v. M. (1888). Über den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch. Der Gerichtssaal, str. 504.

2.2. Teorija Lammascha[33]

Lammasch[34] smatra da je čista volja osnov kažnjavanja kod pokušaja. Smatra da država može zaprijećenom kaznom spriječiti činjenje krivičnih djela jer ništa ne bi moglo jače da djeluje na učinitelja nego strah da će biti kažnjen čak i ako posljedica izostane. Zato se pokušaj, ali svaki pokušaj, treba kazniti. Zapravo, prema njegovim riječima, samo bi se pokušaj i trebao kazniti jer smatra da se ne može zabraniti nastupanje određene posljedice, ali se može zabraniti težnja za prouzrokovanjem iste. Jer, nastupanje određene posljedice leži izvan ljudske moći, dok volja za prouzrokovanjem posljedice, kao jedina psihička pojava djelatnosti, jeste ono čemu se država, zaprijećenom kaznom, može suprotstaviti. Kritika u pogledu navedenog upućena je Lammaschu u smislu da bi se u tom slučaju morale kazniti i sve pripremne radnje. Tačnije, pored svih slučajeva pokušaja kažnjive bi bile i sve pripremne radnje, a da bi bili potpuno racionalni i dosljedni i svaki *nuda cogitatio* za koju se od Rimljana do danas tvrdi da za nju *nemo punitur*.

Nadalje, Lammasch tvrdi da je pokušaj primarno kažnjiv, te bi se kao takav smatrao normalnim slučajem ispoljavanja volje za učinjenje krivičnog djela, dok bi dovršeno krivično djelo predstavljalo sekundarnu pojavu takvog slučaja. Ovom shvatanju direktno se protive stanovišta svih krivičnih zakona, jer je primarna kazna određena za svršeno krivično djelo i tek sekundarno kazna za pokušaj na taj način što je propisano da se pokušaj isto ili eventualno blaže kažnjava u odnosu na svršeno krivično djelo.

Lammasch priznaje da postoji izvjesna razlika između slučajeva opasnog i bezopasnog pokušaja. Time ne priznaje pojam opasnosti nego jedino to da prve radnje izazivaju utisak opasnosti, dok druge ne. Prema njegovom mišljenju, stvarna razlika između ovih slučajeva sastoji se u tome da je kod prve vrste pokušaja učinitelj u zabludi u pogledu okolnosti koje leže izvan njegove djelatnosti, dok je u drugom slučaju zabluda u pogledu same njegove djelatnosti.

Lammaschu se također zamjera da, iako je sjajno i naučno izveo i obrazložio smisao subjektivne teorije o pokušaju, ipak je malo odstupio u primjeni isključivo subjektivne teorije, te da se poslužio izvjesnim kriterijem objektivne

---

[33] Heinrich Lammasch rođen je 1853. godine u Seitenstettlenu. Završio je Pravni fakultet na Univerzitetu u Beču. Nakon habilitacije radio je kao profesor krivičnog prava, pravne filozofije i međunarodnog prava na Univerzitetu u Innsbrucku, a potom na Univerzitetu u Beču. Najviše se bavio temama krivičnopravne dogmatike, ekstradicije i pravom azila. Umro je 1920. godine u Salzburgu. http://de.wikipedia.org dana 7. 9. 2012. godine.

[34] Lammasch, H. (1897). Das Moment objektiver Gefährlichkeit; Lammasch. H. (1926). Grundriss des Österreichischen Strafrechts. str. 113–116.

teorije o pokušaju.[35] Navedeno iz razloga što Lammasch u slučajeve kažnjivog pokušaja ne ubraja pokušaj upotrebom sredstava koja dejstvuju izvan svijeta podložnog uzročnosti, kao ni upotrebom sredstava koja ne odgovaraju diferencirajućem obilježju sredstva određenog krivičnim zakonom (na primjer, natprirodne i demonske snage ne mogu se smatrati sredstvom). On, ustvari, ne traži kažnjavanje za navedene slučajeve, jer osjeća da i pored postojanja čvrste volje za učinjenjem krivičnog djela, pa i pored objektivizacije te volje, ipak ne postoji pokušaj, jer mu nedostaje objektivno biće.

3. Mješovite teorije ili subjektivno-objektivne (posredničke) teorije

Polazeći od stanovišta da se problem pokušaja ne može riješiti ni s ekstremno objektivnog ni s ekstremno subjektivnog stanovišta, izvjesni teoretičari izvode zaključak da je pravilno rješenje moguće jedino na kompromisnoj osnovi koja bi podjednako vodila računa kako o objektivnim, tako i o subjektivnim elementima pokušaja. Tačnije, da se suština pokušaja nalazi u sjedinjenju njegovih objektivnih i subjektivnih obilježja. Bitno obilježje objektivnog bića pokušaja predstavlja opasna djelatnost učinitelja, a subjektivno njegova zločinačka volja. Prema tome, prema stanovištu objektivno-subjektivnih ili mješovitih ili posredničkih teorija, suština pokušaja leži kako u opasnosti, tako i u zločinačkoj volji učinitelja, tačnije u njihovoj koegzistenciji.

3.1. Teorija Liszta[36]

Liszt[37] polazi od načelne jednake vrijednosti svih obilježja bića krivičnog djela. Suština pokušaja leži u voljnoj djelatnosti, kao i u odnosu onoga što se

[35] Šil, O. A. (1939). O pokušaju krivičnog dela... op. cit., str. 68.

[36] Franz Ritter von Liszt rođen je 1851. godine u Beču. Od 1898. do 1917. godine bio je profesor krivičnog prava i međunarodnog prava na Berlinskom univerzitetu. Studirao je u Beču, između ostalog i kod profesora Rudolfa von Jheringa, koji je na Liszta ostavio veliki uticaj. Promoviran je u doktora nauka u Beču 1874. godine, a poslije habilitacije radio je u Grazu, Gießenu, Marburgu, Halleu i konačno 1898. godine, na vrhuncu svoje karijere, na najvećem Pravnom fakultetu tadašnjeg Carstva, u Berlinu. Prvih 20 godina karijere posvetio se krivičnom pravu. Godine 1882. u Marburgu osnovao je prvi kriminološki seminar, udruženje za krivično pravo i radio na izgradnji Časopisa za kompletnu (cijelu) nauku krivičnog prava (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft), te osnovao i tzv. Marburšku školu. Umro je 1919. godine. Dijelovi njegovog rada mogu se i danas pronaći u opsežnoj Liszt biblioteci na Univerzitetu Humboldt u Berlinu.

[37] Vidjeti opširnije u: Zaczyk, R. (1989). Das Unrecht der... op. cit., str. 55–59; Liszt, F. (1919). Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. §§ 46. i 47.

dogodilo prema onome što se nije dogodilo. Iz ovog proizlazi opasnost voljne djelatnosti kao suština pokušaja. Dakle, ono što je bitno za pojam pokušaja jeste opasnost voljne djelatnosti, tačnije njena podobnost da prouzrokuje ostvarenje svih obilježja bića krivičnog djela. Iz toga proizlazi da bezopasan pokušaj nije pokušaj, nego uobraženo krivično djelo koje nije kažnjivo. Za pojam pokušaja potrebna je konkretna opasnost, a ispitivanje te opasnosti treba da bude *ex ante*, a ne *ex post*. Ako je ostvarenje obilježja bića krivičnog djela u trenutku radnje učinjenja, s obzirom na okolnosti koji su se mogle saznati i koje su samo učinitelju bile poznate, izgledalo isključenim, onda je pokušaj, bio on apsolutno ili relativno nepodoban, kao bezopasan nekažnjiv.

Liszt je posebnu pažnju posvetio i razgraničenju ili razlikovanju podobnog od nepodobnog pokušaja. Smatrao je da je pokušaj opasan u slučaju kada postoji *"bliska mogućnost"*[38] za ostvarenje pojedinih elemenata u biću krivičnog djela. Kao primjer za povlačenje granice između kažnjivog podobnog i nekažnjivog nepodobnog pokušaja navodi pokušaj prekida trudnoće na ženi koja nije trudna (bremenita) i pokušaj ubistva na mrtvorođenom djetetu. Pokušaj prekida trudnoće na ženi koja nije trudna će biti kažnjiv kada postojanje trudnoće nije potpuno isključeno. Dok će kažnjivost za pokušaj ubistva mrtvorođenog djeteta postojati kada smrt djeteta nije u potpunosti bez sumnje.[39]

Kod Liszta primjećujemo da je pojam opasnosti potpuno nezavisan od objektivne mogućnosti radnje da prouzrokuje krivično djelo. Usvajanjem takvog objektivno-subjektivnog kriterija i napuštanjem čisto objektivnih kriterija pojma opasnosti Liszt iz osnova mijenja dosadašnji, objektivni pojam opasnosti i primjenom ovog novog pojma ustanovljava postojanje opasnog pokušaja, čak i u onim slučajevima u kojima je radnja apsolutno nepodobna da učini krivično djelo.

Liszt se izričito protivio obligatornom ublažavanju kazne za krivična djela koja su ostala u pokušaju, kao i redovnom nekažnjavanju prekršaja koji su ostali u pokušaju.

Lisztu se prigovara da je pokušaj posmatran *ex ante* vrlo težak zadatak i da njegovo rješavanje iziskuje diskreciono pravo suda. Time se, međutim, stvara nesigurnost u rješavanju pojedinih slučajeva, a sudu bi na taj način jednoobrazna primjena kriterija pokušaja bila jako otežana. Da bi došlo do

[38] *Nahe Möglichkeit.*

[39] Ehret, S. (1996). Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip in: Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, Bd./Vol. 54. Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, str. 203.

pojma opasnosti, pored okolnosti koje su općepoznate, Liszt uzima u obzir i okolnosti koje su poznate samo učinitelju. Ovim zahtjevom je konačno izmijenjen pojam objektivne opasnosti, jer ovaj pojam ne dozvoljava zavisnost od okolnosti koje su vezane samo za izvjesnu ličnost. Lisztov pojam opasnosti objektivne je prirode utoliko što se zasniva ne na čisto zamišljenim ili pretpostavljenim okolnostima, već na stvarno postojećim, a subjektivne prirode je zbog toga što uzima u obzir okolnosti koje su samo učinitelju poznate, a naročito zbog toga što se zasniva na mogućnosti koju ocjenjuje ispitivač.

3.2. Teorija Grafa Dohne[40]

Teorija Grafa Dohne[41] polazi do toga da razlikovanje između podobnog i nepodobnog pokušaja nije održivo, te da je svaki pokušaj nužno nepodoban. Smatrao je da princip uzročnosti nema nikakve veze s pokušajem, te je suštinu pokušaja nalazio u zabludi. S tim u vezi bile su moguće dvije vrste zablude i na toj razlici nalazila se granica između kažnjivog i nekažnjivog pokušaja. Razlikovao je nomološku i ontološku zabludu. Prva (nomološka ili nomologična) bi bila zabluda o zakonima bića (na primjer, učinitelj vodu smatra podobnim sredstvom, dakle, zna kakvo sredstvo upotrebljava, ali mu pogrešno pripisuje moć prouzrokovanja smrtne posljedice) i takva zabluda bi bila nekažnjiva, dok je druga zabluda (ontološka ili ontologična) o stvarnim odnosima (na primjer, učinitelj greškom uzima vodu umjesto pripremljenog otrova koji se nalazi pored) i takva bi bila kažnjiva.[42] Zabluda se u oba slučaja

---

[40] Alexander Georg Theobald Graf zu Dohna-Schlodien rođen je 1876. godine u Potsdamu. Studirao je pravo i filozofiju u Rimu, Lausanni, Freiburgu im Breisgau i Berlinu. Nakon što je promoviran u doktora nauka u Berlinu, habilitirao je 1904. godine u Halle an der Saale. Radio je na Univerzitetima u Königsbergu i Dorpatu, a nakon Prvog svjetskog rata u Heidelbergu, Bonnu i Erlangenu. Kao profesor krivičnog i krivičnog procesnog prava zalagao se za poboljšanje pravnog položaja osumnjičenog, odnosno optuženog, kao i za pojačani nadzor i pomoć uz uvjetnu osudu. Umro je 1994. godine u Bad Godesbergu. http://de.wikipedia.org dana 10. 9. 2012.

[41] Graf zu Dohna. (1910). Der Mangel am Tatbestand. § 4.

[42] Šil je to razumljivo predstavio hipotetičkim primjerima: *"Uzmimo dva slučaja kao primjer: 1.) Učinilac A hoće da ubije svog starijeg ujaka u nadi da će iza njega naslijediti. Od svog prijatelja apotekara zatraži da mu da neki otrov a ovaj pošto poznaje namjeru učinitelja, da ovome čistu vodu, tako da se ujaku nije ništa dogodilo kada je ovaj "otrov" popio. 2.) uzmimo primer kao gore pod 1. samo sa tom izmenom da A nije ni od koga tražio otrov, već da je kod kuće imao obično mlijeko i verovao da je ono podobno sredstvo za ubistvo svog ujaka, te mu je dao ovo mlijeko da popije. U prvom slučaju učiniočeva zabluda je ontologična jer se odnosi na stvarne odnose (od apotekara nije dobio ono što je htio, a on to ne zna) prema tome taj je pokušaj kažnjiv, dok u drugom primeru zabluda je nomologična jer se odnosi na zakone bića (učinilac zna kakvo sredstvo upotrebljava, samo mu pogrešno*

odnosi na istu okolnost, nepodobnost sredstva, koje je ustvari u oba slučaja nepodobno. U teoriji se smatra da razlikovanje između gornja dva slučaja zablude ne može da opravda povlačenje granice kažnjivosti, jer ova razlika nije bitna i jer ontološka zabluda nije bitan element u pojmu pokušaja.

3.3. Teorija Köhlera[43]

Kod Köhlera[44] nalazimo jednu vrlo vješto sastavljenu kombinaciju objektivnih i subjektivnih kriterija pojma pokušaja. Pokušaj, prema njegovom mišljenju, treba da bude kažnjiv kada je opasan po pravni poredak, a ova opasnost postoji onda kada je učinitelj spremio podoban plan za učinjenje i kada njegova objektivna volja odgovara prirodnoj uzročnosti. Znači, da bi postojao pokušaj, potrebno je da postoji i subjektivna i objektivna podobnost. Prva postoji u svijesti učinitelja, dok druga treba da postoji na osnovu objektivnih osobina tog plana.[45]

Ovo rješenje, međutim, trpi tu kritiku da uopće ne vodi računa o onome što se stvarno dogodilo, već naprotiv, počiva na onome što je neostvareno ostalo u svijesti učinitelja, što je, dakle, *nuda cogitatio*. Postavlja se pitanje pravičnosti da se taj plan pretpostavlja stvarnoj djelatnosti učinitelja i da se prilikom kažnjavanja uzme u obzir ne stvarno poduzeta djelatnost učinitelja, već njegova neostvarena misao.

---

pripisuje moć prouzrokovanja smrti) te je ovaj pokušaj nekažnjiv." Šil, O. A. (1939). O pokušaju krivičnog dela... op. cit., str. 75–76.

43 Michael Köhler rođen je 1945. godine. Studirao je pravo u Heidelbergu i Münchenu. U doktora nauka promoviran je 1972. godine na Univerzitetu u Heidelbergu, a uslijedila je i 1978. godine habilitacija iz krivičnog prava, krivičnog procesnog prava i pravne filozofije. Radio je kao profesor na univerzitetima u Heidelbergu, Kölnu i Hamburgu. Najviše se bavio općim dijelom krivičnog prava i pravnom filozofijom. http://de.wikipedia.org dana 10. 9. 2012.

44 Köhler. M. (1980). Der Strafbare Versuch insbesondere der sog. untaugliche Versuch – Studien aus dem Strafrecht I. Mannheim, Druck und Verlag J. Bensheimer, str. 7.

45 Šil nam navedeno predstavlja hipotetičkim primjerom: *"Ako je, dakle, učinilac hteo da ubije svoga suseda, ali je svoju pušku zabunom napunio peskom umesto barutom, onda ukoliko je nišanio na ovoga, postoji opasan dakle i kažnjiv pokušaj, jer ne samo što je učinilac verovao da je njegova radnja podobna za ubistvo (subjektivna podobnost) već je ta radnja i po njegovom planu, koji naravno pretpostavlja barut a ne pesak, objektivno sudeći, podobna za prouzrokovanje željene posljedice (objektivna podobnost). U slučaju, međutim, da je učinilac svoga suseda hteo ubiti šećerom, verujući da je šećer podobno sredstvo za ubistvo, onda u ovom slučaju postoji bezopasan, dakle nekažnjiv pokušaj, jer je učiniočeva radnja samo u njegovoj svesti, dakle, samo subjektivno podobna dok sa objektivnog gledišta i po njegovom planu nepodobna, jer šećer nije podobno sredstvo za ubistvo."* Šil, O. A. (1939). O pokušaju krivičnog dela... op. cit., str. 79.

Objektivni kriterij, koji Köhler pored subjektivnog uvodi u pojam pokušaja, nema praktičnu važnost jer ovaj objektivitet počiva na subjektivnoj osnovi, tačnije na onome što je učinitelj sebi predstavio, a što, međutim, nema veze sa stvarnošću. Podobnost spremljenog plana samo onda ima svoju objektivnu važnost kada je taj plan pretvoren u djelo. U suprotnom, ako je ostao neostvaren, nema smisla govoriti o objektivnoj podobnosti, jer ono što se dogodilo, dakle, objektivna strana djela, u suprotnosti je s tim planom.

Zaključna razmatranja

Teorije o pokušaju krivičnog djela nastoje objasniti suštinu pokušaja, ali i dati odgovor na pitanje zašto kažnjavati za pokušaj, tj. dati osnov njegovog kažnjavanja. U tom smislu razvila su se dva načelna gledišta – objektivno i subjektivno, koja, zapravo, predstavljaju dvije krajnosti. Treće gledište, objektivno-subjektivno ili mješovito, nastalo je kao rezultat napora da se pitanje suštine i kažnjavanja pokušaja riješi kompromisnim putem, izbjegavajući krajnosti i jednog i drugog prava i tako pružajući srednje rješenje između ova dva načelna gledišta.

Za pristalice objektivne teorije prvenstveno je važno ono što se odigrava u vanjskom svijetu, a to je nastupanje opasnosti po izvjesno pravno dobro. Dakle, suština pokušaja leži isključivo u objektivnim momentima. Prepoznajemo pristalice strogo objektivne teorije čiji su najistaknutiji predstavnici Geyer i Binding, i pristalice teorije apstraktne opasnosti čiji su najistaknutiji predstavnici Feuerbach, Mittermaier, Mayer, Meyer i Allfeld. Geyer, kao jedan od najvatrenijih pobornika strogo objektivne teorije o pokušaju, njegov pojam određuje kao djelimično ostvarenje zle namjere, tj. prema njegovim riječima, pokušaj predstavlja jedan dio krivičnog djela koji ima svoju objektivnu stranu, tačnije djelimičnu posljedicu. Slično kao i Geyer, i Binding pokušaj krivičnog djela smatra djelimičnim krivičnim djelom sa svim obilježjima kao i kod svršenog krivičnog djela. Razlika je samo kvantitativna. Bindingova teorija o pokušaju predstavlja ekstremno objektivno stanovište jer predstavlja logičnu konsekvencu njegove teorije o povredi norme. Krivično djelo je povreda norme, kao i pokušaj, i pri tome se njegova suština sastoji u objektivnom biću – povredi norme, dok subjektivni elementi ne mijenjaju njegovu suštinu. Pristalice strogo objektivne teorije ekstremni su u svojoj teoriji i zbog toga trpe velike kritike. Nešto blaže su pristalice teorije apstraktne opasnosti od kojih se posebno ističu Feuerbach i Mittermaier. Feuerbachova teorija o objektivnoj opasnosti kao suštini pokušaja postala je ideja vodilja svih objektivnih teorija. Njegove dvije osnovne teze su objektivna opasnost

kao suština pokušaja i postojanje uzročnog odnosa između učiniteljeve radnje i namjeravanog krivičnog djela. Mittermaier ide korak dalje od Feuerbacha te, na osnovu njegove zanimljive podjele pokušaja na opasan i bezopasan, postavlja razliku pokušaja na apsolutno i relativno nepodoban i na toj razlici postavlja i pojam kažnjivog i nekažnjivog pokušaja. Tačnije, apsolutno nepodoban pokušaj je proglasio nekažnjivim, dok je relativno nepodoban pokušaj proglasio kažnjivim. Zbog toga je trpio prigovore subjektivne teorije.

Ključna riječ za pristalice subjektivne teorije je zločinačka volja. Upravo ona predstavlja najbitnije obilježje pokušaja, a umišljaj učinitelja osnov njegovog kažnjavanja. To objašnjavaju na način da je zločinačka volja ta koja dovodi do promjene u spoljnom svijetu. Ako ona postoji, postojat će ili dovršeno djelo ili pokušaj, u zavisnosti od toga da li je učinitelj uspio tu promjenu i da ostvari. Najistaknutiji predstavnici subjektivnih teorija su Buri i Lammasch. Obojici su spočitavali da su se služili izvjesnim kriterijima objektivne teorije iz razloga što su za potvrdu ozbiljne zločinačke volje ipak zahtijevali njenu objektivizaciju. Tako Buri pokušaj smatra subjektivno dovršenim djelom kojem se priključuje zakonom objektivno obilježje, dok ispitivanje podobnosti i nepodobnosti smatra nemogućim, ali i beskorisnim, jer je u konačnici zapravo svaki pokušaj nepodoban. Lammasch, još ekstremniji od Burija, smatrao je da pokušaj treba predstavljati uobičajeni, normalni slučaj ispoljavanja zločinačke volje, dok bi dovršeno djelo predstavljalo sekundarnu pojavu takvog slučaja.

Subjektivno-objektivne ili mješovite teorije nastaju kao rezultat nemogućnosti da se problem pokušaja riješi s objektivno ekstremnog ili subjektivno ekstremnog gledišta. One, dakle, predstavljaju jedno kompromisno rješenje vješto sastavljeno kombinacijom objektivnog i subjektivnog kriterija, što znači da jednaku važnost i vrijednost kod pokušaja pridaju i opasnosti i zločinačkoj volji. To se najbolje vidi iz Köhlerovog mišljenja prema kojem pokušaj treba biti kažnjiv ako je opasan, a opasan je u slučaja kada je učinitelj spremio podoban plan i kada je njegova volja podobna, tj. kada odgovara prirodnoj uzročnosti. Listz, pak, smatra da pokušaj zahtijeva konkretnu opasnost, a njeno ispitivanje treba da bude *ex ante*. Graf zu Dohna suštinu pokušaja nalazi u zabludi i njenoj podjeli na nomološku i ontološku. Navedenom podjelom povlači granice kažnjivosti pokušaja na način da nomološka zabluda treba biti nekažnjiva, dok bi ontološka zabluda bila kažnjiva.

Literatura

1. Binding, K. (1918). Die Normen und ihre Übertretung, Band III.
2. Buri, v. M. (1868). Der Versuch des Verbrechens mit untauglichen Mitteln oder an einem untauglichen Objekt. Gerichtssaal.
3. Buri, v. M. (1880). Versuch und Causalität. Gerichtssaal, XXXII Band 5.
4. Buri, v. M. (1888). Über den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch. Der Gerichtssaal.
5. Cohn, L. (1880). Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen, Erster Band: Begriff und Umfang. Breslau, Verlag von Wilhelm Koebner.
6. Ehret, S. (1996). Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip in: Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, Bd./Vol. 54. Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften.
7. Feuerbach, P. J. A. von, Mittermeier, C. J. A. (1847). Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen, 14. Auflage. Giessen, Georg Friedrich Heyer's Verlag.
8. Garofalo, R. (1914). Criminology. The Library of the University of California, Los Angeles, School of Law.
9. Geyer, A. (1881). Über die sogenannten untauglichen Versuchshandlungen. Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft, Vol. 1, Issue 1.
10. Graf zu Dohna. (1910). Der Mangel am Tatbestand.
11. Hirsch, H. J. (2007). Die subjektive Versuchstheorie, ein Wegbereiter der NS-Strafrechtsdoktrin. Juristische Zeitung, 10/2007, Tübingen, Mohr Siebeck.
12. Jakovljević, D. (1971). Pokušaj krivičnog dela. Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina XIX, broj 5–6.
13. Köhler. M. (1980). Der Strafbare Versuch insbesondere der sog. untaugliche Versuch – Studien aus dem Strafrecht I. Mannheim, Druck und Verlag J. Bensheimer.
14. Lammasch, H. (1897). Das Moment objektiver Gefährlichkeit.
15. Lammasch, H. (1926). Grundriss des Österreichischen Strafrechts.
16. Liszt, F. (1919). Lehrbuch des Deutschen Strafrechts.
17. Mayer, M. E. (1915). Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Kap. VIII.
18. Meyer, H., Allfeld, P. (1912). Lehrbuch des deutschen Strafrechts.
19. Mittermaier. (1816). Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen. Neues Archiv des Kriminalrechts.
20. Ohno, H. (1989). Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre. In Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Hrsg. Thomas Weigend, Hans Joachim Hirsch. Berlin, Duncker & Humblot GmbH.

21. Pürner, S. (2011). Značajni njemački pravnici: Paul Johannes Anselm von Feuerbach I dio. Nova pravna revija: časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, godina 2., vol. 3.
22. Pürner, S. (2012). Značajni njemački pravnici: Paul Johannes Anselm von Feuerbach II dio. Nova pravna revija: časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, godina 3, vol. 4.
23. Schönke, A, Schröder, H. (2010). Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Auflage. München, Verlag C. H. Beck.
24. Šil, O. A. (1939). O pokušaju krivičnog dela u krivičnom pravu i jugoslovenskom krivičnom zakoniku, krivično-pravna studija. Novi Sad, Štamparija "Natošević".
25. Teichmann, A. (1904). Geyer August. Allgemeine Deutsche Biographie, Onlinefassung, http://www.deutsche-biographie.de
26. Zaczyk, R. (1989). Das Unrecht der versuchten Tat. Berlin, Duncker & Humblot.

Amila Ferhatović, PhD
Assistant Professor

THEORIES OF ATTEMPTED CRIMINAL OFFENSE

Summary

In her paper, the author focuses her attention to the issue of legal nature (essence) of attempted criminal offense and grounds for sanctioning it. Attempted criminal offense is an individual stadium in the perpetration of criminal act, along the criminal path, which is located between the preparatory activities and the completed criminal act. It in fact represents an incomplete criminal act because one of the elements, meaning the consequence, is missing. Given that the completed criminal act is a rule, while the attempt could be said to represent more of an exception, the issue that is raised is the one of need, justification, and restrictions in sanctioning the acts that remained in the stage of attempt, since no forbidden repercussions actually ensued. Without any exaggeration, we can claim that there is no field in the science of criminal law in which the opinions of theorists differed more than in the matter of attempt. It is not just the case of different interpretations of a legal phenomenon or different interpretations of certain occurrences, but also the case of significantly different and conflicting understanding of the very nature of attempt. In terms of this issue, two general views, subjective and objective, advocate for two quite different opinions. Besides the general difference that exists between the two views, there is also the difference in understanding between some of the representatives of the same general principle in terms of specifying what they believe to be unquestionable concerning this issue. The fight that has been going

on between them in the science of criminal law for more than a hundred years did not result with an acknowledged victory for neither of the two directions. Efforts were made to resolve the issue by a way of compromise. This led to the creation of a third direction in the matter of attempt. This direction in science is known as the mediation or the subjective-objective school.

Keywords: *attempt, intent, repercussion, danger, objective theories, subjective theories, mixed theories.*

Dr. Jasminka Gradaščević-Sijerčić
Redovna profesorica

UDK: 349.2:061.1EU
Izvorni naučni rad

PRAVNA STEČEVINA EU U OBLASTI RADNIH ODNOSA

Sažetak

Uređenje radnih odnosa u pravnom sistemu EU usmjereno je prije svega na korekciju određenih negativnih učinaka djelovanja unutarnjeg tržišta. Partikularni pristup uređenju radnih odnosa u ovom pravnom sistemu podrazumijeva da su najvažnijih pitanja individualnog, a posebno kolektivnog radnog prava, u nadležnosti država članica. Istovremeno, analiza postojeće pravne stečevine EU pokazuje da u suvremenom smislu riječi za oblast radnih odnosa poseban značaj imaju tri okolnosti: a) koncept socijalno-tržišnog modela privrede, b) socijalni dijalog i c) koncept fleksigurnosti. Ekonomska i socijalna kriza na tlu Evrope u posljednjih desetak godina podcrtala je važnost adekvatne regulative radnih odnosa. Slijedom toga većina država članica EU u posljednjih pet godina provela je reformu radnog zakonodavstva. Okvir reforme radnog zakonodavstva na osnovu standarda i smjernica u pravnom sistemu EU vezan je za: uvjete rada i zapošljavanja, participaciju radnika, zaštitu zdravlja i bezbjednosti na radu te zabranu diskriminacije.

Glavni predmet analiza izvedenih u ovom radu vezan je za načine djelovanja EU u oblasti radnih odnosa. Naime, u okviru pravne stečevine EU u oblasti radnih odnosa osnovni instrumenti vezani su za tri metoda djelovanja: a) pravno uređivanje putem sekundarnog zakonodavstva/direktive (socijalna politika); b) otvorenu metodu koordinacije (politika zapošljavanja) i c) evropski socijalni dijalog (afirmacija evropskih kolektivnih ugovora). Imajući u vidu da poznavanje i razumijevanje različitih metoda djelovanja EU u području radnih odnosa može značajno doprinijeti oblikovanju radnih odnosa u kontekstu ekonomskog razvoja, rješavanja problema nezaposlenosti i drugih socijalnih problema, prikaz metoda djelovanja EU u oblasti radnih odnosa je značajan za radno zakonodavstvo u BiH. Potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, BiH je ušla u fazu obavezne harmonizacije zakonodavstva odnosno efektivnog prijenosa-transpozicije sadržaja pravnih akata acquisa u domaći pravni sistem.

Ključne riječi: *radni odnosi, pravna stečevina EU, sekundarno zakonodavstvo u oblasti radnih odnosa, otvoreni metod koordinacije, evropski socijalni dijalog*

Uvod

Tačno razumijevanje mjesta radnih odnosa u okviru pravne stečevine EU[1] nije samo zadatak koji se postavlja pred radnopravnu znanost. Nemoguće je, naime, kompetentno procijeniti pravne aspekte ove oblasti u sistemu EU, kao što se ne mogu prognozirati ni dugoročne tendencije u njihovom razvoju ako se ne shvate **koncepti, rješenja i tendencije u razvoju radnih odnosa u zakonodavstvima država članica.** Konkretnije, za procjenjivanje i vrednovanje pravne stečevine EU u oblasti radnih odnosa potrebno je poznavati, prije svega, nacionalna radna zakonodavstva država članica.[2] Teorijska i praktična procjena nacionalnih radnih zakonodavstava na osoben način potvrđuje sličnosti koje postoje među radnim zakonodavstvima država članica, ali i razlike[3] koje ukazuju da je nemoguće govoriti o jedinstvenom i općem standardu koji bi karakterizirao oblast radnih odnosa na tlu EU.

Istovremeno, da bi se pravna stečevina ali i budući procesi mogli tačno opisati te implementirati, potrebno je poznavati ulogu koju imaju načela koja služe

---

[1] Pravna stečevina EU (acquis communautaire) je skup prava i obaveza kojih se moraju pridržavati sve države članice. Pravna stečevina obuhvata:
a) sadržaj, načela i političke ciljeve osnivačkih ugovora;
b) zakonodavstvo prihvaćeno na temelju osnivačkih ugovora i presuda Suda EU;
c) deklaracije i rezolucije EU-a;
d) mjere koje se odnose na zajedničku vanjsku i sigurnosnu politiku te na pravosuđe;
e) međunarodne ugovore koje su sklopile Evropske zajednice.
Važnost pravne stečevine dolazi do izražaja i prilikom proširivanja EU jer je moraju prihvatiti sve države kandidatkinje koje će postati punopravne članice.
Vidjeti: http://ec.europa.eu/enlargment

[2] Vidjeti:
– Ch. Barnard, E.U. Employment Law, Oxford University Press, 2006;
– R. Blanpain, European Labour Law, 10 ed., Kluwer 2006;
– Pennings, Frans: Introduction to European Social Security Law, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2003;
– Schoukens, Paul, Introduction to social security co-ordination, v Pieters, D., Schoukens, P. (ur.), European social security law, Institute of Social Law, Leuven, 2004–2005, str. 103–165;
– Green Paper Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century /* COM/2006/0708 final */

[3] Na tlu Evrope moguće je definirati tri dominantne državne tradicije u oblasti radnih odnosa i shodno tome tri modela tržišta radne snage:
a) *pluralistički model* – država je pasivna i slijedi načelo nemiješanja. Državna regulacija radnih odnosa ili društvenog dijaloga se ograničava na jedan jednostavan pravni okvirni sistem, unutar kojeg pojedinci i preduzetništva mogu da sklapaju sporazume. Poslodavci i sindikati su razvili takav sistem veza pregovaranja (društveni dijalog) zasnovan na antagonističkim vrijednostima, posredstvom čega mogu da se sporazumiju u pogledu postupaka. Veze socijalnih partnera karakterizira "distributivno pregovaranje ili dijalog".

kao temelj i pravac za uređivanje radnih odnosa u svakoj državi članici, ali i u okviru pravnog poretka EU. Drugim riječima, načela na kojima počiva model pravnog poretka EU predstavljaju okvir za organsku i funkcionalnu integraciju nacionalnog i nadnacionalnog zakonodavstva i u području radnih odnosa.[4] Osnovi uspostavljenoj na specifičnim pravnim načelima koji osiguravaju djelotvornost pravnog sistema EU, prilagođena je i regulativa u području radnih odnosa. Regulativu EU u području radnih odnosa nužno je posmatrati na najmanje dvije razine.

Prva bi bila vezana za razvoj ovog pravnog područja u kontekstu "logike integracije". Naime, razvoj područja radnih odnosa unutar pravnog poretka EU određen je prije svega činjenicom da ideja ujedinjene Evrope nije bila socijalni nego prvenstveno politički i ekonomski projekt.[5] Zajednički ciljevi

---

Sam proces je igra s rezultatom od nule, gdje pobjeda jedne strane znači poraz druge strane. Struktura saveza poslodavaca i sindikata je usitnjena, centralna koordinacija je neznatna ili čak i ne postoji. Klasičan primjer pluralističkog sistema predstavlja Ujedinjeno Kraljevstvo;

b) *etatistički model* – poslodavci i sindikati su međusobno otuđeni, što znači da je dijalog između poslodavaca i sindikata ograničen i konfliktan. Uzajamno priznavanje je ograničeno i socijalni partneri osporavaju jedno drugome pravo na postojanje, pa u tom smislu odnos poslodavaca i sindikata karakterizira borbena kompeticija. Unutrašnja disciplina i volja za saradnjom podjednako su slabi i u različitim savezima poslodavaca i unutar pojedinih sindikata. Iz ovakve pozicije slijedi da se često može uočiti intervencija države u reguliranje tržišta radne snage. Klasičan primjer etatističkog sistema je Francuska;

c) *neokorporatistički model* – država se upliće u reguliranje tržišta radne snage, ali se to ostvaruje kroz konsultacije ili pregovaranje sa socijalnim partnerima. Brojne forme socijalnog dijaloga ostvaruju i nadziru visoko organizirani i sveobuhvatni savezi poslodavaca i sindikati, vrlo često unutar okvira nacionalnih krovnih organizacija. Adekvatno tome društvene partnerske organizacije su prilično utjecajne i integrativne, zasnovane su na sistemima vrijednosti koji djelimično sadržavaju i preklapanja. Pregovor ili dijalog ima integrativno obilježje, što podrazumijeva da su i poslodavci i zaposleni dobitnici postignutih rezultata. Uloga države nije dominantna, već se javlja kao inicijator pri reguliranju tržišta radne snage. Najbolji primjer neokorporatističke države je Njemačka.

[4] Načela su odraz zahtjeva u pogledu efikasnosti EU koja stoje u međusobnoj čvrstoj uvezanosti s ciljevima integracije. Pravni sistem EU je funkcionalno određen i usmjeren radi stvaranja pravnog okvira za uspostavu, razvoj i efikasno funkcioniranje zajedničkog tržišta na području država članica i ostvarivanje politika EU. Kada pojedina načela i na koji način dolaze do izražaja u primjeni ovisi o zadacima i ciljevima odnosno politika koje treba ostvariti.

[5] U kontekstu uređenja radnih odnosa u pravnom poretku EU oslonom na vremenske periode u procesu integracije i primarne izvore socijalnog acquisa, moguće je izvršiti periodizaciju na šest faza, i to: a) 1957–1974; b) 1974–1986; c) 1987–1992; d) 1993–2000; e) 2000–2009; f) 2009–2020. Jedno od osnovnih područja strategije Evropa 2020, nasljednice Lisabonske strategije je uključiv rast. U novom strateškom planu EU-a

navedeni u osnivačkim ugovorima na osnovu kojih su države članice na Uniju prenijele ili "udružile dijelove svog suvereniteta"[6] bili su vezani prvenstveno ka stvaranju zajedničkog tržišta[7] posebno u kontekstu otklanjanja zapreka slobodnom kretanju radnika kao temeljnom principu i jednoj od četiri velike slobode na tržištu EU.[8] Tek po utemeljenju unutrašnjeg tržišta bez granica, ograničenja i smetnji, krenulo se ka ostvarivanju pretpostavki za njegovo što efikasnije funkcioniranje. Pri tome, u oblastima gdje je evropska integracija imala i socijalnu dimenziju dominiralo je stanovište da se pitanja obavljanja zavisnog rada mogu efikasno riješiti dijalogom između predstavnika rada i kapitala na nivou radne sredine ili najviše na nivou pojedine države. Oblast radnih odnosa pod nazivom radno pravo nije poznata u Rimskim ugovorima,

prvi se put spominje jasan cilj za "socijalni" stup (cilj je da se broj ljudi kojima prijeti siromaštvo smanji za 20 miliona do 2020.) te se obnavlja obaveza u vezi s ambicioznim ciljem na području zapošljavanja (zaposlenost za dobnu skupinu od 20. do 64. godine od 75%). Od sedam vodećih inicijativa koje su izabrane radi postizanja ciljeva strategije Europa 2020, tri se tiču područja zapošljavanja i socijalnih pitanja: a) Program za nove vještine i nova radna mjesta kojem je cilj obnoviti politike fleksibilne sigurnosti kako bi tržište rada bolje funkcioniralo, kako bi se ljudima pomoglo da razviju vještine potrebne za budućnost te kako bi se poboljšala kvaliteta radnih mjesta i radni uvjeti, b) inicijativa Mladi u pokretu koja će doprinijeti boljem obrazovanju i osposobljavanju, te pomoći mladim ljudima da studiraju u inozemstvu i lakše pronađu posao, te inicijativa c) Evropska platforma protiv siromaštva i socijalne isključenosti koja pomaže širenju najboljih praksi i daje na raspolaganje sredstva za poticanje socijalne uključenosti i ona za borbu protiv diskriminacije. Od 2010. glavni ciljevi zapošljavanja i socijalni ciljevi strategije Europa 2020. služili su kao ciljevi za vrednovanje Evropske strategije zapošljavanja.

6 Misita, Nevenko, Osnovi prava Evropske unije, 3. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo 2008, str. 126.

7 Revidirani UEU i UFEU napuštaju izraz "zajedničko" tržište i koriste izraz "unutrašnje tržište".

8 Slobodno kretanje radnika je povezano s nizom pitanja, kao što su sloboda kretanja i boravka tokom zaposlenja u drugoj državi članici, kao i s penzijskim i zdravstvenim osiguranjem, osiguranjem za slučaj nezaposlenosti i pravima na porodična primanja. Prema pravnoj stečevini EU radnik koji se seli u drugu državu članicu ima određena prava koja se sadržajno vezuju za: - pravo na rad bez radne dozvole (osim radnika iz novih država članica koje su obuhvaćene prelaznim periodom); - jednakost postupanja u zapošljavanju kao s državljanima članice u kojoj se rad obavlja; - pravo na jednaku socijalnu sigurnost kakvu imaju i državljani članice u kojoj se radnik zapošljava; - pravo članova porodice da se pridruže radniku i da primaju porodičnu naknadu; - potpuna koordinacija sistema socijalne sigurnosti (pravo na penziju i doprinosi za socijalnu sigurnost); - uzajamno priznavanje kvalifikacija. Prema statističkim podacima više od 18 miliona ljudi koji žive u EU ne žive u zemlji svog porijekla. Oko trećina tih migranata potiče iz država članica, dok ostale dvije trećine dolaze iz zemalja koje nisu članice Evropske unije.

Vidjeti: informacije o slobodi kretanja u EU: http://ec.europa.eu/youreurope

već je supsumirana pod segment socijalne politike. Konkretnije u oblasti radnih odnosa i individualnih (zapošljavanje, uvjeti rada, profesionalnog osposobljavanja, te zaštita zdravlja i bezbjednosti na radu) i kolektivnih participacija (kolektivno pregovaranje), EU je nastojala da doprinese harmonizaciji putem podsticanja saradnje između država članica.

Druga razina sagledavanja radnih odnosa u pravu EU bila bi vezana za poštovanje ljudskih prava i osnovnih sloboda, razvoj i jačanje demokratije i pravne države te unapređenje i održavanje mira, stabilnosti i blagostanja. Samit šefova država u Parizu 1972. godine je naznačio neophodnost potrebe da integracioni procesi dobiju "ljudski lik" kako bi građani osjetili socijalne efekte jer bez toga proces ekonomske integracije mogao bi biti ugrožen. U tom kontekstu od 1974. godine dolazi do intenziviranja procesa harmonizacije radnog zakonodavstva putem sekundarnog zakonodavstva u oblasti sigurnosti zaposlenja i zaštite zdravlja i bezbjednosti na radu čvrsto uvezanog s funkcioniranjem zajedničkog tržišta rada i konkurencijom.

1. Nadležnost EU u oblasti radnih odnosa

Pravni sistem EU je općepriznat u svim državama članicama i predstavlja samostalni, jedinstveni, *sui generis* pravni poredak koji je odvojen od nacionalnih pravnih poredaka država članica. Pravni sistem EU razvija se samostalno i u koegzistenciji s nacionalnim porecima država članica uz međusobno uvjetovanje i isprepletanje oslonom na volje država članica da ograniče pojedine aspekte svoje suverenosti prenošenjem ovlasti na EU, ali na način utvrđen osnivačkim ugovorima.

Granice nadležnosti EU određene su načelom dodjeljivanja odnosno načelom ograničenih ovlasti, dok je izvršavanje nadležnosti oslonjeno na načela supsidijarnosti i proporcionalnosti. Na osnovu načela ograničenih ovlasti (ograničenog mandata) EU djeluje samo u granicama nadležnosti koje su joj države članice dodijelile osnivačkim ugovorima kako bi postigla njima određene ciljeve. Nadležnosti koje nisu dodijeljene EU zadržavaju države članice. Istovremeno, oslonom na načelo supsidijarnosti, u područjima koja nisu u njezinoj isključivoj nadležnosti, EU djeluje samo ako su za to ispunjene izričito određene posebne pretpostavke koje ovlašćuju EU na poduzimanje mjera tj. donošenje odgovarajućih akata. Konkretnije, EU je ovlaštena poduzimati mjere za ostvarivanje ciljeva i zadataka samo ako i ukoliko na nivou države članice se ne mogu na zadovoljavajući način ostvariti ciljevi predloženog djelovanja i ako se učinci predloženog djelovanja na bolji način mogu postići djelovanjem na nivou EU. Institucije EU primjenjuju načelo

supsidijarnosti kako je utvrđeno u Protokolu o primjeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti,[9] a nacionalni parlamenti osiguravaju usklađenost s načelom supsidijarnosti u skladu s postupkom koji je određen u Protokolu. Na temelju načela proporcionalnosti, sadržaj i oblik djelovanja EU ne prelazi ono što je potrebno za ostvarivanje ciljeva Ugovora.[10]

1.1. Uređivanje radnih odnosa u pravnom sistemu EU je fragmentarno i usmjereno je prije svega na korekciju određenih negativnih učinaka djelovanja unutrašnjeg tržišta. Osnovna područja pravne stečevine EU relevantna za radne odnose su: (a) **sloboda kretanja radnika i sloboda pružanja usluga**, (b) **zabrana diskriminacije**, (c) **politika zapošljavanja** i (d) **socijalna politika**. Ova područja pravne stečevine čvrsto su uvezana s temeljnim koncepcijama relevantnim za radne odnose koje se vezuju za: (a) **socijalno-tržišno privređivanje**, (b) **socijalni dijalog** i (c) **fleksigurnost.** Prema odredbi člana 19 Ugovora o funkcioniranju EU[11] Vijeće može u okviru nadležnosti koje su Ugovorima dodijeljene Uniji, odlučujući jednoglasno, u skladu s posebnim zakonodavnim postupkom i uz prethodnu saglasnost Evropskog parlamenta, **poduzeti odgovarajuće radnje radi suzbijanja diskriminacije na temelju spola, rasnog ili etničkog podrijetla, vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili spolne orijentacije.** Evropski parlament i Vijeće odlučujući u skladu s redovnim zakonodavnim postupkom, mogu usvojiti temeljna načela za poticajne mjere Unije, isključujući svako usklađivanje zakona i propisa država članica, da bi poduprlo djelovanje država članica u ostvarivanju ciljeva vezanih za suzbijanje diskriminacije.[12]

1.2. Prema odredbi člana 46. Ugovora o funkcioniranju EU (u daljem tekstu: UFEU) Evropski parlament i Vijeće, odlučujući u skladu s redovnim zakonodavnim postupkom i nakon savjetovanja s Ekonomskim i socijalnim odborom, donosi direktive ili uredbe kojima se određuju mjere potrebne za ostvarivanje slobode kretanja radnika[13] i to posebno:

---

[9] Radi konkretiziranja kriterija za primjenu načela supsidijarnosti, Ugovorom iz Amsterdama dodan je poseban Protokol o primjeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti (Sl. l. EZ, C, 1997, 340, 0105). Time su kriteriji za primjenu načela supsidijarnosti izdignuti na nivo primarnog zakonodavstva (protokoli su integrirani dijelovi Ugovora) što je imalo za posljedicu djelotvornije korištenje načela supsidijarnosti u praksi.

[10] Čl. 5 UEU.

[11] Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, 2010/C 083/01; Dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ:C:2010:083:TOC

[12] Na osnovu ovog člana donijete su direktive 2000/43, 2000/78 i 2004/113.

[13] Prema odredbi člana 45 (bivši član 39. UEZ-a) unutar EU osigurava se sloboda kretanja radnika. Ostvarivanje slobode kretanja radnika je oslonjeno na ukidanje diskriminacije

(a) osiguravanjem bliske saradnje među nacionalnim službama za zapošljavanje;

(b) ukidanjem administrativnih postupaka i praksi te rokova propisanih za pristup slobodnim radnim mjestima, bilo da proizlaze iz nacionalnog zakonodavstva, bilo iz prethodno sklopljenih sporazuma među državama članicama, a čije bi zadržavanje predstavljalo prepreku liberalizaciji kretanja radnika;

(c) ukidanjem svih propisanih rokova i drugih ograničenja predviđenih nacionalnim zakonodavstvom ili prethodno sklopljenim sporazumima među državama članicama, kojima se radnicima iz drugih država članica nameću uvjeti u vezi sa slobodnim izborom zaposlenja, a koji su različiti od uvjeta koji se postavljaju radnicima dotične države;

(d) uspostavom odgovarajućih mehanizama za povezivanje ponuda i molbi za zapošljavanje;

te za lakše postizanje ravnoteže između ponude i potražnje na tržištu rada, na način kojim bi se izbjeglo ozbiljno ugrožavanje životnog standarda i stupnja zaposlenosti u različitim regijama i industrijskim granama.[14]

1.3. Centralno mjesto i okvir za regulativu u oblasti radnih odnosa vezano je za regulativu u članu 153. UFEU. Oslonom na ciljeve vezane za: promicanje zapošljavanja, poboljšanje životnih i radnih uvjeta, odgovarajuću socijalnu zaštitu, socijalni dijalog, razvoj ljudskih potencijala u smislu trajne visoke stope zaposlenosti i borbe protiv isključenosti **Unija podupire i dopunjuje djelatnost država članica u sljedećim područjima:**

(a) poboljšavanju posebno radne okoline radi zaštite zdravlja i sigurnosti radnika;

(b radnim uvjetima;

---

na temelju državljanstva među radnicima iz država članica u vezi sa zapošljavanjem, primanjima iz rada i ostalim uvjetima rada i zapošljavanja. Sloboda kretanja radnika podrazumijeva slijedeća prava:

(a) prihvaćanje stvarno učinjenih ponuda za zaposlenje;

(b) slobodno kretanje unutar državnog područja država članica u tu svrhu;

(c) boravak u državi članici radi zapošljavanja u skladu s odredbama koje uređuju zapošljavanje državljana te države utvrđenih zakonom i ostalim propisima;

(d) ostanak na državnom području države članice nakon prestanka zaposlenja u toj državi, pod uvjetima sadržanima u uredbama koje donosi Komisija.

Sloboda kretanja radnika ne primjenjuju se na zapošljavanje u javnim službama, a ograničenja slobode kretanja vezuju se za razloge javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja.

[14] Na osnovu ove odredbe donesena je Uredba 1612/68 o slobodi kretanja radnika kao i Direktiva 68/360.

(c) socijalnoj sigurnosti i socijalnoj zaštiti radnika;
(d) zaštiti radnika po prestanku njihovog ugovora o radu;
(e) obavještavanju radnika i savjetovanju s njima;
(f) zastupanju i kolektivnoj odbrani interesa radnika i poslodavaca, uključujući suodlučivanje,
(g) uvjetima zapošljavanja za državljane trećih zemalja koji zakonito borave na području Unije;
(h) integriranju osoba isključenih s tržišta rada;
(i) jednakosti muškaraca i žena u pogledu mogućnosti na tržištu rada i postupanja na radnom mjestu;
(j) borbi protiv društvene isključenosti;
(k) modernizaciji sistema socijalne zaštite.

U ovim područjima Evropski parlament i Vijeće mogu:

(1) usvojiti **mjere koje su namijenjene poticanju saradnje** među državama članicama putem inicijativa čiji je cilj poboljšanje znanja, razvijanje razmjene podataka i najboljih praksi, promicanje inovativnih pristupa i vrednovanje iskustava, pri čemu je isključeno bilo kakvo usklađivanje zakona i propisa država članica;
(2) poštujući uvjete i tehnička pravila koja postoje u pojedinim državama članicama u područjima radnih i socijalnih odnosa posredstvom **direktiva usvojiti minimalne uvjete koji se postupno primjenjuju.** Takve direktive neće sadržavati upravna, finansijska ili pravna ograničenja kojima bi se otežavalo osnivanje i razvoj malih i srednjih poduzeća. Evropski parlament i Vijeće odlučuju u skladu s redovnim zakonodavnim postupkom nakon savjetovanja s Ekonomskim i socijalnim odborom i Odborom regija.

U područjima vezanim za socijalnu sigurnost i socijalnu zaštitu radnika, zaštitu radnika po prestanku radnog odnosa, obavještavanju i savjetovanju radnika, participacije, te uvjetima zapošljavanja za državljane trećih zemalja koji zakonito borave na području Unije, Vijeće odlučuje jednoglasno u skladu s posebnim zakonodavnim postupkom i nakon savjetovanja s Evropskim parlamentom i relevantnim odborima.

Posebno je značajno da država članica može povjeriti socijalnim partnerima na njihov zajednički zahtjev provedbu donesenih direktiva ili kad je to potrebno provedbu odluke Vijeća. Država članica u toj situaciji je dužna osigurati da socijalni partneri, najkasnije do dana do kojeg direktiva ili odluka mora biti prenesena ili provedena, dogovorno donesu potrebne mjere, pri čemu dotična

država članica mora poduzeti sve potrebne mjere kako bi mogla u svako doba garantirati postignuće ciljeva određenih tom direktivom ili tom odlukom.

Odredbe člana 153. UFEU ne primjenjuju **se na plaću, pravo na udruživanje, pravo na štrajk ili na pravo uvođenja mjera isključenja s posla.**

Dakle, EU svoje ciljeve ostvaruje odgovarajućim sredstvima, primjerenima nadležnostima koje su joj dodijeljene. Na temelju načela lojalne saradnje i uz puno uzajamno poštovanje, Unija i države članice pri obavljanju zadataka koji proizlaze iz ugovora su u međusobnoj čvrstoj uvezanosti. Države članice poduzimaju sve odgovarajuće mjere, opće ili posebne, kako bi osigurale ispunjavanje obaveza koje proizlaze iz Ugovora ili akata institucija Unije. Države članice olakšavaju ostvarivanje funkcija Unije i suzdržavaju se od svake mjere koja bi mogla ugroziti postizanje ciljeva Unije. Pri tome, osnovni instrumenti ostvarivanja EU pravne stečevine u oblasti radnih odnosa vezuju se za tri metoda djelovanja:

(a) uređivanje putem sekundarnog zakonodavstva,
(b) otvorena metoda koordinacije, te
(c) evropski socijalni dijalog.

2. Sekundarno zakonodavstvo EU u oblasti radnih odnosa

Uobičajeni pristup izvorima pravnog sistema EU vezan je za razlikovanje primarnih i sekundarnih izvora. Primarni izvori su akti država članica imajući u vidu da u njihovom stvaranju i donošenju države članice učestvuju neposredno. Sekundarni izvori prava EU nastaju u njenim institucijama i predstavljaju akte tih institucija, odnosno u njihovom stvaranju države članice ne sudjeluju neposredno. Evropski parlament, djelujući zajedno s Vijećem, te Vijeće i Komisija donose uredbe, direktive, odluke, preporuke i mišljenja. Svaka od navedenih vrsta pravnih akata ima posebne učinke u pravnom poretku EU. Neki od tih učinaka propisani su UFEU dok su se neki razvili kroz praksu Evropskog suda. Tako je odredbom člana 288 UFEU (bivši član 249 Ugovora o Evropskoj zajednici) utvrđeno da radi izvršavanja nadležnosti, institucije EU donose **uredbe, direktive, odluke,**[15] **preporuke i mišljenja.**

[15] Odluka je u cijelosti obavezujuća. Odluka u kojoj je određeno kome je upućena, obavezujuća je samo za date subjekte. Preporuke i mišljenja nemaju obavezujuću snagu.

2.1. Uredbe

U oblasti radnih odnosa u pravu EU nije donijet veliki broj uredbi. Od posebnog značaja je **Uredba 1612/68**[16] odnosno Uredba o slobodi kretanja **2004/38/EC** od 29. aprila 2004. godine.[17] Prava sadržana u slobodi kretanja osoba na prostoru EU mogu se vezati za:

(a) pravo na prihvatanje stvarno ponuđenog zaposlenja koje obuhvata uvjete za zapošljavanje, jednak tretman i

(b) imigraciono pravo, koje obuhvata pravo izlaska, pravo ulaska i pravo boravka i ostanka na teritoriji druge države članice.

2.2. Direktive

Zbog svoje pravne prirode direktive putem minimalnih standarda glavno su sredstvo približavanja radnopravnih sistema država članica. U uređivanju radnih odnosa posebno je vidljiv odnos ekonomske i socijalne dimenzije integracionih procesa u okviru EU, tako da je s obzirom na donesene direktive u području radnih i socijalnih odnosa moguće pratiti i put nastanka socijalne dimenzije/lica EU.

2.2.1. U razdoblju ekonomske integracije (1957–1972) osnovna karakteristika uređenja radnih odnosa u EU je neintervencija, da bi u osamdesetim godinama 20. stoljeća došlo do promjene politike (1971–1980) odnosno do socijalne akcije. Na osnovu Programa socijalne akcije iz 1974. godine donesene su prve direktive o zabrani diskriminacije na osnovu spola, zaštiti na radu, zaštiti radnika u slučaju prijenosa preduzeća, stečaja poslodavca i kolektivnih

[16] Uredba 1612/68 uređuje tri segmenta: uvjete za zapošljavanje, jednak tretman zaposlenih i prava porodica radnika. Svaki građanin države članice ima pravo da, bez obzira na mjesto boravka, prihvati neku aktivnost kao zaposlena osoba, kao i da se bavi tom aktivnosti na teritoriji druge države članice, u skladu sa zakonskim i podzakonskim propisima i administrativnim mjerama koje se odnose na zapošljavanje državljana te države.

[17] Uredbom o slobodi kretanja 2004/38/EC izmijenjena je Uredba 1612/68 te su prestale da važe direktive 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC i 93/96/EEC. Čl. 10–11 Uredbe 1612/68 i navedene direktive prestali su da proizvode dejstvo u roku od dvije godine od dana stupanja na snagu Uredbe 2004/38/EC (član 38). Taj rok je istekao 30. aprila 2006. godine. Sloboda kretanja osoba unutar EU obuhvata: a) pravo prihvatanja stvarno ponuđenog zaposlenja; b) pravo slobodnog kretanja preko teritorija država članica u cilju prihvatanja stvarno ponuđenog zaposlenja; c) pravo boravka u državi članici u cilju zapošljavanja u skladu sa zakonskim i administrativnim propisima kojima su utvrđeni uvjeti za zapošljavanje radnika državljana tih država članica; d) pravo ostanka na području države članice nakon zapošljavanja u toj državi.

otkaza.[18] Slijedi period stagnacije (1980–1986) te period zaokruživanja unutrašnjeg tržišta (1986–1993). U periodu zaokruživanja unutrašnjeg tržišta dolazi do prve bitne reforme Rimskog ugovora donošenjem Jedinstvenog evropskog akta 1986. i Povelje o osnovnim socijalnim pravima radnika 1989.[19] Donose se direktive iz područja zaštite na radu, direktive o dokazu ugovora o radu, trudnicama u radnom odnosu, radnom vremenu, mladim radnicima, a utemeljuje se i evropski socijalni dijalog.[20] Od 1993. godine do danas, u periodu pravne integracije EU, dolazi do jačanja evropskog socijalnog dijaloga te su donesene direktive o evropskim radničkim vijećima, o roditeljskom dopustu, o teretu dokazivanja u području spolne diskriminacije, o radu s nepunim radnim vremenom, o radu na određeno vrijeme. Konkretnije, na osnovu Ugovora iz Amsterdama donesene su direktive vezane za uvjete rada i zapošljavanja, sudjelovanje radnika, zaštitu zdravlja i bezbjednosti na radu, te zabrane diskriminacije[21] a otpočinje i razvoj otvorenog metoda

---

[18] U ovom periodu direktive su donesene na osnovu čl. 100 i čl. 235 Ugovora o Evropskoj zajednici i to: zabrana diskriminacije na osnovu spola; Direktiva 75/117 u odnosu na plaću; Direktiva 76/207 u odnosu na zapošljavanje, obrazovanje, napredovanje i uvjete rada. U oblasti zaštite na radu doneseno je šest direktiva, a u pogledu zaštite prava radnika Direktiva 77/187 o zaštiti prava radnika u slučaju prijenosa preduzeća te Direktiva 80/987 o zaštiti prava radnika u slučaju stečaja poslodavca.

[19] Značajan doprinos razvoju radnih i socijalnih odnosa dao je Jacques Delors koji je predsjedavao Evropskom komisijom u periodu 1985–1995. Jacques Delors uvodi pojam "evropski socijalni prostor" apostrofirajući da stvaranje velikog ekonomskog prostora oslonjenog na tržišna načela i poslovanje nije zamislivo bez harmoniziranja socijalnog prava.

[20] U području zaštite na radu donesena je Okvirna direktiva 89/391 o zaštiti na radu, Direktiva 91/383/EEZ o dopuni mjere za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu radnika na određeno vrijeme ili privremeni radni odnos, zatim Direktiva 92/85/EEZ o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu trudnih radnica i radnica koje su nedavno rodile djecu; o trudnim radnicama, Direktiva 93/104 o radnom vremenu, Direktiva 94/33 o mladim radnicima, te oko 10 direktiva koje uređuju specijalizirana područja zaštite na radu i Direktiva 91/533 o dokazu radnog odnosa/ugovora o radu.

[21] Donesene su slijedeće direktive:
Direktiva 94/95 o evropskim radničkim vijećima (informiranje i konsultiranje); Direktiva 96/34 o roditeljskom dopustu na osnovu sporazuma socijalnih partnera; Direktiva 96/71 o detaširanim/izaslanim radnicima; Direktiva 97/80 o teretu dokazivanja u području spolne diskriminacije; Direktiva Vijeća 97/81/EC u vezi s Okvirnim sporazumom o radu s nepunim radnim vremenom koji su sklopili UNICE, CEEP i ETUC; Direktiva Vijeća 1999/70/EC u vezi s Okvirnim sporazumom o radu na određeno vrijeme koji su sklopili ETUC, UNICE i CEEP; Direktiva Vijeća 98/59/EC o usklađivanju zakona država članica koji se odnose na kolektivni višak zaposlenih; Direktiva 2000/78/EZ o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja; Direktiva Vijeća 2001/23/EZ o približavanju prava država članica u vezi sa zaštitom radnika u slučaju prijenosa preduzeća; Direktiva Vijeća 2001/86/EZ o dopuni statuta evropskog

koordinacije kao novog oblika intervencije EU u područje radnih odnosa. Od Ugovora iz Lisabona, Povelja EU o temeljnim pravima iz 2000. godine ima istu snagu kao i ugovori.[22] Povelja temeljnih prava reafirmira, poštujući nadležnost Unije i princip supsidijarnosti, prava koja proističu iz: ustavnih tradicija i međunarodnih obaveza koje su zajedničke za države članice te Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Poveljom se ne proširuje područje primjene prava Unije mimo njenih ovlasti niti se uspostavlja nova ovlast i funkcija Unije, odnosno ne mijenjaju se oblasti utvrđene UEU i UFEU.[23] Povelja uključuje građanska, politička i socijalna prava, sistematizirana na slijedeća prava, slobode i principe: (a) **dostojanstvo** (ljudsko dostojanstvo; pravo na život; pravo na osobni integritet; zabrana mučenja i nehumanog i ponižavajućeg tretmana ili kažnjavanja; zabrana ropstva i prinudnog rada); (b) **slobode** (prava na slobodu i bezbjednost;

---

društva u pogledu sudjelovanja radnika u određenim aspektima organizacije radnog vremena; Direktiva 2002/14/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća kojom se uspostavlja opći okvir za savjetovanje s radnicima i njihovo informiranje; Direktiva 2002/73/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća kojom se mijenja i dopunjuje Direktiva Vijeća 76/207/EZ o primjeni načela ravnopravnosti muškaraca i žena s obzirom na mogućnost zapošljavanja, stručnog osposobljavanja i napredovanja, te radne uvjete; Direktiva Vijeća 2003/72/EZ koja mijenja i dopunjuje statut za evropsku zadrugu s obzirom na sudjelovanje radnika u upravljanju; Direktiva 2003/88/EC Evropskog parlamenta i Vijeća od 4. novembra 2003. o određenim aspektima organizacije radnog vremena; Direktiva 2006/54/EZ o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanju zapošljavanja i obavljanja zanimanja; Direktiva 2008/104/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća o radu putem agencija za privremeno zapošljavanje; Direktiva Vijeća 2009/38/EZ o uspostavi Evropskog radničkog vijeća ili uvođenja postupka informiranja i savjetovanja s radnicima kod poslodavca ili povezanih poslodavaca na području Zajednice (preinačena); Direktiva Vijeća 2010/18/EU kojom se implementira Okvirni sporazum o roditeljskom dopustu.
Vidjeti: http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=707&langId=en

[22] Prema članu 6. UEU Unija priznaje prava, slobode i načela određena Poveljom EU o temeljnim pravima od 7. 12. 2000., kako je prilagođena u Strasbourgu 12. 12. 2007., koja ima istu pravnu snagu kao Ugovori. Odredbama Povelje ni na koji se način ne proširuju nadležnosti Unije kako su utvrđene u Ugovorima. Prava, slobode i načela Povelje tumače se u skladu s općim odredbama glave VII. Povelje kojima se uređuje njezino tumačenje i primjena, uzimajući u obzir objašnjenja iz Povelje kojima se određuju izvori tih odredaba. Uz to temeljna prava, kako su zajamčena Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda čine opća načela prava Unije.

[23] Vidjeti: Izjava o Povelji EU o temeljnim pravima priložena završnom aktu međunarodne konferencije na kojoj je usvojen Lisabonski ugovor – 13. 12. 2007. godine. Povelju EU o temeljnim pravima svečano su proglasili Evropski parlament, Vijeće i Komisija u Nici 2000. godine. Nakon unesenih izmjena, ponovno je proglašena 2007. godine. Proglašenje Povelje nije imalo za posljedicu njenu pravnu obaveznost, a procjenjivalo se da će usvajanje Nacrta Ustava za Evropu 2004. godine dati Povelji obavezujuću snagu. Zbog neuspjelog postupka ratifikacije Ustava EU, Povelja je sve do Ugovora iz Lisabona bila samo deklaracija o pravima. Povelja je postala pravno obavezujuća od decembra 2009.

poštovanje privatnog i porodičnog života; zaštita osobnih podataka; pravo na brak i na zasnivanje porodice; sloboda mišljenja, savjesti i religije; sloboda izražavanja i informiranja; sloboda okupljanja i udruživanja; sloboda umjetnosti i nauke; pravo na obrazovanje; sloboda izbora zanimanja i pravo na zaposlenje; pravo na poslovne aktivnosti; pravo na imovinu; pravo na azil; zaštita u slučajevima preseljavanja, protjerivanja ili ekstradicije; (c) **jednakost** (jednakost pred zakonom; zabrana diskriminacije; raznolikost kultura, religija i jezika; jednakost spolova; prava djeteta; prava starih osoba; integriranje hendikepiranih osoba); (d) **solidarnost** (prava radnika na informiranost i konsultiranje u radnoj sredini; pravo kolektivnog ugovaranja i djelovanja; pravo na usluge traženja zaposlenja; zaštita u slučaju neopravdanog otkaza; pravedni i pošteni uvjeti rada; zabrana dječijeg rada i zaštita mladih na radu; porodični i profesionalni život; socijalno osiguranje i socijalna pomoć; zdravstvena zaštita; pristup servisima od općeg ekonomskog interesa; zaštita životne sredine; zaštita potrošača); (e) **građanska prava** (pravo glasa i pravo kandidiranja na izborima za Evropski parlament; pravo glasa i pravo kandidiranja na općinskim izborima; pravo na dobru administraciju; pravo pristupa dokumentima; ombudsman; pravo na peticiju; sloboda kretanja i nastanjivanja; diplomatska i konzularna zaštita); (f) **pravda** (pravo na efikasan pravni lijek i na pravično suđenje; pretpostavka nevinosti i pravo na odbranu; principi zakonitosti i proporcionalnosti krivičnih djela i kazne). U sedmom poglavlju pod nazivom Opće odredbe povelja regulira: oblast primjene, oblast garantiranih prava, nivo zaštite i zabrane zloupotrebe prava.

2.2.2. Pravna stečevina EU u oblasti radnih odnosa putem direktiva **utvrđuje minimalne standarde** vezane za **uvjete rada i zapošljavanja** (sadržaj ugovora o radu,[24] radni odnos na određeno vrijeme,[25] radni odnos s nepunim radnim vremenom,[26] rad putem agencija za privremeno zapošljavanje,[27] sigurnost i

[24] Council Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship, OJ L 288, 18. 10. 1991, str. 32.

[25] Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP, OJ L 175, 10.7.1999, str. 43.

[26] Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997 concerning the Framework Agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC – Annex: Framework agreement on part-time work, OJ L 14, 20. 1. 1998, str. 9; Council Directive 98/23/EC of 7 April 1998 on the extension of Directive 97/81/EC on the framework agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, OJ L 131, 5. 5. 1998, str. 10.

[27] Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, OJ L 327, 5. 12. 2008, str. 9.

zdravlje na radu radnika u atipičnim oblicima radnog odnosa,[28] zaštita mladih osoba na radu,[29] radno vrijeme,[30] sektorsko radno vrijeme,[31] upućivanje radnika,[32] stečaj poslodavca,[33] prijenos preduzeća[34]) te sudjelovanja radnika u kontekstu odlučivanja o pravima i obavezama na radu i/ili u vezi s radom (okvir za informiranje i savjetovanje radnika,[35] masovno otpuštanje radnika,[36]

---

[28] Council Directive 91/383/EEC of 25 June 1991 supplementing the measures to encourage improvements in the safety and health at work of workers with a fixed-duration employment relationship or a temporary employment relationship, OJ L 206, 29. 7. 1991, str. 19.

[29] Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work, OJ L 216, 20. 8. 1994, str. 12.

[30] Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time, OJ L 299, 18. 11. 2003, str. 9.

[31] – Council Directive 2000/79/EC of 27 November 2000 concerning the European Agreement on the Organisation of Working Time of Mobile Workers in Civil Aviation concluded by the Association of European Airlines (AEA), the European Transport Workers' Federation (ETF), the European Cockpit Association (ECA), the European Regions Airline Association (ERA) and the International Air Carrier Association (IACA) (Text with EEA relevance), OJ L 302, 1. 12. 2000, str. 57.
– Council Directive 2005/47/EC of 18 July 2005 on the Agreement between the Community of European Railways (CER) and the European Transport Workers' Federation (ETF) on certain aspects of the working conditions of mobile workers engaged in interoperable cross-border services in the railway sector, OJ L 195, 27. 7. 2005, str. 15.
– Council Directive 1999/63/EC of 21 June 1999 concerning the Agreement on the organisation of working time of seafarers concluded by the European Community Shipowners' Association (ECSA) and the Federation of Transport Workers' Unions in the European Union (FST) - Annex: European Agreement on the organisation of working time of seafarers, OJ L 167, 2. 7. 1999, str. 33.
– Directive 2002/15/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 on the organisation of the working time of persons performing mobile road transport activities, OJ L 80, 23. 3. 2002, str. 35.

[32] Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, OJ L 18, 21. 1. 1997, str. 1.

[33] Directive 2008/94/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 on the protection of employees in the event of the insolvency of their employer (Codified version) (Text with EEA relevance), OJ L 283, 28. 10. 2008, str. 36.

[34] Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses, OJ L 82, 22. 3. 2001, str. 16.

[35] Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community, OJ L 80, 23. 3. 2002, str. 29–34.

[36] Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the

prijenosa poduzeća,[37] evropska radnička vijeća,[38] evropski statut društva[39], evropska zadruga,[40] prekogranična spajanja[41]).

U daljem dijelu rada analizirane su dvije direktive: a) Direktiva Vijeća 91/533/EEC od 14. oktobra 1991. o obavezi poslodavca da obavijesti zaposlenike o uvjetima koji se primjenjuju na ugovor ili radni odnos i b) Direktiva Vijeća 98/59/EZ od 20. jula 1998. o usklađivanju zakonodavstava država članica u odnosu na kolektivno otkazivanje kroz naznake: obaveza država članica, područja primjene, obaveza poslodavaca i zaštite radnika.

a) Direktiva Vijeća 91/533/EEC o obavezi poslodavca da obavijesti radnike o uvjetima koji se primjenjuju na ugovor o radu ili radni odnos

Polazeći od tačke 9. Povelje Zajednice o temeljnim socijalnim pravima radnika iz 1989. godine koja utvrđuje da se "uvjeti zapošljavanja svakog radnika EZ određuju zakonima, kolektivnim ugovorom ili ugovorom o radu, u skladu s rješenjima koja se primjenjuju u svakoj državi", u uvodnom dijelu **Direktive Vijeća 91/533/EEC**[42] naznačeno je da su novi oblici rada u državama članicama doveli do povećanog broja vrsta radnog odnosa, da razlike u pravnim propisima država članica u pogledu forme pravnog osnova za zasnivanje radnog odnosa mogu imati direktan učinak na funkcioniranje zajedničkog tržišta, te da se u cilju osiguranja poboljšane zaštite radnika

Member States relating to collective redundancies, OJ L 225, 12. 8. 1998, str. 16.

[37] Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses, OJ L 82, 22. 3. 2001, str. 16.

[38] Directive 2009/38/EC of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community-scale groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees (Recast) (Text with EEA relevance), OJ L 122, 16. 5. 2009, str. 28.

[39] Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees, OJ L 294, 10. 11. 2001, str. 22.

[40] Council Directive 2003/72/EC of 22 July 2003 supplementing the Statute for a European Cooperative Society with regard to the involvement of employees, OJ L 207, 18. 8. 2003, str. 25.

[41] Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies, Official Journal of the European Union, L 310, 25 November 2005.

[42] Directive 91/533/EEC, OJ L 288 of 18. 10. 1991. str. 32.

od mogućih kršenja njihovih prava donosi ova direktiva koja na razini EU uspostavlja obavezu poslodavca da obavijesti radnike u pisanom obliku o uvjetima zapošljavanja.[43] Direktiva ne dovodi u pitanje nacionalno pravo i/ili praksu koji se odnose na: oblik ugovora o radu ili radnog odnosa; dokaz u odnosu na postojanje i sadržaj ugovora o radu ili radnog odnosa te odgovarajuća pravila postupka[44] ili pravo država članica da primjenjuju ili donose zakone i druge propise koji su povoljniji za radnike, ili da potiču ili omogućuju primjenu ugovora koji su povoljniji za radnike.[45]

Obaveze država članica: Države članice bile su obavezne da donose zakone i druge propise potrebne za usklađivanje s ovom direktivom najkasnije do 30. juna 1993. godine ili da osiguravaju da do tog datuma socijalni partneri sporazumno uvedu zahtijevane mjere. Države članice su obavezne poduzeti sve potrebne mjere koje im omogućuju da u svakom trenutku mogu jamčiti rezultate zadane ovom direktivom te o poduzetim mjerama obavještavaju Komisiju.

Područje primjene: Direktiva 91/533/EEC primjenjuje se na svakog pojedinca koji ima ugovor o radu ili radni odnos zasnovan prema pozitivnim propisima u državi članici i/ili na koji se primjenjuju pozitivni propisi u državi članici. Državama članicama data je mogućnost derogacije primjene direktive u odnosu na radnike koji imaju ugovor o radu ili radni odnos: a) čije ukupno trajanje ne prelazi jedan mjesec, i/ili čije sedmično radno vrijeme ne prelazi osam sati ili b) koji je povremene i/ili specifične prirode, ako je, u tim slučajevima, njezino neprimjenjivanje opravdano objektivnim razlozima.

Obaveze poslodavca: Poslodavac je obavezan obavijestiti radnika na kojeg se primjenjuje direktiva o bitnim elementima njegovog radnopravnog statusa. Obavijest treba da sadrži slijedeće podatke: a) identitet stranaka, b) mjesto rada, c) naziv radnog mjesta, stepen ili priroda rada, opis posla, d) datum početka rada, e) period na koji je zaključen radni odnos (ugovor o radu), f) trajanje plaćenog godišnjeg odmora, g) trajanje otkaznog roka, h) zarada, i) dužina radnog dana ili radne nedjelje, j) segmente kolektivnog ugovora koji obavezuje poslodavca. Podaci vezani za: trajanje plaćenog godišnjeg odmora; trajanje otkaznog roka; zaradu i dužinu radnog dana ili radne nedjelje mogu

[43] Komisija provjerava da li su direktive EU-a prenesene u nacionalno zakonodavstvo te putem sistemskog praćenja osigurava ispravnu provedbu utvrđenih zahtjeva. Ako Komisija smatra da država članica nije ispravno prenijela direktivu u nacionalno zakonodavstvo, može odlučiti pokrenuti postupak zbog povrede propisa. Na taj se način osigurava da su u okviru nacionalnog zakonodavstva dostupna sva prava utvrđena direktivama.

[44] Čl. 6. Direktive 91/533.

[45] Čl. 7. Direktive 91/533.

se dati i u obliku upućivanja na zakone i druge propise ili kolektivne ugovore kojima se uređuju ta pitanja. Obavijest o uvjetima rada odnosno radnopravnom statusu može se dati radniku najkasnije dva mjeseca nakon početka rada, u obliku: pisanog ugovora o radu; i/ili potvrde o zapošljavanju; i/ili jedne ili više drugih isprava, od kojih barem jedna obavezno sadrži sve podatke vezane za identitet poslodavca i radnika, radno mjesto, trajanje radnog odnosa, mjesto rada, zaradu i radno vrijeme. Direktiva uređuje i dodatne podatke vezane za radnike koji se upućuju na rad u inozemstvo.[46]Ako se od radnika zahtijeva da radi u zemlji ili više zemalja izvan države članice čiji zakoni i/ili praksa uređuju ugovor o radu ili radni odnos, radnik mora posjedovati ispravu (isprave) koja obavezno sadrži (sadrže) najmanje sljedeće dodatne podatke: a) trajanje rada u inozemstvu, b) valuta u kojoj će se isplaćivati zarada od rada, c) ako je potrebno, novčane i nenovčane naknade koje su povezane s boravkom u inozemstvu, d) prema potrebi, uvjeti koji uređuju povratak radnika u zemlju. Međutim ako trajanje rada izvan zemlje ne prelazi jedan mjesec dodatni podaci nisu obaveza. Nadalje, svaka promjena podataka vezanih za radnopravni status odnosno uvjete rada mora biti predmet izdavanja pisane isprave radniku od strane poslodavca najkasnije mjesec dana od kada je dotična promjena počela proizvoditi učinke. Međutim, ukoliko su uvjeti rada utvrđeni pozivanjem na zakon, druge propise ili kolektivne ugovore, u slučaju njihove promjene poslodavac nema naznačenu obavezu.[47]

Zaštita prava: U kontekstu zaštite prava Direktiva nalaže državama članicama uvođenje mjera koje omogućuju svim radnicima, koji se smatraju oštećenim zbog neispunjavanja obaveza koje proizlaze iz Direktive, ostvarivanje svojih zahtjeva sudskim putem, nakon eventualnog obraćanja drugim nadležnim tijelima. Pri tome, Direktiva omogućava da sudska zaštita bude uvjetovana internom zaštitom sa izuzetkom radnika upućenih u inostranstvo.[48]

b) Direktiva Vijeća 98/59/EZ o usklađivanju zakonodavstava država članica u odnosu na kolektivno otkazivanje

Direktiva Vijeća 98/59/EZ je konsolidirana verzija Direktive 75/129/EEC o usklađivanju zakonodavstava država članica u odnosu na kolektivno otkazivanje i Direktive 92/56/EEC.

U uvodu ove direktive naznačeno je da ostvarenje unutarnjeg tržišta mora voditi do poboljšanja životnih i radnih uvjeta radnika, a to poboljšanje

[46] Čl. 4 Direktive 91/533.

[47] Čl. 5 Direktive 91/533.

[48] Čl. 8 Direktive 91/533.

mora obuhvatiti, ako je to potrebno, razvijanje određenih aspekata radnog zakonodavstva, kao što su postupci pri kolektivnom otkazivanju, te da je od velikog značaja da informiranje, savjetovanje i sudjelovanje radnika bude pravovremeno i u postupku pri kolektivnom otkazivanju. U tom kontekstu cilj ove direktive je usklađivanje propisa država članica kako bi se osiguralo da radnici budu bolje zaštićeni u slučaju kolektivnog otpuštanja. Direktiva daje definiciju "kolektivno otkazivanje" na način da se radi o otkazivanju koje provodi poslodavac iz jednog ili više razloga koji se ne odnose na osobu radnika, na način utvrđen nacionalnim zakonodavstvom, a da broj viška radnika iznosi:

(a) **u periodu od 30 dana**: (1) najmanje 10 u pogonima koji inače zapošljavaju više od 20, a manje od 100 radnika; (2) najmanje 10% od broja radnika u pogonima koji inače zapošljavaju najmanje 100, ali manje od 300 radnika; (3) najmanje 30 u pogonima koji inače zapošljavaju 300 ili više radnika. Za utvrđivanje broja viška radnika u ovom periodu prestanak ugovora o radu na inicijativu poslodavca izjednačuje se s kolektivnim otkazivanjem, pod uvjetom da postoji najmanje pet otkaza;

(b) **u razdoblju od 90 dana**, najmanje 20, bez obzira na broj zaposlenih radnika u određenom pogonu.

Direktiva se ne primjenjuje na: a) kolektivno otkazivanje radnicima zaposlenim na osnovu ugovora o radu na određeno vrijeme ili za određene zadaće, osim kada takvi otkazi uslijede prije dana isteka ili izvršenja takvih ugovora; b) radnike zaposlene u tijelima javne uprave ili u poslovnim nastanima uređenim javnim pravom; c) posade pomorskih brodova.

Dakle, Direktiva 98/59 pod kolektivnim otkazivanjem podrazumijeva otkazivanje na inicijativu poslodavca u odgovarajućem vremenskom periodu i za određeni minimalni broj zaposlenih obuhvaćenih kolektivnim otkazivanjem.

Obaveze država članica: Države članice dostavljaju Komisiji tekst svih temeljnih odredaba nacionalnog prava koje su donesene ili se donose u području koje uređuje ova direktiva.[49]

Obaveze poslodavca: Kada poslodavac ima namjeru provesti kolektivno otkazivanje, ima obavezu informiranja i savjetovanja/konsultiranja s predstavnicima radnika s ciljem postizanja sporazuma.[50] Savjetovanje obavezno obuhvaća načine i sredstva za izbjegavanje kolektivnog otkazivanja ili smanjenje njihovog broja, te ublažavanje posljedica traženjem

[49] Čl. 7. Direktive 98/59/EZ.

[50] Čl. 2. Direktive 98/59/EZ.

rješenja u popratnim socijalnim mjerama koje imaju za cilj, među ostalim, olakšati premještaj na drugo radno mjesto ili prekvalifikaciju radnika koji su postali viškom. Države članice mogu omogućiti da predstavnici radnika imaju mogućnost zatražiti usluge stručnjaka u skladu s nacionalnim zakonodavstvom i/ili praksom. Da bi se predstavnicima radnika omogućilo djelotvorno sudjelovanje prilikom konsultacija, poslodavci su obavezni dostaviti sve potrebne podatke, te pisanim putem dati obavijest o: razlozima planiranog kolektivnog otkazivanja, broju i kategoriji radnika kojima se otkazuje; broju i kategoriji radnika koji su inače u radnom odnosu; razdoblju kroz koje će se provesti planirano kolektivno otkazivanje, predloženim kriterijima za odabir radnika kojima se otkazuje kao višku u onoj mjeri u kojoj nacionalno zakonodavstvo i/ili praksa daju za to ovlast poslodavcu, načinu obračuna svih isplata naknada otpuštenim radnicima osim onih koje proizlaze iz nacionalnog zakonodavstva i/ili prakse.

Postupak kolektivnog otkazivanja:[51] Poslodavci informiraju pisanim putem nadležno tijelo javne vlasti o svakom planiranom kolektivnom otkazivanju. Međutim, države članice mogu predvidjeti da je poslodavac, u slučaju planiranog kolektivnog otkazivanja zbog prestanka djelatnosti na temelju sudske odluke, obavezan pisano obavijestiti nadležno tijelo javne vlasti samo po njegovom zahtjevu. Ovo priopćenje sadrži sve relevantne podatke vezane za predviđeno kolektivno otkazivanje i savjetovanje s predstavnicima radnika, a posebno razloge za kolektivno otkazivanje, broj radnika kojima se otkazuje, broj radnika koji su inače u radnom odnosu, te razdoblje u kojem će se provesti kolektivno otkazivanje. Poslodavci predstavnicima radnika upućuju primjerak priopćenja, a predstavnici radnika mogu nadležnom tijelu javne vlasti uputiti svoje moguće primjedbe. Poslodavac ne može pribjeći planiranom kolektivnom otkazivanju prije isteka toka od 30 dana po dostavljanju izvještaja javnoj vlasti, ali državama članicama je ostavljena mogućnost da skrate period od 30 dana. Period od 30 dana prije kolektivnog otkazivanja ima za cilj da nadležnoj javnoj vlasti omogući traganje za rješenjem problema koji nastaju zbog kolektivnog otkazivanja. Direktiva dopušta da država članica ovlasti nadležnu javnu vlast i da produži rok za početak kolektivnog otkazivanja na period od 60 dana po dostavljanju izvještaja poslodavca, te u tom slučaju o razlozima za produžavanje roka dužna je da obavijesti poslodavca (čl. 4).

Dakle, Direktiva 98/59 utvrđuje standarde postupka kolektivnog otkazivanja koji podrazumijevaju participaciju i predstavnika zaposlenih i javne vlasti.

[51] Čl. 3. Direktive 98/59/EZ.

3. Otvoreni metod koordinacije

Otvoreni metod koordinacije (engl. Open Method of Coordination – u daljem tekstu: OMK) je način djelovanja u situacijama "malih" odnosno ograničenih ovlasti EU oslonjen na dobrovoljnu saradnju između država članica.[52] Ovaj instrument djelovanja predstavlja okvir za razmjenu politika, mjera i dobrih praksi i primjenjuje se u oblastima socijalne politike, javnog zdravlja, obrazovanja, tj. u onim oblastima u kojima nadležnost imaju države članice. S obzirom na dominaciju nacionalnih zakonodavstava u oblasti radnih odnosa, **OMK je utvrđen kao mehanizam za provođenje usvojenih strategija jer se vezuje za usvajanje najboljih praksi i postizanje većeg stepena približavanja država članica u ostvarivanju ciljeva EU**. OMK je primarna tehnika uređivanja odnosa u području socijalnog prava.

Naime, tokom Barossova mandata Evropska komisija je poseban značaj dala pravno neobvezujućim konzultacijskim mehanizmima tako da je broj zakonodavnih prijedloga ostao isti unatoč povećanju složenosti i strukture EU. Evropska komisija je prepoznala prednosti mekog prava (*soft law)* kao fleksibilnijeg instrumenta u odnosu na klasičnu zakonodavnu metodu, imajući u vidu da se radi o pitanjima u kojima države članice nisu spremne odreći se isključive nacionalne nadležnosti. Meko pravo je posebno značajno na **području zapošljavanja i socijalne politike.** Prema članu 148. UFEU, Evropsko vijeće svake godine razmatra stanje u području zapošljavanja u Uniji i o tom pitanju usvaja zaključke na temelju zajedničkog godišnjeg izvještaja Vijeća i Komisije. Na temelju zaključaka Evropskog vijeća, Vijeće svake godine, na prijedlog Komisije i nakon savjetovanja s Evropskim parlamentom, Ekonomskim i socijalnim odborom, Odborom regija i Odborom za zapošljavanje utvrđuje **smjernice koje države članice uzimaju u obzir u svojim politikama zapošljavanja**. Te smjernice moraju biti u skladu s općim smjernicama.[53] Svaka država članica dostavlja Vijeću i Komisiji

[52] Otvorena metoda koordinacije nije izričito spomenuta u osnivačkim ugovorima, ali odredba UFEU-a o općim smjernicama za zapošljavanje kao i odredba o koordinaciji ekonomskih politika država članica, može se tumačiti kao osnova za postojanje instrumenta mekog prava poput otvorene metode koordinacije.

[53] Na osnovu čl. 121. st. 1 i 2. UFEU države članice smatraju svoje ekonomske politike pitanjem od zajedničkog interesa i koordiniraju ih u okviru Vijeća u skladu s odredbama člana 120. UFEU. Vijeće, na preporuku Komisije, oblikuje nacrt općih smjernica ekonomskih politika država članica i Unije te o svojim nalazima izvještava Evropsko vijeće. Na osnovu izvještaja Vijeća, Evropsko vijeće raspravlja o zaključku o općim smjernicama ekonomskih politika država članica i Unije. Na temelju tog zaključka, Vijeće donosi preporuku kojom se određuju te opće smjernice. Vijeće o svojoj preporuci obavještava Evropski parlament.

godišnji izvještaj o najvažnijim mjerama koje je poduzela u provedbi svoje politike zapošljavanja u svjetlu smjernica za zapošljavanje. Vijeće svake godine na temelju izvještaja i stavova Odbora za zapošljavanje provodi ispitivanje provedbe politika zapošljavanja država članica u svjetlu smjernica za zapošljavanje. Vijeće može, na preporuku Komisije, uputiti državama članicama **preporuke** ako to smatra primjerenim s obzirom na rezultate tog ispitivanja. Na osnovu rezultata Vijeće i Komisija sastavljaju zajednički godišnji izvještaj za Evropsko vijeće o stanju u području zapošljavanja u Uniji i o provedbi smjernica za zapošljavanje.

3.1. Punu afirmaciju kao implementacijsko sredstvo OMK je doživio na Lisabonskom samitu održanom u martu 2000. godine.[54] Koncept OMK vezuje se za slijedeće karakteristike:

- utvrđivanje smjernica za Uniju, u kombinaciji sa specifičnim vremenskim rasporedima za postizanje ciljeva na kratkoročnom, srednjoročnom i dugoročnom osnovu;
- ustanovljavanje, tamo gdje je to podesno, kvantitativnih i kvalitativnih indikatora i standarda, prilagođenih potrebama različitih država članica i sektora;
- prevođenje utvrđenih evropskih smjernica u nacionalne i regionalne politike, postavljanjem specifičnih zadataka;
- periodično praćenje, evaluaciju i pregled od strane kolega (*peer review*), organiziranih kao procesi uzajamnog učenja.[55]

OMK se određuje kao "ciklična procedura standardiziranja, koja vrši koordinaciju nacionalnih politika, obezbjeđivanjem smjernica i procjene na evropskom nivou".[56] Temeljna karakteristika OMK je da usvajanje politika

[54] Evropska unija je 2000. godine u Lisabonu usvojila strategiju razvoja poznatu kao Lisabonska strategija sa strateškim ciljevima da EU do 2010. godine postane najkonkurentnija i najdinamičnija privreda na svijetu, zasnovana na znanju, sposobna da ostvari održivi ekonomski rast s većim brojem i kvalitetnijim radnim mjestima i jačom socijalnom kohezijom. Vidjeti: European Council, Presidency conclusions, Lisbon, 23–24 March, 2000, dostupno na: http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm. Detaljne informacije o cijelom Lisabonskom procesu na: http://ec.europa.eu/archives/growthandjobs_2009; Claudio Radaelli, The Open Method of Coordination – a New Governance Architecture for the European Union, Swedish Institute for European Policy Studies, Stockholm, 2003, str. 14.

[55] Lisbon European Council, Lisbon European Council of 23 and 24 March 2000, Presidency Conclusions, 2000, Avilable from: www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm (Accessed 4 January 2007).

[56] Stijn Smismans, "How to be Fundamental with Soft Procedures? The Open Method of Coordination and Fundamental Social Rights", in: Grainne de Burca and Bruno de Witte (eds.), Social Rights in Europe, Oxford University Press, Oxford, 2005, str. 217.

i izbora ostaje na nacionalnom nivou, uz postizanje dogovora o zajedničkim ciljevima i indikatorima postizanja tih ciljeva, na komunitarnom nivou. U drugoj polovini 2010. godine, EU je usvojila deset integriranih smjernica koje treba da obezbijede realizaciju pet strateških ciljeva do 2020. godine.[57] Kao i u drugoj fazi Lisabonske strategije, Integrirane smjernice objedinjuju Opće smjernice ekonomskih politika država članica (engl. *Broad Economic Policy Guidelines*) i Smjernice za zapošljavanje (engl. *Employment guidelines*). Prvih šest smjernica odnosi se na probleme ekonomske politike, a četiri na politiku zapošljavanja. Konkretnije deset integriranih smjernica strategije Evropa 2020 vezuju se za: (1) obezbjeđivanje kvaliteta i održivosti javnih finansija; (2) rješavanje makroekonomskih debalansa; (3) smanjivanje debalansa disproporcija u eurozoni; (4) optimiziranje podrške za istraživanje, razvoj i inovacije, jačanje trougla znanja i oslobađanje potencijala digitalne ekonomije; (5) poboljšanje efikasnosti resursa i smanjenja emisije gasova staklene bašte; (6) poboljšanje poslovnog i potrošačkog okruženja i modernizacija industrijske baze; (7) povećanje participacije – učešća na tržištu rada i smanjenje strukturne nezaposlenosti – (usljed raskoraka između ponude i potražnje); (8)

[57] Neostvareni strateški ciljevi EU postavljeni 2000. godine /Lisabonska strategija/ odražavali su glavne izazove s kojima se suočavaju kako EU u cjelini tako i njene članice, pa je još 2008. godine na nivou EU počeo proces stvaranja novog strateškog okvira za razvoj u periodu od 2010. do 2020. godine. Proces je rezultirao dokumentom Evropske komisije "Evropa 2020: strategija za pametni, održivi i inkluzivni rast". Evropsko vijeće je postiglo dogovor o novoj strategiji 25. i 26. marta, a odluka je službeno usvojena na Evropskom samitu 17. juna 2010. godine. Strategija EU Evropa 2020 predstavlja viziju kako obezbijediti nova i sigurna radna mjesta i bolji život za građane. U kontekstu kratkoročnih ciljeva strategija treba da obezbijedi uspješan izlazak iz aktuelne ekonomske i finansijske krize i istovremeno da obezbijedi održivu budućnost s više posla i boljim uvjetima života. Polazne osnove u izradi Strategije bile su: plan izlaska iz ekonomske krize; suočavanje s globalnim izazovima; kontinuitet u provođenju – nastavak Lisabonske strategije; jača finansijska podrška; bolja koordinacija s ostalim politikama EU; bolja podjela rada između institucija EU i država članica; novi mehanizmi za provođenje; jači instrumenti evropskog ekonomskog upravljanja i jačanje konkurentnosti na evropskom nivou. Pet glavnih ciljeva strategije Evropa 2020 vezani su za:
a) podizanje stope zaposlenosti populacije starosti od 20. do 64. godine sa 69% na 75% kroz veće učešće mladih ljudi, starijih radnika i nekvalificiranih radnika i bolju integraciju legalnih migranata; b) povećanje procenta BDP koji se izdvaja za istraživanje i razvoj s 1,9 na 3%; c) ostvarivanje "20/20/20" klimatsko-energetski cilj – 20% smanjenja emisije gasova koji izazivaju efekat staklene bašte u odnosu na 1990. godinu, (ili čak za 30% ako dozvole uslovi), 20% povećanje udjela obnovljivih izvora energije u finalnoj potrošnji i za 20% povećanje energetske efikasnosti; d) smanjenje stope ranog napuštanja škole na ispod 10% s trenutnih 15%, uz istovremeno povećanje procenta stanovništva s diplomom visokoškolske ustanove s 31% na 40%; e) smanjenje broja osoba koje žive ispod linije siromaštva za 25%, što predstavlja izlazak preko 20 miliona ljudi iz siromaštva.

razvijanje kvalificirane radne snage odgovarajući na potrebe tržišta rada, unapređenje kvaliteta posla i cjeloživotno učenje; (9) poboljšanje performansi sistema obrazovanja i obuke na svim nivoima i povećanje učešća u visokom obrazovanju; 10) promoviranje socijalne inkluzije i borba protiv siromaštva.

Pri tome, fokus strategije Evropa 2012 je na borbi protiv siromaštva.

3.2. Otvoreni metod koordinacije u oblasti zapošljavanja "služi, u velikoj mjeri, kao referentna tačka za razvoj ovog metoda u ostalim sektorima".[58] Države članice i Unija rade na razvoju usklađene strategije zapošljavanja, a posebno na promoviranju kvalificirane, obrazovane i prilagodljive radne snage na tržištu rada koja se može prilagoditi ekonomskim promjenama u svrhu ostvarenja ciljeva EU. Sve države članice u okviru svoje ekonomske i socijalne politike odnosno politike tržišta rada slijede određene oblike politike zapošljavanja.[59] Države članice svojim politikama zapošljavanja doprinose ostvarivanju ciljeva vezanih za povećanje nivoa zaposlenosti na način koji je u skladu s općim smjernicama ekonomskih politika država članica i Unije. Predstavljajući osnov Evropske strategije zapošljavanja, OMK je strukturiran posredstvom godišnjeg izdavanja smjernica za zapošljavanje. Procedura primjene OMK u oblasti zapošljavanja započinje obavezom Komisije da koncipira opće ideje o najboljem strateškom pristupu problemu nezaposlenosti. Prije koncipiranja godišnjih smjernica Komisija generira ideje u saradnji s Vijećem, državama-članicama i relevantnim socijalnim partnerima. Nakon toga, države članice "uzimaju u obzir" smjernice, prilikom kreiranja nacionalnih politika zapošljavanja, a imaju obavezu da sačine i nacionalne akcione planove o mjerama preduzetim u svrhu primjene ove politike. Na osnovu akcionih planova država članica, Komisija i Vijeće pripremaju zajednički izvještaj. Analiza izvještaja i inicijativa Komisije predstavlja osnov za formuliranje novih smjernica, kao što i Vijeće može donijeti preporuke za države članice u sferi zapošljavanja.[60]

---

[58] Borras Susana, Jacobsson Kerstin, The Open Method of Coordination and New Governance Patterns in the EU, Journal of European Public Policy, vol. 11, br. 2, str. 185–208; Daguerre Anne and Larsen Pernille Trine, The EU Employment Strategy (EES) and the Open Method of Coordination (OMC), University of Kent, Canterbury, 2003.

[59] Do stupanja na snagu Ugovora iz Amsterdama, instrumenti politike zapošljavanja vezivali su se za mjere u oblasti: regionalne, strukturne i kohezione politike (čl. 158–162 UEZ); socijalne politike (čl. 149–150 UEZ) te obrazovne i politike vezane za mlade. Vidjeti: Zajednički izvještaj o zapošljavanju Komisije i Vijeća za 2000, Brisel, 19. 12. 2000; Odluka o smjernicama koje se odnose na mjere politike zapošljavanja država članica u 2001. (COM(2001)63).
internet: http.//europa.eu.int/comm/dgs/employment_social

[60] Čl. 148–150 UFEU.

Prednosti primjene OMK u oblasti zapošljavanja vezuju se za povećanje stepena konvergencije nacionalnih politika zapošljavanja. U državama članicama opažena je zajednička preorijentacija nacionalnih politika zapošljavanja ka preventivnim pristupima i aktivnim mjerama na tržištima rada, jednakom tretmanu spolova, cjeloživotnom učenju, boljoj usklađenosti politika zapošljavanja s mjerama u oblasti obrazovanja i obuke i sl. Povećanje zaposlenosti u narednoj deceniji planirano je preko većeg uključivanja žena, mladih, starijih radnika i migranata u radnu snagu. Konkretni koraci koji treba da doprinesu ovom cilju definirani su kroz inicijativu Evropske komisije "Agenda za nove vještine i poslove: evropski doprinos punoj zaposlenosti".[61] Od ove inicijative očekuje se da uspostavi mehanizme za modernizaciju tržišta rada širom Evrope. Prvi cilj "Agende za nove vještine i poslove" jeste bolje funkcioniranje tržišta rada unapređenjem politika fleksigurnosti (engl. flexicurity), odnosno uspostavljanjem novog balansa između fleksibilnosti radnog zakonodavstva i garantiranja sigurnosti radnicima. Drugi cilj ove inicijative je povećanje vještina i znanja radne snage, da bi se ona uspješno prilagođavala novim tehnologijama i bržoj dinamici radnog okruženja. Ovaj cilj je usko povezan s reformom obrazovne politike i njenom boljom povezanošću sa zahtjevima tržišta rada. Istovremeno povezan je s predviđanjem budućih potreba tržišta rada i provođenjem aktivnih mjera koje imaju za cilj što djelotvorniji kontakt između poslodavca i osoba koje traže zaposlenje. Povećanje mobilnosti radne snage unutar EU i oslanjanje na imigraciju iz trećih zemalja su također prepoznati kao ciljevi koji mogu unaprijediti efikasnost evropskih tržišta rada i dovesti do boljeg odnosa ponude i potražnje za radnom snagom. Kao treći cilj identificirano je unapređenje kvaliteta poslova i uvjeta rada. Unapređenje uvjeta rada posebno je značajno zbog korelacije između zdravlja i radnog tijela te sistema socijalnog obezbjeđenja. Uloga Evropske komisije u implementaciji "Agende za nove vještine i poslove" vezana je za nadgledanje i praćenje napretka država članica po zadatim ciljevima, kao i da facilitira razmjenu iskustava između institucija država članica koje učestvuju u kreiranju i implementaciji politike zapošljavanja (npr. nacionalnih službi za zapošljavanje). Evropska komisija je takođe preuzela na sebe izradu okvirnih strateških i zakonskih dokumenata koji će unaprijediti fleksigurnost i mobilnost radne snage na nivou Unije, kao i jačanje kapaciteta socijalnih partnera da koriste instrument socijalnog dijaloga za unapređenje efikasnosti tržišta rada. Komisija se obavezala i na praćenje i predviđanje potreba za radnom snagom na nivou Unije. Uloga država članica jeste da izrade sopstvene planove i ciljeve kojima će doprinijeti ukupnom cilju Evrope

[61] Vidjeti: Commission Communication An Agenda for new skills and jobs: A European contribution towards full employment (COM(2010)682).

2020 da se zaposlenost na nivou Unije poveća do barem 75% stanovništva između 20. i 64. godine starosti. Od država članica se očekuje da optimiziraju nacionalne politike fleksigurnosti i revidiraju politike oporezivanja zarada, te da ujedno jačaju socijalne partnere kroz promoviranje djelotvornog socijalnog dijaloga, te da unaprijede integraciju formalnog i neformalnog obrazovanja s tržištem rada. Uspješna implementacija "Agende za nove vještine i poslove" zahtijeva kombiniranje instrumenata za provođenje javnih politika na svim nivoima vlasti, a za očekivati je i da će druge inicijative u okviru strategije Evropa 2020 direktno i indirektno doprinijeti rastu zaposlenosti u Uniji.

4. Evropski socijalni dijalog

Okvir socijalnog dijaloga u EU je u međusobno čvrstoj uvezanosti s konceptom socijalno-tržišne privrede jer u svakoj drugoj tržišnoj privredi, socijalni dijalog je stvar volje, znanja i opredjeljenja države i/ili poslodavaca ili izuzetno rezultat pritiska snažnog sindikata. U socijalno-tržišnoj privredi socijalni dijalog podrazumijeva socijalno odgovorne predstavnike kapitala, socijalno odgovornu državu i socijalno odgovorne sindikate, ali i politički odgovorno civilno društvo. Dijalog sa socijalnim partnerima jedan je od stupova evropskog socijalnog modela,[62] iako su sloboda udruživanja i autonomija pregovora o plaćama još uvijek u nadležnosti država članica.[63] Stupanjem na snagu

[62] Osnovni argument postojanja "evropskog socijalnog identiteta" – evropskog socijalnog modela prisutan je u shvatanju da uprkos značajnim razlikama između pojedinih država, evropski pristup u odnosu na pristupe u drugim regijama svijeta ima i mnogobrojne zajedničke elemente. Upravo suma zajedničkih elemenata opredjeljuje okvire "evropskog socijalnog modela".
Vidjeti: Revidirana strategija socijalne kohezije, Vijeće Evrope, Prvi dio: tač. 5.

[63] Konsultacije između socijalnih partnera započele su sredinom 60-ih godina u okviru konsultativnih odbora, Stalnog odbora za zapošljavanje i tripartitne konferencije o ekonomskim i socijalnim temama. Uvođenje bipartitnog socijalnog dijaloga 1985. godine koji je podstican od strane Jacquesa Delorsa, u to vrijeme predsjednika komiteta, socijalni dijalog na nivou EU pretvoren je u pravi evropski pregovarački forum. Proces razvoja socijalnog dijaloga prošao je kroz tri faze: (1) 1985–1991. u ovom prvom periodu, aktivnosti bipartitnog socijalnog dijaloga su se završavale usvajanjem rezolucija, deklaracija i zajedničkih mišljenja koja nisu obavezujuća;
(2) 1992–1999. druga faza je otpočela 31. oktobra 1991. godine potpisivanjem sporazuma između socijalnih partnera, koji je kasnije uključen u Protokol o socijalnim politikama i priložen u aneksu Ugovora iz Maastrichta. Zahvaljujući Aneksu Ugovora iz Maastrichta, sporazumi o kojima pregovaraju evropski socijalni partneri mogu biti obavezujući kroz odluke Vijeća. Godine 1997. Sporazum iz 1991. uključen je u Amsterdamski ugovor. (3) 1999–2005. treća faza je otpočela decembra 2001. godine zajedničkim zalaganjem evropskih socijalnih partnera na evropskom Savjetu u Laekenu. U skladu sa Sporazumom iz 1991. godine karakteristika ove završne faze je veća nezavisnost i

Ugovora iz Lisabona, novim članom 152. UFEU naznačeno je da Unija prepoznaje i promiče ulogu socijalnih partnera na svojoj razini,[64] uzimajući u obzir raznolikost nacionalnih sistema odnosno da Unija olakšava dijalog među socijalnim partnerima poštujući njihovu autonomiju. Članom 153. UFEU državama članicama daje se mogućnost da socijalnim partnerima povjere provedbu odluke Vijeća o ratifikaciji kolektivnog ugovora potpisanog na evropskoj razini. Pri tome, socijalni dijalog u kontekstu evropskog socijalnog modela oslonjen je na dva stupa:

- **socijalni**: struktura za uravnoteživanje različitih socijalnih interesa (socijalni stup) i
- **politički/sektorski**: zajedničko rješavanje sektorskih izazova.

Pravnu osnovu socijalnog dijaloga u EU utvrđuju članovi 154. i 155. UFEU. Prema čl. 154. UFEU Evropska komisija ima zadatak da promovira savjetovanje među socijalnim partnerima na razini Unije, te da poduzima odgovarajuće mjere za olakšavanje njihovog dijaloga. Ako socijalni partneri to žele, njihov **dijalog na razini Unije može dovesti do uspostave ugovornih odnosa, uključujući sklapanje sporazuma**. Prije podnošenja prijedloga u području

autonomija za ostvarivanje socijalnog dijaloga. Na sastanku u Genvalu 22. novembra 2002. godine, socijalni partneri su usvojili svoj prvi višegodišnji radni program za period 2003–2005. Novi pristup rezultirao je zaključivanjem tri značajna okvirna sporazuma: o radu na daljinu (2002), o stresu na radnom mjestu (2004) i o kontroli zlostavljanja na radnom mjestu (2007). Zaključen je i okvir mjera za cjeloživotno učenje i kvalifikacije (2002) i okvir aktivnosti za rodnu ravnopravnost (2005). U martu 2006. godine socijalni partneri su usvojili svoj drugi višegodišnji radni program za period 2006–2008, koji obavezuje učesnike da djeluju u većem dijelu oblasti uključujući: pregovaranje o dobrovoljnom okvirnom sporazumu o uznemiravanju i nasilju na radnom mjestu, usvojen u aprilu 2007. godine; zajedničke mjere za upravljanje promjenama; jačanje socijalnog dijaloga u zemljama novim članicama EU; monitoring/praćenje postojećih sporazuma.
Vidjeti *online* izvore i baze podataka:
http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catld/European Sectoral Social Dialogue
ETUC: http://www.etuc.org/r/59
ETUI: http://www.worker participation.eu/EU Social Dialogue
MOR: http://www.ilo.org/public/english/diialogue/index.htm

[64] Socijalni partneri na razini EU su:
– ETUC: Evropska konfederacija sindikata, osnovana 1973. godine, okuplja 82 nacionalne sindikalne konfederacije iz 36 zemalja i 12 Evropskih industrijskih federacija, s ukupno oko 60 miliona članova;
– Businesseurope: UNICE – Union of Industrialists and Employers Confederation of Europe – Unija industrijalaca i poslodavaca u privatnom sektoru s mnogo nezavisnih granskih poslodavačkih udruženja; CEEP – European Center for public enterprise of general economic interest (okuplja javni sektor); UEAPME – European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprise (okuplja mala i srednja preduzeća).

socijalne politike, Komisija se konsultira sa socijalnim partnerima o mogućem smjeru djelovanja Unije. Ako nakon konsultiranja Komisija smatra da je preporučljivo djelovanje Unije, tada se sa socijalnim partnerima konsultira o sadržaju predviđenog prijedloga. Dakle, radi se o dvije faze konsultacija: a) **o mogućem smjeru akcije EU** i o b) **sadržaju akcije**. Socijalni partneri dostavljaju Komisiji svoje mišljenje ili, ako je primjereno, preporuku. Tokom konsultacija, socijalni partneri mogu obavijestiti Komisiju o želji da pokrenu postupak predviđen članom 155. UFEU tj. da žele uspostaviti ugovorne odnose. Taj proces ne smije trajati duže od devet mjeseci, osim ako ga socijalni partneri i Komisija ne produže. Socijalni partneri mogu i samostalno pregovarati i zahtijevati da njihovi dogovori dobiju formu zakonodavnih tekstova. Neosporno, socijalni dijalog je ključni instrument svake ekonomske i socijalne reforme odnosno pokretač evropske socijalne politike. Evropski socijalni dijalog postoji kao bipartitni na **međusektorskoj i sektorskoj razini** te kao tripartitni.[65] Bipartitni dijalog se može ostvariti savjetovanjem pod pokroviteljstvom Evropske komisije ili kao autonomni pregovarački proces. Na međusektorskoj razini, glavno tijelo je Odbor za socijalni dijalog[66] koji

[65] Sektorski socijalni dijalog doveo je do tri evropska sporazuma: o organizaciji radnog vremena za pomorce (1998), o organizaciji radnog vremena mobilnih radnika u civilnom zrakoplovstvu (2000) i o određenim vidovima radnih uvjeta mobilnih radnika upućenih u interoperabilne prekogranične službe u željezničkom sektoru (2005). Ti sporazumi provedeni su odlukom Vijeća. "Sporazum o zaštiti zdravlja radnika pravilnim rukovanjem i uporabom kristalnog silicijevog dioksida i proizvoda koji ga sadržavaju" potpisan u aprilu 2006. bio je prvi višesektorski rezultat pregovora evropskih socijalnih partnera. Sporazum o radu na daljinu zaključen 2002. prvi put je proveden u skladu s postupcima i praksama specifičnima za socijalne partnere i države članice. Sa socijalnim partnerima također su zaključeni "autonomni sporazumi" o stresu povezanom s radom te o evropskoj dozvoli za vozače koji izvršavaju prekogranične interoperabilne usluge (2004), kao i o uznemiravanju i nasilju na radnom mjestu (travanj 2007.) te o uključivim tržištima rada (mart 2010). U maju 2008. predstavnici poslodavaca i radnika u sektoru pomorskog prometa potpisali su sporazum o standardima rada u tom sektoru, s ciljem primjene određenih odredbi Konvencije o radu pomoraca koju je 2006. donio MOR, a zatim je na zahtjev Evropska komisija u julu 2008. predložila Vijeću donošenje direktive kojom se provodi taj sporazum. Nakon što su socijalni partneri godinama pozivali Komisiju da predloži reviziju Direktive 2000/54/EZ o zaštiti radnika od rizika zbog izloženosti biološkim agensima pri radu, s ciljem zaštite zdravstvenih radnika od infekcija koje se prenose krvlju uslijed ozljeda izazvanih ubodom igle, odlučili su pokrenuti pregovore koji su rezultirali potpisivanjem Okvirnog sporazuma o prevenciji ozljeda od oštrih predmeta u bolnicama i zdravstvenom sektoru 17. jula 2009. od strane HOSPEEM-a (Evropske udruge poslodavaca u bolnicama i zdravstvenoj skrbi) i EPSU-a (Evropske federacije sindikata javnih službi). Direktiva Vijeća o njegovoj provedbi donesena je u martu 2010.

[66] Odbor za socijalni dijalog osnovan je 1992. godine kao glavni forum za dvostrani socijalni dijalog na evropskoj razini. Jedinstvenim evropskim aktom stvorena je pravna osnova za razvoj "socijalnog dijaloga na razini Zajednice". U oktobru 1991. UNICE, ETUC i CEEP donijeli su zajednički sporazum kojim se traži uvođenje obaveznog savjetovanja

se sastaje tri puta godišnje. Čine ga 32 predstavnika svake od dvije strane evropskih socijalnih partnera, a njegovim radom predsjedava Evropska komisija. Radnike predstavlja Evropska konfederacija sindikata (ETUC), dok poslodavce predstavljaju tri različite evropske udruge: Konfederacija evropske poslovne zajednice (BUSINESSEUROPE, ranije UNICE), Evropska centrala poduzeća s javnim sudjelovanjem i poduzeća od općeg gospodarskog interesa (CEEP) i Evropska udruga obrta, malog i srednjeg poduzetništva (UEAPME). Najvažnija funkcija evropskog socijalnog dijaloga jest utvrđivanje sporazuma socijalnih partnera. Kada se Komisija s njima savjetuje, socijalni partneri mogu jednostavno objaviti zajedničko mišljenje o zakonodavnom prijedlogu Komisije koje će potom biti raspravljeno, izmijenjeno i dopunjeno te će o njemu glasati Vijeće i Evropski parlament. Alternativno, mogu također stupiti u međusobne pregovore koji mogu dovesti do sporazuma socijalnih partnera. Taj sporazum moguće je provesti na dva načina. Socijalni partneri mogu od Komisije tražiti da ga provede kao **direktivu**, i na taj način, po prihvaćanju od strane Vijeća, sporazum postaje pravno obavezujući u skladu s pravnom prirodom direktiva. S druge strane, socijalni partneri mogu odlučiti sami provesti sporazum, i u tom slučaju odgovornost je na nacionalnim socijalnim partnerima da osiguraju provođenje odredbi sporazuma u svim državama članicama EU "u skladu s postupcima i praksom socijalnih partnera i država članica" (član 155 UFEU). Konkretni oblici provedbe mogu varirati od države do države. Pored toga, socijalni partneri i na međusektorskoj i na sektorskoj razini mogu u svakom trenutku odlučiti pokrenuti vlastite autonomne pregovore radi postizanja sporazuma o pitanjima politika od zajedničkog interesa. Evropski socijalni partneri mogu izraditi i usvojiti različite vrste zajedničkih tekstova i programa rada koji služe kao temelj za rad Evropskih sektorskih vijeća za socijalni dijalog. Oni se uglavnom tiču prioriteta i smjernica politika, strategija i akcijskih planova, usmjerenih prema evropskim institucijama ili obavezuju same socijalne partnere. Mogu takođe sudjelovati u transnacionalnim projektima kao što su zajedničke publikacije, seminari, konferencije i projekti izgradnje kapaciteta socijalnih partnera u novim državama članicama, ili pratiti provedbu potpisanih sporazuma na nacionalnoj razini.

sa socijalnim partnerima pri pripremi zakonodavstva u području socijalnih pitanja te mogućnosti da socijalni partneri pregovaraju o okvirnim sporazumima na razini Zajednice. Ovaj je zahtjev priznat u Sporazumu priloženom Protokolu iz Maastrichta o socijalnoj politici, koji su potpisale sve države članice osim Ujedinjenog Kraljevstva. Time je i na nacionalnoj razini socijalnim partnerima dana mogućnost provedbe direktiva kolektivnim ugovorima.

Zaključna razmatranja

1. U regulaciji područja radnih odnosa države članice EU zadržavaju prioritetno nadležnost. Naime, u području radnog prava EU ima prenesenu i ograničenu nadležnost. Nadalje, radno pravo EU ide ruku pod ruku s unutarnjim tržištem. Slobodno kretanje robe, usluga, kapitala i radnika potrebno je podržati propisima radnog prava kako bi se osiguralo pravedno tržišno natjecanje između poslodavaca i država zasnovano na kvaliteti, a ne na smanjenju standarda radnog prava. Ciljevi regulative u području radnih odnosa utvrđeni su primarnim pravom, a oslonjeni su na: podsticanje zaposlenosti, poboljšanje uvjeta života i rada, odgovarajuću socijalnu zaštitu, dijalog između socijalnih partnera, razvoj ljudskih potencijala te borbu protiv socijalne isključenosti. Ovu pravnu regulaciju karakterizira partikularnost, te su određena i individualna, a posebno kolektivna prava na radu i/ili u vezi s radom ostala van nadležnosti tijela EU.

2. Temeljna područja pravne stečevine EU relevantna za radne odnose su: a) sloboda kretanja radnika i sloboda pružanja usluga, b) zabrana diskriminacije, c) politika zapošljavanja i d) socijalna politika. Centralno mjesto i okvir za regulativu u oblasti radnih odnosa vezano je za rješenja u članu 153. UFEU. U tom kontekstu, EU podupire i dopunjuje djelatnost država članica u sljedećim područjima: (a) poboljšavanju posebno radne okoline radi zaštite zdravlja i sigurnosti radnika; (b) radnim uvjetima; (c) socijalnoj sigurnosti i socijalnoj zaštiti radnika; (d) zaštiti radnika po prestanku njihovog ugovora o radu; (e) obavještavanju radnika i savjetovanju s njima; (f) zastupanju i kolektivnoj odbrani interesa radnika i poslodavaca, uključujući suodlučivanje, (g) uvjetima zapošljavanja za državljane trećih zemalja koji zakonito borave na području Unije; (h) integriranju osoba isključenih s tržišta rada; (i) jednakosti muškaraca i žena u pogledu mogućnosti na tržištu rada i postupanja na radnom mjestu; (j) borbi protiv društvene isključenosti; (k) modernizaciji sistema socijalne zaštite.

3. Instrumenti ostvarivanja pravne stečevine EU u oblasti radnih odnosa vezuju se za tri metoda djelovanja: a) uređivanje putem sekundarnog zakonodavstva, b) otvorena metoda koordinacije i c) evropski socijalni dijalog.

3.1. Putem **direktiva** u oblasti radnih odnosa EU utvrđuje minimalne standarde vezane za: **uvjete rada i zapošljavanja** (sadržaj ugovora o radu, radni odnos na određeno vrijeme, radni odnos s nepunim radnim vremenom, rad putem agencija za privremeno zapošljavanje, sigurnost i zdravlje na radu radnika u atipičnim oblicima radnog odnosa; zaštitu mladih osoba na radu, radno vrijeme, sektorsko radno vrijeme, upućivanje radnika, stečaj poslodavca,

prijenos preduzeća, te **sudjelovanje radnika u kontekstu odlučivanj**a o pravima i obavezama na radu i/ili u vezi s radom (okvir za informiranje i savjetovanje radnika, masovno otpuštanje radnika, prijenos poduzeća, evropska radnička vijeća, evropski statut društva, evropska zadruga, prekogranična spajanja).

3.2. Otvoreni metod koordinacije u oblasti zapošljavanja javlja se u pravilu kao referentna tačka za razvoj ovog metoda u svim ostalim sektorima. Sve države članice u okviru svoje ekonomske i socijalne politike odnosno politike tržišta rada slijede određene oblike politike zapošljavanja. Predstavljajući osnov Evropske strategije zapošljavanja, OMK je strukturiran posredstvom godišnjeg izdavanja smjernica za zapošljavanje. Države članice uzimaju u obzir smjernice prilikom kreiranja nacionalnih politika zapošljavanja, a imaju obavezu da sačine i nacionalne akcione planove o mjerama preduzetim u svrhu primjene ove politike. Prednosti primjene OMK u oblasti zapošljavanja vezuju se za povećanje stepena konvergencije nacionalnih politika zapošljavanja.

3.3. Socijalni dijalog je u čvrstoj međusobnoj vezi s evropskim socijalnim modelom, odnosno predstavnici kapitala/poslodavca i rada na osnovu socijalnog dijaloga aktivno doprinose razvoju evropske socijalne politike. Pravnu osnovu socijalnog dijaloga u EU utvrđuju članovi 154 i 155 UFEU. Prema čl. 154 UFEU Evropska komisija ima zadatak da promovira savjetovanje među socijalnim partnerima na razini Unije, te da poduzima odgovarajuće mjere za olakšavanje njihovog dijaloga. Ako socijalni partneri to žele, njihov dijalog na razini Unije može dovesti do uspostave ugovornih odnosa, uključujući sklapanje sporazuma. Socijalni dijalog u uvjetima ekonomske krize na razini EU dobija na važnosti a posebno u ostvarivanju ciljeva zapošljavanja.

Jasminka Gradaščević-Sijerčić, PhD
Full Professor

THE EU LEGAL ACQUIS IN THE FIELD OF LABOUR RELATIONS

Summary

Regulation of labour relations in the EU legal system is primarily targeted at correcting certain negative effects produced by the activities in internal market. Particular approach to regulation of labour relations in this legal system stipulates that the most important issues of individual, and especially collective labour law, are under the competence of member states. At the same time, the analysis of the existing EU legal acquis shows that in the modern sense of the word, three circumstances hold special significance for the field of labour relations: a) the concept of social market economy model, b) social dialogue, and c) the concept of flexicurity. Economic and social crises in the territory of Europe in the past ten years have underlined the importance of proper labour law regulations. Consequently, most of the EU member states have carried out the reform of their labour legislation in the past five years. Based on standards and directives in the EU legal system, the framework of labour legislation reform is related to: conditions of labour and employment, participation of workers, protection of health and safety at work, and prohibition of discrimination.

The main subject to analyses carried out in this paper is related to the EU's modus operandi in the field of labour relations. Namely, in the framework of EU legal acquis in the field of labour relations, the basic instruments are tied to three methods of activities: a) legal regulation through secondary legislation/directives (social policy); b) open method of coordination (employment policy) and c) European social dialogue (affirmation of European collective bargaining agreements). Having in mind that the knowledge and understanding of the EU's different methods of action in the field of labour relations can provide an important contribution to the forming of labour relations in the context of economic development, resolving of unemployment issue and other social issues, the review of the EU's methods of action in the field of labour relations is significant for the labour legislation in BiH. By signing the Stabilisation and Association Agreement, BiH has entered a stage of mandatory harmonisation of its legislation, meaning an effective transposition of the content of legal acquis into the domestic legal system.

Keywords: *labour relations, EU acquis communautaire, secondary legislation in the field of labour relations, open coordination method, European social dialogue*

Dr. Edin Halapić
Docent

UDK: 347.991
Izvorni naučni rad

VRHOVNI SUD BOSNE I HERCEGOVINE

(Primjer Sjedinjenih Američkih Država i drugih država u svijetu)

Dio I*

Sažetak

Rad pod naslovom "Vrhovni sud Bosne i Hercegovine" bavi se pitanjem sudske organizacije kao i činjenicom nepostojanja vrhovnog suda Bosne i Hercegovine. Ovo pitanje veoma je značajno, a naročito kada se govori o formiranju suda koji bi trebao osigurati pravnu jednakost, bolju zaštitu ljudskih prava i jačanje države. Mislimo da je pitanje formiranja vrhovnog suda dovoljno sazrelo, te da je potrebno pronaći odgovarajući model. U pitanju je onaj model koji bi odgovarao pravno-političkim prilikama i pravnoj tradiciji Bosne i Hercegovine. U radu se iznosi primjer Sjedinjenih Američkih Država i drugih država u svijetu. Početak rada obuhvata kratki prikaz sudske organizacije u Bosni i Hercegovini. Nastavak istraživanja sadrži primjer sudske organizacije Sjedinjenih Američkih Država odnosno Vrhovnog suda. Završni dio rada sadrži rezultate istraživanja koji su obuhvatili šezdeset dvije države, a odnosi se na sudsku organizaciju u skladu s ustavom. Cilj istraživanja je da se ukaže na one države koje u svom ustrojstvu posjeduju vrhovni sud, ali i na potrebu formiranja vrhovnog suda Bosne i Hercegovine. Ovo je moguće samo ukoliko se pristupi ustavnim reformama na državnom nivou.

Ključne riječi: *Bosna i Hercegovina, vrhovni sud, Sjedinjene Američke Države, Ustav, sudska organizacija, sudski sistem.*

---

* Povod za pisanje ovog rada predstavlja istraživanje nastalo tokom izrade doktorske disertacije odbranjene na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu 19. septembra 2011. godine. Prvi dio rada obuhvata istraživanje sudskog sistema Bosne i Hercegovine i šezdeset dvije države. Istraživanje u ovom dijelu rada završeno je s kraljevinama koje danas postoje u svijetu. Nastavak istraživanja (dijelovi II i III) ostavljen je za naredni period s obzirom na to da je u pitanju istraživanje koje obuhvata preko stotinu i devedeset država u svijetu.

Uvod

Pitanje sudske organizacije vlasti predstavlja značajno pitanje za svaku državu. Međutim, kada se govori o Bosni i Hercegovini onda se može konstatovati da je u pitanju vrlo specifičan položaj sudske vlasti. Potpisivanjem Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini (poznatiji kao Dejtonski sporazum) zaustavljena je agresija na Bosnu i Hercegovinu. Ovaj sporazum sastoji se od preambule, jedanaest članova i posebnih sporazuma koji su označeni kao aneksi.[1] Posebnu pažnju treba posvetiti Aneksu 4 koji sadrži Ustav Bosne i Hercegovine. Spomenutim aneksom nije implementirana apsolutna ideja podjele vlasti (izvršna, zakonodavna i sudska). Pitanje sudske grane vlasti obuhvata nekoliko značajnih elemenata, počevši od njene uloge, pa do uspješne primjene pravila vladavine prava. Kada se govori o Bosni i Hercegovini, onda se suočavamo s nizom faktora koji u velikoj mjeri sputavaju pravilno funkcionisanje sudske vlasti. Jedan od faktora je da Bosna i Hercegovina još uvijek ima status države u tranziciji, da je u pitanju složena država kao i činjenica da nastoji osigurati članstvo u Evropskoj uniji. Pristup evropskom prostoru odnosno jedinstvenom ekonomsko-pravnom okruženju povlači niz značajnih pitanja. Jedno od njih je pitanje uređenja svih nivoa vlasti, a naročito sudske. U tom smislu, može se govoriti o ustavnim reformama koje bi trebale osigurati znatno bolje funkcionisanje države. Ove reforme moraju osigurati bolju organizaciju sudske vlasti, ali i formiranje novih kategorija sudova. Nezavisna sudska vlast, uvažavajući osnovna i ustavna načela, treba osigurati vladavinu prava, što je ujedno i dokaz o uspješnosti kako države tako i sudske vlasti.

1. Organizacija sudske vlasti u Bosni i Hercegovini

A) Sudski sistem Bosne i Hercegovine

Kao što je ranije spomenuto, Bosna i Hercegovina (u nastavku teksta BiH) je potpisivanjem Općeg okvirnog sporazuma za mir dobila i Ustav (poznat i kao Dejtonski ustav). U pitanju je ustav koji nije donijet u redovnoj proceduri. U slučaju Bosne i Hercegovine, Ustav predstavlja sastavni dio međunarodnog sporazuma, što je dovelo do toga da je Bosna i Hercegovina ušla u grupu

[1] Za ovaj sporazum koristi se skraćenica GFAP – General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina. Sporazum je parafiran u američkoj vojnoj bazi Wright-Petterson u Dejtonu, država Ohajo 21. novembra 1995. godine, a potpisan je u Parizu 14. decembra 1995. godine. Primjedba autora.

rijetkih zemalja u svijetu koje posjeduju sličan ustavni tekst. Tvorci Ustava nisu prihvatili uobičajenu podjelu vlasti.[2] U skladu s tekstom Ustava, pitanje sudske vlasti ograničeno je na Ustavni sud BiH.[3] Nadležnost ovog suda detaljno je regulisana članom VI. Ustava BiH. U pogledu sastava, utvrđeno je da Sud sačinjava devet sudija, s tim da šest sudija biraju entitetski parlamenti, po principu da četiri bira Predstavnički dom Federacije Bosne i Hercegovine (u nastavku teksta FBiH) i dva Narodna skupština Republike Srpske (u nastavku teksta RS). Preostale članove bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava uz konsultacije s Predsjedništvom BiH. Mandat sudija koji su imenovani u tzv. prvom sazivu iznosi pet godina, a sudije izabrane u kasnijem sazivu svoju funkciju mogu obavljati do navršene 70. godine života. Izuzetak predstavljaju slučajevi podnošenja ostavke ili razrješenje konsenzusom ostalih sudija. Odluke ovog suda su konačne i obavezujuće i objavljuju se u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" kao i u službenim glasnicima entiteta i Distrikta Brčko. Polazeći od ustavne konstrukcije, treba naglasiti da ustavni sud odnosno ustavno sudstvo ne pripada kategoriji redovne sudske vlasti.[4] U pitanju je sud koji ne obavlja klasičnu sudsku funkciju, s obzirom na to da je nadležan za pitanja ustavnosti i zakonitosti. O značajnim nedostacima Ustava BiH, a naročito kada se govori o izostavljanju suda opće nadležnosti za čitavu državu, ukazuje i daljnji razvoj sudskih institucija. Naime, pod pritiskom međunarodne zajednice, Parlament BiH je 3. jula 2002. godine usvojio Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine.[5] Ideja

---

[2] Podjela vlasti izvršena je na zakonodavnu, izvršnu i sudsku. Zakonodavna vlast u nadležnosti je Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine (Predstavnički dom i Dom naroda), izvršna u nadležnosti Predsjedništva BiH i Vijeća ministara, a sudska vlast se svodi samo na Ustavni sud BiH. Primjedba autora.

[3] Vidjeti član VI. Ustava Bosne i Hercegovine. Tekst je dostupan na stranici: http:// http://www.oscebih.org/dejtonski_mirovni_sporazum/BS/home. Stranici se pristupilo 20. 3. 2013. godine. Ovdje je potrebno ukazati na to da ustavni sudovi nisu obuhvaćeni konceptom sudske vlasti, s obzirom na to da u svojoj djelatnosti nisu nadležni za rješavanje pravnih sporova. Njihova nadležnost odnosi se na ocjenu ustavnosti i zakonitosti. Primjedba autora.

[4] Historijski posmatrano, Bosna i Hercegovina ima iskustvo s ovim sudom, jer je Ustavni sud po prvi put formiran 1964. godine, a osnov je predstavljao Ustav iz 1963. godine. Ovaj sud je zadržan i s Ustavom iz 1974. godine. U vrijeme postojanja bivše SFRJ, pored Ustavnog suda na saveznom nivou, svoje ustavne sudove imale su sve republike i autonomne pokrajine. Primjedba autora.

[5] Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine proglašen je 12. novembra 2000. godine od strane visokog predstavnika u Bosni i Hercegovini. Vidjeti: "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine" br. 29/00, "Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine" br. 52/00 i "Službeni glasnik Republike Srpske" br. 40/00. O Zakonu iz 2002. godine vidjeti: "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine" br. 16/02. Izmjene, ispravke i dopune ovog zakona objavljene su u: "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine" br. 16/02, 24/02,

koja se prepoznaje u formiranju spomenutog suda je osiguranje sudske zaštite u onim slučajevima za koje je nadležna BiH uz poštivanje ustavnih nadležnosti. Pored ostalog, zadatak ovog suda je uspostavljanje koncepta vladavine pisanog prava i standardizacija. Nadležnost suda precizno je regulirana zakonom (krivična, upravna i apelaciona).[6] Uz uspostavu ovog suda, neizostavno je i pitanje formiranja odgovarajućeg tužilaštva. U slučaju tužilaštva ponavlja se scenarij iz jula 2002. godine. Visoki predstavnik je 6. augusta 2002. godine donio odluku o donošenju Zakona o Tužilaštvu Bosne i Hercegovine.[7] Parlament Bosne i Hercegovine je 29. oktobra 2003. godine usvojio Zakon o Tužilaštvu Bosne i Hercegovine.[8] U pogledu organizacije Tužilaštva uspostavljena su tri odjela: Odjel I (posebni odjel za ratne zločine), Odjel II (odjel za organizovani kriminal i korupciju) i Odjel III koji čine zamjenik glavnog tužioca i rukovodioca. Na čelu navedenih odjela nalaze se rukovodioci odjela i tužioci. Nadležnost tužilaštva regulisana je Zakonom o Tužilaštvu Bosne i Hercegovine.[9] Opisanoj sudskoj organizaciji, treba dodati i posebnu instituciju koja je nastala 1. juna 2004. godine. U pitanju je Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine.[10] Ova institucija uz poslove regulatornog karaktera, nadležna je za osiguranje nezavisnog i nepristrasnog profesionalnog pravosuđa. Kao što se može uočiti iz ovog kratkog prikaza sudske organizacije, u slučaju Bosne i Hercegovine prisutan je sudski sistem koji nije u mogućnosti da odgovori potrebama društva, te da sudska vlast ne može adekvatno obavljati svoju ključnu ulogu – vladavinu prava i pravde.

03/03, 37/03, 42/03, 04/04, 09/04, 35/04, 61/04, 74/09 i 97/09. Službenu prečišćenu verziju Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine vidjeti: "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine" br. 49/09.

6 Opširnije o nadležnostima čl. 13, 14 i 15. Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine – "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine", br. 16/02.

7 Odluka visokog predstavnika objavljena je u: "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine" br. 24/02, "Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine" br. 43/02 i "Službeni glasnik Republike Srpske" br. 55/02.

8 Vidjeti: "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine" br. 42/03. Izmjene i dopune zakona nalaze se u: "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine" br. 03/03, 37/03, 42/03, 09/04, 35/04, 61/04 i 97/09. Službena i prečišćena verzija zakona objavljena je u: "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine" br. 49/09. Primjedba autora.

9 Opširnije o nadležnostima vidjeti član 12. Zakona – "Sl. glasnik BiH" br. 42/03.

10 Vidjeti integralni tekst Zakona o Visokom i sudskom tužilačkom vijeću Bosne i Hercegovine – "Sl. glasnik BiH" br. 25/04. Izmjene i dopune zakona: "Službeni glasnik BiH", broj 93/05, 15/08 i 48/07.

B) Sudski sistem Federacije Bosne i Hercegovine

Za razliku od Ustava BiH, Ustav FBiH ozbiljnije je pristupio pitanju podjele vlasti.[11] Federalna vlast se sastoji od:

– zakonodavne,
– izvršne i
– sudske.

Zakonodavna vlast povjerena je Parlamentu Federacije koji se sastoji od Predstavničkog doma i Doma naroda.[12] Izvršnu vlast čine predsjednik i potpredsjednik i Vlada FBiH.[13] Prema Ustavu FBiH, sudstvo je organizovano na tri nivoa. U pitanju su sudovi nižeg nivoa, odnosno općinski i kantonalni. Ovi sudovi su u nadležnosti kantona. Uz navedene kategorije, a prema Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine, sudsku vlast vrše Ustavni sud i Vrhovni sud Federacije koji je najviši žalbeni sud.[14] Kada se govori o obimu poslova unutar ove strukture sudova, onda se trebamo fokusirati na općinske sudove u kojima broj neriješenih predmeta iznosi nekoliko stotina hiljada.[15] U želji da se izgradi funkcionalno sudstvo unutar čitave države tokom 2001. godine počinje reforma sudskog sistema. U cilju poboljšanja rada, Visoko sudsko i tužilačko vijeće je tokom 2006. godine pokrenulo reformu sudova za prekršaje. Ovom reformom uticalo se na ukupan broj prvostepenih sudova i kantonalnih sudova za prekršaje. U skladu s izmjenama i dopunama entitetskih zakona o sudovima, došlo je do ukidanja 116 prvostepenih sudova za prekršaje u FBiH i RS i 6 kantonalnih sudova za prekršaje. Ubrzo po okončanju reforme,

---

[11] Ustavotvorna skupština Federacije Bosne i Hercegovine je 30. marta 1994. godine donijela Ustav Federacije Bosne i Hercegovine koji je objavljen u: "Službenim novinama Federacije Bosne i Hercegovine" br. 1/94.

[12] Predstavnički dom sastoji se od 140 poslanika s mandatom od četiri godine, a Dom naroda formira se po principu 30 delegata Bošnjaka, 30 delegata Hrvata i ostalih delegata čiji je broj u istom omjeru prema šezdeset kao što je i broj poslanika kantonalnih zakonodavnih tijela koji se ne izjašnjavaju kao Bošnjaci i Hrvati u odnosu na poslanike Bošnjake i Hrvate u kantonalnim zakonodavnim tijelima. Mandat poslanika je četiri godine. Opširnije o zakonodavnoj grani vlasti vidjeti dio IV (struktura federalne vlasti) tačka A. čl. 1–10. Ustava FBiH, "Sl. novine FBiH" br. 1/94.

[13] O izvršnoj grani vlasti vidjeti dio IV, tačka B. čl. 1–6. Ustava FBiH, "Sl. novine FBiH" br. 1/94.

[14] Opširnije vidjeti prečišćeni tekst Ustava Federacije Bosne i Hercegovine koji je dostupan na zvaničnoj internet-stranici Ustavnog suda FBiH http://www.ustavnisudfbih.ba/bs/dokumenti/ustav_precisceni_tekst. Stranici se pristupilo 31. 3. 2014. godine.

[15] Opširnije o neriješenim predmetima vidjeti: Izvještaj Visokog tužilačkog vijeća Bosne i Hercegovine za 2008. godinu. Izvještaj je dostupan na http://www.hjpc.ba/intro/gizvjestaj. Stranici se pristupilo 23. 4. 2014. godine.

umjesto prekršajnih sudova formiraju se novi prekršajni odjeli u 28 općinskih i 19 osnovnih sudova.[16] Jedan od postavljenih ciljeva spomenute reforme je efikasnost u radu kao i poštivanje Evropske konvencije o ljudskim pravima.

C) Sudski sistem Republike Srpske

Potpisivanjem Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH, predviđa se da će se Bosna i Hercegovina sastojati od dva entiteta, FBiH i RS. Na ovaj način RS je definisana kao entitet. Na ovo je potrebno ukazati, s obzirom na to da je Republika Srpska usvojila svoj ustav 28. februara 1992. godine u kojem se ona definiše kao suverena država srpskog naroda, ali je ova definicija zamijenjena, te RS definiše kao državu srpskog naroda i svih njenih građana (Srbi, Bošnjaci, Hrvati, Ostali i građani).[17] Prema tekstu Ustava najviši sud je Vrhovni sud Republike koji bi trebao osigurati jedinstvenu primjenu zakona.[18] Uz spomenuti sud, sudsku vlast čine okružni i opštinski sudovi. Usvajanjem Amandmana XCIV sudstvo je samostalno i nezavisno od izvršne i zakonodavne vlasti.[19] Komparacijom ustavnih tekstova Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske uočava se znatna razlika, jer je Ustav RS javno tužilaštvo i advokaturu svrstao u ustavne kategorije.[20] Organizacija i rad advokature naknadno je regulisan donošenjem posebnih zakona. Izgradnja sudskog sistema je nastavljena donošenjem zakona o sudovima Republike Srpske. Ovim zakonima propisano je osnivanje 19 osnovnih sudova, pet okružnih i ranije spomenuti Vrhovni sud. Osim navedenih postoje okružni privredni sudovi i Viši privredni sud.[21]

---

[16] Opširnije o navedenoj reformi iz 2006. godine vidjeti: Izvještaj Visokog sudskog i tužilačkog vijeća BiH (Godišnji izvještaj za 2006. godinu), poglavlje 10, stranice 62–63. Izvještaj je dostupan na zvaničnoj internet-stranici http://www.hjpc.ba/. Stranici se pristupilo 10. 4. 2014. godine.

[17] Vidjeti tekst Ustava RS od 28. februara 1992. član I. Ustav je objavljen u "Službeni glasnik Republike Srpske" br. 3/92. Spomenuta prvobitna definicija iz 1992. godine zamijenjena je Amandmanom XLIV. Opširnije vidjeti: http://skupstinabd.ba/ustavi/rs/Ustav_bosanski.pdf. Stranici se pristupilo 12. 4. 2014. godine.

[18] Opširnije vidjeti poglavlje X – "Sudovi i javna tužilaštva" i član br. 123. Ustava Republike Srpske, "Sl. glasnik RS" br. 3/92.

[19] Vidjeti član 121a Ustava RS.

[20] Položaj Javnog tužilaštva regulisan je članom 128, a advokatura članom 131. Ustava Republike Srpske, "Sl. glasnik RS" br. 3/92.

[21] Zakoni o sudovima Republike Srpske su donošeni u periodu od 2004. godine do 2008. godine i objavljivani su u Službenom glasniku Republike Srpske, 111/04, 109/05, 37/06 i 119/08.

D) Sudski sistem Distrikta Brčko

Distrikt Brčko predstavlja posebnu administrativnu jedinicu koja se nalazi na sjeveroistoku Bosne i Hercegovine, a u suštini, sastoji se od Grada Brčko. Danas je to zasebna jedinica lokalne samouprave i zajednička svojina entiteta. Naime, prilikom pregovora u Dejtonu ugovorne strane nisu uspjele postići zadovoljavajući dogovor oko teritorije koju obuhvata Distrikt Brčko. U tom smislu, Federacija BiH i RS imenovale su svoje predstavnike pri Arbitražnom tribunalu za spor oko međuentitetske linije razgraničenja na području Brčkog. Istovremeno, Međunarodni sud pravde imenuje i svog predstavnika.[22] Međutim, Arbitražni sud nije bio u mogućnosti da donese odluku u predviđenom periodu, te je sa zakašnjenjem svoju odluku donio 14. februara 1997. godine, a konačnu 5. marta 1999. godine. Distrikt Brčko je zvanično proglašen 8. marta 2000. godine.[23] Za naš rad od posebnog značaja je konačna odluka Arbitražnog tribunala za spor o međuentitetskoj granici oblasti Brčkog jer ona sadrži i Statut Distrikta Brčko. Ovaj statut stupio je na snagu 9. marta 2000. godine i ne pripada kategoriji ustavnih akata.[24] U svojih 79 članova Statut Distrikta Brčko prihvatio je ideju podjele vlasti i utvrdio organizaciju i funkcionisanje Distrikta. Prema članu 19. zakonodavnu vlast vrši Skupština Distrikta, izvršnu Vlada Distrikta, a sudsku vlast vrše sudovi Distrikta.[25] Distrikt Brčko ima i svoje sudove. To su Osnovni i Apelacioni sud čija je nadležnost regulisana Statutom. Uz sudove, Distrikt Brčko posjeduje i svoje tužilaštvo, pravobranilaštvo i posebnu Kancelariju za pružanje pravne pomoći i advokaturu koja je sastavni dio spomenute kancelarije.[26]

Nakon ovog kratkog uvida u sudsku organizaciju u Bosni i Hercegovini, može se govoriti o nedostacima, ali i o pozitivnim promjenama.[27] U slučaju Bosne i

---

[22] Federacija Bosne i Hercegovine imenovala je profesora Pravnog fakulteta u Sarajevu Ćazima Sadikovića, Republika Srpska imenovala je Vitomira Popovića, a Međunarodni sud Roberta B. Owena. Prim. autora.

[23] Opširnije informacije o Distriktu Brčko dostupne su na: http://www.brcko.org. O dokumentima odnosno konačnim odlukama o sporu o međuentitetskoj granici u oblasti Brčkog vidjeti dokumente Ujedinjenih nacija http://www.ohr.int/ohr-offices/brcko/arbitration/archive.

[24] Vidjeti "Službeni glasnik Brčko distrikta BiH" br. 1/00, 7/04 i 25/05. Skupština Distrikta Brčko je tokom 2009. godine utvrdila prečišćeni tekst Statuta koji je obuhvatio i izmjene iz 2008. godine. Prečišćeni tekst objavljen je u "Sl. glasniku Brčko distrikta BiH" br. 39/09, a izmjene iz 2008. godine u "Sl. glasniku Brčko distrikta BiH" br. 17/08.

[25] Vidjeti član 19. Statuta, glava III – Organizacija i funkcije Brčko distrikta, "Sl. glasniku Brčko distrikta BiH" br. 39/09.

[26] Vidjeti Statut Distrikta Brčko, čl. 67, 68 i 69, "Sl. glasniku Brčko distrikta BiH" br. 39/09.

[27] Pod pozitivnim promjenama misli se na reforme pravosuđa i formiranje Suda BiH. Prim. autora.

Hercegovine možemo govoriti o karakterističnom pozicioniranju sudske vlasti. Ovdje se misli prije svega na Ustavni sud Bosne i Hercegovine kao jedini sud koji je svoje mjesto pronašao u tekstu Ustava. Ova činjenica odrazila se i na nadležnost suda, s obzirom na to da je jedan dio tih nadležnosti karakterističan za vrhovne sudove. Ukoliko želimo pogledati funkcionisanje sudskog sistema u budućnosti, onda se nameće zaključak da je neophodno kreirati takav sudski sistem koji bi se završavao formiranjem vrhovnog suda. O pitanju da li je Bosni i Hercegovini potreban jedan vrhovni sud (a smatramo da je neophodan) govori se duži vremenski period, a naročito kada se diskutuje o ustavnoj reformi i reformi sudskog sistema. O navedenom pitanju oglasili su se stručni i naučni krugovi čiji zaključci počivaju na analizi postojećeg pravnog sistema, komparativnom pravu kao i nadležnostima Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. Međutim, ovo pitanje je dovelo i do velikih razmimoilaženja u političkim mišljenjima. Ova mišljenja se u suštini mogu posmatrati kao ona koja su "za" i ona koja su "protiv" osnivanja vrhovnog suda. Pozitivni stavovi dolaze iz političkih krugova Federacije Bosne i Hercegovine, a negativni iz Republike Srpske. Naime, politički stavovi dovode u pitanje državnost Bosne i Hercegovine kao i pitanje da li se u Ustavu Bosne i Hercegovine nalazi osnov za vrhovni sud. Odgovor na ovo pitanje je da nepostojanje sudstva na državnom nivou nikako ne smije dovesti u pitanje državnost Bosne i Hercegovine, jer je njena državna organizacija, tvorevina specifičnog ustava i pravnog sistema.[28] Što se tiče odgovora na drugo pitanje, pažljivijim čitanjem Ustava uočava se da država nema ustavnu nadležnost za izgradnju državnog sudskog sistema odnosno sudske grane vlasti. Nadležnost države je regulisana članom 3., a u stavu 5. govori se o dodatnim nadležnostima države gdje se ističe: "Bosna i Hercegovina će preuzeti nadležnost u onim stvarima u kojima se o tome postigne saglasnost entiteta; stvarima koje su predviđene u Aneksima 5–8 Opšteg okvirnog sporazuma; ili koje su potrebne za očuvanje suvereniteta, teritorijalnog integriteta, političke nezavisnosti i međunarodnog subjektiviteta Bosne i Hercegovine, u skladu s podjelom nadležnosti među institucijama Bosne i Hercegovine. *Dodatne institucije mogu biti uspostavljene prema potrebi za vršenje ovih nadležnosti.*"[29] Iz citiranog člana postavlja se pitanje da li su tvorci Ustava u ovome prepoznali ustavnopravni osnov za formiranje vrhovnog suda? Odgovor se treba potražiti u praksi, a ne samo u teoriji. Praksa je pokazala da se kroz odluku visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu može zaobići ustav i uspostaviti odgovarajuća sudska tijela tj. sudovi. Takav slučaj bio je s ranije spomenutom Odlukom o uspostavljanju Suda Bosne i

[28] Ovdje se najviše misli na složenost države Bosne i Hercegovine i karakter Ustava. Prim. autora.

[29] Vidjeti član III. stav. 1. i stav 5. Ustava Bosne i Hercegovine.

Hercegovine. Problemom, odnosno pitanjem formiranja vrhovnog suda nisu se bavile odgovarajuće institucije kao što su ministarstva pravde, savjeti ministara i skupštine. Jedan od rijetkih dokumenata u kojem se spominje vrhovni sud Bosne i Hercegovine je Strategija za reformu sektora pravde u Bosni i Hercegovini za period od 2008. do 2012. godine. U podnaslovu "Harmonizacija sudske prakse" potvrđuje se nepostojanje vrhovnog suda koji bi trebao osigurati usklađenost sudske prakse u Bosni i Hercegovini. U nastavku ovaj dokument se poziva i na Rezoluciju 1564 (2007) Parlamentarne skupštine Vijeća Evrope u kojoj, između ostalog, stoji poziv zvaničnim vlastima Bosne i Hercegovine da razmotre uspostavljanje vrhovnog suda, a u cilju usklađivanja sudske prakse, ili da se ovlaštenja vrhovnog suda daju postojećem sudu.[30] Na isti način se govori i u Strategiji za reformu sektora pravde u Bosni i Hercegovini za period od 2014. do 2018. godine.[31] O istom pitanju oglasio se i OSCE u svom izdanju pod naslovom "Postizanje pravde u Bosni i Hercegovini: procesuiranje ratnih zločina od 2005. do 2010. godine" gdje se u preporukama pozivaju predstavnici izvršne i zakonodavne vlasti da ozbiljno razmotre uspostavu vrhovnog suda.[32] Kao nedostatak sudskog sistema u godišnjem izvještaju o napretku BiH (period 2010.) Evropska unija ističe da nema napretka u uspostavljanju vrhovnog suda, te da je u oblasti reforme pravosuđa ostvaren ograničen napredak.[33] Možemo reći da se pitanje nastanka odnosno uspostavljanja Vrhovnog suda može rješavati kroz reformu sudskog sistema koja iziskuje vrijeme, kapacitete i naravno finansije. Ova reforma bi se mogla praktikovati samo onda kada se okončaju započete reforme. Jedna od mogućnosti je da se ovaj sud uspostavi paralelno s postojećim Sudom Bosne i Hercegovine, ali tada bi vrhovni sud odlučivao o žalbama protiv odluka Suda BiH. Praktično to znači da bi vrhovni sud imao apelacionu nadležnost. Naredna mogućnost se ogleda u procesu izmjene postojećih nadležnosti i organizacije Suda BiH. Ovo pitanje tj. formiranje vrhovnog suda BiH, s obzirom na to da je usko povezano s ustavnom problematikom podjele nadležnosti između države i entiteta, treba posmatrati

[30] Strategija za reformu sektora pravde u Bosni i Hercegovini za period od 2008. do 2012. godine dostupna je na http://www.fmp.gov.ba/useruploads/files/fmp/strategijsko/srsp_BIh.pdf. Detaljnije vidjeti stranice br. 47 i 48. Stranici se pristupilo 14. 4. 2014.

[31] Strategija za reformu sektora pravde u Bosni i Hercegovini za period od 2014. do 2018. godine dostupna je na http://www.mpr.gpv.ba/aktuelnosti/propisi/konsultacije/srsp u bih.pdf. Vidjeti stranice br. 47 i 48. Stranici se pristupilo 15. 4. 2014. godine.

[32] Edicija pod naslovom Postizanje pravde u Bosni i Hercegovini: procesuiranje ratnih zločina od 2005. do 2010. godine dostupna je na http://www.osce.org/hr/bih. Vidjeti dio br. 8.1. stranica 95. Stranici se pristupilo 20. 4. 2014. godine.

[33] Vidjeti Izvještaj o napretku za 2010. godinu koji je objavljen na http://www.dei.gov.ba/dokumenti, str. 12 i 13. Stranici se pristupilo 20. 4. 2014. godine.

kao izolovani problem, te ga s ovog aspekta i rješavati. Na kraju možemo konstatovati da bi se formiranjem ovog suda postiglo nekoliko značajnih rezultata. Kao primjer možemo spomenuti poboljšanje sudskog mehanizma, kvalitet rada sudova, pravnu sigurnost, jednoobraznost pri tumačenju zakonskih propisa Bosne i Hercegovine i drugo. Uz navedeno, treba uzeti u obzir trenutni i budući status Bosne i Hercegovine u procesu pridruživanja Evropskoj uniji. U slučaju uspostavljanja vrhovnog suda, pozicija Bosne i Hercegovine bi znatno ojačala, što bi uticalo i na samu dinamiku pregovora i pridruživanja. Trenutne prilike, s aspekta država Balkana, takve su da je Bosna i Hercegovina na marginama procesa priključivanja odnosno pridruživanja Evropskoj uniji.

2. Sudski sistem Sjedinjenih Američkih Država (Vrhovni sud)

Donošenjem Deklaracije o nezavisnosti (*Declaration of Independence*), trinaest prvobitnih kolonija proglašavaju svoju nezavisnost, slobodu i prekid svih veza s Velikom Britanijom.[34] Sljedeći korak predstavlja donošenje ustava, jer spomenuti dokument nije doveo do okončanja procesa ujedinjenja kolonija kao ni nastanka države. Prvi ustav donijet je tokom zasjedanja Drugog kontinentalnog kongresa u Filadelfiji. U pitanju je ustav pod nazivom Članci Konfederacije i vječitog saveza (*The Articles of Confederation and Perpetual Union*) od 15. novembra 1777. godine, koji je ratifikovan 1781. godine.[35] Ovaj ustav regulisao je pitanja državnog uređenja i funkcionisanja Konfederacije sve do donošenja novog ustava iz 1787. godine. Ustav iz 1787. godine stupio je na snagu 1789. godine i to je najstariji važeći ustav na svijetu.[36] Članom

[34] Deklaraciju je donio Kongres 4. jula 1776. godine. Veliki uticaj na donošenje ove deklaracije imala je Virdžinijska deklaracija o pravima iz 1776. godine (The Virginia Declaration of Rights). Originalni naziv dokumenta iz 1776. godine glasi Jednoglasna deklaracija trinaest država Amerike (Unanimous Declaration of the thirteen United States of America). Opširnije vidjeti: *Encyclopaedia Britannica*, Vol. 3 (Encyclopaedia Britannica, Chicago, 2005.) str. 584–585. O Virdžinijskoj deklaraciji iz 1776. godine vidjeti: Kermit L. Hall, Paul Finkelman i James W. Ely, Jr.: *American legal history – Cases and Materials*, (Oxford University Press, New York, 2005), str. 13–14.

[35] Opširnije o zasjedanju i rezultatima vidjeti: *Encyclopedia Americana*,Vol. VII (Americana Corporation, New York, 1964), str. 693. Tekst Ustava na engleskom jeziku: Kermit L. Hall, Paul Finkelman i James W. Ely, Jr.: *American legal history – Cases and Materials*, str. 108–109.

[36] O nastanku Ustava iz 1787. godine i postignutim kompromisom vidjeti: Mustafa Imamović, "Ustav i povijesni kompromis – primjer SAD", *Pravna misao – časopis za pravnu teoriju i praksu*, br. 3–4, XXII (1991), str. 93–96.

III. odjeljak I. navodi se da se sudska vlast povjerava jednom Vrhovnom sudu (*Supreme court*) i nižim sudovima koje može ustanovljavati Kongres, a istim članom regulisana je i nadležnost suda.[37] Prema Ustavu Sjedinjenih Američkih Država ovaj sud ima određenu prvostepenu i apelacionu nadležnost. Međutim, najznačajnija funkcija suda ogleda se u pravu na ocjenu ustavnosti zakona i tumačenju Ustava, ali funkcija tumačenja Ustava nije navedena u Ustavu. Ovo pravo sud je sam utvrdio na osnovu tumačenja Ustava koje potiče iz poznatog predmeta *Marbury v. Madison* iz 1803. godine, kada je uspostavio doktrinu sudske kontrole (*Judical Review*) koja je u upotrebi i danas.[38] Praksa Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država u znatnoj mjeri ojačala je federaciju, a američki sistem zaštite ustavnosti pokazao se efikasnim.[39] Ustav iz 1787. godine prihvatio je ideju podjele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku.[40] Sudstvo Sjedinjenih Američkih Država sastoji se iz dva paralelna sudska sistema. Prvi je državni, a drugi je federalni sudski sistem. U pitanju je složen sudski sistem, ali koji uprkos svojoj kompleksnosti funkcioniše. Državni sudski sistem nastao je na osnovu Ustava ili zakona. Jedna od karakteristika ovog sudskog sistema jeste da nema jednoobraznosti prilikom formiranja sudova. Ovo je dovelo do decentralizacije državnog sudskog sistema. Ovaj sistem obuhvata apelacione sudove država (u mnogim državama ovaj sud se naziva vrhovni sud). Naredna kategorija su međustepeni apelacioni sudovi i na kraju dolaze sudovi opšte nadležnosti.[41] Za razliku od državnog, federalni sudski sistem posjeduje znatno bolju sistematičnost i organizaciju. Ovaj sistem obuhvata Vrhovni sud, apelacione (*Court of Appeals*) i okružne sudove (*District courts*). Ukupan

---

[37] Opširnije o sudskoj vlasti vidjeti član III. odjeljak I. Ustava Sjedinjenih Američkih Država iz 1787. godine: Akhil Reed Amar, *America's Constitution – a biography*, (Random House, New York, 2005.), str. 487. Prevod teksta – autor.

[38] Opširnije o doktrini sudske kontrole vidjeti: Edin Halapić, "Doktrina sudske kontrole (*Judical Review*) *Marbury v. Madison* (1803), *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LVI (2013), str. 29–48.

[39] Opširnije vidjeti: Raifa Festić, "Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država između ustava i stvarnosti", *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu*, XXXIX (1996), str. 81–94.

[40] Opširnije o načelu podjele vlasti vidjeti: Raifa Festić, "Načelo podjele vlasti i njegova primjena u Ustavu SAD-a", *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu*, XLI (1998), str. 132–143.

[41] O navedenom sudskom sistemu vidjeti: Lawrence M. Friedman, *A History of American Law*, (Simon&Schuster, New York, 2005), str. 289. i Allan E. Farnsworth, *Uvod u pravni sistem Sjedinjenih Američkih Država*, (Savremena administracija, Beograd, 1973), str. 36. Ovo izdanje dostupno je i na engleskom jeziku pod naslovom *An Introduction to the Legal System of the United States*, (Oceana Publications, New York, 1996). Primjedba autora.

broj apelacionih sudova iznosi trinaest, a okružnih dvadeset četiri. Broj apelacionih i okružnih sudova posljedica je geografske podjele države. Unutar federalnog sudskog sistema nalaze se sudovi s ograničenom nadležnošću kao što je carinski sud, apelacioni sud za carine i patente i dr.[42] Federalni sudski sistem nastao je na osnovu zakona, s obzirom na to da je Kongres Sjedinjenih Američkih Država koristeći svoja ustavna ovlaštenja 24. septembra 1789. godine donio Zakon o sudstvu (*Judiciary Act*), kojim se osigurala izgradnja ovog sudskog sistema.[43] Kao što se može uočiti, sudski sistem Sjedinjenih Američkih Država karakteriše paralelnost i asimetričnost. Posebno pitanje (koje je aktuelno i danas) predstavlja nadležnost državnih i federalnih sudova. Na kraju, za opis američkog sudskog sistema možemo se poslužiti i konstatacijom A. Tokvila koji navodi: "Ono što stranac najteže razumije u Sjedinjenim Američkim Državama jeste organizacija pravosuđa".[44]

3. Primjeri sudske organizacije drugih država

Posljednji dio ovog dijela rada obuhvata rezultate istraživanja koji se odnose na pitanje sudova tj. sudske organizacije drugih država u svijetu. Na početku je potrebno ukazati na to da su iz istraživanja izuzete one teritorije koje su pod upravom drugih država ili posjeduju specifičan administrativni položaj (posebne ili specijalne teritorije).[45]

---

[42] O federalnom sudskom sistemu opširnije vidjeti: *Outline of U.S. Legal System*, (Bureau of International Information Programs, U.S. Department of State, 2004), str. 27–40.

[43] Opširnije vidjeti Zakon o sudstvu iz 1789. godine, Odjeljak I. Zakon je dostupan na http://www.fjc.gov/history/-The Judiciary Act of 1789. Stranici se pristupilo 10. 5. 2014. godine.

[44] Citat: Aleksis De Tokvil, *O demokratiji u Americi* (Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci-Novi Sad, 2002), str. 88.

[45] U kategoriji specijalnih teritorija nalaze se: Akrotiri (Akrotiri), Američka Samoa (American Samoa), Angvila (Anguilla), Antarktika (Antarctica), Aruba (Aruba), Atol Džonston (Johnston Atoll), Atol Palmira (Palmyra Atoll), Basa da India (Bassas da India), Bermuda (Bermuda), Božićni Otok (Christmas Island), Britanski Djevičanski Otoci (British Virgin Islands), Britanski teritorij Indijskog okeana (British Indian Ocean Territory), Budni otok (Wake Island), Dekelija (Dhekelia), Djevičanski Otoci (Virgin Islands), Džersej (Jersey), Evropski otok (Europa Island), Folklandski otoci (Falkland Island), Francuski južni i Antarktički teritorij (French Southern and Antarctic Lands), Farski otoci (Faroe Islands), Francuska Gvajana (French Guiana), Francuska Polinezija (French Polynesia), Gibraltar (Gibraltar), Greben Kingman (Kingman Ref), Grenland (Grenland), Guam (Guam), Gurnsej (Guernsey), Gvadalupe (Guadeloupe), Herd i MekDonald otoci (Heard Island and McDonald Islands), Hong Kong (Hong Kong), Jan Mejn (Jan Mayen), Južna Džordžija i otoci Južni sendvič (South Georgia and the South Sandwich Islands), Kajmanski otoci (Cayman Islands), Kokosovi otoci (Cocos Islands), Koraljni otoci (Coral Sea Islands), Majot

Ovaj dio rada ukazat će na one države koje posjeduju vrhovni sud (većina država posjeduje ovaj sud). U nastavku rada obrađene su šezdeset dvije države koje su navedene abecednim redom. Pored naziva svake države u zagradi se nalazi i zvanični naziv na engleskom jeziku ili drugom zvaničnom jeziku.

Antiga i Barbuda (Antigua and Barbuda)

Prema Ustavu iz 1981. godine postoji Visoki sud (*High Court*) i Žalbeni sud (*Court of Appeal*). U okviru sudske organizacije nalazi se i Vrhovni državni sud Istočnih Kariba (*Eastern Caribbean States Supreme Court*). U slučajevima žalbenih postupaka postoji mogućnost žalbe Vijeću Njenog Visočanstva (*Appeals to Her Majesty in Council*).[46]

Arapska Republika Egipat (Arab Republic of Egypt)

Ustav Arapske Republike Egipat predviđa nezavisnost sudske grane vlasti, a članom 174. formirao se Vrhovni ustavni sud (*Supreme Constitutional Court*). Sudska organizacija počiva na civilnoj pravnoj tradiciji, s tim da sudovi imaju značajan uticaj na politički i pravni život Egipta.[47]

Arapska Republika Sirija (Syrian Arab Republic)

Sudski sistem Sirije razvijao se pod uticajem prava Osmanskog carstva, Francuske i islamskog prava. Prema Ustavu iz 1973. godine formirao se

(Mayotte), Makao (Macau), Niu (Niue), Nizozemski Antili (Netherlands Antilles), Nova Kaledonija (New Caledonia), Otoci Ašmor i Kartijer (Ashmore and Cartier Islands), Otok Buve (Bouvet Island), Kukovi otoci (Cook Islands), Spratli otoci (Spratly Islands), Otoci Glorioso (Glorioso Islands), Otok Bejker (Baker Island), Otok Hauland (Howland Island), Otok Džarvis (Jarvis Island), Otok Huan de Nova (Juan de Nova Island), Otok Kliperton (Clipperton Island), Otok ljudi (Isle of Man), Otok Navasa (Navassa Island), Otoci Parasel (Paracel Islands), Otoci Pitkairn (Pitcairn Islands), Otok ponovno sjedinjenje (Reunion), Otok Tromelin (Tromelin Island), Puerto Riko (Puerto Rico), San Pjer i Mikelon (Saint Pierre and Miquelon), Sjeverni Marijan otoci (Northern Mariana Islands), Središnji otoci (Midway Islands), Svalbard (Svalbard), Sveta Helena (Saint Helena), Tokelu (Tokelau), Turski i Kaikos otoci (Turks and Caicos Islands), Valis i Futuna (Wallis and Futuna) i Zapadna Sahara (Western Sahara). Opširnije o specijalnim teritorijama i njihovom statusu vidjeti: *Encyclopedia of World Constitutions* – edited by Gerhard Robbers Vol. III, (Fact on File, New York, 2007.), str. 1045–1049. Dio pod naslovom Appendix II.

[46] Opširnije vidjeti Ustav Antige i Barbuda članovi 119. i 120. Tekst Ustava na engleskom jeziku dostupan je na http://www.pdba.georgetown.edu/Constitution/Antigua/Antigua-Barbuda.html. Stranici se pristupilo 3. 2. 2014. godine. Prevod teksta – autor.

[47] Opširnije vidjeti Ustav Egipta iz 1971. godine uključujući i amandmane iz 2007. godine, a naročito član 174. Tekst Ustava na engleskom jeziku dostupan je na www.sis.gov.eg/Newvr/Dustor-en001.pdf. Stranici se pristupilo 3. 2. 2014. godine.

Vrhovni ustavni sud (*Supreme Constitutional Court*), a daljnja izgradnja sudskog sistema ostavljena je zakonodavstvu.[48] Poseban sistem sudova nastao je za pitanja statusnog (ličnog) karaktera i za njih su nadležni šerijatski sudovi.

Barbados (Barbados)

Organizacija sudske vlasti uređena je Ustavom Barbadosa iz 1966. godine. U poglavlju VII. pod naslovom "Pravosuđe", dio I. član 80. osigurava formiranje Vrhovnog suda koji se sastoji od Visokog suda (*High Court*) i Žalbenog suda (*Court of Appeal*).[49] Za građanske i krivične sporove nadležan je Visoki sud, a protiv njegovih odluka dozvoljena je žalba Žalbenom sudu. Sudska grana vlasti je nezavisna od izvršne i zakonodavne vlasti. Jedna od karakteristika je da je Barbados prihvatio britanski optužni sistem s obzirom na to da je dugo vremena bio pod upravom Britanije.

Belize (Belize)

U Belizeu najviši sud je Tajni savjet Njenog Visočanstva u Londonu (*Her Majesty's Most Honourable Privy Council*) koji je nadležan za žalbene postupke građanske i krivične prirode. Prema članu 4. Ustava, formirani su Vrhovni sud i Žalbeni sud. Za razliku od nekih država, u slučaju Belizea Vrhovni sud nadležan je i za pitanja ustavnosti a za sve žalbe nadležan je Žalbeni sud.[50]

Bolivarska Republika Venecuela (Bolivarian Republic of Venezuela)

Ustav Venecuele detaljno je regulisao pitanje sudske organizacije. Najviši sud je Vrhovni sud pravde (*Supreme Tribunal of Justice*) koji čine šest vijeća. To su: Civilno (žalbeno) kasaciono vijeće (*Civil Cassation (appeals) Chamber*), Krivično kasaciono vijeće (*Criminal Cassation Chamber*), Društveno kasaciono vijeće (*Social Cassation Chamber*), Izborno vijeće (*Electoral Chamber*), Političko-administrativno vijeće (*Political-Administrative Chamber*) i Ustavno vijeće (*Constitutional Chamber*).

---

[48] Opširnije vidjeti Ustav Sirije na engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.law.yale.edu/rcw/rcw/jurisdictions/asw/syrianarabrep/syria_constitution.htm. Posebno obratiti pažnju na Poglavlje 3, dio 2, član 139. (Chapter 3, Part 2, Article 139). Prevod teksta – autor.

[49] Opširnije vidjeti Ustav Barbadosa iz 1966. godine. Tekst Ustava na engleskom jeziku dostupan je na http://www.barbados.org/constitution.htm. Stranici se pristupilo 5. 2. 2014. godine. Prevod teksta Ustava – autor.

[50] Opširnije o sudskoj organizaciji vidjeti Ustav, dio VII. čl. 94 koji je dostupan na engleskom jeziku http://belizelaw.org/web/e_library. Stranici se pristupilo 10. 2. 2014. godine. Prevod teksta Ustava –autor.

Vrhovni sud pravde je i administrator cjelokupnog sudstva i sistema javne odbrane. Ustavom je predviđeno i formiranje sudskih okruga i regionalnih sudova putem posebnih zakona. Ustavno vijeće može svaki zakon proglasiti neustavnim, što je ovom vijeću osiguralo status interpretatora Ustava, a njegove interpretacije su obavezujućeg karaktera za sva vijeća i sve sudove.[51]

Bosna i Hercegovina (Bosnia and Herzegovina)

Sudska organizacija Bosne i Hercegovine navedena je u uvodnom dijelu rada.

Bruneji
(Negara Brunei Darussalam – The Nation of Brunei, Abode of Peace)

Kada se govori o Brunejima potrebno je ukazati na činjenicu da ustav nije regulisao pitanje pravosuđa i njegove organizacije. Ovo pitanje regulisano je posebnim zakonima. Bruneji posjeduju dva paralelna sistema. Prvi, civilni sistem, počiva na opštem pravu Engleske (*Common Law*), što je uticalo na nastanak sudova opšteg prava koji su sekularnog karaktera. U ovom sistemu najviši sud je Sudski odbor Tajnog savjeta u Londonu (*Judicial Committe of the Privy Council*). Sudovi opšteg prava ne koriste instituciju porote. Drugi sudski sistem je islamskog karaktera i ovdje se ističe Šerijatski žalbeni sud (*Syariah Appeal Court*). Ovaj sud nadležan je za pitanja bračnog i porodičnog prava muslimana i vakufa. Imenovanje sudija civilnog sistema i šerijatskog sistema u rukama je sultana.[52]

Burkina Faso (Burkina Faso)

Ustav iz 1991. godine (uključujući i amandmane iz 2012. godine) u naslovu br. VIII koji glasi "O sudskoj vlasti" (*On the Judicial Power*) članom 126. predviđa formiranje navedenih sudova:

Kasacioni sud (*Court of Cassation*), Državno vijeće (*Council of State*), Računovodstveni sud (*Court of Accounts),* Tribunal za sukobe (*Tribunal of Conflict*) i sudove nastale na osnovu zakona.[53] Posebnim naslovim Ustav je oformio

[51] Opširnije o sudskoj organizaciji vidjeti Ustav Venecuele iz 1999. godine na engleskom jeziku. Ustav je dostupan na http://www.vheadline.com/printer_news.asp?id. Stranici se pristupilo 10. 2. 2014. godine. Prevod teksta autor. O karakteru Ustava vidjeti: Maria Izabel Fleury and Ruben Eduardo Lujan, "New Venezuelan Constitution", *International Legal Practitioner*, Vol. 25 (2000), str. 60–63.

[52] Opširnije vidjeti Ustav Bruneja iz 1959. godine s izmjenama iz 1984. godine. Ustav na engleskom jeziku dostupan je na http://www.brunei.gov.bn/government/constitution. Stranici se pristupilo 12. 2. 2014. godine. Prevod teksta Ustava – autor.

[53] Opširnije vidjeti tekst Ustava na engleskom jeziku koji je dostupan na https://www.constituteproject.org/constitution/Burkina_Faso_2012.pdf. Stranici se pristupilo

Visoki sud pravde (*High Court of Justice*) i Ustavno vijeće (*Constitutional Council*). Ovo vijeće nadležno je za pitanja ustavnosti zakona.[54]

Centralna Afrička Republika (Central African Republic)

Sudski sistem Centralne Afričke Republike je sastavljen iz Ustavnog suda, Krivičnog i Kasacionog suda. Ovaj sud sastoji se iz krivične komore, građanske, trgovačke i na kraju iz socijalne komore. Ovoj organizaciju treba dodati i Računovodstveni sud (*Court of Account*) kao i *ad hoc tribunale*. Pitanje sudske organizacije regulisano je članom 88., a članom 94. predviđa se formiranje Visokog suda pravde. Ostale kategorije sudova kao što su vojni sudovi nastaju na osnovu zakona.[55]

Češka Republika (Czech Republic)

Pristupanjem Evropskoj uniji, Češka Republika je odlučila da nezavisnost sudstva predstavlja jedan od najznačajnijih principa demokratije. Prema Ustavu iz 1993. godine sudstvo je organizovano na četiri nivoa:

Vrhovni sud, Vrhovni administrativni sud (*Supreme Administrative Court*), Visoki sud i Regionalni i distriktni sudovi.

Kao posebno sudsko tijelo, član 87. formirao je Ustavni sud koji je ovlašten za ocjenu ustavnosti zakona.[56]

Demokratska Narodna Republika Alžir
(Democratic and Popular Republic of Algeria)

Alžir je, kao što je slučaj s mnogim državama, prihvatio princip nezavisnosti sudske grane vlasti. U pogledu organizacije sudova, a prema revidiranom tekstu Ustava iz 1996. godine i posljednjim amandmanima iz 2002. godine, postoje Visoki sud, Vijeće države (*Council of State*), Tribunal za konflikte (*Tribunal of Conflicts*) i Visoko sudsko vijeće (*High Council of Magistracy*).[57]

12. 2. 2014. godine. Prevod teksta Ustava – autor.

[54] O navedenom opširnije vidjeti naslov IX i naslov XIV Ustava.

[55] Opširnije vidjeti Ustav iz 2004. godine na engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.chr.up.ac.za/hr_docs/constitutions/docs/CentralAfrican%20Republic%20. Stranici se pristupilo 15. 2. 2014. godine. Prevod teksta Ustava – autor.

[56] Opširnije o organizaciji sudova i nadležnostima vidjeti čl. 87 i čl. 91–92 Ustava. Tekst Ustava na engleskom jeziku dostupan je na http://www.psp.cz/cgi-bin/eng/docs/laws/constitution.html. Stranici se pristupilo 15. 2. 2014. godine. Prevod teksta – autor.

[57] Opširnije vidjeti Poglavlje III pod naslovom "Sudska vlast" (Chapter III – The Judicial Power), čl. 138–158. Ustava koji je dostupan na http://www.algeria-un.org. Stranici se pristupilo 17. 2. 2014. godine. Prevod teksta Ustava – autor.

Posebnu kategoriju čini Ustavno vijeće (*Constitutional Council*) koje je odgovorno za poštivanje Ustava. Ustav Alžira je ovo vijeće pozicionirao kao kontrolno tijelo.[58] Međutim, Alžir posjeduje Vrhovni sud (*Supreme Court, Cour Suprere*) koji broji 150 sudija, a koji se sastoji iz četiri odjela. To su građanski i trgovački, socijalna zaštita i rad, kriminal, i na kraju administrativni odjel.[59] S obzirom na to da pravni sistem Alžira predstavlja spoj francuske civilne porodice i islamskog prava, Ustav je u istoj kategoriji kao što je bio slučaj s Ustavnim vijećem, predvidio formiranje Visokog islamskog vijeća (*High Islamic Council*) koje ima 15 članova.[60]

Demokratska Narodna Republika Koreja
(Democratic People's Republic of Korea / North Korea)

Sudski sistem DNR Koreje obuhvata dva elementa. To su sudovi i tužitelji. Prema Ustavu sudski sistem se sastoji iz Centralnog suda (*Central Court*), provincijskih sudova (*Courts of the Provinces*), općinskih i okružnih. Posebnu grupu čine vojni, saobraćajni i transportni sudovi.[61] Međutim, u članu 161. Ustava stoji da je Centralni sud Vrhovni sud Demokratske narodne Republike Koreje koji je nadležan za kontrolu suđenja svih sudova u državi.[62]

Demokratska Republika Istočni Timor
(The Democratic Republic of East Timor)

DR Istočni Timor stekao je nezavisnost 2002. godine, a iste godine je usvojio i svoj prvi ustav. Ustav je naslov V, poglavlje I posvetio pitanju sudstva. Prema navedenom naslovu najviši sud je Vrhovni sud pravde (*Supreme Court of Justice*), a članom 123. formiran je Visoki administrativni sud (*High Administrative Court*), porezni i revizijski sud (*Tax and Audit Court*) i vojni sud.[63]

---

[58] Opširnije vidjeti Ustav, Dio III, Poglavlje I pod naslovom "Kontrola" (Parth Three – Control and Consultative Institutions, Chapter I – Control) čl. 163–167.

[59] Vidjeti: https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2094.html. Stranici se pristupilo 17. 2. 2014. godine.

[60] Opširnije vidjeti Ustav, Dio III, Poglavlje II pod naslovom "Konsultativne institucije (Parth Three-Control and Consultative Institutions, Chapter II – Consultative Institutions), čl. 171–173.

[61] Vidjeti član 147. Ustava DNR Koreje na engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.novew.com/DPRK-consitution. Stranici se pristupilo 18. 2. 2014. godine. Prevod autora.

[62] Opširnije vidjeti čl. 61. Ustava DNR Koreje.

[63] Opširnije vidjeti Ustav na engleskom jeziku dostupan na http://east-timor.org/. Stranici se pristupilo 18. 2. 2014. godine. Prevod autora.

Demokratska Republika Kongo (Democratic Republic of the Congo)

Dvogodišnji ustav nastao 2002. godine osigurao je funkcionisanje država, a Ustavom iz 2006. godine pristupilo se organizaciji pravosuđa. Dio IV odnosi se na pravosuđe, a članom 149. formirao se Ustavni sud, Kasacioni, Vijeće države i Visoki vojni sud. Formiranje ostalih sudova odnosno građanskih i vojnih je ostavljeno zakonodavstvu.[64]

Demokratska Republika Sao Tome i Principe (Democratic Republic of São Tomé and Príncipe)

Prema Ustavu, najviši sud je Vrhovni sud, a za pitanja ustavnosti nastao je Ustavni tribunal (*Constitutional Tribunal*).[65]

Demokratska Socijalistička Republika Šri Lanka (The Democratic Socialist Republic of Sri Lanka)

Sudska vlast Šri Lanke vrši se putem sudova, tribunala i institucija koje je predvidio Ustav. U poglavlju XV (Pravosuđe), čl. 105. stav 1. formira Vrhovni sud Republike Šri Lanke, Žalbeni sud i Visoki sud. Prema Ustavu, Vrhovni sud ima ograničenu nadležnost u pogledu ocjene ustavnosti zakona parlamenta.[66]

Dominikanska Republika (Dominican Republic)

Sudska vlast Dominikanske Republike povjerena je Vrhovnom sudu. Uz ovaj sud, Ustavom su nastali Žalbeni sud i Mirovni sudovi (*Court of Peace*). Posebno tijelo je Savjet za sudsku vlast (*Council of Judicial Power*).[67]

---

[64] Opširnije vidjeti Ustav na francuskom jeziku dostupan na http://democratie.francophonie.org/IMG/pdf/Constitution_de_la_RDC.pdf. Stranici se pristupilo 18. 2. 2014. godine. Prevod autora.

[65] Vidjeti Ustav iz 1990. godine (uključujući i amandmane iz 2003.). Tekst Ustava na engleskom jeziku dostupan je na http://www.chr.up.ac.za/hr_docs/constitution/docs/Sao Tome. Stranici se pristupilo 18. 2. 2014. godine. Prevod teksta autor.

[66] Opširnije vidjeti Ustav Republike Šri Lanke na engleskom jeziku. Ustav je dostupan na http://priu.gov.lk/Cons/1978 constitution/html. Ustav koji smo koristili prilikom pisanja rada je Ustav iz 1978. godine s posljednjim amandmanima iz 2001. godine. Stranici se pristupilo 20. 2. 2014. godine. Prevod teksta – autor.

[67] Opširnije o organizaciji sudske vlasti vidjeti Ustav Dominikanske Republike iz 1966. godine s amandmanima iz 2002. godine, Naslov V (Title V), Poglavlje II (Chapter III), član. 152. – Vrhovni sud, član 157. – Žalbeni sud, član. 155 – Savjet za sudsku vlast i član 162. – mirovni sudovi. Tekst Ustava na engleskom jeziku dostupan je na http://www.pdba.georgetown.edu/Constitutions/DomRep/domrep02html. Stranci se pristupilo 20. 2. 2014. godine. U istraživanju smo utvrdili da jedno od rijetkih djela koja se odnose na tekst ustava većine država je *Constitutions of the Countries of the World*, autora Gisberta

Država Eritreja (State of Eritrea)

Najviši sud je Vrhovni sud koji ima pravo interpretacije Ustava i ocjenu zakonitosti. Ustav, naravno, predviđa i formiranje drugih, nižih sudova, koji nastaju na osnovu zakona. Posebno tijelo je Povjerenstvo za sudsku službu (*Judicial Service Commission*). Ustav je prihvatio ideju podjele vlasti na izvršnu, zakonodavnu i sudsku. Međutim, Ustav iz 1997. godine je samo ratifikovan i nije stupio na snagu, a vlast je u rukama šest lokalnih vlada.[68]

Država Izrael (State of Israel)

Glavni sudovi Izraela su Vrhovni sud, Distriktni sud, prekršajni sudovi (*Magistrate's Courts*) i oni sudovi koji nastaju na osnovu zakona. Ova sudska organizacija je navedena u Ustavu, te je u pitanju tzv. trostepena sudska organizacija.[69]

Država Katar (State of Qatar)*

Tokom 2004. godine napustio se tzv. dupli sudski sistem i formiraju se Kasacioni sud, Žalbeni sud i prvostepeni sud. U Kataru, najviši sudski autoritet počiva u rukama Vrhovnog sudskog vijeća (*Supreme Judicial Council*).[70]

Država Kuvajt (State of Kuwait)

Ustav države Kuvajt u Poglavlju V, reguliše organizaciju sudske vlasti. Ova vlast je strukturirana na tri nivoa, a to su prvostepeni sudovi, žalbeni i kasacioni sudovi. Od sedamdesetih godina prošlog vijeka postoji Ustavni

H. Flanza objavljeno od strane Oceana Publications, New York, 1971. godine. Ovo djelo obuhvata dvadeset tomova.

[68] Tekst Ustava na engleskom dostupan je na http://eritrean-embassy.se/government-agencies/eritrea-constitution. Stranici se pristupilo 20. 4. 2014. godine. Poglavlje VI odnosi se na sudsku vlast, članovi 48., 49. i 53. Prevod teksta Ustava – autor. Opširnije o ustavnosti Eritreje vidjeti: Richard A. Rosen "Constitutional Process, Constitutionalism and the Eritrean Experience", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 24., No. 2 (1999), str. 263–311.

[69] Opširnije vidjeti Ustav Izraela na engleskom jeziku koji je dostupan na http:/www.mfa.gov/archive. U pitanju je zvanična internet-stranica Ministarstva inostranih poslova države Izrael. Na ovoj stranici potrebno je pristupiti kategoriji Basic Law: The Judiciary. Stranici se pristupilo 22. 2. 2014. godine. Prevod teksta – autor.

* Država Katar je nasljedna ustavna monarhija. Primjedba autora.

[70] Opširnije vidjeti: Bettina Gräf, "Qatar" dio pod naslovom "The Judiciary", *Encyclopedia of World Constitutions* – edited by Gerhard Robbers Vol. III, 748–749.

sud. Pored navedenog, Ustav je uspostavio i tijelo pod nazivom Sudsko vijeće. Kao što je slučaj s drugim državama i Katar uvažava princip sudske samostalnosti.[71]

Država Vatikan (State of the Vatican, Holy See)

Država Vatikan je najmanja država na svijetu nastala potpisivanjem Lateranskog ugovora 1929. između Italije i Svete Stolice. Pitanje sudova, odnosno sudske organizacije i sudske vlasti okončano je donošenjem posebnog zakona iz 1987. godine. Ovim zakonom sudski sistem je organizovan po principu tri nivoa. Prvi je oličen u sudiji pojedincu, drugi se sastoji od žalbenog suda i posljednji od kasacionog.[72]

Federacija Sv. Kristofera i Nevisa (Federation of Saint Christopher and Nevis – Federation of Saint Kitts and Nevis)

U slučaju federacije Sv. Kristofer i Nevis, sudska grana vlasti je nezavisna, ali je dio pravnog sistema Istočnih Kariba unutar kojeg se nalazi Vrhovni sud Istočnih Kariba.[73]

Federalna Demokratska Republika Etiopija (Federal Democratic Republic of Ethiopia)

Prema Ustavu, najviši sud je Federalni vrhovni sud, a ostali sudovi federalne vlade su Federalni visoki sud i Federalni prvostepeni sud (*Federal First Instance Court*).[74]

Federalne Države Mikronezije (Federal States of Micronesia)

Prema Ustavu postoji jedan federalni Vrhovni sud, s tim da Ustav dozvoljava i formiranje drugih kategorija. Ovaj sud sastoji se iz dvije organizacione jedinice, a to su apelaciona i jedinica za suđenja.[75] Ustav Mikronezije

---

[71] Vidjeti Ustav države Katar na engleskom jeziku koji je dostupan na http://pm.gov.kw/en/state. Stranici se pristupilo 20. 2. 2014. godine. Prevod autora.

[72] Opširnije vidjeti navedeni zakon iz 1987. godine koji je dostupan na http://www.aloha.net/~mikesch/treaty.htm. Stranici se pristupilo 22. 2. 2014. godine. Zakon je poznat pod imenom Zakon o pravosudnom sistemu (Law on the Judiciary System).

[73] Opširnije vidjeti Ustav iz 1983. godine koji je dostupan na http://georgetown.edu/pdba/Constitutions/Kitts/kitts83.html. Stranici se pristupilo 20. 2. 2014. godine.

[74] Opširnije vidjeti Poglavlje 9., čl. 78. stav 1. Ustava Federalne Demokratske Republike Etiopije na engleskom jeziku. Tekst je dostupan na http://www.ethiopianembassy.org/constitution.pdf. Stranici se pristupilo 20. 2. 2014. godine. Prevod autora.

[75] Vidjeti član X Ustava Mikronezije na engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.paclii.org/fm/legis/consol_act/cotfsom468. Stranici se pristupilo 22. 2. 2014. Prevod autora.

modelovan je prema Ustavu Sjedinjenih Američkih Država, što se odrazilo i na rad Vrhovnog suda Mikronezije i primjenu opšteg prava (*Common Law*).[76]

Federalna Republika Austrija (Federal Republic of Austria)

Prema pisanju Ričarda Poca (Richard Potz) Austrija posjeduje tradiciju ocjene ustavnosti još od 1867. godine te Ustav i potvrđuje ovaj sud.[77] Međutim, konačna instanca u civilnim i krivičnim predmetima je u rukama Vrhovnog suda. Ustavni sud je izvan zvanične sudske organizacije, a mehanizam sudske kontrole zakona predviđen je Ustavom Austrije.[78]

Federalna Republika Brazil (Federal Republic of Brasil)

Prema članu 92. Ustava Brazila sudski sistem obuhvata Federalni vrhovni sud, Viši sud pravde (*Superior Court of Justice*), federalne regionalne sudove, vojne, i druge sudove. Uz spomenutu organizaciju treba ukazati i na postojanje državnih sudova. Vrhovni sud nadležan je i za ustavnost zakona.[79]

Federalna Republika Nigerija (Federal Republic of Nigeria)

Najviši sud u Nigeriji je Vrhovni sud o čemu govori član 249. stav 1. Ustava Nigerije. Uz navedeni sud, postoje i Žalbeni sud (čl. 237), federalni i državni visoki sud, Šerijatski žalbeni sud kao i Izborni tribunal (*Election Tribunal*). Svaka federalna jedinica posjeduje Visoki sud (*State High Court*).[80]

Federalna Republika Njemačka (Federal Republic of Germany)

Prema Ustavu Njemačke najviši sud je Ustavni sud, a odmah ispod njega nalazi se Vrhovni sud. U Ustavu se daljnja organizacija sudstva povjerava federalnom zakonodavstvu. Najviši sud nadležan je samo za ustavna pitanja. Cjelokupni sudski sistem obuhvata pet različitih nivoa, a to su građanski

---

[76] Opširnije vidjeti: Edward C. King, "Custom and Constitutionalism in the Federal States of Micronesia", *Asian-Pacific Law&Policy Journal*, Vol. 3, Issue 2, (2002), str. 252–259.

[77] Opširnije vidjeti Richard Potz, "Austria" objavljeno u *Encyclopedia of World Constitutions* – edited by Gerhard Robbers Vol. I, str. 57–63.

[78] Opširnije vidjeti Ustav Austrije, Dio B (Part B) pod naslovom Nadležnost (Jurisdiction), članovi 89. i 92. Tekst Ustava na engleskom dostupan je na http://www.servatunibe.ch/icl/au0000_.html. Stranici se pristupilo 22. 2. 2014. godine. Prevod teksta – autor.

[79] Opširnije vidjeti navedeni član Ustava Brazila, na engleskom jeziku dostupan je na http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/br00000_.html. Stranici se pristupilo 24. 2. 2014. godine. Prevod autora.

[80] Opširnije vidjeti čl. 230, 237, 255, 265. Ustava Nigerije na engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.nigeria-law.org/constitutionOfTheFederalRepublicOfNigeria.htm. Stranici se pristupilo 26. 2. 2014. godine. Prevod autora.

i krivični, administrativni, radni, carinski i na kraju socijalni sudovi. Kod navedenih nivoa završetak sudske piramide je rezervisan za Vrhovni sud.[81]

Grenada (Grenada)

Ustav Grenade utvrđuje da sudski sistem čine Visoki sud i Žalbeni sud. Ova dva suda čine Vrhovni sud istočnih Kariba kao dio zapadnih indijskih povezanih teritorija. Uz navedene kategorije nalazi se i Tajni savjet Ujedinjenog Kraljevstva čija nadležnost nije striktno ustavnog karaktera.[82]

Gruzija (Georgia)

Sudski sistem Gruzije sastoji se od Ustavnog suda i opštih sudova. Najviši kasacioni sud je Vrhovni sud i pripada sistemu opštih sudova. U sudskom sistemu nalaze se i četiri apelaciona suda kao i veći broj nižih sudova.[83]

Hašimitska Kraljevina Jordan (Hashemite Kingdom of Jordan)

Sudska vlast organizovana je kroz tri grane odnosno oblasti. To su građanski, vjerski i posebni ili specijalni sudovi. Na vrhu sudske hijerarhije nalazi se Kasacioni sud.[84] Nacionalna povelja Jordana iz 1990. godine predviđa formiranje ustavnog suda, ali njegovo osnivanje nije okončano sve do danas.[85]

Irska (Ireland)

Sudski sistem Irske uređen je na četiri nivoa. To su Distriktni sud (24 distrikta), Okružni sud, Visoki sud i na kraju Vrhovni sud koji ima funkciju žalbenog suda. U slučaju kada se govori o ocjeni ustavnosti u Irskoj, nadležan je Visoki sud.[86]

---

[81] Opširnije vidjeti Dio IX (Pravosuđe), član. 92. Ustava Njemačke na engleskom jeziku. Tekst Ustava dostupan je na http://www.constitution.org/cons/germany.txt. Stranici se pristupilo 26. 2. 2014. godine. Prevod autora.

[82] Opširnije vidjeti poglavlje VIII – Sudske odredbe (Judicial Provisions) Ustava Grenade na engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.geergetown.edu7pdba/Constitution/Grenada/gren73eng.htlm. Stranici se pristupilo 27. 2. 2014. godine. Prevod autora.

[83] Opširnije vidjeti Poglavlje V, čl. 82. Ustava Gruzije na engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.parliament.ge/index.php?lang_id=geo&sec_id=68 od 27. 2. 2013. godine.

[84] Opširnije o organizaciji sudova u Jordanu vidjeti Poglavlje 6. i čl. 97–109. Tekst Ustava na engleskom jeziku dostupan je na http://www.kinghussein.gov.jo/constitution.html. Stranici se pristupilo 1. 3. 2014. godine. Prevod autora.

[85] Opširnije o navedenoj povelji vidjeti tekst Povelje dostupan na http://www.kinghussein.gov.jo/charter_national.html. Stranici se pristupilo 1. 3. 2014. godine. Prevod autor.

[86] Opširnije vidjeti dio Ustava pod naslovom "Sudovi" (The Courts), čl. 34. Tekst Ustava na engleskom jeziku dostupan je na http://www.constitution.org/cons/constitution.ireland-eh.pdf. Stranici se pristupilo 1. 3. 2014. godine. Prevod autora.

Islamska Republika Afganistan (Islamic Republic of Afghanistan)

Prema članu 116. Ustava sudski sistem obuhvata Vrhovni sud (Stera Mahkama), Visoki sud i Žalbeni sud. Sudije Vrhovnog suda moraju imati visoko obrazovanje u domenu prava i islamske jurisprudencije. Vrhovni sud kao institucija može prisustvovati radu Velikog vijeća (Loya Jirga), ali bez prava glasa. Islamska Republika Afganistan, s obzirom na novi ustav od 4. januara 2004. godine, još uvijek provodi proces prilagođavanja sudskog sistema novom ustavu.[87] Grupa autora je tokom 2003. godine objavila knjigu koja se bavi pitanjima demokratije, islama i novog ustava.[88]

Islamska Republika Iran (Islamic Republic of Iran)

Ustav Irana utemeljio je Vrhovni sud, vojne i administrativne sudove. Uz navedene postoji i kategorija posebnih sudova kao što je Revolucionarni sud i Sud uleme.[89]

Islamska Republika Mauritanija (Islamic Republic of Mauritania)

Najviši sud u državi je Vrhovni sud, a najznačajnija institucija je Ustavno vijeće koje donosi odluku o ustavnosti svih zakona prije njihovog stupanja na snagu. Uz navedeno tu se nalazi i Visoko islamsko vijeće koje je savjetodavnog karaktera i Visoki sud pravde.[90]

Islamska Republika Pakistan (Islamic Republic of Pakistan)

Najviši sud je Vrhovni sud i njegove odluke su obavezujuće za sve sudove i administrativna tijela. Ovaj sud je i konačni tumač Ustava. Pored navedenog suda postoje i visoki sudovi za svaku provinciju u državi. O pogledu nadležnosti Vrhovni sud uz navedeno nadležan je za građanske, krivične, administrativne i sve druge sporove.[91]

---

[87] Opširnije vidjeti Ustav Afganistana član 116. na engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/af00000-.html. Stranici se pristupilo 1. 3. 2014. godine. Prevod autora.

[88] Opširnije vidjeti: Said Arjoman, Nathan Brown, Jerrold Green, Donald Horowitz, Michael Rich, Barnett Rubin i Birol Yesilada, *Democracy and Islam in the New Constitution of Afghanistan* (New York, Rand Corporation NBN, 2003).

[89] Tekst Ustava dostupan je na zvaničnoj stranici Iranske ambasade u Kanadi (Ontario) http://www.salamiran.org/IranInfo/State/Constitution/. Stranici se pristupilo 1. 3. 2014. godine.

[90] Opširnije o sudskoj organizaciji vidjeti Naslov VIII i član 92. Ustava Mauritanije na engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/mr00000-.html. Stranici se pristupilo 1. 3. 2014. godine. Prevod autora.

[91] Opširnije vidjeti Dio VII, član 175. Ustava države Pakistan na engleskom jeziku koji je

Jamajka (Jamaica)

Sudska organizacija počinje s tzv. specijalizovanim sudovima (saobraćajni, prekršaji, porodično pravo i sl.). Naredni, viši nivo su rezidentni prekršajni sudovi (*Resident Magistrates Courts*), nakon čega slijedi žalbeni sud, a to je Vrhovni sud, i Sud za žalbe kao najviši sud. Konačna žalbena instanca je Tajni savjet u Londonu.[92]

Japan (Japan)

Sudski sistem je unitarnog karaktera i sastoji se od Vrhovnog suda, osam visokih sudova, pedeset distriktnih sudova i pedeset tzv. porodičnih sudova. Vrhovni sud sastoji se iz dvije tzv. klupe. To su velika i mala (Grand and Petty Besh). Ovaj sud je konačni žalbeni sud u svim predmetima, pa čak i u predmetima administrativne prirode.[93]

Kanada (Canada)

Ustavni zakon (*Constitutional Act*) Kanade od 1. jula 1867. godine prihvatio je britanski model sudova. Sudski sistem sastoji se od Vrhovnog suda, distriktnih i okružnih sudova. Ovu organizaciju prihvatio je i Ustavni zakon od 17. aprila 1982. godine.[94] Vrhovni sud nalazi se na vrhu sudskog sistema čija se nadležnost prostire na teritoriji čitave države. Načelo sudskog preispitivanja ili sudske kontrole ustavnosti zakona nalazi se u nadležnosti redovnih sudova. Struktura Vrhovnog suda detaljno je utvrđena Zakonom o Vrhovnom sudu (Supreme Court Act).[95]

Kneževina Andora (Principality of Andora)

Pravosudni sistem Andore sastoji se iz tri različita ogranka. To su građanski, krivični, administrativni i fiskalni ogranak. Kada se govori o sudovima, postoji

---

dostupan na http://www.pakistan.org./pakistan/constitution. Stranici se pristupilo 2. 3. 2014. godine. Prevod autora.

[92] Opširnije vidjeti Poglavlje VII, Dio I, član 97. i čl. 103. Ustava Jamajke na engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.pbda.georgetown.edu/Constitutions/Jamaica/jam62.html. Stranici se pristupilo 3. 3. 2014. godine. Prevod teksta Ustava – autor.

[93] Opširnije vidjeti Poglavlje VI, čl. 76–82. Ustava Japana na engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.japan.kantei.go.jp/foreign/constitution_and_government/the_constitution_of_japan.html. Stranici se pristupilo 4. 3. 2014. godine. Prevod autora.

[94] Opširnije vidjeti tekst Ustavnog zakona na engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.http://laws.justice.gc.ca/eng/Const/page-5.html#docCont. Stranici se pristupilo 5. 3. 2014. godine. Prevod teksta – autor.

[95] Tekst Zakona na engleskom jeziku dostupan je na http://www.http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/S-26/FullText.html. Stranici se pristupilo 5. 3. 2014. godine. Prevod autora.

Ustavni sud koji je konačan tumač Ustava i zaštitnik fundamentalnih prava. Hijerarhijski posmatrano, iznad ovog suda nalazi se Vrhovni sud Andore (Tribunal Superior de Justìcia d'Andora)[96].

Kneževina Lihtenštajn (Principality of Liechtenstein)

Prema Ustavu prvostepeni sud nadležan je za građanske i krivične postupke, a u pitanju je Sud Kneževine (*Princely Court – Landgericht*). Drugostepeni je Visoki žalbeni sud i na kraju se nalazi Vrhovni sud. Pored navedenih sudova postoje sudovi za javno pravo (*Courts for Public Law*), a to su administrativni i ustavni sud.[97] Jedna od karakteristika koja proističe iz Ustava je ta da se cijelo pravosuđe provodi u ime vladajućeg princa.[98]

Kneževina Monako (Principality Monaco)

U Monaku sudska organizacija obuhvata Tribunal prvog stepena (*Tribunal of First Instance*), Žalbeni sud, Krivični tribunal i Sud za revizije. Uz ove sudove nalazi se i Vrhovni sud koji po Ustavu ima pravo odlučivanja o zakonima koji krše Ustavom zagarantovane slobode.[99]

Komonvelt Australija (Commonwealth Australia)

Prema Ustavu postoji federalni vrhovni sud, ali se naziva Visoki sud Australije (*High Court of Australia*) i ima apelacionu nadležnost. Paralelno sa spomenutim sudom postoje i državni vrhovni sudovi (*State Supreme Courts*) i Tajno vijeće u Londonu. Daljnja izgradnja sudskog sistema je u rukama zakonodavstva.[100]

---

[96] Opširnije vidjeti Naslov VII – "Pravosuđe" (Title VII, Justice), čl. 85–89. i Naslov VIII – "Ustavni Tribunal" (Title VIII, The Tribunal Constitucional) Ustava Andore. Tekst Ustava na engleskom jeziku dostupan je na http://www.legislationline.org. a objavljen je od strane Conseil General Principa D'Andora. Stranici se pristupilo 7. 3. 2014. godine. Prevod teksta – autor.

[97] Opširnije o sudskoj organizaciji vidjeti Poglavlje VIII pod naslovom "Sudovi" (Chapter VIII, The Court), čl. 97, čl. 98, a o administrativnim vidjeti čl. 102–103. Ustav Lihtenštajna na engleskom jeziku dostupan je na http://www.1.umn.edu/humanrts/research/liechtenstein-constitution.pdf. U pitanju je izdanje Ustava od strane Vlade uključujući i amandmane od 15. septembra 2003. godine. Stranici se pristupilo 7. 3. 2014. godine. Prevod teksta – autor.

[98] Opširnije vidjeti čl. 95. Ustava.

[99] Opširnije vidjeti Poglavlje X pod naslovom "Pravosuđe", čl. 88–90. Ustava ne engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.monaco-consulate.com/wp-content/uploads/2009/06/Constitution.pdf. Stranici se pristupilo 10. 3. 2014. godine. Prevod teksta – autor.

[100] Opširnije vidjeti Poglavlje III – Pravosuđe, čl. 71. Ustava Australije na engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate/

Komonvelt Bahami (Commonwealth Bahami)

Sudski sistem Bahama sastoji se od Vrhovnog suda i Žalbenog suda. Vrhovni sud ima izvornu nadležnost u građanskim i krivičnim stvarima. U pogledu ustavnih pitanja ovaj sud je ograničen na one stvari koje se odnose na članove Senata, odnosno senatore. Sud posljednje instance je Sudski odbor Tajnog savjeta u Londonu (*Judicial Commitee of the Privy Council in London*).[101] Ovaj sudski sistem potiče od britanskog sudskog sistema.

Komonvelt Dominika (Commonwealth Dominica)

U slučaju Dominika govori se o višestepenom sudskom sistemu koji započinje nižim ili prekršajnim sudovima. Naredni stepen odnosno drugi je Vrhovni sud, a žalbe se mogu upućivati Državnom vrhovnom sudu koji je uspostavljen za teritoriju Istočnih Kariba.[102] Ovoj strukturi treba dodati i sud koji je nadležan za preispitivanje odluka Vrhovnog suda. U pitanju je ranije spomenuti Sudski odbor Tajnog savjeta u Londonu.

Konfederacija Švicarska
(Swiss Confederation – Confoederatio Helvetica)

Sudski sistem je u osnovi kantonalnog karaktera. Na federalnom nivou postoji Federalni vrhovni sud, Federalni krivični sud, Federalni administrativni sud i nezavisni Federalni sud za osiguranje (Federal Insurance Court) kao dio Vrhovnog suda. Federalni sistem sudova predstavlja i najviši sudski autoritet, ali s ograničenom nadležnošću. Jedno od navedenih ograničenja ogleda se u činjenici da spomenuti sudski sistem nema pravo utvrđivanja neustavnosti federalnih propisa, ali ovo pravo ima u slučaju kada se govori o kantonalnom nivou.[103]

Powers_practice_n_procedures/~/link.aspx?_id=1A4B10F0E0C645D68D16DC6953E7CE52&_z=z. Stranici se pristupilo 2. 4. 2014. godine. Prevod autora. Tekst Ustava koji smo koristili u istraživanju je revidirano izdanje iz 2010. godine s obzirom na Ustavne konvencije (Constitutional Convention) iz 1998. godine.

[101] Opširnije vidjeti Poglavlje VI, čl. 93. Ustava Bahama na engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.bahamas.gov.bs. Stranici se pristupilo 5. 4. 2014. godine. Prevod teksta Ustava – autor.

[102] Opširnije vidjeti Poglavlje VIII, čl. 103–107. Ustava. Tekst Ustava na engleskom jeziku dostupan je na http://www.pdba.georgetown.edu/Constitutions/Dominica/dominica78.html. Stranici se pristupilo 6. 4. 2014. godine. Prevod autora.

[103] Opširnije vidjeti Poglavlje 4. pod naslovom "Federalni sud i druge sudske vlasti" (Chapter 4 – Federal Court and other Judicial Authorities) Ustava Švicarske. Tekst Ustava na engleskom jeziku dostupan je na http://www. admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf. Stranici se pristupilo 10. 4. 2014. godine. Prevod teksta autor.

Kraljevina Bahrein (Kingdom of Bahrain)

Prema novom ustavu od 14. februara 2002. godine osigurali su se uslovi za formiranje Ustavnog suda. Uz ovaj sud, u Ustavu se navodi da unutar države postoje i drugi sudovi čije je osnivanje u rukama zakonodavstva. Sudski sistem Kraljevine Bahrein organizovan je od građanskih i šerijatskih sudova.[104]

Kraljevina Belgija (Kingdom of Belgium)

Sudski sistem Belgije obuhvata redovne sudove koji su organizovani u skladu s principima teritorijalnosti i specijalizacije. U ovom sistemu kasacioni sud je Vrhovni sud. Međutim, u slučaju administrativnih sudova i tribunala najznačajniji je spomenuti Državni savjet (Council of State).[105]

Kraljevina Butan (Kingdom of Bhutan)

Sudska vlast u Butanu povjerena je tzv. Kraljevom pravosuđu (Royal Courts of Justice), a sastoji se od Vrhovnog suda i Visokog suda. U slučaju kada se govori o Vrhovnom sudu, onda treba istaći da je ovaj sud konačni tumač Ustava. Ispod spomenute sudske organizacije nalazi se i veći broj distriktnih sudova. Navedena sudska organizacija je novijeg datuma s obzirom na to da je Ustav donesen 18. jula 2008. godine.[106]

Kraljevina Danska (Kingdom of Denmark)

Najviši sud u Danskoj je Vrhovni sud (najviši žalbeni sud). Unutar sudske organizacije nalaze se redovni sudovi (nižeg i višeg stepena) kao i različite vrste sudova posebnih namjena kao što su poreski sud, trgovački i slično.[107]

---

[104] Opširnije vidjeti Dio 4. pod naslovom "Sudska vlast" (Section 4 – The Judicial Authority), čl. 105–106. Ustava. Tekst Ustava na engleskom jeziku dostupan je na http://www.servat.unibe.ch/icl/ba00000_.html. Stranici se pristupilo 12. 4. 2014. godine. Prevod teksta – autor.

[105] Opširnije o sudskoj organizacije Belgije vidjeti Poglavlje IV, član 147. Ustava. Tekst Ustava na engleskom jeziku dostupan je na http://www.fed-parl.be/constitutio-uk.html. Stranici se pristupilo 12. 4. 2014. godine. Prevod teksta – autor.

[106] Opširnije vidjeti član 21. koji nosi naziv Pravosuđe (The Judiciary) koji obuhvata osamnaest tačaka. Tekst ustava Butana na engleskom jeziku dostupan je na http://www.bhutanaudit.gov.bt/About%20Us/Mandates/Constitution%20of%20Bhutan%202008.pdf. Stranici se pristupilo 14. 4. 2014. godine. Prevod teksta – autor. Navedeni ustav inspirisan je budističkom filozofijom i konvencijama o ljudskim pravima.

[107] Opširnije vidjeti tekst Ustava na engleskom jeziku dostupan na http://www.constitution.org. Stranici se pristupilo 15. 4. 2014. godine. Prevod teksta – autor.

Kraljevina Holandija (Kingdom of the Netherlands)

Ustav Kraljevine Holandije osigurao je osnovu za daljnje kreiranje sudskog sistema. Trenutni sudski sistem je nastao na osnovu zakonodavne aktivnosti Parlamenta. Ovaj sistem obuhvata Vrhovni sud, pet žalbenih sudova, devetnaest distriktnih i preko šezdeset tzv. subdistriktnih sudova.[108]

Kraljevina Kambodža (Kingdom of Cambodia)

Sudski sistem Kambodže sastoji se od slijedećih nivoa: općinski sudovi (Municipal Courts), provincijski, vojni i žalbeni sudovi. Na vrhu sudske piramide nalazi se Vrhovni sud. Ovaj sistem zasniva se na kontinentalnoj evropskoj tradiciji uz ostatke bivšeg socijalističkog režima. U cilju tumačenja Ustava formirano je Ustavno vijeće (Constitutional Council).[109]

Kraljevina Maroko (Kingdom of Morocco)

U Kraljevini Maroko postoji Ustavni sud i Visoki sud. Sudski sistem odražava piramidalni i hijerarhijski sistem organizacije. Uz navedeno, postoji i posebno tijelo koje se zove Nadređeno vijeće sudske vlasti (Superior Council of the Judicial Power).[110]

Kraljevina Nepal (Kingdom of Nepal)

Sudski sistem Nepala sastoji se od Vrhovnog suda, žalbenih i distriktnih sudova. Vrhovni sud je ovlašten za pitanja ustavnosti zakona.[111]

Kraljevina Norveška (Kingdom of Norway)

Kraljevina Norveška nema Ustavni sud, a sudski sistem se sastoji od Vrhovnog suda pravde (Supreme Court of Justice), Interlokutornog odjela za žalbe pri Vrhovnom sudu (Interlocutory Appeals Committee of the Supreme Court),

---

[108] Opširnije vidjeti Ustav Holandije na engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.minbzk.nl/uk/constitution_and/publications/the_constitution-of. O sudskoj organizaciji vidjeti stranicu holandske Vlade http://www.government.nl/issues/administration-of-justice-and-dispute-settlement/the-dutch-court-system. Stranicama se pristupilo 17. 4. 2014. godine. Prevod teksta – autor.

[109] Opširnije vidjeti tekst Ustava na engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.http://cambodia.ohchr.org/klc_pages/KLC_files/section_001/section_01_01_ENG.pdf. Poglavlja XI i XII. Stranici se pristupilo 18. 4. 2014. godine. Prevod teksta – autor.

[110] Opširnije vidjeti: *World Constitutions Illustrated*, edited by Jefri Jay Ruchti,(William S. Hein&Co., Buffalo, New York, 2011), str. 28–33.

[111] Opširnije vidjeti Dio IV, čl. 48. Ustava Nepala na engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/np00000_html. Stranici se pristupilo 24. 4. 2014. godine. Prevod teksta –autor.

žalbenih sudova, mirovnih sudova kao i posebnih odnosno spezijalizovanih sudova.[112]

Kraljevina Saudijska Arabija
(Kingdom of Saudi Arabia – Al Mamlakah al Arabiya as Suudiyah)

Prema Temeljnom zakonu vladanja (The Basic Law of Governance) sudovi su autoritet države uz obavezu primjene islamskog prava. U sudskoj organizaciji posebno mjesto pripada ministru pravde koji je ujedno i veliki muftija i lider pravosuđa. Od sudova odnosno posebnih tijela možemo navesti Vrhovno sudsko vijeće (Supreme Judicial Council).[113]

Kraljevina Svazilend (Kingdom of Swaziland)

Sudska organizacija se sastoji od Vrhovnog suda i Visokog suda. Vrhovni sud je konačna žalbena instanca. Ova sudska organizacija navedena je u novom ustavu koji datira od 8. februara 2006. godine.[114]

Kraljevina Španija (Kingdom of Spain)

U Španiji Ustavni sud nije dio sudske grane vlasti već je u pitanju posebno tijelo koje je nadležno za ispitivanje ustavnosti zakona. Sudska organizacija obuhvata Vrhovni sud kao najviši sud u državi. Pored ovog suda postoji i Nacionalni sud (Audiencia Nacional), ali je hijerarhijski ispod Vrhovnog suda. Uz spomenuto Španija posjeduje i specijalizovane sudove.[115]

Kraljevina Švedska (Kingdom of Sweden)

Vrhovni sud je najviši sud opće nadležnosti, a Vrhovni administrativni sud (Supreme Administrative Court) je najviši administrativni sud. Ovdje je potrebno istaći da se Ustav Švedske sastoji od četiri fundamentalna zakona, a to su:

---

[112] Opširnije o sudskoj organizaciji vidjeti čl. 86–88. Ustava. Tekst Ustava na engleskom jeziku dostupan je na http://www.servat.unibe.ch. Stranici se pristupilo 25. 4. 2014. godine. Prevod teksta –autor.

[113] Opširnije vidjeti tekst Temeljnog zakona o vladanju na engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.saudiembassy.net/County/government/law%20of&20governance.asp. Stranici se pristupilo 26. 4. 2014. godine. Prevod teksta – autor.

[114] Opširnije vidjeti navedeni ustav Poglavlje VIII, Dio 2 (a) i 2 (b), čl. 145-149. i čl. 150-151. Tekst Ustava na engleskom jeziku dostupan je na http://www. ide.uniswa.sz/documents/resources/constitution2004.pdf. Stranici se pristupilo 27. 4. 2014. godine. Prevod teksta – autor.

[115] Opširnije o sudskoj organizaciji vidjeti Ustav Španije na engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.congreso.es/. Stranici se pristupilo 29. 4. 2014. godine. Prevod teksta – autor.

1. Instrument o upravljanju (Instrument of Government),
2. Zakon o nasljedstvu (Act of Succession),
3. Zakon o slobodi novinarstva (Freedom of the Press Act), i
4. Temeljni zakon o slobodi izražavanja (Fundamental Law on Freedom of Expression).[116]

Kraljevina Tajland (Kingdom of Thailand)

Kraljevina Tajland posjedovala je ustav koji je stupio na snagu 11. oktobra 1997. godine. Međutim, 22. maja 2014. godine izvršen je vojni udar.[117] Od tada se sva vlast nalazi u rukama armije, a suspendovan je i ustav. Trenutno, vlast je koncentrisana pri prelaznoj vladi koja je nadležna za brojne reforme. Vladajuće vojno vijeće je u turističkim oblastima ukinulo policijski sat 3. juna 2014. godine.[118] Iz ovih razloga nismo htjeli opisivati sudsku organizaciju koja je bila aktuelna do vojnog udara. Ono što se može očekivati je donošenje novog ustava ili povratak na raniji ustav.[119]

Kraljevina Tonga (Kingdom of Tonga)

Sudski sistem Kraljevine Tonga sastoji se od Žalbenog suda koji je i najviši sud, Vrhovnog suda, Zemljišnog suda (Land Court) i Policijskog prekršajnog suda (Police Magistrate Court).[120]

Umjesto zaključka

Umjesto zaključnih razmatranja, možemo samo ukazati na probleme i nedostatke koji su prisutni unutar sudskog sistema Bosne i Hercegovine. Ovo je, naravno, posljedica ne samo postojećeg Ustava, već i neadekvatnih političkih prilika koje nisu u stanju ponuditi zadovoljavajući odgovor na postojeće stanje (ne samo u sudstvu). Dosadašnjim istraživanjem utvrdili smo da su mnoge države, bez obzira na njihov način uređenja, organizaciju vlasti i oblik

[116] Opširnije o sudskoj organizaciji i strukturi Ustava vidjeti tekst Ustava na engleskom jeziku koji je dostupan na http://www.government.se/sb/d/2707/a/15187. Stranici se pristupilo 27. 4. 2014. godine. Prevod teksta – autor.

[117] Vidjeti dnevni list Avaz br. 6757, godina XIX od 4. 6. 2014. godine.

[118] Ibid.

[119] Primjedba autora.

[120] Opširnije vidjeti tekst Ustava na engleskom jeziku koji je dostupan na http://legislation.to/Tonga/DATA/PRIN/1988-002/ActofConstitutionofTonga.pdf. čl. 84–88. Stranici se pristupilo 2. 6. 2014. godine. Prevod teksta – autor.

vladavine, veliku pažnju usmjerile na organizaciju sudske vlasti. Kao što se može vidjeti, ideju postojanja vrhovnog suda prihvatile su skoro sve razvijenije države u svijetu. Ono što se može uočiti jeste različit stepen, odnosno nivo ovlaštenja ovog suda. S obzirom na to da je ovo samo prvi dio rada, zaključak se može završiti konstatacijom da skoro sve države svijeta imaju adekvatno izgrađenu sudsku piramidu koja se uvijek završava vrhovnim sudom ili odgovarajućim tribunalom. Na ovaj način govorimo o državama koje su približile koncept pravde svojim građanima, obezbijedile pravnu sigurnost i pravnu jednakost. Nažalost, opisane prilike nisu prisutne na teritoriji Bosne i Hercegovine, a jedan od razloga treba potražiti u nepostojanju vrhovnog suda čije je formiranje neophodno iz više razloga. Na kraju možemo spomenuti ranije citirane preporuke odgovarajućih institucija na nivou Evrope koje su ukazale na ovaj problem. Potrebno je ukazati i na to da je Bosna i Hercegovina jedina zemlja Balkana koja nema ni status kandidata za Evropsku uniju.

Literatura

1. Rječnici i enciklopedije

– The Encyclopedia Americana Vol. II, III i VII, Americana Corporation, New York, 1964.
– Encyclopaedia Britannica, Vol. 3,5 i7, Encyclopaedia Britannica, William Benton, London, 1963.
– Encyclopedia of World Constitutions – edited by Gerhard Robbers Vol. I, II i III, (Fact on File, New York, 2007.).
– Pravna enciklopedija, Savremena Administracija, Beograd, 1979.
– Pravni Leksikon, Savremena Administracija, Beograd, 1964.
– Vukičević, Branko, Dictionary of Law, Jezikoslovac, Beograd, 2003.
– Oxford dictionary, Oxford University Press, 2000.
– Oxford dictionary of Law, Oxford – New Yor, University Press, 2002.

2. Knjige, hrestomatije, brošure

– Amar, Akhil Reed: America's Constitution – a biography, Random House, New York, 2005.
– Arjoman Said, Brown Nathan, Green Jerrold, Horowitz Donald, Rich Michael, Barnett Rubin i Birol Yesilada, Democracy and Islam in the New Constitution of Afghanistan, New York, Rand Corporation NBN, 2003.
– Baum, Lawrence: The Supreme Court, CQ Press, Washington, D.C., 2007.
– Cohen William, Varat, D. Jonathan: Constitutional Law – cases and materials, Foundation Press, New York, 1998.

– De Tokvil, Aleksis: O demokratiji u Americi, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci-Novi Sad, 2002.
– Fallon, H. Richard Jr.: Meltzer J. Daniel, Shapiro L. David: Hart and Wechler's – The Federal Courts and The Federal System, Thomson, West, New York, 2005.
– Farnsworh, E. Allan: Uvod u pravni sistem Sjedinjenih Američkih Država, Savremena administracija, Beograd, 1973.
– Farnsworth, E. Allan: An introduction to the Legal System of the United States, Oceana Publications, New York, 1996.
– Friedman, Lawrence M.: American Law – An Introduction, W.W. Norton & Company, New York, 1998.
– Friedman, Lawrence M.: A History of American Law, Simon & Shuster, New York, 2005.
– Hall, L. Kermit, Finkelman Paul, Ely W. James Jr: American Legal History – Cases and Materials, Oxford University Press, New York, London, 2005.
– Hunter, Gerald: *Consitutional Law,* The Foundation Press INC, New York, 1991.
– Maurois, Andre: Povijest Sjedinjenih Američkih Država, Naprijed, Zagreb, 1960.
– Outline of the U.S. Legal System, Bureau of International Information Programs, United States Department of State, 2004.
– Ruchti, Jefri, Jay, World Constitution Illustrated, William S. Hein&Co., Buffalo, New York, 2011.
– Said Arjoman, Nathan Brown, Jerrold Green, Donald Horowitz, Michael Rich, Barnett Rubin i Birol Yesilada, *Democracy and Islam in the New Constitution of Afghanistan* (New York, Rand Corporation NBN, 2003).

3. Članci, studije i rasprave

– Amar, Akhil, Reed, "Fourth Amendment First Principles" *Harvard Law Review,* Vol. 107 (1994), str. 757–819.
– Cooley, Thomas M., "Comparative merits of written and prescriptive Constitutions", *Harvard Law Review,* Vol. II (1889), str. 341–357.
– Doernberg, Donald L., "We the People: John Locke, Collective Constitutional Rights, and Standing to challenge Government action", *California Law Review,* Vol. 73 (1985), str. 52–118.
– Eastman, John, C., "Judical Review on unenumerated rights: Does Marbury's holding apply in a post-Warren court world", *Harvard Journal of Law & Public Policy,* Vol. 28 (2005), str. 713–740.
– 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.

– Festić, Raifa, "Nastanak i razvoj kancelarovih sudova u engleskim kolonijama u Sjevernoj Americi", *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu,* XXVIII (1980), str. 339–352.
– Festić, Raifa, "Sudovi admiraliteta u engleskim kolonijama u Sjevernoj Americi", *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu,* XXIX (1981), str. 219–238.
– Fisk, Winston M., "Constitutionalism and Administrative Government in the United States: A Sketch", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu,* br. 1–2 (1984), str. 249–256.
– Fleury, Maria Izabel, and Ruben Eduardo Lujan, Ruben Eduardo, "New Venezuelan Constitution", *International Legal Practitioner,* Vol. 25 (2000), str. 60–63.
– Gräf, Bettina, "Qatar", Encyclopedia of World Constitutions, Vol. III, 748–749.
– Halapić, Edin, "Doktrina sudske kontrole (Judical Review) Marbury v. Madison (1803)", *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu,* LVI (2013), str. 29–48.
– Imamović, Mustafa, "Ustav i povijesni kompromis – primjer SAD", *Pravna misao* br. 3–4 (1991), str. 93–96.
– Karčić, Fikret, "Pravne kulture; koncept, izučavanje i klasifikacija", *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu,* br. XLVIII (2005), str. 287–299.
– Karčić, Fikret, "O pokušajima kodifikacije građanskog prava u historiji SAD", *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu,* br. XLIX (2006), str. 185–193.
– Kirby, Michael, "Judical Dissent-Common Law and Civil Law traditions", *The Law Quarterly Review,* Vol. 123 (2007), str. 379–400.
– King, C. Edward, "Custom and Constitutionalism in the Federal States of Micronesia", *Asian-Pacific Law&Policy Journal,* Vol. 3. Issue 2. (2002), str. 252–259.
– Klebba, James M., "Sudski federalizam u SAD", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu,* br. 4 (1992), str. 209–219.
– Rehnquist, H. William, "The Supreme Court in the nineteenth century", *Journal of Supreme Court History,* Vol .27 (2002), str. 1–13.
– Rosen, A. Richard "Constitutional Process, Constitutionalism and the Eritrean Experience", North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Vol. 24., No. 2 (1999), str. 263–311.
– Tushnet, Mark, "Foreword: The new Constitutional order and the chastening of Constitutional aspiration", *Harvard Law Review,* Vol. 133 (1999), str. 29–76.
– Maria Izabel Fleury and Ruben Eduardo Lujan, "New Venezuelan Constitution", *International Legal Practitioner,* Vol. 25 (2000), str. 60–63.

4. Zakonski propisi

Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 29/00.

Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 16/02.

Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 24/02.
Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 03/03.
Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 37/03.
Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 42/03.
Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 04/04.
Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 09/04.
Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 35/04.
Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 61/04.
Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj 93/05.
Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 48/07.
Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 15/08.
Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 74/09.
Službeni glasnik Bosne i Hercegovne br. 97/09.
Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 49/09.
Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine br. 1/94.
Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine br. 52/00.
Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine br. 43/02.
Službeni glasnik Republike Srpske br. 3/92.
Službeni glasnik Republike Srpske br. 40/00.
Službeni glasnik Republike Srpske br. 55/02.
Službeni glasnik Republike Srpske br. 111/04.
Službeni glasnik Republike Srpske br. 109/05.
Službeni glasnik Republike Srpske br. 37/06.
Službeni glasnik Republike Srpske br.119/08.
Službeni glasnik Brčko distrikta BiH br. 1/00.
Službeni glasnik Brčko distrikta BiH br. 7/04.
Službeni glasnik Brčko distrikta BiH br. 25/05.
Službeni glasnik Brčko distrikta BiH br. 17/08.
Službeni glasniku Brčko distrikta BiH br. 39/09.

5. Elektronske baze podataka i internet

5 a) EBSCO i GLIN – Elektronske baze podataka

5 b) Citirane internet-stranice

Edin Halapić, PhD
Assistant Professor

THE SUPREME COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA (From the example of the United States of America and other countries in the world) Part one

Summary

The paper entitled "The Supreme Court of Bosnia and Herzegovina" focuses on the issue of judicial organisation and the inexistence of the Supreme Court of Bosnia and Herzegovina. This issue is highly significant, especially when we speak about forming a court that would ensure legal equality, better protection of human rights, and strengthening of the country. We believe that the issue concerning the forming of the Supreme Court is ready to be addressed, and that it is necessary to come up with an appropriate model for it. The model should be in line with the legal and political situation and the legal tradition of Bosnia and Herzegovina. The paper introduces the example of the United States of America and other countries in the world. The opening segment of the paper includes a brief review of the judicial organisation in Bosnia and Herzegovina. The following segment of the research carries the example of the judicial organisation in the United States of America, meaning the example of the Supreme Court. The final segment of the paper carries the results of the research that included sixty-two countries, and which refers to the judicial organisation in line with the constitution. The goal of the research is to point out the countries that have a supreme court within their structure, as well as to indicate the need to form the Supreme Court of Bosnia and Herzegovina. This can only be done in a way to engage in state-level reforms.

Keywords: *Bosnia and Herzegovina, the Supreme Court, United States of America, the Constitution, judicial organisation, judicial system.*

Dr. Aleksandar Jakšić*
Redovni profesor

UDK: 341.231.14:341.645.5(4)]:341.922
Pregledni naučni rad

EVROPSKA KONVENCIJA O LJUDSKIM PRAVIMA I OSNOVNIM SLOBODAMA I SUKOB ZAKONA

Sažetak

U ovom radu razmatra se uticaj EKLJP na problem sukoba zakona. Na prvom mestu postavlja se pitanje da li EKLJP uopšte zahteva od država članica Konvencije da u unutrašnjem pravu uspostave sistem kolizionih normi (2). Dalje, postavlja se pitanje da li je autonomija volje stranaka samo izraz poštovanja prava na lični život koje je garantovano u članu 8 Konvencije (3). U daljem autor istražuje koja prava spadaju u pravo na kulturni identitet i kako se poštovanje ovog prava odražava na sukob zakona (4). Takođe, analizira se i poštovanje prava na porodični život, te klauzula diskriminacije i njihov uticaj na kolizione norme (5, 6). EKLJP predstavlja i deo unutrašnjeg javnog poretka država članica Konvencije (7). U zaključnim razmatranjima (8, 9) autor dolazi do zaključka da indolentan stav ESLJP prema kolizionim normama ima za posledicu nužnost poštovanja stečenih prava. Takođe, autor tvrdi da norme EKLJP treba primeniti uvek kao lois d'application immédiates prilikom određenja i primene merodavnog prava.

Ključne reči: *EKLJP; sukob zakona; autonomija volje stranaka; poštovanje kulturnog identiteta; ordre public; stečena prava; norme neposredne primene.*

1. Uvodna razmatranja

Iz prava na pravično suđenje (član 6 (1) Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnom slobodama – EKLJP), tačnije iz prava na tužbu koje je sastavni deo korpusa prava na pravično suđenje proizlazi i obaveza država članica Konvencije da priznaju strane sudske judikate.[1]

* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Bul. Kralja Aleksandra 67, Beograd. diplexaj@gmail.com

[1] V. F. Matscher, Die Einwirkung der EMRK auf das internationale Privat- und zivilprozesuale Verfahrensrecht, in "FS F. Schwind", Wien, 1993, str. 82; Th. Schilling, Exequatur und die EMRK, IPRax, 1/2011, str. 31, 32; B. Hess, Grundrechte-Charta und

S druge strane, pak, kada se detaljnije analizira praksa Suda u Strazburu koja se odnosi na transnacionalne građanskopravne odnose, može se primetiti da Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) niti jednom nije ulazio u pitanje merodavnog prava, primene kolizionih normi i sl. Ovo zbog toga što kolizione norme samo posredno rešavaju građanskopravni odnos sa elementom inostranosti,[2] dok ESLJP interesuje samo rezultat primene prava. Sud kontroliše samo činjenicu da li primena prava vodi ka **rezultatu** koji je inkompatibilan s garancijama koje sadrži Konvencija. Pri tome, nebitno je kom privatnopravnom poretku pripadaju pravne norme. Pred ESLJP ne postoji mogućnost da se nacionalno pravo kontroliše *in abstracto.*[3] Sledstveno tome, kada je u pitanju obim kontrole poštovanja garancija sadržanih u Konvenciji, ESLJP ne čini nikakvu razliku između situacija u kojima se javlja i onih u kojima se ne pojavljuje strani element.

Opet, jasno je da norme MPP, kao deo unutrašnjeg prava, moraju da budu **u skladu sa Ustavom**, te s normama sadržanim u EKLJP.[4] Što se tiče samog hijerarhijskog odnosa međunarodnih ugovora, ESLJP[5] je u nekoliko navrata istakao da norme sadržane u Konvenciji imaju **viši rang** u odnosu na međunarodne ugovore čiji cilj nije zaštita ljudskih prava. Tako, i svi drugi međunarodni ugovori, na primer, Haške konvencije o različitim pitanjima koja se tiču unifikacije kolizionih normi, moraju da se testiraju u odnosu na sklad s garancijama koje su sadržane u EKLJP.

S tim u vezi, osnovna pitanja koja se postavljaju u vezi s odnosom, tj. uticajem EKLJP na sukob zakona tiču se sledećeg:[6] a) da li EKLJP uopšte nalaže državama članicama da formiraju sistem kolizionih normi, i ako da, na koji

europäisches Zivilverfahrensrecht, in "FS E. Jayme, Sellier European Law Publishers, 2004, str. 350; R. Geimer, Menschenrechte im internationalen Zivilvervafrensrecht, in "33 Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht", 1994, str. 219.

[2] V. umesto svih A. Jakšić, Međunarodno privatno pravo (MPP), Beograd, 2008, str. 45 i sl.

[3] V. bliže umesto svih A. Jakšić, EKLJP-Komentar, Beograd, 2006, br. 1 i dalje za član 34; P. Kinsch, Private International Law (PIL) Topics before the European Court of Human Rights, Yearbook of PIL, 2011, str. 38.

[4] D. Looschelders, Die Ausstrahlung der Grund- und Menschenrechte auf das internationale Privatrecht (IPR), 65 RabelsZ, 2001, str. 466; R. Ellger, Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und deutsches IPR, 56 RabelsZ, str. 625.

[5] Svi ovi slučajevi odnosili su se na primenu Haške konvencije o građanskopravnim aspektima protivpravne otmice dece iz 1980. g. Tako ECHR, The case of Neulinger und Schuruk, Presuda od 6. 7. 2010, § 145 "...the pertinence of the Hague Convention in such a situation, it being essentially an instrument of a procedural nature and not a human rights treaty protective individuals on an objective basis..."

[6] Upor. U. Ehricke, Auswirkungen der EMRK auf das deutsche Kollisionsrecht, EuGRZ, 1993, str. 114.

način, b) da li je moguće da se odstupi od inače merodavnog prava na čiju primenu je ukazala koliziona norma *lex fori*, u slučaju da je, na primer, primena nekog drugog prava povoljnija za strane u materijalnopravnom smislu, c) da li Konvencija nalaže priznanje dejstava stranih pravnih instituta nepoznatih domaćem pravnom sistemu koji su valjano kreirani po stranom pravu, d) kakav je odnos normi iz Konvencije prema domaćem javnom poretku.

Na sva ova pitanja izuzetno je teško naći zadovoljavajući odgovor, jer je praksa ESLJP u domenu sukoba zakona izuzetno retka. Takođe, važno je napomenuti da se sva pitanja vezana za sukob zakona javljaju uvek u vezi s primenom člana 14 Konvencije koji zabranjuje svaki oblik diskriminacije u vezi s uživanjem prava koja su njome garantovana.

2. EKLJP i koliziono pravo

a) Zahteva li EKLJP koliziono pravo uopšte?

Generalno, osim dole navedenih izuzetaka, EKLJP ne zahteva od država članica da izgrade sistem kolizionih normi,[7] a još manje da izgrade sistem kolizionih normi određene sadržine. Tako, iz ugla gledanja EKLJP potpuno je nebitno da li neka od država članica na zakonsko nasleđivanje primenjuje *lex nationalis* ili, pak, *lex domicili* ostavioca. Za Sud u Strazburu je uvek i jedino bitan rezultat primene pravnih normi na konkretan slučaj. Naime, u postupku pred sudom se ocenjuje da li je primena neke pravne norme *in concreto* imala za posledicu povredu nekog od prava čije uživanje Konvencije garantuje. Ipak, važno je istaći i činjenicu da EKLJP ni ne zabranjuje državama članicama da izgrade vlastiti sistem kolizionih normi.[8]

Ovaj stav se najjasnije može ilustrovati na jednom slučaju koji se ticao predstavke protiv Belgije.[9] Naime, belgijske vlasti su holandskom državljaninu sa domicilom u Belgiji uskratile pravo na usvojenje, pozivajući se na primenu njegovog *lex nationalis*. Predstavka je podneta protiv Holandije, a ne protiv Belgije. Ondašnja Komisija je zauzela ispravno stanovište da je predstavka

---

[7] Tako U. Ehricke, op. cit. u bilj. 7, str. 114; D. Looschelders, op. cit. u bilj. 5, str. 491; Ch. Engel, Ausstrahlung der EMRK auf das Kollisionsrecht, 53 RabelsZ, 1989, str. 22.

[8] Tako Ch. von Bar, Menschenrechte im Kollisionsrecht, in "33 Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht", Tübingen, 1994, str. 193; Ch. Engel, op. cit. u bilj., 8, str. 21.

[9] Ecomm. HR, Odluka od 10. 7. 1975, X. v. Belgium, DR 7, 75, 77 ("By virtue of principles of PIL (...) the application (...) must be considered ex officio as being directed against Belgium").

morala da bude podneta protiv Belgije, jer "se na osnovu principa MPP (...) mora *ex officio* smatrati da je predstavka podneta protiv Belgije". Dakle, sama primena prava je usledila na osnovu zapovesti kolizionih normi *lex fori*, tako da za eventualnu povredu prava iz Konvencije može da bude odgovorna samo ona država čiji organ je i rešavao dati slučaj, a ne država čije je pravo u datom slučaju primenjeno.

Isto pravilo važi i kada je u pitanju primena merodavnog prava na procesne radnje. Naime, u jednom slučaju se postavilo pitanje da li je dostavljanje trebalo da se izvrši poštom u skladu s merodavnim italijanskim pravom ili, pak, primenom Bilateralnog ugovora između Italije i Mađarske o uzajamnoj pravnoj pomoći.[10] Sud je smatrao da njegov zadatak nije da raspravlja o ovom problemu[11] te da se bavi pitanjem kako je nacionalni sud primenio pravne norme. Kontrola primene prava dolazi u obzir jedino tada kada je usled primene nacionalnog prava došlo do povrede prava garantovanih Konvencije.

Ipak, u praksi Suda nalazimo i stavove koji nisu potpuno **indiferentni** prema kolizionim normama *lex fori* koje upućuju na primenu merodavnog prava.[12] Tako, u Luksemburgu se na pitanja punovažnosti usvojenja primenjuje, kao i u nas, kumulativno *lex nationalis* usvojenika i usvojioca.[13] U postupku priznanja usvojenja zaključenog u inostranstvu (Peru) sud u Luksemburgu je našao da valja odbiti egzekvaturu, jer se nisu ispunili uslovi za nastanak punovažnog usvojenja prema *lex nationalis* usvojenika. ESLJP je, u tom kontekstu, istakao da mu "se ne čini nerazumnim da luksemburški organi pokažu pažnju kada utvrđuju da li je usvojenje zaključeno u skladu sa kolizionim normama luksemburškog prava".[14]

Ipak, u literaturi[15] ima i shvatanja da MPP, po prirodi kolizionih normi, samo po sebi, upravo zbog toga što rešavanjem sukoba zakona poštuje ravnopravnost u različitostima pravnih sistema i predstavlja ljudsko pravo. Takođe, još 1972. g. austrijski profesor Moser[16] je u svojoj raspravi izneo stav da je EKLJP izvor MPP-a. Štaviše, naveo je da Konvencija zahteva da

---

[10] ECtHR, The case of Somogyi, Presuda od 18. 5. 2004, § 61.

[11] Idem, § 62.

[12] V. ECtHR, The case of Wagner and J.M.W.L., Presuda od 28. 6. 2007.

[13] V. član 44 Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (ZMPP).

[14] ECHR, The case of Wagner and J. M. W. L, § 126 "It does not seem unreasonable that the Luxembourg authorities should display prudence when they determine whether the adoption was made in accordance with the Luxembourg rules on the conflict of laws…".

[15] E. Jayme, Menschenrechte und Theorie des IPR, in "Internationale Juristenvereinigung Osnabrück", Jahresheft 1991/1992, str. 8, 10.

[16] B. Moser, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Quelle des IPR, Östrreichische Juristenzeitung, 1972, str. 650 i dalje.

se pravna i poslovna sposobnost fizičkih lica ceni prema *lex domicili*, da se nacionalna pripadnost pravnih lica mora ceniti prema mestu stvarnog sedišta pravnog lica,[17] da član 12 EKLJP zahteva da se na zaključenje braka kumulativno primeni *lex nationalis* verenika, itd.

Konvencija ne sadrži opštu klauzulu zabrane diskriminacije kao što je to slučaj sa Univerzalnom deklaracijom o pravima čoveka iz 1948. g. ili, pak, sa Paktom o političkim i građanskim pravima iz 1966. g. Naprotiv, zabrana diskriminacije po bilo kom osnovu je sadržana u članu 14 Konvencije za koji se smatra da je **akcesornog karaktera**, tj. da podnosilac predstavke na njegovu normu može da se poziva samo uz povredu nekog od prava koje je garantovano u Konvenciji.[18]

Jer, da Konvencija sadrži normu sličnu normi člana 3 Ustava RS o tome da su svi pred zakonom jednaki, radilo bi se o opštoj klauzuli ravnopravnosti koja bi mogla da se tumači u smislu da podrazumeva i uvažavanje ravnopravnosti svih pravnih sistema, te, samim tim, i postojanje obaveze da nacionalni pravni sistem sadrži koliziona pravila kojima bi se garantovala ravnopravnost svih privatnopravnih poredaka.

U tom slučaju jedino bi moglo da se argumentuje da opšta klauzula ravnopravnosti, odnosno zabrane svake diskriminacije nalaže da se građanskopravni odnosi s elementom inostranosti tretiraju drugačije nego što je to slučaj s čisto unutrašnjim pravnim odnosima, ako se smatra da je pojava stranog elementa u građanskopravnom odnosu onaj nužan uslov koji čini bitnu razliku između građanskopravnih odnosa sa ili bez elementa inostranosti. U ovom slučaju postojalo bi **pravo na tzv. različit tretman**.[19]

Samo tada bi nacionalni zakonodavac bio dužan da izgradi sistem kolizionih normi koji bi vodio ka primeni stranog prava. Ali, ako pojava stranog elementa ne čini bitnu razliku između građanskopravnih odnosa sa i bez elementa inostranosti, različit tretman ovih pravnih odnosa ne bi bio ni nužan, te bi se i na jedne i druge primenio uvek *lex fori materialis*.[20]

---

[17] Suprotno tome, A. Meilicke, Unvereinberkeit der Sitztheorie mit der EMRK, Recht der internationalen Wirtschaft, 1992, str. 578 i dalje dokazuje kako je upravo primena teorije sedišta suprotna Konvenciji.

[18] Ovo pitanje je izuzetno sporno, ali objašnjenje interakcije EKLJP s kolizionim pravom ne zahteva podrobniju analizu. O domašaju člana 14 Konvencije v. umesto svih A. Jakšić, Komentar, br. 1 i dalje za član 14.

[19] D. Looschelders, op. cit. u bilj. 5, str. 470; E. Jayme, Identité culturelle et intégration, Le Droit international privé postmoderne, Rec. C., 251–1995, str. 251.

[20] Upor. B. Moser, op. cit. u bilj. 17, str. 650; U. Ehricke, op. cit. u bilj. 7, str. 114; Ch. Engel, op. cit. u bilj. 8, str. 28.

Ovakvom učenju mogu da se stave mnogobrojne hermeneutičke primedbe. Dovoljno, je, međutim, na ovom mestu pomenuti da ne postoje jasni kriterijumi za određenje kada građanskopravni odnos sa elementom inostranosti ne bi trebalo da se istovetno tretira kao isti bez elementa inostranosti. U svrhu razlikovanja mogli bi da se upotrebe i MPP interesi,[21] dakle vrednosni kriterijumi, ali i mnogi drugi.

b) Opšti problemi vezani za primenu EKLJP i kolizionih normi

Kada se pred ESLJP i postavi neko od pitanja koje se tiče sukoba zakona, ono se najčešće postavlja u vezi sa primenom člana 8, člana 1 I Dodatnog protokola uz Konvenciju, i to najčešće u vezi sa primenom člana 14 koji zabranjuje diskriminaciju u vezi sa uživanjem prava koja su garantovana u Konvenciji. Član 8 štiti pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života i prepiske, a član 1 I Dodatnog protokola pravo na mirno uživanje prava svojine.

Ograničenja uživanja ovih prava mogu da se predvide jedino zakonom, i to u slučajevima koji izričito enumerisani u normama Konvencije.[22] Problem koji ovde nastaje za MPP jeste pojam "zakon" koji ESLJP tumači **autonomno**. Naime, da bi se neki pravni akt smatrao zakonom u smislu odredaba Konvencije nije dovoljno da je akt doneo Parlament.[23] Zahtevi su daleko viši. Zakon mora da bude "**dostupan, jasan, i predvidljiv**", u smislu predvidljivosti pravne posledice primene norme.[24] Ovi, pak, atributi odnose se na stranke, ne na učene pravnike.

U tom smislu, postavlja se pitanje koliko norme MPP-a uopšte mogu da se smatraju zakonom.[25] Jer, nesporno je da se kolizionopravni metod sa svojim institutima, kao što su kvalifikacija, *renvoi*, mobilni sukob zakona i sl. izuzetno komplikovan i težak za primenu čak i za učene pravnike.

Sigurno je jedino da kolizione norme koje inače i same moraju da budu u skladu s odredbama Konvencije od gore navedenih ispunjavaju jedino prvi navedeni uslov, tj. "**dostupnost**". Jer, zakon je dostupan ako je pojedincima uopšte dostupan, na primer objavljen u službenom glasilu države u pitanju.[26]

---

[21] O MPP interesima v. bliže umesto svih A. Jakšić, MPP, str. 57 i dalje sa daljim uputama.

[22] V. o tome bliže umesto svih A. Jakšić, Komentar, br. 80 i dalje za član 8.

[23] Pod zakonom se smatra i nepisano pravo, na primer precedenti u *common law* sistemima. V. bliže A. Jakšić, Komentar, br. 78 za član 8.

[24] V. o tome bliže A. Jakšić. Komentar, br. 80 i dalje za član 8.

[25] Slično i U. Ehricke, op. cit. u bilj. 7, str. 115; Ch. Engel, op. cit. u bilj. 8, str. 21.

[26] Bliže A. Jakšić, Komentar, br. 80 za član 8 s daljim navodima.

Što se tiče ispunjenja drugog uslova, može se u najekstenzivnijem tumačenju reći da su kolizione norme, uključujući ovde i opšte institute MPP-a "**jasne**", u smislu da pojedinac može, uz stručno savetovanje, da shvati moguće posledice svojih radnji. Jer, ovo je kriterijum koji ESLJP zahteva da bi se smatralo da je zakon jasan.[27]

Najsporniji[28] je treći kriterijum koji se odnosi na "**predvidivost**".[29] On uključuje kako predvidivost kolizionih normi, tako i predvidivost rezultata upućivanja kolizionih normi na strano pravo, dakle i samu sadržinu stranog materijalnog prava. Jer, ako dođe do povrede prava koja su garantovana Konvencijom, odgovornost pada na državu čijem pravnom sistemu pripadaju kolizione norme koje su izvršile upućivanje na primenu stranog prava. Nebitno je da li povreda potiče iz sadržaja same kolizione norme ili, pak, iz sadržaja pozvanog materijalnog prava.

3. EKLJP i autonomija volje stranaka

Osim gore navedenih, u literaturi postoje i ekstremna shvatanja[30] koja isključuju svaku mogućnost da se ESLJP, zbog svog zadatka, uopšte bavi sukobom zakona. Jer, kolizionopravni metod, neutralnost kolizionih normi, nemaju nikakav uticaj na krajnji materijalnopravni rezultat.

Međutim, stanje stvari nije tako jednostavno kako to na prvi mah može da izgleda. Podsetimo se da je osnova za određenje merodavnog prava određenje "sedišta", dakle geografskog mesta konkretnog građanskopravnog odnosa, tj. pravnog poretka kome je dotični građanskopravni odnos prema svojoj istinskoj prirodi podvrgnut.[31] Ovaj stav Savignyja ne znači ništa drugo, ili se pak, razvio u princip određenja merodavnog prava putem utvrđenja najtešnje veze građanskopravnog odnosa sa određenim privatnopravnim poretkom.[32]

Polazeći od ove premise, nije ništa logičnije nego da se u demokratskom društvu koje počiva, između ostalog, na poštovanju individualne slobode

---

[27] Još EctHR, The Case of Sunday Times, Presuda od 26. 4. 1979, Series A, no. 30, § 47.

[28] Tako i U. Ehricke, op. cit. u bilj. 7, str. 115. Ch. Engel, op. cit. u bilj. 8, str. 22 smatra da MPP sa svojim kolizionopravnim metodom ovaj uslov nikako ne ispunjava.

[29] V. bliže A. Jakšić, Komentar, br. 80 i dalje za član 8.

[30] L. d'Avout, Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé, in "E. Dobout/S. Houzé, Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques", Paris, 2010, str. 165.

[31] C. F. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band VIII, str. 28, 108.

[32] H. P. Neuhaus, Abschied von Savigny, 46 RabelsZ, 1982, str. 4, 6; M.P. Weller, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der klassischen IPR-Dogmatik, IPRax, str. 2011, 433.

pojedinca, određenje najtešnje veze građanskopravnog odnosa s određenim privatnopravnim poretkom u određenim građanskopravnim odnosima prepusti samim pojedincima, tj. autonomiji volje stranaka.[33] Otuda proizlazi i zaključak da **autonomija volje stranaka** spada u domen prava na poštovanje ličnog života u smislu člana 8 (1) EKLJP.[34]

Jer, autonomija volje stranaka, izvedena iz slobode ugovaranja, nije ništa drugo do sposobnost ljudi da međusobno za sebe kreiraju pravno obavezujuće norme van svakog pravnog poretka.[35] Da je sam konsens stranaka obavezujući za stranke jasno proizlazi i iz člana 38 Statuta Međunarodnog suda pravde, prema kome u izvore prava spadaju i opšti pravni principi civilizovanih naroda. Nesporno je da njima pripada i načelo *pacta sunt servanda.*[36] Ovo načelo je i normativno regulisano u Bečkoj konvenciji o ugovorima iz 1968. g. (član 1 Univerzalne deklaracije o pravima čoveka koja je inspirisala tvorce EKLJP predviđa da su "svi ljudi rođeni slobodni i ravnopravni u svom dostojanstvu i pravima". Takođe, član 28 Univerzalne deklaracije kaže "da svako ima pravo na (...) međunarodni pravni poredak u kome (...) navedena prava i slobode mogu da se ostvare u potpunosti".

Odatle može da se zaključi da svaki ugovor koji se tiče, na primer, zaštite kakvog prava garantovanog u međunarodnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava (pravo svojine) mora da titularima prava obezbedi pravnu sigurnost, naročito predvidivost. Ovo se, pak, u ugovornim odnosima najbolje ostvaruje primenom autonomije volje stranaka.[37] U tom smislu, svaka država članica međunarodne zajednice je dužna da u svom unutrašnjem pravu, naročito kolizionom pravu, obezbedi sve uslove za zaštitu i uživanje prava garantovanih međunarodnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava. Otuda i legitimnost autonomije volje stranaka proizlazi iz prava na **poštovanje lične slobode** čoveka koja je garantovana međunarodnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava i koje države članice međunarodne zajednice priznaju.[38]

---

[33] J. Basedow, Theorie der Rechtswahl, 75 RabelsZ, 2011, str. 32, 33; P. Lagarde, La principe de proximité dans le DIP contemporain, 196 Rec. C., 1986-I, str. 9.

[34] E. Jayme, L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux, Annuaire de l'Institut de Droit International, 64-I, Session de Bâle, 1991, 13; S. Leible, Parteiautonomie im IPR, in «FS E. Jayme», 2004, str. 485, 486.

[35] O tzv. "contrat sans loi" v. bliže H. Batiffol, Aspect philosophiques du DIP, Paris, 1956, Paris, str. 65, 70 i sl.

[36] V. umesto svih M. Shaw, International Law, 5th ed., Cambridge, 2003, str. 97; I. Brownlie, Principles of Public International Law, 6th ed., Oxford, 2003, str. 18.

[37] J. Basedow, op. cit. u bilj. 34, str. 50, 51; M. P. Weller, op. cit. u bilj. 33, str. 431, 432.

[38] Idem, 56; E. Jayme, Rec. C, op. cit. u bilj. 20, str. 147.

4. EKLJP i poštovanje kulturnog identiteta

Da član 8 (1) koji garantuje pravo na poštovanje ličnog života pojedinca ne uključuje samo pravo na poštovanje njegovog jezika, religije, već i **stila života**, postalo je jasno već 1983. g. u Odluci ondašnje Komisije za ljudska prava u Strazburu.[39] Stil života obuhvata i čovekov **duhovni identitet**.

Otuda proizlazi i zadatak kolizionih normi da poštuju različitost privatnopravnih poredaka time što će poštovati i štititi kulturni identitet pojedinaca.[40] Ideja kontrolnih organa Konvencije u Strazburu nije nova, već, naprotiv, može da se nađe i u radovima Mancinija. Ravnopravnost privatnopravnih poredaka, ravnopravnost titulara prava, ali putem uvažavanja različitosti. Ovo uvažavanje različitosti zahteva da se na status pojedinca primeni ono "pravo merodavno pravo" koje je najbliže njegovom kulturnom identitetu i koje taj identitet najbolje poštuje i štiti.[41] Dakle, čini se da je nesporno da je kulturni identitet pojedinca najtešnje povezan sa primenom njegovog *lex nationalis* na njegov status. Jer, ovde se ne radi samo o ostvarenju formalne ravnopravnosti između pojedinaca koja podrazumeva jednak tretman domaćih državljana i stranaca, te koja može da se ostvari i primenom *lex domicili* na pitanje statusa fizičkih lica. Obrnuto, različit tretman ljudi različite nacionalnosti od kojih sva imaju domicil u istoj državi je dokaz da je princip ravnopravnog tretmana domaćih državljana i stranaca, kao i stranaca različite nacionalnosti ispoštovan.

a) Lično ime

Jedan od atributa prava na poštovanje ličnog života u smislu člana 8 (1) Konvencije jeste i pravo pojedinca na lično ime.[42] Pravo na lično ime je jedno od osnovnih ljudskih prava, tako da raznorazna ograničenja koja postavljaju nacionalna zakonodavstva u pogledu prava na izbor ličnog imena nisu u skladu s Konvencijom.

---

[39] Ecomm. HR, Odluka od 30. 10. 1993, Predstavka br. 9278/91 i 9415/71, G. And E. v. Norway, 35 DR, 30. "The Commission is of the opinion that, under Article 8, a minority group is, in principle entitled to claim the right to respect for the particular life style it may lead as being 'private life'...".

[40] E. Jayme, MR, op. cit. u bilj. 16, str. 11; D. Looschelders, op. cit. u bilj. 5, str. 468, 469.

[41] D. Looschelders, op. cit. u bilj. 5, str. 469.

[42] Izričito ECtHR, The case of Znamenskaya, Presuda od 2. 5. 2005, § 55. Tako i G. Rossolillo, Personal Identity at the Crossroad between PIL, International Protection of Human Rights and EU Law, 11 Yearbook of PIL, 2009, str. 143; Ch. Engel, op. cit. u bilj. 8, 14.

U MPP je određenje merodavnog prava za lično ime izuzetno važno,[43] jer je neophodno da koliziono pravo obezbedi kontinuitet ličnog imena, ne samo radi ostvarenja i zaštite prava pojedinca, već i zbog pravne sigurnosti u transnacionalnim pravnim odnosima. Otuda se kao merodavno pravo za određenje ličnog imena koristi kao poveznica *lex nationalis* fizičkog lica u pitanju, jer se njome najbolje ostvaruju gore navedeni ciljevi.[44]

Važnost ovog pitanja nagnala je CIEC[45] da izradi Konvenciju o pravu koje je merodavno za lično ime i prezime još 1980. godine.[46] Međutim, Konvenciju je ratifikovao izuzetno mali broj država. Značajno je istaći da Konvencija koristi *lex nationalis* fizičkog lica kao odlučujuću činjenicu radi određenja merodavnog prava.

Takođe, važno je istaći da danas postoji konsenzus u svim državama članicama Saveta Evrope po pitanju ravnopravnosti supružnika različitog pola u izboru ličnog imena. U načelu, svaki od supružnika ima pravo da zadrži svoje inicijalno lično ime prilikom zaključenja braka ili, pak, da jednako, kao i drugi supružnik, učestvuje u izboru prezimena bračnih drugova.[47]

Jedan od prvih slučajeva u kome se postavilo pitanje povrede prava iz člana 8 (1) vezano za član 14 Konvencije na izbor ličnog imena bio je Burghartz.[48] Podnosioci predstavke bili su državljani Švajcarske koji su zaključili brak u Nemačkoj i, prema odredbama nemačkog prava, izabrali prezime supruge kao zajedničko porodično prezime. Međutim, docnije pred švajcarskim organima, suprug je želeo da ispred izabranog prezimena doda i svoje inicijalno,[49] ali švajcarsko pravo je takvu mogućnost dopuštalo samo supruzi, ali ne i suprugu.

ESLJP je našao da u ovoj situaciji postoji povreda članova 8 (1) i 14 Konvencije. Jer, prema stavu suda "korišćenje ličnog imena uključuje i pravo pojedinca da uspostavi i razvije odnose sa drugim ljudima u svakom, pa i u

---

[43] G. Rossolillo, op. cit. u bilj. 43, str. 143, 144; B. von Hoffman/K. Thorn, IPR, 9. Auflage, München, 2007, str. 282, 283 sa daljim navodima.

[44] V. umesto svih A. Jakšić, MPP, str. 367 i dalje s daljim navodima.

[45] Commission Internationale de l'Etat Civil.

[46] Convention CIEC no. 19 sur la loi applicable aux noms et prénoms, Munich, 1980.

[47] Tako ECtHR, The case of Losonci Rose and Rose, Presuda od 9. 11. 2010, § 47; ECtHR, The case of Ünal-Tekeli, Presuda od 16. 2. 2005, §§§§ 17, 31, 59, 61.

[48] EchHR, The case of Burghartz, Presuda od 22. 2. 1994, Series A, No. 280-B.

[49] Motiv supruga je bio taj da je on bio poznat u akademskim krugovima po svom inicijalnom prezimenu, tako da je promena prezimena imala značajnog uticaja na njegovu karijeru.

profesionalnom smislu...",[50] tako da je mera koje su preduzele švajcarske vlasti bila neproporcionalna legitimnom cilju koji se time želeo postići.

U načelu, pravo na lično ime sve više dobija **sociološko značenje**, u smislu da se njegov značaj primarno ogleda u identitetu i personifikaciji ličnosti, ali prvenstveno u komunikaciji sa spoljnim svetom. U tom smislu je ESLJP[51] rešio i sličan slučaj u kome je advokatska pripravnica izabrala prezime muža prilikom zaključenja braka (Turska). Uprkos tome, nastavila je da koristi svoje devojačko prezime, jer je po njemu i bila poznata u turskom pravosuđu. I ovde je ESLJP našao da mera turskih vlasti kojom se podnosiocu predstavke zabranjuje da koristi svoje devojačko prezime neproporcionalna ostvarenju inače legitimnog cilja.

Takođe, za Sud je od odlučujućeg značaja i period u kome pojedinac upotrebljava bilo kakvo lično ime. Jer, ono vremenom postaje deo njegovog ličnog identiteta i uživa zaštitu u skladu sa članom 8 (1) Konvencije. Tako, u slučaju *Daroczy*[52] supruga je, na svoju ruku, feminizovala, dodavanjem sufiksa, ime supruga i koristila ga je 50 godina kao svoje prezime koje je bilo uneto u sva njena lična dokumenta. Ovo je bilo potpuno suprotno mađarskom pravu koje dopušta da supruga izabere potpuno prezime svog muža.

Uvođenjem elektronske obrade podataka, mađarske vlasti su podnosiocu predstavke izdale legitimaciju na potpuno novo lično ime koje je bilo u skladu s mađarskim pravom. Naravno, nakon smrti supruga ovaj čin je za sobom povukao niz problema vezanih za raspravljanje zaostavštine.

ESLJP je našao da postoji povreda člana 8 (1) Konvencije jer su mađarske vlasti postupile u ovom slučaju krajnje neproporcionalno, primenjujući rigidne mere kojima su u potpunosti zanemarile interese podnosioca predstavke, primoravajući je da nakon 50 godina menja svoje lično ime koje je tokom čitavog tog vremena bilo odraz njenog personalnog identiteta i samoodređenja.[53]

Na ovim primerima se najbolje vidi koliko je ESLJP nezainteresovan za kolizione norme, određenje merodavnog prava i sl. Ono o čemu se on stara jeste samo krajnji rezultat, tj. pitanje da li se njime krše prava koja garantuje Konvencija.

---

[50] Idem, § 67.

[51] EctHR, The case of Ünal-Tekeli, Presuda od 16. 2. 2005, § 31; ECtHR, The case of Leventoglu-Abdulkadiroglu, Presuda od 28. 5. 2013, §§ 22, 23, nedopuštenost podnosiocu predstavke da u socijalnoj sferi koristi svoje devojačko ime.

[52] EctHR, The case of Daroczy, Presuda od 1. 8. 2008.

[53] Idem, §§ 26–33.

Ipak, u jednom slučaju koji se opet ticao prava na poštovanje ličnog imena i zabrane diskriminacije Sud[54] se *in limine litis* pozabavio i kolizionim normama. Radilo se o određenju prezimena državljanina Mađarske i švajcarske državljanke koji su zaključili brak u Švajcarskoj. Svako od njih je hteo da zadrži svoje prezime.

Ali švajcarsko supstancijalno pravo takvu mogućnost ne dopušta. Moguće je da supružnici kao svoje porodično ime izaberu prezime supruga ili supruge, pod uslovom da se ona s tim slaže. Supružnici su optirali za prezime supruge.

Međutim, problem je nastao zbog toga što švajcarsko koliziono pravo (član 37 IPRG) predviđa da se prezime supružnika određuje u skladu sa švajcarskim pravom, ako je domicil supružnika u Švajcarskoj. Osim toga, švajcarski MPP dopušta supružniku da izabere prezime u skladu sa svojim *lex nationalis*. Ali, preciznije, u konkretnom slučaju bilo je moguće da supruga-strankinja izabere lično ime uz primenu svog *lex nationalis* (član 37 (2) IPRG), ali ista mogućnost ne važi i za suprugu koja je državljanka Švajcarske kada zaključuje brak sa strancem.[55]

Gospodin Losonci (prezime nakon zaključenja braka: Rose) je kasno saznao za tu opciju, ali se ipak obratio švajcarskim nadležnim organima kako bi promenio svoje prezime u inicijalno. Švajcarski matičar je odbio takav zahtev, smatrajući da je docniji podnosilac predstavke ESLJP već iskoristio mogućnost izbora prezimena.

Takav stav švajcarskog organa ESLJP je ocenio kao diskriminatoran, jer švajcarsko materijalno pravo čini neosnovanu diskriminaciju kada onemogućava podnosioca predstavke da optira za primenu svog *lex nationalis* na osnovu pola.[56] U suštini, kada kod je u pitanju različit tretman fizičkih lica na osnovu pola, Sud veoma teško nalazi da je takav tretman kompatibilan s odredbama Konvencije.[57]

Više pažnje kolizionopravnim problemima pridaje Evropski sud pravde (ESP), shodno svom zadatku i nadležnostima. Tako, ESP se bavio problemom ličnog imena u slučaju *Garcia Avello.*[58] Valja, takođe, naglasiti da se problemi MPP

---

[54] EctHR, the Case of Losonci Rose and Rose, Presuda od 9. 11. 2009.

[55] Ovo zbog toga što je upućivanje na primenu stranog prava kolizionopravno, tako da je uvek uključena primena instituta renvoi. V. bliže F. Vischer, u IPRG Kommentar, Zürich, 1993, br. 19 i dalje za član 37.

[56] ECtHR, The case of Losonci Rose and Rose, § 50 i dalje.

[57] ECtHR, The case of Schuler Zgraggen, Presuda od 24. 6. 1993, Series A, no. 263, § 67; ECtHR, The case of Ünal-Tekeli, § 53.

[58] ECJ, 2003, Presuda od 2. 10. 2003, C-148/02, ECR I-11613.

pred ESP uvek posmatraju u svetlu zabrane diskriminacije, slobode kretanja i nastanjivanja i ostalih prava i sloboda koje jemči pravo EU.[59]

U ovom slučaju radilo se o ličnom imenu, tj. prezimenu dvoje dece čiji su roditelji bili španski, odnosno belgijski državljani. Deca su rođena u Belgiji, stekla su dvojno državljanstvo, te su španski i belgijski matičari upisali decu u matične knjige pod različitim prezimenima. Prema pravu Belgije deca su dobila prezime oca. Prema pravu Španije, deca su upisana u matične knjige sa prezimenom oca i dodatnim prezimenom majke. Problem je nastao kada su roditelji podneli zahtev matičaru u Belgiji da se deca i u belgijske matične knjige upišu sa prezimenom koje su dobili primenom španskog prava. Zahtev je, međutim, odbijen.

ESP je, u formi "preliminary ruling"[60] stao na stanovište da različita prezimena istog lica u dve države imaju za posledicu poteškoće koje mogu da se odraze na njihov ličan i profesionalni život. Prema Sudu, to nije u skladu sa slobodom kretanja koje garantuje pravo EU, tako da ne postoji niti jedan opravdani razlog kojim bi se belgijski organi rukovodili prilikom odbijanja upisa prezimena dece onako kako to određuje pravo Španije.

Nešto više reči o kolizionim normama bilo je u slučaju *Grunkin-Paul*[61] čije su okolnosti slične kao i u gore navedenom slučaju.[62] Dete, čiji su roditelji nemački državljani rođeno je u Danskoj i dobilo je prezime oba roditelja. To je moguće prema danskom supstancijalnom pravu koje, inače na ovo pitanje, primenjuje *lex domicili* fizičkog lica.

Međutim, nemački matičar je odbio da upiše dete u matične knjige sa dvostrukim prezimenom, pozivajući se na odredbe nemačkog materijalnog prava. Inače, nemačko pravo u ovoj materiji kao poveznicu koristi *lex nationalis* fizičkog lica.

Interesantni su argumenti koje je nemačka Vlada iznela pred ESP u korist primene *lex nationalis* na statusna pitanja fizičkih lica. Naime, u materiji

---

[59] O samo slučaju v. više kod R. Frank, Die Entscheidung des EuGH in Sachen Garcia Avello und ihre Auswirkung auf das internationale Namensrecht, Das Standesamt, 2005, str. 161 i dalje; P. Lagarde, Comment en ACJ case C-148/02, Garcia Avello, Revue critique de droit international privé, str. 185 i dalje; J. Mörsdorf-Schulte, Europäische Impulse für Namen und Status des Mehrstaaters, IPRax, 2004, str. 315 i dalje.

[60] O ovom institutu procesnog prava EU v. bliže umesto svih P. Craig, The Jurisdiction of Community Courts Reconsidered, Texas International Law Journal, 36, 2001, 571–586.

[61] ECJ, Presuda od 14. 10. 2008, C-353/06.

[62] O samom slučaju v. više kod L. D'Avout, Cour de Justice des Communautés Européennes, 14 octobre 2008, affaire C-353/06, Clunet, 2009, str. 207 i dalje.

ličnog imena, jedino primena *lex nationalis* obezbeđuje kontinuitet i pravnu sigurnost u komunikaciji s drugima, kao i određenje odnosa s bližim ili daljim srodnicima. ESP je, međutim, odlučio obrnuto kao i u gore navedenom slučaju.

b) Ostala pitanja statusa fizičkih lica

Pitanja kao što su postojanje pravne i poslovne sposobnosti, naročito lišenje ili ograničenje poslovne sposobnosti, određenje staratelja i sl. takođe spadaju u pitanja poštovanja prava na ličan život. S ovim pitanjima, međutim, ESLJP se nije susretao u okvirima sukoba zakona.

5. EKLJP i porodično pravo

Primena EKLJP nema uticaja na određenje merodavnog prava u oblasti porodičnog prava. Većina pitanja koja se tiču interakcije kolizionog prava i EKLJP u ovoj oblasti javiće se prilikom primene instituta javnog poretka, tj. radi otklanjanja primene stranog prava. Jer, ispostaviće se da su mnoga rešenja nacionalnog prava inkompatibilna sa standardima koje je ESLJP postavio u ovoj oblasti.

a) Zaključenje braka

Jedna od tih je, svakako, i zaključenje braka. Slobodu zaključenja braka štiti član 12 EKLJP, kao i član 5 VII Dodatnog protokola uz Konvenciju. Uz to neminovno dolazi i zabrana diskriminacije u vršenju prava garantovanih u Konvenciji (član 14).[63] Važno je pomenuti da član 12 EKLJP ne sadrži ograničenja u vršenju prava, kao što su ona navedena u članu 8(2) Konvencije i sl. Međutim, ako nacionalno pravo sadrži materijalne i formalne uslove ili kakve zabrane koje se odnose na zaključenje braka i njihova legitimnost se meri u skladu sa ostalim normama iz Konvencije, pri čemu se uvek ocenjuje proporcionalnost ograničenja u skladu s legitimnim ciljem koji se želi ostvariti.[64]

Što se tiče uslova zaključenje braka, član 12 EKLJP upućuje na primenu unutrašnjeg prava država članica Konvencije.[65] Ovim se, dakle, poštuje

[63] V. bliže o tome A. Jakšić, Komentar, br. 4 i dalje za član 12.

[64] V. bliže o tome U. Kapenstein/F.C. Mayer, EMRK-Kommentar, München, 2012, br. 21 i dalje za član 12; J. Frowein/W. Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Auflage, Kehl am Rhein, 2009, br. 2 za član 12; J. Mayer-Ladewig, EMRK-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden, 2011, br. 3 za član 12. Poredi i Ch. Engel, op. cit. u bilj. 8, str. 7, 8.

[65] V., na primer, ECtHR, The case of Schalk and Kopf, Presuda od 24. 6. 2010, §§ 60 i dalje.

različitost pravnih sistema koja može da se ogleda u različitosti uzrasta neophodnog za zaključenje braka, različitosti bračnih smetnji, postojanja bračnih zabrana i sl.

Međutim, u svakom slučaju, bračne smetnje ili zabrane ne mogu da budu takve da obesmisle suštinu (*very essence*) samog prava.[66] U suštini, mogućnost primena bračnih zabrana je potpuno isključena, kao i preterani formalizam prilikom zaključenja braka, na primer odbijanje ili dugo trajanje postupka za izdavanje uverenja *nulla oeste.*[67]

Kada govorimo o braku, mislimo na brak **lica različitog pola** i to na brak zaključen u formi koju predviđa država u kojoj se on zaključuje. Ovde spadaju i lica (**transseksualci**) koja su medicinskim zahvatom promenila pol.[68]

Član 12 ne garantuje mogućnost zaključenja **istopolnih brakova**, ali pitanje da li je njihovo zaključenje dopušteno prepušta nacionalnom pravu. Ako je takva mogućnost u nacionalnom pravu predviđena, tada i takvi brakovi spadaju u oblast zaštite člana 12 Konvencije.[69] Međutim, odavde proizlazi i zaključak da Konvencija ne nalaže obavezu državama članicama da u svom nacionalnom zakonodavstvu predvide mogućnost zaključenja **istopolnih brakova**.

b) Dejstva braka

Iz prava na zaključenje braka proizlazi i pravo na zasnivanje porodice i poštovanje porodičnog života.[70] Za razliku od prava na zaključenje braka, pravo na poštovanje porodičnog života je znatno šire, jer su njime obuhvaćene sve vrste zajednica života, kao što su to brak, vanbračna zajednica, istopolni brak, registrovane ili neregistrovane zajednice života lica istog pola.[71] Međutim, premda sve ove zajednice spadaju u pojam "porodični život" u smislu člana 8 (1) EKLJP, njihov različit tretman u zakonodavstvu ne mora nužno da znači i diskriminaciju.

---

[66] U. Karpenstein/F. C. Mayer, op. cit. u bilj. 65, br. 21 i 22 za član 12; J. Frowein/W. Peukert, op. cit. u bilj. 65, br. 2 za član 12.

[67] V. EComm.HR, The case of Sanders, Odluka od 16. 10. 1996, DR 87-B, 160.

[68] ECtHR, The case of Christine Goodwin, Presuda od 11. 7. 2002, RJD, 2002-VI, § 78.

[69] V. bliže J. Mayer-Ladewig, op. cit. u bilj. 65, br. 3 za član 12; Ch. Grabenwarter/K. Pabel, EMRK, 5. Auflage, München, 2012, str. 274.

[70] V. o tome bliže umesto svih J. Mayer-Ladewig, op. cit. u bilj. 65, br. 7 za član 12.

[71] Ch. Grabenwarter/K. Pabel, op. cit. u bilj. 70, str. 234 s daljim navodima; U. Karpenstein/F.C. Mayer, op. cit. u bilj. 65, br. 48 i dalje za član 8; J. Mayer-Ladewig, op. cit. u bilj. 65, br. 49 za član 8 s daljim navodima prakse.

Na primer, pravo na zasnivanje porodice obuhvata i pravo da prirodni roditelji imaju decu.[72] Pravo na usvojenje deteta ne proizlazi niti iz jedne odredbe Konvencije.[73] Međutim, što se tiče mogućnosti usvajanja dece i sl., ESLJP sve više sužava državama članicama ranije inače široko dopušteno diskreciono pravo u zakonodavstvu. Naime, ESLJP zahteva za različit tretman po osnovu seksualne orijentacije "izuzetno ozbiljne i ubedljive razloge".[74]

Tako, na primer, ESLJP[75] je smatrao da postoji povreda člana 8 (1) u vezi sa članom 14 Konvencije kada su francuske vlasti odbile ženi homoseksualne orijentacije da usvoji dete; isto važi i za odbijanje zaključenja ugovora o zakupu stana sa nadživelim homoseksualnim parom.[76]

U slučaju *Ammdjani*[77] Sud je imao priliku da se izjasni i na MPP argumente učesnika u postupku. Radilo se o pitanju određenja merodavnog prava za dejstva braka iranskih državljana pred nemačkim sudom. Nemački sud je primenio *lex nationalis* supružnika, shodno bilateralnom Sporazumu Nemačke i Irana iz 1929. g. Primenom tog prava, supruga je dobila manje nego što bi to bio slučaj da je sud primenio pravo SR Nemačke.

Supruga se u predstavci žalila na činjenicu da je diskriminisana kao državljanka Irana, tj. na činjenicu da joj, prema iranskom pravu, nije pripala alimentacija, što bi bio slučaj da je na dejstva braka bilo primenjeno nemačko pravo, kao pravo zajedničkog domicila supružnika (povreda prava iz člana 8 (1) Konvencije). Takođe, u predstavci je naglasila da je nemački sud izvršio pogrešnu kvalifikaciju instituta "miraza" islamskog prava.

ESLJP je istakao da bi primena *lex domicili* na dejstva braka bila poželjna u pogledu prava supruge na izdržavanje nakon prestanka braka, ali da ne postoji povreda prava iz Konvencije, jer ne može da se smatra "da je primena

---

[72] ECtHR, The case of Gül, Presuda od 5. 2. 2004, § 37.

[73] ECtHR, The case of Christine Goodwin, Presuda od 11. 7. 2002, RJD, 2002-VI, § 97. Tako i većina doktrine. V. J. Mayer-Ladewig, op. cit. u bilj. 65, br. 7 za član 12; U. Karpenstein/F. C. Mayer, op. cit. u bilj. 65, br. 18 za član 12; Suprotno, međutim, smatra Ch. Engel, op. cit. u bilj. 8, str. 13, tj. da ovo pravo proizlazi za supružnike iz člana 12 Konvencije, odnosno iz prava na zasnivanje porodice. Engel se, doduše, u svom radu poziva na neke ranije odluke EComm.HR.

[74] Istaknuto jasno još u ECtHR, the case of Burghartz, Presuda od 22. 2. 1994, Series A, no. 280, § 37; ECtHR, The case of Ünal-Tekeli, Presuda od 16. 11. 2004, § 55.

[75] ECtHR, The case of E.B. v. France, Presuda od 22. 1. 2008, § 73. Pitanje nije, međutim, potpuno rešeno. Upor., na primer, ECtHR, The case of Fretté, Presuda od 26. 2. 2002, §§ 41, 42.

[76] ECtHR, The case of Kozak, Presuda od 2. 3. 2010, § 99.

[77] ECtHR, The case of Ammdjani, Odluka o dopuštenosti od 9. 3. 2010.

zajedničkog *lex nationalis* usledila bez objektivnog i razumnog opravdanja".[78] Takođe, Sud je istakao da iz poštovanja prava na porodičan život ne proizlazi obaveza države članice Konvencije da obezbedi materijalnu prednost jednom od supružnika koja bi ujedno i značila materijalni uštrb na račun drugog supružnika.

c) Razvod braka

Konvencija ne garantuje pravo na razvod braka.[79] Otuda iz EKLJP ne proizlazi obaveza država članica da u svom zakonodavstvu urede kolizione norme određene sadržine koje bi regulisale ovo pitanje.[80] Ali, ako je razvod predviđen nacionalnim zakonodavstvom država članica njeno pravo, uključujući ove i kolizione norme, mora da obezbedi ravnopravan tretman supružnika.[81] Ipak, u jednoj odluci Sud je istakao da su države članice dužne da u svom zakonodavstvu predvide makar rastavu od stola i postelje.[82] Ovakva argumentacija može da se temelji na pravu na poštovanje privatnog života.

6. EKLJP i zabrana diskriminacije

Član 14 EKLJP sadrži akcesornu zabranu diskriminacije u pogledu uživanja prava koja su garantovana Konvencijom.[83] S druge strane, pak, član 1 XII Dodatnog Protokola uz Konvenciju sadrži normu o zabrani svake diskriminacije, nevezano za prava koja su enumerisana u inicijalnom tekstu Konvencije.

ESLJP podrazumeva pod diskriminacijom nejednak tretman stanja koja su, kada se porede, ista ili slična.[84] Za postojanje različitog tretmana dovoljno je da između sličnih činjeničnih stanja postoje i sasvim neznatne razlike.[85]

---

[78] Idem, tačka D Odluke. "Therefore, even though the decisiveness of the habitual residence might arguably be considered preferable with regard to pension rights, the decisiveness of a person's nationality cannot be considered to be without „objective and reasonable justification".

[79] Ch. Grabenwarter/K. Pabel, op. cit. u bilj. 70, str. 275 sa daljim navodima; U. Karpensten/F.C. Mayer, op. cit. u bilj. 65, br. 13 za član 12; J. Mayer-Ladewig, op. cit. u bilj. 65, br. 4 za član 12.

[80] Ch. von Bar, op. cit. u bilj. 9, str. 197.

[81] Ovo proizlazi već iz člana 5 VII Dodatnog Protokola uz Konvenciju.

[82] ECtHR, The case of Airey, Presuda od 9. 10. 1979, Series A, no. 32, § 33.

[83] V. o tome bliže umesto svih A. Jakšić, Komentar, br. 6 i dalje za član 14.

[84] Idem, br. 20 za član 14.

[85] U. Karpenstein/F.C. Mayer, op. cit. u bilj. 65, br. 26 za član 14; J. Mayer-Ladewig, op. cit. u bilj. 65, br, 11, 12 za član 14; J. Frowein/W. Peukert, op. cit. u bilj. 65, br. 9 za član 14.

S druge strane, pak, različit tretman istih ili sličnih činjeničnih stanja je opravdan ako se njime:[86] a) sledi kakav legitiman cilj, b) i kada postoji proporcionalnost u merama koje se preduzimaju radi različitog tretmana u odnosu na cilj koji se time želi postići. Pri oceni proporcionalnosti mere, države, prema stavu Suda, uživaju izvesno diskreciono pravo.

Postavlja se pitanje od kakvog je uticaja zabrana diskriminacije na koliziono pravo. Jer, kolizone norme i počivaju na ideji da građanskopravne odnose s elementom inostranosti treba tretirati drugačije od onih koji ne iskazuju strani element.[87] Ovakav stav nije bez uporišta, jer član 14 EKLJP podrazumeva i pravo na "**različit tretman**".[88] Tako, postoji povreda člana 14 EKLJP, kada država tretira različita činjenična stanja na isti način.[89]

Odatle proizlazi, prema shvatanjima nekih autora, kako smo to videli gore, tzv. **pravo na nejednak tretman** koje se ostvaruje putem primene kolizionih normi, te kojim se obezbeđuje pravičnost u odlučivanju. Otuda i shvatanje da norme međunarodnog prava o ljudskim pravima i nalažu konstituisanje sistema kolizionog prava.

Međutim, za razliku od Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, Pakta o ljudskim i političkim pravima iz 1966. g., kao i člana 1 XII Dodatnog protokola uz Konvenciju, pojam diskriminacije je u EKLJP drugačije shvaćen. Ne radi se o tome da se različita činjenična stanja različito tretiraju i obrnuto, već o tome da li se ista ili slična (uporediva) činjenična stanja različito tretiraju bez opravdanog razloga.[90]

Otuda iz norme člana 14 EKLJP ne može da se izvuče zaključak da EKLJP nalaže konstituisanje kolizionog prava u nacionalnim pravnim porecima, a još manje zaključak da EKLJP zahteva da kolizione norme odgovaraju određenom sadržaju. Sledstveno tome, ako zakonodavstvo države članice EKLJP sadrži kolizione norme, neće doći do različitog tretmana uporedivih činjeničnih stanja, ako su one tako formulisane da upućuju na primenu onog prava koje je prostorno najbliže datom građanskopravnom odnosu s elementom inostranosti.[91]

---

[86] A. Jakšić, Komentar, br. 25 i dalje za član 14 sa daljim navodima.

[87] E. Lorenz, Zur Struktur des IPR, Berlin, 1977, str. 63, 64.

[88] J. Mayer-Ladewig, op. cit. u bilj. 65, br. 15 za član 14; D. Looschelders, op. cit. u bilj. 5, str. 470.

[89] V. i ECtHR, The case of Thlimmenos, Presuda od 6. 4. 2000, RJD, 2000-IV, § 46.

[90] V. bliže A. Jakšić, Komentar, br. 25 i dalje za član 14; J. Mayer-Ladewig, op. cit. u bilj. 65, br. 9 za član 14; U. Kapenstein/F.C. Mayer, op. cit. u bilj. 65, br. 26 za član 14.

[91] Ch. Engel, op. cit. u bilj. 8, str. 26.

Do diskriminacije bi moglo da dođe, na primer, kada bi kolizione norme u dva istovetna činjenična stanja upućivala na primenu različitih pravnih poredaka,[92] osim ako za to ne postoje razumna opravdanja u gore navedenom smislu.

Tako, na primer, u slučaju *Johnston* Sud[93] nije našao da je došlo do povrede normi Konvencije u slučaju kada irsko materijalno pravo zabranjuje razvod braka, ali, s druge strane, dopušta priznanje presuda o razvodu braka irskih državljana koji imaju domicil u inostranstvu.

Nesporno je, međutim, da EKLJP zahteva, slično svakom nacionalnom Ustavu, da kolizione norme budu u skladu s odredbama Konvencije, te da same po sebi ne dovode do neopravdanog različitog tretmana. Na primer, ESLJP zabranjuje različit tretman bračne i vanbračne dece u pogledu aktivne nasledne sposobnosti,[94] tako da se s dobrim opravdanjem može postaviti pitanje da li takav stav zahteva da se bračna i vanbračna deca ravnopravno tretiraju i u kolizionom pravu. Isto važi, na primer, i u odnosu na kolizione norme koje upućuju na merodavno pravo radi utvrđenja statusa dece. Naime, čini se, da, kao i u prethodnom slučaju, EKLJP zahteva njihovo **ukidanje**.

Takođe, svako rigidno ograničenje u pogledu mogućnosti utvrđivanja očinstva predstavlja povredu prava iz Konvencije.[95] U tom smislu, postoje shvatanja[96] da i ograničenje mogućih pravnih sistema na čiju primenu upućuju kolizione norme *lex fori* može da predstavlja povredu prava iz Konvencije. Naime, krug pravnih poredaka radi mogućnosti utvrđenja očinstva trebalo bi da se proširi na pravo državljanstva, pravo prebivališta, pravo uobičajenog boravišta, pravo poslednjeg prebivališta i sl., i to kako majke deteta, oca deteta i samog deteta.

7. EKLJP kao sastavni deo domaćeg javnog poretka

EKLJP implementacijom u nacionalno pravo postaje sastavni deo unutrašnjeg javnog poretka. Strano pravo se ne sme primeniti, ako je njegovo dejstvo u konkretnom slučaju suprotno domaćem javnom poretku.[97] Dakle, prilikom

[92] U. Ehricke, op. cit. u bilj. 7, str. 116.

[93] ECtHR, The Johnston case, Presuda od 18. 12. 1986, Series A, no. 112, §§ 59–61.

[94] ECtHR, The case of Inze, Presuda od 28.10. 1987, Series A, no. 126, § 43.

[95] Ovo se naročito odnosi na rokove koji uređuju dopuštenost tužbe. V. ECtHR, The case of Mizzi, Presuda od 12. 1. 2006, §§ 129 i dalje.

[96] Tako F. Sturm, Das Starssburger Marcks-Urteil zum Recht des nichteheliches Kindes und seine Folgen, FamRZ, 1982, str. 1158.

[97] V. član 4 ZMPP; član 17 IPRG; § 6 EGBGB. Odredbe slične sa istim domašajem sadrže zakoni o MPP svih zemalja, tako da nije potrebno da se posebno navode.

ocene da li postoji povreda javnog poretka, domaći sud ne ocenjuje normu stranog materijalnog prava *in abstracto,*[98] slično kao što je to slučaj i u postupku pred ESLJP.

Ako sud države članice ne otkloni primenu stranog materijalnog prava zbog toga što je njegovo dejstvo suprotno javnom poretku, čini indirektno povredu prava iz Konvencije. Jer, premda do povrede prava iz Konvencije dolazi u krajnjoj liniji zbog primene stranog materijalnog prava, povreda je inicirana primenom domaće kolizione norme.[99] Pri ovome je nebitno da li je upućeno pravo pravo druge države članice Konvencije ili, pak, treće zemlje. Jer, predmet kontrole se uvek svodi na dejstvo norme *in concreto*. Ako bi se usvojilo suprotno shvatanje, došlo bi se do apsurdnog rezultata, tj. da je država članica Konvencije uvek odgovorna za povredu njenih normi kada kolizione norme *lex fori* upućuju na primenu prava treće države čije su materijalnopravne norme suprotne pravima koje Konvencija garantuje.

U doktrini vlada mišljenje da do povrede javnog poretka usled primene stranih materijalnopravnih normi može da dođe samo tada kada postoji dovoljan stepen povezanosti građanskopravnog odnosa s elementom inostranosti s pravnim poretkom *lex fori.*[100] Ovo shvatanje važi u klasičnom MPP-u,[101] ali je, po našem mišljenju,[102] isključeno kada je povreda ljudskih prava posledica povrede *jus cogensa* međunarodnog prava ili, pak, normi sadržanih u međunarodnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava.

Naime, iako je tačno da MPP u prvom redu služi pravičnom rešavanju sporova čiji su predmet građanskopravni odnosi s elementom inostranosti, dakle u prvom redu uvažava interese pojedinaca i drugih pravnih subjekata, nesporno je da je značaj EKLJP daleko širi. Naime, Konvencijom je kreiran zatvoreni, objektivni pravni poredak koji ima za cilj ostvarenje vladavine prava kao stuba demokratskog društva.[103] Otuda se ne može reći da je, na primer, za

---

[98] Bliže o tome A. Jakšić, MPP, 332 s daljim navodima. Istovetno pravilo važi i u uporednom pravu. V., na primer, F. Vischer, IPRG Kommentar, br. 19 za član 17 IPRG; D. Looschelders, op. cit. u bilj. 5, str. 473.

[99] Ch. von Bar, op. cit. u bilj. 9, str. 197; P. Mayer, La convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étragères, RCDIP, 1991, str. 651, 655.

[100] Tako U. Ehricke, op. cit. u bilj. 7, str. 117; F. Sturm, op. cit. u bilj. 97, str. 1159; B. Moser, op. cit. u bilj. 17, str. 650; Ch. Völker, Zur Dogmatik des ordre public, Berlin, 1998, str. 91.

[101] V. umesto svih A. Jakšić, MPP, 333 s daljim navodima; F. Vischer, IPRG Kommentar, br. 20 za član 17 IPRG.

[102] Isto i Ch. Engel, op. cit. u bilj. 8, str. 36, 49; D. Looschelders, op. cit. u bilj. 5, str. 477; M. Voltz, Menschenrechte und ordre public im IPR, Peter Lang Verlag, 2002, str. 47.

[103] V. o tome bliže A. Jakšić, Komentar, br. 20 i dalje za Uvod.

povredu javnog poretka RS nebitna činjenica da pravo Poljske ili Etiopije zabranjuje kontakt jednog roditelja s detetom iz razloga koji su inkompatibilni s Konvencijom.

U suštini, s obzirom na sve viši nivo unifikacije kolizionog prava u Evropi, kao i blagog odstupanja materijalnopravnih rešenja u evrokontinentalnim pravnim sistemima, pitanje primene normi EKLJP i prakse ESLJP u okviru domaćeg javnog poretka, svodi se na pitanje rešavanja sukoba civilizacija.[104] Jer, jasno je, naime, da su instituti pravnih sistema koji se temelje na vrednostima hrišćanske zajednice inkompatibilni s pravnim institutima muslimanske zajednice naroda[105] (brak – ravnopravnost u pogledu religiozne pripadnosti – isključenje mogućnosti zaključenja braka sa pripadnicima ne-muslimanske veroispovesti – monogamija – poligamija); (razvod braka – sudski sistem razvoda– repudijacija); (ravnopravan položaj žene i muškarca u naslednom pravu – diskriminacija žene u odnosu na muškarca u naslednom pravu).

U suštini, ovi problemi se rešavaju na dva načina: bilo pokušajem koordinacije pravnih sistema.[106] Jer, valja naglasiti da svako sistematsko isključenje primene instituta stranog prava s pozivom na javni poredak *lex fori* isključuje bilo kakvu mogućnost koordinacije pravnih sistema.[107] Ili, kada je nemoguće uspostaviti koordinaciju pravnih sistema putem uspostavljanja ekvivalencije pravnih instituta (funkcionalna kvalifikacija, supstitucija, transpozicija) otklanjanjem primene stranog prava s pozivom na povredu javnog poretka.

---

[104] V. u tom smislu S. Huntington, The clash of civilizations, Foreign Affairs, 1993, str. 29; K. Zaher, Conflict de civilisations en DIP, Préface V. Heuzé, Harmmatan, 2009, str. 15–23.

[105] V. bliže K. Kreuzer, Clash of Civilizations and Conflict of Laws, Revue Hellenique de droit International, 62-2009, str. 692 i dalje.

[106] Termin je u pravnu nauku uveo Henri Batiffol, L'aspects philosophiques du DIP, Paris, 1956, 102 i dalje. V., takođe, P. Mayer, Le phénomene de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé, Rec. C., 2007, str. 327–377; A. Bucher, La dimension sociale du DIP, Rec. C., 2009, str. 102–309. Koordinacija pravnih sistema se u rezultatu svodi na ideju da će svaka država, primenjujući svoje vlastite kolizione norme, doći do primene istog materijalnog prava u rešavanju građanskopravnih situacija s elementom inostranosti.

[107] V. zaključke Instituta za međunarodno pravo, Sesija u Krakovu iz 2005, Preambula, stav 4 (Institute of International Law, Krakow Session 2005, Resolution of the Ninth Commission, Cultural Differences and ordre public in family PIL, Raporteur P. Lagarde, AIDI (71 II), 2005, str. 291.

8. Posledice neutralnog stava EKLJP prema kolizionim normama

Indiferentan stav ESLJP prema kolizionim normama ima značajne posledice. Jer, ako je Sudu interesantan samo konačan materijalnopravni rezultat u konkretnom slučaju, tj. da li on ima za posledicu povredu prava garantovanih Konvencijom, tada je Sudu i nebitno pod okriljem čijeg pravnog poretka je došlo do povrede, a još manje bitno kada pravo primenjeno na dati slučaj s elementom inostranosti nije prouzrokovalo povredu prava iz Konvencije.

Dakle, kada je merodavno pravo dovelo do rezultata koji nije protivan garancijama iz Konvencije, kreirano je jedno pravno stanje, subjektivno pravo ili pravno ovlašćenje koje proizvodi dejstva i koje se mora **poštovati** u svim državama članicama EKLJP. Pri ovome, potpuno je nebitno da li je pravo koje je kreiralo pravovaljano pravno stanje pravo države članice Konvencije ili ne.

Na ovaj način, ESLJP[108] nas vraća ka inače uvek žestoko kritikovanoj i ponegde zaboravljenoj teoriji o **poštovanju stečenih prava**. Jer, na primer, u pogledu usvojenja koja su pravovaljano zasnovana u inostranstvu pod okriljem stranog prava, prema stavu suda:

a) nacionalno pravo ne sme da ignoriše pravno stanje koje je validno stvoreno u inostranstvu prema stranom pravu (Peru) koje u svemu uživa zaštitu u okviru prava na poštovanje porodičnog života (član 8 (1) EKLJ);[109] [110]
b) ovako stečeno pravo mora da se poštuje kada su učesnici stupili u pravni posao u dobroj veri i kada su imali legitimna očekivanja da će pravo stečeno u inostranstvu da bude priznato u domaćoj zemlji;[111]

[108] V. ECtHR, The case of Wagner & J.M.W.L., Presuda od 28. 6. 2007; slično i ECtHR, The case of Negrepontis-Giannisis, Presuda od 3. 5. 2011, § 56 "Pour les besoins de la présente affaire, il lui suffit de constater que les autorités judiciaires américaines avaient émis un acte d'adoption et cet acte était censé produire des effets dans la vie quotidienne du requérant et de sa famille".

[109] Idem, § 133 "…the Court considers that the Luxembourg courts could not reasonably disregard the legal status validly created abroad and corresponding to a family life within the meaning of Article 8 of the Convention…"

[110] Isto i ECtHR, The case of Negrepontis-Giannisis, Presuda od 3. 5. 2011, § 74: "La Cour rappelle aussi que dans une affaire d'adoption à l'étranger mais avec des faits différents de ceux de l'espèce, elle a conclu que les juges nationaux ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention, ni refuser la reconnaissance des liens familiaux qui préexistaient de facto et se dispenser d'un examen concret de la situation."

[111] ECtHR, The case of Wagner & J. M. W. L., § 130 "The first applicant therefore took steps in good faith with a view to adopting in Peru. As the applicant had complied with all

c) primena kolizionih normi nema prednost u odnosu na društvenu realnost, a njihova striktna primena ne može da bude opravdanje za ograničenje poštovanja prava na porodičan život u smislu člana 8 (2) Konvencije.[112]

Ovakav stav ESLJP menja iz fundamenta osnovna učenja MPP. Sada više ne može da se postavi pitanje zbog čega bi pravni poredak dao prednost, na primer, pravu Škotske u kome je brak pravovaljano zaključen primenom škotskog prava, a suprotno *lex nationalis* verenika. Jer, uskraćivanje priznanja tako zaključenog braka predstavlja povredu stečenog prava koje se štiti u okviru člana 8 (1) Konvencije. Subjektivno pravo ili pravni odnos valjano stečen i kreiran pod okriljem stranog pravnog poretka neće jedino moći da proizvodi transnacionalno dejstvo ako je njegovo dejstvo *in concreto* suprotno domaćem javnom poretku.

9. Zaključak

Videli smo da EKLJP ima relativno mali značaj za koliziono pravo. Jer, predmet kontrole ESLJP nisu prave norme *in abstracto*, već samo konkretan rezultat primene pravnih normi. Što se tiče EKLJP ne može da se sa sigurnošću tvrdi da ono uopšte i zahteva kreiranje sistema kolizionih normi.

Ali, u svakom slučaju, ako su kolizione norme predviđene u nacionalnom pravnom sistemu, njihov sadržaj mora da bude u saglasnosti s garancijama sadržanim u Konvenciji.

S druge strane, EKLJP ima veliki značaj za MPP, jer predstavlja sastavni deo **javnog poretka** svake države članice.

Ali kada se analizira do sada jedina odluka ESLJP u kojoj se izričito izjašnjavao o kolizionim normama (*Ammdjani*), u smislu "da ne može da se smatra da je primena zajedničkog *lex nationalis* usledila bez objektivnog i razumnog opravdanja", te da bi primena *lex domicili* na dejstva braka bila poželjna

the rules laid down by the Peruvian procedure, the court pronounced the full adoption of the second applicant. Once in Luxembourg, the applicants could legitimately expect that the civil status registrar would enter the Peruvian judgment on the register…"

[112] Idem, §§ 133, 135. "…the national authorities refused to recognise that situation, making the Luxembourg conflict rules take precedence over the social reality…" the Court considers that the reasons put forward by the national authorities – namely, the strict application, in accordance with the Luxembourg rules on the conflict of laws, of Article 367 of the Civil Code, which permits adoption only by married couples – are not 'sufficient' for the purposes of paragraph 2 of Article 8".

u pogledu prava supruge na izdržavanje nakon prestanka braka, nema sumnje da se Sud upustio u razmatranje koja od navedenih tački vezivanja obezbeđuje pravo na izdržavanje članova porodice, koje je inače garantovano u sklopu poštovanja prava na porodičan život.

U tom smislu moglo bi da se argumentuje da bi sud države članice Konvencije bio dužan da primeni onu odlučujuću činjenicu (supsidijarnu – član 36 (2) ZMPP) koja vodi ka primeni prava čija sadržina obezbeđuje subjektu prava ostvarenja onog prava koje mu Konvencija garantuje. U protivnom Sud bi počinio povredu prava iz Konvencije.

Dakle, u svim slučajevima u kojima Konvencija garantuje uživanje kakvog prava, na primer pravo na izdržavanje deteta, pravo na održavanje kontakta sa detetom u slučaju razvoda braka ili odvojenog života roditelja, pravo na utvrđivanje očinstva ili materinstva, trebalo bi složene kolizione norme sa supsidijarnim tačkama vezivanja pretvoriti u kolizione norme s alternativnim poveznicama, kao što je to slučaj kod forme pravnih poslova ili testamenta (članovi 7 i 31 ZMPP).

Mišljenja smo da bi domaći sud mogao neposredno da primeni supsidijarne tačke vezivanja kao alternativne, jer to nalaže EKLJP kao hijerarhijski viši izvor prava u odnosu na ZMPP, kao i u odnosu na međunarodne ugovore koji sadrže unifikovane kolizione norme.

Problem nastaje s onim kolizionim normama koje ne sadrže niti supsidijarnu niti alternativnu poveznicu, kao što je to slučaj s utvrđivanjem očinstva i materinstva (član 41 ZMPP). Isto važi i za slučaj u kome je izbor merodavnog prava ograničen, kao što je to u domenu izdržavanja dece (član 40 ZMPP). Ovde ne bi bila moguća primena neke druge poveznice koja bi uputila na merodavno pravo koje obezbeđuje uživanje garancija sadržanih u Konvenciji. Naprotiv, ovde je nužna intervencija zakonodavca.

Dakle, indiferentan stav ESLJP prema kolizionom pravu ima za posledicu reafirmaciju **teorije stečenih prava**. Prava, pravni odnosi valjano kreirani u okviru bilo kog pravnog poretka na svetu priznaju se u državama članica EKLJP kao pravovaljano stečena, ako spadaju u prava čije poštovanje i uživanje Konvencija garantuje.

Najzad, prilikom rešavanja slučajeva s elementom inostranosti treba uvek imati u vidu da norme Konvencije, kao i presude ESLJP imaju **viši hijerarhijski status** kako u odnosu na kolizione norme *lex fori* koje moraju da budu u skladu kako sa Ustavom tako i s EKLJP. Takođe, kada kolizione norme *lex fori* upućuju na primenu merodavnog prava, bilo da se radi o pravu države

članice Konvencije ili ne, garancije sadržane u Konvenciji, uključujući ovde i presude ESLJP, trebalo bi primeniti kao ***lois d'application immédiates***. Jer, na ovaj način država članica Konvencije bi izbegla mogućnost da njene kolizione norme dovedu do stanja koje je protivno garancijama sadržanim u EKLJP, te bi, samim tim, izbegla i mogućnost da na sebe preuzme odgovornost za neispunjenje obaveza prema Konvenciji.

Aleksandar Jakšić, PhD
Professor at the Law School Belgade, University in Belgrade

EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND THE CONFLICT OF LAWS

Summary

In this article the author deals with the impact of the EHRC on the problem of conflict of laws. In current practice, the ECtHR pays little attention to conflict of laws rules. Because, for this Court is irrelevant which substantial has been applied to the particular case. It only checks the result of the application of the law, i.e. whether the application of substantive law has resulted in the violation of the rights guaranteed by the Convention.

In this sense, the author comes to the conclusion that the EHRC does not require Member States to construe a national system of conflict of laws rules. However, it is considered in the doctrine that the right to respect for private life includes the party autonomy. Also, the right to respect for private life has an impact on the applicable law to personal name within the framework of the right for respect the cultural identity of an individual. In this sense, it would be the best if the issue of applicable law to the personal name of a physical person is submitted to his lex nationalis.

EHRC in its entirety belongs to the public order of each Member State. Applicable substantive law will not be applied when it is in its effect contrary to the Convention. The refusal to apply a foreign law should take place even if there is no an internal connection of the case with the legal system of lex fori.

Indifferent attitude of the ECtHR towards the conflict of laws rules returns to in the forefront of Private International Law the theory of acquired rights. The right duly acquired abroad under whatsoever legal system, whether it belonged to the State Parties to the Convention or not, has to be recognized as valid in every member state of the Convention.

Due to its higher hierarchical rank in comparison to other international agreements, as well as in relation to the internal law, the norms of the EHRC have always to be applied as lois d'application immédiates in solving transnational cases of civil or commercial matter.

Keywords: *European Convention on Human Rights, conflict of laws, party autonomy, respect of cultural identity, acquired rights, ordre public, lois d'application immédiates*

Mr. Amina Nikolajev
Viša asistentica

UDK: 34:330.1
Pregledni naučni rad

ČIKAŠKA ŠKOLA EKONOMSKE ANALIZE PRAVA

Sažetak

Već dugi niz godina, od samog osnivanja 1890. godine, Čikaška ekonomska škola, kroz stalno unapređenje i prenošenje znanja utiče ne samo na razvoj obrazovnog i naučnoistraživačkog rada, nego predstavlja osnovu za nastanak i razvoj novih naučnih polja. U sklopu Univerziteta u Čikagu osnovan je Ekonomski fakultet, koji je iznjedrio Čikašku ekonomsku školu kao jednu od vodećih ekonomskih misli tog perioda, a kasnije i Čikašku školu ekonomske analize prava i Pravni fakultet, koji su zajednički djelovali kao platforma za širenje ove naučne discipline. Iako je još od osnivanja bila poznata po svojoj heterogenosti u pogledu različitih ekonomskih stajališta, od pristalica kejnzijanizma, pa do kasnije preovladavajućih monetarista i neoliberalista[1] *ova škola dala je osnovu i iznjedrila brojne generacije koje danas djeluju u okviru Čikaške škole ekonomske analize prava. Ne ulazeći u ocjenu opravdanosti stavova i utjecaja, a u nastojanju da se na što vjerodostojniji način predstave inicijalne ideje koje čine okosnicu ove škole, u radu je predstavljena Čikaška ekonomska škola, koja je iznjedrila i Čikašku školu prava i ekonomije (Čikašku školu ekonomske analize prava).*

Ključne riječi: *ekonomska analiza prava, Čikaška škola*

Uvod

Čikaška ekonomska škola[2] predstavlja smjer savremenog i jednog od najutjecajnijih ekonomskih pravaca[3] čija se osnovna ideološka misao zasniva

---

[1] Friedman je, govoreći o različitostima prisutnim u Čikaškoj školi, naglašavao kako postoje dvije upečatljive komponente Čikaške škole: *prva, naučna, koja predstavlja analitički motor i druga, politička. Ističući činjenicu da su u Čikagu djelovali teoretičari i predavači različitih ubjeđenja Čikago je uvijek isticao empirijski rad, naglašavao značaj slobodnog tržišta i opirao se državnoj intervenciji.*

[2] Univerzitet u Čikagu osnovali su Američko baptističko obrazovno društvo i naftni magnat John D. Rockefeller, koji je svoju donaciju opisao kao "najbolju investiciju ikad", dok je zemlju za Univerzitet donirao Marshall Field, po kojem nosi ime i čuveni odjel Univerziteta u Čikagu. http://www.uchicago.edu/about/history/

[3] Za ekonomsku misao ovog perioda karakteristično je postojanje dvije struje – kejnzijanske

na zastupanju slobodnog tržišta. Predstavnici ove škole predstavljaju skupinu liberala koji su kao najveću moralnu vrijednost naglašavali ličnu slobodu u političkim i ekonomskim pitanjima. Zastupali su stanovište *laissez-fairea* i minimalnog uključivanja države u rješavanju ekonomskih problema. Ukazujući na uspješno djelovanje tržišnog mehanizma i poteškoće koje se mogu javiti ukoliko se zanemari njegova vodeća uloga, ova škola poznata je po sloganu: *dugoročno, država ne pomaže, kratkoročno, pak, šteti.*[4] Osnovne karakteristike Čikaške škole zasnivaju se na uvjerenju da su slobodno tržište i mehanizam cijena najefektivniji i najpoželjniji razvojni put jednog društva. Obuhvatajući teorijsko učenje i praktično shvatanje koje naglašava teoriju cijena, slobodno tržište i ograničenu ulogu države u ekonomiji, Čikaška škola ekonomije utemeljuje se kao jedan od najutjecajnijih ekonomskih načina razmišljanja.

Nastanak Čikaške ekonomske škole

Iako se korijeni čikaškog pristupa ekonomiji javljaju još 30-ih godina prošlog stoljeća[5] u različitim idejama F. Knighta i J. Vinera veliki utjecaj na razvoj Čikaške ekonomske škole imali su i P. Douglas, H. Shultz i O.

---

i monetarističke. Kejnzijanizam, koji je 50-ih godina prošlog stoljeća bio veoma popularan, stajao je na stanovištu povećane uloge države, dok je monetarizam zastupao ideju što manjeg uplitanja države u tokove reprodukcije, odbijajući kejnzijanističko shvatanje i usvajajući neoklasičnu makroekonomiju zasnovanu na konceptu racionalnih očekivanja. S obzirom na to da je 50-ih godina prošlog stoljeća Kejnzijanska škola ekonomije bila vrlo popularna, zagovornici Čikaške ekonomske misli (neoklasične) su zbog svojih stavova odstupali od glavne ekonomske matice, odbijali kejnzijanizam u odnosu na monetarizam sve do sredine 70-ih godina kada su se razvile dvije nove ekonomske teorije: nova klasična teorija i novo kejnzijanska teorija, zasnovane na konceptu racionalnih očekivanja. Nastojanja ove nove struje bila su usmjerena ka inkorporiranju ideje korištenja raspoloživih informacija o budućim kretanjima (buduće kretanje inflacije, namjera centralne banke o povećanju novčane mase, međuovisnost ekonomskih kategorija i djelovanje privrede) u cilju prognoziranja budućih dešavanja (promjene u visini kamatnih stopa, cijena, poreza, plaća i sl.). Koncept racionalnih očekivanja zasniva se na objektivnoj procjeni endogenih varijabli nekog ekonomskog modela u kojem su sve informacije o egzogenim i predeterminiranim varijablama poznate i maksimalno iskorištene u predviđanju. Ekonomski leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža i MAS MEDIA, Zagreb, 1995.

[4] P. A. Samuelson i W. Nordhaus, *Ekonomija*, Četrnaesto izdanje, Mate, Zagreb 1992., str. 379.

[5] Treba imati u vidu da je u američkoj ekonomiji u ovom periodu veliki značaj i jak utjecaj imala institucionalistička tradicija, kao i doprinosi teoretičara J. U. Nefa, C. Wrighta, S. Lelanda i H. A. Millsa, zbog čega Čikaška škola nije mogla doći do svog punog izražaja, te se utemeljuje tek kasnije.

Lange,[6] "matematički trio", zastupnici kvantitativne ekonomije i pioniri ekonometrije. Nakon njihovih povlačenja ekonomski odjel vode sljedbenici monetarizma H. C. Simons, L. Mints i A. Director. Navedene teoretičare mnogi smatraju osnivačima i pokretačima tzv. čikaške tradicije, a sam naziv nastao je 1950. godine i vezivao se za sve one profesore koji su podučavali na Ekonomskom fakultetu Univerziteta u Čikagu[7]. Među profesorima koji su imali veliki utjecaj na nadolazeće generacije treba istaći Knightov doprinos teoretskim razmatranjima (a ne samo korištenju formalnih matematskih i kvantitativnih alata). Pored toga, Knight je uspio razviti ideju o primjeni ekonomskih metoda i na neekonomske oblasti, čime se dodatno učvrstio put ka stvaranju nove naučne discipline (prava i ekonomije). Nekolicina njegovih studenata sredinom 30-ih godina formirala je *grupu istomišljenika*[8] koja je bila ključna za razvoj Čikaške ekonomske škole.

Pored njih veliki doprinos dao je i J. Viner čiji je intelektualni stav bio mnogo bliži današnjim čikaškim ekonomistima. Iako više zaokupiran državničkim poslovima nego okupljanju i jačanju utjecaja na studente, Viner je bio empirijski orijentiran istraživač djelimično nesvjestan svog značaja i doprinosa.[9]

---

[6] Dolazak Langea na fakultetu u Čikagu 1938. godine povećao je interes za razvoj kejnzijanske ekonomije, matematičke ekonomije i ekonomije tržišnog socijalizma. Lange je u potpunosti razvio perspektivu ekonomije koja se zasniva na socijalističkoj alternativi. Njegov rad o korištenju sistema cijena za alokaciju resursa u socijalističkoj ekonomiji široko je razmatran i naišao je na odgovor od strane L. von Misesa i F. Hayeka o ekonomskoj efikasnosti socijalizma. Lange je odigrao odlučujuću ulogu u obnovi ekonomskog odjela u periodu 1940–1945. godina, ali je akademsku karijeru napustio kako bi se na Staljinov poziv posvetio političkoj karijeri u Poljskoj.

[7] Od značajnijih predavača treba istaći: H. Simonsa, F. A. von Hayeka, M. Friedmana, T. Shultza, G. Stiglera, starijoj generaciji pripadaju J. Viner i F. H. Knight, O. Lange i H. G. Johnson te mlađoj R. Lucas. Čikašku školu prošli su i P. A. Samuelson i K. J. Arow. Ekonomski leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža i MAS MEDIA, Zagreb, 1995.

[8] Grupu istomišljenika činili su Knightovi studenti koje je on ohrabrio na formiranje ovakve grupe. U predgovoru Knightove Ethics of Competition iz 1935. godine navodi se da je "…ideja o publiciranju kolekcije Knightovih članaka predložena od strane male grupe studenata koji su prisustvovali večeri povodom 49. rođendana profesora Knighta, 7. novembra 1934. godine. Profesor Knight bio je informiran o ovom projektu tek nakon što su svi dogovori završeni i sadržaj kompletiran". Potpisnici su bili Friedman, Jones, Stigler, Wallis i Buchanan.

[9] O činjenici da Viner nije bio svjestan razvoja Čikaške škole svjedoči pismo koje je uputio Donu Patinkinu u kojem kaže: "Tek kada sam napustio Čikago 1946. godine čuo sam glasine o Čikaškoj školi i njenim zalaganjima za laissez-faire i kvantitativnu teoriju novca i borbu protiv nepotpune konkurencije i kejnzijanizma... a ja sam bio spreman razmotriti opravdanost postojanja Čikaške škole koja nije isključivo vezana za akademiju, a koja je djelovala i privukla mnoge sljedbenike u godinama prije nego sam napustio Čikago."

Vrijeme do i u toku II svjetskog rata proteklo je u brojnim društvenim previranjima i borbi za dominaciju između različitih struja ekonomske misli. Tako je u periodu od 1939. godine Knight i njegova *grupa istomišljenika* došla u sukob s Cowlesovom komisijom,[10] grupom konzervativnih ekonomista koji su ekonomiju promovirali više kao nauku nego kao teoriju koristeći vlastitu istraživačku metodologiju. Nadalje, od 1943. godine aktivnosti na razvoju odsjeka u ovom periodu preuzimaju Shultz i Johnson koji su i narednih 30 godina vodili ekonomski odjel s puno uspjeha. U ovom periodu i Friedmanov rad počinje sve više dolaziti do izražaja. Reformski prijedlozi koje je ponudio uglavnom su se zasnivali na sistemu teorije cijena (koja će kasnije postati okosnica ekonomske analize prava) i odnosili na reforme socioekonomskog karaktera. Friedmanove ideje imale su veliki utjecaj ne samo na Čikago nego i na ostale, pa tako J. Stiglitz navodi kako je upravo pristup Friedmana i njegovih sljedbenika pomogao u izazivanju previranja današnjice.[11]

Situacija u pogledu naučnoistraživačkog i općenito akademskog djelovanja nakon II svjetskog rata nije bila nimalo ohrabrujuća, na što je naročito ukazivao i R. M. Hutchins, koji je bio prvi predsjednik i prorektor Univerziteta u Čikagu. Zagovarajući veću akademsku slobodu i neovisnost od političkih autoriteta, uspio je izgraditi okruženje koje je zadržalo profesore poput A. Directora, M. Friedmana, A. Wilisa i F. Hayeka, čije je djelovanje imalo krucijalnu ulogu u razvoju i promociji Univerziteta u Čikagu.

Prisustvo i djelovanje mlade, intelektualno snažne i predavački vješte generacije tog perioda (Stigler i Friedman) uz podršku iskusnih zagovornika i promotora novih ideja (Mints, Director i Simons) doprinijelo je utemeljenju i daljnjem razvoju Čikaške ekonomske škole. Postratni čikaški ekonomisti, karakteristični po kulturi vođenja istraživanja i podučavanja, vođeni Friedmanom i Stiglerom, isticali su konkurentnost tržišnog sistema zalažući se za što manju intervenciju države. Udružujući se s monetaristima, naročito

[10] Cowelsovu komisiju koja je predstavljala ekonomski institut za istraživanje osnovao je 1932. godine A. Cowles, biznismen i ekonomista. Od 1939. godine do 1955. godine Cowlesova komisija bila je u sastavu Univerziteta u Čikagu. Zbog rastućih nesuglasica s Ekonomskim odjelom Univerziteta u Čikagu Cowlesova komisija odlučila je 1955. godine preći na Univerzitet u Yaleu formirajući s drugim članovima Ekonomskog odjela Cowlesovu fondaciju. U skladu s njihovim motom Teorija i mjerenje (Theory and Measurement), Cowlesova komisija bila je posvećena ukazivanju na vezu između ekonomske teorije i matematike i statistike. Najveći doprinos ove fondacije počiva u stvaranju i jačanju dvije veoma važne oblasti u ekonomiji: opće teorije ravnoteže i ekonometrije. Preuzeto sa http://cowles.econ.yale.edu/about/index.htm od 19. 6. 2014.

[11] Stiglitz također kritizira Čikašku školu smatrajući da pruža prividnu intelektualnu osnovu ideje prema kojoj je tržište samoregulirajuće, a najbolja uloga države da ne radi ništa.

uvažavajući rad profesora Friedmana i imajući u vidu tadašnji društveno-ekonomski kontekst, 70-ih godina prošlog stoljeća Čikaška dominacija naučnoistraživačkog rada, ali i osiguranja razumnog političkog konzervatizma, postaje sve očiglednija. Rad Stiglera[12] i Friedmana[13] karakterizira privrženost neoklasičnoj ekonomiji i podržavanje stajališta Čikaške škole protiv nesavršene konkurencije i kejnzijanske ekonomije.[14] Značajan uspjeh Čikaške škole ostvaren je krajem 20. stoljeća zahvaljujući iznimnoj energiji i jačini argumenata koji su predstavljali *ton i sliku* čikaške ekonomske misli.

Čikaška ekonomska škola nastala je i razvila se zahvaljujući prije svega radu i entuzijazmu profesora Ekonomskog fakulteta koji su zastupali neoklasičnu ekonomsku misao i polazili od vjerovanja prema kojem su slobodno tržište i mehanizam cijena najefikasniji i najpoželjniji načini za organiziranje proizvodnje i ekonomskog života općenito. Njihova tradicija čestog sastajanja i vođenja diskusija o brojnim ekonomskim pitanjima i pojavama, zasnovanih prije svega na teoriji cijena, dovela je do toga da su se diskusije proširile i na pravna pitanja, načine kreiranja i provođenja pravnih odredbi u kontekstu alokativne efikasnosti i maksimizacije bogatstva. Stoga ne iznenađuje da

[12] U mikroekonomiji koju zastupa G. Stigler, misao vodilja čikaškog pristupa odnosila se na očuvanje neoklasične paradigme. Onda kada nije bilo vidljivog rješenja određenog problema, neoklasična paradigma proširivana je novim konceptima, poput ekonomske analize prava na osnovu koje se data tema ili predmet istraživanja analizirala. Primjer proširivanja neoklasične paradigme koncipiran od strane čikaških ekonomista je Stiglerova teorija traženja, Beckerova i Schultzova teorija humanog kapitala i Coaseova teorija vlasničkih prava/teorija transakcijskih troškova.

[13] Prema Friedmanovom i monetarističkom shvatanju, tržišna ekonomija stabilna je onoliko koliko i sama ponuda novca, a manje uplitanje države znači i bolju ekonomiju. Osnovne postavke ovakvog shvatanja zasnivaju se na činjenici da tržište u odnosu na državu efikasnije alocira resurse i determinira cijene i plaće, te da bi države trebale izbjegavati reguliranje agregatne tražnje i umjesto toga fokusirati se na održavanje čvrstog i niskog nivoa rasta ponude novca. Friedman je također odbijao vjerovanje da je puna zaposlenost poželjna i moguća. R. Regan je koristio njegove ideje za vrijeme svog mandata za razliku od G. Busha i B. Obame, koji su na stajalištu kejnzijanske ekonomije. Doprinosi Friedmana su brojni, od ideje o uspostavljaju dobrovoljne vojske, preko uvođenja školskih vaučera još 1955. godine, do ukidanja poštanske službe i preuzimanja od strane privatnog poduzeća. Friedmanove ideje su bile ključne za neke tranzicijske zemlje (Čile i Poljska) u iznalaženju modusa prelaska iz komandne ka tržišnoj ekonomiji i kapitalističkim i demokratskim društvima. M. Friedman dobitnik je Nobelove nagrade za Teoriju o prirodnoj stopi nezaposlenosti1976. godine.

[14] Za Čikašku školu kejnzijanska ekonomija predstavljala je tri izazova, prvi: da cijene ne mogu utjecati na tržišnu ravnotežu, što je značilo da je teorija tržišta neadekvatna; drugi, ukoliko tržište nije samoregulirajuće, onda bi bila poželjna i opravdana intervencija države, čime se slabi osnova slobodne ekonomije; treći, podjela ekonomije na mikro i makro, koja zahtijeva posebne teorije za svaki od dijelova čime ekonomija nema jasno unificiranu teoriju.

je upravo takav vid rada doveo do nastanka novog naučnog polja – prava i ekonomije koje se kasnije razvilo u Čikašku školu ekonomske analize prava. Potpuno je jasno da Čikaška ekonomska škola ne samo da je inicirala nastanak i razvoj ekonomske analize prava nego već dugi niz godina dominira ovom naučnom disciplinom.

Čikaška škola prava i ekonomije

Iako se za najplodonosnije godine Čikaške škole ekonomske analize prava smatraju 60-e i 70-e godine prošlog stoljeća, koje se ujedno vezuju i za intenzivan rad profesora s Univerziteta u Čikagu,[15] razvoj ove posebne, interdisciplinarne naučne discipline počinje mnogo prije.

Historija nastanka ekonomske analize prava na Univerzitetu u Čikagu započela je početkom 20. stoljeća kada su se pojavila različita mišljenja u pogledu izrade novog curriculuma i uvođenja predmeta van tradicionalnog područja pravnog izučavanja. Osnivanjem Pravnog fakulteta pri Univerzitetu u Čikagu, za čijeg prvog dekana je postavljen J. H. Beale,[16] započelo je i izučavanje neovisnosti prava u odnosu na ostale društvene nauke. Nakon isteka njegovog dvogodišnjeg mandata i povratka na Harvard, Pravni fakultet Univerziteta u Čikagu vođen E. Freundom[17] organizirao je veliki broj seminara i kurseva na kojima su obrađivane teme vezane za proučavanje

[15] Na Plenarnoj sjednici Američke asocijacije prava i ekonomije održanoj 24. 5. 1991. godine R. H. Coase, G. Calabresi, H. Manne i R. Posner proglašeni su počasnim osnivačima naučne oblasti prava i ekonomije. Izvor: http://www.amlecon.org/

[16] Joseph Henry Beale predavao je na Pravnom fakultetu na Harvardu, a potom na Pravnom fakultetu Univerziteta u Čikagu za vrijeme čijeg je dvogodišnjeg dekanskog mandata postao "jedan od najboljih u državi". Poznat je zagovornik pravnog formalizma kao modela pravne misli, ali i po brojnim radovima na polju sukoba nadležnosti, korporacijskog i krivičnog prava. Jedan od njegovih najznačajnijih radova je esej iz 1916. godine pod nazivom Priroda prava objavljen u Raspravi o sukobu zakona. Beale je dobitnik brojnih nagrada i priznanja, a jedan od njih je izbor u Američku akademiju nauke i umjetnosti 1906. godine. Više u: A. L. Harding, Joseph Henry Beale: Pioneer, Missouri Law Review, Volume 2, Issue 2 April 1937 Article 5.

[17] Ernst Freund bio je poznati američki teoretičar. Diplomirao je pravo na Univerzitetu u Heidelbergu (1884.), a doktorirao političke nauke na Univerzitetu Kolumbiji (1897). Kao profesor predavao je na Univerzitetu u Čikagu političke nauke (1894–1902.) i bio profesor prava (1903–32). Freund je prvenstveno bio zaslužan za razvoj upravnog prava u SAD. Bio je jedan od organizatora Udruženja za zaštitu imigranata (1908). Pravni fakultet Univerziteta u Čikagu u njegov čast ustanovio je Centar prava i etike Ernst Freund Distinguished Service Professorship, koji vodi M. Nussbaum. Više u: Firmage, Edwin B., Ernst Freund: pioneer of administrative law, The University of Chicago Law Review [Vol. 29:755.

specifičnih pravnih problema, ali i razmatrana pitanja povezanosti pravnih nauka s drugim društvenim naukama, prije svega filozofijom i ekonomijom. Razmatrana problematika u osnovi je bila pravnog karaktera, a studenti su poticani i na promišljanja i s nepravne tačke gledišta u pogledu shvatanja funkcionalne veze između prava i društvene stvarnosti. Ovakav način rada u konačnici je doveo do porasta pravnog realizma[18]. Kao što je to naglasio E. Kitch u *Journal of Law and Economics* u *The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932. – 1970.* pravničko razmišljanje bilo je oštro kritizirano kao konceptualno, doktrinarno i ograničeno:

> "…sasvim je jasno da pravni realizam čini studente prava otvorenim ka društvenim naukama i to svim društvenim naukama: psihologiji, sociologiji, političkim naukama, antropologiji. Niko ne može sa sigurnošću reći koja od društvenih nauka može biti korisnija, ali treba pokušati sa svakom. U proteklim godinama američki pravni fakulteti probali su sve. Takvo okruženje predstavlja odgovarajuće/plodno tlo za izučavanje ekonomije na pravnim fakultetima".

Sve do ranih 30-ih godina prošlog stoljeća izučavanje ekonomije i drugih društvenih nauka općenito nije bilo do kraja iskristalizirano u curriculumu Pravnog fakulteta Univerziteta u Čikagu. Nakon ovog perioda, dolaskom H. C. Simonsa[19] na Pravnom fakultetu pokreću se kursevi ekonomije i objavljuje značajan broj publikacija, te se može naići na podatke prema kojima se godinom nastanka prava i ekonomije, smatra upravo 1933. godina. Prelazak Simonsa na Pravni fakultet bio je rezultat političkih previranja između F. Knighta, čiji je Simons bio učenik, i P. Douglasa koji je bio veliki zagovornik kejnzijanizma i državne intervencije i koji je u tom periodu imao veliki utjecaj na Ekonomskom fakultetu. Simons je najprije organizirao neformalni seminar o ekonomskoj teoriji, a nakon toga počinje predavati Ekonomsku analizu javne politike (kurs makroekonomije za pravnike) na Pravnom fakultetu.

---

[18] Pravni realizam je pokret koji se javio u SAD, odnosno na američkim pravnim fakultetima 20-ih godina prošlog stoljeća, prema kojem su studenti prava trebali istraživati odnos prava i društvene stvarnosti. Više o pravnom realizmu u: F. Parisi, C. K. Rowley (2005), The Origins Of Law And Economics:Essays by the Founding Fathers, Edward Edgar Publishing.

[19] Henry C. Simons (1899–1946.) bio je američki ekonomista koji je predavao na Univerzitetu u Čikagu antitrustovsko pravo i monetarističke modele. Bio je veliki zagovornik laissez-fairea. U jednom od njegovih najpoznatijih eseja A Positive Program for Laissez Faire (1934.) Simons je ukazao na program reforme privatnih poduzeća u vrijeme Velike krize. Simons je poznat i po tome što je zajedno s Robertom M. Haigom dao definiciju ekonomskog dohotka poznatu pod nazivom Haig–Simons formula koja je imala veliki utjecaj na modernu američku poreznu strukturu. Preuzeto sa http://www.lib.uchicago.edu

Tadašnji dekan W. Katz[20] vjerovao je da će pravnici kroz stjecanje znanja o drugim predmetima[21] i shvatanju uloge društvenih nauka utjecati na razvojni put prava u narednom periodu. Program je usvojen 1937. godine, iako je Simons smatrao da pravo treba biti strukturirano na način koji će voditi promoviranju konkurentnog tržišta odražavajući time stavove Čikaške škole prava i ekonomije. Njegova nastojanja pomogla su stvaranju solidne osnove za nastanak novog naučnog polja koje vezuje pravo i ekonomiju, ali i odgovarajućeg okruženja pogodnog za održanje kontinuiteta Čikaške škole prava i ekonomije. Njegova predavanja o antimonopolskim i monetarističkim modelima promijenila su način razmišljanja pravnika, te bila ključna za podučavanje studenata prava o ekonomiji i analitičkom pristupu datoj problematici.[22]

Previranja izazvana II svjetskim ratom i društveno-ekonomski kontekst tog perioda[23] doveli su do prekida izučavanja uloge društvenih nauka u studiju prava, a razmišljalo se i o ukidanju Pravnog fakulteta i otvaranju odsjeka jurisprudencije pri odjelu društvenih nauka. Međutim, taj proces zaustavio se 1946. godine dolaskom W. Bluma, A. Directora[24] i M. Friedmana koji su počeli predavati na Pravnom fakultetu.[25] Director je dolaskom na Pravni fakultet Univerziteta u Čikagu preuzeo vođenje projekta pod nazivom *Free Market*

---

[20] Wilber Katz bio je profesor emeritus, predavač na Pravnom fakultetu Univerziteta u Čikagu (1930–1961.) i dekan u periodu od 1939. do 1950. godine, a od 1961. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Wisconsinu. Prije nego je započeo karijeru profesora na Univerzitetu u Čikagu, Katz je kao pravnik radio na Wall Streetu. Za vrijeme svoje predavačke karijere predavao je korporacijsko pravo, računovodstvo i pravo, pravnu etiku i pravo vjerske slobode. Preuzeto sa law.wisc.edu/s/c_420/jgxnj/gargoyle_11_1_2.pdf od 6. 1. 2014.

[21] U ovom periodu curriculum Pravnog fakulteta sadržavao je izučavanje ekonomije i računovodstva, a razvijan je i četverogodišnji curriculum prema kojem bi studenti prava izučavali i neke druge oblasti društvenih nauka. Istovremeno su se organizirali i specijalistički studiji za sudije Vrhovnog suda. http://www.uchicago.edu/about/history/

[22] R. I. Mordfin i M. F. Nagorsky, Chicago and Law and Economics: A History, http://www.law.uchicago.edu/alumni/magazine/fall11/lawandecon-history

[23] U ovom periodu veliki broj studenata prava otišao je u rat, Viner je prešao na Princeton, Mills otišao u penziju, a Leland na Northwest Univerzitet.

[24] Aaron Director (1901–2004.) imao je odlučujuću ulogu u razvoju Čikaške ekonomske škole. Bio je i profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta u Čikagu i imao veliki utjecaj na generacije pravnika, uključujući R. Borka, R. Posnera, A. Scalije i ministra pravde W. Rehnquista. Blisko je surađivao sa F. Hayekom, te zajedno s R. Coaseom bio osnivač časopisa Journal of Law & Economics 1958., što je dodatno ojačalo vezu prava i ekonomije. Preuzeto sa http://en.wikipedia.org/wiki/Aaron_Director od 19. 11. 2013.

[25] R. I. Mordfin i M. F. Nagorsky, Chicago and Law and Economics: A History, http://www.law.uchicago.edu/alumni/magazine/fall11/lawandecon-history

Study posvećenog izučavanju pravnog i institucionalnog okvira efektivnog konkurentnog sistema. U ovom periodu, Director je s E. Levijem[26] počeo predavati o teoriji cijena i antitrustu. Ovdje treba istaći kako je transformacija čikaškog prava i ekonomije nastala iz transformacije teorije cijena, s obzirom na to da je tradicija čikaške teorije cijena mnogo starija od Čikaške škole ekonomske analize prava. Stoga nije nimalo iznenađujuća činjenica i moglo bi se reći ustaljena praksa da se *pravo i ekonomija* izjednačavaju s Čikaškom školom (a čikaško pravo i ekonomija s Richardom Posnerom i ekonomskom analizom prava). Upravo prva generacija čikaškog prava i ekonomije koja se reflektira u učenjima Directora, njegovih studenata i Coasea, svoje utemeljenje ima u teoriji cijena F. Knighta,[27] J. Vinera[28] i kasnije M. Friedmana.[29] Nakon toga, druga generacija čikaškog prava i ekonomije, ekonomska analiza prava, utemeljenje nalazi u teoriji racionalnog izbora na koju je prvi ukazao G. Becker, i koja predstavlja modificirani oblik teorije cijena dosta različit od prvobitne i tzv. stare verzije Čikaga.[30]

---

[26] Edward Hirsch Levi (1911–2000.) bio je američki naučnik, teoretičar i državnik koji je radio u državnom tužilaštvu. Mnogi su ga smatrali "najvećim pravnikom njegovog doba". Zaslužan je za uspostavu sistema nakon afere Watergate. U 2005. godini Ministarstvo pravde je, obilježavajući 30. godišnjicu njegovog postavljenja za glavnog tužitelja, ustanovilo nagradu Edward H. Levi za izuzetnu profesionalnost i lični integritet. https://www.lib.uchicago.edu

[27] Knight je bio više teoretičar ne previše zainteresiran za empirijsku analizu. Njegov najveći utjecaj počiva u njegovom konceptu shvatanja ekonomije prema kojem ekonomiziranje čak i u najširem smislu riječi ili razumno korištenje datih sredstava kako bi se ostvarili ciljevi ne uključuje sve ljudske interese, a o čemu je više pisao u The Limitations of Scientific Method in Economics. Knight je također insistirao na tome da se ekonomija treba više baviti socijalnom organizacijom ekonomskih aktivnosti, prije svega putem sistema cijena ili slobodnog poduzetništva na ograničenom prostoru širokog spektra ličnih interesa, kako to navodi Robbins.

[28] Vinerov utjecaj ogleda se u njegovom pristupu predmetu – veoma tradicionalna maršalijnski put u ekonomiji uz empirijsku orijentaciju istraživanja primjene teorije cijena na konkretne ekonomske probleme.

[29] Friedmanov pristup teoriji cijena bio je pod utjecajem Knighta i Vinera, ali najviše pod utjecajem Marshalla čiji su principi za Friedmana bili kamen temeljac teorije cijena čak i 1960-ih.

[30] Više o razlici između stare i nove verzije čikaške teorije cijena i načina na koji je ta transformacija strukturalno rezultirala iz forme prava i ekonomije u formu ekonomske analize prava u Chicago Price Theory and Chicago Law and Economics: A Tale of Two Transition, Steven G. Medema, 2007. Department of Economics, University of Colorado at Denver.

Čikaška škola ekonomske analize prava

Dolaskom Georga J. Stieglera[31] 1958. godine i osnivanjem *Journal of Law and Economics*[32] učvrstila se pozicija Pravnog fakulteta i ekonomske analize prava kao rastuće discipline, čime je došlo i do jačanja međusobnog utjecaja prava i ekonomije. Ovaj utjecaj najočitiji je u člancima Garya Beckera[33] *Konkurencija*

[31] George Joseph Stigler (1911–1991.), američki ekonomist, profesor na Sveučilištu Minnesota, Brown, Columbia i Chicago, član Čikaške škole i dobitnik Nobelove nagrade za ekonomiju 1982. za stvaralačke analize industrijske strukture, funkcioniranje tržišta te uzroka i posljedica državne intervencije na pojedine gospodarske segmente. To je izložio u djelima The Theory of Price (Teorija cijena) 1942.; Trends in Output and Employment (Trendovi proizvodnje i zaposlenosti) 1947.; The Organization of Industry (Organizacija industrije) 1968.; The Behaviour of Industrial Prices (Ponašanje industrijskih cijena) 1970,; The Citizen and the State (Građanin i država) 1975.; The Intellectual and the Market-Place (Intelektualac i tržište) 1985. Ekonomski leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža i MAS MEDIA, Zagreb, 1995.;
G. J. Stigler najpoznatiji je po tome što je razvio ekonomsku teoriju regulacije prema kojoj interesne grupe i drugi politički učesnici koriste regulaciju i prinudnu snagu države kako bi kreirali zakone i propise na način koji njima najbolje odgovara. Ova teorija dio je teorije javnog izbora. Značajan doprinos dao je i u izučavanju historije ekonomske misli. Njegov najveći doprinos u ekonomiji iskazan je u njegovom članku *The Economics of Information* u kojem je istakao značaj informacije kao najvrjednijeg resursa: "informacija je moć". Kako je to istakao Friedman, Stigler je kreirao novu eru studiranja za ekonomiste. Preuzeto sa http://en.wikipedia.org/wiki/George_Stigler od 19. 11. 2013.

[32] Pored ovog danas izlaze i drugi časopisi Journal of Legal Studies, The American Law and Economics Review, Research in Law and Economics i drugi koji odražavaju različite stavove i mišljenja o ekonomskoj analizi prava i koji su imali i najveći utjecaj na većinu radova vezanih za ovu oblast.

[33] Gary Stanley Becker (1930–2014.) američki je ekonomista, profesor Odsjeka za ekonomiju i sociologiju na Sveučilištu u Čikagu 1954–57., Sveučilištu Columbija 1957–69. i ponovno na Sveučilištu u Čikagu od 1970. Njegov najveći doprinos ekonomskoj znanosti je knjiga Human Capital (Ljudski kapital) 1964. U njoj iznosi shvaćanje o obrazovanju kao ekonomskoj kategoriji i dokazuje da su investicije u naobrazbu pojedinca slične poslovnim investicijama u opremu. Objavio je više radova o ljudskom ponašanju i problemima obitelji. Dodijeljena mu je Nobelova nagrada za ekonomiju 1992. godine za proširenje primjene mikroekonomske analize na široko područje ljudskog ponašanja i odnosa među pojedincima. Ekonomski leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža i MAS MEDIA, Zagreb, 1995.;
G. S. Becker je bio jedan od prvih ekonomista koji je izučavao i sociološka pitanja, uključujući rasnu diskriminaciju, zločin, obitelj i ovisnost od droga. Zagovornik je shvatanja da se različiti tipovi ponašanja mogu promatrati kroz ostvarenje maksimalne racionalnosti i korisnosti. Njegov pristup uključuje altruističko ponašanje kroz definiranje odgovarajuće individualne korisnosti. Dobitnik je Predsjedničke medalje slobode u 2007. Becker je zaslužan za *Teoriju trule jabuke*. Preuzeto sa http://en.wikipedia.org/wiki/Gary_Becker od 19. 11. 2013.

i demokracija i Georga Stiglera *Ekonomija obima*, objavljenim u *Journal of Law and Economics.* Imajući u vidu da je ekonomija nauka o izboru, Becker je usvojio čikaški pristup teorije cijena kako bi objasnio mogućnosti izbora u različitim netržišnim situacijama, uključujući rasnu diskriminaciju na tržištu rada (Becker 1957.); protuzakonito ponašanje i provedba zakona (Becker 1968.); porodične odnose (uključujući brak i razvod), odluku o djeci i dio koji se odnosi na rad u kući (Becker 1976.); altruizam (Becker i Barro 1988., Becker i Murphy 1988b); ovisničko ponašanje uključujući korištenje droga (Becker i Murphy 1988b, Becker, Grossman i Murphy 1991.), a Becker je u svom djelu iz 1976. *The Economic Approach to Human Behaviour* ukazao na činjenicu da se ekonomska nauka ne bi trebala definirati prema metodu nego prema predmetu istraživanja. Ovi radovi ukazuju na Beckerov karakterističan pristup ekonomskoj analizi prava, ali i ekonomskom imperijalizmu.[34] Nadalje, Becker je u svom radu *Zločin i kazna: ekonomski pristup* ukazao na sociološke posljedice i prevenciju protuzakonitih ponašanja. Koristeći ekonomske metode i primjenjujući ekonomsku analizu na različite oblasti prava Becker utječe na rad svih onih koji se bave pravom i ekonomijom, uključujući i predavače s Univerziteta u Čikagu kao što su Richard Posner, Frank Easterbrook i William Landes.

Nakon što je Posner[35] 1969. godine objavio knjigu *Ekonomska analiza prava* dodatno je skrenuta pažnja akademske zajednice na ovu novu naučnu oblast i ekonomsku analizu pravnih pitanja, čime pravo i ekonomija postaje jedno od najznačajnijih područja izučavanja. Nakon toga je Guido Calabresi[36]

---

[34] N. Mercuro i S. G. Medema: Economics and the Law, Second Edition, Princeton University Press i copyrighted, © 2006, by Princeton University Press str. 101; O ekonomskom imperijalizmu vidjeti u Brenner (1980), Posner (1993a), i Lazear (2000).

[35] Richard Allen Posner (1939–) američki je pravnik, pravni teoretičar, ekonomist i sudija. Predstavlja vodeću figuru na polju prava i ekonomije i autor je skoro 40 knjiga o jurisprudenciji, ekonomiji, te nekoliko drugih tema, uključujući Economic Analysis of Law, The Economics of Justice, The Problems of Jurisprudence, Sex and Reason, Law, Pragmatism and Democracy, i The Crisis of Capitalist Democracy. The Journal of Legal Studies smatra da je Posner najcitiraniji pravni teoretičar 20. stoljeća. Izvor: http://home.uchicago.edu/~rposner/biography

[36] Guido Calabresi (1932–) je italijansko-američki pravni teoretičar i sudija. Bivši je dekan Pravnog fakulteta u Yaleu, na kojem je kao ikada najmlađi profesor i predavao od 1959. Calabresija zajedno s R. Coaseom i R. Posnerom smatraju za osnivače polja prava i ekonomije. Njegovi pionirski doprinosi na polju prava i ekonomije uključuju primjenu ekonomskog načina razmišljanja o odštetnom pravu, kao i pravnu interpretaciju Coaseove teoreme. Calabresi je dobitnik više od 40 počasnih priznanja univerziteta širom svijeta. Član je i Kraljevske švedske akademije nauka. Najznačajniji radovi su mu: Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts (1961.), The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis. (1970.) te Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral (1972. sa D. Melamed). Izvor: http://

s Univerziteta u Yaleu 1970. godine objavio članak pod nazivom *Troškovi nesreće: pravna i ekonomska analiza* koji daje uvid u analizu ekonomske efikasnosti odštetnog prava. U ovom periodu Čikaški univerzitet uspio je održati živom zainteresiranost za ovu problematiku i stimulirati nova promišljanja o ekonomskoj analizi prava.

I pored toga što se korijeni nastanka ekonomske analize prava vezuju za Adama Smitha i Jerermyja Benthama,[37] ipak se kao vrijeme nastanka ove nove naučne discipline smatraju 60-e i 70-e godine prošlog stoljeća, odnosno objavljivanje članka Ronalda Coasea *Teorija socijalnog troška* 1960. godine koji predstavlja sinonim i oznaku Čikaške škole ekonomske analize prava. Coase je ovim svojim radom, koji se smatra najutjecajnijim u ekonomskoj analizi prava i koji je i najviše citirani rad u literaturi ekonomske analize prava, dao veliki doprinos razvoju ove discipline. Coaseova teorema[38] koja je izazvala kontraverzna shvatanja po pitanju njene uloge o opravdanosti, odnosno neopravdanosti državne intervencije u situacijama kada se tržište suočava s problemima alokacije vlasničkih prava, postala je okosnica ekonomske analize prava. U suštini Coase je svojim radom u ekonomskoj teoriji pokrenuo pitanja koja otkrivaju ekonomsku logiku prava. U tom periodu značajno je istaknuti i rad Calabresia koji je u djelu *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts (1961.)*, ukazao na pitanja ekonomske logike prava, ali i radove Mannea, Beckera, te Posnera. Radovi ovih teoretičara činili su osnovu čikaškog pristupa ekonomskoj analizi prava. U ovom periodu na vidjelo izlaze i brojna pitanja ekonomske i pravne prirode, poput normativne efikasnosti, a o kojima ranije nije bilo raspravljano. Tako već ranih 70-ih godina prošlog stoljeća ekonomska analiza prava postaje ozbiljno polje istraživanja, najbolje objašnjeno u Posnerovoj publikaciji *Economic Analaysis of Law* iz 1972.

Sljedeći veliki val na polju ekonomske analize prava protegnuo se na izučavanje efikasnosti običajnog, odštetnog, ugovornog i krivičnog prava. Inicijator promjena koje su se desile na Univerzitetu u Čikago u suštini bio je Posner, koji je ukazao na činjenicu da ekonomija predstavlja plodonosno područje koje se može primijeniti i na ona polja prava za koja se smatralo da je to nemoguće. Posnerovi radovi o ekonomskoj analizi prava pokazuju da je ekonomska analiza prava primjenjiva ne samo na stvarno, ugovorno, odštetno, porodično i krivično pravo nego i na pitanja poput: ovisnosti,

---

judgepedia.org/Guido_Calabresi

[37] Nikolajev, A. (2012), Ekonomska analiza prava – nastanak, pojam i značaj, Godišnjak Pravnog fakulteta, Sarajevo, 2012., str. 319–328.

[38] Više o ovoj teoriji u Jovanović, A. (2008), Teorijske osnove ekonomske analize prava, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 80.

diskriminacije, starenja i eutanazije, epidemije AIDS-a, spolno prenosivih bolesti, kloniranja, homoseksualnosti, surogat roditelja, slobode religije, usvajanja, procesa *impičmenta* protiv Clintona, uloge Vrhovnog suda u izborima Bush – Gore 2000. godine.[39]

U periodu 80-ih godina na Fakultet dolaze *nova imena,* poput Bairda koji se bavi bankrotima, Easterbrooka i Dana Fischela koji su istraživali korporativno pravo, Epsteina koji je izdao rad pod nazivom *Privatno vlasništvo i istaknuti domena* i napisao veliki broj članaka o odštetnom pravu. U ovom periodu počinju da se provode šire intelektualne studije te stimuliraju svakodnevne debate između profesora i studenata (naročito između Epsteina i Posnera i ostalih studenata Pravnog fakulteta) koji su se zanimali za ovu oblast. Rezultat na ovaj način potaknutih promjena bilo je povećanje produktivnosti Pravnog fakulteta te stvaranje kompleksnijeg, diverzificiranijeg i više empirijskog područja studiranja. Time se korištenje ekonomske analize prava proširilo dodatno i na oblasti poput međunarodnog prava, ratnog prava, kao i prava mora.

Dominacija modela ekonomske analize prava Čikaške škole i njena primjena naročito počinje 1981. godine[40] kada su zagovornici ideja ove škole postavljeni u antimonopolske i trgovinske komisije, regulatorna tijela i agencije restrukturirajući ih na način koji omogućava maksimizaciju blagostanja i efikasnosti preduzeća, a ne realizaciju političkih ciljeva. Doprinos razvoju ekonomske analize prava u oblasti antimonopolskog prava u ovom periodu dao je i sam Director podučavajući studente o tome kako je osnovni cilj antimonopolskog prava promocija efikasnosti, prema kojoj monopoli egzistiraju dok su efikasni, a nestaju onda kada njihova efikasnost opadne. Stoga se za monopole može reći da oni predstavljaju povremene, nestalne i tranzicijski potencijalne rezultate konkurencijskog procesa. Imajući u vidu *laissez-faire* sistem, čak i u situacijama kada monopoli pokazuju neefikasnost na duži rok, djelovanje države je gore negoli sama situacija u kojoj se monopoli nalaze upravo zbog neefikasnosti države, što je u skladu s idejom Čikaške ekonomske škole.

O značaju i utjecaju koji je Čikaška škola ekonomske analize prava imala u izučavanju antimonopolskog prava, naročito u posljednjim desetljećima,

[39] N. Mercuro i S. G. Medema: Economics and the Law, Second Edition, Princeton University Press, 2006, Princeton University Press, str. 102.

[40] Uloga pravnika i ekonomista Čikaške škole postaje značajnija kada predsjednički mandat dobija R. Regan, a utjecaj antiintervencionističkih shvatanja Čikaške škole postoji i dalje uprkos jačanju suprotnih ideja. Preuzeto iz: Jovanović, A. (2008): Teorijske osnove ekonomske analize prava, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 83.

svjedoči komentar H. Hovenkampa u kojem kaže: "Čikaška škola je za antimonopolsku politiku učinila više od bilo koje druge ekonomske teorije (...) Niko ne može pobjeći od njenog utjecaja na antimonopolsku analizu."[41] Time se Čikaška škola čvrsto utemeljila i u ovom području, što se može smatrati i djelomičnom pobjedom koju je Eleanor Fox nazvala *bitka za dušu antitrusta*.[42] I pored nesumnjivog doprinosa Directora u ovom području izučavanja, treba također naglasiti da je bio pokretač profesionalizacije Čikaške škole prava i ekonomije, čime je otvorio put kreiranju prvog nacionalnog program prava i ekonomije (koji je proistekao iz antitrustovskog projekta), ali i doveo do osnivanja *Journal of Law and Economics* (1958). Vrijeme njegovih predavanja obilježilo je stalno nastojanje da se studentima prava ukaže na to kako je regulacija odgovarajuća funkcija tržišta, a ne države. Ova poruka često je neshvaćena od strane pravnika koji ne razumiju dinamiku slobodnog tržišnog djelovanja.[43]

Period od 1998. godine smatra se najplodonosnijim s obzirom na to da je u tom periodu radila tzv. *zvjezdana grupa* koju su činili Saul Levmore, Lisa Bernstein i Eric Posner i koji su primjenjivali cost-benefit analizu i teoriju igara na stečajno, ugovorno, radno, ustavno, upravno i imigracijsko pravo, te David Weisbach koji se bavio ekonomskom analizom poreznog i ekološkog prava. Značajan doprinos razvoju ekonomske analize prava dao je i Thomas Miles koji je dodatno transformirao ovu oblast analizirajući efikasnosti sudskih odluka. U suradnji sa S. Levittom ponudio je obuhvatnu empirijsku analizu pitanja krivičnog prava, krivičnog procesa, kazne i prevencije. Također je značajno spomenuti i rad Anupa Malanija koji, baveći se problematikom medicinskog prava, razmatra veliki broj tema uključujući kontrolu infekcijskih bolesti, upravljanje kliničkim ogledima, zloupotrebu u medicini i odgovornost za proizvodnju lijekova.

Umjesto zaključka

Čikaška ekonomska škola otvorila je novo polje izučavanja i studiranja. Pioniri ekonomske analize prava pružili su kako empirijsku tako i teorijsku osnovu, te na taj način postavili osnove za nastavak sticanja i širenja znanja, čime

[41] H. Hovenkamp, Chicago and its Alternatives, The Duke Law Journal, Vol. 1986: 1014 str. 1020.

[42] Eleanor M. Fox, The Battle for the Soul of Antitrust, California Law Review, Volume 75 | Issue 3 Article 6, 1987.

[43] F. Parisi, C. K. Rowley (2005), The Origins Of Law And Economics: Essays by the Founding Fathers, Edward Edgar Publishing, str. 10.

je Univerzitet u Čikagu postao međunarodni centar ovog interdisciplinarnog područja. Imajući u vidu činjenicu da su mislioci Čikaške ekonomske škole prvi u pravo uveli komponentu tržišne efikasnosti, potpuno je razumljiv i njen veliki utjecaj na ovu interdisciplinarnu naučnu granu. Cjelokupno polje prava – antitrustovsko, ugovorno, odštetno, korporativno, stvarno – u potpunosti je transformirano djelovanjem ekonomske analize prava. Radovi laureata Nobelove nagrade G. Beckera, R. Coase, G. Stiglera, M. Friedmana, T. W. Schultza, M. H. Millera, R. W. Fogela i R. E. Lucasa, ali i ostalih, sudije R. Posnera, W. Landesa, D. Bairda, S. Levmorea, R. Epsteina i ostalih, objavljivani u prestižnim časopisima *Journal of Law and Economics* kao i *Journal of Legal Studies* (prvih iz ove oblasti, publicirani od strane Pravnog fakulteta) promijenili su osnovu pravne analize. Na ovaj način došlo je ne samo do transformacije pojedinih pravnih oblasti, nego i do pojave novih.

Većina ranih radova o pravu i ekonomiji fokusirala se na antitrust i poreze, ali kako je 50-ih godina došlo do napretka veze između prava i ekonomije činilo se da se napokon došlo do društvene nauke koja je analizu prava činila realističnijom. Tome u prilog idu i brojna istraživanja i radovi koji su ukazali na činjenicu da ekonomska nauka nije ograničena samo i isključivo na ekonomske fenomene/pojave nego da se njeno područje istraživanja može primjenjivati i na neeksplicitno ekonomska tržišta. Iako su u početku pravo i ekonomija smatrani konzervativnom doktrinom, vremenom, kako su ekonomski instrumenti postajali osnovni dio pravnih studija i kako se istraživanje usmjeravalo ka tržišnim neuspjesima i empirijskim analizama osnovnih socijalnih pitanja, ovakva slika o pravu i ekonomiji lagano je blijedjela. Ekonomija je postala osnovna komponenta, ali i sredstvo analize i istraživanja skoro svake pravne škole.

U kontekstu ekonomske analize prava utjecaj Čikaške ekonomske škole bio je od ključnog značaja za promjene u shvatanju pravnih promjena i promjena javne politike. Upravo Čikaška ekonomska škola najutjecajnija je u ekonomskoj nauci i dominira disciplinom ekonomske analize prava. Možda zasluge za ovakav položaj škole pripadaju njenim predstavnicima, odnosno grupi profesora Univerziteta u Čikagu koji su podsticali interesovanja pravničke i ekonomske struke za vezu prava i ekonomije i koji se smatraju utemeljiteljima ove naučne discipline.

Amina Nikolajev, MA
Senior Assistant

HISTORICAL DEVELOPMENT OF THE CHICAGO SCHOOL OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Summary

For many years now, ever since its establishment in 1890, the Chicago school of economics, by a way of continuous improvement and transfer of knowledge influences not only the development of educational work and scientific research, but also represents the basis for the emergence and development of new fields in science. Within the University of Chicago, the Department of Economics was established, and it gave rise to the Chicago school of economics as one of the leading economic concepts of the period, which later led to the Chicago school of economic analysis of law and the Department of Law which both acted together as a platform to spread this scientific discipline. Although it was very well known since its founding for being heterogenic in terms of different economic standpoints, from the supporters of Keynesianism to the monetarists and neoliberals that predominated later, this school provided the basis and it produced many generations which are still active today within the Chicago school of economic analysis of law. Without trying to evaluate its stances and influence, and in an attempt to present the initial ideas that comprise the backbone of this school in the most credible way possible, this paper presents the Chicago school of economics, which gave rise to the Chicago school of law and economics (the Chicago school of economic analysis of law).

Keywords: *the Chicago school, economics, law, economic analysis of law.*

Dr. Almedina Šabić
Viša asistentica

UDK: 339.162.4:061.1EU
347.44:061.1EU
Izvorni naučni rad

ZAŠTITA OD NEPOŠTENIH UGOVORNIH KLAUZULA PREMA PRIJEDLOGU UREDBE EVROPSKOG PARLAMENTA I VIJEĆA O ZAJEDNIČKOM EVROPSKOM PRAVU PRODAJE

Sažetak

Uvijek atraktivna problematika zaštite od nepoštenih ugovornih klauzula, koju se u okvirima potrošačkih ugovora na komunitarnom nivou harmoniziralo na osnovu Smjernice 93/13/EEZ, u Prijedlogu Uredbe Evropskog parlamenta i Vijeća o zajedničkom evropskom pravu prodaje aktualizira se i u okvirima B2B ugovora. U članku se ukazuje na rješenja ovog opcionalnog instrumenta, uz osvrt na rješenja Smjernice koja su poslužila kao uzor; rješenja Smjernice nije moguće zaobići s obzirom na činjenicu njenog postojanja u vremenu dužem od dva desetljeća, tokom kojih je u vezi s njenim tumačenjem nastao i niz odluka Suda EU, koje bi trebale biti od nemjerljive koristi pri primjeni ZEPP.

Ključne riječi: *nepoštene ugovorne klauzule, zajedničko evropsko pravo prodaje*

Uvodno. Savremeni pravni promet gotovo da je nezamisliv bez korištenja unaprijed sačinjenih ugovornih klauzula, bilo da je riječ o cjelokupnoj ugovornoj konstrukciji u smislu adhezionih ugovora, bilo da se radi o formularnim ugovorima ili općim uslovima poslovanja. Unaprijed osmišljena ugovorna sadržina omogućava jednostavnije masovno zaključivanje ugovora, odnosno uštedu vremena i novca i svakako jednostavniji izračun rizika s kojima se u pravnom prometu može susresti. S druge je strane ugovorna strana koja ugovor zaključuje sa sastavljačem unaprijed formuliranih ugovornih klauzula načelno u znatno nepovoljnijem položaju, s obzirom na to da joj se ugovorni uslovi nude bez mogućnosti da ona na njihovu sadržinu može uticati.

U većini savremenih zakonodavstava postoje odgovarajuća pravila kojima se nastoji spriječiti moguće zloupotrebe prilikom zaključenja ugovora čija je sadržina u cijelosti ili dijelom unaprijed formulirana, no problematika

zaštite od unaprijed formuliranih nepoštenih ugovornih klauzula osobito aktualnom postaje u kontekstu razvoja prava zaštite potrošača. U evropskim se okvirima harmonizaciju u ovoj oblasti poduzelo na temelju Smjernice Vijeća 93/13/EEZ od 5. aprila 1993. godine o nepoštenim klauzulama u ugovorima s potrošačima (dalje i: Smjernica).[1] Smjernica 93/13/EEZ, kako to njen naziv sugerira, štiti samo potrošača u ugovorima koje on zaključuje s poduzetnikom, no u određenom je broju država članica, u skladu s principom minimalne harmonizacije, i nakon implementacije Smjernice usvojena odnosno očuvana regulativa na temelju koje predmetom sadržajne kontrole mogu biti i ugovorne klauzule sadržane u B2B i P2P ugovorima (primjerice Danska, Finska, Švedska), odnosno ugovorne odredbe u potrošačkim ugovorima koje su individualno ugovorene (primjerice Francuska, Belgija, Luxemburg). Iako je bilo govora o tome da se u okvirima Smjernice o pravima potrošača iz 2011. godine, koju se namjeravalo utemeljiti na principu maksimalne harmonizacije, umanji pravnu rascjepkanost kao direktnu posljedicu djelovanja u okviru principa minimalne harmonizacije, u tom se nastojanju nije uspjelo.

U međuvremenu je Evropska komisija krajem 2011. godine prezentirala Prijedlog Uredbe Evropskog parlamenta i Vijeća o zajedničkom evropskom pravu prodaje kao svojevrstan skup propisa iz oblasti prava prodaje koji funkcionira prema *opting-in* modelu i pored ostalog sadrži i niz rješenja koja reguliraju problematiku nepoštenih ugovornih klauzula u B2C i B2B ugovorima. U predstojećem će izlaganju, nakon osvrta na rješenja Smjernice 93/13/EEZ, biti predstavljena rješenja sadržana u okviru ZEPP.

I. Smjernica 93/13/EEZ

Oblast ličnog i stvarnog važenja Smjernice 93/13/EEZ. *Rationae personae* Smjernicu 93/13/EEZ se primjenjuje kad je riječ o potrošačkim ugovorima, u smislu da se njenim rješenjima štiti potrošača u okviru potrošačkih ugovora. Potrošača određuju dvije karakteristike, jedna ličnog i jedna stvarnog karaktera. Lična se odrednica vezuje za to da potrošač može biti samo fizička osoba; pravne osobe *per definitionem* ne mogu biti smatrane potrošačima u smislu Smjernice.[2] Druga odrednica pojma potrošača ne naslanja se na karakteristike osobe, nego na izvjesne odrednice djelatnosti koju ta osoba

[1] Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ No L 95/29, 21. 4. 1993.

[2] Nobis, Steffi, Missbräuchliche Vertragsklauseln in Deutschland und Frankreich, Zur Umsetzung der Klauselrichtlinie 93/13/EWG des Rates, Tübingen, 2004, str. 118.

poduzima, u smislu da potrošačem može biti smatrana isključivo fizička osoba koja djeluje s ciljem koji se ne može pripisati njenoj profesionalnoj djelatnosti.[3] Potrošač čiji je pojam definiran na ovaj način zaštitu uživa isključivo u okviru ugovora zaključenih s poduzetnikom. Poduzetnikom se smatra fizičku ili pravnu osobu koja u okviru konkretnog posla djeluje u obavljanju svoje profesionalne djelatnosti.[4]

Prilikom definiranja oblasti stvarne primjene Smjernice 93/13/EEZ kombinira se pozitivne s negativnim pretpostavkama primjene, te se ističe kako se Smjernicu primjenjuje na one ugovorne klauzule u potrošačkim ugovorima o kojima nije pojedinačno pregovarano. Smatra se da se o ugovornim odredbama pregovaralo dotle dok je ugovorna strana sastavljača ugovornih klauzula imala mogućnost uticaja na njihov sadržaj. Takva mogućnost postoji načelno ondje gdje potrošač na temelju pregovaračke situacije može prepoznati i ostvariti vlastite interese. U pravilu bi morala postojati stvarna mogućnost potrošačeva uticaja na sadržaj ugovora, a ona će, shodno restriktivnom tumačenju, postojati ondje gdje su ispunjene tri kumulativne pretpostavke: 1) poduzetnik bi najprije morao biti ozbiljno spreman izmijeniti određene ugovorne klauzule odnosno odustati od njihovog korištenja u ugovoru, 2) na strani potrošača morala bi postojati mogućnost upoznavanja sa sadržinom ugovornih odredaba i s tom mogućnošću neodvojivo povezana njegova sposobnost da inicira izmjene ugovorne sadržine, te također 3) mora biti dokazano potrošačevo aktivno sudjelovanje u pregovorima ili njegova izričito izjavljena saglasnost sa sadržinom ugovora.

Pregovaranje bi moralo podrazumijevati pojedinačno pregovaranje odnosno pregovaranje o pojedinim odredbama ugovora. Činjenica da je o određenim ugovornim odredbama pregovarano nikako ne podrazumijeva pregovaranje o preostalim klauzulama.[5] Ugovorne odredbe o kojima je kolektivno pregovarano (u pravilu se misli na opće uvjete ugovora) smatra se pojedinačno ugovorenim.

Sadržajnoj kontroli shodno odredbi čl. 1 st. 2 Smjernice ne podliježu one ugovorne klauzule koje su zasnovane na prinudnim pravnim propisima ili

---

[3] Van Gool, Roeland, Die Problematik des Rechtes der missbrauchlichen Klauseln und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Frankfurt am Main, 2002, str. 111.

[4] O problemima u vezi s različitim nacionalnim prijevodima Smjernice 93/13/EEZ kad je riječ o označavanju poduzetnika više kod: Ebers, Martin, Verbraucherrechtkompendium, Rechtsvergleichende Studie, Klausel-Richtlinie, na: http://ec.europe.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_de_final.pdf, str. 371..

[5] Čl. 3 st. 2 Smjernice.

odredbama međunarodnih sporazuma,[6] kao niti odredbe koje reguliraju pitanja odnosa predmeta ugovora i cijene/naknade (čl. 4 st. 2 Smjernice).[7] Kontroli nepoštenosti ne podvrgava se niti odredbe u porodično- i nasljednopravnim ugovorima, s obzirom na to da je riječ o ugovorima u okvirima kojih se ne djeluje u obavljanju profesionalne djelatnosti, a Smjernicu se ne primjenjuje niti kad je riječ o ugovorima u radnom ili poslovnom pravu, budući da se smatra kako u okvirima takvih ugovora ne postoji osoba potrošača koju bi bilo potrebno zaštititi.[8]

Generalna klauzula. Sadržajnu kontrolu ugovornih odredaba na temelju odredbe čl. 3 Smjernice, koja sadrži tzv. generalnu klauzulu, poduzima se nakon što se utvrdi kako u konkretnom slučaju Smjernica može biti primijenjena kao lično i stvarno mjerodavno pravo.

Shodno generalnoj klauzuli iz čl. 3 st. 1 Smjernice, može se reći kako određenja jedne ugovorne klauzule kao nepoštene pretpostavlja ostvarenje dvije, uslovno rečeno i tri pretpostavke. Naime, kako bi bila određena kao nepoštena, ugovorna klauzula o kojoj nije pojedinačno pregovarano nepoštenom se smatra ondje gdje protivno načelu savjesnosti i poštenja uzrokuje značajan nesklad između prava i obaveza ugovornih strana i to na štetu potrošača. Pretpostavku postojanja nesklada prava i obaveza ugovornih strana negdje se posmatra kao odvojenu od pretpostavke postojanja oštećenja na strani potrošača, dok se negdje ove dvije pretpostavke shvata kao jednu.[9]

U pogledu prve pretpostavke nepoštenosti ugovorne klauzule, koja je vezana za uzrokovanje značajnog nesklada između prava i obaveza ugovornih

---

[6] Pojmom pravnih propisa trebali bi biti obuhvaćeni svi od strane ovlaštenih državnih tijela doneseni i primjenjivani apstraktni, generalni propisi, uključujući tu i nepisana pravna pravila. Pojmom pravnih propisa obuhvata se kako kogentne, tako i dispozitivne norme. Iznimno, predmetom kontrole će biti i ugovorne odredbe utemeljene u dispozitivnim propisima onda kad u ugovornim klauzulama jeste sadržano deklarativno dispozitivno pravo, a takve su odredbe upotrijebljene u atipičnim ili ugovorima posebne vrste. Van Gool, op. cit., str. 172.

[7] Unošenjem u tekst Smjernice ovakvog pravila nastojalo se spriječiti dovođenje u pitanje osnovnih načela funkcioniranja tržišnih mehanizama, a među njima prije svega načela ugovorne autonomije. Pravilo prema kojem kontroli sadržaja ne podliježu ugovorne odredbe o predmetu i primjerenosti omjera predmeta i cijene/naknade samo dotle dok su stvarno bile izložene djelovanju tržišnih mehanizama u skladu je i sa zaštitnim ciljem Smjernice. Sud, naime, nije ovlašten zadirati u pitanja privatne autonomije sve dok potrošač ima mogućnost uspoređivati različite robe odnosno usluge.

[8] Heinrichs, Helmut, Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes, NJW 1996, Heft 34, str. 2129 (dalje: Heinrichs, Das Gesetz...).

[9] Više kod: Petrić, Silvija, O problemu nepravednih odredaba u potrošačkim ugovorima u pravu EZ i pravu BiH, Zbornik radova PF u Mostaru, br. XV, 2002., str. 216.

strana, potrebno je reći kako utvrđivanje njenog ostvarenja pretpostavlja u pravilu usporedbu svih ugovorom neposredno ili posredno reguliranih uzajamnih prava i obaveza ugovarača.[10] Predmetom usporedbe jesu *prava* istog ili različitog sadržaja obje ugovorne strane ili *obaveze* istog ili različitog sadržaja obje ugovorne strane.[11] Pri kontroli nepoštenosti shodno odredbi čl. 3 st. 1 Smjernice relevantan je samo onaj nesklad odnosno neravnoteža prava i obaveza dvije strane koji može biti određen kao značajan (*significant*, *erheblich*) i neopravdan. Značajan nesklad prava i obaveza ugovornih strana znači u pravilu postojanje na strani jednog ugovornog partnera primjetne prevage obaveza nad pravima.

Nepoštenost određene ugovorne klauzule shodno odredbi čl. 3 st. 1 Smjernice uzrokovat će isključivo ona neravnoteža prava i obaveza ugovornih strana koja ide na štetu potrošača. Oštećenje potrošača ogleda se u svakom neprimjerenom umanjenju njegovih prava i svakom povećavanju njegovih obaveza, pri čemu je nužno ustanoviti nisu li u korist potrošača ugovorene određene prednosti kojima bi se eventualno korigiralo nastalu neravnotežu. Poduzetnik i treće osobe nisu zaštićeni Smjernicom.[12]

Pored navedenih kriterija, u odredbi čl. 3 st. 1 Smjernice zahtijeva se i to da značajan nesklad prava i obaveza ugovornih strana predstavlja povredu načela savjesnosti i poštenja. Iz odredbe čl. 3 st. 1 Smjernice nije jasno u kojem odnosu stoje načelo savjesnosti i poštenja i nesklad prava i obaveza ugovornih strana, pa ih je s obzirom na takvu nejasnost njihova odnosa moguće posmatrati i kao alternativne i kao kumulativne kriterije. Za razliku od shvatanja o nužnosti kumulativnog ostvarenja navedenih pretpostavki kako bi se moglo govoriti o postojanju nepoštene ugovorne klauzule,[13]

---

[10] Nobis, op. cit., str. 248.

[11] Van Gool, op. cit., str. 179.

[12] Prema shvatanjima Komisije, nacionalni bi sudovi pri kontroli nepoštenosti ugovornih klauzula trebali postupati određenim redom. Sud, naime, treba najprije ustanoviti nalazi li se konkretna odredba na crnim odnosno sivim listama klauzula. Ne može li se ugovornu klauzulu pronaći na spomenutim listama, sud je obavezan provesti kontrolu nepoštenosti na temelju generalne klauzule. Pri provedbi kontrole sud je obavezan u obzir uzeti listu klauzula u Aneksu uz Smjernicu 13/93/EEZ, liste klauzula iz drugih država članica, sudsku praksu iz drugih država članica, te ondje gdje ne postoji domaće dispozitivno pravo, dispozitivno pravo iz drugih država članica. Ukoliko se smatra potrebnim, moguće je inicirati prethodno odlučivanje od strane Suda EU. Na ovaj način Komisija očigledno nastoji inicirati ujednačavanje privatnog prava država članica. Tenreiro, Mario, The Communitiy Directive on Unfair Terms and National Legal System, European Rewiev of Private Laws, 1995, str. 280., navedeno prema: Van Gool, op. cit., str. 183.

[13] Van Gool primjerice zastupa shvatanje shodno kojem je ove kriterije nužno uzeti u obzir kao kumulativne.

Evropska komisija jeste mišljenja kako povreda načela savjesnosti i poštenja i značajan i neopravdan nesklad između prava i obaveza ugovornih strana nisu kumulativne pretpostavke za oglašavanje određene ugovorne klauzule nepoštenom. Postojanje objektivnog nesklada u pravilu *podrazumijeva* nepoštenost određene ugovorne klauzule. Komisija naglašava kako ugovorna klauzula koja uzrokuje značajan nesklad između prava i obaveza ugovornih strana jeste redovno protivna načelu savjesnosti i poštenja.

U tom je smislu nužno ukazati na činjenicu kako je konkretizacija ne samo načela savjesnosti i poštenja, već i preostalih kriterija sadržajne kontrole iz odredbe čl. 3 Smjernice jedan od osnovnih problema koje se za Smjernicu vezuje. Kako sadržajna kontrola nepoštenosti na temelju generalnih klauzula u državama članicama nije novina, razumljivo je da je u vezi s ovim pitanjem djelovanjem odgovarajućih nacionalnih sudskih instanci nastala relativno obimna sudska praksa. Interpretacija generalnih klauzula od strane različitih sudova u pravilu je vodila tome da se istovjetan tekst generalne klauzule tumačio drugačije od strane nacionalnih sudova i Suda EU. Ovo s obzirom na činjenicu da autonomno tumačenje od strane Suda EU počiva na načelima komunitarnog prava, a tumačenje od strane nacionalnih sudova na načelima koja poznaju nacionalna zakonodavstva. Iz rečenog jasno proizlazi kako čisto preuzimanje generalne klauzule u istovjetnom tekstu u nacionalna zakonodavstva država članica uopće ne garantira jedinstvenu primjenu takve klauzule. Čini se kako harmoniziranje nacionalnih zakonodavstava jeste najprije u rukama nacionalnih sudova, pri čemu je kad je o tumačenju riječ, od velikog značaja tumačenje u skladu sa Smjernicom.

Obaveza tumačenja u skladu sa Smjernicom podrazumijeva dvostepeni postupak ispitivanja nepoštenosti. Utvrdi li se nepoštenost konkretne ugovorne odredbe već na temelju nacionalnih propisa, pitanje tumačenja u skladu s komunitarnim pravom uopće se ne postavlja: ugovorna odredba nepoštena prema nacionalnim propisima, nepoštenom se smatra i prema komunitarnom pravu. Ukoliko se s druge strane utvrdi kako je određena ugovorna klauzula shodno nacionalnim propisima poštena, istu je klauzulu dalje nužno podvrgnuti kontroli nepoštenosti prema rješenjima Smjernice. Ukoliko rezultat kontrole koju se provede na osnovu rješenja Smjernice bude drugačiji u odnosu na rezultat kontrole na temelju nacionalnih kriterija, prednost će imati rješenja Smjernice: ovo praktično znači da će se ugovornu odredbu koja je nakon "nacionalne" sadržajne kontrole oglašena kao poštena, smatrati nepoštenom ukoliko to pokaže njena kontrola na osnovu rješenja Smjernice.

Zahtjev transparentnosti. Odredba čl. 5 Smjernice sadrži pravilo prema kojem ugovorne klauzule koje su potrošaču predočene pismeno moraju biti formulirane jasno i razumljivo. Može se reći da bi ugovorne klauzule trebale biti formulirane tako da ih potrošač može razumjeti bez pravnog savjeta.[14] U slučaju sumnje o značenju pojedinih odredaba primijenit će se za potrošača najpovoljnije značenje. Ovakvo pravilo tumačenja ne primjenjuje se u okvirima u čl. 7 st. 2 predviđenog postupka.

Dva su kontrolna kriterija o kojima shodno odredbama čl. 5 mora biti povedeno računa pri kontroli transparentnosti. Jedan od njih se odnosi na sadržinu odredaba i njime se zahtijeva *jasnost* istih, dok je drugi kriterij formalne prirode i tiče se *razumljivosti* teksta ugovora.[15]

Ugovorne se klauzule jasnima smatra kad nemaju iznenađujući karakter, te nisu osnovi za nesporazuma ili sumnje.[16]

Drugi je kriterij za ocjenu transparentnosti ugovornih klauzula shodno odredbi čl. 5 st. 1 Smjernice formalan i odnosi se na razumljivost ugovornih odredaba. Razumljivom se ugovornom klauzulom smatra onu klauzulu koja omogućava potrošaču da shvati njen smisao.[17] Razumljivost određene ugovorne klauzule pretpostavlja njenu čitljivost i jezičnu razumljivost. Čitljivost pri tom podrazumijeva sačinjenost ugovora u obliku štamparsko-tehnički pregledne isprave. U tom smislu primjerice opći uslovi poslovanja ne bi smjeli biti štampani isuviše sitno, odnosno važni opisi obaveza ugovornih strana ne bi smjeli biti skriveni u tekstu ugovora. Jezična se razumljivost teksta ugovora odnosi s jedne strane na obavezu sačinjavanja teksta ugovora na jeziku koji je razumljiv prosječnom potrošaču, te bi u tom smislu trebala biti izbjegnuta primjena nerazumljivih stručnih termina, kao i pravnih izraza

[14] Baier, Kirsten, Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Klauseln, Hamburg, 2004., str. 147.

[15] Postoje i autori koji ne razlikuju jasnost od razumljivosti. Jedan od takvih je i Heinrichs, koji smatra kako se kad je o ova dva termina riječ radi o sinonimima, koje je, s obzirom na to da nemaju različitu sadržinu, u praksi teško i nepotrebno razlikovati. Ovakvo shvatanje uglavnom nije prihvaćeno, uz opravdanje kako se razdvajanjem sadržinskog od formalnog kriterija kontrole transparentnosti htjelo podcrtati to da se, kad je o ovoj kontroli riječ, ne radi samo o štamparsko-tehničkoj ili kontroli čitljivosti, već o ispitivanju ispunjenosti pretpostavke sadržinske, dakle suštinske razumljivosti ugovornih odredaba. Više kod: Heinrichs, Helmut, Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, u: Festschrift Reinhold Trinkner, 1995. godine, str. 174. (dalje: Heinrichs, Das Transparenzgebot...) i kod: Van Gool, op. cit., str. 272.

[16] Van Gool, op. cit., str. 270; Nobis, op. cit., str. 216.

[17] Van Gool, op. cit., str. 271.

i uputa na odgovarajuće zakonske propise, bez navođenja njihova sadržaja. S druge strane, jezična razumljivost podrazumijeva i obavezu formuliranja ugovora na jeziku kojeg potrošač razumije, bilo da je to maternji jezik potrošača, bilo da se radi o jeziku njegova stalnog prebivališta.[18]

Pravne posljedice nepoštenosti i sprječavanje primjene nepoštenih ugovornih klauzula. Shodno odredbi čl. 6 st. 1 Smjernice, države članice su obavezne predvidjeti da nepoštene klauzule koje se koriste u ugovorima zaključenim s potrošačima od strane poduzetnika, kako je predviđeno njihovim domaćim pravom, neće obavezivati potrošača, a ugovor će nastaviti da važi na istoj osnovi, ukoliko može nastaviti postojati bez nepoštenih klauzula.

Posljedica je nepoštenosti ugovornih klauzula, koje su uprkos takvom svom karakteru unijete u tekst ugovora, u skladu s odredbom čl. 6 st. 1 *njihova neobaveznost za potrošača*. Neobaveznost se pri tom ograničava na nepoštene klauzule, dok preostali dio ugovora nastavlja postojati, ukoliko je to bez nepoštenih klauzula moguće.

Sprječavanje buduće primjene nepoštenih ugovornih klauzula – apstraktni kontrolni postupak. Odredbom čl. 7 st. 1 Smjernice države članice se obavezuje da u interesu potrošača i konkurencije predvide primjerena i djelotvorna sredstva kojim će se onemogućiti primjena nepoštenih ugovornih klauzula u ugovorima koje poduzetnik zaključuje s potrošačem. U odredbi čl. 7 st. 2 navodi se kako sredstva o kojima je riječ u stavu 1 obuhvataju odredbe kojima lica ili organizacije, koji shodno domaćem pravu imaju legitimne interese u pogledu zaštite potrošača, mogu da, u skladu s domaćim pravom podignu tužbu pred sudovima ili kod nadležnih organa uprave, a u cilju donošenja odluke o tome da li su ugovorne odredbe formulirane za opću upotrebu nepoštene, kako bi oni primijenili odgovarajuće

[18] U pogledu problema jezičke razumljivosti u literaturi se pravi razliku između dvije situacije. U prvoj situaciji poduzetnik istupa na tržištu na kojem se koristi strani jezik, te je on obavezan svoje uslove poslovanja prevesti na jezik koji se službeno koristi na tom tržištu. U drugoj situaciji poduzetnik istupa na domaćem tržištu i ugovor zaključuje s potrošačem koji dolazi iz druge države članice. U ovoj se drugoj situaciji razlikuje potrošača koji razumije jezik tržišta na kojem nabavlja robe odnosno koristi usluge od potrošača koji taj jezik ne razumije. U pogledu potrošača koji razumije jezik tržišta poduzetnik nema osobitih obaveza, osim da se uvjeri kako potrošač konkretni jezik poznaje u potrebnoj mjeri. U slučaju u kojem potrošač ne razumije jezik koji se koristi na tržištu na kojem istupa kao potrošač, poduzetnik ima obavezu uslove svog poslovanja prevesti na potrošaču razumljiv jezik. Obim obaveze informiranja potrošača ovisi pri tom o složenosti određenog ugovora; što je ugovor složeniji, to je i obaveza informiranja koju poduzetnik ima prema potrošaču obimnija. Heinrichs, Das Gesetz..., str. 2197; Coester, Michael, AGB-rechtliche Inhaltskontrolle im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, u: Festschrift Helmut Heinrichs, München, 1998. godine, str. 112.

i efikasne mjere da se spriječi kontinuirana upotreba takvih klauzula. S potrebnim uvažavanjem domaćeg prava, u skladu s odredbom čl. 7 st. 3 Smjernice, pravna sredstva o kojima je riječ u stavu 2 mogu biti usmjerena odvojeno ili zajednički protiv grupe poduzetnika iz istog privrednog sektora ili njihovih udruženja koja koriste ili preporučuju korištenje istih općih ugovornih ili sličnih klauzula.[19]

Aneks klauzula uz Smjernicu. U odredbi se čl. 3 st. 3 Smjernice ukazuje na listu klauzula sadržanu u Aneksu uz Smjernicu. Aneks (dodatak) uz Smjernicu sadrži indikativnu i otvorenu listu klauzula koje mogu biti oglašene nepoštenim.[20] Iz rečenog proizlazi kako lista zabranjenih klauzula, protivno prvobitnom prijedlogu Smjernice, nije obavezujuća.

Lista klauzula uz Smjernicu indikativna je i otvorena u smislu da klauzule sadržane u njoj jesu navedene primjera radi, te da kao nepoštene mogu biti određene i klauzule koje nisu na popisu pobrojanih klauzula. Vrijedi i obrnuto: ugovorna odredba koja bi odgovarala nekoj od klauzula s liste mogla bi u okolnostima konkretnog slučaja biti smatrana poštenom, te na taj način opstati.[21] Može se reći kako se uz klauzule sadržane u Aneksu Smjernice vezuje oborivu pretpostavku nepoštenosti.

II. Smjernica o pravima potrošača

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 Evropskog vijeća i Smjernice 97/7/EZ Evropskog parlamenta i vijeća[22] (dalje: Smjernica o pravima potrošača,

---

[19] Vilus, Jelena, Pravna zaštita potrošača I, Beograd/Sremska Mitrovica, 1996., str. 218–219.

[20] Aneks sadrži niz klauzula, koje je veoma teško sistematizirati. Prof. Misita ističe kako se potencijalno nepravičnim u smislu Smjernice smatra one unaprijed formulirane ugovorne klauzule koje njihovom priređivaču omogućavaju: 1) kontrolu na ugovornim sadržajem, te izvršenjem ili trajanjem ugovora; 2) odredbe koje uzrokuju nejednakosti prava ugovornih strana, te 3) odredbe o isključenju odgovornosti. Misita, Nevenko, Osnovi prava zaštite potrošača, Sarajevo, 1997., str. 270.

[21] Misita, Nevenko, Uz desetogodišnjicu Direktive 13/93/EEC o nepravičnim ugovornim odredbama, Zbornik PF Sveučilišta u Rijeci, br. 1, 17–47 (2004), str. 35.

[22] Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council (OJ L 304, 22/11/2011, p. 64-88).

Smjernica) objavljena je 22. 11. 2011. godine i, kako to iz njenog naslova proizlazi, ona *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.

Smjernica o pravima potrošača rezultat je ambiciozno zamišljenog projekta izrade horizontalnog instrumenta harmonizacije, kojim se namjeravalo, na principu maksimalne harmonizacije, sistematizirati rješenja obuhvaćena u okviru osam potrošačkopravnih smjernica,[23] odnosno ista pojednostaviti i aktualizirati kroz otklanjanje razmimoilaženja i pravnih praznina. Drugačije rečeno, Komisija je inicirala temeljnu reviziju komunitarnopravnog *aquisa* u oblasti zaštite potrošača, u okviru koje bi nova Smjernica kao horizontalni instrument obezbijedila 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.

Znatno reduciranje zamišljenog poduhvata revizije potrošačkopravnog *aquisa* rezultat je straha država članica da bi buduća Smjernica o pravima potrošača kao instrument maksimalne harmonizacije ostvarila dalekosežan i nepoželjan harmonizacijski učinak po njihovo opće obligaciono pravo. Iz tog razloga Smjernica o pravima potrošača u usvojenom tekstu ne sadrži rješenja koja bi se ticala zaštite od nepoštenih ugovornih klauzula. Jedina odredba koju se u Smjernici o pravima potrošača posvećuje Smjernici 93/13/EEZ jeste odredba čl. 32, kojom se države članice obavezuje da ondje gdje, u skladu s odredbom čl. 8 Smjernice 93/13/EEZ (princip minimalnog standarda), zadrže odnosno usvoje rješenja kojima se obezbjeđuje viši nivo zaštite potrošača o tome obavijeste Komisiju. Ova obaveza posebno se vezuje za nacionalna

[23] Smjernica 85/577/EEZ Evropskog vijeća od 20. decembra 1985. o zaštiti potrošača u pogledu ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija, **Smjernica 90/314/EEZ** Evropskog vijeća od 13. juna 1990. o paket-putovanjima, paket-odmorima i paket-turama, Smjernica 93/13/EEZ Evropskog vijeća od 5. aprila 1993. o zaštiti potrošača od nepoštenih ugovornih klauzula, 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, **Smjernica 97/7/EZ** Evropskog parlamenta i vijeća od 20. maja 1997. godine o zaštiti potrošača vezano za ugovore na daljinu, **Smjernica 98/6/EZ** od 16. februara 1998. o zaštiti potrošača u pogledu isticanja cijene proizvoda, **Smjernica 98/27**/EZ Evropskog parlamenta i vijeća od 19. maja 1998. o sudskim nalozima za zaštitu interesa potrošača i Smjernica 1999/44/EZ Evropskog parlamenta i vijeća od 25. maja 1999. o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje i popratnim garancijama.

rješenja kojima bi se sadržajnu kontrolu protegnulo na ugovorne klauzule o kojima je individualno pregovarano, te za rješenja koja bi sadržavala ugovorne klauzule odnosno liste ugovornih klauzula koje se smatra nepoštenim.

III. Zajedničko evropsko pravo prodaje

Evropska komisija je 11. oktobra 2011. godine prezentirala Prijedlog Uredbe Evropskog parlamenta i Vijeća o zajedničkom evropskom pravu prodaje[24] (dalje i: Prijedlog Uredbe, Prijedlog). U pozadini je Prijedloga već dugo vremena prepoznati problem nepotpuno iskorištenih potencijala prekogranične trgovine na unutarnjem tržištu, kako u okviru B2C, tako i u okviru B2B ugovora.[25] Činjenica je da intenzivniji prekogranični promet u okviru potrošačkih ugovora nije moguć niti nakon harmonizacije s rješenjima pojedinih potrošačkopravnih smjernica koje počivaju na principu minimalne harmonizacije, a takav promet je u okviru ugovora između dva poduzetnika svakako otežan time što se u okviru B2C odnosa primjenjuje neharmonizirane nacionalne propise.

Tako se 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 zajedničkog evropskog prava prodaje kao jedinstvenog skupa pravila.[26, 27]

---

[24] COM (2011) 635 final.

[25] Može se reći kako su aktivnosti na nastajanju Prijedloga započele saopćenjem Komisije iz 2001. godine, u kojem je inicirano izjašnjavanje javnosti o nejedinstvenim rješenjima u oblasti ugovornog prava država članica, kao i o posljedicama koje takva nejedinstvena rješenja imaju po funkcioniranje zajedničkog tržišta. U julu 2010. godine Komisija je u okviru Zelene knjige o opcijama za uvođenje evropskog ugovornog prava za poduzetnike i potrošače (COM (2010) 348 final od 1. 7. 2010) javnosti predstavila različite političke opcije kojima je cilj konsolidiranje unutarnjeg tržišta na osnovu ideje približavanja nacionalnih rješenja u oblasti ugovornog prava. Evropski parlament se u pogledu sadržaja Zelene knjige 8. juna 2011. godine izjasnio u korist instrumenta koji bi trebao poslužiti boljoj funkcionalnosti unutarnjeg tržišta u korist i poduzetnika i potrošača i nacionalnih zakonodavaca, a u prilog opredjeljenju za fakultativno evropsko ugovorno pravo govori i saopštenje "Evropa 2020" (COM (2011) 206 final od 13. 4. 2011, str. 19), kao i Digitalna agenda za Evropu (COM (2010) 245 final od 26. 8. 2010, str. 13.)

[26] Vidjeti čl. 1 Uredbe.

[27] Čini se kako Prijedlog, za razliku od preko trideset godina duge tradicije opravdavanja harmonizacije ugovornog prava pozivanjem na potrebu zaštite potrošača, računa vodi i o interesima poduzetnika, u smislu da efektivna prekogranična trgovina ne podrazumijeva samo postojanje potrošača spremnog da kupuje u inostranstvu, već je podjednako

Prijedlog kao korpus pravila treba ugovornim stranama biti ponuđen dodatno uz nacionalna rješenja, a ne umjesto njih.[28] Prijedlogom se, naime, 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 (*opt-in* model).[29] U tom se smislu ZEPP ne bi smatralo samostalnim, supranacionalnim 29. režimom ugovornog prava, koji bi stajao pored 28 različitih nacionalnih rješenja država članica, već bi svaka država raspolagala s dva sistema propisa u oblasti ugovora o prodaji, jednim nacionalnim i jednim evropskim.[30] Evropska komisija zapravo teži ka etabliranju ZEPP kao nacionalnog ugovornog prava za prekogranične ugovore.[31]

Prijedlog Uredbe za zajedničko evropsko pravo prodaje sastoji se iz dva dijela, iz Uredbe za zajedničko evropsko pravo prodaje i Aneksa I. Materijalnopravno jezgro Prijedloga[32] čini Aneks I – Zajedničko evropsko pravo prodaje, dok sama Uredba sadrži: (I) propise koji reguliraju problematiku oblasti stvarnog,

---

uslovljena i spremnošću poduzetnika da proizvode kojima trguju ponude na inozemnom tržištu. Wendehorst, Christiane, u: Schulze, Reiner (ed.), Common European Sales Law, Commentary, Baden-Baden, 2012, str. 10, 11 (dalje: Wendehorst, Commentary).

[28] Prednost uredbe koju se ovdje shvata kao opcionalni, fakultativni instrument potpune harmonizacije koji treba poslužiti prevazilaženju poteškoća u funkcioniranju unutarnjeg tržišta, jasnom postaje tek po njenoj usporedbi s drugim mogućim opcijama. Opredjeljenje za jedan neobavezujući, tzv. *toolbox* instrument, kao i samo za neku vrstu preporuke državama članicama ne bi moglo ozbiljnije doprinijeti porastu funkcionalnosti unutarnjeg tržišta. Opravdano ne bi bilo niti opredjeljenje za smjernicu ili uredbu kojima bi se obligatorno potisnulo nacionalno ugovorno pravo, s obzirom na to da bi se i poduzećima koja ne trguju u smislu prekograničnih transakcija nametnulo troškove koji ne bi mogli biti pokriveni uštedama koje nastupaju isključivo pri zaključenju prekograničnih ugovora.

[29] 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.

[30] Whittaker, Simon, The Proposed "Common European Sales Law": Legal Framework and the Agreement of the Parties, The Modern Law Review (2012) 75 (4), str. 588; također objašnjenje br. 9 uz Prijedlog.

[31] Schmidt-Kessel, Martin, Anwendungsbereich, Ausgestaltung der Option und andere Fragen zur Verordnung, u: Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, herausgegeben von: Martin Schmidt-Kessel, München, 2012, str. 36 (dalje i: Schmidt-Kessel, Anwendungsbereich...).

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

ličnog i prostornog važenja ZEPP, (II) propise o ostvarenju opcije, (III) listu definicija i (IV) odredbe o međusobnom odnosu Uredbe i Aneksa.

O nepoštenim ugovornim klauzulama govore odredbe poglavlja 8 ZEPP. Iako se kao cilj kojem se pri sadržajnoj kontroli nepoštenosti ugovornih odredaba redovno navodi zaštitu potrošača kao slabije ugovorne strane u ugovorima s poduzetnicima, kreatori ZEPP-a opredijelili su se za usvajanje rješenja shodno kojima ova kontrola nije ograničena samo na potrošačke ugovore nego se, doduše u skladu sa zasebnim pravilima u odnosu na B2C ugovore, proteže i na ugovore među poduzetnicima.[33] Poglavlje 8 dalje je podijeljeno u tri odsjeka. Prvi odsjek sadrži opća pravila primjenjiva na sve ugovore, neovisno o tome radi li se o B2B ili B2C ugovorima,[34] u drugom je sadržana neobavezujuća lista klauzula koje se smatra nepoštenima odnosno za koje se pretpostavlja da su nepoštene (crna i siva lista klauzula), dok treći odsjek obuhvata pravila primjenjiva na B2B ugovore.

Dejstva nepoštenih ugovornih klauzula. Prvo je pravilo sadržano u odredbama odsjeka 1 pravilo koje se tiče dejstava nepoštenih ugovornih klauzula. Tako shodno odredbi čl. 79 st. 1 ugovorna odredba definirana od strane jednog od ugovarača koja se smatra nepoštenom shodno odredbama odsjeka 2 i 3 poglavlja 8 ZEPP jeste neobavezujuća za drugu ugovornu stranu. Nepoštena ugovorna odredba u skladu s odredbom čl. 79 st. 2 ne utiče na punovažnost ugovora u njegovom preostalom dijelu, ukoliko ugovor može nastaviti postojati bez takve odredbe.

Sistemsko pozicioniranje pravila o dejstvima nepoštenih ugovornih klauzula na početak poglavlja, prije nego je uopće definirana nepoštenost, može se smatrati neobičnim, no takvu je odluku moguće opravdati činjenicom da je riječ o općem pravilu koje vrijedi podjednako za potrošačke i ugovore između dva poduzetnika, te odatle može stajati i na samom početku poglavlja koje regulira problematiku nepoštenih ugovornih klauzula.

Navedeno se pravilo kako je rečeno primjenjuje neovisno o tome da li ugovor zaključuju potrošač i poduzetnik ili dva poduzetnika, te je odatle jasno kako od pravila o neobavezujućem karakteru odredbe ugovora za ugovornu stranu koja ugovor zaključuje sa sastavljačem klauzule koristi mogu imati i potrošač

[33] Pored pravila o nepoštenim ugovornim klauzulama ZEPP sadrži i druga pravila koja su u funkciji otklanjanja problema izazvanih nejednakim pregovaračkim pozicijama dvije ugovorne strane, poput pravila o predugovornom informiranju, pravila o pravu na odustanak od ugovora i pravila o nevažnosti ugovora.

[34] Određenje pojma potrošača i trgovca korespondira s određenjem pojma potrošača i poduzetnika u komunitarnom pravu.

i poduzetnik. Riječ je o unilateralnom pravilu, shodno kojem sastavljač nepoštene ugovorne klauzule jeste vezan istom, dok njegova ugovorna strana nije, što znači da ugovarač koji ugovor zaključuje sa sastavljačem ugovorne klauzule može odlučiti o tome hoće li se konkretnu odredbu primijeniti neovisno o njenom nepoštenom karakteru.[35]

Nepoštenu ugovornu odredbu neobavezujućom se smatra u smislu da ona za ugovornu stranu sastavljača ne proizvodi nikakva dejstva; takvu se odredbu jednostavno odstranjuje iz ugovora.[36] Preostali dio ugovora će nastaviti postojati odnosno bit će izvršen ukoliko je to moguće bez nepoštene ugovorne klauzule. Odluku o tome da li je konkretna ugovorna odredba bitna u tom smislu da bi njeno uklanjanje iz ugovora dovelo u pitanje opću ravnotežu ugovornih prava i obaveza uopće u pravilu donosi sud.

Rješenja koja sadrže odredbe čl. 79 u skladu su s pravilima o neobavezujućem karakteru nepoštenih ugovornih klauzula iz odredaba čl. 6 Smjernice 93/13/EZ.

Izuzeće od primjene odredaba o kontroli nepoštenosti. U odredbe su čl. 80 ZEPP preuzeta rješenja koja u odredbama čl. 1 (2) i čl. 4 (2) sadrži Smjernica 93/13/EZ. Naime, Smjernica u odredbi čl. 1 (2) najprije ustanovljava pravilo prema kojem se sadržajnu kontrolu ne provodi nad odredbama ugovora koje počivaju na propisima mjerodavnog prava, s obzirom na to da se pretpostavlja da takve ugovorne odredbe ne mogu biti nepoštene. Ovo je pravilo u ZEPP preuzeto u okvirima odredbe čl. 80 st. 1, shodno kojoj se rješenja koja sadrže odsjeci 2 i 3 poglavlja 8 ne primjenjuju na ugovorne odredbe zasnovane na onim rješenjima ZEPP koja bi se primjenjivala da konkretna problematika nije uređena samim ugovorom. Drugim riječima, ugovorne klauzule u čijoj su osnovi dispozitivni propisi iz okvira ZEPP neće biti kontrolirani, s obzirom na to da su tvorci ZEPP prilikom usvajanja njegovog teksta vodili računa o poštenosti istog, te odatle nema potrebe za još jednom dodatnom sadržajnom

[35] Mazeaud, Denis/Sauphanor-Brouillaud, Natascha, u: Schulze, Reiner (ed.), Common European Sales Law, Commentary, Baden-Baden, 2012, str. 380 (dalje: Mazeaud/Sauphanor-Brouillaud, Commentary), str. 377.

[36] Uvijek je iznova interesantno pitanje kako se ima shvatiti kategoriju neobavezujućeg karaktera nepoštenih ugovornih klauzula. Činjenica je da se određenje ugovorne klauzule koje su nepoštene *pobojnima*, osobito u B2C ugovorima, u smislu da bi oglašenje njihove neobaveznosti ovisilo o inicijativi potrošača, ne smatra međutim dovoljnim, naprosto iz razloga što takva potrošačeva inicijativa može izostati usljed njegovog nedovoljnog poznavanja prava, ekonomskog položaja usljed kojeg je prisiljen zaključiti ugovor s poduzetnikom ili jednostavno usljed njegovog položaja podređenosti u odnosu na poduzetnika uopće.

kontrolom.[37]

Shodno odredbi čl. 80 st. 2, a prema ugledu na odredbu čl. 4 (2) Smjernice, sadržajnu kontrolu se ne provodi nad onim odredbama ugovora koje se tiču definicije glavnog predmeta ugovora ili primjerenosti ugovorene cijene, sve dotle dok takve ugovorne odredbe udovoljavaju zahtjevima transparentnosti iz odredaba čl. 82 ZEPP. Navedeno se pravilo primjenjuje isključivo u okviru B2C ugovora.[38]

Osim toga, ZEPP u odredbi čl. 80 st. 3 sadrži i pravilo čija je primjena ograničena na B2B ugovore. Naime, shodno ovom pravilu odredbe odsjeka 3 poglavlja 8, čije je važenje kako je navedeno ograničeno na B2B ugovore, ne primjenjuje se na ugovorne odredbe koje definiraju glavni predmet ugovora ili primjerenost ugovorene cijene.[39]

Kogentni karakter odredaba o nepoštenim ugovornim klauzulama. Pravila koja ZEPP sadrži kad je riječ o nepoštenim ugovornim klauzulama kogentnog su karaktera, te ugovorne strane ne mogu isključiti njihovu primjenu niti dogovoriti odstupanje od dejstava ovih rješenja. Shodno tome, svaka ugovorna odredba koja ide za tim da potrošača liši zaštite koja mu pripada ne proizvodi nikakve efekte.[40]

Zahtjev transparentnosti. Trgovac kao sastavljač ugovornih klauzula o kojima nije individualno pregovarano ima u skladu s odredbom čl. 82 obavezu da osigura da takve ugovorne klauzule budu sačinjene i saopćene jednostavnim i razumljivim jezikom. Riječ je o pravilu koje se primjenjuje isključivo u okviru B2C ugovora i koje je direktno inspirirano rješenjem iz odredaba čl. 5 Smjernice 93/13/EZ.[41]

---

[37] Ovakvo je rješenje u skladu s naprijed spomenutim shvatanjem shodno kojem se kad je riječ o rješenjima Smjernice 93/13/EZ obavezujućim propisima ne smatra isključivo kogentne, već i dispozitivne propise.

[38] Pravilo prema kojem kontroli sadržaja ne podliježu ugovorne odredbe o predmetu i primjerenosti omjera predmeta i cijene/naknade samo dotle dok su stvarno bile izložene djelovanju tržišnih mehanizama u skladu je i sa zaštitnim ciljem Smjernice. Sud, naime, nije ovlašten zadirati u pitanja privatne autonomije sve dok potrošač ima mogućnost uspoređivati različite robe odnosno usluge. Drugim riječima, potrošača je neophodno zaštititi samo u slučajevima u kojima on usljed tržišne netransparentnosti (njem. *Marktintransparenz*) nije u stanju da vlastite interese zaštiti sam.

[39] Navedena pravila o izuzeću od provedbe sadržajne kontrole sadržana su i u okviru PECL (čl. 4:110), ACQP (čl. 6:303) i čl. II.-9:406 DCFR.

[40] Mazeaud/Sauphanor-Brouillaud, Commentary, str. 380.

[41] Pravilo shodno kojem se ugovornu klauzulu koja nije sačinjena jednostavnim i razumljivim jezikom smatra nepoštenom našlo je svoju potvrdu i u odlukama ECJ

U vezi s dejstvima obaveze da se ugovorne klauzule o kojima nije individualno pregovarano sačini transparentno, moguće je načelno razlikovati dvije osnovne odvojene situacije. U prvoj situaciji ugovorne strane o konkretnoj ugovornoj klauzuli nisu pregovarale i trgovac nije udovoljio obavezi transparentnog sačinjavanja takve ugovorne odredbe. Jasno je kako u takvoj situaciji konkretna ugovorna odredba neće proizvoditi nikakva dejstva prema potrošaču. Druga situacija postoji ondje gdje se o konkretnoj ugovornoj klauzuli nije individualno pregovaralo, no ona je sačinjena jednostavnim i jasnim jezikom. U ovoj je drugoj situaciji dalje moguće razlikovati četiri odvojena slučaja. U prvom slučaju konkretnu se ugovornu klauzulu ne smatra nepoštenom u kontekstu odredaba čl. 83 i stoga takva ugovorna klauzula naravno proizvodi dejstva prema potrošaču. U drugom mogućem slučaju ugovorna klauzula o kojoj se u konkretnom slučaju radi jedna je od klauzula s liste iz čl. 84, te se nju stoga smatra nepoštenom i ona ne proizvodi dejstva prema potrošaču. U trećoj situaciji ugovorna odredba o kojoj je riječ nalazi se na listi klauzula iz čl. 85, te se pretpostavlja da je ona nepoštena. Jasno je kako ovdje dejstva ugovorne klauzule ovise o tome da li će trgovac uspjeti dokazati kako povreda obaveze transparentnog sačinjavanja konkretne ugovorne klauzule nije uzrokovala značajnu neravnotežu između ugovornih prava i obaveza.

Uspije li trgovac u tome, ugovorna će klauzula, naravno, proizvoditi dejstva prema potrošaču. Posljednji, četvrti slučaj postojat će ondje gdje ugovorna klauzula o kojoj se radi nije sadržana na listama klauzula iz odredaba čl. 84 i 85, te će za potrošača biti obavezujuća, izuzev ondje gdje bi on dokazao da takva ugovorna klauzula uzrokuje značajnu neravnotežu prava i obaveza na njegovu štetu.[42]

Generalna klauzula nepoštenosti i kriteriji u funkciji njene konkretizacije. Kao i Smjernica 93/13/EZ, i ZEPP u okviru odredaba koje trebaju poslužiti kontroli nepoštenosti ugovornih klauzula sadrži rješenje kojem u okvirima ove kontrole pripada poseban značaj. Generalnu klauzulu pronalazimo u odredbi čl. 83 st. 1 i ona sadržajno odgovara generalnoj klauzuli iz odredbe čl. 3 (1) Smjernice. Tako se u ugovoru između trgovca i potrošača ugovornu odredbu koju je unaprijed sačinio trgovac i o kojoj nije individualno pregovarano u

(primjerice ECJ 10. 5. 2001, C-144/99 /2001/ ECR I-3541.

[42] Interesantno je i naravno predmetom kritike to što tvorci ZEPP nisu smatrali neophodnim predviđanje sankcije za trgovca koji ne udovolji obavezi transparentnog sačinjavanja ugovornih klauzula. U svakom slučaju neudovoljavanje zahtjevu transparentnosti sankcionira se time što netransparentna ugovorna klauzula ne proizvodi dejstva prema potrošaču.

smislu odredaba čl. 7 ZEPP nepoštenom smatra onda kad ona uzrokuje značajnu neravnotežu između ugovornih prava i obaveza na štetu potrošača, a protivno načelu savjesnosti i poštenja. Iz ovakve je definicije nepoštene ugovorne klauzule jasno kako se prilikom sadržajne kontrole u obzir mora uzeti i odredbe ZEPP koje govore o tome kad se smatra da ugovorna klauzula nije individualno ugovorena (čl. 7), kao i one odredbe koje govore o načelu savjesnosti i poštenja (čl. 2 (b) Uredbe i čl. 2 ZEPP).

Na ovom je mjestu nužno vratiti se pojmu ugovorne klauzule koja nije individualno dogovorena. O klauzulama koje nisu individualno dogovorene govore odredbe čl. 7 ZEPP.[43] Definiranje ugovornih klauzula koje nisu individualno dogovorene u potrošačkom je *aquisu* po prvi put poduzeto u okvirima Smjernice 93/13/EZ, koja u odredbi čl. 3 (2) ustanovljava jednostavno opće pravilo shodno kojem se smatra kako ugovorna klauzula nije individualno dogovorena onda kad je unaprijed formulirana od strane jednog ugovarača, te stoga druga ugovorna strana nije mogla uticati na sadržaj te klauzule.

Definiciju ugovorne klauzule koja nije individualno dogovorena sadrži odredba čl. 7 st. 1. Shodno ovoj odredbi ugovorna klauzula nije individualno ugovorena onda kad je sačinjena od jedne ugovorne strane i druga strana nije mogla uticati na njen sadržaj. Neophodno je naglasiti da se kad je o oblasti važenja odredaba čl. 7 riječ iste primjenjuje neovisno o tome da li je konkretna ugovorna odredba sastavni dio B2C ili B2B ugovora.[44] Shodno odredbi čl. 7 st. 2, individualne pregovore o ugovornim odredbama ne može zamijeniti niti činjenica da je sastavljač ugovornih klauzula drugoj strani ponudio niz unaprijed sačinjenih ugovornih klauzula među kojima je druga strana odabrala određene klauzule. Za drugu je ugovornu stranu, naime, svejedno da li joj je sastavljač ugovornih uslova ponudio samo jednu klauzulu ili više njih među kojima je ona odabrala jednu, jer ni u jednom niti u drugom slučaju druga ugovorna strana nije imala stvarnu mogućnost uticaja na sadržinu ugovornih klauzula. U odredbama čl. 7 st. 3 i 4 sadržana su pravila o teretu dokazivanja. Tako shodno odredbi st. 3 ugovorna strana koja tvrdi da je klauzula koja je sastavni dio standardnih ugovornih odredbi

[43] Odredbe čl. 7 ZEPP imaju više funkcija. One prije svega definiraju kriterije na temelju kojih se identificira ugovornu klauzulu koja nije individualno dogovorena, a sadrže i pravila o teretu dokaza, te se također primjenjuju i kao dopunska pravila u vezi sa zaključenjem, tumačenjem i punovažnošću ugovora, što objašnjava pozicioniranje odredaba čl. 7 u okviru općih odredaba.

[44] Odatle se primjerice u tekstu na engleskom jeziku koristi izraze "strana koja sastavlja ugovornu klauzulu" (a party who supplies a contract term) i "druga strana" (other party), a na njemačkom izraze "jedna i druga strana" (eine und die andere Partei).

individualno dogovorena ima obavezu da to i dokaže,[45] dok shodno st. 4 u B2C ugovorima teret dokazivanja da je ugovorna klauzula ponuđena od strane trgovca individualno dogovorena snosi trgovac.[46] Zaštiti potrošača služi i rješenje koje čl. 7 sadrži u st. 5, shodno kojem se rješenju ugovorne odredbe sačinjene od strane trećih lica smatra sačinjenim od strane trgovca. Ovakvo je rješenje motivirano nastojanjem da se potrošača zaštiti neovisno o tome ko je sačinio unaprijed formulirane odredbe ugovora. Trgovcu je u svakom slučaju dopušteno da dokaže kako je sporna odredba u ugovor unesena od strane potrošača.

U odredbi je st. 2 čl. 83 sadržan niz kriterija koji olakšavaju konkretizaciju generalne klauzule. Primjetno je da je lista ovih kriterija duža od liste kriterija koje u cilju konkretizacije generalne klauzule u odredbi čl. 4 (1) sadrži Smjernica. Tako je pri sadržajnoj kontroli neophodno povesti računa o (a) tome da li je trgovac udovoljio obavezi transparentnog sačinjavanja ugovornih klauzula iz čl. 82, (b) prirodi obaveze, (c) okolnostima koje su preovladavale pri zaključenju ugovora, (d) drugim ugovornim odredbama i (e) odredbama drugih ugovora o kojima konkretni ugovor ovisi.[47]

Određenje jedne ugovorne klauzule nepoštenom u skladu s odredbom čl. 83 st. 1 podrazumijeva ostvarenje niza pretpostavki. Generalnu klauzulu iz čl. 83 st. 1 tako je moguće primijeniti isključivo u okviru potrošačkih ugovora, ona mora biti sačinjena od strane trgovca, ona ne smije biti individualno dogovorena, te mora protivno načelu savjesnosti i poštenja prouzrokovati značajnu neravnotežu prava i obaveza ugovornih strana na račun potrošača. I ovdje je, naravno, upitno kako shvatiti i ispravno tumačiti odnos između dva elementa generalne klauzule: značajne nejednakosti prava i obaveza ugovornih strana i protivnosti načelu savjesnosti i poštenja, s obzirom na to da je teško zamisliti situaciju u kojoj bi postojanje značajne neravnoteže između prava i obaveza trgovca i potrošača bilo u skladu s načelom savjesnosti i poštenja.[48]

Generalna klauzula sama po sebi počiva i ovdje na nizu apstraktnih kriterija čijoj konkretizaciji služi niz faktora koje se primjera radi navodi u odredbi čl. 83 st. 2. Činjenica da je prilikom sadržajne kontrole neophodno

[45] Pod standardnim ugovornim odredbama misli se na ugovorne odredbe koje su unaprijed formulirane za upotrebu u većem broju slučajeva i između različitih ugovornih strana.

[46] Jasno je kako je pravilo sadržano u odredbi čl. 7 st. 4 u funkciji osiguranja efektivne zaštite potrošača, u smislu da se potrošača oslobađa rizika dokazivanja suprotnog, osobito imajući u vidu strogu primjenu tradicionalnih pravila o teretu dokazivanja.

[47] Neophodno je naglasiti kako predmetom kontrole jeste svaka pojedina ugovorna klauzula, te da činjenica da ugovor može biti smatran poštenim po potrošača uopćeno i u cjelini gledano ne može biti relevantna.

[48] Mazeaud/Sauphanor-Brouillaud, Commentary, str. 385.

konkretizirati generalnu klauzulu od strane nacionalnih sudova moguće je posmatrati i kao svojevrstan problem, s obzirom na to da konkretizacija uvijek podrazumijeva dosta manevarskog prostora za postupajući sud, te nužno vodi pravnoj nesigurnosti u smislu nepredvidivosti krajnje odluke. Osobit problem predstavlja u tom kontekstu činjenica da se prilikom tumačenja odredaba ZEPP može javiti potreba za posezanjem za određenim rješenjima mjerodavnog prava koje stoji u pozadini konkretnog spora, s obzirom na to da ZEPP shodno rješenjima iz odredaba čl. 11 Uredbe i čl. 4 st. 2 ZEPP uopćeno teži neovisnoj primjeni svojih pravila, bez pozivanja na nacionalno pravo.[49]

Lista klauzula koje se uvijek smatra nepoštenim. ZEPP u odredbi čl. 84 sadrži niz ugovornih odredaba koje se uvijek smatra nepoštenim, te se sama njihova prisutnost u ugovoru smatra jedinom i dovoljnom pretpostavkom da se takve klauzule u skladu s odredbom čl. 79 st. 1 ZEPP u potpunosti liši dejstava. Za razliku od Smjernice 93/13/EZ, koja u odredbama čl. 3 (3) sadrži indikativnu listu klauzula koja nije konačna i koja može biti dopunjena, lista klauzula iz čl. 84 smatra se *crnom listom* koja sadrži niz klauzula koje se *uvijek* smatra nepoštenim. Primjetno je da je u odnosu na crne liste klauzula koje se po prvi put usvaja u okviru ACQP (čl. 6:304-6:305) i DCFR (čl. II.-9:409-410) crna lista koju sadrži ZEPP značajno duža. Neke od klauzula koje sadrži crna lista ZEPP potiču s indikativne liste klauzula koju sadrži Smjernica i čl. II.-9:410 DCFR, no neke se od njih pojavljuju na crnoj listi ZEPP po prvi put, poput primjerice klauzula koje se tiču potrošačevog prava da raskine ugovor (čl. 84 (h)) ili također potrošačeve obaveze da plati za robu, digitalne sadržaje ili povezane usluge bez da mu je roba isporučena odnosno usluga pružena (čl. 84 (j)).

Na listi od 11 klauzula koje se uvijek smatra nepoštenim (čl. 84 (a)-(k)) moguće je napraviti razliku između klauzula koje se tiču dejstava ugovora, njegovog neizvršenja i ugovornih sporova.

Ugovorne klauzule kojima se potrošača lišava njegovih prava. Na prvom je mjestu među klauzulama koje se nalaze na crnoj listi iz čl. 84 moguće navesti one klauzule koje imaju za cilj da potrošača direktno ili indirektno liše njegovih prava.

[49] Može se reći kako u korijenu pravila o nedopuštenosti posezanja za odgovarajućim nacionalnim rješenjima stoji i praksa Evropskog suda koja je nastajala u vezi s rješenjima Smjernice 93/13/EZ, s obzirom na to da je sam Sud u nizu svojih odluka zanijekao mogućnost da se prilikom tumačenja i konkretizacije generalne klauzule koju sadrži Smjernica posegne za mjerodavnim nacionalnim rješenjima. U tom smislu primjerice: ECJ 1. 4. 2004 C-237/02 Freiburger Kommunalbauten /2004/ ECR I-3403; ECJ 4. 6. 2009, C-243/08 Pannon /2009/ ECR I-4713.

Takva je klauzula primjerice svaka ugovorna klauzula čije se dejstvo ogleda u tome da ona ograničava obavezu trgovca da odgovara za izjave njegovih zastupnika, s obzirom na to da bi takvo rješenja trgovcu omogućilo da se svojih ugovornih obaveza oslobodi na način da obavezom ispunjenja optereti određeno treće lice (čl. 84 (c) prva rečenica). Nepoštenom *per se* smatra se i ugovornu klauzulu čiji se cilj ogleda u tome da trgovac izjave njegovih zastupnika čini ovisnim o ispunjenju određenog posebnog uslova, ostvarenje kojeg nije moguće bez sudjelovanja trgovca (čl. 84 (c) druga rečenica). Takvom ugovornom klauzulom trgovac za sebe kreira stanje u kojem obligatorni karakter njegovih ugovornih obaveza ovisi isključivo o njegovoj volji, te će on svoje obaveze ispuniti samo ukoliko to bude htio.

Među ugovornim klauzulama koje se uvijek smatraju nepoštenim s obzirom na to da neposredno ili posredno potrošača lišavaju njegovih prava nalaze se i takve ugovorne klauzule shodno kojima je potrošač ugovorom vezan i onda kada to trgovac nije (čl. 84 (g)); jasno je, naime, kako je nedopustivo jedan dvostranoobvezni ugovor pretvoriti u jednostranoobvezni na štetu potrošača. Nedopustivo je i unošenje u ugovor ugovornih odredaba kojima se potrošača obavezuje da plati za robu, digitalne sadržaje ili usluge onda kada mu roba odnosno digitalni sadržaji nisu uopće isporučeni, odnosno onda kad mu konkretna usluga uopće nije pružena (čl. 84 (j)), s obzirom na to da u takvoj situaciji potrošač potpuno neopravdano ima obavezu platiti za nešto što nije dobio. Nepoštenim se smatra i ugovorne klauzule u skladu s kojima ugovorne odredbe koje nisu individualno dogovorene imaju preovladati nad individualno dogovorenim odredbama ugovora (čl. 84 (k)), kao i klauzule u skladu s kojima trgovcu pripada ekskluzivno pravo da odluči o tome da li je konkretna roba, digitalni sadržaj ili povezana usluga saobrazna ugovoru (čl. 84 (f) prvi dio rečenice)). Lišene bilo kakvih dejstava ostat će i one ugovorne klauzule shodno kojima ekskluzivno pravo da tumači ugovorne odredbe pripada trgovcu (čl. 84 (f) drugi dio rečenice)).

Ugovorne klauzule koje se tiču neizvršenja ugovora. Među ovim ugovornim klauzulama nalaze se najprije one koje se *per se* nepoštenim smatra iz razloga što potrošača opterećuju obavezom da prilikom raskida ugovora poštuje formu koja je kompliciranija od one koju se primijenilo prilikom zaključenja ugovora (čl. 84 (h)), te ugovorne klauzule shodno kojima trgovac ugovor može raskinuti u rokovima koji su kraći od onih u kojima se raskid dopušta potrošaču (čl. 84 (i)). U grupi ugovornih klauzula koje se tiču neizvršenja ugovora nalazi se i one klauzule koje se odnose na odgovornost u slučaju neispunjenja ili neurednog ispunjenja. Naime, nepoštenom samom po sebi se u skladu s odredbom čl. 84 (a) oglašava ugovornu klauzulu kojom bi bila isključena ili ograničena odgovornost potrošaču odnosno njegovim nasljednicima za

smrt ili tjelesnu povredu potrošača koju je uzrokovao trgovac ili neko ko je djelovao u njegovo ime. Trgovac također neće moći isključiti ili ograničiti svoju odgovornost za štetu koju bi potrošaču uzrokovao namjerno ili krajnjom nepažnjom.

Ugovorne klauzule koje se tiču sporova iz ugovora. Nepoštenom se smatra svaku ugovornu klauzulu koja ide za tim da se potrošaču uskrati pokretanje spora pred državnim sudom, osobito u smislu sprječavanja ili ograničavanja potrošača u poduzimanju pravnih radnji koje se ogleda u tome da se od potrošača traži da ostvarenje svojih prava zahtijeva u arbitražnom postupku o kojem ne govore pravni propisi koje se općenito primjenjuje kao mjerodavne za ugovorni odnos između potrošača i trgovca. U ovoj se grupi uvijek nepoštenih ugovornih klauzula nalaze i one kojima bi se predvidjelo isključivu nadležnost za sve sporove iz ugovora sudu mjesta sjedišta trgovca, izuzev ondje gdje bi izabrani sud bio istovremeno sud mjesta prebivališta potrošača (čl. 84 (e)).

Siva lista klauzula. Listu klauzula koje su takvog karaktera da kreiraju ozbiljnu neravnotežu prava i obaveza na štetu potrošača, te se odatle, u okviru B2C ugovora i ako su sačinjene od strane trgovca, pretpostavlja da su nepoštene sadrže odredbe čl. 85 ZEPP. Pod pretpostavkom nepoštenosti misli se na to da trgovac u cilju izvršnosti odredbe sa sive liste mora dokazati da ista nije nepoštena u kontekstu odredaba čl. 83.

Siva lista klauzula za koje se pretpostavlja da su nepoštene proistekla je iz odredbe čl. 3 (3) i Aneksa Smjernice 93/13/EZ, no ona za razliku od liste klauzula iz Aneksa Smjernice nije tek indikativna, već sadrži odredbe za koje se redovno pretpostavlja da su nepoštene. Pored klauzula koje su preuzete iz Aneksa Smjernice, odredbe čl. 85 ZEPP sadrže i neke od klauzula iz odredaba čl. 6:305 ACQP i čl. II.-9:410 DCFR, te određen broj novih klauzula za koje se pretpostavlja da su nepoštene (čl. 85 (o)-(w)).

S obzirom na činjenicu da postoji veliki broj klauzula koje u okviru B2C ugovora mogu biti određene kao nepoštene, takve je klauzule jednostavnije analizirati nakon što se izvrši njihova kategorizacija.

Jedan od načina na koji je takva kategorizacija izvršena jeste i onaj koji razlike između ugovornih klauzula pravi s obzirom na različite faze kroz koje ugovor prolazi od njegovog zaključenja pa do prestanka. U tom se smislu razlikuje ugovorne klauzule koje se vezuje za zaključenje ugovora, njegova dejstva, neizvršenje, povredu ugovora, otežanje okončanja ugovora i sporove iz ugovora.

O ugovornim klauzulama koje se tiču zaključenja ugovora govore odredbe čl. 85 (k) i (o). Pretpostavka nepoštenosti ovdje vrijedi s obzirom na činjenicu

da ugovorne klauzule koje se spominju u navedenim odredbama isključive ovlasti u vezi sa zaključenjem ugovora i njegovom perfekcijom stavljaju u ruke trgovca.

Dejstava ugovora tiču se rješenja sadržana u odredbama čl. 85 (c), (i), (j), (m), (n), (p), (r), (s). Za odredbe koje bi bile unijete u ugovor, a sadržajno bi odgovarale odredbama koje se spominje u pobrojanim odredbama vrijedila bi pretpostavka nepoštenosti, s obzirom na to da je redom riječ o klauzulama koje ovlaštenja u vezi s dejstvima ugovora dodjeljuju trgovcu. O ugovornim klauzulama koje se tiču neispunjenja govore odredbe čl. 85 (b), (e), (f) i (l). Za ugovorne klauzule koje bi odgovarale onima opisanim u ovim odredbama pretpostavka nepoštenosti vrijedi iz razloga što je riječ o odredbama koje neispunjenju od strane trgovca oduzimaju karakter neispunjenja ili neispunjenje od strane potrošača povezuju s neproporcionalnim prednostima po trgovca.

Pravila koja se odnose na otežanje okončanja ugovora pronalazi se u odredbama čl. 85 (g), (h), (v) i (w). Za ugovorne bi klauzule koje bi odgovarale onima koje se spominje u ovim odredbama pretpostavljalo se da su nepoštene s obzirom na to da je riječ o odredbama koje trgovcu dopuštaju da odlučuje o trajanju ugovornog odnosa odnosno izrazito otežavaju ostvarenje potrošačevog prava da okonča ugovorni odnos s trgovcem.

O pretpostavci nepoštenosti ugovornih klauzula koje se tiču sporova iz ugovora ZEPP govori u odredbi čl. 85 (a) i (q). Nepoštenost navedenih klauzula pretpostavlja se s obzirom na to da je riječ o klauzulama kojima se potrošaču otežava sudsko ostvarenje njegovih prava.

Pogleda li se listu od preko 20 klauzula za koje se pretpostavlja da su nepoštene, automatski se nameće pitanje mora li ova lista zaista biti tako duga i nisu li neke od klauzula koje ona sadrži suvišne. Osim toga, u usporedbi s crnom listom iz čl. 84 ZEPP moguće je postaviti pitanje zašto se neke od odredaba sa sive liste nisu našle na crnoj listi.[50]

Veoma problematično jeste i to što se na sivoj listi nalazi određen broj rješenja koja se dotiču primjerice odštetnog ili procesnog prava, koja su, kako je poznato, izvan oblasti važenja ZEPP.[51]

---

[50] Mazeaud, Denis, Unfairness and Non-negotiated Terms, u: Schulze, Reiner/Stuyck, Jules (eds), Towards a European Contract Law, Munich, (2011), str. 123–124, 128.

[51] Wendehorst, Christiane, Regelungen über den Vertragsinhalt, u: Wendehorst, Christiane/ Zöchling-Judd, Brigitta (eds), Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts. Zum Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom 11. 10. 2011 KOM (2011) 635 endg., Manz: Vienna (2012), str. 103.

Nepoštene ugovorne klauzule u B2B ugovorima. Kako je naprijed rečeno, ZEPP pored kontrole nepoštenosti u potrošačkim ugovorima sadržajnu kontrolu proteže i na ugovore između dva trgovca. Ovakvo je opredjeljenje dosta kritizirano.

Naime, predmetom je diskusije najprije bilo to da li se u B2B ugovorima uopće treba provoditi sadržajnu kontrolu. U tom je smislu stalno isticano kako činjenica da ugovor sadrži ugovorne klauzule o kojima nije individualno pregovarano već sama po sebi predstavlja dovoljan razlog za provedbu sadržajne kontrole. Naime, iako se od trgovaca očekuje da ulože više pažnje u zaštitu vlastitih interesa, sama ta činjenica ne isključuje mogućnost pokušaja nametanja nepoštenih ugovornih klauzula na temelju nejednakih pregovaračkih pozicija. Drugim riječima, nejednake pregovaračke pozicije nisu realnost samo u okvirima B2C ugovora, već su i tek kako zamislive i česte i u okvirima ugovora između trgovaca.[52]

Osim toga, kritizirano je i opredjeljenje kreatora ZEPP da se ustanovi različite mehanizme kontrole u B2B i B2 C ugovorima. U tom je pravcu isticano da ako se već sadržajnu kontrolu treba provoditi u obje vrste ugovora, zašto onda na temelju različitih kriterija?

Iako sama kontrola nepoštenosti u B2B ugovorima značajno odstupa od iste u okvirima potrošačkih transakcija, njeno je porijeklo potrošačkopravno.

Generalna klauzula koja služi sadržajnoj kontroli u okviru B2B ugovora sadržana je u odredbi čl. 86 st. 1. Kriterij shodno kojem se ugovornu odredbu u B2B ugovoru smatra nepoštenom ondje gdje ona protivno načelu savjesnosti i poštenja grubo odstupa od dobre poslovne prakse preuzet je iz čl. 7 (1) Smjernice 2011/7/EU.[53] Standard dobre poslovne prakse mogao bi se posmatrati kroz prizmu Smjernice 2005/29/EZ o nepoštenoj poslovnoj praksi[54], koja sudovima dopušta da definiraju karakteristike dobre poslovne prakse i preciziraju sankcije za istu u skladu s nacionalnim pravom (čl. 5 i 13 Smjernice 2005/29/EZ).

---

[52] Hesselink, Martijn, W., Unfair Terms in Contracts Between Businesses, u: Schulze, Reiner/Stuyck, Jules (eds), Towards a European Contract Law, Munich, (2011), str. 134.

[53] Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transaction (OJ L 48/1, 23. 2. 2011).

[54] Directive2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (OJ L 149/22, 11/6/2005).

Pri konkretizaciji generalne klauzule neophodno je u obzir uzeti kriterije iz odredbe čl. 86 st. 2, koji sadržajno odgovaraju kriterijima za konkretizaciju generalne klauzule u B2C ugovorima. Odstupanje u vezi s ovim kriterijima postoji kad je riječ o obavezi transparentnog formuliranja ugovornih klauzula, s obzirom na to da sastavljač ugovornih klauzula u B2B ugovorima nema obavezu udovoljiti zahtjevu transparentnosti.

Zaključno. Nedostatke koji su u okviru dosadašnjih instrumenata harmonizacije prepoznati kao kočnice uspostavi efektivnog unutarnjeg tržišta kreatori ZEPP nastoje riješiti na način da ZEPP definiraju kao uniformnu opcionalnu osnovu za prekogranično B2B i B2C poslovanje unutar EU u okviru ugovora o prodaji, ugovora o stavljanju na raspolaganje digitalnih sadržaja i ugovora o povezanim uslugama.

U oblasti zaštite od nepoštenih ugovornih klauzula ZEPP sadrži rješenja kojima se ugovornu stranu sastavljača nepoštenih ugovornih klauzula štiti i u B2B ugovorima, s obzirom na to da se u praksi pokazuje kako nejednake pregovaračke pozicije koje su u osnovi korištenja nepoštenih ugovornih klauzula nisu ekskluzivno rezervirane za potrošačke ugovore. Predmet eventualne kritike može biti ustanovljavanje dva odvojena režima sadržajne kontrole za potrošačke i ugovore među trgovcima. Prigovor se može uputiti i dugim i pomalo zbunjujućim crnim i sivim listama klauzula, na kojima se nalaze i klauzule koje se sadržajno dotiču problematike koju ZEPP niti regulira niti dopušta posezanje za mjerodavnim nacionalnim rješenjima

Upitno je međutim da li će i ako da, u kojoj mjeri, trenutni Prijedlog Uredbe biti usvojen. Problemi koje ZEPP povlači za sobom započinju naime već u vezi s pravnim osnovom za usvajanje ovog korpusa propisa. Kao osnov za donošenje ZEPP navodi se odredbe čl. 114 UFEU, no ovakvu se utemeljenost oštro kritizira. Odredbama čl. 114 UFEU predviđa se donošenje mjera za uspostavu i funkcioniranje unutarnjeg tržišta, te je već u tom kontekstu, a uzimajući u obzir načelo supsidijarnosti i načelo srazmjernosti iz odredaba čl. 5 UEU, veoma upitna potreba za usvajanjem korpusa propisa u smislu ZEPP. Problem odgovarajuće pravne utemeljenosti ne rješava ni činjenica da se ZEPP smatra opcionalnim instrumentom, budući da kao opcionalni instrument ono potiskuje nacionalne propise, što osobito problematično može biti u okviru B2C ugovora, s obzirom na činjenicu da određen broj država članica potrošaču obezbjeđuje viši nivo zaštite od onog postojećeg u okviru ZEPP.

Pored navedenog, problematičan može biti odnos između dogovora ugovornih strana o primjeni ZEPP i postojećih pravila međunarodnog privatnog prava. Prijedlog Uredbe ovaj odnos pokušava urediti u obrazloženju broj 10 uz

Uredbu u smislu ustanovljavanja komplikovanog dvostepenog postupka izbora, koji najprije podrazumijeva izbor mjerodavnog nacionalnog prava, a potom u okviru nacionalnog prava treba biti izabran ZEPP kao drugi nacionalni sistem pravila. Ovakvom se konstrukcijom nastoji riješiti i problem u odnosu između ZEPP i odredaba čl. 6 Uredbe Rim I, no veoma je sporno koliko uspješno.

Almedina Šabić, PhD
Senior Assistant

PROTECTION FROM UNFAIR CONTRACT TERMS IN LINE WITH THE PROPOSAL FOR A REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON A COMMON EUROPEAN SALES LAW

Summary

The Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law has updated the ever-attractive issue of protection from unfair contract terms, which has been harmonised within the framework of consumer contracts on the communautaire level based on the Directive 93/13/EEC, in the framework of B2B contracts as well. The article points out to potential solutions to this optional instrument, and offers a review of the solutions from the Directive which served as a model; it is not possible to disregard the solutions from the Directive considering the fact that it has been in existence in a period of time longer than two decades, during which time the EU Court reached a number of rulings concerning its interpretation, rulings which should be of invaluable use in the enforcement of the CESL.

Keywords: *unfair contract terms, Common European Sales Law.*

Dr. Ivo M. Tomić
Vanredni profesor

UDK 316.257
Pregledni naučni rad

SOCIOLOGIJA IZMEĐU KRITIKE I APOLOGETIKE

O nekim bitnim konvergentnim i divergentnim koncepcijama u razvitku sociološke misli i prakse

Sažetak

U tekstu se razmatra odnos apologije i kritike kao društvenih fenomena, a potom apologetike i znanstvene kritike kao na njihovoj podlozi izraslih zasebnih znanstvenih disciplina. Analizom geneze ovih disciplina, prvobitno kroz filozofijsku i teologijsku, a zatim sociologijsku misao čitavim njenim kontinuitetom, autor prikazuje i dokazuje da, koliko su obična, svakodnevna ljudska misao i govor prožeti apologijom i kritikom, toliko su, gotovo u istoj mjeri, neke društvene znanosti, osobito sociologija, koja je i sama kritička znanost, nužno prožete apologetikom i naučnom kritikom. Između naučne apologetike i naučne kritike, autor nalazi dijalektički odnos u kojem sociologija razotkriva društvene sadržaje i odnose između tih sadržaja, naučno formatizirajući i formalizirajući kako te sadržaje, tako i kritiku i apologetiku. I kritika i apologetika se, u tome kontekstu, autoru predstavljaju kao povijesno-društveno uvjetovani, egzistentni diskurzivni obrasci mišljenja, gleda li se, poput Habermasa, na povijest kao kontinuitet stalnoga utemeljivanja i međusobnoga smjenjivanja različitih diskursa.

Ključne riječi: *apologija, kritika, apologetika, znanstvena kritika, sociologija, filozofija, teologija, antika, medijavelizam, novovjekovlje, racionalizam, prosvjetiteljstvo, marksizam, kritička teorija, konvergencija, divergencija, koncepcija.*

Uvod

Apologija i kritika sastavni su dio ljudskoga, pa tako i društveno-naučnoga mišljenja od njihovih početaka do danas. One prate razvitak filozofske, teološke, sociološke, političke i drugih oblika mišljenja čovjeka i ljudskoga svijeta zauzimajući prema njima različite, bilo obranaške, bilo pozitivno ili negativno obojene kritičke stavove. Apologija i kritika, u tome kontekstu,

služeći se svaka svojom, teorijskom i retoričko-logičkom argumentacijom, nisu nikakav servis znanosti; one su sastavni dio svake društvene, pa tako i **sociologije** kao jedne od temeljnih društvenih nauka.

Apologija i kritika mogu se ponekad odrediti i kao predmet i cilj društvenih nauka polazeći od naučne potrebe da se nešto, neki teorijski stavovi, postavke, zaključci itd. brane ili znanstveno-teorijski kritikuju ili osporavaju. I o jednoj i o drugoj dimenziji, i o apologiji i o kritici, može se konstruktivno i destruktivno disputirati jer, i jedna i druga mogu biti konstruktivne i destruktivne. Kao što se apologijom može uzdizati i veličati i ono što to ne zaslužuje, isto se tako kritikom mogu osporavati, negirati, omalovažavati i najvrednija naučna dostignuća i rezultati. Tada se i apologija i kritika javljaju i predstavljaju u svome negativnom liku – **apologija pervertira u dogmatiku i demagogiju, kritika u kvazikritiku ili kritizerstvo.** I jedna i druga ne koriste nauci; i **demagogija** i **kritizerstvo** rade protiv nauke. Dva Janusova lica apologije i kritike – ono koje gleda unaprijed i ono koje gleda unatrag, sastavne su pojave mišljenja i govora u svakodnevnom životu, pa tako i govora društvenih znanosti u kontinuitetu njihova razvitka. I danas se, u naše vrijeme, u svijetu i kod nas, događa da se, tobože naučno-teorijski brani i ono što je prosto zdravorazumski neprihvatljivo; kao i da se negiraju i osporavaju neke dokazane i potvrđene naučne vrijednosti.

Iste pojave protežu se i na druge, izvannaučne oblike mišljenja, uvjerenja, djelovanja, stvaralaštva. Apologija i kritika, u svome zdravom, i izopačenom obliku kao demagogija i kritizerstvo, prisutne su posebno u ideologiji i politici, ali i u književnosti, likovnoj umjetnosti, u javnom djelovanju pojedinih dužnosnika preferiranjem jednih, a osporavanjem drugih uvjerenja itd.

I apologija i kritika u prethodnome diskursu, tangiraju problem naučne istine, objektivnosti i nepristrasnosti; otvaraju problem kriterijuma vrednovanja ideoloških i političkih stavova; pitanje estetske valorizacije umjetničkog stvaralaštva; moralno dopuštene i nedopuštene slobode javne riječi itd. I apologija i kritika time se fokusiraju u centralno područje sociologije, epistemologije, naučne etike i etike nauke kao i etike odgovornosti.

I
APOLOGIJA I KRITIKA KROZ NAJRANIJU POVIJEST NAUČNOGA MIŠLJENJA

1. Sokratov nauk kao paradigma – njegova obrana pred sudom kao kritika stanja u atinskom društvu i državi

Vraćajući se unazad kroz povijest do samih početaka društveno-naučnoga mišljenja i spoznavajući njegov tok, iz današnje perspektive moglo bi se, bez dvojbe, konstatirati da Sokratova obrana pred atinskim sudom 399. godine stare ere, predstavlja utemeljenje apologetike kao obrambene znanosti, a kroz nju i naučne kritike. Sokrat (*Sokrates*) mudrac (*sofos*) i Sokrat filozof (ljubitelj mudrosti), unatoč čestome izricanju kako 'zna da ništa ne zna' znao je gotovo sve o vrlinama i vrlinama je podučavao druge, a osobito mladež. Njegovo učenje o vrlinama predstavlja utemeljenje aretologije (nauke o vrlinama) i etike (nauke o moralu). A među vrlinama (*arete)*, čini se da je, u podjednakoj mjeri, cijenio i dijanoetičke (logičke, umsko-razumske) i etičke (praktičke) vrline. Racionalistički intelektualizam mislioca Sokrata među **dijanoetičkim** kao **spoznavačkim** vrlinama osobito je inzistirao na **umnosti** (*nous* – otud **i noetičke** kao drugi naziv za dijanoetičke vrline – *dianoia*, **razum), znanju (***episteme*) ili **sklonosti dokazivanju** (*apodeiktike)* i **mudrosti** (*sophia*), a među **dijanoetičkim kao rasuđivačkim** ili **procjenjivačkim** vrlinama posebno je isticao **pamet kao praktičnost** *(euprasia*), **razboritost** (*euboulia)*, pronicljivost (*synesis)* i kritičnost (*kritike)* **kao sposobnost pravilnog suđenja i ocjenjivanja tuđeg govora**. Etički racionalizam mislioca Sokrata uzdizao je pravdu (*dike*), pravednost (*dikaisia)* i pravičnost (*epikia).* Sokrat, atinski građanin, odlikovao se skromnošću, pobožnošću, čestitošću, hrabrošću, pravednošću; bio je do krajnosti odan i lojalan svojoj političkoj zajednici (*polis)* i privržen atinskoj demokraciji. Etičke ili praktičke vrline koje je svjetini propovijedao, Sokrat je i sam, u vlastitome životu prakticirao. Unatoč tome, neki ga nisu shvatili, jedni su ga nepravedno iz malodušja optužili i osudili, a drugi su ga, *post festum* žalili. Optužba koju su protiv Sokrata potpisali minorni tragičar Melet kao glavni tužitelj, kožar Anit i izvjesni retor Likon, teretila ga je da vrijeđa državnu religiju omalovažavajući zvanične bogove i veličajući demone, te da kvari omladinu. Suđenju su nazočili i brojni Sokratovi slušatelji i učenici, među kojima i Platon i Ksenofont. O Sokratovom ponašanju i obrani pred sudom govori Ksenofontov spis "Obrana Sokratova", a djelo s istim naslovom, napisao je i Platon.

Sokrat se pred sudom branio sam. Njegova usmena besjeda pred sudom (on je, uostalom, svoja znanja uvijek prenosio slušateljima usmeno i nikada nije

pisao svoje govore) bila je svojevrsna, učena lekcija sudu o dijanoetičkim i etičkim vrlinama prema kojima je živio. Odbacio je prijedlog prijatelja da napiše svoju obranu s obrazloženjem da je čitav dotadašnji način njegova života njegova najbolja obrana, a "svojim životom i radom on dokazuje protivno onome što tvrde tužioci i javno mnenje: radio je za dobro građana, pokoravajući se državnim zakonima, božjem pozivu i glasu svoga srca; odbacio je sve prijatnosti života i zapustio svoju domaću privredu, samo da bi druge mogao 'podsticati' na vrlinu".[1]

Prvu tačku optužnice – da vrijeđa zvanične državne bogove, Sokrat logičko-retorički pobija "na taj način što Meleta primorava da optužbu pojača do tvrđenja kako Sokrat uopšte ne veruje u bogove. Tako Sokratu polazi za rukom da pobije tu tačku optužbe: on veruje u bogove i demone i ove smatra za decu bogova; a kad veruje u decu, mora verovati i u roditelje".[2] Drugu tačku optužnice – da kvari mladež, on pobija dokazujući Meletovo neznanje. "Pitanjima koja upućuje Meletu, dokazuje da Melet uopšte ne zna šta je vaspitanje i da niko pametan ne može namerno kvariti svoje učenike. Ali i kad bi to i bila istina da Sokrat kvari omladinu, on bi to mogao činiti samo nenamerno, a u tome slučaju ne bi zasluživao optužbu i osudu, nego savet i opomenu."[3]

Optužnica protiv Sokrata više se, zapravo, temeljila na trulosti političkoga morala atinskoga društva, kako u vrijeme oligarhije, tako i u vrijeme demokracije, nego na objektivnim dokazima njegove krivnje. Tužitelji su, naime, u postupku dokazivanja, teretili Sokrata za njegovo povremeno druženje s Kritijom i Alkibijadom. Kritija je "u vreme oligarhije postao od svih najveći pohlepnik i nasilnik, a Alkibijad opet u doba demokratije od svih najveći goropadnik, samovoljan i nasilnik".[4] Obojica su ostali upamćeni po lošim stranama svoga karaktera, za što se ne može kriviti Sokrata.

Unatoč do kraja nedokazanoj krivnji i svim argumentima njegove obrane, porota je, kao reprezentant vrlinama nevične svjetine, Sokrata osudila na smrt. Spokojno saslušavši kaznu, za svoje tužitelje izjavio je da su "od istine zaslužili žig nevaljalstva i nepravednosti", a one koji su glasovali za njegovo oslobođenje, tješio je objašnjenjem što je život, a što smrt, da li je smrt samo san, ili seoba na drugo mjesto. Ova eshatološka retorika predstavlja zorno

---

[1] Đurić Miloš N. (1976), *Istorija helenske etike*, Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd, str. 265.

[2] Ibidem.

[3] Ibidem.

[4] Ksenofont, (1989), Uspomene o Sokratu, Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd, str. 8.

svjedočanstvo, koliko Sokratove mudrosti i ljubavi prema vrlinama, toliko i njegove kritike atinskoga 'pravosuđa'. Sokratu su, naime, za vrijeme njegova boravka u zatvoru, prije pogubljenja, neki prijatelji (Kriton prema Platonu, a Eshin prema Diogenu Laerćaninu – nap. M. N. Đ.) predlagali bjekstvo (što nije bilo neuobičajena pojava ni u to vrijeme) smatrajući njegovu kaznu sramotnom pred svijetom i nepravednom prema djeci. Dosljedan svojim uvjerenjima i poštujući zakone svoje države, on je to odbio izjavljujući da "ne treba obraćati pažnju na to šta će reći svetina, nego šta će reći onaj ko se razume u pravdu i nepravdu" i kako bi "sramota bilo bežati".[5] Razumijevajući tadašnje probleme atinskoga društva i države, on spasonosno rješenje nalazi u pravednim zakonima i njihovom poštivanju te, u tome smislu, i pred smrt, nastavlja da edukativno djeluje. "Ono na čemu počiva velika društvena zajednica jesu zakoni, a oni su stvoreni dogovorom društva. Ko se ne drži tog dogovora, taj ne može biti član ljudskog društva. Treba razume se, razlikovati zakone i njihove izvršioce, pa ne okrivljavati zakone za ono što čine izvršioci. Ako društvene prilike zahtevaju promenu zakona, treba ih menjati sporazumno, bez nasilja."[6] Sokrat nad kojim je izvršeno najveće nasilje, i neposredno pred vlastitu smrt, borio se protiv nasilja. Umro je samopogubljenjem. Oprostivši se prethodno sa zatvorskim čuvarem i prijateljima, ispivši sam pehar kakute (otrova kojim se, u to doba nad osuđenicima izvršavala smrtna kazna), Sokrat je sam nad sobom izvršio kaznu na koju su ga osudili njegovo društvo i država. Umro je slijedeći uvjerenja prema kojima je živio. Zbog nepravde i zločina učinjenih Sokratu, docnije je Melet, glavni Sokratov tužitelj, osuđen na smrt, a Anit i Likon su izgnani iz Atine. Pravda je postala dostižna, ali je gubitak Sokrata ostao nenadoknadiv.

O apsurdnosti i zlonamjernosti optužbi protiv Sokrata i njegove osude na smrt, jedan od njegovih učenika – Ksenofont, pobijajući prvu i drugu tačku optužnice, posthumno je u obranu Sokrata pisao: "Već sam se često začudio kojim su naposletku dokazima tužioci Sokratovi uverili atinjane da on zaslužuje smrt za državu. Jer, tužba protiv njega bila je nekako ovako: kriv je Sokrat što ne veruje u bogove u koje veruje država, nego uvodi druga nova božanstva... Pre svega, dakle: šta su mogli izneti kao dokaze da nije verovao u bogove u koje veruje država? Ta očevidno je bilo i to da često žrtvuje kod kuće, a često na zajedničkim gradskim žrtvenicima. I da se služi mantikom nije bila tajna. Jer, bilo je raširenо kako Sokrat govori da mu božanstvo daje znakove. Zato ga, zacelo, najviše i okriviše, da uvodi nova božanstva. A on nije ništa novije uvodio nego ostali koji veruju u mantiku, pa se služe

[5] Ibidem, str. 267.

[6] Ibidem.

i letenjem ptica i glasovima i znamenjima i žrtvama, jer i ovi smatraju da ptice i ljudi pri sretanju ne znaju šta je korisno za onoga koji traži savet, nego da to bogovi preko njih javljaju. Pa i on je tako verovao."[7] Drugu tačku optužnice za kvarenje mladeži i nekadašnje drugovanje s nasilnicima Kritijom i Alkibijadom, Ksenofont pobija logičko-argumentativnim sredstvima obrane. O tome kako su ocjenjivali Sokratov 'delikt' on piše: "Zaista, bar se druge stvari tako ne ocenjuju. Ta, koji je frulaš, koji kitaraš, koji li drugi učitelj, pošto je svoje učenike osposobio, kriv to što su oni, ako su otišli drugome, postali lošiji? Koji će otac, ako mu je sin posećivao jednog učitelja i postao trezven, a potom otišao nekom drugom te postao loš, baciti krivicu na ranijeg učitelja. Naprotiv, koliko mu gori postane kod drugoga, neće li toliko, više hvaliti onoga prvoga? Pa i sami oci, kad zajedno žive sa svojim sinovima, nisu krivi ako im deca greše, samo ako su sami trezveni. Na taj način trebalo bi po pravu i Sokratu suditi."[8]

Portretirajući Sokratov lik njegovom pravednošću i moralnim dostojanstvom u svojim "Uspomenama o Sokratu", Ksenofont ne štedi ni kritike na račun stanja u atinskome društvu i državi, kako za vrijeme oligokracije, tako i za vrijeme demokracije. Ta se kritika posebno, na direktan način odnosi na oholost vlasti, a indirektno kazuje i o stanju u tadašnjem 'pravosuđu' – o neprincipijelnosti i potkupljivosti sudova. "I kad su mu Tridesetorica mimo zakon što zapovedali, nije slušao. Jer, kad su naređivali da se s mladim ljudima ne razgovara, i njemu i nekim drugim građanima naredili da odvedu nekoga u smrt, samo on nije poslušao, zato što mu se to naređivalo mimo zakon. Dok su drugi obično na sudu sudijama po volji govorili i laskali i mimo zakone moljakali, a sudije zbog toga mnoge često oslobađali, Sokrat, kad ga je Melet optužio, na sudu nije hteo mimo zakon ništa da učini od onoga što je bilo u običaju, nego, mada bi ga sudije lako oslobodile da je samo donekle nešto takvo učinio, opet je voleo da umre i zakonima veran da ostane nego li da živi pa zakone da pogazi."[9]

Samoobrana Sokratova pred atinskim sudom, kao i docnije, posthumne, Ksenofontova obrana Sokrata i Platonova apologija Sokratova, s pravom se smatraju začećem apologetike kao obrambene znanosti – znanosti o znanju da se brani verbalnim, logičko-epistemologijskim, retoričkim i drugim naučnim argumentima, a nikako oružanim materijalnim sredstvima. S druge strane, tako postavljene strategija i taktika obrane, predstavljaju se i kao začeci naučne kritike društva kroz osudu sasvim prepoznatljivih, društveno štetnih

[7] Ibidem, str. 3.

[8] Ibidem, str. 10–11.

[9] Ibidem, str. 110.

pojava. Iz sociologijskoga rakursa, već Sokratov slučaj kao individualni čovjekov udes, kazuje da apologija i kritika često mogu biti i međusobno 'komplementarne' činjenicom da se često odvijaju i razvijaju paralelno jedna s drugom, ali u dva suprotna smjera, odnosno tako da kritika jednog izaziva obranu nekog drugog društvenog fenomena i obrnuto – da obrana jedne, često podrazumijeva paralelnu kritiku neke druge društvene pojave.

2. Ranokršćanska apologetika kao kritika stanja ondašnjeg društva i paradigma obrane kršćanske vjere filozofijskom argumentacijom

Ako se apologija Sokratova prihvata kao začetak apologetike, onda je razumljivo i što se ranokršćanska apologetika prihvata kao obrazac svake potonje apologetike kao, u velikom broju slučajeva, sastavnoga čina naučnoga djelovanja. U ranokršćanskim teologijsko-filozofijskim djelima, ova se disciplina, prvi puta javlja kao sistem, u vidu organiziranoga, i filozofijski strukturalno-sinkretiziranoga načina mišljenja u funkciji zaštite jedne vjere u fazi njenoga socijalnoga i kulturnoga utemeljivanja i etabliranja. Kroz sociologijsku kritičku dioptriju promatrano, ova nova vjera utemeljena na Božijoj objavi, u svome ranom razvitku, kao i znanost o njenoj obrani u svome nastajanju, predstavljale su novi, u nekim shvatanjima i prijeteći, socijalni i kulturni izazov velikih razmjera. Ovo tim prije i time više, što se ona, prema Objavi, univerzalistički prezentirala, a nihilistički odnosila prema prethodnim prirodnim (animizam, totemizam) kao i pozitivnim politeističkim religijama staroga svijeta. Na konkretnoj društvenoj ravni, a kroz istu dioptriju gledano, ranokršćanska se apologetika javlja kao reakcija na odnos postojećih vlasti prema pripadnicima tadašnjeg kršćanstva, na njihovu, nerijetko eklatantnu egzistencijalnu ugroženost pod vladajućim državnim režimima, kao i na česte i rastuće socijalne konflikte. Nemajući praktično drugoga načina za mijenjanje statusa ranih kršćana, ranokršćanski apologeti propovijedaju ljubav i spasenje kroz trpeljivost i toleranciju, ispoljavajući oportunistički stav prema postojećem režimu i državnim vlastima, ali zato, na drugoj strani, prema prirodnim i politeističkim religijama izražavaju krajnje netolerantan odnos. Ranokršćansku apologetiku razvijali su, u periodu od drugoga do petoga stoljeća nove ere grčki (Aristid, Justin Mučenik, Tatijan, Atenagora, i Teofil) i latinski apologeti (Minucije, Tertulijan, Arnobije i Laktancije). Ova se klasifikacija temelji na jeziku (grčkom i latinskom) na kome su pisali, a ne na sistemskim razlikama između jednih i drugih.

Martijan Aristid (*Martianos Aristeides*) u svome djelu "Apologija" služeći se ontologijskom argumentacijom osuđuje paganska božanstva stare Grčke i Egipta. Smatra da je svijet i sve što je u njemu sadržano, pokrenuto impulsom

drugoga i da je ono što pokreće, jače od pokrenutoga. A "pokretač svijeta je Bog svega koji je napravio sve čovjeka radi." Filozofske argumente izvodi iz "finaliteta, reda u svijetu i činjenice kretanja." Kršćanskome Bogu, kao pokretaču svega "pripisuje atribute: vječnost, savršenstvo, nepojmljivost, mudrost i dobrotu."[10] **Flavije Justin** (*Flavius Justinus*, sveti Justin Mučenik) filozofski se obrazovao kod stoičara, peripatetičara, pitagorovaca, da bi se napokon priklonio platonovcima. U njegovim "Apologijama" (dvije knjige) vidljiv je utjecaj Platonova učenja o idejama, kao i Sokratovog poimanja logosa koje Justin prilagođava potrebama obrane i afirmacije ranokršćanske vjere. Justin ne priznaje razliku između teologije i filozofije , smatrajući da postoji samo "jedna mudrost, jedna 'filozofija' koja je otkrivena u Hristu i sa Hristom", a "prethodnicu i pripremu za tu mudrost predstavljaju najbolji delovi paganske filozofije, posebno platonizam".[11] Praveći paralelu između Sokrata i Isusa Krista, Justin ističe da je osuda i smaknuće Sokrata bila samo proba ili anticipacija smaknuća Isusa Krista kao posljedica utjecaja zlih demona na ljudsku slobodnu volju koja, suprotno učenju stoičara, nije ničim determinirana, nego je slobodna da bira između dobra i zla. Atribute sveti i mučeni, dobio je zbog mučenja u Rimu (oko 164. godine) zato što je bio kršćanin. **Tatijan** *(Tatianos*), porijeklom Sirijac, bio je Justinov učenik, obrazovan na grčkoj kulturi i filozofiji, a pod Justinovim utjecajem, odrekao se paganstva i prihvatio kršćansku vjeru. Iz njegove "Poslanice Grcima" vidljivo je da nije gajio osobite "simpatije prema višim duhovnim aspektima grčke filozofije". Smatrao je da "Boga spoznajemo iz njegovih dela", a u njegovome učenju o Logosu nalazimo "razlikovanje duše od duha, učenje o stvaranju u vremenu i insistiranje na slobodnoj volji..." "Izvesno je da je Tatijan priznavao ljudskom umu sposobnost da iz stvorenih bića dokaže Božiju egzistenciju, te da je upotrebljavao filozofske pojmove i kategorije u razvijanju teologije".[12] **Atenagora** (*Athenagoras*) je radi zaštite kršćanstva uputio "Molbu za kršćane" carevima Marku Aureliju i Komodu u kojoj moli da zaštite kršćane od optužbi za ateizam i drugih napada. U molbi se pita "zašto bi hrišćane, koji veruju u jednog Boga, trebalo nazivati ateistima" i "izlaže kako mnoštvo materijalnih božanstava nije moguće" jer, "Bog koji stvara materiju, mora da je transcendira", dodajući da "uzrok propadljivih stvari mora biti nepropadljiv i duhovan".[13] Dokazujući, ponovo ontologijskom argumentacijom, opravdanost učenja o uskrsnuću tijela, on ističe kako

[10] Koplston, Frederik, (1989), Srednjovjekovna filozofija, Istorija filozofije tom II, Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd, str. 21–22.

[11] Ibidem, str. 22–23.

[12] Ibidem, str. 23–24.

[13] Ibidem, str. 24–25.

"telo pripada integralnom čoveku, i da čovek nije samo duša koja se prosto služi telom".[14] Atenagora je, prije preobraćenja u kršćanstvo, bio paganin obrazovan na grčkoj filozofijskoj tradiciji. **Teofil Antiohijski** (*Theophilos Antiocheys*) bio je također paganin koji se svojim djelom "Ad autolicum" sam preobraća u kršćanina i postaje istaknuti apologeta ove vjere. U istome djelu ukazuje na značaj i važnost moralne čistote za čovjeka koji želi spoznati Boga. O Bogu govori božanskim atributima – besmrtnosti, moći, mudrosti, vječnosti i nepromjenjivosti. Božju egzistenciju dokazuje uz pomoć ljudske duše. "Kao što ljudska duša, sama nevidljiva, biva opažena u pokretima tela, tako i Bog, sam nevidljiv, biva prepoznat preko njegove promisli i njegovih dela."[15]

Latinski apologeti, u svojoj obrani kršćanstva, koriste gotovo iste filozofske argumente kao i prethodni grčki. **Minucije Feliks** (*Minucius Felix*) u svome djelu "Oktavije" ističe da se "Božija egzistencija može sigurno saznati iz reda u prirodi i iz poretka u živom organizmu, posebno u ljudskom telu, i da se iz jedinstva kosmičkog reda može zaključiti o jedinstvu Boga".[16] Do ovoga dokaza došao je posredstvom grčke filozofije jer su i grčki filozofi prihvatili ove istine. **Tertulijan** (*Tertullianus*) bio je jedan od najobrazovanijih apologeta (pravnik i advokat u Rimu) i jedan od najvatrenijih kritičara paganstva i branitelja kršćanstva, koji nije pridavao velikoga značaja grčkoj filozofiji. U djelima "Apologija za kršćane protiv pagana" i "O duši", navodi ("Apologija...") da "čak ni Sokrata njegova mudrost nije mogla odvesti daleko, budući da niko ne može stvarno znati Boga odvojeno od Hrista, niti Hrista odvojeno od Svetog Duha".[17] Sokratu to pogotovu, nije bilo moguće jer je njega, prema sopstvenom priznanju, vodio demon. Tvrdio je "da se egzistencija Boga sa sigurnošću zna iz njegovih dela, a da se iz Božije nestvarnosti može izvesti njegova savršenost".[18] **Arnobije** (*Arnobios*) u svome djelu "Sedam knjiga rasprava protiv pagana" ustaje u obranu kršćanstva žestokom kritikom paganskih vjerovanja, osporava prirodnu besmrtnost duše i zagovara "iskustveno porijeklo svih pojmova, s jednim izuzetkom – pojmom Boga".[19] **Laktantije** (*Lactantius*) je u djelu "O Božijem stvaranju", nasuprot svakom obliku tradukcionizma, zastupao radikalno stajalište da je "poreklo duše u Božijem direktnom stvaranju".[20]

---

[14] Ibidem.

[15] Ibidem, str. 25.

[16] Ibidem, str. 28.

[17] Ibidem.

[18] Loco citato.

[19] Ibidem, str. 31.

[20] Ibidem.

Da se apologetika i kritika često međusobno podrazumijevaju, dokazuje i povijesno-znanstvena činjenica da su predočena gledišta, zbog oslanjanja na helensku filozofiju, židovsku religiju i paganska vjerovanja u traganju za dokazima Božije egzistencije, a radi utemeljivanja kršćanstva, bila, i to od strane njihovih suvremenika, označena heretičkim, a time i velikim dijelom odbačena. U tome su osobito prednjačili osnivači Katehetske škole u Aleksandriji, Kliment i Origen, koji su nasuprot prethodnoj heretičkoj, izgrađivali novu neheretičku *gnosis* kao temelj kršćanskoga teologijsko-filozofijskoga sistema. Etabliranje prvoga Kathehisis označilo je utemeljivanje oficijalne kršćansko-teologijske dogmatike kao nauka vjere koji će svoje zaokruženje i vrhunac dostići kasnijim učenjima Aurelija Augustina i Tome Akvinskoga, svecima i oficijalnim filozofima-teolozima Katoličke crkve.

Tit Flavije Kliment (*Titus Flavius Clemens*) poznat i kao Kliment Aleksandrijski djelovao je u drugoj polovici drugog i prvoj polovici trećeg stoljeća nove ere u Aleksandriji. Postavljanje nove, neheretičke, naspram prethodne heretičke *gnosis,* Kliment je uspio sintezom vjere i razuma (*'Credo, ut intelligam'*). Filozofiju, shvaćenu kao Logos, smatrao je pripremnim i pomoćnim sredstvom za razumijevanje kršćanstva. Ovo nerazdvojivo povezivanje filozofije i kršćanstva, kao oblika spekulativnoga uma, Klimentu je omogućilo sistematizaciju teologije i prvotno etabliranje kršćanske dogmatike. "Zaista, ličnost koja samo veruje a ne čini nikakav napor da razume je slična detetu u poređenju sa čovekom; slepa vera ili pasivno prihvatanje nije ideal, iako nauka, spekulacija, umovanje, ne može biti istinito ako se ne slaže s otkrovenjem."[21]
Origen (*Origenes)* nalazi novu *gnosis* kršćanstva u mišljenju da je Bog, koji je "čisto duhovan", onaj "koji transcendira istinu i um, suštinu i bivstvovanje". Kao osnovni ontologijsko-teologijski argument Božje egzistencije i omnipotencije ističe tvrdnju da je Bog nužno djelatan i kao takav, stvoritelj svega. "Štaviše, da je Bog stvorio svet u vremenu, da je uopšte postojalo vreme pre nego što je postojao svet, Božija nepromenljivost bi bila oslabljena, što je nemoguće... Bog je zaista tvorac materije i, prema tome, Stvoritelj u pravom i kršćanskom smislu..."[22] Boga koji je dobrota i svemogućnost, ne može se optužiti za postojanje zla koje je nedostatnost. Između Boga i njime stvorenih bića posreduje Logos ili riječ. "Logos ili Reč jeste primer stvaranja, a i sve stvari su stvorene prema Logosu, koji je delatan kao posrednik između Boga i stvorenih bića."[23]

[21] Ibidem, str. 32.

[22] Ibidem, str. 33.

[23] Loco citato.

II
APOLOGETIKA I KRITIKA U MEDIJEVALNOME RAZDOBLJU – PATRISTIČKO-SHOLASTIČKO POZICIONIRANJE FILOZOFIJE KAO *ANCILLAE THEOLOGIAE*

1. Augustinova kritika manihejstva u funkciji obrane kršćanstva i ontologijsko-logički dokazi egzistencije Boga iz vječnih istina

Učenje svetoga **Augustina Aurelija** (*Augustinus Aurelius*) istodobno označava izraz kontinuiteta kršćansko-patrističke duhovne tradicije i njeno zaokruženje na vrhuncu ovoga nauka. Augustin je, bez dvojbe, najviši domet ranomedijevalne kršćansko-patrističke apologetike koji će, docnije, postati jednim od temelja katoličkoga teologijskog nauka i katoličko-crkvene doktrine. Ovakvu reputaciju priskrbilo mu je glavno djelo "Država Božja" ("De civitate Dei") temeljeno na platonizmu, neoplatonizmu, stoicizmu i posebno na kršćanskoj doktrini,[24] kao i čitav niz drugih knjiga ("Dvije knjige o postanju protiv manihejaca" – "De Genesi contra Manichaeos libri II", "Slobodna volja" – "De libero arbitrio", "Besmrtnost duše" – "De immortalitate animae", "Istinska vjera" – "De vera religione" itd.).

Da kritika i apologetika ne mogu jedna bez druge, pokazuje se i na primjeru Augustinova života i kršćanskoga patrističko-apologetskoga naukovanja. S početka pristaša manihejstva, ne uspijevajući u tome dualističkome učenju naći odgovore na pitanja zašto su načela dobra i zla u vječnom sukobu; odakle potiče pouzdanost, izvjesnost u ljudskom znanju itd.,[25] Augustin 383. godine nove ere napušta manihejstvo, da bi se već 386. preobratio u kršćanina. Na ove je odluke, bez sumnje, presudno utjecalo njegovo okretanje prema platonizmu i neoplatonizmu koji su mu pomogli u razlikovanju materijalnog od duhovnog svijeta u ime čega je prihvatio Platonovo naučavanje o nematerijalnom svijetu Ideja[26] kao prototipu materijalnoga svijeta i Plotinovo emanacionističko učenje prema kojemu svijet ideja emanira iz samoga božanstva.[27] Ako je u Platonovome carstvu ideja primordijalna ideja Dobra, i ako je za Origena (*Origenes*) Bog dobrota kojoj je nesvojstveno zlo kao nedostatnost, te, ako prema Plotinu ova dobrota isijava iz samoga božanstva, onda će ovim tragom, Augustin doći do odgovora na pitanje o odnosu dobra i zla na koje mu nije znao adekvatno odgovoriti ni manihejski biskup Faust.

---

[24] Aurelije, Augustin (2004), Država božja, CID, Podgorica, str. 23.

[25] Ibidem, str. 21.

[26] Ibidem.

[27] Ibidem.

A odgovor je da su fenomeni dobra i zla u čovjeku problem izbora njegove razumske slobodne volje ("De libero arbitrio") i u tome je situirana polazna pozicija njegove kritike manihejstva ("De Genesi contra Manichaeos libri II"), osobito učenja biskupa Fausta ("Trideset tri knjige protiv manihejca Fausta" – "Contra Faustum Manichaeum libri XXXIII"). Ovaj mu je odgovor, zapravo, sugeriran direktno iz "Knjige postanja" koja će Augustina uputiti u traganje za vječnim istinama kao ontologijsko-logičkim dokazima egzistencije Boga. Tako se, u konkretnome slučaju, preobraćenje jednoga manihejca, a potom i skeptika u jednoga kršćanina, egzemplarno pokazalo kao etablacija kršćansko-patrističke apologetike iz manihejske kritike.

Kako je i koliko Platonova idealistička filozofija profunkcionirala u Augustinovoj kršćanskoj teologiji pokazuje i dokazuje njegov prvi i najdraži dokaz iznutra, tj. dokaz egzistencije Boga iz ideje nužne i nepromjenjive istine "koju ne možeš nazvati ni mojom, ili tvojom, ili bilo čijom nego koja je svačija, i koja je data svima podjednako",[28] a potom i ostali dokazi koji slijede. Ta je istina "superiorna u odnosu na duh, utoliko što on mora da se pokloni pred njom i da je prihvati: on ne može da je konstituiše niti da je poboljša, već naprosto otkriva da ga ona transcendira i da upravlja njegovim mislima."[29] "Kada bi bila inferiorna u odnosu na duh, on bi mogao da je promeni ili da je popravi, a ako bi mu bila ravna, onda bi sama, bila promenljiva, kao što je i duh promenljiv".[30] "Duh se menja u svojoj aprehenziji istine, poimajući je nekad jasnije a nekad manje jasno, dok sama istina uvek ostaje ista."[31] "Zato, pošto istina nije ni inferiorna ni ravna našem duhu, ne ostaje ništa drugo nego da se zaključi da ona mora biti superiorna i savršenija."[32] Iz ove superiornosti izvodi se ontologičkim metodom, i krajnji, supra zaključak – dokaz Božije egzistencije da "**večne istine** moraju da budu **utemeljene u biću**, i da tako odražavaju **Osnov svih istina**. Upravo kao što **ljudske predstave** odražavaju **nesavršenost** i **promenljiv karakter ljudskog uma** u kome su zasnovane, i kao što **čulni utisci** odražavaju **telesne predmete** koji su im **osnova**, tako i **večne istine** odaju svoj **Osnov**, samu **Istinu**, odražavajući tako **nužnost i nepromenljivost Božiju**"[33] (boldirao autor).

Augustinova platonizacija kršćanstva kao i kristijanizacija Platona, opservirana na sociologijskoj ravni njegove misli, logički rezultira dualitetom na

[28] Aurelije Augustin, De Libero arbitrio, prema: Koplston, F., ibidem, str. 73.

[29] Koplston, ibidem, str. 73.

[30] Koplston, opus citatum.

[31] Opus citatum.

[32] Opus citatum.

[33] Opus citatum.

relaciji 'Država božija' – 'Država zemaljska' pri čemu, prevodeći Augustinov na Platonov jezik, 'Civitas Divina' obitava unutar 'Carstva ideja' kao što 'Civitas terrena' omeđuje ovosvjetovno 'Carstvo materijalne nužnosti'. Ključ razumijevanja razlike između ova dva svijeta kod obojice je ideja Dobra, kod Platona pijedestalizirana na vrhuncu Carstva ideja, kod Augustina personalizirana u egzistencijalnosti Boga.

2. Tomino utemeljivanje kršćanskoga nauka uz pomoć filozofije i ontologijsko-logički dokazi Božije egzistencije pomoću vječnih nužnih i savršenih principa

Koliko je sveti Augustin platonizirao kršćanstvo i kristijanizirao Platona u funkciji ranokršćanske patrističke apologetike, toliko je sveti Toma Akvinski (*Thomas Aquinas*), Toma Akvinac ili sveti Toma iz Akvina, u poznomedijevalnome periodu, s još većim filozofskim žarom, sholastički učeno aristotelijanizirao kršćanstvo i kristijanizirao Aristotela dovršavajući jednu kompletnu kršćansko-katoličku doktrinu koja će, prvo biti prihvaćena u njegovu zavičajnome dominikanskome redu, a potom, na Tridentskome koncilu, biti i oficijalno proglašena zajedničkim naukom cijele Crkve. Dorađujući Aristotelovu ontologiju ili znanost o **biću kao biću**, Toma "dolazi do uvida da svaka stvar prije nego jeste nešto određeno mora najprije jednostavno biti. To da stvari prije nego što u svojoj određenosti postanu ovo ili ono moraju već nekako biti navodi Tomu na zaključak da i **njihov zajednički izvor iz kojeg su potekle jest,** ali u **apsolutnoj punini bitka**, tako da može **podariti egzistenciju** svakoj stvari u njezinoj **određenosti**, tj. **biti, essenciji**. Stoga **apsolutna punina bitka** ili, kako on to kaže **najrealnije biće** (ens realissimum) ne pozna u sebi razlike **opstojnosti i biti, egzistencije** i **esencije. Polazište** filozofijskog mišljenja jesu dakle **bića,** a **završetak najviše biće u svoj punini bitka**."[34] Ovaj, u najkraće sažet prikaz jednog procesa mišljenja, prikazuje i genezu jedne filozofije sve do njene kulminacije i transformacije u kršćansko-katoličku teologiju, odnosno put stvaranja katoličke dogmatike otkrivanjem iz otkrovenja, najvišeg (Božijeg) autoriteta iz 'najvišeg bića u svoj punini bitka'. Ovaj je proces ontologijsko-logičkoga dokazivanja promovirao Tomu Akvinskog u najprominentnijeg oficijalnog katoličkog teologa i dogmatičara, sve od njegova vremena do danas. Razvijanje toga misaonog procesa, njegova koherentna elaboracija, odvija se tijekom čitave srednje i pozne dobi Tomina relativno kratkoga života od "Principa prirode" ("De principiis, naturae" 1255), "O biću i suštini" ("De ente et essentia" 1256), "O

[34] Toma Akvinski – izabrano djelo (1981), izabrao i priredio Vareš Tomo, Globus, Zagreb, str. XI.

istini" ("De veritate" 1256–1259.) do "Suma protiv pagana"odnosno "Suma o istini katoličke vjere protiv zablude nevjernika ili suma protiv pagana" ("Summa de veritate catholicae fidei contrra errores infidelium seu Summa contra Gentiles") i "Teološka suma" ("Summa Theologica" 1265–1273.) do drugih manje poznatih djela koja su mu osigurala svjetsku filozofsku, teološku i vjersku slavu i priznanje. Toma Akvinski je filozofski supstancijalno konotiran, ali i realističan mislilac. Njegova kritika nije toliko usmjerena protiv samih nevjernika, koliko protiv njihovih zabluda; njegova apologetika nije toliko obrana kršćanstva koliko istinito, zbiljsko, filozofski utemeljeno dokazivanje njegove realnosti proizašle i proizlazeće iz Božije Objave, iz Svete knjige. "Nauka", piše Toma, "nužno raspravlja o zbilji (de ente); samo se, naime, istina može spoznati, a istina je zapravo isto što i zbilja... Međutim, u filozofijskim znanostima se raspravlja o svim bićima, čak i o Bogu. Stoga se dio filozofije zove 'teologija', to jest božanska znanost, kako iznosi filozof (Aristotel – napomena autora) u VI knjizi Metafizike."[35] Potom navodi da je "osim filozofijskih znanosti koje je pronašao ljudski razum, za ljudsko spasenje bila neophodna neka nauka koja se temelji na Božjoj objavi".[36] Prvo, "zbog toga što je čovjek usmjeren prema Bogu kao nekom cilju koji nadilazi shvaćanje njegova razuma..."[37] a drugo, jer je "čovjeku učiteljska pomoć Božje objave bila potrebna i za spoznaju onih istina o Bogu koje su dostupne razumskom istraživanju. Naime, razumski spoznatu istinu o Bogu shvatio bi tek mali broj ljudi, i to poslije dugo vremena i s primjesom mnogih zabluda. A upravo od spoznaje te istine zavisi cjelokupno ljudsko spasenje koje je u Bogu".[38] Zato je "sveta nauka jedinstvena znanost"[39] koja "podjednako nadilazi sve teorijske i praktične znanosti".[40]

Kao osebujna sinteza realističnosti i metafizičnosti Tomina filozofija je uvijek "povezana s onim konkretnim ili postojećim i s onim čija je egzistencija izvedena ili **što je svoju egzistenciju primilo**, i s onim **što svoju egzistenciju nije primilo**, nego je **ono samo egzistencija**"[41] (boldirao autor). Ta samo-egzistencija ili od svega neovisna **Vrhovna egzistencija** na koju se koncentrira Akvinčeva filozofija na pragu svoje transformacije u teologiju, predstavljena je u najvišem Biću tj. Bogu, a manifestira se u njegovoj omnipotenciji. Bog je

[35] Ibidem, str. 155–156.
[36] Ibidem, str. 156.
[37] Loco citato.
[38] Opus citatum.
[39] Ibidem, str. 157.
[40] Ibidem, str. 159.
[41] Koplston, F., ibidem, str. 311.

stvoritelj svega i mogućnost svekolikog bitka. O toj izvjesnosti, oslobađajući ljudski razum od brojnih zabluda, Akvinac će reći "da ima pet putova kojima se može dokazati postojanje Boga".[42] Apstrahirajući u principe, riječ je o dinamičkome (princip kretanja), kauzalnome (proizvodnom), principu nužnosti, principu svojstvenosti i teleološkome (svrhovitome) principu.

Prema **dinamičkome principu**, za Tomu Akvinskoga "sigurno je naime i osjetilima utvrđeno da se na ovom svijetu neke stvari pokreću. Sve pak što se pokreće pokretano je od drugoga. A doista ništa se ne pokreće nego po tome što je u stanju mogućnosti u odnosu na ono prema čemu se pokreće. Pokretanje pak vrši ono što se nalazi u stanju zbilje. **Pokretati naime nije ništa drugo nego izvoditi nešto iz mogućnosti u zbilju**" (...) "Potrebno je dakle doći do nekog **prvog pokretača kojega ne pokreće nitko**. A svi smatraju da je to Bog"[43] (boldirao autor).

Prema drugome, **kauzalnome (proizvodnome, eficientnome) principu**, "u ovom svijetu osjetilnih bića postoji red proizvodnih uzroka, ali se ipak ne nalazi niti je moguće da nešto bude proizvodni uzrok sebe, jer bi tako postojalo prije samog sebe, što je nemoguće. No nije moguće u proizvodnim uzrocima ići u beskonačnost". "Stoga je **nužno prihvatiti neki prvi proizvodni uzrok** koji svi nazivaju Bogom."[44] (boldirao autor).

Dokaz izveden iz **principa nužnosti** polazi od toga da "među stvarima nalazimo neke koje mogu biti i ne biti, jer se dešava da se neke rađaju i propadaju i dosljedno tome, mogu biti i ne biti. Nemoguće je pak da je sve takvo postojalo oduvijek jer ono što može ne biti katkada ne postoji. Ako dakle sve može ne biti, nekoć u svijetu nije bilo ničega. No kad bi to bilo istinito, ne bi ni sada bilo ničega, jer **ono što nije počinje postojati samo po nečemu što jest**." (...) "Stoga je potrebno prihvatiti **nešto što je nužno po sebi i ne prima uzrok svoje nužnosti odrugud, nego je nužnost za druge stvari**, a to svi zovu Bogom"[45] (boldirao autor).

Iz **principa svojstvenosti**, "pronalazi se naime u stvarima nešto više i manje dobro i istinito i plemenito, a tako je i s drugim takvim svojstvima. Ali više i manje navodi se o različitim stvarima prema tome kako se različito približavaju nečemu što postoji u najvećem stupnju... Postoji dakle **nešto što je najistinitije i najbolje i najplemenitije** i, dosljedno tome, **biće u**

[42] Toma Akvinski – izbor iz djela (1990), 1. svezak, izbor, redakcija i predgovor Bošnjak Branko Naprijed, Zagreb, str. 273.

[43] Loco citato.

[44] Ibidem, str. 273–274.

[45] Ibidem, str. 274.

najvećem stupnju, jer **što je istinito o najvećem stupnju**, to je **biće u najvećem stupnju**, kako se kaže u 2. knjizi Metafizike. Ono pak što se u nekom rodu naziva takvim u najvećem stupnju uzrok je svega što pripada tom rodu." (...) "Postoji dakle **nešto što je svim bićima uzrok postojanja, dobrote i bilo kojeg savršenstva,** a to zovemo Bogom"[46] (boldirao autor).

Prema petome, **teleološkome principu**, Toma tvrdi "da nema stvari koje nemaju moć spoznaje, naime prirodna tijela, djeluju poradi nekog cilja. To se pokazuje u tome što **uvijek ili vrlo često djeluju na isti način da bi postigle ono što je najbolje**. Iz toga je očevidno da **do cilja ne stižu slučajno, nego namjerno**. Ono pak što nema moć spoznaje **teži prema cilju samo ako je usmjeravano od nekoga koji spoznaje i shvaća**, kao što strijelu usmjerava strijelac. Postoji dakle neko **umno biće koje sve prirodne stvari usmjerava prema nekom cilju**, a to biće nazivamo Bogom"[47] (boldirao autor).

Ovim dokazima sveti Toma nadilazi svu dotadašnju kršćansku apologetiku. On, uz pomoć Aristotelove filozofije, na radikalan način etablira novu kršćansku teologiju. On ne brani Boga od nevjernika nego ontologijskim i logičkim dokazima njegove egzistencije, oslobađa i brani neznabošce od zabluda. On je primordijalno kršćansko-katolički prosvjetitelj čak i kada Božijom voljom objašnjava postojanje zla u ovozemaljskome svijetu. "Budući da je beskrajno dobar, Bog ne bi nikad dopustio da u njegovim djelima bude ikakvo zlo kad ne bi bio tako **svemoguć i dobar da čak i od zla učini dobro**. Beskrajnoj Božijoj dobroti treba pripisati to što **dopušta postojanje zala kako bi iz njih izvukao dobra**"[48] (boldirao autor). Ovu tezu Toma brani postojanjem **eternalnoga nepromjenjivoga** Božjeg zakona, **prirodnoga zakona, božanskoga pozitivnoga zakona** i **ljudskoga** (državnoga) **pozitivnoga zakona**. Prema "Summa Theologica", Božanski pozitivni zakona (*Ius ecclesiae*) propisuje pravo i sankcionira djela unutar crkvene zajednice kao *Civitas Divina* i on se "pozitivno objavljuje, nesavršeno Jevrejima, savršeno kroz Hrista",[49] "dok je zakon države ljudski pozitivni zakon."[50] Zakon države ili ljudski pozitivni zakon – *Ius terrena* treba da "primeni prirodni zakon i da potkrepi zakon sankcijama. Na primer, ubistvo je zabranjeno prirodnim zakonom, ali razum pokazuje poželjnost pozitivne odredbe kojom bi se ubistvo jasno definisalo i kojom bi se odredile sankcije, jer sam prirodni zakon ne

[46] Ibidem, str. 274–275.

[47] Ibidem, str. 275.

[48] Loco citato. O fizičkome i moralnome zlu koje Bog dopušta radi dobra, vidjeti i u: Koplston, F., ibidem, str. 369–371.

[49] Koplston, F., ibidem, str. 412.

[50] Opus citatum.

određuje ubistvo u pojedinostima niti nudi već određene sankcije."[51] Time, smatra Akvinac, djelujući kroz **Vječni nepromjenjivi zakon**, Bog i samo zlo pretvara u dobro.

Realističnost misli svetoga Tome, ovoga se puta, iskazuje na području prava razlikovanjem četiri vrste zakona. Posebno je, za ono vrijeme, znakovito njegovo uviđanje nužnosti transformacije prirodnoga *(ius naturale*) u pozitivno državno *(ius civitate*) i građansko (ius civile), pravo. Razlikovanjem crkvenoga (*ius ecclesiae*) od državnoga i građanskoga prava, neovisno o njegovu preferiranju Vječnoga i Božanskoga pozitivnog prava, Toma se predstavlja i kao jedan od prvih teoretičara principa sekularizacije.

III
POVIJESNI ZAOKRET ILI OSVAJANJE NOVOGA SMISLA KRITIKE I APOLOGETIKE

1. Tri supstitucije i njihov povijesno-kulturno-civilizacijski značaj

Kolokvijalno se, promišljajući tokove i procese razvitka kulture i civilizacije, novovjekovno razdoblje i vrijeme prosvjetiteljstva atribuiraju apohalnim povijesnim mijenama. Smisao ove atribucije određen je primarno znamenitim prirodno-znanstvenim otkrićima u tome periodu, potom njihovim utjecajem na razvitak filozofije i društvenih znanosti po istome racionalističko-empirističkome modelu i napokon, značajem ovih promjena za preuređenje društvenih odnosa i preustroj postojećih državnih uređenja. Svaki, pa tako i govor na zadatu temu, na koordinatama ovih preinaka, nezaobilazno je govor o tri povijesno-kulturno-civilizacijski presudne supstitucije iz toga vremena.

Prva supstitucija, omogućena na prirodno-znanstvenome području spoznajama novih makro-kozmičkih (Galileo, Kopernik, Đordano Bruno i dr.) i mikro-kozmičkih (Entoni Levenhuk i dr.) struktura svijeta zahvaljujući konstrukciji teleskopa i mikroskopa, iz temelja je preokrenula naučno mišljenje, a u tome preokretu, vladajući, suspendirani geocentrizam ustupio je mjesto preovlađujućemu heliocentrizmu. Otkriće mikro-svijeta zamijenilo je i misao o čovjeku kao Božijem djelu, mišljenjem o čovjeku kao rezultatu djelovanja prirodnih biološko-evolucijskih zakonitosti. **Geocentrizam** je supstituiran **heliocentrizmom**, a vjera u **Božju omnipotenciju** postupno će sve više ustupati mjesto vjeri u posebne **prirodne zakone**.

Slijedom ovih mijena i uzrokovane njima, dogodit će se kapitalne promjene i

[51] Opus citatum.

unutar društveno-znanstvenoga spektra mišljenja među kojima, nedvojbeno, najznačajnije mjesto pripada postupnome supstituiranju dominantnoga srednjovjekovno feudalnoga **teocentrizma** novovjekovno prevlađujućim **antropocentrizmom.** Ovaj proces fokusiranja na čovjeka, započet prethodno humanizmom i renesansom u umjetičkome djelovanju, kao i socijalno-utopističkim vizijama čovjekova svijeta u socijalnome mišljenju, u novovjekovlju će se prepoznati kroz pokušaj filozofske i literarne zamjene uloga i mjesta između Boga i Čovjeka tako što će, umjesto Boga, Čovjek biti lociran u centar kozmičkoga mišljenja i planetarnoga djelovanja, a Bog postupno istiskivan na periferiju zbivanja. Ovaj je proces dakako, uvelike kataliziran prekomorskim otkrićima i događanjem reformacije i pluralizacije kršćanstva.

Trećom i finalizirajućom supstitucijom, također, na izvjestan način presudnom za dalju sudbinu čovječanstva, smatra se **prosvjetiteljsko-racionalističko** osvajanje duhovnoga svijeta i potiskivanje u zaborav **teološko-metafizičkoga** osobito, kao i **metafizičkoga načina** mišljenja općenito. **Racionalistička prosvijećenost** i **empirizam** nadomjestili su prethodni **metafizički misticizam** i **spiritualizam.**

2. Reperkusije – otvaranje i razvitak novoga diskursa

Spomenute su povijesno-kulturno-civilizacijske mijene snažno odjeknule u duhovnome svijetu u kojem, izvjesno, Bog opstaje, ali izmješten u unutarnji svijet, u dušu Čovjeka, što predstavlja početni zamajac nadolazeće plime sekularnoga mišljenja. To se mišljenje sada sve više okreće čovjeku i ljudskome društvu, ono traži i iznalazi načine i mogućnosti preuređenja postojećih društvenih odnosa i preustroja postojećih državnih oblika i državne vlasti, ono više ne teži nebu, nego se nastoji održati na zemlji. Žan Boden, Tomas Hobs, Frensis Bekon, Samuel Pufendorf, Baruh Spinoza, Džon Lok i drugi, dostigli su, u ovoj domeni, iste visine do kojih su se, na prirodno-znanstvenome području, uspeli Galileo, Bruno, Kopernik, Njutn, Dekart, Lajbnic i ostali.

Novi diskurs društveno-znanstvenoga promišljanja ljudskoga života i svijeta još uvijek se donekle stidljivo, dvoji između Boga i Čovjeka, ali postupnim razvitkom humanističke misli, u njoj se sve više preferira Čovjek i konkretni ljudski svijet u mnogostrukosti načina i oblika njihove egzistencije. Novi način naučnoga, često empirijski utemeljivoga, provjerljivoga i dokazivoga mišljenja, bio je snažna antiteza prethodnome, skolastičkome umovanju, antiteza unutar koje se i kritika i apologija događaju na sasvim konkretan način i na sasvim određenoj ravni: kritika kao sve češća i sve teža osuda apsolutističkoga monarhizma, državno-personalnoga unijanizma i političke simbioze plemstva i svećenstva, njihovih privilegija, neslobode pojedinca

itd.; apologija kao obrana slobode mišljenja i djelovanja, prava čovjeka na samoodrživu egzistenciju, na učešće u društvenim poslovima i političkome odlučivanju, oblikovanju državne vlasti itd.

Ovaj novi, naučno etablirani i dostatno egzaktni diskurs, označen kao klasični liberalizam, na političkome planu, racionalističkom prosvijećenošću (ili prosvjetiteljskom racionalnošću) osamnaestoga stoljeća, doživjet će kulminaciju unutar koje će, ideja apsolutističkoga monarhizma biti zamijenjena republikanskom idejom, staleška podijeljenost zalaganjem za jednakost svih ljudi, ideja dominacije idejom slobode itd. Sve se ovo događa, kako na teorijskome, tako i na praktičkome području. Sve ono što su kritički osuđivali francuski enciklopedisti (Volter, Holbah, Helvacijus i dr.) – feudalnu neprosvijećenost, apsolutističko-monarhističku državu, crkvu, religijski spiritualizam i metafizički misticizam, biće potiskivano u zaborav, na račun nove slike čovjeka i ljudskoga svijeta stvarane u djelima Rusoa, Monteskjea i drugih autoriteta, a koja će postati *spiritus movens* Francuske buržoaske, kao i drugih liberalno-građanskih revolucija. Ova učinkovitost kritike ili kritika na djelu, poslužit će kao teorijska i praktička podloga docnije Marksove i marksističke kritike 'svega postojećeg' koja također, započinje kritikom religije, metafizike i staroga režima (*ancien regime*), a u dobranoj mjeri i kao filozofijska osnova Ničeove i Kjerkegorove kritike metafizike i religije.

IV
MARKSOVA I MARKSISTIČKA KRITIKA KAO NOVA PARADIGMA – PROJEKCIJA OPĆELJUDSKE SLOBODE I NJENA APOLOGETIKA

Ono zbog čega se Marksova i marksistička kritika 'svega postojećeg' do danas, pa u znatnoj mjeri i danas u određenim znanstvenim krugovima, smatra uzorom, jeste izvan sumnje, njena naučna utemeljenost, sveobuhvatnost i konkretnost. U globalu multidimenzionalna, znanstveno polivalentna, u osnovi ekonomska, filozofska i sociološka, ona je, s pozicija prethodnoga diskursa, kod samoga Marksa, kao i kod Engelsa, determinirana rezultatima prethodnoga tzv. naučnog socijalizma (Prudon, Lasal i dr.), dostignućima engleske klasične liberalne ekonomske teorije (A. Smit, D. Rikard), racionalističkim dometima francuskoga prosvjetiteljstva, a iznad svega njemačkom klasičnom idealističkom filozofijom (braća Bruno i Edgar Bauer, Ludvig Fojerbah i dr.), osobito Hegelovom filozofijom objektivnoga idealizma i, posebno, inspirirana revolucionarnim zbivanjima toga vremena (njemački građanski rat, Pariška komuna i dr.). U tradicionalnome akademskom naukovanju sve se ove determinante smatraju izvorima, pa donekle, i sastavnim dijelovima Marksova i Engelsova učenja i onoga što se pod pojmom marksizma

podrazumijevalo i još i danas podrazumijeva. Svi su ovi izvori, Marksovim metodičnim načinom mišljenja, izloženi njegovoj radikalnoj, sveobuhvatnoj, analitičkoj filozofskoj i naučnoj – sociološkoj, ekonomskoj i drugim vidovima znanstvene kritike. Ne držeći se kronološkoga reda nastajanja Marksovih djela, niti iz toga redoslijeda proizašle diobe na tzv. 'ideološkoga' ili 'mladoga' i tzv. 'naučnoga' ili 'staroga' Marksa (L. Altise, Đ. Lukač), nego promatrajući Marksovo cjelokupno djelo u njegovoj nedjeljivoj, jedinstvenoj cjelini, ovoj disputaciji čini se primjerenijom uspostava makar aproksimativne geneze Marksove kritičke misli koja se nerijetko, odvija paralelno na više planova i u nekoliko dimenzija koje se međusobno komplementiraju.

1. Kritika religije kao pretpostavka svake kritike

Za Marksa je, kako to on sam ističe, "kritika religije pretpostavka svake kritike".[52] Religija kao društvena stvar u potpunosti obuhvata pojedinca. Njena socijalna moć proizlazi iz društvenih odnosa i transcendentalne vjere u onostrano izbavljenje i spasenje. "Religijska bijeda je jednim dijelom **izraz zbiljske bijede**, a jednim dijelom **protest protiv zbiljske bijede**. Religija je uzdah potlačenog stvorenja, duša svijeta bez srca, kao što je i duh svijeta bez duha. Ona je **opijum naroda**"[53] (boldirao autor). Religijsko otuđenje individuuma i društva je izvor i opravdanje svih drugih vidova alijenacije, kao što je kritika religije izvor i osnova svake druge kritike, a emancipacija od religije, početak svake druge emancipacije. Iščezavanjem religije kao onostranoga svijeta istine, "zadatak je historije da uspostavi istinu ovoga svijeta. Pošto je demaskiran **sveti oblik čovjekova samootuđenja, zadatak je** prije svega **filozofije** koja se nalazi u službi **historije da demaskira otuđenje u njegovim nesvetim oblicima**. **Kritika neba pretvara se time u kritiku zemlje, kritika religije u kritiku prava, kritika teologije u kritiku politike**"[54] (boldirao autor).

Kritiku religije, koja je čitavom poviješću opijumski omamljivala ljude i narode i katalizirala ropstvo i potčinjavanje, Marks dovršava kritikom protestantizma koji je "pobijedio ropstvo iz pobožnosti" i "na njegovo mjesto stavio ropstvo iz uvjerenja".[55] U protestantizmu laik se "nije **morao boriti s popom izvan sebe**, on se morao **boriti sa svojim vlastitim, unutrašnjim popom**, **sa svojom**

[52] Marks, Karl, (1980) Prilog kritici Hegelove filozofije prava, Marks, Kritika Hegela, Izdavačka radna organizacija Rad, Beograd, str. 237.

[53] Ibidem, str. 238.

[54] Loco citato.

[55] Ibidem, str. 247.

popovskom prirodom"[56] (boldirao autor). Ali protestantska emancipacija koja je značila samo "pretvaranje njemačkih laika u popove" i "emancipirala laičke pape, kneževe s njihovim klerom, privilegirane i filistre"[57] daleko je od emancipacije naroda. Emancipacija naroda moguća je tek cjelovitom filozofskom katalizacijom, potpunim filozofskim prožimanjem svijesti koje će dovršiti "filozofsko pretvaranje popovskih Nijemaca u ljude, emancipirati narod".[58]

2. Kritika *ancien regimea*, osobito kritika njemačkoga novoga kao staroga poretka

Stari društveni poredak u Marksovoj sociološkoj analizi društva i države značio je postojeći monarhijsko-apsolutistički državni poredak opterećen recidivima feudalnih i novovjekovnih režima. Osvrćući se kritički na stare europske i svjetske režime općenito, Marks piše: "Tragična je bila historija ***ancien regimea*** dok god je bio **preegzistirajuća sila svijeta**, a **sloboda**, naprotiv, bila **pomisao pojedinca**, jednom riječi, dok god je on sam **vjerovao** i **morao vjerovati u svoju opravdanost**. Sve dok se *ancien regime* kao postojeći svjetski poredak **borio sa jednim svijetom koji je tek nastajao**, na njegovoj strani je bila **svjetsko-historijska zabluda**, ali nikakva lična zabluda. **Zato je njegova propast bila tragična**"[59] (kurziv Marks, boldirao autor). Vjeru u opravdanost starih režima pružala je, u prvome redu, vladajuća državna religija koja je, uz ostalo, osiguravala i njihovu oficijalnu legitimaciju.

Razmatrajući stanje u Njemačkoj i uspoređujući ga sa stanjem u drugim državama, Marks objelodanjuje sumornu misao: "Čak i za savremene narode, **ne može ova borba** protiv ograničenosti sadržaja njemačkog *status qua* **biti bez interesa,** jer je **njemački** *status quo* očito **dovršenje** *ancien regimea*, a *ancien regime* je **skriveni nedostatak moderne države**. Borba **protiv njemačke političke sadašnjosti**, jeste **borba protiv prošlosti savremenih naroda**, a uspomene na tu prošlost još uvijek ih opterećuju. Poučno je za njih da vide kako *ancien regime*, koji je kod njih doživio svoju *tragediju*, igra svoju *komediju* kao **njemački fantom**"[60] (kurziv Marks, boldirao autor).

---

[56] Loco citato .

[57] Opus citatum.

[58] Opus citatum.

[59] Ibidem, str. 241.

[60] Opus citatum.

3. Kritika buržoaskoga društva i države sa socioloških i ekonomskih pozicija

Iz ugla sociologijskoga naučnog interesa, ova je kritika najvažniji i najinteresantniji dio cjelokupnoga Marksova kritičkoga opusa. Ona provijava u gotovo svim njegovim djelima od "Manifesta komunističke partije", preko "Njemačke ideologije", pisanih zajedno s Fridrihom Engelsom, do "Kapitala" koji je, velikim dijelom, nakon Marksove smrti, dovršio Fridrih Engels. Marksova i Engelsova sociološka kritika tadašnjih društvenih odnosa, redovito je potkrijepljena dubioznom i akribičnom ekonomskom analizom postojećeg stanja građanskog društva što je čini posebno znanstveno vrijednom i atraktivnom. U "Manifestu komunističke partije" ona demonstrira i svojevrsnu literarno-estetsku vrijednost. "Gdje god je došla na vlast buržoazija je razorila sve feudalne, patrijarhalne i idilične odnose. Ona je nemilosrdno pokidala šarolike feudalne veze koje su čoveka vezivale za njegovog prirodnog pretpostavljenog, i nije ostavila između čoveka i čoveka **nikakvu drugu vezu osim golog interesa**, **osim bezosećajnog 'plaćanja u gotovu'**. Ona je u **ledenoj vodi sebičnog računa** utopila **svete drhtaje pobožnog zanosa, viteškog oduševljenja, malograđanske osećajnosti.** Ona je **lično dostojanstvo** rastvorila u **prometnoj vrednosti** i **na mesto bezbrojnih** poveljama priznatih i **izvojevanih sloboda stavila** jednu **besavesnu slobodu trgovine**. Ona je, jednom reči, **na mesto eksploatacije prikrivene religioznim i političkim iluzijama stavila otvorenu, besramnu, direktnu, suvoparnu eksploataciju**"[61] (boldirao autor). Ova književno-estetska, moglo bi se reći apologija feudalnih društvenih odnosa, nije, međutim, to čime se čini i kako neupućenima može izgledati. Kao što je kod Sokrata kritika stanja u atinskom društvu i državi bila u službi njegove obrane pred sudom, tako je ovdje, u Marksovome i Engelsovome djelu, apologija feudalizma, retoričko-stilski stavljena u funkciju kritike kapitalizma i buržoaskog društva. Kapitalizam i buržoazija rastvorili su građansko društvo na dvije ekstremno suprotstavljene klase – buržoaziju i proletarijat. Ali, kapitalizam i buržoazija, s druge strane, ujedinili su pripadnike i jedne i druge klase u novoj vrsti ropstva, ropstvu prema novcu, kao novoj osebujnoj vrsti fetiša. "Buržoazija je sa svih dotadašnjih **dostojanstvenih profesija**, na koje se gledalo sa strahopoštovanjem, skinula **svetiteljski oreol**. Ona je lekara, pravnika, sveštenika, pesnika i naučnika pretvorila u svoje **plaćene najamne radnike**",[62] (boldirao autor) jednako kao i vršitelje najtežih fizičkih

[61] Marks, Karl, Engels, Fridrih, (1947), Manifest komunističke partije, Kultura, Beograd, str. 5.

[62] Opus citatum.

poslova ili prodavače vlastite radne snage. Buržoazija je rastvorila ne samo društvo, nego i rasturila obitelj. Ona je "sa porodičnog odnosa zderala dirljivi sentimentalni veo i svela ga na čisto novčani odnos".[63] Ona je napokon, "otkrila kako je **brutalno ispoljavanje snage**, radi koje se **reakcija toliko divi Srednjem veku**, nalazilo odgovarajuću **dopunu u najmlitavijem dembelisanju**".[64]

Marksova kritika buržoaskoga društva predstavljala je stabilnu platformu za njegovu kritiku države kao 'noćnog čuvara' interesa buržoazije. Kompleksnom analizom unutarklasnih i međuklasnih odnosa, kao i statusa pojedinca unutar svake od dviju postojećih klasa, on uviđa i zaključuje da "u dosadašnjim **surogatima zajednice**, u **državi** itd. postojaše lična sloboda samo za **individue** razvijene u uslovima **vladajuće klase** i samo ukoliko one behu **individue ove klase**. **Prividna zajednica** u koju se **individue dosad ujedinjavahu**, osamostaljivala se uvek njima nasuprot i, pošto je bila **ujedinjenje jedne klase protiv druge**, predstavljala je u isti mah za **podčinjenu klasu**, ne samo jednu potpuno iluzornu zajednicu, već i jedan **novi okov**"[65] (boldirao autor).

4. Kritika Hegelove filozofije

Svoj kritički odnos spram Hegela, Marks započinje kritikom njegove dijalektike i filozofije uopće, a završava kritikom Hegelove filozofije države i prava. Osnovni je predmet ove kritike Hegelov apstraktni, spekulativno-logički pojmovno-kategorijalni način mišljenja u kojem se gube čovjek, društvo, država kao zbiljski, konkretno bivstvujući entiteti. Otud i Marksova čuvena krilatica da Hegelova filozofija dubi na glavi kao u *camera opscuri* i da je treba postaviti na noge. Počinjući s "Fenomenologijom duha" – rodnim mjestom Hegelove filozofije, Marks navodi: "Ako je on, (Hegel – prim. autora) na primjer, shvatio bogatstvo, državnu moć itd. kao čovjekovu biću otuđena bića, onda se to događa samo u njihovu **misaonom obliku**... Oni su misaona bića – stoga samo otuđenje *čistog* tj. apstraktnog filozofskog mišljenja. Zato **cjelokupno kretanje** završava s **apsolutnim znanjem**"[66] (kurziv Marks, boldirao autor). Za Marksa se ovdje, međutim, ne radi o misaonim, nego o realnim društvenim pojavama. Osvrćući se istim kritičkim tonom na "Enciklopediju filozofijskih

[63] Opus citatum.

[64] Opus citatum.

[65] Marks, Karl, Engels, Fridrih, (1964), Njemačka ideologija, knjiga I, Kultura, Beograd, str. 81.

[66] Marks, Karl, Kritika Hegelove dijalektike i filozofije uopće (1967), Marks, Karl, Engels, Fridrih, Rani radovi, Naprijed, Zagreb, str. 318.

znanosti" – drugo rodno mjesto Hegelove filozofije, Marks primjećuje da ona "nije ništa drugo do *razvijena suština* **filozofskog duha,** njegovo **samoopredmećivanje**; kao što **filozofski duh** nije ništa drugo do **otuđeni duh svijeta** koji se unutar **svog samootuđenja** shvaća **misaono.** *Logika – novac* **duha,** spekulativna, *misaona* **vrijednost čovjeka** i **prirode** – **njihovo biće** koje je postalo **sasvim ravnodušno** prema **zbiljskom određenju** i zato **nezbiljsko** – *ispoljeno mišljenje* koje zato **apstrahira** od **prirode** i **zbiljskog čovjeka** – *apstraktno* **mišljenje**"[67] (kurziv Marks, boldirao autor).

U Hegelovoj objektivno-idealističkoj filozofiji, država se određuje kao najviši stupanj razvitka objektivnoga duha i samorealizacije ideje slobode. Ona "u običaju ima svoju neposrednu" a u "samosvijesti pojedinca" svoju "posrednu egzistenciju".[68] Na vrhuncu tog istog duha, Hegel prijedestalizira i pravo. Ove Hegelove apstraktne formulacije pojmova država i pravo Marks, sarkastički naziva njemačkim intelektualističkim sanjarijama uzdignutim iznad realnoga njemačkoga historijskog tla. Kao impuls ovoj kritici, ponovno se javlja njegova kritika religije. Kao što "religija ne stvara čovjeka", nego "čovjek stvara religiju",[69] tako ni država ne stvara čovjeka, nego čovjek stvara državu, a time i pravo. "Čovjek, to je čovjekov svijet, država, društvo."[70] Misleći očevidno, ponajviše na Hegelovu filozofiju prava i države, Marks u tome kontekstu piše da je "njemačka filozofija prava i države **jedina** *njemačka historija* koja stoji *al pari* sa *službenom* modernom sadašnjicom. Stoga njemački narod mora ovu **historiju sanjarenja** povezati sa svojim postojećim stanjem i **podvrći kritici** ne samo ovo **postojeće stanje** nego **istovremeno** i njegov apstraktni nastavak"[71] (kurziv Marks, boldirao autor).

5. Projekcija besklasnoga komunističkog društva kao ostvarenje vizije općeljudske slobode

Pronicanjem u logičko-metodologijsku strukturu cjelokupnog Marksova stvaralačkog opusa, ovaj se dio predstavlja kao finalni rezultat Marksove kritičko-stvaralačke misli. Ona je okrunjena besklasnim komunističkim društvom ili asocijacijom neposrednih slobodnih udruženih proizvođača koja, kao oslobođenje stvaralačkoga rada i ljudskih, kreativnih potencijala, jeste sama mogućnost općeljudske tj. čovječanske slobode. Nasuprot Hegelovoj

[67] Ibidem, str. 317.

[68] Hegel, Georg Vilhelm Fridrih, (1964), Osnovne crte filozofije prava, Veselin Masleša, Sarajevo, str. 204.

[69] Marks, Karl, Prilog kritici Hegelove filozofije prava, ibidem, str. 237.

[70] Opus citatum.

[71] Ibidem, str. 244.

Svjetskoj državi kao univerzalnome carstvu slobode i proizvodu apsolutnoga povijesnoga duha, Državi koja je apstraktno-logički postavljena kao "**opća ideja**, kao **rod** i **apsolutna moć** spram **individualnih država**"[72] (boldirao autor), Marksova ideja besklasnoga komunističkoga društva i općeljudske slobode, oslobođena je i svake pomisli na državu koja je već otpremljena u muzej starina.

Za Marksa i Engelsa "istorija svakog dosadašnjeg društva jeste istorija klasnih borbi".[73] Takva historija ide prema svome kraju, na što ukazuju gotovo sve tendencije razvijenoga kapitalizma i buržoaskoga društva. A kraj se ove dosadašnje historije, nazire ujedinjenjem proletarijata koje "može biti samo **sveopšte** i ostvareno putem **revolucije,** kojom se, s jedne strane, obara moć **dosadašnjeg načina proizvodnje** i **opštenja**, i **društvenog ustrojstva** i, s druge strane razvija se **sveopšti karakter** i **energija proletarijata**"[74] (boldirao autor). Ta je energija rušilačka i stvaralačka istodobno – ona ruši stari poredak sa svim njegovim institutima i stvara novi društveni poredak. Ali da bi uspio u svojoj povijesnoj misiji, proletarijatu je potrebna nova, revolucionarna teorija. U tome smislu Marks, piše: "Oružje kritike svakako ne može zamIjeniti kritiku oružja, materijalna sila mora biti oborena materijalnom silom, ali i **sama teorija postaje materijalna sila kad zahvati mase**. **Teorija je sposobna da zahvati mase čim dokazuje *ad hominem***, a ona dokazuje *ad hominem* čim postane **radikalna.** Biti radikalan znači zahvatiti stvar u korijenu. A korijen čovjeka je sam čovjek"[75] (kurziv Marks, boldirao autor). Na ovome mjestu događa se Marksov susret filozofije (kao nove revolucionarne teorije) i proletarijata, pri čemu, "filozofija u proletarijatu nalazi svoje ***materijalno*** oružje" kao što i proletarijat u filozofiji nalazi svoje ***duhovno*** oružje[76] (kurziv Marks, boldirao autor). U tome susretu Marks vidi iskru socijalističke revolucije koja ruši postojeći, kao stari režim, a potom, proletarijat, sada već teorijski osposobljen i politički organiziran kao radnička klasa, nastoji ovladati totalitetom načina proizvodnje i društvenih odnosa, to jest, kao pobjednička klasa, preuzeti svu vlast u svoje ruke. Taj period preuzimanja cjelokupne vlasti je, naravno, privremenog karaktera, u klasičnoj marksističkoj i postmarksističkoj leksici i vokabularu poznat pod sintagmom 'diktatura proletarijata' koja se nameće kao povijesna nužnost u prijelaznome, socijalističkome razdoblju. Ali, kako je "djelomična emancipacija osnova

[72] Hegel, G. V. F., ibidem, str. 208–209.

[73] Marks, Karl, Engels, Fridrih, Manifest komunističke partije, ibidem, str. 2.

[74] Marks, Karl, Engels, Fridrih, Njemačka ideologija, ibidem, str. 74.

[75] Marks, Karl, Prilog kritici Hegelove filozofije prava, ibidem, str. 246.

[76] Ibidem, str. 253.

univerzalne emancipacije"[77] (što Marks dokazuje na primjeru Francuske), a "univerzalna emancipacija *conditio sine qua* non svake djelomične"[78] (što dokazuje na primjeru Njemačke), po istome obrascu (kroz oba primjera), Marks, *pro futuro,* dokazuje da je oslobođenje proletarijata, kao djelomično, uvjet sveobuhvatnog oslobođenja radničke klase, a sveobuhvatno oslobođenje radničke klase, osnova oslobođenja, odnosno emancipacije cjelokupnoga čovječanstva. Ovaj zadnji moment moguć je samo ukoliko socijalizam preraste u svjetsko-povijesni proces i on označava početak novoga, besklasnog komunističkog društva kao planetarnog društva bez države, klasa, nacija, religija itd., društva potpune, neograničene slobode svakoga individuuma. Marksov odgovor na Hegelovu, apstraktno filozofsku konstrukciju Države čovječanstva kao univerzalnoga carstva slobode, logički upućuje na zaključak da je Marksova vizija komunizma bila planetarnih, a ne regionalnih ili lokalnih razmjera i da je, kao i Hegelova Država čovječanstva, ostvarenje ove vizije trebalo označiti kraj dosadašnje i početak jedne nove, kao realne ljudske povijesti.

Marksova naučna projekcija budućeg novog slobodnog društva, izvjesno je vrijeme dosljedno slijeđena od tzv. pravih marksista, da bi, na kraju, spletom brojnih historijskih zbivanja, kao uostalom i mnoge druge velike ideje, bila gotovo u potpunosti difamirana. Njena je erozija prvobitno započela pojavom njemačke socijaldemokracije (Karl Kaucki, Eduard Bernštajn, Roza Luksemburg i dr.) i njenim popuštanjem pod Bizmarkovim zakonom protiv socijalista, kada dolazi i do prve revizije Marksova i Engelsova izvornoga učenja.[79] Druga revizija do koje je došlo u Sovjetskome savezu 'filozofskim' djelovanjem u prvom planu, Josifa Visarionoviča Staljina i Andreja Aleksandroviča Ždanova,[80] a potom i drugih, bit će pogubna za to učenje, jer će njena rigidnost u SSSR-u i zemljama tzv. istočnoga lagera dovesti na kraju, do definitivnoga odbacivanja marksizma i propasti socijalizma kao svjetsko-povijesnoga procesa.

Marksova revolucionarna misao utemeljila je sociološku znanost kao kritičku znanost o društvu. Ona je poistovijetila kritiku i nauku. Ova se konstatacija, međutim, ne odnosi globalno i na postmarksističku misao koja se jednim dijelom samoodredila kao puka apologetika i dogmatika Marksova i Engelsova učenja, a drugim dijelom, kvazimarksistički, odnosno revizionistički

[77] Ibidem, str. 251.

[78] Opus citatum.

[79] V. o tome u: Vranicki, Predrag, (1971), Historija marksizma, tom I, Naprijed, Zagreb, str. 228–289.

[80] Ibidem, tom II, v. str. 93–182.

samopredstavila. Istinska naučna kritika, kao endemična pojava, u ovoj apologetičko-dogmatičkoj perspektivi, bila je ideološko-politički, represivno opstruirana.

6. Postmarksistička apologetika i dogmatika

Apologetsko-dogmatsko, a potom i revizionističko rodoskvrnuće Marksove i Engelsove izvorne misli desilo se nakon što je 'iskra misli udarila u naivno narodno tlo' carske feudalne, hazjainsko-kmetovske i gubernijsko-krestjanske Rusije i pokrenula plamen velike Oktobarske socijalističke revolucije. Novi, socijalističko-komunistički poredak morao je nasilno dokazivati svoja preimućstva nad kapitalističkim Zapadom čiju je industrijsku i općenito privrednu kapacitiranost tek trebalo dostići. Vladajuća je komunistička garnitura, predvođena vođom revolucije Vladimirom Iličem Uljanovim – Lenjinom, u tome cilju smislila i oficijalnom nametnula formulu razvitka nove, ujedinjene Sovjetske države – SSSR-a: 'elektrifikacija – industrijalizacija – agrarizacija' koja je doista,uz brojne ljudske žrtve, omogućila ubrzani razvitak novostvorene države i njeno izjednačavanje s najrazvijenijim zapadnim zemljama. Lenjin, koji je bio ortodoksni marksist, promoviran je, uz Marksa drugim 'svecem' nove nauke, a marksizmu je pridodato dopunsko ime – **marksizam-lenjinizam**. Bio je to početak ideološkoga srozavanja i devalvacije marksizma koja će ostaviti, tada još nesagledive, posljedice na marksističku nauku. Malo je tko uviđao (a ti malobrojni odmah su egzercirani iz sistema ili su naprosto fizički nestajali) Lenjinove makijavelističke metode manipulacije Marksom, Komunističkom partijom Sovjetskoga saveza, radničkom klasom u nastajanju, pa na kraju, i sovjetskim narodima. Umjesto stare, nasilno ukinute narodne religije, marksizam je postao nova komunistička, radničko-klasna i svenarodna religija u koju se, naprosto, moralo vjerovati. Ova transformacija započinje (poput ranokršćanske) ranomarksističkom apologetikom, a nakon Lenjinove smrti, završava (slično ranokršćanskoj), marksističkom dogmatikom. Sva se društvena nauka, pa tako i sociološka (a uz to i neke prirodne nauke), morala prilagoditi tome kursu.

Pojava Josifa Visarionoviča Džugašvili – Staljina, staljinističkoga totalitarizma i komunističke diktature, represije, masovnih čistki (progonstva u logore i fizičkih likvidacija neistomišljenika) i drugih vidova masovne represije, u prednjem kontekstu, nije slučajna. Prema mnogim kritičarima staljinizma, kao posljednje, do krajnosti revizionistički izopačene varijante marksizma, Staljinova je personifikacija sveukupne vlasti 'prirodno nasljeđe', stečevina lenjinističkih metoda upravljanja i vladanja. Tako je Staljin detronizirao i samoga Lenjina, kao što je prethodno Lenjin, uveliko detronizirao Marksa. Bio je to svojevrstan put transformacije i metamorfoze marksističke apologetike

i dogmatike u vulgarnu političku demagogiju. Sasvim funkcionalno i mehanicistički, toj će svrsi biti pripodobljena i Marksova teorija dijalektičkoga i historijskoga materijalizma, u Staljinovome radu "O dijalektičkom i historijskom materijalizmu" preinačena u teoriju dijamata i histomata, a kojom je trebalo filozofski etablirati i opravdati programsko djelovanje svevladajuće i sveprisutne Komunističke partije boljševika. Tom je novom teorijom trebalo uvjeriti mase da, za prelazak iz feudalizma u komunizam, zahvaljujući elektrifikaciji, industrijalizaciji, agrarizaciji, kolektivizaciji – sovhozaciji i kolhozaciji, ispiranju i nasilnoj promjeni individualne i kolektivne svijesti, nasilnom ukidanju religije, socrealističkom usmjeravanju kulture i umjetnosti, apologetikom socijalističke revolucije i diktature proletarijata kao trajnog, a ne privremenog stanja, kapitalizam i socijalizam mogu naprosto biti preskočeni. Tome zadatku revnosno se, komesarski priklonio prvo Ždanov, a potom i širi krug Staljinu bliskih 'marksista' kao što se i vrhovni državni tužitelj Andrej Januarjevič Višinski, do kraja predao izvršenju najtežih represalija nad Staljinovim neistomišljenicima i njihovoj likvidaciji. Vulgarno marksistički shvaćena kritika preferirala je samokritiku, a ova je, pod čizmom i batinom, komunistički motivirala osuđenike da priznaju i nepočinjene grijehe i uz to uzvikuju ode i laude vladajućem režimu. Tako je Sovjetski savez postao i, jedno vrijeme bio, prva 'komunistička' zemlja u svijetu ideološki samopredestinirana za postuliranje komunizma kao svjetskoga poretka. Tako je i propao povukavši za sobom u propast cijeli jedan nedovršeni planetarni projekat. Slično je, a u određenim slučajevima isto ili još teže, bilo i u drugim državama tzv. istočnoga lagera pod sovjetskom ideološkom i političkom auspicijom i dominacijom.

Slična je praksa, osobito neposredno nakon Drugoga svjetskog rata, bila i unutar eks-Jugoslavije (FNRJ), čija se vlada i vladajuća Komunistička partija (KPJ) 1948. distancirala od sovjetskoga staljinističkoga utjecaja. Ovdje je, vladajuća ideološko-politička, **marksističko-lenjinističko-staljinistička** doktrina bila prepoznatljiva i u ikonografiji redoslijedom (Marks, Engels, Lenjin, Staljin, Tito) slika ili statua u svim javnim ustanovama i na svim javnim manifestacijama. I ovdje je zadugo vladala diktatura proletarijata kao imunološki sustav protiv 'unutarnjega i vanjskoga neprijatelja', prisilna kolektivizacija, 'eksproprijacija ekspropriatora' i nacionalizacija kao put u novo socijalističko društvo. Potonjim uvođenjem socijalističkoga samoupravljanja, transformacijom KPJ u Savez komunista Jugoslavije (SKJ) i decentralizacijom savezne države od preimenovanja Federativne narodne (FNRJ) u Socijalističku federativnu republiku Jugoslaviju (SFRJ), mnogi se zaostali recidivi klasičnoga komunističkog *ancien regimea* pojavljuju u daleko razblaženijoj formi. Umjesto **marksizma-lenjinizma** (**staljinizam**

je već odbačen), doktrinarno se sve češće govori o **titoizmu** kao sinonimu socijalističke samoupravne ili novoga vida, demokracije; sve rjeđe se spominje diktatura proletarijata, ali se zato postulira nova sintagma **' kontinuiteta socijalističke revolucije'** ili **' revolucije koja teče'**. Ove će parole već pred smrt Josipa Broza, kao i nakon njega, biti dopunjene parolom **'i poslije Tita Tito'** a koja govori, koliko o karizmatičnosti Josipa Broza, toliko i o neskrivenoj želji za eternalnim produžetkom jednoga režima u propadanju. Ove parole potekle iz partijsko-državnoga vrha u njegovome već vidljivome rastrojstvu, prenesene su u narodne mase i prihvaćene među 'narodima i narodnostima' koji, u suton SFRJ, nisu imali jasnu viziju kuda i kako dalje. Mit i mitologija socijalističkoga samoupravljanja, bratstva i jedinstva, Saveza komunista itd. već su postupno napuštali svijest 'radnih ljudi i građana'. Ostala je još, kao panaceja, karizma Josipa Broza koja se, tu i tamo zadržala i do danas.

U ovoj prilično razblaženoj varijanti marksističkoga dogmatizma, oficijalne i neoficijalne marksističke apologetike, društvene kao i prirodne znanosti, uživale su dugo vremena snažnu deklarativnu i realnu, materijalnu podršku jer su smatrane važnom komponentom društvenog razvitka i održanja te dogmatike i apologetike. Ali su i one, osobito društvene znanosti, pa tako i sociologija, 'po prirodi stvari' morale biti, kao što su i bile, snažna teorijska podrška vladajućem režimu. Sociologija je, u bivšem jugoslavenskom društvu, iako prilično priznata i etablirana nauka, bila s manjim iznimkama, u funkciji apologetike toga režima, djelujući u skučenome prostoru režimski dopuštene markstističko-dogmatičke kritike. Iznimke su zapravo, zahvaljujući pomnoj ideološko-političkoj komunističkoj kontroli blagovremeno proskribirane uklanjanjem uglednih znanstvenika s vidljivih i istaknutih pozicija i uništavanjem prostora za njihovo "neprijateljsko" djelovanje, zabranom izdavanja i rasturanja knjiga, izdavanja i rasturanja pojedinih časopisa (slučaj časopisa "Praksis" i dr.) i na druge načine. I ovdje su, u dobranoj mjeri i zadugo, komunistička kritika i samokritika prednjačile nad istinskom i radikalnom naučnom kritikom i podrazumijevale, autorsko 'samoposipanje pepelom' kao priznanje i okajanje 'grijeha,' a odsustvo 'samokritike' moglo je značiti progonstvo iz nauke.

V
KRITIČKA TEORIJA DRUŠTVA KAO MODERNA PARADIGMA

Začeta u plimi europske moderne, a dovedena do vrhunca nakon Drugoga svjetskog rata, ova teorija, iznikla na mješovitoj podlozi francuskoga racionalističkog prosvjetiteljstva i njemačke klasične filozofije, marksizma i psihoanalize, može se nazvati 'kritikom kritičke kritike' jer, na radikalan način, kritički opservira, ne samo svoju izmiksanu naučnu podlogu, nego i društveno-povijesne posljedice mehanicističko-instrumentalistički shvaćenoga jedinstva teorije i prakse. Ono što su na tome planu ostvarili i dostigli Maks Horkhajmer i Teodor Adorno, Herbert Markuze i Jirgen Habermas, Erih From i Karl Manhajm kao i Rajt Mils (SAD), istražuje se još i danas, a krajem sedamdesetih godina prošloga stoljeća bilo je *spiritus movens* snažnih društvenih pokreta za promjene stanja u pojedinim europskim zemljama, kao i u bivšoj SFRJ. Vrijednost je ove teorije u tome što ona ne tretira postojeće probleme površinski, nego se fokusira na njihove najdublje uzroke koje nalazi u teorijskim obrascima i strukturama zapadnoga mišljenja. A to je mišljenje predominantno logički strukturirano i, kao takvo, proteže se na sve moduse ljudske egzistencije. To se, u prvome redu, pokazuje kroz odnos **logike** i **politike** između kojih, konačno, treba biti uspostavljena distinkcija. "Ova je distinkcija između 'logike i politike' ključna točka osporavanja koje vrši 'kritička teorija' za koju je logika već politika."[81] Stoga **Manhajm** propituje "ne kako se mišljenje javlja u udžbenicima logike, nego kako ono stvarno funkcioniše u javnom životu i u politici kao instrument kolektivnog delovanja",[82] a zapadno građansko mišljenje, kako smatraju **Horkhajmer** i **Adorno**, funkcionira logikom dominacije i potčinjavanja ('gospodovanja i robovanja', rekao bi ponovo Hegel). "Univerzalnost shvaćanja koje je logika razvila ima svoju logiku u zbilji gospodovanja (dominacije)."[83] "Obvezujuća univerzalnost logike", prema **Markuzeu**, a koja je neosporni postulat zapadnoga mišljenja, "ima svoj temelj u represivnoj strukturi društvenih odnosa" (...) "povijest je povijest dominacije, a logika misli ostaje logika dominacije".[84] Tako konstelirano građansko mišljenje ostavlja po strani konkretnoga čovjeka i njegovu društvenu (socijalnu, generičku, psihološku, emotivnu) uvjetovanost. Ono sve formalizira i kvantificira; u njemu funkcionalnost i efikasnost preferiraju nad kvalitetom i humanitetom.

---

[81] Rusconi, Gion Enrico, (1973), Kritička teorija društva, Stvarnost, Zagreb, str. 14.

[82] Ibidem, loco citato.

[83] Loco citato.

[84] Opus citatum.

Zato su, smatra **Markuze**, "u liberalnom racionalizmu prisutne tendencije koje će kasnije, s monopolističkom preobrazbom industrijskog kapitalizma, poprimiti iracionalistički karakter".[85] Zato će ova logika dominacije i borbe za dominaciju, logika sveobuhvatne tehnicizacije i instrumentalizacije, na kraju, tehnicizirati i instrumentalizirati i vlast i državu i upravljanje, i samoga čovjeka i odnose između ljudi. Ona će, zarad iracionalnih interesa, stvarne potrebe čovjeka, zamijeniti proizvodnjom vještačkih potreba. Tu se, kako nalazi kritička teorija, skrivaju i uzroci najvećih zala dvadesetoga stoljeća – nacionalsocijalizma, fašizma, staljinističkoga totalitarizma i svih oblika diktatura i represija nad pojedincima i kolektivitetima.

Nastupajući kao znanost znanja, odnosno kritička analiza prethodnih znanja, ova teorija traži istinu istine o znanju, da bi ustanovila novu zadaću sociologije. A "**pojam 'istine'** samo po podrijetlu **ovisi o dominantnim oblicima znanja** i o **društveno rasprostranjenim tipovima znanja**: **zadaća je sociologije** upravo u tome da **riješi sukobe između različitih gnoseoloških perspektiva (između različitih 'istina'),** putem **izgradnje jedne teorijske strukture koja odgovara svakom znanju** i koja ujedno **obuhvata totalnu perspektivu**"[86] (boldirao autor). Istina je uvijek istina diskursa. Diskurs građanske racionalnosti je diskurs prethodne, prosvjetiteljske racionalnosti doveden do maksimuma. Ta se racionalnost sada postavlja sama kao problem. Ne sporeći uvjetovanost slobode prosvijećenim mišljenjem, **Horkhajmer** i **Adorno** dolaze zajedno do spoznaje "kako je već **u samom pojmu ovog mišljenja**, a ne samo **u konkretnim historijskim formama društvenim institucijama** u koje je zapleteno, sadržana **klica ovog nazadovanja** do kojeg **danas svuda dolazi**. Ukoliko prosvjetiteljstvo ne prihvati refleksiju o tim nazadnim momentima zapečatit će svoju vlastitu sudbinu"[87] (boldirao autor). Iz te perspektive moglo bi se danas zapitati – ne bi li možda, sve bilo drugačije i bolje bez onog raskida s metafizikom i teologijom do koga su doveli upravo prosvjetiteljstvo, a potom marksizam, Niče, Kjerkegor, logički pozitivizam i analitička filozofija?! Sociologija kakvu postulira kritička teorija jeste *kategzohen* ili *par ekselans* kritička znanost, odnosno znanost kritike društva.

[85] Ibidem, str. 27.

[86] Ibidem, str. 17.

[87] Horkheimer, Max, Adorno, Theodor, (1989), Dijalektika prosvjetiteljstva, Veselin Masleša, Sarajevo, str. 9.

VI
APOLOGIJA I KRITIKA U BH. DRUŠTVU – POKUŠAJ POZICIONIRANJA SOCIOLOGIJE NA OVOJ RELACIJI

Sociologijska znanost u Bosni i Hercegovini ima, relativno uzevši, bogato naslijeđe. Ona baštini značajna dostignuća kako građanske, tako i marksističke sociologije iz prethodnoga perioda i s prostora bivše zajedničke, eks-jugoslavenske (SFRJ) države. Tom činjenicom ona je i sastavni dio europskoga duhovno-kulturnoga prostora i europske duhovno-kulturne tradicije, a prožimanjem europske i svjetske duhovnosti, ne stoji po strani ni u odnosu na svjetske trendove razvitka ovoga načina mišljenja. Nesporno je, međutim, da je sve ono što se u Bosni i Hercegovini događalo od 1992. do 1995. i od 1996. godine do danas, u priličnoj mjeri utjecalo ideološki, politički, konfesionalno, materijalno i na druge načine (kao i na sve ostalo), i na razvitak i oblikovanje sociološke misli u našem društvu. Iz današnje perspektive, sociologijski gledano na život sociologije u istaknutome razdoblju, vidljivi su i na njoj i unutar nje, tragovi destrukcije bosanskohercegovačkoga društva i države, kao i napori za njihovu rekonstrukciju i rekonsolidaciju. Djelujući sinkronizirano, društvena i teritorijalna podijeljenost, dajući obol svim društvenim znanostima, rasparčavaju i prostor djelovanja sociologije i njenoga utjecaja na društvo i društvene odnose. Ova je činjenica očevidna koliko i nastojanje, u posljednje vrijeme, za očuvanjem integriteta i digniteta sociologije i nedjeljivosti naučnoga prostora za iskazivanje njenih interesa i aplikaciju rezultata njenoga 'rada' i znanstvenih dostignuća. U takvoj situaciji i sociologijske dimenzije apologije i kritike javljaju se kao refleksije ideološki, partijsko-politički, intelektualistički, konfesionalno i društveno-rasparčano omeđene apologetike i kritike koje djeluju prema naivno jednostavnoj shemi 'apologija s ove – kritika s one strane barikade' i obrnuto, uz gotovo potpuno odsustvo kritike unutar vlastitih ešalona. Teorijski je intrigantno što su se ovim modelima apologije i kritike priklonili i neki, tek nacionalno razbuđeni i osviješteni intelektualci, usmjeravajući društvenu znanost povijesno unatrag, sve do nacionalno-romantičarskih vizija nacije-države, odnosno države-nacije konstituirane na podlozi 'zajedničke krvi, soli i tla'. Unutar takvih diskusija, još uvijek, ne jenjava borba oko pitanja temeljnosti i vode se žustre rasprave i prijepori tko je od koga temeljniji u Bosni i Hercegovini, tko je više, a tko manje temeljan, kome više, a kome manje pripada Bosna i Hercegovina, pri čemu ponekad, jedni drugima, umjesto nacionalnih, priznaju samo konfesionalna imena. U takvoj se konstelaciji sa sve tri 'konstitutivne' strane lamentira o vlastitoj ugroženosti i ugroženosti Bosne i Hercegovine od drugih strana, čime se, svjesno, odvraća pažnja od egzistencijalne, materijalne, socijalne, kulturne

ugroženosti ogromne većine građana – žitelja ove države. Sociologijska znanost u Bosni i Hercegovini još uvijek nema dovoljno kadrovskih potencijala, materijalnih i drugih pretpostavki; pa ni intelektualne energije, entuzijazma i hrabrosti da se u partijskome pluralizmu, odupre pluralitetu jednopartijskih dogmi, političke demagogije, zloupotrebe starih i stvaranja novih nacionalnih mitova i mitologija u političke svrhe; da jasno, nedvosmisleno, argumentirano i javno razgraniči kritiku i kritizerstvo. Sociološka je profesija, *per definitionem*, javna društvena djelatnost koja podrazumijeva društvenu, kritičku, naučnu i stručnu angažiranost socioloških djelatnika i mimo katedre ili učionice. Kod nas se, u prethodnome smislu, iznimno mali broj renomiranih socioloških djelatnika javno, medijski eksponira. Većina se, baveći se usko strukom, odnosi neutralno ili nezainteresirano prema svemu što se u društvu događa. U našoj sociološkoj djelatnosti (osim promocija na kojima se, gotovo sve redovito hvali i brani) još uvijek nema dovoljno ni naučno utemeljene kritike, ni naučno utemeljene apologetike. U bosanskohercegovačkome društvu sociologija se događa na razmeđi između apologije i kritike – apologije rijetkih općepriznatih društvenih vrijednosti, vlastitih dostignuća, liberalno i neoliberalno shvaćene političke slobode i sl., a kritike, najčešće bivšega socijalističko-komunističkoga *ancien regimea*, sadašnjega dejtonskog ustroja države, ponašanja drugih i manifestacija drugačijega i sl. Ulogu sociologa u tome pravcu, nerijetko preuzimaju djelatnici drugih profesija. Mada se, u zadnjih nekoliko godina, u našoj sociologijskoj, kao i općenito društvenoznanstvenoj misli, osjeća snažniji utjecaj europskih i svjetskih trendova mišljenja, ona još uvijek stoji na određenoj distanci od jedne radikalne i sveobuhvatne naučne kritike bosanskohercegovačkoga društva, ostavljajući drugima prostora za kritiku i kvazikritiku. Razloge tomu, ona sama tek treba istražiti i teorijski propitati.

Konkluzija

Odnos apologije i kritike, od njihova pojavljivanja u znanstvenome obličju do danas, uvidom u najeklatantnije obrasce njihove manifestacije kroz povijesno dominantne oblike filozofijskoga, teologijskoga i sociologijskoga načina mišljenja, ukazuje na određeni paralelizam u kontinuitetu, od prvobitnih apologija i prvobitnih kritika, do njihova naučnoga uzdizanja i etabliranja u znanstvenu apologetiku i znanstvenu kritiku. I apologija i kritika od svoga začetka, javljaju se, ne samo kao prateći fenomeni prvih oblika sociologijske misli, već i kao dvije različite, ponekad inkompatibilne, povremeno kompatibilne dimenzije te iste misli. Isti se odnos, primjereno društveno-povijesnoj kontekstualizaciji, iskazuje i od strane docnije, u različitim vidovima etablirane naučne i kvazinaučne apologetike i naučno i kvazinaučno utemeljene

kritike prema sociologiji, od njenoga konstituiranja kao društvene znanosti, odnosno klasične građanske sociologije, preko marksističke, neomarksističke i postmarksističke, pa sve do moderne i suvremene, današnje sociologije. Prateći kontinuitet razvitka društveno-znanstvene općenito, i kroz to, posebno sociologijske misli, fokusirajući se na fenomene apologije i kritike, odnosno apologetike i društvene kritike kao njihova naučno formiranoga izraza (ostavljajući po strani povijesno surogatne oblike njihove manifestacije), reklo bi se kako se ova dva oblika mišljenja međusobno dijalektički odnose, kako u smislu klasične, tako i u smislu retoričke dijalektike, a da sociologija kao angažirana znanost razotkriva društvenu sadržinu te dijalektike dajući joj naučnu formu. U tome smislu, reklo bi se opet, koliko se apologetika i naučna kritika susreću na terenu sociologije i posreduju u njenome razvitku, toliko sociologija sa svoje strane, pridonosi razvitku i naučnoj formulaciji i formatizaciji apologetike i kritike. U svakome slučaju, govoreći o apologetici i kritici, riječ je uvijek o povijesno-društveno uvjetovanim i egzistentnim obrascima mišljenja, videći samu povijest, kroz **Habermasovu** prizmu, kao kontinuitet stalnoga utemeljivanja i međusobnoga smjenjivanja različitih diskursa.* Ono u čemu suvremena sociologija treba, među ostalim, danas i ovdje, da vidi svoju zadaću i stalno procjenjuje vlastitu odgovornost, jeste naučno rigorozno diferenciranje i distanciranje zdrave naučne apologetike i zdrave naučne kritike od vulgarne, kvazinaučne apologetike i vulgarne kvazinaučne kritike, kritizerstva, banalne dogmatike, demagogije i suvišne mitologije u javnome djelovanju, a koje se, na suptilan način, uvlače u društvene nauke, vršeći agresiju ne samo na nauku, već i na zdravi razum.

Literatura

1. Aurelije, Augustin (2004), *Država božja*, CID, Podgorica.
2. Bošnjak, Branko (1978), *Od Aristotela do renesanse*, Filozofska hrestomatija 2. Nakladni zavod Matice hrvatske, Zagreb.
3. Bošnjak, Branko (1985), *Filozofija, uvod u filozofsko mišljenje i rječnik*, Naprijed, Zagreb.
4. Bošnjak, Branko (1990), *Toma Akvinski – izbor iz djela*, Naprijed, Zagreb.
5. Đurić, dr. Miloš, N. (1976), *Istorija helenske etike*, Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd.
6. Hegel, Georg Vilhelm Fridrih (1964), *Osnovne crte filozofije prava*, Veselin Masleša, Sarajevo.
7. Hegel, Georg Vilhelm Fridrih (1986), *Fenomenologija duha*, Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd.

* V. "Teorija komunikativnog djelovanja".

8. Hegel, Georg Vilhelm Fridrih (1987), *Enciklopedija filozofijskih znanosti*, Veselin Masleša – Svjetlost, Sarajevo.
9. Horkhajmer, Max, Adorno Theodor (1989), *Dijalektika prosvjetiteljstva*, Veselin Masleša, Sarajevo.
10. Koplston, Frederik (1989), *Srednjovjekovna filozofija*, Istorija filozofije tom II, Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd.
11. Ksenofont (1980), *Uspomene o Sokratu*, Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd.
12. Marks, Karl, Engels Fridrih (1947), *Manifest komunističke partije*, Kultura, Beograd.
13. Marks, Karl, Engels Fridrih (1964), *Njemačka ideologija*, Kultura, Beograd.
14. Marks, Karl (1967), *Kritika Hegelove dijalektike i filozofije uopće,* Marks, Karl, Engels Fridrih, *Rani radovi*, Naprijed, Zagreb.
15. Marks, Karl (1980), *Prilog kritici Hegelove filozofije prava,* Marks, Kritika Hegela, Izdavačka radna organizacija Rad, Beograd.
16. Pečujlić, Miroslav (1973*), Sociologija između revolucije i apologije*, Institut za političke studije FPN Beograd.
17. Pečujlić, Miroslav (1986), *Zarobljeno društvo*, Partizanska knjiga, Izdavačko-publicistička djelatnost, Beograd.
18. Rusconi, Gion Enrico (1973), *Kritička teorija društva*, Stvarnost, Zagreb.
19. Vereš, Tomo (1981), *Toma Akvinski – izabrano djelo*, Globus, Zagreb.
20. Vranicki, Predrag (1971), *Historija marksizma,* tom I-II, Naprijed, Zagreb.

Ivo M. Tomić, PhD
Associate Professor

SOCIOLOGY AMID CRITIQUE AND APOLOGETICS
On Some Essential Features of Convergent and Divergent Conceptions in the Development of Sociological Thought and Practice

Summary

Relationship between social phenomena such as apologia (apology, justification) and critque along with apologetics and scientific critique which give rise to distinct scientific disciplines is explored in this work. By analyzing genesis of these disciplines, primarily through philosophical, theological and sociological thought, throughout continuity of this genesis, author points out that mundane, everyday human comprehension und expression are permeated with apologia and critique, which necessarily reflects on some social sciences, especially sociology, in the manner that permeates them with apologetics and scientific critique. Amidst apologetics and scientific critique author discovers dialectical relationship in which sociology uncovers social contents and relations between those contents, including apologetics and critique, by means of scientific formatting and formalization. In that context, author demonstrates that both apologetics and critique present themselves as historically and socially conditioned existential descursive patterns of comprehension, especially if one, like Habermas, perceives them as a continual history of constant founding and replacing of different discourses.

Keywords: *apologia, critique, apologetics, scientific critique, sociology, philosophy, theology, antique, medieval, teh modern age, rationality, enlightenment, Marxism, critical theory, convergence, divergence, conceptions.*

Mr. Vildana Vranj
Viša asistentica

UDK 343.8(497.6)
Prethodno naučno saopćenje

PRIMJENA RESTORATIVNE PRAVDE U IZVRŠENJU KAZNE ZATVORA

GRIP program – nova šansa za zatvorski sistem Bosne i Hercegovine

Sažetak

Kriminalitet kao pojava star je koliko i čovječanstvo. Oblici borbe protiv kriminaliteta oblikovali su se i prilagođavali pojavnim oblicima kriminaliteta pokušavajući mu se suprotstaviti. Tako su se vremenom pojavljivali različiti koncepti s različitim metodama, od krajnje nehumanih rigoroznih metoda kažnjavanja smrću, tjelesnih kažnjavanja, pa sve do pojave zatvaranja onih koji čine krivična djela. Prvobitni cilj zatvaranja bio je odmazda i ispaštanje onog koji je počinio krivično djelo koje se vremenom, pod utjecajem humanih teorija preformulirao u druge ciljeve koji posebno vode računa o njihovoj zaštiti ljudskih prava. Danas se sve više spominje restorativna pravda kao novi koncept u borbi protiv kriminaliteta, s posebno humanim pristupom. Upravo je restorativna pravda i njena primjena u fazi izvršenja kazne zatvora tema ovog rada. U prvom dijelu, osim upoznavanja s općim pojmom i karakteristikama restorativne pravde, autorica se osvrnula na nekoliko svjetskih modela primjene navedenog koncepta u sistemu izvršenja kazne zatvora. Opisujući primjere i ističući njihov značaj, može se steći pravilan dojam o prednostima, nedostacima, važnosti i primjenjivosti restorativne pravde u zatvorima. U drugom dijelu rada autorica se posebno osvrnula na jedan specijalni program primjene restorativne pravde u zatvorima u SAD, takozvani GRIP program, čija je implementacija u BiH u pripremnoj fazi. Pored općih informacija o projektu, dat je i poseban osvrt o pojedinim fazama njegove primjene, kao i o očekivanim rezultatima.

Ključne riječi: *restorativna pravda, zatvor, program GRIP, Bosna i Hercegovina.*

Uvod

Restorativna pravda je noviji pristup u borbi protiv kriminaliteta. Kao koncept javlja se krajem 70-ih i početkom 80-ih godina 20. vijeka. Suština ovog koncepta je da nastali sukob prouzrokovan krivičnim djelom između dvije

suprotstavljene strane, tretira kao konflikt te dvije strane. Za razliku od retributivnog pristupa u borbi protiv kriminaliteta, restorativna pravda podrazumijeva rješavanje sukoba iz pozicije interesa dviju suprotstavljenih strana (žrtva i učinilac) s jedne i zajednice – države s druge strane. Pojam zajednice podrazumijeva državu kao simbol vlasti, ali i zajednicu u užem smislu, to jeste užu okolinu u kojoj počinilac i žrtva žive, odnosno zajednicu na koju činjenica učinjenja krivičnog djela itekako djeluje u smislu stvaranja nesigurnosti među njenim stanovnicima.[1]

Iako ideja restorativne pravde u konačnici vodi ka "izbjegavanju kažnjavanja" tražeći druge, alternativne mehanizme rješavanja konflikta, ipak, kako primjećuju neki autori, "kada zatvor sagledamo kao instituciju u kojoj se zatvorenici pripremaju da se vrate u društvo i da više ne vrše krivična dela, onda zatvor može da bude sagledan i kao idealna okolina za praktičnu primenu restorativnog procesa".[2] Stoga, druga "šansa" primjene restorativne pravde na učinioca krivičnog djela je upravo u toku izdržavanja krivične sankcije, tačnije u toku izvršenja kazne zatvora, što je i tema ovog rada.

1. Oblici primjene restorativne pravde u zatvorima[3]

Općenito posmatrano, kategoriziranje odnosa restorativne pravde sa zatvorima vrši se u dva oblika. Prvi je označen kao odnos zatvorenika sa zajednicom i žrtvom krivičnog djela koje je počinio i ovakav pristup podrazumijeva otvorenost i saradnju zatvorskog sistema i zajednice. Drugi se odnosi na primjenu restorativnih metoda unutar zatvorske zajednice, kao metod uređivanja odnosa u samoj zatvorskoj zajednici, odnosno u jednom zatvorskom kolektivu u kojem postoji uređen sistem odnosa i ponašanja. Drugim riječima, restorativna pravda u zatvorima može se primijeniti kao način uređivanja odnosa: izvan zatvora, odnos zatvorenika sa zajednicom i žrtvom krivičnog djela i ovakav pristup podrazumijeva otvorenost i saradnju zatvorskog sistema i zajednice.

---

[1] Vranj, V. *Alternativne mjere i sankcije u krivičnom zakonodavstvu i praksi u Bosni i Hercegovini*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2009. str. 44.; Sijerčić-Čolić, H., Vranj, V. *Uvod u penologiju i izvršno krivično pravo Bosne i Hercegovine*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2011. str. 119–122.

[2] Konstantinović-Vilić, S., Kostić, M. "Nasilje u porodici i primena restorativne pravde", *Pravni život*, Beograd, vol. 55, br. 10, 2006, str. 111.

[3] Generalni prikaz koji slijedi proizlazi naročito iz sljedeće literature: Liebmann, M. *Restorative Justice and the Prison System: a view from the UK*. VOMA Connections, 2004, br. 17; Liebmann, M. *Restorative justice – how it works*, Jessica Kingsley Publishers, 2007; Daniel W. Van Ness, *Prisons and restorative justice*, Handbook of Restorative Justice, Willan Publishing, 2007.

Drugi se odnosi na primjenu restorativnih metoda unutar zatvorske zajednice, kao metod uređivanja odnosa između zatvorenika, zatvorenika i zatvorskog osoblja i između zatvorskog osoblja generalno.

Primjena restorativne pravde i restorativnih metoda u toku izdržavanja kazne zatvora pomaže ostvarivanju svrhe kažnjavanja, istovremeno zadovoljavajući potrebe žrtve, kontrolirajući i smanjujući nepoželjna ponašanja u zatvorima. Ona također omogućava uspostavljanje dobrih odnosa kako između samih zatvorenika tako i između zatvorenika i zatvorskog osoblja, odnosno odnose između zatvorskog osoblja uopće, te čineći zatvor, ali i širu zajednicu, sigurnijim mjestom obitavanja. Mogućnost ostvarenja ciljeva kažnjavanja je velika i to je lakše ostvariti putem restorativne pravde nego standardnim zatvorskim principima.

Kako su odnosi koji se uspostavljaju u zatvorskoj zajednici različiti i karakteristični na svoj način, tako su različiti i modeli primjene restorativne pravde u zatvorima. Za klasifikaciju modela primjene restorativne pravde u zatvorima koriste se određeni kriteriji. Ti kriteriji se odnose na pitanja: koje vrste odnosa uređuju, zatvorenika sa žrtvom i/ili zajednicom van zatvora ili pak zatvorenika međusobno ili s osobljem u zatvorskoj sredini, zatim gdje se provode programi restorativne pravde – unutar zatvora i/ili van njih u zajednici, te u kakvoj su vezi s tradicionalnim zatvorskim sistemom i krivičnopravnim sistemom uopće.[4]

Prema navedenim kriterijima imamo četiri modela primjene restorativne pravde.[5] Tri modela se odnose na odnos zatvorenika i žrtve krivičnog djela, odnosno zajednice i provode se u ili van zatvora (u zajednici), dok četvrti model uređuje odnose unutar zatvora i provodi se isključivo u zatvoru.

Prema dosada navedenom govorimo o četiri modela realizacije restorativne pravde u zatvorima, i koji se opisuju na sljedeći način:

1. **Model koji je dio tradicionalnog zatvorskog sistema i realizira se u zatvorima bez učešća zajednice** (*Initiatives that are part of the traditional prison system, but do not involve outside liaison*)

[4] U ovom kontekstu, veza pojedinih modela primjene restorativne pravde s krivičnopravnim sistemom podrazumijeva stepen povezanosti učinioca krivičnog djela, žrtve i zajednice u konkretnom krivičnom događaju i uticaja na njihov odnos u fazi izvršenja kazne zatvora. Ovo je značajno naglasiti zbog toga što autorica prilikom klasifikacije modela posebno naglašava odnos konkretnog modela s krivičnopravnim sistemom u cjelini i posebno sa zatvorskim sistemom koji je njegov sastavni dio.

[5] O kriterijima i nazivima modela primjene restorativne pravde u zatvorima vidi više u: Liebmann, M. *Restorative Justice and the Prison System: a view from the UK*. VOMA Connections, 2004, br. 17 str. 3 i 4.

2. **Model koji nije predviđen u standardnim zatvorskim i krivičnopravnim sistemima, može se realizirati u ili van zatvora uz učešće zajednice** (*Initiatives that do not interact with the prison or criminal justice systems, but may involve liaison with organizations outside the prison*)
3. **Model koji je povezan s krivičnopravnim sistemom i realizira se van zatvora** (*Initiatives that interact with the criminal justice system outside the prison*)
4. **Model koji je povezan sa sistemom pravosuđa i realizira se unutar zatvora** (*Initiatives that interact with the justice system inside the prison*)

U tekstu koji slijedi kratko ćemo predstaviti navedene modele.

1.1. Model koji je dio tradicionalnog zatvorskog sistema i realizira se u zatvorima bez učešća zajednice

Kako proizlazi iz samog naziva ovog modela realizacije restorativne pravde u zatvorima, riječ je o tradicionalnim metodama rada sa zatvorenicima u okviru njihovog programa tretmana, u vidu različitih edukacija u zatvoru, a sve u cilju njihove resocijalizacije.

U tom smislu s obzirom na kapacitet zatvora, raspoložive ljudske resurse – kadrove i fizičke uslove, govorimo o nekoliko vidova njihove realizacije:[6]

a. Kursevi za zatvorenike o svijesti da smo žrtve i empatiji
b. Kurseve sa sesijama o svijesti da smo žrtve kao što su kursevi o delinkventnom ponašanju, vještine razmišljanja i program tretmana seksualnih delinkvenata;
c. Dramski rad baziran na zatvoru s predstavama i učešćem u ulogama;
d. Edukacija osoblja o restorativnim pristupima, npr. nenasilna komunikacija.

Kursevi za zatvorenike, sa ili bez sesija, provode se u zatvorima i to kao način grupnog ili čak individualnog rada sa zatvorenicima. Metodi rada koji se koriste za upoznavanje u realizaciji ovog programa su: gledanje videa, "vježba" suosjećanja sa žrtvom, raspravljanje o vlastitom iskustvu viktimizacije, igranje uloga žrtve, pisanje o njihovom najtežem djelu iz perspektive žrtve, pisanje pisma žrtvi koje se ustvari nikada ne pošalje. Mnogi zatvorenici su bili nečije žrtve, a sada su učinioci krivičnih djela, što se u pravilu dovodi u usku vezu.[7]

---

[6] Više: Liebmann, M. *Restorative Justice and the Prison System: a view from the UK*. VOMA Connections, 2004, br. 17, str. 3–4.

[7] Liebmann, M. *Restorative justice – how it works*, Jessica Kingsley Publishers, 2007. str. 205.

Vrlo često rezultati ovakvog rada pokažu da se prvo mora pomoći zatvorenicima s njihovim traumama, prije nego što budu sposobni da saosjećaju s drugima.[8]

1.2. Model koji nije predviđen u standardnim zatvorskim i krivičnopravnim sistemima, može se realizirati u ili van zatvora uz učešće zajednice

Ovaj model se s jedne strane realizira kroz društveno korisni rad zatvorenika i općenito ima za cilj da omogući da zatvorenici poprave štetu koju su učinili radeći nešto korisno za žrtvu, posredno ili neposredno, i za zajednicu. S obzirom na vezu sa zajednicom, podrazumijeva dva vida rada: društveno korisni rad za zajednicu, koji se može realizirati u samom zatvoru ili u zajednici, i učešće zajednice u zatvorskom sistemu, tretman zatvorenika na način da se zajednica pozove u zatvor npr. na dan otvornih vrata ili na predstavu koju su napravili zatvorenici i sl. Pogodnosti za zatvorenike koji rade za zajednicu jesu dobijanje osjećaja vrijednosti zbog pomaganja drugima, učenje novih vještina, rad s drugima, razvijanje koncentracije i razmišljanje o životima i potrebama drugih. Ovakav rad omogućava nove kvalifikacije zatvorenicima, tako da se mogu lakše zaposliti kada izađu na slobodu.

S druge strane ovaj model obuhvata rad sa žrtvama i učiniocima krivičnih djela kroz različite programe i projekte kao što su:

a. Grupe žrtva – učinilac,
b. Podrška zatvorenicima kroz restauraciju/obnovu iznutra – SORI[9] program
c. "Drvo smokve" – *Sycamore Tree Project*[10] i sl.

Kratko ćemo se osvrnuti na svaki od navedenih programa.

a. Grupe žrtva – učinilac

Ova vrsta aktivnosti podrazumijeva rad s grupom u kojoj se sreću žrtva i učinilac krivičnog djela, to jeste zatvorenik. Žrtve predstavljaju žrtve sličnih ili istih krivičnih djela, ali ne i krivičnih djela koja su počinili konkretni zatvorenici. Cilj ovih grupa jeste da omoguće siguran prostor žrtvama, da kažu kako je to što im se desilo na njih utjecalo. S druge strane otvara mogućnost i zatvorenicima da spoznaju posljedice svojih djela. Ponekad ove grupe mogu biti dio kursa za zatvorenike o svijesti da smo žrtve i empatiji, dio programa *Sycamore Tree Project* i SORI programa.

---

[8] Upravo na ovakvoj premisi počiva dio programa GRIP o kojem će u nastavku posebno biti riječi.

[9] *Supporting Offenders through Restoration Inside*.

[10] Projekat koji dovodi u zatvor zajedno žrtve i učinioca, ali različitog krivičnog djela.

b. SORI program

SORI program predstavlja jedan niz dobrovoljnih kurseva za zatvorenike, žrtve i predstavnike zajednice i temelji se na njihovim individualnim potrebama. U okviru ovog projekta po fazama se odvijaju kursevi različitog sadržaja koji se temelje na principima restorativne pravde, a za rad koriste restorativni program.

Prva faza je uvodni dio u SORI program, tzv. "taster course"[11] u kojem se zatvorenici upoznaju s načelima restorativne pravde kako bi odlučili da li će se uključiti na kurs o svijesti o žrtvama. Druga faza su već spomenuti kursevi o svijesti da smo žrtve i empatiji prema žrtvi za zatvorenike. Treća faza je kurs o utjecaju krivičnog djela na žrtvu. Ovaj kurs priprema zatvorenike da se upoznaju i susretnu sa žrtvom. Zatvorenici se obučavaju vještinama slušanja i govora tijela, te im se prezentira medijacija između žrtava i učinioca, a sve u cilju da se pripreme za susret sa žrtvama sličnih krivičnih djela. S druge strane, odvijaju se pripreme žrtava za susret sa zatvorenikom, žrtve se intervjuiraju pojedinačno o svojim iskustvima i očekivanjima od susreta s učiniteljima. Prije održavanja sastanaka obje grupe se upoznaju s temeljnim pravilima i protokolom. Četvrta faza SORI programa je organiziranje grupe žrtva – učinilac krivičnog djela. Manje grupe učinilaca susreću se sa žrtvama sličnih krivičnih djela kroz intenzivni jednodnevni program. Posljednja, peta faza je individualni program rada u ćelijama. Individualni rad sa zatvorenicima i mentorom organizira se za one zatvorenike koji nisu pogodni za grupni rad.

c. *Sycamore Tree Project*

"Drvo smokve" je program o svijesti žrtve koji koristi principe restorativne pravde. Ovaj program omogućava zatvorenicima da pokušaju razumjeti utjecaj svojih djela na žrtve, porodice i zajednicu. Također ohrabruje zatvorenike da prihvate individualnu odgovornost za svoja djela i ukazuje na potrebu da poprave štetu. Ovaj program se provodi na način da žrtva krivičnog djela koja nije žrtva učinilaca krivičnih djela s kojima se provodi program, dolazi u zatvor ispričati svoju priču o tome kako je učinjeno djelo utjecalo na njen život. Tu priču slušaju zatvorenici koji dobijaju priliku da simboličnim djelima učestvuju u restituciji na način da napišu pismo, pjesmu, sačine umjetničko djelo ili neki zanatski rad. Na ovaj način im se pruža prilika da naprave prvi korak ka popravljanju nastale štete učinjene krivičnim djelom. Ovakav program znatno utječe na žrtve koje iznoseći svoju priču na određeni način uspijevaju prevazići traumu ili bol koja je prouzrokovana krivičnim djelom.[12]

[11] "Degustatorski kurs" ili "probni kurs".

[12] Tako je jedna od žrtava nakon provedenog programa napisala: Dok sam prepričavala svoje iskustvo, iznosila svoje doživljaje, nisam bila potpuno sigurna da to dopire do

Ovaj program se izvodi u pet sedmica, tako da se u svakoj sedmici izvršavaju posebni zadaci, a posljednja pokazuje i definitivne rezultate provedenog programa kada zatvorenici na simboličan način pokazuju svoje stavove i emocije u vezi s učinjenim krivičnim djelom.

Vidimo da model koji nije predviđen u standardnim krivičnim i zatvorskim sistemima, a realizira se u zatvorima i u zajednici, obuhvata raznovrsne sadržaje i relativno je lako primjenljiv. Ne zahtijeva posebne uslove pripreme niti obuke aktera u programima, a postiže veoma značajne efekte primjene restorativne pravde u zatvorima. Zbog toga se oblici ovog modela veoma često primjenjuju u praksi.

1.3. Model koji je povezan s krivičnopravnim sistemom i realizira se van zatvora

Posebna specifičnost i značaj ovog modela je u tome što se u njemu kontaktiraju i/ili susreću dvije suprotne strane konkretnog krivičnog djela, žrtva i učinilac, za razliku od toga kako je to bilo u primjerima kod drugih modela, gdje su se susreli žrtva i učinilac, ali ne istog krivičnog događaja, odnosno djela npr. grupa žrtva – učinilac. Iz ovog upravo proizlazi navedena interakcija s krivičnopravnim sistemom.

Ovaj model se pojavljuje u dva oblika i to:

a. Kontaktiranje žrtve po službenoj dužnosti
b. Medijacija žrtva – učinilac krivičnog djela, odnosno zatvorenik

a. Kontaktiranje žrtve po službenoj dužnosti

U prvom slučaju riječ je o obavezi određenih službi da kontaktiraju žrtve krivičnih djela, najčešće su to žrtve nasilnih ili seksualnih krivičnih djela.[13] Cilj kontakta je da se upozna žrtva, njeno psihičko i fizičko zdravlje, da se pita da li joj trebaju kakve informacije o učiniocu krivičnog djela i njegovoj kazni, te vremenom, ukoliko se procijeni da je to moguće, ponudi susret s učiniocem krivičnog djela, odnosno medijacija žrtva – učinilac.[14]

njih, do zatvorenika. Međutim, posljednja sesija me je apsolutno iznenadila. Promijenila sam svoj stav jer sam bila dirnuta emotivnim materijalom koji su zatvorenici pripremili. Osjećam da sam napravila nešto, neku razliku, oni su promijenili moj stav. Osjetila sam da su sazreli. I ja zajedno s njima. Razumjeli su moju bol i dotakli moju dušu. Vratili su mi natrag vjeru u ljude. Više: Liebmann, M. *Restorative justice – how it works*, Jessica Kingsley Publishers, 2007, str. 210.

[13] Tako na primjer u UK kontaktiraju se žrtve krivičnih djela za koja su njihovim učiniocima izrečene kazne zatvora od jedne godine i više.

[14] U UK ovu ulogu ima probacijska služba – *Probation Service*.

b. Medijacija žrtva – učinilac krivičnog djela tj. zatvorenik

Ovaj model je najprepoznatljiviji oblik primjene restorativne pravde.[15] Uloga i cilj medijacije u toku izvršenja kazne zatvora jeste da se uz pomoć restorativnih programa susretnu žrtva i zatvorenik iz konkretnog krivičnog događaja na način da se te dvije osobe susretnu u uslovima koji su više prilagođeni žrtvi, uz posredovanje posebno osposobljenih medijatora. U toku ovog postupka jedni drugima bi trebali ispričati svoju priču i postaviti potrebna pitanja, a sve u cilju posebne pomoći i žrtvi i zatvoreniku. Ovakve medijacije zahtijevaju posebne pripreme, jer su jako emotivne i vrlo osjetljive. Inicijativa za medijaciju uvijek dolazi od žrtve preko posebnih organizacija za zaštitu ili posredovanje za žrtve krivičnih djela. Odvija se u zatvoru ili van zatvorskih prostorija koje trebaju da zadovolje posebne uslove.

Svrha medijacije je da se žrtva i učinilac konkretnog krivičnog djela sretnu, porazgovaraju, razmijene svoja iskustva, emocije, utiske i razgovaraju o posljedicama koje je na njih ostavilo krivično djelo, te postave određena pitanja. Pomirenje nije uslov za uspješnost medijacije. Treba posebno naglasiti da je krajnji cilj medijacije žrtva – zatvorenik za zatvorenika promjena u njegovom ponašanju. Medijacija ili uspjeh medijacije formalno ne utječe na visinu izrečene kazne, niti sama po sebi donosi neke formalne "pogodnosti" zatvoreniku, ali je sigurno dobar motiv za njegovu istinsku promjenu koja u konačnici može doprinijeti uslovnom puštanju na slobodu.[16]

1.4. Model koji je povezan sa sistemom pravosuđa i realizira se unutar zatvora

Ovaj model je primjer primjene restorativne pravde u zatvoru koji se realizira kroz restorativni pristup odnosima u zatvoru, koristeći restorativnu pravdu za bolje i efikasnije funkcioniranje zatvorske zajednice i odnosa u njoj. Riječ je, dakle, o primjeni restorativne pravde u rješavanju konflikata nastalih u zatvorskoj zajednici u sistemu izvršenja kazne zatvora. Odnosi koji su podobni za rješavanje restorativnom pravdom su trostruki i to: između zatvorenika, između zatvorenika i osoblja i odnosi između samog osoblja.

---

[15] Ona se kao "sredstvo" primjene restorativne pravde pojavljuje i u fazi prije pokretanja krivičnog postupka, kao alternativna mjera za izbjegavanje krivičnog postupka, ali kako vidimo i u fazi izvršenja kazne zatvora.

[16] Primjena medijacije žrtva učinilac u zatvorima je česta u UK i SAD. U UK sve aktivnosti uglavnom provodi Jedinice za kontaktiranje žrtve (*Victim Contact Units*) ili Jedinice za vezu sa žrtvama (*Victim Liaison Units*), koje su dijelovi Probacijske službe. Preko ovih organizacija i kreću inicijative žrtava za medijaciju, medijatori su posebno obučene osobe Probacijske službe.

Primjena restorativne pravde u zatvorima je moguća, poželjna i višestruko primjenljiva.

Primjenjuje se na rješavanje svih odnosa unutar zatvora i to najčešće u dva oblika kao:

a. Medijacija ili posredovanje koje treba predstavljati način sprečavanja sukoba kroz pregovaranje i
b. Konferencije ili rasprave, kojima se razgovorom i razmjenom informacija i emocija "liječi" šteta prouzrokovana konkretnim sukobom

a. Medijacija ili posredovanje

U zatvorima se često primjenjuje medijacija ili posredovanje kao sredstvo rješavanja konflikta i uređivanja odnosa u sva tri vida odnosa. Tako se medijacija koristi pri rješavanju konflikata između zatvorenika, između zatvorenika i osoblja pri provođenju disciplinskih postupaka i u slučaju rješavanja konflikata između osoblja, kao radnih kolega. U sva tri slučaja način i cilj su isti, a razlika je u "vrsti" posrednika odnosno medijatora, dužini trajanja postupka s obzirom na "težinu" konflikta i postupanju poslije medijacije.

Medijaciju obavljaju posebne zatvorske službe za posredovanje koje čine zatvorenici i osoblje.[17] Medijatori prolaze kroz posebne edukacije u cilju sticanja znanja i vještina za obavljanje te funkcije. U zavisnosti ko su strane u konfliktu, da li su to zatvorenici ili članovi osoblja, odnosno da li se radi o provođenju disciplinskog postupka prema zatvoreniku tj. da li je riječ o konfliktu između zatvorenika i osoblja, određuje se medijator.[18]

b. Konferencije ili rasprave

Osnovi zadatak restorativnih rasprava ili konferencija je da "izliječe" nastalu štetu poslije sukoba. Naime, rasprave se odvijaju tako što se na jednom mjestu okupe strane koje su u sukobu, osobe, bilo zatvorenici ili osoblje, koji su posebno educirani za moderatore rasprava, i otvoreno i iskreno razgovaraju o sukobu.

[17] Poželjno je da ovakve službe imaju svi zatvori u kojima se provode programi restorativne pravde. Međutim, to nije uvijek slučaj, pa se u tim situacijama određuju ad hoc medijatori, koji, podrazumijeva se, moraju biti posebno educirani za tu ulogu.

[18] Podrazumijeva se da medijator u postupku medijacije između članova osoblja, sa ili bez disciplinskog postupka, nikako ne može biti zatvorenik. Dok, s druge strane, u slučaju medijacije između zatvorenika tu funkciju mogu obavljati medijator iz reda osoblja zatvora ili zatvorenik. Isto tako, u slučaju da se prilikom provođenja disciplinskog postupka protiv zatvorenika odluči da se nastali konflikt riješi medijacijom, medijator može, i najčešće i jeste, zatvorenik.

U situacijama kada se desi sukob, prema redovnim procedurama u zatvorima, akcenat se stavlja na nasilnika, na njegovu identifikaciju, priznanje i njegovo eventualno kažnjavanje. U ovim slučajevima žrtve nasilja su često suzdržane i u svojim iskazima, jer se plaše osvete i da će njihovo svjedočenje ostaviti negativne posljedice na njih.

Restorativna konferencija ili rasprava je bolja alternativa. Nasilnik u susretu sa žrtvom ima priliku da se i sam suoči s posljedicama svojih djela, da sasluša žrtvu, da je pokuša razumjeti i izviniti joj se. Žrtva ima priliku da iznese svoje emocije i svoj stav o konkretnom događaju, te da izrazi šta bi ona željela da se desi.

Restorativne konferencije ili rasprave mogu da služe i kao dio procedure prilikom vođenja disciplinskog postupka protiv nasilnika. U ovim situacijama ishod rasprave se uzima u obzir prilikom donošenja disciplinske odluke. Prilikom restorativnih rasprava nema formalnih dogovora ni usaglašavanja da bi se proces smatrao uspješnim, kao što je to slučaj s medijacijom ili posredovanjem. Rasprave se organiziraju u vidu sastanaka na kojima se razgovara. Rasprave mogu inicirati i sami zatvorenici.

U primjeni oba modela restorativne pravde, kao i u svakodnevnim odnosima, veoma je značajna edukacija zatvorenika kako da rješavaju međusobne konflikte na društveno prihvatljiv i miran način.[19] Zatvorenici uče nenasilne vidove komunikacije i rješavanja konflikta. Uče da prepoznaju potencijalne nasilne situacije, kako da ih izbjegnu te da primjenom naučenih vještina smire situaciju, otvore komunikaciju i spriječe nasilje. Poštovanje i uvažavanje drugog također su zadati ciljevi u savladavanju vještina komunikacije u zatvorskoj zajednici.

Pored navedenih primjera educiranja zatvorenika o restorativnoj pravdi i restorativnim pristupima rješavanja problema, posebno treba spomenuti značaj i praksu organiziranja obuka o restorativnoj pravdi i za zatvorsko osoblje. Ove obuke se provode s ciljem razvijanja restorativne kulture i prihvatanja konstruktivnih obrazaca ponašanja, ali i uspostavljanja nove funkcije u zatvoru – savjetnika za restorativnu pravdu kao "čuvara" restorativne klime u zatvorima.[20] Savjetnik za restorativnu pravdu nema aktivnu ulogu pri realiziranju različitih restorativnih procesa, u smislu medijatora i sl. Njegova funkcija je da obučava, informiše i podržava zatvorsko

[19] Daniel W. Van Ness, *Prisons and restorative justice*, Handbook of Restorative Justice, Willan Publishing, 2007. str. 317.

[20] Ćopić, S.: "Restorativna pravda i zatvor: neka strana iskustva", *Zbornik instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, vol. XXXI/1, 2012. str. 196.

osoblje u prihvatanju ideje restorativne pravde pri izvršenju kazne zatvora, kao i povezivanje s organizacijama koje su u službi restorativne pravde, ali van zatvora, poput službi za žrtve ili službe za posredovanje ili medijaciju.

2. Neka ograničenja primjene restorativne pravde u zatvorima

Prije nego bude više riječi o konkretnom modelu primjene restorativne pravde u zatvorima, kratko ćemo se osvrnuti na ograničenja primjene restorativne pravde u zatvorima kao mogućim preprekama realizacije restorativnih modela.

Bazirajući se na svom iskustvu u radu na projektima primjene restorativne pravde u zatvorima u Norveškoj, kao i na iskustvima drugih istraživača u ovoj oblasti, Berit Albrecht naglašava da je teorijski pogled primjene restorativne pravde u zatvorima drugačiji u odnosu na njenu praktičnu primjenu i sve poteškoće na koje se nailazi.[21] Tako govori o nekoliko ograničenja primjene restorativne pravde u zatvorima:

- motivacija žrtve i zatvorenika da uđu u restorativni proces, s obzirom na to da se restorativna pravda zasniva na principu dobrovoljnosti,
- uticaj porodice, prijatelja i zajednice ne mora uvijek biti od koristi za zatvorenika kako to idealizirani koncept sugerira,
- specifičnosti primjene restorativnih programa na zatvorenike koji se nalaze na izdržavanju kratkotrajnih kazni lišenja slobode,
- poteškoće u restorativnom procesu kada su zatvorenici strani državljani, i
- upitnost efikasnosti programa kod zatvorenika s psihološkim problemima.

Očigledna su nastojanja Berita Albrechta da skrene pažnju i na "drugu stranu" restorativnih programa i njegovih uticaja te ograničenja njihove primjene u zatvorima. Međutim, ovom prilikom se nećemo detaljnije baviti navedenim ograničenjima, ali ih treba imati na umu u razmišljanjima o efektima restorativnih programa u zatvorima.

3. GRIP[22] program "*Usmjeri bijes u snagu*"

Insight – Out je nevladina organizacija u SAD u Kaliforniji, koja provodi programe primjene restorativne pravde.[23] Organizaciju vodi Jacques Verduin,

[21] Više: Albrecht, B. "The Limits of Restorative Justicein Prison", *A Journal of Social Justice*, 2011. str. 327–334.

[22] *Guiding Rage into Power.*

[23] www.insight-out.org

somatski psiholog, koji dugi niz godina radi sa zatvorenicima u državnom zatvoru San Quentin. Ovaj ekspert je osmislio program pod nazivom GRIP koji je rezultat njegovog 17-godišnjeg rada s hiljadama zatvorenika. Program se odvija pod motom *"Napusti zatvor prije no iz njega izađeš"* i to je jednogodišnji rehabilitacijski rad sa zatvorenicima koji su počinili nasilna krivična djela. Učešće u programu je dobrovoljno.[24]

Već na samom početku treba odgovoriti na pitanje otkud ovaj program u BiH? Bosanskohercegovačka nevladina organizacija, *Inicijativa za suzbijanje kriminaliteta i resocijalizaciju* – CSRI,[25] u okviru svoga rada provela je projekat "Pomirenje i praštanje u zatvorima u BiH"[26] koji je imao za cilj educirati tim stručnjaka u BiH za rad sa zatvorenicima, kroz provedbu GRIP programa.[27] U okviru spomenutog projekta, Jacques Verduin educirao je pet članova CSRI-a, koji su jedini certificirani tim u Evropi koji može raditi po GRIP programu s nasilnim zatvorenicima. Nakon ove faze slijedi konkretan rad, provedba GRIP programa, educiranog tima sa zatvorenicima u zatvorima u BiH, te eventualno dalje educiranje drugih osoba za rad po GRIP programu u regiji i šire (na principu "Train the Trainers").[28] Za početak konkretnog rada sa zatvorenicima, obezbijeđene su potrebne saglasnosti i podrška relevantnih institucija u BiH, ali još uvijek nedostaju određena finansijska sredstva koja će omogućiti njegovu realizaciju.[29]

Program GRIP je jednogodišnji program namijenjen zatvorenicima koji su počinioci krivičnih djela s elementima nasilja. Polaznicima/zatvorenicima pomaže da shvate uzrok svog nasilja i da razviju vještine za praćenje i nošenje

---

[24] Pored ovog postoje i drugi aktuelni programi organizacije *Insight – Out: Veterans healing Veterans* (Veterani liječe veterane), *At Risk Youth* (Mladi u riziku) i *Prison Reform* (Reforma zatvora), koji omogućava novi način gledanja na "izdržavanje kazne" koji je daleko izvan načina razmišljanja "Oni i mi". Riječ je o aktivnostima koje pokreću građani, a u program su uključeni i policija, žrtve, zatvorenici i maloljetnici u riziku. Više: www.insight-out.org

[25] *Crime Suppresion and Resocialization Iniciative* – CSRI.

[26] "Reconciliation and Forgiveness in BiH Prisons". Projekat je počeo u julu 2013. i traje do septembra 2014. godine. Inače Inicijativa za suzbijanje kriminala i resocijalizaciju – CSRI je jedina think-thank organizacija u BiH kojom upravljaju priznati stručnjaci s iskustvom iz oblasti: javna sigurnost, krivično pravo s posebnim akcentom na izvršenje krivičnih sankcija i socijalni sektor. Više na: www.csri.org.ba

[27] Više informacija o GRIP programu navodimo u tekstu koji slijedi.

[28] U programu učestvuju i članovi škole joge Rezonancija kao nevladine organizacije, koja predstavlja ogranak međunarodne škole joge M.I.S.A (*Movement for Spiritual Integration in Absolute*), a koja širi tradicionalno učenje svih grana joge i koja je uključena u Međunarodnu federaciju joge – ATMAN. Više na: www.joga-shambala.com

[29] Nevladina organizacija CSRI podnijela je odgovarajuće projektne aplikacije u cilju dobivanja finansijske podrške neophodne za realizaciju GRIP programa.

s jakim impulsima prije nego što ih ispolje na destruktivan način. Učesnici programa postaju "emotivno pismeni" tako što uče da u potpunosti shvataju osjećaje ljutnje i bijesa, prepoznaju tjelesne signale koji prate te osjećaje i uključe se u proces zaustavljanja i izbacivanja nakupljene tenzije na ispravan i siguran način. Program zatvorenicima pomaže da identificiraju izraze osjećanja koja se kriju iza ljutnje i da procesiraju "osjećanja unutar osjećanja" kao što su tuga, strah i sram. Također, razvijaju vještine razumijevanja i izražavanja neispunjenih potreba koje skriva iskustvo bijesa. Cilj programa je, dakle, da ispita glavne uzroke kriminogenog ponašanja i otkriva karakteristične obrasce destruktivnog ponašanja koji dovode do krivičnog djela.[30]

Program GRIP se suštinski razlikuje od drugih rehabilitacijskih programa. Većina tih programa fokusira se isključivo na edukaciju zatvorenika ili njihov oporavak od raznih vrsta ovisnosti. Ovo jesu značajni napori, ali bi bili optimizirani kad bi se direktno bavili korijenima onoga što navodi nekog da počini krivično djelo. Upravo se stoga GRIP metodologija sastoji od transformacionog i re-edukacionog modaliteta koji vodi polaznike da se posvete procesu dubokog istraživanja sebe i vlastitom izlječenju. Program ispituje glavne uzroke kriminogenog ponašanja i razrađuje karakteristične obrasce destruktivnog ponašanja (uključujući ovisnost) koji vode ka krivičnim djelima.

Kroz ovaj program polaznici uče da:

1. zaustave svoje nasilje,
2. razviju emocionalnu inteligenciju,
3. rade na osvještavanju,
4. shvate utjecaj svog djela na žrtvu.

Model programa je zasnovan na tretmanu traume i jedan od ključnih ciljeva programa je liječenje "neprerađene boli" usljed koje ljudi nasilno reagiraju. Također, polaznici prave ličnu anamnezu "pretrpljenog nasilja" i "počinjenog nasilja" kako bi stekli uvid u uzrok i obrasce svog ponašanja. Ukratko: "Povrijeđeni ljudi povređuju, a izliječeni liječe".

Sama implementacija GRIP programa traje ukupno 52 sedmice i sastoji se od 40 sesija koje vodi tim educiranih stručnjaka. Metodologija koju primjenjuju predstavlja kombinaciju psihoterapijskih metoda i tehnika drevne nauke – mudrosti joge i meditacije. Sesije se rade u grupama od 15 do 20 polaznika/zatvorenika. Kriteriji za izbor članova nisu striktni, ali se kao opći kriteriji uzimaju: vrsta krivičnog djela, učinioci krivičnih djela s elementima nasilja, dužina izrečene kazne i preostale kazne zatvora koja treba da bude najmanje

[30] Više: www.insight-out.org

godinu dana koliko i traje GRIP program, te dotadašnji uspjeh tretmana zatvorenika, što se može procijeniti iz njihovih ličnih dosijea kroz realizaciju plana tretmana, razgovora i sl. Formirane grupe se nazivaju "GRIP Pleme/bratstvo", s prepoznatljivim brojem koji predstavlja zbir godina trajanja zatvorske kazne svih članova grupe.[31]

Posebna vrijednost GRIP programa ogleda se u tome da se u toku rada pojedini zatvorenici mogu obučiti da postanu komoderatori za rad sa zatvorenicima pri njegovoj realizaciji. Tako posebno educirani zatvorenici zovu se "zagovornici promjena".[32] Nakon puštanja na slobodu, ovi "zagovornici promjena" mogu da samostalno provode ovaj program ili kao članovi tima kroz preventivni rad s mladima u riziku. Također, oni kroz program koji pohađaju u zatvoru mogu dobiti i certifikate moderatora za program rada na prevenciji protiv nasilja u porodici, što je poslovna vještina koja im omogućava korištenje stečenih znanja u daljem životu na slobodi.

Još jedna u nizu neprocjenjivih vrijednosti GRIP-a jeste da ovaj program koristi metodologiju koja se zove "normativna kultura", što znači da su svi GRIP polaznici uključeni u kreiranje standarda programa i njegovu provedbu.

Ono što je još interesantno kod ovog programa jeste zakletva koju polaznici moraju dati nakon nekoliko sedmica pohađanja programa. Zakletvom se obavezuju da će prestati s nasiljem, pomagati razvoj pozitivnih oblika ponašanja i navika, te razvijati odgovornost kod ljudi za sebe i za druge. Ovaj program promovira i mentalno i fizičko zdravlje kao što su zdrava ishrana, vježbanje, nepušenje i sl. Zakletva se ne bi trebala prekršiti, ali ako i dođe do toga, onda se to iskustvo treba podijeliti s ostalim polaznicima, tako da svi nauče iz toga.

Kao što se vidi iz navedenog, GRIP program je višestruko značajan program za čiju realizaciju je neophodno znanje, vještine komunikacije, vrijeme za ozbiljnu pripremu odnosno realizaciju programa.

3.1. Proces provedbe programa

Kao i svaki drugi, program GRIP se odvija u nekoliko faza odnosno nekoliko dijelova.

Dijelovi programa su:

1. *Obuka* kroz koju se zatvorenici upoznaju s teorijskim dijelom programa;
2. *Proces* obrade emocionalnog materijala ili proces "Učiti na vlastitoj koži"

[31] U taj broj ubrajaju se i ranije godine koje su zatvorenici proveli u zatvoru.

[32] "Changing agents".

koji obuhvata razne vježbe kako bi polaznici doživjeli stvarnu spoznaju i razumjeli program;

3. *Vježba* – primjena spoznaje u održivo ponašanje kroz odvajanje vremena za učenje i primjenu naučenog. Vježbanjem i praktičnom primjenom naučenog, spoznaja postaje upotrebljiva kao niz vještina budućeg ponašanja.

Svaka od ovih faza jednako je značajna za adekvatnu provedbu GRIP programa i zahtijeva adekvatne pripreme, znanje i vještine.

3.1.1. Obuka zatvorenika

U prvoj fazi zatvorenicima se prezentiraju sadržaj, značaj i ciljevi projekta, metodologija i tehnike rada, kroz usmeno izlaganje članova tima i podjelu adekvatnog pisanog materijala.

Na samom početku zatvorenicima se, uglavnom, prezentiraju osnovne informacije, a početkom i/ili na kraju svake sesije se dijeli određeni pisani materijal koji će poslužiti za dalji rad.

3.1.2. Proces obrade emocionalnog materijala ili proces "*Učiti na vlastitoj koži*"

Ovaj dio obuke je i najteži jer za zadatak ima orijentaciju zatvorenika na posmatranje sebe i doživljaja unutar sebe, uvid, osvješćivanje, upravljanje i kreaciju. To je tehnika koja pomaže definiranju potpuno nove, drugačije filozofije od onoga što označava život većine ljudi. Suština te filozofije je suprotna fatalizmu. Cilj je pristup "meni se dešava" – transformirati u "ja upravljam"![33] Spomenuti proces nazivamo i proces "emocionalnog oslobađanja" – proces osvještavanja i oslobađanja od unutrašnjih emocionalnih trauma koje su prouzrokovale sam čin nasilja. Ovo je prvi korak koji datoj osobi otvara put za dalju transformaciju.

U ovom procesu obrade emocionalnog materijala koristi se metod introspekcije – uvid u sopstvenu unutrašnjost. Mali broj ljudi je orijentiran na posmatranje onog što se dešava unutra, puno više se vodi računa o vanjskom ponašanju. Prvenstveni zadatak osoba, članova tima koji rade sa zatvorenicima je dati potrebne informacije o značaju introspekcije i potrebi da se bavimo tim zanemarenim aspektom svoje egzistencije.

[33] Intervju s Ibrahimom Prohićem, predsjednikom Udruženja psihologa FBiH i članom educiranog tima za provedbu GRIP projekta u BiH, obavljen 23. 6. 2014.

U konačnici ovaj dio procesa ima dva cilja. Prvi cilj je učiti posmatrati šta se dešava unutra – posmatrati misli, osjećanja i tjelesne senzacije. Osnovna ideja ovog dijela procesa je "ja nisam samo ono što je vanjsko – fizički izgled i ponašanje dostupno vanjskom posmatranju, ja sam i ono što se dešava unutra, u mom tijelu".

Sljedeći, drugi cilj je razumjeti vezu između unutrašnjeg i vanjskog oblika individualne egzistencije. Dakle, riječ je o spoznaji u vezi s onim što se dešava unutra i postupaka koji su posljedica takve spoznaje. Razumijevanje te veze je put ka vještini upravljanja posljedicom.[34]

Sve u svemu, put od prepoznavanja uzroka nastale posljedice, koja je u konačnici izražena kroz krivično djelo – u ovim slučajevima najčešće s elementima nasilja, pa do njegovog "liječenja" nije nimalo lak ni kratkotrajan zadatak. Međutim, učinak procesa, ukoliko se ostvari na pravi način osvještavanjem i razumijevanjem svojih postupaka i njihovih posljedica, te spoznavanjem tehnika prepoznavanja i savladavanja bijesa koji dovodi do nasilja, predstavlja najveći uspjeh koji "nosi pobjedničku palicu" u procesu resocijalizacije zatvorenika.

Zbog toga uspjeh "*Procesa učiti na vlastitoj koži"* ostavlja velike mogućnosti spoznaje i preobražaja osoba čije je počinjenje krivičnog djela najvećim dijelom posljedica vlastite traume, a koje manje-više uopće nisu bili svjesni.

3.1.3. Vježba – primjena naučenog

Primjena naučenog znači praktično ostvariti cilj programa: psihološka, emocionalna, mentalna, duševna i duhovna rehabilitacija uz pomoć obučenih osoba.

Kao i sve, introspekcija se uči. Neophodno je krenuti s jednostavnim vježbama ka složenijim i onima koje su emocionalno šaržirane. Vježbe zahtijevaju određene vještine članova tima koji rade sa zatvorenicima, te želju i spremnost zatvorenika ka emocionalnom otvaranju, saradnji i prihvatanju ponuđene pomoći.

Stoga, naznačit ćemo nekoliko primjera konkretnih vježbi za čiju realizaciju je potrebna duga i temeljita priprema, kako članova tima tako i zatvorenika.

Općenito, introspekcija se može vježbati na više načina. Bez konkretnih sadržaja ili poticaja (instrukcija) izvana, trenera, voditelja. Tako, naprimjer, trener sugerira: zatvorite oči, koncentrirajte se na ono što je sada u vama – na

[34] Ibid.

svoje misli, osjećanja, tjelesne procese/senzacije. Kada trener ili neko drugi daje određeni sadržaj, slijedi introspekcija. Npr. "Sada ću vam reći jednu riječ (rečenicu, ili sadržaj, priču). Molim vas da nakon toga opišete šta se kod vas dešava unutra".[35]

U tom smislu primjeri pojedinih vježbi bi bili sljedeći:

a. Opiši šta se kod tebe trenutno dešava unutra;
b. Zadati riječ i tražiti opis: Šta se dešava unutra?
c. Šta se dešava unutra, ali na slobodno odabranu riječ zatvorenika: Koja ti prva misao pada na pamet u ovom trenutku?
d. Voditelj daje sadržaj koji ima karakter nasilja;
e. Sadržaj koji ima karakter nasilja daje neko iz grupe;
f. Priču daje pojedinac, pa onda ide introspekcija.

* * * *

Kao što se vidi, program zahtijeva posebna znanja i vještine osoba, članova tima, koji će ga provoditi, primjereno vrijeme i opće uslove u kojima bi se sesije odvijale. Uslovi podrazumijevaju kako fizičke uslove u vidu posebne prostorije u zatvorima, tako i razumijevanje i podršku svih učesnika u procesu resocijalizacije zatvorenika, počevši od drugih zatvorenika preko stručnog osoblja, odgajatelja, pripadnika straže pa sve do same uprave zatvora i nadležnih ministarstava.

Ukoliko su uslovi iole adekvatni i postoji neizostavna podrška navedenih aktera programa, njegova realizacija je izvjesnija, a samim tim i uspjeh provedenog programa.

Na kraju, treba se osvrnuti i na činjenicu da je ovaj program potpuno novi pristup radu u zatvorima, te da je riječ o programu koji uvodi veći angažman zajednice u zatvorima. Iz tih razloga za očekivati je određene prepreke pri realizaciji GRIP programa. Npr., s obzirom na to da je učešće u programu dobrovoljno, može se, usljed velike zainteresovanosti, očekivati veći broj prijavljenih zatvorenika koji ispunjavanju postavljene uslove. S druge strane, prilikom realizacije konkretnih dijelova programa, a s obzirom na činjenicu da prakticiranje joge i meditacije nisu tipčne aktivnosti zatvorenika (kao što je to slučaj s određenim aktivnostima u okviru sportskih ili drugih sekcija), moguć je određeni otpor ili sumnja usljed nepoznavanja spomenutih tehnika.

[35] Ibid.

Isto tako, iako je pri realizaciji programa planirana u određenoj mjeri i aktivna uloga zatvorskog osoblja, očekivati je određeni otpor i članova zatvorskog osoblja. Razlozi za to su višestruki, npr., nedostatak vremena i prilika za konkretan rad u programu, kadrovski deficit u zatvorskom sistemu u BiH, sumnje u efikasnost "drugačijih" modela rada sa zatvorenicima i sl.

Zaključak

Iz svega rečenog možemo zaključiti da se restorativna pravda kao koncept može primijeniti i na osobe koje su počinile teška krivična djela u fazi njihovog institucionalnog tretmana tj. u zatvorima. Iako konceptualno restorativna pravda predstavlja suprotnost retributivnoj pravdi, ipak se pokazalo da restorativna pravda može i ima karakter "usavršavanja" retributivne pravde na humaniji, socijalniji i viševrstan način. Korist je višestruka za sve aktere u restorativnom procesu, kako žrtve tako i učinioca krivičnog djela i zajednice. Posebno naglašavamo kako primjena restorativne pravde u zatvorima otvara mogućnost i daje priliku žrtvi da, koristeći sasvim drugi pristup, iznoseći svoju priču, svoj stav, učestvuje u resocijalizaciji zatvorenika i na taj način pomaže prvenstveno sebi, zatim zatvoreniku, pa i cjelokupnoj zajednici, da učinak kazne zatvora bude potpun. Različiti modeli primjene restorativne pravde u zatvorima omogućuju prilagođavanje programa specifičnim potrebama tretmana zatvorenika s obzirom na: spol, uzrast, vrstu krivičnog djela koje su počinili, njihov nivo obrazovanja, stepen njihovog mentalnog i duševnog razvoja, stepen svijesti o počinjenom krivičnom djelu i žrtvi, potrebi i želji za susret sa žrtvom i eventualnim pomirenjem, njegove potrebe s obzirom na prethodne specifične tretmane u vidu liječenja od ovisnosti i tako dalje.

Jedan od spomenutih modela primjene restorativne pravde u zatvorima je Program GRIP kojeg bi po njegovim karakteristikama mogli svrstati u prethodno opisani drugi model primjene restorativne pravde u zatvorima (*Model koji nije predviđen u standardnim zatvorskim i krivičnopravnim sistemima, može se realizirati u ili van zatvora uz učešće zajednice*). Jednogodišnji rad sa zatvorenicima, od strane posebno educiranih osoba, na spoznaji "uzroka" koji su doveli do pojave nasilja, a koje je rezultiralo počinjenjem krivičnog djela i "liječenje" tih stanja s ciljem resocijalizacije zatvorenika, primjenjujući principe i programe restorativne pravde, čini suštinu GRIP programa.

Kao što je to svojstveno svim modelima primjene restorativne pravde u zatvorima, ni GRIP program ne traži promjenu institucionalnog sistema izvršenja kazni u BiH, tek njegovo otvaranje za savremene teorijske koncepte

i konkretne programe koji su u skladu sa zakonom definiranom svrhom kažnjavanja i ciljevima izvršenja kazne tj. ciljevima penološkog tretmana. Primjena ovog programa, između ostalog, doprinosi izgradnji dobre emocionalne i socijalne klime u zatvoru. Opća klima u zatvoru indikator je kvalitetnog upravljanja zatvorom.

GRIP program je prva prava šansa za BiH da navedene tvrdnje o značaju i efikasnosti primjene restorativne pravde u zatvorima i dokaže. Uz potrebno znanje i vještine educiranog tima, podršku i pomoć svih aktera u procesu resocijalizacije zatvorenika, entuzijazam i podršku zajednice pozitivan učinak je neizostavan.

Na kraju, uspješan penološki tretman je najbolji instrument za ostvarivanje sigurnosti zajednice i zaštite od kriminaliteta.

Bibliografija

1. Albrecht, B. The Limits of Restorative Justicein Prison, *A Journal of Social Justice*, 2011. str. 327–334
2. Ćopić, S. "Restorativna pravda i zatvor: neka strana iskustva". *Zbornik instituta za kriminološka i sociološka istraživanja* , vol. XXXI/1, 2012. str. 191–203.
3. Liebmann, M. *Restorative justice – how it works*, Jessica Kingsley Publishers, 2007.
4. Liebmann, M. *Restorative Justice and the Prison System: A View from the UK*. VOMA Connections, 2004, br. 17.
5. Sijerčić-Čolić, H. Vranj, V. Uvod u penologiju i izvršno krivično pravo Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2011.
6. Van Ness, D. W. *Prisons and restorative justice*, Handbook of Restorative Justice, Willan Publishing, 2007.
7. Vranj,V. *Alternativne mjere i sankcije u krivičnom zakonodavstvu i praksi u Bosni i Hercegovini*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2009.
8. www.csri.org.ba
9. www.insight-out.org
10. www.joga-shambala.com

Vildana Vranj, MA
Senior Assistant

ENFORCEMENT OF RESTORATIVE JUSTICE IN THE EXECUTION OF IMPRISONMENT SENTENCES

GRIP (The Guiding Rage into Power) Program – a new chance for Bosnia and Herzegovina's prison system

Summary

As a phenomenon, crime is as old as the mankind itself. The ways to fight against crime shaped and adapted to the manifestations of crime in an attempt to tackle it. In that way, different concepts with different methods appeared over time, from highly inhumane rigorous methods that included death sentences, physical punishment, and all the way to the emergence of imprisonment sentences for those who commit criminal acts. The original goal of imprisonment was to retaliate and make the person who committed the criminal act suffer, but over time, and under the influence of human theories, this transformed into other goals that take special care about the protection of human rights of the perpetrator. Today, restorative justice, as a new concept in the fight against crime, with a particularly humane approach, is mentioned more and more. It is precisely the restorative justice and its enforcement in the execution of imprisonment sentences that is the topic of this paper. In the first segment, in addition to considering the general concept and characteristics of restorative justice, the author reviewed several models in which the enforcement of the said concept in the execution of imprisonment sentences is carried out in the world. By describing the examples and underlining their significance, it is possible to get an accurate perspective about the advantages, shortcomings, importance, and enforceability of restorative justice in prisons. In the second segment of the paper, the author specifically reviewed one special program of enforcement of restorative justice in the US prisons, the so-called GRIP program, which is currently in preparatory stage in BiH and waiting to be implemented. Besides general information about the project, a special review about individual stages of its implementation, including the expected results, is provided as well.

Keywords: *restorative justice, prison, GRIP program, Bosnia and Herzegovina.*

PRIKAZI

Dr. Amila Ferhatović
Docent

MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA "3. TURSKO-BOSANSKOHERCEGOVAČKI PRAVNIČKI DANI"

Dana 11. aprila 2014. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Istanbulu održana je međunarodna naučna konferencija pod nazivom *"3. tursko-bosanskohercegovački pravnički dani"*. Konferencija predstavlja nastavak uspješne međunarodne saradnje Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu i Pravnog fakulteta Univerziteta u Istanbulu i treća je po redu konferencija ove vrste. Naime, prva konferencija *"Tursko-bosansko-hercegovački pravnički dani"* održana je 31. maja i 1. juna 2012. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Istanbulu u 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. U tom smislu druga konferencija održana je u Sarajevu, 5. i 6. aprila 2013. godine, a ove godine došlo je do uspješne realizacije treće po redu konferencije.

Tema ovogodišnje konferencije je bila *"Zaštita prava intelektualnog vlasništva"* i zamišljena je tako da obuhvati obradu teme s aspekta pojedinih grana prava te da se predstavi kroz teoriju i praksu obje države, što omogućava uporedno-pravno sagledavanje određene problematike. Službeni jezici konferencije bili su engleski i turski uz simultano prevođenje. Učesnici konferencije, pored izlagača s navedena dva fakulteta, bili su nastavnici i saradnici Pravnog fakulteta Univerziteta u Istanbulu, ali i drugih pravnih fakulteta u Turskoj, brojni studenti, magistranti i doktorandi.

Pozdravnim riječima konferenciju su otvorili dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Istanbulu, prof. dr. Adem Sözüer i dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, prof. dr. Borislav Petrović. Prof. dr. Adem Sözüer, u svom pozdravnom govoru, srdačno je pozdravio sve učesnike konferencije, a gostima iz Bosne i Hercegovine zaželio dobrodošlicu. Posebno je izrazio zadovoljstvo uspješnom saradnjom s Pravnim fakultetom Univerziteta u Sarajevu i istakao vrijednost ove konferencije kao i razmjenu nastavnika, saradnika i studenata ova dva fakulteta.

Nakon pozdravnih riječi započeo je radni dio konferencije. Program konferencije predviđao je četiri sesije zaključno s ceremonijom zatvaranja konferencije.

U prvoj sesiji, koju je moderirala prof. dr. Başak Baysal, predstavljena su tri rada. Prvi govornik bio je turski kolega prof. dr. Arslan Kaya. Učesnicima konferencije u svom dvadesetominutnom izlaganju predstavio je rad na temu "*Right of Publication and Principle of Exhaustion in the Code of Intellectual Property Rights"*. Sljedeći govornik bila je prof. dr. Meliha Povlakić. Učesnicima konferencije predstavila je rad na temu *"Intellectual Property Rights as Security Assets (Pledging and Enforcement)"*. Upoznavajući učesnike konferencije s povijesnim razvojem i karakteristikama upravljanja kolektivnim pravima u BiH, doc. dr. Iza Razija Mešević predstavila je treći rad u prvoj sesiji konferencije na temu *"Collective Copyright Management in BiH – Historical Development and Characteristics and Particularities of the Current System"*. Nakon tridesetominutne diskusije uslijedila je prva pauza.

U i drugoj sesiji, koju je moderirao prof. dr. Arslan Kaya, predstavljena su tri rada. Prvi govornik, upoznavajući učesnike konferencije s utjecajem međunarodnih ugovora na pravo žiga u turskom zakonodavstvu, prof. dr. Ali Plasi, predstavio je rad na temu *"The Effect of International Agreements to the Turkish Trademark Law"*. Zatim je uslijedilo izlaganje prof. dr. Zinke Grbo na temu *"License Agreement in Bosnian and Herzegovinian Law"*. Nakon što je prof. dr. Zinka Grbo upoznala učesnike konferencije s ugovorom o licenci u bosanskohercegovačkom pravu, uslijedilo je izlaganje i trećeg govornika druge sesije konferencije. Advokatica Mutlu Yıldırım Köse predstavila je rad na temu *"Madrid Protocol and Turkey"*. Nakon tridesetominutne diskusije uslijedila je pauza za ručak.

Treća sesija bila je posvećena krivičnopravnoj zaštiti prava intelektualnog vlasništva. Moderirao ju je prof. dr. İbrahim Dülger, a prvi govornik ove sesije, prof. dr. Zvonimir Tomić, predstavio je rad na temu *"General Issues Regarding Complicity in the Criminal Law of Bosnia and Herzegovina"*, upoznavajući učesnike konferencije o problematici saučesništva u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. Nakon toga uslijedilo je izlaganje prof.

dr. Adema Sözüera i doc. dr Serdara Talasa na temu *"Protection of Intellectual Property Rights through Criminal Law in Turkish Law – Investigation and Prosecution"*. Učesnike konferencije upoznali su o specifičnostima istrage i krivičnog gonjenja prema Krivičnom zakonu i Zakonu o krivičnom postupku Turske u pogledu zaštite prava intelektualnog vlasništva. Uslijedilo je izlaganje prof. dr. Borislava Petrovića i više ass. dr. Amile Ferhatović. Predstavljajući rad na temu *"Criminal Offenses of Copyrights Violation in Bosnia and Herzegovina"* upoznali su učesnike konferencije o krivičnim djelima povrede autorskih prava propisanih Krivičnim zakonom Bosne i Hercegovine. Nakon tridesetominutne diskusije uslijedila je pauza.

Čast za moderiranje četvrte sesije konferencije pripala je prof. dr. Melihi Povlakić. Govornici su bili prof. dr. Fethi Gedikli, doc. dr. Mehmed Hadžić i dr. Şirin Aydıncık. Prof. dr. Fethi Gedikli predstavio je rad na temu *"10 March 1880 Ottoman Licence Code and its Implementation"*. Nakon toga, doc. dr. Mehmed Hadžić upoznao je učesnike konferencije o pravnom statusu intelektualnih kreacija koje su nastale tijekom radnog odnosa predstavljajući rad na temu: *"Legal Status of the Intellectual Creations Which Were Made During the Employment"*. I posljednji rad konferencije na temu *"Personal Rights as a Subject of Commercial Transaction"* predstavila je dr. Şirin Aydıncık. Nakon tridesetominutne diskusije uslijedila je ceremonija zatvaranja konferencije.

Završnim riječima konferenciju su zatvorili dekani prof. dr. Adem Sözüer i prof. dr. Borislav Petrović. Svim učesnicima koji su predstavili rad na konferenciji dekan domaćinskog Fakulteta, prof. dr. Adem Sözüer, uručio je plakete o učešću na Konferenciji. I dekan Pravnog fakulteta u Sarajevu obradovao je domaćina uručivši mu prigodan poklon u znak zahvalnosti dugogodišnje uspješne suradnje.

Dr. Edin Halapić
Docent

ISTRAŽIVANJE U ISLAMSKIM NAUKAMA

Prof. dr. Fikret Karčić, *Metodi istraživanja u islamskim naukama – kratki uvod*
Sarajevo, EL-KALEM – Izdavački centar Rijaseta Islamske zajednice u BiH i Centar za napredne studije – CNS, 2013., str. 106.

Tokom 2013. godine u izdanju El-Kalema i Centra za napredne studije, izašla je knjiga autora prof. dr. Fikreta Karčića, pod naslovom *Metodi istraživanja u islamskim naukama – kratki uvod.*[1] Ova knjiga sadržajno obuhvata uvod i osam (VIII) poglavlja. U uvodnom dijelu, autor je odmah ukazao na premisu koju je koristio kao osnov za svoje istraživanje. To je koncept integracije znanja, što praktično znači da se pri izboru kombinuju metodi tradicionalnih islamskih nauka i metodi savremenih društvenih nauka. Prvo poglavlje sadrži temeljne pojmove kao što su metod, metodologija, istraživanje, autoritet i slično. Uz navođenje pojmova formulisana je i njihova definicija zasnovana na opštim i posebnim (specijalističkim) leksikonima, rječnicima i sl. Ovaj dio knjige, uz navedeno, sadrži i jedan vrlo značajan segment. U pitanju su faze istraživačkog postupka kao i primjeri uz većinu definisanih pojmova. Drugo poglavlje, koje je i najobimnije, obuhvata tekstualnu analizu. U pitanju je analiza koja se koristi kod dva glavna izvora islamskog prava. To su Kur'an (objavljena Božija riječ) i Sunnet (normativna praksa Poslanika Muhammeda s.a.v.s.). Autor se nije ograničio samo na pojedinačne discipline pri islamskim naukama, već je istakao opće karakteristike odnosno sve ono što se može smatrati zajedničkim u primarnim istraživanjima. Na ovaj način, možemo govoriti o modusima tj. o putevima i načinima tekstualnog pristupa i analize prva dva izvora islamskog prava. Iz ovog poglavlja, čitaocu možemo ukazati na dio koji se odnosi na tekstualnu analizu u izučavanju islamskog naslijeđa (str. 45). Naredna tri poglavlja treba posmatrati zajedno, s obzirom na to

[1] Autor ovog izdanja je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu. Pored ovog izdanja, autor je za potrebe studenata Pravnog fakulteta napisao i udžbenike za predmete Komparativna pravna historija i Moderne pravne kodifikacije. Uz spomenuto, autor je objavio na desetine radova uz učešće na međunarodnim konferencijama. Radovi su objavljivani na domaćem, engleskom i drugim jezicima.

da se fokusiraju na one metode koje su objedinile tradiciju i savremene tokove života. U pitanju su historijski, komparativni i etnografski metod (istraživanje na terenu). Svaki od navedenih metoda autor je prikazao hronološki, krećući se od porijekla pa sve do modernog doba. U pisanju ovih poglavlja autor navodi djela i citate nekih od najznačajnijih autora. To su Ibn Haldun, Ahmed ibn Fadlan (X vijek), Ibn Batuta (XIV vijek) i Evlija Čelebija (XVII vijek). Poseban značaj pripada etnografskom metodu tj. istraživanju na terenu kao metodu koji ima veliku ulogu kod muslimanskih istraživača. Ova tri poglavlja predstavljaju veliki doprinos, jer su spomenuti metodi dobili osnovnu ili bolje rečeno temeljnu definiciju što ih je učinilo i legitimnim naučnim metodama islamskih nauka. Ovo posebno dolazi do izražaja kada se govori o literaturi pisanoj na našem jeziku, koja nije posvetila dovoljno pažnje metodama i metodologiji istraživanja u islamskim naukama. Šesto poglavlje autor je rezervisao za bibliotečko istraživanje kao nezaobilazni dio procesa istraživanja. Kao što je bio slučaj s ranijim poglavljima, autor i u ovom definiše metod i njegovu primjenu. Procvat islamske civilizacije neminovno je uticao i na afirmaciju biblioteka. Autor ističe da islamska historija poznaje nekoliko vrsta biblioteka. To su džamijske, privatne, javne, školske i univerzitetske biblioteke (str. 88–89). Sedmo poglavlje odnosi se na referentna djela koja trebaju poslužiti kao okvir za istraživanja u domenu islamskih nauka. Ovo poglavlje sastoji se iz dvije cjeline. Prva cjelina sadrži referentna djela pisana na arapskom jeziku, a druga sadrži referenta djela pisana na engleskom, njemačkom i turskom jeziku. Posljednje, osmo poglavlje, pruža detaljan uvid u izradu istraživačkog projekta kao konačnog rezultata poduzetih istraživanja. Autor je u ovom poglavlju naveo i opisao sve elemente istraživačkog projekta koji su prihvatljivi ne samo u islamskim naukama, već i u društvenim.

Na kraju možemo zaključiti da knjiga autora profesora Fikreta Karčića predstavlja veliki doprinos u modusima istraživanja u islamskim naukama. U pitanju je djelo napisano na našem jeziku, koje je prema riječima autora, namijenjeno budućim istraživačima. Autor je koristio pristupačan, jednostavan način i stil pisanja, koji su uticali na vrijednost samog djela. Međutim, praktični značaj nalazi se u činjenici, da je u pitanju knjiga koja nudi sistemsku pojmovnu definiciju islamske nauke što je vrlo značajno, s obzirom na čestu pojavu nekompetentnih tumača, odnosno autora. Ova knjiga je učinila najteži, prvi korak, i predstavlja pionirsko djelo u jednom vrlo značajnom segmentu, a to su islamske nauke i metodi istraživanja. Ako bismo željeli otići korak dalje, onda slobodno možemo reći da je ova knjiga otklonila bilo kakvu sumnju u usku povezanost metoda i islamskih nauka i potvrdila jedinstvo metoda i njihovih sadržaja s predmetom istraživanja. Ovo djelo toplo preporučujem ne samo budućim istraživačima u islamskim naukama, već i istraživačima u društvenim naukama.

IN MEMORIAM

Prof. dr. ZVONIMIR STENEK

(6. 8. 1932. – 13. 8. 2014)

U Splitu je 13. augusta 2014. godine u 83. godini života preminuo prof. dr. Zvonimir Stenek, dugogodišnji član, profesor i nosilac mnogih funkcija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu. Prof. dr. Zvonimir Stenek kao naučni djelatnik, stručnjak i diplomata posjedovao je izvanredne kvalitete, a posebno humanost u odnosu prema svima s kojima je stupao u kontakte i saradnju. Otišao je dobar, otvoren i prijateljski nastrojen čovjek.

Prof. dr. Zvonimir Stenek rođen je 6. augusta 1932. godine u Konjicu. Diplomirao je na Pravnom fakultetu u Sarajevu 1959. godine. U januaru 1960. godine izabran je za asistenta na nastavnom predmetu Radno pravo sa socijalnim osiguranjem pri Katedri za državno i međunarodno javno pravo Pravnog fakulteta u Sarajevu, a 1975. godine za profesora. Naučni stepen magistra pravnih nauka, poslije stručnog usavršavanja u Nansiju (Francuska) i Luksemburgu te okončanih postdiplomskih studija stekao je na Pravnom fakultetu u Beogradu 1970. godine odbranom magistarske disertacije pod nazivom "Osobenosti radno-pravnog odnosa direktora preduzeća". Doktorirao je na Pravnom fakultetu u Sarajevu disertacijom "Pravni položaj radnika zaposlenih u inostranstvu, sa posebnim osvrtom na njihovu reintegraciju u Jugoslaviji".

Prof. dr. Zvonimir Stenek djelovao je zapaženo u našoj pravnoj nauci više od trideset godina. U tom dugom razdoblju plodnog rada, on se nesumnjivo potvrdio kao jedan od najpoznatijih stručnjaka u području radnog i socijalnog prava u BiH i šire. Kao iskusni nastavnik i vrstan pedagog odgojio je brojne generacije mladih pravnika na dodiplomskom i poslijediplomskom studiju, te je bio mentor u postupcima stjecanja magisterija i doktorata nauka. Naučni opus prof. dr. Zvonimira Steneka sadržajno je raznovrstan i bogat. U svojoj naučnoj djelatnosti iskazao se kao autor brojnih vrijednih djela iz široke i aktualne problematike radnog i socijalnog prava, dajući tako značajan doprinos razvoju naše pravne misli. U naučnim radovima pokazivao je široki interes za brojna pitanja pravne teorije i prakse međunarodnog i unutrašnjeg radnog i socijalnog prava kako u SFRJ/BiH tako i u drugim državama. Njegov naučni rad je posebno značajan zbog činjenice da je često posezao za traženjem odgovora na brojna otvorena pitanja u osjetljivim i često nedovoljno

obrađenim oblastima radnih i socijalnih odnosa[1] naznačavajući moguća rješenja i pružajući podlogu za moguću dalju naučnu razradu i polemiku. Osjećajući odgovornost da kao nastavnik dâ studentima pristupačne i korisne materijale izradio je Praktikum za radno pravo sa socijalnim osiguranjem.

Uz svoju naučnu erudiciju imao je široko područje interesa i aktivnosti kojima se bavio u poslovnom, društvenom i u privatnom životu. Na Pravnom fakultetu u Sarajevu obnašao je dužnosti predsjednika Savjeta fakulteta, prodekana Fakulteta, šefa Katedre za državno i međunarodno javno pravo te dekana Fakulteta. Početkom osamdesetih godina 20. stoljeća biva imenovan za jugoslovenskog ambasadora pri Svetoj Stolici (1981–1985), a početkom devedesetih (novembar 1990. godine) imenovan je za ambasadora SFRJ u Limi, Peru. U periodu 1987–1990. biran je za člana Izvršnog vijeća Skupštine SRBiH, a obnašao je i funkciju predsjednika Komisije za vjerska pitanja. Nakon disolucije SFRJ, zajedno s porodicom, prof. dr. Zvonimir Stenek odlazi u Santiago, Čile. Od dolaska u Santiago bio je profesor na dva najprestižnija čileanska univerziteta. Kao profesor voditelj u koautorstvu objavljuje mnoge radove, a posebno priručnike za nastavnike, između ostalog: "Regulación jurídica del trabajo de los menores: normativa internacional y legislación chilena", autori: Fuentes P., Olga Ripoll S., Elsa Tapia Guerrero, Francisco, prof. guía. Stenek, Zvonimir/ profesor guía/, 1996; "La legislación internacional del trabajo y su aplicación en Chile", autori: Tapia Velásquez, Claudia Marcela, Stenek, Zvonimir profesor guía, Tapia Velásquez, Pablo Andrés, Editorial: Universidad Nacional Andrés Bello. Facultad de Ciencias Jurídicas y Humanidades. Escuela de Derecho.

Od 2005. godine prof. dr. Zvonimir Stenek živi u Splitu. I tu je, iako se ne radi o dužem vremenskom razdoblju, ostavio svoje otiske u srcima mnogih ljudi jer njegova ljubav za ljude činila je da svaki susret s njim bude topao i blizak.

Ima neka moć u dobrim ljudima, oni žive i poslije smrti. Nastavljaju da žive po svojim riječima, djelima, a najviše po dobroti svoga srca. Počivao u miru.

Prof. dr. Jasminka Gradaščević-Sijerčić

---

[1] Između ostalog: "Nezaposlenost u svijetu i kod nas", Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XI/63; "Kolektivni ugovori o radu", *Pravna misao*, 1-2/69; "Prava radnika razriješenog direktora", Privreda i pravo, 9/70; "Teorijska shvatanja osnovnih komponeti u transformaciji radnog odnosa", *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XVII/70; "Posljedice odgovornosti za privredne prestupe odgovornih osoba", *Međunarodni radni odnosi*, 4-5/72; "Zapošljavanje i tehnološki progres", *Pregled,* 3/73; "Radnik i udruženi rad", *Pravna misao,* 9-10/73; "Pojam radnika migranta", *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XXII/74; "Specifičnosti međunarodnih konvencija rada i njihova primjena u unutrašnjem pravu", *Pravna misao*, 7-8/75.