UDC 34 ISSN 0581-7471

Godišnjak

PRAVNOG FAKULTETA U SARAJEVU

LX

2017.

Sarajevo, 2017.

Godišnjak

PRAVNOG FAKULTETA U SARAJEVU

LX

2017.

UDC 34 ISSN 0581-7471

GODIŠNJAK PRAVNOG FAKULTETA UNIVERZITETA U SARAJEVU
LX – 2017.

YEARBOOK OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF SARAJEVO
LX – 2017.

Izdavač
Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

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

Međunarodni redakcijski odbor
Prof. dr. Davor Derenčinović (Pravni fakultet Zagreb), prof. dr. Hana Horak (Ekonomski fakultet Zagreb), prof. dr. Dubravka Hrabar (Pravni fakultet Zagreb), prof. dr. Anita Kurtović-Mišić (Pravni fakultet Split), prof. dr. Janja Hojnik (Pravni fakultet Maribor), prof. dr. Branko Radulović (Pravni fakultet Beograd), prof. dr. Adem Sözüer (Pravni fakultet Istanbul)

Glavni i odgovorni urednik
Prof. dr. Borislav Petrović

Sekretar redakcije
Prof. dr. Kanita Imamović-Čizmić

Korektura
Mirela Rožajac-Zulčić
Ivana Teronić Oruč

Sažetke na engleski preveo
Sanjin Oruč

Tehničko uređenje
Narcis Pozderac, TDP 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),* a puni tekst je uključen u *Central and East European Academic Source (EBSCOhost).*

SADRŽAJ

Članci

Dr. Samir Aličić
"GEOGRAFSKO PORIJEKLO" VINA U RIMSKOM PRAVU 11

Mr. Damir Banović
PRINCIP JEDNAKOSTI U KOMUNITARISTIČKOM DISKURSU: ANALIZA PRISTUPA MICHAELA WALZERA U NJEGOVOM RADU *SFERE PRAVEDNOSTI* (*SPHERES OF JUSTICE*) 37

Mr. Mehmed Bećić
NOVI POGLED NA TRANSFORMACIJU ŠERIJATSKIH SUDOVA U BOSNI I HERCEGOVINI: DA LI JE 1883. GODINE NAMETNUT KOLONIJALNI MODEL PRIMJENE ŠERIJATSKOG PRAVA? 59

Mirza Hebib, MA iur.
PRIMJENA INSTITUTA RIMSKOG PRAVA U CILJU MATERIJALNOG OSIGURAVANJA ŽENSKIH SRODNIKA U ZAKONSKOM NASLJEĐIVANJU SREDNJOVJEKOVNOG DUBROVNIKA 83

Mr. Ehlimana Memišević
IZMEĐU TRADICIJE I MODERNOSTI: ZAKON O LIČNOM STATUSU TUNISA OD REFORMISTIČKOG POKRETA DO REVOLUCIJE 109

Dr. Almedina Šabić Učanbarlić
ZAŠTITA KORISNIKA KREDITA KROZ PRAVO NA ODUSTANAK OD UGOVORA I PRAVO NA PRIJEVREMENO VRAĆANJE KREDITA 131

Dr. Amila Ferhatović, Hrvoje Boban, MA
ODUZIMANJE IMOVINSKE KORISTI PRIBAVLJENE KRIVIČNIM DJELOM U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE 153

Dr. Zinka Grbo
MEHANIZMI ZAŠTITE STRANIH INVESTICIJA – SLUČAJ BOSNE I HERCEGOVINE 181

Dr. Mehmed Hadžić
EVROPSKI STUP SOCIJALNIH PRAVA 199

Dr. Kanita Imamović-Čizmić
IZAZOVI UVOĐENJA PROCJENE UČINAKA PROPISA – LEKCIJE ZA BOSNU I HERCEGOVINU 227

Selma Mezetović Međić, MA
ALTERNATIVNO RJEŠAVANJE POTROŠAČKIH SPOROVA – KARAKTERISTIKE I POTENCIJALNI UČINCI 243

Dr. Borislav Petrović, dipl. iur. Katica Artuković
HISTORIJSKI RAZVOJ INSTITUTA KRAJNJE NUŽDE 259

Dr. Enver Ajanović
NEPOSREDNA PRIMJENA USTAVA KAO POLITIČKOG I PRAVNOG AKTA U UPRAVNIM INSTITUCIJAMA BiH I FBiH 279

Dr. Lejla Balić
GRAD KAO JEDINICA LOKALNE SAMOUPRAVE U FEDERACIJI BiH – OSVRT NA STATUS GRADA SARAJEVA 307

Dr. Edin Halapić
IZUČAVANJE GENOCIDA
(Primjer Univerziteta u Sarajevu) 325

Dr. Amina Nikolajev
PRAVO NA RAZVOJ I OČUVANJE OKOLIŠA 339

Radovi prezentirani na Međunarodnom naučnom savjetovanju "Trendovi i izazovi primjene ekonomskih postulata u krivičnom pravu"

Dr. Matjaž Jager, dr. Katja Šugman Stubbs
POJAM EFEKTIVNOSTI I EFIKASNOSTI U KRIVIČNOM PRAVU 355

Dr. Kanita Imamović-Čizmić, dr. Amina Nikolajev
EKONOMSKI INSTITUTI U KRIVIČNOM PRAVU 371

Dr. Edina Sudžuka
POREZI, CARINE, KORUPCIJA 387

Prikazi

Dr. Jasna Bakšić Muftić
PRIKAZ KNJIGE *PRAVNO-HISTORIJSKE STUDIJE* AUTORA FIKRETA KARČIĆA 405

Dr. Edin Halapić
DR. DŽAVANŠIR FEJZIJEV "SAVEZ TURKIJSKIH DRŽAVA – EVROAZIJSKI MODEL GLOBALNE INTEGRACIJE", SZGR "Jovan", 2016. str. 377. 413

Mirza Hebib, MA iur.
SUKOB I SUŽIVOT: PRAVNI SISTEMI JUGOISTOČNE EUROPE U XIX. I XX. STOLJEĆU 417

In memoriam

Dr. Jasna Bakšić-Muftić
PROFESOR EMERITUS DR. NEĐO MILIČEVIĆ 425

Dr. Enes Durmišević
BOSNA JE BILA NJEGOV STVARNI SVIJET (MUSTAFA IMAMOVIĆ, GRADAČAC, 1941 – SARAJEVO, 2017) 429

Ostalo

UPUTE ZA AUTORE 439

IZJAVA O ETIČNOSTI I SAVJESNOSTI GODIŠNJAKA PRAVNOG FAKULTETA U SARAJEVU 449

TABLE OF CONTENTS

Articles

Dr. Samir Aličić
"GEOGRAPHIC ORIGIN" OF WINE IN ROMAN LAW 11

Mr. Damir Banović
THE PRINCIPLE OF EQUALITY IN THE COMMUNITARIAN DISCOURSE: ANALYSIS OF MICHAEL WALZER'S APPROACH IN HIS BOOK *SPHERES OF JUSTICE* *37*

Mr. Mehmed Bećić
A NEW VIEW ON THE TRANSFORMATION OF SHARIA COURTS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA WAS THE COLONIAL MODEL OF APPLICATION OF SHARIA LAW IMPOSED IN 1883? 59

Mirza Hebib, MA iur.
THE APPLICATION OF THE INSTITUTE OF ROMAN LAW FOR THE PURPOSE OF MATERIAL SECURITY OF FEMALE RELATIVES IN LEGAL INHERITANCE OF MEDIEVAL DUBROVNIK 83

Mr. Ehlimana Memišević
BETWEEN TRADITION AND MODERNITY: THE TUNISIAN LAW ON PERSONAL STATUS FROM THE REFORMIST MOVEMENT TO THE REVOLUTION 109

Dr. Almedina Šabić Učanbarlić
THE PROTECTION OF LOAN USERS THROUGH THE RIGHT OF WITHDRAWAL FROM THE AGREEMENT AND THE RIGHT TO EARLY REPAYMENT OF THE LOAN 131

Dr. Amila Ferhatović, Hrvoje Boban, MA
CONFISCATION OF PROPERTY GAIN ACQUIRED BY CRIMINAL OFFENCE IN THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA 153

Dr. Zinka Grbo
FOREIGN INVESTMENT PROTECTION MECHANISMS – CASE OF BOSNIA AND HERZEGOVINA 181

Dr. Mehmed Hadžić
EUROPEAN PILLAR OF SOCIAL RIGHTS 199

Dr. Kanita Imamović-Čizmić
CHALLENGES OF THE INTRODUCTION OF
REGULATORY IMPACT ANALYSIS – LESSONS FOR
BOSNIA AND HERZEGOVINA 227

Selma Mezetović Međić, MA
ALTERNATIVE RESOLUTION OF CONSUMER DISPUTES –
CHARACTERISTICS AND POTENTIAL IMPACTS 243

Dr. Borislav Petrović, Law graduate Katica Artuković
HISTORICAL DEVELOPMENT OF THE INSTRUMENT
OF NECESSITY 259

Dr. Enver Ajanović
IMMEDIATE APPLICATION OF THE CONSTITUTION
AS A POLITICAL AND LEGAL DOCUMENT IN
ADMINISTRATIVE INSTITUTIONS OF BiH AND FBiH 279

Dr. Lejla Balić
CITY AS A UNIT OF LOCAL SELF-GOVERNMENT
IN THE FEDERATION OF BiH – REVIEW ON THE STATUS
OF THE CITY OF SARAJEVO 307

Dr. Edin Halapić
STUDY OF GENOCIDE
(Example of the University of Sarajevo) 325

Dr. Amina Nikolajev
THE RIGHT TO DEVELOPMENT AND PRESERVATION
OF THE ENVIRONMENT 339

Papers presented at the International scientific symposium on "Trends and Challenges of Application of Economic Postulates in Criminal Law"

Dr. Matjaž Jager, Dr. Katja Šugman Stubbs
THE CONCEPT OF EFFECTIVENESS AND EFFICIENCY
IN CRIMINAL LAW 355

Dr. Kanita Imamović-Čizmić, Dr. Amina Nikolajev
ECONOMIC INSTRUMENTS IN CRIMINAL LAW 371

Dr. Edina Sudžuka
TAXES, CUSTOMS, CORRUPTION 387

Reviews

Dr. Jasna Bakšić Muftić
REVIEW OF THE BOOK *LEGAL-HISTORICAL STUDIES*
BY FIKRET KARČIĆ 405

Dr. Edin Halapić
DR. CAVANSIR FEYZIYEV "ALLIANCE OF TURKIC
STATES – EURASIAN MODEL OF GLOBAL INTEGRATION",
SZGR "Jovan", 2016. pg. 377. 413

Mirza Hebib, MA iur.
CONFLICT AND COEXISTENCE: LEGAL SYSTEMS
OF SOUTHEAST EUROPE IN 19th AND 20th CENTURY 417

In memoriam

Dr. Jasna Bakšić-Muftić
PROFESSOR EMERITUS DR. NEĐO MILIČEVIĆ 425

Dr. Enes Durmišević
BOSNIA WAS HIS REAL WORLD (MUSTAFA IMAMOVIĆ,
GRADAČAC, 1941 – SARAJEVO, 2017) 429

OTHER

AUTHOR GUIDELINES 439

PUBLICATION ETHICS AND MALPRACTICE STATEMENT 449

ČLANCI

Dr. Samir Aličić
Docent
Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu
samiralicic1@gmail.com

UDK 663.2:347(37)
663.2:346.54(37)
Izvorni naučni rad

"GEOGRAFSKO PORIJEKLO" VINA U RIMSKOM PRAVU

Sažetak

Predmet istraživanja su rimski pravni tekstovi u kojima se spominje regija ili mjesto porijekla vina. Cilj rada je da se utvrdi kakav pravni značaj "geografsko porijeklo" vina ima u rimskom pravu. Autor smatra da je pitanje, iz koje regije vino potječe, značajno s tri aspekta: zaštite italskog vinogradarstva od konkurencije iz provincija putem protekcionističkih mjera, zatim cijene vina, i preciznijeg određivanja vina kao generično određene prestacije u obligaciji čime potraživanje postaje tačno određeno (certum). Uprkos tome što su vodili računa o mjestu porijekla vina, rimski pravnici nisu izgradili opći pojam "geografskog porijekla".

Ključne riječi: *rimsko pravo, vino, geografsko porijeklo, generična stvar, cijena, obligatio certa, obligatio incerta, kupoprodaja, legat*

1. Uvod

U rimskim pravnim tekstovima se, kada se raspravlja o vinu, nerijetko spominje i regija odakle vino potječe.[1] No, zbog kazuističkog pristupa rimski pravnici nisu izgradili koncept "geografsko porijeklo proizvoda" ili pojam sličan tome, i u latinskom jeziku ne postoji termin kojim bi se on označio. Uprkos nepostojanju takvog općeg pojma, regija ili mjesto proizvodnje robe imaju veliki značaj u rimskom pravu. U tom smislu posebno je karakteristično vino, koje predstavlja tipičnu trgovačku robu (*merx*) i za koje i inače u pravnom prometu važe specifična pravila.[2]

---

[1] U Digestama se govori npr. o falernskom (Labeon u D.33.1.17.1), sorentinskom (Prokul u D.33.6.16pr) i kampanskom vinu (Ulpijan u D.19.2.11.3 i D.45.1.75.2 i Gaj u D.45.1.74).

[2] U skladu s time, broj sporova povodom vina bio je veliki. Rimski pravnici su zato stvorili detaljna i rafinirana pravila o prometu vina. Ona su se u ponečemu razlikovala od općih pravila, pa se, recimo, danas ponekad govori o pravilima o

U ovom radu bavit ćemo se analizom rimskih tekstova u kojima se spominje regija iz koje potječe vino. Nastojat ćemo da dokažemo sljedeće:

- da su vlasti u javnom interesu više puta donosile protekcionističke mjere kojima se štitilo vinogradarstvo u Italiji od konkurencije iz provincija, i da se to može smatrati relativno konstantnom tendencijom rimske zakonodavne politike od perioda pozne republike do Dioklecijana;
- da geografsko porijeklo vina može značajno da utječe na cijenu vina, o čemu rimski pravnici i zakonodavci vode računa prilikom zakonskog maksimiranja cijena i procjene vrijednosti stvari koja je predmet spora;
- da je preciziranje mjesta ili regije proizvodnje, uz određivanje kvaliteta, jedan od uslova specifikacije (tj. preciznijeg određivanja) vina kao generične stvari, odnosno da je preduslov da bi se obligacija koja ima za predmet vino smatrala za obligaciju s tačno određenim predmetom (*obligatio certa*) u svim slučajevima u kojima se vino duguje kao generična stvar (tj. kad nije individualizirano, npr. ugovaranjem predaje tačno određenog bureta).

2. Ograničenja za gajenje vinograda u provincijama

Rimljani su izgleda vrlo rano pokušavali da zakonodavnim mjerama zaštite italsko vinogradarstvo od konkurencije iz provincija. Prvu takvu mjeru spominje Ciceron:

Cicero, *De republica*, 3.16 *...nos vero iustissimi homines, qui Transalpinas gentis oleam et vitem serere non sinimus, quo pluris sint nostra oliveta nostra-*

kupoprodaji vina kao o posebnoj disciplini u okviru rimskih pravila o kupoprodaji. Njima su se savremeni romanisti mnogo bavili. Međutim, većina njih, posebno onih s njemačkog govornog područja, već decenijama je uglavnom zarobljena u, kako se čini, beskonačnoj raspravi o pitanju prelaza rizika kod kupoprodaje vina, koja s aspekta našeg istraživanja nije od velikog značaja (Pennitz, 1994; Olszak, 1990; Jakab, 1999a, 1999b, 2002, 2003, 2004, 2009; Yaron, 1959; Van Oyen, 1968; von Lübtow, 1956–1957; Casavola, 1954). Radova koji se bave različitim aspektima kupoprodaje vina, a ne pretežno prelaskom rizika, ima manje. U tom smislu posebno je interesantna monografija autorice Benitez Lopez (1994). Također, broj radova posvećenih drugim problemima prometa vina, poput zajma i legata vina, ili javnopravnim propisima o proizvodnji i prometu vina, relativno je skroman (Mckinlay, 1953; Eitrem & Amundsen, 1957; Hanemaayer, 1968; Manfredini, 1988; Cracco Ruggini, 1998; Zazzera, 1972).

eque vineae; quod cum faciamus, prudenter facere dicimur, iuste non dicimur, ut intellegatis discrepare ab aequitate sapientiam.[3]

Ovaj Ciceronov kratki pasus je jedini izvor koji svjedoči o ovoj mjeri, tako da o njoj ne znamo ništa pouzdano, osim da je donijeta prije nego što je Ciceron napisao svoje djelo *De republica*, dakle prije otprilike 54–51 p.n.e, i da je njome *narodima preko Alpa* (*Transalpinas gentis*) bilo zabranjeno da sade vinovu lozu i masline. Nije poznato ni da li je bila u formi zakona, senatske odluke ili možda edikta upravnika provincija. O njenom karakteru, vremenu i razlozima donošenja iznijete su različite teorije koje spadaju u domen pretpostavki.[4] Kako god bilo, ova mjera se nije dugo održala i teško da je dala značajnije rezultate.[5]

Više podataka imamo o mjeri za ograničenje uzgajanja vinograda koju je donio imperator Domicijan, vjerojatno 91. ili 92. godine.[6] Jedini koji govori o njenoj sadržini je Svetonije, koji kaže da je Domicijan donio edikt kojim je zabranio sađenje novih vinograda kako u Italiji tako i u provincijama, i naredio da se uništi polovina postojećih vinograda u provincijama:

Suet. *Domit.* 7.2 *Ad summam quondam ubertatem vini, frumenti vero inopiam existimans nimio vinearum studio neglegi arva, edixit, ne quis in Italia novellaret utque in provinciis vineta succiderentur, relicta ubi plurimum dimidia parte; nec exsequi rem perseveravit.*[7]

Prema Svetoniju, razlog donošenja ove mjere bila je hiperprodukcija vina s jedne strane, i nestašica žita s druge. Ovo se slaže kako s arheološkim podacima tako i s literarnim izvorima koji nedvosmisleno svjedoče o povećanju

---

[3] Cicero. *De republica*, 3.16 *...mi pak veoma pravedni ljudi, koji narodima preko Alpa nismo dozvoljavali da sade masline i lozu, da bi više vrijedili naši maslinjaci i naši vinogradi; kad smo to učinili, govorili smo da smo razumno postupili, ali ne i pravedno, da bi bilo jasno da se razlikuje pravičnost od mudrosti.*

[4] Od novijih radova vidjeti posebno Silver (2011). O interpretaciji ovog teksta sa filozofskog aspekta vidjeti Fott (2014).

[5] Vinogradi i maslinjaci su od strane grčkih kolonista iz Masilije (današnjeg Marseja) bili zasađeni u južnoj Galiji davno prije rimskog osvajanja. Osim toga, nastavilo se širenje površina pod ovim kulturama za vrijeme rimske vlasti, što znači da ova mjera nije bila dugo u primjeni ili da nije bila dosljedno provođena.

[6] Prema Hronici Sv. Jeronima (Hieronimus, *Chron.* 91–92) ona je donijeta u jedanaestoj godini Domicijanove vladavine, odnosno treće godine 217. olimpijade, što bi odgovaralo 91. ili 92. godini.

[7] Suet. *Domit.* 7.2 *Jednom zbog velikog izobilja vina, a nestašice žita smatrajući da su njive zanemarene zbog brige o vinogradima, izdao je edikt, da niko u Italiji ne sadi nove i da se u provincijama vinogradi isijeku, tako da ih tamo ostane polovina; ali nije ustrajao da stvar sprovede.*

površina pod vinogradima i o povećanju proizvodnje vina.[8] Trka za profitom[9] dovela je do gladi u pojedinim provincijama zbog nestašice žita, dok je jeftino vino produbilo problem alkoholizma. Kombinacija ova dva faktora izazvala je nerede u provincijama. Moguće je da je donošenje edikta bilo reakcija na nemire zbog nestašice žita u Maloj Aziji koji su mu neposredno prethodili. Prema Filostratu, koji se pohvalno izjašnjava o Domicijanovoj odluci, vodeću ulogu u njima imali su pijani ljudi (Philostratus, *Vitae sophistarum*, 521). Edikt su pozdravili i moralisti poput pjesnika Stacija, zbog povratka trezvenosti (Statius, *Silvae* 4.3.11–12).

Dok izvori jasno svjedoče o tome da je Domicijanov edikt bio motiviran političkim i moralnim razlozima, ostalo je nejasno da li se on može smatrati, kako bismo danas rekli, "protekcionističkom mjerom ekonomske politike"? Da li je njegova uloga bila da zaštiti italsko vinogradarstvo od konkurencije iz provincija? Neki smatraju da jeste (Maškin, 2005, str. 416), dok drugi to negiraju (Conison, 2012, str. 22–23),[10] ističući da je ediktom zabranjeno sađenje novih vinograda i u Italiji, ne samo u provincijama. Ovo je bez sumnje tačno, ali ne treba zaboraviti da je, za razliku od Italije, Domicijan u provincijama naredio ne samo da se zabrani sađenje novih vinograda nego i da se uništi polovina postojećih. Prema tome, iako zaštita italskog vinogradarstva možda nije bila osnovni motiv donošenja ovog edikta, on je bez sumnje imao i "protekcionističku" crtu. Štitio je *postojeće* italske proizvođače vina (uglavnom pripadnike senatorskog staleža), kao profitabilne kulture, kako od konkurencije provincijskih proizvođača i tako i od novih ulagača u samoj Italiji.

Sporno je koliki je bio stvarni domet Domicijanovog edikta. Dok je bar u nekim intelektualnim krugovima naišao na odobravanje, kako pokazuju gore citirani tekstovi Filostrata i Stacija, u narodnim masama izazvao je ogromno nezadovoljstvo, i to u tolikoj mjeri da Svetonije tvrdi da Domicijan iz straha od pobune uopće nije proveo svoj edikt (Suet. *Domit.* 14.2). Ipak, on je ostao na snazi i nakon Domicijanove smrti. Svetonijeva tvrdnja, zajedno s arheološkim i drugim podacima koji ukazuju na širenje površina pod vinogradima

[8] Tako, Plinije se žali (Plinius, *Nat. Hist.* 14.8) da je u njegovo vrijeme masovna proizvodnja ugrozila kvalitet, čak i u Falernskoj regiji inače poznatoj po vrhunskom vinu.

[9] Još je Katon, više od dva vijeka ranije, primijetio da je loza najprofitabilnija poljoprivredna kultura, daleko ispred žita (Cato, *De agri cultura*, 1.7).

[10] Neki autori čak negiraju da su bilo kakvi ekonomski ili socijalni razlozi izazvali donošenje ove mjere, i tvrde da je ona bila čisto moralnog karaktera i da se može ubrojati u zakone protiv luksuza (*leges sumptuariae*) (Duncan-Jones, 1982, str. 34–35). Ima i onih koji smatraju da je Domicijanova mjera zaista bila odgovor na nestašicu žita, koja je možda imala veze s pretjeranim sađenjem vinograda u Kampaniji nakon erupcije Vezuva (Marzano, 2007, str. 199–200).

u provincijama u toku principata (Duncan-Jones, 1982, str. 35) utjecala je na mnoge autore da primijete da se edikt nije dosljedno primjenjivao (Maškin, 2005, str. 416; Conison, 2012, str. 22–23).

Ipak, to ne znači da Domicijanov edikt bio mrtvo slovo na papiru ili da je važio vrlo kratko kako neki autori tvrde.[11] Bilo je teško kontrolirati njegovu primjenu u mediteranskim regijama u kojima je već vijekovima bila ustanovljena vitikultura, ali to se ne može reći za provincije na sjeveru, poput Britanije, Rajnske oblasti i Podunavlja. One su u sastav Rimske imperije ušle ne tako davno, i utjecaj rimske civilizacije u Domicijanovo vrijeme još nije bio jak. U njima su postojali uslovi za proizvodnju vina, a zbog prisustva brojne rimske vojske i trgovine s Germanima postojala je i potreba za njime. Vino je uvoženo s Mediterana i to često u velikim količinama (vid. npr. Arthur & Williams, 1992), ali uprkos tome dugo vremena ne nalazimo ni spomena o proizvodnji vina u ovim oblastima. Tako, prvi koji nedvosmisleno spominje vinograde u Rajnskoj oblasti je pjesnik Auzonije iz četvrtog vijeka (Ausonius, *Mosella*). Dakle, možda se širenje površina pod vinogradima na Mediteranu i moglo sakriti od očiju vlasti, ali sađenje vinograda u provincijama u kojima nikada prije nije uzgajana loza je već bilo druga priča.

Domicijanov edikt ukinuo je imperator Prob (276–282). Po Eutropiju i Aureliju Viktoru, Prob je *dozvolio Galima i Panoncima* (sic!) da imaju vinograde. Pored toga, proveo je program sađenja loze na planini Alma Mons kod Sirmijuma (današnja Fruška gora) i u oblasti Mons Aurea (oblast u okolini današnjeg Smedereva). Projekat sađenja vinograda sprovela je vojska, koja ih je zatim prepustila na obradu lokalnom stanovništvu:[12]

Eutropius, Breviarium, 9.17 *Vineas Gallos et Pannonios habere permisit, opere militari Almam montem apud Sirmium et Aureum apud Moesiam superiorem vineis conseruit et provincialibus colendos dedit.*

Aurelius Victor, Epitomae de Caesaribus 37.3 *Vineas Gallos et Pannonios habere permisit. Opere militari Almam montem apud Sirmium et Aureum apud Moesiam superiorem vineis conseruit.*[13]

---

[11] Pojedini autori idu toliko daleko da Domicijanov ukaz nazivaju *kratkovjekim* (*short-lived*) (Kehoe, 1988, str. 42).

[12] Ove oblasti su i danas poznati vinarske regije. U čast imperatora Proba nazvano je višestruko nagrađivano rektorsko vino Novosadskog univerziteta – Probus.

[13] Eutropius, *Breviarium*, 9.17 *Galima i Panoncima dopustio je da imaju vinograde, radom vojnika na planini Alma kod Sirmijuma i Aurea u Gornjoj Meziji zasadio je vinograde i dao ih provincijalcima na obradu.*

Eutropije i Aurelije Viktor potvrđuju da su glavne žrtve Domicijanovog edikta bili stanovnici sjevernih provincija Imperije. Nije poznato koji su bili Probovi motivi za ovu odluku. Moguće je da je želio da olakša snabdijevanje pograničnih trupa vinom, ali možda se prosto radi o njegovoj želji da pomogne razvoj svog zavičaja.[14] Kako god stvari stajale, njome je stavljena tačka na skoro dva vijeka sprečavanja razvoja vinogradarstva u sjevernim provincijama Imperije.

3. Cijena vina i geografsko porijeklo

To što cijena vina zavisi, između ostalog, i od regije u kojoj je proizvedeno, nije neobično ni u današnje vrijeme. Međutim, u rimsko doba "geografsko porijeklo" imalo je mnogo veći značaj nego danas. Zapravo, kada govore o ekskluzivnom i skupom vinu, Rimljani uglavnom navode samo mjesto gdje je proizvedeno. Rijetko govore o drugim njegovim karakteristikama poput ugleda proizvođača ili tehnologije proizvodnje. Ekskluzivno vino je, ukratko, za Rimljane značilo – vino iz neke regije poznate po kvalitetnom grožđu. To što je vino npr. iz Falernuma, samo po sebi znači da je kvalitetno i skupo. Razlog za ovakav stav leži ne toliko u nedovoljno razvijenoj tehnologiji proizvodnje[15] koliko u činjenici da u rimsko doba nije polagano puno pažnje procesu selekcije nove loze i prilagođavanju sorti novim uslovima. Rimljani, naprimjer, nisu smatrali da je igdje drugdje moguće gajiti recimo falernsko vino osim u brdima Falerna (Conison, 2012, str. 129).[16]

Iako je moguće da su Rimljani od pradavnih vremena proizvodili vino, jedina ekskluzivna vina koja su poznavali sve do sredine drugog vijeka bila su uvozna grčka vina.[17] Međutim, grčki kolonisti u oblasti Kampanije su vremenom uspjeli da uzgoje u Amijenu pored Neapolisa (današnjeg Napulja) odličnu sortu grožđa, koja je najbolje rezultate dala kada je kasnije prenijeta

Aurelius Victor, *Epitomae de Caesaribus* 37.3 *Galima i Panoncima dopustio je da imaju vinograde. Radom vojnika na planini Alma kod Sirmijuma i Aurea u Gornjoj Meziji zasadio je vinograde.*

[14] Imperator Prob rođen je u seljačkoj porodici u mjestu Budalija, današnji Martinci kod Sremske Mitrovice.

[15] Rimljani nisu poznavali neke vrste vina koje se danas često smatraju ekskluzivnim, poput pjenušavih vina.

[16] Kolumela je bio jedan od rijetkih koji je smatrao da aminejska sorta od koje se ono dobijalo može da se sadi u mnogim regijama, ali je priznavao da skoro niko od proizvođača ne dijeli njegovo mišljenje (Columella, *Res rustica*, 3.7.2: *cui nostrae sententiae scio paene omnium agricolarum diversarum esse opinionem*).

[17] Kod Plauta i Katona jedina vina poznata po geografskom porijeklu su grčka (Conison, 2012, str. 10–11).

u brda Falerna na granici Lacijuma i Kampanije. Bila je to prva kvalitetna italska sorta. Čuveno falernsko vino koje se od nje dobijalo predstavljalo je najcjenjenije vino u drevnom Rimu. Ono je vijekovima uživalo kultni status. Moguće je da je bilo poznato već za vrijeme Anicijevog konzulata, 160. p.n.e. (Cicero, *Brutus*, 287).

U posljednjim decenijama Republike vladala je među rimskom elitom pomama za ekskluzivnim vinima, kako uvoznim grčkim tako i domaćim kampanskim. Ona su dostizala toliko visoke cijene da su vlasti morale intervenirati. Plinije Stariji kaže da su cenzori 89. p.n.e. donijeli edikt o maksimiranju cijene grčkog amijenskog vina:

Plinius, *Nat. Hist.* 14.16: *P. Licinius Crassus, L. Julije Caesar censores anno urbis conditae DCLXV edixerunt, ne quis vinum Graecum, Amminiuque octonis aeris singula quadrantalia venderet. Haec enim verba sunt. Tanto vero greco vino gratia erat, ut singulae potiones in convictu darentur.*[18]

U daljem tekstu (Plinius, *Nat. Hist.* 14.17) Plinije kaže da se u prvom vijeku p. n. e. znatno povećala potrošnja kako ekskluzivnog domaćeg, amijenskog, tako i uvoznog, grčkog vina.[19] Dakle, Plinije je smatrao da je namjera cenzora bila da ograniči cijenu kako domaćem aminejskom, tako i uvoznom grčkom vinu. Izgleda da on nije dobro shvatio riječi edikta. Kada govore o *aminejskom grčkom* vinu, Rimljani iz perioda Republike mislili su ustvari na istu stvar, tj. na vino proizvedeno od grčke sorte iz Amijenuma, a ne na grčko *i* amijensko vino kao što to tumači Plinije. Dakle, ograničena je cijena samo ekskluzivnog domaćeg vina. Navedena mjera se uklapa u širu politiku ograničavanja neumjerene potrošnje putem zakona protiv luksuza (*leges sumptuariae*; vidi o njima Bonamente, 1980; Clemente, 1981), i nije imala protekcionistički karakter.

Cijena koju navodi Plinije je zbunjujuća, i izgleda da je začudila i samog Plinija koji zato uvjerava čitaoce da je doslovno prenio riječi edikta. On kaže da je bilo zabranjeno da se plati više od osam asa (dva sestercija, odnosno pola denarija) za kvadrantal grčkog aminejskog vina. Pod terminom kvadrantal

---

[18] Plinius, *Nat. Hist.* 14.16: *Publije Licinije Kras, Lucije Julije Cezar, cenzori, 665. godine od osnivanja Grada izdali su edikt, da niko grčko i aminejsko vino ne proda za više od osam asa za jedan kvadrantal. Takve su naime riječi (edikta). Toliko je naime grčko vino bilo cijenjeno, da su ga na gozbama davali (svakom) po čašu.*

[19] Pozivajući se na Varona, tvrdi da je Lukul raspodijelio jednom prilikom rimskim građanima preko 100.000 kongija (1 *congius* = 3,2832 l) grčkog vina, dok ga se na gozbama u kući njegovog oca nije nikada služilo više od po jedne čaše po gostu. Također, Hortenzije je ostavio svom nasljedniku 10.000 cisterni (*dolia*) skupocjenog vina s Hiosa.

se po pravilu podrazumijeva zapremina standardne amfore, približno 26 litara (o rimskim mjerama za vino vidjeti: Aličić, 2017, str. 136–138). Nije moguće da je amfora vina koštala samo dva sestercija. To je suviše malo čak i za najlošije vino.[20] Jedino objašnjenje je da je Plinije pogriješio, ili da su cenzori terminom kvadrantal označavali neku drugu jedinicu mjere, vjerojatno rimsku pintu (*sextarius* – 0,546 l).

Više podataka imamo o cijenama vina u prvom vijeku, približno u Plinijevo doba. Kolumela kaže da 7 kuleusa (1 *culles* = 20 amfora, odnosno 525,7 l) vina nižeg kvaliteta košta 2100 sestercija (Columella, *Res rustica*, 3.3.10; vid. i Wilson & Flohr, 2017, str. 38–39). Grafiti i reklamne freske s krčmi iz Pompeja i Herkulaneuma govore o sljedećim cijenama za sekstarij (0,546 l) vina: 1, 2 ili 4 asa ili 1, 3, 4 i 4,5 asa (Duncan-Jones, 1982, str. 46). U tom smislu posebno je ilustrativan reklamni grafit CIL4,1679, koji sadrži sljedeći cjenovnik: 1 as za obično vino, 2 asa za odlično i 4 asa za sekstarij falenskog vina.[21] I ovo ukazuje da se cijena iz edikta cenzora vjerojatno odnosila na sekstarij vina. Cenzori su izgleda željeli da izjednače cijenu aminejskog s cijenom ostalog kvalitetnog vina.

Najdetaljniju listu vina po geografskom porijeklu (nažalost bez cijena) dao je Plinije Stariji u svom enciklopedijskom djelu *Naturalis Historia* (Plinius, *Nat. Hist.* 14.8). On dijeli italska vina u nekoliko kategorija u zavisnosti od geografskog porijekla. Kad se radi o prvoj kategoriji, Plinije ističe da je pitanje, koje je vino prvorazredno, stvar ukusa (*quam ob rem de principatu se quisque iudicem statuet*), i zatim nabraja koja su bila omiljena vina vladara Julijevsko-Klaudijevske dinastije: nekada su to bili pucinsko (*Pucinum* – omiljeno vino carice Livije) i kekubsko (*Caecubum* – pravilo se od u Plinijevo vrijeme izumrle sorte), a u Plinijevo vrijeme setinsko (*Setinum* – omiljeno

[20] Naime, u Rimu u drugom vijeku cijena amfore dobrog vina je po nekim podacima varirala između 61–88,5 sestercija, dok su se cijene različitih vrsta vina u Pompejima u prvom vijeku kretale od 12 do 54 sestercija po amfori (Conison, 2012, str. 15–16).

[21] Na prvi pogled, razlika u cijeni između najjeftinijeg i najskupljeg vina ne djeluje za današnje pojmove visoka. Međutim, ovdje se radi o vinima za masovnu potrošnju koja su se prodavala u krčmi. Rimljani su poznavali i luksuzna vina čije su cijene bile basnoslovne, poput "falernskog opimijanskog stogodišnjeg" koje je posluženo flaširano u finim staklenim amforama na imaginarnoj gozbi bogatog oslobođenika Trimalhiona, Petronius, *Satyricon*, 34. No, kako god stvari stajale, ostaje činjenica da je vino iz Falernuma, makar nemalo nikakvu drugu osobinu koja bi ga izdvajala od ostalih, imalo duplo veću cijenu u odnosu na ostala kvalitetna vina. Uz to, dodajmo da tipično piće nižih društvenih slojeva nije uopće ni bilo vino u pravom smislu te riječi, čak ni ono najlošije, nego osvježavajuća niskoalkoholna pića na bazi sirćeta i otpadaka dobijenih u procesu proizvodnje vina, kao što je čuvena *posca*, koja su koštala još manje od običnog, stonog vina.

vino imperatora Oktavijana Augusta, kao što smo već napomenuli, ali i skoro svih potonjih imperatora). Interesantno je da kultno falernsko vino ubraja u drugu kategoriju (*secunda nobilitas Falerno agro erat*), dodajući da je njegov kvalitet vremenom opao, zbog pohlepe vinogradara koji su više vodili računa o kvantitetu. U treću kategoriju spadaju vina sa Albanskih brda u blizini grada Rima (*at tertiam palmam varie Albana urbi vicina*), sorentinsko vino (*Surrentinum*) iz Napuljskog zaljeva, i vina iz ostalih poznatih vinogorja Lacijuma i Kampanije. Četvrto mjesto na javnim gozbama pripada vinima iz mamertinskog vinogorja u okolini Mesine na Siciliji, čiju je upotrebu na javnim gozbama prvi odobrio Julije Cezar (*quartum curriculum publicis epulis optinuere a Divo Iulio — is enim primus auctoritatem iis dedit, ut epistulis eius apparet — Mamertina circa Messanam in Sicilia genita*). Zatim, bez kategorizacije nabraja poimenično brojna "ostala" (*ex reliquis*) poznata vina iz drugih dijelova Italije i Narbonske Galije. (Plinius, *Nat. Hist.* 14.8) Što se tiče "stranih" (tj. provincijskih) vina, ona su također poredana po kvalitetu, ali nisu podijeljena u kategorije kao italska. Dominiraju ona iz Grčke, posebno s otoka Arhipelaga, ali se spominju i vina iz Egipta, Male Azije i drugih regija (Plinius, *Nat. Hist.* 14.9).

Nije u potpunosti jasno na osnovu čega je Plinije rasporedio vrhunska italska vina u četiri kategorije, ali izgleda da to nije učinio na osnovu ličnih preferencija. Izričito kaže da su carevi odredili koja vina ulaze u prvu kategoriju, i djeluje kao da nije oduševljen njihovim izborom. Uz to, ističe da je mesinska vina na "vinsku kartu" javnih banketa prvi uvrstio Julije Cezar. Sve ovo ukazuje na to da je izvjesno, mada ne možemo tvrditi sa sigurnošću, da se radi o nekoj zvaničnoj kategorizaciji koja je primjenjivana na carskom dvoru i na gozbama koje su davali zvaničnici. Koje se vino služilo na banketu, vjerovatno je zavisilo od značaja događaja i ugleda gostiju. Prva kategorija vina bila je ona koja je obavezno služena u prisustvu cara, dok je posljednju kategoriju činilo ono koje je služeno na masovnim gozbama za rimske građane prilikom neke svečanosti.

Argument u prilog ovakvom zaključku je i sličnost Plinijeve liste s drugom poznatom kategorizacijom vina, onom iz Dioklecijanovog Edikta o cijenama (*Edictum de pretiis rerum venalium*), koji je (neuspješno) pokušao da zaustavi inflaciju propisivanjem maksimalnih cijena dobara i usluga za cijelu Imperiju 301. godine. Vinu je posvećeno posebno poglavlje, i to drugo, odmah iza poglavlja o žitaricama i ispred poglavlja o ulju i mesu, što bez sumnje govori o značaju problematike na koju se odnosi:

Edictum de pretiis rerum venalium: *De vinis. 1. Piceni Italicum s. unum ж triginta ; 2. Tiburtini Italicum s. unum ж triginta ; 3. Sabini Italicum s. unum ж*

triginta ; 4. Aminnei Italicum s. unum ж triginta ; 5. Saiti Italicum s. unum ж triginta ; 6. Surrentini Italicum s. unum ж triginta ; 7. Falerini Italicum s. unum ж triginta ; 8. item vini veteris primi gustus Ital. s. unum ж viginti quattuor ; 9. vini veteris sequentis gustus Ital. s. unum ж sedecim ; 10. vini rustici Ital. s. unum ж octo ;...[22]

U daljem tekstu, koji s aspekta našeg rada nije relevantan, slijede pića napravljena mješavinom vina s raznim sastojcima poput meda, začina i cvjetnih latica, ali i pića koja zapravo i nisu vina u pravom smislu, poput piva.

Vino nije jedina roba koju Edikt klasificira po geografskom porijeklu, ali je njegova klasifikacija svakako najdetaljnija. Edikt je razlikovao sljedeće klase vina: vina iz sedam imenovanih vinogorja (picensko, tiburtinsko, sabinsko, aminejsko, saitsko, sorentinsko i falernsko) koja su se mogla prodavati po cijeni od 30 tadašnjih inflatornih denarija za sekstarij; staro vino prve klase koje je koštalo 24 denarija; staro vino druge klase, 17 denarija; i stono vino (doslovce: *seljačko vino – vinum rusticum*), 8 denarija.[23]

Sličnost s Plinijevom kategorizacijom je očigledna. Na prvom mjestu je sada Picensko vino, ali odmah zatim slijede ona iz poznatih vinogorja iz okoline Rima (Tiburtinsko i Sabinsko) te iz drugih poznatih regija Lacijuma i Kampanije (aminejsko, saitsko i sorentinsko)[24] koja su zajedno činila treću kategoriju vina kod Plinija. Zanimljivo je da je falernsko vino posljednje spomenuto što bi moglo da znači da je njegov ugled u međuvremenu opao, mada to ne mora biti slučaj, jer je cijena za sva nabrojana vina ista, te redoslijed možda i nema značaja.

---

[22] Edikt o cijenama stvari za prodaju: *O vinima. 1. Picenskog, jedna italska pinta, trideset denarija; 2. Tiburtinskog, jedna italska pinta, trideset denarija; 3. Sabinskog, jedna italska pinta, trideset denarija; 4. Aminejskog, jedna italska pinta, trideset denarija; 5. Saitskog, jedna italska pinta, trideset denarija; 6. Sorentinskog, jedna italska pinta, trideset denarija; 7. Falernskog, jedna italska pinta, trideset denarija; 8. zatim starog vina prve klase, jedna italska pinta, dvadeset četiri denarija; 9. starog vina druge klase, jedna italska pinta, sedamnaest denarija; 10. stonog vina, jedna italska pinta, osam denarija; ...*

[23] Nije jasno u čemu je razlika između starog vina prve klase i starog vina druge klase u Ediktu o cijenama, te stonog vina; jasno je samo da ovo posljednje nije moralo biti odležalo, ali nije izvjesno da li se i ovdje radi o kategorizaciji po regijama, ili po nekom drugom kriteriju.

[24] Skoro sve navedene vinske regije je lako identificirati. Jedino nije sigurno na šta se odnosi termin *saitsko* (*Saiti*) *vino*. Vjerojatno je riječ o vinu iz Secije (*Setinum*), koje je svojevremeno, kako navodi Plinije, bilo omiljeno vino imperatora Oktavijana Augusta (Prantl, 2011, str. 371).

4. Vino kao tačno određeni predmet prestacije (*certum*)

Dobro je poznato da vino spada u, kako bi današnji pravnici rekli, generične stvari, ili, da se poslužimo rimskom terminologijom, *res quae pondere numero mensura constiutuitur – stvari koje se određuju vaganjem, brojanjem i mjerenjem* (D.30.47.1; EG.2.9.1; G.2.196; G.30.90, vid. više o tome u Genzmer, 1952; Savagnone, 1952; Casavola, 1954).[25]

Kada je predmet obligacije individualno određena stvar, potraživanje je uvijek *certum* (tačno određeno), ali kad se radi o generičnoj stvari, ona može biti kako *certum* tako i *incertum*. *Certum* je ono za šta se zna šta je, koliko je i kakvo je (D.45.1.75pr; D.45.1.75.1). Ova podjela ima veliki praktični pravni značaj, prije svega ako se postavlja pitanje da li stvar može biti predmet kondikcije – procesnog sredstva koje se podiže za zahtijevanje tačno određenih stvari koje su se našle u tuđoj imovini bez pravnog osnova.

Ukoliko se radi o generičnoj stvari, *incertum* je kad se ne zna kvalitet i vrsta onoga što se treba predati, npr. kad se kaže prosto da se zahtijeva određena količina vina, a ne kaže se kakvog (*sine qualitate*) (D.45.1.75.1). Dakako, ako se kaže da će se predati određena količina vina iz određenog skladišta (D.30.47.1; D.45.1.75.5), određene cisterne (D.5.1.38; D.35.2.30.4), ili uzgajanog na određenom imanju (D.33.6.5; D.33.6.13), ono postaje *certum*, jer potraživanje na neki način postaje individualizirano.

Međutim, potraživanje generične stvari postaje *certum* i bez individualizacije, ako se odredi preciznije njen kvalitet (*cum qualitate*):

D.45.1.74 Gaius libro octavo ad edictum provinciale *Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae. certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum.*[26]

---

[25] To nosi sa sobom različite pravne posljedice. Između ostalog, na vino se primjenjuje poznato pravilo o snošenju rizika *genus non perit*. Mada su Rimljani poznavali ovo pravilo, nisu ga nikad izričito formulirali. Navedena regula se ne nalazi u tom obliku u rimskim tekstovima, i plod je srednjovjekovne jurisprudencije.

[26] D.45.1.74 Gaj, iz osme knjige o provincijskom ediktu: *Neke stipulacije su tačno određene, druge nisu tačno određene. Određeno je, ono što je iz samog izgovaranja (riječi) jasno šta je kakvo je i koliko je, naprimjer deset zlatnika, zemljište u Tuskulumu, rob Stih, sto modija najboljeg afričkog žita, sto amfora najboljeg kampanskog vina.* Beretta (1943) smatra da je riječ *optimi* u ovom i još nekim tekstovima interpolirana od strane Justinijanovih kompilatora, koji nisu razumjeli da je roba u starom Rimu bila vrednovana prosto na osnovu mjesta porijekla i da se nije pra-

Dakle, vino, ali i druga roba poput žita, određeni su kad se, osim naravno količine, znaju još dvije stvari: "geografsko porijeklo" i kategorija kvaliteta. "Geografsko porijeklo" je preduslov. Moramo prvo znati da se zahtijeva kampansko vino, da bismo uopće dalje mogli ugovarati kojeg kvaliteta ono mora biti. Ali određenje "geografskog porijekla" samo po sebi nije dovoljno, potrebno je da se zna i kategorija kvaliteta, i to da se tačno utvrdi:

D.45.1.75.2 Ulpianus libro vicensimo secundo ad edictum *Usque adeo, ut, si quis ita stipulatus sit 'tritici Africi boni modios centum' >'vini Campani boni amphoras centum', incertum videatur stipulari, quia bono melius inveniri potest: quo fit, ut boni appellatio non sit certae rei significativa, cum id, quod bono melius sit, ipsum quoque bonum sit. at cum optimum quisque stipulatur, id stipulari intellegitur, cuius bonitas principalem gradum bonitatis habet: quae res efficit, ut ea appellatio certi significativasit.*[27]

Kako smo rekli, specifikacija stvari može se izvršiti putem određivanja npr. iz kojeg skladišta ili cisterne će se zahvatiti vino, ali i određivanjem njegovih osobina – geografskog porijekla i kvaliteta. Međutim, ona može biti učinjena kombinacijom ova dva načina, što može izazvati nedoumice, posebno kod tumačenja legata:

vila razlika između, recimo, različitih kategorija kampanskog vina (str. 202–226). Protiv ovog stava je Provera (1955), koji smatra da je pored mjesta porijekla (*luogo di origine*) bilo neophodno da se precizira i kvalitet (str. 1–2). Mišljenje Provere djeluje prihvatljivije. Ako bismo prihvatili postojanje interpolacije u ovom tekstu, onda bismo trebali prihvatiti da ona postoji i u drugim tekstovima u kojima se govori o kvalitetu vina pored mjesta porijekla. Osim toga, termin *kampansko* je suviše uopćen. Postojalo je, kako smo vidjeli, više vrsta vina iz kampanske regije i cijena svih njih nije bila ista. Možda bi stvar stajala drugačije da je mjesto porijekla preciznije određeno, da se govorilo recimo o falenskom vinu, ali to možemo samo da nagađamo. Za interpretaciju teksta D.45.1.74 vid. i Benitez Lopez, 1994, str. 209–211, kao i Fuenteseca Degeneffe, 2008, str. 206–207.

[27] D.45.1.75.2 Ulpijan, iz dvadeset druge knjige o ediktu: *Sve dovde, recimo, ako neko ovako bude obavezan stipulacijom 'sto modija dobrog afričkog žita' >'sto amfora dobrog kampanskog vina', smatra se da nije stipulisano na tačno određeno, jer se može naći bolje od dobrog; iz čega proizlazi, da naziv dobro nema značenje tačno određene stvari, jer ono, što je bolje od dobrog, i samo je dobro. A ako je neko stipulirao najbolje, smatra se da je stipulirano ono, čiji kvalitet pripada prvom razredu kvaliteta; iz koje stvari proizlazi, da taj naziv ima značenje tačno određenog.* Wolf (1970) smatra, pozivajući se na Beselera, da je dio teksta *quo fit, ut boni appellatio non sit certae rei significativa* interpoliran (str. 192). Ovim pitanjem nećemo se baviti budući da navedeni dio teksta nije od značaja za naše istraživanje. Za analizu ovog teksta vid. i Benitez Lopez, 1994, str. 209 i Provera, 1955, str. 6, nap. 20.

D.33.1.17.1 Labeo libro secundo posteriorum a Iavoleno epitomatorum *>'Vini Falerni, quod domi nasceretur, quotannis in annos singulos binos culeos>heres meus Attio dato'. etiam pro eo anno, quo nihil vini natum est, deberi duos culeos, si modo ex vindemia ceterorum annorum dari possit.*[28]

Labeon kaže da je testator naložio nasljedniku da svake godine daje dva kuleusa vina legataru, i to falernskog, koje bude uzgajano na imanju.[29] Radi se dakle o legatu buduće stvari. Legirano je vino koje će tek nastati. Ono je određeno na dva načina: po "geografskom porijeklu", kao falernsko, i po načinu kako je pribavljeno, kao domaće vino, tj. vino *koje rodi kod kuće* (*qui domi nasceretur*). Labeon kaže da ukoliko određene godine nije bilo roda domaćeg falernjaka, nasljednik mora da preda dva kuleusa ukoliko je preostalo vina od prethodnih godina. Ukoliko nije, neće biti u obavezi da preda ništa za tu godinu.[30]

O "geografskom porijeklu" vina vodi se računa i u sljedećem Prokulovom tekstu:

D.33.6.16pr Proculus libro tertio ex posterioribus Labeonis *Qui vinum Surrentinum in urnalibus habebat diffusum, is tibi vinum legaverat in amphoris omne. illud quoque vinum, quod in urnalibus fuisset, legatum esse Labeo et Trebatius responderunt.*

1 Cui dulcia legata essent, si nihil aliud testamento significetur, omnia haec esse legata: mulsum passum defrutum et similes potiones, item uvas ficos palmas caricas.

2 Quod si ita esset legatum: 'vinum amphorarium Aminaeum Graecum et dulcia omnia', nihil inter dulcia, nisi quod potionis fuisset, legatum putat Labeo ex collatione vini amphorarii: quod non improbo. [31]

---

[28] D.33.1.17.1 Labeon, iz druge knjige epitoma o Javolenovim sljedbenicima: *>"Falernskog vina, koje bude kod kuće rodilo, svake godine dva kuleusa godišnje moj nasljednik neka daje Atiju." Isto tako za onu godinu, u kojoj ništa vina nije rodilo, treba da duguje dva kuleusa, samo ako se iz berbe od ostalih godina može dati.* Vid. Rodriguez Montero 1999, str. 466. nap. 3.

[29] Nije jasno da li se radi o imanju koje mu je testator ostavio, ili o njegovom imanju, no to s aspekta našeg istraživanja ionako nije od značaja.

[30] Moglo bi se postaviti pitanje da li je geografska odrednica suvišna u ovom slučaju, ali izgleda da ona može imati smisla. Naime, ukoliko ima više vinograda, njegova obaveza se odnosi samo na onaj u Falernumu. Osim toga, ukoliko ne bude više posjedovao to imanje, neće ni biti obavezan da predaje vino, iako posjeduje vinograde u drugim mjestima.

[31] D.33.6.16pr Prokul, iz treće knjige o Labeonovim sljedbenicima: *Onaj koji je imao Sorentinsko vino natočeno u urne, tebi je legirao sve vino u amforama. Labeon i*

U prvom paragrafu Prokul raspravlja o pitanju, da li, ako je testator legirao sorentinsko vino u amforama, a zapravo je sve vino držao u manjim sudovima tj. urnama, to znači da je vino legirano ili ne? Prokul smatra, pozivajući se na Labeona i Trebacija,[32] da vino jeste legirano. Po svemu sudeći, klasični jurisprudenti su smatrali da je ovakvo rješenje u skladu s pretpostavljenom voljom testatora.

U drugom paragrafu Prokul raspravlja situaciju kada su nekome legirana sva slatka vina (*dulcia*). Ukoliko je testator tačno naveo šta se pod time podrazumijeva, onda treba slijediti riječi testamenta. Ako nije, Prokul nabraja koje se sve vrste vina uobičajeno podrazumijevaju pod "slatkim", ali ta rasprava nije od značaja za temu našeg rada.

U trećem paragrafu raspravlja se kombinaciji ove dvije situacije: nekom je legirano amforirano aminejsko grčko vino i sva slatka vina. Prokul kaže, pozivajući se na Labeona, da se u tom slučaju smatra da su legirana samo ona slatka vina koja su nastala miješanjem s amforiranim vinom. Naime, u prethodnom paragrafu, nabrajajući slatka vina, Prokul je spomenuo da se pod time između ostalog podrazumijevaju i razna pića nastala miješanjem vina s drugim sastojcima: začinima, medom itd. Smatra da je namjera testatora bila da legira ne sve slatko vino i sva amforirana vina iz aminejskog vinogorja koja je testator imao, nego samo ona slatka vina koja su nastala mješavinom amforiranog aminejskog vina i drugih sastojaka. Dakle, čisto amforirano aminejsko vino, i slatka vina nastala miješanjem s drugim vinima, nisu ostavljena legatom. Nije navedeno šta je razlog za ovakvo uže tumačenje od strane Labeona, s kojim se slaže i Prokul.

U svakom slučaju, i ovaj primjer pokazuje da je regija odakle je vino poteklo korištena kao način specifikacije stvari prilikom legata generične stvari. La-

Trebacije su odgovorili da je i ono vino, koje je bilo u urnama, legirano. 1 Kome su legirana slatka (vina), ako ništa drugo nije u testamentu naznačeno, legirana su mu sva ova: medovina, šira, začinjeno (vino) i slična pića, također (ona od) grožđa, smokava, palmi i sušenog voća. 2 A ako je ovako legirano: 'amforirano aminejsko grčko vino i sva slatka', ništa od slatkih, osim onog što je kao napitak napravljeno miješanjem s amforiranim vinom, Labeon ne smatra da je legirano; što ne mislim da je nerazumno. U ovom radu naveli smo tekst u obliku u kojem ga prihvata većina romanista, prema kojem je ovo Prokulov tekst. Jedino Guarino (1955) navodi verziju po kojoj je autor ovog teksta Javolen, ne navodeći razloge, te je moguće da se radi o grešci (str. 113, nap. 21). Za analizu teksta D.33.6.16pr vidjeti i: Durante, 1983, str. 274; Zazzera, 1972, str. 348–352; Mantovani, 1988, str. 301.

[32] Uočljivo je da je Labeonovo ime navedeno prije Trebacija iako je Trebacije stariji, što odstupa od reda uobičajenog kod rimskih juriskonsulta. O mogućim razlozima vid. Guarino, 1955, str. 113, nap. 21.

beon i Prokul ne izražavaju sumnju da vino koje nije iz amijenske regije u ovom slučaju nije predmet legata.

Ako je u ugovoru ili u testamentu, dakle, određeno da se mora predati vino iz određene regije, dužnik to mora izvršiti kako je naznačeno. U protivnom može biti tužen tužbom iz ugovora ili legata. Evo jednog primjera:

D.19.2.11.3 Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum *Qui vinum de Campania transportandum conduxisset, deinde mota a quodam controversia signatum suo et alterius sigillo in apothecam deposuisset, ex locato tenetur, ut locatori possessionem vini sine controversia reddat, nisi culpa conductor careret.*[33]

Iako je ovaj pasus kratak, u njemu naveden slučaj je kompliciran i zahtijeva detaljnu analizu.

Zaključen je ugovor o djelu (*locatio conductio operis*). Izvršilac djela (konduktor) je trebao da transportira kampansko vino i da ga preda naručiocu (lokatoru). Međutim, u toku transporta je došlo do nejasnoće jer je vino prevoženo zajedno sa vinom neke druge osobe, i po prispijeću nije se znalo šta kome od tovara pripada.[34]

Konduktor unajmljen da preveze vino i pratilac drugog tovara odlučili su da, dok se stvar ne riješi, deponiraju sve amfore u skladište i da vrata skladišta zajedno zapečate. To su uradili vjerovatno zato da se ono ne bi u međuvremenu pomiješalo još i s vinom nekog četvrtog lica ili da ga neko ne bi namjerno zamijenio, te da se stvari ne bi dodatno zakomplicirale.

---

[33] D.19.2.11.3 Ulpijan, iz trideset druge knjige o ediktu: *Ko je unajmljen da transportira vino iz Kampanije, pa ga zatim zbog neke nejasnoće zapečaćeno svojim i tuđim pečatom deponira u skladište, bit će odgovoran na osnovu najma, da naručiocu preda posjed vina bez nejasnoće, ako nema krivice na strani izvršioca.*

[34] Jasno je da nije došlo do fizičkog miješanja vina (*confusio*), kao recimo ako bi mornari greškom sipali tuđe vino u cisternu u kojoj se nalazilo vino koje pripada drugom licu. Riječ je o nečem drugom. Najvjerojatnije, vino je prevoženo brodom, u neobilježenim amforama koje su se u putu pomiješale tako da se nije znalo koja od njih kome pripadaju. U starom Rimu amfore su uglavnom imale pisane oznake (*tituli picti*) na kojima su bili naznačeni razni podaci poput onih o vrsti, količini, geografskom porijeklu i kvalitetu vina. Na njima se ponekad nalaze i imena proizvođača, trgovca, kupca kome je vino namijenjeno, ili čak proizvođača amfora, i arheolozi nisu uvijek sigurni o kome se radi (Conison, 2012, str. 74–75). O natpisima na uljnim amforama vid. Martinez & Rodríguez, 2010, str. 41 i dalje. No, amfore nisu uvijek bile obilježene, a do zabune je moglo doći i iz drugih razloga, recimo ako su se natpisi izbrisali, ili ako su oba lica u pitanju imala isto ime.

Pečaćenje stvari putem voštanih pečata (*signa*) stranaka ili svjedoka i lanenog konca – jemstvenika (*linum*) u skladište, sanduk, posudu ili vreću, bio je u starom Rimu (a često je to i danas) uobičajeni postupak u mnogim situacijama radi osiguranja netaknutosti sadržaja.[35]

No, lice unajmljeno da preveze vino je izgleda smatralo da je na ovaj način i izvršilo svoju obavezu, pozivajući naručioca da sam riješi nedoumicu oko toga koje su čije amfore. Lokator je odbio neuredno ponuđenu prestaciju, i nema sumnje da je to učinio s punim pravom.[36]

Dakle, nije upitno da lokator može da tuži konduktora. Pravno pitanje koje Ulpijan razmatra je vjerovatno bilo približno ovako formulirano: kojom tužbom to treba da učini, i šta njome može da zahtijeva?

Ulpijan smatra da se može podići osnovna tužba iz ugovora: *actio locati.* Dakle, bio konduktor kriv ili ne, ne može se podići ni jedna tužba iz delikta.[37]

Drugo je pitanje, šta se njome može zahtijevati? Njome se može zahtijevati predaja vina bez nejasnoće (*sine controversia*), *izuzev* ako je konduktor kriv.

---

[35] Vreće s novcem su se po pravilu pečatile prilikom predaje u ostavu (D.16.3.29pr, D.16.3.26.2, PS.2.12.5). Ulpijan na jednom mjestu spominje zapečaćeni sanduk (*cista*) sa stvarima ostavljenim u ostavu (D.16.3.1.41). Očigledno, stvari su se držale zapečaćene da se ne bi pomiješale s tuđima ili da bi postojala veća izvjesnost da depozitar neće da ih koristi, a ujedno i kao dokaz o netaknutosti sadržaja.

[36] Ovo podsjeća na postupak jednog kupca koji spominje Scevola, koji je zapečatio vreću s novcem u situaciji kada je prodavac izbjegavao da preuzme isplatu (D.18.3.8). Međutim, u ovom slučaju radilo se o zakašnjenju (docnji) povjerioca, i dužnik je vjerovatno htio da položi novac u sudski depozit. U našem slučaju docnje povjerioca nema jer nije ponuđena uredna prestacija, te je on imao pravo da je odbije. Čak i da je skladište zapečaćeno pečatom naručioca, diskutabilno je pitanje da li bi se smatralo da li je vino predato ili ne. U čuvenom tekstu D.18.6.1 koji se odnosi na prodaju vina Ulpijan, između ostalog, kaže da će rizik za propast vina u slučaju kupovine na probu (*emtio ad gustum*) biti i dalje na prodavcu dokle god vino ne bude degustirano od strane kupca, čak i nakon što je kupac zapečatio cisternu svojim pečatom. On to obrazlaže, pozivajući se na Labeona, time što se sud s vinom češće pečati zato da se ne bi greškom zamijenio za drugi, nego da bi se smatralo da je predat. No, on navodi i suprotno mišljenje pravnika Trebacija, koji je mislio da se treba smatrati da je vino predato ako je zapečaćeno pečatom kupca.

[37] U ovom slučaju nema zle namjere te se ne može govoriti o postojanju prevare ili krađe. Nema ni protivpravno nanijete štete (*damnum iniuria datum*) jer vino nije oštećeno ili uništeno. U nekim drugim slučajevima, recimo prosipanja vina ili prljanja ili miješanja s drugim sastojcima, smatralo bi se da je vino *corruptum* (*pokvareno*), što se moglo uklopiti u šire tumačenje riječi *ruptum* (*uništeno*) iz Akvilijevog zakona (D.9.2.27.15; D.9.2.27.pr; G.3.217; I.4.3.13) te se u takvim slučajevima mogla podići akvilijanska tužba.

Kontroverza je u ovom slučaju najvjerojatnije nastala ne oko kvaliteta nego oko geografskog porijekla vina. Naručilac je, kako Ulpijan jasno kaže, želio vino iz Kampanije. Dakle, konduktor mora da naručiocu preda vino iz te regije. Hoće li riješiti nesporazum i uspjeti da identificira vino, ili će naručiti drugo iz te regije, vjerojatno nije od značaja.

Ulpijan kaže da će se predaja vina bez nejasnoće moći zahtijevati ako u cijeloj stvari nema krivice dužnika. Nije rečeno šta se još može zahtijevati ako je konduktor kriv, recimo ako su se amfore pomiješale zbog njegove nemarnosti, ali je izvjesno da se misli na naknadu štete koju je povjerilac eventualno pretrpio.

U situaciji kad je konduktor kriv stvar je jasna: biće tužen tužbom iz ugovora i morat će i da preda vino bez neizvjesnosti i da nadoknadi i štetu koju je povjerilac pretrpio. Ali problem predstavlja druga situacija, u kojoj dužnik nije kriv i zato treba samo da preda vino *sine controversia*, bez naknade štete. O kojoj se tužbi ovdje radi? Moguća su dva tumačenja.

Prvo, po kome se i u ovom slučaju radi o *actio locati*, zastupaju autori koji smatraju da je u rimskom pravu lokator mogao odgovarati za kustodiju, s tim što u tom slučaju nije morao da naknadi štetu nego samo vrijednost stvari (Molnar, 1982, str. 604).

Drugo, po kome se ovdje ne radi o *actio locati* nego o nekom drugom procesnom sredstvu kojim se zahtijeva predaja stvari bez naknade štete, i to vjerojatno o tužbi za iznošenje stvari na uvid (*ad exhibendum*). Ovaj stav zastupaju autori koji smatraju da se po *actio locati* nije moglo odgovarati bez krivice (Du Plessis, 2012, str. 93–94).

Rješenje ovog problema prevazilazi okvire ovog rada, te se njime nećemo baviti. Možemo samo konstatirati ono što iz teksta D.19.2.11.3 proizlazi kao nesumnjivo. U slučaju nejasnoće oko geografskog porijekla vina koje transportira, izvršilac djela dužan je da preda vino bez nejasnoće ili naknadi njegovu vrijednost ako je do nejasnoće došlo bez njegove krivice. Ostaje otvoreno pitanje kojim procesnim sredstvom može biti tužen u tom slučaju. A ako je za to kriv, mora da naknadi i štetu koju je naručilac djela pretrpio, i to po osnovu tužbe iz ugovora o djelu.

Dakle, uvijek kada je u obligaciji naznačeno geografsko porijeklo vina koje treba da bude predato, smatrat će se da je dužnik izvršio svoje obavezu samo ako je predao vino iz zahtijevanog vinogorja, i to *sine controversia*. No, s druge strane, ako to nije izričito ugovoreno, a povjerilac zahtijeva vino

određenog geografskog porijekla, smatrat će se da zahtijeva više nego što ima pravo, odnosno postojaće *plus petitio*:

I.4.6.33D *Huic autem, qui loco plus petere intellegitur, proximus est is qui causa plus petit: ut ecce si quis ita a te stipulatus sit hominem Stichum aut decem aureos dare spondes?, deinde alterutrum petat, veluti hominem tantum aut decem tantum. ideo autem plus petere intellegitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam an hominem solvere malit: qui igitur pecuniam tantum vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario et eo modo suam quidem meliorem condicionem facit, adversarii vero sui deteriorem. Qua de causa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est ut eodem modo peteret, quo stipulatus est. praeterea si quis generaliter hominem stipulatus sit et specialiter Stichum petat, aut generaliter vinum stipulatus specialiter Campanum petat, aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat: plus petere intellegitur, quia electionem adversario tollit, cui stipulationis iure liberum fuit aliud solvere, quam quod peteretur. quin etiam licet vilissimum sit quod quis petat, nihilo minus plus petere intellegitur, quia saepe accidit, ut promissori facilius sit illud solvere, quod maioris pretii est.*[38]

Ovaj tekst iz Justinijanovih Institucija nastao je proširivanjem teksta G.4.53.D iz Gajevih Institucija, možda materijalom preuzetim iz drugih klasičnih tekstova. Tekst se bavi problematikom *causa plus petitio* (zahtijevanja više u pravnom osnovu). Riječ je o situaciji kada povjerilac formulira tužbu tako da oduzima mogućnost dužniku da izabere jedan od više načina ispunjenja. Do toga dolazi kada zahtijeva jednu od prestacija iz alternativne obligacije kod koje je izbor na dužniku, ili kada zahtijeva tačno određenu stvar

[38] I.4.6.33D *Onaj pak, za koga se smatra da zahtijeva više u mjestu, sličan je onome koji zahtijeva više u osnovu; recimo ako onaj kome si se obavezao stipulacijom ovako "da li se obavezuješ da predaš roba Stiha ili deset zlatnika?", zatim zahtijeva jedno od ta dva, naprimjer samo roba ili samo deset (zlatnika). Međutim isto tako se smatra da zahtijeva više, jer u toj vrsti stipulacija promisoru pripada izbor, da li hoće da isplati novac ili roba; ko dakle zahtijeva da mu se dā samo novac ili samo rob, taj oduzima izbor suprotnoj strani i na taj način čini svoju poziciju boljom, a drugoj strani lošijom. Iz tog razloga u toj stvari je data tužba, kojom neko zahtijeva da mu bude predat rob Stih ili deset zlatnika, to jest da zahtijeva na onaj način, koji je ugovoren. Osim toga ako neko uopćeno stipulira roba pa posebno zahtijeva Stiha, ili uopćeno stipulira vino pa posebno zahtijeva kampansko, ili uopćeno stipulira purpur, pa onda posebno zahtijeva tirski; smatra se da zahtijeva više, jer oduzima mogućnost izbora drugoj strani, koja je po pravu stipulacije bila slobodna da isplati nešto drugo, umjesto onog što je zahtijevano. Štaviše i ako je jeftinije ono što neko zahtijeva, ništa manje se ne smatra da se zahtijeva više, jer se često događa, da je promisoru lakše isplatiti ono, što ima veću cijenu.* Vid. Provera, 1955, str. 2 i str. 6–7.

u generičnoj obligaciji, ili kada zahtijeva određenu vrstu generične stvari koja nije bila ugovorena. U pogledu ovog posljednjeg, navode se dva primjera: *kada uopćeno stipulira vino pa posebno zahtijeva kampansko, ili uopćeno purpur, pa onda zahtijeva posebno tirski.* Gaj je naveo samo primjer s tirskim purpurom, primjer s kampanskim vinom su dodali Justinijanovi kompilatori. Ovo pokazuje da je ideja o specifikaciji stvari putem geografskog porijekla opstala u svijesti pravnika do Justinijanovog doba.

5. Zaključak

U rimskom zakonodavstvu može se uočiti relativno konstantna tendencija da se prilikom donošenja propisa koji se odnose na uzgajanje loze i promet vina vodi računa o zaštiti italske proizvodnje vina, posebno one u regijama Lacijuma i Kampanije, od konkurencije vina iz provincija. Ta tendencija može se uočiti već u vrijeme pozne republike na osnovu jednog podatka koji navodi Ciceron. Iako Domicijanov edikt o ograničenju proizvodnje vina i Dioklecijanov edikt o cijenama (u dijelu koji se odnosi na vino) nisu imali za prevashodni cilj zaštitu italske poljoprivrede, u njima je ipak uočljiva protekcionistička crta. Na osnovu Plinijevog djela čini se da na zvaničnim banketima i javnim gozbama nisu služena vina proizvedena van Italije i Sicilije. Iako je poznato da su i druge regije Imperije imale ekskluzivna vina, poput grčkog otoka Hios, rimski zakonodavac njihovoj zaštiti nije nikad poklonio posebnu pažnju. U čisto pravnom smislu, pod vrhunskim vinom se po pravilu podrazumijevalo samo italsko.

Geografsko porijeklo vina moglo je značajno utjecati na cijenu vina tokom najvećeg dijela rimske historije, o čemu svjedoče kako pravni tako i literarni izvori. Odnos cijena falernskog i drugih vina iz poznatih vinogorja i običnog vina relativno malo se promijenio u periodu za koji imamo podatke, od sredine prvog do početka četvrtog vijeka. Vino iz poznatih vinogorja je vrijedilo otprilike četiri puta više od običnog vina, i dvostruko više od ostalog kvalitetnog vina. I prilikom pokušaja ograničavanja cijena u Dioklecijanovom ediktu o tome se vodilo računa.

I klasični rimski pravnici su vodili računa o tome da je vino iz poznatih vinogorja bilo skupo. Shodno tome razvili su pravila o tumačenju volje stranke u situaciji kada se u pravnom poslu spominje mjesto ili regija proizvodnje vina. Mada su i neki drugi proizvodi bili određivani po mjestu ili regiji proizvodnje (poput tirskog purpura ili afričkog žita), vino je roba o kojoj se najčešće raspravlja s ovog aspekta. Geografsko porijeklo bilo je jedan od uslova da bi vino, kao generična stvar, bilo tačno određen (*certum*) predmet presta-

cije. Da bi nešto bilo *certum*, mora se znati šta je, koliko je i kakvo je. Ovo posljednje kad se radi o vinu podrazumijeva dvije stvari: da mora biti tačno utvrđena njegova kategorija kvaliteta i regija proizvodnje.

Činjenica da je predmet prestacije tačno određen nosi sa sobom važne pravne posljedice. Prije svega, ono može biti predmet *condictio certi*. Osim toga, izvršenje obaveze suprotno preciznijem određenju, tj. predaja vina iz druge regije ili neizvjesnog porijekla, smatra se neurednim izvršenjem obligacije i povjerilac tako ponuđenu prestaciju nije dužan prihvatiti. Međutim, ako povjerilac tužbom zahtijeva predaju vina iz određene regije iako to nije ugovoreno, postojaće *plus petitio*, sa svim posljedicama koje to nosi.

Na kraju, treba istaći da Rimljani uprkos svemu navedenom nisu nikad izgradili opći koncept "geografskog porijekla", pa čak nemaju ni opći termin kojim bi takvu kategoriju označili. Oni jednostavno govore npr. o falernskom, sorentinskom ili kampanskom vinu. Također, način na koji oni gledaju na ovu problematiku je potpuno drugačiji u odnosu na onaj na koji je posmatraju savremeni pravnici. Danas se na geografsko porijeklo proizvoda gleda uglavnom kroz prizmu "zaštićene geografske oznake porijekla". U pitanju je moderni institut koji spada u oblast "intelektualnog vlasništva", koji se u evropsko-kontinentalnom pravu razvio relativno nedavno, pod snažnim utjecajem anglosaksonskog prava, i koji niti rimsko niti druga stara prava nisu poznavali. Ideja o pravnoj zaštiti proizvođača od konkurenata koji uzgajaju vino pod istim imenom u drugim regijama, u starom Rimu nije postojala. Jedini koji je mogao uživati zaštitu u takvoj situaciji bio je povjerilac u obligaciji, i to, kako smo vidjeli, općim institutima obligacionog prava: tužbama i prigovorima zbog neizvršenja ili neurednog izvršenja prestacije, a vjerojatno i zbog prevare ili zablude.[39]

Bibliografija

1. Aličić, S. (2017). Vinske posude (vasa vinaria) u rimskom pravu. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1(65), 131–150.
2. Arthur, P. & Williams, D. (1992). Campain wine, Roman Britain and the third century A. D. *Journal of Roman Archeology,* 5, 250–260.

[39] Što se tiče ovog posljednjeg, u izvorima nema ni jednog primjera odgovornosti dužnika zbog prevare u situaciji ako bi povjerioca obmanuo u pogledu geografskog porijekla vina. Također, ne govori se ni o poništenju ugovora u slučaju zablude o porijeklu vina. Ali, s druge strane, izvori ne daju ni razloga za sumnju da bi u takvim slučajevima licu u pitanju bila pružena pravna zaštita.

3. Benitez Lopez, M. M. (1994). *La venta de vino y otras mercancias en la jurisprudencia romana*. Madrid: Dykinson.

4. Beretta, P. (1943). Qualitas e bonitas nell'obbligazione di genere. II Intorno alla formula edittale della condictio certae rei", *Studia et documenta historiae et iuris,* 9, 202–226.

5. Blázquez Martinez, B. & Remesal Rodríguez, J. (2010). *Estudios sobre el Monte Testaccio (Roma)*, Barcelona: Universidad de Barcelona.

6. Bonamente, M. (1980). Leggi suntuarie e le loro motivazioni. *Tra Grecia e Roma: temi antichi e metodologie moderne*, Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 67–92.

7. Casavola, F. (1954). Emptio pondere numero mensura. *Scritti giur. per il centenario della casa ed. Jovene*, Napoli: Jovene, 551–580.

8. Clemente, G. (1981). Le leggi sul lusso e la società romana tra il III e il II secolo a. C. *Società romana e la produzione schiavistica*, Bari: Laterza, vol. III, 1–14.

9. Conison, A. (2012). *The Organization of Rome's Wine Trade*, (doktorska disertacija), University of Michigan.

10. Cracco Ruggini, L. (1998), Roma e il vino norditalico, *La mémoire perdue. Recherches sur l'administration romaine*, Roma, 345–364.

11. Duncan-Jones, R. (1982). *The Economy of the Roman Empire: Quantitative Studies*, Cambridge: Cambridge University Press.

12. Durante, V. (1983). Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana [Atti di un seminario. A cura di G. G. Archi. Firenze 27-28 maggio 1983]., *IVRA,* 34, 274.

13. Eitrem, S. & Amundsen, L. (1957). Sale of Wine on Delivery P. Osl. inv. no. 1440, *Eos, 48.2, [Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae II]*, 77–81.

14. Fott, D. (2014). Skepticism about Natural Right in Cicero's De Republica, *Etica & Politica/Ethics & Politics*, XVI (2), 233–252.

15. Fuenteseca Degeneffe, M. (2008). Dare facerre oportere y los orígines de la obligatio ex contractu, *RIDA,* 55, 203–239.

16. Genzmer, E. (1952). Pondere, numero, mensura, *AHDO-RIDA*, 1, 469–949.

17. Guarino, A. (1955). Labeone giurista meridionale [Rielaborazione del redazionale di Labeo I (1955) 5 s. e dell'articolo apparso ivi, con lo stesso titolo di questo, a. p. 49. s.]. *Pagine di diritto romano,* 5, 109–124.

18. Hanemaayer, F. (1968). Loan of Wine, *Antidoron M. David,* Lugdunum Batavarum, 1968, 28–30.

19. Jakab, É. (1999b). Garantee and Jars in Sales of Wine on Delivery". *Journal of Juristic Papyrology,* 29, 33–44.

20. Jakab, É. (1999a). Vinum effundere in Ulp. D.18.6.1.3, *Zeitschrift der Savigny Stiftung,* 116, 71–111.

21. Jakab, É. (2002). Ein fundus cum instrumentu legatus und der "Verbliebene Wein": Scevola D.33.7.27.3. *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, 119, 177–211.

22. Jakab, É. (2004). Periculum und Praxis: Vertragliche Abreden beim Verkauf von Wein, *Zeitschrift der Savigny Stiftung* 121, 189–232.

23. Jakab, É. (2009). *Risikomanagement beim Weinferkauf, Periculum und praxis im Imperium Romanum*, München: Verlag C. H. Beck.

24. Jakab, É. (2003). Wo gärt der verkaufte Wein? Zur Deutung der Weinleinferungskäufe in der graeco-ägyptischen Papyri. *Symposion 1997, Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, 295–318.

25. Kehoe, D. P. (1988). *The Economics of Agriculture on Roman Imperial Estates in North Africa*, Göttingen: Vandehoeck & Ruprecht.

26. von Lübtow, U. (1956-1957). Catos leges venditioni et locationi dictae, *EOS,* 3, 227–241.

27. Manfredini, A. D. (1988). Costantino la Tabernaria e il vino, *Accademia Romanistica Costantiniana. VII Convegno, 1985*, *Napoli*, 326–341.

28. Mantovani, D. (1988). Sull' origine dei "libri posteriores" di Labeone, *LABEO*, 34, 271–322.

29. Marzano, A. (2007). *Roman Villas in Central Italy: A Social and Economic History*, Leiden-Boston: Columbia Studies in the Classical Tradition.

30. Maškin N. A. (2005). *Istorija starog Rima*. Beograd: Naučna KMD.

31. Mckinlay, A. P. (1953). Wine and the law in ancient times. *Studies Robinson,* 2, 858–867.

32. Molnar, I. (1982). Verantwortung und Gefahrtragung dei der locatio conductio zur Zeit des Prinzipats, *Aufstieg u. Niedergang*, 2/14, Berlin-New York: De Gruyter, 583–680.

33. Olszak, N. (1990). Emptio ad gustum: la vente à la dégustation de l'antiqité à l'article 1587 du Code civil, *Tijdschrift voor Rechtgeschiedenis,* 58, 361–268.

34. Pennitz, M. (1994). Die Gefahrtragung beim Weinverkauf im klassischen römischen Recht. *Tijdschrift voor Rechtgeschiedenis,* 62, 251–296.

35. du Plessis, P. (2012). *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE – 284 CE*, Leiden – Boston: Brill.

36. Prantl, M. (2011). Diocletian's Edict on Maximum Prices of 301 AD. A fragment foung in Aigeira, *Historia scribere,* 3, 359–398.

37. Provera, G. (1955). Corrispondenze tra „stipulatio" ed „intentio" (riflessioni su Gai., *inst.* 4.53d). *Collana della Rivista di Diritto Romano – Giuseppe Provera, Scritti giuridici,* 1–9. Preuzeto 13. 8. 2017. sa: http://www.ledonline.it/rivistadidirittoromano/scrittiprovera.html

38. Rodriguez Montero, R. P. (1999). La carta de Seya: problemática jurídica de una epístola peculiar. *RIDA*, 46, 465–497.

39. Savagnone, G. (1952). La categoria delle „res fungibiles". *BIDR*, 55–56, 18–64.

40. Silver, M. (2011). A fiscalist interpretation of De Republica 3.16. *PHOENIX, by Classical Association of Canada*, Vol. 65, No. ½, Spring-Summer/printemps-été 2011, 66–73.

41. Van Oyen, H. (1968). Acknowledgement of a debt concerning replacement of bad wine, *Antidoron M. David,* Lugdunum Batavarum, 77–80.

42. Wilson, A. & Flohr, M. (2017). *The Economy of Pompeii*. Oxford: Oxford University Press.

43. Wolf, J. G. (1970). *Causa stipulationis*, Köln-Wien: Böhlau.

44. Yaron, R. (1959). Sale of Wine, *Studies in the Roman Law of Sale [Dedicated to the memory of Francis de Zulueta]*, 71–77.

45. Zazzera, S. (1972). Brevi note sul legato di vino. *Labeo,* 18, 348–352.

Izvori

Corpus iuris civilis
Digesta
D.5.1.38
D.9.2.27pr

D.9.2.27.15
D.16.3.1.41
D.16.3.26.2
D.16.3.29pr
D.18.3.8
D.18.6.1
D.19.2.11.3
D.19.2.11.3
D.30.47.1
D.33.1.17.1
D.35.2.30.4
D.33.6.13
D.33.6.16pr
D.33.6.5
D.45.1.74
D.45.1.75pr
D.45.1.75.1
D.45.1.75.2
D.45.1.75.5

Institutiones
I.4.3.13
I.4.6.33D

Fontes iuris romani ante Iustiniani
Gai Institutiones
G.2.196
G.3.90
G.3.217
G.4.53.D

Edictum de pretiis rerum venalium
EP. II

Pauli Sententiae
PS.2.12.5

Epitomae Gai
EG.2.9.1

Literarni izvori
Aurelius Victor, *Epitomae de Caesaribus* 37.3

Cato, *De agri cultura*, 1.7
Cicero, *De republica*
Columella, *Res rustica*, 3.7.2
Eutropius, *Breviarium*, 9.17
Hieronimus, *Chron*. 91–92
Petronius, *Satyricon*, 34
Philostratus, *Vitae sophistarum*, 521
Plinius, *Nat. Hist.* 14.8
Plinius, *Nat. Hist.* 14.9
Plinius, *Nat. Hist.* 14.16
Plinius, *Nat. Hist.* 14.17
Statius, *Silvae* 4.3.11-12
Suet, *Domit*. 7.2

Epigrafski izvori
CIL4,1679

Dr. Samir Aličić
Assistant Professor
University of Istočno Sarajevo Faculty of Law

"GEOGRAPHIC ORIGIN" OF WINE IN ROMAN LAW

Summary

The subject of research are Roman legal texts that mention the region or place of origin of wine. The goal of the paper is to determine what type of legal significance the "geographic origin" has in Roman law. The author believes that the question from which region the wine originates is significant from three aspects: protection of Italian wine growing from the competition from provinces through protectionist measures, wine prices, and more precise definition of wine as generically specified prestation in obligation. Despite the fact that they took care of the place of origin of wine, Roman jurists did not construct a general term of "geographic origin."

Keywords: *Roman law, wine, geographic origin, generic matter, price, obligatio incerta, purchase and sale, legatee*

Mr. Damir Banović
Viši asistent
d.banovic@pfsa.unsa.ba

UDK 340.12
Izvorni naučni rad

PRINCIP JEDNAKOSTI U KOMUNITARISTIČKOM DISKURSU: ANALIZA PRISTUPA MICHAELA WALZERA U NJEGOVOM RADU *SFERE PRAVEDNOSTI* (*SPHERES OF JUSTICE*)[1]

Sažetak

Rad ima za cilj analizu osnovnih elemenata komunitarističkih stavova i argumenata Michaela Walzera iznesenih u njegovom najznačajnijem djelu Sfere pravednosti: Odbrana pluralizma i jednakosti (Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality)". Fokus rada je na njegovom komunitarističkom poimanju principa jednakosti kao dijelu koncepta pravde. Pored prikaza njegove političke filozofije, rad će analizirati određene probleme njegovog pristupa, te izdvojiti određena pitanja na koja bi se trebao dati odgovor. Također, u radu su izolovani metodološki postupci kojim se vodi Michael Walzer kako bi odredio sadržaj principa jednakosti. Rad započinje osvrtom na savremeni kontekst komunitarističke debate u okviru koje se pozicionira Walzerova politička filozofija, nastavlja s kratkim osvrtom na Johna Rawlsa, kritičkim osvrtom na Walzerovo poimanje distributivne pravde, te konceptima individue i zajednice kao baza različitih teorija pravde. Zbog ograničenog prostora i fokusa rada, u razmatranjima se nisu uzimala u obzir komunitaristično-feministička stajališta, liberalno-feministička stajališta, queer, multikulturalne i druge značajne perspektive.

Ključne riječi: *komunitarizam, princip jednakosti, distributivna pravda, zajednica, individua*

1. Savremeni komunitaristički kontekst

Pitanje pravde je ključno pitanje političke filozofije još od perioda Platonove *Države* (Forts, 2002, str. 1). To je uvijek aktualno pitanje na koje se svaki

[1] Članak je predstavljen na *7th Central and Eastern European Forum for Young Legal, Political and Social Theorists* (Bulgaria, 2014).

put treba nanovo odgovarati (Forts, 2002, str. 1). Koje moralne norme legitimišu pravne, političke i društvene odnose u okviru političke zajednice i kako te norme mogu biti opravdane. (Forts, 2002, str. 1). Kako navodi Rainer Forst, u centru diskusije između liberalizma i komunitarizma, kao savremenih suprotstavljenih shvatanja pravde, leži klasični problem teorija pravde koje izlažu moralno opravdanje određene društvene prakse i to kroz: (1) norme koje se trebaju dizajnirati kao pravedne moraju istovremeno biti vezane za kontekst, ali i prevazilaziti kontekst i (2) one treba da budu validne za partikularnu zajednicu, za njeno specifično samorazumijevanje i njene institucije, ali u isto vrijeme da imaju kapacitet za moralnu kritiku (Forts, 2002, str. 1).

Komunitarna perspektivna daje značaj zajednici kao preegzistirajućem prostoru koji obuhvata opšteprihvaćene društvene prakse, kulturnu tradiciju i zajedničko shvatanje u društvu (Kymlicka, 2009, str. 234). Komunitarizam 1980-ih posebno se fokusirao na kritiku Rawlsove teorije pravde (izložene u djelu *A Theory of Justice* iz 1971. godine) koja je prema kritičarima apstrahovana od konkretnog društvenog konteksta i naglašava prioritet jednakih individualnih sloboda zanemarujući supstantivne koncepcije dobra (Forts, 2002, str. 2). No, bilo bi pogrešno svoditi debatu na raspravu između monolitnog komunitarističkog koncepta pravde i monolitnog liberalnog koncepta pravde, jer bi se tim zanemarila kompleksnost debate, koja obuhvata i individualne pristupe i različite načine razvoja pozicija (Forts, 2002, str. 2).

Ukoliko bi se formulisala na dovoljno opštem nivou, komunitaristička teza obuhvata "kontekst pravde" koji treba da bude zajednica sa svojim historijski razvijenim vrijednostima, praksama i institucijama (Forts, 2002, str. 2). Ukratko, identitet zajednice formira normativni horizont koji (1) konstituiše identitet njenih članova i (2) formira norme pravde (Forts, 2002, str. 2). Jedino u takvom kontekstu moguće je postaviti pitanje pravde i odgovoriti pozivajući se na ono što je dobro i validno za zajednicu (Forts, 2002, str. 2). Principi pravde izrastaju iz jednog komunalnog konteksta, važe samo u njemu i mogu biti ostvarene jedino u tom kontekstu (Forts, 2002, str. 2). Svi pokušaji liberalno-deontološkog opravdavanja normi kroz naglašavanje prioriteta individualnih sloboda ili formalnih procedura ostaju strani i vanjski u odnosu na ovaj kontekst (Forts, 2002, str. 2).

Amila Ždralović (2016), osvrćući se na politiku priznanja razvijenu kroz rad Charlesa Taylora, u radu *Diskrepancije u suvremenoj teorijskoj raspravi o distributivnoj pravdi* postavlja pitanje koji su to razlozi koji bi opravdali i dali *prednost politikama priznanja kolektivnih identiteta koji imaju snažan potencijal porobljavanja ličnog identiteta?* Vrijednost liberalnih teorija pravde

nalazi se u prepoznavanju vrijednosti ličnih identiteta čiji sadržaj može u potpunosti ili djelimično biti koncipiran na temelju pripadanja određenim društvenim grupama, i u tome što teži da kreira uslove u kojim se lične preferenciju mogu ostvariti (Ždralović, 2016). Komunitaristička tumačenja pravednosti daju fokus na sociokulturne činioce u tolikoj mjeri da ne dozvoljavaju mogućnost razvoja autonomnog i slobodnog pojedinca (Ždralović, 2016).

Također, komunitarizam odbacuje opšte, apstraktno, univerzalističko i ahistorijsko shvatanje ljudskih bića, njihovih potreba i morala. Kako navodi Will Kymlicka, moguće je izdvojiti jedan novi oblik komunitarizma oličenog u autorima kao što su Michael Sandal, Michael Walzer, Alistar McIntayer, Daniel A. Ball i Charles Talyor (Kymlicka, 2009, str. 234). Postoje mnoge sličnosti između komunitarističke kritike liberalizma i Hegelove kritike klasične liberalne teorije (Kymlicka, 2009, str. 234). Klasični liberali (John Lock i Immanuel Kant) pokušavali su da utvrde univerzalnu koncepciju ljudskih potreba ili ljudske racionalnosti, a zatim su koristili ovu ahistorijsku predstavu o ljudskom biću kako bi ocijenili postojeće društvene i političke okvire, prakse i običaje (Kymlicka, 2009, str. 234). Po Hegelu, ovaj koncept koji on naziva moralitet (*Moralität*) isuviše je apstraktan da bi dao konkretne smjernice i isuviše individualistički jer zanemaruje način na koji su ljudi neizbježno srasli s određenim historijskim okvirom kojeg on naziva običajnost (*Sittlichkeit*) (Kymlicka, 2009, str. 234). Prema njemu, običajnost naglašava način na koji je dobro pojedinca, njegov identitet i sposobnost moralnog djelovanja, vezan za zajednicu kojoj pripada i za određene društvene i političke uloge koje su prisutne (Kymlicka, 2009, str. 234). Komunitaristi, kao i Hegel, zamjeraju modernom liberalizmu da su usvojili apstraktan i individualistički pristup i predlažu drugi, koji je više kontekstualan i osjetljiv na zajednicu (Kymlicka, 2009, str. 234). Novi komunitarizam je jedinstven u stavu da politička filozofija mora da obrati više pažnje na zajedničke običaje i njihovo shvatanje unutar svakog društva (Kymlicka, 2009, str. 235). Autori novog komunitarizma slažu se da ovaj pristup zahtijeva modifikaciju tradicionalnih liberalnih načela pravde i prava, ali se razlikuju u mišljenjima o tome kako bi se ova načela trebala prilagoditi (Kymlicka, 2009, str. 235).

Prema Kymlicki, mogu se razlikovati tri osobena, i ponekad međusobno suprotstavljena, pristupa komunitarističke misli (Kymlicka, 2009, str. 235). Prema prvom pravcu, vjeruje se da (1) zajednica zamjenjuje potrebu za načelima pravde (Kymlicka, 2009, str. 235). Drugi pravac smatra da (2) pravda i zajednica potpuno saglasno idu jedna za drugom, ali da prikladno razumijevanje vrijednosti zajednice zahtijeva da prilagodimo shvatanje o tome što pravda jeste (Kymlicka, 2009, str. 235). U okviru drugog pravca, moguća su

dva pristupa: (a) zajednicu treba posmatrati kao *izvor* načela pravde i ona bi trebala da bude zasnovana na zajedničkom razumijevanju društva i (b) zajednica bi trebala da igra veću ulogu u određenju *sadržaja* načela pravde, odnosno pravda bi trebala da daje veću težinu zajedničkom dobru, a manje individualnim pravima (Kymlicka, 2009, str. 235).

Kako smatra Will Kymlicka, Michael Walzer spada u drugu grupu komunitarista koji posmatraju zajednicu kao izvor načela pravde (Kymlicka, 2009, str. 236). Društvo je pravedno ukoliko postupa u skladu sa zajedničkim shvatanjem svojih članova koja su oličena u (1) zajedničkim običajima i (2) institucijama društva (Kymlicka, 2009, str. 236). Prema Walzeru, zajedničko shvatanje u našem društvu traži i "složenu jednakost" koja ne podrazumijeva ujednačavanje svih dobara, već osiguranje da nejednakost iz jedne sfere ne prodre u drugu sferu (Kymlicka, 2009, str. 236). Walzerovo stajalište je oblik kulturnog relativizma koji se uobičajeno bori s dva problema: (1) načinom shvatanja zajedničke pravde i (2) činjenicom da su određene pojave, kao što je ropstvo, pogrešne zato što ih naše društvo smatra pogrešnim (Kymlicka, 2009, str. 236–237). Činjenica da je ropstvo pogrešno predstavlja razlog a ne proizvod našeg zajedničkog shvatanja (Kymlicka, 2009, str. 237). Prema Kymlicki, Walzer se pokušava izboriti s ovim problemom priznavajući kasnije postojanje male kategorije prava koje smatra istinski univerzalnim, a koje on naziva "tanko" univerzalno pravilo političke moralnosti koje bi svako društvo trebalo da poštuje (Kymlicka, 2009, str. 237). Ili nečega što bismo nazvali minimumom moralnosti.

U skladu s podjelom na pravce u komunitarističkoj misli, Kymlicka smatra da postoje i dva pravca argumentacije u okviru komunitarizma kao politike (Kymlicka, 2009, str. 307). Prvi pravac argumentacije bavi se odnosom između sopstva i njegovih ciljeva (Kymlicka, 2009, str. 307). Sve dok se komunitaristička ideja "konstitutivnih ciljeva" i "sraslog sopstva" nudi kao alternativa liberalnom vjerovanju u mogućnost racionalne revizije, ona predstavlja vrlo konzervativnu doktrinu koja ograničava mogućnost pojedincima da preispituju ili odbace tradiciju i prakse koje smatraju opresivnim, ponižavajućim ili nezadovoljavajućim (Kymlicka, 2009, str. 307). Iz ovog razloga, većina se komunitarista usmjerila na drugi pravac argumentacija koji se odnosi na potrebu da individualne slobode imaju određeni društveni kontekst (Kymlicka, 2009, str. 307).

2. Uvod u kontekstualno i partikularističko shvatanje koncepta pravde

Pitanje da li pravda ima univerzalno značenje privlačilo je pažnju mnogih, od vremena sofista, Platona, Aristotela i Cicerona, koji su težili da pronađu univerzalno značenje i jedinstvenu definiciju pravde (Dogan, 2009, str. 876). U svom spisu *Zakoni* Ciceron tako navodi da postoji samo jedna pravda koja povezuje zajedno ljudsko društvo i koja se ostvaruje kroz jedinstveno pravo (Cicero, 1999, str. 120). Osoba koja ne priznaje ovo pravo ponaša se nepravedno, bez obzira na to da li je ono zapisano ili nije (Cicero, 1999, str. 120).

> Ukoliko je pravda pitanje pokoravanja pisanim zakonima i običajima određenih zajednica, i ako, kao što naši oponenti tvrde, sve može biti izmjereno individualnim interesom, onda će on ignorisati i prekršiti zakone kada je u mogućnosti to da učini i kada je prema njemu to u njegovu korist (Cicero, 1999, str. 120–121).

Ciceron dalje nastavlja ideju o prirodnom pravu: "Istinsko pravo je ispravan razum u saglasnosti s Prirodom; univerzalno primijenjen, nepromijenjen i vječan" (Cicero, 1999, str. 71). Univerzalna shvatanja pravde nisu izolovana u vremenu antičke filozofije, već se protežu do savremenih debata, te su prvenstveno vezana za političku filozofiju liberalizma i poziciju individue kao apstraktne i racionalne, pri čemu se ovaj posljednji kriterij izoluje kao jedan od ključnih u gradnji argumentacije. Dok su pojedini autori smatrali da pravo ima univerzalno značenje, za Michaela Walzera pravo ima (1) pluralističko i (2) partikularno značenje u smislu da principi pravde variraju od društva do društva (Dogan, 2009, str. 877).

No, ako značenja pravde vremenski i prostorno variraju, postavlja se pitanje šta može biti tolerisano kao "razlika", a šta biti prihvaćeno kao "istost" među ljudskim bićima u okvirima savremene demokratske države? Da li se princip jednakosti treba shvatati kao način njegovog praktičnog vršenja u okviru distinktne grupe ili kolektiva? Da li se princip jednakosti u okviru komunitarističkih teorija treba shvatati kao jednakost različitih grupa u okviru političke zajednice? Kakav je odnos individue i grupe? Odnosno, koje su potencijalne opasnosti isključivo kontekstualnog i partikularističkog shvatanja koncepta jednakosti po individuu? Iako je shvatanje komunitarističkih teorija partikularističko jer je vezano za prostorni i vremenski kontekst, primjena je univerzalna u smislu da se odnosi na sve osobe u okviru zajednice. Konačno, daljnja pitanja koja se postavljaju tiču se moguće dijalektike između: univerzalnog shvatanja principa jednakosti i partikularističkog shvatanja principa jednakosti, ili dijalektike apstraktno-univerzalnog i supstancijalno-partikularističkog, te dijalektike individualnog shvatanja u

partikularnom kontekstu. Da bi se dobili odgovori na ova pitanja, nužno je primijeniti kombinovani pristup koji će univerzalni princip posmatrati kontekstualno i kao osnovu uzimati kompleksniju ideju individue.

3. Princip kompleksne jednakosti (*complex equality*) i pluralizam

Prema Walzeru, zahtjev za jednakošću ne trebamo shvatati u apsolutnom smislu (Walzer, 1983, str. xi). Ukoliko živimo u autokratskoj ili oligarhijskoj državi, možda sanjamo o društvu gdje je moć podjednako raspoređena i svaka osoba ima isti dio (Walzer, 1983, str. xi). No, takva podjela vlasti ili društvenih dobara ne bi opstala pri prvom susretu novih članova društvene zajednice (Walzer, 1983, str. xi). Neko će biti izabran za predsjednika, dok će drugi ubijediti ostale da prate njegove ideje i politiku (Walzer, 1983, str. xi). Ukoliko živimo u kapitalističkoj državi, možemo sanjati o društvu u kojem svako ima isti iznos novca (Walzer, 1983, str. xi). Ali sa sigurnošću možemo tvrditi da novac koji je jednako distribuiran u nedjelju u podne, neće biti jednako redistribuiran do kraja sedmice (Walzer, 1983, str. xi). Neko će novac štedjeti, neko će novac investirati, dok će treći novac potrošiti (Walzer, 1983, str. xi). Društvo apsolutno jednakih bilo bi svijet lažne pojavnosti u kojem bi ljudi koji činjenično nisu isti bili prisiljeni da izgledaju i da se ponašaju kao da jesu (Walzer, 1983, str. xii). To bi bilo društvo prisilne jednakosti (Walzer, 1983). Ta vrsta egalitarizama zahtijevala bi politički sistem koji bi bio u stanju da kontinuirano drži pod kontrolom društvene grupe i korporacije koje su na bazi svojih sposobnosti, obrazovanja ili ličnih karakteristika u stanju da potražuju udio u disproporcionalnoj podjeli društvenih nagrada (Parkin, 1972, str. 183). Najefektivniji način kontroliranja takvih grupa bila bi negacija prava na političko organizovanje (Parkin, 1972, str. 183).

No, u kojim aspektima i prema kojim kriterijima su ljudska bića jednaka? Šta je to što čini izvor te jednakosti (Walzer, 1983, str. xii)? Michael Walzer navodi da odgovor na ovo pitanje leži u obostranom priznanju nas kao ljudskih bića, pripadnika iste vrste, a ono što prepoznajemo i priznajemo kod drugih jesu osjećaji, tijela, pa čak i duše (Walzer, 1983, str. xii). Mi smo veoma različiti, ali manifestno veoma slični (Walzer, 1983, str. xii). Prema Walzeru, korijen značenja *jednakosti* je negativan: ona uvijek podrazumijeva ukidanje razlika (Walzer, 1983, str. xii). Politika jednakosti cilja eliminisanju ne svih, već partikularnog seta razlika (Walzer, 1983, str. xii). I to seta razlika koji se razlikuju od prostornog i vremenskog konteksta (Walzer, 1983, str. xii). Ona uvijek pogađa ili aristokratske privilegije, kapitalističko bogatstvo, birokratsku moć ili rasnu supremaciju (Walzer, 1983, str. xii). No, prema Walzeru

cilj političkog egalitarizma je društvo oslobođeno dominacije (Walzer, 1983, str. xiii). To nije nada za eliminaciju svih razlika: nije nužno da budemo svi isti i da imamo isti kvantitet stvari (Walzer, 1983, str. xiii). Ono što moramo razumjeti i kontrolisati jesu društvena dobra (Walzer, 1983, str. xiii). Kako navodi, cilj njegovog koncepta je da opiše društvo u kojem društvena dobra neće služiti ili neće moći služiti kao sredstva dominacije (Walzer, 1983, str. xiv). Iako njegov cilj nije da opiše kako da postignemo to društvo, istovremeno nije ni cilj da skicira utopiju ili filozofsku ideju koja bi bila aplicirana univerzalno (Walzer, 1983, str. xiv). Prema njemu, društvo jednakosti stoji pred nama (Walzer, 1983, str. xiv). Ono se nalazi u "zajedničkom shvatanju društvenih dobara" (*shared understandings of social goods*) (Walzer, 1983, str. xiv). Njegov argument je radikalno partikularistički i ne stvara distancu u odnosu na društveni svijet u kojem živi (Walzer, 1983, str. xiv). Da bi izgradio argumentaciju svoje vizije političkog egalitarizma koji je vremenski i prostorno kontekstualizovan, on nužno poseže sa savremenim i historijskim primjerima, te komparacijom shvatanja načina o raspodjeli društvenih dobara (Walzer, 1983, str. xiv).

Očuvanje jednakosti silom i represijom nije obećavajući način za ostvarivanje načela pravde (Walzer, 1983). Pošto ne postoji način da rangiramo kulturna značenja i ove svjetove u odnosu na njihovo razumijevanje društvenih dobara, Walzer smatra da činimo ispravno onda kada poštujemo njihove partikularne načine raspodjele (Walzer, 1983, str. 314). Pravda je, dakle, fundirana u distinktivnom razumijevanju mjesta, časti, posla, kao i drugih izvora koji konstituiraju zajednički pogled na život (Walzer, 1983, str. 314). Ukoliko ne bismo poštovali takav pogled, činili bismo nepravdu (Walzer, 1983, str. 314).

Kako navodi, njegov koncept se manje odnosi na univerzalnu koncepciju osobe, a više na pluralnu koncepciju dobara (Walzer, 1983, str. xv). Ljudska bića posjeduju prava, no ona ne izlaze iz okvira našeg zajedničkog humaniteta: ona proizlaze iz zajedničkih koncepcija društvenih dobara, te su lokalnog i partikularnog karaktera (Walzer, 1983, str. xv). Pravda je prema tome relativna i uslovljena je društvenim značenjem (Walzer, 1983, str. 312). Relativnost pravde proizlazi iz klasične definicije koja podrazumijeva da svakoj osobi treba dati jednako uz distribuciju dobara vodeći se "unutrašnjim" razlozima koji podrazumijevaju izvođenje principa raspodjele koji su ukorijenjeni u zajednici (Walzer, 1983, str. 312).

Aristotel u svojoj *Nikomahovoj etici* navodi dva principa pravde: komutativna ili davanje jednakih dijelova društvenih dobara svim osobama (ili princip aritmetičke jednakosti), te distributivna pravda koja podrazumijeva različita

opterećenja za različite kategorije ili grupe stanovništva shvaćena kao korektiv komutativne (ili princip geometrijske jednakosti). Prema Walzeru, ova definicija nužno treba historijsko upotpunjavanje (Walzer, 1983, str. 312). No, nije moguće odrediti koliko društvenog dobra pripada jednoj osobi dok ne saznamo na koji način se osobe odnose jedne prema drugima kroz dobra koja stvaraju i koja distribuiraju (Walzer, 1983, str. 313). Ne može postojati pravedno društvo ukoliko ne postoji društvo, a pridjev pravedno ne determiniše već modifikuje supstantivni život društva koje opisuje (Walzer, 1983, str. 313). Postoji neograničen broj mogućih života oblikovanih neograničenim brojem mogućih kultura, religija i političkih aranžmana (Walzer, 1983, str. 313). Dato društvo je pravedno ukoliko se supstantivni život živi na određeni način, tj. na način koji je vjeran zajedničkom razumijevanju njegovih članova (Walzer, 1983, str. 313). Konačno, svako supstantivno razumijevanje distributivne pravde je lokalnog karaktera (Walzer, 1983, str. 313).

Teorija pravde treba biti osjetljiva na razlike (Walzer, 1983, str. 315). To prema Walzeru ne znači da su društva pravednija ukoliko su različitija (Walzer, 1983, str. 315). Pravda jednostavno ima širi obim u tim društvima jer postoji (1) više različitih dobara; (2) više distributivnih principa; (3) više agenata koji su uključeni u proces distribucije dobara; (4) više procedura putem kojih se vrši distribucija (Walzer, 1983, str. 315). Ovo je dio onoga što Walzer naziva dijelom kompleksne jednakosti koji se javlja kroz različite pojavne oblike pravde. Iako on *a priori* ne odbacuje komunitativnu pravdu (jednaka količina i kvaliteta dobara svim članovima društva) niti distributivnu pravdu (različita količina i kvaliteta dobara različitim članovima društva s obzirom na njihov status), već princip jednakosti shvata drugačije u odnosu na Aristotelovo poimanje. Njegov koncept uvodi ideju "kompleksne jednakosti" i daje fokus na kontekstualno shvaćene principe distribucije. Način na koji će se distribucija vršiti zavisi od običaja, praksi i zajedničkog shvatanja onoga što društvo smatra pravednim. Ta raspodjela može imati manifestne oblike komutativne pravde ukoliko je to zajedničko shvatanje u okviru društvene sfere, ili može imati manifestne oblike distributivne pravde koja može, ali i ne mora biti shvaćena kao korektiv. Dakle, princip *kompleksne jednakosti* (*complex eqaulity*) nužno je razmatrati kontekstualno i partikularno na bazi zajedničkog shvatanja koncepcije dobra u okvirima zajednice.

Veliki dio održavanja sistema distribucije zavisi od građana i njihove sposobnosti upućivanja zahtjeva ka širokom spektru dobara i odbrane njihovog osjećaja značenja (Walzer, 1983, str. 318). To je značajno jer akcentira prihvatanje vrijednosti, dobara i načina raspodjele među građanima. Jedino takav sistem ima šansu da opstane. No, moguće je postojanje institucionali-

zovanih aranžmana koji će činiti ostvarivanje kompleksne jednakosti jednostavnijim (Walzer, 1983, str. 318).

Princip kompleksne jednakosti bi se možda mogao shvatiti kroz odnos harmonije, a ne autonomije društvenih sfera (Walzer, 1983, str. 318). No, principi koji odgovaraju određenoj društvenoj sferi nisu u harmoniji s principima druge društvene sfere, niti su obrasci djelovanja, kao i osjećaji koji ih generiraju (Walzer, 1983, str. 318). Sistemi slobodnog tržišta, porodice, škole i država djeluju na različitim principima i tako i treba da djeluju (Walzer, 1983, str. 318). Principi različitih društvenih sfera treba na određeni način da budu u skladu kako bi odgovarali jedinstvenoj kulturi društva (Walzer, 1983, str. 318–319). Pored prostorne uvjetovanosti, način raspodjele će potencijalno u budućnosti imati drugačiju formu (Walzer, 1983, str. 319). Uvijek je otvorena mogućnost stvaranja novih društvenih dobara i novih društvenih shvatanja i razumijevanje njihove raspodjele (Walzer, 1983, str. 319). Stvaranje egalitarnog društva ne znači i kraj borbe za jednakost, već daje nadu da će ljudska bića znati naučiti živjeti s autonomijom distribucije i moći prepoznati različite ishode za različite ljude u različitim sferama (Walzer, 1983, str. 319). Ovako kompleksno i pluralno shvaćen princip jednakosti i distribucije dobara je ono što čini pravedno društvo (Walzer, 1983, str. 319). Ovakav koncept pravde uvažava dublja mišljenja koja su reflektovana u individualnim umovima, oblikovana individualnom mišlju i društvenom značenju koje konstituiše zajednički život (Walzer, 1983, str. 320).

Ako je Aristotel u svojoj *Politici* smatrao da pravda u demokratiji zahtijeva da građani vladaju, ali i da se njima vlada, onda je to moguće u formi demokratskog decentralizma (Walzer, 1983, str. 320). Imajući u vidu broj građana u današnjim državama i kratkoću života, teško je očekivati da će svako dobiti svoj red vladanja (Walzer, 1983, str. 320). No, ovo je moguće zamisliti ukoliko je pravo vladanja prošireno i na nivo grada, kompanije i drugih oblika organizacija (Walzer, 1983, str. 320). No, prema Walzeru, politika je samo jedna od sfera društvene aktivnosti (Walzer, 1983, str. 321). Širi koncept pravde ne zahtijeva, prema Walzeru, periodičnu zamjenu pozicija u odnosu vladanja, već da oni u okviru jedne društvene sfere uživaju veće količine određenog dobra u odnosu na druge (Walzer, 1983, str. 321). Autonomija društvene sfere će omogućiti značajniju raspodjelu društvenih dobara u odnosu na neki drugi zamislivi aranžman (Walzer, 1983, str. 321). On smatra da će se na ovaj način pomiriti pitanje ljudskog dostojanstva i vladanja (Walzer, 1983, str. 321). Međusobno poštovanje i dijeljeno samopoštovanje su dublje snage kompleksne jednakosti i zajedno su izvori njenog mogućeg trajanja (Walzer, 1983, str. 321).

4. O distributivnoj pravdi i pluralizmu

John Rawls, koji je svoje stavove najvećim dijelom iznio u djelu *Teorija pravde* (*A Theory of Justice,* 1971) smatra da principi pravde koji čine bazu strukture društva proizlaze iz izvornog ugovora (Rawls, 1971). To su principi za koje su slobodni i racionalni pojedinci zainteresovani kao za načine unapređenja vlastitih interesa i koje bi prihvatili iz stanja početne pozicije jednakosti kao definišuće elemente svoje asocijacije (Rawls, 1971, str. 10–11). U njegovom konceptu *pravda kao pravičnost (justice as fairness)* izvorna pozicija jednakosti korespondira prirodnom stanju u tradicionalnim teorijama društvenog ugovora (Rawls, 1971, str. 10–11). Ova izvorna pozicija ne smatra se aktuelnom historijskom, a čak i manje u kontekstu primitivnih uslova kulture (Rawls, 1971, str. 10–11). Ovo se treba razumjeti kao hipotetička situacija određena tako da vodi ka specifičnom konceptu pravde (Rawls, 1971, str. 11). Pod esencijalnim elementima ove izvorne situacije podrazumijeva se da niko ne zna svoje mjesto u društvu, klasnu poziciju, ili društveni status, niti uspjeh u raspodjeli prirodnih dobara, sposobnosti, inteligencije, snage i sl. (Rawls, 1971, str. 11). Principi pravde birani su iza *vela neznanja* (*veil of ignorance*) (Rawls, 1971, str. 11). Rawlsovo prvo načelo pravednosti, koje poziva na jednaka građanska i politička prava, artikulacija je klasičnog ideala liberalnog građanstva, dok je njegovo drugo načelo potvrdilo zahtjeve društvenog i ekonomskog građanstva (Barry, 2006, str. 8). Prvi dio toga načela postavio je vrlo čvrstu koncepciju jednakosti šanse, dok je drugim dijelom ("načelo razlike") pravednost društvenih i ekonomskih institucija postala ovisna o tome koliko najsiromašnija društveno-ekonomska skupina u društvu postaje onoliko bogata koliko to može biti u poređenju s bilo kojim alternativnim institucionalnim uređenjem (Barry, 2006, str. 8). Prema tome, Rawlsova teorija pravde podrazumijeva principe koje bi izabrali osobe kao način regulacije svijeta života, a kojima su privremeno uskraćene informacije o identitetu tj. o njihovom izvornom stanju (Barry, 2001, str. 82). Ovo je često kritikovan zahtjev Rawlsove teorije pravde, koja bi, prema kritičarima, bila više prikladna za bestjelesna bića, a ne za osobe sa specifičnim vezama i benefitima (Barry, 2006, str. 82). Kritičari su vjerovali da su za Rawlsa identitetske karakteristike, kao što su rasa, rod, etnicitet i religija, nebitne (Barry, 2006, str. 82). Prema Brianu Barryju ovo je pogrešno shvatanje Rawlsove teorije pravde, te da su se kritičari fokusirali samo na jedan dio njegove argumentacije tj. onaj koji se tiče privremenog uskraćivanja informacije o njihovom identitetu (Barry, 2006, str. 82). Upravo je Rawlsova teorija zainteresovana za različitosti (Barry, 2006, str. 82). Rawlsova glavna ideja kaže da je znak da smo postigli pravičan dogovor onda kada taj dogovor smatra pravičnim svaka osoba, bez obzira na njene lične karakteristike, sposobnosti i obaveze (Barry, 2006, str. 82). Izvorno stanje predstavljeno je

kao konstrukcija koja može stvoriti načela pravednosti koja zadovoljavaju taj kriterij, te prema Barryju poenta Rawlsove koncepcije nije u poricanju ili negiranju razlika (Barry, 2006, str. 82).

Michael Walzer se ne slaže sa stavovima Johna Rawlsa. Prema njemu, ljudsko društvo je distributivna zajednica (Walzer, 1983, str. 3). Ideja distributivne pravde u istoj mjeri je povezana s bivanjem i činjenjem kao imanjem, kao što je povezana s idejom proizvodnje i potrošnje, ili s identitetom, statusom, zemljom, kapitalom ili privatnim posjedom (Walzer, 1983, str. 3). Postoji mnogostrukost društvenih dobara koja su povezana s mnogostrukim distributivnim procedurama, agentima i kriterijima (Walzer, 1983, str. 3). Iako smatra da postoji jedan princip i jedan legitiman vid pluralizma, on i dalje obuhvata širok spektar distribucija (Walzer, 1984, str. 4). Suprotno, najdublje uvjerenje brojnih filozofa koji su pisali o pravdi, od Platona pa nadalje, jeste da postoji samo jedan distributivan sistem koji filozofija treba da obuhvati (Walzer, 1983, str. 5). Danas se taj sistem uobičajeno opisuje kao onaj u okviru kojeg bi racionalno ljudsko biće bilo prinuđeno da bira nepristrasno, ne znajući ništa o svojoj vlastitoj situaciji, spriječeno činjenja partikularističkih zahtjeva i konfrontirano s apstraktnim setom društvenih dobara (Walzer, 1983, str. 5). Ukoliko bi se ljudska bića iz racionalnog koncepta transformirala u uobičajene ljude s čvrstim osjećajem identiteta, s društvenim dobrima u rukama, suočenim sa izazovima svakodnevnog života, teško je vjerovati da bi ponovila hipotetičke izbore ili ih čak priznala kao svoje (Walzer, 1983, str. 5). Kako dalje navodi Walzer, problem nije u partikularizmu interesa već u partikularizmu historije, kulture i članstva (Walzer, 1983, str. 5). Pravda je ljudski konstrukt i kao takva ne može biti kreirana samo na jedan način (Walzer, 1983, str. 5). Pitanje koje postavlja teorija distributivne pravde daje mnogostruke odgovore i ti odgovori se nalaze u okviru kulturnog i političkog diverziteta (Walzer, 1983, str. 5). Ovdje se ne radi samo o primjeni jednog singularnog principa ili seta principa u različitim historijskim okvirima (Walzer, 1983, str. 5). Teško bi se moglo negirati da postoji širok spektar moralno dopustivih primjena (Walzer, 1983, str. 5). Walzerovi argumenti se dalje mogu izložiti u sljedećem: (1) principi pravde su sami po sebi pluralni u formi; (2) različita društvena dobra trebala bi da budu distribuirana na bazi različitih osnova u skladu s različitim procedurama i od strane različitih agenata; (3) sve ove razlike proizlaze iz različitog razumijevanja društvenih dobara koja su produkt historijskog i kulturnog partikularizma (Walzer, 1983, str. 5). Kako navodi Dogan, Walzerovo naglašavanje partikularnog značenja društvenih dobara implicira da svako odvojeno značenje konstituiše sferu pravde (Dogan, 2009, str. 879). Ljudska bića poimaju i stvaraju društvena dobra koja onda distribuiraju među sobom (Walzer, 1983, str. 6). Društvena dobra se ne javljaju u ruka-

ma agenata distribucije koji s njima čine ono što žele ili ih preraspodjeljuju u skladu s nekim opštim principom (Walzer, 1983, str. 7). Društvena dobra sa svojim značenjima, i upravo zbog svojih značenja koja nose, krucijalni su medij društvenih relacija (Walzer, 1983, str. 7). Ona su formirana u ljudskoj predstavi prije nego što im dođu u ruke (Walzer, 1983, str. 7). Distribucija je uvijek patentirana u skladu sa zajedničkom koncepcijom o tome: (1) šta su i koja su to društvena dobra i (2) kojoj svrsi služe (Walzer, 1983, str. 7). I to su uvijek *partikularna dobra* i *partikularne grupe osoba* (Walzer, 1983, str. 7).

Teorija društvenih dobara koju predlaže Walzer može se izložiti u šest stavova:

1. Sva dobra koja su predmet interesovanja distributivne pravde su društvena dobra (Walzer, 1983, str. 7).
2. Ljudska bića formiraju konkretne identitete s obzirom na način na koji poimaju i kreiraju, posjeduju i koriste društvena dobra (Walzer, 1983, str. 8).
3. Ne postoji jedinstven set primarnih ili osnovnih društvenih dobara koji je pojmljiv kroz sve moralne i materijalne svjetove (Walzer, 1983, str. 8). Odnosno, ukoliko bi se i pojmio jedan takav set, on bi neminovno bio na takvom nivou apstrakcije da bi imao veoma malog značaja u praktičnom smislu i u partikularnoj distribuciji (Walzer, 1983, str. 8).
4. Značenja društvenih dobara određuje njihova distribucija (Walzer, 1983, str. 8).
5. Društvena značenja koja se pripisuju dobrima i načinu njihove distribucije su historijskog karaktera: da li je nešto pravedno ili nepravedno zavisi od vremena (Walzer, 1983, str. 9).
6. Ukoliko i kada su značenja distinktna, distribucije moraju biti autonomne (Walzer, 1983, str. 10).

Walzerova pozicija polazi od stava da dominacija u društvu podrazumijeva dominaciju nad distribucijom društvenih dobara. Posljedično, jednakost se može postići jedino ukoliko nijedna osoba ne posjeduje i ne kontroliše sredstva dominacije. On također posmatra i načine manifestacije dominacije partikularno, jer se ona ispoljavaju različito u različitim društvima. S tim u vezi, i sredstva dominacije se ostvaruju različito u različitim društvima.

Kontekstualno shvatanje koncepta pravde uslovljeno je zajedničkim razumijevanjem u okviru datog društvenog konteksta kao posljedica kulturnih i/ili historijskih uslova. Također, ljudi u okviru društvenog konteksta prepoznaju i prihvataju nešto kao društveno dobro jer taj kontekst tvori to značenje.

Tvorenje značenja društvenog dobra, bilo materijalnog ili nematerijalnog, proizlazi iz interrelacijskog odnosa osoba koje nešto prepoznaju i priznaju kao društveno dobro. Kako potencijalno postoji neograničen broj društvenih konteksta, kultura i tradicija koje tvore vrijednosti za ljudska bića, ista društvena dobra su vrednovana iz različitih razloga i na različite načine. Zajedno sa značenjima koja tvore u dijalektičkom odnosu između društvenih dobara i osoba koje čine društveni kontekst, tvore posebnu društvenu sferu u okviru koje su samo određeni kriteriji raspodjele prikladni.[2] Dakle, postoje različite procedure, kriteriji i agenti preraspodjele shvaćeni kontekstualno. Konačno, njegov koncept pravde je pluralan i heterogen.

U metodološkom smislu njegov koncept distributivne pravde ili kompleksne jednakosti je primarno komparativan, historijski i sociološki kroz alternativno postavljene modalitete: (1) apstraktni principi shvaćeni kontekstualno, modifikovani u odnosu na društvenu sferu; (2) upotpunjavanje apstraktno shvaćenih principa kontekstualnim sadržajem (3) indukcijom izvedeni principi kompleksne jednakosti vezani za jednu specifičnu društvenu sferu. Ovako induktivno izvedeni principi i kriteriji raspodjele i dalje su kontekstualno vezani i, ukoliko se želi ostati u prostoru koherentne teorije, mogu biti vezani samo za tu specifičnu društvenu sferu bez mogućnosti univerzalizacije.

5. Kritički osvrt

Ukoliko bismo prihvatili Walzerovu koncepciju distributivne pravde i princip kompleksne jednakosti kao prostorno i vremenski kontekstualne, relativističke i pluralne, onda se nužno javljaju pitanja na koja njegova i slične koncepcije trebaju dati odgovor. Komunitarizam kao način razmišljanja u političkoj filozofiji odbacuje mogućnost univerzalne koncepcije pravde i principa jednakosti. Ukoliko je koncept pravde partikularan i kontekstualan, vezan za prostor i vrijeme, determinisan kulturnim shvatanjem, onda je potencijalno subjektivan i arbitreran, predmetom stalnih promjena u datom društvenom kontekstu i u praksi podložan dominantnom shvatanju dominantne grupe ili klase. Potencijalna mogućnost stalne promjene sadržaja pravde može uzrokovati i potencijalnu mogućnost stvaranja nejednakosti. Potencija za kulturne promjene je partikularno, vremenski i prostorno vezana. Kako navodi Brian Barry, slično kao i nacionalizam i romantizam 19. stoljeća, i komunitarizam je viđenja da svaka kultura stvara svoj vlastiti moralni univerzum i da su kulture međusobno nesamjerljive (Barry, 2006). Prema ovom shvatanju, zajednički ciljevi i društvena dobra mogu se pronaći u našim historijskim praksama (Kymlicka, 2009, str. 293). Ti ciljevi i dobra često su

[2] Vidi također Dogan, 2009, str. 880.

definisani od strane malog dijela društva (npr. muškarci bijelci vlasnici imovine) (Kymlicka, 2009, str. 293). Naši historijski osjećaji i tradicija su više dio problema nego dio rješenja (Hirsch, 1986, str. 424). Komunitarizam često govori da politička teorija treba da obrati pažnju na historiju kulture, no veoma rijetko se uključuje u studij naše ili tuđih kultura (Kymlicka, 2009, str. 295). Upravo se te kulture i prakse žele koristiti kao baze za politiku zajedničkih društvenih dobara iako se ne zna njihov sadržaj i način na koji su nastale.

Također, Walzerova verzija koncepta kulturnog relativizma polazi od shvatanja da u okviru društvenih sfera postoji samorazumljivi i prihvaćeni konsenzus o tome šta je princip jednakosti, koja su pravila raspodjele, i šta su društvena dobra. Odnosno, polazi od idealizovanog koncepta zajednice u okviru koje svi članovi prihvataju pravila kompleksne jednakosti. Pošto u realnosti to nije tako, dominantni dio zajednice nametnut će svoju viziju koncepta distributivne pravde i dovesti u nejednak položaj osobe koje imaju drugačiju viziju. Ako se prihvati pluralizam kolektiva, ne postoji razlog da se ne prihvati i pluralizam u okviru kolektiva. Dalje, ukoliko postoji pluralizam u okviru kolektiva, onda postoji i u okviru kolektiva pluralizam ideja distributivne pravde. Krećući se od pluralizma i od partikularnog, komunitaristička koncepcija neminovno upada u nemogućnost supstancijalnog definisanja koncepta jednakosti za određeni kolektiv. U kontekstu partikularnog, kolektiv kreira objedinjeni sadržaj principa pravde kao jednog totalitarnog koncepta, koji se u relaciji s drugim konceptima partikularnog kolektiva nameće silom jer se drugačije ne može održati (Dogan, 2009, str. 884).

Polazeći od sociološke činjenice da je svijet sastavljen od historijski, jezički i kulturno distinktnih političkih zajednica, nužno ne proizlazi da ne može biti univerzalno dijeljenog značenja, razumijevanja i vrijednosti (Dogen, 2009, str. 882). Pogrešno je smatrati da se međunarodna sfera sastoji od potpuno izolovanih političkih zajednica, s veoma slabim međusobnim vezama (Dogen, 2009, str. 882).

Uvodeći kriterij kontekstualnog značenja društvenih dobara putem kojeg se definišu distributivni kriteriji, Walzer indirektno uvodi jednu vrstu solipsističkog značenja putem kojeg se isključuju sve vanjske mjere ili standardi evaluacije u odnosu na one koji se primjenjuju u društvenoj sferi (Dogen, 2009, str. 883). Političko društvo je kolektiv individua sa suprotstavljenim interesima i potrebama, bez obzira na zajedničko razumijevanje značenja i vrijednosti društvenih dobara (Dogan, 2009, str. 883). Teško je pronaći političku zajednicu u kojoj su članovi ujedinjeni oko homogenih interesa i moralnih vrijednosti (Dogan, 2009, str. 883). Također, Walzerova greška

proizlazi iz pretpostavke da je pluralni pristup distributivnoj pravdi nužno u konfliktu s univerzalnim pogledom (Dogan, 2009, str. 884). Sociopolitički koncept jednakosti je nužno zatvoren u datoj zajednici zbog zatvorenih komunikacijskih kanala i određenog osjećaja zajedničkih vrijednosti kolektiva: komunikacijski kanal preispitivanja postojećih koncepata jednakosti je samo otvoren za članove date kulture. No, i u tom slučaju pitanje ko su legitimni članovi grupe i ko može da učestvuje u komunikacijskom kanalu, može biti determinisano dominantnim dijelom u okviru grupe. Kako navodi i Roger Cotterrell, moderni komunitarizam pokušavao je da pronađe vrijednosti polisa i društva koje bi bile osnova, i kritikovao liberalizam zbog nedovoljnog naglaska na zajedničke i nužne vrijednosti (Cotterrell, 2005, str. 309). No, kako smatra Cotterrell, većina tih pristupa se naivno pozivala na predmoderne uslove društva u kojima su se zajedničke društvene vrijednosti javljale relativno neproblematično i konsenzualno, a ne kao prostor kontroverzi i sporenja (Cotterrell, 2005, str. 309). Značenje pravde je predmet stalnih kontroverzi u sekularnim i pluralističkim društvima (Cotterrell, 2005, str. 317). A da su savremena društva i savremene države uistinu pluralni, govori i činjenica da je samo nekoliko desetina država monoetnično i da samo 0,5% svjetske populacije živi u tim državama (Stanovčić, 2012, str. 169). Savremena društva su u procesu etničkog procvata i posljednjih deset godina možemo svjedočiti "eksploziji identiteta" (Stanovčić, 2012, str. 169). Multietničnost, multinacionalne države, multireligiozna društva i multikulturalizam su pravilo, a ne izuzetak (Stanovčić, 2012, str. 169). Empirijske činjenice se mogu čitati dvojako: (1) s aspekta komunitarističke perspektive, idu u prilog tvrdnje o pluralnosti zajednice i različitih konteksta, dok (1) s aspekta liberalne perspektive, o nemogućnosti postizanja konsenzusa vrijednosti u okviru pluralnih država. No, kako dalje navodi Cotterrell, savremena pravna i politička filozofija uobičajeno ne uzima u obzir empirijske dokaze u vezi s postojanjem konsenzusa o vrijednostima u kompleksnim društvima (Cotterrell, 2005, str. 309). Ovo za posljedicu ima da se zajednica, bilo u komunitarnom ili liberalnom diskursu, posmatra *konceptualno.* Bilo da je to koncept atomiziranih racionalnih ili kulturno kontekstualizovanih individua s kolektivnim identitetom kao suprakategorijom.

Vrijedan doprinos komunitarne pozicije (tj. Walzerovog pristupa) su metodološki pristupi ili metodološke pretpostavke kojima se dolazi do spoznaje o sociokulturnoj manifestaciji nejednakog postupanja. Kao što komunitaristički pristup kao politika može imati za posljedicu nejednako postupanje, primijenjen kao metod posmatranja određene distinktne kulture ili tradicije, može dovesti do saznanja o nejednakom postupanju u nekom partikularnom društvenom kontekstu. Odnosno, pokazuje šta je dominantno društveno dobro, kada i ukoliko je monopolizirano, kao i procedure koje za posljedicu

imaju nejednako postupanje. Analiza dominacije u društvenom kontekstu redistribucije društvenih dobara daje značajan uvid u načine nejednakih postupanja u društvenom i kulturnom kontekstu.[3]

No, ovo posmatranje i kritički osvrt u odnosu na redistribuciju društvenih dobara u jednom prostoru društvene sfere moguće je ukoliko prihvatimo (1) univerzalni koncept pravde i jednakosti, gdje se onda ovaj javlja kao kriterij ocjene partikularnih kulturnih praksi ili (2) gledano iz pluralne dimenzije, kao "pogled izvana" gdje naša ocjena proizlazi iz specifičnog kulturnog konteksta. Ipak, ovo i dalje ne daje dovoljno uvjerljive argumente kojima bi se napustila univerzalna koncepcija jednakosti ili barem naznačio minimalan sadržaj koncepta univerzalne pravde, uz mogućnost postojanja specifičnih društvenih sfera. Dakle, da zaključim, komunitarna pozicija daje veoma značajan uvid: nejednako postupanje je društveno i kulturno, prostorno i vremenski uslovljeno i održavano.

6. Različita polazišta teorija pravde: o zajednici i individui kao konceptima

Problem klasične liberalne teorije je što polazi od aprirorne koncepcije individue, dok komunitarizam polazi od aprirorne koncepcije zajednice. U analizi između liberalno-deontoloških teorija koje zanemaruju kontekst i komunitarnih teorija koje su opsjednute kontekstom, Rainer Forts predlaže četiri normativna konteksta u okviru kojih je osoba situirana kao članica raznih zajednica (Forts, 2002, str. 5). Osobe se intersubjektivno prepoznaju, autori su i adresati zahtjeva validnosti u različitim zajednicama: (1) zajednica etičnosti; (2) pravne zajednice koja štiti etički identitet osobe kao jednake i slobodne; (3) politička zajednica u okviru koje je svaka osoba autor zakona i obostrano odgovoran građanin i (4) moralna zajednica svih ljudskih bića kao moralnih osoba s pravom na moralno poštovanje (Forts, 2002, str. 5). Ukoliko teorija pravde uzme u obzir ova četiri normativna konteksta, onda će ona u isto vrijeme biti i vezana za kontekst, ali će i transcedentirati kontekst (Forts, 2002, str. 5). Dakle, čak i na konceptualnom nivou pogrešno je posmatrati zajednicu kao jednodimenzionalan fenomen. Slično i Roger Cotterrell naglašava različite načine i nivoe posmatranja zajednice. Zajednice se kao orijentacije društvenih interakcija mogu vidjeti u ekstremno različitom obliku u veličini i karakteru (Cotterrell, 2005, str. 336). One mogu biti sjedinjene teritorijalno (grad, regija ili nacija) ili interesom (profesionalna udruženja, industrija, trgovina, religija, kultura, etničke, političke i druge

[3] Vidi isto Dogan, 2009, str. 884.

grupe) (Coterrell, 2005, str. 336). Veoma često su sjedinjujući elementi različiti i fluktuirajući (Cotterrell, 2005, str. 336).

Da na individualnom nivou postoje višestruki identiteti koji su baza za formiranje čvršćih ili labavijih društvenih zajednica, kao i mogućnosti njihove rekonstrukcije, govore i sljedeće analize: Nijaz Ibrulj u zbirci eseja *Stoljeće rearanžiranja* u članku *Šta jeste a šta treba biti identitet?* ne daje formalnu definiciju identiteta, nego radije daje skup karakterizacija. Holizam identiteta[4] podrazumijeva sljedeće: a) identitet je jedan složen pojam u smislu da se radi o mnoštvu sekvenci identiteta (odnosno elemenata ili identifikatora): individualni, profesionalni, kulturni, etnički, rasni, politički, nacionalni, ekonomski, društveni, mitski, filozofski, religijski, povijesni, lingvistički (Ibrulj, 2005). Kao sekvence identiteta mogu se dodati i sljedeće: tjelesni, seksualni, tradicijski; b) sekvence su interaktivne, te su međusobno u dubinskom i površinskom odnosu; c) sekvence identiteta su paralelno distribuisane u reakcijama nosilaca identiteta (individue, grupe, naroda, nacije, etnije, itd.) (Ibrulj, 2005). Ovo znači da kolektivni ima kapacitet i individualnog identiteta i obratno; d) neke sekvence identiteta su rigidne, a neke mekane u smislu da su neke više sposobne za adaptaciju i promjenu, a neke manje ili nikako; e) sekvenca identiteta je uslovljena funkcionalna reakcija nosioca identiteta (mentalna, verbalna, društvena, fizička) koja nastaje u komunikaciji, koja se objašnjava u interpretaciji sebe i drugog i koja se mijenja u prostoru i vremenu: jedan kompletan prostorno-vremenski fenomen (Ibrulj, 2005, str. 24). Moguće je praviti razliku između identiteta koji se formiraju u iskazima i koji su zavisni od ontologije (npr. društvene) i identiteta koji su nezavisni od te ontologije (Ibrulj, 2005, str. 24). Ovi prvi se mogu nazvati *nepreciznim* iskazima, a drugi *preciznim* (Ibrulj, 2005). Dakle, iz ovog slijedi da pravila za logički identitet važe *za sve moguće svjetove,* ali ne važe za oblast osoba, njihova ponašanja, te semantičke i društvene historije (Ibrulj, 2005, str. 95). Dakle, ovdje možemo napraviti razliku između logičkih i društvenih identiteta. Opravdanje razlikovanju možemo naći u činjenici da u formiranju drugih učestvuju i iracionalni elementi: suosjećanje, ljubav, solidarnost, empatija, interes ili sl. Zašto osjećamo pripadnost nekoj grupi ne mora se uopšte bazirati na nekim unaprijed utvrđenim kriterijima. Ali da razlika nije nepremostiva govori i činjenica da se u formiranju elemenata identiteta kombinuju objektivni i subjektivni elementi pripadanja[5]. Kako bi bilo pogrešno isključivo posmatrati individuu atomistički, tako je pogrešno supstancijalizovati

[4] "Holizam identiteta je ideja o razlikovanju interaktivnih stupnjeva identifikacije identiteta i hijerarhija reprezentacije koje se prepliću ili paralelno distribuiraju u jednoj funkcionalističkoj definiciji ili u funkciji jednoznačnosti koja ih povezuje u cjelini" (Ibrulj, 2005, str. 128).

[5] Pogledati i Banović (2016).

identitet kao kontekst iz kojeg se formiraju norme pravde. Dakle, bez obzira na to iz koje perspektive posmatrali, bilo s pozicije individue i njenih identifikacija, bilo s pozicije zajednice, postoji višedimenzionalnost perspektiva.

Da li treba da posmatramo grupe kao predstavnike udruženih diskretnih, monadičnih i uobičajeno neudruživih individua, ili treba da apstrahujemo grupe kao nešto jedinstveno i individualno nesvodljivo (Kohler, 1993, str. 728)? Bez obzira na to kojem pristupu dali primat, Kohler smatra da u oba slučaja negiramo nešto veoma značajno o sebi samima (Kohler, 1993, str. 728). Ako bismo prihvatili prvu perspektivu, redukujemo ljudsku zajednicu na egzistenciju individua koje je čine (Kohler, 1993, str. 729). Ta zajednica nastajala bi iz razloga ostvarivanja određenog cilja koja bi se posljedično raspala kada bi se taj cilj i ostvario (Kohler, 1993, str. 729). Ovaj pogled redukuje "ljudsku solidarnost" kao trenutnu i instrumentalnu koja traje onoliko koliko je potrebno da bi se postigli direktni i lični interesi (Kohler, 1993, str. 729). Druga perspektiva naglašava ljudsku egzistenciju samo u okviru i kroz grupu: oni nemaju drugo biće van grupe niti odvojeno od grupe (Kohler, 1993, str. 729). Grupa predstavlja oblik pogleda iznutra čija je osnova na identitetu: poimanje sebstva i grupe oslikava i potvrđuje jedno drugo (Kohler, 1993, str. 729). Ovo razumijevanje udruženja bazirano je na distorziji ljudske egzistencije i ukratko se može odrediti kao pristrasnost grupi (Kohler, 1993, str. 729). Ova perspektiva uključuje kult države, kult naroda i kult drugih korporativnih tijela (Kohler, 1993, str. 720).

Ovo su dvije krajnosti viđenja odnosa grupe i pojedinca. Aristotel u *Politici* naglašava značaj zajednice jer su, prema njemu, ljudska bića uslovljena činjenicom da žive i djeluju u okviru zajednice. Zajednice u okviru kojih živimo i izvršavamo naše zadatke daju nam orijentaciju i identitet (Kohler, 1993, str. 730). One imaju normativnu funkciju i prema Kohleru, dobro funkcionišuće zajednice predstavljaju nesvodljiva ljudska dobra (Kohler, 1993, str. 730). U ovoj perspektivi, zajednice i asocijacije, bez obzira na to u kojem obliku se javljaju, postoje samo zbog pojedinaca (Kohler, 1993, str. 730). Primarna funkcija zajednice bi bila da pomogne punom razvitku i otkrivanju ljudske osobnosti koja zauzvrat nalazi svoj potpuni izraz u aktivnosti autentičnog individualnog samodjelovanja (Kohler, 1993, str. 730). Konačno, kako navodi i Amila Ždralović, u odnosu između zajednice i pojedinca, kolektivne zahtjeve možemo procjenjivati samo s obzirom na to da li oni ugrožavaju autonomiju, jednakost i slobodu pojedinca, te da li ga stavljaju u lošiji položaj u odnosu na druge (Ždralović, 2016). Princip distributivne pravde kako ga tumači u svom radu, a kroz drugi Rawlsov princip, uvijek pretpostavlja procjenu koje su to osobe u lošijem položaju u konkretnim društvenim okolnostima, i na taj način daje se fokus na ugrožene pojedince

koji uz to mogu biti i pripadnici određene grupe (Ždralović, 2016). Konačno, u njenom teoretskom diskursu se ne pretpostavlja da mi trebamo dati neki privilegovani status nekom kolektivu, već je ovakvo postupanje opravdano samo radi poštivanja ljudskog dostojanstva, te kako bi se svim pojedincima/kama omogućile jednake početne šanse (Ždralović, 2016).

Da bi se pravilno postavio koncept pravde bilo iz liberalne ili komunitarističke perspektive, potrebno je uzeti u obzir višedimenzionalnost individue, višestrukost identiteta koje se onda reflektuju u formiranju različitih tipova zajednica. Konačno, i takva ideja pravde bi bila *apriorna* jer bi nužno birala određene nivoe identifikacije kao relevantne za konstrukciju principa pravde, ali bi bila kontekstualno osjetljiva i potencijalno akontekstualna i kritička.

Bibliografija

1. Aristotel. (1975). *Politika.* Beograd: Beogradski izdavačko-grafički zavod.
2. Aristotel. (1982). *Nikomahova etika.* Zagreb: Sveučilišna naklada Liber.
3. Banović, D. (2016). Politike identiteta i pravno priznanje. U: B. Spaić & D. Banović, (ur.) *Savremeni problemi pravne i političke filozofije* (165–190). Sarajevo i Zagreb: Šahinpašić.
4. Barry, B. (2006). *Kultura i jednakost. Egalitarna kritika multikulturalizma.* Zagreb: Jasenski i Turk.
5. Bell, D. (2004). *Komunitarizam i njegovi kritičari.* Zagreb: KruZak.
6. Cicero. (1999). *On the Commonwealth and On the Laws.* New York: Cambridge University Press.
7. Cotterrell, R. (2005). *Law's Community. Legal Theory in Sociological Perspective.* Oxford: Clarendon Press Oxford.
8. Dogan, A. (2009). On the Universality of the Principles of Distributive Justice. *Filozofia,* 64 (9), 876–888.
9. Forst, R. (2002). *Contexts of Justice. Political Philosopy beyond Liberalism and Communitarianism.* Berkley, Los Angeles & London: University of California Press.
10. Hirsch, H. N. (1986). The Threnody of Liberalism: Constitutional Liberty and the Renewal of Community. *Political Theory,* 14 (3), 423–449.

11. Kohler, T. C. (1993). Individualism and Communitarianism at Work. *Brigham Young University Law Review*, 727–741.
12. Kymlicka, W. (2009). *Savremena politička misao.* Beograd: Nova srpska politička misao.
13. Parkin, F. (1972). *Class, Inequality and Political Order.* London: Paladin
14. Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice.* Massachusetts: Harvard University Press.
15. Stanovčić, V. (2012). Multiculturalism and Consociation - South East European Perspective. U: *Challenges of Multiculturalism* (str.163–180). Belgrade: Heinrich Boell Foundation, Regional Office for Southeast Europe.
16. Wacks, R. (2006). *The Philosophy of Law: A Very Short Introduction.* Oxford: Oxford University Press.
17. Walzer, M. (1982). *Spheres of Justice*. New Jersey: Basic Books.
18. Ždralović, A. (2016). Diskrepancije u suvremenoj teorijskoj raspravi o distributivnoj pravdi. Rad izložen na međunarodni simpoziju "Pravda u bh. društvu: Izazov temeljne ljudskosti" održan od 26.–27. rujna 2016. na Katoličko-bogoslovnom fakultetu (pridružena članica Univerziteta u Sarajevu). (u štampi)

Mr. Damir Banović
Senior assistant

THE PRINCIPLE OF EQUALITY IN THE COMMUNITARIAN DISCOURSE: ANALYSIS OF MICHAEL WALZER'S APPROACH IN HIS BOOK *SPHERES OF JUSTICE*[61]

Summary

*The paper has the goal to analyse the basic elements of communitarianism positions and arguments of Michael Walzer presented in his most significant work "*Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality.*" The focus of the paper is on his communitarian understanding of the principle of equality as part of the concept of justice. In addition to the presentation of his political philosophy, the paper will also analyse certain issues of his approach, as well as distinguish certain issues that should be answered. Also, the paper isolates the methodological approaches by which Michael Walzer governs in order to determine the content of the principle of equality. The paper begins with a review on the contemporary context of communitarian debate in which Walzer's political philosophy is positioned, it continues with a brief review on John Rawls, critical review on Walzer's understanding of distributive justice, and concepts of the individual and community as bases of different theories of justice. Due to limited space and focus of the paper, considerations did not encompass communitarian-feminist positions, liberal-feminist positions, queer, multicultural and other significant perspectives.*

Keywords: *communitarianism, principle of equality, distributive justice, community, individual*

[6] The article was presented at the *7th Central and Eastern European Forum for Young Legal, Political and Social Theorists* (Bulgaria, 2014).

Mr. Mehmed Bećić
Viši asistent
m.becic@pfsa.unsa.ba

UDK 348.97:347.99(497.6)"1883"
Izvorni naučni rad

NOVI POGLED NA TRANSFORMACIJU ŠERIJATSKIH SUDOVA U BOSNI I HERCEGOVINI: DA LI JE 1883. GODINE NAMETNUT KOLONIJALNI MODEL PRIMJENE ŠERIJATSKOG PRAVA?

Sažetak

Reformom šerijatskih sudova iz 1883. godine postavljen je temelj za novu ulogu šerijatskog prava i sudstva u pravnom poretku Bosne i Hercegovine postosmanskog perioda. Međutim, u literaturi nije do kraja razjašnjeno da li je ta reforma predstavljala samo finalizaciju započete osmanske reforme (tanzimata) ili je bila produkt nekih drugih ideja i tendencija. U odgovoru na ovo pitanje, u radu se polazi od teze da je reforma šerijatskih sudova iz 1883. godine bila rezultat preuzimanja kolonijalnog modela primjene šerijatskog prava, kakav je postojao u drugim muslimanskim zemljama koje su došle pod kolonijalnu vlast.

U prvom dijelu rada nastoji se razjasniti uloga šerijatskih sudova u Bosni i Hercegovini tokom posljednjih godina osmanske i prvih pet godina austrougarske uprave. Pri tome se polazi od pretpostavke da primjena šerijatskog prava, u formi odluka šerijatskih sudova, kako tokom osmanske (tanzimat do 1878), tako i tokom prvih pet godina austrougarske uprave (1878–1883), nije bila ograničena isključivo na pitanja personalnog statusa muslimana. Drugi dio rada fokusiran je na pitanje reforme šerijatskih sudova iz 1883. godine. U ovom dijelu se rekonstruiraju detalji usvajanja ovog reformskog projekta. Neka od važnijih pitanja koja se obrađuju su: ko su bili arhitekti ove reforme, kako su pravdana nova rješenja i da li su ta rješenja preuzeta iz nekih drugih sistema koji su došli pod kolonijalnu vlast?

U radu je konstatirano da je reforma modela primjene šerijatskog prava iz 1883. godine nastala po uzoru na kolonijalne modele. Ova teza potvrđena je na osnovu podataka iz neobjavljenih arhivskih izvora, koji jasno ukazuju na to da su reformatori gledali na alžirski model (bar kad je u pitanju reforma drugostepenog postupka). Navedena teza dodatno je potvrđena kompa-

rativnim ispitivanjem rješenja usvojenih 1883. godine u Bosni i Hercegovini s općim karakteristikama pravnog pluralizma u kolonijama s većinskim muslimanskim stanovništvom.

Ključne riječi: *šerijatsko pravo, šerijatski sudovi, tanzimat, Austro-Ugarska, Bosna i Hercegovina, reforma šerijatskog prava, pravni sistemi kolonija*

Uvod i teorijski okvir

U domaćoj literaturi nastalo je mnogo radova na temu šerijatskog prava i sudstva u Bosni i Hercegovini. Fokus ovih radova bio je na proučavanju pravne historije prve polovine XX stoljeća, a u detaljno obrađene teme ubrajaju se organizacija i praksa šerijatskih sudova, reformatorski pokreti u oblasti šerijatskog prava i razvoj šerijatske pravne nauke u tom periodu. Pošto su se ovi radovi uglavnom bavili već reformiranim modelom primjene šerijatskog prava u drugoj polovini XX stoljeća, oni nisu ulazili u analizu detalja njegovog nastanka, koji se veže za kraj osmanske i prve godine austrougarske uprave u Bosni i Hercegovini. Imajući to vidu, jasno je zašto su u dosadašnjoj literaturi izostavljene važne pojedinosti o idejnoj pozadini i karakteru reforme koncepta primjene šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini u tom periodu.

Nesporno je da je austrougarskom reformom šerijatskih sudova iz 1883. godine postavljen temelj za novu ulogu šerijatskog prava i sudstva u pravnom poretku Bosne i Hercegovine postosmanskog perioda. Međutim, nije do kraja razjašnjeno da li je ta reforma predstavljala samo finalizaciju započete osmanske reforme (tanzimata) ili je bila produkt nekih drugih ideja i tendencija. Imajući to u vidu, cilj ovog rada jeste da se ponudi odgovor na spomenuto pitanje. Za razliku od dosadašnjih pretpostavki, u radu se polazi od teze da je reforma šerijatskih sudova iz 1883. godine bila rezultat preuzimanja kolonijalnog modela primjene šerijatskog prava, kakav je postojao u drugim muslimanskim zemljama koje su došle pod kolonijalnu vlast.

Istina, u nauci je već konstatirano da su određeni aspekti reforme iz 1883. ličili na neka rješenja usvojena u drugim kolonijama (Karčić, 2005), a isto tako se dugo vremena vodi polemika o tome da li je Austro-Ugarska u Bosni i Hercegovini provodila kolonijalnu politiku ili je njena uprava imala drugačiji karakter. Jasno je da prostog i jednostranog odgovora na ovo pitanje ne može biti, jer on zavisi od pristupa, konteksta i aspekta koji se proučava (da li je u fokusu ekonomska politika, društveni i kulturni aspekt, pravno uređenje itd.). Međutim, odgovor na pitanje da li je reforma iz 1883. godine nastala svjesnom recepcijom (transplantacijom) kolonijalnog modela primje-

ne šerijatskog prava, treba biti postavljen na empirijske temelje i nesporne historijske činjenice. U skladu s ovom konstatacijom, u radu se nastoji odgovoriti na nekoliko istraživačkih pitanja.

U prvom dijelu rada nastoji se razjasniti uloga šerijatskih sudova u Bosni i Hercegovini tokom posljednjih godina osmanske i prvih pet godina austrougarske uprave. Pri tome se polazi od pretpostavke da primjena šerijatskog prava, u formi odluka šerijatskih sudova, kako tokom osmanske (tanzimat do 1878), tako i tokom prvih pet godina austrougarske uprave (1878–1883), nije bila ograničena isključivo na pitanja personalnog statusa muslimana. Ova teza, koja u literaturi nije došla dovoljno do izražaja, bit će dokazana činjenicom da je austrougarska okupacija zapravo prekinula nedovršenu osmansku reformu pravosuđa u Bosni i Hercegovini. Zbog toga su šerijatski sudovi formalno i faktički vršili šire kompetencije na polju civilnog pravosuđa.

Drugi dio rada fokusiran je na pitanje reforme šerijatskih sudova iz 1883. godine. U ovom dijelu bit će rekonstruirani detalji usvajanja ovog reformskog projekta. Neka od važnijih pitanja, koja u literaturi uopće nisu obrađena, su: ko su bili arhitekti ove reforme, kako su pravdana nova rješenja i da li su ta rješenja preuzeta iz nekih drugih sistema koji su došli pod kolonijalnu vlast? Odgovore na ova pitanja daju neobjavljeni arhivski izvori u vidu akata Pravosudne komisije (koja vodila projekat reforme) i izvještaja Zemaljske vlade povodom izrade nacrta reformskih propisa.

Osim obrade arhivske građe, glavna teza (da je reforma šerijatskog sudstva nastala recepcijom/transplantacijom kolonijalnih modela) bit će dokazana i putem pregledne komparativne analize. Ona podrazumijeva površnu komparaciju ključnih reformskih poduhvata iz 1883. s rješenjima drugih kolonijalnih pravnih sistema. Za ovu komparativnu analizu poslužit će zaključci Sartorija i Shahara o pravnom pluralizmu u muslimanskim zemljama pod kolonijalnom vlašću (2012, str. 637–663). Oni su, naime, uočili nekoliko karakterističnih mjera koje su kolonijalne vlasti poduzimale prilikom integriranja šerijatskog prava u nove kolonijalne pravne poretke:

- ograničavanje primjene šerijatskog prava na pitanja personalnog statusa muslimana i vakufske stvari;
- uspostava mehanizma za kontrolu primjene šerijatskog prava u apelacionom postupku, koju ne vrše šerijatski suci, nego činovnici i administracija kolonijalne vlasti;
- izrada priručnika šerijatskog prava na nekom od evropskih jezika, tj. jeziku kolonizatora (Sartori & Shahar, 2012, str. 643–648).

Dakle, analiza spomenutih arhivskih izvora, uz istovremeno komparativno ispitivanje rješenja usvojenih u Bosni i Hercegovini 1883. godine s drugim kolonijama predstavljat će osnov za dokazivanje teze o (ne)usvajanju kolonijalnog modela. Pored toga, rad se zasniva na domaćoj i stranoj literaturi iz ovog polja, zakonima i izvorima normativnog karaktera te određenoj drugoj objavljenoj građi.

1. Osvrt na ulogu šerijatskog prava i praksu šerijatskih sudova prije okupacije 1878.

Austrougarska okupacija (1878) zatekla je izuzetno složen pravni poredak u Bosni i Hercegovini, koji se odlikovao pravnim pluralizmom tipičnim za velike svjetske imperije.[1] Predstavljao je rezultat višedecenijske reforme (tanzimata), koja se u osmanskoj državi provodila tokom druge polovine XIX stoljeća, a obično se opisuje kao proces moderniziranja, pozapadnjavanja i sekularizacije osmanskog društvenog, državnog i pravnog poretka.[2] U tom smislu je ovaj proces značio da se mijenja uloga i mjesto šerijatskog prava u sveukupnom pravnom poretku osmanske države.

U suštini je tanzimat za sudbinu šerijatskog prava značio: 1. njegovo potiskivanje kao glavnog izvora državnog zakonodavstva u određenim oblastima u korist recepcije evropskog, pretežno francuskog prava (npr. krivično i trgovačko pravo); 2. tendenciju da se nadležnost šerijatskih sudova i primjena šerijatskog prava ograniči na pitanja personalnog statusa muslimanskog stanovništva u Carstvu. Imajući u vidu ove tendencije, u domaćoj nauci se obično ističe da je u drugoj polovini XIX stoljeća u osmanskom društvu bila dovedena u pitanje "teza o univerzalnosti" važenja šerijatskog prava, jer je ono iz "državno-pravne premješteno u vjersko-metafizičku sferu" (Durmišević, 2008, str. 59). U tom svjetlu obično se prikazuje i proces tanzimatske pravosudne reforme. U literaturi se redovno nailazi na tezu da je uspostavom redovnih/civilnih (*nizamiye*) sudova u osmanskoj državi uloga šerijatskog prava i šerijatskih sudova svedena na pitanje personalnog statusa muslimanskog stanovništva (i vakufske stvari), a tako se predstavlja i stanje u pravnoj praksi Bosanskog vilajeta prije austrougarske okupacije 1878. godine (npr. Karčić, 2005).

---

[1] O pojmu i teoriji pravnog pluralizma, vidi: Griffits (1986); Merry (1988); Tamanaha (2008).

[2] Takvi stavovi dominiraju u literaturi i prilično su nesporni (Naprimjer: Berkes, 1998; Shaw & Shaw, 1977, str. 89; Karčić, 2005, str. 20; Durmišević, 2008, str. 59; Imamović, 2003, str. 177).

No, kada se proučava tanzimatska reforma pravosuđa treba imati na umu da je u osmanskoj državi tek 1879. godine izvršeno precizno razgraničavanje kompetencija između redovnih i šerijatskih sudova (i drugih sudskih tijela), kada su donesene i prve tanzimatske kodifikacije građanskog i krivičnog procesnog prava (Rubin, 2011).[3] Tek se od tada bilježi nešto jasnije razgraničavanje nadležnosti između pojedinih sudskih tijela, dok je preklapanje jurisdikcija nastavljeno samo u okviru "sivih zona", odnosno predmeta kod kojih se nije moglo jasno razlučiti u čiju nadležnost spadaju (Rubin, 2011). Druga važna okolnost o kojoj treba voditi računa prilikom proučavanja tanzimatske reforme pravosuđa jeste pitanje sudskih funkcionera – profesionalnih sudija koji su bili na čelu reformiranih sudova. Naime, bez obzira na to što su redovni sudovi formalno bili odvojeni od šerijatskih sudova, do razdvajanja u personi sudije često nije dolazilo. Profesionalni šerijatski sudija (u zvanju kadije ili naiba) obično je vršio istovremeno obje funkcije, sudije šerijatskog suda i predsjedatelja redovnog (*nizamiye*) suda (Agmon, 2004).[4] Takva praksa očito je bila prisutna i u Bosni prije okupacije. To potvrđuju neki arhivski izvori (Gavranović, 1973), ali i svjedočenja austrougarskih sudskih činovnika, koji su u Bosnu došli neposredno poslije okupacije. Oni su ustanovili da je kadija, kao šerijatski sudija, istovremeno predsjedavao i redovnim sudom sreza (kaze) i sandžaka (live), gdje je bio na čelu sudskog vijeća sastavljenog od narodnih prisjednika, jednakog broja muslimana i nemuslimana (Eichler, 1889).

Ove okolnosti imale su dvije važne posljedice za pravnu praksu u Bosni i Hercegovini prije okupacije. Prvo, kadije su, kao predsjedatelji redovnih sudova, osim državnih zakona redovno primjenjivali i šerijatsko pravo (Gavranović, 1973). Takvoj praksi posebno je pogodovalo postojanje praznina u novom (reformskom/tanzimatskom) državnom zakonodavstvu, kao što je bila oblast krivičnog i civilnog procesnog prava. Naprimjer: pošto je osmanska kodifikacija civilnog procesnog prava usvojena tek 1879. godine,[5] kadije su kao predsjedatelji redovnih sudova obično primjenjivali njima bliska šerijatska procesna pravila, iako im je bilo naređeno da se privremeno (do donošenja zakona o civilnom postupku) drže proceduralnih pravila namijenjenih trgovačkim sudovima (Eichler, 1889, str. 188–189). Drugo, do okupacije nije

[3] O reformi građanskog i krivičnog procesnog prava u Bosni prije okupacije, vidi Bećić (2015) i Bećić (2016).

[4] "The Ottoman reformers endeavored to draw clear boundary lines between the shari'a and civil court systems. However, one should bear in mind that for most of the reform period at the lower administrative level of the sub-districts, shari'a judges presided over the nizami courts of first instance (bidayet) as well."

[5] Izuzetak su procesna pravila sadržana u Medželli, koja su još ranije sastavljena i publicirana.

došlo do preciznog razgraničavanja kompetencija između redovnih i šerijatskih sudova, pa su šerijatski sudovi i formalno bili nadležni da rješavaju razne imovinskopravne predmete, uključujući i ostavinske postupke nemuslimana.[6]

Ove činjenice bacaju novo svjetlo na osmansku pravnu praksu u Bosanskom vilajetu prije okupacije. Iako je tanzimat išao u tom pravcu, šerijatski sudovi očito nisu bili ograničeni samo na personalne stvari muslimana, niti je primjena šerijatskog prava sužena na tu oblast. Šerijatsko pravo redovno je dolazilo do upotrebe, posebno kada je nedostajao novi tanzimatski (državni) zakon. Bez obzira na to da li je vršio funkciju šerijatskog suda ili predsjedatelja sudskog vijeća redovnog suda, kadija je nastojao da primjenjuje šerijatsko pravo, kao dio svoje pravne tradicije i kulture.

Takvi zaključci podudaraju se s nekim tezama u novijoj stranoj literaturi, koja nastoji da tanzimat prikaže izvan konteksta sekularizacije, ističući da su u stvarnosti sekularni (*nizamiye*) i šerijatski elementi bili u interakciji, odnosno da su se međusobno nadopunjavali i ispreplitali. U tim radovima se posebno ističe da je takozvano *pravo u akciji* (*law in action*) tokom tanzimata uveliko bilo obilježeno interakcijom novih sekularnih i šerijatskih elemenata. Do takvih zaključaka došla je naprimjer Miller (2003) u svojoj analizi praktične primjene novog osmanskog krivičnog zakonodavstva tokom druge polovine XIX stoljeća. Isto tako je i Rubin (2011) u svojoj studiji o praksi osmanskih redovnih (*nizamiye*) sudova, zaključio da je *sekularizacija* pogrešan naziv za proces osmanske pravne transformacije u drugoj polovini XIX stoljeća, ukoliko se taj proces posmatra u svjetlu svakodnevne pravne prakse.

U svakom slučaju se, bar do donošenja prvih procesnih zakona i reorganizacije sudstva 1879. godine, ne može govoriti o preciznom formalnom, a još manje o stvarnom razdvajanju nadležnosti između šerijatskih i redovnih sudova ili drugih organa sa sudskim ovlastima (Rubin, 2011). Takvo stanje u pravosuđu zatekla je i austrougarska okupacija 1878. godine.

2. Mjesto i uloga šerijatskih sudova od okupacije 1878. do reforme 1883.

Nakon preuzimanja vlasti u Bosni i Hercegovini, austrougarska uprava je nastojala da održi pravni i institucionalni kontinuitet u odnosu raniju (osmansku) upravu i administraciju. Cilj je bio da se nova uprava nadoveže

[6] Vidi: Sammlung II, str. 497–498.

na postojeći poredak i administraciju, kako bi se radikalnije promjene mogle poduzeti kasnije (Kapidžić, 1958). Od toga su bile izuzete ustanove i propisi koji su bili suprotni općim pravnim načelima i interesima Monarhije.[7] U tom kontekstu je nominalno prihvatila dualističku strukturu državnog pravosuđa (redovni/šerijatski sudovi).[8] Uporedo s tim su na njemačkom jeziku ponovo objavljeni osmanski propisi o nadležnosti šerijatskih sudova (1860) i vođenju ostavinskih predmeta (1861),[9] na osnovu kojih su šerijatskim sudovima priznate kompetencije za rješavanje raznih imovinskih predmeta, uključujući pravni promet nekretninama,[10] kao i ostavinske rasprave muslimana i nemuslimana (u taksativno određenim slučajevima).[11]

Međutim, još se iz provizornih naredbi o organizaciji pravosuđa s kraja 1878. godine jasno vidjela intencija okupacionih vlasti da jurisdikciju šerijatskih sudova ograniči na bračne, porodične i nasljedne stvari muslimana.[12] Osim toga, u okviru provizorne reorganizacije sudova izvršene su dvije važne izmjene u odnosu na ranije osmansko uređenje. Jedna je bila personalnog, a druga institucionalnog i proceduralnog karaktera.

Personalna izmjena odnosi se na proces popunjavanja sudijskih mjesta redovnih sudova austrougarskim činovnicima, uz istovremeno ukidanje ustanove narodnih prisjednika u sudskim procesima.[13] Ova mjera imala je za posljedicu da je konačno došlo do razdvajanja redovnih od šerijatskih sudova u personi sudije: dok su na čelo redovnih sudova postepeno postavljani pravnici iz Monarhije, ulogu šerijatskih sudova nastavili su da vrše domaći šerijatski suci (u zvanju kadije ili naiba). Time je prekinuta ranija osmanska praksa kadijskog monopola u vršenju sudske vlasti u okviru kaza (sada kotara) i liva (sada okruga).

---

7 Vidi: Provisorischer Wirkungskreis des Chefs der Landesregierung in Bosnien und der Hercegovina – Uebergangsbestimmungen (Sammlung I, 13).

8 Vidi: Auszug aus einem Erlasse des gemeinsamen Ministeriums vom 29. December 1878, Nr. 645 B.H., betreffend die Organisation der Justizverwaltung (Sammlung II, 3).

9 *Gesetz über den Wirkungskreis der Scheriatsgerichte, vom 16. Sefer 1276 (1860).* (Sammlung II, 476–481.) i Vezirialverordnung, betreffend die Inventirung des Nachlasses, vom 7. Sefer 1278 (1861). (Sammlung II, 481–482).

10 Vidi: Sammlung II, 476–481.

11 Vidi: Sammlung II, 481–482.

12 Vidi: Auszug aus einem Erlasse des gemeinsamen Ministeriums vom 29. December 1878, Nr. 645 B.H., betreffend die Organisation der Justizverwaltung (Sammlung II, 3). Uporedi: Sammlung II, 14.

13 Vidi: Sammlung II, 4.; "Nachdem in jüngster Zeit beinahe bei allen Bezirksbehörden behufs Versehung der gerichtlichen Agenden österreichisch-ungarische Functionäre bestellt wurden (...)" (Sammlung II, 30).

Druga ključna novina u odnosu na osmanski model bilo je uvođenje žalbene instance za šerijatske sudove, koja ranije uopće nije postojala. Time se u pravnoj praksi nastojao osigurati veći stepen pravne sigurnosti i zaštite za stranke u postupku, ali je prije svega trebao upravi da omogući uvid u rad prvostepenih sudova (Eichler, 1889).

Drugostepeni šerijatski sud formiran je u okviru Vrhovnog suda za Bosnu i Hercegovinu u julu 1879. godine.[14] U članu 9 Instrukcije za Vrhovni sud predviđeno je da će u sastavu Vrhovnog suda djelovati poseban šerijatski sud, kao žalbena, drugostepena i konačna instanca, nadležna za ispitivanje odluka prvostepenih šerijatskih sudova.[15] Vrhovni šerijatski sud je svoje odluke donosio u vijeću sastavljenom od: dva šerijatska suca, tri počasna člana iz reda domaće uleme, izabrana od sarajevske općine na mandat od dvije godine te jednog redovnog člana Vrhovnog suda, koji je, kao austrougarski činovnik-nemusliman, imao samo savjetodavnu ulogu.[16] Dakle, odlučivanje o šerijatskim predmetima, kako u prvostepenom, tako i u drugostepenom postupku, okupaciona uprava je tokom prvih pet godina prepustila isključivo muslimanima, odnosno domaćoj ulemi – princip koji će biti promijenjen u okviru reforme 1883. godine.[17]

Ipak, opća karakteristika ovog perioda bilo je nesređeno i provizorno stanje u pravnoj praksi. Provizorne mjere na polju sređivanja pravnog poretka okupirane zemlje imale su vrlo ograničene domete. Najveće pritužbe dolazile su na račun civilnih procesa, koji su bili uzrokovani nepoznavanjem domaćeg prava i prazninama u osmanskom državnom (civilnom) zakonodavstvu, a posebno nedostatkom odgovarajućeg zakona o civilnom postupku (Bećić, 2015), zatim nejasnom podjelom jurisdikcija, manjkom kvalificiranih i iskusnih sudskih činovnika (posebno u nižim sudovima),[18] ali i brojnim drugim problemima.

---

[14] Verordnung der Landesregierung in Sarajevo vom 6. Juli 1879, Nr. 11287, Just. 2011, betreffend die Constituirung des Obergerichtes. (Sammlung II, 21).

[15] Verordnung der Landesregierung in Sarajevo vom 17. Juli 1879, Nr. 1390 Präs., betreffend die Instruction für das Obergericht in Sarajevo, Sammlung II, 23.

[16] Verordnung der Landesregierung in Sarajevo vom 17. Juli 1879, Nr. 1390 Präs., betreffend die Instruction für das Obergericht in Sarajevo, Sammlung II, 23.

[17] Arhiv BiH, ZMF, Opći spisi, 2222, 1883; Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, godina 1883, Sarajevo, 1883, 541.; Uporedi: Austrijski državni arhiv – OeStA, AVA, Justiz, JM, Allgemein, Sig. 1, A1238, Bosnien, Regelung des Justizwesens, Post 11–55, 1881–1917. (Motivenbericht zu dem Entwurfe eines Gesetzes, womit die Verordnung vom 29. August 1883, Nr. 135 Gesetz-Sammlung, über die Organisation und den Wirkungskreis der Scheriatsgerichte, abgeändert wird.).

[18] Personalnim problemima u redovnom sudstvu doprinio je posebno i nepovoljan provizorni normativni okvir za postavljanje činovnika u službu u Bosni i Herce-

U tom smislu je nova vlast, pored opće jurisdikcije za rješavanje bračnih, porodičnih i nasljednih stvari muslimana, prvostepenim šerijatskim sudovima "prešutno" prepustila da rješavaju razne druge civilne poslove i da vode parnične i vanparnične civilne procese, u kojima su stranke bili muslimani i nemuslimani (Eichler, 1889, str. 198–199). Šerijatski sudovi su, naslanjajući se na raniju praksu, posredovali u prometu nekretninama, rješavali civilne predmete prema institutima Medželle, rješavali nasljedne stvari zemaljskih pripadnika nemuslimana i tako dalje (Eichler, 1889; Sikirić, 1937), što potvrđuju i službeni izvještaji Zemaljske vlade u Sarajevu.[19] U suštini, nastavljena je praksa preklapanja jurisdikcija redovnih i šerijatskih sudova, kakva je bila prisutna i prije okupacije. Tako da su, do reforme civilnog postupka 1883. godine, šerijatski sudovi, umjesto statusa specijalnih sudova za muslimane, neformalno dobili ulogu institucija kojima se "nadopunjavalo" redovno sudstvo (Sikirić, 1937, 14–15).

U svakom slučaju provizorne mjere su na polju sređivanja pravosuđa okupirane zemlje imale ograničene domete. Njima je osiguran kontinuitet u funkcioniranju državnog aparata, ali ne i potreban nivo pravne sigurnosti u pravnom prometu i sudskoj praksi, o čemu su izvještavali službeni organi, ali i tadašnji dnevni i stručni listovi.[20]

3. Pokretanje reforme pravosuđa i koncepta primjene šerijatskog prava

Kao odgovor na nesređeno i provizorno stanje u pravosuđu, Zajedničko ministarstvo finansija je sredinom 1881. godine odlučilo da preuređenju pravnog poretka okupirane zemlje pristupi temeljitije i studioznije u odnosu na ranija provizorna rješenja. U tu svrhu je austrougarski monarh, na prijedlog

govini, koji je predviđao privremeni angažman činovnika, što je dovelo do velike fluktuacije sudijskog i činovničkog kadra (Kraljačić, 1987). Tako su naprimjer 1881. godine kod samo devet kotarskih sudova sudije službovali tokom cijele godine, dok su kod ostalih kotarskih sudova smjene bile redovna pojava. Uz to su u kotarskim sudovima, u pravilu, postavljani neiskusni pripravnici – auskultanti i adjunkti (Eichler, 1889). Uporedi: Arhiv BiH, ZVS, I/3, 1880.

[19] U jednom izvještaju Zemaljske vlade iz 1883. godine navodi se da su u dosadašnjoj praksi šerijatski sudovi rješavali i sporove nemuslimana. "daß diese (...) Gerichtsbarkeit ausschließlich nur für Mohamedaner und nicht auch – wie bisher- für Andersgläubige in Anwendung zu kommen habe" (Arhiv BiH, ZMF, Opći spisi, 2222, 1883).

[20] Vidi: Die Prese, 1. Jänner 1882, 35. Jahrgang, No. 1, 1–2.; Vidi: Die Presse, 31. August 1881, 34. Jahrgang, No. 239, 2; Gerichtshalle, Wien, 1. September 1881, 25. Jahrgang, Nr. 70, 340.

zajedničkog ministra finansija Szlávya, u drugoj polovini 1881. imenovao posebnu Pravosudnu komisiju (*Justizkommission*). Ona je, kao savjetodavni organ Zajedničkog ministarstva, dobila zadatak da ispita stanje u oblasti zakonodavstva i pravne prakse u okupiranoj zemlji, da bi zatim predložila neophodne reforme i izradila potrebne zakonske nacrte za Bosnu i Hercegovinu.[21] Na čelo Pravosudne komisije imenovan je Alois Lapenna, sudija Vrhovnog suda u Beču i bivši član Međunarodnog apelacionog suda u Aleksandriji, dok su ostale članove činili činovnici Zajedničkog ministarstva (Bosanskog biroa), sudije iz Bosne i Hercegovine i po jedan predstavnik austrijske i ugarske vlade.[22]

Konsultacije i rad Pravosudne komisije od decembra 1881. do sredine 1882. rezultirali su konkretnim reformskim prijedlozima. Komisija je u prvi plan stavila potrebu za definiranjem jurisdikcija, uključujući nadležnosti šerijatskih sudova i reformu parničnog postupka, dok je u drugi plan stavljena reforma trgovačkog, mjeničnog i stečajnog prava (Eichler, 1889). Kada je riječ o reformi šerijatskog prava i sudstva, Pravosudna komisija je zaključila da je neophodno sastaviti prevode šerijatskih propisa bračnog, porodičnog i nasljednog prava iz izvora kojima se šerijatski sudovi inače koriste (kao što su *Multeke* i zbirke pravnih mišljenja – fetvi). Na osnovu toga bi se onda ustanovilo da li je šerijatsko pravo usklađeno s principima nove vlasti i koliko je opravdano zadržati jurisdikciju šerijatskih sudova (Eichler, 1889).

Iako su još u junu 1882. prvi zakonski nacrti Pravosudne komisije bili u finalnoj fazi usvajanja, do njihovog sankcioniranja nije došlo sve do 1883. godine, jer je njihovo sankcioniranje privremeno zaustavio dolazak Benjamina Kalaja na čelo uprave u Bosni i Hercegovini. Njegova administracija značila je preokret i novi pristup upravljanju okupiranim područjem, pa je u tom smislu zatražena dodatna revizija usvojenih prijedloga i zakonskih nacrta Pravosudne komisije (Eichler, 1889). Zbog toga su reformski projekti Pravo-

[21] Austrijski državni arhiv – OeStA, Justiz, JM, Allgemein, 1 A1237, Bosnien, Regelung des Justizwesens, Post. 1–10, 1881–1917. ("Entwurf eines allerunterthänigsten Vortrages des gemeinsamen Ministäriums, Wien 4. Juli 1881 Z. 630 Pr. BH"); Arhiv BiH, ZMF, Prez, 630, 1881; Arhiv BiH, ZMF, Prez, 789, 1881.

[22] Arhiv BiH, ZMF, Prez, 630, 1881; Arhiv BiH, ZMF, Prez, 789, 1881. Članovi su bili: Baron Krauß, Merey i Spaczil, kao predstavnici Zajedničkog ministarstva finansija; dr. Karl Krall, u svojstvu predstavnika austrijskog ministarstva pravde; zamjenski sudija ugarskog Sudbenog stola u Budimpešti August Gottel, kao delegat ugarskog ministarstva pravde; Eduard Eichler i kadija Nezir Efendija Škaljić, u svojstvu članova Vrhovnog suda za Bosnu i Hercegovinu, te Gluwczeski, kao predstavnik Zemaljske vlade za BiH. (Neue Freie Presse, 5. Janner 1882, Nr. 6235., 1.; Morgen-Post, 6. Jänner 1882, Nr. 6, 32. Jahrgang, 2).

sudne komisije, uključujući zakonska rješenja za uređenje civilnih procesa i šerijatskog sudstva, aktivirani tek u drugoj polovini 1883. godine.

4. Reforma modela primjene šerijatskog prava 1883. godine

Reforma modela primjene šerijatskog prava, odnosno organizacije i nadležnosti šerijatskih sudova nastala je na bazi ranije spomenutih zaključaka Pravosudne komisije. Njeni članovi Nezir ef. Škaljić i Eduard Eichler izradili su nacrt propisa o organizaciji i djelokrugu šerijatskih sudova i sastavili kompilaciju šerijatskih propisa o bračnom, porodičnom i nasljednom pravu muslimana na njemačkom jeziku. Ovi dokumenti su ispred Pravosudnog odjela Zemaljske vlade u Sarajevu proslijeđeni 13. aprila 1883. godine Zajedničkom ministarstvu na odobrenje.[23] Nacrt je zatim prošao uobičajenu proceduru usaglašavanja u vladama Austrije i Ugarske, da bi konačno 29. augusta 1883. godine bio sankcioniran kao *Naredba o ustrojstvu i djelokrugu šerijatskih sudova*, koja je zatim bila objavljena 30. oktobra 1883. godine.[24]

Implementacija Naredbe išla je uporedo s još jednim projektom Pravosudne komisije – reformom civilnog postupka pred redovnim sudovima (usvajanje Građanskog parničnog postupka za BiH). Ona je značila definitivno uređenje civilnog postupka, kao i rješavanje problema nedefinirane podjele nadležnosti između redovnih, šerijatskih i milletskih sudova (crkvenih/bračnih sudova kršćana i Jevreja).

Stupanje na snagu *Naredbe o ustrojstvu i djelokrugu šerijatskih sudova* značilo je definitivno organiziranje šerijatskih sudova u strukturi državnog pravosuđa Bosne i Hercegovine, u okviru kojeg su uživali status specijalnih sudova za muslimane. Time je i šerijatsko pravo ostalo integralni dio novog i reformiranog pravnog poretka okupirane zemlje. Međutim, u odnosu na nedovršeni osmanski/tanzimatski model (1838–1878) i period provizorne organizacije pod austrougarskom upravom (1878–1882/83), organizacija šerijatskih sudova i koncept primjene šerijatskog prava sada su znatno izmijenjeni. Da li se ovaj novi koncept primjene šerijatskog prava može označiti kao kolonijalni model? Iako u nauci postoje zaključci koji indirektno prepoznaju sličnosti s kolonijalnim modelima (Karčić, 2005), smatram da se odgovor na ovo pitanje mora potražiti u arhivskim izvorima, uz istovremenu komparativnu analizu bosanskohercegovačkog modela u odnosu na druge kolonijalne modele.

---

[23] Arhiv BiH, ZMF, Opšti spisi, 2222, 1883; Sikirić, 1937, 15.

[24] Arhiv BiH, ZMF, Opšti spisi, 6075, 1883; Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Sarajevo, 1883, 538–542.

4.1. Činjenice koje ukazuju na transplantaciju/recepciju

U teoriji komparativnog prava prisutna je teza da stvarni arhitekti i nosioci pravnih promjena nisu vlade, nego predstavnici subordinirane pravničke elite, koji nemaju formalne zakonodavne vlasti, kao što su pravnici u zakonodavnim tijelima, sudije, pravni stručnjaci itd. (Votson, 2010). Prilikom stvaranja novog prava, oni se najčešće služe metodom recepcije/transplantacije pravnih pravila, modela, sistematizacije i tako dalje. Oni najčešće stvaraju pravo preuzimanjem (recepcijom, transplantacijom, presađivanjem) dokazanih modela (pravila, ustanova, zakona itd.), koji u njihovim očima imaju prestižni i autoritativni status (Votson, 2010).

Sa stanovišta ove teorije može se pristupiti i proučavanju reforme šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini iz 1883. godine. U tom smislu smatram da je nužno, prije historijske i komparativne analize ovog reformskog projekta, ukazati na dvije važne okolnosti vezane za idejne tvorce ove reforme. Riječ je o historijskim činjenicama koje, koliko je meni poznato, u literaturi nisu bile predmet opservacije i analize.

Prvo, čovjek koji je rukovodio radom Pravosudne komisije, Alois Lapenna, bio je osoba s praktičnim pravnim iskustvom u postosmanskom kontekstu. Naime, Lapenna je sredinom sedamdesetih godina imenovan za člana mješovitog Međunarodnog apelacionog suda u Aleksandriji. Tu funkciju je obavljao sve do marta 1881. godine, kada je imenovan na mjesto predsjednika senata Vrhovnog suda u Beču.[25] Iako je dnevna štampa špekulirala o pravim razlozima imenovanja Lapenne,[26] taj izbor službeno je pravdan upravo njegovom ranijom funkcijom u Aleksandriji. Još je ranije ministar Szlávy naglasio da predsjednik Pravosudne komisije treba da bude upoznat s "orijentalnim" pravnim odnosima i ustanovama i da s tog stanovišta ne poznaje pogodnijeg kandidata od Aloisa Lapenne, koji je svoje sposobnosti dokazao za vrijeme "odličnog službovanja kao Predsjednik Međunarodnog apelacionog suda u Aleksandriji". "Lapenna ne bi samo predsjedavao Komisijom", već bi ostalim članovima davao upute s obzirom na "svoje znanje i iskustva iz oblasti orijentalne jurisprudencije".[27]

---

[25] Austrijski državni arhiv – OeStA, AVA, Justiz, JM, Präs., A 160a.22 Lapenna, Dr. Alois, Personalstandesausweis.

[26] Grazer Volksblatt, 23. August 1881, 14. Jahrgang, Nr. 190. ("Er hat den Italiener, den Slavophagen, den Slavenfeind Lapenna nach Bosnien berufen...").

[27] Austrijski državni arhiv - OeStA, Justiz, JM, Allgemein, 1 A1237, Bosnien, Regelung des Justizwesens, Post. 1–10, 1881–1917. ("Entwurf eines allerunterthänigsten Vortrages des gemeinsamen Ministäriums, Wien 4. Juli 1881 Z. 630 Pr. BH").

Drugo, iz arhivskih izvora saznajemo da je Kalajev režim prilikom uređenja pravnog sistema Bosne i Hercegovine očito gledao i na modele prekomorskih kolonija drugih evropskih država. O tome svjedoči podatak da je, na Kalajev zahtjev, još u septembru 1882. godine Zajedničkom ministarstvu finansija dostavljen akt sa zakonskim propisima o upravi Alžira (koji je u to vrijeme bio pod francuskom kolonijalnom upravom).[28]

U nastavku teksta bit će razjašnjeno kako su ove okolnosti utjecale na reformu šerijatskih sudova 1883. godine. U svakom slučaju se, pored komparativne analize, treba imati u vidu pozadina i profil Aloisa Lapenne, kao voditelja reformskog projekta (bar u njegovoj početnoj fazi), kao i činjenica da su reformatori pri ruci imali zakonske propise francuske kolonije Alžira u vrijeme kada se radilo na reformi šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini.

4.2. Redefiniranje nadležnosti šerijatskih sudova

Prvi aspekt redefiniranja uloge i primjene šerijatskog prava odnosi se na ograničavanje nadležnosti šerijatskih sudova. U izvještaju od 13. aprila 1883. godine, Zemaljska vlada je naglasila da šerijatski sudovi treba da postanu sudovi samo za muslimansko stanovništvo, "a ne kao do sada, da sude i pripadnicima drugih konfesija".[29] U istom dokumentu Zemaljska vlada je naglasila da je, pri određivanju obima nadležnosti šerijatskih sudova, strogo vodila računa o tome da u njihovoj nadležnosti ostanu samo one "pravne materije" i "predmeti", koji, s obzirom na živa narodna shvatanja, nužno treba da budu rješavani pred šerijatskim sudijom.[30]

U skladu s tim su šerijatski sudovi postali nadležni za rješavanje "taksativno" određenih civilnih predmeta muslimanskog stanovništva (Karčić, 2005, str. 23), i to: predmeta bračnog prava muslimana imovinskog i neimovinskog karaktera (naprimjer poslovi vjenčanja, razvod braka, parnice radi nafake, mehra itd.); predmeta međusobnih prava i dužnosti roditelja i djece muslimana (naprimjer sporovi o tome da li nakon razvoda djeca ostaju kod majke ili kod oca, sporovi o nafaki i tome slično); ostavinskih predmeta mulk

[28] Arhiv BiH, ZMF, Prez., 1884, 1882.
[29] Arhiv BiH, ZMF, Opšti spisi, 2222, 1883.
[30] "Bei Festsetzung des Wirkungskreises der Scheriatsgerichte wurde strenge darauf bedacht genommen, daß dieselbe nur jene Rechtsmaterien und aus diesen nur jene Gegenstände umfaße, welche gemäß der Heute noch bestehenden und im Volke lebenden Anschaugen unbedingt vor das Forum der Scheriatsrichters gehören und welche auch bis Heute thatsächlich die, wenn auch gesetzlich nicht umschriebene Competenz der Scheriatsgerichte ausmachen." (Arhiv BiH, ZMF, Opšti spisi, 2222, 1883).

imovine muslimana; te rješavanje tužbi u vezi s nasljedstvom mulk imovine, odnosno tužbi u vezi s oporukom ili naredbom za slučaj smrti (Kruszelnicki & Mutapčić, 1917; Sikirić, 1937, str. 18).[31] Nadležnosti šerijatskih sudova kasnije su posebnim naredbama proširene i na druge poslove: ispitivanje valjanosti punomoći i legalizacija potpisa na punomoći,[32] rješavanje sporova koji se odnose na vakuf (ako se nije radilo o pitanju svojstva vakufa),[33] ostavinske rasprave muslimana o mirijskim zemljištima prema nasljednom redu Zakona od 17. muharema 1287,[34] te određene druge poslove u vezi s personalnim statusom muslimana.

Dakle, tek je reforma iz 1883. godine šerijatske sudove pretvorila u specijalne državne organe, čije su kompetencije ograničene na rješavanje predmeta u vezi s bračnim, porodičnim i nasljednim pravom muslimana, te određenih predmeta u vezi s vakufima. Kao što je ranije navedeno, ovakav način reguliranja jurisdikcije šerijatskih sudova i primjene šerijatskog prava na pitanja u vezi s personalnim statusom muslimana i vakufskih stvari, općenito se zapaža i u drugim muslimanskim zemljama koje su došle pod kolonijalnu vlast.[35]

4.3. Redefiniranje sastava drugostepenog šerijatskog suda

Sljedeća bitna promjena u odnosu na ranije provizorno uređenje odnosi se na odlučivanja u apelacionom postupku u okviru Vrhovnog šerijatskog suda. Naime, nakon 1879. godine šerijatske odluke su u obje instance donosili isključivo šerijatski suci: u prvostepenom sudu to je bio šerijatski sudija (kadija) pojedinac, a u drugostepenom vijeće Vrhovnog šerijatskog

[31] Vidi: Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1883, Sarajevo, 1883, 540.

[32] Vidi: Naredba Zemaljske vlade za Bosnu i Hercegovinu od 5. augusta 1884. godine, broj 4630/III, glede vlasti šerijatskih sudova na izdavanje i legalizovanje punomoći. Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1884, Sarajevo 1884, 419–420.

[33] Vidi: Naredba Zemaljske vlade za Bosnu i Hercegovinu od 8. maja 1885, broj 3127/III, o nadležnosti šerijatskih sudova u vakufskim poslovima. Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1885, Sarajevo, 1885, 116–117.

[34] Vidi: Naredba kojom se proširuje nadležnost šerijatskih sudova u muhamedanskim ostavštinskim poslovima. (Objavljena od Zemaljske vlade za Bosnu i Hercegovinu dana 14. aprila 1885. pod brojem 2442/III), Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1885, Sarajevo, 1885, 83–84.

[35] "Despite these drawbacks, sharīʿa law was introduced into the legal systems of several colonies. Such incorporations took place in different forms and by different means: sometimes colonial regimes maintained "sharīʿa civil laws" (i.e., personal-status and waqf laws), by conferring jurisdictional legitimacy upon the legal institutions that existed before colonisation." (Sartori & Shahar, 2012, str. 645).

suda, gdje su većinu činili muslimani.[36] Nakon stupanja na snagu Naredbe o ustrojstvu i djelokrugu šerijatskih sudova taj princip se mijenja. Prvostepenu sudsku vlast i dalje su vršili sudije pojedinci ("šerijatski suci za to određeni" kod kotarskih ureda),[37] ali je sastav drugostepenog suda izmijenjen,[38] jer su u vijeću Vrhovnog šerijatskog suda većinu imali redovni članovi Vrhovnog suda, odnosno austrougarski činovnici-nemuslimani (ukupno tri člana), dok su samo dva člana bili šerijatski suci-muslimani (Zobkow, 1923).[39] Jasno je da se time željela obezbijediti kontrola šerijatskih sudova od strane državne vlasti (Karčić, 2005). Eichler (1889) također prenosi da se time nastojao osigurati dovoljan utjecaj državne (okupacione) uprave na ustanovu šerijatskog sudstva, kako bi se došlo do pravilne sudske prakse, koja bi istovremeno odgovarala šerijatskim principima i načelima nove uprave.

Ovdje se, zapravo, radi o pristupu koji je bio karakterističan za kolonijalne pravne režime. Tamanaha (2008) ističe da su kolonijalne uprave koristile posebne mehanizme i klauzule kojima su odbacivana ili subordinirana autohtona prava i ustanove, pri čemu su državni sudovi (sudovi kolonijalne vlasti) obično imali ulogu konačne instance za predmete iz nadležnosti domaćih (vjerskih ili autohtonih) sudova. To se posebno zapaža u kolonijama s većinskim muslimanskim stanovništvom. Kolonijalne vlasti u muslimanskim zemljama su održavale na snazi jurisdikciju šerijatskih ustanova koje su postojale prije kolonizacije, ali su istovremeno određivale da viša kolonijalna administracija može da preispituje, a po potrebi i da mijenja odluke šerijatskog sudije (Sartori & Shahar, 2012). Tako je institucionalni okvir koji je osigurao održavanje kontinuiteta s prošlošću istovremeno otvorio put za subordiniranje šerijata u odnosu na kolonijalnu birokratiju (Sartori & Shahar, 2012). Kao primjer se može navesti Alžir pod francuskom upravom, gdje su kadijski sudovi djelovali kao prvostepena instanca, dok je apelaciju

[36] Dvojica kadija, tri izabrana muslimanska prisjednika i jedan redovni sudija (nemusliman) – član Vrhovnog suda.

[37] Pored općih uvjeta koji se traže za činovnička zvanja, šerijatski suci su morali ispunjavati i posebne uvjete za šerijatsko sudačko zvanje. Ona lica koja nisu stekla zvanje kadije za vrijeme osmanske uprave, morali su steći svjedodžbu o položenom ispitu za šerijatske sudije, koje je obavljao ulema-medžlis pod predsjedavanjem reisul-uleme. (Shek, 1905, str. 2–3).

[38] Vidi: Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, godina 1883, Sarajevo, 1883, 538–539.

[39] "Kod šerijatskih sudova prve molbe izvršuje sudbenost po šerijatsko-sudbenom postupku šerijatski sudac kao inokosni sudac. Poslovanje u drugoj molbi biva u zboru četvorice sudaca, od kojih su dva šerijatski suci, pod predsjedništvom predsjednika vrhovnog suda (šerijatski vrhovni sud)." (Zobkow, 1923, str. 52); Uporedi: Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, godina 1883, Sarajevo, 1883, 541.

vršio francuski civilni sud, čije su odluke bile konačne i izvršne (Christelow, 1985; Karčić, 2005).

Arhivski izvori potvrđuju da je okupaciona uprava pri reformiranju drugostepene šerijatske instance svoje rješenje pravdala dokazanim alžirskim modelom, čime je indirektno priznala činjenicu preuzimanja/transplantacije tog rješenja. U izvještaju od 13. aprila 1883. godine (br. 2547/III), Zemaljska vlada je ulogu redovnih sudija (nemuslimana) u drugostepenom postupku pravdala potrebom za "razvojem" šerijatskog prava, odnosno sprečavanjem njegove "stagnacije", s obzirom na to da šerijatski suci, zbog nedostatka adekvatnog humanističkog i pravničkog obrazovanja, tom zahtjevu nisu mogli udovoljiti.[40] U izvještaju se dalje navodi da takva mjera ne predstavlja novinu, te da upravo primjer Alžira pokazuje kako su francuzi uspjeli da podstaknu "živi razvoj muslimanskog prava sunijske sekte".[41]

Ovaj izvor jasno potvrđuje da je alžirski model kontrole drugostepene instance od strane kolonijalne administracije poslužio kao izvor za preuređenje drugostepenog šerijatskog suda u Bosni i Hercegovini. Ako se poslužimo rječnikom ranije spomenute teorije o pravnim transplantima, onda bi se moglo kazati da su članovi Pravosudne komisije i Pravosudnog odjela Zemaljske vlade u Sarajevu (Lapenna, Eichler i drugi), kao predstavnici subordinirane pravničke elite, alžirski model "transplantirali" ili "presadili" u pravni sistem Bosne i Hercegovine. Francusko-alžirski kolonijalni model pravnog pluralizma za njih je očito imao ulogu prestižnog i autoritativnog sistema, koji im je kao dokazan koncept poslužio kao izvor pravne transplantacije.

Zemaljska vlada je isticala da navedena mjera i s političkog aspekta ne bi trebala biti sporna, imajući u vidu da će u prvostepenom postupku muslimanima i dalje neposredno suditi šerijatski sudija, dok će Vrhovni šerijat-

[40] Arhiv BiH, ZMF, Opšti spisi, 2222, 1883; U kasnijim dokumentima i izvještajima se ističe i da uloga drugostepenog šerijatskog suda nije ograničena samo na preispitivanje odluka prvostepenog suda, već da mu je glavni zadatak da prvostepene šerijatske sudije podući pravilnoj primjeni zakona, a naročito pravilima sudskog postupka. (Austrijski državni arhiv – OeStA, AVA, Justiz, JM, Allgemein, Sig. 1, A1238, Bosnien, Regelung des Justizwesens, Post 11–55, 1881–1917. (Motivenbericht zu dem Entwurfe eines Gesetzes, womit die Verordnung vom 29. August 1883, Nr. 135 Gesetz-Sammlung, über die Organisation und den Wirkungskreis der Scheriatsgerichte, abgeändert wird.).

[41] Arhiv BiH, ZMF, Opšti spisi, 2222, 1883. "Mit dieser Maßregel wird nicht nur kein neuer Weg betreten, wie dieß das Beispiel der Franzosen in Algier beweist, welche durch dise Maßregel es erreicht haben, daß das moslemische Recht der Sunna-Sekte einer lebendigen Entwicklung entgegen ging (...)".

ski sud odlučivati u zatvorenim sjednicama na osnovu podnesenih spisa.[42] Ipak, učešću redovnih sudija nemuslimana u drugostepenom šerijatskom postupku kasnije su se protivili šerijatski pravnici i vodstvo bosanskohercegovačkih muslimana, jer su smatrali da takva praksa nije u skladu sa šerijatskim principima. Oni su insistirali na tome da se uloga redovnih sudija u šerijatskom sudstvu svede na savjetodavnu funkciju (Durmišević, 2008), kakva je postojala u okviru provizorne organizacije (op. a.). Međutim, ovaj koncept kontrole drugostepenog šerijatskog postupka održao se sve do postaneksionog perioda i reforme šerijatskog sudstva 1913. godine.[43] Tek tada je određeno da će šerijatske sudije u drugostepenom postupku odlučivati samostalno i nezavisno (Zobkow, 1923).

4.4. Izrada priručnika šerijatskog prava na jeziku okupatora

Pored sužavanja jurisdikcije šerijatskih sudova i uspostavljanja kontrole nad drugostepenim postupkom, postojala je još jedna novina u odnosu na ranije uređenje, a koja se naslanjala na kolonijalne modele primjene šerijatskog prava. Naime, zbog nastojanja za unificiranom sudskom praksom i nedostatka odgovarajuće i dostupne literature o šerijatskom pravu, kolonijalne vlasti su inicirale izradu priručnika šerijatskog prava na nekom od evropskih jezika, koji su sticali autoritativni status u sudovima (Sartori & Shahar, 2012). Ova se pojava zapaža u koloniziranim muslimanskim zemljama pod britanskom i francuskom upravom (Sartori & Shahar, 2012). Okupaciona uprava u Bosni i Hercegovini suočila se s istim problemom, pa je 1882. godine jedan od zaključaka Pravosudne komisije bio da se, prije reguliranja pitanja primjene šerijatskog prava i reorganizacije šerijatskih sudova, izradi zbornik propisa šerijatskog bračnog, porodičnog i nasljednog prava na njemačkom jeziku (Eichler, 1889).

Ovaj zbornik sastavljen je već početkom 1883. godine i zajedno s Nacrtom Naredbe o organizaciji i djelokrugu šerijatskih sudova proslijeđen je Zajedničkom ministarstvu 13. aprila 1883. godine. Zbornik je službeno nazvan "*Eherecht, Familienrecht und Erbrecht der Mohamedaner nach dem hanefitischen Ritus*" (Bračno, porodično i nasljedno pravo muhamedanaca pre-

[42] Arhv BiH, ZMF, Opšti spisi, 2222, 1883; Uporedi: član 15 Naredbe o ustrojstvu i djelokrugu šerijatskih sudova: "(...) Šerijatski vrhovni sud odlučuje u sjednici, koja nije javna, na temelju spisa te pribavljenih potrebnih izvida i naknadnih obavijesti." (Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, godina 1883, Sarajevo, 1883, 541).

[43] Vidi: Gesetz vom 17. Februar 1913, Gesetz- und Verordnungsblatt für Bosnien und die Hercegovina, Jahrgang 1913, Sarajevo, 1913, 77–78.

ma hanefijskom redu) i publiciran je 1883. godine (Sladović, 1926, str. 25). Kompilacija se također može označiti kao pravni transplant koji je preuzet iz sistema koji je bio blizak predsjedniku Pravosudne komisije Aloisu Lapenni. Naime, kompilacija je nastala na podlozi čuvene kodifikacije šerijatskog prava egipatskog naučnika i državnika Muhameda Kadri-paše (*Ahkjami šerije* ili *El ahkamu šerije fil ahvali šahsije*), sastavljene u rukopisu 1875. godine, a publicirane 1880/81. godine (Ebert, 2010).[44] Zbornik je, zapravo, nastao na podlozi francuskog prijevoda ove kodifikacije (*Droit musulman. Statut personnel et de successions d'après le rite Hanafite*), publiciranog 1878. godine u Aleksandriji (Ebert, 2010). Arhivski izvori prenose da zbornik predstavlja rezultat rada Pravosudne komisije i da je nastao na podlozi "kodifikacije izrađene za potrebe međunarodnih sudova u Egiptu", koju su Eduard Eichler i Nezir efendija Škaljić dopunili odgovarajućim odredbama Multeke, zbornika fetvi, Düstūra i drugih izvora.[45]

Međutim, za razliku od drugih kolonijalnih pravnih sistema, ovaj priručnik nikad nije postao obavezujući pravni izvor za šerijatske sudove. Zapravo mu to od početka nije bila uopće svrha. On je trebao samo da novoj upravi služi kao izvor informacija o šerijatskom pravu koje se primjenjivalo u okviru šerijatskih sudova. Na to jasno ukazuju i arhivski izvori. Tako je u ranije spomenutom izvještaju Zemaljske vlade naglašeno da zbornik ne predstavlja "kodifikaciju" navedenih pravnih materija, niti da se njime nastoje zamijeniti postojeći izvori (Multeka, zbornici fetvi, pravnička djela itd.) na osnovu kojih šerijatski sudovi donose svoje odluke. Šerijatski sudovi će i dalje koristiti navedene izvore, dok se zbornikom nastoji "službenim organima ponuditi sistematizirani priručnik radi upoznavanja s pravnom materijom koja je u njemu sadržana".[46] U skladu s intencijama okupacionih vlasti, zbirka je imala samo informativni karakter, a šerijatski sudovi se faktički nikad nisu pozivali na nju. Dakle, primjena šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini i nakon publiciranja ove zbirke ostala je u formi kompilacija i pravničkih djela (Karčić, 2005).

---

[44] Djelo sadrži ukupno 476 članova i podijeljeno je na tri dijela. Prvi dio govori o braku (bračnom pravu), drugi o porodičnom pravu ("o srodstvu"), a treći o šerijatskom zakonskom nasljednom pravu. (Karčić, 2005, str. 110–111).

[45] "Als Grundlage diente dieser Arbeit eine seinerzeit für die Zwecke der internationalen Gerichte in Egypten ausgearbeitete Codification dieser Rechtsmaterien, welche seitens des Regierungsrathes Eichler mit dem Mitgliede des medjliss el ulema Nezir Effendi Skalić an der Hand der Multeka, der Fetwasammlung des Ali effendi, teilweise der Destur und anderer Gesetzbücher in allen ihren Bestimmungen (...), durch vollständige Übersetzungen aus einzelnen Seiten dieser Bücher im Materiale ergänzt wurde (...)." (Arhiv BiH, ZMF, Opšti spisi, 2222, 1883).

[46] Arhiv BiH, ZMF, Opšti spisi, 2222, 1883. (Cirkular Verordnung mitelst welcher eine Zusammenstellung des Eherechts, Familienrechtes und Erbrechtes der Mohamedaner nach hanefitischem Rithus zur Ausgabe gelangt).

Zaključak

Uloga i mjesto šerijatskog prava i šerijatskih sudova u pravnom poretku Bosne i Hercegovine znatno je izmijenjena tokom druge polovine XIX stoljeća. Ova transformacija bila je rezultat osmanske (tanzimatske) i austrougarske reforme pravosuđa, koja je šerijatsko pravo potisnula na domen personalnog statusa muslimana, a šerijatske sudove postepeno pretvarala u specijalne državne sudove s ograničenim kompetencijama.

Koncept primjene šerijatskog prava u ovom periodu prošao je kroz tri faze, koje se međusobno znatno razlikuju: faza nedovršene osmanske reforme (tanzimat); prvih pet godina austrougarske uprave, kada su šerijatski sudovi i dalje imali široke kompetencije; i faza koja je uslijedila nakon reforme 1883. godine, kada su šerijatski sudovi ograničeni na personalna pitanja muslimana (bračno, porodično i nasljedno pravo) i vakufska pitanja.

U radu je konstatirano da je reforma modela primjene šerijatskog prava iz 1883. godine nastala po uzoru na kolonijalne modele, kakvi su postojali u drugim muslimanskim zemljama koje su došle pod kolonijalnu vlast. Ova teza potvrđena je na osnovu podataka iz neobjavljenih arhivskih izvora, koji jasno ukazuju na to da su reformatori gledali na alžirski model (bar kad je u pitanju reforma drugostepenog postupka). Navedena teza dodatno je potvrđena komparativnim ispitivanjem rješenja usvojenih 1883. godine u Bosni i Hercegovini s općim karakteristikama pravnog pluralizma u kolonijama s većinskim muslimanskim stanovništvom. Pri tome je jasno utvrđeno da su sva tri aspekta kolonijalnog modela (ograničavanje nadležnosti na pitanja personalnog statusa muslimana, kontrola drugostepenog postupka od kolonijalne administracije i izdavanje kompilacije pravila šerijatskog prava na jeziku okupatora) usvojena i u Bosni i Hercegovini.

U radu je također ukazano na pravnički profil i pozadinu predsjednika Pravosudne komisije, koja je inicirala reformu šerijatskih sudova u Bosni i Hercegovini. Njegovo ranije iskustvo kao člana Međunarodnog suda u Aleksandriji očito je utjecalo na neka rješenja koja su usvojena u Bosni i Hercegovini (kao što je izbor izvornika za kompilaciju pravila *bračnog, porodičnog i nasljednog prava muslimana prema hanefijskom redu*).

Time je u radu dokazana postavljena teza da je 1883. godine u Bosni i Hercegovini usvojen kolonijalni model primjene šerijatskog prava. On je predstavljao rezultat reformskog projekta Pravosudne komisije, koji je finaliziran pod novim režimom Kalajeve administracije.

Bibliografija

Knjige

1. Christelow, A. (1985). *Muslim Law Courts and the French Colonial State in Algeria.* New Jersey. Princeton University Press.
2. Durmišević, E. (2008). Šerijatsko pravo i nauka šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini u prvoj polovini XX stoljeća. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
3. Ebert, H. (2010). *Die Qadrî-Pâshâ-Kodifikation: Islamisches Personalstatut der hanafitischen Rechtsschule: Leipziger Beiträge zur Orientforschung*, 23. Franfurt a. Main: Peter Lang.
4. Eichler, E. (1889). *Das Justizwesen Bosniens und der Hercegovina*. Wien: Landesregierung für Bosnien und die Hercegovina.
5. Imamović, M. (2003). *Historija države i prava Bosne i Hercegovine* (3. izdanje). Sarajevo: Magistrat.
6. Kapidžić, H. (1958). *Hercegovački ustanak 1882. godine*. Sarajevo: Veselin Masleša.
7. Karčić, F. (2005). Šerijatski sudovi u Jugoslaviji 1918 - 1941. (2. izdanje). Sarajevo: Fakultet islamskih nauka u Sarajevu i El-Kalem.
8. Kraljačić, T. (1987). *Kalajev režim u Bosni i Hercegovini (1882-1903)*. Veselin Masleša.
9. Kruszelnicki, F. & Mutapčić, S. (1917). *Postupak pred šerijatskim sudovima u Bosni i Hercegovini,* (Otisak iz "Mjesečnika" broj 11 i 12 iz g. 1916. i broj 1, 2 i 3 iz g. 1917), Zagreb.
10. Niyazi, B. (1988). *The Development of Secularism in Turkey,* London: Hurst and Company.
11. Rubin, A. (2011). *Ottoman Nizamiye Courts: Law and Modernity*, New York: Palgrave Macmillan.
12. Shaw, S. & Shaw, E. (1977). *History of the Ottoman Empire and Modern Turkey: Volume II: Reform, Revolution and Republic: The Rise of Modern Turkey 1808-1975.* New York: Cambridge University Press.
13. Shek, A. (1905). *Predavanja za šerijatsku sudačku školu, V godište, Ustrojstvo i nadležnost šerijatskih sudova,* Litografirano.
14. Sladović, E. (1926). *Islamsko pravo u Bosni i Hercegovini*, Beograd: Gece Kona.

15. Votson, A. (2010). *Pravni transplanti: pristup uporednom pravu*, (Drugo izdanje), Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Članci

16. Agmon, I. (2004). Recording procedures and Legal Culture in the Late Ottoman Shari'a Court of Jaffa, 1865-1890. *Islamic Law and Society*, 11 (3), 332-377.

17. Bećić, M. (2016). Recepcija krivičnog prava u Bosni i Hercegovini u drugoj polovini XIX stoljeća, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LIX, 219–244.

18. Bećić, M. (2015). Austrougarska reforma pravosuđa i građanskog postupka u Bosni i Hercegovini. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LVIII, 107–124.

19. Griffits, J. (1986). What is *Legal Pluralism. Journal* of *Legal Pluralism,* 24, 1–55.

20. Miller, R. (2003). Apostates and Bandits: Religious and Secular Interaction in the Administration of Late Ottoman Criminal Law. *Studia Islamica*, 97, 155–178.

21. Sally, E. M. (1988). Legal pluralism, *Law and Society Review*, 22, (5), 869–896.

22. Sartori, P. & Shahar I. (2012). Legal Pluralism in Muslim-Majority Colonies: Mapping the Terrain. *Journal of the Economic and Social History of the Orient,* 55, 637–663.

23. Sikirić, Š. (1937). Naši šerijatski sudovi. u: *Spomenica Šerijatske sudačke škole u Sarajevu* (str. 5–23). Sarajevo: Islamska dionička štamparija.

24. Tamanaha, B. (2008). Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*. Sydney Law Review*, 30, 375–411.

25. Zobkow M. (1923). Šerijatski sudovi. *Arhiv za pravne i društvene nauke*, XIII, 2. kolo, Knj. VIII(XXV), (1), str. 49–59.

Izvori

Neobjavljena arhivska građa

1. Arhiv BiH: Zajedničko ministarstvo finansija - Opća i prezidijalna građa.

2. Austrijski državni arhiv / Österreichisches Staatsarchiv (OeSta) – Allgemeines Verwaltungsarchiv (AVA), Justiz, Justizministerium.

Objavljena arhivska građa

3. Gavranović B. (ured.) (1973). *Bosna i Hercegovina u doba austrougarske okupacije 1878. godine*, Građa XVIII, Odjeljenje društvenih nauka, Knjiga 14. Sarajevo: ANUBIH.

Zbornici zakona

4. Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen (1880). I Band, Allgemeiner Theil, Wien.
5. Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen (1881). II Band, Justizverwaltung, Wien.
6. Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu (1883). Sarajevo.
7. Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu (1884). Sarajevo.
8. Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu (1885). Sarajevo.

Štampa

9. Die Prese
10. Gerichtshalle
11. Neue Freie Presse
12. Morgen-Post
13. Grazer Volksblatt

Mr. Mehmed Bećić
Senior assistant

A NEW VIEW ON THE TRANSFORMATION OF SHARIA COURTS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA WAS THE COLONIAL MODEL OF APPLICATION OF SHARIA LAW IMPOSED IN 1883?

Summary

Following the reform of Sharia courts of 1883, foundations for the new role of Sharia law and judiciary in the legal order of post-Ottoman Bosnia and Herzegovina were set. However, it was never fully clarified in the literature whether this reform represented only the finalisation of the initiated Ottoman reform (Tanzimat) or was it perhaps the product of some other ideas and tendencies. To reply to this question, the paper starts from the thesis that the reform of Sharia courts of 1883 was the result of transposition of the colonial model of application of Sharia law, which was in place in other Muslim countries that came under colonial rule.

The first segment of the paper seeks to clarify the role of Sharia courts in Bosnia and Herzegovina during the last years of the Ottoman and the first five years of Austro-Hungarian rule. In doing so, we start from the assumption that the application of Sharia law, in the form of decisions of Sharia courts, both during the Ottoman (Tanzimat until 1878) and the first five years of Austro-Hungarian rule (1878-1883), was not limited solely to the question of personal status of Muslims. The second segment of the paper focuses on the issue of reforms of Sharia courts of 1883. In this segment, we reconstruct the details of the adoption of this reform project. Some of the more important questions that are addressed are: who were the architects of this reform, how were the new solutions justified and were these solutions taken from some other systems that came under colonial rule?

The paper concludes that the reform of Sharia law application model of 1883 came about on the basis of colonial models. This thesis was confirmed based on information from unpublished archive sources, which clearly indicate that the reformers observed the Algerian model (at least in terms of the reform of the second instance procedure). This thesis is further confirmed by compa-

rative examination of the solutions adopted in Bosnia and Herzegovina in 1883 with general characteristics of legal pluralism in colonies with majority Muslim population.

Keywords: *Sharia law, Sharia courts, Tanzimat, Austro-Hungary, Bosnia and Herzegovina, reform of Sharia law, legal systems of colonies*

Mirza Hebib, MA iur.
Asistent
m.hebib@pfsa.unsa.ba

UDK 347.65/.68-055.2(497.5 Dubrovnik)"04/14"
347.65/.68-055.2(37)
Izvorni naučni rad

PRIMJENA INSTITUTA RIMSKOG PRAVA U CILJU MATERIJALNOG OSIGURAVANJA ŽENSKIH SRODNIKA U ZAKONSKOM NASLJEĐIVANJU SREDNJOVJEKOVNOG DUBROVNIKA

Sažetak

Osnovni principi zakonskog nasljeđivanja srednjovjekovnog Dubrovnika – princip prvenstva muških srodnika nad ženskim i princip paterna paternis, materna maternis nisu u skladu s načelima rimskog prava. Princip prvenstva muških srodnika nad ženskim predstavlja staro slavensko običajno pravilo prema kom muški potomci isključuju ženske potomke prilikom nasljeđivanja. Princip paterna paternis, materna maternis predstavlja načelo pluraliteta nasljedne mase gdje se kao zakonski nasljednik umrlog poziva član porodice kojoj je imovina svojevremeno pripadala.

S druge strane i u ovom segmentu dubrovačkog nasljednog prava uočljive su naznake utjecaja rimskog prava, posebno vezano uz materijalno osiguravanje ženskih srodnika. U tom kontekstu, Dubrovčani su primjenjivali institute – udovičkog uživanja, fideikomisarne supstitucije i testamentarne legate.

U prvom dijelu rada izložen je sistem zakonskog nasljeđivanja srednjovjekovnog Dubrovnika. U drugom dijelu se posebno obrađuju instituti rimskog prava, primjenjivani s ciljem zaštite ženskih srodnika. Iako u posve drukčijem kontekstu, ukazano je i na tradiciju primjene određenih instituta u svrhu materijalnog osiguravanja žena još od perioda klasičnog rimskog prava.

Ključne riječi: *dubrovačko pravo, rimsko pravo, nasljedno pravo, zakonsko nasljeđivanje, udovičko uživanje, fideikomisarna supstitucija, legat*

1. Uvod

Polaznu točku u razmatranju sistema zakonskog nasljeđivanja čine porodica i imovinskopravni odnosi unutar nje. Dubrovačku porodicu (*communitas*)

prema propisima kodificiranim 1272. g. čini zajednica roditelja i maloljetne djece ili šire skupine srodnika kao što su roditelji s oženjenim sinovima, porodice braće, itd. Ovi odnosi bili su regulirani u skladu s običajnim pravom. U tom kontekstu posebno je zanimljiv pravni položaj žena. Iako su nasljeđivale, tek onda kad nema muških potomaka, u Dubrovniku je važilo pravilo po kom su ih muški srodnici bili dužni materijalno osigurati. Tu se kroz primjenu instituta udovičkog uživanja, fideikomisarnih supstitucija i testamentarnih legata jasno uočava utjecaj rimskog prava.

Dubrovačko pravo je zbog velikog arhivskog materijala bilo predmet raznih povijesnopravnih istraživanja. Sam razvoj nasljednog prava u Dubrovniku, s paralelnim praćenjem razvoja uređenja porodice, istražila je dr. Vera Čučković tijekom šezdesetih godina prošlog stoljeća, te je njezina neobjavljena disertacija važna osnovica za bilo kakva istraživanja nasljednog prava u srednjovjekovnom Dubrovniku. Pitanjem recepcije rimskog prava niko se nije detaljnije bavio. Kad je riječ o izvorima za saznanje dubrovačkog prava, uz Statut tu je i više stotina testamenata te drugih akata koji se bave nasljednopravnim odnosima. Unatoč tome, još uvijek nije utvrđeno dovoljno podataka kako bi se razriješila sva pitanja te ima prostora za još mnoštvo istraživanja.

U ovom radu nastojat ćemo ukazati kako i u segmentu zakonskog nasljeđivanja srednjovjekovnog Dubrovnika možemo uočiti određene utjecaje rimskog prava, posebno kad je riječ o materijalnom osiguravanju ženskih srodnika. Pažnja će biti usmjerena i na tradiciju primjene određenih instituta u svrhu materijalnog osiguravanja žena još od perioda klasičnog rimskog prava.

2. Osnovni principi zakonskog nasljeđivanja u srednjovjekovnom Dubrovniku

Moderni pravnici bi zakonsko ili intestatno (*successio ab intestato*) nasljeđivanje definirali kao *mortis causa* prenošenje imovinskih prava i obaveza s jednog subjekta na drugi, pod uvjetom da umrli nije ostavio testament (*testamentum*). Kroz povijest se zakonski red formirao postupno uz razvoj porodičnih i srodničkih odnosa (Bajić, 1956, str. 349–351). Ovaj oblik nasljeđivanja pretrpio je značajne izmjene u procesu razvoja rimskog prava. Njegove izmjene pratimo kroz četiri faze razvoja rimskog prava: (1) civilno pravo, (2) pretorsko pravo, (3) carsko pravo i (4) Justinijanovo pravo. U svrhu analiziranja utjecaja rimskog prava u srednjovjekovnom dubrovačkom pravu posebno je važno ukazati na njegovu posljednju fazu razvoja – Justinijanovo

zakonsko nasljeđivanje. Reformu zakonskog nasljeđivanja Justinijan provodi glasovitim Novelama, Nov. 118 (iz 543. g.) i Nov. 127 (iz 548. g.) (*Nov.* 118, *Nov.* 127). Osnov zakonskog nasljeđivanja po Justinijanovu pravu je isključivo kognatsko/krvno srodstvo (*cognatio*). Dakle, nema razlike između muških i ženskih potomaka, niti srodnika po muškoj ili ženskoj liniji. Justinijanovo zakonsko nasljeđivanje obuhvaćalo je četiri nasljedna reda: (1) *Descedentes* – potomci ostavitelja koji nasljeđuju *per capita*, a u slučaju da su iz različitog stupnja onda nasljeđuju *in stirpes*, po načelu reprezentacije; (2) *Ascendetnes* – preci ostaviteljevi, uključujući braću i sestre; (3) Ostaviteljeva polubraća i polusestre (*consanguinei, uterini*); (4) *Collaterales* – pobočni srodnici bez ograničenja, pri čemu bliži isključuju dalje (*successio graduum*) (Mousourakis, 2012, str. 283). U svim redovima vrijedilo je pravilo *successio ordinum* tj. da sljedeći red nasljeđuje samo ako nema nikog iz prethodnog reda ili ako niko iz prethodnog reda ne prihvati nasljedstvo (Romac, 1989, str. 446–447). Budući da *Novellae* ne reguliraju pitanje nasljeđivanja bračnih drugova, na snazi je ostalo pretorsko pravilo po kom bračni drug nasljeđuje samo onda kada nije bilo nikog od rođaka. Ono što je Justinijanovo pravo reguliralo bila je zaštita siromašne udovice (*vidua inops*). Nju je sljedovala četvrtina muževe imovine, a ako je nasljeđivala s djecom, dobivala je određeni dio imovine na uživanje (*ususfructus*) (Horvat, 1954, str. 137).

U Dubrovniku susrećemo zakonsko nasljeđivanje uporedo s primjenom testamenata i drugih akata raspolaganja posljednjom voljom. Nema naznaka primjene rimskog načela – *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, koje je ujedno napušteno i u kasnijem razvoju rimskog prava. Praksa u srednjovjekovnom Dubrovniku bila je da ostavitelj bude naslijeđen i po testamentu i po zakonu, po testamentu, uglavnom, u korist crkve, a po zakonu u korist porodice (Čučković, 1965, str. 86). Zakonsko nasljeđivanje u Dubrovniku razvija se pod utjecajem običajnog prava. Mali je broj statutarnih odredbi koje reguliraju ovo pitanje. Tu su, uglavnom, odredbe o položaju i pravu nužnih nasljednika i odredbe o ostavini maloljetnih lica (*Stat. Rag.* VI 1, VIII 29 i 95, IV 65).

2.1. Osnov zakonskog nasljeđivanja

Osnov zakonskog nasljeđivanja je srodstvo sa ostaviteljem. U dubrovačkom pravu susrećemo se dva osnovna oblika srodstva: krvno srodstvo (*cognatio*) i srodstvo po usvojenju. Srodnici se i po drugim mjerilima dovode u vezu sa ostaviteljem. Grupiranjem srodnika stvaraju se nasljedni redovi. Dubrovačko pravo segment nasljednih redova uređuju rukovodeći se idejom održavanja imovine u krugu porodice. U skladu s tim izgrađena su dva osnovna

principa: princip prvenstva muških srodnika i princip *paterna paternis, materna maternis* (Čučković, 1965, str. 91–92).

Dubrovački propisi nisu utvrdili granice srodstva, ali o tome se moralo voditi računa prilikom ženidbe, nasljeđivanja, prodaje nekretnina, suđenja, itd. Rodbinska veza nije se morala ni dokazivati, dovoljno je bilo da postoji glas o tome. U skladu s rimskim pravom postojalo je i shvaćanje prema kom je sklapanjem braka uspostavljena rodbinska veza između porodica dvaju supružnika. Takvo srodstvo naziva se tazbina (*affinitas*). Ono je imalo veliko značenje u društvenim odnosima te je predstavljalo bračnu smetnju (Čučković, 1965, str. 180).

Dubrovačkim propisima nije precizno reguliran pravni položaj i međuodnos krvnih srodnika i srodnika po usvojenju. Statut ne regulira način usvojenja. Položaj usvojenika možemo promotriti jedino kod domazeta, odnosno posinjenja zeta.[1] Primjenom ovog instituta Statut je omogućavao roditeljima da u slučaju da imaju samo jednu kćer omoguće njezinim potomcima nasljeđivanje cjelokupne imovine majčinih roditelja (*Stat. Rag.* IV 70). U pogledu forme, o usvojenju se u Dubrovniku sačinjavala posebna pisana isprava – *carta publica* (*Stat. Rag.* IV 70/1). Tako je u dubrovačkom notarijatu zabilježeno da je Bogoje Kalendić udao svoju kćer za Radoslava Radosića pod uslovom da Radosić sa ženom ostane u kući Kalendića. Naznačeno je da će poslije smrti Bogoja Kalendića, Radosić naslijediti svu njegovu imovinu (*Div. Not.* IX 88v). Dubrovačko pravo ni pitanje testamentarne adopcije nije reguliralo Statutom (Čučković, 1965, str. 89). No, neovisno o tome, primjena instituta vidljiva je u pravnoj praksi. Tako Rossinus de Bollecoa svojim testamentom iz 1302. g. adoptira svoje nećake, sinove Felicisa de Gredea i Helenu de Belleco. Rossinus nećake proglašava svojim zakonskim nasljednicima i ustanovljava njihovo pravo raspolaganja naslijeđenom imovinom. Budući da ova adopcija, jednako kao i ugovorna, ima dejstvo od trenutka sastavljanja testamenta, De Grede im postavlja dva uslova – da mu ukažu

[1] Zet kao usvojenik nije imao nikakva prava raspolaganja imovinom ženinih roditelja za vrijeme ženina života i života njihovih zajedničkih potomaka. Njegova prava dolazila su do izražaja tek u slučaju smrti žene bez potomaka. U tom slučaju ženini roditelji mogli su testamentom raspolagati samo četvrtinom imovine. *Filius afiliatus* imao je pravo testamentarno raspolagati s tri četvrtine imovine, s tim da mu je Statut nalagao da imovinu dijeli *pro anima sua, soceri et socere*, u korist crkve, pobožnih mjesta i sirotinje (*Stat. Rag.* IV 70/4). Pravo njegova raspolaganja u korist svoje porodice (roditelja, braće, sestra, itd.) je također ograničeno. Čučković smatra kako je upitno pitanje karaktera njegova vlasništva nad ovakvom imovinom s obzirom na to da je vidljivo da s njom ne može neograničeno raspolagati. Iz toga proizlazi zaključak kako srodstvo po usvojenju nije bilo jednako krvnom srodstvu (Čučković, 1965, str. 88).

materijalnu pomoć u skladu s čl. 49 knj. IV Statuta te da ne osporavaju valjanost testamenta, a u svrhu isplate legata. Cijeneći da afilirani potomak ne stiče ista prava kao prirodni potomak, može se zaključiti da se ovdje radi o direktnoj primjeni rimskog instituta *adoptio minus plena* budući da adopcijom nije raskinut raniji *patria potestas* ni nasljedno pravo u ranijoj porodici, a *filius adoptivus* stiče pravo zakonskog nasljeđivanja poočima (Horvat, 1954, str. 133).

2.2. Princip prvenstva muških srodnika nad ženskim

Zakonsko nasljeđivanje u srednjovjekovnom Dubrovniku od XIII st. počivalo je na principu prvenstva muških srodnika nad ženskim.[2] Riječ je o starom slavenskom običajnom pravilu po kojem ostavina predstavlja zakonsko pravo muških potomaka. Žene nasljeđuju tek onda kad nema muških potomaka. Kad je riječ o porijeklu ovog principa, on za Bogišića predstavlja nepromijenjeno slavensko pravo.[3] Princip po kojem sestre uz braću ne mogu postati zakonski nasljednici roditeljske imovine, uz osiguranje miraza ili doživotnog izdržavanja, poznat je u starom ruskom i češkom pravu. Ovdje je važno naglasiti kako dubrovačko pravo u potpunosti zanemaruje čine li ostavinu nekretnina ili neka druga vrsta dobara, dok su neka slavenska prava ženske potomke isključivala samo iz nasljeđivanja nekretnina (Bogišić, 1927, str. 154).[4]

U skladu s navedenim, nakon smrti roditelja na naslijeđe se pozivaju njihovi muški potomci. Ovaj princip vidljiv je još u dubrovačkom zakonu – *Ordo de dotibus et nuptiis* iz 1235. g.[5] U njemu stoji odredba da se kćeri koje nisu

---

[2] Postoje naznake da je starije dubrovačko nasljedno pravo poštivalo princip izjednačenosti muške i ženske djece (Margetić, 1996, str. 225).
Također, princip izjednačenosti muške i ženske djece postojao je u statutima Krka (II 20), Raba (II 10), Cresa (67), Splita (III 44), Budve (212).
U statutima Šibenika (V 22, 24), Paga (V 18, 20), Brača (I 23) i Hvara (II 32) postoje specifične odredbe o nasljeđivanju kuća.
U Zadarskom statutu u cijelosti je prihvaćeno mletačko zakonsko nasljeđivanje prema statutu J. Teipola iz 1242. g. po kojem u slučaju da ostanu muški i ženski potomci, muški potomci nasljeđuju nekretnine, dok ženski potomci nasljeđuju pokretnine u vrijednosti "dostojnog miraza" (Pezelj, 2006, str. 543).

[3] Vidi: Bogišić, 1868, str. 13. Isti stav vezan uz porijeklo principa iznosi Spaić, 1953, str. 110.

[4] Usp. U Lastovskom statutu muška i ženska djeca bila su izjednačena. Ovakvo rješenje je vrlo zanimljivo cijeneći da je dubrovačko pravo ostavilo najveći utjecaj na lastovsku komunu (Pezelj & Štambuk Šunjić, 2013, str. 531).

[5] Janeković-Römer smatra kako je dubrovačka porodica upravo počivala na načelima agnatskog sistema gdje joj je osnovni cilj bilo osiguravanje prijenosa nasljednih dobara u ruke muških potomaka (Vidi: Janeković Römer, 1994, str. 53).

imale braće udaju sa cjelokupnim svojim imanjem.[6] S druge strane, u okviru istog zakona stoji odredba u okviru koje je naznačeno da žena koja ima oca, majku ili braću ne može tražiti ništa više od roditeljskih dobara izuzev onog što predstavlja njen miraz (Čučković, 1965, str. 93).[7]

Princip prvenstva muških potomaka dolazi do izražaja u statutarnim odredbama koje reguliraju odnose braće i sestara. Čl. 79, st. 12, knj. IV Statuta naznačava da ukoliko ostanu sestre koje nisu imale braće, one nasljeđuju svu imovinu svojih roditelja, a podjelu vrše na isti način na koji se među braćom dijele roditeljska dobra (*Stat. Rag.* IV 79/12).

U dubrovačkom pravu princip prvenstva muških potomaka proširen je i na kolaterale. Naime, ukoliko nije bilo potomaka, na naslijeđe se pozivaju braća i sestre ostavitelja. U skladu s tim čl. 1, st. 4, knj. VI Statuta kada govori o imovini ubojice navodi da ukoliko nema sinovljevih unuka neka dođu najbliži po muškoj liniji, ukoliko ne bude muških nasljednika, neka dođu najbliže ženske srodnice (*Stat. Rag.* VI 1/4).

Čl. 95, st. 5 i 6, knj. VIII Statuta regulira nasljeđivanje žene koja nije imala potomke niti su je roditelji nadživjeli. Ovdje je vidljiva i jedna iznimka od principa prvenstva muških nasljednika nad ženskim (*Stat. Rag.* VIII 95/5–6). Naime, njena imovina raspoređuje se braći, a ukoliko nema braće nego samo nećake i neudatu sestru, neudata sestra će se pozvati na naslijeđe prije nećaka. Ukoliko je sestra udata, prednost se daje nećacima. Nadalje, čl. 25, knj. IV Statuta razrađuje odstupanje od načela prilikom podjele imovine između ostaviteljevih potomaka iz dva različita braka. Polubraća nemaju nikakvo prvenstvo u nasljeđivanju pred svojim polusestrama (*Stat. Rag.* IV 25). Čučković naglašava kako je i ova odredba vezana uz načelo materijalnog osiguravanja ženskih potomaka. Polubraća i polusestre obično nisu živjeli u istoj zajednici te zbog toga polubraća nisu imala nikakvih zakonskih obaveza prema svojim polusestrama. U ovakvim situacijama, ne samo da nema prvenstva muških potomaka, nego dolazi do izražaja i novi princip – miraz žene služi *ad matrimonii onere ferenda, ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt* (*Paul.* D. 23, 3, 56, 1).

Iz odredbi je jasno vidljivo kako prilikom nasljeđivanja postojanje muških srodnika uvijek isključuje ženske, osim iznimke u slučaju prednosti neudate kćeri nad muškim potomcima umrlog brata te diobe imovine iz dva osta-

[6] *Et orphane vel orphana que non habet fratres, cum omni possessione sua, nubat sicuti voluerit.* (Smičiklas, 1909, str. 416).
[7] Iste zaključke navodi i Bogišić, 1868, str. 21.

viteljeva braka.[8] Uzimajući u obzir činjenicu da bratovljevi potomci svojom imovinom nemaju nikakvih obaveza prema očevoj sestri, a radi se o imovini njenih roditelja, dubrovački zakonodavac odstupa od principa prvenstva muških potomaka. Iznimka prednosti neudate kćeri nad muškim potomcima umrlog brata u potpunosti je u skladu s jednim od osnovnih načela dubrovačkog porodičnog prava, materijalnog osiguravanja ženskih potomaka (Čučković, 1965, str. 98).

2.3. Princip *paterna paternis, materna maternis*

Jedan od principa koji se javlja u okviru zakonskog nasljeđivanja srednjovjekovnog Dubrovnika jeste princip *paterna paternis, materna maternis*.[9] Ovaj princip zasniva se na načelu pluraliteta nasljedne mase i zahtjevu da se nakon smrti kao zakonski nasljednik pozove član porodice kojoj je svojevremeno pripadala ta imovina (ostavina). Princip je suprotan rimskom načelu jedinstva ostavine (Čučković, 1965, str. 103). Dakle, ukoliko bi se dogodilo da neki supružnici umru, a iza njih ne bude potomaka, ostavina bi se trebala podijeliti na dva dijela, pa bi muškarčev dio pripao njegovoj porodici, a ženin njezinoj porodici. Ovakva podijeljenost direktna je posljedica imovinskopravnog uređenja porodice.[10]

Neki talijanski autori pokušavali su ovaj princip povezati s rimskim pravom.[11] Osnovna poveznica im je Justinijanova Novela 84 u kojoj stoji *"(...) in bonis profectis a matre soli uterini, in ceteris bonis utrique, 1. de emancipatis in fine, Cod. eod. et hoc est quod vulgo dicitur paterna paternis, materna maternis deferri*" (*Nov.* 84). Margetić smatra kako je ovakav stav o porijeklu principa *paterna paternis, materna maternis* vrlo upitan. Po njegovu mišljenju u povezivanju ovakvog principa s rimskim pravom treba se biti oprezan. Da princip vuče porijeklo iz rimskog prava, njegovi tragovi nalazili bi se prvenstveno na području Apeninskog poluotoka, a to nije tako. Princip se susreće u dva područja – području germanskog prava, prvenstveno franačkog (najvećim dijelom na području Francuske) te području Dalmacije, Ravene, Napulja i Sardinije. Ono što je zajedničko za drugo područje jest bizantski utjecaj (Margetić, 1972, str. 172–175). Tumačeći odredbe Ekloge, Margetić

---

8 Vidi: Čučković, 1989, str. 335.

9 Princip *paterna paternis, materna maternis* javlja se i u statutima Zadra (III 132), Raba (II 17), Trogira (III 16), Splita (III 144), Šibenika (V 31, 35, 36), Paga (V 22, 27, 31), Budve (212) (Margetić, 1996, str. 124, 135).

10 Vidi: Bogišić, 1868, str. 21.

11 Vidi: Besta, 1961, str. 67–68; Nicolai, 1940, str. 246.

je potvrdio postojanje ovog principa u bizantskom pravu.[12] Cijeneći da je područje Dalmacije tijekom VIII i IX st. bilo pod jačim ili slabijim suverenitetom Bizanta, smatramo kako je porijeklo ovog principa, neupitno, bizantsko.

Princip *paterna paternis, materna maternis* jasno je uočljiv u dubrovačkoj odredbi o maloljetnim licima. Sposobnost za testiranje za muškarca nastaje s navršenih 14, a za ženu 12 godina. Do tada, oni ne mogu raspolagati svojom imovinom. Čl. 29, st. 4, knj. VIII Statuta regulira da će imovina u slučaju smrti prije 14, odnosno 12 godina pripasti najbližim srodnicima. Kao osnovno mjerilo za utvrđivanje srodnika uzima se porijeklo imovine. Imovina muškarca pripast će njegovim, a imovina žene njezinim srodnicima (*Stat. Rag.* VIII 29/4). Ovakva podjela predstavljala je ukorijenjen običaj. Susreće se i u testamentarnom raspolaganju. Pronađen je i testament u kojem stoji da Bogdana kćer Bratance, koja je naslijedila od majke sav njezin miraz i još neku ostavinu majčinih roditelja, svom ocu Bratancu ostavlja samo doživotni posjed, a kao nasljednika imenuje majčinu sestru (*Test. Not.* IV 33/II). Zanimljiv je slučaj i Marčete, kćeri Marinove, koja je od oca naslijedila vinograd i svojim testamentom odredila da se vinograd proda. Prilikom prodaje tog vinograda pojavili su se Radosta i Dobrota, rođaci Marinovi, koji traže da se vinograd njima dodijeli. Oni svoj zahtjev obrazlažu činjenicom da je vinograd prije pripadao njihovu pretku Tomu, čija se imovina dijelila zakonski, a njih dvojica su mu najbliži srodnici. Sud nije prihvatio njihov zahtjev budući da je Marčeta bila zakonski nasljednik i imala je pravo slobodno raspolagati predmetnom imovinom (Čremošnik, 1951, str. 313, 322, 332–333).

2.4. Pitanje nasljednih redova

Dubrovački propisi ne posvećuju posebnu pažnju pitanju redoslijeda srodničkih grupa koje se pozivaju na nasljeđe. Pravna praznina vezana uz ovo pitanje mogla bi nas uputiti na pretpostavku kako je u Dubrovniku postojao neiscrpan krug srodnika koji su se mogli pojaviti kao zakonski nasljednici. Čučković odbacuje takvu konstataciju i navodi kako bi bilo nevjerojatno da se u običajnom pravu nisu izgradila neka opća pravila o tome ko se sve

[12] *Ecloga privata aucta* kaže: *"(...) ako nema ni descendenata ni ascendenata, umrloga treba dakako da naslijede kolaterali, i to brat i sestra i nećaci i tako redom."* (*Tit.* VI, 1).
Ecloga ad Prochiron mutata kaže: *"(...) ako iza umrloga nije ostao ni djed ni baka niti punokrvna braća, tada nasljeđuju braća od jednog roditelja. Ako, pak, kao što je rečeno nema braće, a postoje (ostali) rođaci, neka naslijede najbliži."* (*Tit.* VIII, 4). Op. Prilikom tumačenja ovih odredbi Margetić je pretpostavio da je zakonodavac konsagvineja i uterina htio da se imovina vraća onoj liniji odakle je došla (Margetić, 1972, str. 174).

mogao pojaviti kao zakonski nasljednik (Čučković, 1965, str. 111). U nastavku ćemo izložiti nekoliko odredbi Dubrovačkog statuta koje dodiruju ovo pitanje. U nedostatku odredbi prikazat ćemo na koji način je ovo pitanje regulirano u zadarskom, splitskom, hvarskom, bračkom, kotorskom i budvanskom statutu.

Čl. 29, st. 4, knj. VIII Statuta u okviru odredbe o ostavinama maloljetnih lica utvrđuje pravo predaka od kojih su maloljetniku došla dobra, da naslijede maloljetnikovu imovinu. Nesporno je kako se nasljednicima smatraju ascedenti maloljetnika, no ne naznačava se ko sve ulazi u krug ascedenata (*Stat. Rag.* VIII 29/4).

Čl. 95, st. 1–6, knj. VIII Statuta u okviru odredbe o sukcesiji miraza utvrđuje određeni redoslijed nasljeđivanja među najbližim srodnicima. Pravo na nasljeđe miraza pripada ženinim potomcima, a ukoliko ih nema pripada isključivo ženinoj porodici. Ženini srodnici pozivaju se na nasljeđe kako slijedi: roditelji, braća, neudate sestre, muški potomci brata (*Stat. Rag.* VIII 95/1–6).

Čl. 1, knj. VI Statuta regulira pitanje posjednika imovine ubojice koji napusti Dubrovnik (*Stat. Rag.* VI 1). Iz odredbe je sasvim jasno kako lica ovu imovinu ne stiču kao nasljednici, niti postaju njezini vlasnici. Oni postaju samo privremeni posjednici, ali red po kojem srodnici imaju pravo da uđu u posjed ove imovine može nam pomoći oko rekonstruiranja dubrovačkog zakonskog nasljednog reda. Redoslijed srodnika po kojem oni ulaze u privremeni posjed te imovine je kako slijedi: sinovi, muški potomci od sinova, ukoliko nema muških potomaka od sinova, imovinu stiču ženski potomci od sinova. Ukoliko nema ni sinova ni njihovih potomaka, imovina se dodjeljuje najbližim srodnicima po muškoj liniji. Vidljivo je kako je odredba izrazito neprecizna. Ne utvrđuje se pravo kćeri ubojice da preuzmu očevu imovinu. Odredba u okviru st. 6 ustanovljava pravo posjednika da izdvoji koliko je potrebno za udaju kćeri ili unuka ubojice. Navedeno pravo ujedno predstavlja jedini vid raspolaganja ovakvom imovinom. Posebno je zanimljiv dio odredbe kojim je naznačeno da se kolaterali pozivaju tek onda kad nema potomaka od sinova. Iz ovakve konstrukcije dubrovačkog zakonodavca dâ se zaključiti kako zakonodavac poznaje i primjenjuje institut prava predstavljanja (*ius representationis*). Ovome u prilog ide i činjenica da Spaić prilikom pojašnjavanja običajnog nasljednog prava u Bosni naznačava kako u Bosni nije došlo do primjene instituta prava predstavljanja, uz navod kako je Dubrovački statut taj institut recipirao iz rimskog prava (Spaić, 1953, str. 111).

Žena u svojstvu supružnika nije sudjelovala u zakonskom nasljeđivanju. Propisom *Ordo super viduas* iz 1458. g. reguliran je položaj udovice koja

zadržava muževljevu ostavinu. Na osnovu ovog propisa vidljivo je da žena ima pravo na doživotno plodouživanje (*ususfructus*) muževljeve imovine, odnosno plodouživanje do eventualne ponovne udaje (*Lib. Vir.* 479). U kasnijim odredbama *Libri croci,* vezanim uz zakonsko nasljeđivanje, pravo supružnika se označava kao *usus* i *ususfructus* (Čučković, 1981, str. 311).

U okviru *Liber omnium reformationum* prilikom definiranja prava prvootkupa nekretnina na području Pelješca naznačeno je kako pravo prvootkupa pripada samo srodnicima do četvrtog stupnja srodstva (*LOR* 31, 7).

Zadarski statut ostavlja nedovoljno regulirano pitanje zakonskog nasljeđivanja. Ukazali smo na to kako je bilo prihvaćeno mletačko zakonsko nasljeđivanje prema Statutu J. Teipola iz 1242. g. U slučaju da nema descedenata, ascedenata ni kolaterala, Statut se poziva na pravni običaj. Kasnije se izvršila dopuna ove odredbe pa se u slučaju da nema srodnika na nasljedstvo poziva preživjeli supružnik. U slučaju da nema supružnika, utvrđeno je pravo da imovinu naslijedi općina (komuna) (Margetić, 1996, str. 232).

Splitski statut utvrđuje nasljedni red koji uključuje descedente, ascedente, kolaterale i polubraću i polusestre. Bračnu vezu ne priznaje kao osnov nasljeđivanja (*Stat. Spalati* 81, 83, 86).

Brački statut zakonsko nasljeđivanje regulira slično Zadarskom statutu. Sličnost se ogleda u priznavanju bračne veze kao osnova za nasljeđivanje. No, ovdje je položaj supružnika nešto bolji. U okviru nasljednog reda, supružnik dolazi odmah nakon potomaka ostavitelja, s tim da ne nasljeđuje cjelokupnu imovinu. U nedostatku potomaka, jedna trećina pripada preživjelom supružniku, dok ostale dvije pripadaju porodici ostavitelja. Vidljivo je kako ovaj statut ne slijedi principe rimskog prava (*Stat. Brachiae* I 23–27). Slična situacija je i u Hvarskom statutu (Čučković, 1981, str. 311–312).

Statut Kotora[13] ne ostavlja dovoljnu jasnu sliku o zakonskom nasljeđivanju. U okviru ovog statuta postoji odredba iz 1420. g. koja posebno nalaže vođenje ostavinskog postupka radi utvrđivanja nasljednika te zabranjuje svojevoljno ulaženje u posjed ostavinskih dobara. Ova odredba ozakonila je i pravo općine (komune) za stjecanje ostavine bez nasljednika (*Stat. Cathari* 436).

Budvanski statut precizno utvrđuje zakonsko nasljedno pravo srodnika kako slijedi: potomci, roditelji, braća sa svojim potomcima, sestre sa svojim

[13] U predgovoru Dubrovačkog statuta istaknuta je sličnost dubrovačkih i kotorskih odredaba, a kako je Kotorski statut kasnijeg porijekla, pretpostavlja se kako su u Kotorski statut prepisane neke stare dubrovačke odredbe (Čučković, 1965, str. 115).

potomcima. Ukoliko nema nikog od ovih srodnika, na naslijeđe se poziva najbliži srodnik s očeve ili majčine strane do četvrtog stupnja srodstva. U nedostatku svih nabrojanih srodnika, na naslijeđe se poziva preživjeli supružnik. Ukoliko nema ni supružnika, ostavina će postati vlasništvo općine (komune) (*Stat. Buduae* 212). Ovdje se nesporno radi o recepciji Justinijanova zakonskog nasljeđivanja.

Iz pregleda prava primorskih gradova vidljivo je kolika je različitost postojala u njihovu sistemu zakonskog nasljeđivanja, unatoč sličnim utjecajima u okviru kojih se razvijao pravni sistem. Vidljiv je veliki utjecaj običajnog prava.

Na osnovu svega izloženog ne mogu se sa sigurnošću utvrditi nasljedni redovi u dubrovačkom pravu. Uz pomoć gore obrađenih statutarnih odredbi može se napraviti neka vrsta rekonstrukcije nasljednog reda. Na prvo mjesto dolaze potomci koji nasljeđuju *per capita*, na jednake dijelove, neovisno o tome jesu li rođeni u trenutku ostaviteljeve smrti ili ne. Ovdje je vidljiv utjecaj načela rimskog prava na dubrovačko pravo, a u vezi sa zaštitom ostavine djeteta rođenog nakon smrti oca (*postumus*). Utjecaj rimskog prava vidljiv je i kod primjene instituta prava predstavljanja (*ius representationis*) prilikom zakonske podjele ostavine. U okviru nasljednog reda vodi se računa o principu prvenstva muških srodnika nad ženskim te pravilima vezanim uz nasljeđivanje miraza. Drugi nasljedni red čine ascedenti i kolaterali s potomcima. Ostavina se dijeli najbližim srodnicima, a poštujući princip *paterna paternis, materna maternis*. Zakonsko nasljeđivanje dalje od prvog nasljednog reda se ne može pratiti. Također, ostaje nejasno u kom trenutku se općina (komuna) može pojaviti kao nasljednik dobara (Čučković, 1965, str. 117).

3. Primjena rimskih instituta u svrhu materijalnog osiguravanja ženskih srodnika

Budući da kćeri nisu zakonski nasljednici, one uvijek imaju pravo na miraz ili pravo doživotnog izdržavanja od svoje braće, a od roditeljske imovine.[14] Ukoliko se dogodi da nakon smrti roditelja ostanu sinovi i neudate kćeri, brat ili braća obavezni su ih udati. Ukoliko bi očeva imovina bila nedovoljna za njihov miraz, statut obavezuje braću da im miraz daju od svojih dobara, tj. od očeve imovine koja ulazi u njihov zakonski dio, a ako je potrebno braća su ih dužna udati s cijelom roditeljskom ostavinom, čak i dijelom njihove lične imovine (*Stat. Rag.* IV 27/2–4). Jasno je kako prvenstvo muških poto-

[14] Bogišić na temelju odredbe 65 *Lib. croci* zaključuje da *"kćerkama nema dijela, nego su braća obavezana dati joj prćiju."* (Bogišić, 1868, str. 21).

maka ne treba ugroziti materijalni položaj njihovih sestara. Statut o tome vodi računa i raznim drugim odredbama. Obaveza braće postoji i ukoliko se sestre odluče ne udati ili odluče otići u samostan (*Stat. Rag.* IV 50/5, 63).

Bračni drug kao zakonski nasljednik u okviru statuta primorskih gradova javlja se iznimno (Pezelj, 2006, str. 544). U skladu s tim, ni u dubrovačkom pravu, žene kao supružnici ne sudjeluju u zakonskom nasljeđivanju. No, na osnovu odredbi *Ordo super viduas* iz 1458. g. jasno je vidljivo kako imaju pravo na doživotno plodouživanje (*ususfructus*) muževljeve imovine, odnosno plodouživanje do eventualne ponovne udaje. Iako je nesporno isključivo pravo muških potomaka da se pojave kao zakonski nasljednici, vidljivo je da spomenutim odredbama Statuta dubrovačko pravo ima za cilj osigurati ženskim srodnicima dio ostavine. Uz plodouživanje, vrlo učestao način zaštite ženskih potomaka bila je i primjena testamentarnih fideikomisarnih supstitucija i legata.

3.1. Udovičko uživanje

Bračni odnos u dubrovačkom pravu nije predstavljao osnov pozivanja na naslijeđe. Pitanje položaja preživjelog supružnika rješavalo se po uzoru na rimsko pravo, najčešće primjenom instituta udovičkog uživanja.[15] Primjenom ovog instituta preživjeli supružnik je ostvarivao pravo na doživotno plodouživanje, odnosno plodouživanje do zaključenja novog braka.[16] U vezi s

[15] Usp. Nasljeđivanje supružnika po odredbama Zadarskog statuta bilo je moguće samo ako jedan od njih umre bez testamenta, ne ostavivši ni ascedente, ni descedente, ni rođake do četvrtog stupnja srodstva (*Stat. Iad.* III 135). Pod određenim uvjetima, posebno uz zadržavanje udovičkog statusa bilo je moguće uživati imovinu umrlog bračnog druga. Oba supružnika su imala pravo testamentarno raspolagati svojim dobrima uz uvjet da preživjeli bračni drug ne bude lišen sredstava za život (Pezelj, 2006, str. 544).
Po starijem pravu Cresa žena je nasljeđivala polovicu imovine muža, dok muž nije imao nikakva prava na ženinu ostavinu. Novija pravila su odredila kako se mogu međusobno naslijediti do jedne četvrtine imovine.
Po Bračkom i Hvarskom statutu, bračnog druga bez djece, umrlog bez testamenta, nasljeđivao je preživjeli supružnik u vrijednosti trećine ostavine (Pezelj, 2010, str. 186–187).
Po Lastovskom statutu udovica je imala pravo na imovinu supruga do ponovne udaje, kada ima pravo samo na svoj miraz (Pezelj & Štambuk Šunjić, 2013, str. 529).

[16] U Zadarskom statutu stoji kako udovica poslije muževe smrti ima pravo ostati u kući, da su joj nasljednici dužni dozvoliti da se služi bračnim krevetom te da su dužni uzdržavati je prema njezinu društvenom položaju. Ukoliko udovica nema djece, a umrli nije ostavio testament, udovica je u dosta nepovoljnijoj situaciji.

ovim, kodificiranjem prava 1272. g. u dubrovačkoj pravnoj terminologiji se javlja pojam *lectum*. Pojmom *lectum* se označava pravo plodouživanja *res paternae*, odnosno *res maternae* i udovičko pravo nad ostavinom supružnika (Čučković, 1981, str. 310–311).[17]

Lectum u smislu udovičkog uživanja mogao se uspostaviti nad cjelokupnom imovinom koja preostane nakon isplate *pro anima* legata. Dakle, riječ je 3/4 ostavinskih dobara. Taj dio mogao je biti i manji, ukoliko se s njim moglo osigurati izdržavanje, što je u potpunosti u skladu sa svrhom *lectuma* – omogućavanjem izdržavanja preživjelog supružnika. Tako u bračnom ugovoru Climensa Juerencii Dalafota i njegove žene Rade stoji kako će on supruzi osigurati doživotno izdržavanje u slučaju da u braku ne bude potomaka i to u visini 1/4 od cjelokupne imovine.[18] Udovica nije imala pravo nikakvog raspolaganja ovakvom imovinom. Radi se o plodouživanju imovine, a u slučajevima da prihod od imovine nije dovoljan, Statut predviđa dva moguća rješenja. Ukoliko ostavitelj nije imao pokretne imovine ili su nekretnine s prihodima nedovoljne za osiguravanje doživotnog izdržavanja, Statut nalaže da se udovici dodijeli određena pokretna imovina. U skladu s članom 43, st. 3, knj. VIII Statuta odluku o tome donosi Malo vijeće s knezom. Ukoliko se imovina sastojala samo od nekretnina, a prihod od nekretnina nije dovoljan za ženino izdržavanje, ona stječe pravo na prodaju ostavine, za što je također po članu 43, st. 5, knj. VIII Statuta potrebno odobrenje Malog vijeća. Iz navedenih odredbi jasno proizlazi kako je za svako raspolaganje koje prelazi *ususfructus* neophodna saglasnost Malog vijeća (Čučković, 1981, str. 328–335).[19] Tijekom korištenja *lectuma*, udovica je dužna udovoljavati svim obavezama koje tu imovinu terete. U skladu s čl. 59, st. 1, knj. IV Statuta dužna je isplatiti testamentarne obaveze. Odgovorna je za podmirivanje ostaviteljevih dugova te ovlaštena za naplatu ostaviteljevih potraživanja. Postojala je mogućnost da je imovina opterećena još jednim izdržavanjem što je ona dužna isplaćivati.[20] Udovici je pripadalo i pravo da zahtijeva razvrgavanje

Zakonski nasljednici umrlog su je mogli otpremiti vrativši joj miraz i uzmirazje u iznosu od 10% od njegove ostavine, ali ne preko 200 libara. (*Stat. Iad.* III 141). Margetić smatra da odredba o uzmirazju od 10% ukazuje na povoljniji položaj za ženu u odnosu na druge pravne sisteme (rimski, bizantski, mletački). Po njemu se ovakvom odredbom Zadarski statut približava ideji bračne zajednice dobara (Margetić, 1996, str. 178).

17 Iste zaključke iznosi i Bogišić, 1868, str. 19.

18 *(...) quod si dicta Rada non habeat mecum heredum et ego aute ipsam decederem, quartam partem omnium bonorum meorum tunc ipse per me relictorum gaudeat et usufructuat tota tempore vite sue.* (*Lib. dot.* I 6).

19 Iste zaključke iznosi i Bogišić, 1868, str. 21.

20 Kao korisnik ovakvog izdržavanja najčešće se javljaju osobe koje je ostavitelj izdržavao tijekom svog života. Tako je udovica Petra de Prodanella, koja je ostala u

bratske zajednice (*societas fraterna*).[21] U tom slučaju ostaviteljeva braća su dužna izdvojiti joj imovinu na koju ona polaže pravo plodouživanja.[22]

Lectum nastaje nakon smrti jednog od supružnika i traje doživotno ili do zaključenja novog braka. U dubrovačkom pravu nije bila izgrađena nikakva posebna procedura u vezi s uspostavljanjem *lectuma*.[23] Do uspostave *lectuma* neće doći ukoliko su se supružnici za života odrekli prava na *lecutum*. Tako je na primjer neka Tisa tužila svog supruga Marina de Salvcea i zahtijevala doživotno izdržavanje. Marin se pred sudom obavezao Tisi isplaćivati 30 perpera godišnje, uz naznaku da Tisa neće posjedovati *lectum ipsius post eidem mortem*. Tisa je tom prilikom izjavila da više pred sudom neće pokretati pitanje svog izdržavanja te da neće tražiti *lectum* i dobra Marinova – *nec debest nec possit possidere lectum neque bona ipsius Marini secundum consuetudinem Ragusi* (*Div. not.* IX 138).

Od situacije u kojoj uopće ne dolazi do uspostave *lectuma*, važno je razlikovati situaciju prekida i gubitka *lectuma*. Ukoliko udovica odluči prekinuti *lectum* potrebno je provesti postupak izdvajanja njezine imovine. Čl. 33, knj. IV Statuta nalaže muževljevim nasljednicima da u roku dva, a najduže četiri mjeseca izdvoje cjelokupan udovičin miraz (*Stat. Rag.* IV 33). Zaključenje ponovnog braka automatski znači gubitak viduiteta. Štoviše, Statut i okolnost dokazive namjere zaključenja ponovnog braka smatra razlogom za gubitak viduiteta te daje muževljevim srodnicima pravo na istjerivanje udovice iz kuće – *possint eam de domo expeller* (*Stat. Rag.* IV 7/1–4).

posjedu muževljevih dobara, dužna po sudskoj presudi Petrovoj majci isplaćivati 12 perpera tromjesečno – *Dea uxor olim Petri e Prodanello possidendo lectum dicti Petri olim viri sui dare dabeat... Rade socere sue ypp duodecim (...) ipsa possit intrare possessionitus bonorum dicte Dee qua quidam fuerunt dicti Petri viri sui.* (*Div. not.* III 186).

[21] U tom kontekstu zanimljivo je pitanje udovičkog zastupanja. Bogišić na temelju odredbe *Lib. croci* 479 zaključuje: *"Za udovicu je naređeno, da je može zastupati pred sudom ili otac, ili sin, ili brat, ili zet, itd. koga ona izabere. Tu se ipak ne smije pomisliti na nikakav njemački 'mandium', jer zakon sam izrijekom kaže, da su udovice suae potestatis."* (Bogišić, 1868, str. 25).

[22] Vidi: *Sent. di canc.* I 56v, *Div. not.* IV 16.

[23] U mletačkom pravu od udovice se tražilo da položi zakletvu o udovičarstvu – *voto di castita*, te joj se tek nakon polaganja zakletve dodjeljivala muževljeva ostavina na doživotno uživanje (Čučković, 1965, str. 269). U kotorskom pravu postojala je specifična odredba kojom se udovici ostavljao rok od jedne godine – *spatium deliberandi* u kojem je trebala odlučiti hoće li prihvatiti muževljevu imovinu te se obavezati da ukoliko je prihvati neće doći do umanjenja imovine (*Stat. Cathari* 194, 198).

U odnosu na navedene okolnosti, zanimljivo je da i udovica koja ima potomke iz ranijeg braka, prilikom zaključenja novog braka ima pravo iz muževljeve ostavine izdvojiti svoj cjelokupan miraz (*Stat. Rag.* IV 32/1). Izdvojeni miraz ona unosi u novu bračnu zajednicu i samim tim ta imovina namijenjena je potomcima iz tog braka. Ukoliko ona u novom braku ne bude imala potomaka, miraz kao i svu ostalu ženinu imovinu će jednako naslijediti njeni potomci iz ranijeg ili ranijih brakova (*Stat. Rag.* IV 41/1). No, ukoliko je žena imala potomke i u posljednjem braku njena imovina dijelit će se na dva dijela – miraz i ostalu imovinu. Miraz će pripasti potomcima iz posljednjeg braka, dok će se ostala imovina dijeliti svim potomcima podjednako. Ovo je vidljivo i u praksi. Šima, kćer Tefle de Tefla, a žena Georgii de Sibuncoa imala je potomke iz dva braka. Od oca je naslijedila neku kuću i prilikom prodaje te kuće Dea, njena kćer iz prvog braka, zahtijeva zaštitu svog nužnog dijela u iznosu 1/7. Ostalu imovinu Dea ne spominje, već se poziva samo na statutarnu odredbu po kojoj joj pripada nasljedstvo one majčine imovine koja ne predstavlja miraz (*Div. Not.* III 282). Ovdje primjećujemo kako je ovaj princip posljedica specifične pravne prirode miraznih dobara te u skladu s time miraz stoji ispred prava potomaka na majčino nasljeđe. Nije isključeno da ovakav princip vuče porijeklo iz rimskog prava. Rimski pravnici nisu se posebno bavili nasljednopravnim položajem potomaka iz više brakova, iako se iz rimskih izvora može ustanoviti da sin iz ranijeg majčinog braka nema pravo na nasljedstvo njezina miraza (Čučković, 1965, str. 102).

3.2. Fideikomisarna supstitucija

Fideikomisarna supstitucija (*substitutio fideicommissaria*) predstavlja institut rimskog nasljednog prava u okviru kojeg testator određuje da imovina pripadne određenom licu – fiducijaru, koji nakon određenog vremena ili ispunjenja nekog uslova, najčešće smrti, predmetnu imovinu daje drugom imenovanom licu – fideikomisaru, a ovaj eventualno trećem, itd. (Horvat, 1954, str. 166).

Fideikomisarna supstitucija je vrlo često korištena u okviru dubrovačkog prava. Najčešća primjena fideikomisarne supstitucije bila je u cilju odgode raspolaganja u korist crkve.[24] Jedan od primjera takvih raspolaganja jest testament Nikole, sina Silvestrova, koji svoj vinograd u Gružu ostavlja sinu Marinu i određuje da nakon Marinove smrti vinograd pripadne samostanu puncijela (*Test. Not.* IV 8v/II).

Osim odgode darivanja u korist crkve, institut je bio posebno pogodan za rješavanje izdržavanja lica koja nisu mogla biti konačni titulari određene

[24] Vidi: *Test. Not.* II 26, *Test. Not.* II 13v, *Test. Not.* IV 10v, itd.

imovine – najčešće ženskih srodnika (Pupić, 2014, str. 105). Imajući u vidu princip prvenstva muških srodnika nad ženskim, primjenom fideikomisarne supstitucije često su se štitile neudate kćeri, koje su najčešće ostajale uz roditelje do njihove smrti.[25] Tako, na primjer, Dompnica de Marta, koja je imala sinove te neudate i udate kćeri, udatim kćerima ostavlja legate od četvrtine namijenjene *pro anima*, dok svu svoju nepokretnu imovinu ostavlja neudatoj kćeri Radi, a sinove imenuje kao fideikomisionarne supstitute sestre Rade (*Test. Not.* II 22).

Putem fideikomisarne supstitucije fiducijar je stjecao položaj sličan vlasniku imovine. U literaturi njegov položaj nazivaju i fiducijarnim vlasništvom, uzimajući u obzir da je zaštićen protiv zahtjeva svih trećih lica, pa i fideikomisara. U okviru testamenata važno je razgraničiti fiducijarno vlasništvo od doživotnog plodouživanja. Kod fideikomisarne supstitucije testator imenovanom licu jasno daje svojstvo jedinog nositelja i titulara imovine, naravno uz obavezu da imovinu prepusti drugom licu nastupanjem određenog događaja. Dok s druge strane kod plodouživanja uvijek postoje naznake o odnosu između titulara imovine i lica u čiju korist se utvrđuje pravo plodouživanja (*ususfructum*) (Čučković, 1965, str. 196).

Materijalno osiguravanje kćeri putem instituta fideikomisarne supstitucije u potpunosti je usklađeno s dubrovačkim pravom, budući da je kćer "privremeni titular", dok sinovi ostaju jedini zakonski nasljednici.

3.3. Legati

Legat u rimskom pravu predstavlja imovinsku korist koju nasljednik iz ostavine mora po nalogu ostavitelja ustupiti trećoj osobi (*legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo quod universum heredis foret, alicui quid collatum vellit*) (*Florent.* D. 30, 116). U dubrovačkom pravu je poimanje legata bilo malo drukčije. Naime, svrha dubrovačkih testamenata nije bilo određivanje univerzalnog sukcesora – nasljednika.[26] On je bio zakonom određen. Ostatak imovine kojom je pojedinac imao pravo raspolagati, uglavnom predstavlja predmet testamenata i naglašava njihov legatni karakter. U Statutu se spominju naređenja kao što je *ordinamenta*, *ordinaciones*, ali ono što neko

[25] Vidi: *Test. not.* II 5, *Test. not.* II 1v, itd.

[26] Zanimljivo je kako jedan od najstarijih testamenata na našem području, testament splitskog priora Petra s kraja XI. st., uopće ne sadrži *heredis* instituciju. Horvat postavlja dilemu radi li se o utjecaju slavenskog prava u dalmatinskim gradovima ili o razvoju testamentarnog raspolaganja započetog još u Rimskom carstvu (Horvat, 1951, str. 144–145).

lice prima na temelju takvih naređenja nema svoj poseban naziv. Za naređenje legata koriste se glagoli *dare*, *donare* ili *relinquere*. Predmetom legata bila je različita imovina ili dobit, odnosno korist kojom je raspolagao testator. Kao predmet legata susreću se i oprost duga, isplata potraživanja, oslobađanje roba ili ustupanje nekog stvarnog prava.[27] Određivanje legata uglavnom predstavlja središnji dio dubrovačkih testamenata. Prvobitno se određuje ukupna vrijednost legata, a nakon toga slijede podaci o načinu izvršenja i izvršiteljima (epitropima) legata. Obaveza izvršitelja testamenta regulirana je članom 74, knj. IV Statuta. Isplate legata bilježile su se u notarske knjige, a od 1349. g. uvodi se i posebna knjiga *Distribuciones testamentorum* koja sadržava podatke o isplatama nasljednika epitropima te podatke o legatima koje epitropi dalje isplaćuju iz te imovine (Čučković, 1965, str. 207–209).

Testatori su obično izdvajali legate za mise, crkve, samostane, religiozitete, pojedine klerike te druge humanitarne svrhe kao što su odjeća siromaha, udaje siromašnih djevojaka, itd. Ponekad se susreću i izdvajanja za oprost grijeha – *pro male ablato*.[28]

Legati su često korišteni i za obdarivanje supružnika i drugih srodnika. Ravančićeva analiza pokazala je kako u periodu tijekom 1325–1326. g. od 65 zabilježenih testamenata, njih 31 sadrži legate određenim srodnicima.[29] Od toga su najčešće darivana skupina sestre (11 legata) te majke (6 legata), slijede braća (4 legata), otac (3 legata), tetka (3 legata), unuci (3 legata), nećaci (1 legat).[30] Jasno je vidljivo kako su u formi testamentarnih legata najčešće darivani ženski srodnici. Tako, na primjer, neki Mile daruje svome unuku Marinu polovicu vinograda u Župi dubrovačkoj zajedno s drvenom kućom,

---

27 Usp. Gavella, 1990, str. 102.

28 Zanimljiv je testament Stane, žene Blasii de Sorento koja *pro male ablato* ostavlja dvije trećine svog miraza koji je iznosio 1.500 perpera, te posebnom izjavom opravdava ovakvo raspolaganje – *"Inprima voglio, che de questo meo perchiuio se dia perperi mille per mal tolcto, li quali io sui mal quadagnado, furando da toto lo mondo in tauerna et in altri mali quadagni, se che la conciencia me scusa che non so mei - prije svega hoću da od ovog mog miraza hiljadu perpera ide za grijehove koje sam učinila, uzimajući od cijelog svijeta u trgovini i druge zarade, za što sama sebe optužujem."* (Smičiklas, 1913, str. 598).

29 Op. Ravančićev navod da se radi o 30 legata vjerojatno predstavlja omašku, budući da zbroj navedenih i grafički prikazanih legata iznosi 31 (Ravančić, 2011, str. 119).

30 Op. Za konkretnije zaključke o odnosima unutar dubrovačkih porodica trebalo bi napraviti analizu svih sačuvanih testamenata u okviru Državnog arhiva u Dubrovniku, a ne samo trenda s početka XIV st. Za naš rad brojke preuzete iz Ravančićeve analize poslužit će samo kao potvrda teze da su i legati korišteni u svrhu materijalnog osiguravanja ženskih srodnika.

a sestri i njezinim kćerima u formi legata ostavlja novac.[31] Milogost iz Gruža u formi legata daruje svojoj ženi i sestri novac.[32] Imajući u vidu odredbe srednjovjekovnog dubrovačkog prava, u kojem žene nasljeđuju tek onda kad nema muških potomaka, jasno je kako je darivanje putem legata predstavljalo jedan od načina zaobilaženja propisa zakonskog nasljeđivanja, a sve u svrhu zaštite ženskih srodnika.

U vezi sa zaobilaženjem propisa u svrhu zaštite ženskih srodnika moguće je napraviti i paralelu s klasičnim rimskim pravom. Pravni položaj žene u rimskom pravu imao je progresivan karakter. Najveći iskorak učinjen je Justinijanovim reformama (kojeg pojedini i nazivaju *legislator uxorius*) (Pezelj, 2006, str. 523). Unatoč tome, u određenim razdobljima, posebno u okviru sistema nasljeđivanja, vidljive su određene razlike između muškaraca i žena. Tako je *Lex Voconia* sadržavao nekoliko odredbi vezanih uz nasljedno pravo, koje nisu dozvoljavale ženama da budu nasljednice imovine u iznosu većem od 100.000 sestercija (Aličić & Miletić, 2015, str. 488). Bogate žene smatrane su prijetnjom za rimsku patrijarhalnu socijalnu strukturu. Iako se *Lex Voconia* odnosio samo na testamentarno nasljeđivanje, odredbe *Lex Voconiae* su imale vrlo značajan odjek na praktičan život budući su rimski građani imali običaj sastavljati testamente.[33]

U kontekstu ograničavanja ženskih srodnika, Rimljani su pronašli nekoliko načina legalnog zaobilaženja propisa. Gaj ističe kako je postojala mogućnost da se u formi više legata umanji nasljednikov dio te je upravo ta pravna praznina poslužila za izigravanje odredbi o nasljednopravnom položaju žena (*Gai Inst.* 2.226). Osim putem legata, Rimljani su i primjenom instituta fideikomisa pronalazili put za izigravanje odredbi Vokanijevog zakona. Fideikomisi u početku nisu bili zaštićeni pravnim normama, već su imali moralni karakter. Posebno su dolazili do izražaja u odnosu na legate, uzimajući u

[31] *(...) Item uolo quod dentur Marino nepoti meo et Obrato media vinea mea de Breno et domus mea lignaminis possita in teritorio Ually de Gondola (...) Item uolo quod vendatur culcitra mea magna et dentur sorori mee yperperi duo et filliabus suis yperperum vnum pro qualibet; item filliabus fratris mei grossi sex pro qualibet (...)* (*Test. not.* III 12).

[32] *(...) Item dono uxori mee yperperi V. Item Perfche grossi XII et sorrori mee grossi XII.* (*Test. not.* III 14)

[33] Augustovim zakonodavstvom ukinuta je primjena Vokonijevog zakona za žene koje rode određeni broj djece, ali su s druge strane postavljena nova ograničenja za žene (i muškarce) koje nisu bile u braku ili nisu imale djece. Ustanovljen je i niz ograničenja za osobe koje su iz raznih razloga smatrane nečasnim (*infamnim*). Na temelju navedenog se da pretpostaviti kako je *ratio legis* Vokonijevog zakona mogao biti u tome da se pretpostavljalo da najčešći motiv ostavljanja velikog iznosa ženskoj osobi s kojom neko nije bio u bliskom agnatskom srodstvu može biti financijsko osiguranje konkubine za slučaj smrti (Aličić & Miletić, 2015, str. 493).

obzir da oni nisu bili vezani uz testament te su mogli biti upućeni fiducijaru i kao zakonskom nasljedniku ili čak samome fideikomisaru (Aličić & Miletić, 2006, str. 489-493). Pokušaji ograničavanja nasljednog prava žena u rimskom pravu nisu bili uspješni. Dva su ključna razloga – bili su u suprotnosti s postupnim razvojem rimskog društva te su redovno bili zaobilaženi kreativnošću rimskih pravnih praktičara (Aličić & Miletić, 2006, str. 498).

Uspostavljanje paralele s klasičnim rimskim pravom vrlo je osjetljivo pitanje, ako se uzme u obzir potpuno drukčiji društveni kontekst i posve drukčije razloge za ograničavanje nasljednog prava žena. Unatoč tome, naša analiza je pokazala kako je primjena instituta kojim su Dubrovčani pronalazili način da zaobiđu propise zakonskog nasljeđivanja i zaštite ženske srodnike vrlo slična načinima zaštite ženskih srodnika kakvi su postojali još u klasičnom rimskom pravu.

4. Zaključak

Osnovni principi dubrovačkog nasljednog prava – princip prvenstva muških srodnika nad ženskim i princip *paterna paternis, materna maternis* nisu u skladu s načelima rimskog prava. Princip prvenstva muških srodnika nad ženskim predstavlja staro slavensko običajno pravilo prema kom muški potomci isključuju ženske potomke prilikom nasljeđivanja. Ovakav princip nije imao za cilj umanjiti vrijednost ženskih potomaka, već se dosljedno provodio s ciljem očuvanja imovine dubrovačkog *communitasa*. Nastojalo se očuvati porodičnu imovinu i spriječiti njezino usitnjavanje. Žene su u zamjenu za nasljedstvo redovno dobivale miraz te ih se na različite načine, proporcionalno količini porodične imovine, materijalno osiguravalo. Princip *paterna paternis, materna maternis* počivao je na načelu pluraliteta nasljedne mase, potpuno suprotnom rimskom načelu jedinstva ostavine. Svrha ovakvog načela bio je zahtjev da se kao zakonski nasljednik pozove član porodice kojoj je svojevremeno pripadala ta imovina. U dubrovačkom pravu nasljedni red bio je formiran pod utjecajem običajnog prava. Statutom nije bio precizno reguliran, što uveliko otežava njegovu rekonstrukciju. Zanimljivo je naznačiti, kako smo u komparativnoj analizi nasljednih redova drugih primorskih statuta došli do zaključka, da je Justinijanovo zakonsko nasljeđivanje u potpunosti bilo recipirano jedino u Budvanskom statutu iz XV st.

Kad je riječ o nekim utjecajima rimskog prava, naglašavamo kako je dubrovačko pravo recipiralo iz rimskog prava instituciju prava predstavljanja – *ius representationis*. Također regulirano je da potomci nasljeđuju *per capita*, neovisno o tome jesu li rođeni u trenutku ostaviteljeve smrti ili ne, gdje se

jasno uočava primjena načela zaštite nerođenog djeteta (*postumus*) – *nasciturus pro iam nato habetur, quotines de commodis eius agitur*. Segment u kojem posebno do izražaja dolazi utjecaj rimskog prava usko je povezan s načelom materijalnog osiguravanje ženskih potomaka. U tom kontekstu, Dubrovčani su primjenjivali institute – udovičkog uživanja, fideikomisarne supstitucije i testamentarne legate.

U dubrovačkom pravu, udovicu se materijalno osiguravalo primjenom instituta udovičkog uživanja (*lectum*). Primjenom ovog instituta ona je ostvarivala pravo na doživotno plodouživanje, odnosno plodouživanje do zaključenja novog braka. Institut se redovno primjenjivao budući da supružnici nisu međusobno bili zakonski nasljednici. Postoje naznake da je u kasnijem razvoju prava isto vrijedilo i za siromašnog udovca u pogledu nasljeđivanja miraznih dobara. U sistemu osiguravanja supružnika primjetna je sličnost s Justinijanovim pravom i zaštitom siromašne udovice (*vidua inops*).

Jedan od načina materijalnog osiguravanja ženskih potomaka bila je i primjena rimske fideikomisarne supstitucije (*substitutio fideicomissaria*). Najčešća primjena bila je u cilju odgode raspolaganja u korist crkve ili izdržavanja lica koja nisu mogla biti konačni titulari određene imovine – posebno ženskih srodnika. Materijalno osiguravanje kćeri putem instituta fideikomisarne supstitucije u potpunosti je bilo usklađeno s dubrovačkim pravom, budući da je kćer "privremeni titular", dok su sinovi ostajali jedini zakonski nasljednici.

U srednjovjekovnom Dubrovniku u svrhu osiguravanja ženskih srodnika korišteni su i testamentarni legati. Naime, svrha dubrovačkih testamenata nije bilo određivanje univerzalnog sukcesora – nasljednika. On je bio zakonom određen. Ostatak imovine kojom je pojedinac imao pravo raspolagati, uglavnom predstavlja predmet testamenata i naglašava njihov legatni karakter. U tom kontekstu primjetno je kako su Dubrovčani često u formi legata darivali supružnike i druge, najčešće, ženske srodnike.

Razmatrajući načine zaobilaženja propisa zakonskog nasljeđivanja u svrhu osiguravanja ženskih srodnika jasno se uočava kreativnost dubrovačkih pravnika praktičara, ali i dobro poznavanje rimskog prava. Iako u posve drukčijem kontekstu, ukazali smo kako su pojedini instituti, kao što su legati i fideikomisi, korišteni još u klasičnom rimskom pravu u svrhu izigravanja nasljednopravnih propisa. Slijedom navedenog možemo zaključiti da iako se zakonsko nasljeđivanje Dubrovnika u srednjem vijeku razvilo ponajviše pod utjecajem običajnog prava, nesporni su utjecaji i rimskog prava, posebno u kontekstu materijalnog osiguravanja ženskih srodnika.

Bibliografija

1. Aličić, S. & Miletić, T. (2015). Izigravanje odredbi o ograničavanju nasljednog prava žena putem legata i fideikomisa u rimskom pravu. U: Vladimir Boranijašević (ured.). *Pravni sistem i zaštita od diskriminacije*, knj. 1. (str. 487–499). Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet u Prištini.
2. Bajić, M. (1956). Počeci nasljednog prava u Rimu. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, IV, 349–380.
3. Besta, E. (1961). Le successioni nella storia del diritto italiano. Milano: A. Giuffrè.
4. Bogišić, B. (1868). Glavnije crte obiteljskoga pisanoga prava u starom Dubrovniku, knj. V. Zagreb: Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti.[34]
5. Bogišić, B. (1927). Pravni članci i rasprave dr. Baltazara Bogišića. Knj. 1. Beograd: Gece Kona.
6. Čučković, V. (1965). Razvoj dubrovačkog naslednog prava do 1358. godine (doktorska disertacija). Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
7. Čučković, V. (1981). Materijalno obezbjeđenje supružnika u dubrovačkom srednjovjekovnom pravu. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, god. XXVII, 309–338.
8. Čučković, V. (1983). Porodica i porodični odnosi u srednjovjekovnom Dubrovniku. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XXXI, 267–282.
9. Čučković, V. (1989). Bogišićevi pogledi na porodično pravo u Dubrovačkom statutu. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu,* XXXVI, 327–342.
10. Gavella, N. (1990). Nasljedno pravo. Zagreb: Informator.
11. Horvat, M. (1951). Oporuka splitskog priora Petra. Zagreb: Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti.
12. Horvat, M. (1954). Rimsko pravo. Knj. 1. Zagreb: Sveučilište u Zagrebu.

[34] Rijedak primjerak rada *Glavnije crte obiteljskoga pisanoga prava u starom Dubrovniku* dostavila nam je Biblioteka Matice srpske iz Novog Sada, a zahvaljujući susretljivošću i trudu kolegice Mirele Rožajac-Zulčić, stručne suradnice u Biblioteci Pravnog fakulteta u Sarajevu.

13. Horvat, M. (1954). Rimsko pravo. Knj. 2. Zagreb: Sveučilište u Zagrebu.

14. Janeković Römer, Z. (1994). Rod i grad: Dubrovačka obitelj od XIII. do XV. st. Dubrovnik: Zavod za povijesne znanosti HAZU.

15. Margetić, L. (1972). Neoporučno nasljedno pravo u srednjovjekovnoj Istri. *Vjesnik historijskih arhiva u Rijeci i Pazinu*, (17), 159–176.

16. Margetić, L. (1996). Hrvatsko srednjovjekovno obiteljsko i nasljedno pravo. Zagreb: Narodne novine.

17. Mousourakis, G. (2012). Fundamentals of Roman Private Law. Berlin, Heidelberg: Springer Verlag.

18. Nicolai, F. (1940). La formazione del diritto successorio negli statuti comunali del territorio lombardo – tosco. Milano: A. Giuffrè.

19. Pezelj, V. & Štambuk Šunjić, M. (2013). Pravni položaj žene prema Lastovskom statutu iz 1310. godine. *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, (3), 525–539.

20. Pezelj, V. (2006). Naznake pravnog položaja žene u srednjovjekovnom Zadru. *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, (3–4), 523–551.

21. Pezelj, V. (2010). Pravni položaj žene u srednjovjekovnom Šibeniku. U: Branković J., Drino Dž., Durmišević E., Mutapčić E., Stanojević, O. & Šarac, M. (ured.). Mustafa Imamović – 45 godina naučnog i publicističkog rada (str. 175–197). Sarajevo / Gradačac: Institut za istoriju Sarajevo / Biblioteka Alija Isaković Gradačac / University Press Sarajevo.

22. Pupić, M. (2014). Testament u srednjovjekovnom Dubrovniku (magistarski rad). Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu.

23. Ravančić, G. (2011). Oporuke, oporučitelji i primatelji opručnih legata u Dubrovniku s kraja trinaestog i u prvoj polovici četrnaestog stoljeća. *Povijesni prilozi*, (40), 97–120.

24. Romac, A. (1989). Rječnik rimskog prava. Zagreb: Informator.

25. Spaić, V. (1953). Nasljedno pravo u srednjovjekovnoj Bosni. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, I, 103–119.

Izvori

Objavljeni izvori dubrovačkog prava

1. Čremošnik, G. (1951). Monumenta historica Ragusina (1278–1282), knj. 1. Zagreb: Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti.

2. Dubrovački statut (*Stat. Rag. - Liber statutorum civitatis Ragusii*) – Bogišić B. & Jireček, K. (2002). Liber statutorum civitatis Ragusii - prijevod Šoljić, A. & Šundrica, Z. & Veselić, I. Dubrovnik: Državni arhiv u Dubrovniku.

3. Knjiga svih reformacija grada Dubrovnika (*LOR - Liber omnium reformationum civitatis Ragusii*) – Solovjev, A. (1936). Liber omnium reformationum civitatis Ragusii. U: Zbornik za istoriju, jezik i književnost srpskog naroda, odjelj. 3, knj. 6, ser. 5. Beograd: Srpska kraljevska akademija.

4. Smičiklas, T. (1909). Codex diplomaticus Regni Croatiae, Slavoniae et Dalmatiae, knj. 7. Zagreb: Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti.

5. Smičiklas, T. (1913). Codex diplomaticus Regni Croatiae, Dalmatiae et Slavoniae, knj. 11. Zagreb: Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti.

6. Zelena knjiga (*Lib. Vir. - Liber Viridis* od 1358. do 1460. godine) – Nedeljković, B. (1984). Liber Viridis. U: Zbornik za istoriju, jezik i književnost srpskog naroda, odjelj. 3, knj. 32. Beograd: Srpska akademija nauka i umetnosti.

Neobjavljeni izvori dubrovačkog prava

7. *Diversa Notariae* knj. III, knj. IV, knj. IX (*Div. Not.*) – Državni arhiv u Dubrovniku, neobjavljeno, obrađivala Čučković, V. (1965). Razvoj dubrovačkog naslednog prava do 1358. godine (doktorska disertacija). Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

8. *Liber dotium* knj. I (*Lib. dot.)* – Državni arhiv u Dubrovniku, neobjavljeno, obrađivala Čučković, V. (1965). Razvoj dubrovačkog naslednog prava do 1358. godine (doktorska disertacija). Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

9. *Sententiae di cancellariae* knj. I (*Sen. Can.*) – Državni arhiv u Dubrovniku, neobjavljeno, obrađivala Čučković, V. (1965). Razvoj dubrovačkog naslednog prava do 1358. godine (doktorska disertacija). Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

10. *Testamenta Notariae* knj. II, knj. III, knj. IV (*Test. Not.*) – Državni arhiv u Dubrovniku, neobjavljeno, obrađivala Čučković, V. (1965). Razvoj dubrovačkog naslednog prava do 1358. godine (doktorska disertacija). Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Ostali izvori

11. Brački statut (*Stat. Brachiae - Statuta communitatis Brachiae*) – Kadlec, K. (1926). Statutum et reformationes insulae Brachiae. U: Monumenta historico-iuridica Slavorum meridionalium, br. 11. Zagreb: Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti.
12. Budvanski statut (*Stat. Buduae - Statuta civitatis Buduae*) –Ljubić, Š. (1882/83). Statuta et leges civitatis Buduae, civitatis Scardonae et civitatis insulae Lesinae. U: Monumenta historico-iuridica Slavorum meridionalium, br. 3. Zagreb: Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti.
13. *Digesta Iustiniani* (*D.*) - BIA- Bibliotheca iuris antiqui
14. *Gai Institutiones* (*Gai Inst.)* – Gaj (2009). Institucije – urednik Stanojević, O. Beograd: Zavod za udžbenike.
15. Kotorski statut (*Stat. Cathari – Statuta civitatis Cathari*) – Strohal, I. (2009). Statuta civitatis Cathari – Statut grada Kotora - urednica Jelena Antović, knj. 1 i 2. Kotor: Državni arhiv Crne Gore.
16. *Novellae* (*Nov.*) - BIA- Bibliotheca iuris antiqui
17. Splitski statut (*Stat. Spalati - Statuta civitatis Spalati*) – Hanel, J. J. (1878). Statuta civitatis Spalati. U: Monumenta historico-iuridica Slavorum meridionalium, br. 2. Zagreb: Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti.
18. Zadarski statut (*Stat. Iad. - Statuta civitatis Iaderae*) - Beuc, I. (1954). Statut zadarske komune iz 1305. godine. U: Vjesnik Državnog arhiva u Rijeci, br. 2. Rijeka: Državni arhiv u Rijeci.

Mirza Hebib, MA iur.
Assistant

THE APPLICATION OF THE INSTITUTE OF ROMAN LAW FOR THE PURPOSE OF MATERIAL SECURITY OF FEMALE RELATIVES IN LEGAL INHERITANCE OF MEDIEVAL DUBROVNIK

Summary

The basic principles of legal inheritance in medieval Dubrovnik – the principle of precedence of male relatives over female and the principle of paterna paternis, materna maternis are not in line with the principles of Roman law. The principle of precedence of male relatives over female represents an old Slavic custom rule according to which male descendants exclude female descendants from inheritance. The principle of paterna paternis, materna maternis represents the principle of plurality of inheritance pools, signifying that the legal heir of the decedent is a member of the family to which the property once belonged.

On the other hand, indications of the influence of Roman law, especially in relation to the material security of female relatives, are visible in this segment of Dubrovnik inheritance law as well. In this context, Dubrovnik applied the instruments of – widow's enjoyment, fideicommissary substitution and testamentary legatee.

The first segment of the paper presents the system of legal inheritance of the medieval Dubrovnik. The second segment specifically focuses on the instruments of Roman law, applied in order to protect the female relatives. Although in a completely different context, we also pointed out to the tradition of applying specific instruments for the purpose of material security of women ever since the period of classical Roman law.

Keywords: *Dubrovnik law, Roman law, inheritance law, legal inheritance, widow's enjoyment, fideicommissary substitution, legatee*

Mr. Ehlimana Memišević
Viša asistentica
e.memisevic@pfsa.unsa.ba

UDK 348.97:347.61/.64(611)
Izvorni naučni rad

IZMEĐU TRADICIJE I MODERNOSTI: ZAKON O LIČNOM STATUSU TUNISA OD REFORMISTIČKOG POKRETA DO REVOLUCIJE

Sažetak

U muslimanskim susretima s modernošću, žene i islamsko pravo postali su simboli i nositelji kulturne tradicije. U tom pogledu, islamsko porodično pravo predstavljalo je polje borbe između tradicije i modernosti.

U novonastalim muslimanskim nacionalnim državama u 20. st., za razliku od drugih područja prava, u kojima je tradicionalni fikh zamijenjen modernim evropskim zakonima, u oblasti porodičnog prava, pravila klasičnog fikha selektivno su reformirana, kodificirana i ugrađena u unificirani pravni sistem, inspiriran zapadnim modelima. Selektivna reforma se kretala od progresivnih reinterpretacija tradicionalnog islamskog prava do konsolidacije klasičnog fikha. U rijetkim slučajevima, tradicionalni fikh je potpuno napušten ili je, pak, zadržan u svim oblastima prava.

Tunis se odlučio za reinterpretaciju tradicionalnog islamskog prava, davanjem novih značenja klasičnim konceptima. Reformatori su istovremeno tvrdili da nova značenja klasičnih koncepata nisu u suprotnosti s vrijednostima i duhom islama. U tom pogledu, revolucionarna rješenja iz tuniskog Zakona o ličnom statusu iz 1956. godine smatraju se novom fazom u islamskoj misli, koja odbacuje dogmatizam i naglašava vitalnost islama i njegovu sposobnost prilagođavanja promijenjenim društvenim okolnostima u modernom svijetu.

Uprkos tome, porodično pravo u Tunisu nastavilo je biti polje borbe između tradicije i modernosti u više od šest posljednjih decenija. Međutim, zahvaljujući aktivnom učešću i zalaganju žena, od donošenja Zakona iz 1956, i njegovih reformi, kojima su u znatnoj mjeri unaprijeđena prava žena, do usvajanja Ustava, s vrlo progresivnim rješenjima, 2014. godine, politika rodnog zakonodavstva je promijenjena iz "reformi odozgo" u "reforme odozdo", što čini ostvarivanje jednakosti i usklađivanje prava i stvarnosti sve izglednijim.

Ključne riječi: *islamsko pravo, porodično pravo, reforma, tradicija, modernost, lični status, Tunis*

1. Uvod

Reforma tradicionalnog šerijatskog prava i pitanje njegovog usklađivanja sa zahtjevima vremena, još uvijek je predmet brojnih rasprava u muslimanskom svijetu. U tom pogledu postojalo je više pokreta za reformu, a najviše utjecaja na pozitivno pravo izvršio je modernistički pokret, nakon druge decenije 20. stoljeća (Karčić, 1990, str. 160). Ovaj pokret je podrazumijevao transformaciju šerijatskog prava od "pravničkog prava" – prava koje su formulirali nezavisni pravni stručnjaci, do "statutarnog prava" – prava koje formulira i promulgira državno zakonodavstvo (pravo u zakonu) (Layish, 2004). Dakle, umjesto pravnika, reformu šerijatskog prava na sebe je preuzela država.

Na centralnom mjestu u tim reformama bilo je porodično pravo, koje je, za razliku od ostalih grana prava, ostalo u domenu šerijatskog prava. Naime, odredbe klasične islamske pravne nauke (*fikh*) o braku, nastavile su činiti osnovu porodičnog prava u muslimanskim zemljama i nakon modernističkih reformi, iako su i danas predmet intenzivnih rasprava i osporavanja među muslimanima. Ove rasprave su počele krajem 19. stoljeća i nastavile u svim muslimanskim susretima s modernošću i zapadnim kolonijalnim silama. U tim susretima, žene i islamsko pravo postali su simboli i nositelji kulturne tradicije – polje borbe između sila tradicionalnosti i modernosti (Mir-Hosseini, 2012, str. 295).

Međutim, nakon sticanja nezavisnosti, iako se u mnogim muslimanskim nacionalnim državama nastavilo primjenjivati tradicionalno islamsko porodično pravo, ono je u manjoj ili većoj mjeri reformirano. Naprimjer, Tunis se opredijelio za model islamskog porodičnog prava, označen progresivnim inovacijama i tumačenjima, dok je Maroko ponovo uspostavio klasičnu tradiciju malikijskog fikha u porodičnom pravu. S druge strane, Turska je napustila fikh u svim područjima prava i zamijenila direktnom recepcijom zapadnih zakonika ili donošenjem zakona inspirisanih zapadnim, a Saudijska Arabija je zadržala klasični fikh u potpunosti i nastavljala ga primjenjivati u svim područjima prava (Mir-Hosseini, 2012, str. 295).

Iako se Zakon o ličnom statusu Tunisa iz 1956. smatra najprogresivnijim dostignućem modernističkog zakonodavstva, borba između tradicije i modernosti još uvijek se odvija u području porodičnog prava, o čemu će biti riječi u ovom radu.

2. Između tradicije i modernosti

Kao što je ranije naznačeno, nakon pokreta za nezavisnost, u novim nacionalnim muslimanskim državama, u prvoj polovini 20. stoljeća, fikh je u skoro svim područjima prava zamijenjen modernim evropskim zakonima. Taj proces je počeo još tokom kolonijalne vlasti. Naprimjer, tuniski zakoni, doneseni tokom kolonijalne vlasti (1881–1955) bili su, umnogome, inspirisani francuskim pravom (Ben Salem, 2010, str. 489). Štaviše, neke od ključnih odredaba savremenih krivičnih zakona, koje su i danas sporne u muslimanskim zemljama, rezultat su kolonijalizma, a ne islama. Naprimjer, odredbe o oslobođenju od kazne zbog silovanja, ukoliko počinitelj zaključi brak sa žrtvom, mnoge muslimanske nacionalne države su preuzele iz Osmanskog zakonika iz 1911. godine, a koji je tu odredbu preuzeo iz Francuskog krivičnog zakona iz 1810. U Francuskom krivičnom zakonu, ova odredba je ukinuta 1994. godine (Osman, 2017), a u Tunisu tek 26. jula 2017. godine, ukidanjem člana 227 važećeg Krivičnog zakona iz 1913. godine (Begum, 2017).

Prema tome, pravo istovremeno ima i konsolidirajući i transformativni karakter. S jedne strane može reproducirati postojeći društveni poredak, dok s druge strane može predstavljati mogućnost promjene. Odnos između reprodukcije i transformacije postojećih društvenih odnosa zavisi od konteksta (Charrad, 1994, str. 51).

Međutim, u području porodičnog prava u muslimanskim zemljama, države se uglavnom opredjeljuju za konsolidaciju postojećih odnosa, selektivno reformirajući klasična fikhska pravila, kodificirajući ih i ugrađujući ih u unificirani pravni sistem, inspiriran zapadnim modelima. Naime, u kodificiranju šerijatskog porodičnog prava, države su uvele reforme putem proceduralnih pravila, koja su ostavila suštinu klasičnih pravila manje ili više nepromijenjenim.

Naprimjer, Maroko i Tunis imaju zajedničko naslijeđe islamske jurisprudencije malikijske pravne škole i francuske pravne kulture, a nakon sticanja nezavisnosti od Francuske, ove dvije države birale su između francuskog modela kodificiranog prava koje donosi država i sistema decentraliziranog pravničkog prava, koje karakterizira pretkolonijalni period. Obje države su izabrale francuski model, maksimizirajući mogućnost centralizirane državne kontrole nad pravnim sistemom, umjesto sistema u kojem kontrolu nad formuliranjem zakona imaju religijski učenjaci. Međutim, u obje države područje porodičnog prava se nastavilo regulirati tradicionalnim islamskim pravom, uz manje ili veće reforme (Tamanna, 2008, str. 327). Ipak, za razliku od Tunisa, koji se opredijelio za model islamskog porodičnog prava, označenog

progresivnim inovacijama i tumačenjima tradicionalnog islamskog prava, Maroko se odlučio pridržavati i ponovo uspostaviti klasični malikijski fikh (Tamanna, 2008, str. 327).

S druge strane, Turska je, kako je ranije naznačeno, zamijenila fikh putem recepcije zapadnih zakona u svim područjima prava (Mir-Hosseini, 2007, str. 1500). Nasuprot Turskoj, Saudijska Arabija je zadržala klasični fikh kao osnovno pravo i namjeravala ga primijeniti u svim područjima prava (Mir-Hosseini, 2012, str. 295). Prema Valentini Moghdam, u pogledu šerijatskog porodičnog prava, u nekim slučajevima država je nastojala ukinuti patrijarhalnu arapsko-islamsku porodicu, a u drugim slučajevima očuvati je u moderniziranom obliku – "neopatrijarhatu" (Moghdam, 2013).

Primjer Tunisa ukazuje na to da je moguće poboljšati pravni položaj žena u muslimanskim društvima u okviru islamskog prava. Naime, reforme uvedene u Tunisu *Majjalom* iz 1956. godine predstavljaju poznato opredjeljenje reformatora iz prvih decenija 20. stoljeća da izmijene tradicionalno šerijatsko pravo davanjem novih značenja klasičnim konceptima (Karčić, 1990, str. 174). Tvrdili su da je to u skladu s vrijednostima i duhom islama (Tamanna, 2008, str. 333).

Dakle, Zakon o ličnom statusu – *Majjala al-Ahwal al-Shakhsiyya*, iz 1956. godine, predstavljen je kao nova faza u islamskoj misli, koja odbacuje dogmatizam i naglašava vitalnost islama i njegovu sposobnost prilagođavanja promijenjenim društvenim okolnostima u modernom svijetu (Charrad, 2007, str. 1519).

3. Između reformizma i konzervativizma

Borba za nezavisnost u Tunisu rezultirala je formiranjem nacionalne države, koja je, umnogome, bila nezavisna od plemenskih grupa, zasnovanih na krvnom srodstvu. To je bio odlučujući faktor koji je razlikovao Tunis od Maroka i Alžira i koji je omogućio reformu porodičnog prava, neposredno nakon proglašenja nezavisnosti (Charrad, 2001, str. 201).

Međutim, u procesu izgradnje nacije i formiranja države, Tunis se suočavao s brojnim izazovima. S jedne strane, zahtjevu za nezavisnost Tunisa odupirala se Francuska, a s druge strane, došlo je i do rascjepa u okviru samog pokreta za nezavisnost (Charrad, 2001, str. 1518–1519). Naime, konzervativisti su podršku pronašli u plemenskim područjima, gdje se najčešće insistiralo na očuvanju islama i odupiralo reformama porodičnog prava.

Nasuprot tome, reformistička, modernistička frakcija razvila se u savezu s trgovačkim unijama i najvećim urbanim područjima.

Reformistička struja je pobijedila i nakon sticanja nezavisnosti svojim osnovnim ciljem postavila uspostavljanje autoriteta države i razvoj nacionalnih institucija. U tom duhu je, pod vodstvom Habiba Bourguibe, izvršila reforme tradicionalnih ustanova i instituta, poput kolektivnog vlasništva nad plemenskim zemljištem, šerijatskih sudova i tradicionalnog, patrijarhalnog razumijevanja nadmoći muških članova porodice u pitanjima braka, razvoda i nasljeđivanja (Charrad, 2001, str. 201).

Prema tome, kao dio projekta izgradnje moderne nacionalne države i razvoja njenih ustanova, nasuprot "plemenskoj solidarnosti i njenim političkim i društvenim manifestacijama" (Charrad, 2001, str. 202) izvršena je reforma porodičnog prava, donošenjem Zakona o ličnom statusu, kao i uspostavljanje građanskih sudova koji su zamijenili postojeće šerijatske i rabinske sudove (Ben Salem, 2010, str. 489). Shodno tome, nastao je Zakon o ličnom statusu, koji je uveo revolucionarne promjene, jasno dajući do znanja odlučnost tuniskih zakonodavaca da primijene pravo kao instrument društvene promjene i poboljšanja položaja žena (Tamanna, 2008, str. 327).

Međutim, sva ova dostignuća u poboljšanju položaja žena, usvajanjem Zakona o ličnom statusu iz 1956. godine, nastala su gotovo bez učešća žena – kao "reforma odozgo", rezultat napora vlasti, dovoljno jake da primijeni reformističku interpretaciju islamske tradicije (Charrad, 2001, str. 219; 2007, str. 201–202), koja se često koristila kao strategija za međunarodno priznanje od zapadnih zemalja (Daniele, 2014, str. 19; Hamza, 2016, str. 213).

U tom pogledu, od vremena reformi predsjednika Bourguibe, termin "državni feminizam" ili "institucionalni feminizam" označava sredstvo vlade koje koristi u promociji ravnopravnosti, odnosno jednakosti spolova i prava žena. Međutim, tome je često cilj isključivanje alternativnih politika koju provode nezavisni feministički aktivisti. Kao posljedica toga, prema Guilii Daniele, oni koji su zagovarali rodna prava i osnaživanje žena u suprotnosti sa stavovima vlade, nerijetko su plaćali visoku cijenu i bili ugnjetavani (Daniele, 2014, str. 19).

S druge strane, ova radikalna reforma porodičnog prava bila je moguća jer su političke grupe, koje su se zalagale za konzervativno tumačenje islamskog prava i koje bi onemogućile reformu, izgubile političku moć (Charrad, 2007, str. 1518).

3.1. Reforme koje je izvršio Zakon o ličnom statusu iz 1956. godine

Zakon o ličnom statusu iz 1956. godine, po svojim rješenjima još uvijek se smatra jednim od najradikalnijih izraza modernističkog zakonodavstva. Uvođenjem inovacija u tradicionalne pravne norme, koje se tiču braka i razvoda braka, starateljstva i u određenoj mjeri nasljeđivanja, u potpunosti je redefinirao porodične odnose. Dokaz radikalnosti odredaba za vrijeme u kojem su nastale predstavlja činjenica da su najpoznatiji predstavnici šerijatske nauke – rektor Zejtuna Univerziteta i predsjednik Kasacionog suda, pored opće podrške Zakonu, izrazili rezervu prema njegovim najradikalnijim rješenjima (Karčić, 1990, str. 177).

Reformirajući tradicionalne odredbe šerijatskog porodičnog prava, Zakon je proširio prava žena, iskorjenjivanjem nekih patrijarhalnih praksi s jedne strane, ili njihovim ograničavanjem, s druge strane (Charrad, 2007, str. 1519). Zbog svog reformističkog značaja, ovaj zakon je bio model za strukturu, sadržaj i odredbe sličnih zakona u drugim muslimanskim zemljama, koje su se odlučile za modernizaciju (Charrad, 1994, str. 51; Buskens 2003, str. 73), ali još uvijek nije postignut njegov stepen liberalnosti.

Jedna od najodvažnijih reformi, koja je jedinstvena u arapsko-islamskom svijetu do danas, predstavlja ukidanje poligamije. Dakle, Tunis je jedina zemlja koja je onemogućila zaključenje poligamnog braka, čineći ga ništavnim. Štaviše, Zakon iz 1956. predvidio je da se pokušaj zaključivanja drugog braka kažnjava novčano ili kaznom zatvora (Charrad, 2007, str. 1520).

Kao što je ranije naglašeno, ove reforme nisu izvršene izvan okvira islamskog prava, već naprotiv. Reforme su legitimizirane upotrebom idžtihada. U skladu s tim, poligamija je ukinuta na osnovu reinterpretacije odredaba Kur'ana (Balchin, 2009, str. 220; Welchman, 2007, str. 78). Naime, budući da je uslov za zaključenje poligamnog braka u šerijatskom pravu jednak tretman prema svim suprugama, a nemogućnost ispunjenja ovog uslova predviđena u samom Kur'anu (4: 129): "Vi ne možete potpuno jednako postupati prema ženama svojim ma koliko to željeli..." (Mallat, 2007, str. 114), tuniski zakonodavci su smatrali da je brak dozvoljen samo s jednom ženom. Osim toga, istaknuto je da je poligamija dozvoljena, a ne preporučena ili naređena i stoga može biti pravično ograničena, u skladu s javnim interesom (Tamanna, 2008, str. 33).

Druga značajna reforma je ukidanje izvansudskog otkaza braka. Razvod braka je od tada bio u nadležnosti sudova, čime je ukinuto isključivo pravo

muškarca na jednostrani otkaz braka. Supruga se do tada, prema odredbama malikijskog fikha, mogla obratiti religijskom sudiji u vrlo ograničenom broju slučajeva, a u ostalim se mogla samo oslanjati na društveni pritisak na muža, kako ne bi razveo brak (Charrad, 2007, str. 1521). Zakonom iz 1956. godine oba supružnika su dobili jednako pravo na pokretanje postupka za razvod braka, uz plaćanje kompenzacije drugoj strani (Charrad, 2007, str. 1520). U skladu sa članom 31. Zakona iz 1956. godine, sud može razvesti brak na osnovu: 1) zajedničke saglasnosti (*bi-ttaradi*), 2) zahtjeva jednog supružnika zbog povrede koju je počinio drugi supružnik (*daran*) 3) na zahtjev jednog supružnika, bez osnova (*insh'an*). U slučaju razvoda bez osnova, supružnik koji inicira razvod braka mora platiti odštetu drugoj strani (*ta'wid*) (Voorhave, 2012, str. 199).

Stoga ovi izmijenjeni propisi o razvodu, iako manje revolucionarni od propisa o poligamiji, imaju dalekosežne posljedice na pravni položaj žena, doprinijevši transformaciji pravne konstrukcije porodice, jednako kao i propisi o poligamiji (Charrad, 2007, str. 1520). Isti efekat je imala i odredba o ukidanju starateljstva nad ženom u braku (Buskens, 2003, str. 73), kao i uspostavljanje obaveza plaćanja alimentacije (Charrad, 2007, str. 1520) i dr.

Međutim, iako je ovaj zakon umnogome unaprijedio položaj žena, dajući im nezavisnost od muža i muških srodnika, nije iskorijenio nejednakost između supružnika, i muškaraca i žena uopće, u potpunosti. Ta nejednakost se, između ostalog, ogleda u većim pravima oca na starateljstvo nad djecom i isključivim pravom na zakonsko zastupanje djece, u zahtijevanju poslušnosti žene mužu i zadržavanjem takve formulacije u Zakonu, kao i nejednakosti u nasljeđivanju (Charrad, 2007, str. 1522).

S druge strane, reforme iz 1956. godine posebno su značajne jer su pokrenule niz drugih pozitivnih pomaka ka unapređenju položaja žena. Naprimjer, potpuna poslovna sposobnost je priznata ženama 1956. godine. Zakonom o obligacijama i ugovorima svjedočenje žena je potpuno izjednačeno sa svjedočenjem muškaraca. Zatim, 1957. godine, žene su dobile pravo glasa, a ustavnim promjenama iz 1959. godine i mogućnost da budu birane. Godine 1958. uvedeno je opće i besplatno školovanje za sve stanovnike starosne dobi od 6 do 14 godina, što će imati najveće dugoročne implikacije na poboljšanje položaja žena (Ben Salem, 2010, str. 488–491).

Dakle, ove reforme su bile revolucionarne, posebno imajući u vidu marginaliziranost i isključenost žena iz javnog života u toku kolonijalnog perioda, što se smatralo odrazom islamskog identiteta i tuniske kulture (Ben Salem, 2010, str. 487). Međutim, imale su i negativne posljedice na ustavno garan-

tiranu slobodu vjere ili uvjerenja. Naime, u svrhu ograničavanja "religijskog fundamentalizma" stavljene su restrikcije na odijevanje i muškaraca i žena i zabranjeno je političko djelovanje pojedinim grupama. Godine 1981. usvojen je Zakon o zabrani nošenja marame (hidžaba) u javnim ustanovama, a dekretom broj 108 iz 1985. godine u javnim obrazovnim ustanovama (Ben Salem, 2010, str. 493).

Iako su ove reforme izvršene skoro u potpunosti bez učešća žena, zahvaljujući uvođenju općeg i besplatnog obrazovanja svih stanovnika u dobi između 6 i 14 godina, veliki broj žena je obrazovan i osposobljen za učešće u ekonomskom razvoju zemlje i donošenje političkih odluka. One će biti nosioci daljih promjena i unapređenja položaja žena u Tunisu, što će svoj najobuhvatniji izraz dobiti u reformama Zakona o ličnom statusu iz 1993. godine, o čemu će biti riječi u narednom poglavlju.

4. Između islamizma i feminizma

Drugi veliki talas reformi nastao je 1993. godine za vrijeme mandata predsjednika Ben Alija, koji je naslijedio predsjednika Bourguibu 1987. godine. Za razliku od prve faze reformi, koje su izvršene skoro potpuno bez učešća žena, ženski pokreti koji su nastali 1980-ih godina izvršili su znatan utjecaj na drugu fazu reformi. Međutim, ni reforme iz 1956. godine nisu nastale bez učešća žena u potpunosti. Naime, prvo udruženje žena – *Islamska zajednica tuniskih žena*, osnovano je 1936. godine. Žene su učestvovale u pokretu za nezavisnost i time postepeno osiguravale svoje mjesto u društvu. Predsjednik Bourguiba je već 1956. godine naglašavao da razvoj zemlje zavisi od učešća i muškaraca i žena (Ben Salem, 2010, str. 488), ali je isključivo vlada provodila reforme, kao što je ranije naznačeno.

S druge strane, udruživanje žena i pokreti za zaštitu prava i unapređenje položaja žena, nastali tokom 1970-ih i 1980-ih godina, a posebno osnaženi tokom 1990-ih godina, izvršili su znatan utjecaj na drugu fazu reformi, bilo putem direktnog učešća zastupnika prava žena u komisijama za izradu nacrta zakona, ili indirektno – stvaranjem pritiska na nosioce vlasti (Charrad, 2007, str. 1515).

Tokom akademske 1978/79. godine, grupa studenata formirala je klub za istraživanje položaja žena, kojeg su nazvali *Tahar al Haddad*, prema imenu tuniskog autora, koji je prvi reformativno razmatrao položaj žena u Tunisu, ukazujući na potrebu njihovog izjednačavanja s muškarcima. Na to je ukazivao u svom djelu "Naše žene u šerijatu i društvu" (1930. godine), koje je izazivalo oštre rasprave. Konačni rezultat tih rasprava bilo je izbacivanje

knjige iz nastavnog plana i programa Zejtuna Univerziteta, na kojem je završio teologiju, zbog, kako je navođeno, neusklađenosti sa islamskim principima. Štaviše, zbog svojih pogleda na jednakost žena, Tahar Haddad se smatrao heretikom (Labidi, 2007, str. 9). Međutim, svojim djelom postavio je temelje za naredne borbe žena za njihovu jednakost, koje će doprinijeti poboljšanju njihovog položaja (Charrad, 2007, str. 1524; Daniele, 2014, str. 18), ali ni gotovo stoljeće poslije neće dovesti do potpune jednakosti.

Klub *Tahar al Haddad* je, na tragu ovih rasprava, u svoj statut uključio između ostalih i sljedeće ciljeve: pokazati ženama Tunisa da su, uprkos postojanju novih formalnih prava, još uvijek u praksi tretirane nejednako; podržati žene i ohrabriti ih da aktivno učestvuju u ekonomskom i kulturnom razvoju zemlje i, što je veoma važno, usmjeriti borbu žena protiv društvenih praksi koje su dale moć muškarcima, a ne protiv muškaraca (Charrad, 2007, str. 1524).

Od ovog perioda, osnovana su brojna udruženja i pokreti žena, kojima je jedan od glavnih ciljeva bilo i očuvanje Zakona o ličnom statusu i njegovih dostignuća u pogledu već ostvarenih prava (Labidi, 2007, str. 15). Ovo opredjeljenje je bilo, posebno, posljedica činjenice da se, u tom periodu, "islamski fundamentalizam" odnosno islamistički pokret pojavio kao rastuća politička prijetnja u Tunisu i na međunarodnom planu uopće (Charrad, 2007, str. 1526).

Naime, kako je tuniski feministički diskurs postajao institucionaliziran (naprimjer, objavljivanjem magazina *Nissa*), rastao je i islamistički pokret čiji je osnovni zahtjev bio referendum o Zakonu o ličnom statusu. Kao posljedica tog rasta, promulgator Zakona – predsjednik Habib Bourguiba bio je smijenjen. Međutim, vlada novog predsjednika Ben Alija izabrala je da nastavi putem reformi prve vlade nezavisne države. Naime, kao i Bourguiba, i Ben Ali je koristio reforme kao strategiju za međunarodno prihvatanje, nakon opsežnih kritika koje su mu uputile mnoge zapadne zemlje zbog kršenja ljudskih prava (Hamza, 2016, str. 213). U tu svrhu došlo je do povezivanja pokreta žena s tuniskim političkim snagama u *Nacionalnom paktu*, u borbi za očuvanje Zakona o ličnom statusu (Laibidi, 2007, str. 6–7). Prema tome, još od postkolonijalne nezavisnosti, tuniske žene su se borile protiv diktature i nasilja, s jedne strane, i protiv tradicionalnih religijskih i kulturnih normi, zasnovanih na principima koji isključuju žene iz javnog prostora, s druge strane (Daniele, 2014, str. 17).

Osim pokreta, reformi je doprinijela i činjenica da je vlada Tunisa ratificirala Konvenciju o ukidanju svih oblika diskriminacije nad ženama 1985. godine,

ali naglašavajući da Tunis "neće poduzeti nikakve organizacione niti donijeti zakonodavne odluke, u skladu sa zahtjevima ove konvencije, ako bi takve odluke bile u sukobu s odredbama prvog člana Ustava Tunisa", referirajući na proglašenje islama državnom religijom (Ben Salem, 2010, str. 491).

U tom smislu uložila je rezervu na sljedeće članove: član 9 (2), koji obuhvata jednakost u pravima na nacionalnost; član 16 (c, d, f, g i h) koji se tiče dodjeljivanja prezimena djeci i prijenosa imovine putem nasljeđivanja, član 15 (4) koji se tiče prava žene na izbor mjesta prebivališta i član 29, koji se odnosi na rješavanje sporova koji proističu iz Konvencije (Krivenko, 2009, str. 171–173; Moghadam, 2005, str. 298; Ben Salem, 2010, str. 491).

Vlada Tunisa je smatrala da su ovi članovi u suprotnosti sa Zakonom o ličnom statusu. Iako je vlada bila posvećena implementaciji Konvencije, tada još uvijek nije bila potpisala Dodatni protokol Konvenciji, koji je ženama omogućavao da se zbog rodne diskriminacije direktno obrate Komitetu, ako su iscrpile sve moguće domaće pravne lijekove (Moghadam, 2005, str. 298). To će učiniti tek u narednom talasu reformi 2008. godine, o čemu će kasnije biti riječi.

Međutim, promjene koje su uvedene reformom Zakona o ličnom statusu 1993. godine, učinile su neke rezerve, ako ne u potpunosti nepotrebnim, onda manje značajnim (Krivenko, 2009, str. 173).

4. 1. Reforme Zakona o ličnom statusu iz 1993. godine

Još mnogo prije reformi iz 1993. godine – amandmanom iz 1981. godine, žene su stekle pravo na doživotnu alimentaciju nakon razvoda i automatsko starateljstvo nad djecom u slučaju smrti oca (Chandrakirana, 2009, str. 254).

Daljim amandmanima iz 1993. godine, uspostavljena su zajednička prava i obaveze supružnika. Za razliku od odredaba iz Zakona iz 1956. godine, žena više nije obavezna na poslušnost mužu, što je zamijenjeno "novim konceptom saradnje". Prema odredbi iz 1993. godine, oba supružnika trebaju izvršavati obaveze u braku u skladu s običajima i korišću, kao i sarađivati u odgoju djece. Aktivisti za zaštitu prava žena su podržali izbacivanje riječi *ta'a* – poslušnost, ali su se protivili pozivanju na običaje, s obzirom na to da su mnogi običaji utjelovljavali zastarjele društvene obrasce i praksu (Welchman, 2007, str. 94).

S druge strane, i nakon reforme iz 1993. godine, muž je još uvijek bio "glava porodice", ali je umjesto ranijeg zahtijevanja pokornosti žene, ova odred-

ba shvaćena kao odgovornost muža i obaveza izdržavanja supruge i djece (Combined report, 2000, str. 212; Krivenko, 2009, str. 67). Osim toga, reforma iz 1993. godine predviđa i obavezu supruge da doprinosi izdržavanju porodice, ukoliko ima sredstava, što naglašava uzajamnu saradnju između supružnika u porodici (Krivenko, 2009, str. 67; Ben Salem, 2010, str. 494) i još uvijek predstavlja jedinstvenu takvu odredbu u muslimanskom svijetu.

Zakon broj 65 iz 1993. godine uspostavio je fond za alimentaciju i doživotno izdržavanje u slučaju razvoda braka, iz kojeg će se isplaćivati naknade, uspostavljene odlukom suda, u slučajevima kada ih muž ne isplaćuje. Osim toga, u pokušaju da osigura primjenu odredaba Zakona koje se odnose na razvod, iste godine je kreirana pozicija porodičnog sudije (Ben Salem, 2010, str. 496).

U pogledu starateljstva, za razliku od ranijih odredaba, na osnovu kojih je muž imao pravo zakonskog zastupanja djece u slučaju razvoda braka, čak i kada supruga ima starateljstvo nad djecom, amandmanima iz 1993. proširena su starateljska prava majke, dajući joj glas u odlukama vezanim za djecu. Naime, na osnovu člana 58. reformiranog Zakona o ličnom statusu, sudije imaju diskrecionu ocjenu da dodijele starateljstvo i zakonsko zastupanje bilo kojem roditelju, u najboljem interesu djeteta, pod uslovom da je roditelj iznad 21 godine starosti, da je sposoban da izdržava dijete, da nema zaraznu bolest i da je duševno zdrav. Osim toga, u slučaju očeve smrti, djeca se dodjeljuju majci, umjesto očevom najbližem srodniku. Međutim, za razliku od oca koji mora dokazati da postoji žena koja će mu pomoći u izvršavanju obaveza, majci je zabranjena ponovna udaja, osim u određenim specifičnim slučajevima (Ben Salem, 2010, str. 496). Tuniski zakonodavci su ove izmjene vezali za promijenjenu ekonomsku poziciju žena i prepoznavanje njihovog doprinosa u izdržavanju porodice (Krivenko, 2009, str. 174), i iako su odredbe još uvijek diskriminatorne, značajne su zbog prepoznavanja promijenjenih okolnosti.

Osim reformi Zakona o ličnom statusu, među najvećim izmjenama u drugom talasu reformi ističe se redefiniranje uslova za prijenos tuniskog državljanstva (Charrad, 2007, str. 1515). Naime, iako je Ustav iz 1959. godine proglasio jednakost svih građana "u pravima i obavezama" i pred zakonom (član 6), u Zakonu o nacionalnosti (*Code de nationalité*) žene nisu imale ista prava kao muškarci. Ovaj zakon, donesen 1957. godine, revidiran prvo 1963. godine, sve do izmjena iz 1993. godine, nije dao ženama mogućnost prenosa državljanstva putem krvne veze (*ius sanguinis*) (Charrad, 2000, str. 74).

Naime, do 1993. godine, za razliku od muškaraca, žena nije mogla prenijeti državljanstvo na muža koji nije rođen u Tunisu i djecu iz takvog braka. *Jus*

sanguinis putem majke djelovao je samo u kombinaciji sa *ius soli* (Charrad, 2000, str. 75). Međutim, reformom ovog zakona 1993. godine, dijete majke Tunižanke i oca stranca, rođeno u stranoj zemlji, može dobiti državljanstvo Tunisa, ako podnese zahtjev godinu dana prije sticanja punoljetstva ili na zajednički zahtjev oba supružnika (Moghadam, 2005, str. 297).

Uvođenjem državljanstva po majčinoj liniji, kao pravnog osnova za *jus sanguinis* bez obzira na *jus soli*, odredbe iz 1993. dovele su u pitanje poseban položaj patrilinearnosti kao izvora za članstvo u političkoj zajednici. Time ova odredba predstavlja važan korak ka omogućavanju ženama da postanu ravnopravni građani nacionalne države (Charrad, 2007, str. 1524).

Slijedeći reforme Zakona o ličnom statusu iz 1993. godine, Krivični zakon je također reformiran i inkriminirano je nasilje u porodici. Osim toga, dodatne dopune Krivičnog zakona podrazumijevale su da se nasilje u porodici smatra ozbiljnijim krivičnim djelom od običnog napada ili tjelesne povrede, kako je bilo ranije predviđeno. Štaviše, Zakon je predviđao težu kaznu, ukoliko je žrtva napada bila supruga. Međutim, utjecaj ove odredbe oslabljen je odredbom istog zakona koja predviđa da će povlačenje tužbe, ukoliko su žrtve napada supruga ili dijete, obustaviti postupak suđenja ili izvršenja kazne (Ben Salem, 2010, str. 491).

Isto tako, ranijim odredbama Krivičnog zakona, bilo je omogućeno da se zločin iz časti – ozljeda ili ubistvo supruge i/ili preljubnika, uhvaćenih na djelu – kazni kao prekršaj (Moghadam, 2005, str. 297–298). Reformom ovog zakona, predviđena kazna za ovo djelo je doživotni zatvor, budući da se kažnjava kao ubistvo iz nehata (Ben Salem, 2010, str. 491). Međutim, ozbiljan nedostatak ovih reformi predstavlja neinkriminiranje silovanja u braku. Osim toga, problem primjene reformiranih odredaba predstavlja društvena prihvatljivost nasilja u porodici. Naime, prema jednom istraživanju 38,5% stanovništva smatra da je nasilje prema supruzi dozvoljeno u određenim okolnostima, koje uključuju i neposlušnost (termin koji je amandmanima iz 1993. izbačen) ili neispunjavanje dužnosti žene, odnosno onog što muž smatra njenim dužnostima (Ben Salem, 2010, str. 497).

Prema tome, iako su ovim reformama dalje unaprijeđena i proširena već postojeća prava, još uvijek je dug put do primjene ustavne garancije jednakosti. Naprimjer, u pogledu starateljstva, iako je učinjen značajan korak naprijed, još uvijek roditeljska prava nisu jednaka, jer su očeva prava na starateljstvo i zastupanje djece veća.

Zatim, iako su izvršene značajne izmjene u pogledu inkriminiranja nasilja u porodici, mnoge žene još uvijek ne prijavljuju nasilje u porodici, a policija

nema dovoljno vještina i znanja za efikasno istraživanje krivičnih djela i zaštitu žrtava (Ben Salem, 2010, str. 496). Prema jednom istraživanju, jedna četvrtina ukupnog broja žena je iskusila neku vrstu nasilja u porodici, i više od četvrtine muškaraca je priznalo da su bili nasilni prema suprugama, kćerkama i sestrama. Kao odgovor na rezultate ovog istraživanja, vlada je u saradnji s grupama za zaštitu prava žena pokrenula kampanju protiv nasilja u porodici 2007. godine, obavezujući vjerske učenjake, sudije, policiju i socijalne radnike da podižu svijest o ovom pitanju (Ben Salem, 2010, str. 497).

Osim toga, uprkos goreopisanim garancijama, Zakon o nacionalnosti sadrži diskriminatorne odredbe u pogledu prava državljanke Tunisa da prenese državljanstvo na svog muža, za razliku od automatskog prenosa državljanstva na suprugu Tunižanina. Nasuprot tome, muž Tunižanke može dobiti državljanstvo samo putem dekreta, ako ima prebivalište u Tunisu i u značajnoj mjeri poznaje arapski jezik (Ben Salem, 2010, str. 490). Konačno, u pogledu nasljeđivanja, žene još uvijek u osnovi nasljeđuju polovinu od onog što nasljeđuju muškarci (Charrad, 2007, str. 1526). Štaviše, odredbom Zakona zabranjeno je supruzi nemuslimanki da nasljeđuje muža muslimana ili njihovu djecu, ali je ova odredba osporena odlukom Vrhovnog apelacionog suda u februaru 2009. godine (Ben Salem, 2010, str. 498).

Osim nejednakosti u materijalnom pravu, tunisko zakonodavstvo ima mnogo pravnih praznina koje omogućavaju sudijama da ih popunjavaju prema diskrecionoj ocjeni. Naprimjer, iako je u Zakonu iz 1956. godine predviđena mogućnost razvoda braka na zahtjev jednog supružnika, zbog toga što je drugi supružnik izvršio povredu (član 31), nigdje nije definirana "povreda" – *darar*. Prema tome, o tome odlučuju sudije prema diskrecionoj ocjeni. Osim toga, sudije imaju diskrecionu ocjenu u pogledu kvalifikacija činjenica, zahtjeva u vezi s razvodom i finansijskih naknada dozvoljenih u slučajevima izdržavanja (Voorhave, 2012, str. 204), a ove ocjene su nerijetko konzervativne i posljedica su regresivnih tumačenja (Voorhave, 2012, str. 199).

Iako je nakon drugog talasa reforme nastupilo zatišje do 2011. godine, odnosno revolucije i smjenjivanja Ben Alijevog režima, zahtjevi žena za usklađivanje zakona sa ustavnim principom jednakosti i ukidanje diskriminatornih odredaba i cijelih zakona su kontinuirani. Najveće njihovo dostignuće do revolucije 2011. godine predstavlja izjednačavanje minimalne starosne dobi za zaključenje braka. Naime, amandmanom na Zakon iz 2008. uspostavljena je minimalna starosna dob za zaključenje braka i za muškarce i žene i iznosi 18 godina, čime je zamijenjena ranija odredba, koja je predviđala 17 godina za žene, a 21 godinu za muškarce (Ben Salem, 2010, str. 494).

Osim toga, iste godine Tunis je ratificirao Dodatni protokol Konvenciji o ukidanju svih oblika nasilja nad ženama, kojim je priznao nadležnost Komiteta Konvencije za saslušanje žalbi pojedinaca i grupa koji tvrde da je država prekršila prava zagarantirana Konvencijom. Međutim, budući da Komitet može izdavati samo neobavezujuća mišljenja, nije još uvijek sasvim jasno koliki će utjecaj na zaštitu prava zagarantiranih ovom konvencijom imati ratificiranje Dodatnog protokola (Ben Salem, 2010, str. 491–492).

5. Između komplementarnosti i jednakosti

Novi, treći talas reforme nastao je nakon "Arapskog proljeća", koje je označilo promjenu politike rodnog zakonodavstva iz "reformi odozgo" u "reformu odozdo" (Charrad & Zarrugh, 2015, str. 100). Ovo je u velikoj mjeri potpomognuto pojavom nove javne sfere i angažiranog civilnog društva nakon revolucije, koja je za rezultat imala pad režima Zine El Abidine Ben Alija 2011. godine (Charrad & Zarrugh, 2015, str. 100).

Budući da su žene učestvovale u revoluciji na različite načine, ne želeći biti još jedan historijski primjer zaboravljenih učesnika revolucije (Hamza, 2016, str. 214), kao ključnu temu političkih rasprava nametnule su pitanje rodne jednakosti, posebno u vezi s nadolazećim izborima i nacrtom novog ustava (Charrad & Zarrugh, 2013). "Nema demokratije bez jednakosti", bio je njihov slogan tokom revolucije (Hamza, 2016, str. 214).

Međutim, na izborima koji su održani u oktobru 2011. godine, najuspješnija je bila islamska stranka – *Ennahdha* – Preporod, što je izazvalo zabrinutost organizacija za zaštitu prava žena, zbog implikacija ove pobjede na prava žena u Tunisu. Iako je vođa stranke, Rašid Ganuši, koji je bio u egzilu više od dvije decenije kao rezultat Ben Alijeve zabrane djelovanja ove stranke, istakao svoju namjeru unapređenja i jačanja prava žena i njihove uloge u donošenju političkih odluka (Charrad & Zarrugh, 2015, str. 104), još prije izbora *Ennahda* je počela uvoditi islamsku retoriku u novoformiranu demokratiju, naglašavajući prije svega muslimanski identitet tuniskog društva (Şahin, 2012, str. 164). Štaviše, odmah nakon pobjede nekoliko članova stranke su javno počeli dovoditi u pitanje pojedina prava, zalažući se za njihovo ukidanje (Şahin, 2012, str. 165).

Osim toga, za vrijeme režima Ben Alija, religijski konzervativisti su se smatrali prijetnjom stabilnosti i sigurnosti države i bilo im je zabranjeno učešće u vlasti. Njihova prava i slobode su bile ograničene, što se najbolje očituje u zabrani nošenja marame i druge tradicionalne religijske odjeće, koja je ukinuta nakon revolucije (Arfaoui, 2016, str. 229). Jedan od rezultata revoluci-

je predstavlja i buđenje i propagiranje konzervativnih religijskih shvatanja, onih koji su konačno dobili slobodu i u doslovnom značenju – oslobađanjem iz zatvora i u prenesenom značenju – slobodom izražavanja.

Još jednom se u Tunisu, kao i u drugim muslimanskim zemljama, borba između različitih političkih snaga vršila na polju porodičnog prava. Dakle, nastavio se sukob između onih koji su se, pozivajući se na ustavno proglašenje islama državnom religijom u Tunisu, zalagali za primjenu islamskog prava i onih koji zahtijevaju primjenu Zakona o ličnom statusu i međunarodnih konvencija koje je ratificirao Tunis. Prema tome, još uvijek je postojao sukob između tradicionalnih vrijednosti i duha promjena s tendencijom primjene principa slobode, jednakosti i nediskriminacije (Ben Salem, 2010, str. 489).

To je svoj najbolji izraz dobilo u raspravama o prijedlogu članova *Ennahde*, u Ustavotvornoj skupštini imenovanoj 2011. godine, kako bi izradila nacrt novog ustava, koji će zamijeniti Ustav iz 1959, da se izraz "jednakost" zamijeni srodnim izrazima "komplementarnost" ili "partnerstvo" (Moghdam, 2014, str. 140, Farell, 2012; Hamza, 2016, str. 217). Tako je prvi nacrt ustava, objavljen 13. augusta 2012. godine, u članu 28. definirao žene "komplementarnim" (*yetekammul*) muškarcima, umjesto ranije jednakosti, što prema mnogim aktivistima znači da prava žena postoje samo u relaciji s pravima muškaraca (Charrad & Zarrugh, 2015, str. 105; Daniele, 2014, str. 20). Protiv ovog prijedloga organizovani su masovni protesti isti dan kada je nacrt ustava objavljen, što je ujedno i nacionalni dan žena – 13. augusta. Zahtjevi aktivista su ispunjeni i Ustavotvorna skupština je zadržala termin "jednakost" (Moghdam, 2014, str. 140; Şahin, 2012, str. 165), tako da član 21. Ustava iz 2014. godine garantuje rodnu jednakost. Međutim, mnogi smatraju da uspjeh žena u sprječavanju unošenja klauzule komplementarnosti u Ustav ne predstavlja korak naprijed, već očuvanje postojećeg stanja (Norbakk, 2016, str. 19).

Osim jednakosti, Ustav iz 2014. sadrži i druge progresivne garancije. Neki autori smatraju da je to posljedica činjenice što je u vrijeme njegovog donošenja na vlasti bila islamska stranka, koja, da bi zadržala vlast, mora pokazati posvećenost demokratiji, slobodi i vladavini prava, a da sekularna vlast ne bi nikada mogla usvojiti ovakav ustav, jer bi se smatrao neislamskim i protivnim šerijatskom pravu (Hamza, 2016, str. 218). Među progresivnim odredbama Ustava posebno se ističe član 46, koji navodi da je dužnost države da štiti i obezbjeđuje jednake mogućnosti, kao i da osigurava jednakost (Norbakk, 2016, str. 19; Hamza, 2016, str. 211). Osim toga, isti član predviđa i obavezu države "da preduzme sve potrebne mjere kako bi se iskorijenilo nasilje nad ženama" (Alwis, Mnasri & Ward, 2017, str. 128–130).

Pored ustavnih garancija, još jedan korak prema rodnoj jednakosti u ovom periodu predstavlja uklanjanje svih postojećih rezervi na Konvenciju o ukidanju svih oblika diskriminacije nad ženama (Moghdam, 2013, str. 17), čime je Tunis postao prva država koja je to učinila (Daniele, 2014, str. 17; Moghdam, 2013, str. 12). Međutim, zadržana je gorespomenuta odredba da Tunis "neće poduzeti nikakve organizacione niti donijeti zakonodavne odluke, u skladu sa zahtjevima ove konvencije, ako bi takve odluke bile u sukobu sa odredbama prvog člana Ustava Tunisa", koji islam proglašava državnom religijom (Hamza, 2016, str. 218).

Dakle, od reformističkog pokreta i pokreta za nezavisnost u prvoj polovini 20. stoljeća do "Arapskog proljeća" i procesa demokratizacije u prvim decenijama 21. stoljeća, u Tunisu je znatno unaprijeđen položaj žena i zaštita njihovih prava. Međutim, ni nakon više od šest decenija od nezavisnosti države, ustavne garancije jednakosti nisu postignute u stvarnosti. Ipak, kontinuiranim i sistematskim ulaganjem u obrazovanje stanovništva, što je rezultiralo masovnim obrazovanjem žena koje su nositelji promjena, sve je izvjesnije usklađivanje normi i stvarnosti.

6. Zaključak

U susretu s modernošću u mnogim muslimanskim zemljama islamsko pravo se nastavljalo primjenjivati u oblasti porodičnog prava. Pravila klasičnog fikha su selektivno reformirana, kodificirana i ugrađena u unificirani pravni sistem, inspiriran zapadnim modelima. Reforma tradicionalnog prava je izvršena u manjem ili većem obimu. U tom pogledu, pojedine zemlje su se odlučile za progresivnu reinterpretaciju tradicionalnog islamskog prava, a druge za konsolidaciju klasičnog fikha. U rijetkim slučajevima, potpuno se napustio tradicionalni fikh, koji je zamijenjen recepcijom ili usvajanjem sekularnih zakona i u oblasti porodičnog prava.

Tunis se odlučio za progresivne inovacije i reinterpretaciju tradicionalnog islamskog prava, davanjem novih značenja klasičnim konceptima, istovremeno tvrdeći konzistentnost sa vrijednostima i duhom islama. Prema tome, Zakon o ličnom statusu – *Majjala al-Ahwal al-Shakhsiyya* iz 1956. godine, predstavljen je kao nova faza u islamskoj misli, koja odbacuje dogmatizam i naglašava vitalnost islama i njegovu sposobnost prilagođavanja promijenjenim društvenim okolnostima u modernom svijetu.

U tom pogledu Zakon iz 1956. godine smatra se najprogresivnijim dostignućem modernističkog zakonodavstva i služio je kao model za sadržaj i strukturu sličnih zakona u drugim zemljama, ali još uvijek nije postignut

stepen liberalnosti tuniske *Majjale*. Međutim, iako je inovacijama tradicionalnih pravnih normi, koje se tiču braka i razvoda braka, starateljstva i u određenoj mjeri nasljeđivanja, ponudio revolucionarna rješenja (ukidanje poligamije, jednostranog otkaza braka i dr.), redefinirao porodične odnose i u znatnoj mjeri unaprijedio položaj žena, ostao je polje borbe između tradicije i modernosti, konzervativnih i reformističkih političkih snaga, te islamističkih i feminističkih pokreta.

Reformama iz 1993. i 2008. godine dalje su proširena prava žena i unaprijeđen njihov položaj, ali nije postignut ustavni princip jednakosti. Nakon "Arapskog proljeća" pitanje jednakosti između muškaraca i žena postalo je srž političkih rasprava, zahvaljujući učešću žena u revoluciji. Borba između reformističkih i konzervativnih struja svoj je najvidljiviji izraz imala u ustavnom prijedlogu da se riječ "jednakost" zamijeni riječju "komplementarnost".

Konačno, kao rezultat revolucije i procesa demokratizacije usvojen je novi Ustav 2014. godine, s vrlo progresivnim rješenjima u pogledu prava žena i rodne jednakosti. Ovaj stav, između ostalog, ističe da je dužnost države da štiti i obezbjeđuje jednake mogućnosti, kao i da osigurava jednakost. Međutim, ustavne garancije jednakosti još uvijek nisu postignute u stvarnosti, ali je kontinuiranim i sistematskim ulaganjem u obrazovanje stanovništva, što je rezultiralo masovnim obrazovanjem žena koje su nositelji promjena, usklađivanje normi sa stvarnošću sve izvjesnije u Tunisu.

Bibliografija

1. Alwis, S. R., Mnasri, A. & Ward, E. (2017). Women and the Making of the Tunisian Constitution. *Berkeley Journal of International Law*, 35 (1), 90–149.
2. Arfaoui, K. (2016). Women and Leadership in the Post-Arab Spring: The Case of Tunisia. U: F. Sadiqi (ured.). *Women's Movements in Post-"Arab Spring" North Africa* (str. 223–234). Palgrave Macmillan.
3. Balchin, C. (2009). Family Law in Contemporary Muslim Contexts: Triggers and Strategies for Change. U: Z. Anwar (ured.). *Wanted: Equality and Justice in the Muslim Family* (str. 209–236). Petaling Jaya: Musawah an Initiative of Sisters in Islam.
4. Begum, R. (2017). *Middle East on a roll to repeal 'marry the rapist' laws*. Preuzeto 29. 8. 2017. sa http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2017/08/middle-east-roll-repeal-marry-rapist-laws-170822095605552.html

5. Ben Salem, L. (2010). Tunisia. U: S. Kelly, J. Breslin (ured.). *Women's Rights in the Middle and North Africa*: Progress Amid Resistance (str. 487–516). New York: Freedom House.

6. Buskens, L. (2003). Recent Debates on Family Law Reform in Morocco: Islamic Law as Politics in an Emerging Public Sphere. *Islamic Law and Society*, 10 (1), 70–131.

7. Chandrakirana, K. (2009).Women's Place and Displacement in the Muslim Family: Realities from the Twenty-first Century. U: Z. Anwar (ured.). *Wanted: Equality and Justice in the Muslim Family* (str. 237–261). Petaling Jaya: Musawah an Initiative of Sisters in Islam.

8. Charrad, M. (1994). Repudiation Versus Divorce: Responses to State Policy in Tunisia. U: E. N. Chow, C. W. Berheide (ured.). *Women, the Family, and Policy: A Global Perspective* (51–69). Albany: State University of New York.

9. Charrad, M. M. (2000). Becoming a Citizen: Lineage Versus Individual in Tunisia and Morocco. U: S. Joseph (ured.). *Gender and Citizenship in the Middle East* (str. 70–87). New York: Syracuse University Press.

10. Charrad, M. M. (2001). *States and Women's Rights. The Making of Postcolonial Tunisia, Algeria, and Morocco*. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press.

11. Charrad, M. M. (2007). Tunisia at the Forefront of the Arab World: Two Waves of Gender Legislation. *Washington and Lee Law Review*, 64 (4), 1513–1527.

12. Charrad, M. M., Zarrugh, A. (2013). The Arab Spring and Women's Rights in Tunisia. E-International Relations. http://www.e-ir.info/2013/09/04/the-arab-spring-and-womens-rights-in-tunisia/

13. Charrad, M. M., Zarrugh, A. (2015). Equal or complementary? Women in the new Tunisian Constitution after the Arab Spring. U: A. Khalil (ured.). *Gender, Women and the Arab Spring* (str. 100–113). London, New York: Routledge.

14. Combined third and fourth periodic reports of Tunisia submitted on 2 August 2000, http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw27/tun3-4.pdf

15. *Constitution of the Republic of Tunisia of 2014*. Preuzeto 28. 8. 2017: http://www.jasmine-foundation.org/doc/unofficial_english_translation_of_tunisian_constitution_final_ed.pdf

16. *The Constitution of Tunisia* (1956). Preuzeto 27. 6. 2017: http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/tn/tn028en.pdf

17. Daniele, G. (2014). Tunisian Women's Activism after the January 14 Revolution: Looking Within and Towards the Other Side of the Mediterranean. *Journal of International Women's Studies*, 15 (2), 16–32.

18. *Draft Constitution of the Republic of Tunisia of 2012* (August 13, 2012). Preuzeto 28. 8. 2017: http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2012)035-e

19. *Draft Constitution of the Republic of Tunisia of 2012* (December 14, 2012). Preuzeto 28. 8. 2017: http://www.constitutionnet.org/sites/default/files/tunistian_consititution14_dec_2012-english-undp.pdf

20. Farrel, J. (2012). *Tunisian Constitution: Text and Context*. Preuzeto, 26. 8. 2017: http://roundups.jadaliyya.com/pages/index/6991/tunisian-constitution_text-and-context

21. Hamza, N. (2016). Engendering Tunisia's Democratic Transition: What Challenges Face Women?. U: F. Sadiqi (ured.). *Women's Movements in Post-"Arab Spring" North Africa* (str. 211–222). Palgrave Macmillan.

22. Karčić, F. (1990). *Društveno-pravni aspekt islamskog reformizma*. Sarajevo: Islamski teološki fakultet.

23. Karčić, F. (2011). *Studije o šerijatskom pravu i institucijama*. Sarajevo, El-kalem, CNS.

24. Krivenko, E. Y. (2009). *Women, Islam and International Law: Within the Context of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*. Brill, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

25. Labidi, L. (2007). The Nature of Transnational Alliances in Women's Associations in the Maghreb: The Case of AFTURD and ATFD in Tunisia. *Journal of Middle East Women's Studies*, 3 (1), 6–34.

26. Layish, A. (2004). The Transformation of the Sharīʿa from Jurists' Law to Statutory Law in the Contemporary Muslim. *Die Welt des Islams*, 44 (1), 85–113.

27. Mallat, C. (2007). *Introduction to Middle Eastern Law*. New York: Oxford University Press.

28. Mashhour, A. (2005). Islamic Law and Gender Equality: Could There Be a Common Ground?: A Study of Divorce and Polygamy in Sharia Law and Contemporary Legislation in Tunisia and Egypt. *Human Rights Quarterly*. 27 (2), 562–596.

29. Mir-Hosseini, Z. (2007). How the Door of Ijtihad Was Opened and Closed: A Comparative Analysis of Recent Family Law Reforms in Iran and Morocco. *Washington and Lee Law Review*, 64 (4), 1499–1511.

30. Mir-Hosseini, Z. (2012).Women in Search of Common Ground: Between Islamic and International Human Rights Law. U: A. M. Emon, M. Ellis, B. Glahn (ured.). *Islamic Law and International Human Rights Law* (291–303). Oxford: Oxford University Press.

31. Moghadam, M. V. (2005). Tunisia. U: S. Nazir, L. Tomppert (ured.). *Women's Rights in the Middle East and North Africa: Citizenship and Justice*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers.

32. Moghadam, M. V. (2014). Modernising Women and Democratisation After the Arab Spring. *The Journal of North African Studies*, 19 (2), 137–142.

33. Moghdam, M. V. (2013). *Modernizing Women: Gender and Social Change in the Middle East.* Boulder*:* Lynne Rienner Publishers.

34. Norbakk, M. (2016). *The women's rights champion: Tunisia's potential for furthering women's rights* (CMI Report R 2016:5). Bergen: Chr. Michelsen Institute.

35. Osman, H. (2017). *Laws that allow rapists to marry their victims come from colonialism, not Islam*. Preuzeto 28. 8. 2017: http://www.independent.co.uk/voices/rape-conviction-laws-marry-rapist-jordan-egypt-morocco-tunisia-came-from-french-colonial-times-a7872556.html

36. Şahin, G. P. (2012). Women›s Liberties and Gender Equality in Tunisia: the Asthma of the Arab Spring? *Turkish Policy Quarterly*, 11 (4), 161–168.

37. Tamanna, N. (2008). Personal Status Laws in Morocco and Tunisia: A Comparative Exploration of the Possibilities for Equality-Enhancing Reform in Bangladesh. *Feminist Legal Studies*, 16 (3), 323–343.

38. Voorhoeve, M. (2012). Judicial Discretion in Tunisian Personal Status Law. U: M. Voorhoeve (ured.). *Family Law in Islam: Divorce, Marriage and Women in the Muslim World* (str. 1999–230). London: I. B. Tauris.

39. Welchman, L. (2007). *Women and Muslim Family Laws in Arab States: A Comparative Overview of Textual Development and Advocacy*. Amsterdam: Amsterdam University Press.

Mr. Ehlimana Memišević
Senior assistant

BETWEEN TRADITION AND MODERNITY: THE TUNISIAN LAW ON PERSONAL STATUS FROM THE REFORMIST MOVEMENT TO THE REVOLUTION

Summary

In Muslim encounters with modernity, women and Islamic law became symbols and bearers of cultural tradition. In this regard, Islamic family law represented a field of struggle between tradition and modernity.

In the newly created Muslim national states in the 20th century, unlike in other fields of law, in which the traditional fiqh was replaced with modern European laws, in the field of family law, the rules of classic fiqh were selectively reformed, codified and embedded in the unified legal system, inspired by Western models. The selective reform ranged from progressive reinterpretations of traditional Islamic law to consolidation of classical fiqh. In rare cases, traditional fiqh was either kept in all fields of law or completely abandoned.

Tunisia has opted for reinterpretation of traditional Islamic law, granting new meaning to classical concepts, while at the same claiming consistency with the values and spirit of Islam. In this regard, the revolutionary solutions from the Tunisian Law on Personal Status of 1956 are considered as a new phase in Islamic thought, which rejects dogmatism and underlines the vitality of Islam and its ability to adapt to changed social circumstances in the modern world.

Despite that, family law in Tunisia continued to be a field of struggle between tradition and modernity in more than six past decades. However, thanks to active participation and commitment of women, from the adoption of the Law in 1956, and its reforms which significantly improved the rights of women, and until the adoption of the Constitution with very progressive solutions in 2014, the policy of gender legislation was changed from "top-down reforms" to "bottom-up reforms", which makes the realisation of equality and harmonisation of rights and reality all the more likely.

Keywords: *Islamic law, family law, reform, tradition, modernity, personal status, Tunisia*

Dr. Almedina Šabić Učanbarlić
Docentica
a.sabic@pfsa.unsa.ba

UDK 336.77:366.5]:061.1EU
Izvorni naučni rad

ZAŠTITA KORISNIKA KREDITA KROZ PRAVO NA ODUSTANAK OD UGOVORA I PRAVO NA PRIJEVREMENO VRAĆANJE KREDITA

Sažetak

U komunitarnim okvirima, zaštitu korisnika kredita kao potrošača nastoji se obezbijediti već više od tri decenije, najprije putem Direktive 87/102/EEZ, a zatim i putem Direktive 2008/48/EZ. U funkciji zaštite korisnika kredita jesu odredbe o obavezi informiranja potrošača u predugovornoj fazi, kao i pri zaključenju ugovora i nakon njegovog zaključenja, odredbe kojima se davaocu kredita nameće obaveza procjene kreditne sposobnosti potrošača, te posebno odredbe kojima jesu uređena dva instituta: institut korisnikovog prava da od ugovora odustane u tzv. cool off periodu, te institut korisnikovog prava na prijevremeno vraćanje kredita.

Bosanskohercegovačko zakonodavstvo institut odustanka od ugovora o kreditu i institut prijevremenog vraćanja kredita po prvi put uređuje Zakonom o obligacionim odnosima, preuzetim iz bivše države, a u procesu usklađivanja domaćeg s komunitarnim zakonodavstvom ove se institute potom uređuje državnim Zakonom o zaštiti potrošača, te, u skorije vrijeme, Zakonom o zaštiti korisnika finansijskih usluga FBiH, odnosno, u Republici Srpskoj, Zakonom o bankama. U radu se analizira korisnikovo pravo na odustanak od kredita i njegovo pravo na prijevremeno vraćanje kredita, u svjetlu komunitarnih i domaćih rješenja, te se pokušava dati odgovore na dva pitanja: koliko je korisnik kredita zaista zaštićen ovim instrumentima, te kako otkloniti nedostatke postojećih rješenja odnosno kako efikasnije zaštititi potrošača i time u krajnjoj liniji osigurati intenzivniji promet na tržištu potrošačkim kreditima odnosno barem djelimice pomiriti suprotstavljene interese bankara i korisnika kredita.

Ključne riječi: *Pravo na odustanak od kredita, prijevremeno vraćanje kredita, Direktiva 2008/48/EZ, Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga FBiH, Zakon o bankama RS*

Uvod

Intenzivno ekonomsko-političko povezivanje država Starog kontinenta u okviru Evropske unije vodilo je potrebi djelovanja na ujednačavanju nacionalnih zakonodavstava i u oblasti potrošačkog kreditiranja. Kao i u drugim segmentima prekogranične trgovine unutar Unije, komunitarni se zakonodavac, nastojeći u što većoj mjeri uskladiti jako različita nacionalna rješenja, i ovdje načelno vodio nastojanjem zaštite potrošača, no zapravo je ono što se primarno nastoji postići intenzivnije prekogranično trgovanje potrošačkim kreditima (Petrić, 2009, str. 474). Zaštita korisnika potrošačkog kredita, koja je u funkciji takvog željenog intenziviranja kreditiranja na unutarnjem tržištu, ideja je koja svoje temelje ima u općepoznatoj nejednakosti ugovornih strana u okviru ugovora o potrošačkom kreditu. Ova je nejednakost višestruka i generalno počiva na činjenici da korisnik kredita, koji treba uživati posebnu pravnu zaštitu u okviru ugovora o kreditu, prema Direktivi 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu[1] (dalje i: Direktiva 2008/48/EZ, Direktiva) jeste isključivo potrošač kao fizička osoba koja kredit koristi za zadovoljavanje privatnih potreba.[2] Ovakvo shvatanje korisnika kredita, koje korespondira s uskim komunitarnim shvatanjem potrošača (Manko, 2013, str. 2), opravdava nužnost njegove zaštite spram davaoca kredita u okviru B2C ugovora.

Potrošač je u odnosu na drugu ugovornu stranu u nepovoljnijem položaju iz više razloga. Prvi od njih je svakako vezan za činjenicu da potrošač, u usporedbi s drugom ugovornom stranom, ne raspolaže s dovoljno specifičnog znanja koje bi mu omogućilo da pri odabiru usluge kreditiranja iz mnoštva ponuđenoga odabere ono što najviše odgovara njegovim potrebama. Potrošačevu svojevrsnu finansijsku nepismenost (Valant, 2013, str. 5) ne umanjuje niti to da ga davalac kredita, osobito po usvajanju Direktive 2008/48/EZ, ima obavezu veoma iscrpno informirati o nizu pitanja koja su od značaja za njegovu poziciju prije i tokom zaključenja ugovora, te tokom njegovog trajanja. Naime, činjenica da potrošač raspolaže velikim brojem informacija koje mu, primjerice, trebaju pomoći da u fazi odabira usluge usporedi dva ili više kreditnih proizvoda, ne znači automatski da potrošač, čak i onda kada je riječ o visoko obrazovanoj osobi, jeste u stanju sve ponuđene mu informacije shvatiti i iskoristiti na za njega najbolji način (Misita, 2010, str. 38).

---

[1] Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC, OJ 2008, L133/66.

[2] Čl. 3 (a) Direktive 2008/48/EZ.

Osim potrošačeve relativne finansijske nepismenosti, nejednakosti njegove pozicije u odnosu na drugu ugovornu stranu doprinosi i sam način zaključenja ugovora o kreditu. Ove se ugovore zaključuje kao ugovore po pristupu ili adhezione ugovore. Kako im samo ime da naslutiti, riječ je o pravnim poslovima u okviru kojih korisnik kredita nema nikakvog utjecaja na sadržinu budućeg ugovora, nego ga zaključuje pristupom uslovima koje unaprijed definira druga strana (Vilus, 1976, str. 14; Šabić, 2010, str. 466). Naivno vjerovanje kako budući korisnik kredita ima mogućnost da, ondje gdje mu ne odgovaraju uvjeti koje nudi jedan davalac kredita, kredit pod povoljnijim uvjetima dobije kod nekog drugoga, neopravdano je jednostavno s obzirom na činjenicu da najveći broj davalaca kredita svoje proizvode na tržištu nudi pod gotovo istovjetnim uslovima. Zaštiti od potencijalno nepoštenih i time po potrošača štetnih odredaba općih uslova poslovanja odnosno ugovora o kreditu trebale bi poslužiti odredbe Direktive 1993/13/EEZ, transponirane u nacionalna zakonodavstva država članica.[3]

Na kraju, još je jedan od razloga nejednakosti između davaoca i korisnika kredita činjenica da u uslovima finasijske krize zamjetan broj korisnika kredita jeste u zajmovnoj potrebi, te je više ili manje primoran na korištenje kredita ili mikrokredita. U takvoj situaciji budući korisnik kredita svakako nije u situaciji da, i kada bi za to postojala realna mogućnost, utječe na uvjete budućeg ugovora. Nepovoljnoj situaciji na tržištu kredita u tom je smislu doprinijela i činjenica primijećenog neodgovornog odobravanja kredita kreditno nesposobnim dužnicima, kojoj se u kraj pokušava stati nametanjem obaveze davaocima kredita da kredite odobravaju odgovorno, uz prethodnu provjeru kreditne sposobnosti budućeg korisnika.[4]

U kontekstu svega rečenog određenu se zaštitu potrošaču kao korisniku kredita nastoji obezbijediti i normiranjem njegovog prava da od ugovora o kreditu odustane u određenom kratkom roku po zaključenju ugovora, kao i uređenjem njegovog prava da kredit vrati prije isteka ugovorenog vremena vraćanja.

[3] Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ 1993, L 95/29.

[4] O obavezi procjene kreditne sposobnosti potrošača Direktiva 2008/48/EZ govori u odredbama čl. 8.

1. Pravo na odustanak od ugovora

1.1. Pravo na odustanak od ugovora prema Zakonu o obligacionim odnosima i Zakonu o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini

Prije donošenja Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga Federacije Bosne i Hercegovine (dalje i: ZZKFU FBiH)[5] i uređenja problematike potrošačkog kredita u okviru Zakona o bankama Republike Srpske (dalje i: ZoB RS)[6], u vezi s pitanjem korisnikovog prava na odustanak od kredita primijeniti je bilo moguće odredbe Zakona o obligacionim odnosima (dalje i: ZOO)[7], koji ovo pitanje regulira u odredbi čl. 1068 st. 1 i 3 odnosno Zakona o zaštiti potrošača Bosne i Hercegovine[8], u kojem su ovom pitanju posvećene samo odredbe čl. 60 (Petrić, 2006, str. 83).

Shodno odredbi čl. 1068 st. 1, korisnik kredita može odustati od ugovora o kreditu prije nego što je počeo koristiti kredit (Slakoper, 2006, str. 41). U slučaju da od ugovora odustane prije nego što je počeo koristiti kredit, korisnik kredita ima obavezu da banci naknadi štetu u smislu odredbe čl. 1068 st. 3, o čemu će više riječi biti u dijelu izlaganja koji govori o naknadi štete u slučaju prijevremenog vraćanja kredita.

Može se reći kako se pravom na odustanak od ugovora u periodu od njegovog zaključenja pa do stavljanja korisniku sredstava na korištenje suspendira dejstva ugovora u smislu nastanka prava i obaveza ugovornih strana sve dok konkretni rok ne protekne bez odustanka korisnika; nakon što se ispuni uslov koji se ogleda u proteku roka bez odustanka, za davaoca kredita nastaje obaveza stavljanja na raspolaganje korisniku ugovorenog iznosa kredita.

Po donošenju Zakona o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini, domaći zakonodavac o pravu korisnika potrošačkog kredita da od ugovora odustane u periodu nakon njegovog zaključenja govori veoma šturo u odredbi čl. 60. Shodno ovoj odredbi, potrošač ima pravo da ugovor raskine pod uslovom da

[5] Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga FBiH. Službene novine FBiH, 31/14.
[6] Zakon o bankama RS. Službeni glasnik RS, 44/03, 74/04, 116/11, 05/12, 59/13, 3/17.
[7] Zakon o obligacionim odnosima. Službeni list SFRJ, 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, preuzet u pravni sistem Bosne i Hercegovine na osnovu Uredbe sa zakonskom snagom, Službeni list Republike Bosne i Hercegovine, 2/92, 13/93, 14/94, te Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, 29/03 odnosno Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima, Službeni glasnike Republike Srpske, 17/93, 3/96.
[8] Zakon o zaštiti potrošača BiH. Službeni glasnik BiH, 25/06.

o tome pismeno obavijesti kreditora u roku od 15 dana od dana zaključenja ugovora.[9] U pogledu davaočevog prava na naknadu štete primjenjivalo se odredbe Zakona o obligacionim odnosima.

1.2. Odustanak od ugovora o kreditu u komunitarnom pravu zaštite potrošača

Razloga za reviziju Direktive 87/102/EEZ bilo je mnogo, no među njima je Evropska komisija posebno naglasila dva (Čikara, 2009, str. 94). Prvi je vezan za činjenicu da je Direktiva 87/102/EEZ uređivala samo veoma sužen broj pitanja i to prema principu minimalne harmonizacije, koji je države članice onemogućavao da nivo zaštite potrošača spuste ispod komunitarnim propisima garantiranog nivoa, dopuštajući im međutim usvajanje ili zadržavanje rješenja kojima se osigurava nivo zaštite potrošača koji je ispod komunitarnog minimuma. To je dovelo do situacije u kojoj su države članice zaista iskoristile slobodu koju im je omogućio princip minimalne harmonizacije, te su potrošački kredit i nakon transponiranja Direktive 87/102/EEZ uređivale veoma nejednako, onemogućavajući tako ostvarenje primarnog cilja kojeg se harmonizacijom htjelo ostvariti, a to je usklađivanje nacionalnih propisa u mjeri koja bi primjetno intenzivirala promet potrošačkim kreditima na unutarnjem tržištu. Upravo suprotno tom željenom cilju, prekogranični promet potrošačkim kreditima je i nakon harmoniziranja nacionalnih s komunitarnim rješenjima ostao gotovo zanemariv.[10] Drugi je razlog vezan za činjenicu da je tokom dvije decenije postojanja Direktive 87/102/EEZ došlo do dramatičnih promjena na tržištu potrošačkih kredita, u smislu da se ponuda kreditnih proizvoda izmijenila i narasla, prateći potražnju za potrošačkim kreditima, koji velikim dijelom omogućavaju današnjim potrošačima održanje određenog životnog standarda.

U tom je smislu Direktiva 2008/48/EZ, koja je zamijenila Direktivu 87/102/EEZ[11], zamišljena kao direktiva maksimalne harmonizacije[12], koja će adre-

---

[9] Iako Direktiva 87/102/EEZ, koja je u domaće pravo transponirana kroz Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini, nije poznavala pravo korisnika na odustanak od ugovora u tzv. *cool off* periodu, državni je zakonodavac u tekst ZZP BiH unio odredbu koja potrošaču omogućava povlačenje iz ugovora u period hlađenja.

[10] Vidjeti Izvještaj Evropske komisije od 16. 1. 2008. (stanje: 16. 1. 2008), IP/08/55, dostupno na: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-16_en.htm

[11] Council Directive of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit (87/102/EEC), OJ L 04 2, 12/02/1978 p. 0048 – 0053.

[12] Čini se kako je princip maksimalne harmonizacije na kojem je trebala počivati nova direktiva o potrošačkom kreditu maksimalno oslabljen. U vezi s principom

sirati jedan od osnovnih problema koji je prepoznat kao kočnica intenzivnijem prekograničnom trgovanju potrošačkim kreditima, a to je nedovoljna informiranost potrošača. U tom je smislu komunitarni zakonodavac odlučio da Direktivom 2008/48/EZ djeluje u cilju boljeg upoznavanja potrošača s ključnim informacijama o potrošačkom kreditu u standardiziranoj formi[13], nadajući se kako će bolje informiran potrošač biti samopouzdaniji potrošač, te da će se kao takav lakše odlučiti na uzimanje kredita kod davaoca kredita u drugoj državi članici. Koncentrirajući se uglavnom na bolju informiranost potrošača, u novoj se Direktivi nailazi na odredbe koje davaoca kredita obavezuju da drugu stranu snabdiju neophodnim informacijama uoči zaključenja ugovora, te u samom ugovoru i tokom njegovog trajanja, no ona jedva da sadrži bilo kakva materijalnopravna pravila odnosno pravila koja bi govorila o pravima i obavezama ugovornih strana, izuzev dva prava potrošača, o kojima je govorila i Direktiva 87/102/EEZ, a to su pravo na odustanak i pravo na prijevremeno vraćanje kredita (Misita, 2010, str. 38).

Promatra li se odredbe Direktive 2008/48/EZ u vezi s korisnikovim pravom na odustanak od ugovora o kreditu, prvo što će se uočiti jeste određena jezička nedosljednost na različitim jezicima država članica. Tako se u verziji Direktive na engleskom jeziku koristi izraz "withdrawal", koji u doslovnom prijevodu označava povlačenje iz ugovora, izraz koji u tekstu Zakona o potrošačkom kreditiranju koristi hrvatski zakonodavac. U verziji se teksta Direktive na njemačkom jeziku upotrebljava izraz "Widderrufsrecht", ili, prevedeno, pravo na opoziv ugovora. Domaći se zakonodavac u tekstu državnog Zakona o zaštiti potrošača opredjeljuje za termin raskid, iako on, smisleno odnosno sadržajno, barem usko promatrano, u domaćem pravu ne korespondira s kategorijom odustanka od ugovora. U tom je smislu opredjeljenje entitetskih zakonodavaca da se u tekstu ZZKFU FBiH odnosno u tekstu ZoB RS koristi termin odustanka od ugovora više opravdan. Kategorija odustanka od ugovora o kreditu u tom smislu odgovara i od ranije poznatom terminu odustanka kojeg koristi Zakon o obligacionim odnosima.

maksimalne harmonizacije iz Direktive 2008/48/EZ uvijek treba imati na umu to da se ovaj princip proteže na veoma ograničen broj pitanja koja Direktiva uređuje, a takva su pitanja vezana za obavezu informiranja potrošača u svim fazama nastanka i postojanja ugovora (reklama, predugovor, sadržina zaključenog ugovora i njegovo trajanje), procjenu kreditne sposobnosti potrošača, raskid ugovora, odustanak od ugovora, prijevremenu otplatu kredita i način obračuna efektivne kamatne stope.

[13] Izvještaj Evropske komisije od 16. 1. 2008. (stanje: 16. 1. 2008.), IP/08/55, dostupno na: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-16_en.htm

Pravo na povlačenje[14] iz ugovora o kreditu u literaturi se često označava i kao jedno od najbitnijih rješenja Direktive 2008/48/EZ u službi zaštite potrošača (Čikara, 2009, str. 92). Shodno odredbi čl. 14 st. 1 Direktive, potrošaču pripada pravo da se u roku od 14 dana povuče iz ugovora bez navođenja razloga za to. Riječ je, dakle, o pravu koje su države članice svojim građanima dužne garantirati zakonom, bezuvjetno i besplatno. Iako je riječ o pravu koje se mora realizirati u dosta kratkom roku, ovo je pravo značajan instrument zaštite potrošača od nepromišljenih odluka koje će donijeti u stanju kreditne potrebe. U periodu hlađenja (*cooling off period*) potrošač će, s obzirom na suspendiranje dejstava ugovora, koja u pravilu nastupaju njegovim zaključivanjem, no ovdje se njihovo djelovanje odgađa do proteka četrnaestodnevnog roka, moći da još jednom promisli o pravnim dejstvima zaključenog ugovora odnosno o, najjednostavnije rečeno, pravnim posljedicama koje za njega proizlaze iz ugovora.

Pravo na povlačenje potrošač shodno rješenjima Direktive ima uz kumulativno ispunjenje dva preduslova. Prvi je vezan za njegovu obavezu da o svojoj namjeri povlačenja iz ugovora drugu stranu obavijesti na način koji će omogućiti dokazivost takvog obavještenja. To u pravilu znači da potrošačevo obavještenje druge strane o povlačenju mora uslijediti pismenim putem odnosno uz upotrebu nekog drugog trajnog medija.[15] Drugi je preduslov vezan za obavezu potrošača kao korisnika kredita da davaocu kredita po povlačenju iz ugovora bez odgađanja vrati svotu kredita i kamate na tu svotu počevši od dana korištenja kredita pa do dana vraćanja kredita, no najkasnije u roku od 30 kalendarskih dana po otposlanju izjave o povlačenju.[16]

Četrnaestodnevni rok iz odredbe čl. 14 st. 1 Direktive započinje teći ili od dana sklapanja ugovora o kreditu ili od dana na koji je potrošač primio uslove ugovora i informacije iz čl. 10 Direktive, ako je taj dan kasniji od dana sklapanja ugovora. Ovaj rok, shodno rješenjima Direktive, može biti i kraći u jednom slučaju. Taj slučaj postoji ondje gdje, kod povezanih ugovora o kreditu, u konkretnoj državi članici već postoje pravila prema kojima se kreditna sredstva potrošaču na raspolaganje ne mogu staviti prije isteka određenog roka, te tu država članica može iznimno predvidjeti da se na izričit zahtjev potrošača period od 14 dana skrati na taj određeni rok. Ovakvo je rješenje jasno ograničeno samo na povezane ugovore o kreditu i njegov je smisao olakšanje pozicije potrošača, kojeg se ne mora ostaviti da kredit i samim tim nabavku određene robe čeka 14 dana (Čikara, 2009, str. 94).

[14] U nastanku ovog rada korišten je tekst Direktive na engleskom jeziku. U ovom tekstu u upotrebi je termin *withdrawal* ili povlačenje.
[15] Čl. 14 st. 3 slovo a) Direktive.
[16] Čl. 14 st. 3 slovo b) Direktive.

Pravilo je da davalac kredita nema pravo na dalje naknade izuzev na naknadu nepovratnih troškova na ime plaćanja javnim upravnim tijelima.

U slučaju u kojem je ugovor o potrošačkom kreditu zaključen u prisustvu notara, Direktiva u odredbi čl. 14 st. 6 dopušta državama članicama da predvide mogućnost isključenja prava na povlačenje iz ugovora, no u tom slučaju notar mora potvrditi kako su potrošaču zagarantirana prava iz čl. 5 i čl. 10 Direktive, koja se, kako je poznato, odnose na informiranje potrošača u predugovornoj fazi i u okviru samog ugovora.

1.3. Odustanak u domaćem zakonodavstvu nakon usklađivanja s Direktivom 2008/48/EZ

Kada je riječ o domaćim rješenjima, ZZKFU FBiH u odredbi čl. 26 st. 1 ističe kako davalac finansijskih usluga ne može korisniku staviti na raspolaganje kreditna sredstva prije isteka roka od 14 dana od dana zaključenja ugovora, izuzev na izričit zahtjev korisnika. Ovdje je riječ o generalnoj zabrani isplate kredita korisniku prije proteka četrnaestodnevnog roka, osim ondje gdje sam korisnik zatraži raniju isplatu. Zatraži li korisnik isplatu prije proteka 14 dana po zaključenju ugovora, te mu sredstva budu stavljena na raspolaganje, on neće biti u povoljnijem položaju u odnosu na davaoca kredita, jer će, u slučaju da od ugovora odustane, imati obavezu da davaocu kredita uz glavnicu vrati i kamatu koja je tekla za vrijeme dok je raspolagao kreditom (Petrović, 2015, str. 816).

ZZKFU FBiH s ugovorom o kreditu, a u vezi prava na odustanak, izjednačava i ugovor o mikrokreditu, finansijskom lizingu, ugovoru o dozvoljenom prekoračenju računa i ugovoru o izdavanju i korištenju kreditne kartice.

U skladu s odredbom čl. 26 st. 2 korisnik ima pravo odustati od kredita u roku od 14 dana od zaključenja ugovora bez navođenja razloga za odustanak. Kako bi realizirao svoje pravo na odustanak od ugovora, potrošač to i u domaćem pravu mora učiniti na način koji će biti dokaziv, a to je u pravilu pisani put. Domaći zakonodavac u odredbama čl. 26 st. 4 ZZKFU FBiH ističe kako se mora raditi o obavijesti koju se dostavlja u pisanom obliku. Obavijest mora biti upućena davaocu kredita unutar roka za odustanak, pri čemu se datum prijema pisanog obavještenja o odustanku smatra datumom odustanka od ugovora.

Ostvarenje prava na odustanak je shodno odredbama ZZKFU FBiH uslovljeno i obavezom korisnika kredita da davaocu kredita po odustanku od ugovo-

ra odmah, a najkasnije u roku od 30 dana od slanja obavijesti o odustanku, vrati glavnicu i kamatu za vrijeme korištenja kredita.[17]

Posebno pravilo vrijedi za odustanak od ugovora o kreditu koji je osiguran hipotekom, odnosno za odustanak od ugovora čiji je predmet kupovina odnosno finansiranje kupovine nekretnine, jer ovdje, shodno odredbi čl. 26 st. 3, korisnik pravo na odustanak ima samo pod uslovom da nije počeo koristiti kredit odnosno finansiranje. Ovakvo pravilo zakonodavac vjerovatno izdvaja s obzirom na procedure postupanja kod zaključenja ugovora o kreditu koji je obezbijeđen hipotekom odnosno namijenjen kupovini nekretnine, s obzirom na to da kod takvih slučajeva po zaključenju ugovora iznos kredita u pravilu ne biva isplaćen samom korisniku nego prodavcu kao ugovornoj strani korisnika kao kupca, te se ovakvim pravilom nastoji izbjeći komplicirane situacije koje bi mogle nastati ondje gdje bi se korisniku dopustio odustanak i nakon početka korištenja kreditnih sredstava.

Sada se, u svjetlu naprijed rečenoga, nameće pitanje koje se tiče odnosa generalne zabrane stavljanja korisniku sredstava na raspolaganje prije isteka četrnaest dana po zaključenju ugovora iz čl. 26 st. 1 i posebnog pravila iz čl. 26 st. 3. Naime, ako je generalno pravilo takvo da sprječava isplatu kredita prije proteka četrnaestodnevnog roka po zaključenju ugovora, zašto zakonodavac izričito uspostavlja pravilo koje odustanak kod ugovora osiguranih hipotekom odnosno namijenjenih kupovini nekretnina uslovljava nekorištenjem kredita?

Među domaćim se autorima pronalazi autore koji smatraju da su, s obzirom na to da zakon propisuje generalnu zabranu stavljanja kredita na raspolaganje korisniku prije isteka roka od 14 dana po zaključenju ugovora, nepotrebne odredbe poput one sadržane u čl. 26 st. 3. Nepotrebnom se u tom pravcu može smatrati i odredbu čl. 26 st. 4 koja govori o obavezi korisnika kredita/mikrokredita, kao i korisnika iz ugovora o dozvoljenom prekoračenju računa i ugovora o izdavanju i korištenju kreditne kartice, da najkasnije u roku od 30 dana po slanju drugoj ugovornoj strani obavijesti o odustanku toj drugoj strani vrati glavnicu i kamatu koja je tekla tokom perioda korištenja kredita. To stoga što ondje gdje sredstva ne mogu biti stavljena na raspolaganje prije isteka definiranog roka, svakako neće biti moguće prije isteka tog roka započeti s korištenjem sredstava, odnosno, ondje gdje sredstva ne mogu biti stavljena na raspolaganje, ne može ni teći kamata na glavnicu (Petrović, 2015, str. 816).

[17] Čl. 26 st. 5 ZZKFU.

Smatramo kako odredbe čl. 26 st. 3 i 4 ZZKFU FBiH nisu nužno suvišne, s obzirom na to da federalni zakonodavac očigledno razlikuje ugovore o kreditu koji nisu obezbijeđeni hipotekom odnosno namijenjeni kupovini nekretnina i one koje se osigurava hipotekom odnosno podiže radi investiranja u nekretnine. Kod ovih se prvih odustanak, barem prema slovu zakona, čini moguć i nakon što su sredstva stavljena na raspolaganje, što je prije svega zamislivo u situacijama u kojima korisnik izričito zatraži da mu kredit bude isplaćen prije proteka 14 dana po zaključenju ugovora, a onda se do proteka četrnaestodnevnog roka predomisli i odluči ipak odustati od ugovora. U takvoj će situaciji vraćati glavnicu i kamatu. Kod ugovora obezbijeđenih hipotekom ili namijenjenih sticanju nepokretnosti odustanak neće biti moguć po stavljanju kredita na raspolaganje s obzirom na naprijed spomenuti mehanizam realizacije isplate odnosno izvršenja ugovornih obaveza.

I u zakonodavstvu Republike Srpske, u odredbi čl. 150 st. 1 ZoB RS, postoji pravilo shodno kojem banka ne može korisniku staviti na raspolaganje sredstva iz osnova kredita prije isteka roka od 14 dana od dana zaključenja ugovora, izuzev na izričit zahtjev korisnika.

Istovremeno, u odredbi se čl. 150 st. 2 ovog zakona ističe kako korisnik pravo na odustanak od ugovora o kreditu ima u roku od 14 dana od zaključenja ugovora odnosno u kraćem roku ugovorenom za stavljanje kreditnih sredstava na raspolaganje na njegov izričit zahtjev, pod uslovom da nije počeo koristiti kreditna sredstva. Pored nekorištenja kreditnih sredstava uopće, dakle kod svih, a ne isključivo kod kredita obezbijeđenih hipotekom ili namijenjenih kupovini nekretnina, korisnik kredita u cilju odustanka mora ispuniti samo još jedan uslov, a taj je da davaoca kredita o namjeri odustanka obavijesti u pisanoj formi.

ZoB RS nigdje ne govori o obavezi korisnika kredita da po odustanku davaocu kredita u određenom roku vrati glavnicu i kamatu, iz čega se zaključuju kako odustanak shodno rješenjima ZoB RS jeste moguć samo do trenutka isplate kredita korisniku. U slučaju odustanka banka ima pravo isključivo na naplatu naknade obračunate za obradu kreditnog zahtjeva koja ne može biti veća od naknade koju bi banka naplatila da korisnik nije odustao od ugovora.

Usporedi li se domaća s rješenjima Direktive, uočit ćemo kako, u odnosu na Direktivu koja raniju isplatu kredita predviđa samo u okviru povezanih pravnih poslova, domaće zakonodavstvo takvo ograničenje ne poznaje, te je kod nas izričit zahtjev za isplatom kredita i prije proteka četrnaestodnevnog roka moguće uspješno postaviti i kod tzv. nenamjenskih potrošačkih

kredita, odnosno kod kredita koji nisu namijenjeni finansiranju kupovine određenih roba.

Domaći zakonodavac i u tekstu ZZKFU FBiH i u tekstu ZoB RS ističe kako rok od 14 dana započinje teći od dana zaključenja ugovora, propuštajući u domaće pravo preuzeti rješenje iz Direktive shodno kojem rok od 14 dana, alternativno, može započeti teći i od dana na koji potrošač primi uslove ugovora i informacije u skladu s čl. 10 Direktive, ondje gdje je taj dan kasniji u odnosu na dan zaključenja ugovora. Ovakav bi propust ubuduće trebalo otkloniti, s obzirom na to da postoji realna mogućnost da potpuno informiranje potrošača u skladu sa zahtjevima Direktive kasni u odnosu na dan zaključenja ugovora.

Niti ZZKFU FBiH niti ZoB RS ne predviđaju mogućnost ugovaranja isključenja prava na odustanak ondje gdje se ugovor zaključuje pred notarom. ZoB RS sadrži i posebno pravilo[18], kojim se izričito zabranjuje ugovaranje odustanice u slučaju u kojem bi korisnik odustao od ugovora.

2. Pravo na prijevremeno vraćanje kredita

2. 1. Prijevremeno vraćanje kredita prema Zakonu o obligacionim odnosima

Prije donošenja Zakona o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini, te dakako prije donošenja Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga FBiH odnosno unošenja odredbi o pravu korisnika kredita na prijevremeno vraćanje kredita u tekst Zakona o bankama RS, pitanje prava na prijevremeno vraćanje kredita u Bosni i Hercegovini jeste regulirano odredbama Zakona o obligacionim odnosima, preuzetim iz bivše Jugoslavije. Odredbe o pravu na prijevremeno vraćanje kredita pronalazi se prije svega u dijelu ZOO koji govori o ugovoru o kreditu odnosno, tačnije, u odredbama čl. 1068 ZOO.

Shodno odredbi čl. 1068 st. 2 ZOO, korisnik kredita može kredit vratiti i prije roka određenog za vraćanje, uz obavezu da o tome unaprijed obavijesti banku. U slučaju prijevremenog vraćanja kredita, korisnik kredita je davaocu kredita dužan naknaditi štetu koju je davalac kredita usljed toga pretrpio. U literaturi se naglašava kako se ovdje mora raditi o konkretnoj šteti koju

[18] Smatramo da je u određenom smislu ovakva zakonska odredba suvišna, s obzirom na to da bi ona, sadržana u općim uslovima banke, svakako bila nepravična i samim tim ništava, dok bi, s druge strane, odustanica koja je individualno ugovorena s potrošačem bila odraz slobodne volje ugovornih strana.

je davalac kredita pretrpio i koju mora dokazati, pri čemu je u odredbi st. 4 čl. 1068 posebno istaknuto kako banka u slučaju prijevremenog vraćanja kredita nema pravo obračunati kamatu za vrijeme od dana vraćanja kredita pa do dana kada je kredit prema ugovoru trebao biti vraćen, s obzirom na to da se u tom slučaju radi o naknadi izgubljene dobiti, na koju banka nema pravo (Stanojević, 1980, str. 645).

Pored toga što se pravo korisnika kredita da prije ugovorenog vremena vrati kredit regulira u dijelu ZOO koji uređuje problematiku ugovora o kreditu, zakonodavac to, u ZOO, čini i u okviru ugovora o zajmu. Tako je, shodno odredbi čl. 565 ZOO, opće pravilo da zajmoprimac može vratiti zajam i prije roka predviđenog za njegovo vraćanje, ali je o takvoj svojoj namjeri zajmodavca dužan obavijestiti unaprijed, te mu duguje i naknadu štete (Bikić, 2011, str. 106). Odredba čl. 565 ZOO odraz je općeg pravila koje, sadržano u odredbi čl. 315 st. 1 ZOO, predviđa pravo dužnika da ondje gdje je rok ugovoren isključivo u interesu dužnika, dužnik svoju obavezu može ispuniti i prije ugovorenog roka, uz obavezu da o tome obavijesti drugu stranu i pazi da to ne bude u nevrijeme. U obzir dolazi i primjena odredaba čl. 398 ZOO, koje govore o plaćanju prije roka, i shodno kojima dužnik novčane obaveze tu obavezu može ispuniti i prije roka (Bikić, 2013, str. 379), te u tom slučaju ima pravo od iznosa duga odbiti iznos kamate za vrijeme od dana isplate do dana dospjelosti obaveze samo ako je na to ovlašten ugovorom ili to proizlazi iz običaja.

Ipak, jasno je kako zakonodavac u odredbi čl. 565 ne pravi razliku između roka ugovorenog u interesu dužnika i onoga koji to nije, kao što ne pravi razliku niti između naturalnog i novčanog odnosno između besplatnog i naplatnog zajma. Smatra se kako je u cilju donošenja odluke o naknadi štete neophodno razlikovati situaciju u kojoj je rok vraćanja zajma ugovoren u interesu zajmoprimca od situacije u kojoj je rok definiran i u interesu zajmodavca. Kod ugovora kod kojih je rok vraćanja zajma ugovoren u interesu zajmoprimca, kakav slučaj postoji kod besplatnog zajma, zajmodavac neće imati pravo na naknadu štete zbog nemogućnosti korištenja stvari koje je dao u zajam tokom perioda od predaje stvari zajmoprimcu pa do prijevremenog vraćanja zajma. Ondje gdje je, s druge strane, rok vraćanja zajma ugovoren i u interesu zajmodavca, kao što je to slučaj kod teretnog zajma, razlikuje se naturalni od novčanog zajma. Kod naturalnog zajma, zajmodavcu se u slučaju prijevremenog vraćanja zajma naknađuje isključivo štetu koja podrazumijeva tzv. negativni ugovorni interes, odnosno troškove zaključenja prvobitnog ugovora o zajmu, kao i štetu koja se može ogledati u činjenici da zajmodavac ugovor o zajmu nije zaključio s nekim drugim zajmoprimcem (Bikić, 2010, str. 28). Ukoliko je riječ o prijevremenom vraćanju zajma u okviru teretnog ugovora o zajmu koji za predmet ima novac, zajmodavac

će imati pravo na naknadu štete koja će obuhvatiti kamate od trenutka zaključenja ugovora do trenutka prijevremenog vraćanja zajma, kao i štetu koja se ogleda u nemogućnosti da u periodu od prijevremenog vraćanja pozajmljenog novca pa do isteka ugovorenog vremena trajanja zajma vlastiti novac uloži na određeni drugi način usljed već zaključenog ugovora o zajmu (Vizner, 1978, str. 2882).

Iz svega navedenog jasno je kako je i prije donošenja propisa koji se kao *lex specialis* primjenjuju u potrošačkim ugovorima postojao određeni skup pravila koja su uređivala problematiku prijevremenog vraćanja kredita i dopuštala korisniku kredita da kredit vrati prije isteka ugovorenog vremena, a banci omogućavala ostvarenje prava na naknadu štete, te je istovremeno sprječavala da za period od prijevremenog vraćanja kredita pa do isteka ugovorenog vremena trajanja kredita na ime naknade štete u smislu izgubljene dobiti naplati kamate. Osnovni je preduvjet za raniji povrat kredita shodno ZOO obavještavanje davaoca kredita o ranijem vraćanju, a pravo na naknadu štete jasno je ograničeno na konkretno nastalu štetu, koju se mora dokazati.

Nakon donošenja državnog ZZP, u tekst ovog zakona, u okviru poglavlja XI koje regulira potrošački kredit, unijete su i odredbe čl. 65, shodno kojima potrošač kao korisnik kredita ima pravo svoje obaveze po kreditu izvršiti i prije ugovorenog roka, u kojem će se slučaju ukupni troškovi kredita umanjiti za kamate i ostale troškove obračunate za period poslije prijevremene otplate. Izuzev navedenih odredbi, čl. 65 ZZP ne sadrži nikakve dalje odredbe koje bi regulirale problematiku prijevremenog vraćanja kredita, a posebno ne sadrži odredbe koje bi preciznije uredile pravo banke na naknadu štete. Ovaj propust djelimice je odraz činjenice da ni sama Direktiva 87/102/EEZ nije uređivala ovo pitanje, a djelimice je on rezultat činjenice da su pitanje naknade štete kao prava banke u slučaju prijevremenog vraćanja kredita uređivala postojeća rješenja iz Zakona o obligacionim odnosima.

Iako ZOO stoji na jasnom stanovištu da banka u slučaju prijevremenog vraćanja kredita ima isključivo pravo na naknadu stvarno pretrpljene, konkretne štete koju mora dokazati, a nikako pravo na naplatu kamata koje gubi usljed prijevremenog okončanja ugovornog odnosa, banke su tokom dugog niza godina ovo rješenje Zakona o obligacionim odnosima zaobilazile, pronalazeći različite načine da u slučaju u kojem korisnik kredita kredit vrati prije vremena ne ostanu kratkih rukava.[19]

[19] Tako su banke ustanovile praksu u okviru koje su u slučaju prijevremenog vraćanja kredita u pravilu naplaćivale naknadu u visini od 2 do 5% od preostalog iznosa kredita, a da nije postojalo objašnjenje na koji način se došlo do takvog iznosa štete koju banka trpi usljed prijevremenog vraćanja kredita. Ovakvi po-

2.2. Pravo na prijevremeno vraćanje kredita nakon usklađivanja domaćih s rješenjima Direktive 2008/48/EZ

Kada je riječ o rješenjima koja u pogledu potrošačevog prava na prijevremenu otplatu kredita sadrži Direktiva 2008/48/EZ, treba naglasiti kako Direktiva već u tački 39 u Preambuli naglašava kako bi potrošač trebao imati pravo na cjelovitu ili djelimičnu prijevremenu otplatu kredita, te kako bi u tom slučaju davalac kredita trebao imati pravo na naknadu troškova koji su izravno povezani s prijevremenom otplatom.[20] Pravo na prijevremenu otplatu treba poslužiti zaštiti potrošača, koji se, osobito u uslovima agresivnoga reklamiranja od strane davaoca kredita, može naći u dugogodišnjim kreditnim aranžmanima iz kojih mu nije jednostavno izaći, osobito onda kada raspolaže sredstvima kojima može izmiriti postojeće obaveze ili ima mogućnost da se pod povoljnijim uslovima zaduži kod drugog davaoca kredita.[21]

Direktiva potrošačevo pravo na prijevremenu otplatu statuira u odredbama čl. 16. Rješenja koja ona sadrži gotovo su u istovjetnom tekstu preuzeta u domaće zakonodavstvo. Iako Bosna i Hercegovina ima državni Zakon o zaštiti potrošača, koji sadrži i zasebno poglavlje o potrošačkom kreditu, usklađivanje domaćih rješenja s rješenjima Direktive 2008/48/EZ poduzeto je

---

stupci banke velikim su dijelom odraz nespremnosti banke da se upusti u izuzetno kompleksne procedure utvrđivanja stvarne visine naknade štete koju u slučaju ranijeg vraćanja kredita trpi. Činjenica je da banka usljed prijevremenog vraćanja kredita može trpjeti štetu koja se ne ogleda samo u izgubljenoj kamati za period od prijevremenog vraćanja pa do ugovorenog vremena trajanja kredita. Takva šteta može obuhvatiti administrativne troškove, troškove koje se vezuje za izvor sredstava iz kojeg je kredit odobren, kao i posebno za razliku između visine kamate koju je banka mogla naplatiti da kredit nije prijevremeno vraćen i one kamate koju će banka naplatiti po ponovnom plasiranju kredita, a koja može biti niža usljed pada visine kamatnih stopa. Ipak, takvi gubici moraju biti realni i konkretni, te ih banka, u cilju njihove naplate na ime naknade štete, mora jasno izraziti.

[20] Komunitarni zakonodavac već na ovom mjestu ističe kako bi pri izračunu visine kompenzacije koja u slučaju prijevremene otplate kredita pripada banci trebalo poštovati nekoliko pravila. Među takvim su pravilima pravilo o nužnosti transparentnosti, razumljivosti i jednostavnosti metode izračuna visine kompenzacije, te pravilo o nužnosti upoznavanja potrošača s takvim metodom prije sklapanja ugovora o kreditu odnosno najkasnije pri njegovom zaključenju. Transparentnost, razumljivost i jednostavnost metode izračuna visine naknade trebaju poslužiti ne samo boljoj i jednostavnijoj informiranosti potrošača o ovom važnom pitanju, nego trebaju doprinijeti i svojevrsnoj efektivnijoj kontroli naknade od strane odgovarajućih nadzornih tijela.

[21] Study on the functioning of the consumer credit market in Europe, Final report, July 2013, prepared by IPSOS and London Economics, dostupno na: http://ec.europa.eu/consumers/archive/rights/docs/consumer_credit_market_study_en.pdf. Stanje: juli 2013.

u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine gotovo na najkompliciraniji mogući način. Tako su rješenja nove direktive o potrošačkom kreditu najprije preuzeta u tekst entitetskog Zakona o bankama u Republici Srpskoj u 2011. godini, na način da je u već postojeći čl. 98 ZoB RS unesen niz izmjena i dopuna, koje su potom dopunjene intervencijama Agencije za bankarstvo RS. Zakonodavstvo Federacije Bosne i Hercegovine s rješenjima je Direktive 2008/48/EZ usklađeno tek tri godine kasnije odnosno 2014. godine, a potom je, paralelno s novim rješenjima, nastavio da postoji i tekst državnog ZZP, koji i dalje sadrži rješenja o potrošačkom kreditu po ugledu na Direktivu 87/102/EEZ, koja je zamijenjena novom direktivom.

U odnosu na od ranije postojeća rješenja koja sadrži ZOO odnosno ZZP, nova rješenja razlikuju se prije svega po tome što ograničavaju najviši iznos naknade štete na koju davalac kredita ima pravo u slučaju prijevremene otplate.

U odredbi se čl. 27 ZZKFU FBiH ističe kako korisnik ima pravo da, prije roka određenog za vraćanje, u bilo kojem trenutku vrati kredit, u potpunosti ili djelimično, te da pritom ima pravo na umanjenje ukupnih troškova kredita za iznos kamate i troškova za preostali period trajanja ugovora, uz obavezu da o namjeri prijevremene otplate kredita unaprijed obavijesti banku u ugovorenom roku. Istovjetno rješenje sadržano je u odredbi čl. 151 st. 1 ZoB RS.

Iz navedenog je zakonskog rješenja jasno kako korisniku kredita pravo na prijevremenu otplatu pripada u svakom trenutku po zaključenju ugovora, a prije isteka ugovorenog roka, te da on kredit može vratiti u cijelosti ili djelimično. U cilju ostvarenja tog svog prava korisnik kredita trebao bi svoju ugovornu stranu o prijevremenoj otplati obavijestiti u ugovorom utvrđenom roku, što znači kako bi ovaj rok morao biti preciziran najkasnije prilikom zaključenja ugovora.

Oba entitetska zakona sadrže i rješenje shodno kojem u slučaju prijevremene otplate banka ima pravo na objektivno opravdanu i ugovorenu naknadu troškova koji su direktno u vezi s prijevremenom otplatom. Za ostvarenje ovog prava banke moraju se, međutim, ostvariti dalji uslovi, a entitetska se zakonodavstva u pogledu tih uslova razlikuju.

Tako je, u skladu s odredbom čl. 27 st. 2 ZZKFU FBiH, za ostvarenje prava banke na objektivno opravdanu naknadu u Federaciji BiH neophodno da se prijevremena otplata dešava tokom perioda u okviru kojeg se primjenjuje fiksna kamatna stopa, dok kod prijevremene otplate kredita čiji je predmet kupovina nekretnine banka pravo na naknadu usljed prijevremene otplate

ima i onda kad je kredit vraćen tokom perioda u kojem se naplaćivalo promjenjivu kamatnu stopu, a iznos prijevremene otplate kredita u periodu od godinu dana jeste veći od 20.000 KM. Maksimalan iznos naknade štete limitiran je odredbama čl. 27 st. 3 ZZKFU FBiH na način da taj iznos ne može preći 1% prijevremeno otplaćenog kredita, ako je period između prijevremene otplate i roka ispunjenja obaveze iz ugovora o kreditu duži od jedne godine. Ondje gdje je taj period kraći od jedne godine, naknada štete ne može biti veća od 0,5% iznosa prijevremeno otplaćenog kredita.

Prva razlika koju se primijeti između rješenja sadržanih u ZZKFU FBiH i onih koja sadrži ZoB RS vezana je za to da ZoB RS ne govori posebno o uslovima koji se moraju ispuniti kako bi banka imala pravo na naknadu štete kod prijevremene otplate kredita kojima se finansira kupovina nekretnina. ZoB RS naglašava kako banka ima pravo na objektivno opravdanu naknadu pod uslovom da se prijevremena otplata dešava tokom perioda u kojem se naplaćuje fiksna kamatna stopa, a u pogledu iznosa prijevremene otplate u periodu od godinu dana upućuje na granične vrijednosti koje definira Agencija za bankarstvo Republike Srpske.[22] U čl. 2 Odluke o uslovima prijevremene otplate kredita fizičkih lica koji nisu namijenjeni njihovoj poslovnoj ili drugoj komercijalnoj djelatnosti[23] ističe se kako banka ima pravo na naknadu štete ondje gdje iznos prijevremene otplate kredita u periodu od godinu dana prelazi iznos od 10.000 KM. Agencija za bankarstvo RS u čl. 3 Odluke o uslovima prijevremene otplate kredita fizičkih lica koji nisu namijenjeni njihovoj poslovnoj ili drugoj komercijalnoj djelatnosti maksimalan iznos naknade štete limitira slično načinu na koji je to urađeno u ZZKFU FBiH, u smislu da iznos naknade štete ne može preći 1% prijevremeno otplaćenog kredita ako je period između prijevremene otplate i roka ispunjenja obaveze iz ugovora o kreditu *jednak* ili duži godinu dana; rok kraći od godine dana limitira iznos naknade štete na maksimalno 0,5% iznosa prijevremeno otplaćenog kredita. Na ovaj je način zakonodavac u Republici Srpskoj otklonio nejasnoće u vezi s odgovorom na pitanje koliko će maksimalno iznositi naknada štete ondje gdje period između prijevremene otplate i ugovorenog roka vraćanja kredita iznosi tačno 365 dana, no dakako u korist banaka. U FBiH i dalje postoji pravna praznina u vezi s odgovorom na ovo pitanje, a nju bankari koriste za ugovaranje naknade štete u visini koja odgovara slučaju u kojem je preostali period trajanja ugovora o kreditu duži od godinu dana (Bajrić, 2015, str. 237).

Očigledno je da su entitetski zakonodavci pri transpoziciji rješenja Direktive 2008/48/EZ u domaće zakonodavstvo odlučili usvojiti različita rješenja,

[22] Čl. 151 st. 2 ZoB RS.
[23] Službeni glasnik RS, br. 15/12.

propustivši svakako priliku da se usklađivanje s komunitarnim standardima poduzme na državnom nivou, te time izbjegne problem u vezi s primjenom različitih propisa unutar jedne države.

I ZZKFU FBiH i ZoB RS predviđaju slučajeve u kojima banka ne može zahtijevati naknadu za prijevremenu otplatu. Tako to prema rješenjima oba zakona nije moguće ondje gdje je otplata izvršena na osnovu zaključenog ugovora o osiguranju čija je namjena bila osiguranje otplate kredita, ondje gdje se otplata vrši tokom perioda za koji je ugovorena promjenjiva nominalna kamatna stopa, pri čemu je u zakonodavstvu FBiH to dopušteno kod kredita kojima se finansira kupovina nepokretnosti i u slučaju dozvoljenog prekoračenja računa.

Oba zakona, ZZKFU FBiH u odredbi čl. 27 st. 5, a ZoB RS u odredbi čl. 151 st. 4 naglašavaju kako naknada za prijevremenu otplatu kredita nikako ne može prijeći iznos kamate koju bi korisnik platio za vrijeme od dana vraćanja kredita do dana kada je kredit prema ugovoru trebao biti vraćen.

Iako Direktiva 2008/48/EZ u odredbi čl. 16 st. 4 naglašava kako banka iznimno može tražiti višu naknadu štete pod uslovom da dokaže da gubitak koji trpi zbog prijevremene otplate prelazi limite iz odredbe čl. 16 st. 2 pasus drugi, niti jedan od dva entitetska zakona nije predvidio ovu mogućnost. Na ovaj je način domaći potrošač dakako zaštićen bolje u odnosu na situaciju u kojoj bi zakon bankarima dopustio da, trpe li štetu koja je viša u odnosu na zadate limite, naplate višu naknadu štete.[24]

Zaključak

Na pitanje da li je potrošač prilikom prijevremenog vraćanja kredita nakon najnovijeg usklađivanja domaćih propisa s komunitarnim standardima bolje zaštićen nego što je to bio slučaj prije usklađivanja, uopćen odgovor može biti pozitivan. To je tako prije svega s obzirom na to da su bankari, nakon usvajanja eksplicitnih rješenja u okviru ZZKFU odnosno ZoB RS, jasnije konfrontirani s određenim pravilima koja štite potrošače nego što su to bili u vrijeme kada se kod nas u ovoj oblasti primjenjivao nedorečeni ZZP koji je upućivao na ZOO. ZOO jeste, kako je općepoznato, zakon koji se, pored određenog broja slučajeva u kojima ga je moguće primijeniti i na potrošačkopravne odnose, primarno primjenjuje u okvirima obligacionih i ugovora u privredi, te stoga intencija zakonodavca da zaštiti potrošača u okviru ZOO

[24] Slična je situacija i u hrvatskom zakonodavstvu, s obzirom na to da ni hrvatski zakonodavac nije preuzeo opciju iz čl. 16 st. 4 slovo b) Direktive.

nije toliko jasno naglašena koliko je to slučaj u okviru ZZKFU odnosno u okviru ZoB RS.

S druge strane, u praksi se pokazuje da niti nova rješenja, osim njihove načelne zaštitne funkcije, u praksi potrošačkog kreditiranja nisu prouzrokovala nikakve značajnije promjene u odnosu na ranije postojeću situaciju. Limitiranju iznosa naknade štete bankari nastoje odgovoriti na najmanje dva načina. Prvo, i dalje se primjenjuje bankarska praksa koja prijevremeno vraćanje kredita najisplativijim čini u najranijim fazama vraćanja kredita, s obzirom na to da su otplatni planovi definirani tako da strukturu obroka otplate na početku najvećim dijelom čine kamate. Korisnik kredita koji kredit poželi prijevremeno otplatiti u nekom kasnijem periodu trajanja ugovora suočit će se s činjenicom da mu takvo prijevremeno vraćanje kredita neće značiti nikakvu uštedu, te tu prestaje njegova motivacija da kredit vrati prije isteka ugovorenog vremena. Da situacija po potrošača bude nepovoljnija, ovakvo je strukturiranje otplatnih planova utemeljeno u odlukama entitetskih agencija za bankarstvo.[25] Pored toga, moguće je da će se davaoci kredita, sada ipak malo više ograničeni u vlastitom svojevoljnom ponašanju, odlučiti da gubitak dosadašnje slobode kompenziraju i povišenjem kamata.

Kada je riječ o odustanku od ugovora, i ovdje je situacija dijelom bolja u odnosu na onu koja je postojala u vrijeme isključive primjene državnog ZZP odnosno Zakona o obligacionim odnosima. Entitetski zakonodavci jasno normiraju pravo potrošača na odustanak unutar roka od 14 dana po zaključenju ugovora, kao i obavezu banaka da prije proteka četrnaestodnevnog roka uskrate isplatu kredita, izuzev iznimno na traženje potrošača. U praksi banke kredite najčešće isplaćuju odmah po odobrenju, bez upoznavanja potrošača s pravom kreditora da isplatu izvrši tek po proteku 14 dana po zaključenju ugovora. Pored neadekvatne primjene zakonskih propisa kao problema u prevazilaženju kojega bi pomoć mogle pružiti entitetske regulatorne agencije u ovoj oblasti, veliki nedostatak domaće regulative predstavljaju i razmimoilaženja koja postoje između entitetskih rješenja, koja, umjesto da su usklađena s komunitarnim standardima i međusobno, odstupaju jedna od drugih i stvaraju osnov za nejednak nivo zaštite potrošača unutar same države.

[25] Odluka Agencije za bankarstvo Federacije Bosne i Hercegovine o jedinstvenom načinu obračuna i iskazivanja efektivne kamatne stope na kredite i depozite, Sl. novine FBiH, br. 48/12, 23/14 i Odluka Agencije za bankarstvo RS o jedinstvenom načinu obračuna i iskazivanja efektivne kamatne stope na kredite i depozite, Sl. glasnik, br. 15/12. Shodno ovim odlukama, minimalni sadržaj otplatnog plana definiraju direktori entitetskih agencija za bankarstvo.

Bibliografija

1. Bajrić, S. (2015). Prijevremena otplata kredita prema Zakonu o zaštiti korisnika finansijskih usluga FBiH i Zakonu o bankama Republike Srpske. *Zbornik radova sa Međunarodne naučno-stručne konferencije "Usklađivanje zakonodavstva sa aquisem"*. Sarajevo: Direkcija za evropske/europske integracije i Centar za društvena istraživanja International Burch University.
2. Bikić, A. & Bikić, E. (2011). *Obligaciono pravo – Posebni dio*. Sarajevo: Pravni fakultet.
3. Bikić, A. (2010). *Naknada štete*. Sarajevo: Pravni fakultet.
4. Bikić, A. (2013). *Obligaciono pravo – Opći dio*. Sarajevo: Pravni fakultet.
5. Čikara, E. (2009). Nova Direktiva 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditiranju (I). *Pravo i porezi*. XVIII (7–8), 94–102.
6. Čikara, E. (2009). Nova Direktiva 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditiranju (II). *Pravo i porezi*. XVIII (9), 88–96.
7. Čikara, E. (2011). Prijevremena otplata kredita prema novom Zakonu o potrošačkom kreditiranju. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 31 (1),151–173.
8. Kofrc, H. & Petrović, A. (2010). Ugovor o potrošačkom kreditu – modaliteti i posebna prava potrošača. *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*. (8), 169–188.
9. Manko, R. (2013). *The notion of "consumer" in EU law*. Library Briefing, The library of the European Parliament, 6. 5. 2013. dostupno na: http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130477/LDM_BRI(2013)130477_REV1_EN.pdf
10. Misita, N. (2010). Potrošač i finansijsko tržište EU u svjetlu novijih harmonizacionih mjera. *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*. (8), 34–49.
11. Petrić, S. (2009). Nacrt zajedničkog referentnog okvira za Europsko privatno pravo. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 30 (1), 473-513.
12. Petrić, S. (2006). Ugovor o potrošačkom kreditu. *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*. (4), 81–112.

13. Petrović, A. (2015). Novo pravno uređenje finansijskih usluga u BiH – koliko su korisnici stvarno zaštićeni?. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 54, (70), 801–822.

14. Slakoper, Z. (2006). Ugovori o kreditu u Zakonu o obveznim odnosima. *Hrvatska pravna revija*. VI (9), 34–48.

15. Stanojević, O. (1980). U: B. Blagojević & V. Krulj: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Beograd: Savremena administracija.

16. Šabić, A. (2010). Zaštita od nepoštenih ugovornih klauzula: analiza konformiteta i usklađivanje domaćih s komunitarnim rješenjima. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*. LIII, 463–488.

17. Valant, J. (2015). *Improving the financial literacy of European consumers: Briefing*. EPRS/European Parliamentary Research Service, Members' Research Service, PE 557.020, dostupno na: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/557020/EPRS_BRI(2015)557020_EN.pdf

18. Vilus, J. (1976). *Opšti uslovi formularnih ugovora*. Beograd: Institut za uporedno pravo.

19. Vizner, B. (1978). U: B. Vizner & I. Bukljaš, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*. Rijeka: Riječka tiskara.

Dr. Almedina Šabić Učanbarlić
Assistant professor

THE PROTECTION OF LOAN USERS THROUGH THE RIGHT OF WITHDRAWAL FROM THE AGREEMENT AND THE RIGHT TO EARLY REPAYMENT OF THE LOAN

Summary

In the communautaire framework, efforts to protect the loan users as consumers have been in place for more than three decades, first through the Directive 87/102/EEC, and then through the Directive 2008/48/EC. Serving as tools for the protection of loan users are provisions on the obligation to inform the consumers in pre-contractual stage, as well as in the stages of conclusion of the agreement and after its conclusion, provisions that obligate the creditor to assess the credit status of a consumer, and especially the provisions that regulate two instruments: instrument of consumer's right to withdraw in the so-called cool off period, and instrument of consumer's right to early repayment of the loan.

Bosnian and Herzegovinian legislation initially regulated the instrument of withdrawal from the loan contract and instrument of early repayment of the loan with the Law on Obligations, assumed from the former state, and in the process of harmonising the national with the communautaire legislation, these instruments were later regulated by the state-level Law on Consumer Protection and, as of recently, Law on Protection of Consumers of Financial Services of FBiH and the Law on Banks in Republika Srpska. The paper analyses the consumer's right to withdrawal from the loan and their right to early repayment of the loan, in light of communautaire and national solutions, and attempts to provide answers to two questions: how much is the consumer of the loan actually protected with these instruments, and how to remove the shortcomings of current solutions, meaning how to protect the consumer more efficiently and thus ensure increased operation on the market of consumer loans or at least partly reconcile the conflicted interests of bankers and consumers of loans.

Keywords: *Right do withdrawal from loan, early repayment of the loan, Directive 2008/48/EC, Law on Protection of Consumers of Financial Services of FBiH, Law on Banks of RS*

Dr. Amila Ferhatović
Docentica
a.ferhatovic@pfsa.unsa.ba

Hrvoje Boban, MA
hboban@gmail.com

UDK 343.272
Pregledni naučni rad

ODUZIMANJE IMOVINSKE KORISTI PRIBAVLJENE KRIVIČNIM DJELOM U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak

Institut oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom nije pravna novina u krivičnom zakonodavstvu Federacije Bosne i Hercegovine, iako je tek u posljednje vrijeme predmet interesa kako stručne, tako i naučne javnosti. Razlog tome leži u činjenici da je ovaj institut noveliran donošenjem lex specialis – Zakona o oduzimanju nezakonito stečene imovine pribavljene krivičnim djelom u Federaciji Bosne i Hercegovine 2014. godine, a počeo je s primjenom marta 2015. godine.[1]

Naime, ovaj institut je već duži vremenski period, još od 1959. godine, uređen temeljnim propisima krivičnog prava,[2] *ali postojeći pravni okvir koji je uređivao ovu problematiku ocijenjen je kao neefikasan, te se javila potreba za donošenjem posebnog zakona kojim bi se regulirala ova problematika i osnovao poseban državni organ koji bi se bavio upravljanjem oduzete imovine.*

Rad se bavi upravo mjerom oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u Federaciji Bosne i Hercegovine, predstavljajući ovaj institut kroz odredbe postojećih, ali i novog Zakona. Autori posebnu pažnju usmjeravaju na brojne novine koje donosi novi Zakon, obrazlažući pri tome i zašto su one bile neophodno potrebne. Cilj ovog rada je, kroz analiziranje materijalnih i

[1] Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine pribavljene krivičnim djelom, Sl. novine FBiH, br. 71/14.

[2] Oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom uvedeno je u domaće zakonodavstvo Izmjenama i dopunama Krivičnog zakona Federativne Narodne Republike Jugoslavije (Sl. list FNRJ, br. 30/59), kao vrsta krivične sankcije, kao posebna mjera sigurnosti.

procesnih odredaba kako novog, tako i postojećih zakona koji uređuju ovu materiju, predstaviti sve faze u postupku oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom.

Izlaganja u radu podijeljena su u pet odjeljaka: u prvom odjeljku predstavljene su uvodne napomene; u drugom pojam i pravna priroda mjere oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom; u trećem odjeljku predstavljen je institut oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom prema ranijem zakonodavstvu; u četvrtom odjeljku analizirano je pozitivnopravno uređenje ove mjere kroz materijalne i procesne odredbe u Federaciji Bosne i Hercegovine; četvrti dio daje strukturalni prikaz postupka oduzimanja imovinske koristi prema novom Zakonu; dok peti odjeljak predstavlja zaključak.

Ključne riječi: *oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine pribavljene krivičnim djelom, finansijska istraga, osiguranje oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, izvršenje mjere oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, upravljanje privremeno i trajno oduzetom imovinom*

1. Uvod

Problematika oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom posljednjih je godina u središtu zanimanja bosanskohercegovačke krivičnopravne teorije i prakse. Razlozi su brojni, ali su najznačajniji, svakako, činjenica da se u sudskoj praksi bilježi porast broja učinjenih krivičnih djela koja su motivirana sticanjem imovinske koristi, s jedne strane, dok istovremeno, s druge strane, bilježimo mali broj izrečenih, a još manji broj izvršenih mjera oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom.

Oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom je, u najširem terminološkom značenju, izrazito kompleksna materija koja obuhvata nekoliko različitih grana prava, primarno krivično, upravno i građansko (Petrović, Jovašević & Ferhatović, 2016, str. 224). Naše zakonodavstvo na prostoru cijele Bosne i Hercegovine već duži vremenski period uređuje pojedine aspekte oduzimanja imovinske koristi u okvirima temeljnih krivičnopravnih propisa, tačnije Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine (KZ FBiH)[3] i Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (ZKP FBiH),[4]

[3] Sl. novine FBiH, br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16.

[4] Sl. novine FBiH, br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 5/06, 27/07, 53/07, 09/09, 12/10, 08/13, 59/14.

te propisa građanskog i drugih grana prava (Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine – ZPP FBiH,[5] Zakona o izvršnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine – ZIP FBiH, i dr.).[6] Međutim, u novije vrijeme postalo je evidentno da uslijed niza faktora povezanih s pojavom novih, organiziranih oblika kriminala, isključivo ili pretežno motiviranih namjerom pribavljanja imovinske koristi, takva separatna, nepovezana pravna rješenja nisu dovoljna za efikasnu primjenu ove mjere u praksi (Ferhatović & Mujanović, 2015, str. 34). Iz tih razloga je u posljednje vrijeme izvršeno djelimično noveliranje postojećih krivičnopravnih propisa, te su doneseni *lex specialisi* u Republici Srpskoj,[7] Federaciji Bosne i Hercegovine i Brčko distriktu Bosne i Hercegovine.[8] U pogledu njihovog sadržaja primjetan je određeni napredak, riješene su brojne dileme koje su do tada bile sporne u praksi. Ujedno, navedeni *lex specialisi* predstavljaju i korak ka približavanju Bosne i Hercegovine uspostavi međunarodnih standarda u ovoj oblasti (Mujanović & Sarajlija, 2014, str. 893).

Rad je posvećen problematici oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom razmatranoj ponajprije s aspekta materijalnog krivičnog prava, s tim da će neizbježno biti dotaknuta i određena procesnopravna pitanja. U radu će biti predstavljen strukturalni prikaz postupka oduzimanja imovinske koristi prema novom uređenju, tj. kroz odredbe Zakona o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom u Federaciji Bosne i Hercegovine (ZONSIKD).

2. Pojam i pravna priroda oduzimanja imovinske koristi

Oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom podrazumijeva oduzimanje one imovine ili imovinske koristi, učinitelju ili povezanoj osobi u krivičnom djelu, koja je ostvarena učinjenjem krivičnog djela, ili je u vezi s njim.[9] Iako smo prethodno napomenuli da je institut oduzimanja imovinske koristi kompleksna materija koja obuhvata nekoliko grana prava, ipak je in-

[5] Sl. novine FBiH, br. 53/05, 73/05, 19/06, 98/15.
[6] Sl. novine FBiH, br. 32/03, 33/06.
[7] Zakon o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog djela, Sl. glasnik RS, br. 12/10.
[8] Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine, Sl. novine BDBiH, br. 14/06.
[9] ZONSIKD FBiH je definirao pojmove imovina i imovinska korist, te prema odredbi čl. 4. st. 1 tač. a) imovina predstavlja stvari i prava koja je stekao učinitelj krivičnog djela ili povezana osoba, a obuhvata sve stvari i prava koja mogu biti predmet izvršenja, te posebno nekretnine i pokretnine, potraživanja, poslovne udjele, vrijednosne papire, novac, umjetnine, plemenite metale i drago kamenje u vlasništvu, posjedu ili pod kontrolom učinitelja krivičnog djela ili povezane osobe, dok

stitut oduzimanja imovinske koristi najprije institut materijalnog krivičnog prava iz razloga što se u materijalnim propisima:

1) nalazi pravni osnov za oduzimanje (prema načelu da niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom),
2) određuje uvjet za oduzimanje (sudska odluka kojom je po odredbama zakona utvrđeno krivično djelo),
3) određuje obim imovinske koristi koja je predmetom oduzimanja (stvari ili prava) i
4) vrši određenje kruga osoba od kojih se oduzima takva korist (učinitelj djela, kao i osobe na koje je prenesena imovinska korist pod uvjetima predviđenim zakonom) (Ferhatović & Mujanović, 2015, str. 37).

Važno pitanje vezano za primjenu ovog instituta u praksi odnosi se na modalitet njegove primjene u pojedinim zakonodavstvima, odnosno, na prirodu postupka kojima se utvrđuje postojanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom i u kojima se nalaže njeno trajno oduzimanje. Trenutno postoje različita legislativna rješenja u pojedinim državama, koja često kombiniraju elemente krivičnog prava, krivičnog procesnog prava ili građanskog i upravnog prava (Jusufović, 2015, str. 7). Derenčinović (1999) smatra da oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, bez obzira na to kako bilo posmatrano, predstavlja mješoviti institut krivičnog i građanskog prava. Krivičnog, jer se veže za pretpostavljeno ili dokazano učinjenje krivičnog djela i što se, u bitnim dijelovima, veže za krivični postupak, a građanskog jer su za samo provođenje relevantni propisi izvršnog prava. U pravnim sistemima s tzv. dvojnim pristupom oduzimanju imovinske koristi, oduzimanje je moguće i putem odredaba građanskog prava, što institut pogotovo čini građanskopravnim (Datzer, 2016, str. 17).

Institut oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u uporednom pravu ima različitu pravnu prirodu, pa tako može biti uređen kao krivičnopravna sankcija (kazna, mjera sigurnosti ili posebna krivična sankcija), pravna posljedica osude ili posebna mjera restorativnog karaktera (Ivičević Karas, 2011, str. 6).

Oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine već tradicionalno je uređeno kao posebna krivičnopravna mjera, izdvojena iz sistema krivičnih sankcija. Riječ je, dakle, o specifičnoj mjeri *sui generis* kojom se ostvaruje jedno od temeljnih

je prema čl. 4. st. 1 tač. b) imovinska korist pribavljena krivičnim djelom svako povećanje ili sprečavanje smanjenja imovine koja potiče od krivičnog djela.

načela krivičnog prava, a to je da niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom (član 114 KZ FBiH). Izdvajanje i osamostaljenje mjere oduzimanja imovinske koristi proizlazi iz činjenice što ona nema karakter krivične sankcije koju izriče sud prema zakonskim uvjetima za njeno izricanje. Dakle, ne radi se o primjeni krivične sankcije, već o primjeni pravnog principa – o restituciji ili uspostavljanju ranijeg pravnog i faktičkog stanja koji istovremeno djeluje i kao psihološka prinuda na učinitelja da pribavljanje koristi ne može biti motiv za poduzimanje kriminalne djelatnosti (Petrović, Jovašević & Ferhatović, 2016, str. 226). U osnovi primjene ove mjere je princip *nullum commodum capere potest de sua propria iniuria* – niko ne može imati korist od sopstvenog zlodjela. Ovo temeljno načelo poznato je u svim državama i imanentno je samom pojmu nedopustivosti sticanja bilo kakve imovine učinjenjem krivičnog djela (Kos, 1998, str. 753).

3. Institut oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom prema ranijem zakonodavstvu

Mjera oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom nije pravna novina, iako se u posljednje vrijeme u bosanskohercegovačkoj javnosti može steći takav utisak. Od njene pojave u našem krivičnom zakonodavstvu do danas evoluirala je od mjere sigurnosti do specifične krivičnopravne mjere (Tomić, 1981). Kao što smo to u uvodu već naglasili, ovaj institut uveden je u domaće zakonodavstvo još 1959. godine Izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika Federativne Narodne Republike Jugoslavije kao posebna mjera sigurnosti. Reformama krivičnog zakonodavstva iz sedamdesetih godina, oduzimanje imovinske koristi nije više bilo određeno kao sankcija, nego kao posebna krivičnopravna mjera.[10] KZ FBiH iz 2003. godine ostao je pri određenju oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom kao posebne krivičnopravne mjere, instituta u općem dijelu Krivičnog zakona (članovi 114–116), dok je u ZKP FBiH propisan postupak oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom (članovi 413–420).

KZ FBiH propisano je da niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom, kako fizička, tako ni pravna osoba (član 114 i član 144). To znači da se imovinska korist oduzima učinitelju, saučinitelju, pomagaču, podstrekaču, ali i od druge osobe na koju je prenesena (osim u slučajevima kada se dokaže da su te osobe postupale *bona fides*), kao i od pravne osobe.

KZ FBiH propisuje da će se učinitelju oduzeti novac, predmeti od vrijednosti i svaka druga imovinska korist koja je pribavljena krivičnim djelom, a

[10] Čl. 84–87 Krivičnog zakona SFRJ iz 1976. godine (Sl. list SFRJ, br. 44/76, 36/77).

ukoliko to nije moguće, učinitelj će se obavezati na isplatu novčanog iznosa srazmjernog pribavljenoj imovinskoj koristi (član 115). Dakle, naš zakonodavac predviđa i oduzimanje protuvrijednosti kao poseban oblik oduzimanja imovinske koristi, u slučajevima kada se utvrdi nemogućnost oduzimanja u obliku u kojem je pribavljena.

Naš zakonodavac poznaje i poseban oblik mjere oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, tzv. proširenо oduzimanje imovinske koristi (član 114a KZ FBiH), a koji se odnosi na balansirani teret dokazivanja prilikom vođenja postupka za oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom (Petrović & Dobovšek, 2007). To znači da sud može oduzeti i onu imovinsku korist za koju tužitelj pruži dovoljno dokaza da se opravdano vjeruje da je takva imovinska korist pribavljena činjenjem krivičnih djela, a učinitelj nije pružio dokaze da je korist zakonito pribavljena. Argument o državi kao *a priori* jačoj stranki krivičnog postupka nije više tako uvjerljiv. Razlog tome je prevashodno mnoštvo najboljih advokata koje si sve češće priušte članovi pojedinih kriminalnih skupina, i ogromne svote novca koje svakog trenutka mogu uložiti u organizaciju svoje pravne odbrane (Petrović & Dobovšek, 2007, str. 99). Ipak, postoji jedno ograničenje propisano u članu 114a KZ FBiH, a to je da se ovaj institut proširenog oduzimanja može primijeniti samo kada se vodi postupak za krivična djela iz glave XXII (krivična djela protiv privrede, poslovanja i sigurnosti platnog prometa), glave XXIX (krivična djela protiv pravosuđa) i glave XXXI (krivična djela podmićivanja i krivična djela protiv službene i druge odgovorne dužnosti).

Kao odgovor na materijalnopravne odredbe o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, procesni zakoni u Bosni i Hercegovini poznaju poseban postupak za oduzimanje imovinske koristi (Sijerčić-Čolić, 2012). Postupak za oduzimanje imovinske koristi se ne vodi zbog glavnog pitanja o krivnji osobe kojoj se djelo stavlja na teret, već kao objektivni, *in rem* postupak, koji pokreće i vodi sud po službenoj dužnosti. To znači da sud po službenoj dužnosti tokom cijelog postupka mora voditi računa o utvrđivanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom (dokazivanje kauzaliteta između činjenice da je krivično djelo učinjeno i činjenice da je određena imovinska korist ostvarena učinjenjem upravo tog krivičnog djela), bez obzira na to da li postoji prijedlog nadležnog tužitelja za njenim utvrđivanjem, odnosno oduzimanjem (Derenčinović, 1999, str. 167).

ZKP FBiH propisano je također, da će se privremene mjere osiguranja odrediti prema odredbama koje važe za izvršni postupak, iako su u međuvremenu privremene mjere osiguranja propisane odredbama zakona o parničnom postupku. Također, nakon okončanja ovog specifičnog adhezionog postup-

ka, da bi se oduzela imovinska korist pribavljena krivičnim djelom, potrebno je provesti još i izvršni postupak prema odredbama zakona o izvršnom postupku (Pajić, 2015, str. 89).

4. Pozitivnopravno uređenje instituta oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom

Zbog nedorečenosti i nepreciznosti pravnih propisa koje je bilo potrebno primijeniti u postupku oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, na koje je posljednjih godina upućivala i teorija i praksa (Petrović, 2011; Petrović & Dobovšek, 2007; Burzić, 2012), cjelokupan sistem ocijenjen je kao neefikasan, te se javila potreba za donošenjem novog zakona koji će na jasan, precizan i sveobuhvatan način urediti ovu materiju. Tako je i nastao Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom u Federaciji Bosne i Hercegovine. S obzirom na činjenicu da je ovo *lex specialis*, odredbe drugih zakona koje smo prethodno spomenuli, a kojima se uređuje utvrđivanje, osiguranje oduzimanja, izvršenje odluka o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom i upravljanje oduzetom imovinom primjenjuju se samo ako ovim zakonom nije drukčije propisano (član 1 stav 3 ZONSIKD).

Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom u Federaciji Bosne i Hercegovine uređuje:

a) postupak utvrđivanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom,
b) postupak osiguranja oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom,
c) postupak izvršenja odluka o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom i
d) upravljanje privremeno i trajno oduzetom imovinom.

U KZ FBiH propisana je primjena odredbi o oduzimanju imovinske koristi u odnosu na sva krivična djela propisana spomenutim zakonom. Zakonom o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom (član 3) ograničena je primjena odredbi o oduzimanju imovinske koristi prema pravilima koja propisuje ovaj zakon, na ona krivična djela za koja se prema zakonu može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna.

5. Strukturalni prikaz postupka oduzimanja imovinske koristi prema novom Zakonu

Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine kaznenim djelom Federacije Bosne i Hercegovine stupio je na snagu 11. 9. 2014. godine, s *vacatio legis* od šest mjeseci, što znači da je počeo s primjenom 11. 3. 2015. godine. Ovaj *lex specialis* unio je niz novina, posebno zbog utjecaja međunarodnog prava u ovoj oblasti. Najznačajnije novine su sljedeće:

- propisivanje posebnog postupka za oduzimanje imovinske koristi kada nije donesena presuda u kaznenom postupku, tzv. objektivni (*in rem*) postupak u slučaju negativnih procesnih pretpostavki za vođenje kaznenog postupka;
- proširivanje opsega primjene mjere oduzimanja imovinske koristi na što širi krug povezanih osoba;
- značajno revidiranje tereta dokazivanja porijekla imovine koja je predmet oduzimanja;
- inoviranje i primjena finansijske istrage kao specifične istražne tehnike kojom se otkriva, prati i osigurava imovinska korist za koju se sumnja da je pribavljena na nezakonit način;
- bruto načelo utvrđivanja vrijednosti imovinske koristi pribavljene kaznenim djelom;
- propisivanje i primjena efikasnih mjera osiguranja oduzimanja imovinske koristi;
- intenziviranje i povećanje saradnje između pojedinih država u ovom području;
- propisivanje efikasnog postupka izvršenja odluka o oduzimanju imovinske koristi;
- osnivanje nadležnog organa za upravljanje privremeno i trajno oduzetom imovinom.

U nastavku rada pružit ćemo strukturalni prikaz postupka oduzimanja imovinske koristi kroz odredbe novog Zakona.

5.1. Redovni postupak oduzimanja imovinske koristi

Postupak oduzimanja imovinske koristi može se voditi kao *in rem* postupak pridružen kaznenom postupku kada su ispunjene sve procesne pretpostavke za vođenje kaznenog postupka, tzv. redovan postupak, i kao poseban *in*

rem postupak u slučajevima kada postoje negativne procesne pretpostavke za vođenje krivičnog postupka.

Redovan postupak propisan je članovima 10–15 (oznaka podnaslova C) ZONSIKD, i to je situacija kada se ZONSIKD primjenjuje s odredbama krivičnog prava i postupka. Predstavlja, zapravo, postupanje suda u redovnom, uobičajenom postupku koji se vodi kada su ispunjenje sve procesne pretpostavke za vođenje krivičnog postupka. U redovnom postupku se uz optužnicu, ili u okviru optužnice, podnosi prijedlog tužiteljstva za oduzimanje imovinske koristi. Osnovni uvjet je da je optuženi oglašen krivim. Upravo ova okolnost razlikuje redovni od posebnog postupka (Helić & Pavišić, 2016, str. 93).

Zakonom se detaljno propisuje da sud utvrđuje imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom presudom kojom se optuženi oglašava krivim, da se presuda donosi na osnovu prijedloga nadležnog tužitelja koji se podnosi prilikom podizanja optužnice, sastav prijedloga tužitelja, zatim odredbu istovjetnu onoj iz člana 114a KZ FBiH o proširenom oduzimanju koja služi ocjeni dokaza, sadržaj presude, da dio izreke koji se odnosi na utvrđivanje i oduzimanje imovinske koristi mora biti obrazložen, da protiv presude stranke imaju pravo žalbe neposredno višem sudu, te da se presuda nakon pravomoćnosti dostavlja Agenciji na nadležno postupanje.

Zakonom se detaljno propisuje da sud utvrđuje imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom osuđujućom presudom. Presuda se donosi na osnovu prijedloga nadležnog tužitelja koji se podnosi prilikom podizanja optužnice. Ako se tada ne podnese prijedlog, sud može odlučiti o oduzimanju imovinske koristi na temelju rezultata na glavnoj raspravi. Propisan je i sadržaj prijedloga tužitelja, kao i odredba istovjetna onoj iz člana 114a KZ FBiH o proširenom oduzimanju koja služi ocjeni dokaza. Zakon, nadalje, propisuje i sadržaje koje mora imati presuda o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, a koji su istovremeni i nužni elementi izvršne isprave za provođenje izvršnog postupka u skladu sa ZIP FBiH. Nalaže se da dio izreke presude koji se odnosi na utvrđivanje i oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom mora biti obrazložen. Stranke imaju pravo žalbe neposredno višem sudu, a nakon pravomoćnosti presuda se dostavlja Agenciji na nadležno postupanje.

5.2. Posebni postupak za oduzimanje imovinske koristi

Značajna novina u našem zakonodavstvu je propisivanje posebnog postupka za oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. To je postupak koji se vodi kada nisu ispunjene procesne pretpostavke za vođenje

krivičnog postupka, tj. kada nisu ispunjene pretpostavke za vođenje redovnog postupka, a postoji osnovana sumnja da je učinjenjem krivičnog djela pribavljena protupravna imovinska korist. Vođenje postupka za oduzimanje imovinske koristi kada postoje procesne smetnje predviđeno je međunarodnim dokumentima,[11] a takva rješenja nalazimo i u uporednom pravu (Ferhatović & Mujanović, 2015).[12] Na problem nemogućnosti vođenja krivičnog postupka oduzimanja imovinske koristi u domaćem pravu, zbog smrti osumnjičenog, odnosno optuženog, ili u slučaju njegovog trajnog duševnog oboljenja, pojedini autori ukazivali su i ranije (Tomić, 1982, str. 147; Derenčinović, 1999, str. 165).

ZONSIKD uređuje poseban postupak odredbama članova 5–7 (u sklopu odjeljka III). Poseban postupak, prema odredbama ovog zakona, vodi se samostalno kada postoji osnovana sumnja da je učinjenjem krivičnog djela pribavljena imovinska korist, a nisu ispunjeni uvjeti za vođenje krivičnog postupka zbog smrti ili bjekstva osumnjičenog ili optuženog, pod uvjetom da prijeti opasnost od nastupanja zastare krivičnog gonjenja. Drugim riječima, temeljna pretpostavka za vođenje posebnog postupka za oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom jeste da se za krivično djelo ne može voditi krivični postupak zbog postojanja okolnosti koje isključuju krivično gonjenje.

U ovom posebnom postupku imovinska korist oduzima se samostalno, neovisno od utvrđene krivnje učinitelja i upravo ta okolnost razlikuje redovni od posebnog postupka. Zahvaljujući vođenju posebnog postupka ostvarujemo jedno od temeljnih načela krivičnog zakonodavstva, a to je da niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom. Međutim, postavlja se pitanje načela krivnje da "niko ne može biti kažnjen, niti se prema njemu mogu izreći krivičnopravne sankcije ako nije kriv za krivično djelo". Kako

[11] Konvencija Ujedinjenih naroda protiv korupcije u čl. 54 st. 1 tač. c. sadrži i odredbu koja omogućava državama članicama da razmotre mogućnost preduzimanja mjera koje mogu biti potrebne da bi se omogućilo oduzimanje imovine pribavljene konvencijskim krivičnim djelima bez donošenja krivične presude u slučajevima u kojima se učinitelj ne može krivično goniti zbog smrti, bjekstva ili odsustva ili u drugim odgovarajućim slučajevima. Dostupno na: https://ti-bih.org/wp-content/uploads/2016/10/Konvencija_UN_protiv_korupcije_.pdf (pristupljeno dana 16. 6. 2017).
Direktiva 2014/42/EU Evropskog parlamenta i Vijeća o zamrzavanju i oduzimanju predmeta i imovinske koristi pribavljene krivičnim djelima u Evropskoj uniji, dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=-CELEX:52016SC0468 (pristupljeno dana 16. 6. 2017).

[12] Naprimjer u njemačkom krivičnom pravu (§ 76a StGB), u hrvatskom krivičnom pravu (čl. 2 st. 2 Zakona o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem Republike Hrvatske, (NN 145/10).

je pravni karakter mjere oduzimanja imovinske koristi specifičan, i kako se ne radi o krivičnoj sankciji, već mjeri *sui generis,* onda je jasno kako postoje potrebne pretpostavke za samostalno izricanje ove mjere u okviru ZONSIKD, tj. uređenog postupka u koji su ugrađene potrebne garancije. S druge strane, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda izričito ne predviđa oduzimanje imovinske koristi učiniteljima krivičnih djela, ali se iz tumačenja odredaba Prvog protokola uz Konvenciju može zaključiti da država ima pravo primjenjivati takve zakone koje smatra potrebnim da bi nadzirala korištenje imovine u skladu s općim interesom (Helić & Pavišić, 2016, str. 93).

Poseban postupak vodi sud koji bi bio nadležan da vodi krivični postupak, a sam postupak se vodi prema pravilima krivičnog postupka. Za donošenje presude isključivo je nadležan taj sud. Ovim zakonom uređuju se detaljno uvjeti za pokretanje postupka, obaveza tužitelja da podnosi zahtjev za pokretanje posebnog postupka, sadržaj zahtjeva u kojem se trebaju obrazložiti procesne prepreke koje su takve prirode da se ne može voditi redovni postupak za oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, pitanje zastare prijedloga tužitelja za pokretanje posebnog postupka, da sud o zahtjevu tužitelja odlučuje rješenjem, da stranke imaju pravo žalbe protiv sudskog rješenja, o čemu odlučuje vijeće istoga suda sastavljeno od trojice sudija. Nadalje, propisano je i postupanje nakon pravomoćnosti rješenja: da tužitelj podnosi sudu prijedlog za oduzimanje imovinske koristi, posebno se uređuje sadržaj prijedloga protiv povezane i treće osobe, propisuje se supsidijarna primjena odredaba ZKP FBiH, prava optuženog koji prije pravomoćnog okončanja postane dostupan. Propisuje se i postupanje nakon pravomoćnosti rješenja: sud može (ali ne mora) održati pretpretresno ročište, na glavnom ročištu se izvode dokazi, a po potrebi se ispituje povezana osoba. Nakon okončanja dokaznog postupka na tom ročištu sud donosi presudu o tome da je imovinska korist (1) pribavljena protupravnim djelom, (2) koje stvari i prava je čine, (3) koja je njihova novčana protuvrijednost. Prema tome slijedi da se ta presuda može izreći i onda kad nema krivnje (jer je npr. učinitelj neuračunljiv) ili nema potrebnog oblika krivnje (jer se npr. zahtijeva umišljaj, a ponašanje je iz nehata). U odnosu na neuračunljive osobe, koje su učinile objektivna obilježja krivičnog djela, ali kod kojih je zbog neuračunljivosti izostala subjektivna komponenta, i gdje sudovi utvrđuju da je optužena osoba ostvarila objektivna obilježja krivičnog djela, tj. da je učinila protupravno djelo, također se oduzima imovinska korist. Ta obaveza suda je izričito naglašena odredbom člana 417 stav 1 ZKP FBiH, a u vezi s članom 410 ZKP FBiH (postupak u slučaju neuračunljivosti) (Helić & Pavišić, 2016, str. 95).

S obzirom na to da je postupak izvršenja bio onemogućen zbog sadržaja izreke presude, novi *lex specialis* izričito propisuje da presuda mora utvrditi: (a)

sastav, odnosno, vrijednost imovinske koristi tačnije (b) koje stvari i prava predstavljaju imovinsku korist (c) te da stvari i prava postaju vlasništvo Federacije Bosne i Hercegovine. Tačka d) odnosi se na povezane osobe. Prema tački d) povezanoj osobi se nalaže predaja stvari ili prijenos određenih prava. Prema ZONSIKD spomenuta predaja mora uslijediti odmah, vlasnik postaje Federacija Bosne i Hercegovine, a prema tački (e) promjena vlasništva odnosno imovina upisuje se u javne knjige i odgovarajuće registre. Time se ispunjavaju osnovni uvjeti za provođenje izvršnog postupka, što je do donošenja novog Zakona bio veliki kamen spoticanja.

5.3. Finansijska istraga

Finansijske istrage su sastavni dio postupka za oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. One suštinski predstavljaju dio krivične istrage, ali njihov početak i okončanje se ne moraju podudarati s vremenom vođenja krivične istrage. S obzirom na činjenicu da omogućavaju praćenje i lociranje "tragova" nezakonito stečenog novca, finansijske istrage su postale jedan od najznačajnijih alata u rukama organa krivičnog gonjenja za efikasno suprotstavljanje kriminalu koji je motiviran sticanjem imovinske koristi (Sarajlija, 2016, str. 39).

Finansijska istraga predstavlja skup kriminalističko-istražnih aktivnosti, vještina i tehnika koje se u pravilu provode sinhronizirano s krivičnom istragom i imaju za cilj da otkriju prihod stečen krivičnim djelom, utvrde imovinu koja se može oduzeti i privremeno osigurati kako bi se kasnije omogućilo konačno oduzimanje. Radi se o relativno novijem konceptu proširenja "perimetra" klasičnih kriminalističko-taktičkih pravila otkrivanja, razjašnjavanja i dokazivanja krivičnih djela na pitanja povezana sa sticanjem i raspolaganjem imovinskom koristi direktno ili indirektno pribavljenom krivičnim djelom (Sarajlija, 2016, str. 41).

Finansijska istraga vodi se istovremeno s krivičnim istragom i često se miješa s pojmom tzv. finansijskih ili imovinskih izvida kao operativne, neformalne aktivnosti ovlaštenih službenih osoba koje su usmjerene ka prikupljanju podataka da je učinjeno krivično djelo iz kojeg je proistekla imovinska korist. Finansijski izvidi imaju ključnu važnost u predistražnom postupku i bitno se razlikuju od radnji dokazivanja. Usmjereni su ka prikupljanju podataka za odlučivanje o pokretanju krivičnog postupka i njima se mogu pribaviti podaci i činjenice koje su itekako važne za kasnije vođenje postupka (Novosel, 2007, str. 743). Za razliku od finansijskih izvida, finansijska istraga je zakonska kategorija formalnog karaktera, i provodi se na osnovu naredbe s

ciljem prikupljanja dokaza. Ima svoje specifične ciljeve u postupku, a prikupljeni dokazi mogu se koristiti kako u redovnom, tako i u posebnom postupku oduzimanja imovinske koristi. Suprotno tome, saznanja do kojih se dođe u toku finansijskih izvida, operativnog su karaktera i u kasnijoj fazi trebaju biti pribavljena po naredbi tužiteljstva i/ili suda (Sarajlija, 2016, str. 38).

ZKP FBiH ne poznaje termin finansijske istrage, ali je u članu 45, stav 2 tačka g) propisano da, u skladu s članom 413. istog zakona, tužitelj ima pravo i dužan je da utvrđuje činjenice potrebne za odlučivanje o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. Ovim članom je propisano da se imovinska korist pribavljena krivičnim djelom utvrđuje u krivičnom postupku po službenoj dužnosti, te naglašena obaveza tužitelja da prikuplja i izviđa okolnosti koje su od važnosti za utvrđivanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. Propisane su i odredbe o izdavanju naredbe banci ili drugoj pravnoj osobi (član 86 ZKP FBiH), obaveza dostavljanja podataka o finansijskim transakcijama, privremenoj obustavi finansijskih transakcija, postupak za oduzimanje imovinske koristi, te upućujuća odredba o mogućnosti primjene posebnih istražnih radnji. ZKP FBiH je propisano i da tužitelj može u optužnici zatražiti od suda da izda kazneni nalog u kojem će optuženom izreći određenu krivičnopravnu sankciju ili mjeru bez provođenja glavne rasprave.

Finansijska istraga kao zakonska kategorija propisana je novim *lex specialis* odredbama članova 8–9. Tačnije, ovim federalnim zakonom propisan je pojam "finansijske istrage", uređeno pitanje forme naredbe, postupka provođenja, organa nadležnih za provođenje finansijske istrage, rokova za provođenje istrage, načina okončanja istrage, ciljevi provođenja i dr. Uređeno je pitanje dostavljanja informacija i podataka potrebnih za donošenje sudske odluke, te propisane procesne kazne za neizvršenje sudskih naredbi, ukidanje bankarske i druge finansijske tajne kako u odnosu na pravne tako i u pogledu obaveza fizičkih osoba (član 13 ZONSIKD).

Dakle, donošenjem ovog zakona, finansijska istraga postala je formalna zakonska kategorija, za čiju primjenu ne postoji više ni jedna prepreka. Ključnu ulogu u provođenju ove istrage ima tužitelj uz neophodnu saradnju svih agencija za provođenje zakona, kao i drugih organa. Tužitelji bi, kao glavni nosioci aktivnosti po novom Zakonu, trebali inicirati vođenje finansijskih istraga, jer su njeni efekti i poruka koja se šalje javnosti i učiniteljima krivičnih djela višestruki (Sarajlija, 2016, str. 43).

5.4. Osiguranje oduzimanja imovinske koristi

U postupku za oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, osiguranje oduzimanja imovine treba posmatrati dvojako. Prvenstveno je akcenat na činjenici da se privremenom mjerom osigurava zahtjev u kojem je sadržana mjera oduzimanja imovinske koristi, bilo privremeno ili trajno, kako se u konačnici provedeni postupak, u odnosu na oduzimanje imovinske koristi, ne bi sveo na "mrtvo slovo na papiru", odnosno, na isplatu novčane protuvrijednosti ostvarene koristi, koja odluka se u pravilu teško izvršava u praksi. Osiguranje oduzimanja imovinske koristi može se obezbijediti primjenom privremene mjere koja je sredstvo sudskog prisilnog osiguranja potraživanja. Nije riječ o privremenom oduzimanju, već osiguranju zahtjeva u kojem je sadržana mjera privremenog ili trajnog oduzimanja imovinske koristi (Rondić, 2016, str. 67).

Svrha mjere praktično se postiže u ranijim fazama postupka, prvenstveno u fazi istrage kada postoji realna opasnost da se imovina otuđi, prikrije ili osumnjičeni/optuženi s imovinskom koristi raspolaže na način koji sprječava ili znatno otežava oduzimanje koristi. Privremena mjera osiguranja otklanja mogućnost izbjegavanja oduzimanja imovinske koristi. Zbog navedenog, načelo hitnosti u postupku donošenja privremene mjere osiguranja je ključno, jer ako izostane brza reakcija i ne odrede se ove mjere, cijeli postupak se dovodi u pitanje (Rondić, 2016, str. 67).

ZONSIKD donosi značajne novine i u postupku osiguranja oduzimanja imovinske koristi. Naime, do donošenja ovog *lex specialisa* osiguranje oduzimanja imovinske koristi provodilo se prema ZKP FBiH. Međutim, u implementaciji ovog zakonskog rješenja uočeni su određeni problemi i nejasnoće u postupanju, tako da je ovim *lex specialisom* otklonjena prepreka za efikasno određivanje i izvršenje ovih mjera, čime je cijeli postupak oduzimanja bio doveden u pitanje, posebno u fazi izvršenja kada ono što nije bilo osigurano nije bilo moguće ni faktički oduzeti od osoba od kojih je presudom bila oduzeta imovinska korist.

Odredbama članova 16–23 navedenog zakona normirana je oblast osiguranja oduzimanja imovinske koristi uz mogućnost primjene odredbi drugih zakona kojima se uređuje osiguranje oduzimanja, i propisuje se sljedeće:

a) uslove pod kojima se može odrediti mjera osiguranja (da postoji opasnost da bez takve mjere potraživanja Federacije Bosne i Hercegovine u pogledu oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom neće moći biti ostvarena ili da će njihovo ostvarenje biti otežano ako privremena mjera ne bude određena).

b) *Ex parte* određivanja mjera osiguranja, tačnije, osiguranje se može odrediti i prije nego što je osumnjičenom, optuženom ili povezanoj osobi omogućeno da se izjasni o prijedlogu tužitelja za određivanje mjera osiguranja, a u cilju sprečavanja protivnika osiguranja da imovinu sakrije, otuđi, optereti ili uništi.

c) Da o prijedlogu tužitelja za određivanje privremenih mjera rješenjem odlučuje sud koji bi bio nadležan za suđenje u krivičnom postupku za krivično djelo iz kojeg je pribavljena imovinska korist koja je predmet osiguranja.

d) Da rješenje kojim se određuju mjere osiguranja do podizanja optužnice donosi sudija za prethodni postupak, nakon podizanja optužnice do njenog potvrđivanja sudija za prethodno saslušanje, a nakon potvrđivanja optužnice, sudija pojedinac ili vijeće krivičnog odjeljenja suda u skladu sa ZKP FBiH, najkasnije u roku sedam radnih dana od dana podnošenja prijedloga tužitelja.

e) Da se protiv rješenja može izjaviti žalba neposredno višem sudu u roku tri dana od dana njegovog dostavljanja, te da žalba ne zadržava izvršenje rješenja.

f) Da izvršenje rješenja provodi sud, Agencija ili drugi organ određen Zakonom.

g) Taksativno je propisana lista privremenih mjera radi osiguranja potraživanja u odnosu na oduzimanje imovinske koristi:

   – zabrana otuđenja i opterećenja nekretnine ili stvarnih prava upisanih na nekretnini, uz zabilježbu zabrane u zemljišnim knjigama, oduzimanjem nekretnine i njenim povjeravanjem na čuvanje i upravljanje Agenciji,

   – zabrana osumnjičenoj, optuženoj ili povezanoj osobi da otuđi, sakrije, optereti ili raspolaže pokretnom imovinom, oduzimanjem i povjeravanjem tih stvari na čuvanje Agenciji,

   – oduzimanje gotovog novca i vrijednosnih papira, te njihovom predajom Agenciji,

   – zabrana dužniku osumnjičene, optužene ili povezane osobe da im dobrovoljno ispuni svoju obavezu, te zabrana osumnjičenoj, optuženoj ili povezanoj osobi da primi ispunjenje te obaveze, odnosno da raspolažu svojim potraživanjima,

   – nalog banci ili drugoj pravnoj osobi da osumnjičenoj, optuženoj ili povezanoj osobi uskrati da na osnovu njihovog naloga izvrši isplatu novčanih sredstava sa njihovog računa u vrijednosti za koju je

određena privremena mjera, zabranom otuđenja ili opterećenja dionica, vrijednosnih papira, udjela u fondovima, udjela ili poslovnog udjela uz zabilježbu zabrane kod Registra vrijednosnih papira Federacije Bosne i Hercegovine, Registru privrednih društava, zabranom korištenja ili raspolaganja pravima po osnovu takvih dionica, vrijednosnih papira, udjela u fondovima, udjela ili poslovnih udjela, njihovim povjeravanjem na upravljanje Agenciji ili postavljanjem privremene uprave u društvu,

- zabrana dužniku osumnjičene, optužene ili povezane osobe da im preda stvari, prenese pravo ili obavi drugu novčanu transakciju.

h) Normiran je postupak ukidanja, produženja zamjene ili određivanja dodatne privremene mjere, te trajanje mjere nakon pravomoćnosti presude.

i) Zakonodavac kao odgovornu osobu za nastalu štetu koja stoji u uzročno-posljedičnoj vezi privremene mjere radi osiguranja oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, aktivno legitimira Federaciju Bosne i Hercegovine.

j) Osigurana je zaštita prava trećih osoba, a kako se i nameće međunarodnim standardima.[13]

Vodeći računa o osnovnom načelu u postupku osiguranja oduzimanja imovinske koristi privremenom mjerom, jasnim determiniranjem privremenih mjera zabrane, rokovima, određivanjem jemstva na prijedlog protivnika osiguranja, propisivanjem dvostepenosti u odlučivanju o pravnom lijeku, pravima trećih osoba navedenog zakona normirana je oblast osiguranja oduzimanja imovinske koristi uz mogućnost primjene odredbi drugih zakona kojima se uređuje osiguranje oduzimanja (Rondić, 2016, str. 81).

5.5. Izvršenje

Moglo bi se reći da je faza izvršenja odluke suda o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom odlučujuća za sam postupak oduzimanja, jer tek nakon uspješno okončanog postupka izvršenja možemo konstatirati da je rad policije, tužiteljstva, suda i svih drugih institucija koje učestvuju u postupku za oduzimanje imovinske koristi, ostvario cilj koji se ovom mjerom htio postići (da niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom).

[13] Član 8 Direktive o zamrzavanju i oduzimanju predmeta i imovinske koristi ostvarene kaznenim djelima u Evropskoj uniji, dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042 pristupljeno dana 10. 6. 2017.

U suprotnom, ukoliko faze u postupku oduzimanja koje prethode izvršenju budu uspješno okončane, a faza izvršenja izostane, ili ne bude efikasno proveden postupak izvršenja pravosnažne presude suda kojom je određeno oduzimanje imovinske koristi, opravdano se postavlja pitanje smisla vođenja takvih postupaka, kao i donošenja takvih odluka (Ferhatović, 2016, str. 105).

Do donošenja novog Zakona, neusklađenost pravnih propisa i izostanak konkretnih i preciznih rješenja u odnosu na izvršenje mjere oduzimanja, rezultiralo je malim brojem izvršenih sudskih odluka o oduzimanju imovinske koristi. Naime, mogućnosti izvršenja odluka o oduzimanju nezakonito stečene imovine bile su ograničene, što najbolje dokazuju službeni podaci koji su poražavajući, obeshrabrujući i koji ukazuju na veliki broj pravosnažnih presuda koje vjerovatno nikada neće biti izvršene. Naime, prema podacima Pravobraniteljstva Bosne i Hercegovine[14] u periodu od 2004. do 2012. godine evidentirano je 75 predmeta u kojima je na osnovu pravosnažnih sudskih odluka o oduzimanju imovinske koristi bezuspješno pokrenut postupak izvršenja naplate imovinske koristi tražitelja izvršenja, tj. Suda Bosne i Hercegovine protiv osuđenih osoba. Ukupna vrijednost imovinske koristi iznosi 9.024.667,36 KM (4.628.034,54 EUR).

Ključne prepreke za postupak izvršenja bile su:

- pitanje načina pokretanja izvršnog postupka radi oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u pogledu aktivne legitimacije,
- forma i sadržaj izreke presude kojom se oduzima imovinska korist pribavljena krivičnim djelom u pogledu:
  - elemenata koje treba da sadrži,
  - dileme u čiju korist se imovinska korist pribavljena krivičnim djelom oduzima i
  - u pogledu sastava, odnosno, stvari i prava koje predstavljaju imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom, a koje se ima oduzeti.

S obzirom na to da su teorija i sudska praksa ukazivale na nejasnoće u postojećim propisima koje su vodile do ograničenih mogućnosti, ili nemogućnosti izvršenja mjere oduzimanja nezakonito stečene imovine krivičnim djelom (Petrović, 2011; Burzić, 2012), pojavila se potreba za donošenjem novog zakona koji bi na sveobuhvatan i precizan način uredio ovu materiju. Tako je ZONSIKD propisao postupak utvrđivanja, osiguranja, ali i izvršenja odluka o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom i *pro*

[14] Službeni podaci Pravobranilaštva Bosne i Hercegovine, 2015.

futuro otklonio sve ranije navedene nejasnoće koje su do početka primjene ovog zakona postojale.

Prednosti ZONSIKD u fazi izvršenja odluka o oduzimanju imovinske koristi su brojne. Zakonodavac je, prije svega, uzeo u obzir probleme u dosadašnjoj praksi, kao i navedene nejasnoće ili nedorečenosti do sada važećih zakona, te ih otklonio na sljedeći način.

a) Izričito je propisao da sva imovina, koja je trajno oduzeta, postaje vlasništvo Federacije Bosne i Hercegovine, te je na taj način riješena dilema koja se pojavljivala u odnosu na izreke presuda u čiju korist se imovinska korist pribavljena krivičnim djelom oduzimala.

b) Novim Zakonom je propisano da se izvršenje radi oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom određuje i provodi na prijedlog Federalnog pravobraniteljstva Federacije Bosne i Hercegovine. Na ovaj način ZONSIKD uspješno je otklonio dileme koje su se javljale po pitanju načina pokretanja izvršnog postupka radi oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u pogledu aktivne legitimacije.

c) Sljedeća nejasnoća javljala se u pogledu sadržaja izreke odluke kojom se oduzima imovinska korist pribavljena krivičnim djelom u pogledu elemenata koje treba da sadrži da bi bila i izvršna. Uzimajući u obzir elemente koje treba da sadrži presuda kao izvršna isprava kako bi bila podobna za izvršenje prema ZIP FBiH, ZONSIKD je izričito propisao koje elemente prijedlog tužitelja za oduzimanje imovinske koristi mora sadržavati, na osnovu kojeg sud donosi odluku o oduzimanju. Nadalje, ZONSIKD u članu 11 posebno je propisao i elemente presude kojom se izriče mjera oduzimanja nezakonito stečene imovine krivičnim djelom. Na taj način otklonjene su prepreke koje su se, do donošenja ovog zakona, pojavljivale u postupku izvršenja u pogledu elemenata sadržaja izreke odluke koji se vodi prema ZIP FBiH.

d) Još jedan od razloga nemogućnosti oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom na osnovu pravosnažne presude bio je i sadržaj izreke presude u pogledu sastava, odnosno stvari i prava koje predstavljaju imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom. Novi *lex specialis* je propisao obavezu sudu koji donosi presudu da u presudi tačno utvrdi, između ostalog, sastav, odnosno vrijednost imovinske koristi, tačnije, koje stvari i prava predstavljaju imovinsku korist pribavljenu protupravnim ili krivičnim djelom i njihovu novčanu protuvrijednost, kako to ne bi bila prepreka za izvršenje.

e) Nadalje, ZONSIKD osigurao je također i efikasno oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom i nakon okončanog postupka.

Naime, propisano je da imovina, koja je predmet izvršenja, ili koja će biti predmet izvršenja, bude pod mjerama osiguranja i/ili privremenog oduzimanja tokom trajanja postupka, ali i nakon okončanja postupka, kako bi se onemogućilo njeno raspolaganje od strane vlasnika ili povezane osobe sve do momenta trajnog oduzimanja. Tačnije, propisano je da osiguranje privremenom mjerom može trajati najduže 60 dana nakon što sud dostavi predlagaču osiguranja obavijest o tome da je presuda postala pravosnažna. Na ovaj način ZONSIKD je efikasno onemogućio moguće manipulacije imovinskom koristi pribavljenom krivičnim djelom od strane vlasnika, ili povezane osobe, u vremenskom periodu od momenta kada se pravosnažno okonča postupak, pa sve do momenta izvršenja, tj. trajnog oduzimanja.

Dakle, zakonodavac je odredbama ZONSIKD izričito propisao da imovina, oduzeta u postupku oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, postaje vlasništvo Federacije Bosne i Hercegovine (član 2). Zakonodavac je također izričito propisao i obavezu Federalnog pravobraniteljstva za pokretanje postupka izvršenja u ovim predmetima, na čemu će Federalno pravobraniteljstvo temeljiti svoju nadležnost (član 24 stav 1 ZONSIKD). Nadalje, zakonodavac je izričito propisao i elemente izreke presude kojom se oduzima nezakonito stečena imovina (član 11 ZONSIKD), kako bi mogla biti i efikasno trajno oduzeta prema ZIP FBiH. Na ovaj način zakonodavac je uspješno otklonio navedene prepreke za postupak izvršenja pravosnažnih sudskih odluka o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom, kako to predviđa ZIP FBiH.

5.6. Upravljanje oduzetom imovinom

Još jedna značajna novina koju donosi ZONSIKD je osnivanje nadležnog organa za upravljanje oduzetom imovinom u Federaciji Bosne i Hercegovine. Naime, do donošenja ovog zakona, odnosno, do formiranja Agencije, nisu postojali mehanizmi za upravljanje privremeno i trajno oduzetom imovinom u Federaciji Bosne i Hercegovine. Imovinska korist koju je na zahtjev tužiteljstva oduzimao nadležni sud, obično je bila deponirana u policijskim prostorijama, ili na mjestima gdje je policija namjenski čuvala predmete kojima je učinjeno krivično djelo ili su proistekli učinjenjem krivičnog djela, odnosno, pokretna imovina koja je bila u nekoj vezi s krivičnim djelima.

Uzme li se u obzir činjenica koliko je samo motornih vozila i druge pokretne imovine oduzeto na zahtjev tužiteljstva, evidentno je koliko je tih vozila izgubilo na vrijednosti, najprije iz razloga nepostojanja kapaciteta za upravljanje oduzetom imovinom. Isto tako, kada su u pitanju nekretnine, nije

postojao sličan mehanizam za upravljanje pa je i takva vrsta imovine često znala gubiti na svojoj vrijednosti. Slobodno se može reći da su ovi nedostaci demotivirajuće djelovali na cjelokupni sistem krivičnog pravosuđa u smislu opredjeljenja da se u konkretnim predmetima pribjegava provođenju finansijskih istraga i oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, jer je jako teško ili skoro pa nemoguće bilo fizički raspolagati oduzetom imovinom a da se sačuva njena vrijednost, jer nije postojala specijalizirana ustanova u vidu agencije koja bi upravljala oduzetom imovinom (Kapo, 2016, str. 130).

U tom smislu, ZONSIKD je odredbama članova 30–37 osnovao posebno upravno tijelo u vidu Federalne agencije za upravljanje oduzetom imovinom, koja ima status samostalne upravne organizacije koja za svoj rad odgovara Vladi i Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine. ZONSIKD su uređeni i način čuvanja, upravljanja, prodaje, najma, poklanjanja i uništenja privremeno i trajno oduzete imovine, u cilju njenog očuvanja, odnosno održivosti prave vrijednosti. Ključna funkcija Agencije je da u cilju zaštite sigurnosti, integriteta i očuvanja vrijednosti upravlja privremeno i trajno oduzetom imovinom po odredbama ZONSIKD i drugih zakonskih propisa. Agencija je, zapravo, svojevrsni servis nadležnim sudovima koji su donijeli odluke (rješenja i presude) u okviru postupka za oduzimanje imovinske koristi i treba da olakša provođenje takvog postupka u smislu postupanja s različitim oblicima imovine koji mogu biti predmet postupka, i za čije upravljanje su potrebni posebni kapaciteti, resursi, znanja i procedure za očuvanje vrijednosti takve imovine (Kapo, 2016, str. 129).

Prihodi od prodaje oduzete imovine su sredstva koja se uplaćuju u budžet Federacije Bosne i Hercegovine, iz kojeg se finansira rad Agencije i različiti troškovi upravljanja privremeno ili trajno oduzetom imovinom.

U skladu s odredbom člana 30 ZONSIKD propisane su sljedeće nadležnosti Agencije:

1. upravljanje privremeno oduzetom i oduzetom imovinom po odredbama ZONSIKD i drugih zakona,
2. provođenje analiza u području oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom,
3. stručna edukacija iz područja finansijskih istraga i oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom,
4. obavljanje i drugih poslova propisanih ZONSIKD.

Agencija nema operativne nadležnosti za provođenje finansijskih istraga i oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, čime se ona svrstava u red tzv. AMO agencija (engl. *Asset Management Office*), za razliku od tzv. ARO agencija (engl. *Asset Recovery Office*) koje su najčešće određene kao nacionalne kontakt tačke za postupanje i razmjenu informacija i podataka u slučajevima finansijskih istraga i oduzimanja imovinske koristi u skladu s relevantnim odlukama Evropske unije (Kapo, 2016, str. 135).

Specifičnosti faze upravljanja u okviru postupka za oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom jesu što se radi o upravnopravnom i organizacijskom postupanju koje se javlja u dvije različite situacije: (1) u toku trajanja mjera osiguranja (kada još uvijek nema pravosnažne odluke suda o oduzimanju), tj. u onim situacijama kada je sud odredio i privremeno oduzimanje pojedinih oblika imovine, i (2) nakon pravosnažnosti sudske odluke kojom je određeno oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom.

Ovim zakonom također su propisani mnogobrojni poslovi i zadaci Agencije, među kojima posebno izdvajamo poslove skladištenja, čuvanja, prodaje, najma oduzete imovine, vršenje stručne procjene vrijednosti privremeno oduzete imovine, vođenje evidencije o imovini kojom raspolaže i upravlja u sudskim postupcima u kojima se odlučuje o takvoj imovini, objavljivanje redovnih i godišnjih izvještaja o stanju u oblasti oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, te njihovo dostavljanje Vladi Federacije Bosne i Hercegovine i Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine, u saradnji s drugim nadležnim institucijama, učestvovanje u obuci državnih i policijskih službenika i nosilaca pravosudnih funkcija u vezi s finansijskim istragama i oduzimanjem imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, itd.

U odnosu na organizaciju vršenja ovih poslova, u Agenciji su sistematizirana radna mjesta po grupama, vrsti i obimu obavljanja poslova. Tako postoji pet sektora: (1) Sektor za upravljanje oduzetom imovinom, (2) Sektor za analitičko strateške poslove, (3) Sektor za edukaciju, (4) Sektor za pravne poslove, i (5) Sektor za materijalno finansijsko poslovanje.

Naročito će se voditi računa prilikom procjene i prodaje imovine, dobijanja sredstava vezanih za prodaju i najam imovine, držanju takvih sredstava na posebnom računu Agencije i uplaćivanju tih sredstava u Budžet Federacije Bosne i Hercegovine, kako to propisuje ZONSIKD. Na kraju, bit će jako važno uspostaviti javni *online* registar oduzete imovine u kojem bi bile dostupne sve informacije o imovini kojom Agencija upravlja i svi pojedinačni postupci za prodaju, najam, poklon ili uništenje imovine.

6. Zaključak

Mjera oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine već tradicionalno je uređena kao posebna krivičnopravna mjera, izdvojena iz sistema krivičnih sankcija. Riječ je, dakle, o specifičnoj mjeri *sui generis* kojom se ostvaruje jedno od temeljnih načela krivičnog prava, a to je da niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom. Krivičnim zakonom Federacije Bosne i Hercegovine propisana je kao institut u općem dijelu krivičnog zakona, dok je u Zakonu o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine propisan postupak oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. Postupak za oduzimanje imovinske koristi se ne vodi zbog glavnog pitanja o krivnji osobe kojoj se djelo stavlja na teret, već kao objektivni, *in rem* postupak, koji pokreće i vodi sud po službenoj dužnosti.

Zbog nedorečenosti i nepreciznosti pravnih propisa koje je bilo potrebno primijeniti u postupku oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, cjelokupan sistem oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom ocijenjen je kao neefikasan, te se javila potreba za donošenjem novog zakona koji će na jasan, precizan i sveobuhvatan način urediti ovu materiju. Tako je i nastao Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom u Federaciji Bosne i Hercegovine, koji na jednom mjestu uređuje postupak utvrđivanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, postupak osiguranja oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, postupak izvršenja odluka o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom i upravljanje privremeno i trajno oduzetom imovinom.

Zakonom o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom ograničena je primjena odredbi o oduzimanju imovinske koristi prema pravilima koja propisuje ovaj zakon na ona krivična djela za koja se prema zakonu može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna. S obzirom na to da je *lex specialis*, odredbe postojećih zakona kojima se uređuje utvrđivanje, osiguranje oduzimanja, izvršenje odluka o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom i upravljanje oduzetom imovinom primjenjuju se samo ako ovim zakonom nije drukčije propisano.

Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom Federacije Bosne i Hercegovine stupio je na snagu 11. 9. 2014. godine, s *vacatio legis* od šest mjeseci, i počeo je s primjenom marta 2015. godine. Ovaj *lex specialis* donio je niz novina, posebno zbog utjecaja međunarodnog prava u ovoj oblasti, od kojih naglašavamo propisivanje posebnog postupka za oduzimanje imovinske koristi kada nije donesena presuda u krivičnom

postupku, tzv. objektivni (*in rem*) postupak u slučaju negativnih procesnih pretpostavki za vođenje krivičnog postupka; propisivanje finansijske istrage kao formalne zakonske kategorije; značajne novine u postupku osiguranja oduzimanja imovinske koristi i postupku izvršenja odluka o oduzimanju; kao i osnivanje nadležnog organa za upravljanje oduzetom imovinom u Federaciji Bosne i Hercegovine.

Donošenjem Zakona o oduzimanju nezakonito stečene imovine pribavljene krivičnim djelom riješene su brojne dileme koje su do donošenja ovog zakona bile sporne u praksi, te on predstavlja korak ka približavanju Bosne i Hercegovine uspostavi međunarodnih standarda u ovoj oblasti. Ipak, sigurni smo da i ovaj zakon ima svojih nedostataka koji će se njegovom primjenom konkretizirati i, prema potrebi, nastojati budućim izmjenama i dopunama zakona svakako korigirati.

Bibliografija

1. Burzić, D. (2012). Problemi u praksi kod izvršenja mjera oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. *Pravo i pravda*, XI (1), 445–460.
2. Datzer, D., & Mujanović, E. ur. (2016). *Oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelima – Priručnik za praktičare.* Sarajevo: CPRC i Britanska ambasada.
3. Derenčinović, D. (1999). Pravna priroda instituta oduzimanja imovinske koristi i njegovo značenje u prevenciji organiziranog kriminala. *Policija i sigurnost*, 8 (3–4), 161–170.
4. Ferhatović, A. & Mujanović, E. (2015). Samostalno oduzimanje imovinske koristi. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu,* LVIII, 33–53.
5. Ivičević Karas, E. (2011). *Komentar Zakona o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem*. Zagreb: Narodne novine.
6. Jusufović, M. (2015). Oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. *Bilten sudske prakse*, (5), 7–21.
7. Kos, D. (1998). Problematika oduzimanja imovinske koristi vezana uz aspekt organiziranog kriminaliteta. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu,* 5 (2), 753–759.
8. Mujanović, E. & Sarajlija, S. (2014). Oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u Bosni i Hercegovini – između ideala i

stvarnosti. *Zbornik radova sa međunarodne naučno-stručne konferencije Izgradnja modernog pravnog sistema* (871–896). Sarajevo: Internacionalni Burč univerzitet.

9. Novosel, D. (2007). Financijske istrage i progon počinitelja gospodarskog kriminaliteta. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 14 (2), 739–783.
10. Pajić, D. (2015). *Krivičnoprocesni aspekti oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom* (doktorska disertacija). Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru.
11. Petrović, B. & Dobovšek, B. (2007). Institut obrnutog dokaznog tereta i konfiskacija (*de lege lata* i *de lege ferenda*), *Pravo i pravda*, VI (1), 93–108.
12. Petrović, B., Jovašević, D., & Ferhatović, A. (2016). *Krivično pravo II: Saučesništvo, krivične sankcije i posebni dio*. Sarajevo: Pravni fakultet.
13. Petrović, B. (2011). Oduzimanje protupravno stečene imovinske koristi (*de lege lata* i *de lege ferenda*). *Pravo i pravda*, X, (1), 339–341.
14. Sijerčić-Čolić, H. (2012). *Krivično procesno pravo Knjiga II: Tok redovnog krivičnog postupka i posebni postupci* (3. izmijenjeno i dopunjeno izdanje). Sarajevo: Pravni fakultet.
15. Službeni podaci Pravobranilaštva Bosne i Hercegovine. (2015).
16. Tomić, Z. (1981). Kriteriji i problematika kod utvrđivanja vrijednosti imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XXIX, 145–158.
17. Tomić, Z. (1982). Pravna priroda oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XXX, 145–157.

Propisi i konvencije

1. Direktiva 2014/42/EU Evropskog parlamenta i Vijeća o zamrzavanju i oduzimanju predmeta i imovinske koristi pribavljene krivičnim djelima u Europskoj uniji. Preuzeto 16. 6. 2017. s: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016SC0468
2. Direktiva o zamrzavanju i oduzimanju predmeta i imovinske koristi ostvarene kaznenim djelima u Evropskoj uniji. Preuzeto 16. 6. 2017. s: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042

3. Izmjene i dopune Krivičnog zakona Federativne Narodne Republike Jugoslavije, Sl. list FNRJ, br. 30/59.
4. Konvencija Ujedinjenih naroda protiv korupcije. Preuzeto 16. 6. 2017. s: https://ti-bih.org/wp-content/uploads/2016/10/Konvencija_UN_protiv_korupcije_.pdf
5. Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Sl. novine FBiH, br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16.
6. Krivični zakon Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, Sl. list SFRJ, br. 44/76, 36/77.
7. Zakon o izvršnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Sl. novine FBiH, br. 32/03, 33/06.
8. Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Sl. novine FBiH, br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 5/06, 27/07, 53/07, 09/09, 12/10, 08/13, 59/14.
9. Zakon o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog djela, Sl. glasnik RS, br. 12/10.
10. Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine pribavljene krivičnim djelom, Sl. novine FBiH, br. 71/14.
11. Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine, Sl. novine BDBiH, br. 14/06.
12. Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Sl. novine FBiH, br. 53/05, 73/05, 19/06, 98/15.
13. Zakon o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem Republike Hrvatske, NN 145/10.

Dr. Amila Ferhatović
Assistant professor

Hrvoje Boban, MA

CONFISCATION OF PROPERTY GAIN ACQUIRED BY CRIMINAL OFFENCE IN THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The instrument of confiscation of property gain acquired by criminal offence is not a legal novelty in the criminal legislation of the Federation of Bosnia and Herzegovina, even though it has only recently became the subject of interest of both professional and scientific community. The reason for this lies in the fact that this instrument was updated by the adoption of lex specialis – Law on Confiscation of Illegally Acquired Property in the Federation of Bosnia and Herzegovina of 2014, which commenced with application in March 2015.[15]

Namely, for a longer period of time, since 1959 to be exact, this instrument was regulated by the basic rules of criminal law,[16] *but the existing legal framework that regulated this issue was assessed as inefficient, so there was a need for the adoption of a special law that would regulate this issue and establish a special state body that would be in charge of managing the confiscated assets.*

The paper focuses precisely on the measure of confiscation of illegally acquired property gain in the Federation of Bosnia and Herzegovina, presenting this instrument through the provisions of the existing, as well as the new Law. Authors pay special attention to many novelties carried by the new Law, clarifying why they were absolutely necessary. The goal of this paper is to present all stages in the procedure of confiscation of illegally acquired property gain

[15] The Law on Confiscation of Illegally Acquired Property, Official Gazette of FBiH, No. 71/14.

[16] Confiscation of illegally acquired property gain was introduced into national legislation by the Amendments to the Criminal Code of the Federative People's Republic of Yugoslavia (Official Gazette of FNRY, No. 30/59), as a type of criminal sanction, as a special security measure.

through the analysis of substantive and procedural provisions of the new Law, as well as the existing laws that regulate this matter.

Presentations in the paper are divided into five segments: the first segment carries the introductory remarks; the second segment presents the concept and legal nature of the measure of confiscation of illegally acquired property gain; the third segment introduces the instrument of confiscation of illegally acquired property gain according to the earlier legislation; the fourth segment analyses the positive legal regulations of this measure through substantive and procedural provisions in the Federation of Bosnia and Herzegovina; the fourth segment provides a structured review of the procedure of confiscation of property gain according to the new Law; while the fifth segment represents the conclusion.

Keywords: *confiscation of illegally acquired property gain, Law on Confiscation of Illegally Acquired Property, financial investigation, ensuring of confiscation of illegally acquired property gain, execution of the measure of confiscation of illegally acquired property gain, management of temporary and permanently confiscated property*

Dr. Zinka Grbo
Vanredna profesorica
z.grbo@pfsa.unsa.ba

UDK 330.322:341.6
Pregledni naučni rad

MEHANIZMI ZAŠTITE STRANIH INVESTICIJA – SLUČAJ BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak

Pravni sporovi koji nastaju povodom stranih ulaganja – investicioni sporovi, danas se, u pravilu, rješavaju putem arbitraže. Generalno, država u koju se vrši ulaganje (recipijent, država domaćin, država prijema) obvezuje se unaprijed na ovakav način rješavanja sporova sa stranim investitorom. U tom smislu, Bosna i Hercegovina nije izuzetak. Bilateralni sporazumi o zaštiti i unapređenju stranih investicija su u Bosni i Hercegovini aktuelni unazad dvadesetak godina. Bosna i Hercegovina ih je potpisala četrdeset. Institucija koja se u najvećem broju slučajeva predviđa kao opcija foruma za rješavanje investicionih sporova je Međunarodni centar za rješavanje investicionih sporova (ICSID), kao specijalizirana institucionalna arbitraža. Bosna i Hercegovina je do danas, u ulozi tužene, (bila) stranka u postupku pred ovom institucijom u tri slučaja. Paradigmatično, karakteristike jednog od njih prikazane su u ovom radu.

Ključne riječi: *strana ulaganja, investicioni sporovi, Bosna i Hercegovina, bilateralni sporazumi o zaštiti i unapređenju investicija, Međunarodni centar za rješavanje investicionih sporova*

Uvod

Ekonomski razvoj Bosne i Hercegovine u posljednjih dvadesetak godina obilježen je stranim ulaganjima. Ne ulazeći na ovom mjestu u posebne razloge ekonomske prirode koji opredjeljuju strane investitore da ulažu svoj kapital u Bosnu i Hercegovinu, činjenica da se država javlja kao recipijent stranih ulaganja povlači pitanje postojanja mogućnosti zaštite prava stranog ulagača. Pravni sporovi koji nastaju povodom stranih ulaganja u državu – investicioni sporovi, danas se, u pravilu, rješavaju putem arbitraže. Generalno, država u koju se vrši ulaganje (recipijent, država domaćin, država prijema) obvezuje se unaprijed na ovakav način rješavanja sporova sa stranim inve-

stitorom. U tom smislu, Bosna i Hercegovina nije izuzetak. Strani investitori, s druge strane, zainteresirani su da anticipiraju svoj pravni položaj kako bi mogli upravljati rizicima s kojim se eventualno mogu suočiti u državi recipijentu. U tom smislu, zajednička referentna tačka države prijema i stranog ulagača u pravcu zaštite vlastitih interesa je u bilateralnim sporazumima o zaštiti i unapređenju stranih investicija (*Bilateral Investment Treaty* – BIT).[1] Ovi sporazumi se u pravilu javljaju kao pravni osnov investicionih sporova/arbitraža, odnosno garant zaštite prava stranih ulagača koji dolaze iz država potpisnica, a povodom pravnih poslova, investicija, koje poduzimaju u državi recipijentu. Ovim sporazumima uređuje se način, opseg i metoda međunarodnog unapređenja i zaštite ulaganja, kao i rješavanje sporova (Lasić, 2013, str. 164). U tom smislu predmet ovoga rada je režim zaštite stranih investicija, predviđen spomenutim bilateralnim sporazumima, konkretiziran kroz jedan pravni spor.

Bilateralni sporazumi o zaštiti i unapređenju stranih investicija su u Bosni i Hercegovini aktuelni unazad dvadesetak godina. Bosna i Hercegovina ih je do danas potpisala četrdeset.[2] U pravilu radi se o tipskim ugovorima, dvostranim pravnim aktima koji sadrže relativno ujednačene odredbe, iako pojedini od njih imaju specifičnosti. Posebnosti o kojima je riječ odnose se i na pojedinosti vezane za rješavanje investicionih sporova. Pri tome, nije sporno pitanje *načina* rješavanja sporova, ono je u većini slučajeva usmjereno na arbitražu, iako nije isključena mogućnost sudskog odlučivanja. Razlike koje se mogu uočiti odnose se na vrstu arbitraže i instituciju koja bi bila nadležna za vođenje postupka. Institucija koja se u najvećem broju slučajeva predviđa kao opcija je Međunarodni centar za rješavanje investicionih sporova (ICSID), kao specijalizirana institucionalna arbitraža za investicione sporove. Bosna i Hercegovina je do danas, u ulozi tužene, (bila) stranka u postupku pred ovom institucijom u tri slučaja. Navedeni podatak je od izuzetnog pravnog, ekonomskog i političkog značaja za bosanskohercegovačke građane, imajući u vidu činjenicu da se ovi arbitražni postupci finansiraju iz budžetskih sredstava, odnosno da se tiču imovinskih interesa Bosne i Hercegovine. S druge strane, zastupljenost općeg interesa ogleda

[1] U svijetu su zaključena 2953 ovakva sporazuma. UNCTAD, Investment Policy Hub: http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA

[2] Lista, iako nepotpuna, zemalja s kojima Bosna i Hercegovina ima potpisane dvostrane sporazume, kao i tekstovi sporazuma, dostupna je na web-stranici Ministarstva vanjske trgovine i ekonomskih odnosa Bosne i Hercegovine: http://www.mvteo.gov.ba/sporazumi/trgovinski/bilateralni/investicije/Archive.aspx?id=275&langTag=bs-BA Podaci o državama s kojim je Bosna i Hercegovina zaključila međunarodne ugovore, bez tekstova ugovora, dostupni su na http://www.mvp.gov.ba/vanjska_politika_bih/bilateralni_odnosi/medunarodni_ugovori/prema_drzavama/Default.aspx

se kroz činjenicu aktivnog učešća državnih organa u takvom arbitražnom postupku. Navedeni razlozi determiniraju bitnu osobinu investicionih arbitraža – transparentnost.[3]

Fokus rada je na pojedinim bilateralnim sporazumima o unapređenju stranih investicija koje je zaključila Bosna i Hercegovina u dijelu odredbi koje se odnose na rješavanje sporova. Kako je navedeno, mogućnost izbora institucionalne (ili neinstitucionalne) arbitraže je dozvoljena, ali je cilj koji se ovim putem namjerava postići isti. U pravilu, to je rješenje spora koje bi bilo zadovoljavajuće za obje strane, čemu arbitraža u osnovi teži. Pri tome, činjenica da se na jednoj strani u sporu nalazi država daje investicijskoj arbitraži drugačiji, javni značaj, odnosno prispodobljuje joj karakter pitanja od društvenog interesa. Posebna pažnja u tom smislu u radu je posvećena specijaliziranom arbitražnom tijelu čija nadležnost je predviđena navedenim sporazumima, a pred kojim se pojavljuje Bosna i Hercegovina kao tužena strana u tri slučaja: *ALAS International Baustoffproduktions AG* v. *Bosnia and Herzegovina*,[4] *Elektrogospodarstvo Slovenije-razvoj in inzeniring d.o.o.* v. *Bosnia and Herzegovina*[5] i *Viaduct d.o.o. Portorož, Vladimir Zevnik and Boris Goljevšček* v. *Bosnia and Herzegovina*.[6] Prvi slučaj okončan je poravnanjem stranaka, dok su druga dva u toku, pri čemu je posljednji u početnoj fazi (tribunal još nije konstituiran[7]).

1. Pojam stranih investicija i investicionih sporova

Pojam stranog ulaganja, investicije, nije unificiran na međunarodnom pravnom i akademskom nivou. U najširem smislu, strana investicija je transfer kapitala iz privrede jedne u ekonomiju druge države, ekstenzivno se definira i isključuje jedino besteretne oblike plasiranja sredstava kao što su donacije i bespovratni krediti (Cvetković, 2007).

Jedina zakonska definicija u kontekstu određivanja pojma stranih investicija u nacionalnom pravu koja je relevantna sadržana je u Zakonu o politici

[3] Značaj transparentnosti je na globalnom nivou dobio svoj obol Konvencijom Ujedinjenih naroda o transparentnosti arbitraže između ulagača i države na temelju ugovora (*United Nation Convention in Treaty-based Investor-State Arbitration*) iz 2014. godine, poznatom i kao Mauricijska konvencija o transparentnosti (*Mauritius Convention on Transparency*). Ovoj konvenciji prethodilo je donošenje UNCITRAL-ovih pravila o transparentnosti (*UNCITRAL Rules on Transparency*).

[4] ICSID Case No. ARB/07/11.

[5] ICSID Case No. ARB/14/13.

[6] ICSID Case No. ARB/16/36.

[7] Podatak iz maja 2017.

direktnih stranih ulaganja u Bosni i Hercegovini (ZPDSU), i odnosi se na samo jednu vrstu.[8] Direktno strano ulaganje, u skladu s čl. 2, znači ulaganje u novoosnovano privredno društvo ili ulaganje u postojeće domaće društvo, kao i ulaganje u novoosnovanu ustanovu ili postojeću ustanovu, koje može biti u novcu, stvarima i pravima. Pri tome, strani ulagač je fizičko lice koje nema stalni boravak u Bosni i Hercegovini, odnosno pravno lice formirano u skladu sa stranim zakonom. Pravno lice u ovom slučaju prvenstveno podrazumijeva privrednopravnog subjekta, ne državu. Pojmovno su direktno strano ulaganje i strano ulaganje vrlo bliski, pri čemu ovo prvo uobičajeno podrazumijeva svojevrsno institucionaliziranje stranog kapitala. To je transfer kapitala u bilo kom obliku iz jedne u drugu zemlju s ciljem vlasnika da posredstvom poslovnog poduhvata, pod njegovom punom ili djelimičnom kontrolom, ostvari dobit (Trifković, Simić, Trivun, Silajdžić & Mahmutćehajić, 2009).

Svaki bilateralni sporazum o zaštiti stranih investicija sadrži definiciju pojma investicija. Ovdje se kao primjer navodi definicija iz Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Slovenije.[9] Određivanje pojma stranog ulaganja u bilateralnim sporazumima nije unificirano, ali je dosta ujednačeno.[10] U skladu sa čl. 1 Sporazuma sa Slovenijom izraz "investicija" označavat će svaku vrstu sredstava investiranih u skladu sa zakonima i propisima ugovorne strane na čijoj teritoriji je investicija izvršena, a posebno, mada ne i isključivo: a) pokretnu i nepokretnu imovinu, kao i druga prava *in rem* kao što su hipoteke, retenciona prava i jemstva; b) udjele, dionice, obveznice i bilo koji oblik učešća u kompaniji; c) potraživanja novca ili bilo kojeg izvršenja koje ima ekonomsku vrijednost, a povezano je s investicijom; d) prava intelektualne svojine, uključujući prava koja se odnose na autorska prava, patente, trgovinske znakove, trgovinska imena, industrijske dizajne i prava u tehničkim procesima, *good-will* i *know-how*; e) koncesije, date zakonom, administrativnim aktom ili ugovorom, za poduzimanje bilo koje ekonomske i komercijalne aktivnosti, uključujući koncesije za istraživanje, uzgajanje, ekstrakciju ili eksploataciju prirodnih resursa. Većina država na sličan način (strane) investicije određuje kroz neiscrpnu listu dobara kojim se kvalificira pojam ulaganja.[11]

S aspekta zainteresiranih strana, međunarodna investicija je trilateralni odnos. Svaka od tri strane ima svoje interese u investicionom odnosu: država

---

8 Službeni glasnik BiH, br. 17/98, 13/03, 48/10 i 22/15.

9 Sporazum između Bosne i Hercegovine i Republike Slovenije o recipročnom unapređenju i zaštiti investicija. Službeni glasnik BiH-MU, br. 3/02. U radu je korišten zvanični tekst/prevod Sporazuma.

10 Vidi npr. čl. 1 Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Austrije.

11 Istraživanje UNCTAD-a (2016).

domaćin da optimalizira korist od investicije na način koji će unaprijediti njenu ekonomiju ili pomoći ostvarivanju socijalnih i drugih ciljeva; strani investitor potrebu da iz uloženog kapitala generira najvišu moguću stopu profita; država porijekla da svog investitora zaštiti od posljedica određenih protupravnih radnji ili akata države domaćina, s obzirom na to da resursi koji su uloženi u receptivnoj državi potiču iz ekonomije države porijekla (Cvetković, 2004, str. 253). Ovdje se, međutim, mora naglasiti da država porijekla istovremeno nema i obavezu da pruža zaštitu svom investitoru, ali se može pretpostaviti da bi na bazi intenziteta spomenutog interesa odlučivala o ulozi "posrednika" za svog investitora, odnosno da bi u svakom konkretnom slučaju odlučivala o svom angažmanu u ovom smislu. Stranom investitoru, privatnopravnom licu, ostavljena je mogućnost da sam traži zaštitu svojih prava neovisno o intervenciji države njegovog porijekla.

Generalno, ne samo u kontekstu ovoga rada, pod investicionim sporovima podrazumijevaju se oni koji nastaju povodom povrede prava stranog ulagača (investitora) u državi domaćina, a koji se nastoje riješiti prije svega putem arbitraže. Specifičnost ovih sporova i mehanizma njihovog rješavanja leži u tome što je jedna strana subjekt privatnog, a druga subjekt (međunarodnog) javnog prava (Trifković et al, 2009, str. 157). Na ovom mjestu potrebno je naglasiti da (investicioni) spor koji nastaje povodom investicija između licâ privatnog prava ukoliko se rješava pred arbitražom onda je ona trgovačkog, a ne investicionog karaktera. Sporovi između država, koji nastaju povodom kršenja međunarodnih obaveza, a koje se odnose na ulaganja, također su investicioni sporovi. Do ovakvih sporova dolazi kada jedna od država poduzima na različite načine diplomatsku zaštitu prava svog državljanina koji je izvršio ulaganje u drugoj državi, i mogu se rješavati različitim instrumentima (Stanivuković, 1997). Navedeno razlikovanje sporova koji proističu iz stranih ulaganja s obzirom na subjekte koji u njima učestvuju opredjeljuje izbor foruma i pravni osnov za njihovo rješavanje. U tom smislu, u ovom radu predstavljeni su mehanizmi pravne zaštite stranih investicija, privatnopravnih lica, u Bosni i Hercegovini kao državi prijema. U tom kontekstu koristi se i pojam investicioni spor.

2. Mehanizmi rješavanja sporova između investitora i Bosne i Hercegovine

Kako je uvodno navedeno, Bosna i Hercegovina se na međunarodnom planu ne izdvaja od većine drugih država po pitanju uređenja odnosa između stranog investitora i države općenito, pa u tom smislu i načina rješavanja sporova investicione prirode. Prateći globalni trend napuštanja zaštite inve-

sticija putem različitih diplomatskih instrumenata, i Bosna i Hercegovina je pristala na "privatizaciju pravde" normiranjem načina rješavanja sporova kroz bilateralne sporazume putem arbitraže. Bilateralni sporazumi o zaštiti (i unapređenju) investicija se u kontekstu međunarodnog investicionog prava pozicioniraju visoko u hijerarhiji njegovih izvora.[12] Bosna i Hercegovina je u proteklih dvadesetak godina zaključila desetine ovih sporazuma, pri čemu taj proces nije okončan. Da ovi sporazumi nisu zaključeni samo *pro forma*, konkretno u kontekstu rješavanja sporova, ukazuje činjenica da su najmanje dva od njih, s Austrijom[13] i Slovenijom, bili osnova pozivanja na zaštitu prava njihovih investitora protiv države prijema, Bosne i Hercegovine, u arbitražnim postupcima pred ICSID-om.

Svaki od bilateralnih sporazuma koje je zaključila Bosna i Hercegovina sadrži odredbe o rješavanju sporova između investitora i ugovorne strane. Pri tome, u ovisnosti o kojoj državi ugovornici se radi, predviđeni načini rješavanja sporova između jedne od država i investitora državljanina druge države su u pravilu ujednačeni. Naime, većina bilateralnih sporazuma koje je zaključila Bosna i Hercegovina predviđa, između ostalih, ICSID kao forum za rješavanje sporova, odnosno kao jednu od institucionalnih arbitraža.[14] Uz to, "ponuda" načinâ rješavanja sporova obuhvata obavezno određene diplomatske mjere, postupke pred nadležnim sudovima države prijema i *ad hoc* arbitraže. Pravilo je da sudskom postupku, odnosno arbitražnom načinu rješavanja investicionih sporova prethodi jedna ili više "prijateljskih" mjera. Primjer bilateralnih sporazuma ove vrste koje je zaključila Bosna i Hercegovina, i na koje su se investitori pozivali u konkretnim sporovima to ilustriraju.

U poglavlju Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Austrije koji se odnosi na rješavanje sporova navedeno je da se odredbe tog poglavlja "primjenjuju na sporove između Ugovorne strane i investitora druge Ugovorne strane koji se odnose na navodno kršenje obaveze prve Ugovorne strane prema ovom Sporazumu, a što prouzrokuje gubitke ili štetu investitoru ili njegovoj investiciji".[15] "Takav spor će, ukoliko je to moguće, biti riješen pregovorima ili konsultacijama."[16] Formulacija iz Sporazuma Bosne i Hercegovine sa Slovenijom je slična, iako ne identična, što ukazuje na to da Bosna i Hercegovina

[12] O izvorima detaljno vidjeti u Cvetković, 2007, str. 14–18.
[13] Sporazum između Bosne i Hercegovine i Republike Austrije o unapređenju i zaštiti investicija. Službeni glasnik BiH-MU, br. 3/02.
[14] Izuzetak su bilateralni sporazumi koje je Bosna i Hercegovina zaključila s Iranom, Kanadom, SAD-om i OPEC Fondom za međunarodni razvitak.
[15] Čl. 11 Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Austrije.
[16] Čl. 12 st. 1 Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Austrije.

nema model (sadržaja) ovih vrsta ugovora.[17] Odredba iz Sporazuma sa Slovenijom glasi: "Bilo koji spor koji može nastati između jedne Ugovorne strane i investitora druge ugovorne strane u odnosu na investicije tog investitora na teritoriji prvonavedene ugovorne strane, rješavat će se pregovorima na prijateljski način".[18] Sporazumi ne sadrže detalje vezane za pojašnjenje pojmova pregovori ili konsultacije. Značaj ovih "diplomatskih kanala" nije samo u prevenciji izbijanja spora, već oni mogu imati značajnu ulogu u razjašnjavanju predmeta već nastalog sukoba, što može doprinijeti postizanju uzajamno prihvatljivog rješenja (Cvetković, 2004). Obim i vrsta sporova koji se mogu pojaviti između jedne ugovorne strane i investitora druge ugovorne strane ovim odredbama nije izričito određen, osim što je evidentno da moraju proistjecati iz investicije.

Sporazumi s obje države predviđaju vremenske periode, tri,[19] odnosno šest[20] mjeseci, u kojima bi pregovorima i/ili konsultacijama trebalo pokušati riješiti nastali spor prije nego što se pristupi drugim, sudskim ili arbitražnim, načinima za njegovo rješavanje.[21] Odredbe bilateralnih sporazuma vrlo često ustanovljavaju ovaj tzv. period hlađenja (*cooling off period*) (Đunđić, 2013), odnosno period čekanja ili odložni rok.

Investitorima iz Austrije i Slovenije u Bosni i Hercegovini nakon (neuspjelog) pokušaja prijateljskog rješavanja stoji na raspolaganju mogućnost da sporove riješe pred:[22]

a) nadležnim sudovima ili administrativnim tribunalima Ugovorne strane, strane u sporu[23] ili u skladu s bilo kojom primjenjivom ranije dogovorenom procedurom za rješavanje sporova,[24] odnosno Ugovorne strane na čijoj je teritoriji investicija izvršena[25] ili

---

17 Ovo je vidljivo i iz naziva sporazuma koji nisu ujednačeni. Iako se u literaturi i praksi koristi generički pojam bilateralni investicioni sporazumi (*bilateral investment treaty* – BIT), u slučaju Bosne i Hercegovine svaki sporazum je i u naslovu individualiziran.

18 Čl. 8 Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Slovenije.

19 Čl. 8 st. 2 Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Slovenije.

20 Čl. 12 st. 2 Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Austrije.

21 Recentan primjer za navedeno je zahtjev za prijateljsko rješavanje spora Hrvatske Elektroprivrede d.d. (Hrvatska) protiv Bosne i Hercegovine upućen Pravobranilaštvu Bosne i Hercegovine 12. 5. 2017. godine.

22 Osim arbitražnih institucija predviđenih konkretnim sporazumima, postoji mogućnost izbora drugih tijela kao što su npr. Arbitražni institut Štokholmske privredne komore (SCC) ili Arbitražni sud pri Privrednoj komori Bosne i Hercegovine.

23 Čl. 12 st. 1 t. a Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Austrije.

24 Čl. 12 st. 1 t. b Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Austrije.

25 Čl. 8 st. 2 t. a Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Slovenije.

b) ICSID-om,[26]

c) *ad hoc* arbitražom ustanovljenom prema UNCITRAL-ovim pravilima,[27] osim ako strane u sporu ne dogovore drugačije,[28]

d) Međunarodnoj privrednoj komori (ICC), arbitru pojedincu ili *ad hoc* tribunalu prema njenim arbitražnim pravilima.[29]

Oba sporazuma u klauzuli koja se odnosi na rješavanje sporova (*dispute resolution clause*) sadrže i izričitu saglasnost država članica za podnošenje investicionog spora međunarodnoj arbitraži,[30] kao i mjerodavno pravo za suštinu spora – bilateralni sporazum, pravo države domaćina i principe međunarodnog prava. Iz formulacije ove klauzule evidentno je da je izbor foruma, sudskog ili arbitražnog, za rješavanje sporova postavljen alternativno. Ako bi se tužilac odlučio obratiti nacionalnom sudu za zaštitu svojih prava, smatra se da je takvim izborom foruma za rješavanje spora aktivirao tzv. klauzulu račvanja puteva (*Fork in the Road clause*) jer je predviđena prekluzija u pogledu obraćanja arbitražnom sudu (Đunđić, 2013).

2.1. Investicione arbitraže

U sistematizaciji vrsta arbitraža s obzirom na vrstu spora i karakter stranaka učesnika u sporu, govori se o trgovačkim i investicionim arbitražama. Za prve je karakteristično da su strane u sporu subjekti trgovačkog prava, fizička i/ili pravna lica koja pristupaju arbitražnom rješavanju sporova povodom trgovačkog posla. Obilježje druge vrste je to što se kao jedna od stranaka u sporu uvijek pojavljuje država kao nosilac suvereniteta. Dominantan način rješavanja sporova između investitora i države domaćina javlja se u vidu investicione arbitraže (Đunđić, 2013, str. 359.). Investiciona arbitraža podrazumijeva način rješavanja spora nastalog povodom ulaganja subjekta nedržavljana države u koju je ulaganje izvršeno (*investor-state dispute*). Imajući u vidu da se u ovakvom sporu na jednoj strani nalazi suverena država, a na drugoj privatnopravno lice, mogao bi se izvući preuranjeni zaključak da je riječ o neravnopravnom položaju stranaka. No, upravo je uspostavljanje institucionalne investicione arbitraže, konkretno ICSID-a, imalo za cilj

[26] Čl. 12 st. 1 t. c i Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Austrije, čl. 8 st. 2 t. c Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Slovenije.
[27] Čl. 12 st. 1 t. c iii Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Austrije, čl. 8 st. 2 t. b Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Slovenije.
[28] Čl. 8 st. 2 t. b Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Slovenije.
[29] Čl. 12 st. 1 t. c iv Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Austrije.
[30] Čl. 13 st. 1 Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Austrije; čl. 8 st. 3 Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Slovenije.

da otkloni svaku sumnju po ovom pitanju. Dapače, implicira ravnopravan položaj investitora i države prijema u arbitražnom postupku. Zaštita stranih investitora predstavlja sistem postupaka kojima se onemogućava ili ograničava nelegalno zadiranje države u svojinu ulagača ili im se obezbjeđuje nadoknada za pretrpljene gubitke u slučaju legitimnog i zakonitog izvlaštavanja (Trifković et al., 2009, str. 151). Savremeno poimanje ove zaštite isključuje zalaganje države porijekla za prava svog investitora, kao stranka u postupku, kroz spor s državom prijema.

2.1.1. ICSID

Međunarodni centar za rješavanje investicionih sporova (*International Centre for Settlements of Investment Disputes* – ICSID) uspostavljen je Konvencijom o rješavanju investicionih sporova (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and National of the Other States*, ICSID Konvencija), u okviru Svjetske banke, zaključenom u Washingtonu 1965. godine.[31] Stupila je na snagu naredne godine. ICSID je jedini globalni institucionalni okvir kreiran s prevashodnom namjerom da pruži administrativnu i tehničku podršku rješavanju investicionih sporova (Đunđić, 2013, str. 360) putem arbitraže (ali i koncilijacije). Konvencija ima 161 državu potpisnicu, od čega su 153 ugovornice.[32] Posljednje su članstvo registrirale Irak i Nauru, 2016. godine.[33] Bosna i Hercegovina je pristupila Konvenciji 1997. godine.

Razlozi za nastanak ove institucije su kako ekonomske, tako i političke prirode. Naime, rješavanje sporova pred neutralnim, anacionalnim forumom kakav je ICSID predstavlja argument *pro* investitorima u donošenju odluka o ulaganjima u strane države, čime se povećava mogućnost poboljšanja ekonomske slike tih država. S druge strane, tradicionalna zaštita u sporovima između stranog investitora i države diplomatskim mehanizmom koji podrazumijeva pozivanje države na imunitet od sudske nadležnosti, bio bi argument *contra* odluci stranog investitora o alokaciji kapitala u drugu državu. S obzirom na to da se u slučaju pozivanja na imunitet država recipijent ne može tužiti, ostaje pitanje zaštite investitora koji je u tu državu ulagao. Rijetki bi bili oni koji bi pristali da im o pravima sude sudovi upravo one države

[31] Tekst Konvencije dostupan na https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf

[32] Spisak država vidjeti na: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID_AR16_English_CRA_bl2_spreads.pdf

[33] U proteklih deset godina Bolivija, Ekvador i Venecuela napustile su članstvo Konvencije.

koja im je prava ugrozila ili ih osporila, stoga su i strani investitori i strani privrednici više nego voljni da sporove sa zemljama u koje ulažu ili s kojima posluju riješe pred arbitražom (Knežević & Pavić, 2009, str. 27),[34] tako da je iz perspektive stranog ulagača opcija sudske zaštite u državi recipijentu neatraktivna. Prevencija prerastanja pravnih sporova s elementom inostranosti ove vrste u političke sukobe država, osigurana je osnivanjem ICSID-a. Time je diplomatska zaštita kao sistem ekonomskih, političkih, pa čak i vojnih mjera koje su države porijekla kapitala poduzimale u cilju pružanja pomoći svojim investitorima, čiji je pravni položaj bio ugrožen radnjama i aktima država recipijenata, dobila rudimentarni karakter (Cvetković, 2004).

Interesantno je da je u prvih trideset godina postojanja ICSID, iako depolitizirana (osnovala ju je međunarodna organizacija) i jedina specijalizirana institucija za rješavanje investicionih sporova, korišten u relativno maloj mjeri. Podaci govore da je u tom periodu prosječno registriran svega jedan slučaj godišnje. Prvi slučaj registriran je 1973. godine, a u 2015. godini petstoti. Danas se najveći broj investicionih sporova rješava pred ovom institucijom.[35] Nagli porast pokretanja arbitražnih postupaka pred ovom ustanovom vremenski je koincidirao s porastom broja zaključenih bilateralnih sporazuma o zaštiti investicija među državama članicama Konvencije. Najveći broj ovih sporazuma sadrži arbitražnu klauzulu kojom se zasniva nadležnost arbitraže za rješavanje sporova proizašlih iz ulaganja između država i investitora državljana druge države pred ICSID-om.[36] Takav slučaj je i s Bosnom i Hercegovinom. Arbitražna klauzula koju sadrže ovi međunarodni sporazumi je specifična. Poznata je pod nazivom dijagonalna klauzula, i ona sadrži jednostrano obećanje države da će se upustiti u spor pred jednim od, u međunarodnom sporazumu o zaštiti investicija nabrojanih tribunala, a podnošenjem tužbe od strane investitora arbitražni sporazum se konačno i sklapa (Pavić, 2009).

Potpisivanjem Konvencije države članice pristale su na mogućnost da nastale sporove povodom stranih ulaganja rješavaju arbitražnim putem pred ICSID-om. Postojanje ICSID-a i Konvencije ne znači da je isključena mogućnost rješavanja ovih sporova i na drugi način, tj. sudskim putem ili putem neke druge institucionalne ili *ad hoc* arbitraže (Stanivuković, 1997, str. 231).

---

[34] Suprotna ovom stavu je tzv. Calvo doktrina prema kojoj strani državljani nemaju povoljniji položaj u državi domaćina od domaćih subjekata, pa se prema tome moraju podvrgnuti jurisdikciji te države.

[35] UNCTAD, Investment policy hub: http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByRulesAndInstitution

[36] Detaljno o zasnivanju nadležnosti ICSID-a vidjeti u: Cvetković (2016).

U skladu s čl. 25 Konvencije, neophodno je, kao prvo, da je jedna stranka država potpisnica Konvencije, a druga državljanin druge države potpisnice (uslov *ratione personae*). Veza s različitim državama cijeni se na dan davanja saglasnosti stranaka da spor iznesu na arbitražu. Pod ovim se podrazumijeva fizičko lice državljanin druge države, odnosno pravno lice koje ima svoje sjedište ili mjesto osnivanja u drugoj državi na dan kad su se stranke saglasile da spor iznesu na mirenje ili arbitražu, kao i na dan kad je zahtjev registriran,[37] a pri tome je moguće da se na jednoj strani pojave istovremeno fizičko i pravno lice koji ispunjavaju uslove pripadnosti državi. Ovaj uslov je uveden da bi se osiguralo automatsko izvršenje arbitražnih odluka ICSID-a na osnovu odredaba same Konvencije (čl. 53–55) (Stanivuković, 1997, str. 241). Konvencija zahtijeva da sve države ugovornice priznaju i provedu odluke ICSID arbitraža (Cvetković, 2016, str. 589).

Kao drugo, spor mora biti investicione prirode, odnosno proistjecati direktno iz investicije (uslov *ratione materiae*). Sporovi između subjekata državljana iste države su nedopušteni. Ovdje treba navesti da u Konvenciji nisu definirani pojmovi *državljanstvo* i *strane investicije*. U tom smislu, niz je slučajeva u kojima su raspravljana ova pitanja kao eliminatorna za nadležnost ICSID-a.[38]

Treći uslov, koji se smatra ključnim elementom (Cvetković, 2016) podrazumijeva da se nadležnost ICSID-a za rješavanje spora koji ispunjava spomenute uslove uspostavlja saglasnošću stranaka u pisanom obliku. Niti jedna od stranaka ne može jednoglasno povući danu saglasnost, osim ako to učini u vrijeme dok se druga strana nije saglasila. Sporovi koji ne ispunjavaju jedan subjektivni (postojanje saglasnosti strana) i dva objektivna uslova (ratifikacija Konvencije te da spor potiče iz investicije) zasnivanja jurisdikcije ICSID-a su izuzeti (Cvetković, 2004). Zbog toga je nadležnost ICSID-a proširena i na subjekte koji dolaze iz zemalja nečlanica Konvencije u skladu s Dodatnim pravilima (*Additional Facility Rules*) iz 1978. godine, kao i na sporove koji nisu isključivo investicione prirode, pod uslovom da se ne radi o političkim niti klasičnim trgovačkim sporovima. Arbitražni postupak pred ICSID-om vodi se u skladu s Arbitražnim pravilima revidiranim 2006. godi-

[37] Izuzetak od ovog pravila sadržan je u čl. 25 st. 2 t. b u skladu s kojim državljanin druge države ugovornice označava svaku pravnu osobu koja je imala državljanstvo neke države ugovornice, osim države stranke u sporu, na dan kada su se stranke saglasile da spor iznesu na mirenje ili arbitražu i svaku pravnu osobu koja je toga dana imala državljanstvo države ugovornice stranke u sporu, a koje su se stranke saglasile da, zbog strane kontrole, tretiraju kao državljanina druge države ugovornice u svrhu Konvencije.

[38] Vidjeti npr. *Soufraki* v. *The United Arab Emirates* (ICSID Case No. ARB/02/07).

ne. Arbitražne odluke donesene pred ICSID-om ne mogu se poništavati pred domaćim sudovima, što im daje anacionalni karakter, a time omogućuje i veliki stepen izvršenja.

3. Bosna i Hercegovina pred ICSID-om

Zahtjev za arbitražu pred ICSID-om podnosi se generalnom sekretaru, u pisanoj formi.[39] U slučaju Bosne i Hercegovine, kao tužene strane, zahtjev za arbitražu upućuje se Pravobranilaštvu Bosne i Hercegovine. Ovaj organ je u skladu sa Zakonom o Pravobranilaštvu Bosne i Hercegovine (ZPBiH)[40] nadležan da "(...) zastupa Bosnu i Hercegovinu (...) pred međunarodnim arbitražama (...)".[41] U pravilu, državu zastupa tim punomoćnika, kojeg uz državnog pravobranioca čine i advokati, a vrlo često i pravni savjetnici, stručnjaci u oblasti arbitražnog i investicijskog prava. Procedura angažiranja, i davanja punomoći za zastupnike, advokate, u slučaju Bosne i Hercegovine je unekoliko determinirana Zakonom o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine (ZJN).[42] Naime, Pravobranilaštvo je obavezno da provede postupak javne nabavke pravnih (advokatskih) usluga u skladu sa čl. 4 i 8 ZJN. Ovakvo rješenje propisa o javnim nabavkama, koje nije uobičajeno u pravnim sistemima zemalja u regiji, može imati negativne posljedice budući da izbor zastupnika može biti ograničen iznosom naknade koju ugovorni organ nudi. Kriterij izbora zastupnika u ovakvim slučajevima bi se prevashodno morao bazirati na profesionalnim kvalifikacijama u smislu specijalizacije i iskustva u arbitražnim postupcima. Poseban segment predstavlja način predlaganja arbitara u konkretnom postupku. U pravilu je to pravo ostavljeno strankama. Pravobranilaštvo Bosne i Hercegovine obavještava Vijeće ministara i Parlamentarnu skupštinu Bosne i Hercegovine o uloženom zahtjevu za arbitražu i poduzetim radnjama u vezi s tim u skladu sa čl. 18 ZPBiH.

U slučaju *Elektrogospodarstvo Slovenije-razvoj in inzeniring d.o.o.* v. *Bosnia and Herzegovina* zahtjev za arbitražu pred ICSID-om zaveden je 16. juna 2014. godine, i još nije okončan.[43] Arbitražni tribunal je konstituiran 2. jula 2015. godine.[44] Predmet spora, vrijednosti 1.359,645,000,00 KM, jeste in-

[39] Čl. 36 ICSID Konvencije.
[40] Službeni glasnik BiH, br. 8/02, 10/02, 44/4, 102/09, 47/14.
[41] Čl. 13 st. 6.
[42] Službeni glasnik BiH, br. 39/14.
[43] Mart 2017. godine.
[44] Podatak dostupan na https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/13

vesticija u elektroenergetski sektor, konkretno izgradnja Termoelektrane Ugljevik. Prema Informaciji Pravobranilaštva Bosne i Hercegovine:[45]

Radi se o investiciji iz perioda 1979. do 1991. godine u kojoj pravni subjekt "SOZD Združena Elektrogospodarska podjetja Slovenije" Maribor (kasnije nazvan "Elektrogospodarstvo Slovenije Maribor", a danas pod imenom "Elektrogospodarstvo Slovenije – razvoj in inženjering d.o.o." skraćenica "EGS" uložila je sredstva u izgradnju Termoelektrane Ugljevik s odgovarajućim kapacitetom Rudnika uglja, a koja se nalazi na teritoriji Republike Srpske, jednog od entiteta Bosne i Hercegovine. Prvi blok TE Ugljevik je završen i otpočeo je s radom u novembru 1985. godine. Drugi blok TE Ugljevik nikada nije završen zbog raspada SFRJ (Informacija Pravobranilaštva Bosne i Hercegovine, str. 5).

Specifičnost političkog uređenja Bosne i Hercegovine je i u konkretnom arbitražnom postupku emanirana. Prema Informaciji Pravobranilaštva, iako se Bosna i Hercegovina pojavljuje kao tužena strana, Vijeće ministara dalo je saglasnost na prijedlog Vlade Republike Srpske i privrednog društva Rudnik i Termoelektrane Ugljevik a.d. iz Ugljevika da postupak javne nabavke advokatskih usluga za potrebe ovog arbitražnog postupka provede navedeno privredno društvo te da posljedice odluke arbitražnog tribunala neće snositi Bosna i Hercegovina kao formalnopravno tužena, već isključivo Republika Srpska. Postupak izbora zastupnika je na predloženi način proveden.[46]

Prema mišljenju Pravobranilaštva koje je sastavni dio Informacije Parlamentarnoj skupštini, ICSID nema nadležnost u spomenutom slučaju, budući da je spor nastao po osnovu investicija iz vremena kada nije postojala Bosna i Hercegovina kao samostalna država koja bi potpisala sporazum na koji se tužitelj poziva:

U konkretnom slučaju ne postoji investicija koja je zaštićena navedenim sporazumom. Odredbom člana 11. navedenog sporazuma propisan je način primjene sporazuma u kojem je decidirano navedeno da se Sporazum neće primjenjivati na bilo kakav akt ili činjenicu koji su nastali ili na bilo kakvu situaciju koja je prestala da postoji prije datuma njegovog stupanja na snagu, a koja se odnosila na investicije. Ministarstvo vanjske trgovine i ekonomskih odnosa na naše traženje dostavilo je kompletnu dokumentaciju koja se odnosi na Sporazum između Bosne i Hercegovine i Republike Slovenije

[45] Informacija Pravobranilaštva Bosne i Hercegovine Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine br. 01-10-PBIH-47/16 od 23. 3. 2016. godine.

[46] Podaci o zastupnicima dostupni na: https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/13

o recipročnom unapređenju i zaštiti investicija. Dokumentacija obuhvata period od 1996. godine, tj. od vođenja pregovora za zaključivanje navedenog sporazuma do zaključivanja Sporazuma i njegovog potpisivanja. Uvidom u dokumente pregovaranja zaključuje se da je predmetom pregovaranja posebno razmatran član 11. navedenog sporazuma. Naime, saglasno Bečkoj konvenciji o pravu međunarodnih ugovora, njenih odredaba 4. i 28. kojima je propisano da ugovori nemaju retroaktivno djelovanje, Sporazumom su pokrivene i postojeće i nove investicije nakon njegovog stupanja na snagu (Informacija Pravobranilaštva Bosne i Hercegovine, str. 8).

Prema dostupnim informacijama vezanim za proceduru,[47] Bosna i Hercegovina, kao tužena strana u ovom slučaju, uložila je i prigovor nenadležnosti zahtijevajući da se ovo pitanje riješi kao preliminarno. Arbitražni tribunal je odlučio ovo pitanje pridružiti meritumu spora.

Jedna od karakteristika investicione arbitraže pred ICSID-om je transparentnost. Podaci o registriranim zahtjevima za arbitražu se obavezno javno objavljuju na web-stranici ICSID-a.[48] Ovo podrazumijeva da su javno dostupne osnovne informacije o strankama u sporu i njihovim zastupnicima, arbitrima, fazi u kojoj je procedura, predmetu i statusu spora. Objavljivanje odluka vrši se uz saglasnost stranaka.[49] Za trgovačke, arbitraže između privatnopravnih lica, ovo nije slučaj. Štaviše, osobina trgovačke arbitraže da je tajna predstavlja njenu bitnu prednost. Ovo psihički utječe na stranke, imajući u vidu da one imaju zajednički interes – da se stvari previše ne zaoštre, da se održe poslovne veze (Varadi, 1990), odnosno da dugoročno ne naruše svoje poslovne odnose. Transparentnost investicionih arbitraža ima smisla ukoliko se ima u vidu javni interes koji pobuđuju. Privatnopravni sporovi, odnosno trgovačke arbitraže su u tom smislu neatraktivni.

U slučaju Bosne i Hercegovine javnost podataka u kontekstu arbitraža u kojima je država tužena ostvarena je ne samo na osnovu dostupnosti podataka koje objavljuje ICSID, nego i kroz činjenicu da ta informacija biva temom povodom koje raspravljaju organi vlasti, što je vidljivo iz prethodno iznesenog. U mjeri u kojoj se transparentnost posebno realizira putem medija ovakav podatak postaje *javna stvar*. U tom svjetlu, javnosti je dostupna informacija o investicionom sporu protiv Ministarstva komunikacija i prometa Bosne i Hercegovine koji se vodi pred drugom arbitražnom institucijom – Stalnim ar-

[47] https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/13
[48] https://icsid.worldbank.org/en/
[49] Čl. 48 st. 4 Arbitražnih pravila ICSID-a.

bitražnim sudom u Haagu.[50] Iako se prema pravilima ove institucije podaci o sporu i strankama ne objavljuju, osim uz njihov pristanak (što konkretno nije slučaj), objavljivanje odluke[51] Vijeća ministara Bosne i Hercegovine o davanju saglasnosti pravobraniocu na zastupanje države u sporu doprinosi transparentnosti informacija.

Umjesto zaključka

Ovaj je rad imao za cilj da prezentira mehanizme pravne zaštite stranih investicija u Bosni i Hercegovini uspostavljene bilateralnim sporazumima o zaštiti stranih ulaganja. Imajući u vidu imanentni sukob na liniji suverenitet države recipijenta – vlasništvo stranog kapitala, ovi međunarodni dokumenti rezultat su kompromisa država ugovornica, uslovljenog ekonomskim razlozima, a prije svega globalizacijom. Dihotomnost sporova između stranog ulagača i države u koju ulaže (Trifković et al., 2009), odnosno njihov javni značaj, determinirao im je bitnu karakteristiku – transparentnost. U mjeri u kojoj su informacije vezane za konkretne pravne sporove povodom investicija u Bosnu i Hercegovinu dostupne, prezentirane su kao primjer realiziranja institucionaliziranog i internacionaliziranog postupka zaštite stranih investicija pred ICSID-om.

Bibliografija

1. Cvetković P. (2007). *Međunarodno pravo stranih investicija*. Beograd. Zadužbina Andrejević.
2. Cvetković, P. (2004). O proceduralnoj zaštiti stranih investicija. U: *Regionalni razvoj i integracija Balkana u strukture EU – balkanska raskršća i alternative* (str. 249–263). Niš: Institut za sociologiju Filozofskog fakulteta.
3. Cvetković, P. (2016). Uslovi zasnivanja nadležnosti Centra za rešavanje investicionih sporova. U: *Liber Amicorum Gašo Knežević* (str. 578–600). Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Udruženje za arbitražno pravo.
4. Đunđić, P. (2013). Pristanak države na arbitražu sa stranim ulagačem – modaliteti pristanka, ograničenja i merodavno pravo. U: *Zbor-*

[50] Permanent Court of Arbitration (PCA).

[51] http://www.vijeceministara.gov.ba/saopstenja/sjednice/zakljucci_sa_sjednica/default.aspx?id=18023&langTag=bs-BA. Odluka je objavljena u Službenom glasniku BiH, br. 75/14.

nik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (str. 359–375). Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

5. Informacija Pravobranilaštva Bosne i Hercegovine Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine br. 01-10-PBIH-47/16 od 23. 3. 2016. godine.
6. Knežević, G. & Pavić, V. (2009). *Arbitraža i ADR*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
7. Lasić, M. (2013). *Arbitražno pravo*. Mostar: Sveučilište u Mostaru Pravni fakultet.
8. Sporazum između Bosne i Hercegovine i Republike Austrije o unapređenju i zaštiti investicija. Službeni glasnik BiH br. 3/02.
9. Sporazum između Bosne i Hercegovine i Republike Slovenije o recipročnom unapređenju i zaštiti investicija. Službeni glasnik BiH br. 3/02.
10. Stanivuković, M. (1997). Rešavanje sporova koji proističu iz stranih ulaganja. U: *Pravni život* (str. 229–245). Beograd: Udruženje pravnika Srbije.
11. Stanivuković, M. (2006). Arbitraža između države i ulagača na osnovu dvostranih sporazuma o zaštiti i unapređenju ulaganja. U: *Zbornik radova u spomen prof. dr Miodraga Trajkovića* (str. 514–532). Beograd: Pravni fakultet: Udruženje pravnika u privredi Srbije i Crne Gore.
12. Trifković, M., Simić, M., Trivun, V., Silajdžić, V. & Mahmutćehajić, F. (2009). *Međunarodno poslovno pravo*. Sarajevo: Ekonomski fakultet Univerziteta u Sarajevu.
13. UNCTAD. (2016). *Investment Policy Monitor*. (Spec. Issue) Preuzeto 30. 5. 2017: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d5_en.pdf
14. Varadi, T. (1990). *Međunarodno privatno pravo*. Novi Sad: Forum.
15. Zakon o javnim nabavkama. Službeni glasnik BiH br. 39/14.
16. Zakon o politici direktnih stranih ulaganja u Bosni i Hercegovini. Službeni glasnik BiH, br. 17/98, 13/03, 48/10 i 22/15.
17. Zakon o Pravobranilaštvu Bosne i Hercegovine. Službeni glasnik BiH br. 8/02, 10/02, 44/4, 102/09, 47/14.

Dr. Zinka Grbo
Associate professor

FOREIGN INVESTMENT PROTECTION MECHANISMS – CASE OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Legal disputes that occur because of foreign investments – investment disputes, are today typically resolved through arbitration. Generally, the country where the investment is made (recipient, host country, receiving country) is obligated in advance to this type of resolution of disputes with foreign investors. In this aspect, Bosnia and Herzegovina is no exception. Bilateral agreements on protection and promotion of foreign investments have been present in BiH for the past twenty years. Bosnia and Herzegovina has signed forty such agreements. The institution foreseen as an option of a forum in charge of resolving investment disputes in most cases is the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), as a specialised institutional arbitration. Bosnia and Herzegovina has so far been in the role of the respondent party in the proceedings before this institution on three occasions. Paradigmatically, characteristics of one of these cases are presented in this paper.

Key words: *foreign investments, investment disputes, Bosnia and Herzegovina, bilateral agreements on protection and promotion of investments, International Centre for Settlement of Investment Disputes*

Dr. Mehmed Hadžić
Docent
m.hadzic@pfsa.unsa.ba

UDK 349.3:061.1EU
Pregledni naučni rad

EVROPSKI STUP SOCIJALNIH PRAVA

Sažetak

U pravnom sistemu Evropske unije radno zakonodavstvo i sistem socijalne sigurnosti, kojeg čine socijalno osiguranje i socijalna zaštita, predstavljaju oblasti u kojima se najvećim dijelom razvija njen socijalni identitet. U periodu 2005–2010. godine nakon inauguracije koncepta fleksigurnosti, kojim se željela poboljšati konkurentnost država članica, kao i Unije u cjelini, ovaj identitet je zapao u krizu. Povratak socijalnoj dimenziji počeo je donošenjem strategije "Evropa 2020." iz 2010. godine, a upotpunjuje se prijedlogom Evropskog stupa socijalnih prava iz 2017. godine. Stupom se prvi put na jednom mjestu objedinjuju prava djece i mladih, prava radnika, te prava ostalih socijalno ugroženih skupina koja proističu iz sistema socijalnog osiguranja i socijalne zaštite.

U radu će, pored uvodnih napomena i analize dokumenata koji su prethodili donošenju Stupa, biti dat kritički prikaz prava obuhvaćenih Stupom te mogućnosti njegove implementacije.

Ključne riječi: *socijalni identitet, strategija "Evropa 2020.", Evropski stup socijalnih prava*

Uvod

Sve savremene države u okviru svog političkog i pravnog sistema percipiraju se i kroz njihov ekonomski i socijalni identitet. Ekonomski odnosno privredni sistem s većim ili manjim stepenom regulacije na tržištu roba, kapitala i usluga predstavlja dio ekonomskog identiteta. Sistem radnih odnosa i sistem socijalne sigurnosti, s njegovim osnovnim segmentima kojeg čine socijalno osiguranje i socijalna zaštita, predstavljaju dio socijalnog identiteta svake države. Neke države, poput skandinavskih, najviše su prepoznatljive u međunarodnim okvirima po svom socijalnom identitetu.

U pravnom sistemu Evropske unije (dalje EU/Unija) kao nadnacionalne organizacije, od njenog nastanka do danas, za razliku od ekonomskog, i dalje se postavlja pitanje da li postoji, i u kojoj mjeri je razvijen njen socijalni identitet. Socijalni identiteti, kako navode Jorgensen i Madsen (2007), izgrađeni na političkim kompromisima, procesima kolektivnog pregovaranja i institucionalnoj kooperaciji artikulirali su kolektivne identitete, i izgradili norme i vrijednosti u identitetima i kolektivnoj memoriji samo na nacionalnim nivoima. Po njima takvi kolektivni identiteti i putevi razvoja nedostaju na evropskom nivou. Trenutno EU ima jasan ekonomski identitet, oznake i "memorije", ali ima samo nekoliko oznaka socijalnog identiteta. Ove oznake socijalnog identiteta se ne čine dovoljno jakim da uspostave protutežu političkoj, ideološkoj i ekonomskoj moći internog tržišta, Evropske centralne banke, eura, i utjecaja kapitala na evropske politike (str. 29–30).

Prevagu ekonomskog u odnosu na socijalni identitet EU Rigaux (2009) analizira kroz dominaciju ekonomskih prava nad socijalnim u tri područja i to: na području fundamentalnih prava, na području legislative i na području jurisprudencije (str. 11–12)[1]. On općenito smatra da je doprinos rada subordiniran doprinosu kapitala u procesu proizvodnje (str. 2).

Socijalna dimenzija EU je, kako navode Mailand i Arnholz (2013), stara koliko i sama Unija. Međutim, do sredine 1980-ih nije razvijena stvarna socijalna dimenzija kao protuteža ekonomskim integracijama. Socijalna dimenzija uključuje *hard law* regulaciju u formi direktiva, i *soft law* regulaciju kao što su Otvoreni metod koordinacije i dobrovoljni okvirni sporazumi evropskih socijalnih partnera. Posljednjih godina protivnici regulacije bili su ojačali,

[1] Rigaux (2009) prevagu u ovim područjima objašnjava sljedećom argumentacijom:
a) U području fundamentalnih prava, on smatra da, mada uvijek ne izgleda odnosno ne zvuči eksplicitno, pojam "građanstvo" uvijek se referira na fundamentalna ekonomska prava, kao što su pravo vlasništva, sloboda poduzetništva i rada. Kao rezultat razvoja zajedničke evropske ekonomske legislative fundamentalna ekonomska prava su izrasla u neku vrstu "super fundamentalnih prava" kojima se druga prava pokoravaju;
b) Na području legislative supremacija evropskog ekonomskog prava ogleda se u ustanovljavanju, odnosno usidravanju ovih prava u osnovne povelje Evropske zajednice i evropskog ekonomskog područja, te u tome što u odnosu na četiri slobode evropski zakonodavci vladaju putem uredbi odnosno naloga koji pretežu u odnosu na smjernice i preporuke.
c) Na području jurisprudencije Evropski sud pravde, pored toga što ima ključnu ulogu u ekonomskoj integraciji Evrope (može se reći da je evropska integracija široko jurisprudentna), primarno realizira dominaciju ekonomskog prava i podržava ekonomski poredak. Sud, ustvari, putem svog *case lawa*, često prevladava evropskim ekonomskim pravom nad ustavnim ili socijalnim pravima ustanovljenim u konvencijama Međunarodne organizacije rada (MOR).

dok su zagovornici regulacije slabili. Ovo se može povezati s pojavom reduciranja socijalista i socijaldemokratskih vlada u Evropskom vijeću, a iste političke snage su oslabile i u Evropskom parlamentu (str. 2).[2]

Iz ovih kratkih izvoda navedenih akademskih analiza može se izvući zaključak da na nivou EU postoji visok stepen saglasnosti o sadržaju i obimu njenog ekonomskog identiteta. Međutim, evropski socijalni identitet se još uvijek sastoji od razvoja pojedinačnih socijalnih dimenzija koje nisu dovoljno jake i komplementarne da bi mogle činiti tvrdo jezgro evropskog socijalnog identiteta. Mada je široka osnova ovog identiteta već ustanovljena u Evropskom socijalnom modelu (ESM), on se teško razvija zbog pluralizma samog modela.[3] Evropska komisija je 1994. godine u Bijeloj knjizi o socijalnoj politici (COM (94) 333) opisala ESM kao skup vrijednosti koje uključuju demokratiju i ljudska prava, slobodno kolektivno pregovaranje, tržišnu ekonomiju, jednake mogućnosti za sve i, socijalnu zaštitu i solidarnost. Ovaj model zasnovan je na uvjerenju da su ekonomski i socijalni progres neodvojivi: "Konkurentnost i solidarnost trebaju zajedno biti uzeti u obzir

---

[2] Dodatno, Komisija pod vodstvom Barossa slijedila je više liberalnu agendu nego za vrijeme njegovog prethodnika, a Evropska konfederacija sindikata (ETUC) izgubila je moć pregovaranja s obzirom na to da su njene podružnice izgubile članstvo i s obzirom na izazove koji su uslijedili s internacionalizacijom proizvodnje i radnom migracijom (Mailand & Arnholz, 2013, str. 2).

[3] U okviru EU još uvijek egzistiraju različiti modeli socijalne sigurnosti determinirani društveno-ekonomskim, političkim i dr. ustrojstvom i načinom djelovanja. Bitan faktor nastanka ovih modela je i filozofsko-doktrinarno učenje o tome na kome je teret uspostavljanja ravnoteže kad se pojedinac nađe u stanju socijalne potrebe. Kako navode Vielle i Walthery (2003) pozivajući se na Esping-Andersena (1990) i Ferrera (1996) postoje tri odnosno četiri modela, u zavisnosti od širine elaboriranja njihovih osnovnih postavki. Ti modeli su:
1) Liberalni model čiji je predstavnik Velika Britanija koji je baziran na odgovornosti individue za vlastitu socijalnu sigurnost prije svega putem učešća na tržištu rada. Nivo socijalnih davanja je generalno niži nego u ostalim modelima.
2) Korporativno-konzervativni model, čiji su predstavnici Njemačka, Austrija, Francuska i Belgija, počiva na premisama da su postojanje i visina socijalnih davanja za pojedinca i članove njegove porodice uslovljeni prethodnim zaposlenjem ili profesionalnom aktivnošću. U ovom modelu značajnu ulogu imaju organizacije poslodavaca i radnika.
3) Socijaldemokratski model karakterizira visok nivo socijalnih davanja i usluga pristupačan cijeloj populaciji koji je baziran na principima "socijalnog građanstva", i koji je finansiran prihodima od poreza. Radnikov individualni doprinos u sumi socijalnih davanja je niži nego u drugim modelima.
4) Mediteranski model čiji su predstavnici Italija, Španija, Portugal i Grčka karakterizira odsustvo garantiranog minimalnog prihoda i slabost države. U ovom modelu važnu ulogu imaju porodične veze i neformalni tipovi solidarnosti kao forma zaštite kad se pojedinac nađe u stanju socijalne potrebe (str. 20–21).

u građenju uspješne Europe za budućnost"[4]. Glavno značenje ESM-a prema viđenju Evropske komisije, kako smatra Rogovski (2008), jeste isticanje razlikovanja Evropske unije u odnosu na ostatak svijeta (str. 89). On dalje navodi da ESM ne sadrži jedan nego nekoliko modela. Pluralistička priroda ESM-a podržava oboje, i homogenizaciju i različitost. ESM ne favorizira evropsku državu blagostanja koja bi zamijenila nacionalne pristupe blagostanju. Umjesto toga on ohrabruje "natjecateljski federalizam" u svojim koordinacijskim politikama (str. 90).

Kada se govori općenito o socijalnom identitetu EU, odnosno o evropskom socijalnom modelu, ovdje treba naglasiti da se kao njegovi sastavni dijelovi percipiraju sistem radnog zakonodavstva i sistem socijalne sigurnosti kao dva neodvojiva segmenta. U nacionalnim zakonodavstvima ova dva sistema uobičajeno egzistiraju odvojeno, a zajedno se analiziraju pretežno u dijelu koji se odnosi na sistem socijalnog osiguranja osoba u radnom odnosu i članova njihovih porodica poput penzijskog i invalidskog osiguranja, zdravstvenog osiguranja i osiguranja za slučaj nezaposlenosti zbog direktnog utjecaja jednog sistema na drugi. Drugi veliki sistem socijalne sigurnosti koji se odnosi na socijalnu zaštitu u većini država ne zavisi toliko od sistema radnih odnosa. U njemu se socijalna davanja u zakonom predviđenim slučajevima, koja ne počivaju na principima osiguranja, finansiraju pretežno iz budžeta u odnosu na osobe koje se nalaze u stanju socijalne potrebe. Sistem radnih odnosa na sistem socijalne zaštite utječe, naravno, posredno kroz finansiranje budžeta, te kao glavni način obezbjeđivanja sredstava za egzistenciju.

Nadležnost za donošenje propisa na nivou EU u ovoj oblasti nalazi se u Ugovoru o funkcioniranju Evropske unije (UFEU) i to u glavi IX (Zapošljavanje čl. 145–150), glavi X (Socijalna politika čl. 151–161), glavi XII (Obrazovanje, stručno osposobljavanje, mladi i sport čl. 165–166) uz posebno isticanje nadležnosti predviđenih čl. 153[5]. Države članice su zadržale najveći dio nadležnosti u do-

[4] White Paper on social policy (COM (94) 333) str. 2. O osnovama ESM-a vidjeti više na: www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/european-social-model (pristup 25. 7. 2017).

[5] Prema stavu 1. čl. 153. radi ostvarivanja ciljeva iz čl. 151 (podsticanje zaposlenosti, poboljšanje uvjeta života i rada, odgovarajuća socijalna zaštita, dijalog između socijalnih partnera, razvoj ljudskih resursa koji omogućava visoku i trajnu zaposlenost, borba protiv društvene isključenosti) Unija podržava i dopunjava aktivnosti država članica u sljedećim oblastima:
a) Poboljšanja naročito radne sredine radi zaštite zdravlja i bezbjednosti radnika;
b) Uvjeta rada;
c) Socijalne sigurnosti i socijalne zaštite radnika;
d) Zaštite radnika u slučajevima prestanka ugovora o radu;
e) Informiranja radnika i savjetovanja s radnicima;

nošenju propisa kojim se reguliraju prava na radu i povodom rada te segment socijalne sigurnosti, a korištenje nadležnosti na nivou Unije je pretežno imalo funkciju boljeg funkcioniranja zajedničkog tržišta. Naravno, jedan od glavnih razloga zašto države članice rijetko pristaju na to da se na nivou Unije donose propisi u ovim oblastima, jeste što njihovo donošenje vrlo često ima posljedice za funkcioniranje i stabilnost finansijskog sistema država članica.

1. Strategija "Evropa 2020." i integrirane smjernice 2010–2014.

U periodu 2005–2010. godine, a na tragu spomenute zajedničke percepcije sistema radnih odnosa i sistema socijalne sigurnosti, na nivou Evropske unije kao odgovor na potrebu prilagođavanja tržišta rada i sistema socijalne sigurnosti prvo u Zelenoj knjizi o modernizaciji radnog prava, a zatim i u nizu drugih dokumenata prihvaćen je koncept fleksigurnosti[6]. Ovaj koncept je nastao kao odgovor na potrebu istovremenog osnaživanja i fleksibilnosti radnih odnosa i socijalne sigurnosti. Njega je prvi teorijski, analizirajući holandski model tržišta rada, razvio prof. Ton Wilthagen. On je u svom djelu "Fleksigurnost – nova paradigma za reformu politika na tržištu rada" (1998) predložio da se razvije koncept fleksigurnosti u kojem će se kombinirati ili čak pomiriti, odnosno uskladiti i rebalansirati potreba za porastom fleksibilnosti radnih odnosa na tržištu rada na jednoj strani, i socijalna sigurnost i sigurnost zapošljavanja na drugoj strani.[7] Na tom tragu su Wilthagen i

f) Zastupanja i kolektivne odbrane interesa radnika i poslodavca, uključujući i suodlučivanje;
g) Uvjeta zapošljavanja državljana trećih zemalja koji zakonito borave na teritoriji Unije;
h) Integracija osoba isključenih s tržišta rada;
i) Ravnopravnosti muškaraca i žena u pogledu mogućnosti na tržištu rada i tretmana na poslu;
j) Borbe protiv društvene isključenosti;
k) Modernizacije sistema socijalne zaštite.

6 Commission of the European Communities, Green Paper Modernising labour law to meet the challenges of the 21 century COM(2006) 708 final, Brussels, 22. 11. 2006; Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security, COM(2007) 359 final, Brussels, 27. 6. 2007; Council of the European Union, Towards Common Principles of Flexicurity – Council Conclusions, 16201/07, Brussels, 6 December 2007;

7 Sam pojam fleksigurnost (eng. Flexicurity) nastao je spajanjem eng. riječi flexibility i security. Prema Wilthagenu prvi ga je na holandskom tržištu rada lansirao, odnosno promovirao, sociolog i član Holandskog naučnog vijeća za vladinu politiku Hans Adriaansens u svojim govorima i intervjuima (Wilthagen, 1998, str. 13).

Tros (2004), upotpunjujući je u kvantitativnom i kvalitativnom smislu, dali definiciju koja fleksigurnost predstavlja kao: "Političku strategiju koja nastoji, sinhronizirano i na dobrovoljan (svjestan, namjeran, dogovoran – M. H.) način, unaprijediti fleksibilnost tržišta rada, organizacije rada i radnih odnosa s jedne strane, te ojačati sigurnost – sigurnost zapošljavanja i socijalnu sigurnost, posebno za slabije grupe i one izvan tržišta rada, s druge strane" (str. 5–6). Ovaj koncept pretrpio je niz kritika zbog svoje nejasnoće (Pedersini, 2008, str. 23), te davanja prednosti fleksibilnosti radnog zakonodavstva nauštrb socijalne sigurnosti (Keune, 2008, str. 95; Ashiagbor, 2005, str. 303–304; Tangian, 2008, str. 99–111; Seifert & Tangian, 2008, str. 105–122).

Donošenjem strategije "Evropa 2020." izvršen je značajan zaokret u politici EU u nastojanju da se osnaži njena socijalna dimenzija, i u konačnici dođe do prepoznatljivog socijalnog identiteta EU. Ovaj zaokret može se tumačiti i kao odgovor na kritike određenih grupa i institucija poput konfederacija sindikata kao socijalnih partnera (Voss, Homan, Westhaeusser & Kwiatkiewicz, 2011) i Evropskog parlamenta[8] usmjerenih prema Evropskoj komisiji, a koje se odnose na ustanovljeni koncept fleksigurnosti. Iz ovih kritika mogao se prepoznati stav ovih grupa i institucija da koncept ne predstavlja ništa više do krinku, odnosno masku, pod kojom bi se osnažio neoliberalni model tržišta. Strategija je prezentirana u Saopćenju Evropske komisije od 3. marta 2010. godine, a njen puni naziv je "Evropa 2020. Strategija za pametan, održiv i inkluzivan rast"[9]. Ova strategija postavlja tri prioriteta koja treba da se međusobno osnažuju, odnosno podupiru. To su: 1. Pametan razvoj: razvoj ekonomije bazirane na znanju i inovacijama; 2. Održiv razvoj: promocija resursa s više efikasnosti, zelenija i konkurentnija ekonomija; i 3. Inkluzivan razvoj: njegovanje ekonomije s visokom zaposlenošću koja će omogućiti odnosno isporučiti socijalnu i teritorijalnu koheziju. Da bi postigla ciljeve Strategije postavljene do 2020. godine,[10] Komisija je uspostavila sedam vodećih inicijativa za kataliziranje progresa u okviru svakog priorite-

Međutim, prema Countourisu (2007) anegdotalni dokazi sugeriraju da je sam pojam fleksigurnosti iskovan od strane socijaldemokratskog danskog premijera Poula Nyrupa Rasmussena nakon njegovog izbora 1993. godine u periodu kad se Danska suočavala s visokim stepenom nezaposlenosti i radikalnim reformama tržišta rada (str. 211. fn. 28).

8 European Parliament resolution of 29 November 2007 on Common Principles of Flexicurity (2007/2209(INI))

9 European Commission, Communication from the Commission, Europa 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, Brussels 3. 3. 2010 COM(2010)2020 final.

10 – 75% populacije starosti između 20–64 godine treba biti zaposleno,
– 3% GDP-a EU treba biti investirano u istraživanje i razvoj,

ta. Za segment rada zapošljavanja socijalne sigurnosti najznačajnije su tri inicijative: 1. Mladi u pokretu, 2. Agenda za nove vještine i nove poslove, i 3. Evropska platforma protiv siromaštva.

Nakon donošenja Strategije "Evropa 2020." odlučeno je da se dotadašnje 24 integrirane smjernice koje su činile makroekonomske, mikroekonomske i smjernice o zapošljavanju zamijene manjim setom od deset integriranih smjernica. Ove nove integrirane smjernice se sastoje od Širokih smjernica za ekonomske politike država članica i EU i Smjernica o zapošljavanju. One zajedno formiraju "Evropa 2020. integrirane smjernice". Smjernice za politike zapošljavanja država članica su donesene Odlukom Vijeća EU od 21. oktobra 2010. godine.[11] Sastoje se od četiri smjernice s rednim brojevima od 7 do 10. Socijalna dimenzija ovih smjernica može se prepoznati u tački (2) preambule ove odluke. Njome se poziva na član 3(3) Ugovora o EU u kojem se predviđa da Unija treba težiti ka punoj zaposlenosti i treba se boriti protiv socijalne isključenosti i diskriminacije, promovirati socijalnu pravdu i zaštitu i omogućiti inicijativama Unije da osiguraju koordinaciju socijalnih politika država članica. Također, Unija treba voditi računa o zahtjevima povezanim s promocijom visokog stepena zaposlenosti, garantiranja adekvatne socijalne zaštite, borbe protiv socijalne isključenosti i visokog stepena edukacije i treninga. To su sljedeće smjernice: Smjernica 7: Porast participacije muškaraca i žena na tržištu rada, reduciranje strukturalne nezaposlenosti i promocija kvaliteta posla; Smjernica 8: Razvoj obučene radne snage koja će odgovarati potrebama tržišta rada i promociji cjeloživotnog učenja; Smjernica 9: Unapređenje kvaliteta i izvedbe obrazovnih i trening sistema na svim nivoima i porast participacije u tercijarnom ili ekvivalentnom obrazovanju; i Smjernica 10: Promocija socijalne uključenosti i borbe protiv siromaštva.

Ove smjernice su 2015. godine zamijenjene novim smjernicama o zapošljavanju koje su dio također novih integriranih smjernica[12], s jednogodišnjim periodom važenja, a čije važenje je produženo i za 2016. godinu. To su slje-

– reducirati karbonske emisije za 20% (30% ako to uslovi dozvoljavaju), porast udjela obnovljive energije za 20% i porast energetske efikasnosti za 20%,
– udio onih koji rano napuštaju školu treba biti manji od 10%, a treba da bude najmanje 40% ljudi u dobi 30–34 godine s kompletiranim trećim stepenom obrazovanja,
– reduciranje broja ljudi koji se nalaze pod prijetnjom siromaštva za 20 miliona.

[11] Council Decision of 21 October 2010 on guidelines for the employment policies of Member States (2010/707/EU), Official Journal of the European Union L 308/46 od 24. 11. 2010. godine.

[12] Council decision (EU) 2015/1848 of 5 October 2015 on guidelines for the employment policies of Member States for 2015, Official Journal of the European Union L 268/28, 15. 10. 2015. godine.

deće smjernice: Smjernica br. 5. Poticanje potražnje za radnom snagom, Smjernica br. 6. Jačanje ponude radne snage, vještina i kompetencija, Smjernica br. 7. Poboljšanje funkcioniranja tržišta rada i Smjernica br. 8. Promocija socijalne uključenosti, borbe protiv siromaštva i promocija jednakih mogućnosti.

Upoređujući nazive ovih dviju grupa smjernica može se uočiti da nema kvalitativne razlike i da su smjernice iz 2015. godine samo uopćavanje i jezičko reduciranje smjernica iz 2010. godine uz naglašavanje potrebe za promocijom jednakih mogućnosti. Ponavljanje istih ciljeva nakon pet godina može se tumačiti i kao priznanje da u ovoj oblasti nije bilo nikakvog suštinskog napretka. Osnovni razlog za stagniranje u ovoj oblasti, kako je to u analizi preporuka na nivou Unije donesenih u oblasti socijalne sigurnosti nakon 2010. godine dokazao Schoukens (2016), jeste što su one (preporuke) donošene kako ne bi narušile ekonomsku i fiskalnu stabilnost, a često nauštrb kvalitativnog progresa. Prema njemu preporuke Unije su sličnije preporukama Međunarodnog monetarnog fonda i Svjetske banke u odnosu na preporuke koje u oblasti socijalne sigurnosti donose MOR i Vijeće Evrope (str. 42).

2. Bijela knjiga o budućnosti Evrope i Dokument za razmatranje o socijalnoj dimenziji Evrope

U prvoj polovini 2017. godine Evropska komisija (dalje Komisija) je objavila strateški dokument koji nosi naziv Bijela knjiga o budućnosti Evrope – razmatranja i scenariji za EU do 2025[13]. Glavni povod za njeno donošenje jeste pojava polarizacije stavova, prije svega od strane država članica, o svrsi i načinu funkcioniranja i odlučivanja njenih tijela, ali i Unije u cjelini. Imajući ovo u vidu Komisija je ponudila pet mogućih scenarija ustrojstva i funkcioniranja EU, kako bi potaknula raspravu o tome koji bi scenario o budućnosti Evrope mogao ponovo ujediniti stavove i postići što širi konsenzus. Ti scenariji su: 1. Ne odustajemo – prema kojem se teži jačoj integraciji i saradnji na svim područjima, 2. Samo zajedničko tržište – prema kojem se EU vraća izvornom stepenu slobodnog protoka samo roba, kapitala, ljudi i usluga, 3. Oni koji žele više, čine više – prema kojem se neke članice mogu odlučiti za veći stepen integracije od drugih (tzv. Evropa s više brzina), 4. Činiti manje, ali učinkovitije – prema kojem se dalji napredak fokusira samo na neke oblasti, i 5. Zajedno činimo mnogo više – prema kojem se teži ka većoj integraciji i uspostavljanju ekonomske, fiskalne i finansijske unije.

[13] Evropska komisija COM(2017)2025, 1. mart 2017. godine.

Oslanjajući se na Bijelu knjigu Komisija je u oblasti rada, zapošljavanja i socijalne sigurnosti donijela strateški Dokument za razmatranje o socijalnoj dimenziji Evrope[14]. Za razliku od prethodnih pet, u ovom dokumentu nude se tri potencijalna scenarija o socijalnoj dimenziji.

Prema prvom scenariju socijalna dimenzija bi se ograničila samo na slobodno kretanje. To bi za posljedicu imalo suspenziju najvećeg broja pravno obavezujućih akata usmjerenih na ostvarivanje jedinstvenih standarda u zaštiti, prije svega radnika, u oblasti rada i zapošljavanja. Te reduciranje harmonizacije sistema socijalne sigurnosti.

Prema drugom scenariju, oni koji žele više čine više u pogledu socijalnih pitanja. To bi za posljedicu imalo izrazito visok stepen harmonizacije odnosno postizanja identičnih standarda u oblasti rada, zapošljavanja i socijalne sigurnosti u određenom broju zemalja država članica.

Prema trećem scenariju, EU-27 zajedničkim snagama jača socijalnu dimenziju Evrope. U ovakvom scenariju se također jačaju standardi u ovim oblastima, ali ravnomjerno uz poštivanje jednakosti u mogućnostima i tretmanu svih građana EU, na teritoriji svih država članica.

U oba strateška dokumenta, ako se izuzme prvi "najgori" scenario prema kojem se EU vraća prvobitnim nadležnostima i prema kojem ustvari i nema socijalne dimenzije Evrope, otvara se pitanje koliko su realna preostala dva.

U odnosu na drugi, koji govori o "Evropi s više brzina", najveća opasnost krije se u razbijanju EU kao jedinstvenog pravnog prostora. U oblasti rada, zapošljavanja i socijalne sigurnosti došlo bi do nejednakog postupanja između državljana država članica gdje bi državljanstvo pojedinih država bilo osnov za diskriminaciju. S druge strane, kako se i u dokumentu naglašava, moguća je i pojava socijalnog dampinga prema kojoj bi pojedine države članice smanjenjem socijalnih davanja privlačile strane investitore.

Prema trećem scenariju jačala bi se socijalna dimenzija u odnosu na sve građane svih država članica ravnomjernim podizanjem standarda u svim oblastima. Za pretpostaviti je da bi ovakav scenario bio najviše prihvatljiv svima, ali ostaje otvoreno pitanje koliko se on realno može provesti. Više je razloga za ovakvu tvrdnju, a ovdje se mogu istaći barem dva. Prvi je proceduralni, jer proces donošenja odluka zahtijeva široki konsenzus u svih 27 država članica i koji suviše dugo traje. Drugi suštinski razlog koji generira prvi jeste postojanje niza različitih interesa s obzirom na ekonomsku snagu, i tradicionalno različito poimanje sistema socijalne sigurnosti zapadnoe-

[14] Evropska komisija COM(2017) 206, 26. april 2017. godine.

vropskih, centralnoevropskih i mediteranskih država članica. Ovaj scenario bi zahtijevao povećana izdvajanja u sistem socijalne sigurnosti onih država koje u pravilu imaju slabije ekonomske sisteme, i koje i kad bi htjele ne bi mogle zadovoljiti postavljene zahtjeve. Jedan od izlaza iz ovakve situacije bilo bi jačanje evropskih fondova poput Evropskog socijalnog fonda iz kojeg bi se sufinansirali kompletni sistemi socijalne sigurnosti pojedinih država članica, za razliku od dosadašnjih specifičnih projekata koji su upereni na uske oblasti ili određene ranjive grupe. S ovim bi se teško složile ekonomski jake države članice zbog potrebe povećanih izdvajanja u ovakve fondove, što je i dosad bilo predmet velikih kritika.

Suočena s ovim dilemama, Evropska komisija je predložila rješenje uobličeno u Evropski stup socijalnih prava koje, s obzirom na trenutnu konstelaciju odnosa, smatra najrealnijim i koje bi moglo polučiti određene stvarne pomake.

3. Evropski stup socijalnih prava

Glavni izazovi s kojima se suočavaju države članice i EU u cjelini, a koji su bili povod da se pristupi izradi Evropskog stupa socijalnih prava (ESSP, Stup), predstavljeni su u radnom dokumentu Komisije 8. 3. 2016. godine o ključnim ekonomskim, socijalnim i trendovima zapošljavanja[15]. Ti izazovi su: 1. starenje stanovništva, 2. više žena radnica i promjena strukture porodice, 3. različitost populacije i radne snage prije svega s obzirom na državljanstvo, i porast radnika sa smanjenom radnom sposobnošću, 4. porast broja ljudi s većim stepenom obrazovanja, 5. porast nejednakosti u prihodima, 6. posljedice velike ekonomske krize koja je počela 2008. godine, i 7. pojava novih vrsta poslova i potreba za novim vrstama vještina. Kako se u ovom dokumentu također navodi, različit je stepen udjela troškova sistema socijalne sigurnosti u bruto domaćem proizvodu (BDP) i kreće se od preko 30% BDP-a u Danskoj, Francuskoj, Finskoj i Grčkoj do manje od 15% BDP-a u Estoniji, Latviji, Litvaniji i Rumuniji. Struktura troškova pojedinih grana sistema socijalne sigurnosti u 2012. godini bila je sljedeća: starosne penzije 44%, zdravstveno osiguranje 28%, porodična i davanja za djecu 8%, invalidske penzije 7%, davanja za nezaposlenost 5%, administrativni troškovi 3%, davanja za stanovanje 2%, davanja za redukciju socijalne isključenosti 2%, ostala davanja 1%.[16]

[15] European Commission, Commission Staff Working Document – Key economic, employment and social trends behind a European Pillar of Social Rights, SWD (2016) 51 final.

[16] European Commission, Commission Staff Working Document – Key economic, employment and social trends behind a European Pillar of Social Rights, SWD (2016) 51 final, str. 6–7.

Komunikacijom Komisije 8. 3. 2016. godine pokrenuta je javna rasprava o uspostavi Evropskog stupa socijalnih prava.[17] Jedan od glavnih razloga za pokretanje javne rasprave uočava se iz prenošenja izjave petorice predsjednika da je "za uspjeh Europske monetarne unije (EMU) potrebno da tržišta rada i sistemi socijalne sigurnosti u svim državama dobro i pravedno funkcioniraju"[18]. Iz ove izjave može se izvući zaključak da na nivou EU socijalna sigurnost još uvijek služi kao sredstvo za jačanje ekonomske i monetarne unije, a ne kao cilj sam za sebe. Imajući u vidu početne akademske rasprave, može se uočiti da je socijalni identitet EU neka vrsta pomoćnog identiteta, odnosno nuspojava ekonomskog identiteta. Na ovom tragu u Komunikaciji se dalje navodi da se na temelju iskustva iz proteklih 15 godina pokazalo da neravnoteža u jednoj državi članici ili više njih može ugroziti stabilnost cijelog europodručja. Na nivou EU se i dalje insistira na konceptu fleksigurnosti, ali sa zahtjevom da se ponovo utvrdi kako se on najbolje može primijeniti u praksi.

Sadržajno, Stup se sastoji od tri glavna područja: 1. Jednake mogućnosti i pristup tržištu rada, 2. pravedni uvjeti rada, i 3. primjerena i održiva socijalna zaštita. Uz ovu komunikaciju objavljen je i Prilog koji sadrži nacrt Stupa socijalnih prava sa izlistanim i konkretiziranim pravima, odnosno domenima politika, u okviru svakog područja, ukupno njih 20. Proces konsultacija trajao je do kraja 2016. godine.[19] Izrazito negativan kritički osvrt na ovaj nacrt dali su Loercher i Schoeman (2016) navodeći da on ne počiva na principu prava iako nosi naziv "Stup socijalnih prava", da ima nejasan pravni okvir i da ne donosi nikakvu dodatnu vrijednost (str. 7).

Nakon završenih konsultacija Komisija je 26. 4. 2017. godine objavila prijedlog Evropskog stupa socijalnih prava.[20] Stup se početno razvija na području EMU, a ostale članice se mogu priključiti ako to žele. Stup, će se,

---

[17] Komunikacija komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Pokretanje javne rasprave o europskom stupu socijalnih prava, Strasbourg, 8. 3. 2016. COM (2016) 127 final.

[18] "Dovršetak europske ekonomske i monetarne unije" izvještaj Jean-Claudea Junckera u saradnji s Donaldom Tuskom, Jeroenom Dissjelbloemom, Marijom Draghijem i Martinom Schulzom, juni 2015.

[19] Do tog roka je pristiglo 200 različitih stanovišta povodom nacrta, kao i 16 500 odgovora u okviru *online* konsultacija (The European Pillar is taking shape, *Social Agenda*, 2017, str. 6).

[20] Komunikacija komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o uspostavi Europskog stupa socijalnih prava, Bruxelles, 26. 4. 2017. godine, SWD (2017) 201 final; Europska komisija, Prijedlog međuinstitucionalnog proglasa o Europskom stupu socijalnih prava, Bruxelles, 26. 4. 2017. godine, COM (2017) 251 final.

kako se navodi u Komunikaciji, temeljiti na postojećoj pravnoj tečevini na razini EU, Povelji zajednice o osnovnim socijalnim pravima radnika iz 1989, Evropskoj socijalnoj povelji iz 1961. i izmijenjenoj Evropskoj socijalnoj povelji iz 1996. U načelima se uzimaju u obzir i relevantne konvencije, preporuke i povezani protokoli Međunarodne organizacije rada (MOR), te Konvencija Ujedinjenih nacija (UN) o pravima osoba s invaliditetom[21]. Stup će ovu pravnu tečevinu istovremeno nadopunjavati, a načela koja sadržava bit će posebno usmjerena na potrebe i izazove s kojima se suočava europodručje.

U odnosu na nacrt iz 2016. godine kao rezultat konsultacija izmijenjeni su i nazivi poglavlja kako slijedi: 1. jednake mogućnosti i pristup tržištu rada, 2. pravedni radni uvjeti, i 3. socijalna sigurnost i uključenost. I dalje je ostalo 20 prava odnosno načela koja su jednim dijelom izmijenjena i preformulirana, a čiji će sintetizirani prikaz biti dat u nastavku.

3.1. Jednake mogućnosti i pristup tržištu rada

Poglavlje Jednake mogućnosti i pristup tržištu rada sadrži četiri načela/prava: 1. obrazovanje, osposobljavanje i cjeloživotno učenje, 2. rodna ravnopravnost, 3. jednake mogućnosti i 4. aktivna potpora zapošljavanju.

U okviru prvog načela utvrđuje se pravo svakoga na kvalitetno obrazovanje, osposobljavanje i cjeloživotno učenje kako bi u punom kapacitetu razvio svoje individualne psiho-fizičke sposobnosti koje će mu omogućiti da postane i ostane konkurentan na tržištu rada. Utjecaj Unije u ovoj oblasti ostvaruje se najvećim dijelom kroz *soft law* odnosno preporuke, s daljim fokusom, između ostalog, na poboljšanje evropskog kvalifikacijskog okvira, digitalnih vještina, modernizaciju visokog obrazovanja itd.

Načelima rodne ravnopravnosti i jednakih mogućnosti se i dalje nastoji zadržati postojeći kurs borbe protiv svih vidova diskriminacije po bilo kom zabranjenom osnovu. Nizom direktiva u ovim oblastima izvršena je značajna harmonizacija s podizanjem stepena zaštite. Dalji koraci u jačanju rodne ravnopravnosti usmjereni su na ukidanje nejednakosti plaća i veću ravnopravnost na rukovodnim radnim mjestima u korporativnom okruženju[22].

[21] Pravna tečevina EU u području socijalne sigurnosti razvijala se tokom posljednjih 30 godina: uvedene su nove odredbe u ugovore EU, te su doneseni Povelja Evropske unije o temeljnim pravima, novo zakonodavstvo i sudska praksa Suda Evropske unije. Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o uspostavi Europskog stupa socijalnih prava, Bruxelles, 26. 4. 2017. godine, SWD (2017) 201 final, str. 3.

[22] COM (2012) 614 final.

Načelom jednakih mogućnosti će se donošenjem nove direktive djelimično proširiti postojeća pravna tečevina zabranom diskriminacije na temelju vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili spolne orijentacije na područja socijalne sigurnosti, obrazovanja i pristupa robi i uslugama koje su dostupne javnosti.

Načelom koje se odnosi na aktivnu potporu zapošljavanju, koje je u uskoj vezi s prvim načelom, promovira se pravo na pravovremenu i prilagođenu pomoć u poboljšavanju izgleda za zapošljavanje ili samozapošljavanje, što uključuje potporu pri traženju posla, osposobljavanju i prekvalifikaciji. Pravovremenost i prilagođenost podrazumijevale bi dodatne napore javnih službi u svakoj individualnoj potrebi za zaposlenjem i konkurentnosti radnika. Dalje, ovim načelom se promovira pravo mladih na kontinuirano obrazovanje, naukovanje, pripravništvo ili pouzdanu ponudu za posao u razdoblju od četiri mjeseca nakon gubitka posla ili prekida obrazovanja. Ovo pravo za osobe mlađe od 25 godina preuzeto je iz preporuke Vijeća o jamstvu za mlade[23], ali ostaje nejasno koji bi bili mehanizmi zaštite prava ako države ne postupaju prema njoj.[24] Treći segment ovog načela odnosi se na pravo nezaposlenih na prilagođenu, neprekidnu i dosljednu potporu, uz pravo dugotrajno nezaposlenih na detaljnu individualnu procjenu najkasnije 18 mjeseci nakon gubitka posla. Kao i u prethodnom slučaju i ovo pravo dugotrajno nezaposlenih osoba je preuzeto iz Preporuke o integriranju dugotrajno nezaposlenih osoba na tržištu rada.[25]

Na ova dva primjera prava mladih i dugotrajno nezaposlenih osoba može se uočiti jezička nekonzistentnost, što može biti predmet zabune, između proklamiranog i onoga što može biti implementirano u praksi. Naime, iako se u Stupu konstantno koristi izraz pravo, u velikom broju slučajeva poput prethodna dva, to pravo ne podrazumijeva instrumente za njegovo ostvarivanje i zaštitu. Suštinski ovdje se radi o načelima koje bi države članice trebalo da poštuju, ali bez sankcije ako to ne urade. Razjašnjenje ove dileme je dala Marianne Thyssen, evropska komesarka za zapošljavanje, socijalna pitanja, vještine i mobilnost radne snage. Ona navodi da ESP kao takav neće biti ni direktiva ni uredba. On će biti posvećenost odnosno privrženost prema setu principa/načela koji sadrže zajedničke vrijednosti ukazujući u kojem pravcu idemo.[26] Ovaj stav ukazuje na to da se stup ustvari trebao zvati Evropski

---

[23] Preporuka Vijeća od 22. 4. 2013. godine o uspostavi jamstva za mlade, SL C 120, 26. 4. 2013. str. 1.

[24] Komunikacija komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o uspostavi europskog stupa socijalnih prava, Bruxelles, 26. 4. 2017. godine, SWD (2017) 201 final, str. 18.

[25] Preporuka Vijeća od 15. veljače 2016. o integriranju dugotrajno nezaposlenih osoba na tržište rada, SL C 67, 20. 2. 2016., str. 1.

[26] *Employment, social affairs skills and labour mobility*, 2017, str. 10.

stup socijalnih načela kako bi naziv, sadržaj i cilj koji se želi postići bili kompatibilni. Iako se suštinski radi o načelima, u radu će se pretežno i dalje koristiti izraz pravo u skladu s jezičkom formulacijom iz Stupa.

3.2. Pravedni radni uvjeti

Poglavlje pravedni radi uvjeti, kako sam naslov sugerira, odnosi se na prava na radu i povodom rada. To su sljedeća prava/načela: 5. sigurno i prilagodljivo zaposlenje, 6. plaće, 7. informacije o uvjetima zaposlenja i zaštita u slučaju otkaza, 8. socijalni dijalog i uključenost radnika, 9. ravnoteža između poslovnog i privatnog života i 10. zdravo, sigurno i dobro prilagođeno radno okruženje te zaštita podataka.

Sigurno i prilagodljivo zaposlenje podrazumijeva prije svega pravo svih radnika, bez obzira na vrstu i trajanje radnog odnosa, na pravedno i jednako postupanje u pogledu radnih uvjeta, pristupa socijalnoj zaštiti i osposobljavanju. Također se potiče prijelaz prema zapošljavanju na neodređeno vrijeme. Ova oblast, za razliku od poglavlja 1, jednim je značajnim dijelom već pokrivena legislativom na nivou EU kroz pravo radnika na pisanu izjavu o uvjetima ugovora o radu ili radnog odnosa[27] te uspostavljanje minimuma prava radnika zaposlenih na određeno vrijeme[28], radnika zaposlenih s nepunim radnim vremenom[29], te radnika zaposlenih preko agencija za privremeno zapošljavanje[30]. U obrazloženju ovog načela najavljuje se i izmjena Direktive Vijeća 91/533 u smislu da se u pisanoj izjavi o uvjetima rada i radnog odnosa dodaju nove obavezne informacije[31]. Ovim načelom osigurava se i fleksibilnost poslodavaca u skladu s nacionalnim zakonodavstvom kako bi se prilagodili promjenama, ali uz zabranu zloupotrebe nestandardnih ugovora o radu. Drugačije kazano poslodavci mogu koristiti nestandardne ugovore, ali samo u skladu sa stvarnom potrebom, a ne kao sredstvo izbjegavanja administrativnih, finansijskih i drugih obaveza prema radnicima.

---

27 Direktiva Vijeća 91/533/EEZ od 14. listopada 1991. o obvezi poslodavca da obavijesti radnike o uvjetima koji se primjenjuju na ugovor o radu ili radni odnos, SL L 288, 18. 10. 1991, str. 32.

28 Direktiva Vijeća 1999/70/EZ od 28. juna 1999. o Okvirnom sporazumu o radu na određeno vrijeme koji su sklopili ETUC, UNICE i CEEP, SL L 175, 10. 7. 1999, str. 43.

29 Direktiva Vijeća 97/81/EZ od 15. decembra 1997. o Okvirnom sporazumu o radu s nepunim radnim vremenom koji su sklopili UNICE, CEEP i ETUC, SL L 14, 20. 1. 1998, str. 9.

30 Direktiva 2008/104/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 19. novembra 2008. o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, SL L 327, 5. 12. 2008, str. 9.

31 COM (2017) 2611.

Ključne odrednice u pogledu plaća jesu da one trebaju biti pravedne i da se od njih može dostojno živjeti. U svim državama članicama treba se osigurati primjerena minimalna plaća kojom se mogu zadovoljiti potrebe radnika i njihovih porodica u određenim nacionalnim, privrednim i društvenim uvjetima. I ovdje se ponavlja obaveza država da omoguće pristup zapošljavanju i poticaje za traženje zaposlenja. Sve ovo ima za cilj da se spriječi siromaštvo zaposlenih. Utvrđivanje plaća treba biti transparentno i predvidljivo u skladu s nacionalnim praksama poštujući autonomiju socijalnih partnera. Odrednicom o pravednosti plaća može se uočiti bliska veza s Agendom MOR-a o dostojanstvenom radu čiji je obavezni element i pravedna, odnosno poštena zarada[32]. Ova bliskost ogleda se i u preporuci državama članicama, u obrazloženju ovog načela, koje to nisu dosad učinile, da ratificiraju Konvenciju MOR-a br. 131. o utvrđivanju minimalne plaće i Konvenciju br. 154 o promicanju kolektivnog pregovaranja[33].

Još jednom se proklamira pravo radnika da budu informirani o uvjetima zaposlenja, uključujući i probni rad. U okviru uvjeta zaposlenja posebno se naglašava pravo radnika da budu upoznati s razlozima za davanje otkaza te da imaju primjeren otkazni rok. Radnici također imaju pravo na nepristrasno i djelotvorno rješavanje sporova, a u slučaju neopravdanog otkaza pravo na pravnu zaštitu, uključujući primjerenu kompenzaciju.

Bipartitni i tripartitni socijalni dijalog i dalje treba da bude glavni način očuvanja dostignutog nivoa prava na radu i povodom rada, te se naglašava potreba za povećanjem kapaciteta socijalnih partnera za promociju dijaloga. Prema potrebi, sporazumi socijalnih partnera se provode na razini Unije i njezinih država članica. Radnici u okviru svojih preduzeća imaju pravo biti informirani o svim bitnim pitanjima koja su za njih relevantna, naročito u pogledu prijenosa, restrukturiranja i spajanja preduzeća te kolektivnog otpuštanja.

---

[32] Četiri glavna stupa Agende MOR-a o dostojanstvenom radu su 1. kreiranje zaposlenja, 2. socijalna sigurnost i socijalna zaštita, 3. prava na radu i 4. socijalni dijalog. Ovi stupovi su inaugurirani Deklaracijom MOR-a o socijalnoj pravdi za fer globalizaciju usvojenoj na generalnoj skupštini MOR-a u Ženevi 10. 6. 2008. godine (tekst Deklaracije dostupan na http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_371208.pdf pristup 18. 10. 2017. god.). Oni su postali i sastavni dio 2030 agende o održivom razvoju usvojene od strane generalne skupštine Ujedinjenih nacija 25. 09. 2015. godine (tekst Agende dostupan na http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E (pristup 18. 10. 2017).

[33] Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o uspostavi Europskog stupa socijalnih prava, Bruxelles, 26. 4. 2017. godine, SWD (2017) 201 final, str. 29.

Načelom o ravnoteži poslovnog i privatnog života utvrđuje se jednako pravo žena i muškaraca, uz poticanje jednakomjernog korištenja, na primjereno odsustvo, fleksibilne radne uvjete i pristup uslugama njege. Kao primjer fleksibilnog načina rada ovdje se uzima rad pomoću telekomunikacijskih tehnologija i prilagođenost rasporeda rada. Fleksibilnost znači i prelazak s punog na nepuno radno vrijeme, što je trenutno zakonodavstvom Unije omogućeno samo kada se radnik vrati s roditeljskog odsustva[34].

Radnici imaju pravo na visok stepen zaštite zdravlja i sigurnosti na radu, kao i na radno okruženje koje je prilagođeno njihovim profesionalnim potrebama i koje će im omogućiti da što duže sudjeluju na tržištu rada. Ovim načelom pozivaju se države članice da osiguravaju viši stepen zaštite u odnosu na već postojeći koji je reguliran Okvirnom direktivom Vijeća 89/391 EEZ[35] s 23 povezane direktive kojima se utvrđuju minimalni standardi za sprečavanje profesionalnih rizika, zaštite sigurnosti i zdravlja i uklanjanja faktora rizika i nesreća. Radnici imaju pravo na zaštitu osobnih podataka na radnom mjestu. U obrazloženju ovog stava se naglašava da se Općom uredbom o zaštiti podataka[36] dopušta državama članicama da zakonom ili kolektivnim ugovorima predvide posebna pravila kako bi osigurale zaštitu prava i sloboda radnika[37].

3.3. Socijalna sigurnost i uključenost

Trećim setom načela koja se nalaze u poglavlju socijalna sigurnost i uključenost od država članica traži se dalje razvijanje sistema socijalne sigurnosti, odnosno socijalnog osiguranja i socijalne zaštite kao njegova dva osnovna vida. Ovi sistemi su još uvijek najvećim dijelom u nadležnosti država članica, a na nivou Unije, u pojedinim oblastima, egzistira mehanizam koor-

[34] Komunikacija komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o uspostavi Europskog stupa socijalnih prava, Bruxelles, 26. 4. 2017. godine, SWD (2017) 201 final, str. 38.

[35] Direktiva Vijeća 89/391/EEZ od 12. juna 1989. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja radnika na radu, SL L 183, 29. 6. 1989, str. 1.

[36] Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. aprila 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka) (Tekst značajan za EGP), SL L 119, 4. 5. 2016, str. 1–88.

[37] Komunikacija komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o uspostavi Europskog stupa socijalnih prava o uspostavi Europskog stupa socijalnih prava, Bruxelles, 26. 4. 2017. godine, SWD (2017) 201 final, str. 41.

dinacije reguliran Uredbama Evropskog parlamenta i Vijeća 883/2004[38], 987/2009[39] i 1231/2010[40], te Direktivom 2003/109/EZ[41]. U ovom poglavlju sadržana su sljedeća načela: 11. briga o djeci i potpora djeci, 12. socijalna zaštita, 13. naknade za nezaposlene, 14. minimalni dohodak, 15. dohodak u starosti i penzije, 16. zdravstvena njega, 17. uključenost osoba s invaliditetom, 18. dugotrajna njega, 19. stanovanje i pomoć beskućnicima i 20. dostupnost osnovnih usluga.

Djeca imaju pravo na pristupačan i kvalitetan rani i predškolski odgoj i obrazovanje, kao i pravo na zaštitu od siromaštva. Djeca iz ugroženih sredina imaju pravo na posebne poticajne mjere za ostvarivanje jednakih mogućnosti. Pored preporuka i ciljeva postavljenih u ovoj oblasti[42] konkretni koraci ka promoviranju jednakog pristupa predškolskom odgoju i obrazovanju, te kvalitetnim uslugama provode se davanjem finansijske potpore od strane Evropskog fonda za regionalni razvoj i Evropskog socijalnog fonda.[43]

Sljedećim načelom se inaugurira pravo radnika, bez obzira na vrstu i trajanje radnog odnosa, a u uporedivim uvjetima i samozaposlenih, da imaju pravo na socijalnu zaštitu. Na ovaj način nastoje se obuhvatiti osobe pored standardnih, u svim vrstama nestandardnih radnih odnosa, kao i samozaposleni. Ovdje termin socijalna zaštita podrazumijeva socijalnu pomoć i socijalno osiguranje kroz sljedeća davanja (definirana Uredbom 883/2004): 1. davanja za slučaj bolesti; 2. davanja za majčinstvo i istovjetna davanja za očinstvo; 3. invalidska davanja; 4. davanja za slučaj starosti; 5. davanja za

[38] Uredba (EZ) br. 883/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti, SL L 166, 30. 4. 2004, str. 1.

[39] Uredba Europskog parlamenta i Vijeća (EZ) br. 987/2009 od 16. septembra 2009. koja uspostavlja postupak za provedbu Uredbe (EZ) br. 883/2004 o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti (tekst sa značajem za Europski gospodarski prostor i Švicarsku, SL L 284, 30. 10. 2009, str. 1.

[40] Uredba (EU) br. 1231/2010 Europskog parlamenta i Vijeća od 24. novembra 2010. o proširenju primjene Uredbe (EZ) br. 883/2004 i Uredbe (EZ) br. 987/2009 na državljane trećih zemalja koji tim uredbama još nisu obuhvaćeni isključivo na temelju svog državljanstva, SL L 344, 29. 12. 2010, str. 1.

[41] Uredba (EU) br. 1231/2010 Europskog parlamenta i Vijeća od 24. novembra 2010. o proširenju primjene Uredbe (EZ) br. 883/2004 i Uredbe (EZ) br. 987/2009 na državljane trećih zemalja koji tim uredbama još nisu obuhvaćeni isključivo na temelju svog državljanstva, SL L 344, 29. 12. 2010, str. 1.

[42] Do 2020. u predškolskom obrazovanju trebalo bi učestvovati najmanje 95% djece (od četiri godine do dobi obaveznog početka školovanja).

[43] Komunikacija komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o uspostavi Europskog stupa socijalnih prava o uspostavi europskog stupa socijalnih prava, Bruxelles, 26. 4. 2017. godine, SWD (2017) 201 final, str. 45.

nadživjele osobe; 6. davanja za povrede na radu i profesionalne bolesti; 7. posmrtna pripomoć; 8. davanja za nezaposlenost; 9. pretpenzijska davanja; 10. porodična davanja[44].

Nezaposlene osobe koje su prethodno ostale bez posla imaju pravo na primjerenu potporu javnih zavoda za zapošljavanje pri ponovnom zapošljavanju, kao i na primjerenu naknadu za nezaposlene u razumnom trajanju. Primjerena potpora se bazira na ocjenjivanju, savjetovanju i usmjeravanju u potrazi za poslom, te pri donošenju odluka o karijeri. Naknada za nezaposlene prima se u skladu s njihovim doprinosima i nacionalnim pravilima o ispunjavanju uvjeta za primanje naknade. Visinom tih naknada i dužinom isplate se ne smije destimulirati brz povratak na tržište rada.

Sve osobe koje nemaju dovoljno sredstava imaju pravo na minimalni dohodak koji omogućuje dostojan život u svim njegovim fazama, te pravo efikasnog pristupa dobrima i uslugama. Za one koji mogu raditi, minimalni dohodak trebalo bi kombinirati s poticajima za zaposlenje. Uvođenjem minimalnog dohotka nastoji se spriječiti siromaštvo osoba koje ne zadovoljavaju uvjete za davanja iz sistema socijalne sigurnosti ili kojima je isteklo pravo na takva davanja, što je način borbe protiv siromaštva i socijalne isključenosti[45].

Penzionisani radnici i samozaposleni imaju pravo na penziju koja odgovara njihovim doprinosima i čini primjeren dohodak. Žene i muškarci imaju jednake mogućnosti za ostvarivanje prava na penziju. Sve starije osobe imaju pravo na resurse koji im omogućuju dostojan život. Stupom se u ostvarivanju prava izjednačavaju radnici i samozaposleni, uz insistiranje na primjerenom dohotku koji se treba ostvarivati i iz drugih vidova finansiranja i štednje ako visina penzije nije adekvatna.

Svi imaju pravo pravovremenog pristupa pristupačnoj i kvalitetnoj preventivnoj i kurativnoj zdravstvenoj zaštiti. Ovakvom formulacijom se Stupom uspostavlja opće pravo pristupa kvalitetnoj zdravstvenoj zaštiti i liječenju.

Osobe s invaliditetom imaju pravo na potporu dohotku koja im omogućuje dostojan život, usluge koje im omogućuju učestvovanje na tržištu rada i u društvu, te radno okruženje prilagođeno njihovim potrebama. Kvalitativno

[44] Komunikacija komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o uspostavi Europskog stupa socijalnih prava o uspostavi europskog stupa socijalnih prava, Bruxelles, 26. 4. 2017. godine, SWD (2017) 201 final, str. 50.

[45] Komunikacija komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o uspostavi Europskog stupa socijalnih prava o uspostavi europskog stupa socijalnih prava, Bruxelles, 26. 4. 2017. godine, SWD (2017) 201 final, str. 56.

novi pristup ovim osobama ogleda se u tome što se njihova potpuna uključenost u društvo može postići jedino istovremenim kombiniranjem zabrane diskriminacije, potpore dohotku i prilagođenom radnom okruženju. Budući da se u načelu navodi nužna, uzajamno podupiruća kombinacija ovih mjera, Stupom se nadilazi postojeća pravna tečevina.[46]

Svi imaju pravo na pristupačne i kvalitetne usluge dugotrajne njege, naročito na usluge njege u vlastitom domu i u zajednici. Stupom se po prvi put na razini Unije potvrđuje pravo na dugotrajnu njegu onih osoba koje o njoj ovise.

Onima kojima je to potrebno omogućuje se pristup socijalnim stanovima ili kvalitetnoj pomoći za stanovanje. Ranjive osobe imaju pravo na primjerenu pomoć i zaštitu od deložacija. U obrazloženju ovog načela pojašnjavaju se pojmovi pomoć za stanovanje i ranjive osobe. Pomoć za stanovanje obuhvata npr. davanja za stanovanje, potporu dohotku, jamstva za iznajmljivanje i porezne olakšice. Ranjive osobe mogu biti ugroženi stanari ili izvlašteni vlasnici kojima prijeti deložacija. Njima se treba pomoći u pravnom zastupanju koje uključuje advokatsku pomoć i posredovanje[47]. Dalje u sklopu ovog načela predviđeno je da se beskućnicima osiguravaju primjerena skloništa i usluge radi promicanja njihove socijalne uključenosti.

Prema posljednjem 20. načelu Stupa svi imaju pravo pristupa kvalitetnim osnovnim uslugama, uključujući vodu, kanalizaciju, energiju, prijevoz, finansijske usluge i digitalnu komunikaciju. Potpora pristupa takvim uslugama dostupna je onima kojima je potrebna. Nadležna javna tijela država članica dužna su da omoguće pristup kvalitetnim osnovnim uslugama kroz omogućavanje konkurencije na tržištu, što bi za posljedicu imalo smanjenje cijene, i kroz sufinansiranje onih usluga za čiji su pristup i distribuciju isključivo nadležna ta tijela.

4. Uloga socijalnih partnera u implementaciji Stupa

Implementacija Evropskog stupa socijalnih prava kao pravno neobavezujućeg akta na nivou Unije provodi se dobrovoljno od strane država članica,

[46] Komunikacija komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o uspostavi Europskog stupa socijalnih prava o uspostavi europskog stupa socijalnih prava, Bruxelles, 26. 4. 2017. godine, SWD (2017) 201 final, str. 65.

[47] Komunikacija komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o uspostavi Europskog stupa socijalnih prava o uspostavi europskog stupa socijalnih prava, Bruxelles, 26. 4. 2017. godine, SWD (2017) 201 final, str. 71.

prije svega, EMU-a. Ključnu ulogu u implementaciji na teritorijama država članica, a samim tim i Unije u cjelini imaju socijalni partneri. U okviru svakog od 20 načela/prava Stupa obrazlaže se na koji način socijalni partneri mogu doprinijeti njihovoj provedbi. Jedan od suštinskih, ali posrednih doprinosa Stupa, prije svega za prava radnika, jeste poziv na jačanje kapaciteta i uloge socijalnih partnera na teritoriji država članica, ali i na teritoriji Unije. Implementacija i harmonizacija velikog dijela prava/načela iz Stupa, pored implementacije u okviru država, može se ostvariti putem sporazuma socijalnih partnera na nivou Unije. Ti sporazumi su u principu bipartitnog karaktera, ali u određenim slučajevima kada postanu sastavni dio direktiva ili uredbi, oni dobivaju tripartitni karakter (poslodavci, sindikati, Unija)[48].

Da bi se postigao sporazum potrebno je pregovorima pristupiti u dobroj vjeri (*bona fides*) i s jasnim zajedničkim konsenzusom socijalnih partnera da predmet sporazuma donosi obostranu korist. Ako tog konsenzusa nema, on s jedne strane može biti "iznuđen" pritiskom jednog od socijalnih partnera (masovna otpuštanja od strane poslodavaca/kolektivna akcija od strane sindikata). S druge strane, ako ne postoji konsenzus, predmet pregovora može biti reguliran zakonom ili drugim aktom od nadležne javne vlasti. Ni jedan ni drugi način dugoročno nisu dobri. Osnovni razlog jeste taj što konsenzus "iznuđen" pritiskom bilo koje strane rješenje spornih pitanja samo odgađa na duži ili kraći period. Reguliranje predmeta pregovora od strane nadležne javne vlasti veoma često jednog socijalnog partnera stavlja u nepovoljniji položaj, izuzimajući ipak većim dijelom intervenciju države kada se štite temeljna prava radnika, što i jeste osnovna funkcija državnog zaštitnog

[48] Za razliku od skromnih početaka, kako navodi Bernard (2012), socijalni partneri sada imaju potencijal da ostvare značajan utjecaj na nivou Unije, i također da jačaju kolektivno pregovaranje na nacionalnom nivou (str. 714). Oslanjajući se na članove 154 i 155 UFEU, Komisija podstiče savjetovanje socijalnih partnera na nivou Unije kao i njihov socijalni dijalog. Dijalog socijalnih partnera na nivou Unije, ukoliko to oni žele, može dovesti do uspostavljanja ugovornih odnosa, uključujući sporazume. Sporazumi zaključeni na nivou Unije sprovode se ili u skladu s postupcima i pravilima socijalnih partnera i država članica, ili u pitanjima obuhvaćenim članom 153, na zajednički zahtjev strana potpisnica, odlukom Evropskog savjeta na prijedlog Komisije. O tome se obavještava Evropski parlament. Postupak za zaključivanje sporazuma koji će postati sastavni dio prava EU ne smije trajati duže od devet mjeseci, ako socijalni partneri i Komisija zajednički ne odluče da ga produže. U pogledu adresata na koje se primjenjuju, sporazumi su u pravilu multisektorski odnosno primjenjuju se na više industrijskih grana. Većina sporazuma koji su do sada postali sastavni dio direktiva primjenjuju se u principu na sve poslodavce i sve radnike Unije. Međutim, prema Blanpainu (2014), ne treba *apriori* isključiti mogućnost implementiranja putem direktiva i sektorskih, regionalnih ili čak onih sporazuma koji se odnose samo na jednu evropsku kompaniju koja svoje aktivnosti obavlja u više država članica (str. 914).

zakonodavstva. S obzirom na navedeno, konsenzus socijalnih partnera koji dugoročno donosi korist i jednoj i drugoj strani, a posredno i nadležnoj javnoj vlasti podrazumijeva ispunjavanje dvije vrste uslova. Na strani nadležne javne vlasti to je uspostavljanje pravnog sistema u kojem će se identično tretirati prava radnika i poslodavaca saglasno njihovoj ulozi i poziciji na tržištu rada, te omogućavanje, poštivanje i promoviranje slobode udruživanja i kolektivnog pregovaranja. Na strani socijalnih partnera to su kompetentni pregovarači koji su svjesni da mehanizmi pritiska koji im stoje na raspolaganju (masovna otpuštanja/kolektivna akcija) njima nanose gotovo identičnu štetu kao i drugoj strani, i ne smiju se koristiti kao sredstvo za odlaganje rješenja spornih pitanja.

Već u ranoj fazi inauguracije Stupa može se uočiti nepostojanje konsenzusa između socijalnih partnera na nivou Unije u pogledu da li on treba biti set načela/principa kojima treba dugoročno težiti, ili on treba biti set prava koji će u sebi imati i mehanizme zaštite.

Najveće organizacije poslodavaca na nivou EU BUSINESEEUROPE[49] i CEEP[50] su velikim dijelom pozdravile Stup ovakav kakav jeste tj. kao set neobavezujućih principa. One pozdravljaju što njegova pravna neobaveznost ne može biti baza za uobičajeno proširenu interpretaciju od strane Evropskog suda pravde. Dalje, one u svojim osvrtima smatraju da Stup ne bi trebao producirati nikakvo novo pravno obavezujuće zakonodavstvo i da je 70-ak postojećih direktiva u ovoj oblasti sasvim dovoljno. U suprotnom bi mjere koje bi proistekle iz Stupa mogle obeshrabriti poslodavce u zapošljavanju novih radnika[51].

[49] Ovo udruženje poslodavca ima 39 članova iz 34 zemlje uključujući zemlje evropske ekonomske zone i neke zemlje centralne i istočne Evrope. Do 2007. su nosili naziv Evropska konfederacija industrijalaca i poslodavca (UNICE). O historijatu i strukturi vidjeti šire na: https://www.businesseurope.eu/history-organisation (Pristupljeno 23. 10. 2017. godine).

[50] CEEP – Evropski centar poslodavaca i preduzeća koji pružaju javne usluge (zdravstvena njega, obrazovanje, stanovanje, energija, transport itd.) Vidjeti šire na: http://www.ceep.eu/our_organisation/ (Pristupljeno 23. 10. 2017. godine).

[51] CEEP opinion on the European Pillar of Social Rights, Opinion 11. 14. December 2016. Brussels. Mišljenje dostupno na http://www.ceep.eu/wp-content/uploads/2016/12/16opinion11_Pillar-of-Social-rights.pdf Pristupljeno 22. 8. 2017; BUSINESSEEUROPE- orientation paper, European pillar of social rights, 30 june 2017, Mišljenje dostupno na: https://www.businesseurope.eu/sites/buseur/files/media/position_papers/social/2017-06-30_businesseurope_paper_european_pillar_social_rights.pdf (Pristupljeno 22. 8. 2017).

Nasuprot poslodavcima, najveće udruženje sindikata na evropskom nivou ETUC[52] u svojoj rezoluciji "ETUC-ova platforma o budućnosti Europe"[53] povodom nacrta Stupa naglašava da se EU mora pobrinuti da Evropski stup socijalnih prava ne bude samo isprazno obećanje. Radnici i građani trebaju konkretne prijedloge, mjere koje mogu donijeti stvarne promjene za njihove svakodnevne živote i koje mogu poboljšati njihove uvjete života i rada. U odnosu na prijedlog Stupa, ETUC u svom saopćenju smatra da je za njegovo jačanje potrebno da se socijalna prava izjednače s ekonomskim, da se uvede test socijalnih prava prema kojem bi se provjeravalo kako svaka nova politika doprinosi jačanju socijalnih prava, da prava iz Stupa budu stvarna za sve radnike na svim radnim mjestima[54].

Imajući u vidu navedene stavove evropskih socijalnih partnera, teško je za očekivati da će se, barem na evropskom nivou, veći dio prava iz Stupa moći implementirati putem socijalnog dijaloga. Kao pravno neobavezujući dokument ovakav Stup puno više odgovara poslodavcima, što oni i naglašavaju, nego sindikatima. Ne dovodeći u pitanje dosadašnji stepen zaštite prava na radu i povodom rada i pojedinih segmenata socijalne sigurnosti u pravnom sistemu EU, Stupom nije učinjen dovoljan korak da se socijalna prava izjednače s ekonomskim, što bi bila nužna pretpostavka za uspješan dijalog.

Zaključak

Sistem radnog zakonodavstva, zapošljavanja i sistem socijalne sigurnosti kojeg čine socijalno osiguranje i socijalna zaštita u pravnom sistemu Evropske unije su oblasti u kojima se razvija prepoznatljivost tzv. evropskog socijalnog identiteta. Ovaj identitet, za razliku od ekonomskog, još uvijek nema dovoljnu jasnoću, koherentnost i pravnu uobličenost odnosno obuhvatnost. U dosadašnjem razvoju pravnog sistema EU oblasti koje čine ovaj identitet su razvijane kao preduslov za dalje razvijanje ekonomskog identiteta, ili su ga u njegovom razvoju pratile kao nuspojava. Ipak, pojedine oblasti poput individualnih i kolektivnih prava na radu i povodom rada, a posebno zabra-

[52] ETUC – Evropska konfederacija sindikata koji zastupa sve radnike na evropskom nivou. Članovi su mu 89 nacionalnih konfederacija sindikata i 10 evropskih federacija sindikata. https://www.etuc.org/composition-and-organisation (Pristupljeno 23. 10. 2017. godine).

[53] Usvojena na sjednici Izvršnog odbora održanoj 26–27 oktobra 2016. godine. Rezolucija dostupna na https://www.etuc.org/documents/etuc-platform-future-europe#.WZwrkigjGUk

[54] ETUC Saopštenje za štampu 14. 6. 2017. godine. Dostupno na: https://www.etuc.org/press/trade-unions-fight-stronger-european-pillar-social-rights#.WZwq-ygjGUl (Pristupljeno 22. 8. 2017. godine).

na diskriminacije, sadržaj ugovora o radu, atipične vrste radnog odnosa, zaštita na radu, informiranje i konsultiranje, kolektivna otpuštanja, jesu harmonizirani na teritoriji čitave Unije pretežno kroz direktive kojima se propisuju minimalni standardi. Ovu harmonizaciju je znatno podržala i odgovarajuća praksa Evropskog suda pravde. U segmentu socijalne sigurnosti od samog formiranja Unije prisutna je koordinacija sistema na temelju koje je moguće zbrajanje doprinosa i davanja ostvarenih u različitim državama članicama.

U periodu od 2005. do 2010. godine u namjeri da se ojača konkurentnost privreda država članica, ali i Unije u cjelini, te kao način izlaska iz ekonomske krize koja je počela 2008. godine na nivou Unije je prihvaćen koncept fleksigurnosti. Prema ovom konceptu istovremeno se treba jačati i fleksibilnost radnih odnosa koja pomaže konkurentnosti i socijalna sigurnost koja bi ublažila negativne posljedice. Ovaj koncept je pretrpio veliku kritiku, jer prema stavu predstavnika radnika predstavlja krinku za potpunu liberalizaciju tržišta rada. Pokušaj da se ove kritike ublaže na nivou Unije 2010. godine je rezultirao usvajanjem Strategije "Europa 2020". U ovoj strategiji ponovo se stavlja akcent na jaču socijalnu dimenziju Unije. Kao popratni alat za provođenje strategije donesen je također 2010. godine revidirani set smjernica za zapošljavanje. Ove smjernice su ponovo redefinirane 2015. godine, ali uz samo jezičko preformuliranje, bez kvalitativnog pomaka. U daljim naporima da se ojača socijalna dimenzija EU, a na tragu strateških dokumenata Bijele knjige o budućnosti Evrope i Dokumenta za razmatranje o socijalnoj dimenziji Evrope, predstavljen je nacrt 2016. godine, a 2017. godine i Prijedlog Evropskog stupa socijalnih prava.

Po svojoj pravnoj prirodi Stup se svrstava u tzv. meko pravo (*soft law*) jer je, kako je u radu prethodno navedeno, predstavljen kao skup načela koja države članice trebaju poštovati, bez namjere da postane direktiva ili uredba s pravno obavezujućim dejstvom sekundarnog izvora prava EU. Stup će se početno primjenjivati samo u državama članicama EMU-a. Sadržajno Stup je podijeljen u tri poglavlja koja sadrže ukupno 20 prava/načela. Najveći dio prava koja se nalaze u Stupu već je ustanovljen većim dijelom preporukama kao pravno neobavezujućim aktima (segment obrazovanja i socijalne sigurnosti izuzimajuću Uredbu o koordinaciji sistema – I i III poglavlje), ali jedan manji dio i direktivama (segment prava na radu i povodom rada – II poglavlje).

Kvalitativno, već po svojoj pravnoj prirodi neobavezujućeg akta, Stup ne pravi suštinski zaokret u pravcu izjednačavanja socijalnih s ekonomskim pravima. Nespretna je i sama jezička formulacija u naslovu jer termin pravo

u najvećem broju slučajeva u sebi supsumira i mehanizme za njegovo ostvarivanje i zaštitu. Naslov Evropski stup socijalnih načela/principa bi bolje odražavao sadržaj, ciljeve i pravnu prirodu ovog akta.

Imajući u vidu njegovu neobavezujuću prirodu, ključni alat za njegovu provedbu treba da bude socijalni dijalog, kako na nivou država članica tako i na nivou Unije u cjelini. Međutim, prve impresije socijalnih partnera u odnosu na prijedlog Stupa su potpuno suprotne, od pozitivne percepcije od strane predstavnika poslodavca, do izrazito negativnog kritičkog osvrta od strane udruženja sindikata. S obzirom na ovako udaljene stavove teško je očekivati da socijalni partneri budu ti koji će teret implementacije moći preuzeti na sebe. Ovo "prebacivanje" tereta implementacije Stupa od strane Unije, ali i država članica na socijalne partnere jednim dijelom govori o tome da još uvijek ne postoji spremnost nadležnih javnih vlasti na oba nivoa da na sebe preuzmu odgovornost za podizanje stepena harmonizacije socijalnih prava. Ipak, ono što je pozitivno, i što posredno predstavlja suštinski novi kvalitet Stupa, jeste poziv na jačanje socijalnih partnera i promoviranje socijalnog dijaloga. Njihovo jačanje, prije svega sindikata kao predstavnika radnika, nužno vodi ka jačanju radnog i zakonodavstva socijalne sigurnosti.

Na kraju, Evropskim stupom socijalnih prava prvi put su na jednom mjestu objedinjene sve oblasti u kojima je dat trenutni presjek, ali i vizija u kom pravcu treba da se razvija socijalni identitet Unije. Stupom je, objedinjavanjem socijalnih prava/načela, učinjen prvi korak da ekonomska postane i socijalna unija. Da li će to i postati u budućnosti zavisi od spremnosti da se ovim pravima pridruže odgovarajući mehanizmi za izvršenje i zaštitu.

Bibliografija

1. Ashiagbor, D. (2005). *The European Employment Strategy – Labour Market Regulation and New Governance*. Oxford: Oxford University Press.
2. Bernard, C. (2012). *EU Employment Law.* Fourth Edition, Oxford University Press.
3. Blanpain, R. (2014). *European Labour Law*. Fourtheenth Edition. Kluwer Law International.
4. Countouris, N. (2007). *The Changing Law of the Employment Relationship – Comparative Analyses in European Context*. Ashgate.
5. *Employment, social affairs skills and labour mobility*. (April 2017). *Social Agenda*, (47), 10–12. Preuzeto 28. 8. 2017: http://ec.europa.eu/employment_social/social_agenda/books/47/en/

6. Esping-Andersen, G. (1990). *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
7. *The European Pillar is taking shape* (April 2017). *Social Agenda*, (47), 6. Preuzeto 28. 8. 2017: http://ec.europa.eu/employment_social/social_agenda/books/47/en/
8. Ferrera, M. (1996). Modèles de solidarité, divergences, convergences: perspectives pour l'Europe. *Revue suisse de science politique* 2 (1), 55–72.
9. Jorgensen, H. & Madsen, P. K. (2007). Flexicurity and Beyond – Reflections on the Nature and Future of a Political Celebrity. U: H. Jorgensen & P. K. Madsen (ur.), *Flexicurity and Beyond – Finding a New Agenda for the European Social Model* (str. 7–38). Copenhagen: DJOF Publishing.
10. Keune, M. (2008). Flexicurity: A Contested Concept at the Core of the European Labour Market Debate. *Intereconomics*, 43 (2), 92–98.
11. Loercher, K. & Schoemann, I. (2016). *The European Pillar of Social Rights: Critical Legal Analisys and Proposals, Report 139*. Brussels: European trade union institute.
12. Mailand, M. & Arnholtz, J. (2013). *Slowing Down Social Europe? The Role of Coalitions and Decision – Making Arenas, Report 5 Summary Report*. Copenhagen: Employment Relation Research Centre, Department of Sociology University of Copenhagen.
13. Pedersini, R. (2008). *Flexicurity and Industrial Relations*. Dublin: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions.
14. Riagaux, M. (2009). *Labour Law or Social Competition Law? On Labour in Its Relation with Capital Through Law: Francqui Chair Lectures*. Antwerp: Intersentia.
15. Rogovski, R. (2008). Governance of the European Social Model: The Case of Flexicurity. *Intereconomics*, 43 (2), 82–91.
16. Schoukens, P. (2016). *EU Social Security Law: The Hidden "Social" Model*. Tilburg University.
17. Seifert, H. & Tangian, A. (2008). Flexicurity: Between Theory and Empirical Evidence. U: F. Hendrickx (ur.), *Flexicurity and the Lisbon Agenda – A Cross-Disciplinary Reflection* (str. 105–122). Antwerp ; Oxford; Portland: Intersentia.

18. Tangian, A. (2008). Is Europe Ready for Flexicurity? Empirical Evidence, Critical Remarks and a Reform Proposal. *Intereconomics*, 43 (2), 99–111.

19. Vielle, P. & Walthery, P. (2003). *Flexibility and Social Protection*. Dublin: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions.

20. Voss, E., Homan, B., Westhaeusser, K. & Kwiatkiewicz, A. (2011). *Integrated Programme of the EU Social Dialogue 2009-2011, European Social Dialogue: Achievements and Challenges Ahead: Results of the Stock-taking Survey Amongst National Social Partners in the EU Member States and Candidate Countries, Final Synthesis Report*. ETUC/CES, BUSINESSEUROPE, UEAPME & CEEP.

21. Wilthagen, T. (1998). *Flexicurity: A New Paradigm for Labour Market Policy Reform?*, WZB Discussion Paper FSI 98-202. Berlin: Wissenschaftszentrum.

22. Wilthagen, T. & Tros, F. H. (2004). The Concept of Flexicurity: A New Approach to Regulating Employment and Labour Markets. *Transfer, European Review of Labour and Research*, 10, (2), 166–186.

Dr. Mehmed Hadžić
Assistant professor

EUROPEAN PILLAR OF SOCIAL RIGHTS

Summary

Labour legislation and social security system in the legal system of the European Union, which are comprised of social security and social protection, represent the fields in which its social identity is developed for the most part. In the period of 2005-2010, after the inauguration of flexicurity concept, which aimed to improve the competitiveness of Member States, as well as the Union as a whole, this identity has caught up in the crisis. The return to social dimension commenced with the adoption of "Europe 2020" strategy in 2010, and it was complemented with the proposal of the European Pillar of Social Rights of 2017. The Pillar has consolidated for the first time in one place the rights of children and youth, rights of workers, and rights of other socially endangered groups deriving from the system of social security and social protection.

In addition to introductory remarks and analysis of the documents that preceded the adoption of the Pillar, the paper will also provide a critical review of the rights encompassed by the Pillar and the possibilities of its implementation.

Key words: *social identity, "Europe 2020" strategy, European Pillar of Social Rights*

Dr. Kanita Imamović-Čizmić
Vanredna profesorica
k.imamovic-cizmic@pfsa.unsa.ba

UDK 340.134
Pregledni naučni rad

IZAZOVI UVOĐENJA PROCJENE UČINAKA PROPISA – LEKCIJE ZA BOSNU I HERCEGOVINU

Sažetak

Koncept "pametnog" zakonodavstva, koji se temelji na konsolidaciji, kodifikaciji i pojednostavljivanju postojećeg zakonodavstva i poboljšanju kvalitete novog zakonodavstva procjenjujući ekonomske i socijalne učinke te učinke na zaštitu, u prvi plan stavlja metodologiju procjene učinaka propisa – Regulatory Impact Analysis *(RIA). Sve više država pribjegava primjeni ovog koncepta i korištenju RIA-e kod donošenja odluka i rješavanja ekonomsko-političkih pitanja. U radu su prikazana iskustva država centralne i istočne Evrope koje su postale članice Evropske unije ili imaju status kandidata, a koje su uvele RIA-u u svoj zakonodavni sistem. Na temelju njihovih iskustava napravljene su analize u pogledu stvaranja pravnih i institucionalnih pretpostavki za primjenu RIA-e, što je s aspekta država koje tek uvode primjenu RIA-e u rad svojih vlada od izuzetne važnosti.*

Ključne riječi: *Regulatory Impact Analysis (RIA), pravne pretpostavke, institucionalne pretpostavke, tijelo za nadzor i kontrolu RIA-e*

1. Uvod

Regulatory Impact Analysis (RIA) je proces sistemske identifikacije očekivanih efekata prijedloga zakona i drugih pravnih akata na temelju konzistentnih analitičkih metoda kao što je npr. analiza "koristi i troškova" (BCA), te se može reći da postoji pozitivan trend njene upotrebe od strane nosilaca ekonomske politike savremenih država. Ovaj trend prisutan je od 80-ih godina kada se uvodi RIA metodologije u svakodnevni rad vlada Sjedinjenih Američkih Država, Velike Britanije, država članica OECD-a i Evropske unije. Mnoge tranzicijske države i sadašnje države članice Evropske unije uvele su procjenu učinaka propisa u svoj zakonodavni proces. Iz dosadašnjih analiza (Staroňová, Pavel, Krapež, 2007; Staroňová, 2010; Staroňová, 2015; Risteska, 2011) u procesu institucionalizacije tog značajnog metoda za ostvari-

vanje pametne regulacije mogu se uočiti dvije faze koje se tiču ispunjavanja pretpostavki za njegovo valjano korištenje. Prva je rana faza i u okviru nje je usvajanje RIA-e uglavnom rezultat dejstva inostranog faktora u vidu ispunjavanja određenog međunarodnog zahtjeva od strane SIGMA OECD-a[1], IMF-a, WB-a ili se jednostavno veže uz članstvo u Evropskoj uniji. Uvođenje RIA-e u ovoj fazi je deklarativnog karaktera. Radi se o formalnom usvajanju pravnih akata kao pretpostavke za primjenu RIA-e bez njihovih stvarnih provođenja, što odgovara *cross-national* oponašanju kao obliku učenja gdje se transplantiraju određeni alati koji u konačnici imaju simboličku upotrebu (Radaelli, 2009). Druga faza je faza reformi koje su rezultat "unutrašnje" spoznaje važnosti pravilnog korištenja RIA instrumentarija i potrebe da se RIA ugradi u sam proces donošenja pravnih akata. Države centralne i istočne Evrope, koje su postale članice Evropske unije ili imaju status kandidata, uvele su RIA-u u svoj zakonodavni sistem te su u pogledu stvaranja pravnih i institucionalnih pretpostavki za RIA-u bile predmet brojnih analiza. S aspekta država čije vlade tek počinju s primjenom RIA-e od izuzetne je važnosti sagledati rezultate takvih analiza i donijeti zaključke u pogledu potencijalnih prepreka i smjernica za efikasnu implementaciju RIA alata.

Imajući u vidu rezultate dosadašnjih analiza procesa uvođenja i primjene RIA-e u državama centralne i istočne Evrope koje se odnose na prvu fazu, može se postaviti nekoliko pitanja: Da li je vlada usvojila određenu eksplicitnu politiku koja promovira regulatornu reformu u okviru koje se primjenjuje RIA? Kakve su ovlasti tijela nadležnog za provođenje reforme? Koja je priroda pravnog akta koji regulira principe i procedure RIA-e? Da li postoji pisani priručnik o RIA-i? Da li se provode konsultacije? Na koji se način provodi kontrola kvalitete provedene RIA-e, odnosno da li je formirano tijelo za kontrolu kvalitete urađenih RIA? Da li postoji obaveza predlagača zakona da prikaže RIA informacije u obrazloženju za donošenje zakona? Odgovori na ova pitanja u biti predstavljaju različite korake u implementaciji RIA-e, a na državama koje tek uvode RIA-u u svoj legislativni sistem je da naprave najbolji izbor.

Poređenjem rezultata dosadašnjih analiza druge faze uvođenja RIA-e, koja se odnosi na rad tijela za nadzor nad provođenjem i kvalitetu RIA-e, mogu se dati odgovori na pitanja: Koliko politička podrška za formiranje tijela za

[1] SIGMA (Support for Improvement in Governance and Management) je zajednička inicijativa OECD-a i Evropske unije s ključnim ciljem osnaživanja temelja za poboljšanje javne uprave i time podržavanja socioekonomskog razvoja izgradnjom kapaciteta javnog sektora, unapređivanjem horizontalnog upravljanja i poboljšanjem oblikovanja i provedbe reformi javne uprave, uključujući pravilno određivanje prioriteta, redoslijed i budžet.

nadzor i kvalitetu RIA-e, te koliko nadležnost i neovisnost u radu tog tijela, kapacitiranost i stručna osposobljenost te koordinacija s drugim vladinim tijelima utječe na svrsishodnost i kvalitet same RIA metodologije?

2. Iskustva država centralne i istočne Evrope u prvoj fazi uvođenja RIA-e

Prvim korakom u procesu uvođenja RIA metodologije može se smatrati usvajanje eksplicitne politike vlade koja promovira regulatornu reformu ili poboljšanje regulatornog okruženja. U Slovačkoj je u tom kontekstu usvojen *Better Regulation Agenda and Action program for reducing administrative burden on businesses in Slovakia 2007–2012 approved by Government resolution no 833 as of 3 October 2007*. Slovenija je u okviru Strategije razvoja predvidjela program mjera smanjenja administrativnog tereta koji ima za cilj da smanji administrativne barijere, osigura da je državna uprava "prijateljska", učinkovita, otvorena i transparentna, kao i da pruži poticaj razvoju e-vlade. U okviru ove strategije je pod mjerom 37 navedena procjena regulatornog učinka (RIA). U Češkoj Republici je primjena RIA-e predviđena reformskim programom pod nazivom *National reform program, 2005 Action Plan for Reducing Administrative Burden on Businesses* iz 2005. (Staroňová, Pavel, Krapež, 2007, str. 273). Makedonija je inicijativom "Regulatorna giljotina" uvela politiku bolje regulacije gdje se "Pojednostavljenje regulacije" smatra sredstvom za poboljšanje kvalitete zakonodavstva, a usmjereno je na smanjenje administrativnog opterećenja privrednih subjekata. Prema SIGMA 2008 izvještaju o procjeni izrade politika i koordinacije,[2] ova inicijativa za regulatorno pojednostavljenje je donijela značajne rezultate jer je ukinut 341 podzakonski akt (Risteska, 2011, str. 141).

S aspekta prirode pravnih akata usvojenih od strane državnih tijela s ciljem regulacije principa i procedura primjene RIA, iskustva Slovenije, Slovačke i Češke su različita. U Sloveniji to su bili podzakonski akti vlade, a u Slovačkoj i Češkoj Republici pored zakona koji reguliraju procjenu učinaka propisa na okoliš, donesena su i pravila i procedure za primjenu RIA-e u formi poslovnika o radu vlade ili smjernica za pripremu materijala za rad vlade na sjednicama. Međutim, iako su Slovačkoj, Sloveniji i Češkoj vlade donijele smjernice za primjenu RIA-e, nijedna od spomenutih država u ovoj fazi nije imala izrađenu metodologiju primjene procjene učinaka niti je usvojila određeni priručnik. U Makedoniji je u 2008. godini, s usvajanjem Poslovnika o radu Vlade izričito postavljen zahtjev za primjenom RIA-e. Tako je Poslov-

[2] The 2008 SIGMA Policy-Making and Coordination Assessment Report.

nikom o radu Vlade nametnuta obaveza svim ministarstvima da identificiraju zakone koji će biti podložni RIA-i i da naprave preliminarnu procjenu o sveobuhvatnosti RIA-e na temelju načela proporcionalnosti[3]. Procjena učinka propisa bila je predviđena za sve prijedloge zakona urađene od strane Vlade, pri čemu obaveza primjene RIA-e nije postojala u slučajevima kada su zakonski akti predloženi i pripremljeni od strane parlamenta, kao i kada je riječ o nacrtima zakona i izmjenama i dopunama od strane građana koji koriste svoje pravo na zakonodavnu inicijativu.

Iako je prema smjernicama OECD-a to standard u primjeni RIA-e, u Slovačkoj, Sloveniji i Češkoj Republici, u prvoj fazi uvođenja RIA-e nisu postojali specifični zahtjevi za javne konsultacije. Te konsultacije su podrazumijevale pribavljanja mišljenja potencijalnih adresata pravne norme i zainteresiranih skupina, tako da je u ovoj fazi konsultativni mehanizam podrazumijevao formalni proces međuresornog sakupljanja mišljenja o već napravljenom nacrtu zakona. Takva praksa je rezultirala time da su se mišljenja odnosila najviše na nomotehnička rješenja pravnog jezika ili druga pitanja više pravne nego materijalne prirode. U drugoj fazi implementacije RIA-e raste svijest o potrebi primjene konsultacija izvan javnih agencija i one se počinju primjenjivati intenzivnije nakon usvajanja zakona koji reguliraju slobodu pristupa informacijama u sve tri spomenute zemlje (Staroňová, Pavel, Krapež, 2007, str. 274). Iako se vrijeme uvođenja RIA-e u Makedoniji poklapa s finansijskom krizom, ta činjenica nije spriječila vladu Makedonije da nastavi s provođenjem "Regulatorne giljotine". Kroz konsultacije, udruženja privrednih subjekata su postala aktivna u procesu kreiranja zakona dajući mišljenja o tome koji su zakoni predstavljali barijere za efikasno poslovanje. Predstavnici Makedonskog udruženja trgovinskih komora i makedonske Privredne komore angažirali su pravnike, anketirali članove i prikupili komentare predloženih zakona kako bi što bolje predstavili interese svojih članova. Ova aktivnost se smatrala dobrom podlogom za razvoj savjetodavne kulture u izradi politika i učinkovite analize utjecaja zakona na temelju RIA-e. U Makedoniji su usvajanjem Zakona o slobodnom pristupu informacijama i izmjenama Pravilnika o radu Vlade[4] konsultacije sa zainteresira-

[3] Ovo načelo podrazumijeva da vrijeme i resursi utrošeni za izradu procjene učinaka trebaju biti proporcionalni veličini problema. Istodobno, na količinu detalja i potrebno vrijeme za izradu utječu i faktori kao što su ograničeno vrijeme na raspolaganju i ograničeni ljudski resursi (Kirkpatrick & George, 2008). Poslovnik o radu Vlade, OG RM br. 36/08, 51/08, 86 /08,144 /08, 42/09, 62/09, 141/09, 162/09, 40/10.

[4] Zakon o slobodnom pristupu informacijama, OG RM, br. 13/2006, 86/2008. i 6/2010. U Pravilniku je jasno postavljen zahtjev da svako ministarstvo objavljuje svoje nacrte zakona na vlastitoj web-stranici.

nim skupinama otvorene za javnost u cjelini. Međutim, kao što je slučaj u prethodno elaboriranim trima državama, i u Makedoniji mišljenja prikupljena od resornih ministarstava uglavnom odražavaju pitanja nomotehničke prirode s naglaskom na lingvistička pitanja ili formalne zahtjeve kao što su usklađenost nacrta s pravnim okvirom (Risteska 2011, str. 141, 149, 150).

RIA metodologiju koriste resorna ministarstva kod kreiranja pravnih akata. Međutim, od izuzetnog značaja je kontrola kvalitete i primjene RIA metodologije koja se vrši od strane neovisnog stručnog tijela. Radi se o formiranju posebnog krovnog tijela s ovlaštenjima u pogledu kontrole kvalitete provedene RIA-e, davanja smjernica predlagačima pravnih akata s ciljem jednostavne i efikasne upotrebe RIA-e. Rad ovog tijela bi se trebao temeljiti na principima stručnosti, neovisnosti te transparentnosti i koordinacije. Ako se imaju u vidu rezultati dosadašnjih studija o primjeni RIA-e u zemljama centralne i istočne Evrope (Staroňová, Pavel, Krapež, 2007) vezani za postojanje, rad, nadležnost i kapacitiranost "nadzornih" tijela u prvoj fazi uvođenja RIA-e, iskustva država su različita. Tako npr., u Slovačkoj ne postoji centralno tijelo koje bi davalo smjernice, nadziralo kvalitetu i koordiniralo procjenu učinka propisa provedenih od strane pojedinačnih ministarstava. Zakonodavno vijeće pri Vladi Slovačke ima ulogu koordinacije i davalo je mišljenje o usklađenosti propisa sa ustavom i općim pravnim okvirom. Ovo tijelo nije imalo isključive ovlasti da nadzire i analizira korištenu RIA-u. U Slovačkoj u prvoj fazi nije donesen priručnik o primjeni RIA-e koji bi unificirao i olakšao postupak pripremanja procjene učinka. U Češkoj Republici mijenjala su se tijela koja su imala nadležnost za praćenje primjene RIA-e. Na početku je program RIA-e bio dodijeljen Uredu Vlade s posebnim odjelom za regulatornu reformu, koja je bila provođena od strane zamjenika ministra za ekonomske odnose. Međutim, Odjel je ukinut u oktobru 2006. godine, a neka od ovlaštenja prenesena su na Ministarstvo unutrašnjih poslova s istim zadacima u odnosu na procjenu učinka. U Sloveniji, međuvladina grupa državnih službenika bila je formirana da razmotri implementaciju procjene učinka. Nju su činili eksperti iz Ministarstva ekonomije, Ministarstva državne uprave i Instituta za makroekonomsku analizu i razvoj. S obzirom na to da je u Makedoniji RIA uvedena kao dio ekonomske reforme, nju je vodio Sektor za reformu ekonomske politike i regulatornu reformu Glavnog sekretarijata Vlade. Predstavnici ovog tijela zajedno s predstavnicima drugih sektora, kao što su sektor strateškog planiranja i IT sektor, sudjelovali su u radu koordinacijskog tijela[5] bez nadležnosti kontrole kvaliteta učinjenih RIA (Risteska, 2011, str. 141).

Svaki od posmatranih zakonodavnih sistema u zakonodavnom postupku podrazumijevao je utvrđen sadržaj obaveznog dijela uvodnog pojašnjenja

[5] OG RM, 66/2009.

prijedloga zakona. To je značilo da se u svakoj od gore analiziranih država od predlagača zahtijevalo da tačno odredi razlog zbog kojeg je nužno da se pravni akt usvoji, da li je on u saglasnosti s pravom Evropske unije i koji su pretpostavljeni učinci na javni budžet. Međutim, razlike postoje kada su u pitanju elementi RIA-e koji se nalaze u uvodnom pojašnjenju. Bitno je istaći da niti jedna od predstavljenih država nije zahtijevala da uvodno pojašnjenje sadrži opravdanje vladine intervencije i identifikaciju alternativnih opcija intervenciji. U pogledu kategorija procjene učinaka propisa u Slovačkoj i Makedoniji postojao je zahtjev za procjenom fiskalnih, ekoloških i ekonomskih učinaka, u Sloveniji je zahtijevana procjena fiskalnih učinaka, a Vlada Češke se opredijelila za *small vs big* učinke.

3. Nadzorni mehanizam za kontrolu kvalitete procjene učinaka propisa

Za kvalitetnu primjenu procjene učinaka propisa, pored metodologije kojom se određuju postupak i obim analize očekivanih učinaka predloženog propisa, bitan je i institucionalni okvir, koji definira način provođenja i određuje zakone za koje je potrebna procjena učinaka propisa, o čemu države samostalno odlučuju. Usvajanje RIA metodologije u zakonodavni postupak ima niz institucionalnih implikacija. Naime, u drugoj fazi primjene RIA-e u posmatranim državama dolazi do reforme u pogledu uloge nadzornog tijela za kontrolu kvalitete RIA-e, koje ima ovlasti davanja smjernica i odgovornost za valjanost informacija i primjenu RIA-e (Staroňová 2010, De Francesco, 2013). Ovo nadzorno tijelo ima finansijsku neovisnost i poseban budžet, a sačinjava ga posebno educirano osoblje.

Ranije navedene studije o uvođenju RIA metode u zakonodavnu praksu država pokazuju kolika je važnost postojanja nadzora kvalitete informacija sadržanih u RIA-i, što je presudno za relevantnost njenih rezultata. Studije provedene u zemljama članicama OECD-a potvrđuju pozitivnu korelaciju između centralizacije regulatornog nadzora i povećanja kompetentnosti administracije za provođenje procjene učinaka propisa.[6]

Tijelo za nadzor i kvalitetu regulacije može biti pozicionirano u pravosuđu (pri sudskoj procjeni upravnog akta), izvršnoj vlasti (pri generalnom sekreta-

[6] U tom kontekstu npr. OECD snažno potiče kroz korištenje *soft law mehanizama* u vidu preporuka uspostavu centralnog nadzornog tijela kao jedinstvenog mehanizma za osiguranje kvalitete procjene učinaka propisa, što je rezultiralo uspostavljanjem različitih mehanizama nadzora nad RIA-om u državama članicama OECD-a i Evropske unije s obzirom na ulogu i poziciju centralnih tijela.

rijatu vlade, u predsjedništvu, u specijaliziranoj agenciji ili vijeću više agencija), zakonodavnom organu (npr. određeno stručno tijelo) ili čak nezavisno tijelo (revizor ili ombudsman). Generalno posmatrano, tijela koja imaju ulogu nadzora i kontrole regulacije su stručne centralizirane jedinice na vrhu hijerarhije izvršne vlasti sa stručnom, ali i političkom odgovornošću (Wiener, 2013, str. 214). Obim funkcije i mandat tijela za nadzor razlikuju se od države do države, ovisno o vrsti i pravnoj snazi akta kojim se ono uspostavlja. Tako se ključne funkcije ovog tijela odnose na zagovaranje, savjetovanje, usmjeravanje, koordinaciju, obuku, godišnje izvještavanje i održavanje institucionalnih odnosa, nadzor, zastupanje i podršku (Staroňová, 2015, str. 4).

Funkcija nadzora kvalitete regulacije u Sjedinjenim Američkim Državama (SAD) postoji na nivou SAD-a, ali i na nivou pojedinih federalnih država. Na državnom nivou tu funkciju ima Ured za informacijske i regulatorne poslove (Office of Information and Regulatory Affairs – OIRA) smješten u okviru Ureda za upravljanje i budžet (OMB) pri Izvršnoj kancelariji predsjednika. OIRA funkciju nadzora vrši prema nizu izvršnih naredbi izdatih od predsjednika SAD-a. U pogledu personalne kapacitiranosti ovaj ured sačinjava oko 50 stručnjaka. Njegova osnovna uloga je analiza prijedloga akata i politika agencija, odnosno pratećih procjena učinaka propisa, i pri tome kao alat prvenstveno koristi analizu troškova i koristi (BCA). Korištenje BCA analize od strane kreatora ekonomske politike u SAD-u veže se za procjenu javnih projekata desetljećima prije uspostavljanja OIRA-e. Naime, BCA je korištena kod odobravanja projekta kontrole poplava i javnih nabavki oružanih snaga SAD-a (Wiener, 2013, str. 214). Porijeklo OIRA se veže za kasne godine 18. st. i strategiju Ustava SAD-a o mehanizmima uzajamne kontrole i ograničenjima vlade, osmišljene kako bi se izbjegla koncentracija moći koja je postojala u monarhijama. Može se reći da su zahtjevi za procjenu učinaka propisa u SAD-u posljedica talasa intenzivne regulacije. Naime, *The US Administrative Procedure Act* (APA), donesen 1946. godine, bio je reakcija na ekspanziju federalne regulacije *NEW DEAL-a* u 30-im i 40-im godinama prošlog vijeka. Također, *US Executive Orders*, izvršne naredbe SAD-a o procjeni regulatornog učinka, koje su donesene 70-ih godina prošlog vijeka, djelomično su bile reakcija na donošenje velikog broja ekoloških zakona i zakona iz oblasti zdravstva tzv. "velikog društva" i usporavajuće ekonomije koju su dodatno opterećivala pretjerana pravila. Predsjednik Jimmy Carter je 1978. godine izdao *Executive Order* (EO) 12044 kojom je utvrđena obaveza ekonomske analize novih zakona i formirana *Regulatory Analysis Review Group* (RARG) kao međuagencijska radna grupa u čijoj je nadležnosti revizija tih ekonomskih analiza. Današnji OIRA osnovan je 1980. godine donošenjem *Paperwork Reduction Act of 1980*. (Wiener & Alemanno, 2011, str. 313) i redovno koristi ovlaštenje "vraćanja propisa" agencijama kada su u pitanju

prijedlozi akata koji ne zadovoljavaju analitičke i "neto dobit" kriterije postavljene u izvršnim naredbama. Treba istaći da u Sjedinjenim Državama OIRA vrši nadzor nad procjenama agencijskih uredbi i akata za provođenje ovlasti koje je zakonodavstvo prenijelo putem statuta, ali ne i nacrte prijedloga zakona koje predlaže parlament (Wiener, 2013, str. 214).

Evropska unija 2002. godine uvodi formalnu procjenu učinaka (Impact Assessment – IA) kao regulatorni revizorski sistem unutar Evropske komisije kojim se kontrolira kvalitet procjene učinaka koju su uradile opće uprave (Generale Directorate – DG) Komisije za prijedloge zakona. Od 2002. godine do 2006. godine, kontrole ovih procjena učinaka podijeljene su unutar Komisije. U novembru 2006. godine formiran je Odbor za procjenu učinka (IAB) kao posebno tijelo smješteno u uredu Generalnog sekretarijata u čijoj nadležnosti je davanje mišljenja o kvaliteti RIA-e koju je provela Opća uprava (DG). Mišljenjem su obuhvaćena pitanja da li je osigurana visoka kvaliteta i da li su uzete u obzir različite opcije u rješavanju određenog pitanja. Odbor za procjenu utjecaja čini pet visokopozicioniranih dužnosnika i to posebno, zamjenik glavnog sekretara Komisije i četiri direktora (Opća uprava za preduzetništvo, Opća uprava za okoliš, Opća uprava za zapošljavanje i Opća uprava za ekonomske i finansijske poslove).

4. Pretpostavke efikasnog nadzora nad provođenjem RIA-e

Druga faza primjene RIA-e u zakonodavnim postupcima je posljedica shvatanja vlada o koristima koje njena primjena donosi. Da bi primjena RIA-e polučila adekvatne rezultate koji će biti podloga ili argumentacija za donošenje odluke o predlaganju (usvajanju) određenog propisa, ona mora biti urađena na realnim procjenama i valjanim informacijama od strane stručnih lica, a njeni rezultati trebaju biti adekvatno kontrolirani.

Iz raspoložive literature i dosadašnjih studija (Staroňová, 2015) kao ključne pretpostavke za efikasan rad tijela za nadzor i kontrolu RIA-e mogu se izdvojiti stručnost osoblja koje provjerava RIA-u, politička podrška i odgovornost, koordinacija aktivnosti u okviru vlada, te mandat ili ovlasti nadzornog tijela.

Jedna od značajnih pretpostavki nadzora nad procjenom učinaka propisa jeste raspolaganje valjanim informacijama i stručnost osoblja koje vrši nadzor i kontrolu nad učinjenom procjenom propisa. RIA je *sredstvo* kojim se dokazuje opravdanost donošenja propisa. To je metodologija koja omogućava donošenje na dostupnim informacijama i relevantnim dokazima utemeljene odluke o politikama, programima i projektima. Ukoliko se nadzor nad RIA-om i sama RIA povjere nestručnim politički imenovanim licima, onda

postoji opasnost od toga da se RIA ne koristi u svrhu koja joj je namijenjena, što potkopava njenu legitimnost. Stoga je preporuka da tijela za nadzor nad primjenom RIA-e i primjenu RIA-e čine osobe koje su po profesiji ekonomski stručnjaci, uz uključivanje pojedinaca iz ostalih naučnih polja.

Druga pretpostavka je politička odgovornost kojom se osigurava da predloženi propis (i prateća RIA) služi ostvarivanju političkih ciljeva i da je politički primjenljiv. Ukoliko postoji politička odgovornost, onda se povećava mogućnost tijela za nadzor i kontrolu RIA-e da utječu na zakonodavni proces, pogotovo ako su smještena u središtu vlade (kabinet predsjednika ili premijer) ili u okviru ministarstva finansija.

Treća pretpostavka je koordinacija regulativne aktivnosti u okviru kompletne vlade. Nadzorni mehanizam za RIA-u je tipična vrsta hijerarhijskog koordinacijskog mehanizma, gdje se hijerarhijska moć svjesno koristi za koordinaciju ciljeva različitih sudionika, kao i postupaka koji se koriste za postizanje tih ciljeva. Najpogodniji način za objedinjavanje i institucionaliziranje procesa RIA-e jeste usvajanje jedinstvenog obrasca u određenom aktu ili jedinstvenom priručniku za utvrđivanje formalnih standarda RIA kvalitete s jasnim zahtjevima u pogledu vrsta analiza koje će se provoditi.

5. Druga faza uvođenja RIA-e – iskustva zemalja centralne i istočne Evrope na polju unapređenja korištenja RIA metodologije

Imajući u vidu gore naznačene pretpostavke za efikasan rad tijela za nadzor i kontrolu RIA-e, a kako bi se mogle izvući određene smjernice u primjeni RIA-e u državama koje su u tzv. prvoj fazi, neophodno je prikazati odrednice nadzornih tijela u Češkoj i Slovačkoj (Katarína Staroňová, 2015).

U Češkoj je postojala vidljiva politička podrška implementaciji RIA-e. Interes za RIA proces nije slabio ni u periodu smjene vlada 2013. godine. RIA jedinica je smještena pri uredu vlade, okuplja državne službenike stručnjake koji su kreirali RIA-u još 2007. godine, proveli RIA pilot-projekt u 2008. godini i koji su sudjelovali u unutarnjoj reviziji sistema koji je donio reformu. U procesu reforme stvoreno je neovisno nadzorno tijelo – Savjetodavni odbor Vlade za RIA-u (*Committee of the Legislative Council of the Government*) koje čini 16 nezavisnih stručnjaka izvan državne službe. Savjetodavni odbor Vlade za RIA-u daje mišljenje o nacrtu propisa i popratnom RIA dokumentu. Članovi Odbora su ugledni naučnici, ekonomisti, pravnici iz različitih područja i daju mišljenja u skladu s njihovim naučnim i stručnim obrazo-

vanjem. Odbor se sastaje mjesečno kako bi razmotrio predloženi propis i RIA-u te pronašao zajedničko rješenje. On ima pravo veta, može da zaustavi zakonodavni proces u cijelosti ako utvrdi da RIA nije adekvatno provedena. Na temelju rasprave, Odbor može preporučiti da RIA i nacrt zakona idu u dalju proceduru, može vratiti propis predlagaču i zahtijevati detaljne dorade RIA-e, a može ga odbaciti u potpunosti, ako utvrdi da propis stvara ogromni regulatorni teret i troškove.

U Slovačkoj reforme u pravcu unapređenja implementacije RIA-e kao rezultat vanjskog faktora javljaju se nakon SIGMA-inog izvještaja i bez značajne političke podrške. Stvoren je jedan pluralni mehanizam nadzora utemeljen u četiri ministarstva: Ministarstvu privrede, Ministarstvu finansija, Ministarstvu zaštite okoliša i Ministarstvu rada i socijalne skrbi. Svako od spomenutih ministarstava formiralo je posebne specifične analitičke jedinice sa zadatkom davanja stručne pomoći i nadzora kvalitete provođenja RIA-e. U Ministarstvu privrede formirana je Jedinica za ekonomsku analizu (*Economic Analysis Unit*), Ministarstvo finansija formiralo je Jedinicu za javnu upravu i budžet (*Public Administration Budget Unit*) i Jedinicu e-uprave, Ministarstvo rada, socijalne skrbi i porodice Analitičku jedinicu, a Ministarstvo zaštite okoliša Jedinicu za procjenu utjecaja na okoliš. Međutim, u pogledu ljudskih resursa kojim bi mogli odgovoriti na postavljene zadatke ove jedinice nisu bile dovoljno kapacitirane. U okviru njih poslove su obavljale dvije do tri osobe pri čemu nadzor nad RIA-om nije bio njihov jedini zadatak. Izuzetak je Jedinica javne uprave i budžeta pri Ministarstvu finansija, koja ima tri podjedinice i koja je dio većeg Odjela za budžetsku politiku. U poređenju s Češkom, ovaj nadzorni mehanizam nema "snagu" i poziciju u hijerarhiji vlasti koja bi njegovim odlukama dala obavezujuću snagu. Mišljenja nastala tokom postupka interministarskog nadzora nemaju karakter "mišljenja nadzornog tijela". Ova mišljenja se za svaki prijedlog zakona, prije njegovog podnošenja Vladi, prikupljaju i predstavljaju zajedno s mišljenjima resornih ministarstva.

Zajednički za obje države jeste formalni razlog za neprimjenjivanje RIA-e, a to je usvajanje zakona po "ubrzanom postupku". Ovakav postupak usvajanja zakona ne dopušta odgovarajuće konsultacije i izradu ili ocjene od strane nadzornog tijela. Ovaj način donošenja zakona trebao bi se koristiti iznimno jer može biti politički instrument za usvajanje željene politike neovisno o njenoj opravdanosti, što je u izravnoj suprotnosti s principima i svrhom procjene učinaka propisa.

6. Primjena RIA-e u Bosni i Hercegovini

Rezultati studija (CCI, 2015) koje su dosada provedene u pogledu efekata usvojenih zakona u BiH ukazuju na nepreciznost i nedorečenost postupka donošenja zakona, kao i na činjenicu da zakonski projekti nisu dovoljno i detaljno analizirani. Upravo ovakva situacija dovodi do čestih promjena zakona koji nisu do kraja ni primijenjeni. Zakoni se mijenjaju, usvajaju novi, bez analize realnih efekata njihove primjene. Naglašena frekventnost usvajanja i izmjena zakona stvara "pravnu nesigurnost", što ima dalekosežne posljedice na sve sfere društvenog života u BiH. Vidljiva je jedna pasivnost, površnost i formalizam u cjelokupnom zakonodavnom procesu te nedovoljna uključenost javnosti i zainteresiranih skupina u sam proces kreiranja zakona. Ovakvo stanje zahtijeva radikalni pristup u shvatanju važnosti korištenja RIA metodologije u Bosni i Hercegovini.

Generalno posmatrano, uvođenje RIA-e u zakonodavni proces u BiH posljedica je inostranog pritiska, primjene pilot-projekata, bez osobite političke podrške. U Bosni i Hercegovini ni na jednom nivou vlasti nije izgrađen efikasan sistem nadzora nad kvalitetom provođenja RIA-e i u periodu od kada su nastale obaveze njene primjene, relativno mali broj zakona ju je imao.[7] Ljudski resursi, koji u okviru pojedinih ministarstava primjenjuju RIA-u, nemaju zahtijevani nivo stručnosti i educiranosti. S obzirom na ove karakteristike BiH se ne razlikuje od Slovačke, Češke, Slovenije u prvoj fazi primjene RIA metodologije u radu njihovih vlada.

---

[7] Druga izmjena i dopuna Zakona o politici direktnih stranih ulaganja u Bosni i Hercegovini uslijedila je 2010. godine kao rezultat pilot-projekta procjene uticaja regulative (RIA). Projekt je implementiralo Ministarstvo vanjske trgovine i ekonomskih odnosa BiH (MVTEO), uz podršku Međunarodne finansijske korporacije. Treća izmjena i dopuna Zakona o politici direktnih stranih ulaganja u BiH je izvršena 2014. godine na temelju Sporazuma o saradnji između Vijeća ministara BiH i Međunarodne finansijske korporacije i temeljila se na korištenju RIA metodologije gdje su analizirane oblasti (i) zaštite investitora, (ii) rješavanje sporova i (iii) sigurnost ulaganja (zaštita ili garancije). U FBiH Federalno ministarstvo prostornog uređenja je predložilo Zakon o prostornom planiranju i korištenju zemljišta na nivou Federacije Bosne i Hercegovine za provođenje analize procjene utjecaja propisa po RIA metodologiji. Federalno ministarstvo okoliša i turizma je iz svog djelokruga predložilo provođenje aktivnosti pripreme propisa primjenom RIA metodologije za Zakon o turističkim zajednicama i promicanju turizma u Federaciji Bosne i Hercegovine, s obzirom na to da se ukazala potreba za unapređenjem zakonskog okvira za turističke zajednice i promicanje turizma u Federaciji Bosne i Hercegovine. Federalno ministarstvo poljoprivrede, vodoprivrede i šumarstva je dostavilo prijedlog za provođenje pilot-analize primjenom RIA metodologije za Zakon o veterinarsko-medicinskim proizvodima. Vidi: Imamović-Čizmić, 2016, str. 74–75.

Međutim, kao specifičnost u BiH izdvaja se utjecaj državno-pravnog uređenja BiH na primjenu RIA metodologije. Naime, složenost državno-pravnog uređenja imala je utjecaja i na proces uvođenja RIA-e u zakonodavni postupak rezultirajući raznolikošću pravnih propisa i institucija neophodnih za primjenu RIA-e. S obzirom na to da se u BiH pravni propisi donose na različitim državnim nivoima (kantonalni, entitetski, državni i Brčko distrikt), evidentna je različitost prirode pravnih akata kojim se u BiH uvodi obaveza procjene utjecaja propisa. Različitost pravnih propisa i njihove pravne snage rezultira nepostojanjem jednake obaveze provođenja RIA-e za sve kreatore propisa u BiH. Naime, na nivou Institucija BiH usvojena su Jedinstvena pravila, u Republici Srpskoj obaveza procjene učinaka je uvrštena u Poslovnik o radu Vlade RS, a u Federaciji BiH je donesena Uredba o procjeni učinaka Vlade Federacije BiH. S aspekta mehanizma kontrole nad provođenjem RIA-e na državnom nivou, iako je nekoliko institucija uključeno u aktivnosti regulatorne reforme (Ministarstvo vanjske trgovine i ekonomskih odnosa, Delegacija evropskih integracija, Ministarstvo pravde, Generalni sekretarijat Vijeća ministara), još uvijek nema jedinstvenog tijela za kontrolu RIA-e niti jasne podjele odgovornosti uključenih tijela te izostaje potrebni nivo koordinacije. Kao jedno od mogućih rješenja jeste da se zadatak praćenja kvalitetne provedbe procjene propisa putem nadzora, osiguranja kvalitete, savjetovanja i usmjeravanja koordinatora procjene učinaka propisa i obrađivača propisa unutar pojedinih ministarstava povjeri Uredu za zakonodavstvo Vijeća ministara BiH, odnosno entitetskih vlada. Trenutno je na entitetskom nivou to povjereno Generalnom sekretarijatu (FBiH), koji daje ocjenu RIA-e, i Odjelu za procjenu utjecaja propisa u Ministarstvu za ekonomske odnose i regionalnu saradnju RS (Imamović-Čizmić, 2016, str. 84). Nepostojanje unificirane metodologije te mnoštvo pravnih i institucionalnih aktera negativno utječu na primjenu RIA metodologije u Bosni i Hercegovini koja uz to nema dovoljno uređen mehanizam za praćenje učinaka propisa. Institucionalno, u pojedinim situacijama nije utvrđena odgovornost kako za primjenu tako ni za praćenje RIA-e. Posebno treba naglasiti problem primjene RIA metode na području FBiH u slučajevima kada su određena pitanja (npr. obrazovanje, stambena politika, reguliranje i osiguravanje javnih službi) u nadležnosti kantona te problem mehanizma *ex post* evaluacije zakona koji nije posebno definiran. Iz ranije spomenutih studija o uvođenju RIA-e u Češkoj, Slovačkoj i Sloveniji te prikaza problema u pogledu korištenja ove metode u BiH zaključak je da nerazumijevanje značaja i nedovoljna politička podrška RIA-i, budžetska ograničenja i nedovoljno educiran ljudski potencijal za primjenu RIA metodologije imaju primarni utjecaj na odsustvo njenih benefita, odnosno stvaranje izuzetnih troškova za društvo kao cjelinu zbog usvajanja "loših" zakonskih rješenja u BiH.

7. Zaključak

Iako tranzicijske ekonomije srednje i istočne Evrope dijele zajedničku historiju društveno-političkog uređenja i komandne ekonomije, postoje razlike u primjeni RIA metodologije koja je u većini slučajeva nametnuta vanjskim utjecajem. Različitost je prisutna u pogledu postojanja eksplicitne politike koja promovira regulatornu reformu čiji je sastavni dio RIA. Različitosti su prisutne i u pogledu ovlasti tijela nadležnog za provođenje regulatorne reforme i prirode pravnog akta koji regulira principe i procedure RIA. Pojedine države su u prvoj fazi imale pisani Priručnik o RIA-i. U pogledu provođenja konsultacija u prvoj fazi, konsultativni mehanizam podrazumijevao je formalni proces međuresornog sakupljanja mišljenja o već napravljenom nacrtu zakona, a u drugoj fazi implementacije RIA-e razvija se svijest o potrebi primjene konsultacija izvan javnih agencija i ministarstava. Različitost je pogotovo naglašena u drugoj fazi kod formiranja tijela za nadzor nad kvalitetom provedenih procjena učinaka propisa, gdje dolazi do izražaja politička podrška tom tijelu i spoznaja vlada o važnosti pravilne upotrebe RIA-e. Pitanja administrativne sposobnosti odnosno stručnosti ljudskog kapaciteta, institucionalne infrastrukture i poticaja provedbe RIA-e utječu na proces i kvalitetu regulatorne reforme, što je bitno za ekonomiju koja želi privući investicije. Usvajanje RIA-e je jedan od načina promicanja demokratskog načela "good government". "Good government" podrazumijeva donošenje odluka na bazi procjene direktnih troškova i koristi koje će građani ostvariti usvojenim propisom. Od posmatranih država ovom načelu se najviše približila Češka kapacitirajući tijelo za nadzor nad kvalitetom na najbolji način, dajući mu najviša ovlaštenja odbacivanja prijedloga zakona kod kojih RIA nije provedena na adekvatan način.

BiH je i u pogledu primjene RIA-e specifična, a specifičnost je posljedica njenog složenog državno-pravnog uređenja. S obzirom na to da se u BiH pravni propisi donose na različitim državnim nivoima (kantonalni – 10, entitetski – 2, državni i Brčko distrikt), predloženi od strane isto toliko vlada s različitim brojem ministarstava, evidentna je različitost prirode pravnih akata kojim se u BiH uvodi obaveza procjene utjecaja propisa. Različitost pravnih propisa i njihove pravne snage otvara postojanje jednake obaveze provođenja RIA-e za sve kreatore propisa u BiH. Ovaj bi se problem mogao djelomično riješiti harmonizacijom pravila o procjeni propisa koji bi bili s jednakom obavezom i odgovornošću svih predlagača za nepoštivanje RIA-e. Nadalje, bilo bi neophodno da se usvoji jedinstveni priručnik na nivou BiH, da se usklade priručnici u kojima su definirani koraci za procjenu učinaka propisa, a koje usvajaju entitetske vlade. Obrazac za izradu prethodne procjene treba biti unificiran za sve vlade kao i obrazac iskaza o procjeni učinaka propisa, na-

čin provedbe savjetovanja i javne rasprave u postupcima procjene učinaka propisa te druga pitanja s tim u vezi. To su samo segmenti koji zahtijevaju unifikaciju kako bi se RIA u BiH relevantno primjenjivala. Posebna problematika veže se za podijeljenu nadležnost (npr. za pojedina pitanja kantona i FBiH) te problematika troškova primjene RIA metodologije u BiH (troškovi formiranja i kapacitiranja tijela za kontrolu kvalitete odnosno za educiranje osoblja involviranog u primjenu RIA-e). Evidentno je da je uvođenje RIA-e u poređenju sa zemljama centralne i istočne Evrope dosta složenije i finansijski zahtjevnije.

Bibliografija

1. Centri civilnih inicijativa. (2015). *Efekti zakona jedna od nepoznanica u BiH*. Sarajevo: Centri civilnih inicijativa. http://www.cci.ba/dokumenti/ANALIZA_EFEKTI_ZAKONA.pdf
2. Cordova-Novion, C. & Jacobzone, S. (2011). *Strengthening the Institutional Setting for Regulatory Reform: The Experience from OECD Countries*. OECD Working Papers on Public Governance, No. 19.
3. Džinić, J. (2011). Regulacijska tijela i regulacija: neki problemi u pogledu (ne)donošenja uredbi za izvršenje zakona. *HKJU – CCPA*, 11 (3), 651–680. Preuzeto 21. 7. 2017. sa hrcak.srce.hr/file/194811.
4. de Francesco, F. (2012). Diffusion of Regulatory Impact Analysis Among OECD and EU Member States. *Comparative Political Studies*, 45 (10), 1277–1305.
5. Imamović-Čizmić, K. (2016). Pravne i institucionalne pretpostavke procjena učinaka propisa u Bosni i Hercegovini. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LIX, 63–88.
6. Kirkpatrick, C. & George, C. (2008). *Priručnik o procjeni učinaka: Detaljan vodič za državne službenike i sudionike iz poslovnog sektora i civilnog društva.* Zagreb: Pohl Consulting & Associates. Preuzeto 22. 6. 2017. sa http://www.bizimpact.hr/download/documents/read/ia-manual-hr-09-2008_8/
7. Radaelli, C. (2005). Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment. *Journal of European Public Policy*, 12 (5), 924–943.
8. Radaelli, C. (2009). Measuring Policy Learning: Regulatory Impact Assessment in Europe. *Journal of European Public Policy*, 16 (8), 1145–1164.

9. Risteska, M. (2011). Regulatory Impact Assessment in Macedonia and Estonia: Lessons (to be) Learned. *Uprava*, IX (3), 141–164.

10. Staroňová, K. (2015). *Oversight mechanism for regulatory impact assessment: comparative study of five CEE countries*. Paper prepared for PSA conference, specialist group on Executive Politics and Governance. Sheffield.

11. Staroňová, K. (2010). Regulatory Impact Assessment: Formal Institutionalization and Practice. *Journal of Public Policy*, 30 (1), 117–136.

12. Staroňová, K., Pavel J., & Krapež K. (2007). Piloting regulatory impact assessment: a comparative analysis of the Czech Republic, Slovakia and Slovenia. *Impact Assessment and Project Appraisal Journal*, 25 (4), 271–280.

13. Thomas, M. (2007). South East Europe: opportunities and challenges for improving regulatory quality. U: C. Kirkpatrick & D. Parker (ur.), *Regulatory Impact Assessment*. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing.

14. Wiener J. B. (2013). *The Diffusion of Regulatory Oversight*, RPP-2013-03, Regulatory Policy Program. Cambridge: Mossavar-Rahmani, Center for Business and Government Harvard Kennedy School.

15. Wiener J. B. & Alemanno A. (2011). Comparing regulatory oversight bodies across the Atlantic: the Office of Information and Regulatory Affairs in the US and the Impact Assessment Board in the EU. U: S. Rose-Ackerman & P. Lindseth (ur.). *Comparative Administrative Law* (str. 309–355). Cheltenham; Northampton: Edward Elgar.

Dr. Kanita Imamović-Čizmić
Associate professor

CHALLENGES OF THE INTRODUCTION OF REGULATORY IMPACT ANALYSIS – LESSONS FOR BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The concept of "smart" legislation, which is based on consolidation, codification and simplification of the existing legislation and improvement of the quality of new legislation by assessing the economic and social impacts and impacts on the protection, places the methodology of the Regulatory Impact Assessment *(RIA) to the foreground. More and more countries are beginning to apply this concept and use the RIA in making decisions and resolving economic and political issues. The paper presents the experiences of countries of Central and Eastern Europe that have become members of the European Union or have the candidate status, and which introduced the RIA into their legislative system. Based on their experiences, analyses were made in terms of creating the legal and institutional assumptions for the application of RIA, which is of exceptional importance from the aspect of countries that have yet to introduce the application of RIA into the work of their governments.*

Keywords: *Regulatory Impact Analysis (RIA), legal assumptions, institutional assumptions, body for the surveillance and control of the RIA*

MJur (Oxon) Selma Mezetović Međić, LL.M.
Viša asistentica
s.mezetovic@pfsa.unsa.ba

UDK 347.91:366]:061.1EU
Pregledni naučni rad

ALTERNATIVNO RJEŠAVANJE POTROŠAČKIH SPOROVA – KARAKTERISTIKE I POTENCIJALNI UČINCI

Sažetak

Alternativno rješavanje sporova (ARS) obuhvata sve mehanizme putem kojih sporovi mogu biti razriješeni bez direktnog učešća suda na jednostavan, učinkovit, brz i jeftin način. Evropska unija je odlučila da koristi takvog načina rješavanja sporova učini dostupnim potrošačima, a sve s ciljem da ih, kao glavne pokretače funkcioniranja unutrašnjeg tržišta, ohrabri na intenzivnije učešće u prekograničnim transakcijama. U tu svrhu usvojena su dva akta, Direktiva o alternativnom rješavanju sporova i Uredba o online rješavanju sporova. Cilj ovog rada jeste dati ocjenu novih rješenja u oblasti alternativnog rješavanja potrošačkih sporova na nivou Unije, fokusirajući se prije svega na osnaživanje i zaštitu potrošača. U tu svrhu ovaj rad će (i) osloviti evropsku perspektivu alternativnog rješavanja sporova, (ii) predstaviti najvažnije karakteristike postupaka ARS-a uz analizu najznačajnijih odredbi sadržanih u evropskoj ARS i ORS legislativi, te (iii) dati zaključna razmatranja o potencijalu efikasnog ostvarivanja prava putem alternativnog rješavanja potrošačkih sporova.

Ključne riječi: *potrošač, alternativno rješavanje potrošačkih sporova, zaštita potrošača, vansudsko rješavanje sporova, pristup pravosuđu, ostvarivanje prava*

1. Uvodna razmatranja

Alternativno rješavanje sporova (ARS) nudi jednostavno, učinkovito, brzo i jeftino izvansudsko rješenje sporova između potrošača i trgovaca (tačka 5. Preambule Direktive o alternativnom rješavanju sporova). Opisuje ga se i kao krovni pojam koji se odnosi na sve mehanizme putem kojih sporovi mogu biti razriješeni bez direktnog učešća suda, te obuhvata postupke gdje spor može biti riješen uz intervenciju treće strane u svojstvu medijatora koji posreduje između stranaka u pravcu postizanja sporazuma ili se učešće

treće strane ogleda u tome što spor rješava na način da donosi obavezujuću odluku (Loos, 2016).

Alternativno rješavanje sporova se odlikuje jednostavnošću, brzinom, efikasnošću i ažurnošću, odnosno pozitivnim predznakom većine karakteristika koje se kao negativne vezuju za sudske postupke. Radi se upravo o karakteristikama koje stranke u konačnici često i odvrate od traženja pravde i zaštite njihovih prava sudskim putem.[1] Navedene pozitivne osobine se uglavnom temelje na iskustvima stečenim u B2B (business-to-business) transakcijama, odnosno u rješavanju sporova proizašlih iz takvih odnosa. Postavlja se pitanje da li su ti standardi primjenjivi, odnosno ostvarivi i u C2B (consumer-to-business) relacijama, tj. u odnosima gdje s jedne strane stoji privredni subjekt, a s druge strane potrošač. Na to pitanje u ovom momentu još ne može biti s preciznošću odgovoreno, ali ipak Evropska unija je, smatrajući da bi olakšani pristup rješavanju sporova unaprijedio položaj potrošača, odlučila reagirati upravo u toj oblasti. Odgovarajući akti koji su doneseni imaju za cilj ukloniti prepreke za pravilno funkcioniranje unutrašnjeg tržišta, te poboljšati povjerenje građana u sigurnost prekograničnih transakcija. Naime, evropski zakonodavac ističe da unatoč postojanju velikog broja nacionalnih ARS mehanizama u pojedinim državama članicama Evropske unije, potrošači i privredni subjekti još uvijek nisu upoznati s postojećim izvansudskim mehanizmima pravne zaštite, a samo mali postotak građana, iako svjestan dostupnosti ovih vidova ostvarivanja prava, zna kako ih primijeniti u praksi, odnosno kako podnijeti pritužbu subjektu za ARS. U slučaju kada su ARS postupci dostupni, nivo njihove kvalitete se znatno razlikuje u državama članicama, a subjekti za ARS često nisu učinkoviti u rješavanju prekograničnih sporova (tačka 5. Preambule Direktive o alternativnom rješavanju sporova). Da li je reakcija evropskog zakonodavca adekvatna, te da li će polučiti pozitivne rezultate, ostaje tek da se vidi. Prvi izvještaj o primjeni Evropska komisija je dužna dostaviti u 2019. godini,[2] pri čemu će fokus u izvještavanju biti na svijesti potrošača i stepenu primjene ovog načina rješavanja sporova od strane privrednog subjekta. Ipak, i prije samog izvještaja za koji se pretpostavlja da će obuhvatati statističke

[1] U studiji *Consumer-to-Business ADR Structures: Harnessing the Power of CADR for Dispute Resolution and Regulating Market Behaviour*, The Foundation for Law, Justice and Society & The Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford, navodi se da se u 2011. godini jedan od pet potrošača u EU koji su doživjeli problem nije žalio kompaniji, tijelu za žalbe, prijateljima ili porodici. Iako se pojedinci možda i ne brinu previše što ne mogu riješiti svoj problem ili naplatiti štetu male vrijednosti, ipak je ukupna vrijednost većeg broja takvih problema značajan nezakoniti profit za trgovce i neprihvatljivo trgovačko ponašanje, te može dovesti do značajnog poremećaja konkurencije na tržištu.

[2] Član 26. Direktive o alternativnom rješavanju sporova.

podatke, vrijedi se osvrnuti na potencijal evropskog ARS-a da zaista doprinese pravilnom funkcioniranju unutrašnjeg tržišta. S tim u vezi, ovaj rad će (2) osloviti evropsku perspektivu alternativnog rješavanja sporova, (3) predstaviti najvažnije karakteristike postupaka ARS-a uz analizu najznačajnijih odredbi sadržanih u evropskoj ARS i ORS legislativi, te (4) dati zaključna razmatranja o potencijalu efikasnog ostvarivanja prava putem alternativnog rješavanja potrošačkih sporova.

2. Evropska perspektiva alternativnog rješavanja sporova

U ovom dijelu rada će biti (2.1.) analizirana veza potrošača i alternativnih metoda rješavanja sporova, (2.2.) ukazano na prednosti primjene metoda ARS-a, te (2.3.) analizirano pitanje odnosa alternativnih i konvencionalnih načina rješavanja sporova.

2.1. Potrošači i ARS

Evropska unija potrošača vidi kao osnovnu pokretačku snagu unutrašnjeg tržišta. Kroz potrošačke aktivnosti potrošač bi trebalo da unaprijedi funkcionalnost tržišta, da poveća njegovu učinkovitost, te da na taj način podrži tržišnu integraciju. Kako potrošač čini dobro unutrašnjem tržištu, tako ima na raspolaganju sve koristi, odnosno prava garantirana pravom zaštite potrošača Evropske unije. Koliki značaj osiguravanje ovih beneficija ima za evropskog zakonodavca, ogleda se i kroz njihovo priznanje na nivou najviših pravnih akata Unije. Naime, u odredbama osnivačkih ugovora Evropske unije, koji imaju ustavnu snagu, zaštita potrošača se prepoznaje kao dimenzija stvaranja tržišta (Weatherill, 2011). Volja potrošača za učešćem na tržištu je determinirana obimom i dostupnošću njihovih prava, te mogućnošću da svoja prava jednostavno ostvare ako odnosi u koje su stupili poprime neželjeni tok. Kada su im prava poznata i lako ostvariva, veća je vjerovatnoća da će se potrošači češće i jednostavnije upuštati u nove transakcije, svjesni pristupačnosti i dostupnosti prinudnog ostvarivanja prava. Upravo motivirana ohrabrivanjem potrošača za veći angažman na unutrašnjem tržištu, a samim tim i razvojem konkurentnog tržišta, Evropska unija je posljednjih nekoliko godina odlučila zahvatiti i u oblast ostvarivanja prava, te omogućiti potrošačima realizaciju njihovih prava i bez dugotrajnih i skupih sudskih procesa (Davies, 2012; Jeretina & Uzelac, 2014).

Najznačajniji akti koji su u ovoj oblasti doneseni su: Direktiva 2008/52/EU od 21. 5. 2008. o nekim aspektima mirenja u građanskim i trgovačkim

stvarima,[3] Direktiva 2009/22/EU od 23. 4. 2009. o tužbama za propuštanje kojima se štite potrošači,[4] Direktiva 2013/11/EU o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova (dalje u tekstu i: ARS Direktiva),[5] Uredba 524/2013 od 21. 5. 2013. o online rješavanju potrošačkih sporova (dalje u tekstu i: ORS Uredba),[6] Direktiva 2014/104/EU o štetama za povredu prava konkurencije od 17. 4. 2014,[7] te Provedbena uredba Komisije 2015/1051 od 1. 7. 2015. godine[8] o načinima korištenja funkcijama platforme za online rješavanje sporova, načinima za podnošenje elektronskog obrasca za pritužbe, te načinima saradnje među kontaktnim tačkama predviđenima u Uredbi (EU) br. 524/2013 Evropskog parlamenta i Vijeća o online rješavanju potrošačkih sporova.[9]

Ipak, potrebno je naglasiti da donoseći Direktivu 2013/11/EU o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova (dalje u tekstu: ARS Direktiva) i Uredbu 524/2013 od 21. 5. 2013. o online rješavanju potrošačkih sporova (dalje u tekstu: ORS Uredba), evropski zakonodavac nije napravio radikalan potez koji bi značio uvođenje potpuno novih instituta. Naime, pravni poreci zemalja članica poznaju alternativno rješavanje sporova, međutim primjena, ili preciznije reći, neprimjena postojećih pravila je ono što je bio razlog za

---

3 OJ L 136 od 24. 5. 2008.
4 SL L 110 od 1. 5. 2009.
5 SL L 165 od 18. 6. 2013.
6 SL L 165 od 18. 6. 2013.
7 SL L 349 od 5. 12. 2014.
8 SL L 171 od 2. 7. 2015.
9 Značajni su i Preporuka 2013/396/EU od 11. 6. 2013. o zajedničkim načelima privremenih i nadoknađujućih mehanizama kolektivne pravne zaštite u državama članicama koji se odnose na kršenje prava zajamčenih pravom Unije, te Saopćenje "Prema Evropskom horizontalnom okviru za kolektivne mehanizme zaštite COM(2013) 401 final (dalje u tekstu i: Saopćenje 401). Iako Preporuka 2013/396/EU nema direktnu referencu na akte Evropske unije koji se tiču alternativnog rješavanja sporova, a mogla bi je imati zbog činjenice da je donesena kasnije u odnosu na ARS Direktivu, ipak se u tački 16. Preambule Preporuke 2013/396/EU navodi da su metode alternativnog rješavanja sporova efikasan način za ostvarivanje prava u situacijama kolektivnih tužbi radi naknade štete. Također se predviđa da bi trebale biti dostupne uvijek, paralelno s kolektivnom sudskom zaštitom. U ARS Direktivi, s druge strane, u tački 27. Preambule oslovljava se kolektivna zaštita u smislu da Evropska unija neće predlagati mogućnosti kolektivnog ARS-a sve dok ne budu sačinjene sveobuhvatne procjene utjecaja na unijskom nivou. Ipak, imajući u vidu da je Preporuka 2013/396/EU usvojena nešto kasnije nego ARS Direktiva, može se smatrati da ona ostavlja otvorena vrata za razmišljanje o kolektivnim mehanizmima rješavanja sporova. Tako Evropska komisija u Saopćenju 401/2 na strani 15. navodi da bi bilo korisno da se državama članicama predloži razvijanje kolektivnih sporazumnih mehanizama rješavanja sporova kao sljedeći korak.

donošenje navedenih akata. Davies navodi da iako ima preko 750 dostupnih mehanizama alternativnog rješavanja sporova u zemljama članicama, 8% potrošača uopšte ne zna da ti metodi postoje, dok ih oko 20% ne bi koristilo navedene mehanizme jer smatraju da bi zahtijevali previše truda, bili preskupi ili bi trajali predugo (2012, str. 64). Manjkavosti postojećih nacionalnih procedura ogledaju se u nedostatku informacija o dostupnim alternativnim mehanizmima rješavanja sporova, kao i činjenici da se radi o mehanizmima kojima se pristupa dobrovoljno, što vodi do toga da njihova dostupnost i primjena variraju u različitim državama članicama (Benöhr, 2013).

2.2. Prednosti alternativnih načina rješavanja sporova

Kod potrošača je često zastupljena svijest o tome da novi postupak znači samo dodatnu administraciju i preopterećenje koje je nepoznato, pa se uglavnom zbog toga i izbjegava. Osim toga potrošači odustaju od zaštite prava i zbog vrijednosti spora, tj. visine iznosa naknade, zatim zbog toga što ne žele nove obaveze koje se odnose na vođenje postupka, te njegove obavezne faze, ali i zbog nepovjerenja u funkcioniranje postupka. Luzak (2016) navodi da se ovo nepovjerenje ogleda kroz neizvjesnost u pogledu troškova, zatim povodom šanse za dobijanje spora, te neizvjesnost o izvršnosti odluke kojom će spor biti okončan. Nadalje, ne smije se zanemariti niti činjenica da se uglavnom radi o nesrazmjernom odnosu između potrošača i privrednog subjekta. Čak i ako se u određenom slučaju ne radi o velikoj kompaniji s brojnom pravnom službom, za oklijevanje u poduzimanju koraka ka zaštiti prava bit će dovoljna i činjenica da se radi o potrošaču, fizičkom licu s jedne strane, koje će često biti potpuni pravni laik, i pravnom licu koje plaća pravnika ili cijeli tim da se brinu o pravima i obavezama tog pravnog lica, s druge strane.

Međutim, reguliranjem ARS postupaka, Evropska unija zapravo pokazuje da brine o svojim stanovnicima, jer im olakšava svakodnevni život u kojem su vrlo često potrošači. U tom statusu im mogu biti i povrijeđena prava, te ih štiti tako što im pojednostavljuje put ka ostvarivanju prava. To se pojednostavljenje ogleda u bržem, efikasnijem, pristupačnijem i jeftinijem postupku. Pored toga, a u saglasnosti s naprijed navedenim, evropski zakonodavac na taj način osigurava veći broj odnosa na unutrašnjem tržištu, te time podržava generiranje njegovog daljeg funkcioniranja i razvoja. Odnosno, javni interes zaštite unutrašnjeg tržišta, koji Evropska unija nesumnjivo ima, kroz reguliranje ARS postupaka podudara se s javnim interesom zaštite slabije strane u sporu, tj. potrošača (Jeretina & Uzelac, 2014).

Nadalje, interes za uvođenje i primjenu ARS metoda u C2B odnosima ne leži samo na strani potrošača, nego i na strani privrednih subjekata. Tako Evropska unija u svojoj Procjeni utjecaja, kao još jednu u nizu dobrobiti, navodi to što će pridržavanje ARS metoda pretpostavljeno kreirati virtuelni krug u kojem će privredni subjekti imati interes da održe svoj status. Oni subjekti koji se ne budu pridržavali, odnosno ne budu podržavali primjenu ARS-a na način da isključuju tu opciju za rješavanje sporova u odnosima u kojima su stranka, bit će isključeni iz zamišljenog kruga, te time snositi reputacijski rizik. Značajan broj privrednih subjekata je istakao kako unatoč njihovoj volji da koriste metode ARS-a, to nije do sada uvijek bilo moguće jer te metode nisu bile dostupne. Naprijed navedenom u prilog govori i činjenica da u pravnim sistemima gdje alternativno rješavanje sporova nije prvobitno bilo nametnuto pravom, razvoj i rast ovih mehanizama se dešavao zato što su privredni subjekti htjeli osigurati jeftinije i brže rješavanje sporova, a kako bi povećali ugled pojedinih sektora (Hodges et al., 2012). Međutim, sadašnja potpuna pokrivenost svih online, offline, domaćih i prekograničnih sporova predmetnim aktima Evropske unije omogućit će primjenu ARS-a, odnosno izbjegavanje dugotrajnih i skupih sudskih postupaka, ali i održavanje poslovnog ugleda i dobrih veza sa svojim klijentima. Navedeno bi dalje trebalo dovesti i do unapređenja internih sistema obrade žalbi kod pojedinih privrednih subjekata, a što će rezultirati poboljšanom konkurencijom. Osim toga, konkurencija će biti poboljšana i tako što će privredni subjekti, koji inače nerado posluju preko interneta, motivirani da ponude rješavanje sporova online putem, više djelovati preko interneta, te će biti skloniji ponuditi svoje robe i usluge online.

Prednosti uvođenja online rješavanja sporova naročito ističe i Loos koji tvrdi da će ovi mehanizmi biti izuzetno korisni, naročito u slučajevima gdje strane žive ili imaju sjedište u različitim državama. To možda i nije od velikog značaja za velike kompanije koje imaju podružnice širom Unije, pa tako i pravne zastupnike, međutim imat će nemjerljiv značaj za mala i srednja preduzeća, a naročito za potrošače, koji neće morati trošiti novac za rješavanje spora, odnosno neće odustajati od pokušaja rješavanja spora zbog velikog troška, nego će svoje pravo moći realizirati već uz ispunjen uslov pristupa internetu (2016). Schmitz (2010) ističe upravo prednosti ovakvog načina rješavanja sporova za svakodnevni život, te navodi kako za razliku od tradicionalnih metoda rješavanja sporova, ORS dozvoljava strankama da komuniciraju neovisno o lokaciji i u vrijeme kada to odgovara njihovim pojedinačnim rasporedima, a da pri tome ne moraju putovati, uzimati slobodan dan na poslu, dotjerivati se za suđenje ili dogovarati čuvanje djeteta samo da bi prisustvovali suđenju. Pored toga naglašava da ORS spašava potrošače od visokih putnih troškova koji su povezani sa izborom mjesne nadležnosti u slučaju

sporova, koja je u pravilu određena u mjestu sjedišta privrednog subjekta. Naročito je važna i izričita zabrana tijelima za ARS da u bilo kojem momentu zahtijevaju fizičko prisustvo stranaka ili njihovih zastupnika, osim ako se stranke o tome drugačije dogovore, sadržana u ORS uredbi (Storskrubb, 2016).

Ipak, nisu svi glasovi tako optimistični glede ARS legislative. Tako naprimjer Lindblom (2008) smatra da su mehanizmi ARS-a rijetko u mogućnosti uzeti u obzir javni interes (str. 67). Davies (2012) je također jako skeptičan u pogledu ideje da će interesi potrošača, s jedne strane, i privrednih subjekata, s druge strane, pronaći zajednički imenitelj u općem dobru (str. 64). On dalje navodi da treba imati u vidu i činjenicu da se demogeografski pokazuju velike razlike u percepciji potrošača i njihovom stavu prema alternativnim načinima rješavanja sporova, kako između pojedinih država članica, zbog različite kulturološke pozadine i tradicije potrošača, tako i unutar samih država između potrošača različitog socijalnog i ekonomskog statusa. Naime, smatra da su najstariji, najslabije obrazovani, te naročito potrošači koji nikada nisu koristili internet, oni koji su najmanje osnaženi, te time i najizloženiji trpljenju štete. Upravo za njih, tvrdi Davies (2012), postoji najmanja vjerovatnoća da će ikada koristiti metode ARS-a (str. 64). Ovaj argument svakako nosi određenu snagu, ali ipak, imajući u vidu da Unija sve više teži unapređenju života njenih građana, opravdano se može očekivati da će isto tako raditi na promoviranju i prilagođenom informiranju svih kategorija njenih građana, a u skladu s kontinuiranom posvećenošću olakšavanju pojedinih aspekata svakodnevnog života svih kategorija stanovništva.

Imajući u vidu naprijed navedeno, može se smatrati opravdanim entuzijazam zbog donošenja ovih akata, te se novim rješenjima svakako treba dati prilika.

2.3. Funkcioniranje alternativnih metoda u konvencionalnim sistemima rješavanja sporova

Prilikom analize metoda ARS i ORS, neizostavno je i pitanje kako se alternativni načini rješavanja sporova uklapaju u već postojeću sliku konvencionalnog, odnosno sudskog rješavanja sporova. Naime, svim postupcima rješavanja sporova zajednički je upravo cilj, tj. ostvarivanje pravde, a što je na evropskom nivou priznato kao osnovno ljudsko pravo (član 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima; član 47. Povelje o osnovnim pravima Evropske unije) (Benöhr, 2013). Međutim, pored cilja koji se naravno ogleda u razrješenju sporne situacije i ostvarenju prava, zajednički su i određeni

principi koji su garantirani i koji moraju biti očuvani kako bi ti postupci zaista ostvarili svoju svrhu. Radi se prvenstveno o principima pravičnosti i zakonitosti koji se vezuju za ostvarivanje prava sudskim putem.[10]

Alternativni načini rješavanja sporova su, kako im i samo ime kaže, alternativa uobičajenim, sudskim. Ipak, iako alternativa, oni će biti primijenjeni u istim pravnim sistemima u kojima se primjenjuju i već spomenuti postupci pred sudovima. Zbog toga ARS ne može postojati, niti može biti posmatran izolirano u odnosu na ostale mehanizme rješavanja sporova. Bez obzira na to što se radi o posebnim pravilima za posebne postupke, oni ipak čine sastavni dio već postojećih nacionalnih sistema ostvarivanja pravde, te trebaju biti dizajnirani tako da im pristaju i da svoje utemeljenje imaju na identičnim proceduralnim principima (Storskrubb, 2016). Međutim, Storskrubb (2016) ističe i da "institucije Evropske unije, generalno težeći promoviranju ARS-a, ponekad zaboravljaju da procedure ARS-a ne sadrže formalnu garanciju proceduralne pravičnosti sudskog postupka" (str. 28).

Pravičnost i zakonitost, zasebno, ali i djelujući zajedno, trebaju doprinijeti uspostavljanju pravne izvjesnosti i time sigurnosti učesnika u pravnom prometu. ARS Direktiva u svojim članovima 9, odnosno 11, detaljno uređuje obaveze država članica Evropske unije koje su dužne ispoštovati, a kako bi osigurale ostvarivanje i primjenu navedenih standarda. Međutim, unatoč tome, određeni elementi ARS Direktive ipak upućuju na to da primjena pravičnosti i nije apsolutno neupitna. To su nepostojanje obavezne pretpostavke da fizička lica koja vode ARS budu pravnici niti da imaju neko pravničko obrazovanje, zatim nepreciznost u pogledu tijela ovlaštenih za provođenje postupaka ARS-a, te dobrovoljnost učešća od strane privrednih subjekata u alternativnim postupcima rješavanja sporova.

Imajući u vidu da se kao osnovne prednosti ARS postupka ističu brzina i efikasnost, činjenica da ih vode osobe koje nisu pravnici, pa je samim tim odugovlačenje postupka u slučaju kompliciranijeg činjeničnog stanja vrlo izvjesno, te da se ti postupci vode pred tijelima koja nisu stalna, može samo dodatno umanjiti percepcije potrošača o postupcima ARS-a. Pri tome za imenovanja eksperata koji će raditi na rješavanju sporova ne postoje nikakve smjernice, nego ih svaki pojedini nacionalni pravni sistem samostalno utvrđuje i postavlja.

[10] Pored pravičnosti i zakonitosti Direktiva postavlja standarde koji moraju biti primijenjeni kod mehanizama alternativnog rješavanja sporova. To su: stručno znanje, neovisnost i nepristranost, transparentnost, učinkovitost i sloboda (čl. 6 – čl. 11. Direktive). Za detaljnu analizu primjene principa zakonitosti i njegovih mogućnosti u ostvarenju efikasne zaštite potrošača vidjeti: Knigge, 2016.

Pored navedenog, postavlja se pitanje u kojoj mjeri je moguće ostvariti pravičnost, odnosno sigurnost i povjerenje potrošača ako postoji dobrovoljnost privrednih subjekata u pogledu njihovog učešća u ARS-u, pri čemu oni jednostavno mogu odlučiti da ne žele rješavati sporove alternativnim načinima. S druge strane, ostaje već spomenuta ideja o reputacijskom krugu (2.2.) u kojem će privrednici željeti ostati, ali ipak će tek određeno vrijeme primjene predmetne legislative pokazati koji je od dva navedena smjera ponašanja privrednih subjekata prevagnuo.

Ako bi se vodilo računa da se prilikom primjene na vrijeme reagira kod uočenih propusta, kako bi se izbjegle, kako ih Luzak (2016) naziva, "rupe na putu prema pravdi" (str. 84.), onda bi ovi mehanizmi mogli i preventivno djelovati. Naime, pored ispunjavanja navedenih standarda, mehanizmi za alternativno rješavanje potrošačkih sporova, pod uslovom da su adekvatno uređeni, također nude značajne regulativne mogućnosti kroz podršku visokih standarda ponašanja na tržištu (Hodges, Benöhr & Creutzfeldt-Banda, 2012).

3. Analiza najznačajnijih odredbi ARS i ORS legislative

Najznačajnija i svakako na prvi pogled uočljiva razlika, pored činjenice da se jedan odnosi isključivo na online rješavanje sporova, između ova dva dokumenta jeste u vrsti samog akta. Naime, alternativno rješavanje sporova je regulirano direktivom minimalne harmonizacije koja za države članice predviđa minimalni prag prava koji mora biti osiguran. To isto tako znači i da su države slobodne svojim građanima osigurati i viši standard i povoljniji status od onog predviđenog direktivom. Imajući u vidu kako se radi o oblasti koja je pod utjecajem nacionalne pravne tradicije i kulture, a naročito raznolikost postojećih procedura za ARS u pojedinim pravnim sistemima, ovo je značajna i pozitivna osobina. Kako se i navodi u tački 15. i tački 21. Preambule, cilj ARS Direktive nije unifikacija postojećih pravila u ovoj oblasti, niti je postizanje saglasnosti za takav poduhvat u bližoj budućnosti izvjesno, nego uvažavanje postojećih pravnih tradicija i razvoj povjerenja potrošača prema unutrašnjem tržištu koristeći upravo postojeće temelje. Pristup evropskog zakonodavca kod drugog akta bio je drugačiji. Radi se o uredbi koja je obavezujuća u svom punom obimu, te direktno primjenjiva u pravnim sistemima država članica (član 22. stav 3. ORS Uredbe). Ovakav izbor je, naravno, potpuno razumljiv imajući u vidu da se ovim aktom Unije uspostavlja jedinstveni online sistem ARS-a. On treba da omogući jednostavan i potpuno jednak pristup rješavanju sporova svim potrošačima bez ob-

zira na to gdje se nalazili i kojim jezikom govorili, dovoljno je samo da imaju internetsku konekciju.[11]

Evropska komisija treba do 9. jula 2019. godine Evropskom parlamentu dostaviti prvi izvještaj o primjeni. U tom smislu još uvijek nije moguće govoriti o praktičnosti i opravdanosti pojedinih odredaba, ali može se ukazati na elemente kod kojih bi se mogli pojaviti određeni problemi. Obim ovog rada svakako ne dozvoljava analizu svih odredbi predmetnih akata, te će u nastavku biti analizirane samo neke najkarakterističnije. Te se odredbe tiču (3.1.) obavezujućeg efekta rješenja donesenog u postupku ARS-a, (3.2.) obaveze informiranja potrošača od strane privrednih subjekata, te (3.3.) kvalifikacije osoba nadležnih za ARS.

3.1. Obavezujući efekat rješenja donesenog u postupku ARS

ARS Direktiva ne predviđa obavezujući efekat odluka donesenih u postupcima alternativnog rješavanja potrošačkih sporova. Pravilo koje Direktiva donosi jeste da nametnuto rješenje može biti obavezujuće za stranke samo ako su one unaprijed informirane o njegovoj obavezujućoj prirodi, te to izričito prihvataju, dok se izričito prihvatanje od strane trgovca ne zahtijeva ako nacionalna pravila predlažu da su takva rješenja obavezujuća za privredne subjekte (član 10. stav 2. ARS Direktive). Kod ove odredbe sporne su dvije stvari. Prvo, odredba je dispozitivnog karaktera jer predviđa samo mogućnost obavezujućeg djelovanja. Unatoč tome što ostatak sadržaja strogo regulira samo izuzetnu situaciju kada može postojati obavezujuće dejstvo, ipak se ova opcionalnost čini suvišnom. Osim toga, jednom prosječnom potrošaču će se logično nametnuti pitanje "šta ako nije obavezujuće?", odnosno "zašto voditi postupak ako će rezultat biti nemoguće provesti", a samim tim poljuljati i njegovo povjerenje u sigurnost i svrhu ARS. Druga stvar je predlaganje obaveznog dejstva rješenja do kojeg se dođe u postupku ARS za privredne subjekte od strane države. Razlog je isti, jer ponovo ostavlja prostor za odstupanje i neizvjesnost, ali se postavlja i pitanje djelotvornosti nečega što od države dolazi u formi prijedloga.

[11] Detaljnije o svrsi i karakteristikama ORS na web-stranici Your Europe u odjeljku o rješavanju potrošačkih sporova http://europa.eu/youreurope/index.htm (uvid izvršen: 30. 8. 2017).

3.2. Obaveza informiranja potrošača od strane privrednog subjekta

Još jedno pitanje, čije reguliranje u predmetnim aktima nije ohrabrujuće za potrošače u mjeri u kojoj bi se to očekivalo da jeste, jeste pitanje koje se odnosi na obavezu informiranja potrošača od strane privrednih subjekata o mogućnostima da alternativno riješe spor ukoliko do njega dođe. Naime, zaista jeste iznenađujuće da akti evropskog zakonodavca, koji tako glasno zagovaraju osnaživanje potrošača kroz njegovo informiranje, tu istu dostupnost informacija čine zavisnom od volje privrednih subjekata. Privredni subjekt tako može odlučiti i da uopšte ne učestvuje u postupcima ARS-a (tačka 49. Preambule ARS Direktive). Kako Povlakić i Mezetović Međić (2016) navode:

> Iako se ovi mehanizmi uvode kako bi se potrošaču pojednostavilo ostvarivanje prava, upravo uzimajući u obzir njegovu slabiju i uglavnom manje informiranu poziciju u ugovorima u koje stupa sa trgovcima, ipak trgovac svojom prostom nesaglasnošću može onemogućiti potrošaču korištenje metoda ARS. Nema kriterija za iskazivanje te nesaglasnosti što praktično znači da trgovac može i zloupotrebe radi koristiti ovu mogućnost (str. 252).

Član 13. ARS Direktive koji govori o navedenom informiranju navodi obavezu privrednog subjekta da informaciju o subjektu za ARS postavi na svoju web-stranicu ili u opšte uslove ugovora o prodaji ili ugovora o pružanju usluga. Ako se uzme u obzir standardan potrošač, koji npr. kupuje određeni model mobitela ili plaća za uslugu iznajmljivanja automobila, teško je uočiti bilo šta drugačije u odnosu na dosadašnji način zaključivanja takvih ugovora, odnosno dosadašnje znanje i svijest potrošača o njihovim pravima. Naime, potrošač koji se do sada nije htio zamarati na sudu teško će se odlučiti da pokuša riješiti spor na alternativni način ako za takav način uopšte ne zna. Poznato je da potrošači rijetko detaljno čitaju uslove ugovora. Ako se želi povećati svijest potrošača o mogućnostima jednostavnijeg i bržeg ostvarivanja prava, to znači da pristup treba biti drugačiji, jasniji i pristupačniji za potrošača. Theocharidi (2016) naglašava da "se postojeći nacionalni ARS sistemi značajno razlikuju širom Evropske unije, te mnogi EU potrošači nisu naučeni da koriste alternativne načine rješavanja sporova", pa je zbog toga "svijest potrošača od krucijalne važnosti, naročito u slučajevima prekograničnih transakcija". Dalje ističe da "iako je primjena ove odredbe prepuštena državama članicama, može se postaviti pitanje kako će države članice natjerati privredne subjekte da zaista informiraju potrošače, te da osiguraju da pružene informacije zadovoljavaju kriterije postavljene Direktivom" (str. 106).

3.3. Kvalifikacije osoba nadležnih za ARS

Član 6. predmetne Direktive predviđa kriterije koje moraju ispuniti osobe nadležne za ARS postupke. Pri tome se misli na osobe koje će ili samostalno ili u sastavu posebnih ARS tijela voditi alternativne postupke rješavanja potrošačkih sporova. U vezi s tim je potrebno istaknuti nekoliko tačaka. Prvo, garantiranje ispunjavanja kriterija je ostavljeno u nadležnosti svake pojedine države članice. Ovakva odredba je razumljiva imajući u vidu specifičnosti svakog pojedinog pravnog sistema, pravnog obrazovanja, te formalnih koraka potrebnih za stjecanje određenih kvalifikacija potrebnih za prakticiranje prava. Time je i logično da će svaka država najefikasnije moći postaviti kriterije, te definirati uvjete rada tijela za ARS. Međutim, to odmah vodi do druge tačke koja je, ipak, nešto problematičnija nego prethodna. Naime, Direktiva postavlja zahtjev da države članice trebaju garantirati stručno znanje, nezavisnost i nepristranost osoba koje će alternativnim putem rješavati sporove, ali se nigdje izričito ne postavlja zahtjev kako te osobe trebaju biti formalno obrazovani pravnici. Storskrubb (2016) naglašava kako Direktiva ne postavlja pravila izbora tih lica, niti daje listu kvalifikacija koje moraju ispuniti. Evropski zakonodavac u tački a) stav 1. člana 6. navodi da te osobe trebaju imati potrebno znanje i vještine u području alternativnog ili sudskog rješavanja potrošačkih sporova, kao i opće razumijevanje prava, međutim tu se lista zahtjeva u pogledu pravničkog obrazovanja završava. Iznenađuje ovakav pristup evropskog zakonodavca iz dva razloga. Prvo, iako se radi o alternativnim sporovima, ipak načela postupka moraju biti očuvana. Neko ko nije pravnik po struci mora biti sposoban razumjeti koji su to principi, te na koji način mogu biti garantirani. Drugo, nemoguće je predvidjeti koliko komplicirani mogu biti slučajevi koji će se rješavati alternativnim putem. Ako se neko ko "ima znanje i vještine u području alternativnog ili sudskog rješavanja potrošačkih sporova, kao i opće razumijevanje prava" susretne s kompleksnim pravnim pitanjem koje obuhvata i druge grane prava, a ne samo potrošačko, neminovno se postavlja pitanje kako i kada će riješiti situaciju. Ili, drugim riječima iskazano, takva osoba će nužno morati tražiti savjet pravnika, a to će odužiti i zakomplicirati postupak koji bi trebao biti efikasan, jeftin i pouzdan. Unatoč tome što Direktiva vrlo detaljno regulira zaduženja subjekata za ARS koja obuhvataju održavanje ažurne internetske stranice koja omogućava lak pristup informacijama, informiranje stranaka, te olakšavanje razmjene informacija između njih, ipak korak koji prethodi njihovom ispunjavanju zadataka, tj. postavljanje lica u tijelima koja će voditi postupke ARS-a, mogao bi biti problematičan u realizaciji.

4. Zaključna razmatranja

Donošenjem akata koji se tiču alternativnog rješavanja potrošačkih sporova, evropski zakonodavac je jasno pokazao namjeru da želi pojednostaviti svakodnevni život svojih građana na način da će im olakšati ostvarivanje prava u spornim situacijama u kojima se nađu kao potrošači. U ovom radu je ukazano na nekoliko problematičnih momenata koji su mogli biti regulirani preciznije. Ipak, unatoč tome što su istaknuti određeni nedostaci, ipak izgledi za ostvarivanje uspješnih rezultata navedenih akata nisu tako loši. Važno je, međutim, uočiti da se sav rad u ovoj oblasti ne završava s usvajanjem tekstova Direktive ARS i Uredbe ORS. Uloga evropskog zakonodavca se ne završava donošenjem akata, niti se uloga država članica završava prostim provođenjem tih akata. Ako je legislativa namijenjena olakšanju života ljudi, onda ona mora biti dostupna i lako shvatljiva svim građanima Unije, a samim tim i lakše primjenjiva. Stoga je izuzetno važno raditi na podizanju svijesti o postojanju i primjeni ARS. Evropska unija je ta koja treba dati inicijalni impuls u pravcu podizanja svijesti, ali najvažniju ulogu će svakako odigrati svaka pojedina država članica zato što najbolje poznaje svoje potrošače, te zato što potrošači uglavnom više vjeruju svom domaćem pravu. Osviješteni potrošači koji su svjesni svojih prava i mogućnosti bit će sposobni reagirati i ukazati na eventualne nedostatke legislative. Priča o alternativnom rješavanju sporova može imati uspješan epilog pod uslovom da Unija, ali i države članice prema uputi Unije, prepoznaju značaj podizanja svijesti o postojanju, korisnosti i jednostavnosti primjene alternativnih načina rješavanja sporova. Ova priča nije važna samo za potrošače. Važna je i za svakog pojedinog člana nekog privrednog subjekta koji u svom privatnom životu isto tako može biti potrošač nezadovoljan turističkim aranžmanom ili cipelama koje je kupio. Prema tome, važno je staviti fokus na potrošače, te njihovu osnaženu ulogu u razvoju unutrašnjeg tržišta, odnosno alternativno rješavanje sporova vratiti na početni cilj evropskog zakonodavca, a to je pojednostavljivanje svakodnevnog života građana Unije.

Bibliografija

1. Benöhr, I. (2013). Consumer Dispute Resolution after The Lisbon Treaty: Collective Actions and Alternative Procedures. *Journal of consumer policy.* 36 (1), 87–110.
2. Davies, J. (2012). How well placed is the optimism surrounding the new ADR/ODR proposals?, *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht.* 1 (2), 63–64.

3. DG SANCO Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union (2009). CPEC - Civic consulting.

4. Direktiva 2013/11/EU o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova. *Službeni list Europske unije* L 165.

5. Hodges, C., Benöhr, I., & Creutzfeldt-Banda, N. (2012). *Consumer ADR in Europe*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

6. Hodges, C., Benöhr, I., & Creutzfeldt-Banda, N. (2012). *Consumer to-Business ADR Structures: Harnessing the Power of CADR for Dispute Resolution and Regulating Market Behaviour*. Oxford: The Foundation for Law, Justice and Society & The Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford.

7. Jeretina, U. & Uzelac, A. (2014). Alternative Dispute Resolution for Consumer Cases: Are Divergences an Obstacle to Effective Access to Justice? *Mednarodna revija za javno upravo*, 12 (4), 39–74.

8. Knigge, M. & Pavillon, C. (2016). The legality requirement of the ADR Directive: just another paper tiger? *Journal of European Consumer and Market Law*, 5 (4), 155–163.

9. Lindblom, P. H. (2008). ADR – The Opiate of Legal Systems? Perspectives on Dispute Resolution Generally and in Sweden. *European Review of Private Law,* 1, 63–93.

10. Loos, M. B. M. (2016). Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law. *European Review of Private Law,* 1, 61–79.

11. Luzak, J. (2016). The ADR Directive: Designed to Fail? A Hole-Ridden Stairway to Consumer Justice. *European Review of Private Law*, 1, 81–101.

12. Piers, M. (2013). Consumer Arbitration and European Private Law: A Seminal Consumer Arbitration Model Law for Europe. *European Review of Private Law*. 1, 247–288.

13. Povelja Europske unije o temeljnim pravima. Službeni list Europske unije C 303/01.

14. Povlakić, M. & Mezetović Međić, S. (2016). Kolektivna zaštita (potrošača) prema pravu Evropske unije i pravu Bosne i Hercegovine. *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*,14, 247–263.

15. Procjena utjecaja Evropske komisije od 29. novembra 2011. godine SEC(2011) 1408 final.

16. Reich, N. (2013). Book Review: *Consumer ADR in Europe: Civil Justice Systems*, by Christopher Hodges, Iris Benöhr and Naomi Creutzfeldt-Banda. (Oxford: Hart Publishing, 2012). *Common Market Law Review*, 50 (3), 913–915.
17. Schmitz, A. (2010). "Drive-Thru" Arbitration in the Digital Age: Empowering Consumers through Regulated ODR. *Baylor Law Review*, 62, 178–244.
18. Storskrubb, Eva (2016). Alternative Dispute Resolution in the EU: Regulatory Challenges. *European Review of Private Law*,1, 7–31.
19. Uredba 524/2013 od 21. 5. 2013. o online rješavanju potrošačkih sporova. Službeni list Europske unije L 165.
20. Weatherill, S. (2011). Consumer Policy. U: P. Craig and G. De Burca (eds.). *The Evolution of EU Law* (str. 837–867). Oxford, UK: Oxford University Press.

MJur (Oxon) Selma Mezetović Međić, LL.M.
Senior assistant

ALTERNATIVE RESOLUTION OF CONSUMER DISPUTES – CHARACTERISTICS AND POTENTIAL IMPACTS

Summary

Alternative Dispute Resolution (ADR) encompasses all mechanisms through which disputes can be resolved without direct participation of the court in a simple, efficient, fast and inexpensive way. The European Union has decided to make the benefits of such dispute resolution model accessible to consumers, and all with the goal to encourage them, as the main drivers of the functioning of the internal market, to a more intense participation in cross-border transactions. For this purpose, two documents were adopted, the Directive on Alternative Dispute Resolution and the Directive on Online Dispute Resolution. The goal of this paper is to provide an assessment of the new solutions in the field of alternative resolution of consumer disputes on the level of the Union, focusing primarily on empowerment and consumer protection. For this purpose, this paper will (i) address the European perspective of alternative dispute resolution, (ii) present the most important characteristics of ADR procedures with an analysis of the most significant provisions contained in the European ADR and ODR legislation, and (iii) provide concluding considerations on the potential of efficient exercise of rights through alternative resolution of consumer disputes.

Keywords: *consumer, alternative resolution of consumer disputes, consumer protection, extrajudicial dispute resolution, access to judiciary, exercise of rights*

Prof. dr. Borislav Petrović
Redovni profesor
b.petrovic@pfsa.unsa.ba

dipl. iur. Katica Artuković
katica.artukovic@pravosudje.ba

UDK 343.226
Pregledni naučni rad

HISTORIJSKI RAZVOJ INSTITUTA KRAJNJE NUŽDE

Sažetak

Prikaz historijskog razvoja od izuzetnog je značaja za svaki pravni institut pa tako i za krajnju nuždu, te nužno obuhvaća prikaz razvoja krajnje nužde počevši od rimskog prava, kanonskog prava, feudalnog prava, buržoaskog prava te konačno do socijalističkog prava, a završit će se na stanju kakvo je bilo u krivičnom zakonodavstvu bivše Jugoslavije. Krajnja nužda kao opći institut krivičnog prava doista je tekovina modernih pravnih sistema XX stoljeća, a razlog tome jeste složenost ovog instituta s obzirom na to da je riječ o sukobu dvaju prava i veoma je teško precizno odrediti koje su to životne situacije kada se sukobljavaju dva prava tj. dva pravno zaštićena dobra. Nezaobilazan je prikaz historijskih razlika između krajnje nužde i nužne odbrane koje su mnogobrojne, a najvažnija jeste da je nužna odbrana sukob prava i neprava, a krajnja nužda je sukob dva prava.

Ključne riječi: *historijski prikaz, krajnja nužda, nužna odbrana, opći institut krivičnog prava, sukob prava*

1. Historijski razvoj instituta krajnje nužde

Prikaz historijskog razvoja od izuzetnog je značaja za svaki pravni institut pa tako i za krajnju nuždu. Ovo osobito kako bismo ovaj institut shvatili u potpunosti u njegovoj suštini s obzirom na to da moramo imati na umu da krajnja nužda nije institut koji pravna historija poznaje od svojih samih početaka, barem ne u njegovom današnjem uređenom obliku. Naime, krajnju nuždu poznaju tek zakonodavstva novijih datuma (konkretno XX. stoljeća), iako se općenito stanje nužde (na kojem općem institutu je nastao i razvio se institut krajnje nužde, ali i nužne odbrane) spominje od najranijih vremena, pa tako i u doista drevnim zakonima kao što su npr. Zakoni XII tablica, Rim,

450. g.p.n.e. (Šavgulidze, 1966). Ovaj se institut u najranijim godinama svog razvoja na geografskom području današnje Republike Srbije, početkom XX stoljeća, čak nije ni zvao krajnja nužda nego "stanje nužde (nužda)" (Ministarstvo pravde, 1910). S druge strane nužna odbrana (pandan institutu krajnje nužde) je pravni institut koji poznaju i najstariji zakoni i državna uređenja, što je jedna od mnogih razlika između ova dva srodna instituta. Krajnja nužda je u starijoj historiji uglavnom imala kazuistički značaj i zakonodavac bi je smještao uz tačno određena krivična djela koja su najčešće izravno ugrožavala životnu egzistenciju učinitelja ili njegovog najbližeg srodnika, pravdajući time inače nezakonito i protupravno ponašanje učinitelja (Tomanović, 1995).

Međutim, nema dileme da je krajnja nužda kao opći institut krivičnog prava doista tekovina modernih pravnih sistema XX stoljeća, pa se postavlja opravdano pitanje šta je tome razlog. Odgovor je prilično jednostavan i životan. Razlog tome jeste složenost i izuzetna delikatnost suštinske prirode ovog instituta s obzirom na to da je riječ o sukobu dvaju prava i veoma je teško precizno odrediti koje su to životne situacije kada se sukobljavaju dva prava tj. dva pravno zaštićena dobra, a još je teže regulirati posljedice postupanja u takvim situacijama ili pak njihov izostanak. U ovome leži još jedna razlika između nužne odbrane i krajnje nužde s obzirom na to da je kod nužne odbrane mnogo lakše identificirati životnu situaciju kada u sukob dolaze pravo i nepravo[1] tj. kada se sukobljavaju odbrana i napad. Ovdje je neophodno istaknuti nepobitnu činjenicu da je krajnja nužda nastala kao odgovor na mnogobrojne životne situacije u kojima nije bilo moguće napraviti jasnu distinkciju između čisto dobrog i čisto lošeg djelovanja čovjeka i njegovih radnji. Naime, sve pravne rasprave i zakonodavna rješenja kretala su se u okvirima koji su poznavali djelovanje čovjeka koje je bilo isključivo dobro ili isključivo loše, pa se tako npr. skrivljena smrt druge osobe nikako i ni pod kojim uvjetima nije mogla opravdati. Rezultat je to pravne dogme o objektivnom shvaćanju učiniteljevih radnji ili propuštanja tj. odgovornosti učinitelja za posljedicu svog djela koja je nastupila, bez obzira na njegov subjektivni odnos prema učinjenom (Tomanović, 1995). S vremenom, osobito u počecima institucionalizacije krajnje nužde, dolazi se do spoznaja da takva isključivost više nije opravdana i nema temelje održivosti u stvarnom životu, zbog čega se počinje razmišljati i sve više govoriti naglas o situacijama koje u najdubljim sferama miješaju dobro i zlo[2] u slučajevima neskrivlje-

[1] Nepravo je u suštini objektivna strana krivičnog djela i sastoji se od radnje, propisanosti radnje u krivičnom zakonodavstvu i protupravnosti te radnje (Đokić, 2006).

[2] Za te početne rasprave karakteristično je da su nepovratno narušile suštinu distinkcije prava od neprava.

ne opasnosti tj. počinje se govoriti o subjektivnom odnosu učinitelja prema poduzetim radnjama i djelu. Početak je to rasprava o adekvatnoj reakciji društva i države na takve slučajeve, odnosno rasprava o tome da li država uopće može i ima pravo da reagira, odnosno početak je to rasprava o krajnjoj nuždi. Dakle, razlozi sasvim praktične prirode doveli su do potrebe za uvođenjem instituta krajnje nužde u zakonodavstva širom svijeta i bazirali se na vrlo jednostavnom objašnjenju da nije opravdano kažnjavati pojedinca koji povrjeđuje tuđe dobro da bi sačuvao svoje, a ničim nije doprinio nastanku opasnosti u kojoj je primoran napraviti takvu radnju u kojoj se ostvaruju sva bitna obilježja nekog kriviičnog djela (Tomić, 2007).

Kako vidimo, u ovom dijelu će biti prikazan povijesni razvoj krajnje nužde počevši od rimskog prava, kanonskog prava, feudalnog prava, buržoaskog prava te konačno do socijalističkog prava. Prikaz će se završiti na načinu uređenja instituta krajnje nužde u krivičnom zakonodavstvu bivše Jugoslavije.

1.1. Institut krajnje nužde u rimskom pravu

Stanje nužde u rimskom pravu[3] nije bilo nepoznanica s obzirom na to da je nužna odbrana (koja je kao i krajnja nužda nastala na općem stanju nužde) bila sastavni dio krivičnopravnog sistema u rimskom pravu, te je u pravni sistem bila uvrštena kao institut krivičnog zakonodavstva, kao zakonsko rješenje kada se sukobe pravo i nepravo. Međutim, evolucija čovjeka i društvenih odnosa kojima je on pripadao, neminovno je rezultirala potrebom za uvođenjem i instituta krajnje nužde koji je trebao dati zakonsko rješenje u slučaju sukoba dvaju prava, što je bilo daleko kompliciranije od zakonskog rješenja instituta nužne odbrane čija je suština u sukobu prava i neprava (odbrane od napada).

Unatoč tome, tokom čitavog svog razdoblja, rimsko pravo nije poznavalo krajnju nuždu kao opći krivičnopravni institut, ali jeste poznavalo pojedinačne slučajeve krajnje nužde (Đokić, 2006) u izuzetnim životnim situacijama (Gerocz, 1914) pa se tako npr. nije krivično kažnjavalo osuđenika na smrt koji je pokušavao da podmiti tužitelja, budući je pokušavao da spasi vlastiti život i to je nekako bilo društveno prihvatljivo.[4] Najpoznatiji primjer

[3] Rimsko pravo označava pravni poredak koji je vrijedio u rimskoj državi od osnutka Rima, tj. 753. godine pr. Kr., pa do smrti cara Justinijana 565. godine koji je kodificirao *Corpus Iuris Civilis*.

[4] Zagovornik ovakvog postupanja bio je Ulpijan, veliki rimski pravnik klasičnog doba.

krajnje nužde u rimskom pravu zasigurno je Ciceronov primjer[5] o dva brodolomca na jednom splavu u kojem je ovaj poznati rimski državnik ukazao na moguću životnu situaciju ako se nakon brodoloma nađu dva putnika na splavu, a samo jedan može da se na njemu održava, pa jedan brodolomnik odgurne drugoga[6] (Bačić, 1995). Neminovno je da u sukob dolazi jednakovrijedno pravo dva čovjeka na život, pa se postavlja pitanje koje pravno pravilo primijeniti u nastaloj situaciji, odnosno da li država, kroz pravo, uopće može intervenirati (Belovics, 2014). Iz ovog ekstremnog, ali reprezentativnog primjera krajnje nužde očito je kako je rimsko pravo zauzelo nedvojbeno stanovište da je temeljni konstitutivni element krajnje nužde upravo sukob interesa dvaju prava koja su nekada jednakovrijedna, poput Ciceronovog primjera u kojem se ostvaruju elementi bića kaznenog djela ubistva. Međutim, isto tako mogu biti i različitih naravi npr. kada čovjek braneći svoj život od napada tuđeg psa, tog psa usmrti, kada se ostvaruju obilježja kaznenog djela oštećenje tuđe stvari. Ni u jednom primjeru od nabrojanih životnih situacija neće se raditi o kaznenim djelima upravo zbog toga što je potencijalni učinitelj povrijedio tuđe pravno zaštićeno dobro kako bi zaštitio svoje isto tako pravno zaštićeno dobro, a nastalu situaciju u obliku opasnosti nije skrivio niti je učinio teže kazneno djelo od onog koje je njemu prijetilo.

Za razdoblje rimskog prava karakteristično je i to da se krajnja nužda u svim svojim pojavnim oblicima karakterizirala uglavnom kroz sferu građanskog prava i to njegovog subjektivnog[7] oblika, a nikako kroz sferu kaznenog prava, pa se tako o krajnjoj nuždi govori među poglavljima o povredama (Belovics, 2014) i navodi se npr. da svatko ima pravo s broda baciti višak tereta u npr. olujnom vremenu kako bi spasio brod i posadu[8] i sl. Razlog smještanja krajnje nužde među građanskopravne odnose treba tražiti u tipu i obliku rimske države. Naime, rimska država je po svojoj prirodi izrazito robovlasnička država, pa je posljedično tome imovina uživala daleko veći

[5] Marko Tulije Ciceron, 106. pr. Kr. – 43. pr. Kr., državnik, odvjetnik, politički teoretičar, filozof i najveći rimski govornik.

[6] Tzv. Carneadesova daska.

[7] Subjektivni pristup pravo veže za svjesni/voljni odnos učinitelja prema djelu dok je kod objektivnog pristupa osnov posljedica radnje učinitelja koja je nastupila.

[8] *Lex Rhodia de iactu* (latinski: Rodski zakon o izbacivanju), u pomorskom pravu, pravni propis koji je rimsko pravo preuzelo s grčkog otoka Rodosa, koji se temelji na načelu da su svi sudionici pomorskog plovidbenog pothvata dužni snositi razmjerno štetu nastalu izbacivanjem dijela tereta radi očuvanja broda ili preostaloga tereta u uvjetima prirodne opasnosti za brod ili teret. To je načelo vrijedilo samo u slučaju prirodne opasnosti za brod (npr. oluja), ali ne i u slučaju opasnosti prouzročene ljudskim djelovanjem (npr. gusarski napad). U rimsko pravo preuzeto je iz pravnog sistema grčkog otoka Rodosa, a u modernom pomorskom pravu primjenjuje se u slučaju havarije (Hrvatska enciklopedija, 2017).

značaj nego prava i slobode njenih podanika (Tomanović, 1995), stoga je sasvim razumljivo zbog čega su se pojedinačni slučajevi krajnje nužde sagledavali kroz prizmu građanskopravnih odnosa. Koliko je rimskoj državi i državnicima bilo teško prihvatiti da osim sukoba prava i neprava može doći do sukoba dvaju prava, tj. da nije sve tako jednostavno razgraničiti u smislu napada i odbrane, pokazuje i primjer da je državnik Kato istjerao iz Rima filozofa Karneada koji je raspirivao maštu i um masama svojim pričama o vojniku koji je oteo konja svom ranjenom saborcu kako bi pobjegao i spasio se od neprijatelja (Zuglia, 1920).

1.2. Institut krajnje nužde u kanonskom pravu

Nakon propasti rimske države i dolaskom barbarskih plemena, krajnja nužda i dalje nalazi svoju opravdanost u izuzetnim životnim situacijama (Đokić, 2006). Takav trend nastavlja se i s kanonskim pravom[9], s tim da se iskristaliziralo nekoliko pravnih maksima (Đokić, 2006) u pogledu krajnje nužde, od kojih kao glavnu izdvajamo sljedeću maksimu: "u nuždi nema zakona"[10], a spominju se i maksime: "ono što je po zakonu zabranjeno nužda čini dozvoljenim" i "treba žrtvovati manje da bi se sačuvalo više".

Odredbe kodificiranog kanonskog prava[11] u kojima je regulirano kažnjavanje u slučaju postupanja u krajnjoj nuždi smještene su u odjeljak pod naslovom "Podložnik kaznenih mjera" a propisane su kan. 1323 i kan. 1324 koji u relevantnom dijelu glase:

Kan. 1323[12]

Kada prekrši zakon ili zapovijed, nikakvoj kazni ne podliježe onaj:

3. ko je djelovao zbog fizičke sile ili zbog nenadnog slučaja koji nije mogao predvidjeti ili predviđenoga nije mogao spriječiti;

---

9 Kanonsko pravo (*ius canonicum*) jedan je od najstarijih pravnih sistema na svijetu i obuhvaća pravila koja normiraju unutarnji sakralni, duhovni i društveni život Katoličke crkve i njezinih vjernika. Najstariji izvor kanonskog prava jeste Biblija.

10 Maksima koja se uglavnom pripisuje Gratianu (benediktinski talijanski redovnik iz 11. stoljeća – otac kanonskog prava), s obzirom na to da se spominje u njegovom djelu Concordia Discordantium Canonum kasnije preimenovanom u Decreti Magistri Gratiani koje je ubrzo postalo osnovni tekst kanonskog prava.

11 Zakonik kanonskoga prava (*Codex iuris Canonici*) proglašen vlašću Pape Ivana Pavla II. 25. januara 1983. godine (Hrvatska biskupska konferencija, 1996).

12 Ibid.

4. ko je djelovao prisiljen velikim strahom, makar samo relativno velikim, ili zbog prijeke potrebe ili zbog velike neugodnosti, osim ako čin u sebi nije zao ili ako nije usmjeren na štetu duša;

5. ko je u zakonitoj odbrani, sebe ili drugoga, djelovao protiv nepravedna napadača, dok čuva dužnu mjeru;[13]

7. ko je bez krivnje mislio da ima neka od okolnosti o kojima se govori u br. 4 i 5.

Kan. 1324[14]

§ 1. Prekršitelj se ne izuzima od kazne, ali kazna određena u zakonu ili zapovijedi treba da se ublaži ili umjesto nje upotrijebi pokora, ako kažnjivo djelo učini:

5. onaj ko je prisiljen velikim strahom, pa makar samo relativno velikim, ili zbog prijeke potrebe ili zbog velike neugodnosti, osim ako je kažnjivo djelo u sebi zlo ili ako je usmjereno na štetu duša;

6. onaj ko je u zakonitoj odbrani sebe ili drugoga djelovao protiv nepravedna napadača, a nije sačuvao dužnu mjeru;[15]

7. protiv nekoga ko teško ili nepravedno izaziva;

8. onaj ko je zbog zablude, ali svojom krivnjom, mislio da ima neka od okolnosti o kojima se govori u kan. 1323, br. 4 i 5;

§ 3. U okolnostima o kojima se govori u § 1 krivac ne upada u kaznu unaprijed izrečenu.

Dakle, nedvojbeno je da se u kodificiranom kanonskom pravu krajnja nužda javlja u dva oblika i to kao osnov za isključenje krivične odgovornosti u kan. 1323 te kao osnov za ublažavanje kazne u kan. 1324. Karakteristično je da u oba slučaja, kanonsko pravo priznaje subjektivni odnos učinitelja prema djelu pa tako u kan. 1323. propisuje kao uvjet nekažnjivosti da čin u sebi nije zao ili da nije usmjeren na štetu duša, a u kan. 1324 propisuje da se

[13] Odnosi se na institut nužne odbrane koji je kanonsko pravo tretiralo kao posve prirodno pravo učinitelja da se odbrani od protupravnog napada.

[14] Zakonik kanonskoga prava (*Codex iuris Canonici*) proglašen vlašću Pape Ivana Pavla II 25. januara 1983. godine (Hrvatska biskupska konferencija, 1996).

[15] Očigledno je da se radi o prekoračenju nužne odbrane.

kazna neće ublažiti ako je kažnjivo djelo u sebi zlo ili ako je usmjereno na štetu duša.

Kao primjer crkvene prakse često se navodi veoma upitno postupanje u krajnjoj nuždi nadbiskupa Marcela Lefebvrea koji je po svom čvrstom uvjerenju smatrao da se Vatikan udaljava od svete katoličke vjere kakvu su naslijedili od apostola, zbog čega je 1970. godine osnovao Bratovštinu Svetog Pia X te u 83. godini života, naslućujući da mu se bliži kraj ovozemaljskog života, smatrao je da je njegova sveta dužnost osigurati svog nasljednika koji će nastaviti njegov put i put pravovjernog prijenosa tradicionalne i modernizmom neiskvarene apostolske i katoličke vjere, te je 1988. godine bez dozvole[16] Sv. Oca Pape zaredio četiri biskupa.[17] Učinio je to u uvjerenju da djeluje iz nužde i straha za očuvanje vjere, a zbog tog čina je zajedno s četiri zaređena biskupa izopćen[18], te je tek 18 godina nakon njegove smrti Vatikan povukao[19] izopćenje četvorice biskupa, dok se nadbiskup Lefebvre smatra izopćenim i dalje.

Međutim, u praksi, vrlo skromno priznanje postojanja životnih situacija u kojima uopće može doći do sukoba dvaju prava dovelo je do definiranja postupanja u krajnjoj nuždi kao elementa za isključenje kaznene odgovornosti ili, pak, postupanja u krajnjoj nuždi kao olakšavajućoj okolnosti pri odmjeravanju kazne, a nikako ne kao okolnosti koja bi isključila postojanje krivičnog djela uopće (Belovics, 2014).

1.3. Institut krajnje nužde u feudalnom pravu

Feudalizam[20] je na europskom tlu trajao gotovo 14 stoljeća,[21] pa je zbog tako velikog vremenskog perioda veoma teško govoriti o jedinstvenom tretiranju

[16] Kan. 1382 Zakonika kanonskog prava glasi: "Biskup koji bez papinskog naloga posveti nekoga za biskupa i onaj koji primi od njega posvećenje, upadaju u izopćenja unaprijed izrečeno, pridržano Apostolskoj Stolici".

[17] Biskupi su prema katoličkom nauku, jamci prijenosa svete vjere i nositelji učiteljske službe i svećeničkog ređenja.

[18] Teška kazna izopćenja *latae sententiae* izrečena je 30. januara 1988. a formalno je proglašena 1. jula iste godine.

[19] Dekret Kongregacije za biskupe od 21. januara 2009. godine.

[20] U širem smislu, pojam feudalizma obuhvaća feudalno društvo, sistem ekonomske, društvene i političke organizacije u kojoj sloj specijaliziranih ratnika – feudalne gospode (gospodara) – podređenih jedni drugima hijerarhijom veza ovisnosti, gospodari seljaštvom koje obrađuje zemlju i stvara im uvjete za život.

[21] Nastao krajem V stoljeća kada su nastale barbarske države na ruševinama rimske robovlasničke države, a trajao je sve do XVIII stoljeća tj. do velike Francuske buržoaske revolucije.

instituta krajnje nužde. Tačnije rečeno, pojam krajnje nužde razlikovao se ovisno o kojem se razdoblju feudalizma govorilo, pa je tako u početnim fazama krajnja nužda ostala na tragu kazualizma tj. pojedinačnih slučajeva uglavnom vezanih za stanja egzistencijalne nužde. Tako se kao primjer postupanja u krajnjoj nuždi navodi krađa hrane u situaciji ekstremne gladi ili krađa odjeće u slučaju nesnošljive iznenadne hladnoće i sl. Dakle, neminovno se krajnja nužda vezivala uz stanja očuvanja života čovjeka, a ne na njegova materijalna dobra. U kasnijim fazama feudalizma krajnja nužda polako, ali sigurno zauzima svoje mjesto u općem dijelu zakonodavstva i to po prvi put u Općem njemačkom krivičnom zakoniku iz 1532. godine,[22] međutim još uvijek ne kao opći institut krivičnog prava, dok se istovremeno institut nužne odbrane nedvojbeno nomotehnički smješta u opći dio kao opći institut krivičnog materijalnog prava. Dakle, krajnja nužda i u ovom važnom Zakoniku u razdoblju feudalizma i dalje ostaje kazuistički institut i to eksplicitno samo za jedno krivično djelo krađe, a to je krađa u nevolji (Babić, 1987). Članak 166 Zakonika koji glasi: "Ako je neko zbog istinske gladi koju trpi on, njegova žena ili dijete, bio prinuđen da ukrade nešto od hrane, a ta je krađa bila beznačajna i brzo otkrivena, u tom slučaju sudija i presuditelji su dužni, kao što je propisano, da traže savjet"[23] (Belovics, 2014). Implicite, Opći njemački zakonik poznaje krajnju nuždu u postupanju i kod krivičnog djela ubistva[24] kada se navodi da je moguće opravdati ubistvo provalnika zatečenog u kući noću u opasnim uvjetima ili ubistvo drugoga da bi se spasio život, tijelo ili imovina druge osobe. Glavni uvjet za primjenu instituta krajnje nužde u ovom slučaju jeste da je učinitelj postupao na zakonit način, što znači da su morali biti ispunjeni određeni zakonom propisani uvjeti kao npr. da je provalnik zatečen u opasnim uvjetima kao što su npr. noć kada učinitelj nije siguran i ne može lako vidjeti i provjeriti da li ima pomagača koji bi dodatno mogao ugroziti njegov život i sl. (Langbein, 2005).

Konačno, krajnja nužda tek u kasnom feudalnom periodu polako dobiva obrise svojih današnjih elemenata i to u Kaznenom zakoniku Marije Tere-

[22] *Constititio Criminalis Carolina* je zakonik o krivičnom pravu i postupku njemačkog cara Karla V, proglašen za cijelo područje Carstva 1532. godine na njemačkom jeziku, koji sadržava odredbe o krivičnome postupku (pretežno inkvizitornoga tipa), a u manjoj mjeri materijalnoga krivičnog prava. Trebao se primjenjivati na cijelome području Njemačkoga carstva, no zbog otpora u pojedinim zemljama takvom pokušaju unifikacije prava, tzv. salvatornom klauzulom dopuštena je i primjena odredaba partikularnoga prava. Carolina je odgovarala potrebama sudske prakse, pa se tim putem njezina primjena proširila po njemačkim zemljama, tako da je sve do 1870. ondje bila glavnim izvorom krivičnoga prava, a utjecala je i na krivično pravo Švicarske, Nizozemske i Poljske (Hrvatska enciklopedija, 2017).

[23] Čl. 166 Općeg njemačkog kaznenog zakonika iz 1532. godine.

[24] Ibid., čl. 150.

zije iz 1768. godine[25] na način da se kao obavezni konstitutivni elementi učvršćuju neskrivljenost i srazmjernost uz napomenu da je krajnja nužda neophodno morala biti poduzeta u stanju afekta. Dakle, nužno je da je djelo učinjeno usljed intenzivnog straha, bijesa i sl., afektivnih stanja, ali ne takvog intenziteta da se može reći da je djelo učinjeno u stanju neuračunljivosti koje zauzima zasebnu poziciju u ovom zakoniku. Kada je riječ o značenju djela učinjenog u krajnjoj nuždi u čitavom feudalnom razdoblju, nesporno je da je ovaj institut bio osnov za ublažavanje[26] ili, pak, opraštanje kazne u cijelosti, a nikada kao osnov za isključenje postojanja učinjenog krivičnog djela uopće.

1.4. Institut krajnje nužde u buržoaskom pravu[27]

Feudalni period naslijedile su građanske države koje se zalažu za jednakost građana pred zakonom, ali se još uvijek kod buržoaskih država postupanje u krajnjoj nuždi podvodi pod neuračunljivost ili neodoljivu silu, a velik utjecaj na to shvaćanje imalo je Kantovo učenje (Kant, 1919). Dakle, krajnja nužda se i dalje temelji na pojedinačnim primjerima iz prakse, a kao opći institut koji isključuje protupravnost krajnja nužda se javlja tek u krivičnim

[25] Zakonik Marije Terezije (latinski: *Constitutio Criminalis Theresiana*) obuhvaća materijalno i procesno krivično pravo. Stupio je na snagu potkraj 1768. godine, krivični postupak je dominantno inkvizitornoga tipa i tajan, prava odbrane vrlo su sužena, a torturi je ostavljen znatan prostor (ukinuto 1776); u dokaznom sistemu već znatno odstupa od romansko-kanonske tradicije jer sud ovlašćuje na donošenje izvanredne (niže) kazne kada ne postoje "potpuni dokazi" na teret optuženika. Propisuje stroge kazne. Uz odmazdu i zastrašivanje, prvi se put kao svrha kažnjavanja ističe specijalna prevencija ("popravljanje zločinca"). Zakonik je prestao važiti 1787., kada ga je zamijenio *Opći red za kaznene sudove* cara Josipa II (Hrvatska enciklopedija, 2017).

[26] Kao i u današnje vrijeme, sudac je bio taj kojemu je zakonodavac dao mogućnost da uvažavajući sve osobne okolnosti na strani učinitelja kao i okolnosti učinjenja djela, odluči o ublažavanju ili o oprostu kazne u cijelosti.

[27] Buržoazija je jedna od klasa po kojima se obično dijeli kapitalističko društvo, prema nekim školama zapadne ekonomske misli, posebice marksizma. Izraz se prvotno odnosio na stanovnike podgrađa – burga, koji su bili sastavni dijelovi srednjovjekovnih gradova kad su se oni počeli širiti izvan gradskih zidina. U Engleskoj se već u sedamnaestom stoljeću buržoazija preko svoje gospodarske moći, zahvaljujući revolucijama iz 1640. (Dugi parlament) i 1688., našla u poziciji da zajedno s plemstvom upravlja državom. U Sjedinjenim Američkim Državama – buržoazija je rođena iz tipičnih likova srednje klase, bez ikakve tradicije i povezanosti s feudalnim svijetom. Nasuprot tome u Njemačkoj, Italiji i ostaloj Evropi uspon buržoazije vezan je za buđenje nacionalne svijesti i stvaranje nacionalnih država u 19. stoljeću (De Agostini, 1980, str. 362–363).

zakonima Španije iz 1848. godine, Njemačke iz 1871. godine i Italije iz 1899. godine. Takva rješenja preuzeta su i u KZ Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine[28] i u mnoga druga evropska zakonodavstva izuzev npr. francuskog[29] i nizozemskog.

Tako se npr. u francuskom zakonodavstvu iz buržoaskog perioda krajnja nužda interpretira kroz zakonsku odredbu koja normira neuračunljivost i neodoljivu silu, odnosno u taj zakonodavni dio krajnja nužda je pozicionirana kroz pravnu teoriju i sudsku praksu tog doba (Babić, 1987). Austrijsko krivično zakonodavstvo tokom cijelog razdoblja 19. stoljeća (zakoni iz 1803. i 1852.) normira krajnju nuždu kao razlog zbog kojeg se ne može govoriti o zloj namjeri.[30] Samo iz ova dva primjera nameće se zaključak da se krajnja nužda u buržoaskom pravu nije unaprijedila u svom značenju i primjeni u odnosu na feudalni period, s obzirom na to da se gotovo napušta primjena konstitutivnih elemenata iz feudalnog perioda, a to su neskrivljenost i srazmjernost, zbog čega mnogi autori smatraju da je krajnja nužda u buržoaskom pravu nazadovala u odnosu na feudalni period (Hippel, 1930). Rezultat ovakvih shvatanja krajnje nužde jeste činjenica da se ovaj institut mogao primjenjivati gotovo isključivo u slučajevima sukoba interesa koji su se ticali života ili tijela, a ne materijalnih dobara. To iz razloga što su glavni filozofi tog doba, Kant i Feuerbach, svoja učenja temeljili na stanovištima da osoba koja djelo čini u stanju krajnje nužde nije sposobna da se rukovodi prijetnjom kazne, pa ju to čini neuračunljivom, odnosno da uzrok nekažnjivosti leži u neodoljivoj prinudi, u neuračunljivosti onoga koji je u nuždi radio ili u tome što je kod učinitelja bila isključena slobodna volja (Ministarstvo pravde, 1910). Ovakvo shvatanje poznatih filozofa u teoriji se naziva i teorijom nemoći krivičnog zakona (Paše – Ozerskij, 1962).

Njemačko krivično zakonodavstvo buržoaskog doba pravi značajan napredak u definiranju instituta krajnje nužde tako što u dvije zasebne zakonske odredbe regulira značenje ovog instituta i to najprije definira stanje prinuđenosti,[31] a potom stanje nužde[32]. Pojašnjava se da stanje prinuđenosti dolazi od prijetnje, a stanje nužde definira situaciju nekažnjivosti djela učinjenog

[28] Čl. 25. KZ Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine, Krivični zakonik za Kraljevinu Jugoslaviju, II. Izdanje, sv. 11 (Ilić, 1930).

[29] Član 64 KZ Francuske iz 1810. godine glasi: "Nema ni zločina ni prijestupa ako je okrivljeni u vrijeme učinjenja radnji bio u stanju duševne poremećenosti ili ako je bio prinuđen silom kojoj se nije mogao oduprijeti."

[30] Čl. 2 KZ Austrije iz 1803. i 1852. godine koji propisuje da se ne mogu uračunati u zločinstvo ona radnja ili propust koji su učinjeni u neodoljivoj sili ili pravednoj nužnoj obrani.

[31] Čl. 52 Njemačkog krivičnog zakonika iz 1871. godine (Ministarstvo pravde, 1910).

[32] Čl. 54 Njemačkog krivičnog zakonika iz 1871. godine (Ministarstvo pravde, 1910).

u neskrivljenom stanju nužde, a s ciljem spašavanja iz opasnosti za život ili tijelo učinitelja ili njegovog rođaka koje se nije moglo otkloniti na drugi način.[33] Međutim, i kod ovih odredbi evidentan je utjecaj Kanta i Feuerbacha o neuračunljivosti, s obzirom na to da je postupanje u krajnjoj nuždi ograničeno samo na život ili tijelo učinitelja ili njegovog rođaka. Nadalje, prema njihovom učenju, svijest učinitelja se sužuje do stanja neuračunljivosti samo u situacijama kada su u izgled opasnosti stavljena egzistencijalna dobra poput života ili tijela, a ne i materijalna dobra. Sličan razvoj instituta krajnje nužde u buržoasko doba primijećen je i u drugim evropskim državama poput Španije, Švicarske, Norveške[34] pa tako i Jugoslavije, a razlike se sastoje samo u objektu koji se štiti učinjenjem djela u krajnjoj nuždi, pa tako npr. u Švicarskoj zakonodavac štiti život, tijelo, imovinska dobra pa čak slobodu i čast.[35]

1.5. Institut krajnje nužde u socijalističkom pravu

Ako imamo u vidu definiciju i značenje socijalizma kao pojma koji označava ideje, teorije, pokrete i poretke koji teže podruštvljenju temeljnih uvjeta ljudske egzistencije, čije su središnje vrijednosti kritika privatnoga vlasništva i njegovo podruštvljenje ili barem neki oblik društvene kontrole nad njime te načelo društvene jednakosti (Hrvatska enciklopedija, 2017), onda bi bilo logično za očekivati da je u krivičnim zakonodavstvima socijalističkih režima krajnja nužda obuhvaćala i štitila društveno i državno vlasništvo kao objekt zaštite. Međutim, analizom pojedinih zakona u različitim državama, vidjet ćemo da to baš i nije bilo tako.

Općeprihvaćen je stav da je prvijenac socijalističkog krivičnog prava Kazneni zakon Ruske Sovjetske Federativne Socijalističke Republike iz 1922. godine, koji institut krajnje nužde regulira kao opći institut koji isključuje kažnjavanje i koji štiti sva privatna dobra i to bez ikakvog ograničenja.[36] Ovakva definicija krajnje nužde čini KZ RSFSR reprezentativnim krivičnim

[33] Njemačko krivično zakonodavstvo je zadržalo dualitet u normiranju krajnje nužde i u kasnijim razdobljima tako npr. u KZ SR Njemačke iz 1975. godine (Bačić et al., 1978).

[34] Čl. 47 KZ Norveške koji propisuje da će nekažnjivost nastupiti ako je učinitelj prema okolnostima mogao držati da je opasnost mnogo veća od štete koja bi se mogla prouzrokovati njegovom radnjom (Ministarstvo pravde, 1910).

[35] Čl. 34 Krivičnog zakonika Švicarske iz 1937. godine.

[36] Čl. 20 KZ RSFSR koji glasi: Nije kažnjivo krivično djelo učinjeno radi spašavanja života, zdravlja ili drugog ličnog ili imovinskog dobra koje pripada učinitelju ili nekoj drugoj osobi od opasnosti koja je bila neotklonjiva pod datim okolnostima drugim sredstvima, a pri tome je učinjena šteta manja od zaštićenog dobra.

zakonom socijalističkog pravnog sistema koji isključuje kažnjavanje za djelo učinjeno u krajnjoj nuždi, ali još uvijek smatra da je takvo djelo društveno opasno uz napomenu da se takvo djelo ne kažnjava. Međutim, postupno su se sve više zauzimala pravna stanovišta da djelo učinjeno u krajnjoj nuždi nije društveno opasno pa samim time nije krivično djelo (Piontovskij, 1970). Pravna teorija rezultira time da se njeno shvaćanje pretače u zakonodavna rješenja, pa se tako u KZ SSSR iz 1958. godine krajnja nužda regulira kao institut koji nije društveno opasan niti kažnjiv, a objekt zaštite sada postaju osim privatnih i društvena i državna dobra i interesi.[37] Slična zakonodavna rješenja, a uglavnom po uzoru na sovjetsko krivično zakonodavstvo, nalaze se i u krivičnim zakonodavstvima europskih socijalističkih država i njihovih pravnih sistema, pa tako npr. u Čehoslovačkoj Republici djelo učinjeno u krajnjoj nuždi se ne smatra uopće krivičnim djelom, a predmet zaštite su privatna, državna i društvena dobra.[38] Nadalje, u krivičnom zakonodavstvu Narodne Republike Bugarske djelo učinjeno u krajnjoj nuždi ne smatra se društveno opasnim pa se time isključuje u cijelosti njegova krivična komponenta.[39] U mađarskom KZ-u[40] nije kažnjivo djelo učinjeno u stanju krajnje nužde, a u Općem krivičnom zakonu socijalističke Jugoslavije krajnja nužda ima značaj okolnosti koja u potpunosti isključuje krivičnu odgovornost.[41] Analizom citiranih krivičnih zakonodavstava kako sovjetskog tako i nama bližih po pravnoj misli, ovih evropskih, može se izvesti zaključak kako se, unatoč jedinstvenom shvatanju socijalizma i onog što socijalističko društvo predstavlja, ipak ne može govoriti o jedinstvenom zakonodavnom uređenju instituta krajnje nužde s obzirom na to da se u nekim zakonodavstvima krajnja nužda smatra osnovom za nekažnjavanje, a drugdje osnovom za isključenje krivične odgovornosti, dok se u pojedinim zakonodavstvima smatra osnovom za isključenje krivičnog djela u cijelosti.

1.6. Institut krajnje nužde u krivičnom zakonodavstvu bivše Jugoslavije

Najstariji zapis o institutu krajnje nužde u krivičnim zakonodavstvima na teritoriju bivše Jugoslavije evidentiran je u Krivičnom zakonu o zločinima i prestupima iz 1878. godine koji je važio za područje Vojvodine i Međimurja, koji je krajnju nuždu poimao kao stanje prinuđenosti i nužde, a kao objekt

[37] Tako npr. čl. 14 Osnova krivičnog zakonodavstva SSSR i Saveznih republika iz 1958. godine.
[38] Čl. 9 KZ Čehoslovačke Republike iz 1950. godine.
[39] Čl. 6 KZ Narodne Republike Bugarske.
[40] Čl. 16 st. 2 KZ Mađarske iz 1950. godine.
[41] Čl. 15. Općeg krivičnog zakona iz 1947. godine.

zaštite štitio samo život i tjelesni integritet učinitelja krivičnog djela i njegovih srodnika.[42] Na području Crne Gore i Srbije nije bilo posebne odredbe o krajnjoj nuždi, ali su se pojedini slučajevi podvodili pod institut neuračunljivosti[43] prema čijoj definiciji "(...) nema ni zločina ni prestupljenja onda ako je onaj koji je kakvo djelo učinio, u vrijeme kada ga je učinio, bio lud ili je inače slobodna volja kod njega bila isključena" (Ministarstvo pravde, 1910). U Srbiji su u dva navrata rađeni nacrti krivičnih zakona (Ministarstvo pravde, 1910) u kojima je krajnja nužda regulirana kao zaseban opći institut, ali ti nacrti nikada nisu stupili na snagu zbog ratnih stanja. Međutim, ni u tim nacrtima krajnja nužda nije imala sve konstitutivne elemente koje danas ima, pa tako npr. nije bilo uvjeta neskrivljenosti opasnosti, dok je s druge strane nacrt sadržavao jednu posve naprednu ideju za to doba, a to je da su objekt zaštite bila i dobra trećih osoba (Čubinski, 1930).

Tek s krivičnim zakonodavstvom Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine, koje je važilo na njenom cijelom teritoriju, krajnja nužda biva definirana sukladno tada najnaprednijim shvaćanjima pravnih teoretičara, ali ponovno kao okolnost koja isključuje kažnjivost pa se tako navodi[44] (Ilić, 1930): "da se neće kazniti onaj ko učini kakvo djelo da od sebe ili od drugoga otkloni istovremenu, na drugi način neotklonjivu, neskrivljenu opasnost za život, tijelo, slobodu, čast, imovinu ili koje drugo dobro ako povreda koju je on tim djelom učinio, nije veća od opasnosti, a u slučaju prekoračenja navedenih granica daje se ovlaštenje sudu da ublaži kaznu po slobodnoj ocjeni".[45] U stavu 2. istog člana propisano je da se na krajnju nuždu ne može pozvati onaj ko je dužan da se izlaže opasnosti.[46]

U izlaganju zakonodavnih rješenja koja slijede vidjet ćemo da je institut krajnje nužde u pojedinim razdobljima čak i nazadovao u definiciji i određivanju pojma i konstitutivnih elemenata, pa se tako npr. u krivičnom zakonodavstvu iz 1947. godine navodi "da nema krivične odgovornosti za krivično djelo učinjeno u krajnjoj nuždi a djelo je učinjeno u krajnjoj nuždi ako je učinjeno radi otklanjanja od narodne vlasti, od ličnosti i prava osobe koja je u opasnosti ili od ličnosti i prava nekog drugog, istovremene neizazvane opasnosti koja se u datim okolnostima nije mogla otkloniti na drugi način a

[42] Mala zbirka krivičnih zakonika za Vojvodinu, Novi Sad 1924., str. 30–31.
[43] Čl. 53 Kaznenog zakonika za Kraljevinu Srbiju, Beograd 1887. godina.
[44] Čl. 25. KZ Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine.
[45] Riječ je dakle o zakonskom ublažavanju kazne shodno odredbi čl. 72. KZ Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine koji glasi: "Kad zakon izrečno ovlašćuje sud da kaznu ublaži po slobodno oceni, sud nije vezan ni za vrstu ni za meru kazne koja je za krivično delo propisana."
[46] Pojam "izlaže" opasnosti ostao je u krivičnom zakonodavstvu Jugoslavije sve do izmjena iz 1977. godine kada se mijenja u pojam "izloži".

pri tome je naneseno zlo manje od otklonjenoga".[47] Za ovaj KZ specifična je upotreba termina "neizazvane opasnosti"[48] koja se terminološki u mnogome razlikuje od "neskrivljene opasnosti", a upravo je taj dio definicije i pojma instituta krajnje nužde bio predmetom izmjena jugoslavenskog krivičnog zakonodavstva 1951. godine. Tada je, naime, napušteno pravno shvaćanje krajnje nužde kao okolnosti koja isključuje krivičnu odgovornost, a prihvaća se pravno shvaćanje o krajnjoj nuždi koja isključuje postojanje krivičnog djela uopće. Nadalje, opasnost koja se traži da bi se radilo o krajnjoj nuždi više se ne definira kao neizazvana nego kao neskrivljena, što je daleko bolje rješenje imajući u vidu nepreciznost pojma "neizazvan" koji se doista može tumačiti na različite načine, pa tako učinitelj npr. može biti neizazvan, ali ipak skriviti određenu opasnost, zbog čega ne bi bilo pravično omogućiti takvom učinitelju da se s uspjehom poziva na djelo učinjeno u krajnjoj nuždi.

Nedostatak KZ iz 1951. godine, a u odnosu na savremena shvaćanja tog doba, jeste taj što krajnju nuždu poznaje samo ako je riječ o zaštiti pretežitijeg interesa tj. neće se raditi o djelu učinjenom u krajnjoj nuždi ako su u sukobu bila dva dobra jednakih vrijednosti. Smatralo se da takvo djelo i dalje ostaje društveno opasno uz obrazloženje da se spašavanjem jednog dobra u odnosu na drugo dobro jednake vrijednosti ništa ne dobija.[49] Prednji nedostatak ispravlja se izmjenama i dopunama KZ iz 1959. godine tj. krajnjom nuždom štite se i dobra jednakih vrijednosti (Bačić i dr. 1978). Daljnje izmjene KZ SFRJ iz 1977. godine[50] su neznatne i uglavnom su gramatičke prirode (Bačić i dr. 1978), pa se tako više ne govori o djelu učinjenom u krajnjoj nuždi nego o krajnjoj nuždi tj. prihvaća se shvaćanje krajnje nužde kao pravnog instituta, što i nije tako zanemariv napredak. U isto vrijeme u krivičnom zakonodavstvu Savezne Republike Njemačke iz 1975. godine kao rezultat najmodernijih pravnih rasprava i shvaćanja o suštini pojma krajnje nužde, ovaj institut se po prvi put normira na dva različita načina ovisno o tome da li krajnja nužda isključuje protupravnost djela u cijelosti ili samo vinost djela (Bačić i dr. 1978).

Stupanjem na snagu KZ SFRJ iz 1977. godine,[51] a shodno ustavnim odredbama[52] o organizaciji države kao Socijalističke Federativne Republike Ju-

[47] Čl. 15 KZ FNRJ, Službeni list br. 20/1948.
[48] Pojam "neizazvana opasnost" tumači se kao opasnost koja ne smije biti prouzročena od onog tko se nalazi u krajnjoj nuždi (Komentar Opšteg dijela Krivičnog zakonika, 1948).
[49] Objašnjenja uz Nacrt KZ FNRJ, II, izd. 1951, str. 71.
[50] Čl. 10 Krivičnog zakona SFRJ u Komentaru Krivičnog zakona SFRJ.
[51] Objavljen u Službenom listu SFRJ br. 36 od 15. 7. 1977. godine a stupio na snagu 1. 7. 1977. godine.
[52] Ustav SFRJ, Službeni list SFRJ br. 9/74, 32/75 i 38/81.

goslavije kao federacije s jedne strane, te njenih federalnih jedinica s druge strane, znakovito je napomenuti da npr. KZ SRBiH, ali i ostali krivični zakoni federalnih jedinica ne sadrže svoje vlastite odredbe o institutu krajnje nužde u općem dijelu nego upućuju na primjenu Općeg dijela Krivičnog zakona SFRJ. Tako se npr. u čl. 3 KZ SRBiH (Vuleta, 1987) navodi da se kod primjene odredaba ovog zakona i odredaba drugih republičkih zakona koji sadrže krivičnopravne odredbe, primjenjuju i odredbe općeg dijela KZ SFRJ. Konačno, KZ Savezne Republike Jugoslavije[53] koji je proglašen 1992. godine, u članu 10. stav 1. nastavlja pravnu tradiciju KZ SFRJ i jasno zauzeto stanovište da nije krivično djelo ono koje je učinjeno u krajnjoj nuždi tj. krajnju nuždu prihvaća kao opći institut materijalnog krivičnog prava, tj. kao osnov za isključenje postojanja krivičnog djela uopće. Ista ostaje i definicija instituta krajnje nužde, a jedina razlika sastoji se u tome da u st. 4. kod dužnosti izlaganja opasnosti ponovno mijenja termin iz dosadašnjeg "izloži" u "izlaže" tj. KZ iz 1992. godine vraća se na zakonsko rješenje KZ iz 1951. godine. Iako se radi o naizgled "kozmetičkoj" izmjeni teksta Zakona, ipak valja obratiti pozornost na suštinsku razliku između ta dva pojma, koja se sastoji u činjenici da se kod pojma "izloži" radi o učinitelju koji je u nekom konkretnom slučaju, a uvažavajući sve okolnosti tog konkretnog slučaja po ocjeni suda (Tomanović, 1995), bio dužan da se izloži opasnosti, dok se kod pojma "izlaže" radi o čitavim profesijama čiji su pripadnici dužni da se u okviru svog posla gotovo svakodnevno izlažu opasnosti npr. policija, vatrogasci, gorska služba spašavanja i sl. Međutim, valja napomenuti da navedena dužnost izlaganja opasnosti nije apsolutna, nego je primjenjiva na sve situacije osim onih u kojima je izvjesno da može doći do smrti osobe koja je po profesiji dužna da se izlaže opasnosti (Stojanović, 1997).

Zaključak

Nakon iscrpnog prikaza historijskog razvoja krajnje nužde nesporno se može zaključiti da je riječ o institutu kojeg poznaju zakonodavstva XX stoljeća pa nadalje, ali koji još od davnina svoje korijene vuče iz općenitog stanja nužde na kojem je nastao i institut nužne odbrane koji je pandan institutu krajnje nužde.

Općenito se može reći da je krajnja nužda isprva uglavnom imala kazuistički značaj, da bi se kao opći institut krivičnog prava ustoličila tokom XX stoljeća, a razlog tome jeste složenost i izuzetna delikatnost suštinske prirode ovog instituta s obzirom na to da je riječ o sukobu dvaju prava i veoma je teško precizno odrediti koje su to životne situacije kada se sukobljavaju dva

[53] Objavljen u Službenom listu SRJ br. 35/92 i izmjenama u 37/93 i 24/94.

prava tj. dva pravno zaštićena dobra, a još je teže regulirati uvjete postupanja u takvim situacijama ili njihovom izostanku. Vidjeli smo kako rimsko pravo nije poznavalo krajnju nuždu kao opći krivičnopravni institut, ali jeste poznavalo pojedinačne slučajeve krajnje nužde u izuzetnim životnim situacijama, poput svjetski poznatog Ciceronovog primjera kada je utemeljen prvi konstitutivni element krajnje nužde, a to je sukob interesa dvaju prava koja su nekada jednakovrijedna, međutim isto tako mogu biti i različitih naravi.

U kodificiranom kanonskom pravu krajnja nužda javlja se kao osnov za isključenje krivične odgovornosti te kao osnov za ublažavanje kazne, s tim da kanonsko pravo priznaje subjektivni odnos učinitelja prema djelu, pa tako propisuje kao uvjet nekažnjivosti "(...) da čin u sebi nije zao ili da nije usmjeren na štetu duša (...)", a osobitu pozornost izazvao je slučaj crkvene prakse u vidu veoma upitnog postupanja u krajnjoj nuždi nadbiskupa Marcela Lefebvrea. Tokom feudalizma pojam krajnje nužde razlikovao se ovisno o kojem se razdoblju feudalizma govorilo, pa je tako u početnim fazama krajnja nužda ostala na tragu kazualizma, a u kasnijim fazama feudalizma krajnja nužda polako, ali sigurno zauzima svoje mjesto u općem dijelu zakonodavstva, dok u kasnom feudalnom periodu polako dobiva obrise svojih današnjih elemenata. Feudalni period naslijedile su građanske države u kojima se krajnja nužda i dalje temelji na pojedinačnim primjerima iz prakse, a kao opći institut koji isključuje protupravnost krajnja nužda se javlja tek u krivičnim zakonima Španije iz sredine 19. stoljeća pa nadalje. U počecima socijalističkog krivičnog prava institut krajnje nužde isključuje kažnjavanje još uvijek smatrajući da je takvo djelo društveno opasno. Međutim, postupno su se sve više zauzimala pravna stanovišta da djelo učinjeno u krajnjoj nuždi nije društveno opasno pa samim time nije krivično djelo.

Analizom citiranih krivičnih zakonodavstava kako sovjetskog tako i nama bližih po pravnoj misli, ovih evropskih, može se izvesti zaključak kako se, unatoč jedinstvenom shvatanju socijalizma i onog što socijalističko društvo predstavlja, ipak ne može govoriti o jedinstvenom zakonodavnom uređenju instituta krajnje nužde s obzirom na to da se u nekim zakonodavstvima krajnja nužda smatra osnovom za nekažnjavanje, a drugdje osnovom za isključenje krivične odgovornosti, dok se u pojedinim zakonodavstvima smatra osnovom za isključenje krivičnog djela u cijelosti. U krivičnim zakonodavstvima na teritoriju bivše Jugoslavije krajnja nužda najprije je shvaćana kao stanje prinuđenosti i nužde, a kao objekt zaštite štitio se samo život i tjelesni integritet učinitelja krivičnog djela i njegovih srodnika, da bi se s kaznenim zakonodavstvom Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine koji je važio na njenom cijelom teritoriju, krajnja nužda definirala sukladno tada

najnaprednijim shvaćanjima pravnih teoretičara, ali ponovno kao okolnost koja isključuje kažnjivost.

Bibliografija

1. De Agostini, G. (1980). U: *Enciklopedija Universo, La grande enciklopedia per tutti* (Vol. II, str. 362–363), Novara.
2. Babić, M. (1987). *Krajnja nužda u krivičnom pravu*. Banja Luka: Pravni fakultet.
3. Bačić, F. i dr. (1978). *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*. Beograd: Savremena administracija.
4. Bačić, F. (1995). *Krivično pravo, Opći dio*. Zagreb: Informator.
5. Belovics, E. (2014). *Proportionality in extreme necessity*. Budapest: Iustum Aequum Salutare.
6. Čubinski, M. (1930). *Naučni i praktični komentar KZ Kraljevine Jugoslavije od 1929. godine*. Beograd: Geca Kon.
7. Đokić, I. (2006). *Krajnja nužda u krivičnom pravu*, Beograd: Pravni fakultet.
8. Gerőcz, K. (1914). *Criminal Exigency*. Budapest: Zemplén Nyomda.
9. Gratian. (1879). *Concordia Discordantium Canonum (Decreti Magistri Gratiani)*. Romae: Æ. Friedberg.
10. Hippel, R. (1930). *Deutsches Strafrecht*. Berlin: Springer.
11. *Hrvatska enciklopedija* (2017). Zagreb: Leksikografski zavod Miroslav Krleža.
12. Hrvatska biskupska konferencija, (1996). *Zakonik kanonskoga prava (Codex iuris Canonici). proglašen vlašću Pape Ivana Pavla II. 25. januara 1983. godine*. Zagreb: Glas Koncila.
13. Ilić, M. (1930). *Krivični zakonik za Kraljevinu Jugoslaviju*, (2. izdanje). Beograd: Geca Kon.
14. Krivični zakon FNRJ, Službeni list br. 20/1948.
15. KZ Čehoslovačke Republike iz 1950. godine, KZ Austrije iz 1803. i 1852. godine, KZ Francuske iz 1810. godine, Opći Njemački kazneni zakonik iz 1532. godine, KZ Norveške, KZ Švicarske, KZ RSFSR, KZ Narodne Republike Bugarske, KZ Mađarske iz 1950. godine i njemač-

ki Krivični zakonik iz 1871. godine – preuzeto iz Babić, M. (1987). *Krajnja nužda u krivičnom pravu*. Banja Luka: Pravni fakultet.

16. Langbein, J. H. (2005). *Prosecuting crime in the renaissance*. New Jersey: The Lawbook exchange.
17. Kant, E. (1919). *Metaphysik der Sitten*. Leipzig: Der Philosophischen Bibliothek.
18. *Mala zbirka krivičnih zakonika za Vojvodinu.* (1924). Novi Sad: Globus.
19. Ministarstvo pravde (1910). *Projekat i motivi Kaznenog zakonika za Kraljevinu Srbiju*. Beograd: Ministarstvo pravde.
20. Von Osterreich, M.T. (1769). *Constitutio Criminalis Theresiana oder der Römisch-Kaiserl. zu Hungarn und Böheim &c. &c. Königl. Apost. Maiestät Mariä Theresiä Erzherzogin zu Oesterreich, &c. &c. peinliche Gerichtsordnung*. Wien: Johann Thomas Edlen von Trattnern.
21. Paše – Ozerskij, N. I. (1962). *Neobhodimaja oborona i krajnjaja neobhodimost po sovjetskomu ugolovnom pravu*. Moskva: Nauka.
22. Pijade, M. (1948). *Komentar Opšteg dijela Krivičnog zakonika*. Beograd: Arhiv za pravne i društvene nauke.
23. Piontovskij, A.A. (1970). *Kurs sovjetskovo ugolovnovo prava*, Tom II. Moskva: Nauka.
24. Schroeder, F. C. (2000). *Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reichs von 1532 (Carolina).* Stuttgart: Reclam.
25. Stojanović, Z. (1997). *Komentar Krivičnog zakona Savezne Republike Jugoslavije*. Beograd: Službeni list SRJ.
26. Šavgulidze, T.G. (1966). *Neobchodimaja oborona*. Tbilisi: Mecniereba.
27. Tomanović, M. (1995). *Nužna obrana i krajnja nužda.* Beograd: Službeni List SRJ.
28. Tomić, Z. (2008). *Krivično pravo I*. Sarajevo: Pravni fakultet.
29. Ustav SFRJ, Službeni list SFRJ br. 9/74, 32/75 i 38/81.
30. Vuleta, D. (1987). *Krivični zakon SRBiH sa objašnjenjima*. Sarajevo: Službeni List SRBiH.
31. Zakonik kanonskoga prava s izvorima (Codex iuris Canonici, Fontium annotatione auctus), (1996). Zagreb: Glas koncila.
32. Zuglia, S. (1920). *Stanje nužde*. Veliki Bečkerek: Tisak štamparije Fr. Pavla Pleitza.

Prof. dr. Borislav Petrović
Full professor

Law graduate Katica Artuković

HISTORICAL DEVELOPMENT OF THE INSTRUMENT OF NECESSITY

Summary

The review of historical development is of great importance for every legal instrument, including necessity, and it inevitably encompasses the presentation of the development of necessity starting from Roman law, canon law, feudal law, bourgeois law and up to socialist law, concluding with the status it had in the criminal legislation of the former Yugoslavia. Necessity as a general instrument of criminal law is indeed the achievement of modern legal systems of the 20th century, and the reason for it is the complexity of this instrument given the fact that it is the case of a conflict between two rights and it is quite difficult to precisely determine which are those situations in life when two rights, i.e. two legally protected goods, are conflicted. An overview of historical differences between necessity and necessary defence, which are many, is inevitable, and the most important difference is that necessary defence is a conflict between positive and negative rights, while necessity is a conflict of two rights.

Keywords: *historical overview, necessity, necessary defence, general instrument of criminal law, conflict of rights*

Dr. Enver Ajanović
Vanredni profesor
e.ajanovic@pfsa.unsa.ba

UDK 342.4(497.6)
Prethodno naučno saopćenje

NEPOSREDNA PRIMJENA USTAVA KAO POLITIČKOG I PRAVNOG AKTA U UPRAVNIM INSTITUCIJAMA BiH I FBiH

Sažetak

U nauci ustavnog prava ustav se dijeli na ustav u formalnom smislu i ustav u materijalnom smislu. Ustav u formalnom smislu isključivo je pravne prirode zato što je forma nužna osobina pravnih pojava. Ustav u materijalnom smislu istovremeno sadrži političke i pravne aspekte i zato je dualne prirode. Upravo je ovakva sadržina i razlog da pravna nauka objašnjava ustav kao politički i pravni akt.

Politički aspekt ustava čine odredbe o zakonodavnoj i izvršnoj vlasti koja se dijeli na šefa države i vladu. U demokratskim državama s dugom tradicijom pisane ustavnosti ne postoji zakon o vladi, nego se odredbe o ovom dijelu izvršne vlasti normiraju samo u ustavu i poslovniku o njenom radu. U državama nasljednicama SFRJ još uvijek se primjenjuje naslijeđeni pravno pogrešan socijalistički koncept da se dio sadržaja ustava uredi u zakonima o vladi. Naime, ne mogu se zakonima uređivati ustavni odnosi između zakonodavne i izvršne vlasti, nego je to isključivo predmet ustava i njihovog poslovnika. Zato je potrebno pojedine odredbe Zakona o Vijeću ministara BiH i Zakona o Vladi FBiH prenijeti u Ustav BiH i Poslovnik o radu Vijeća ministara, te Ustav FBiH i Poslovnik o radu Vlade Federacije BiH. U teoriji države i prava ne spominju se poslovnici kao poseban izvor prava. U skladu s naukom ustavnog prava mogu se svrstati u ustavno procesno pravo. Njemačka nauka ga svrstava u Staatsrecht, pod kojim se podrazumijeva pravo vrhovnih državnih organa, izuzimajući ostale odredbe saveznog ustavnog prava. U SR Njemačkoj i R Francuskoj ne postoji zakon o vladi, nego Grundgesetz, Ustav 5. Republike i odgovarajući poslovnici sadrže odredbe o vladi.

Ključne riječi: *ukidanje Zakona o Vijeću ministara BiH i Zakona o Vladi FBiH; neposredna primjena ustava u materijalnom i formalnom smislu*

1. Uvod

Teorijska objašnjenja ustava

U demokratskim državama s dugom tradicijom pisane ustavnosti formiranje, rad i odgovornost izvršne vlasti uvijek su bili sadržaj ustava. Ispravno pravno normiranje ustavnog organizacionog prava u vrhovnoj upravi proizlazi iz definicije ustava, odnosno ustavnog prava. Još uvijek niko nije primijetio da se u Bosni i Hercegovini izvršna vlast u upravnim institucijama BiH i FBiH više puta uređivala zakonima i njihovim brojnim izmjenama i dopunama. Toliko veliki broj općih pravnih akata suprotan je pravnoj logici, odnosno hijerarhiji općih pravnih akata u ovoj političkoj i pravnoj oblasti. Dosadašnjim teorijskim saznanjima može se objasniti da je ovaj pravni propust nepotreban, kao i da je potrebno da se ustavno pravo u materijalnom smislu normirano u Zakonu o Vijeću ministara BiH i Zakonu o Vladi FBiH ukine u formalnopravnom smislu.

U Socijalističkoj Federativnoj Republici Jugoslaviji saveznim i republičkim zakonom regulirao se rad vlade. Takav pristup protivi se političkoj prirodi ustava da jedino ovaj pravni akt sadrži odredbe o organizaciji i radu izvršne vlasti kao političke vlasti.[1]

Jugoslovenska nauka o državi i pravu tumačila je da ustavno pravo "obuhvata norme koje određuju osnove državne organizacije i celokupnog društvenog, a pre svega ekonomskog uređenja. Kraće rečeno, ustavno pravo određuje osnove društvene i državne organizacije. (...) Prema tome, ustavno pravo u stvari sadrži osnovna načela svih ostalih grana prava. (...) *Najteže je, razume se, razgraničiti ustavno pravo* od *onih pravnih grana koje se i same odnose na državnu organizaciju.* To su upravno i sudsko pravo (...) a da isključivo ustavno pravo obuhvata podrobnu organizaciju osnovnih, predstavničkih državnih organa (skupština i njihovih neposrednih organa – izvršnih veća). Ovo razlikovanje se zasniva na činjenici da su predstavnički organi odlučujući u državi." (Lukić, 1973, str. 419).

Jugoslovenska nauka ustavnog prava obrađivala je općenito pojam ustava. Od XVIII stoljeća do danas ustav je osnovni političko-pravni dokument. Njime se često stvara mehanizam vlasti i potvrda osnovnih društvenih odnosa. Ovaj akt "je pravna osnova za funkcionisanje političkog sistema i ostvarivanje prava" (Đorđević, 1982, str. 11).

[1] To je npr. Zakon o osnovama sistema državne uprave i Saveznom izvršnom vijeću i saveznim organima uprave ("Sl. list SFRJ", br. 23 od 28. aprila 1978. godine).

Pod ustavom kao teorijskim pravnim pojmom podrazumijeva se stvarni poredak, utemeljen na odgovarajućim društvenim i političkim odnosima snaga, u funkciji vlasničke strukture društva. Nekada se dešava da je to stvarni ustav, a ne ustav u formalnom smislu.

Ustavnom pravu kao političko-pravnoj grani i naučnoj disciplini potreban je političko-pravni pojam ustava. Pod tim aktom podrazumijeva se "javni akt ili dokument koji predstavlja osnovni i najviši zakon u jednoj zemlji koji utvrđuje ili pravno reguliše osnovne društveno-političke odnose te zemlje, naročito pitanje *formiranja,* funkcionisanja i *ovlašćenja* političke vlasti, postavljajući istovremeno i granice akcije i vlasti u odnosu na društvo, a naročito na izvesnu sferu, koja garantuje integritet ličnosti čoveka i elementarna ljudska prava koja su ujedno i sredstva ograničenja vlasti." (Đorđević, 1982, str. 10. i 15).

Hrvatska nauka o državi i pravu definira pojam ustavnog prava. Tako je "ustavno pravo skup najviših normi jednog državnopravnog poretka koje *postavljaju osnove političkog i socijalnog uređenja zajednice, zasnivaju državnu organizaciju i jamče temeljna prava, slobode i obaveze čovjeka i građanina."* (Visković, 1996, str. 258).

Hrvatska nauka o državi i pravu definira da ustav "*označava temeljna pravna pravila koja uspostavlja politički i pravni poredak jednog globalnog društva"* (Visković, 1996, str. 166). Hrvatska nauka ustavnog prava tumači da je "ustav, uz to što je najviši pravni akt i kao takav temelj i okvir pravnog sustava, (...) i najznačajniji politički dokument određene države" (Sokol & Smerdel, 1995, str. 7).

Sièyes ga sažeto objašnjava: "Ustav nije djelo osnovane vlasti, nego ustavotvorne vlasti." Iz toga proizlaze precizne posljedice: ustavna pravila mogu biti kvalificirana kao "fundamentalna, ne u tom smislu da ona mogu postati nezavisna od nacionalne volje, nego zato što tijela koja postoje i djeluju preko njih se ne mogu nikako u tome dodirivati" (Delpéréé, 2000, str. 14).

Francuska nauka ustavnog prava ima svoju definiciju ustava. Ovaj akt je "skup pravila koji uređuje s jedne strane, organizaciju i odnose vrhovnih javnih vlasti, i koji uređuje, s druge strane, u korist pojedinaca i kolektiviteta, opća ograničenja u državnim djelatnostima" (Barthélemy & Duez, 2004, str. 184).

Prema Laferrièreu, "ustavno pravo obuhvata vrhovne organe države" (Laferrière, citirano prema Vedel, 2002, str. 4).

Prelot definira ustavno pravo kao "nauku o pravnim normama prema kojim se formira, prenosi i vrši politička vlast" (Prelot, citirano prema Vedel, 2002, str. 4).

U cjelini, unutrašnje javno pravo se normira polazeći od ustavnog prava kao fundamentalne grane prava. Kada se njime uredi status *vrhovnih državnih organa*, *upravnom pravu* preostaje da propiše organizaciju i državne djelatnosti u smislu zadovoljavanja potreba općeg interesa i upravljanja javnim službama... Ali preuzimanje *vršenja političke vlasti* sastoji se u usmjeravanju državnih djelatnosti, a naročito upravne. Dokaz za to su ministri kao šefovi vrhovne uprave i da su norme o njihovoj djelatnosti istovremeno predmet upravnog i ustavnog prava (Vedel, 2002, str. 5 i 6).

Najsavremenija francuska nauka ustavnog prava razlikuje *politički* od *pravnog koncepta* "ustava". Prvim se izražava rezultat progresivnog preuzimanja u pravni sistem političkih zahtjeva ili još stanje društva u nekom trenutku, a drugi upućuje na precizno utvrđen pravni sistem (Favoreu *et al.*, 2004, str. 51).

Njemačka nauka ustavnog prava razlikuje ustave bez institucionalno osiguranog pravnog vezivanja od ustava s institucionalno osiguranim pravnim vezivanjem. Ova podjela postoji od pojave modernih ustavnih država.

Ideje ljudskih prava, podjele vlasti i predstavničke demokratije kao osnova ustavne države bile su toliko utjecajne krajem 18. stoljeća da su priznanje ljudskih prava, podjela vlasti i parlamentarno zastupanje naroda postali nužna obilježja pojma ustava.

Protivnici ustavne države apsolutizirali su određenu predodžbu o ustavu. Osnova tog suprotstavljanja bio je prividni argument: normativno razmatranje ustava je od početka iluzorno. Ustav bi jedino mogao biti stvarni odnos moći u državi. Tako je stvoreno mišljenje da se u borbi za ustavnu državu i pravno vezivanje njene vlasti radi o normativnom i empirijskom pojmu ustava. U stvarnosti norme su osnov svakog političko-praktičnog djelovanja, također u državi u kojoj nema ustavne tradicije (Haverkate, 1992, str. 8).

Na političke aspekte ustava ukazao je i Hans Kelsen u djelu *Reine Rechtslehre.* Naime, pri podjeli ovog pravnog akta na ustav u materijalnom i formalnom smislu, istakao je da ustav u formalnom smislu sadrži i norme o politički važnim predmetima. Mogu se mijenjati i ukidati samo pod otežanim uvjetima u posebnom postupku. Naravno, radi se o ustavu u materijalnom smislu (Kelsen, 2000, str. 229).

Francuska nauka upravnog prava ističe da ustavne norme uređuju organizaciju i funkcioniranje uprave. Upravne vlasti ih moraju poštovati (Chapus, 2001, str. 33).

Ovakve vrste normi jugoslovenska nauka ustavnog prava svrstava u *neposredno primjenjive ustavne odredbe.* Ovi propisi čine manjinu u ustavu. Nije potrebna konkretizacija njihove sadržine donošenjem zakona. Bilo je dopušteno i donošenje zakona u ovoj oblasti, *ako se njima razrađuje* odnosna materija. Radi se o pravima i slobodama građana, te organizaciji i radu državnih organa. U vezi s državnim organima te odredbe uređuju sastav i ovlaštenja najviših izvršnih organa (Jovičić, 1977, str. 208).

U prilog tumačenju dvostruke prirode ustava ide i to da se zakon tumači isključivo kao *"najviši opći pravni akt"* (Visković, 1996, str. 169), a što znači da nije politički akt, iako je za njegovo usvajanje u zakonodavnom organu potrebna politička volja.

2. Izvršno-upravna vlast *de constitutione ferenda* u institucijama BiH

Po uzoru na jugoslovenski socijalistički koncept, u BiH i FBiH važe Zakon o Vijeću ministara BiH[2] i Zakon o Vladi FBiH.[3] Jedina razlika je u tome što ovi zakoni ne sadrže odredbe o općem upravnom organizacionom pravu, nego ih sadrže Zakon o upravi BiH i Zakon o organizaciji organa uprave u FBiH.[4] Na osnovu izloženih teorijskih objašnjenja o političkoj prirodi ustava, može se reći da je važenje Zakona o Vijeću ministara BiH i Zakona o Vladi FBiH protivno političkoj i pravnoj prirodi ustava. To podrazumijeva da se mora trajno napustiti važeći pravno pogrešan naslijeđeni socijalistički koncept stavljanjem van snage ovih zakona i prenošenjem njihovih sadržaja u ustave BiH i FBiH da budu njihov integralni dio, ukoliko ih oni ne sadrže. Pri tome se mora odrediti odnos Ustava BiH i entiteta prema poslovniku o radu Vijeća

[2] Zakon o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine, br. 42 od 27. decembra 2003. godine, br. 81 od 9. oktobra 2006. godine, br. 76 od 15. decembra 2007. godine, br. 81 od 29. oktobra 2007. godine, br. 94 od 10. decembra 2007. godine i br. 24 od 24. marta 2008. godine).

[3] Zakon o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 1 od 21. jula 1994. godine, br. 8 od 27. decembra 1995. godine, br. 58 od 19. novembra 2002. godine, br. 19 od 13. maja 2003. godine i br. 2 od 18. januar 2006. godine, br. 8 od 24. februara 2006. godine).

[4] Zakon o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 32 od 7. novembra 2002. godine i 102 od 29. decembra 2009. godine) i Zakon o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35 od 20. juna 2005. godine).

ministara BiH i Vlade FBiH u pogledu organizacije i rada vrhovne uprave i organizacionog upravnog prava u institucijama BiH i FBiH radi približavanja ovih pravnih akata demokratskim standardima u Evropi.

Naime, dio odredbi Zakona o Vijeću ministara BiH i Zakona o Vladi FBiH po svojoj pravnoj prirodi pripada isključivo ustavu kao političkom aktu. Njihova pravna narav protivna je smislu zakona u normativno-pravnoj hijerarhiji pravnih akata. "Ustavi modernih država osnivaju gotovo bez izuzetka posebne zakonodavne organe nadležne za stvaranje općih normi koje moraju primijeniti sudovi i organi uprave" (Kelsen, 2000, str. 230 i 231). Ove zakone ne primjenjuju ni sudovi niti organi uprave, nego vlada kao ustavna kategorija i izvršna vlast koju čine vrhovni organi uprave. Pravno je pogrešno da se u zakonu propisuju formalne ustavne obaveze izvršne vlasti.

Normativna teorija prava objašnjava da je:

> "(...) osobenost prava da uredi svoje stvaranje. To se može desiti tako da neka norma određuje samo postupak, u kojem se neka druga norma stvara. Ali pri tome je moguće da se, do određenog stepena, također *određuje sadržaj norme* koja se mora stvarati. Budući da pri dinamičnom karakteru prava jedna norma važi zbog toga, jer i ukoliko je bila stvorena na određen način, tj. način određen drugom normom, ova predstavlja neposredan osnov važenja za onu. Odnos između norme koja uređuje stvaranje neke druge norme i prema tome stvorene norme može se predstaviti u prostornoj slici nadređenosti i podređenosti. Ona koja uređuje stvaranje je viša, i prema odredbi stvorena norma je niža. Pravni poredak nije sistem koordiniranih pravnih normi koje su jedna pored druge, nego stepenasta građevina različitih slojeva pravnih normi. Njihovo jedinstvo uspostavlja se vezom, koja proizlazi iz toga da se važenje neke norme, koja je stvorena prema nekoj drugoj normi, zasniva na ovoj drugoj normi, čije stvaranje je opet određeno drugom; povratak, koji se napokon završava u pretpostavljenoj osnovnoj normi. Hipotetička osnovna norma u ovom smislu je dakle najviši osnov važenja, koji uspostavlja jedinstvo ovog odnosa stvaranja." (Kelsen, 2000, str. 228)

Prema ovim teorijskim objašnjenjima u pravnom poretku BiH potrebno je brisati odredbe iste sadržine s ustavnom i zakonskom pravnom snagom.

a) Vijeće ministara u Ustavu BiH

Zakon o Vijeću ministara BiH sadrži pojedine iste ili slične odredbe kao i Ustav BiH. Jedina razlika je u tome što su bolje nomotehnički dotjerane, pa ih kao takve treba prenijeti u Ustav BiH.

1) Zakon o Vijeću ministara BiH sadrži uvodnu odredbu o svrsi. U suštini ova odredba treba da bude sadržina Ustava BiH iz Aneksa IV, jer se njom propisuje formiranje i sastav, te način prestanka političkih funkcija u ovom ustavnom organu kao dijelu izvršne vlasti u institucijama BiH. Već u ovim prvim uvodnim odredbama ističu se *politička odgovornost* funkcionera u izvršnoj vlasti, odnosno jednom njenom dijelu. Njena bitna osobina je da se za nju "ne traži delikt, ni djelo, ni protivpravnost u bilo kojem smislu, niti krivnja u najblažem obliku. Politička odgovornost je po svojoj naravi čista odgovornost za *efekt,* a u praksi i više od toga: mehanizmi političke odgovornosti mogu se pokrenuti kad god politički mandati nisu zadovoljni s mandatarima. Zapravo, kod političke odgovornosti može biti riječi o 'odgovornosti' jedino u prenesenom značenju" (Pusić, 1996, str. 113 i 114). Zato ove odredbe pripadaju samo ustavu kao političkom aktu. Isto vrijedi i za smjenu ili ostavku ministra. Ova norma treba da se prilagodi pri prenosu u Ustav BiH.[5]

U Ustav BiH mora se prenijeti norma definicija Vijeća ministara i trajanja mandata.[6]

Poslije norma definicije iz Zakona o Vijeću ministara BiH u Ustav BiH potrebno je unijeti i odredbu načelnog značaja o *sastavu Vijeća ministara.* Ova norma treba da nastane spajanjem važećih odredaba u Ustavu BiH i Zakonu o Vijeću ministara BiH. Pri tome, ovo spajanje zahtijeva da se ova odredba o *ukupnom sastavu Vijeća ministara* djelimično jezički dotjera, jer Ustav ne može biti u skladu sam sa sobom. Dakle, mora se zadržati manji dio tako da ostane isti smisao ove odredbe.[7]

---

[5] Prilagođeni član 1. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine) treba da bude: Ovim ustavom uređuju se prava, dužnosti i *odgovornosti* Vijeća ministara BiH (u daljem tekstu: Vijeće ministara), njegova organizacija, način rada i odlučivanja, prava i dužnosti predsjedavajućeg, zamjenika predsjedavajućeg i članova Vijeća ministara u vršenju funkcija prema drugim organima vlasti Bosne i Hercegovine.

[6] Prema članu V 4 pod tačkom a) u Ustavu BiH i članovima 2. i 5. stav 3. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine) Vijeće ministara je organ izvršne vlasti Bosne i Hercegovine. Ono će vršiti svoja prava i dužnosti vlasti, u skladu s Ustavom BiH, zakonima i drugim propisima Bosne i Hercegovine. Mandat Vijeća ministara je isti kao mandat Parlamentarne skupštine BiH.

[7] Spajanjem člana V stav 4. Ustava BiH i člana 6. stavovi 1. i 3. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine) ove nove odredbe treba da budu: *Predsjedavajući i ministri zajedno sačinjavaju Vijeće ministara. U Vijeću ministara u toku cijelog mandata mora se osigurati jednaka zastupljenost konstitutivnih naroda Bosne i Hercegovine. / U Vijeću ministara ili na dužnosti generalnog sekretara Vijeća ministara mora se osigurati najmanje jedno mjesto za pripadnike ostalih.*

U pogledu zamjenika ministara treba istaći da Zakon o Vijeću ministara BiH sadrži istu odredbu kao i Zakon o upravi BiH i Zakon o ministarstvima i drugim organima uprave BiH. Treba spojiti odredbe u ova tri zakona i u Ustavu BiH normirati odredbe *de ferenda.*[8]

Odredba da ministar odbrane ima dva zamjenika ministra[9] ne može se prenijeti u Ustav BiH zato što institucije BiH nisu nadležne u upravnim poslovima odbrane.[10] Ako bi se prenijele ove odredbe u Ustav BiH, institucije BiH bi prešutno postale nadležne u oblasti odbrane. Takav razvoj događaja izazvao bi veliku političku krizu u BiH. Zato u današnjim političkim okolnostima ova odredba treba da bude u odgovarajućem zakonu. Tako se njena pravna priroda neće promijeniti i izbjeći će se politička kriza.

2) *Imenovanje, odobravanje i smjenjivanje Vijeća ministara.* Ustav BiH sadrži odredbu o imenovanju Vijeća ministara.[11] Ova odredba mora se podijeliti na dva dijela u Ustavu BiH. Dio odredbe o ovom ovlaštenju Predsjedništva će se prenijeti u odredbe o ovlaštenjima Predsjedništva BiH. Pri tome se ova odredba mora dopuniti dijelom odredbe iz Zakona o izmjenama i dopunama

---

[8] Spajanjem člana 20. stav 3. Zakona o ministarstvima i drugim organima uprave BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 5 od 7. marta 2003. godine) i dijela člana 55. stavovi 1. i 2. Zakona o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 32 od 7. novembra 2002. godine) izmijenjenog članom 29. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 102 od 29. decembra 2009. godine), člana 7. stavovi 1–3. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. novine FBiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine) dopunjen članom 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl glasnik BiH", br. 81 od 29. oktobra 2007. godine) i člana 62. stav 1. Zakona o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 32 od 7. novembra 2002. godine) ova nova odredba treba da bude: *Ministar ima jednog zamjenika ministra koji se imenuje na isti način kao i ministar./ Zamjenici ministara su iz različitih konstitutivnih naroda u odnosu na ministra./ Ako drugačije nije predviđeno, zamjenici ministara zamjenjuju ministre u slučaju njihove odsutnosti, spriječenosti da obavljaju dužnost ili nemogućnosti da obavljaju svoja ovlaštenja i obaveze./ Zamjenik ministra koji umjesto odsutnog ministra sudjeluje na sjednici Vijeća ministara ima pravo odlučivati u njegovo ime o svim ili o pojedinim stvarima u skladu s ovlastima koje mu odsutni ministar prenese i koji o tome pismeno obavijesti predsjedavajućeg Vijeća ministara.*

[9] Član 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 42 od 27. decembra 2003. godine).

[10] Član III stav 1. Ustava BiH.

[11] Član V 4. Ustava BiH: "*The Presidency shall nominate the Chair of Council of Ministers who shall take office upon the approval of the House of Representatives.*" (Predsjedništvo će imenovati predsjedavajućeg Vijeća ministara koji će preuzeti dužnost nakon odobrenja Predstavničkog doma).

Zakona o Vijeću ministara: *saglasno postupku utvrđenom ovim zakonom12* i Zakona o Vijeću ministara *kod svakog novog mandata Parlamentarne skupštine BiH, vodeći pri tom računa o principu zastupljenosti iz članka IX.3. Ustava BiH.13* Ovim spajanjem dobije se nova potpuna odredba o imenovanju Vijeća ministara.[14]

Drugi dio odredbe *who shall take office upon the approval of the House of Representatives* neće ostati sam, nego će se u kombinaciji s odgovarajućom odredbom u Zakonu o Vijeću ministara BiH sjediniti u jednu cjelinu, odnosno staviti van snage, jer nema potrebe da se jedan te isti tekst ponavlja.[15]

U Ustav BiH potrebno je prenijeti i odredbu kako ustavni organi treba da postupaju ako prvi pokušaj imenovanja predsjedavajućeg Vijeća ministara ne uspije.[16]

---

[12] Član 9. stav 1. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine) dopunjen članom 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 81 od 9. oktobra 2006. godine).

[13] Član 9. stav 1. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine).

[14] Na engleskom jeziku ova odredba glasi: "The Presidency of Bosnia and Herzegovina shall nominate the Chair of Council of Ministers in accordance with the procedure prescribed by this Constitution, at each new mandate of the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina respectfull of the principle of representation of constituent peoples." (Predsjedništvo BiH će imenovati predsjedavajućeg Vijeća ministara u skladu s postupkom utvrđenim ovim Ustavom, kod svakog novog mandata Parlamentarne skupštine BiH, vodeći pri tom računa o principu zastupljenosti konstitutivnih naroda).

[15] Član 9. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine). To je sljedeća odredba: Odluka o imenovanju predsjedavajućeg Vijeća ministara donosi se najkasnije osam dana nakon održavanja konstituirajuće sjednice Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine BiH (u daljnjem tekstu: Predstavnički dom) u novom sastavu. / Odluka o imenovanju dostavlja se odmah Predstavničkom domu Parlamentarne skupštine BiH na odobravanje. / Predsjedavajući Vijeća ministara preuzima dužnost nakon što njegovo imenovanje odobri Predstavnički dom. / Potvrda imenovanja predsjedavajućeg Vijeća ministara mora biti završena u roku od trideset (30) dana od dana kada predsjedavajući Vijeća ministara preuzme dužnost. Tri riječi u pravom stavu *predsjedavajući Vijeća ministara* potrebno je dodati radi boljeg razumijevanja teksta pri njegovom prijenosu u Ustav BiH. Ovim se ne mijenja njena priroda, nego se jedino precizira njen smisao i jezička jasnoća.

[16] To su odredbe u članu 11. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine): Ako Predstavnički dom ne potvrdi odluku Predsjedništva BiH o imenovanju predsjedavajućeg Vijeća ministara, Predsjedništvo BiH je dužno u roku od osam dana imenovati drugog predsjedavajućeg Vijeća ministara i takvu odluku dostaviti na potvrdu Predstavničkom domu. / Ako Predstavnički dom ne potvrdi odluku predsjednika Vijeća ministara o imenovanju

Ustav BiH sadrži tri odvojene odredbe o ovlaštenju predsjedavajućeg Vijeća ministara da imenuje ministre i njihove zamjenike.[17] Ove tri odredbe treba spojiti u jedan stav (u nomotehničkom smislu) radi lakše primjene ovih normi u ustavnim organima institucija BiH i djelimično dopuniti normativnim tekstom iz Zakona o Vijeću ministara BiH. Nakon ove nomotehničke izmjene potrebno je, u skladu s ustavnopravnom obavezom da zvaničnici imenovani na položaje u institucijama BiH predstavljaju narode BiH, iz Zakona o Vijeću ministara BiH u Ustav BiH unijeti i odredbe o imenovanju dva zamjenika predsjedavajućeg Vijeća ministara pri formiranju ovog kolektivnog organa u institucijama BiH.[18] I konačno, pri svim ovim izmjenama i prijenosima potrebno je pridružiti i odredbu iz Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Vijeću ministara BiH[19] o roku za ova imenovanja. Ovaj zakon sadrži i jednu istovjetnu odredbu kao i Ustav, da ministri i zamjenici ministara stupaju na dužnost odmah nakon potvrde u Predstavničkom domu, pa treba da se stavi van pravne snage.[20]

---

ministra ili zamjenika ministra, predsjedavajući Vijeća ministara dužan je u roku ne dužem od osam dana imenovati drugu osobu na to mjesto i takvu odluku dostaviti na potvrdu Predstavničkom domu, ili podnijeti ostavku.

17 Ustav BiH, član V 4. B: "No more than two-thirds of all Ministers may be appointed from the territory of the Federation. The Chair shall nominate a Foreign Minister, a Minister for Foreign Trade, and other Ministers as may be appropriate, who shall take office upon the approval of the House of Representatives. The Chair shall also nominate Deputy Ministers (who shall not be of the same constituent people as their Ministers), who shall take office upon the approval of the House of Representatives." (Ne više od dvije trećine svih ministara smije se imenovati sa teritorije Federacije. Predsjedavajući će također imenovati zamjenike ministara (koji neće biti iz istog konstitutivnog naroda kao i ministri), koji će preuzeti službu nakon odobrenja Predstavničkog doma.)

18 Članovi 5. stav 2, 6. i 10. stav 1. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine).

19 Član 3. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 81. od 9. oktobra 2006. godine).

20 Članovi V stav 4. i V stav 4 pod tačkom b), član 6. stav 1. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine). i član 10. i) Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 81 od 9. oktobra 2006. godine). U konačnoj redakciji svih ovih odredaba u Ustavu BiH može se formirati jedan član: Najviše dvije trećine svih ministara mogu biti imenovani s teritorije Federacije. Predsjedavajući će imenovati ministra vanjskih poslova, ministra vanjske trgovine i druge ministre po potrebi, također i zamjenike ministara (koji neće biti iz istog konstitutivnog naroda kao i njihovi ministri) odmah nakon stupanja na dužnost i odmah tražiti od Predstavničkog doma potvrdu imenovanja, koji će preuzeti dužnost nakon odobrenja Predstavničkog doma. / Radi boljeg i efikasnijeg izvršavanja funkcija vlasti, predsjedavajući Vijeća ministara ima ovlasti imenovati dva ministra za zamjenike predsjedavajućeg Vijeća ministara, koji stupaju na dužnost nakon što njihovo imenovanje odobri Predstavnički dom kao dio postupka odobravanja imenovanja ministra i

U Ustav BiH treba da se prenese i odredba kad se može smatrati da su ispunjeni uvjeti za postojanje Vijeća ministara.[21]

U vezi s ovom odredbom potrebno je u Ustav BiH unijeti i odredbu o zabrani obavljanja drugih poslova tokom obavljanja dužnosti u Vijeću ministara. Ova odredba treba da bude: *Predsjedavajući Vijeća ministara i ministar ne smiju obavljati nijednu drugu plaćenu službu i nijedno drugo zanimanje*.

3) Odredbe o odgovornosti predsjedavajućeg Vijeća ministara i ministara u Ustavu BiH i Zakonu o Vijeću ministara treba da se objedine u jedan član.[22]

Ustavna odredba o smjeni Vijeća ministara[23] treba da se stavi van snage i zamijeni istom potpunijom odredbom iz Zakona o Vijeću ministara BiH.[24]

---

zamjenika. / Predsjedavajući Vijeća ministara i zamjenici predsjedavajućeg su iz različitih naroda. / Postupak imenovanja i potvrđivanja predsjedavajućeg Vijeća ministara propisan ovim ustavom bit će okončan najkasnije u roku od 22 dana od konstituirajuće sjednice Predstavničkog doma. / Postupak imenovanja i potvrđivanja ministara i zamjenika ministara propisan ovim ustavom bit će okončan najkasnije u roku od 70 dana od konstituirajuće sjednice Predstavničkog doma.

[21] Član 11. a Zakona o Vijeću ministara BiH dopunjen članom 4. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 81 od 9. oktobra 2006. godine). Smatra se da je Vijeće ministara uspostavljeno i operativno kad je predsjedavajući Vijeća ministara imenovan i da je broj imenovanih ministara i njihovih zamjenika potvrđen u skladu s Ustavom dovoljan za osiguranje da Vijeće ministara može održavati sjednice i donositi odluke ili postupati u skladu s ovim ustavom. / Dok Vijeće ministara ne bude uspostavljeno i operativno, dotadašnje Vijeće ministara ostaje u tehničkom mandatu.

[22] Član V 4 pod tačkom a) Ustava BiH i član 31. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine): Predsjedavajući Vijeća ministara za svoj rad odgovara Parlamentarnoj skupštini BiH i Predsjedništvu BiH. / Predsjedavajući i ministri odgovorni su za provođenje politike i odluka Bosne i Hercegovine u oblastima kako je naznačeno u stavovima 1, 5. i 6. člana III, o čemu podnose izvještaj Parlamentarnoj skupštini (uključujući, najmanje jedanput godišnje, izvještaj o rashodima Bosne i Hercegovine).

[23] Član V 4. pod tačkom c) Ustava BiH: Council of Ministers shell resign if any time there is a vote of no-confidence by the Parliamentary Assembly. (Vijeće ministara podnosi ostavku ukoliko mu Parlamentarna skupština izglasa nepovjerenje).

[24] Član 13. u vezi s članovima 9. i 10. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine). Ova nova ustavna odredba treba da bude: Predsjedništvo BiH može predložiti smjenu predsjedavajućeg Vijeća ministara. Ako Parlamentarna skupština BiH izglasa nepovjerenje predsjedavajućem, Vijeće ministara daje ostavku u cijelosti, ali dužnost obavlja do potvrde novog predsjedavajućeg i članova Vijeća ministara. Parlamentarna skupština na svoju inicijativu također može izglasati nepovjerenje Vijeću ministara. U oba slučaja primjenjuje se postupak o imenovanju predsjedavajućeg Vijeća ministara, ministara i njihovih zamjenika.

Odgovornost ministra i njegovog zamjenika uređena je Zakonom o Vijeću ministara BiH, Zakonom o upravi BiH i Zakonom o ministarstvima i drugim organima uprave BiH. Ove odredbe treba povezati u jednu cjelinu. Pri tome, riječ rukovodilac u Zakonu o upravi BiH treba da se zamijeni riječju "ministar" zato što u vrijeme objavljivanja ovog pravnog akta nije bilo puno organa uprave u institucijama BiH, dok danas ima više organizacionih formi organa uprave u ovim institucijama. Ovo pojmovno prilagođavanje zahtijeva čak i sama priroda ove pravne norme.[25]

U skladu s pravnom prirodom Ustava BiH da ovaj pravni akt sadrži odredbe o etničkoj vlasti u institucijama BiH, odredbe o nadležnosti za smjenu ministra treba da se temelje na principu ravnopravnosti konstitutivnih naroda u Ustavu BiH: *Predstavnički dom predlaže većinom glasova poslanika, a većina poslanika u svakom pojedinom klubu konstitutivnih naroda i ostalih u Domu naroda odlučuje o smjeni ministara iz istog konstitutivnog naroda ili ostalih.*

4) Pošto su članovi Vijeća ministara i ministar politički funkcioneri odredbe o njihovim pravima, dužnostima i odgovornostima treba da budu normirane u Ustavu BiH.

---

[25] Kombiniranjem po uzoru na član 66. stav 1. i 2. Zakona o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 32 od 7. novembra 2002. godine) izmijenjen članom 37. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 102 od 29. decembra 2009. godine), dijela člana 20. stav 2. Zakona o ministarstvima i drugim organima uprave BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 5 od 7. marta 2003. godine) i člana 15. stavovi 1, 2. i 3. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine) dopunjen članom 3. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 81 od 29. oktobra 2007. godine) dobiju sljedeće odredbe: Ministar i njegov zamjenik za svoj rad i stanje u područjima u djelokrugu rada ministarstva odgovorni su ako se u izvršavanju svojih ovlaštenja i obaveza ne pridržavaju Ustava, zakona, smjernica Parlamentarne skupštine, Predsjedništva i Vijeća ministara. / U slučaju postojanja odgovornosti iz stava 1. ovog člana ministar i njegov zamjenik razrješavaju se s funkcije, a razrješavanje ne isključuje krivično gonjenje niti odgovornost za naknadu štete, ako Ustavom ili zakonom nije drugačije određeno. / U skladu s hijerarhijom u Vijeću ministara, predsjedavajući Vijeća ministara može pokrenuti postupak za smjenu ministra i zamjenika ministra. Ako Parlamentarna skupština donese odluku o potvrdi smjene ministra ili zamjenika ministra, predsjedavajući Vijeća ministara dužan je u skladu s postupkom imenovati novog ministra, odnosno zamjenika ministra. / Novoimenovani ministar odnosno zamjenik ministra preuzima dužnost nakon potvrde Predstavničkog doma. / Ako Parlamentarna skupština BiH donese odluku o potvrdi smjene ministra u skladu sa stavom (1), zamjenik ministra će privremeno obavljati dužnosti navedenog ministra tokom perioda između dana donošenja navedene odluke o potvrdi i dana kada novoimenovani ministar preuzme dužnost u skladu s postupkom predviđenim ovim ustavom. Pojam hijerarhija je ubačen u tekst 3. stava umjesto teksta "stavom (1) ovog člana" zato što se odredba s takvim tekstom ne može razumjeti.

Tako, na prvom mjestu treba da budu odredbe predsjedavajućeg Vijeća ministara.[26]

Odredba o pravu utvrđivanja politike Vijeća ministara također pripada Ustavu BiH kao političkom aktu.[27]

Radi nesmetanog funkcioniranja Vijeća ministara BiH, u Ustav BiH treba da se prenesu i odredbe o zamjenjivanju predsjedavajućeg Vijeća ministara BiH.[28]

Zakon o Vijeću ministara sadrži i odredbe o inicijativama članova Vijeća ministara i one treba da budu u Ustavu BiH.[29]

Odredbe o ministru kao rukovodiocu u ministarstvu također treba da budu u Ustavu BiH.[30]

---

[26] Prema članu 28. Zakona o Vijeću ministara BiH: Predsjedavajući predstavlja Vijeće ministara i odgovoran je za: usklađivanje rada Vijeća ministara; usklađivanje ustavnih odnosa Vijeća ministara s radom Predsjedništva BiH, Parlamentarne skupštine BiH, kao i s entitetima i Brčko distriktom BiH; osiguravanje saradnje između Vijeća ministara i vlada entiteta i nižih nivoa vlasti; sazivanje sjednica Vijeća ministara; predsjedavanje sjednicama Vijeća ministara; dnevni red sjednica Vijeća ministara; te provedbu odluka Vijeća ministara ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine).

[27] Prema članu 29. i 30. stav 1. Zakona o Vijeću ministara BiH u suradnji sa svojim zamjenicima predsjedavajući Vijeća ministara utvrđuje politiku rada Vijeća ministara, a osobito prioritete i dinamiku u radu Vijeća ministara./ Predsjedavajući Vijeća ministara osobito usklađuje i prati aktivnosti institucija vlasti u BiH povezane sa integriranjem BiH u EU ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine).

[28] Prema članu 32. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine) izmijenjenog članom 6. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 81 od 29. oktobra 2007. godine) u slučaju odsutnosti Predsjedavajućeg Vijeća ministara ili druge vrste spriječenosti da obavlja svoje dužnosti, zamjenjuje ga najmlađi od zamjenika predsjedavajućeg Vijeća ministara. U tom slučaju, navedeni zamjenik predsjedavajućeg ima sva prava i dužnosti predsjedavajućeg Vijeća ministara.

[29] Prema članu 33. Zakona o Vijeću ministara BiH članovi Vijeća ministara mogu pokretati inicijativu i razmatrati stvari i utvrđivati stajališta o pojedinim stvarima koja nisu iz djelokruga ministarstva kojim rukovode, s tim da te stvari pripadaju ustavnoj nadležnosti Vijeća ministara ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine).

[30] Kombiniranjem člana 55. Zakona o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 32 od 7. novembra 2002. godine) izmijenjenog članom 29. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 102 od 29. decembra 2009. godine), dijela člana 20. stav 1. Zakona o ministarstvima i drugim organima uprave BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 5 od 7. marta 2003. godine), člana 61. Zakona o upravi BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 32 od 7. novembra 2002. godine) i dijela člana 33. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine) dobije se član od

Sekretar ministarstva je prema Zakonu o državnoj službi u institucijama BiH rukovodeći službenik[31], a nije politički funkcioner i zato se ovaj dio odredbe ne može prenijeti u Ustav BiH.

Odredba o ministarskom sastavu Vijeća ministara BiH mora se brisati,[32] jer su Zakonom o ministarstvima i drugim organima uprave BiH osnovana ova ministarstva, pa se iz ovog općeg pravnog akta može saznati ministarski sastav Vijeća ministara.

U Zakonu o Vijeću ministara BiH odredbe o ostavci kao načinu prestanka rada predsjedavajućeg ili člana Vijeća ministara BiH ne mogu se svrstati nikako u dio o smjenjivanju Vijeća ministara. Naime, podnošenje ostavke je samo diskreciono pravo ovih političkih funkcionera, budući da pravna norma o ostavci ne sadrži razloge za davanje ostavke. To znači da razlozi za podnošenje ostavke mogu biti različiti i da se ne mora raditi o političkoj odgovornosti ovih funkcionera. Iz ovoga slijedi da ostavka nije ustavnopravna obaveza i da zato treba da se svrsta u prava članova Vijeća ministara. [33]

---

tri stava: Radom ministarstva neposredno rukovodi ministar u saradnji sa zamjenikom ministra./ Rukovodilac organa uprave predstavlja organ uprave, organizuje i osigurava zakonito i efikasno obavljanje poslova, donosi propise i izdaje druge akte za koje je ovlašten i preduzima druge mjere iz nadležnosti organa uprave, te odlučuje u skladu sa zakonom o pravima, obavezama i odgovornostima državnih službenika i zaposlenika u vršenju službe./ Rukovodilac organa uprave obavezan je da na osnovu i u okviru Ustava, zakona, drugih propisa i smjernica Vijeća ministara savjesno vrši povjerenu mu funkciju i lično je odgovoran za njeno vršenje, kao i za rad organa kojim rukovodi.

31 Članovi 7. i 8. Zakona o državnoj službi u institucijama BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 19 od 25. jula 2002. godine).

32 Član 5. stav 1. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine).

33 Prema članu 12. Zakona o Vijeću ministara BiH Predsjedavajući Vijeća ministara može podnijeti ostavku bez obrazloženja. / Predsjedavajući Vijeća ministara podnosi ostavku Predsjedništvu BiH. / Ako predsjedavajući Vijeća ministara podnese ostavku ili ako je trajno spriječen vršiti svoju dužnost, Vijeće ministara daje ostavku u cjelini a dužnost obavlja do potvrde novog predsjedavajućeg i članova Vijeća ministara. U tom slučaju primjenjuje se postupak imenovanja predsjedavajućeg, ministara i njihovih zamjenika. ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine).
Prema članu 14. stav 4. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine) dopunjenog članom 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 81 od 29. oktobra 2007. godine) ministri i zamjenici ministra mogu podnijeti ostavku bez obrazloženja./ Ministri i zamjenici ministra podnose ostavku predsjedavajućem Vijeća ministara. / Ako ministar ili zamjenik ministra podnese ostavku ili ako je trajno spriječen da vrši svoju dužnost, predsjedavajući Vijeća ministara imenuje njegovog nasljednika najkasnije u roku od 15 dana od dana podnošenja njegove

Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o Vijeću ministara BiH sadrži i odredbu o ostavci ministra odbrane.[34] U skladu s naprijed iznesenim objašnjenjem o imenovanju dvaju zamjenika ministra odbrane, tako i ovu odredbu o smjeni ministra odbrane treba unijeti u odgovarajući zakon. Tako će se izbjeći nepotrebna politička kriza u BiH.

Isto tako u odgovarajući zakon treba da se unese odredba kako će predsjedavajući Vijeća ministara postupati u slučaju ostavke ministra odbrane. To su odredbe normirane u dva stava u izmijenjenom i dopunjenom Zakonu o Vijeću ministara BiH.[35]

5) U Ustav BiH potrebno je prenijeti i odredbe o *odnosima Vijeća ministara i drugih tijela u BiH.* Pri tome se pojam *drugih tijela u BiH* mora precizirati u skladu sa sadržajem ovih odredaba.[36]

---

ostavke i/ili od dana kada je ustanovljeno da je ministar ili zamjenik ministra trajno spriječen da vrši svoju dužnost. Nasljednik ministra ili zamjenika ministra preuzima dužnost nakon što ga potvrdi Predstavnički dom u skladu s postupkom za imenovanje ministara i njihovih zamjenika. / Zamjenik ministra privremeno obavlja dužnosti ministra tokom perioda između: a) dana kada ministar podnese ostavku i dana kada nasljednik navedenog ministra preuzme dužnost u skladu s postupkom predviđenim ovim Ustavom; ili b) dana kada se ustanovi da je ministar trajno spriječen da vrši svoju dužnost i dana kada nasljednik navedenog ministra preuzme dužnost u skladu s postupkom predviđenim ovim zakonom.

[34] Prema modificiranom članu 14. stav 5. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine) dopunjen članom 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 81 od 29. oktobra 2007. godine) u slučaju da privremeno vršenje dužnosti ministra nastane u vezi sa ostavkom ministra obrane ili ustanovljenje trajne spriječenosti vršenja dužnosti nastane u vezi s ministrom odbrane, predsjedavajući Vijeća ministara će odrediti koji od zamjenika ministra obrane će privremeno obavljati dužnosti navedenog ministra tokom privremenog perioda.

[35] Prema članu 15. stav 4. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine) dopunjenog članom 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 81 od 29. oktobra 2007. godine) ako Parlamentarna skupština BiH donese odluku o potvrdi smjene ministra odbrane u skladu s ovim ustavom, predsjedavajući Vijeća ministara će odrediti koji zamjenik ministra će privremeno obavljati dužnosti navedenog ministra tokom perioda između dana donošenja navedene odluke o potvrdi i dana kada novoimenovani ministar preuzme dužnost u skladu s postupkom predviđenim ovim ustavom.

[36] Prema članu 34. Zakona o Vijeću ministara BiH Vijeće ministara odgovara za svoj rad Parlamentarnoj skupštini. / Vijeće ministara najmanje jednom godišnje podnosi izvještaj Parlamentarnoj skupštini, uključujući i izvještaj o budžetu. / Parlamentarna skupština može zatražiti da joj Vijeće ministara podnese i izvanredan izvještaj o određenoj stvari ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine).

U pogledu zakonodavnog postupka odredbe o odnosu Vijeća ministara i Parlamentarne skupštine treba da budu u Ustavu BiH zato što je ovaj postupak politički proces, pa im je zbog toga mjesto u Ustavu BiH.[37]

Isto treba da se učini i s odredbama o sazivanju sjednica zato što se tako mogu izbjeći neželjene i nepotrebne političke krize ili omogućiti efikasniji i kvalitetniji rad Vijeća ministara i Parlamentarne skupštine BiH[38], te s odredbama o *odnosima s drugim tijelima.39*

6) U Ustav BiH treba da se unese i grupa odredaba o načinu rada i odlučivanja Vijeća ministara.[40]

---

[37] Član 35. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine).

[38] Prema članovima 36, 37. i 38. Vijeće ministara može predložiti sazivanje sjednice bilo kojeg doma ili radne komisije domova Parlamentarne skupštine, koje će na takav prijedlog postupati u skladu s poslovnikom odgovarajućeg doma./ Članovi Vijeća ministara imaju pravo i dužnost sudjelovati na sjednicama domova i radnih komisija Parlamentarne skupštine BiH. / Na pitanja članova Parlamentarne skupštine postavljena Vijeću ministara, Vijeće ministara daje odgovore, u skladu s poslovnicima domova Parlamentarne skupštine i svom poslovniku. / Odnosi između Vijeća ministara i Parlamentarne skupštine bit će detaljno regulirani poslovnicima domova Parlamentarne skupštine i Poslovnikom o radu Vijeća ministara.

[39] Prema članovima 40, 41. i 42. Zakona o Vijeću ministara BiH Vijeće ministara može predložiti tačke za dnevni red Predsjedništva i Predsjedništvo može predložiti tačke za dnevni red Vijeća ministara. / Predsjedništvo može predložiti sazivanje sjednice Vijeća ministara na kojoj bi se raspravljalo o stvari od posebne važnosti za Predsjedništvo./ U okviru svoje nadležnosti Vijeće ministara surađuje sa izvršnim i zakonodavnim organima FBiH, RS i Brčko distrikta BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine). Može predložiti sazivanje sjednice Vijeća ministara na kojoj bi se raspravljalo o stvari od posebne važnosti za Predsjedništvo. / U okviru svoje nadležnosti Vijeće ministara surađuje s izvršnim i zakonodavnim organima FBiH, RS i Brčko distrikta BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine).

[40] Prema članu 16. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine) izmijenjen članom 4. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 81 od 29. oktobra 2007. godine) članovi Vijeća ministara obvezni su sudjelovati u radu Vijeća ministara. / Vijeće ministara radi i odlučuje u sjednicama. Po pravilu, sjednice Vijeća ministara održavaju se najmanje jednom sedmično, osim u opravdanim slučajevima utvrđenim Poslovnikom o radu Vijeća ministara Bosne i Hercegovine. Ako suprotno odredbama ovog zakona i odredbama Poslovnika, predsjedavajući Vijeća ministara ne sazove dvije uzastopne sjednice Vijeća ministara, sjednicu će zajednički sazvati zamjenici predsjedavajućeg. / Vijeće ministara može održati sjednicu i odlučivati ako sjednicama prisustvuje više od polovine članova Vijeća ministara, od kojih, vodeći računa o članku IX.3. Ustava Bosne i Hercegovine, najmanje po dva iz svakog konstitutivnog naroda.

Odredba da su odluke Vijeća ministara donesene danom usvajanja na sjednici, osim ako Vijeće ministara ne odluči drugačije, te da se objavljuju u "Službenom glasniku BiH"[41] također treba da bude u Ustavu BiH, te odredba o obaveznosti odluka Vijeća ministara za druge organe vlasti u BiH.[42]

7) Sjedište Vijeća ministara je u Sarajevu.[43] Vijeće ministara osigurava javnost svog rada.[44]

8) U Ustav BiH mora se unijeti i odredba da Vijeće ministara Poslovnikom o radu potpunije uređuje svoju unutrašnju organizaciju, uređuje pripreme i način održavanja i vođenja sjednica, kao i djelokrug i ovlaštenja službi koje obrazuje radi djelotvornog izvršavanja poslova iz svog djelokruga rada.[45]

Prema članu 17. u ostvarivanju svojih prava i dužnosti Vijeće ministara donosi odluke, zaključke i rješenja, usvaja nacrte i prijedloge zakona, analize, informacije, strategijska dokumenta, programe, sporazume, protokole i druga akta (u daljem tekstu: akta).
Na osnovu člana 18. izmijenjenog i dopunjenog članom 5. stavovi 3. i 4. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 81 od 29. oktobra 2007. godine) Vijeće ministara donosi akta iz svoje nadležnosti većinom glasova članova koji su prisutni i glasaju o svim stvarima i temama o kojima u daljnjoj proceduri konačno odlučuje Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine. / O ostalim stvarima Vijeće ministara u pravilu odlučuje konsenzusom članova koji su prisutni i glasaju a osobito o propisima, imenovanjima i postavljenjima iz djelokruga Vijeća ministara, Poslovniku i njegovom tumačenju. / U slučaju da se konsenzus ne postigne, predsjedavajući Vijeća ministara saziva člana odnosno članove Vijeća ministara koji je (su) protiv kako bi se postiglo rješenje. U slučaju da konsenzus ne bude postignut u roku od sedam dana ni na taj način, odluku donosi Vijeće ministara većinom glasova članova koji su prisutni i glasaju, s tim da navedena većina podrazumijeva glas najmanje jednog člana iz svakog konstitutivnog naroda. / U slučaju da zamjenik ministra zamjenjuje ministra u skladu s ovim Poslovnikom, glas navedenog zamjenika ministra računa se za potrebe izračunavanja većine glasova članova koji su prisutni i glasaju i za potrebe utvrđivanja postojanja konsenzusa propisanog u stavu dva ovog člana. Prilikom računanja većine glasova članova koji su prisutni i glasaju, uračunava se glas navedenog zamjenika ministra, ali se ne smatra glasom pripadnika bilo kojeg od konstitutivnih naroda.

41 Član 19. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine).

42 Prema članu 20. organi i druga tijela vlasti u BiH dužni su u potpunosti pridržavati se odluka Vijeća ministara BiH donesenih sukladno nadležnostima Vijeća ministara BiH.

43 Član 3. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine).

44 Član 21. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine).

45 Kombinacija članova 4. i 16. stav 4. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine).

9) Zakon o Vijeću ministara BiH sadrži odredbe koje treba da se brišu zato što već postoje u Zakonu o državnoj službi u institucijama BiH.[46] To je odredba da osim ministra odgovornog za rad ministarstva u cjelini i zamjenika ministra, s pravima i dužnostima propisanim Zakonom o Vijeću ministara BiH, svako ministarstvo ima i sekretara ministarstva, koji obavlja poslove i zadatke utvrđene Zakonom o državnoj službi u institucijama BiH i čije imenovanje se vrši u skladu s odredbama tog zakona i uz uvažavanje principa ravnopravnosti naroda.[47] Sličnu odredbu propisuje Zakon o državnoj službi u institucijama BiH da sekretar obavlja poslove rukovodnog karaktera i koordinira radom sektora. Odgovoran je za korištenje finansijskih, materijalnih i ljudskih potencijala dodijeljenih određenoj instituciji. Sekretar za svoj rad i upravljanje odgovara rukovodiocu institucije.[48] Sekretar s posebnim zadatkom obavlja poslove rukovodnog karaktera i odgovoran je za obavljanje posebnih zadataka utvrđenih odlukom Vijeća ministara ili drugim propisima. Na sekretara s posebnim zadatkom primjenjuju se isti uslovi kao i za sekretara, osim ako ovim zakonom nije drugačije utvrđeno. Sekretar s posebnim zadatkom za svoj rad i upravljanje odgovara Vijeću ministara.[49]

b) Ustav o Vladi FBiH

Zakon o Vladi FBiH sadrži više grupa odredaba političke prirode i kao takve moraju se prenijeti u Ustav FBiH radi njihove neposredne primjene u pravnom poretku FBiH.

---

[46] Zakon o državnoj službi u institucijama BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 19 od 25. jula 2002. godine, br. 35 od 12. novembra 2003. godine, br. 4 od 3. marta 2004. godine, br. 17 od 10. maja 2004. godine, br. 26 od 7. jula 2004. godine, br. 37 od 12. augusta 2004. godine, br. 48 od 19. jula 2005. godine, br. 2 od 16. januara 2006. godine, br. 32 od 30. aprila 2007. godine, br. 43 od 2. juna 2009. godine i br. 8 od 20. februara 2010. godine).

[47] Član 8. i 6. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. novine BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine).

[48] To su članovi Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, članovi Predsjedništva Bosne i Hercegovine, Vijeća ministara, ministri, zamjenici ministara, članovi Stalnog komiteta za vojna pitanja, sudije Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i Suda Bosne i Hercegovine, ombudsmen Bosne i Hercegovine, glavni tužilac, zamjenici glavnog tužioca i tužioci Bosne i Hercegovine, pravobranilac i zamjenici pravobranioca Bosne i Hercegovine, članovi Visokog sudskog i tužilačkog vijeća Bosne i Hercegovine, članovi Izborne komisije Bosne i Hercegovine, profesionalna vojna lica u institucijama Bosne i Hercegovine, guverner i viceguverneri Centralne banke Bosne i Hercegovine, generalni revizor i zamjenici generalnog revizora Ureda za reviziju finansijskog poslovanja institucija Bosne i Hercegovine nisu državni službenici i njihov pravni status uređuje se drugim propisima (član 4. stav 1).

[49] Član 8. Zakona o državnoj službi u institucijama Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik BiH" br. 19 od 25. jula 2002. godine).

1) Prva grupa odredaba odnosi se na definiciju, potvrđivanje, odgovornost i smjenjivanje Vlade FBiH.[50]

U ovom zakonu su u potpunosti ponovljene odredbe o minimalnoj nacionalnoj zastupljenosti u Vladi FBiH.[51]

Nedostaci iste prirode također postoje u odnosu između Ustava FBiH i Zakona o Vladi FBiH o formiranju Vlade FBiH i zastupljenosti konstitutivnih naroda. U tom pogledu trenutno važe dvije iste odredbe, s tim da Ustav FBiH sadrži odredbu koju ne sadrži Zakon o Vladi FBiH. Zato se one u Zakonu moraju staviti van snage.[52]

I odredbe o političkoj smjeni i odnosima u ovom kolektivnom organu izvršne vlasti moraju se prenijeti u Ustav FBiH i biti prva grupa neposredno primjenjivih ustavnih odredaba o Vladi FBiH.

---

[50] Prema članu 1. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 1 od 21. jula 1994. godine) vlada je *organ izvršne vlasti* FBiH, ako određena izvršna ovlaštenja nisu Ustavom Federacije predviđena za Predsjednika Federacije, odnosno jednog od potpredsjednika Federacije.

[51] Prema dijelu IV B 2. član 4. Ustava FBiH izmijenjen Amandmanom XII ("Sl. novine FBiH", br. 13 od 2. juna 1997. godine) i članu 6. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 1 od 21. jula 1994. godine) izmijenjen članom 4. stav 1. Zakona o izmjeni i dopuni Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 19 od 13. maja 2003. godine) Vlada FBiH (premijer/predsjednik vlade i šesnaest ministara) sastoji se od osam ministara iz reda bošnjačkog, pet ministara iz reda hrvatskog i tri ministra iz reda srpskog naroda, jednog ministra iz reda ostalih može imenovati premijer/predsjednik vlade iz kvote najbrojnijeg konstitutivnog naroda. Vlada ima i premijera/predsjednika vlade koji ima dva zamjenika iz različitih konstitutivnih naroda, koji se biraju iz reda ministara (premijer/predsjednik vlade federacije ima dva zamjenika iz različitih konstitutivnih naroda koji se biraju među ministrima. / Nakon potpune provedbe Aneksa 7, najmanje 15% članova vlade mora biti iz jednog konstitutivnog naroda. Najmanje 35% članova Vlade mora biti iz dva konstitutivna naroda. Jedan član vlade mora biti iz reda ostalih.

[52] Dio IV B 2 član 5. Ustava FBiH izmijenjen amandmanom XLV ("Sl. novine FBiH", br. 13 od 2. juna 1997. godine) i član 6a. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 19 od 13. maja 2003. godine) sadrže odredbe da predsjednik Federacije, uz saglasnost oba potpredsjednika Federacije, imenuje Vladu Federacije nakon konsultacija s premijerom ili s kandidatom za tu funkciju. Vlada FBiH je izabrana, nakon što je njeno imenovanje potvrdio većinom glasova Predstavnički dom Federacije. Svako upražnjeno mjesto popunjava se istim postupkom./Ukoliko Predstavnički dom ne potvrdi imenovanje vlade, predsjednik Federacije u saglasnosti s potpredsjednicima Federacije, a uz konsultaciju s premijerom ili kandidatom za tu funkciju, ponovo će postupiti u skladu s prethodnim pravilom./Vlada se može smijeniti bilo odlukom predsjednika uz saglasnost potpredsjednika Federacije, ili izglasavanjem nepovjerenja vladi većinom glasova u svakom od domova. Na prijedlog premijera predsjednik Federacije smjenjuje ministre.

U Ustavu FBiH mora biti i odredba o svečanoj izjavi.[53]

Radi profesionalizacije rukovođenja ministarstvima u Ustav FBiH treba da se unese odredba o zabrani obavljanja drugih poslova tokom mandata ministra u Vladi FBiH. Tako ova odredba treba da bude: *Premijer/Predsjednik Vlade i ministri ne smiju obavljati nijednu drugu plaćenu službu i nijedno drugo zanimanje.*

Ustav FBiH i Zakon o Vladi FBiH sadrže odredbe o odgovornostima i nadležnostima predsjednika Vlade FBiH. Ove odredbe treba da se spoje u jednu cjelinu.[54]

Ustav Federacije BiH i Zakon o Vladi FBiH sadrže odredbe o nadležnostima zamjenika premijera/predsjednika FBiH. Kombiniranjem ovih dviju odredbi dobije se jedinstvena odredba.[55]

---

[53] Prema članu 7. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 19 od 13. maja 2003. godine) premijer/predsjednik Vlade Federacije i njegovi zamjenici, kao i ministri, nakon potvrđivanja imenovanja u Predstavničkom domu Parlamenta Federacije daju svečanu izjavu pred predsjedavajućim doma Parlamenta Federacije.

[54] Prema članu 7. pod tačkom c) u poglavlju IV o *Strukturi federalne vlasti* podnaslovi *B izvršna vlast Federacije 3. Podjela izvršne vlasti* i članu 9. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 1 od 21. jula 1994. godine) predsjednik Vlade rukovodi radom Vlade, usmjerava djelovanje Vlade kao cjeline i članova Vlade pojedinačno, odgovoran je za njen rad, osigurava jedinstvo u izvršavanju poslova iz djelokruga Vlade, ostvaruje saradnju s drugim organima Federacije i organima kantona, kao i s drugim organima i organizacijama. / Predsjednik Vlade je nadležan za: provođenje politike i izvršavanje zakona federalne vlasti, uključujući osiguranje izvršavanja odluka sudova Federacije; (predlaganje smjenjivanja predsjednika Federacije kako je utvrđeno člankom B. 3. (2); predlaganje i davanje preporuka iz oblasti zakonodavstva; i pripremanje budžetskih prijedloga Parlamentu Federacije, te vrši i druge poslove utvrđene Ustavom Federacije. Premijer potpisuje akte Vlade Federacije.

[55] Član 7. pod tačkom d) u poglavlju IV o *Strukturi federalne vlasti* podnaslovi *B izvršna vlast Federacije 3. Podjela izvršne vlasti* i član 9. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 1 od 21. jula 1994. godine) i član 10. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 19 od 13. maja 2003. godine) zamjenici premijera/predsjednika Vlade Federacije pomažu premijeru/predsjedniku Vlade Federacije u provođenju politike i izvršavanju zakona Federacije i obavljanju njegovih poslova. / U slučaju odsutnosti premijera/predsjednika Vlade Federacije ili u drugim slučajevima kada premijer/predsjednik Vlade Federacije nije u mogućnosti obavljati svoju funkciju zamjenjuje ga jedan od zamjenika premijera/predsjednika koga on odredi ili kada je mjesto premijera upražnjeno dok novi premijer ne preuzme funkciju. / U slučaju kada premijer/predsjednik Vlade Federacije nije u mogućnosti odrediti koji od zamjenika premijera/predsjednika Vlade Federacije će ga zamjenjivati, kao i u slučaju upražnjenja mjesta premijera/predsjednika Vlade Federacije, dok novi premijer/predsjednik Vlade Federacije ne preuzme dužnost,

U pogledu političke odgovornosti Parlamentu odredba u Zakonu o Vladi FBiH je isključivo političke prirode i zato pripada jedino Ustavu FBiH u odredbama *de constitutione ferenda* o Vladi FBiH.[56]

2) Zakon o Vladi Federacije BiH sadrži i odredbe o inicijativama za donošenje akata Vlade koje treba prenijeti u Ustav FBiH.[57] Ovo je druga grupa neposredno primjenjivih odredaba. Formulaciju ove odredbe treba prilagoditi tom prijenosu.

3) Treća grupa odredaba uređuje način rada Vlade FBiH.[58]

Odredbe o odlukama o vitalnom interesu konstitutivnih naroda i osnivanju stalnih i povremenih tijela po svojoj pravnoj prirodi ne pripadaju dijelu pod naslovom "Način rada Vlade" i zato treba da se prebace u pripadajuće dijelove.

4) U četvrtoj grupi su odredbe o općim i pojedinačnim pravnim aktima Vlade FBiH. Ovi pravni akti treba da budu sadržaj Ustava FBiH zato što ove opće pravne akte usvajaju politički predstavnici naroda, a ne građana u FBiH.[59]

---

predsjednik Federacije, uz saglasnost oba potpredsjednika, odredit će jednog od dva zamjenika premijera/predsjednika Vlade Federacije, koji će obavljati dužnost premijera. Zamjenici premijera nadležni su za: vršenje dužnosti ministra i odlučivanje da li će se zatražiti mišljenje Ustavnog suda. / U okviru svojih ovlaštenja premijer/predsjednik Vlade Federacije može pojedina svoja ovlaštenja prenijeti na zamjenike premijera/predsjednika Vlade Federacije.

56 Prema članu 2. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 19 od 13. maja 2003. godine) premijer Vlade Federacije i njegovi zamjenici, ministri i Vlada Federacije su za svoj rad u cjelini odgovorni Parlamentu Federacije, predsjedniku i potpredsjednicima Federacije. Ministri su *odgovorni* i premijeru/predsjedniku Vlade Federacije, u skladu s Ustavom Federacije.

57 Prema članu 11. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 1 od 21. jula 1994. godine) članovi Vlade mogu pokrenuti inicijativu za donošenje zakona i drugih propisa, predložiti razmatranje i pretresanje pojedinih stvari iz nadležnosti Vlade, te imaju i druga prava i dužnosti utvrđena Ustavom.

58 Prema članu 12. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 1 od 21. jula 1994. godine) Vlada Federacije radi na sjednici. Vlada Federacije može odlučivati ako sjednici prisustvuje više od polovine članova Vlade. Vlada Federacije odluke donosi većinom glasova prisutnih članova, ako Ustavom Federacije nije drugačije određeno. Prema članu 17. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 1 od 21. jula 1994. godine) Vlada Federacije osigurava javnost svog rada.

59 Prema članu 19. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 1 od 21. jula 1994. godine) Vlada Federacije, u ostvarivanju svojih ovlaštenja utvrđenih ustavom Federacije, donosi uredbe sa zakonskom snagom, uredbe, odluke, rješenja i zaključke. / Uredbom se uređuju najvažnije stvari iz nadležnosti Vlade Federacije, bliže uređuju odnosi za provođenje zakona, osnivaju stručne i druge službe Vlade i utvrđuju načela unutrašnje organizacije federalnih organa državne uprave. /

Odredba da *Vlada Federacije donosi uredbe sa zakonskom snagom u skladu s Ustavom Federacije* neće biti potrebna nakon prijenosa prve odredbe u Ustav FBiH.[60]

5) Petu grupu neposredno primjenjivih odredaba Ustava FBiH *de ferenda* o nadležnosti Vlade FBiH i kantonalnih vlada sada sadrži Zakon o organizaciji organa uprave FBiH.[61]

6) Šestu grupu neposredno primjenjivih normi čine odredbe o stručnim službama.[62]

Ured kao organizaciona forma mora se brisati zato što ured nije pravni nego pojam arhitekture i znači kancelarija.

7) Sedmu grupu čine odredbe o poslovniku Vlade FBiH.[63]

Odlukom se uređuju pojedine stvari ili propisuju mjere Vlade, daje saglasnost ili potvrđuju akti drugih organa ili organizacija, te odlučuje o drugim stvarima o kojima se ne odlučuje uredbom. / Rješenjem se odlučuje o imenovanjima i razrješenjima, kao i drugim pojedinačnim stvarima iz nadležnosti Vlade. / Zaključkom se utvrđuju stavovi o stvarima od značaja za provođenje utvrđene politike, uređuju unutrašnji odnosi u Vladi i određuju zadaci federalnim organima državne uprave i službama Vlade. Prema članu 20. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 1 od 21. jula 1994. godine) Uredbe sa zakonskom snagom, uredbe i odluke objavljuju se u "Službenim novinama Federacije Bosne i Hercegovine", a ostali akti Vlade, ako je to u njima navedeno.

60 Član 18. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 1 od 21. jula 1994. godine).

61 Prema članu 7. Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 35 od 20. juna 2005. godine) Vlada FBiH koordinira, usklađuje i usmjerava rad federalnih organa uprave, te nadzire njihov rad u skladu s Ustavom Federacije i federalnim zakonom. / Vlada kantona koordinira, usklađuje i usmjerava rad kantonalnih organa uprave, te nadzire njihov rad u skladu s Ustavom Federacije i kantona i federalnim i kantonalnim zakonom.

62 Prema članu 14. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 1 od 21. jula 1994. godine) za davanje prijedloga i mišljenja o poslovima iz svoje nadležnosti, Vlada Federacije može osnivati stalne i povremene savjete, komitete, odbore, komisije i dr. / Sastav i nadležnost ovih savjeta, komiteta, odbora, komisija i dr. uređuje se Poslovnikom vlade ili aktom o osnivanju.

63 Kombiniranjem člana 4. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 1 od 21. jula 1994. godine) i člana 16. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 1 od 21. jula 1994. godine) izmijenjenog članom 10. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 19 od 13. maja 2003. godine) dobiju se odredbe da Vlada Federacije poslovnikom uređuje svoj rad, unutrašnju organizaciju, kao i djelokrug i ovlaštenja službi koje obrazuje. / Poslovnikom se uređuje postupak i način zakazivanja sjednica Vlade Federacije, određivanje mjesta održavanja sjednica, sjedište i zajednički područni ured premijera/predsjednika Vlade Federacije i zamjenika premijera/predsjednika Vlade Federacije, postupak

3. Poslovnici o radu izvršno-upravne vlasti

a) Vijeće ministara BiH

Zakon o Vijeću ministara BiH i Poslovnik o radu Vijeća ministara sadrže potpuno iste odredbe o uredu za zakonodavstvo, odboru za unutrašnju politiku i djelimično o odboru za ekonomiju. Zato ove odredbe treba brisati u ovom zakonu.

U poglavlje o *uredima, službama i radnim tijelima* Poslovnika o radu Vijeća ministara treba prenijeti iz Zakona o Vijeću ministara i odredbe o generalnom sekretarijatu[64] i treći stav o odboru za ekonomiju[65].[66]

Stalne službe su Generalni sekretarijat, Ured za zakonodavstvo, Odbor za unutarnju politiku i Odbor za ekonomiju.[67]

U Poslovnik o radu Vijeća ministara treba unijeti odredbu da je i generalni sekretar član sastava Vijeća ministara bez prava glasa.

Prvi član Poslovnika o radu Vijeća ministara iza riječi "organizacijama" treba da se dopuni tekstom "s*redstva za rad Vijeća ministara i njegovih službi, komisija itd.".*

Potom je potrebno u Poslovniku o radu Vijeća ministara formirati manju glavu zbog ove dopune pod naslovom: "XIII *Finansiranje Vijeća ministara".* Nakon formiranja ove glave u Poslovnik o radu Vijeća ministara mora se prenijeti odredba o *sredstvima za rad* iz Zakona o Vijeću ministara.[68]

---

i forma prethodnog razmatranja materijala, utvrđivanje prijedloga i zaključaka, način ravnopravne upotrebe jezika i pisma konstitutivnih naroda u pripremi i izradi pisanih materijala, način izvršenja zaključaka, prenošenje ovlaštenja i zaduženja i druge poslovničke stvari. / Ukoliko navedene pojedine stvari nisu uređene Poslovnikom Vlade Federacije, uređuju se zaključkom Vlade Federacije.

64 Član 24. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003 godine).

65 Član 27. stav 3. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003 godine).

66 Član 24. i član 27. stav 3. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 19 od 13. maja 2003. godine).

67 Član 22. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003. godine) u vezi s članom 12. Poslovnika o radu Vijeća ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 22 od 29. jula 2003. godine).

68 Član 43. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30 od 10. oktobra 2003).

b) Vlada FBiH

I Zakon o Vladi FBiH također sadrži odredbe kojima je mjesto u Poslovniku o radu Vlade FBiH. To su odredbe o sjedištu Vlade FBiH, sekretaru Vlade FBiH, o davanju prijedloga i mišljenja iz svoje nadležnosti, sjednicama i stručnim službama Vlade FBiH.[69]

Zaključak

Iz izložene materije vidljivo je da će se pravno ispravnim ukidanjem Zakona o Vijeću ministara BiH i Zakona o Vladi Federacije BiH povećati broj neposredno primjenjivih odredaba ustava u formalnom smislu. Ovakva promjena će otvoriti i mogućnost za produbljena shvatanja materijalnog ustava kao političkog akta u pravnom poretku. Istovremeno će se promijeniti pravna priroda podzakonskih akata izvršne vlasti u domenu vrhovne uprave u institucijama BiH i FBiH, te će se poslovnici i drugi opći pravni akti ovog dijela izvršne vlasti normirati direktno na osnovu formalnog ustava. Tako će se izbjeći i pretjerano normiranje preko standardne ustavne sadržine u cijelom pravnom poretku BiH i omogućiti lakše primjenjivanje pravnih normi u radu upravno-izvršne vlasti. To znači da u pravnom poretku *de constitutione ferenda* više ne bi bilo čak ni bespotrebnog opterećenja normativno-pravnog teksta brojnim nepotrebnim zakonima o izvršno-upravnoj vlasti u Bosni i Hercegovini.

Bibliografija

1. Barthélemy, J. & Duez, P. (2004). *Traité de droit constitutionel.* Ėdition Panthéon-Assas.
2. Chapus, R. (2001). *Droit administratif général.* Tome I, (15. izd.). Montchrestien.

[69] To su član 5. Zakona o Vladi FBiH. ("Sl. novine FBiH", br. 1 od 21. jula 1994. godine) dopunjen članom 5. stav 2. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 8 od 27. decembra 1995. godine), član 8. stav 1. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 1 od 21. jula 1994. godine) i član 8. stav 2. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 19 od 13. maja 2003. godine), član 16. stav 3. Zakona o Vladi Federacije Bosne i Hercegovine ("Sl. novine BiH", br. 19 od 13. maja 2003. godine) dodat član 6. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Vladi Federacije BiH ("Sl. novine FBiH", br. 8 od 27. decembra 1995. godine), član 21. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 8 od 27. decembra 1995. godine) izmijenjen članom 7. Zakona o Vladi Federacije BiH ("Sl. novine FBiH", br. 8 od 27. decembra 1995. godine) i član 22. Zakona o Vladi FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 1 od 21. jula 1994. godine).

3. Delpéréé, F. (2000). *Droit Constitutionnel de la Belgique.* Bruxelles: Bruylant; Paris: LGDJ.
4. Đorđević, J. (1982). *Ustavno pravo*. Beograd: Savremena administracija.
5. Favoreu, L. et al. (2004). *Droits constitutionnel.* (7e Édition). Édition Dalloz.
6. Haverkate, G. (1992). *Verfassungslehre, Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*. München: C. H. Beck.
7. Jovičić, M. (1977). *O ustavu: teorijsko-komparativna studija*. Beograd: Savremena administracija.
8. Kelsen, H. (2000). *Reine Rechtslehre*. (2., vollständig neu bearbeitete und erweitete Auflage 1960, Nachdruck 2000). Wien: Österr. Staatsdr.
9. Lukić, R. (1973). *Uvod u pravo.* Beograd: Naučna knjiga.
10. Smerdel, B. & Sokol, S. (1995). *Ustavno pravo.* Zagreb: Informator.
11. Vedel, G. (2002). *Manuel* élémenatire *de droit constitutionel.* Edition Dalloz.
12. Visković, N. (1996). *Država i pravo.* Sarajevo: Studentska štamparija Univerziteta u Sarajevu.

Dr. Enver Ajanović
Associate professor

IMMEDIATE APPLICATION OF THE CONSTITUTION AS A POLITICAL AND LEGAL DOCUMENT IN ADMINISTRATIVE INSTITUTIONS OF BiH AND FBiH

Summary

In the science of constitutional law, the constitution is divided into constitution in a formal sense and constitution in a material sense. Constitution in a formal sense is exclusively of legal nature because the form is a necessary feature of legal phenomena. Constitution in a material sense simultaneously contains both political and legal aspects, which is why it is of dual nature. This content is precisely the reason why the legal science explains the constitution as a political and legal act.

Political aspect of the constitution is comprised by the provisions on legislative and executive authority that is divided into the head of state and government. In democratic countries with long tradition of written constitutionality there is no law on government, but the provisions on this part of executive authority are codified only in the constitution and the rules of procedure. The successor states of SFRY still apply the inherited legally false socialist concept that a part of the content of the constitution should be regulated by the laws on government. Namely, the constitutional relations between the legislative and executive authority cannot be regulated by laws, because that is exclusively the subject of the constitution and their respective rules of procedure. That is why it is necessary to convey certain provisions of the Law on the Council of Ministers of BiH and the Law on the Government of FBiH into the Constitution of BiH and the Rules of Procedure of the Council of Ministers, and the Constitution of FBiH and the Rules of Procedure of the Government of the Federation of BiH. The theory of state and law does not mention rules of procedure as a special source of law. In accordance with the doctrine of the constitutional law, they can be classified into constitutional procedural law. German science classifies it into Staatsrecht which stipulates the law of supreme state bodies, excluding other provisions of the federal constitutional law. In the Federal Republic of Germany and the Republic of France there is no law on Government, but instead the Grundgesetz, Constitution of the Fifth Republic and appropriate rules of procedure carry provisions on the government.

Keywords: *abolition of the Law on the Council of Ministers of BiH and the Law on the Government of FBiH; immediate application of the constitution in material and formal sense*

Dr. Lejla Balić
Docentica
l.balic@pfsa.unsa.ba

UDK 352(497.6)
Prethodno naučno saopćenje

GRAD KAO JEDINICA LOKALNE SAMOUPRAVE U FEDERACIJI BiH – OSVRT NA STATUS GRADA SARAJEVA

Sažetak

Bosna i Hercegovina ratifikovala je Evropsku povelju o lokalnoj samoupravi 2002. godine, ali ni petnaest godina kasnije nisu zadovoljeni standardi koje je Evropska povelja uspostavila. Ova situacija rezultat je mnogih faktora, činjenice da se lokalna samouprava uređuje na nivou entiteta,nedostatka političke volje i svjesnih opstrukcija političkih zvaničnika, neprovođenja odluka ustavnih sudova, fiskalne politike.

Grad Sarajevo ima poseban ustavnopravni status utvrđen Ustavom Federacije BiH, što se pokazalo nepovoljnim jer je funkcionalno i organizaciono potpuno ovisan o Kantonu Sarajevo. Ignorišući načelo vladavine prava, kantonalni organi vlasti godinama su odbijali uskladiti Ustav Kantona sa Ustavom Federacije BiH i Zakonom o principima lokalne samouprave u FBiH, te time pretvorili Grad Sarajevo u nefunkcionalnu lokalnu zajednicu, bez vlastitih nadležnosti i prihoda. Nakon deset godina kašnjenja, izvršena su potrebna usklađivanja i stvorene pretpostavke za razvoj lokalne zajednice i provođenje načela koja utvrđuje Evropska povelja o lokalnoj samoupravi.

Ključne riječi: *Grad Sarajevo, lokalna samouprava, grad kao jedinica lokalne samouprave, Zakon o principima lokalne samouprave u Federaciji BiH*

1. Uvod

Pravo na lokalnu samoupravu je istovremeno ljudsko pravo, ali i sredstvo za jačanje demokratske države. Koncept lokalne samouprave utvrđen je Evropskom poveljom o lokalnoj samoupravi, te podrazumijeva lokalnu samoupravu kao pravo i osposobljenost lokalnih tijela vlasti da, u granicama zakona, uređuju i rukovode znatnim dijelom javnih poslova, na temelju vlastite odgovornosti i u interesu lokalnoga stanovništva.

Bosna i Hercegovina ratifikovala je Evropsku povelju o lokalnoj samoupravi 2002. godine, ali petnaest godina kasnije nisu zadovoljeni standardi koje je Evropska povelja uspostavila. Ova situacija rezultat je mnogih faktora, činjenice da se lokalna samouprava uređuje na nivou entiteta, neusaglašenosti entitetskih zakona sa standardima Evropske povelje o lokalnoj samoupravi, nedostatka političke volje i svjesnih opstrukcija političkih zvaničnika, neprovođenja odluka ustavnih sudova, fiskalne politike...

Analiza svih problema s kojima se susreću lokalne zajednice u Bosni i Hercegovini zahtijeva jedno detaljno istraživanje koje bi rezultiralo knjigom, zbog toga smo odlučili da izdvojimo jedan problem, a to je status Grada Sarajeva. Povod je usvajanje amandmana na Ustav Kantona Sarajevo, kojima su utvrđene vlastite nadležnosti i prihodi Grada Sarajeva, a što je preduslov za djelovanje jedinice lokalne samouprave.

Ovim radom biće predstavljene specifičnosti grada kao jedinice lokalne samouprave u Federaciji Bosne i Hercegovine, s posebnim osvrtom na ustavnopravni status Grada Sarajeva. U vezi s tim, analizirat će se izmjene Ustava Kantona Sarajevo kojima se ovaj akt usklađuje sa Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine i Zakonom o principima lokalne samouprave u Federaciji BiH.

2. Lokalna samouprava – opšte napomene

Lokalna samouprava kao najviši stepen samostalnosti u odnosu centralnih i lokalnih vlasti, predstavlja jedan od standarda demokratske države, o čemu svjedoči i Evropska povelja o lokalnoj samoupravi iz 1985. godine, donesena u okviru Vijeća Evrope koju su potpisale i ratifikovale skoro sve evropske države. Mehanizmima lokalne samouprave, između ostaloga, ostvaruju se demokratska načela direktne i indirektne političke participacije građana, kao i načelo supsidijarnosti. Radi se o upravljanju lokalnim zajednicama što bliže građanima, odnosno odlučivanju o javnim poslovima direktno od strane stanovnika jedne uže lokalne zajednice ili putem predstavnika koje direktno biraju građani. Shodno tome lokalna samouprava se može odrediti i kao lokalna vlast koju vrše lokalni organi (Marković, 1998), a koja je originerna, svojstvena i osnovna organizacija vlasti.

Kada se kaže originerna, to se odnosi na njeno svojstvo da je kao takva garantovana ustavom, što je suštinski razlikuje od različitih oblika decentralizacije vlasti. U vezi s tim, nadležnosti koje su u okviru organa lokalne samouprave, nije moguće mijenjati odlukama centralnih organa vlasti, te su organi lokalne samouprave nezavisni od centralnih državnih institucija, a u okviru ustavnih ovlaštenja.

Član 3. Evropske povelje o lokalnoj samoupravi utvrđuje dva najznačajnija konstitutivna elementa lokalne samouprave, a to su:

1. pravo i osposobljenost lokalnih vlasti da, u okvirima zakona, regulišu i rukovode znatnim dijelom javnih poslova, na temelju vlastite odgovornosti i u interesu lokalnog stanovništva;

2. svoje pravo lokalne vlasti vrše putem vijeća i skupštine izabranih na demokratskim neposrednim izborima, a koji (vijeća, odnosno skupštine) mogu imati izvršna tijela koja su im odgovorna, te putem referenduma ili drugih oblika neposrednog odlučivanja građana.

Smatramo da je jednako važno i određenje lokalne zajednice, odnosno elemenata koji je determinišu: teritorij i ljudi na njemu, njihove specifične potrebe, djelatnosti neophodne za ostvarivanje tih potreba, ali i veoma važan subjektivni element – svijest ljudi o zajednici kojoj pripadaju (Dedić, 2011). Pitanje kolika treba da bude i šta obuhvata teritorijalna jedinica lokalne samouprave jedno je od najvažnijih pitanja vezanih za lokalnu samoupravu (Marković, 1998), jer je to ujedno i pitanje teritorijalne podjele države na lokalne jedinice, a kojim se provodi i načelo jednostepenosti koje znači djelovanje samo kroz jedan oblik jedinica lokalne samouprave (opština) ili višestepenosti kada se lokalna samouprava organizuje na nivou dvije (opštine i gradovi) ili više jedinica lokalne samouprave.

3. Lokalna samouprava u Federaciji Bosne i Hercegovine

O pravnoj prirodi Bosne i Hercegovine postoji čitav niz različitih stavova, međutim, smatramo da ne možemo pogriješiti ako kažemo da se radi o asimetričnoj uređenoj složenoj državi, što se dijelom reflektuje i na lokalnu samoupravu u BiH. Naime, Ustav Bosne i Hercegovine ne sadrži odredbe vezane za lokalnu samoupravu, a ne postoji ni okvirni zakon o lokalnoj samoupravi na državnom nivou. Budući da je Bosna i Hercegovina 2002. godine ratifikovala Evropsku povelju o lokalnoj samoupravi[1], ona je i formalno dio pravnog sistema i predstavlja zajednički okvir prema kojem je organizovana lokalna samouprava na entitetskom nivou. Radi različite unutrašnje organizacije entiteta, ni lokalna samouprava nije jednako uspostavljena. U Fede-

[1] BiH je još 1994. godine ratifikovala Evropsku povelju o lokalnoj samoupravi (Uredba o ratifikaciji Evropske povelje o lokalnoj samoupravi, Službeni list RBiH, br. 31/94).
U aprilu 2002. godine Bosna i Hercegovina je postala 44. članica Vijeća Evrope, te se između ostalog obavezala da će provesti Evropsku povelju o lokalnoj samoupravi, u roku od dvije godine po prijemu.

raciji Bosne i Hercegovine imamo složenu organizaciju te između centralnog nivoa vlasti i lokalnih zajednica djeluju i kantonalni organi vlasti. Republika Srpska je centralistički uređena, što se odražava i na nadležnosti i status jedinica lokalne samouprave[2].

Temelj pravnog okvira u kojem djeluju jedinice lokalne samouprave u Federaciji BiH je Ustav FBiH (član VI. 1 – 7; član VI.A i VI.B.)[3], zatim Zakon o principima lokalne samouprave u Federaciji BiH[4], kantonalni ustavi i zakoni, statuti gradova i opština, a od međunarodnih dokumenata Evropska povelja o lokalnoj samoupravi.

Ustavom FBiH uspostavljen je dvostepeni tip lokalne samouprave, odnosno definisana su dva tipa jedinica lokalne samouprave – opštine i gradovi. Ovim radom nećemo analizirati opštine[5] kao jedinice lokalne samouprave, a njihov pravni status, organizacija i nadležnosti uređeni su istim pravnim aktima kojima je uređen status gradova, a koji će biti predstavljeni u daljem tekstu. Kada govorimo o gradovima u Federaciji BiH, njihov status je uređen Ustavom Federacije BiH i Zakonom o principima lokalne samouprave u Federaciji BiH (u daljem tekstu Zakon). Ova dva akta utvrđuju definiciju grada, način uspostavljanja, nadležnosti, organizaciju i strukturu. Smatramo da se ne radi čistom monotipskom konceptu[6], već da postoje i obilježja višetipskog koncepta lokalne samouprave. Višetipski koncept prepoznajemo u odnosu na ustavnopravni status grada tj. način uspostavljanja grada, o čemu će se govoriti u daljem tekstu.

Pravni sistem Federacije BiH prepoznaje ukupno pet različitih modela uspostavljanja gradova, dva modela predviđena Ustavom FBiH, te tri modela koja razrađuju odredbe Zakona o principima lokalne samouprave u FBiH.

Ustavom Federacije BiH članom VI.A[7] regulisane su gradske vlasti. Predviđena je mogućnost formiranja grada kao jedinice lokalne uprave i samouprave na području dvije ili više opština, urbano povezanih svakodnevnim potre-

---

2 Detaljno o lokalnoj samoupravi u BiH kod: Dedić, 2011; Zlokapa, 2007.

3 Aneks IV Dejtonskog mirovnog sporazuma Ustav BiH uopšte ne sadrži odredbe o lokalnoj samoupravi.

4 Službene novine Federacije BiH, br. 49/06 i 51/09.

5 Detaljno o opštinama kao jedinicama lokalne samouprave kod Dedić, 2011.

6 Kod tzv. monotipskih jedinica lokalne samouprave sve jedinice lokalne zajednice (npr. svi gradovi ili sve opštine) imaju iste nadležnosti, tj. treba da obavljaju u principu iste poslove bez obzira na to što su okolnosti u kojima se njihove aktivnosti odvijaju sasvim različite i bez obzira na to što same opštine raspolažu različitim sredstvima za ispunjavanje svojih obaveza (Zlokapa, 2007, str. 191).

7 Poglavlje koje je Amandmanom XVI dodato u Ustav.

bama građana, što su ujedno i bitni elementi grada koje kasnije preuzima i Zakon. Ustav navodi osnovne odgovornosti grada, organizacijsku strukturu, kao i nadležnosti gradskih organa, te je predviđeno da kantonalne, odnosno opštinske vlasti mogu prenositi nadležnosti na grad, što znači da ne možemo govoriti o jednakom pravnom statusu gradova koji se mogu formirati u Federaciji BiH, jer nadležnosti gradskih vlasti mogu varirati od kantona do kantona. Najbolji primjer je dugogodišnja praksa u slučaju Grada Sarajeva.

Drugi model grada koji poznaje Ustav Federacije BiH se faktički odnosi na dva grada, Sarajevo i Mostar, koji imaju poseban ustavnopravni status. Grad Sarajevo kao jedinica lokalne samouprave[8], a Grad Mostar kao jedinica lokalne uprave i samouprave[9]. Međutim, poseban ustavnopravni status nije garant stabilne i prosperitetne lokalne zajednice ako ga prati nedostatak političke volje. U političkoj praksi ova dva grada susreću se s mnogim problemima; Grad Sarajevo dugi niz godina bio je bez vlastitih nadležnosti, a Mostar bez demokratski izabranih vlasti jer se lokalni izbori nisu održali još od 2008. godine.[10] Kao što je u uvodu spomenuto, ovaj rad će se u daljem tekstu prije svega fokusirati na status Sarajeva, jer bi kvalitetna analiza statusa oba grada trebala mnogo više prostora nego što je standard članka.

Zakon o principima lokalne samouprave u Federaciji BiH je uz Ustav najvažniji pravni akt kojim se uređuju principi lokalne samouprave, utvrđuju definicija lokalne samouprave, samoupravni djelokrug[11], organi jedinica lokalne samouprave[12] i njihovi uzajamni odnosi i druga statusna pitanja. Budući da Zakon ne pravi razliku između opština i gradova po spomenutim kategorijama, vezano za temu rada osvrnut ćemo se samo na definiciju grada, te odredbe o uspostavljanju gradova, kojim su utvrđena tri modela uspostavljanja grada kao jedinice lokalne samouprave.

Član 5.

Grad je jedinica lokalne samouprave koja predstavlja urbanu, infrastrukturnu cjelinu povezanu svakodnevnim potrebama stanovništva.

Grad se, osim ustavom, uspostavlja federalnim zakonom na osnovu sporazuma o udruživanju dviju ili više općina, odnosno odluke općinskog vijeća općine

8 Amandman XXVI na Ustav Federacije.
9 Amandman CI na Ustav Federacije.
10 Detaljnije o problemu održavanja lokalnih izbora u Mostaru vidi kod: Pobrić (2013, 2017).
11 Član 8. Zakona navodi čak 29 vlastitih nadležnosti jedinica lokalne samouprave.
12 Organi jedinice lokalne samouprave su opštinsko odnosno gradsko vijeće kao organ odlučivanja, te načelnik i gradonačelnik kao izvršni organi.

koja ispunjava propisane kriterije stava 1. ovog člana, a koja ima najmanje 30.000 stanovnika, odnosno u čijem gradskom središtu kao zaokruženom urbanom području živi najmanje 10.000 stanovnika.

Grad u smislu ovog Zakona predstavlja sjedište kantona i u slučaju neispunjavanja uvjeta iz stava 2. ovog člana.

Izuzetno od uvjeta iz st. 1. i 2. ovog člana, gradom se može proglasiti općina od posebnog historijskog i kulturnog značaja.

Zakon je djelimično preuzeo definiciju grada kao urbane, infrastrukturne cjeline povezane svakodnevnim potrebama stanovništva, ali kao jedinice lokalne samouprave, dakle ne uprave i samouprave kao što to čini Ustav. Daljim odredbama razrađuje se ustavna odredba o uspostavljanju grada za područje dvije ili više opština, te precizira da se ovakvo formiranje grada može izvršiti samo federalnim zakonom, kao i da je za pokretanje ovog zakonodavnog postupka pretpostavka postignut sporazum opština. Dakle, centralni organi vlasti (federalni u ovom slučaju) nemaju zakonodavnu autonomiju u pogledu mijenjanja granica kada se radi o udruživanju opština u grad. Ovo rješenje utemeljeno je Evropskom poveljom koja propisuje ustavnu i zakonsku zaštitu principa lokalne samouprave (član 2), a kojom se štiti promjena granica lokalne vlasti bez prethodnih konsultacija, a ukoliko je moguće i referenduma (član 5). Zakonom nisu utvrđeni rokovi u kojima federalni organi trebaju pokrenuti postupak udruživanja opština u grad, što bi moglo dovesti do blokade u slučaju političkih neslaganja između lokalnih zajednica i centralnih organa vlasti. Do sada u Federaciji Bosne i Hercegovine nije bilo slučaja udruživanja dvije ili više opština u grad, a Zakon nije precizirao da li inicijativa o udruživanju dvije ili više opština u grad treba da krene od opštinskog vijeća, da li vijeće treba potvrditi sporazum, da li prijedlog može pokrenuti načelnik, kao i da li bi se ovakva inicijativa mogla pokrenuti i od strane građana na referendumu.

Ipak, pretpostavka je da inicijativa treba krenuti od opštinskih vijeća. Ovaj zaključak izvodimo iz daljih odredbi Zakona kojim je utvrđeno da se grad može uspostaviti federalnim zakonom, na osnovu odluke opštinskog vijeća u opštini koja predstavlja urbanu, infrastrukturnu cjelinu povezanu svakodnevnim potrebama stanovništva, a koja ima najmanje 30.000 stanovnika, odnosno, da u gradskom središtu kao zaokruženoj urbanoj cjelini živi najmanje 10.000 stanovnika. U ovom slučaju zakonodavac je faktički utvrdio da je osim kriterija iz prvog stava, dodatni uslov za proglašenje opštine gradom, što se vidi iz citiranih odredbi, demografski kriterij.

Zakon utvrđuje još jednu varijaciju uspostavljanja grada na način da se gradom može smatrati opština koja je sjedište kantona i u slučaju da ne ispunjava uslove vezane za broj stanovnika koji žive u njoj. Ovaj model formiranja grada je neprecizno i nejasno definisan. U Komentaru Zakona o principima lokalne samouprave Federacije BiH[13] postavljeno je pitanje da li opštine u kojima je sjedište kantona predstavljaju grad po samom Zakonu ili i u ovom slučaju treba donijeti poseban federalni zakon. Odredbama iz člana 5. stava 3. Zakona ne utvrđuje se striktno potreba donošenja federalnog zakona o gradu u slučaju kada se radi o opštini koja je sjedište kantona. Pojedini autori su ekstenzivnim tumačenjem Zakona došli do stava da su opštine koje su ujedno i sjedišta kantona, *ex lege* postale gradom (Dedić, 2011). Međutim, praksa je demantovala ovakav stav. Naime, tokom 2014. godine donesena su četiri zakona kojima su opštine (Bihać, Tuzla, Zenica i Široki Brijeg[14]) koje su sjedište kantona proglašene gradovima jedinicama lokalne samouprave, a na temelju člana 5. stav 3. Zakona, te su zadržale teritoriju koja je prema evidenciji Federalnog zavoda za statistiku bila u okviru opština na dan stupanja ovih zakona. Zakoni za sva četiri grada sadrže identične odredbe kojima su propisana svojstva, organi i način njihovog izbora, donošenje statuta i druga statusna pitanja. Zakonima je utvrđeno da su proglašeni gradovi pravni sljedbenici opština, te da uz Ustavom i Zakonom utvrđene nadležnosti grada, preuzimaju nadležnosti, prava i obaveze te imovinu opština. Sazivi opštinskih vijeća i načelnici opština su stupanjem na snagu zakona nastavili s radom kao vijećnici gradskog vijeća i gradonačelnik. Odredbe o organizacionoj strukturi su jednake u svim zakonima, te kao samoupravne organe utvrđuju gradsko vijeće kao organ odlučivanja, koji se bira direktnim izborima na području cijelog grada, a izvršni organ je gradonačelnik koji se bira direktnim putem u skladu sa Zakonom o izboru, prestanku mandata, opozivu i zamjeni načelnika opština u Federaciji BiH[15]. Gradovi koji su uspostavljeni na ovaj način, prema svom pravnom statusu jednaki su opštinama, jedino što ih razlikuje jeste naziv.

I posljednji model uspostavljanja grada predviđen Zakonom je mogućnost da se, izuzetno od uslova st. 1. i 2. člana 5, gradom može proglasiti opština od posebnog istorijskog i kulturnog značaja. Dakle, Zakon utvrđuje da se i opština koja ne zadovoljava uslove urbane infrastrukturne cjeline, kao ni spomenute demografske kriterije, može proglasiti gradom ako se utvrdi da je od posebnog istorijskog i kulturnog značaja. Shodno ranije navedenom,

[13] Komentar Zakona o principima lokalne samouprave Federacije, Sarajevo, 2007.
[14] Zakon o Gradu Široki Brijeg, Zakon o Gradu Zenica, Zakon o Gradu Bihać i Zakon o Gradu Tuzla (Službene novine Federacije BiH, br. 80/14).
[15] Službene novine Federacije BiH, 19/08.

smatramo da bi se i u ovom slučaju grad mogao uspostaviti samo federalnim zakonom, iako Zakon to nije decidirano utvrdio.

I na kraju, moramo spomenuti, da federalni zakonodavac izmjenama Ustava, uz Sarajevo i Mostar, može ustavnopravni položaj uspostaviti i za druge gradove.

4. Grad Sarajevo – ustavnopravni položaj

Pravni status Sarajeva je u najmanju ruku kompleksan. Radi se o gradu koji je istovremeno glavni grad BiH (član 1.5. Ustava BiH), glavni grad Federacije BiH (član 4. Ustava FBiH), sjedište Kantona Sarajevo (član 3 Ustava Kantona Sarajevo), te jedinica lokalne samouprave.

Dejtonski mirovni sporazum stupio je na snagu prije dvadeset dvije godine, međutim, ustavna odredba o glavnom gradu nije dobila zakonsku razradu vezano za funkcionisanje, teritorijalni obuhvat, nadležnosti i finansiranje Grada Sarajeva kao glavnog grada države, što se smatra nezabilježenom ustavnom prazninom u savremenim državama, gdje je praksa da se status glavnog grada utvrđuje posebnim zakonom (Dedić, 2011).

Ustavnopravni položaj Sarajeva kao glavnog grada FBiH utvrđen je Amandmanom XXVI na Ustav FBiH, kojim je dodato poglavlje VI.B. Organizacija Sarajeva[16]. Ovim amandmanom utvrđuje se da se u Kantonu Sarajevo osniva Grad Sarajevo kao jedinica lokalne samouprave, te da se nadležnosti Grada Sarajeva kao i organizaciona struktura uređuju Ustavom Kantona, čime je ustavotvorac Grad Sarajevo funkcionalno i organizaciono vezao za Kanton Sarajevo. Naime, pretpostavka je da bi i Grad Sarajevo trebao obuhvatiti teritoriju opština koje su urbano i teritorijalno povezane svakodnevnim potrebama građana, što je temeljna ustavna i zakonska odrednica grada. Međutim, Ustav samo u slučaju Sarajeva pravi iznimku, jer teritorijalnu organizaciju Grada Sarajeva prepušta kantonalnom Ustavu, a kojim je utvrđeno da Grad Sarajevo čine opštine Centar, Novi Grad, Novo Sarajevo i Stari

[16] VI. B. Organizacija Sarajeva
1. U Kantonu Sarajevo osniva se Grad Sarajevo kao jedinica lokalne samouprave. Ustavom Kantona Sarajevo bit će uređeno koje općine ulaze u sastav Grada Sarajeva.
2. Sastav i način odlučivanja organa Grada Sarajeva odražava multietničnost i posebnost Grada Sarajeva kao glavnog grada Federacije Bosne i Hercegovine.
3. Nadležnost, organizaciona struktura i način odlučivanja organa Grada Sarajeva utvrđuju se Ustavom kantona, kantonalnim zakonima i Statutom Grada, u skladu sa ovim Ustavom.

Grad[17]. Problem je u činjenici da svakodnevne potrebe građana vezane za urbanu infrastrukturu obuhvataju mnogo šire područje od opština koje su ušle u sastav Grada Sarajeva, što dovodi u pitanje njegovu funkcionalnost i svrsishodnost.

Jedno vrijeme kao sporna činjenica navodilo se da je Ustavom Federacije utvrđeno da Grad Sarajevo predstavlja samo jedinicu lokalne samouprave, dok su ostali gradovi u Federaciji Bosne i Hercegovine, prema odredbama Amandmana XVI na Ustav, jedinice lokalne uprave i samouprave. Donošenjem Zakona ova distinkcija je eliminisana, te je grad određen kao jedinica lokalne samouprave, a što su kasnije preuzeli i zakoni kojima su opštine Zenica, Široki Brijeg, Tuzla i Bihać uspostavljene kao gradovi jedinice lokalne samouprave. U vezi s tim, smatramo da ne stoji nekadašnji argument da se radi o diskriminacijskoj odredbi.

5. Grad Sarajevo kao jedinica lokalne samouprave nakon usvajanja amandmana L–LVIII na Ustav Kantona Sarajevo

U uvodnom izlaganju naveli smo da su dva temeljna obilježja lokalne samouprave ustavom i zakonom garantovane vlastite nadležnosti, te samostalna organizacijska struktura koja podrazumijeva kolektivne organe odlučivanja, te izvršne organe koji su im odgovorni. Na nivou Grada Sarajeva, upravo su ova dva elementa bila neriješena u posljednjih 10 godina, što je dovelo do grubog kršenja Ustava FBiH, Zakona, kao i principa utvrđenih Evropskom poveljom o lokalnoj samoupravi. Amandmanima L do LVII[18] na Ustav Kantona Sarajevo, koje ćemo i predstaviti, učinjen je prvi korak da Grad Sarajevo više ne bude grad "drugog reda". Stoga, amandmane nećemo analizirati numeričkim redoslijedom, već shodno materiji koju tretiraju.

Ustavom Federacije BiH delegirano je na Ustav Kantona da odredi nadležnosti Grada, a što je kasnije dodatno naglašeno i Zakonom[19] koji je utvrdio rok

---

[17] Amandman I na Ustav Kantona Sarajevo (Odluka o proglašenju Amandmana I–XIII na Ustav Kantona Sarajevo od 8. 9. 1997. godine).

[18] Službene novine Kantona Sarajevo, br. 31/17.

[19] Zakon taksativno navodi čak 29 vlastitih nadležnosti. Međutim, za Grad Sarajevo Zakon propisuje drugačiji tretman, te je članom 60 utvrđeno:
"Odredbe ovog zakona primjenjivat će se i na Grad Sarajevo i na Grad Mostar, osim onih koje su u suprotnosti sa odredbama Ustava Federacije BiH koje su regulirale status Grada Sarajeva i Grada Mostara.
U Kantonu Sarajevo, ustavom, zakonom i statutom uredit će se pitanja nadležnosti i teritorijalne organizacije Grada Sarajeva, općina u sastavu Grada Sarajeva, kao i općina koje nisu u sastavu Grada Sarajeva, njihovi međusobni odnosi i

od 12 mjeseci za donošenje odredbi o nadležnosti. Ipak, sve do 31. 7. 2017. godine Ustav Kantona Sarajevo nije utvrdio nijednu nadležnost Grada, već samo utvrdio da će se nadležnosti i unutrašnja organizacija Grada urediti Statutom Grada[20]. Dakle, punih deset godina kantonalne vlasti su zanemarile jedan od temeljnih principa demokratske države, princip vladavine prava. U vezi s tim posebno mislimo na neusaglašenost pravnih akata, i to prije svega na neusaglašenost kantonalnog Ustava sa Ustavom FBiH i Zakonom vezano nadležnosti i organizacionu strukturu Grada Sarajeva. Osim toga i dio nadležnosti utvrđenih Statutom Grada bile su u suprotnosti sa Ustavom Kantona, ali djelimično i sa Ustavom FBiH, te su bile neprimjenjive, a Grad nefunkcionalan. Usvajanjem amandmana LII, kojim se uvodi novi član 4d. prvi put se utvrđuju nadležnosti Grada Sarajeva usklađene s Ustavom Federacije i Zakonom:

1. osiguranje i zaštita ljudskih prava i osnovnih sloboda u skladu sa ustavom;
2. donošenje budžeta Grada i organizovanje efikasne gradske uprave prilagođene potrebama Grada;
3. donošenje programa i planova razvoja Grada i stvaranje uslova za privredni razvoj i zapošljavanje, rad dobrotvornih organizacija i unapređenje turizma;

način finansiranja, s obzirom na specifičnosti organizacije Sarajeva, u roku od 12 mjeseci od dana donošenja ovog zakona."

[20] Odredbom člana 16. Statuta utvrđene su nadležnosti Grada Sarajeva:
"Grad Sarajevo je nadležan za:
1. urbano planiranje/upotrebu lokalnog zemljišta;
2. javne službe/infrastrukturu (vodu, kanalizaciju, prikupljanje otpada, grijanje, gas, tržnice, javne parkove, vatrogasne brigade, lokalne zdravstvene službe, sportske objekte, groblja);
3. gradske finansije;
4. javni saobraćaj;
5. kulturu;
6. osnovno i srednje obrazovanje;
7. lokalni biznis;
8. dobrotvorne organizacije;
9. lokalni radio i televiziju;
10. lokalni turizam;
11. izvršne aspekte stambene politike (dodjela stanova, planiranje, izgradnja i održavanje zgrada u društvenom vlasništvu, odluke o visini stanarina);
12. druge nadležnosti koje Gradu Sarajevu prenese Kanton Sarajevo, odnosno povjere općine."

4. utvrđivanje i provođenje politike planiranja i uređenja prostora i zaštite okoliša na teritoriji Grada i rješavanje u upravnom postupku u oblasti građenja, u skladu sa zakonom;
5. utvrđivanje politike korišćenja i utvrđivanje visine naknada za korišćenje javnih dobara od interesa za Grad, upravljanje prirodnim resursima od značaja za Grad i raspodjela sredstava ostvarenih po osnovu njihovog korišćenja;
6. upravljanje i raspolaganje imovinom Grada;
7. upravljanje, finansiranje i unapređenje djelatnosti i objekata gradske komunalne infrastrukture: a. gradska groblja; b. mostovi od posebnog značaja za Grad; c. gradska ulična rasvjeta; d. gradski parkovi;
8. odlučivanje o raspolaganju stanovima u vlasništvu Grada i visini zakupnine za korištenje stanova koji su u vlasništvu Grada, propisivanje pravila održavanja reda u stambenim zgradama na području Grada, obezbjeđivanje sredstava za radove radi zaštite objekata od kulturno-istorijskog značaja na području Grada, uređivanje i obezbjeđivanje korištenja poslovnog prostora kojim upravlja Grad,utvrđivanje visine naknade za korištenje poslovnih prostora u vlasništvu Grada i vršenje nadzora nad njihovim korištenjem;
9. određivanje imena ulica i trgova na području Grada;
10. donošenje propisa o uslovima, izgradnji i održavanju spomenika, spomeničkih i sličnih obilježja na području Grada;
11. osnivanje, upravljanje, unapređenje i finansiranje ustanova i izgradnja objekata za zadovoljavanje potreba stanovništva u oblasti kulture i sporta od značaja odnosno posebnog interesa za Grad;
12. utvrđivanje osnova zajedničke politike razvoja kulture, fizičke kulture, sporta, odmora i rekreacije građana na području Grada i organizovanje odnosno učestvovanje u organizovanju kulturnih i sportskih manifestacija i sportskih takmičenja od značaja za Grad;
13. analiza stanja javnog reda i mira, bezbjednosti ljudi i imovine, te predlaganje mjera prema organima nadležnim za ova pitanja;
14. donošenje propisa o porezima, naknadama, doprinosima i taksama iz nadležnosti Grada;
15. uspostavljanje i vršenje inspekcijskog nadzora nad izvršavanjem propisa iz vlastitih nadležnosti Grada;
16. raspisivanje referenduma za područje Grada;

17. raspisivanje samodoprinosa, javnog zajma i odlučivanje o zaduženju Grada;
18. osnivanje i obezbjeđivanje uslova rada gradskih radio i TV stanica, štampanih glasila i drugih sredstava javnog informisanja;
19. podsticanje razvoja civilnog društva;
20. zaštita životinja.

Obavljanje pojedinih poslova iz stava 1. ovog člana Grad može, u skladu sa Zakonom, povjeriti ustanovama, privrednim društvima, drugim pravnim licima i obrtnicima.

U odnosu na postojeće statutarne nadležnosti, izostavljene su nadležnosti iz srednjeg, osnovnog i predškolskog obrazovanja, dio oblasti javnog saobraćaja i komunalnih djelatnosti, izvršni aspekti stambene politike, organizacija vatrogasne službe i lokalne zdravstvene ustanove.

Istim amandmanom uveden je i član 4e, kojim se nastoji riješiti ranije spomenuti problem da urbana i teritorijalna povezanost svakodnevnim potrebama građana podrazumijeva područje šire od četiri gradske opštine. U vezi s tim, Ustavom Kantona sada je utvrđeno da Grad i opštine koje nisu u njegovom sastavu zajednički upravljaju, finansiraju i unapređuju nedjeljivu komunalnu infrastrukturu i to: vodosnabdijevanje, održavanje javne čistoće, snabdijevanje prirodnim gasom, grijanje i javni prevoz.

6. Organizacija Grada Sarajeva

Unutrašnja organizacija Grada Sarajeva uređena je Ustavom Kantona Sarajevo[21] i Statutom Grada Sarajeva. Posljednjim setom amandmana izmijenjene su odredbe kantonalnog Ustava koje se tiču Statuta i organizacione strukture Grada. Amandman L mijenja postojeći član 4a Ustava, i utvrđuje da se Statutom uređuju i pitanja od vitalnog nacionalnog interesa konstitutivnih naroda i Ostalih, a u skladu s principima utvrđenim u Ustavu Federacije i Ustavu Kantona, što se prevashodno odnosi na princip proporcionalne zastupljenosti konstitutivnih naroda i Ostalih u organima uprave i Gradskom vijeću, raspodjele funkcija i sl.

Organi Grada Sarajeva su Gradsko vijeće i gradonačelnik. U sastav Gradskog vijeća ulazi 28 vijećnika, a svako opštinsko vijeće bira po sedam dele-

[21] Amandman LI na Ustav Kantona Sarajevo, Službene novine Kantona Sarajevo, br. 31/17.

gata u Gradsko vijeće iz reda opštinskih vijećnika[22]. Kada govorimo o organizacionoj strukturi, dosadašnje odredbe Ustava Kantona vezano za gradsko vijeće bile su suprotne Ustavu Federacije, kojim je utvrđeno da broj vijećnika ne može biti manji od 15, niti veći od 31, ali da gradsko vijeće statutom utvrđuje broj vijećnika, izbornu proceduru i dužinu trajanja mandata. Ustav Kantona Sarajevo je zanemario ustavne ovlasti Gradskog vijeća, te direktno utvrdio sastav Gradskog vijeća. Amandmanom LI na Ustav Kantona došlo je do usaglašavanja ovih odredbi.

Istim amandmanom izvršeno je usaglašavanje Ustava Kantona Sarajevo s Odlukom Ustavnog suda BiH o konstitutivnosti naroda[23], kao i odredbe Ustava FBiH da sastav organa Grada Sarajeva oslikava multietničnost i posebnost Grada. Odredbama kantonalnog Ustava prije izmjena od 31. 7. 2017. godine garantovan je Bošnjacima i Hrvatima i grupi Ostalih minimum od 20% mjesta u Gradskom vijeću bez obzira na izborne rezultate, što je spomenutim amandmanom promijenjeno. Nova odredba člana 4 b, identična je odredbama Statuta Grada[24] i utvrđuje da se Bošnjacima, Hrvatima i Srbima garantuje minimalno 20% mjesta u Gradskom vijeću, a pripadnicima iz reda Ostalih najmanje dva mjesta bez obzira na rezultate.

Amandmanom LVII uveden je i novi član 4 c kojim je utvrđena dužina mandata gradskih vijećnika koja se izjednačava s mandatom opštinskih vijećnika delegiranih u Gradsko vijeće, te su utvrđene ovlasti Gradskog vijeća. Izvršeno je i usaglašavanje kantonalnog Ustava sa Ustavom Federacije vezano za izbor gradonačelnika i njegove ovlasti. Istim amandmanom preuzete su i odredbe Statuta Grada o uvođenju funkcije zamjenika gradonačelnika, koji ne mogu biti iz reda istog konstitutivnog naroda i Ostalih. Utvrđen je i mandat gradonačelnika i zamjenika gradonačelnika, te izjednačen sa mandatom gradskih vijećnika. Propisivanje osnovnih nadležnosti Gradskog vijeća i gradonačelnika izvršeno je u skladu s opštim odredbama Ustava FBiH iz člana VI.A. i sa Zakonom.

Ustavom Federacije u nadležnosti gradskih vijeća utvrđen je izbor gradonačelnika, što znači da se bira posrednim putem, a ne od strane građana. Međutim, Grad Sarajevo je uz Grad Mostar, jedini grad ne samo u Federaciji BiH, već i u BiH gdje se gradonačelnik ne bira direktnim putem već posredno od strane gradskog vijeća, jer su zakoni kojim su opštine Široki Brijeg, Bihać, Tuzla i Zenica uspostavljene kao gradovi u svojim odredbama utvrdili

[22] Član 22. Statuta Grada Sarajeva, prečišćeni tekst, Službene novine Kantona Sarajevo, br. 34/08.
[23] Odluka Ustavnog suda BiH U-5/98.
[24] Član 22. Statuta Grada Sarajeva.

direktni izbor gradonačelnika pozivajući se na odredbe Zakona o izboru, prestanku mandata, opozivu i zamjeni načelnika opština u Federaciji BiH.

Smatramo da bi se trebala pokrenuti inicijativa za izmjene Ustava FBiH i Izbornog zakona BiH[25] koje bi omogućile promjenu nižih pravnih akata i uvođenje direktnog izbora gradonačelnika Grada Sarajeva, čime bi se Sarajevo dovelo u isti rang s drugim gradovima u Bosni i Hercegovini, što je na tragu evropskih trendova u lokalnoj samoupravi.

Direktni način izbora nosilaca izvršne vlasti na lokalnom nivou dio je reforme institucionalnog okvira jedinica lokalne samouprave u mnogim evropskim državama, što je navedeno i u Rezoluciji 139 Kongresa regionalnih i lokalnih vlasti u Evropi.[26] Preporukom 151 Kongresa regionalnih i lokalnih vlasti[27] u Evropi utvrđene su prednosti i nedostaci direktnog izbora lokalnih izvršnih organa. Kao prednosti nabrojane su: jači izborni legitimitet gradonačelnika, veći značaj lokalne zajednice, jasnija podjela nadležnosti između vijeća i načelnika, viši stepen nezavisnosti vijeća, identifikacija građana sa lokalnom zajednicom, jačanje lokalne demokratije, veća odgovornost načelnika, jednostavnija i manje skupa procedura izbora. Kao problemi koji mogu pratiti direktni izbor nosilaca izvršne vlasti su: političke blokade koje mogu dovesti do nefunkcionalne lokalne zajednice, prevelika koncentracija moći u jednoj osobi koja dovodi do slabljenja uloge vijeća, personalna uzurpacija javnih poslova, redukovanje internih kontrola, populizam, slabljenje uloge političkih partija.

7. Izvori finansiranja Grada Sarajeva

Osim navedenih izmjena, status Grada Sarajeva kao jedinice lokalne samouprave je osnažen i Amandmanom LV, kojim je izmijenjen dosadašnji član 38 Ustava Kantona, a kojim se utvrđuju i vlastiti prihodi opština i Grada, koji će omogućiti i finansijsku opstojnost i samostalnost Grada. Utvrđeno je da opština i Grad imaju pravo na odgovarajuće izvore finansiranja kojima slobodno raspolažu u okviru svojih ovlaštenja, te da imaju pravo na posebna sredstva za obavljanje delegiranih ili prenesenih poslova Kantona.

[25] Članom 13.10 Izbornog zakona BiH, utvrđeno je da gradsko vijeće bira gradonačelnika. (Službeni glasnik BiH, broj 23/01)

[26] Resolution 139(2002) on relations between the public, the local assembly and the executive in local democracy, Congress of Local and Regional Authorities, Strasbourg, 2002.

[27] Recommendation 115 (2004) on the advantages and disadvantages of a directly elected local executive in the ligjt of principles of the European Charter of Local Self-Government, Congress of Local and Regional Authorities, Strasbourg, 2004.

Također, utvrđeni su i vlastiti prihodi kojima mogu slobodno raspolagati u okviru svoje nadležnosti, a koje ostvaruju oporezivanjem, zaduživanjem i na druge načine u skladu sa zakonom, kao i da jedan dio finansijskih prihoda Grad ostvaruje od lokalnih taksi i naknada čiju stopu samostalno određuju u okviru zakona. Kao veoma značajno izdvajamo da se u skladu s fiskalnom politikom, kantonalnim zakonom utvrđuju vrste poreza, naknada, doprinosa i taksi koji u cijelosti ili djelomično pripadaju opštini i Gradu kao izvorni prihodi.

Ovim je izvršeno usklađivanje Ustava Kantona Sarajevo sa članom 34. Zakona, ali i sa Evropskom poveljom o lokalnoj samoupravi koja utvrđuje pravo lokalnih zajednica na vlastite izvore finansiranja (član 9).

Na temelju Evropske povelje o lokalnoj samoupravi donesen je i Amandman LVI kojim je definisano da opština i Grad imaju pravo na pokretnu i nepokretnu imovinu, kojom upravlja opštinsko odnosno Gradsko vijeće.

Posljednjim usvojenim Amandmanom LVII propisuje se obaveza usklađivanja kantonalnih zakona kojima je uređena lokalna samouprava i pripadnost javnih prihoda sa usvojenim amandmanima i uređivanje pitanja nadležnosti i odgovornosti Grada i opština, njihovih međusobnih odnosa i načina finansiranja, a prenos i preuzimanje nadležnosti i finansijskih sredstava potrebno je izvršiti u roku od dvije godine od dana stupanja na snagu usvojenih amandmana.

Konkretno, radi provođenja amandmana potrebno je na nivou Kantona donijeti Zakon o lokalnoj samoupravi, te zakone kojima će se urediti kriteriji za raspodjelu javnih prihoda između Kantona, opština i Grada Sarajeva. Osim navedenih promjena, potrebno je pristupiti izmjeni kantonalnih zakona iz različitih oblasti koje su sada i u nadležnosti Grada Sarajeva i opština, a koje sada obavlja Kanton.

8. Umjesto zaključka

Evropska povelja o lokalnoj samoupravi utvrđuje temeljna načela organizacije lokalnih zajednica, koja treba da predstavljaju standarde u organizaciji, nadležnostima i zaštititi lokalnih vlasti. Prije svega, potrebno je ustavom i zakonom utvrditi vlastite nadležnosti jedinica lokale samouprave, u kojima lokalni organi mogu samostalno odlučivati i donositi odluke na nivou koji je što bliži građanima. Grad Sarajevo ima poseban ustavnopravni status utvrđen Ustavom Federacije BiH, što se pokazalo nepovoljnim jer je funkcionalno i organizaciono potpuno ovisan o Ustavu Kantona Sarajevo. Ignori-

šući načelo vladavine prava, kantonalni organi vlasti godinama su odbijali uskladiti Ustav Kantona sa Ustavom Federacije BiH i Zakonom o principima lokalne samouprave u FBiH, te time pretvorili Grad Sarajevo u nefunkcionalnu lokalnu zajednicu, bez vlastitih nadležnosti i prihoda. Nakon deset godina kašnjenja izvršena su potrebna usklađivanja i stvorene pretpostavke za razvoj lokalne zajednice i provođenje načela koja utvrđuje Evropska povelja o lokalnoj samoupravi. Međutim, da bi Grad Sarajevo mogao izvršavati vlastite nadležnosti i ostvarivati prihode potrebno je izvršiti i brojne promjene na nivou kantonalnog zakonodavstva, za koje je utvrđen rok od dvije godine. Ukoliko se provedu sve potrebne izmjene i reforme, naredni saziv Gradskog vijeća i gradonačelnik koji trebaju biti izabrani 2020. godine, upravljat će potpuno "novim" Gradom.

Bibliografija

1. Dedić, S. (2011). *Lokalna samouprava u BiH*. Sarajevo.
2. Marković, R. (1998). *Ustavno pravo i političke institucije*. Beograd.
3. Pobrić, N. (2013). Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine – utjecaj na izbor vijećnika u Gradsko vijeće Grada Mostara. *Sveske za javno pravo*, 4 (13), 9–12.
4. Pobrić, N. (2017). Pravni status gradonačelnika Mostara poslije isteka mandata. *Sveske za javno pravo*, 7 (26), 63–64.
5. Recommendation 115 (2004) on the advantages and disadvantages of a directly elected local executive in the ligjt of principles of the European Charter of Local Self-Government. Congress of Local and Regional Authorities, Strasbourg.
6. Resolution 139(2002) on relations between the public, the local assembly and the executive in local democracy. Congress of Local and Regional Authorities, Strasbourg.
7. Zlokapa, Z. i dr. (2007). *Kocka do kocke – dobro je dobro graditi – Modeli organizacije lokalne samouprave*. Banja Luka.

Dr. Lejla Balić
Assistant professor

CITY AS A UNIT OF LOCAL SELF-GOVERNMENT IN THE FEDERATION OF BiH – REVIEW ON THE STATUS OF THE CITY OF SARAJEVO

Summary

Bosnia and Herzegovina has ratified the European Charter of Local Self-Government in 2002, but the standards that were set by the European Charter have not been met even fifteen years later. This situation is the result of many factors, the fact that local self-government is regulated at the level of entities, lack of harmonisation of entity level laws with the standards of the European Charter of Local Self-Government, lack of political will and deliberate obstructions of political officials, failure to enforce decisions of constitutional courts, fiscal policy.

The City of Sarajevo has a special constitutional-legal status established by the Constitution of the Federation of BiH, which showed to be quite unfavourable because the City is functionally and organisationally completely dependent on the Canton of Sarajevo. Ignoring the principle of the rule of law, cantonal authority bodies refused to harmonise the Constitution of the Canton of Sarajevo with the Constitution of the Federation of BiH and the Law on Principles of Local Self-Government in FBiH for years, thus turning the City of Sarajevo into a dysfunctional local community, without its own competences and income. After ten years of delay, necessary harmonisations were carried out and preconditions were created for the development of local community and implementation of the principles defined by the European Charter of Local Self-Government.

Keywords: *City of Sarajevo, local self-government, city as a unit of local self-government, Law on Principles of Local Self-Government in the Federation of BiH*

Dr. Edin Halapić
Vanredni profesor
e.halapic@pfsa.unsa.ba

UDK 341.485
Prethodno naučno saopćenje

IZUČAVANJE GENOCIDA

(Primjer Univerziteta u Sarajevu)

Sažetak

Ovaj rad odnosi se na pitanje naučnog pristupa genocidu, s posebnim osvrtom na društva koja su se kroz svoju historiju suočila s genocidom. Posebna pažnja posvećena je Bosni i Hercegovini, s obzirom na to da je tokom agresije u periodu 1992–1995. godine izvršen genocid. U pitanju je Srebrenica i dešavanja iz mjeseca jula 1995. godine. Danas, više od dvije decenije kasnije, Bosna i Hercegovina se suočava s novim izazovima, kao što su pitanja pravde, poricanja genocida i sjećanja na izvršeni genocid. U radu se posebna pažnja posvetila pitanju podučavanja o izvršenom genocidu u smislu kreiranja posebnog predmeta pri visokoškolskim ustanovama. Ovaj predmet, s odgovarajućim nastavnim planom i programom, treba osigurati kontinuitet sjećanja i ponuditi odgovore na niz pitanja s kojima se suočavaju postgenocidna društva. U radu se nalazi i komparativni prikaz organizacionih jedinica Univerziteta u Sarajevu, koje su u svoj nastavni plan i program uvrstile predmet koji se odnosi na genocid, odnosno njegovo izučavanje.

Ključne riječi: *genocid, Srebrenica, Bosna i Hercegovina, poricanje, trajno sjećanje, naučni pristup, izučavanje*

1. Uvod

Prije upoznavanja s naučnim pristupom, potrebno je ukazati na porijeklo termina genocid. U pitanju je termin koji je nastao spajanjem dva termina različitog porijekla. To su grčki termin "genos" (koji se prevodi kao pleme, rasa ili narod) i latinski "caedere" (što znači ubiti ili ubijati). Spajanjem ovih termina dolazi do kreiranja novog, odnosno pojma genocid. Osoba kojoj pripadaju zasluge za stvaranje novog termina je Rafael Lemkin (Raphael Lemkin).[1] U literaturi je prisutno mišljenje da je na Lemkina veliki uticaj

[1] Rafael Lemkin (1900–1959) rođen je u Poljskoj, a poticao je iz jevrejske porodice. Tokom svoje karijere obavljao je poslove advokata i javnog tužioca. Doktorirao je

imao govor Vinstona Čerčila (Winston Churchill) koji se u avgustu 1941. godine putem BBC-a obratio čitavom svijetu (Power, 2003, str. 29). Vremenom, ovo je postao termin kojim se označavaju posebne kategorije zločina. Lemkinove zasluge nisu ostale samo na polju kreiranja novog termina. Naime, postavilo se pitanje na koji način se može osigurati adekvatno pozicioniranje unutar međunarodnog prava? Odgovor, odnosno moguće rješenje, nalazi se u izradi posebnog propisa ili konvencije. U međuvremenu, Evropa postaje svjedokom genocida, što je u velikoj mjeri povećalo mogućnost da se Lemkinova ideja provede u djelo. Po okončanju rata 1945. godine započinje historijsko suđenje osobama optuženim za počinjene ratne zločine. U pitanju je Nirnberški proces, a presuda od 1. oktobra 1946. godine prvi put u međunarodnom pravu upotrebljava termin genocid. Tada se ovim terminom opisuju svjesna organizovanja i sistematska uništavanja rasnih i nacionalnih grupa.[2] Ovaj proces je u velikoj mjeri uticao na Generalnu skupštinu Ujedinjenih nacija koja je pristupila izradi Projekta Konvencije o genocidu koju je donijela 21. novembra 1947. godine. U međuvremenu, Rafael Lemkin se posvetio historiji genocida u želji da se pristupi izradi posebnih zakona koji bi genocidu osigurali mjesto unutar međunarodnog prava. Na kraju, Lemkin se pojavljuje i kao autor prvog nacrta poznate Konvencije o genocidu.[3] Ova konvencija usvojena je Rezolucijom 260 (III) A na Generalnoj skupštini Ujedinjenih nacija 9. decembra 1948. godine. Zvanični naziv je Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida, a stupila je na snagu 12. januara 1951. godine. Od tada, genocid se potvrđuje kao zločin međunarodnog prava.

2. Naučni pristup genocidu

Tokom 2017. godine, tačnije 11. jula navršavaju se dvadeset i dvije godine od izvršenja genocida u Srebrenici. U protekle dvije decenije, Bosna i Hercegovina se susretala i još uvijek se susreće, s nizom problema. Ovdje mo-

na Univerzitetu u Hajdelbergu u Njemačkoj. Tokom ratnih dešavanja napušta Poljsku i angažuje se kao predavač pri Univerzitetu u Štokholmu, a kasnije na Pravnom fakultetu Duke u Sjedinjenim Američkim Državama. Opširnije o Rafaelu Lemkinu vidjeti http://www.preventgonocide.org/lemkin (stranici se pristupilo 20. 4. 2017). Termin genocid Rafael Lemkin je upotrijebio prilikom pisanja djela pod naslovom *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* (Washington, D. C., Carnegie endowment for international peace, Departement of international law, 1944).

[2] Opširnije o navedenom sudskom postupku vidjeti: Tomić, 2001, str. 51–158.

[3] Rafael Lemkin je aktivno učestvovao u izradi spomenutog nacrta, ali ono što je važnije jeste njegovo lobiranje uoči i nakon donošenja Konvencije. Opširnije vidjeti: Power, 2003, str. 48–85.

žemo spomenuti pitanja pravde, poricanja genocida, kolektivne memorije i slično. Posebnu pažnju treba posvetiti poricanju genocida.[4] Slijedeći pisanje dr. Gregorija H. Stantona (Gregory H. Stanton), genocid prolazi kroz sljedeće faze, a to su: klasifikacija – razdvajanje ljudi na "naše" i "njihove"; simbolizacija – davanje imena ili simbola grupi koja će biti cilj napada; diskriminacija; dehumanizacija – odricanje ljudskih karakteristika ciljanoj grupi; organizacija – pripremanje vojnih ili paravojnih grupa za izvršenje genocida; polarizacija – razdvajanje grupa koje su do tada zajedno živjele, identifikacija – identifikovanje budućih žrtava na osnovu etničkog, religijskog ili drugog identiteta; progon; istrebljenje – masovna ubijanja i poricanje.[5]

Posljednja faza genocida je poricanje, prema pisanju Stantona to je faza koja uvijek slijedi genocid. O ovoj fazi Stanton (2016) navodi:

> Poricanje je posljednja faza koja uvijek slijedi genocid. To je jedan od najsigurnijih indikatora budućih genocidnih masakra. Počinioci genocida kopaju masovne grobnice, spaljuju tijela, nastoje da prikriju dokaze i zastrašuju svjedoke. Oni poriču da su počinili bilo kakav zločin i često okrivljuju žrtve za ono što im se dogodilo. Blokiraju istrage o zločinima i nastavljaju da vladaju sve dok se silom ne maknu s vlasti, kada bježe u izbjeglištvo. Tamo ostaju nekažnjeni, kao Pol Pot ili Idi Amin, ukoliko nisu uhvaćeni, a tribunal uspostavljen da im sudi. Tu se iznose dokazi i kažnjavaju počinioci. Tribunali kao što je onaj za Jugoslaviju ili Ruandu, za Crvene Kmere u Kambodži ili Međunarodni krivični sud možda neće odvratiti najgore ubice. Ali s političkom voljom da se hapse i progone, neki mogu biti privedeni pravdi.

Želeći spriječiti dešavanja za vrijeme agresije, Republika Bosna i Hercegovina je 20. marta 1993. godine Međunarodnom sudu pravde u Hagu podnijela tužbu – zahtjev za pokretanje sudskog postupka protiv Savezne Republike Jugoslavije. Osnov tužbe je kršenje Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine. Time je Bosna i Hercegovina postala prva država u historiji koja je podnijela tužbu protiv druge države zbog kršenja Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida.[6] Tužbu je dostavio pravni zastupnik Fransis Antoni Bojl (Francis Anthony Boyle).[7] Histo-

---

[4] O poricanju genocida vidjeti: Karčić, 2009, str. 166; Cigar, 2016, str. 181–192. O krivično-pravnim aspektima poricanja genocida vidjeti: Karčić, 2007, str. 289–299.

[5] Opširnije o fazama genocida vidjeti: Stanton (2016).

[6] Opširnije vidjeti: Morgan-Foster & Savoie (2007).

[7] Pravni zastupnik Bosne i Hercegovine je ugledni profesor međunarodnog prava koji je objavio knjigu pod naslovom: *The Bosnian People Charge Genocide-Proceeding at the International Court of Justice concerning Bosnia v. Serbia on the pre-*

rijski proces je okončan presudom Međunarodnog suda pravde koja datira od 27. februara 2007. godine.[8] Ovom presudom Sud je oslobodio Srbiju od međunarodne odgovornosti za genocid u Bosni i Hercegovini i proglasio je krivom jer nije spriječila genocid u Srebrenici. Nepunih osam godina kasnije, tačnije 3. 2. 2015. godine, objavljena je presuda Međunarodnog suda pravde u Hagu u predmetu Hrvatska protiv Srbije.[9] Presudom se obje strane oslobađaju krivice za genocid (nepostojanje genocidne namjere).[10] Postavlja se pitanje da li je Sud presudama iz 2007. i 2015. godine umanjio značaj i vrijednost Konvencije o genocidu, tako što je kreirao visoke standarde za dokazivanje genocidne namjere. Mnogi smatraju da spomenuta presuda (2007), odnosno pristup Međunarodnog suda pravde dokazivanju genocidne namjere, ne predstavlja odraz relevantne sudske prakse i da je postupak trajao skoro punih četrnaest godina, što je presedan u historiji ovog suda.[11] Navedene presude mogu poslužiti i kao predmet izučavanja u smislu preciznijeg definisanja sudske prakse i pristupa sudskih institucija jednom vrlo osjetljivom pitanju.

Kada se govori o naučnom pristupu, pored holokausta koji treba biti predmet kontinuiranog izučavanja, posebna pažnja treba se posvetiti zločinu genocida počinjenog na teritoriji Bosne i Hercegovine.[12] Genocid u Srebrenici, iz jula mjeseca 1995. godine, smatra se najvećim zločinom na teritoriji Evrope nakon Drugog svjetskog rata. Ovo malo mjesto smješteno u istočnom dijelu Bosne i Hercegovine, preraslo je u simbol zločinačkog stradanja bošnjačkog naroda. Historijski posmatrano, teritorija Balkana nije bila pošteđena masovnih stradanja islamskog (muslimanskog) stanovništva, tako da se danas može govoriti o genocidima koji su se dešavali u različitim vremenskim peri-

vention and punishmet of the crime of Genocide (Aletheia Press, Massachusetts, 1996). Institut za istraživanje zločina protiv čovječnosti i međunarodnog prava Univerziteta u Sarajevu je 2000. godine objavio prijevod ove knjige na bosanski jezik. Naziv edicije je "Bosanski narod optužuje za genocid – postupak pred Međunarodnim sudom pravde u predmetu Bosna i Hercegovina protiv Srbije radi sprečavanja i kažnjavanja zločina genocida".

8 Presudu Suda objavio je kao posebnu ediciju Institut za istraživanje zločina protiv čovječnosti i međunarodnog prava tokom 2008. godine. U radu će se koristiti ova edicija čiji je zvanični naziv *Presuda Međunarodnog suda: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 27. februar 2007.*

9 Presuda je dostupna na http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf (stranici se pristupilo 10. 5. 2017. godine).

10 Krajem 2017. godine Međunarodni sud donio je presude Ratku Mladiću i političkom rukovodstvu tzv. Herceg-Bosne (Primjedba autora).

11 Opširnije vidjeti: Čekić, 2009, str. 105–106.

12 O izučavanju holokausta danas postoji veliki broj izvora, kao što su: Bauer (2001), Bartov (1996), Gross, (2001), Levi (2005); Ambrosewicz-Jacobs & Hoňdo (2005), te mnoge druge knjige, studije i članci.

odima. Prema pojedinim autorima, genocid se povezuje s balkanskim i svjetskim ratovima.[13] O dešavanjima u periodu od 1912–1913. godine i posljedicama Balkanskog rata vidjeti objavljenu mapu pod naslovom "1912–1913 Balkan Wars: Death and Forced Exile of Ottoman Muslims" autora Džastina MekKartija (Justine McCarthy).[14]

Smatramo da naučni pristup treba obuhvatiti nekoliko elemenata kao što su: politički, društveni, kulturni, religijski, moralni, ekonomski, biološki i psihički.

Jedan od zadataka opisanog pristupa je da se osigura trajno pamćenje žrtava genocida, ali i da se utiče na kolektivnu memoriju društva u kojem se genocid desio. Kao što je ranije spomenuto, posebna pažnja treba se ukazati Srebrenici. Tokom mjeseca jula 1995. godine, odnosno 11. jula, desio se jedan od najvećih genocida nakon holokausta. O dešavanjima u zaštićenoj zoni Srebrenice, u posljednjoj deceniji je mnogo napisano.[15] U Srebrenici je ubijeno između 8.000–9.000 ljudi.[16] O tome danas svjedoče masovne grobnice koje su trajni i nepobitni dokaz izvršenog genocida. Agresija na Bosnu i Hercegovinu dovela je do potrebe za jednom novom podjelom ili klasifikacijom masovnih grobnica. Tako se u Bosni i Hercegovini danas govori o primarnim, sekundarnim i tercijarnim masovnim grobnicama.

Izučavanje genocida s aspekta historijskih i društvenih nauka datira iz prve polovine 80-ih godina. Danas se sve više uočava prisustvo drugih nauka, koje primjenom karakterističnih metoda proučavaju različite aspekte genocida. Ovdje treba spomenuti literaturu koja je nastala zahvaljujući osobama koje su preživjele genocid i svjedocima genocida. Možemo reći da je proučavanje genocida interdisciplinarnog karaktera, a na osnovu raspoložive

[13] Opširnije vidjeti: Mojzes, 2009, str. 151–181.

[14] Ovu mapu je 2012. godine štampala Turkish Coalition of America (TCA) koja se fokusira na probleme edukacije. Danas ova organizacija ima svoja sjedišta u Vašingtonu, Bostonu i Istanbulu. Opširnije vidjeti zvaničnu internetsku stranicu www.tc-america.org (stranici se pristupilo 12. 5. 2017).

[15] Povodom srebreničkog genocida Kongres Sjedinjenih Američkih Država usvojio je Rezoluciju o Srebrenici 22. juna 2005. godine u kojoj stoji: "Hiljade nedužnih ljudi koji su ubijeni u Srebrenici, u Bosni i Hercegovini, u julu 1995. godine, zajedno sa osobama koje su bile žrtve tokom konflikta i genocida u Bosni i Hercegovini, od 1992. do 1995. godine, treba da budu počasno zapamćeni i poštovani." U Rezoluciji se na odgovornost pozivaju Ujedinjeni narodi što nisu spriječili pad Srebrenice, koja je od 16. aprila 1993. godine proglašena zaštićenom zonom UN-a.

[16] Opširnije o žrtvama genocida u BiH vidjeti: Hoare, 2016, str. 193–198. Zločini koji su počinjeni na teritoriji Bosne i Hercegovine u periodu 1992–1995. su od strane zvanične vlade vrlo brzo identifikovani kao genocid, ali je međunarodna birokratija za isti zločin kreirala eufemizam "etničko čišćenje" (primjedba autora).

literature u posljednje dvije decenije pojavljuju se vrlo značajne studije komparativne prirode.[17] Proučavanje genocida u protekle tri decenije poprima odgovarajuću formu zahvaljujući radu mnogih istraživača. Uz istraživački rad, organizuju se i međunarodne konferencije čija je tema genocid i masovni zločini počinjeni protiv određenih etničkih grupa. Uz navedeno treba spomenuti i posebne ili stručne časopise čija je tema genocid. Ovdje možemo spomenuti *Holocaust and Genocide Studies* ili *Journal of Genocide Research.18* Uporedo s istraživačkim radom, formiraju se i posebni centri koji se fokusiraju na proučavanje genocida. Takav slučaj je s Centrom za proučavanje holokausta i genocida koji je osnovan 8. septembra 2003. godine u Holandiji. Centar je nastao na osnovu inicijativa Univerziteta u Amsterdamu, Holandskog instituta za ratnu dokumentaciju i Holandske kraljevske akademije nauka i umjetnosti.

U slučaju Bosne i Hercegovine, pri Univerzitetu u Sarajevu postoji Institut za istraživanje zločina protiv čovječnosti i međunarodnog prava sa sjedištem u Sarajevu. Institut je formiran 4. septembra 1992. godine, a Skupština Republike Bosne i Hercegovine potvrdila ga je 1. juna 1994. godine. Od posebnog značaja je izdavačka djelatnost Instituta, koja uz domaće autore, objavljuje i radove inostranih autora. Ovdje možemo spomenuti knjigu *Svjedok genocida* autora Roja Gutmana (Roy Gutman) i *Genocid u Bosni: Politika etničkog čišćenja* autora Normana Cigara.[19]

Zadatak akademske zajednice je da upozna javnost s naučnom istinom o izvršenom genocidu, a koja prije svega počiva na egzaktnim, pouzdanim i vjerodostojnim dokazima i činjenicama. Međutim, čak i nakon dvadeset godina od genocida, u Bosni i Hercegovini prisutne su različite i pogrešne percepcije događaja u periodu 1992–1995. godina. Jedna od prepreka u procesu proučavanja i učenja o genocidu je i različita interpretacija nacionalne historije.

---

[17] Od komparativnih studija možemo spomenuti: Kuper (1981) i Alvarez (2001).

[18] *Holocaust and Genocide Studies* je međunarodni časopis u izdanju Oxford University Pressa i u njemu se objavljuju radovi istraživača holokausta i drugih slučajeva genocida. Opširnije o navedenom časopisu pogledati zvaničnu internetsku stranicu www.http://hgs.oxfordjournals.org (stranici se pristupilo 26. 4. 2017). Časopis pod naslovom *Journal of Genocide Research* postoji od 1999. godine i smatra se zvaničnim časopisom Međunarodne mreže istraživača genocida (International Network of Genocide Scholars). Ova mreža nastala je 2005. godine u Berlinu. Opširnije vidjeti zvaničnu internetsku stranicu Međunarodne mreže istraživača genocida www.http://inogs.com (stranici se pristupilo 22. 4. 2017).

[19] Naučni aspekt i naučna obrada pojma genocid predmet je mnogobrojnih istraživanja i bosanskohercegovačkih autora. U tom smislu možemo spomenuti i sljedeća djela: Čekić (2012, 2007), Muratović (2012), Nuhanović, (2007), kao i mnogobrojne hrestomatije nastale na osnovu konferencija i naučnih skupova.

U Bosni i Hercegovini egzistiraju tri interpretacije koje se kontinuirano bore za dominaciju, što se odražava i na naučni pristup, ne samo kada se govori o genocidu, već i o historiji države. Danas, Univerzitet u Sarajevu čine fakulteti, akademije, naučni instituti i pridružene članice.[20] Od ukupnog broja fakulteta i akademija, samo tri su u svoje nastavne planove i programe uvrstile predmete kojima se obuhvata izučavanje genocida. U pitanju su Fakultet političkih nauka, Fakultet islamskih nauka i Pravni fakultet.

Fakultet političkih nauka je oformio predmet pod nazivom "Studije holokausta i genocida", s tim da se ovaj predmet izučava na 2. ciklusu studija pri Odsjeku za sigurnosne i mirovne studije.[21] U okviru navedenog predmeta obrađuje se petnaest osnovnih tematskih cjelina. To su: genocid – definicija i osnovne karakteristike genocida; holokaust; historija ranih genocidnih fenomena; historija "klasičnih" genocidnih fenomena; zločin genocida poslije uspostavljanja Ujedinjenih nacija; slučajevi s ambivalentnim statusom u naučnoj zajednici; genocid u BiH na kraju XX stoljeća; zločin kao kulturni fenomen; izbjegličke krize u savremenom svijetu i historiji i njihova veza s genocidom; definicija kategoričnih pojmova; relevantni međunarodnopravni okvir; historija koncentracionih logora; prisilni nestanci – definicija, žrtve i počinioci; forenzička nauka i masovne grobnice; zaštita slabijih u kontekstu međunarodnog prava; demografske promjene stanovništva (u okviru ove cjeline obrađuje se i poricanje genocida).

Jedan od zadataka ovog predmeta je da se polaznicima 2. ciklusa studija osigura detaljan uvid u različite aspekte istraživanja genocida, kao i drugih oblika zločina protiv čovječnosti i međunarodnog prava.

---

[20] Danas Univerzitet u Sarajevu čine: Akademija likovnih umjetnosti, Akademija scenskih umjetnosti, Arhitektonski fakultet, Ekonomski, Elektrotehnički, Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije, Fakultet političkih nauka, Fakultet sporta i tjelesnog odgoja, Fakultet za saobraćaj i komunikacije, Fakultet zdravstvenih studija, Farmaceutski fakultet, Filozofski fakultet, Građevinski fakultet, Mašinski fakultet, Medicinski fakultet, Muzička akademija, Pedagoški fakultet, Poljoprivredno-prehrambeni fakultet, Pravni fakultet, Prirodno-matematički fakultet, Stomatološki fakultet s klinikama, Šumarski fakultet, Veterinarski fakultet, Fakultet islamskih nauka i Katolički bogoslovni fakultet. Kategoriji naučnih instituta pripadaju ranije spomenuti Institut, Institut za istoriju, Orijentalni institut, Institut za genetičko inženjerstvo i biotehnologiju i Institut za jezik. Pridružene članice Univerziteta u Sarajevu su Fakultet za upravu, Nacionalna i univerzitetska biblioteka Bosne i Hercegovine, Zemaljski muzej Bosne i Hercegovine i Gazi Husrev-begova biblioteka (Primjedba autora).

[21] Nastavni plan i program je dostupan na zvaničnoj internetskoj adresi fakulteta: http://fpn.unsa.ba (stranici se pristupilo 28. 4. 2017). Plan i program je dostupan u kategoriji II ciklus studija.

Pri Fakultetu islamskih nauka, predmet pod nazivom "Studij genocida" izučava se na četvrtoj godini dodiplomskog studija u okviru Katedre za islamsku kulturu i civilizaciju, smjer religijske pedagogije.[22] Ovim predmetom su obuhvaćene sljedeće tematske cjeline: definicija genocida, mikro i makro plan; genocid prije XX stoljeća; genocid u XX stoljeću – Bosna i Ruanda; genocid u XX stoljeću: zašto je XX stoljeće bilo stoljeće genocida; motivi, neposredni faktori i historijska podloga genocidu – primjer BiH; sredstva; implementacija – ubijanje i deportiranje; implementacija II: logori, silovanja, kulturocid; vjera i genocid; šta je učinjeno i šta je moglo biti učinjeno – slučaj BiH; posljedice i suočavanje s njima; reparacija; pomirenje, praštanje i vjerske zajednice; poricanje i skrivanje.

Cilj navedenog predmeta je da se studenti upoznaju s definicijom, historijom i posljedicama genocida.

Na kraju, Pravni fakultet u Sarajevu je svojim novim i prilagođenim planom i programom za dodiplomski studij kreirao predmet "Studij genocida". Ovaj predmet nalazi se u osmom semestru (IV godina) i pripada kategoriji izbornih predmeta. Po svom sadržaju, predmet obuhvata: konceptualni okvir; kako izučavati genocid; genocid u XX stoljeću; izučavanje pojedinih slučajeva; motivi; sredstva; međunarodni odgovor; savremene posljedice.

Ovaj predmet studentima omogućava da se upoznaju s konceptualizacijom i historijom genocida, kao i s metodom razvijanja sposobnosti za suočavanje s ovim fenomenom. Jedan od ciljeva predmeta je da doprinese razvoju kritičke historijske svijesti i daljem uvažavanju različitosti i kompleksnosti ljudskog iskustva.[23]

Kao što se može uočiti na primjeru Univerziteta u Sarajevu, pitanju genocida se pristupilo s aspekta različitih nauka. S obzirom na to da je Bosna i Hercegovina postgenocidno društvo, uključivanje akademske zajednice u proces kontinuiranog izučavanja i poučavanje je neizostavni dio. Vremenom, postignuti rezultati se trebaju odraziti na kolektivnu memoriju, suzbijanje poricanja izvršenog genocida, sjećanje na žrtve i preživjele.

---

[22] Nastavni plan i program navedenog predmeta dostupan je na zvaničnoj internetskoj adresi fakulteta: http://fin.unsa.ba u kategoriji 1. ciklus studija (stranici se pristupilo 28. 4. 2017).

[23] U slučaju Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu nastavni plan i program objavljen je u publikaciji *Vodič kroz prvi ciklus studija* (2013, str. 234–236). Svi nastavni planovi i programi dostupni su i u elektronskoj formi na zvaničnoj internetskoj adresi Pravnog fakulteta u Sarajevu http://pfsa.unsa.ba u segmentu nastave i nastavnih planova i programa.

3. Umjesto zaključka

Rad pod naslovom "Izučavanje genocida" (Primjer Univerziteta u Sarajevu) odnosi se na pitanja proučavanja i podučavanja o genocidu. Smatramo da je ovo pitanje vrlo značajno, a naročito kada se govori o postgenocidnim društvima. Takav je slučaj s Bosnom i Hercegovinom i dešavanjima iz mjeseca jula 1995. godine u Srebrenici. Dvije decenije kasnije, društvo se suočava s mnogim problemima kao što su pitanje pravde, negiranja genocida i slično. Jedno od značajnijih pitanja je i sjećanje na žrtve genocida, kao i uspostavljanje dugotrajne kolektivne memorije o izvršenom genocidu. Jedan od načina rješavanja ovih pitanja je akademski pristup, a on se može osigurati uvođenjem adekvatnih predmeta u nastavne planove i programe visokoškolskih ustanova. Trenutno, pri Univerzitetu u Sarajevu, tri visokoškolske ustanove su u svojim nastavnim planovima i programima predvidjele odgovarajući predmet koji se odnosi na izučavanje genocida. Pored navedenog, postoji i Institut za istraživanje zločina protiv čovječnosti i međunarodnog prava sa sjedištem u Sarajevu. Posebno mjesto pripada i naučnim konferencijama koje se organizuju povodom obilježavanja godišnjica kao i organizovanje okruglih stolova na temu genocida. Konferencije i okrugli stolovi prilika su da se razmijene iskustva i da se formira jedinstven stav, odnosno uvid u različite aspekte genocida. Smatramo da je u slučaju Bosne i Hercegovine prisutno mnogo otvorenih pitanja i problema, a čije rješavanje u velikoj mjeri zavisi od naučnog pristupa i rezultata istraživanja.

Bibliografija

1. Alvarez, A. (2001). *Governments, Citizens, and Genocide. A Comparative and Interdisciplinary Approach.* Bloomington: Indiana University Press.
2. Ambrosewicz-Jacobs, J. & Hoñdo, L. (Eds). (2005). *Why Should We Teach about Holocaust.* Cracow: The Jagiellonian University, Institute of European Studies.
3. Aydin, D. (2014). The Interpretation of Genocidal Intent under the Genocide Convention and the Jurisprudence of International Court. *The Journal of Criminal Law,* 78 (5), 423–436.
4. Bartov, O. (1996). *The Holocaust, Industrial Killing, and Representation.* Oxford: New York.
5. Bauer, Y. (2001). *Rethinking the Holocaust.* New Haven: Yale University Press.

6. Borger, J. (2016). *Krvnikov trag.* Sarajevo: Buybook.
7. Boyle, F. A. (1996). *The Bosnian People Charge Genocide-Proceeding at the International Court of Justice concerning Bosnia v. Serbia on the prevention and punishmet of the crime of Genocide.* Massachusetts: Aletheia Press.
8. Cigar, N. (2016). Sindrom poricanja iz srpske perspektive. U: *Studij genocida – hrestomatija* (str. 181–192). Sarajevo: Fakultet islamskih nauka Univerziteta u Sarajevu.
9. Clark, J. N. (2009). Genocide, war crimes and the conflict in Bosnia: understanding the perpetrators. *Journal of Genocide Research,* 11 (4), 421–445.
10. Čekić, S. (2007). *Istraživanje žrtava genocida s posebnim osvrtom na Bosnu i Hercegovinu- Naučno-teorijska i metodološka-metodska pitanja i problemi.* Sarajevo: Institut za istraživanje zločina protiv čovječnosti i međunarodnog prava Univerziteta u Sarajevu & KULT B.
11. Čekić, S. (2009). Praksa Međunarodnog suda pravde – pravna ili politička ? – Predmet: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore. U: *Genocid u Bosni i Hercegovini – posljedice presude Međunarodnog suda pravde* Knj. 1, (str. 105–106). Sarajevo: Institut za istraživanje zločina protiv čovječnosti i međunarodnog prava.
12. Čekić, S. (2012). *Genocid i istina o genocidu u Bosni i Hercegovini.* Sarajevo: Univerzitet u Sarajevu.
13. Donia, J. R. (2016). *Radovan Karadžić – uzroci, postanak i uspon genocida u Bosni i Hercegovini.* Sarajevo: University Press.
14. Gross, Jaan T. (2001). *Neighbors-The Destruction of the Jewish Community in Jedwabne, Poland.* New Jersey: Princeton University Press.
15. Hartman, F. (2007). *Mir i kazna.* Zagreb: Profil International.
16. Hoare, A. M. (2016). Šta nam govore brojke bosanskih ratnih žrtava. U: *Studij genocida –Hrestomatija* (str. 193–198). Sarajevo: Fakultet islamskih nauka Univerziteta u Sarajevu.
17. Honig, J. W. (2001). Avoiding War, Inviting Defeat: The Srebrenica Crisis, July 1995. *Journal of Contingencies and Crisis Managment,* 9 (4), 189–199.
18. International Court of Justice. Case Concerning Application of The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) Judgment

of 26 February 2007. Preuzeto 17. 5. 2017: http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf

19. Karčić, F. (2007). Krivično-pravna zabrana poricanja genocida: komparativna perspektiva. *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, L,* 289–299.
20. Karčić, F. (2009). Poricanje genocida proglasiti krivičnim djelom. *Islamske teme i perspektive* (str. 166–168). Sarajevo: El-Kalem.
21. Key Writings of Raphael Lemkin on Genocid. (13 November 2002). Preuzeto 20. 4. 2017: http://www.preventgonocide.org/lemkin
22. Kuper, L. (1981). *Genocide: Its Political Use in the Twentieth Century*. New Haven: Yale University Press.
23. Lemkin, R. (1944). *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress.* Washington, D. C.: Carnegie endowment for international peace, Departement of international law.
24. Levi, P. (2005). *Zar je to čovjek.* Beograd: Paideia.
25. Mojzes, P. (2009). The Genocidal Twentieth Century in the Balkans. U: S. L. Jacobs (ed) *Confronting Genocide – Judaism, Christianity, Islam* (str. 151–181). New York: Lexington Books.
26. Morgan-Foster, J. & Savoie, P.-O. (2007). World Court finds Serbia Responsible for Breaches of Genocide Convention, but Not Liable for Committing Genocide. *American Society of International Law, Asil Insight.* 11, (9), 1–15. Preuzeto 10. 5. 2017: http://www.asil.org/insights/volume11/Issue/9/world-court-finds-serbia-responsible-breaches-genocide-convention-not
27. Muratović, R. (2012). *Holokaust nad Jevrejima i genocid nad Bošnjacima.* Sarajevo: Institut za istraživanje zločina protiv čovječnosti i međunarodnog prava Univerziteta u Sarajevu.
28. Nuhanović, H. (2007). *Under the UN flag - The International Community and the Srebrenica Genocide*. Sarajevo: Institute for Islamic tradition of Bosniaks.
29. Power, S. (2003). *A problem from hell: America and the age of genocid.* Flamingo: United Kingdom.
30. *Presuda Međunarodnog suda: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 27. februar 2007.* (2008). Sarajevo: Institut za istraživanje zločina protiv čovječnosti i međunarodnog prava.

31. Rezolucija o Srebrenici. Preuzeto 17. 5. 2017: http://www.walter.ba/arhiva/br138/SREBRENICA.html

32. Simms, B. (2003). *Najsramniji trenutak: Britanija i uništavanje Bosne.* Sarajevo: Buybook.

33. Stanton, G. H. (2016). The Ten Stages of Genocide. Preuzeto 20. 4. 2017. s: http://genocidewatch.net/genocide-2/8-stages-of-genocide/

34. Tomić, Z. (2001). *Nirnberška presuda.* Sarajevo: Magistrat.

Dr. Edin Halapić
Associate professor

STUDY OF GENOCIDE

(Example of the University of Sarajevo)

Summary

This paper refers to the issue of the scientific approach to genocide, with a special focus on the societies that have been confronted with genocide through their history. Particular attention is paid to Bosnia and Herzegovina, given the fact that genocide was carried out during the aggression in the period of 1992-1995. It is the case of Srebrenica and the events from the month of July 1995. Today, more than two decades later, Bosnia and Herzegovina faces new challenges such as the issues of justice, denial of genocide and memories of the genocide committed. In this paper, special attention was paid to the issue of teaching about the genocide committed in the sense of creating a special subject at higher education establishments. This subject, together with an appropriate curriculum, should provide continuity of memory and offer answers to a series of questions that post-genocide societies encounter. The paper also carries a comparative presentation of organisational units of the University of Sarajevo, which included a subject related to genocide, meaning the study of genocide, in their curriculum.

Keywords: *genocide, Srebrenica, Bosnia and Herzegovina, denial, permanent memory, scientific approach, study*

Dr. Amina Nikolajev
Docentica
a.nikolajev@pfsa.unsa.ba

UDK 330.34:502.17
342.7:502.14
Prethodno naučno saopćenje

PRAVO NA RAZVOJ I OČUVANJE OKOLIŠA

Sažetak

Različiti koncepti ekonomskog razvoja ističu i različite vrijednosne premise o poželjnim ciljevima onoga što je Mahatma Gandhi nazvao "ostvarenjem ljudskog potencijala". Usljed težnje za ostvarenjem što većeg nivoa ekonomskog razvoja i životnog standarda, pritisak na okoliš postaje sve intenzivniji pa se s razlogom izražava zabrinutost u pogledu posljedica koje različite ekonomske aktivnosti izazivaju po okoliš. Stoga bi u mjerenju dostignutog stupnja razvoja trebalo, pored ustaljenih kriterija poput nacionalnog dohotka, bruto društvenog proizvoda, krajnje granice siromaštva, smrtnosti novorođenih, stope nezaposlenosti, nivoa obrazovanja i sl. koristiti i neke druge kriterije kao što je stanje okoliša. S obzirom na to da razvojni modeli nisu jednoobrazni i primjenjivi za sve zemlje podjednako, shvatanje razvojnog puta dobija novi smisao. U tom kontekstu pravo na razvoj, kao dio koncepta ljudskih prava, u središte razvojnog procesa postavlja čovjeka kao glavnog sudionika i korisnika razvoja. Pri tome, pravo na razvoj ima za cilj ne samo zadovoljenje osnovnih potreba ljudi, nego i ostvarenje drugih prava. Uz uvažavanje konkretnih prilika i potreba ljudi, razvojne politike trebaju biti usmjerene na povećanje mogućnosti izbora pojedinaca u poboljšanju blagostanja i ostvarenja onoga što smatraju vrijednostima. U tom smislu, očuvanje okoliša i pravo na zdravu okolinu izrasta iz zajedničke potrebe svih ljudi da se zaštite od negativnih posljedica narušene ekološke ravnoteže. Tako postavljen koncept treba voditi prosperitetu cjelokupne društvene zajednice, što podrazumijeva i obavezu očuvanja čiste i zdrave okoline za što su svi pojedinačno i kolektivno odgovorni.

Ključne riječi: *pravo na razvoj, očuvanje okoliša, ljudska prava*

1. Uvod

Ideja koja prožima ekonomsku teoriju i praksu usmjerena je ka stalnom traženju odgovora na pitanje kako ostvariti ciljani stupanj ekonomskog razvoja. Iznalaženje optimalnog modaliteta za postizanje ekonomskog razvo-

ja predstavlja svojevrstan izazov, naročito imajući u vidu činjenicu da se posljednjih godina težište razvojnih strategija s rasta dohotka i povećanja proizvodnje kao primarnog cilja preusmjerilo ka nekim drugim prioritetima. S obzirom na to da se ubrzan ekonomski razvoj ne reflektira nužno i na povećanje ljudskog blagostanja, postavlja se pitanje na koji način postići ostvarenje punog ljudskog potencijala. U tom smislu uspješan razvoj bi trebao, pored ubrzane industrijalizacije i informatizacije te konstantnog investiranja u ljudski kapital, u obzir uzimati i stanje okoliša.

Usljed težnje za ostvarenjem što većeg nivoa ekonomskog razvoja i životnog standarda, pritisak na okoliš postaje sve intenzivniji, pa se s razlogom izražava zabrinutost u pogledu posljedica koje različite ekonomske aktivnosti izazivaju po okoliš. Zbog toga, poimanje razvojnog puta treba imati novi smisao, uz puno uvažavanje različitosti zemalja, kompleksnosti razvojnog procesa, te determinirajućih razvojnih faktora. Ovo bi značilo jedan novi, kompleksniji i širi pristup razvoju koji se bi se manifestirao kroz proširenje mogućnosti izbora, jačanje individualnih sposobnosti i sloboda ljudi. U tom kontekstu čovjek bi bio središte razvojnog procesa, glavni sudionik i korisnik ostvarenih efekata razvoja. Kao moguća konceptualna osnova javlja se koncept prava na razvoj koji, kao dio koncepta ljudskih prava, daje normativni okvir i predstavlja nadgradnju postojećih razvojnih teorija. Pravo na razvoj i očuvanje okoliša izrasta iz zajedničke potrebe svih ljudi da uživaju u blagodatima zdrave okoline i da se zaštite od negativnih posljedica narušene ekološke ravnoteže. Stoga razvojne politike trebaju biti usmjerene ne samo ka poboljšanju blagostanja nego i ka ostvarenju zajedničkih vrijednosti.

2. Pravo na razvoj

Pravo na razvoj, kao sastavni dio koncepta ljudskih prava[1], čije je ostvarenje i zaštita zagarantirana međunarodnim dokumentima, predstavlja neotuđivo pravo svakog čovjeka i narodâ. Koncepcija razvoja zasnovana na ljudskim pravima kao cilj razvoja postavlja ostvarivanje ljudskih prava i sloboda, pri čemu normativni okvir i pravu na razvoj i definiranju razvojnih politika daje koncept ljudskih prava[2]. Pri tome se kao neminovno nameće pitanje kako pristupati efikasnijoj zaštiti ljudskih prava. Donošenjem Povelje Ujedinje-

[1] Ljudska prava ili bolje rečeno sistem ljudskih prava nastao je kao rezultat zajedničkog, svjetskog konsenzusa prema kojem zaštita ljudskih prava i osnovnih sloboda treba biti zajednička potreba i interes.

[2] Govoriti o ljudskim pravima danas je nezaobilazno, jer ljudska prava jesu dio moderne civilizacije i kao takva predstavljaju razvoj ideje o novom globalnom, međunarodnom sistemu koji počiva na univerzalnim principima.

nih nacija[3] ljudska prava nadilaze domenu unutrašnjeg pravnog poretka i prelaze u domen međunarodnog uobličavanja ljudskih prava koje danas predstavlja katalog ljudskih prava (Bakšić-Muftić, 2002, str. 149).[4] Upravo su višeslojnost pojma ljudskih prava kao i mogući načini njihova tretiranja vidljivi u tretiranju pojedinih vrsta prava, što je dovelo i do usvajanja podjele na prava prve, druge i treće generacije[5]. Klasifikacija prava treće generacije[6] koja se odnose na pravo na ravnopravnost naroda, pravo na samoopredjeljenje, pravo na upravljanje nacionalnim resursima, pravo na razvoj, pravo na mir te pravo na zdravu okolinu, rezultat su vremenske dimenzije i kasnijeg kodificiranja u odnosu na prava prve i druge generacije. Pri tome ova generacija prava sugerira da se ne radi samo o pravu pojedinca koje stiče samim svojim rođenjem, nego i naroda kao kolektiviteta. Time se ukazuje na novu vrstu prava koja nadilaze individualistička shvatanja i stavove klasične, zapadne pozitivnopravne koncepcije ljudskih prava (Bakšić-Muftić, 2002, str. 149).[7] Riječ je o afirmativnom shvatanju prema kojem je svaki pojedinac nositelj prava, ali se prava garantiraju i narodu i porodici kao ćeliji na kojoj se društvo zasniva.[8] Time se otvara jedna nova dimenzija koja nadilazi dominantni zapadni stav koji pojedinca stavlja u fokus i ukazuje ne samo na prava nego i obaveze da se djeluje u zajedničkom interesu.

---

[3] Povelja Ujedinjenih nacija donesena je 26. juna 1945. godine u San Francisku i to prije zaključenja bilo kakvog mirovnog sporazuma nakon II svjetskog rata.

[4] Katalog ljudskih prava formiran je na osnovu dokumenata, deklaracija i konvencija koje su donijele Ujedinjene nacije. Ne ulazeći u filozofsku, političku, ideološku i pravnu dimenziju ljudskih prava često se ističu zamjerke u pogledu široko postavljenog koncepta ljudskih prava i hiperprodukcije dokumenata UN-a u oblasti ljudskih prava.

[5] Ovu podjelu treba shvatiti samo kao uvjetnu i metodološki odgovarajuću, jer olakšava pristup i obradu pojedinih vrsta prava, a nikako kao hijerarhijski odnos vrijednosti i značaja koji ona imaju za čovjeka.

[6] Prava prve generacije ljudskih prava odnose se na građanska i politička prava, dok se prava druge generacije odnose na ekonomska i socijalna prava.

[7] Ova koncepcija ističe individualistički pristup, smatrajući da su ljudska prava samo građanska i politička prava pri tome uzimajući u obzir vrijednosti koje se njima štite, izraz potrebe da vrijede u svim vremenima i u svim društvima, kao i stupanj zaštite koji uživaju.

[8] Ovakav stav u skladu je sa *Afričkom poveljom o ljudskim pravima i pravima naroda* koju su 1981. godine, kao pravno obavezujući dokument prihvatili predstavnici zemalja članica Organizacije afričkog jedinstva u Banjulu, (Gambija), a stupila je na snagu 1986. godine. Afrička povelja pisana je u skladu sa *Poveljom UN-a*, *Deklaracijom o ljudskim pravima* te *Poveljom Organizacije afričkog jedinstva* u kojoj su sloboda, jedinstvo, pravda i dostojanstvo ključne odrednice afričke borbe protiv zaostalosti uzrokovane kolonijalizmom, apartheidom i drugim oblicima diskriminacije.

U okviru prava treće generacije klasificira se i pravo na razvoj, nastalo kao posljedica svjesnosti da razvojni modeli razvijenih zemalja ne mogu biti primjenjiv obrazac za zemlje u razvoju jer su vrlo često izazivali i izazivaju negativne posljedice. Pri tome se koncept prava na razvoj treba poimati ne samo kao koncept koji prevazilazi puko zadovoljenje osnovnih potreba ljudi, nego i ostvarenje drugih prava koja utječu na poboljšanje blagostanja.

Smisao prava na razvoj zasniva se na otporu prema svim oblicima strane ekonomske, političke i kulturne dominacije kojima države u razvoju mogu biti izložene.[9] Shvatanje da svaka država, uz puno uvažavanje različitosti, kulturno-historijskog naslijeđa, kao i determinirajućih razvojnih faktora, treba birati vlastiti razvojni put značilo je napuštanje i odustajanje od razvojnih koncepata koje su nudile razvijene zemlje. Koncepti o forsiranom ekonomskom rastu polučili su neodgovarajućim kvalitativnim i kvantitativnim promjenama ekonomske i socijalne strukture društva. S obzirom na to da razvoj u sebi uključuje različite i široke aspiracije "dobrog života", ekonomsku, socijalnu i političku dimenziju koje svako društvo, ali i pojedinac postavlja samo za sebe, neminovna je bila promjena početnog koncepta. Iako, shodno konceptu ljudskih prava, razvoj znači zadovoljenje osnovnih ljudskih potreba za hranom, vodom, stanom, obrazovanjem, zdravstvenom zaštitom, pravo na razvoj je trebalo dobiti novi smisao.

U Deklaraciji o pravu na razvoj[10] članom 1.[11] izričito je utvrđeno da je pravo na razvoj neotuđivo ljudsko pravo na osnovu kojeg svaki čovjek i svi narodi stječu pravo sudjelovanja, poticanja i korištenja rezultata ekonomskog, društvenog, kulturnog i političkog razvoja u kojem se u punoj mjeri mogu

[9] Pravo na razvoj shvaćeno na ovaj način u veoma je uskoj vezi s Afričkom poveljom prema kojoj se razumijeva otpor država afričkog kontinenta i položaja podređenosti u odnosu na razvijene zemlje. Pri tome, treba imati u vidu da su se zahtjevi za neovisnošću koje su isticale afričke zemlje nakon II svjetskog rata odnosili najprije na oslobađanje od kolonijalnog statusa, a potom i sticanje ekonomske, političke i kulturne neovisnosti.

[10] Deklaracija o pravu na razvoj usvojena je i proglašena na 41. zasjedanju Opće skupštine UN-a, 4. decembra 1986. – Rezolucija br. 41/128. S obzirom na to da u trenutku usvajanja Deklaraciju nisu podržale sve zemlje članice UN-a, otpočeo je dugi postupak usaglašavanja, da bi na Svjetskoj konferenciji o ljudskim pravima, usvajanjem Bečke deklaracije i programa djelovanja, bio postignut opći konsenzus. Pravo na razvoj reafirmirano je kao univerzalno i neotuđivo pravo i sastavni dio temeljnih ljudskih prava, te se univerzalna priroda ovih prava i sloboda ne dovodi u pitanje.

[11] Član 1. kaže: Pravo na razvoj je neotuđivo ljudsko pravo temeljem kojega svaki čovjek i svi narodi stječu pravo sudjelovanja, poticanja i korištenja rezultata gospodarskog, društvenog, kulturnog i političkog razvoja u kojemu se u punoj mjeri mogu ostvariti sva ljudska prava i temeljne slobode.

ostvariti sva ljudska prava i temeljne slobode. Shvatajući pravo na razvoj kao ljudsko pravo impliciraju se dvije stvari. Najprije, ostvarenje svakog ljudskog prava i svih prava zajedno treba biti izvedeno u maniru pristupa pravima kao inkluzivnog, odgovornog i transparentnog procesa koji osigurava jednakost u donošenju odluka[12]. Drugo, ciljevi razvoja trebaju biti promovirani i zaštićeni u skladu s međunarodnim standardima ljudskih prava.

Bečka deklaracija ističe primarnu odgovornost država za osiguranje razvoja i otklanjanje prepreka te potrebu za saradnjom među zemljama u cilju ispunjenja obaveza i stvaranja okruženja pogodnog za puno ostvarenje prava na razvoj. Vidljivi napredak u primjeni prava na razvoj zavisi od kreiranja razvojne politike na nacionalnom nivou, ali i od stvaranja odgovarajućih ekonomskih odnosa i okruženja na međunarodnom nivou, što je od suštinske važnosti za potpuno postizanje ciljeva UN-a. U skladu s tim su i tri osnovna principa na koja se ukazuje u Deklaraciji o pravu na razvoj: 1. Pravo na razvoj je ljudsko pravo; 2. Sva ljudska prava ostvaruju se kroz jedinstven proces ekonomskog, društvenog, kulturnog i političkog razvoja; 3. Svi imaju pravo da učestvuju u procesu razvoja.

Svi aspekti prava na razvoj utvrđeni Deklaracijom su neodvojivi i međuzavisni i svako od njih treba biti shvaćeno u okviru konteksta. Drugim riječima, pravo na razvoj nije samo zbroj svih različitih prava koja se mogu ostvariti pojedinačno ili u izolaciji od drugih prava, nego se odnosi na ostvarenje svih ljudskih prava i sloboda (građanska i politička prava, ekonomska, socijalna i kulturna prava) u njihovom totalitetu.

Pravo na razvoj ima za cilj zadovoljenje osnovnih potreba ljudi, ali i ostvarenje drugih prava kroz usvajanje razvojnih politika usmjerenih na povećanje mogućnosti izbora pojedinca u poboljšanju blagostanja i ostvarenja onoga što se smatra vrijednostima, a vodi prosperitetu cjelokupne društvene zajednice. Iz navedenoga proizlazi da ostvarivanje prava na razvoj omogućava poboljšanje i u ostvarenju drugih ljudskih prava. To za zemlje u razvoju znači da trebaju biti svjesne svoje pozicije i činjenice da ne mogu tako brzo doseći nivo razvoja razvijenih zemalja. Istovremeno trebaju projicirati moguća poboljšanja i postepeno povećanje kvaliteta života u skladu s raspoloživim mogućnostima i potrebama stanovništva.

Istovremeno, prihvatanje prava na razvoj znači prihvatanje takvih razvojnih politika koje u svom središtu imaju čovjeka, odnosno zadovoljenje njegovih

[12] Jednakost, koja je suštinska za poimanje ljudskih prava, proizlazi iz ideje o jednakosti svih ljudi i povezana je s idejom pravičnosti, odnosno s principom pravednog društva.

osnovnih potreba. Tek nakon toga moguće je govoriti o daljnjem unaprjeđenju kvaliteta života, odnosno povećanju pristupa ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima koja utječu na ukupan razvoj ličnosti. Polazeći od zadovoljenja ovih potreba pojedinaca, jasno je da je utjecaj dvosmjeran kako bi se uopće moglo govoriti i o razvoju kolektiva i svih segmenata društva.

3. Pravo na zdravu okolinu

Nastojanje zemalja da ostvare što veći nivo ekonomskog razvoja praćeno je sve većim pritiscima na okoliš. Upravo povećane ekonomske aktivnosti uzrokuju pretjerano i neodgovarajuće korištenje raspoloživih resursa, povećavaju zagađenje, dovode do urušavanja ekološkog sistema i narušavanja ekološke ravnoteže, proizvodeći negativne posljedice po okoliš. Stoga u okviru ostvarenja prava na razvoj i pravo na zdravu okolinu treba odražavati kolektivni interes i zajedničku potrebu svih ljudi. Imajući u vidu činjenicu da su zemlje u razvoju više zaokupljene nekim drugim problemima, poput političke nestabilnosti, konflikta, neodgovarajuće ekonomske situacije i sl., ne iznenađuje da je pravo na zdravu okolinu i briga za okoliš više prepoznata kao trend razvijenih zemalja. Tako je još 1972. godine Štokholmska deklaracija[13] definirala pravo čovjeka na slobodu i jednakost u zadovoljavajućim uvjetima života, u okolini čiji kvalitet treba omogućiti život u dostojanstvu i blagostanju, kao i obavezu čovjeka da čuva svoju okolinu za sadašnje i buduće generacije. Nadalje, i sama Evropska konvencija sadrži ovo pravo kao ljudsko pravo, a Sud za ljudska prava Evropske zajednice ovo pravo i štiti (Bakšić-Muftić, 2002, str. 251). Probuđena briga javnosti za okoliš i njegovo očuvanje za rezultat je imala niz međunarodnih dokumenata i protokola donesenih u narednim godinama s ciljem poboljšanja zaštite okoliša.[14] Kako neki značajniji napredak u pogledu zaštite okoliša nije postignut, održana je

[13] U Stockholmu se 1972. održala prva konferencija o zaštiti čovjekove okoline, u literaturi poznata pod nazivom Štokholmska konferencija. Zaključci Štokholmske konferencije uvršteni su u nekoliko dokumenata, od kojih je po svom obimu i važnosti najvažnija Deklaracija o zaštiti okoline. Zahvaljujući ovoj konferenciji po prvi put je pitanje zaštite okoliša intenzivirano u cilju iznalaženja odgovarajućih rješenja, prevazilazeći okvire politikanstva i označavajući prekretnicu u razvoju svjetske politike zaštite okoliša.

[14] UNEP procjenjuje da je nakon Stockholma doneseno oko 500 međunarodnih konvencija koje se tiču zaštite okoliša, od čega je njih oko 70% doneseno na regionalnom nivou. Neke od donesenih su: Konvencija o prevenciji zagađenja sa brodova – MARPOL (1973), Konvencija o dalekometnom prekograničnom zagađenju zraka (1979), Konvencija UN o zakonima mora (1982), Bečka konvencija o zaštiti ozonskog omotača (1989), Montrealski protokol (1987), Londonski amandmani (1990), Kopenhagenski amandmani (1992), Montrealski amandmani (1997), Kyoto protokol (1997), Deklaracija o održivom razvoju Johanesburg (2002) i dr.

Konferencija o okolišu i razvoju u Riju 1992. godine, poznata kao Prvi samit o Zemlji. Konferencija je rezultirala potpisivanjem brojnih ugovora i definiranjem ciljeva, uključujući i plan za 21. stoljeće poznatiji kao Agenda 21.[15] Od ovog perioda težište okolinskih politika bilo je usmjereno ka prognoziranju posljedica ekonomskih aktivnosti i utjecaja na okoliš te su države počele s primjenom novih ekonomskih instrumenata i izdavanjem ekoloških dozvola. Time se otvara novo poglavlje okolinskih politika koje naglasak stavljaju na održivi razvoj i usaglašavanje ekonomskih, društvenih i prirodnih komponenti. Ovakvi stavovi rezultirali su Arhuškom konvencijom 1998. godine. S obzirom na djelimičan uspjeh u dosezanju postavljenih Milenijskih razvojnih ciljeva, države članice Ujedinjenih naroda su na Samitu o održivom razvoju, održanom u New Yorku 2015. godine, usvojile Program održivog razvoja do 2030. godine te definirale Globalne ciljeve, tzv. 17 ciljeva održivog razvoja.[16]

4. Očuvanje okoliša

Deklaracijom iz Rija (1992) utvrđuje se prvi princip Štokholmske deklaracije prema kojem: "Čovjek ima fundamentalno pravo na slobodu, jednakost i adekvatne uslove za život, u okolini koja je dovoljno kvalitetna da dopušta život dostojanstva i blagostanja, i on nosi svečanu odgovornost da zaštiti i

[15] Agenda 21 predstavlja jedan od pet dokumenata donesenih na ovom skupu. U Agendi 21 utvrđeni su globalni zadaci na uspostavljanju harmonije između razvoja i prirodne sredine, ali i sugerirane određene mjere i aktivnosti koje bi trebalo poduzeti kako bi do kraja zaživjela filozofija održivog razvoja. Zadaci Agende 21 odnose se na: iskorjenjivanje ekstremnog siromaštva i gladi; osiguranje univerzalnog osnovnog obrazovanja; promoviranje ravnopravnosti spolova i osnaženje žena; smanjenje stope smrtnosti djece; poboljšanje zdravlja majki; borbu protiv HIV/AIDS-a, malarije i drugih bolesti; osiguranje održivosti okoliša; te razvoj globalnog partnerstva za razvoj. Izvor: http://www.ba.undp.org/content/bosnia_and_herzegovina/en/home/post-2015/mdgoverview.html; Izvor: Earth Summit Agenda 21 dostupno na https://sustainabledevelopment.un.org/outcomedocuments/agenda21 (pristup 2. 4. 2017).

[16] Kroz 17 novih ciljeva održivog razvoja i 169 podciljeva, nastoji se postići uravnoteženje tri dimenzije održivog razvoja (okolišna, društvena i ekonomska). Ciljevi se odnose na: iskorjenjivanje siromaštva; iskorjenjivanje gladi; osiguranje zdravlja i dobrobiti; kvalitetno obrazovanje; rodnu ravnopravnost; pitku vodu i higijenske uvjete; pristupačnu i čistu energiju; dostojanstven rad i ekonomski rast; industriju, inovacije i infrastrukturu; smanjenje nejednakosti; održive gradove i održive zajednice; odgovornu proizvodnju i potrošnju; odgovor na klimatske promjene; život ispod vode; život na kopnu; mir i pravdu/snažne institucije; te partnerstvo za ciljeve. Izvor: Globalni ciljevi održivog razvoja dostupno na http://www.ba.undp.org/content/bosnia_and_herzegovina/bs/home/post-2015/sdg-overview.html (pristup 2. 4. 2017).

poboljša tu okolinu za sadašnje i buduće generacije."[17] Ovaj princip ujedno uvodi i pojam održivog razvoja promoviran Deklaracijom iz Rija, prema kojem su: "Ljudska bića u centru brige za održivi razvoj. Njima pripada pravo na zdrav i produktivan život u harmoniji sa prirodom"[18], kao i u princip shodno kojem se "pravo na razvoj treba ispuniti tako da jednako zadovoljava i razvojne i okolišne potrebe sadašnjih i budućih generacija."[19]

Bez obzira na navedene principe čini se da pravo na zdrav okoliš, kao i pravo na razvoj, nije prepoznato u svom punom kapacitetu. Tek nakon Konvencije iz Aarhusa, Konvencije o dostupnosti informacijama, učešću javnosti u donošenju odluka i pristupu pravdi u oblasti životne sredine iz 1998. godine, dolazi do određenog preokreta. Nacionalna zakonodavstva postaju svjesnija antropocentričnog pogleda na zaštitu okoliša i činjenice da ljudi imaju "pravo na zdrav okoliš". Zaštita okoliša preduvjet je za ostvarenje koncepta ljudskih prava bez obzira na to o kojoj generaciji ljudskih prava je riječ. Time je potpuno jasno da je zdrav okoliš nužan preduvjet bez kojeg nema ni ostvarenja osnovnih ljudskih prava (prava na život, slobodu i ličnu sigurnost i s njima vezanih prava) niti mogućnosti za ostvarenje ekonomskih, socijalnih i kulturnih ljudskih prava. Istovremeno ostvarenje navedenih prava preduvjet je za društveno odgovorno upravljanje okolišem, čime se ukazuje na međusobnu korelaciju svih prava u očuvanju okoliša. Pored toga, postoje i mišljenja da je antropocentrični pogled na zaštitu okoliša fundamentalno pogrešan i da je potreban čisti ekocentrični pogled, odnosno da je u fokusu zaštita okoline i ljudska obaveza u tom pogledu, a ne ljudsko pravo na tu okolinu.

Porast ukupnog broja stanovnika i samim time povećanje obima ukupnih ekonomskih aktivnosti u cilju ne samo zadovoljenja osnovnih potreba nego i povećanja dohotka vodi pogoršanju globalnog stanja okoliša. Da bi se postigao održivi razvoj, cjelovito očuvao kvalitet okoliša i prirodnih zajednica na globalnom nivou potrebni su određeni kompromisi u pogledu ostvarenja profita i očuvanja okoliša. U tom smislu raspoloživi resursi trebaju se koristiti što efikasnije i racionalnije te se dodatno ulagati u tehnologije koje umanjuju zagađenja. Ovako izrečeno, situacija je vrlo jednostavna. Međutim, u situaciji sve veće polarizacije i diverzifikacije svijeta, njegove sve veće podjele na bogatije i siromašnije postavlja se pitanje na koji će način zemlje pristupati rješenju ovih problema. Očito je da će siromašnije zemlje

[17] Štokholmska deklaracija dostupna na http://www.un-documents.net/unchedec.htm (pristup 2. 4. 2017).

[18] Prvi princip Deklaracije o okolišu i razvoju iz Rio de Janeira. Deklaracija dostupna na http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm (pristup 2. 4. 2017).

[19] Treći princip Deklaracije o okolišu i razvoju. Ibid.

teže podnositi bilo kakvu vrstu troškova usmjerenih na očuvanje okoliša. Okolišna i politika upravljanja prirodnim resursima zemalja u razvoju često zahtijeva reforme kojima bi se poboljšao nivo razvoja odgovarajući za očuvanje okoliša. U tom smislu, održivost okoliša zahtijeva reforme u političkim procesima, ali i integrirani skup politika i mjera, a ne samo politiku zaštite okoliša, što je istovremeno dobro i za vlade jer bi se više novca trošilo na alternativne, produktivnije razvojne projekte koji ujedno vode i očuvanju okoliša. Briga za okoliš mora biti "ukorijenjena u društvene kritike i viziju socijalne rekonstrukcije" (Bookchin, 1989, str. 13).

U odsustvu podrške od strane razvijenijih zemalja bilo koji pokušaj poduzimanja mjera za očuvanje okoliša može rezultirati umanjenjem i slabljenjem drugih socijalnih programa, poput smanjenja izdvajanja za obrazovanje, zdravstvene i socijalne usluge. To, naravno, samo po sebi ima veoma važne implikacije na očuvanje globalnog okoliša, jer kako onda govoriti o održivom razvoju (ako ne postoji ravnoteža ekonomske, društvene i ekološke komponente)? Iako najveće kumulativno oštećenje uzrokuju razvijene zemlje, postojeći trend ima tendenciju preokreta ka zemljama u razvoju koje karakteriziraju visoke stope nataliteta, rast prosječnog nivoa dohotka i povećana isparavanja gasova kojima se stvara efekat staklenika i sl. Shodno tome, međunarodna pažnja treba se fokusirati upravo na neke od najsiromašnijih zemalja svijeta. Ostaje nejasno pitanje na koji način riješiti raspodjelu odgovornosti u pogledu šteta po okoliš. Ukoliko bi se postavilo globalno ograničenje na nivou emisije štetnih gasova *per capita*, privilegirale bi se zemlje s niskim prihodima koje imaju i mnogo niže stope potrošnje *per capita*. Nasuprot tome, ako bi se međunarodnim pritiscima pokušala ograničiti stopa rasta emisija *per capita* ili čak nametnuti ograničenja u pogledu rasta emisija na nacionalnom nivou, vjerovatno bi došlo do zamrzavanja prihoda zemalja u razvoju na nivo malog dijela od onog u razvijenim zemljama (Todaro & Smith, 2006, str. 457). Da li je onda moguće smanjenje uništenja okoliša povećanjem prihoda siromašnog stanovništva, odnosno da li je moguće postići ekonomski razvoj ne uništavajući okoliš?

Pitanje postaje delikatno pogotovo kada se ima u vidu da su najveći uništavači okoliša najbogatije zemlje, odnosno multinacionalne kompanije i bogati pojedinci. Iako se danas većina multinacionalnih kompanija deklarira kao "čuvari" okoliša, njihova težnja za maksimiziranjem profita i održanjem što nižih troškova usmjerena je ka dobijanju resursa po što nižoj cijeni, čime se implicitno briga za očuvanjem okoliša potiskuje u "drugi plan". Posljedično, to može voditi i nedostatku stvaranja političke volje usmjerene ka stvarnom očuvanju okoliša i odgovarajuće okolišne regulacije. Stoga zadovoljenje rastuće potrošnje i održavanje niskog nivoa uništenja okoliša predstavlja izu-

zetno težak zadatak. Osim toga, izazovi očuvanja okoliša naročito su veliki za zemlje u razvoju s obzirom na to da se loše politike zaštite okoliša vezuju za siromaštvo i nepostojanje alternative neodrživom načinu života.

Prioritetni izazovi u pogledu zaštite i očuvanja okoliša u zemljama u razvoju u narednom periodu sigurno će biti uzrokovani siromaštvom. Ti izazovi za sobom nose i druge opasnosti, poput opasnosti po zdravlje zbog nedostatka pitke vode i odgovarajućih sanitarija, korištenje peći na goriva biološkog porijekla, uništavanja šuma, zagađenje i propadanje obradivog zemljišta, zagađenje zraka, promjene u atmosferi i sl. U tom smislu biće potrebno poduzimati i određene mjere za zaštitu okoliša koje se odnose na: racionalizaciju korištenja pitke vode, smanjenje potrošnje fosilnih goriva, smanjivanje štetnih ispušnih plinova iz industrijskih postrojenja i saobraćaja, sprečavanje uništavanja tropskih šuma, kontrolu kvaliteta prehrambenih proizvoda, zabranu proizvodnje spojeva koji razgrađuju ozonski omotač ili nepovratno kontaminiraju postojeće ekosisteme, smanjenje emisije stakleničkih plinova, smanjenje buke itd.

5. Zaključna razmatranja

Shvatanje prava na razvoj kao prava koje omogućava razvoj pojedinca kao i kolektiviteta, posebnu pažnju usmjerava na uvećanje sposobnosti pojedinaca da vode dug, zdrav i kreativan život. Ovo, naravno, uključuje procese koji omogućavaju slobodu aktivnosti i donošenje odluka, ali i mogućnosti koje ljudi imaju, a koje ovise o ličnim i društvenim uvjetima, odnosno odgovarajuće državne politike koja treba da je u funkciji ekonomskog razvoja.

Osnovni cilj prava na razvoj usmjeren je ka ostvarenju osnovnih sloboda nužnih za poboljšanje ljudskog života, a koje uključuju osnovne potrebe, kao i slobode povezane s pristupom obrazovanju, uvažavanjem učešća u političkom životu, slobodu medija i sl. Time se direktno ili indirektno doprinosi poboljšanju uvjeta života i omogućava ostvarenje principâ postavljenih konceptom ljudskih pravâ, da se živi na način na koji se želi. Na ovaj način se i tvrdnja da sloboda nije prvenstveni cilj razvoja, nego i njegovo osnovno sredstvo, dodatno ojačava. Prema ovom shvatanju, razvoj je proces širenja ljudskih sloboda, te se i ocjena dosegnutog stupnja razvoja treba zasnivati na ovim razmatranjima. S druge strane, pravo na razvoj predstavlja i sredstvo ostvarivanja razvoja na način da doprinosi širenju ljudskih sloboda općenito, ne ugrožavajući pri tome okoliš. Ostvarenje prava na razvoj se shodno tome usko povezuje sa odnosom pojedinac, kolektiv, društvo, ekonomija, okoliš, čime se međusobno nadopunjuju i ojačavaju te u konačnici vode unapređenju ekonomskog razvoja.

Shvatanje prava na razvoj u kontekstu očuvanja okoliša u osnovi je šire od konvencionalnog shvatanja procesa razvoja koje se odnosi na rast BDP-a, povećanu industrijalizaciju, tehnološki napredak (koji uistinu i doprinose razvoju), i podrazumijeva proces širenja stvarnih sloboda koje ljudi uživaju, a koje nisu isključivo determinirane gore navedenim faktorima, nego i socijalno-ekonomskim, ali i okolišnim faktorima. U ovom kontekstu promatrano, razvoj je proces širenja sloboda koje ljudi uživaju, pri čemu širenje tih sloboda predstavlja osnovni cilj, ali i glavno sredstvo koje vodi razvoju. Ono što ljudi mogu ostvariti u skladu sa svojim ekonomskim i socijalnim mogućnostima ne treba biti nauštrb okoliša. Upravo ostvarenje navedenih mogućnosti osigurava dobro zdravlje, pristup obrazovanju i unapređenje inicijative zavisno od uklanjanja glavnih izvora ekonomske neslobode (siromaštva, loših ekonomskih mogućnosti), kao i time izazvanih oblika društvene neslobode (sistematskog socijalnog isključenja, represivnog djelovanja države i konflikata i sl.). Stoga je ostvarenje prava na razvoj uz očuvanje okoliša ključno za proces razvoja.

Ciljevi i sredstva razvoja zahtijevaju da se u sami centar interesiranja postavljaju ljudi kao aktivni sudionici koji su u stanju oblikovati vlastitu sudbinu. U tome država i društvo imaju značajnu ulogu jer osiguravaju podršku u jačanju i očuvanju ljudskih potencijala, ali i okoliša. Prema tome, pravo na razvoj i očuvanje okoliša moguće je ukoliko postoji međusobno nadopunjavanje koje vodi osiguranju blagostanja i dostojanstva za sve ljude, gradeći samopoštovanje i poštovanje prema drugima.

Ostvarenje koncepta prava na razvoj i očuvanja okoliša zasniva se na učešću u ekonomskom procesu i sudjelovanju u društvenom životu, baš kao što i ekonomsko djelovanje i društveni život determiniraju očuvanje okoliša i ostvarenje koncepta prava na razvoj. Na ovaj način se ekonomski proces, društveni život i očuvanje okoliša međusobno ojačavaju i mogu voditi ekonomskom rastu ili slabiti i voditi još većoj nejednakosti i propadanju.

Bibliografija

Knjige

1. Bakšić-Muftić, J. (2002). *Sistem ljudskih prava*. Sarajevo: Fond otvoreno društvo, Pravni centar FOD BiH, Magistrat.
2. Bookchin M. (1989). *Remaking Society*. Montreal: Black Rose Books.
3. Daly, H. E. (1996). *Beyond Doubt: The Economics of Sustainable Development.* Boston: Beacon Press.

4. Hofrichter, R. ed. (1993). *Toxic Struggles: The Theory and Practice of Environmental Justice*, foreword by Lois Gibbs. Philadelphia: New Society Publishers.

5. Leff, E. (2000). Sustainable Development in Developing Countries: Cultural Diversity and Environmental Rationality. U: K. Lee, A. Holland & D. McNeill (ur.). *Global Sustainable Development in the 21st Century: Sustainable Development in Developing Countries* (str. 62–77). Edinburgh: Edinburgh University Press.

6. Osmanković, J. (2007). *Ekonomski razvoj – novi pristupi*. Sarajevo: Ekonomski fakultet Univerziteta u Sarajevu.

7. Pearce, D. W., Barbier, E. & Markandya, A. (1990). *Sustainable Development: Economics and Environment in the Third World.* Cheltenham: England: Elgar.

8. Pešić, R. (2002). *Ekonomija prirodnih resursa i životne sredine*. Beograd: Poljoprivredni fakultet.

9. Solow, R. M. (1991). *Sustainability: An Economist's Perspective*. u Dorfman, R. & Dorfman, N. (1993). *Economics of the Environment: Selected Readings* 3rd ed. New York: W.W. Norton.

10. Todaro, M. P. & Smith, S. C. (2006), *Ekonomski razvoj*. Sarajevo: Šahinpašić.

Članci

1. Antle, J. M & Heiderbrink, G. (1995). Environment and Development: Theory and International Evidence, *Economic Development and Cultural Change*, Vol. 43 (3), 603–625.

2. Haughton G. (1999). Environmental Justice and the Sustainable City. *Journal of Planning Education and Research*, 18 (3), 233–243.

3. Hopwood, B., Mellor, M. & O'Brien, G. (2005). Sustainable Development: Mapping Different Approaches, Sustainable Cities Research Institute University of Northumbria, *Sustainable Development*, 13 (1), 38–52.

4. Ranis, G. (2004). The Evolution of Development Thinking: Theory and Policy, *Center Discussion Paper No. 886*, Yale University: Economic Growth Center.

5. Solow, R. M. (1986). On the Intergenerational Allocation of Natural Resources. *Scandinavian Journal of Economics,* 88 (1), 141-149.

Dokumenti

1. African Charter on Human and Peoples' Rights http://www.achpr.org/instruments/achpr/
2. Bečka deklaracija. www.un.org
3. Deklaracija o okolišu i razvoju iz Rio de Janeira http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm
4. Deklaracija o pravu na razvoj. www.unhchr.ch/development/right.html
5. Earth Summit Agenda 21 https://sustainabledevelopment.un.org/outcomedocuments/agenda21
6. Evropska konvencija o ljudskim pravima dostupna na http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_BOS.pdf
7. Globalni ciljevi održivog razvoja http://www.ba.undp.org/content/bosnia_and_herzegovina/bs/home/post-2015/sdg-overview.html
8. Johanesburg Declaration www.un.org/esa/sustdev/.../Johannesburg%20Declaration.doc
9. Kyoto protokol dostupan na www.mvteo.gov.ba/org_struktura/sektor_prirodni_resursi/.../Archive.aspx
10. Millenium Development Goals http://www.undp.org.mdg
11. Štokholmska deklaracija http://www.un-documents.net/unchedec.htm
12. Štokholmska konvencija www.mvteo.gov.ba/org_struktura/sektor_prirodni_resursi/.../Archive.aspx
13. Univerzalna deklaracija o pravima čovjeka dostupna na http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/src1.pdf

Dr. Amina Nikolajev
Assistant professor

THE RIGHT TO DEVELOPMENT AND PRESERVATION OF THE ENVIRONMENT

Summary

Different concepts of economic development also underline different value propositions on desirable goals of what Mahatma Gandhi called the "achievement of human potential." Due to the aspirations to achieve the highest possible level of economic development and standard of living, the pressure on the environment is becoming more and more intense, which is why the concern in terms of the consequences that various economic activities produce on the environment is expressed for a good reason. Therefore, when measuring the achieved degree of development, we should, in addition to the established criteria such as national income, gross domestic product, extreme poverty line, mortality of newborns, unemployment rate, level of education and similar, also use some other criteria such as the condition of the environment. Given the fact that the development models are not uniform and applicable to all countries equally, understanding of the development path gets a new meaning. In this context, the right to development, as part of the concept of human rights, places the human in the centre of the development process as key participant and user of the development. Thereby, the right to development aims not only at satisfying the basic needs of people, but at exercise of other rights as well. Acknowledging the specific circumstances and needs of people, development policies need to aim at increasing the possibilities of choice of individuals in improving the prosperity and achieving what they consider as values. In this regard, preservation of the environment and the right to healthy environment stems from the common need of all people to protect themselves from the negative consequences of the disturbed ecological balance. Thusly set concept should lead to the prosperity of the entire social community, which also foresees the obligation of keeping the environment clean and healthy, for which we are all individually and collectively responsible.

Keywords: *right to development, preservation of the environment, human rights*

Radovi prezentirani na Međunarodnom naučnom savjetovanju "Trendovi i izazovi primjene ekonomskih postulata u krivičnom pravu"

Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 13. 10. 2017.

Dr. Matjaž Jager
Naučni savjetnik
Direktor Instituta za kriminologiju pri Pravnom fakultetu u Ljubljani
Profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Ljubljani
matjaz.jager@pf.uni-lj.si

UDK 343.1
Izvorni naučni rad

Dr. Katja Šugman Stubbs
Profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Ljubljani
Naučni savjetnik na Institutu za kriminologiju pri Pravnom fakultetu u Ljubljani
katja.sugman@pf.uni-lj.si

O POTREBI ZA "UNAPREĐENJEM EFIKASNOSTI KRIVIČNOG POSTUPKA"[1]

Sažetak

U rastućoj raspravi o "potrebi za povećanjem efikasnosti našeg krivičnog postupka" okvir rasprave stvara pojmovnu zabunu miješajući pojmove efektivnost i efikasnost.

Svaki zakon o krivičnom postupku može biti procijenjen u zavisnosti od svoje pravne efektivnosti, tj. da li postiže svoje pravne ciljeve ili ne. Dodatno može biti procijenjen u zavisnosti od toga kako efikasno postiže svoje ciljeve. Nijedan određeni krivični postupak ili vrsta krivičnog postupka ne mogu biti proglašeni efektivnijim od drugog zato što određeni krivični postupci (vrste) teže više ili manje drugačijim ciljevima. Ti ciljevi odražavaju se u zakonskim posebnim vrijednosnim odlukama donesenim od strane zakonodavca u zakonodavnom procesu. Te vrijednosne odluke mnogo puta dolaze u obliku kompromisa. Zbog toga što ovi vrijednosni sudovi tvore više ili manje različite zakonodavne ciljeve, ne možemo reći da je bilo koji zakon o krivičnom postupku načelno više efektivan ili više efikasan.

Pitanje efikasnosti može se pravilno postaviti jedino unutar određenog krivičnog postupka, ili možda unutar određene vrste modela. Porediti, naprimjer, modele garantističkog i pojednostavljenog ili ratnog režima krivičnog postupka prema njihovoj efikasnosti je kao porediti narandže, jabuke i grah. U prak-

[1] Članak je proširena i promijenjena nadgradnja priloga prvog autora, koji je o tome već pisao. V. Jager (2009).

si, namjerno ili nemarno miješanje pojmova efektivnosti i efikasnosti krivičnog postupka krije stvarne političke, vrijednosno ne neutralne dileme koje su u pitanju pri kreiranju zakona i njihovoj implementaciji.

Ključne riječi: *efektivnost, efikasnost, vrste krivičnog postupka, nagodba, pravna reforma*

1. Pojašnjenje značenja riječi: efektivnost i efikasnost

Ovih dana, svako želi "efikasniji krivični postupak" što je brže moguće.[2] Pokazat ćemo kako se pojam "efikasan" u ovom kontekstu koristi suviše široko te stoga treba biti upotrebljavan u skladu sa svojim pravim značenjem. Posebno se često miješa s pojmom efektivnosti. Ova dva pojma u mnogim jezicima zvuče slično i tako se i koriste, ali ih treba jasno razlikovati. Pojam efikasnosti upotrebljava se suviše općenito kako bi pokrio cijelu ideju "ekonomičnosti" krivičnog postupka i krivičnopravnog sistema. Bilo to namjerno ili ne, to stvara neadekvatan okvir za raspravu i posljedično navodi da postavljamo pitanja koja dovode u zabludu i jednostavno pogrešna pitanja.

Kako bismo pokazali ovu pojmovnu neprikladnost, moramo započeti sa značenjem ovih dvaju termina. S jedne strane, "efektivnost" je razina kojom se određeni cilj ostvaruje.[3] Osoba može, naprimjer, biti više ili manje efektivna u postizanju određenog cilja: možemo jednostavno ne postići željeni cilj, i u tom slučaju naša efektivnost iznosi nula. Ili, možemo biti djelimično efektivni , i konačno, možemo postići željeni cilj i biti u potpunosti efektivni.

S druge strane, "efikasnost", prema uobičajenom shvatanju, jeste mjera količine resursa (u najširem značenju – poput vremena ili utrošenih radnih sati, troška alata i opreme koji su korišteni, upravljačkih ili logističkih troškova i tako dalje – u sažetku, svih vrsta direktnih i indirektnih troškova) koje smo iskoristili/potrošili/upotrijebili za postizanje željenog cilja.[4] Moglo bi se reći da je efikasnost mjerenje troškova uspješnosti, tj. ekonomičnosti.

---

[2] Vidjeti npr. Krapac, 2013, str. 6–7. O pritisku da se brzo predstave novije i novije reforme, vidjeti npr. Fišer (1995) i Dežman (2013).

[3] Također vrijedi da je moguće da je svaki cilj i sredstvo za postizanje nekog drugog cilja, a poznajemo i tzv. ciljeve same po sebi, ili najviše vrijednosti koje više nisu sredstvo za postizanje nikakvog višeg cilja.

[4] U ekonomiji, termin efikasnost ima više tehničkih značenja, naprimjer alokativna efikasnost, Pareto efikasnost, Kaldor-Hicks efikasnost itd. Efikasnost, onako kako je shvaćena u ovom članku, jeste takozvana proizvodna efikasnost. Uobičajeno je da se u ekonomskoj analizi prava normativni kriterij efikasnosti odnosi na alokativnu efikasnost. Veoma zanimljiva pitanja vezana za te mjere efikasnosti

Jasno, neko može biti više ili manje efikasan. Kao, naprimjer, u ilustraciji u klasičnom udžbeniku ekonomije: ako neko postigne isti cilj koristeći 10 jedinica resursa a drugi koristeći 20 jedinica resursa kažemo da (*ceteris paribus* – tj. ako je sve ostalo isto) je prvi akter efikasniji od drugog u postizanju istog cilja.[5]

Prikazat ćemo jednostavan praktični primjer iz svijeta policijskih istraga krivičnih djela u prethodnom krivičnom postupku.[6] Glavni cilj policijske istrage je rješavanje krivičnog djela, što znači identificiranje učinioca i prikupljanje dovoljno dokaza. Zamislimo da su tri imaginarne policijske jedinice bile jako uspješne u određenom vremenskom periodu, riješivši 100% slučajeva krađe koji su im bili prijavljeni u tri uporediva policijska distrikta. U pogledu efektivnosti ovo znači da su sve tri policijske jedinice ostvarile najviši uspjeh u ispunjenju svojih ciljeva: bile su 100% efektivne. Međutim, efikasnost ovih policijskih jedinica je potpuna druga stvar. U postupku dostizanja efektivnosti od 100%, prva policijska jedinica je, naprimjer, uložila/potrošila 100 jedinica (vremena, resursa, itd.), druga je potrošila 500, a treća 1000 jedinica. Jasno je da iako su sve tri jedinice bile 100% efektivne, prva je bila daleko najefikasnija.

Dakle, činjenica da neko ostvari njegov ili njen cilj još uvijek nam ne kazuje ništa o tome koliko efikasno je taj cilj bio ostvaren. Ne kazuje nam o količini raznih vrsta resursa koje je ova policijska jedinica potrošila na ostvarenje tog rezultata, naprimjer po jednom riješenom slučaju krađe. Maksimalna efektivnost stope uspješnosti od 100% bez sumnje može biti postignuta različitim stepenima efikasnosti policijskog rada. U utrošene socijalne resurse ili nastale socijalne troškove u ovom slučaju možemo ubrojiti sate rada, količinu i ozbiljnost potencijalnih povreda ljudskih prava počinjenih od strane policije protiv osumnjičenog ili trećih osoba, količinu uključene tehničke opreme itd. U idealnom (teoretskom) slučaju, ova policijska jedinica bi uz to što je 100% efektivna u isto vrijeme bila i najefikasnija u istraživanju pljački ukoliko bi proizvela najmanji mogući iznos raznih društvenih troškova u poređenju s ostalim policijskim jedinicama.[7]

---

krivičnog procesnog prava moramo ovdje ostaviti po strani, jer je ovdje riječ primarno o proizvodnoj efikasnosti.

5 Također možemo krenuti s drugog kraja i reći da ako je neko koristeći 10 jedinica resursa ostvario 20 jedinica ciljeva a neko drugi samo 10 jedinica istih ciljeva – prvi je (*ceteris paribus*) efikasniji.

6 Konkretno o nekim vidovima policijskog otkrivanja krivičnih djela u Sloveniji v. istraživanje Instituta za kriminologiju pri Pravnom fakultetu Univerziteta u Ljubljani – Jager (ur.) (2006).

7 Ovo bi bila zamišljena apsolutna efikasnost koja je samo teoretska. U praksi, mjera efikasnosti je obično relativna, tj. može nam reći da je jedna policijska jedinica

U stvarnom životu, naravno, stvari su rijetko kad tako jasne i očigledne kao u našem ilustrativnom primjeru. Prvo, u našem slučaju, ciljevi krivičnog postupka daleko su od toga da su jednostavni i direktno definirani; oni su višestruki i kompleksni, a mnogo puta i protivrječe jedan drugome (Feeley, 1973). Drugo, efektivnost i efikasnost su većinu vremena pitanja i mjere stepena. Drugim riječima, u oba slučaja postoji kontinuum mogućih stanja stvari od jednog ekstrema ka drugom.

Međutim, prateći logiku oba pojma, možemo u svrhu argumenta konstruirati primitivnu ilustraciju mogućih ili/ili (tj. binarnih ekstrema 1 ili 0) stanja stvari. Postoje četiri takve moguće kombinacije. U našem radu mi možemo biti ili: 1. efektivni i efikasni; 2. efektivni ali neefikasni; 3. neefektivni ali efikasni;[8] 4. neefektivni i neefikasni.

Dakle, s tačke gledišta ekonomičnosti sistema, najbolja moguća kombinacija je prva: postižemo željeni cilj na efikasan način.

2. Zašto se pravda ne treba prepirati s efikasnošću?

Kontroverza koja nastaje iz pojmovnog nesporazuma između efektivnosti i efikasnosti odzvanja u tezi o takozvanoj "ravnoteži između proceduralnih garancija i efikasnog krivičnog postupka". Drugim riječima, potraga za efikasnošću *per se* mnogo puta je prikazana kao zapreka pravdi i pravednosti postupka. Mnogi vjeruju da postoji unutrašnja napetost između štićenja prava optuženika i kampanja za "efikasan krivični postupak", kako to zagovornici obiju strana zovu.[9] Zbog toga se protive bilo kakvim reformama koje oni vide kao pokušaje za "povećanjem efikasnosti sistema". Ali način na koji je ova kontroverza formulirana je nesporazum.

U prethodnom dijelu pokazali smo da nam razina efikasnosti ne govori ništa o vrijednosti konačnog cilja koji treba biti postignut kroz tu aktivnost.[10] U

---

više ili manje efikasna u odnosu na jedinice u sličnim okolnostima. Ili nam govori da je ove godine ista policijska jedinica bila efikasnija u postizanju istog cilja kao prošle godine.

8 Nekako neobično ali istinito: možemo biti vrlo efikasni u određenim elementima naše aktivnosti ali ipak možemo u potpunosti ne uspjeti da postignemo cilj. Ili, možemo biti vrlo efikasni u tome da radimo nešto što je potpuno neadekvatan način za postizanje cilja, i tako, nikad ne možemo biti efektivni bez obzira na to koliko smo efikasni!

9 Za kritiku ove teze vidjeti Šugman, 2000, str. 52–64.

10 O tome govori jednostavan i slikovit primjer Cootera i Ulena (2004): "Pretpostavimo da pustinja ima dvije oaze, od kojih jedna ima sladoled a druga ne. (…) prva

postizanju bilo kojeg društvenog cilja – bilo dobrog ili lošeg – možemo biti više ili manje efikasni. Evaluacija efikasnosti vezana je za evaluaciju primarnog cilja koji vršilac želi postići svojim namjernim djelovanjem.

Isto važi i za krivični postupak. Kako Holmes i Sunstein (1999) s pravom tvrde, "pravda ne treba biti u nekoj posebnoj svađi s efikasnošću" (str. 228). Primjera radi, neki jako *garantistički* krivični postupak može se izvoditi inovativnim, učinkovitijim upravljanjem državnih institucija i ostalih uključenih sudionika, te naprimjer učinkovitijim funkcioniranjem i organiziranjem besplatne pravne pomoći za optuženike slabijeg imovinskog stanja, učinkovitije pomoći advokata, bolje organiziranom pomoći žrtvama itd. Poboljšanja u efikasnosti u načinu na koji su prava optuženika zaštićena i čuvana u *garantističkom* krivičnom postupku ne potkopavaju konačni cilj ovih zaštitnih odredbi koje predviđa zakonodavac. Upravo suprotno: efikasna, pravovremena i dobro organizirana zaštita prava optuženih jednostavno predstavlja bolju zaštitu od one neefikasne, spore i loše organizirane. Efikasna zaštita ljudskih prava bolja je od one neefikasne.[11]

Nakon što smo razjasnili ključnu pojmovnu razliku između efektivnosti i efikasnosti, sada možemo početi postavljati pitanja pravilnim redoslijedom. Prvo treba odlučiti o cilju krivičnog postupka. Šta jeste ili šta bi trebao biti cilj krivičnog postupka? Kada vjerujemo da je neki krivični postupak efektivan?

3. Efikasnost čega? Šta je cilj određenog krivičnog postupka?

Efektivnost mjeri razinu kojom su ciljevi namjernog djelovanja postignuti. Stoga, kako bi se moglo govoriti o efektivnosti kompleksne društvene pojave poput krivičnog postupka, moraju se prvo definirati njegovi ciljevi, u idealnom slučaju mjerljivi, jasno definirani ciljevi. Jasno definirani i mjerljivi ciljevi su preduvjet za adekvatnu procjenu efektivnosti.

---

oaza napuni veliku zdjelu sladoledom i pošalje mladića da trči preko pustinje noseći zdjelu do druge oaze. Vruće sunce istopi nešto sladoleda, tako da prva oaza daje više sladoleda nego što druga oaza prima. Rastopljeni sladoled predstavlja trošak distribucije. Ljudi koji se ljutito prepiru oko toga koliko bi sladoleda prva oaza trebala davati drugoj oazi mogu se složiti da bi ga trebao prenositi brži trkač. Također bi se mogli složiti da izaberu poštenog trkača koji neće jesti sladoled tokom puta." (str. 8)

[11] Ukoliko krivični postupak traje predugo zbog ekstremne vremenske neefikasnosti na strani države, takva neefikasnost mogla bi se *de facto* pretvoriti u neefektivnost u skladu s pravnom maksimom: "Zakašnjela pravda je uskraćena pravda".

Ali šta je to što želimo postići? Šta je cilj krivičnog postupka? Postoji li takva stvar uopće? Izgleda da odgovor na ovo pitanje ne bi mogao biti tako jednostavan i da bi se možda mogao dati na različitim razinama. Stoga, u svrhu jasnoće, moramo predstaviti neka pojednostavljenja i upozorenja.

Prvenstveno, svjesni sociološke nejednakosti između pojavnih i latentnih funkcija zakonodavstva, pretpostavimo da su funkcije nekog zakonodavnog propisa samo one pojavne (manifestne). U svrhu pojednostavljenja uzet ćemo u obzir samo svjesnu i namjernu zakonodavnu namjeru. Uz to, moramo pretpostaviti da je ova namjera uglavnom koherentna i da može biti razumno formulirana.

Čini se logičnim da bi, kako bismo razjasnili pojavni cilj(eve) zakonodavnog propisa, trebalo pogledati u njegove odredbe i teoriju koja stoji iza njega. Bilo koja određena svrha/cilj/namjera zakona je pod ovim pretpostavkama strukturirana i određena samim zakonom u sprezi s neophodnim i legitimnim sredstvima zakonodavnog tumačenja unutar pravnog poretka.

U praksi možemo početi gledajući odredbe zakona o krivičnom postupku koje eksplicitno govore o cilju, svrsi i namjeri zakona. Obično možemo pronaći ove odredbe na početku zakona u namjerno sažetom obliku. Naprimjer, Zakon o krivičnom postupku Republike Slovenije navodi nešto ovako pod naslovom Osnovni principi u članu 1, stav (1), koji kaže da: "Ovaj zakon utvrđuje pravila prema kojima nijedna nevina osoba ne može biti osuđena i prema kojima počinilac krivičnog djela može biti osuđen jedino pod uslovima predviđenim krivičnim zakonom i na osnovu zakonski provedenog postupka". Jasno je da je prvi cilj slovenačkog krivičnog postupka garantirati kako nijedna nevina osoba neće biti osuđena. Takav pristup ni na koji način nije neobičan. On proizlazi iz dobro poznate formule koju je Blackstone (1897) izrekao još krajem 19. stoljeća: "Svi vjerovatni dokazi o krivičnom djelu moraju biti prihvaćeni s oprezom; jer zakon smatra da je bolje da deset krivaca izbjegne kaznu, nego da jedna nevina osoba ispašta" (str. 713).[12] Na drugom mjestu nalazimo cilj koji je također od najveće važnosti: da će učinilac krivičnog djela biti osuđen. Ovaj osnovni cilj je ograničen načelom zakonitosti; učinilac može biti osuđen jedino "pod uslovima predviđenim krivičnim zakonom i na osnovu zakonski provedenog postupka".

[12] Čak i danas zakoni o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, Hrvatske i Srbije sadrže skoro potpuno istu uvodnu odredbu kao i slovenački, što je dokaz da smo razvijali krivične postupke na ostacima starog jugoslovenskog Zakona o krivičnom postupku. Za komentar o članu 2 Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, vidjeti Sijerčić-Čolić *et al.*, 2005, str. 42–46.

Slične proglase o ciljevima koji se trebaju pratiti pronalazimo u uvodnim stavovima brojnih zakona o krivičnom postupku. Prvi stav člana 2 poljskog Zakona o krivičnom postupku naprimjer navodi: "§ 1. Svrha ovog zakona je da ustanovi pravila koja će osigurati da: (1) počinilac krivičnog djela bude otkriven i pozvan na krivičnu odgovornost, i da nijedna nevina osoba neće biti tako pozvana."[13] Uvodni član francuskog Zakona o krivičnom postupku navodi iste ciljeve kao i slovenački, samo u obrnutom redoslijedu, te francuski naglašava druge ideje kao ciljeve; cilj pravednosti postupka, njegovu adversarnu prirodu, kao i cilj jednakosti u postupanju.[14]

Nadalje, ruski zakonodavac nabraja glavne ciljeve državnog zakona o krivičnom postupku u članu 2. Ovaj član, nazvan Zadaci krivičnog zakona Ruske Federacije navodi: "Zadaci ovog Zakona su sljedeći: zaštita prava i sloboda ljudi i građana, imovine, javnog reda i javne sigurnosti, okoline, i ustavnog sistema Ruske Federacije od krivične povrede, održavanje mira i sigurnosti stanovništva, i prevencija zločina." Samo djelimično na isti način, Zakon o krivičnom postupku Narodne Republike Kine navodi kako su njegovi zadaci "osigurati pravilnu primjenu Krivičnog zakona, kažnjavanje zločina, zaštitu ljudi, zaštitu Državne i javne sigurnosti i održavanje socijalističkog javnog reda" (član 1). Ali nadalje i konkretnije njegovi ciljevi su: "osigurati tačno i pravovremeno utvrđivanje činjenica o krivičnim djelima, pravilnu primjenu zakona, kažnjavanje kriminalaca i zaštitu nedužnih od istrage o krivičnoj odgovornosti; povećati svijest građana o potrebi poštivanja zakona i bespoštednoj borbi protiv krivičnih djela kako bi se sačuvao socijalistički pravni sistem, zaštititi lična prava građana; njihova imovinska prava, demokratska prava i druga prava; i garantirati nesmetan napredak cilja socijalističkog razvoja." (član 2)[15]

Mogli bismo nastaviti predstavljati razne posebne odredbe ove vrste. Uvodni tekst o osnovnim ciljevima i načelima zakona ukazuje na neke osnovne vrijednosti, ali nikako na sve njih. Ništa ne govori o tome koliko je snažno i duboko neka od najavljenih vrijednosti, npr. da zakon garantira da se niko ko je nevin neće osuditi – konkretno osigurana (garantirana) pravilima krivičnoprocesnog zakona, pravilima koja slijede toj uvodnoj napomeni. A moguće je npr. pri nekoj reformi da neka vrijednost ili cilj zakona ostane

---

[13] Poland – Code of Criminal Procedure: Act of 6 June 1997. http://www.legislationline.org/download/action/download/id/4172/file/Polish%20CPC%201997_am%202003_en.pdf (4. 12. 2017).

[14] Code pénal http://www.legislationline.org/download/action/download/id/6382/file/France_CC_am2016_fr.pdf (4. 12. 2017).

[15] Criminal Procedure Law of the People's Republic of China http://www.china.org.cn/english/government/207334.htm (4. 12. 2017).

nepromijenjena i sačuvana na nivou uvodne proklamacije, iako je u izmijenjenom zakonu ona stvarno zagarantirana više ili manje nego u ranijem zakonskom tekstu. Uporedno istražujući, ta vrijednost može biti više ili manje garantirana nego u drugim državama, koje su u uvodnim odredbama postavile identičan cilj. Da bismo to utvrdili u konkretnom primjeru, moramo poznavati zakon kao cjelinu, a idealno, uz to i način na koji se interpretira i primjenjuje u pravnoj praksi.

Svaki zakon o krivičnom postupku cilja da pruži prikladan i funkcionalan pravni okvir koji bi trebao donijeti određene ciljeve koje je društvo (na čelu sa zakonodavnim i kasnije sudskim predstavnicima) izabralo kao poželjne i adekvatne u svom krivičnom postupku u određeno vrijeme. Po pravilu, ovi posebno deklarirani ciljevi su više ili manje primjereno i koherentno strukturirani određenim pravnim odredbama od kojih se sastoji određeni zakon.

Tako, pored općih, sažetih navoda prikazanih iznad, puno je preciznije reći da jedino puno jedinstvo i kombinacija normi, standarda i principa utjelovljenih u određeni pravni kod unutar šireg pravnog poretka sačinjavaju kompleksnu zakonodavnu namjeru nekog zakona u cijelosti. Pojavni ciljevi bilo kojeg zakona o krivičnom postupku tada se odražavaju u svim njegovim specifičnim odredbama kao cjelina i posljedično se postižu u njegovoj konkretnoj primjeni uzimajući u obzir širi pravni poredak u kojem on djeluje.

Kada državna tijela i pojedinci u stvarnom životu poštuju i pridržavaju se ovih propisanih pravila, zakon o krivičnom postupku može biti proglašen ne samo pravno valjanim nego i pravno efektivnim. Takav sistem pravila tada proizvodi pravne rezultate i pravne posljedice na način na koji je to zakonodavac predvidio i namijenio.

U slučaju jako složenog zakona kao što je zakon o krivičnom postupku, planirani rezultati su ustvari mnogo puta kompromisi između više ili manje proturječnih ili više ili manje nekompatibilnih društvenih ciljeva i težnji koje je zakonodavac u političkom procesu trebao pomiriti u jedinstvenom zakonu. Ovo su (uglavnom međusobno povezane) odluke koje moraju biti donijete unaprijed o, naprimjer: opsegu potrage za "materijalnom istinom", sadržaju dokaznih pravila, izboru standarda dokazivanja na različitim tačkama postupka, izboru tereta dokazivanja, raznim drugim odlukama o opsegu proceduralnih zaštita, ulozi žrtve, itd.

Drugim riječima, zakonodavac unaprijed odlučuje o mnogim vrijednosnim ciljevima i namjerama svakog krivičnog postupka. Rezultati ovog procesa odražavaju se u kompromisima formuliranim u pravnim odredbama odre-

đenog zakona. Naravno, uvijek možemo raspravljati o tome da li konačni rezultat nomotehnički adekvatno odražava željene zakonske odluke i postignute kompromise. U svrhu jednostavnosti, zamislimo da je to slučaj. U ovom pogledu zakon je pravno efektivan ako se, u krajnjoj instanci, sve njegove odredbe primjenjuju i izvršavaju na način propisan zakonom. Nakon što su određeni kompromisi vrijednosti dogovoreni i transformirani u jezik određenog zakona, taj rezultat ustvari predstavlja pravni cilj ovog zakona kako ga je zamislio zakonodavac. Predviđena rješenja i kompromisi inkorporirani u zakon su cilj(evi) koji se trebaju postići u pravnoj praksi. Ako se odredbe provode onako kako su predviđene, možemo reći da je zakon pravno efektivan. Ovdje govorimo "samo" o pravnoj efektivnosti u smislu da namjerno ostavljamo po strani ciljeve krivične politike koji mijenjaju ponašanje, poput posebnog ili općeg odvraćanja i slično. To su vrlo važna, ali drugačija pitanja.[16] Mogli bismo reći u ovom smislu da je određeni zakon pravno efektivan čak i ako nema (mjerljive) promjene u ponašanju onih na koje se odnosi. Drugim riječima, unatoč tome što je pravno u potpunosti efektivan, zakon možda sociološki neće postići nikakvu promjenu u ponašanju građana ili će možda proizvesti potpuno ili djelimično različite promjene ponašanja od onih zamišljenih, da ne govorimo o pitanju potencijalnih kolateralnih pozitivnih ili negativnih učinaka.

Pravna efektivnost određenog zakona, što nas jedino zanima ovdje, naime nije automatska i ne treba je uzimati zdravo za gotovo. Zakoni u knjigama mogu završiti kao potpuno ili djelimično pravno neefektivni. Naprimjer, institucije ili njihovi predstavnici mogu ih ignorirati u potpunosti, odnosno mogu ih ignorirati djelimično. Odredbe zakona tada mogu biti pravno valjane, tj. mogu biti formalno dio pozitivnog prava, ali bez obzira na to neefektivne ili samo djelimično pravno efektivne, jer se ne provode ili se samo djelimično provode u pravnoj praksi.[17]

---

[16] Ovaj, nazovimo ga sociološki ili kriminalno politički pogled na procjenu efektivnosti bilo kojeg zakona u skladu je s onim što Rose (1959) definira kao "(…) uočavanje promjena u institucijama i drugim elementima društvene strukture. To može poprimiti oblik sistematske opservacije ponašanja na javnom mjestu za reprezentativne uzorke stanovništva, ili se može sastojati od ispitivanja javnog mnijenja kako bi se izmjerile promjene u stavu prema datoj praksi kada je novi zakon uveden u primjenu" (str. 480–481). Glavno pitanje ovdje je efektivnost određenog zakona kao sredstva socijalnog inžinjeringa. Široko rasprostranjeno i zajedničko uvjerenje o "legalističkom optimizmu" je da "(…) zakon vodi društvene odnose u pogledu artikuliranih normi. Šta se tada očekuje je da će zakon napraviti razliku, da će društveni poredak biti poboljšan pravnim odlukama." (Sarat, 1985, str. 25).

[17] O ovim dvjema razinama "pravne stvarnosti" u slučaju prevare EU, vidjeti npr. Jager (2006).

4. Različiti krivični postupci mogu težiti različitim ciljevima

Krajnji cilj i rezultat svake pojedine zakonske procedure je određeni zakon o krivičnom postupku. Cilj koji se želi postići jeste, ili bi se trebao odražavati, kao što smo vidjeli, u određenim pravnim odredbama, leži često u kompromisima između sukobljenih društvenih ciljeva i težnji koje je zakonodavac u političkom procesu trebao pomiriti u jedinstven zakon. Dakle, u krajnjem slučaju, mogli bismo reći da postoji onoliko ciljeva krivičnog postupka koliko je različitih krivičnih postupaka.

Stoga, bilo koji zakon o krivičnom postupku može biti ocijenjen prvo u skladu sa svojom pravnom efektivnošću (jesu li njegovi ciljevi postignuti ili ne) i drugo, s gledišta toga kako efikasno su ti ciljevi postignuti. Nijedan određeni krivični postupak ne može biti *prima facie* proglašen efektivnijim od drugog, zato što različiti krivični postupci teže više ili manje različitim ciljevima. Ovi ciljevi se odražavaju u posebnoj mješavini vrijednosnih sudova koje možemo promatrati u određenom zakonu. Pošto su ovi vrijednosni sudovi više ili manje različiti, nijedan zakon o krivičnom postupku nije načelno više ili manje efektivan ili efikasan. Svaki posebni krivični postupak može u svojoj primjeni biti pravno vrlo efektivan i vrlo efikasan ali isto tako može biti i obrnuto. Zapravo, sve četiri (u svrhu argumenta pojednostavljene i binarne) mogućnosti koje smo već istakli su moguće: efektivan i efikasan, efektivan i neefikasan, neefektivan i efikasan te neefektivan i neefikasan.

Ukoliko želimo, možemo različite zakone o krivičnom postupku grupirati u skladu s prevladavajućim ciljevima i ostalim glavnim karakteristikama. Razlike između raznih mogućih ciljeva krivičnog postupka tada postaju razlike između ciljeva različitih vrsta modela; naprimjer između krivičnog prava u ratnom režimu, garantističkog krivičnog postupka, takozvanog "crime control" krivičnog postupka, pojednostavljenog krivičnog postupka, itd.[18] Ove vrste mogu se preklapati, ali opet, za svaki posebni krivični postupak (vrstu), možemo postaviti pitanje: "Jesu li njegovi ciljevi postignuti?" (pitanje o njegovoj efektivnosti) i "Po kojoj cijeni su njegovi rezultati postignuti?" (pitanje o njegovoj efikasnosti).

Ista opća matrica efektivnosti/efikasnosti može se primijeniti na svaki mogući sadašnji ili budući krivični postupak (grupu). Zbog toga, različiti krivični postupci (grupe) jednostavno se ne mogu porediti u pogledu efikasnosti.

[18] Naprimjer, različite idealne vrste modela (krivičnog) postupka u kombinaciji s dvije vrste službeničkih ovlaštenja – hijerarhijska i koordinirana – opširno su razrađene kod Damaška (1986). Za alternativnu tipologiju, vidjeti npr. Vogler (2005).

Općenito zalaganje za "efikasniji krivični postupak" je zato varljivo.[19] U tom pogledu je isto varljiva i ideja da model pojednostavljenog krivičnog postupka "pojačava efikasnost krivičnog postupka". Model pojednostavljenog krivičnog postupka ne pojačava efikasnost krivičnog postupka u globalu jer tako nešto općenito ne postoji. Ono što ovaj model predstavlja je specifična vrijednosno ne neutralna vrsta krivičnog postupka za koju zakonodavac u određenom vremenu i prostoru vjeruje da je pravo rješenje.

Moguće je da, u općoj potrebi za ekonomičnošću krivičnog postupka, tvrdeći da "jedino povećava efikasnost određenog krivičnog postupka", zakonodavac ustvari smanjuje ili čak ukida neke osnovne vrijednosti koje određeni krivični postupak pokušava postići. Drugim riječima: iako tvrde da povećavaju efikasnost, novouvedena rješenja ustvari utječu na neke osnovne ciljeve krivičnog postupka. Tipično, uvođenje nagodbe (*plea bargaining*) u određeni sistem krivičnog postupka ima za cilj skraćivanje suđenja bez, barem na razini proklamacije, ugrožavanja osnovnih ciljeva određenog krivičnog postupka, tj. Blackstone formulacije razmatrane iznad. Kada se, naprimjer, nagodba uvodila u slovenački krivični postupak, zakonodavac se jako potrudio objasniti da osnovne pretpostavke slovenačkog krivičnog postupka nisu ni pod kakvom prijetnjom: još uvijek treba biti dužnost suda da traga za istinom itd. Vrlo je očito da ovo mnogo puta nije slučaj. Postoje slučajevi prijavljeni od strane advokata odbrane u kojima se optuženici izjasne krivim uprkos činjenici da su nevini i sud prihvati takvo izjašnjenje. U određenom konkretnom slučaju, koji je prijavio jedan advokat odbrane,[20] optuženica se izjasnila krivom, znajući da je nevina. Njene saučesnice su oslobođene kasnije tokom suđenja. Kada je upitana zašto se izjasnila krivom, rekla je da zbog toga što je samohrana majka jednostavno sebi ne može priuštiti dugo suđenje. Dakle, određeno rješenje koje je uvedeno s ciljem da "samo popravi efikasnost postojećeg krivičnog postupka" promijenilo je prirodu krivičnog postupka, utječući na njegove osnovne vrijednosti i ciljeve (Šugman Stubbs, 2015). Cilj postizanja više krivičnih osuda u kraćem vremenu je postignut uz cijenu erodiranja u određenoj mjeri cilja slovenačkog krivičnog postupka izričito navedenog u prvom članu: Blackstone formule. Također, to je utje-

[19] Obično je slučaj da različiti modeli krivičnog postupka koji teže različitim ciljevima namjerno funkcioniraju rame uz rame u istom pravnom režimu u isto vrijeme. Obično je slučaj da naprimjer takozvani redovni i pojednostavljeni krivični postupci postoje paralelno u jednom zakonu. [Za pregled raznih takvih postupaka u Sloveniji inspiriranih reformom, vidjeti npr. Kotnik (2006)]. Još jedan prikaz ove svrsishodne kohabitacije je tradicionalna kvantitativna i kvalitativna razlika u proceduralnim garancijama u krivičnim i upravnim postupcima. Svaka država mora odlučiti na određenoj razini o ovim kvalitativnim i kvantitativnim razlikama i o određenoj selekciji i klasifikaciji djela unutar ove dvije kategorije.

[20] Vidjeti, intervju s Kovačič Mlinar (2017).

calo na prirodu tužilačke i sudske funkcije: tužioci su postali *dominus litis* postupka nagodbe sa sudstvom koje uglavnom služi samo kao administrativna *ex post facto* provjera (Gorkič, 2012).[21]

Istraživači modela nagodbi u SAD-u primijetili su sličan trend (Skolnick, 1967, str. 55). Nagodba služi administrativnim svrhama uštede vremena, truda, i, svi akteri obično naglase ovo – "dobijanju povoljnijeg ishoda" za optuženog. Ali ona također ima i efekt zamjene norme o "presumpciji nevinosti" adversarnog sistema s *de facto* normom o "presumpciji krivnje". Dakle, time što službeno "samo ubrzava sistem koji imamo", ona ustvari snažno potkopava proklamirane ciljeve i vrijednosti tog samog sistema (Skolnick, 1967).

Ideja o "rastu efikasnosti" tradicionalno je promovirana od strane predlagača takozvanog modela "kontrole kriminala" (*crime control*) krivičnopravnog postupka. Kontrola kriminala često se shvaća kao uvjerenje da je primarni cilj krivičnog prava smanjiti kriminal što je moguće više, posebno kroz povećanje policijskih i tužilačkih ovlasti. Ona nosi određeni sistem vrijednosti, a posebno, prema Packeru (1968): "primarna pažnja se pridaje efikasnosti kojom kriminalni proces djeluje" (str. 158–159). Packer je opisuje kao upravnu i upravljačku (Packer, 1968, str. 239), a neki njegovi komentatori idu tako daleko da je čak označavaju kao model efikasnosti (Duff, 1972). Za razliku od navedenog, "due process model" fokusira se na individualne slobode i prava i bavi se ograničavanjem ovlasti vlasti, te je više adversaran i sudski (Packer, 1968, str. 239). Ali pogrešno je *a priori* tvrditi, da je "neefikasan". Ironija je u tome, da možemo imati neefektivan i neefikasan "crime control" krivičnopravni postupak. S druge strane, možemo imati efektivan i efikasan garantistički krivičnopravni postupak, kao i sve ostale moguće kombinacije koje smo spomenuli.[22]

Pravilno pitanje stoga nije varljiva ideja o "povećanju efikasnosti krivičnog postupka" nego prije koje vrste vrijednosti želimo da krivičnopravni postupak promovira i garantira? U pripremama za reforme moramo se pitati koje promjene vrijednosti određena reforma želi postići?

5. Zaključak

Pokazali smo da pitanje efikasnosti krivičnog postupka može biti postavljeno pravilno jedino u sklopu određenog zakona o krivičnom postupku, ili možda u sklopu određenog modela. Poređenje, naprimjer, nekog garantistič-

[21] Vidjeti, naprimjer, Lyncha (2015) kako ističe da je američki krivičnopravni sistem postao upravni sistem vođen od strane službenika iz izvršne branše, tužilaca.

[22] Postoje i oni koji tvrde da je razlika između ta dva modela lažna dihotomija (McBarnet, 1978).

kog zakona o krivičnom postupku s nekim ubrzanim postupkom po pitanju njihove efikasnosti je kao poređenje jabuka i krušaka jer oni promoviraju različite primarne ciljeve. Namjerno ili nemarno raspravu o reformi krivičnog postupka staviti u okvir naizgled vrijednosno neutralnog pojma efikasnosti krije političke i vrijednosne dileme koje svaka reforma krivičnog postupka mora riješiti pri definiranju svojih ciljeva.

U praksi smo, nažalost, često svjedoci da se suštinsko zadiranje u garantiranje određene vrijednosti odnosno cilja zakona – npr. nekažnjavanje nevinoga – spolja prikazuje "upravo" kao povećanje "efikasnosti" postojećeg obima zaštite te iste proklamirane vrijednosti. Ukratko, stvarno zadiranje u obim zaštite vrijednosti se predstavlja kao nezadiranje u tu vrijednost nego više kao njeno "efikasnije odnosno čim efikasnije" garantiranje.

Bibliografija

1. Blackstone, W. & Browne, W. H. (1897). *Commentaries on the Laws of England*. St. Paul: West Publishing Company.
2. Cooter, R. & Ulen, T. (2004). *Law & Economics*. (4th ed.). Boston et al.: Person/Addison Wesley.
3. Damaška, M. R. (1986). *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. New Heaven, London: Yale University Press.
4. Damaška, M. R. (2008). What is the Point of International Criminal Justice? *Faculty Scholarship Series, Paper 1573*. Preuzeto sa http: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1573
5. Damaška, M. (2008). *Lica pravosuđa i državna vlast: Usporedni prikaz pravosudnih sustava*. Zagreb: Nakladni zavod Globus.
6. Damaška, M. (2001). Models of criminal procedure. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 34, 477–506.
7. Damaška, M. (2004). Napomene o sporazumima u kaznenom postupku. *HLJKPP*, 1, 3–20.
8. Dežman, Z. (2013). Dr. Zlatan Dežman: Hitrejši, a krivičnejši kazenski postopek, intervju, *Mladina* 12, 22. 3. 2013.
9. Duff, P. (1998). Crime Control, Due Process, and the Case for Prosecution. *British Journal of Criminology*, 38, (4), 611–615.
10. Feeley, M. (1972). Two Models of the Criminal Justice System: An Organizational Perspective. *Law and Society Review*, 7, 407–425.

11. Fišer, Z. (1995). Prvi kritični primer in že predlog novele zakona – tako ne gre: ob predlogu zakona o spremembi zakona o kazenskem postopku. *Pravna praksa,* (8), 4–5.

12. Gorkič, P. (2012). Nova ravnotežja med organi kazenskega postopka po ZKP-K. *Dnevi slovenskih pravnikov 2012 11. in 12. oktobra. Podjetje in delo*, 38 (6–7), 1343–1350.

13. Herrmann, J. (1997). Modeli reforme glavne rasprave u kaznenom postupku u istočnoj Europi: usporednopravna perspektiva. *HLJKPP*, 1, 255–278.

14. Holmes, S. & Sunstein, C. R. (1999). *The Cost of Rights*. New York: W. W. Norton.

15. Jager, M. (2009). Effectivité, efficience et nouvelle économie de la procédure pénale. U: M. Massé, J. Jean & A. Giudicelli (eds). *Un droit pénal postmoderne?: mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*. (str. 327–338). Paris: Presses universitaires de France.

16. Jager, M. (ur.) (2006). *Analiza učinkovitosti policijskega preiskovanja kaznivih dejanj z upoštevanjem razvoja kriminalistične stroke ter dokaznih standardov kazenskega postopka*, Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.

17. Jager, M. (2006). EU Fraud : the law in books and the law in action (from the Slovenian perspective). U: Z. Đurđević (ur.). *Current issues in European criminal law and the protection of EU financial interests : EU fraud : criminal liability of legal persons and heads of businesses : interaction of supranational and national criminal justice authorities* (str. 53–55). Zagreb: Austrian Association of European Criminal Law: Croatian Association of European Criminal Law.

18. Kotnik, S. (2006). Skrajšani in poenostavljeni kazenski postopki. U: K. Šugman (ur.) *Izhodišča za nov model kazenskega postopka* (str. 461–517). Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri pravni fakulteti v Ljubljani.

19. Kovačič Mlinar (2017). Dr. Blaž Kovačič Mlinar, kazenski odvetnik, intervju, *Mladina*, 39, 29. 9. 2017.

20. Krapac, D. (2013). Trajanje kaznenog postupka i pravo na kazneno sudjenje u razumnom roku. *Zbornik PFZ*, 63 (1), 5–70.

21. Lynch, G. E. (2015). Our Administrative System of Criminal Justice. *Fordham Law Review*, 77 (4), 2117–2151.

22. Massé, M., Danti-Juan, M. (2005). *Vers un droit pénal postmoderne?: Essai de prospective pénale: Rapport d' étape au 1er décembre 2005*. Poitiers: Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales.

23. McBarnet, D. (1978). False Dichotomies in Criminal Justice Research. U: J. Baldwin, & A. K. Bottomley (ured.). *Criminal Justice: selected Readings*. London: Martin Robertson.

24. Packer, H. L. (1968). *The Limits of the Criminal Sanction.* Stanford: Stanford University Press.

25. Rose, A. M. (1959). Sociological Factors in the Effectiveness of Projected Legislative Remedies. *Journal of Legal Education*, 11 (4), 470-481.

26. Sarat, A. (1985). Legal Effectiveness and Social Studies of Law: on the Unfortunate Persistance of a Research Tradition. *Legal Studies Forum*, 9 (1), 23-32.

27. Sijerčić-Čolić, H. *et al.* (2005). Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini, Sarajevo: Savjet/Vijeće Evrope: Evropska komisija.

28. Skolnick, J. (1967). Social Control in the Adversary System. *Journal of Conflict Resolution*, 11, 52–67.

29. Šugman, K. (2000). *Dokazne prepovedi v kazenskem postopku*. Ljubljana: Bonex Založba.

30. Šugman Stubbs, K. (2015). Anomalije pri uporabi instituta pogajanj o priznanju krivde v slovenskem kazenskem postopku. *Pravna praksa,* 34 (3–4), str. II–VII.

31. Vogler, R. (2005). *A World View of Criminal Justice*. Hants: Ashgate.

Dr. Matjaž Jager
Senior researcher, Director, Institute of Criminology at the Faculty of Law Ljubljana
Professor, Faculty of Law University of Ljubljana

Dr. Katja Šugman Stubbs
Professor, Faculty of Law University of Ljubljana
Senior researcher, Institute of Criminology at the Faculty of Law Ljubljana

THE CONCEPT OF EFFECTIVENESS AND EFFICIENCY IN CRIMINAL LAW

Summary

In the growing debate on the "need to increase the efficiency of our criminal procedure" the framework of discussion creates conceptual confusion by mixing the concepts of effectiveness and efficiency.

Any specific criminal procedure code can be assessed in relation to its legal effectiveness, i.e. whether it reaches its legal goals or not. In addition it can be evaluated in relation to how efficiently it reaches its goals. No particular criminal procedure or criminal procedure type can be declared to be more effective than the other because particular criminal procedures (types) pursue more or less different goals. These goals are reflected in code specific value decisions reached by the legislator in the legislative process. These value decisions many times come in the form of compromises and trade-offs. Because these value judgements compose more or less different legislative goals, we cannot say that any criminal procedure code is in principle more effective or more efficient.

The issue of efficiency can properly be raised only within the specific criminal procedure, or perhaps within the specific model-type. Comparing for example the garantiste and the simplified or war regime criminal procedure model according to their efficiency is like comparing oranges, apples and beans. In practice the deliberate or careless confusing of the notions of effectiveness and efficiency of criminal procedure hides the real political, non-value-neutral dilemmas that are at stake in law making and its implementation.

Keywords: *Effectiveness, efficiency, criminal procedure types, plea-bargaining, legal reform*

Dr. Kanita Imamović-Čizmić
Vanredna profesorica
k.imamovic-cizmic@pfsa.unsa.ba

UDK 33:343
Pregledni naučni rad

Dr. Amina Nikolajev
Docentica
a.nikolajev@pfsa.unsa.ba

EKONOMSKI INSTITUTI U KRIVIČNOM PRAVU

Sažetak

Ekonomija kao nauka pruža mogućnost jasnijeg sagledavanja prava i pravnih problema nudeći potpuno drugačiju percepciju i ukazujući na jednu potpuno novu vezu između prava i ekonomije. Budući da pravo nije samo sebi svrha, već ostvaruje društvenu vrijednost kroz davanje odgovora na praktične životne potrebe zajednice, time ostvaruje i funkciju uređenja cjelokupnog društveno-ekonomskog sistema. Savremeni uvjeti života obaraju predrasude o definiranju ekonomije kao nauke koja se isključivo bavi upravljanjem i ekonomijom na nivou poduzeća, grada ili države, odnosno nauke koja se bavi privređivanjem. Naprotiv, predmet ekonomske analize postaju i pravo i pravne norme, čime se otvara prostor za potpunije sagledavanje i jasnije objašnjenje problematike prava, ali i samih efekata prava. Pri tome se kao ključni nameću ekonomski principi efikasnosti i racionalnosti. U tom smislu ekonomija pruža mogućnost jasnijeg sagledavanja prava i pravnih problema nudeći potpuno drugačiju percepciju i ukazujući na jednu potpuno novu vezu između prava i ekonomije.[1]

Ključne riječi: *ekonomska analiza prava, racionalnost, efikasnost, krivično pravo*

[1] Ekonomska analiza prava kao posebna interdisciplinarna znanstvena oblast definira se kao primjena ekonomske teorije i ekonomskih metoda u izučavanju formiranja, strukture, procesa i utjecaja zakona i pravnih institucija na regulaciju društvenih odnosa i povezuje dvije veoma značajne naučne discipline – pravo i ekonomiju.

1. Uvod

Ekonomska analiza prava teži primijeniti ekonomski pristup ne samo na ona područja ekonomske regulacije koja su usko vezana za ekonomiju, nego i na sve pravne oblasti, objašnjavajući vezu između pravnih instituta i karaktera ekonomskog, ali i političkog i društvenog života. Pri tome se predmet interesovanja ekonomista ne vezuje samo za jednu ili specifičnu oblast prava, nego svoju primjenu ima i u imovinskom, obligacionom, porodičnom i naročito krivičnom pravu. Iako mnogi nastanak ovog naučnog polja vezuju, pa čak i poistovjećuju s Čikaškom ekonomskom školom, potrebno je naglasiti da se njegove prve naznake mogu pronaći još i prije 20. stoljeća. Tako se s pravom može smatrati da je ekonomsko gledište na pravo (krivično) poteklo iz spisa Cesara Becarrie o krivičnom pravu[2], tačnije u njegovom djelu *On Crime and Punishment* (1764) u kojem, citirajući Montesquieua prema kojem je "svaka kazna koja ne proizlazi iz apsolutne potrebe tiranska" (Beccaria, 1983, str. 20), daje revolucionarni koncept sankcije koja ima represivnu funkciju. Pored njega značajnu ulogu imao je i Jeremy Bentham, koji nije bio samo zagovornik pravnih i socijalnih reformi,[3] nego je u velikoj mjeri razvio ideje o preventivnom djelovanju pravnih sankcija (Bentham, 1789). Bentham nije poznat samo po svom radu o krivičnom pravu, nego i po tome što je bio prvi ekonomista netržišnog ponašanja, pa ga mnogi smatraju pretečom moderne ekonomije blagostanja.[4] Nadalje, javlja se još nekoliko značajnih doprinosa koje je dao Becker, koji je napisao članak o krivičnom pravu u kojem je preoblikovao Benthamove doprinose u moderne termine i proširio ih, što je u konačnici rezultiralo nastankom tzv. Beckerovog modela (Becker, 1968, str. 169).

---

[2] U svom djelu *Of the Proportion between Crimes and Punishment*, dio 6, Beccaria navodi: "Broj zlodjela svakako je manji u odnosu na ukupnu društvenu štetu koju ona izazivaju." Nadalje on ističe: "Ukoliko bi bila dosuđena jednaka kazna za dva zločina koji društvu uzrokuju štetu različitog nivoa, ne postoji ništa što bi odvratilo osobu od počinjenja onog zločina za koji smatra da će mu donijeti veću korist." Beccaria se također protivio mučenju, smatrajući ga okrutnim i nepotrebnim ponašanjem prema drugim ljudima.

[3] U svom djelu *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* iz 1789. godine Bentham se fokusira na principe utilitarizma i shvatanje moralnih veza u zakonodavnoj praksi. Njegovi principi utilitarizma smatraju *dobro* kao nešto što za sobom povlači veliku količinu zadovoljstva i malu količinu boli, dok *zlo* uzrokuje više boli nego zadovoljstva.

[4] Razmatrajući pitanje zadovoljstva uspostavio je set kriterija za mjerenje količine zadovoljstva ili boli (maksimum i minimum) koju određena odluka može uzrokovati, posljedično dovodeći do ostvarenja principa maksimizacije koristi za potrošača, poduzeće i dosezanja optimuma u ekonomiji blagostanja.

2. Ekonomski instituti u krivičnom pravu

Općenito govoreći, povezivanje ekonomskih shvatanja sa sadržajem prava, kao i primjena ekonomskih kategorija na pravo, zasnivaju se na postojanju alternativa i mogućnosti izbora, odnosno mogućnosti odabira najbolje kombinacije, posljedicama, stimulativnim efektima, troškovima i koristima. Imajući ovo u vidu, jasno je da ekonomska analiza prava koristi ekonomski kategorijalni aparat, počivajući na principima mikroekonomske teorije, zbog čega je nužno obratiti pažnju na neke osnovne, međusobno povezane pojmove i kategorije kao i njihovu međuuvjetovanost. U tom kontekstu ekonomija, kao nauka o ljudskom izboru u kojem su resursi ograničeni u odnosu na ljudske želje, istražuje i testira implikacije pretpostavke da su ljudi racionalna bića i da shodno tome nastoje maksimizirati ostvarenje svojih ciljeva, a u konačnici i ostvariti najveće moguće zadovoljenje društvenih potreba i očekivanja. Ovdje je prije svega riječ o ekonomskim principima efikasnosti i racionalnosti, neodvojivo povezanih s troškovima, ali i mehanizmima (ponuda, tražnja, cijena i konkurencija) i zakonitostima na osnovu kojih tržišta djeluju (zakon ponude i potražnje, zakon oskudnosti resursa).

Koncept ekonomske racionalnosti ima specifično, ali jednostavno značenje u ekonomiji.[5] Ovaj koncept polazi od jednostavne činjenice da ljudi preferiraju više, a ne manje i shodno tome nastoje maksimizirati dobiti, bilo da ih vide u obliku blagostanja, koristi ili profita.[6] Shodno tome, racionalnim se smatra ono ponašanje koje je rezultiralo maksimalnim stupnjem ostvarenja željenog cilja kroz optimalan način korištenja raspoloživih resursa. Pri ovome, polazi se od pretpostavke da ljudi uvijek teže maksimizaciji – potrošači maksimiziraju korisnost, poduzeća profit, političari glasove, državna uprava prihode, dobrotvorna društva društveno blagostanje, itd. (Cooter & Ulen, 2007, str. 16).

Mnogi teoretičari, pristalice ideja nove klasične ekonomije, ističući da je ekonomija prije svega nauka o racionalnom ekonomskom izboru, u svojim analizama polaze od hipoteze da se privredni subjekti racionalno ponašaju, da vrlo uspješno procjenjuju buduća ekonomska kretanja i tome prilagođavaju

[5] Racionalnost, promatrana u ekonomskom kontekstu, predstavlja opći princip djelovanja koji se iskazuje kroz maksimalan učinak i minimalan utrošak.

[6] Pretpostavka ekonomske racionalnosti naravno nije bez kritika. Čitava oblast bihejvioralne ekonomije i bihejvioralnog prava i ekonomije dijeli pretpostavku i istražuje implikacije kognitivnih ograničenja na pristrasnost individualno donesenih odluka. Ovakav pristup nije predmet razmatranja jer napuštanjem koncepta ekonomske racionalnosti ekonomija gubi svoju prediktivnu i objašnjavajuću snagu te dolazi u situaciju upadanja u deskriptivan pristup prije negoli u situaciju iznalaženja realnih uvida.

svoju ekonomsku aktivnost, a za te svrhe koriste sve raspoložive informacije. Shodno tome, racionalnim se smatra ono ponašanje koje je rezultiralo maksimalnim stupnjem ostvarenja željenog cilja kroz optimalan način korištenja raspoloživih resursa. Shodno uvriježenom shvatanju ekonomista, navedena pretpostavka maksimiziranja ponašanja djeluje zbog toga što su ljudi racionalna bića koja u donošenju odluka djeluju racionalno, a racionalnost zahtijeva maksimizaciju.

Ekonomska pretpostavka racionalnosti treba biti promatrana ne kao opis individualnog donošenja odluka, nego kao put identificiranja predvidivog odgovora grupe individualaca (tržišta) na promjene u faktorima koji utječu na izbor. Kao što to navode Cooter i Ulen (2004), racionalnost treba promatrati kao "ocjenu ponašanja a ne kao ocjenu procesa subjektivnog zaključivanja" (str. 462).

Polazeći od oskudnosti resursa, a u cilju zadovoljenja potreba, ljudi se suočavaju s mogućnošću izbora. U takvoj situaciji potrebno je imati kriterij na osnovu kojeg se bira između postojećih alternativa, a zadatak ekonomske nauke je preispitivanje posljedica donesenih odluka. Donošenje odluka, koje pretpostavlja činjenje izbora, usmjereno je s jedne strane ka ostvarenju maksimuma cilja, a s druge strane ka što manjem trošenju resursa. Ovo nije samo izvodljiva nego i nužna pretpostavka ukoliko se ima na umu da pravo oblikuje i uređuje ponašanje.[7] Upravo racionalno ponašanje omogućava rangiranje i izbor odgovarajuće alternative u skladu s onim što se želi ostvariti. Uspjeh zavisi od vještine odabira odgovarajuće kombinacije resursa koji nisu neiscrpni.

Imajući u vidu poimanje čovjeka kao racionalnog bića koje nastoji maksimizirati koristi u cilju ostvarivanja vlastitog interesa, jasno je da će usljed promjene okružja nastojati promijeniti ponašanje ukoliko će mu to donijeti maksimiziranje koristi i ostvarenje vlastitog interesa. Upravo ovdje do izražaja dolazi tvrdnja da ljudi reagiraju na poticaj. Na ovaj način ekonomska teorija pravo promatra kao poticaj koji utječe na ili usmjerava ponašanje pojedinca u budućnosti, a sankciju kao implicitnu cijenu ponašanja. S obzirom na to da se pravo definira *kao skup društvenih normi podržanih sankcijom*, ekonomisti kroz teoriju objašnjavaju kako predvidjeti efekte pravnih sankcija na buduće ponašanje pojedinca. Osnovu za analiziranje problematike poticaja predstavljaju ekonomski zakoni ponude i potražnje. Polazeći od

[7] Novija istraživanja pokazuju da je *Homo sapiens* raseljeni neandertalac zbog svog vrhunskog ekonomskog pristupa. To ukazuje na činjenicu da je ekonomska racionalnost ne samo u našoj genetici nego i razlog našeg postojanja (Horan, Bulte & Shogren, 2005, navedeno prema Veljanovski, 2007, str. 20).

činjenice da ljudi na promjene u troškovima i koristima reagiraju na predvidiv način, ekonomisti cijene i zakone prije svega vide kao kreativne poticaje koji utječu na promjenu ponašanja i samim time i na konačni ishod.[8] Za ekonomiste, sankcije izgledaju poput cijena pa je za očekivati da će ljudi na te sankcije reagirati slično kao i na cijene. Na više cijene reagiraju tako što troše manje skupe robe i usluga, pa analogno tome i čine manje onih djela za koje su predviđene teže sankcije.

Analiza poticaja ne pretpostavlja da će svaki pojedinac istovjetno reagirati na sankcioniranje ponašanja. Neki će reagirati na način da će smanjiti aktivnost, neki će prestati u potpunosti, dok će drugi nastaviti kao do tada. Međutim, kazne su te koje trebaju imati efekt odvraćanja od činjenja nezakonitih aktivnosti. U tom kontekstu sitni kriminalci će biti zastrašeni višim kaznama za razliku od psihopata ili poremećenih serijskih ubica. Ovo je potrebno za npr. kazne kojima se nastoji spriječiti da podgrupa onih koji su prethodno prekoračili brzinu to više ne čine ili to ne čine tako često (Veljanovski, 2007, str. 26). Upravo su reakcije pojedinaca te koje generiraju odgovor na implikaciju pretpostavke racionalnosti – što je veći broj onih koji reagiraju na povećanje novčane kazne ili troškova i reakcija je (kvalitativno) veća. Korisno je znati ne samo da li povećanje kazne ili troškova odvraća ili smanjuje određene aktivnosti nego i za koliko. Kvantitativno mjerilo poticajnih efekata promjene cijena, troška ili pravnih sankcija poznato je kao elasticitet i on predstavlja odnos postotka promjene cijene/troškova/sankcije i promjene efekata poticaja.

Kod kreiranja pravnih propisa, kao i utjecaja pravnih propisa na društvene procese, ekonomski instituti koriste se kako bi se objasnila vrijednost koja se ostvaruje primjenom prava. U skladu s tim kreiranje pravnih normi u cilju ostvarenja zadatih društvenih ciljeva trebalo bi da pretpostavlja i moguće implikacije donesenih odluka ili izbora koje se, između ostalog, manifestiraju propuštenom dobiti ili nastalom štetom. Međutim, pravnici nemaju ekonomski uklon promatranja primjene prava kroz eksplicitno ili implicitno iskazivanje troškova i dobiti u donošenju odluka ili izbora. Istovremeno kreatori prava, objektivno, ne mogu ni predvidjeti sve moguće posljedice primjene pravne norme jer je, ekonomski gledano, svaki pojedinac zainteresiran za ostvarenje ličnog interesa s obzirom na to da odluke donose pojedinci, reagirajući na poticaje, moguće troškove i koristi. Sasvim je jasno da se na racionalnim odlukama pojedinaca i zasnivaju sve društvene pojave te da do promjena društvenih pojava ne može doći ukoliko izostanu pojedinačne odluke ili izbori. Ono na čemu počiva ekonomija kao nauka, a što u

[8] Više o razlici između pravne i ekonomske analize vidjeti Veljanovski, 2006, poglavlje 3.

ovom slučaju jako dolazi do izražaja, jeste upravo metodološki individualizam i proučavanje ponašanja pojedinca.

Nepobitna je činjenica da je pri donošenju odluka ishod neizvjestan, pogotovo u slučajevima postojanja povećanog rizika. Ipak, odluke se donose na osnovu očekivanog, predvidljivog ishoda. Stoga se i očekivanja formiraju približno i na osnovu niza budućih rezultata procjenjujući vjerovatnost i maksimizirajući očekivanu vrijednost ishoda. Ovakvo ponašanje pojedinaca u suštini je racionalno. Izbori za koje se opredijele će biti *ex ante* efikasni i zasnovani na *ex ante* procjenama troškova i koristi jer će se posljedice odluka pojaviti tek naknadno, nakon što je odluka donesena.

Kod procjena očekivanog ishoda ekonomisti koriste različita mjerenja, a najčešći pristup je *očekivana vrijednost ili očekivana korisnost*. Ovaj pristup podrazumijeva da su pojedinci prilikom donošenja odluka u obzir uzeli rizik i maksimizirali ponderirani prosjek povrata ili korisnosti. U praksi, pojedinci imaju različit pristup riziku. Neki su indiferentni, ne vole rizik, a neki uživaju u rizicima u pojedinim oblastima njihovih života (sport, *bungee jumping*). Osobe koje su ravnodušne prema riziku rizik ocjenjuju u smislu prosječnog *ili očekivanog* ishoda. S druge strane, osobe koje izbjegavaju rizik i finansijsku neizvjesnost su one koje će više cijeniti sigurniju opciju nego nesigurnu izglednost čak i s većom očekivanom vrijednošću (Veljanovski, 2007, str. 30).

Odnos između rizika i bogatstva ključni je aspekt ekonomije koji se između ostalog najviše primjenjuje u krivičnom pravu. Tako se jedna od osnovnih propozicija odnosi na koncept kazne ili multipliciranja štete koji osigurava ispravne *ex ante* poticaje u situacijama gdje postoji neizvjesnost u nametanju kazne. Kao primjer može poslužiti krivično djelo koje oštećenom nanosi gubitak od 100 KM. Moglo bi se pretpostaviti da bi plaćanje kazne ili odštete u visini od 100 KM bilo dovoljno za naknadu gubitka i stvaranje odgovarajućeg poticaja koji će utjecati na smanjenje broja krivičnih djela. Ovo bi dovelo do toga da se oštećeni suoči s društvenim troškovima koje je uzrokovao. U svakom slučaju, kazna jednaka gubitku bi bila efikasna jedino ukoliko bi bila nametnuta sa sigurnošću. Međutim, u stvarnom svijetu nisu svi prekršitelji zakona i kriminalci uhvaćeni niti pronađeni. Ovo zahtijeva primjenu pristupa očekivane vrijednosti (kao i pretpostavku da su kriminalci indiferentni na rizik) prema kojem bi kazna na koju racionalni kriminalci reagiraju bila znatno manja u odnosu na *ex post* gubitak. Ovo je zbog toga što će potencijalni počinioci znati da postoji supstitabilna mogućnost da neće morati platiti kaznu. Npr., ukoliko se pretpostavi da je stopa osuda samo 20% (a što je jedan od pet slučajeva), da će počinioci biti uhvaćeni i da će platiti kaznu, prosječan kriminalac, znajući ovo, može zaključiti da postoji samo

20% rizika da će biti kažnjen i 80% šanse da će ostati nekažnjen. Prema tome, kazna ne bi bila 100 KM nego 20 KM (20% od 100 KM). Ukoliko se 20 KM uporedi s nanesenom štetom od 100 KM, jasno je da to neće utjecati na kriminalce da odustanu od činjenja krivičnog djela. Iz ekonomske perspektive postoji pod-odvraćanje i pretjeran nivo zločina. Kako bi se riješio ovaj problem, kazna se mora povećati na način da u obzir uzima manje od potpunog izvršenja. Specifičnije, trebala bi biti povećana ili multiplicirana tako da očekivana kazna barem bude jednaka iznosu od 100 KM. U primjeru gdje je stopa osuda bila 20%, optimalna kazna trebala bi biti pet puta veća od nanesene štete. Shodno ovome, jedna od lekcija ekonomije je da kada nalaz i osuda ne odražavaju optimalnu kaznu, onda trebaju biti za nekoliko puta veći od stvarnog gubitka (nanesene štete) kako bi se potaknulo optimalno smanjenje broja krivičnih djela (Veljanovski, 2007, str. 30).

Nadalje, oportunitetni troškovi pojavljuju se kao determinanta donošenja odluke, odnosno činjenja izbora. U situaciji kada pojedinac ima mogućnost izbora između više alternativa, opredijelit će se za onu koja mu donosi najviše koristi, imajući u vidu i propuštenu korisnost alternative. Shodno tome, oportunitetni troškovi koji se iskazuju u vidu najviše propuštene korisnosti izbora su niži od one korisnosti koju uživa zbog odluke koju je donio.

Ekonomska analiza u krivičnom pravu podrazumijeva primjenu osnovnih ekonomskih postulata i metodologiju ekonomske nauke na racionalno ponašanje pojedinca koji čini krivično djelo, a kriminal označava kao ukupnost svih krivičnih dijela učinjenih na određenom prostoru i u određenom vremenu (Begović, 2014, str. 11). Kada se kriminal definira s ekonomskog aspekta, uzimajući u obzir osnovne ekonomske postulate, onda bi on predstavljao aktivnosti pojedinaca u društvu koje za posljedicu imaju negativne eksternalije u vidu direktnog ili indirektnog umanjenja koristi drugih pojedinaca i društva u cjelini, odnosno u vidu uvećanja direktnih ili indirektnih troškova žrtve i/ili trećih lica. Važno je istaći da ovi negativni eksterni efekti počinjenog krivičnog djela nisu rezultat slobodne volje pojedinaca niti transakcija na tržištu. Njima se stvara društveni trošak, odnosno umanjuje blagostanje društva, nastalo kao posljedica straha pojedinaca da bi mogli postati žrtva kriminala odnosno pogrešne alokacije resursa, što je osnovna legitimacija za državnu intervenciju u vidu prevencije i borbe protiv kriminala.

Fokus ekonomske analize u krivičnom pravu je racionalno ponašanje pojedinca koji u uvjetima neizvjesnosti donosi odluke po principu korisnosti i troškova koji nastaju kao posljedica te odluke, pri čemu su korisnost i troškovi koji se očekuju od određene odluke poticaj na određeno ponašanje. Kada se posmatra racionalno ponašanje učesnika na tržištu, onda se kao

poticaj za donošenje odluke o prodaji ili kupovini određenog dobra pojavljuje cijena tog dobra. Ponašanje potencijalnog počinioca krivičnog djela je također određeno poticajima, stupnjem neizvjesnosti konačnog ishoda te oportunitetnim troškovima. Stoga, racionalni pojedinac vrši izbor između dostupnih mu opcija, birajući onu opciju koja za njega ima najveću korisnost.

Pitanja s kojima se pravo i ekonomija susreću na svom zajedničkom putu su pitanja poput: *Koje efekte pravna pravila imaju na ponašanje ljudi? Kako će sankcije utjecati na ponašanje? Da li bi osoba bila pažljivija u postupanju zbog straha od propisane kazne? Da li odluke koje se donose vode efikasnoj alokaciji resursa? I da li ta odluka vodi i onoj distribuciji bogatstva koja će društveno i etički biti poželjna? Da li su učinci pravnih pravila društveno poželjni?* I slično.

Pretpostavka pravne nauke je da ona treba ocjenjivati pravna pravila kroz kriterij poticaja ili ostvarivanja efikasne upotrebe resursa. Time poticaj kreiran od strane pravnog sistema postaje predmet istraživanja ekonomista. Međutim, poticaj kreiran od pravnog sistema može predstavljati predmet društvenog napretka, pri čemu se ekonomija ne može promatrati nezavisno od prava s obzirom na to da konačni učinci i posljedice ekonomskih mjera zavise od ponašanja ljudi i djelovanja institucija koje uređuje pravo. Time pravo svodi ekonomske analize u granice etički utemeljenog društvenog uređenja. Sa svoje strane ekonomska teorija može ukazati na to da li će nova pravna regulativa ustanoviti efikasnu alokaciju resursa i koji su troškovi nastali usljed promjene postojeće pravne regulative, ali ne i na to da li je nova alokacija resursa i distribucija bogatstva etički poželjna (Jovanović, 2008, str. 55).

Iako se ekonomskoj analizi zamjera da je dehumanizirajuća, te da mehanički analizira pravne odnose jer ignorira pravdu, treba imati u vidu činjenicu da se njena osnovna uloga ogleda u usmjeravanju ka donošenju društveno opravdanijih i eksplicitnijih odluka.

Imajući u vidu činjenicu da ekonomisti predviđaju efekte politike efikasnosti u upotrebi resursa koja se ogleda u postizanju zadatih ciljeva uz što niže troškove, jasno je da ekonomska dimenzija ukazuje na potrebu naglašavanja principa efikasnosti.[9] Promatrajući i analizirajući pravo kroz prizmu

[9] S druge strane, pravna dimenzija naglašava pravdu i pravičnost, odnosno ostvarenje načela distributivne pravde, pa je pravo prihvatilo one ekonomske pojmove i principe koji su se po analogiji mogli vezati s pravdom i pravičnosti. Pravnici, pak, trebaju ocjenjivati pravna pravila i propise prema tome da li oni potiču ili sprječavaju efikasnu upotrebu resursa.

ekonomije, nastojanje je usmjereno ka poimanju stvarnih efekata prava i pravnih pravila, a u cilju postizanja efikasnosti u primjeni prava. Postizanje efikasnosti pretpostavlja egzaktnost, dobro poznavanje funkcioniranja društvenog sistema, načina korištenja resursa i svijest o mogućim posljedicama. U cilju postizanja efikasnosti primjene prava zahtijeva se racionalnost koja podrazumijeva korištenje postojećih kapaciteta kako bi se ostvarili što bolji rezultati. Ovakav pogled na pravo i njegovu primjenu, koji pretpostavlja korištenje ekonomskih principa, efikasnosti i racionalnosti u analizi i evaluaciji utjecaja pravnih pravila na blagostanje pojedinca, znači uspostavljanje funkcionalne veze između prava i ekonomije.

S obzirom na to da se funkcija društvenog blagostanja zasniva na individualnom blagostanju pojedinca, onda se može reći da ne postoji takvo društveno blagostanje koje nije posljedica bilo čega drugog izuzev individualnog blagostanja pojedinca.[10] Shodno tome, individualno blagostanje kriminalca ili korisnost koju on crpi iz činjenja krivičnih djela ulazi u funkciju društvenog blagostanja, nezavisno od toga kolika je nečija moralna odbojnost prema onome što nekome drugom uvećava nivo korisnosti (Begović, 2015, str. 15). Pri tome, baš kao što postoji niz legalnih djela (ponašanja) pojedinaca koja nemaju za posljedicu ostvarivanje monetarnog ekvivalenta, tako je i kod nekih vrsta krivičnih djela riječ o maksmiziranju korisnosti koju uživa počinilac.

Na području krivičnog prava ekonomska analiza prava najviše je utjecala na izmjenu sistema krivičnih sankcija. Ekonomisti kroz teoriju objašnjavaju kako predvidjeti efekte krivičnih sankcija na ponašanje, s obzirom na to da se ljudi u odnosu na sankcije ponašaju prema zakonima ponude i tražnje. Pomoću ekonomskog instrumentarija vršene su analize troškova zatvora, uvođenja rada za opće dobro na slobodi, pronađeni modeli efikasnije načine naplate novčane kazne (Dobrašin, 2009). Ekonomisti razvijaju teoriju o učincima krivičnih sankcija na ponašanje subjekata, pri čemu se sankcije promatraju kao ekonomski definirani pojam cijene. Za ekonomiste kazna izgleda kao cijena i pretpostavlja se da ljudi reagiraju na kazne kao što reagiraju na cijene, pa će više cijene značiti manje trošenje skupih dobara, a strožije pravne sankcije značiti manje činjenje aktivnosti za koje su propisane (Mlikotin-Tomić & Šega, 2006, str. 368).

[10] Ovakvo poimanje funkcije društvenog blagostanja svojstveno je utilitarističkom shvatanju društvenog blagostanja, iako postoje i neka druga shvatanja funkcije društvenog blagostanja poput primjerice paretijanskog. Za više vidjeti u: Hilman (2009) i Johansson (1991).

Ekonomski aspekt krivičnog prava zasniva se na analizi poticaja u predviđanju ponašanja, ne vezujući se isključivo za novac ili tržište. Zbog toga što ekonomska analiza prava omogućava spoznaju efekata pravnih pravila, pristup je koristan i za evaluaciju i poređenje pravila u odnosu na njihovu društvenu poželjnost. *Ako se npr., smatra da smrtna kazna propisana za ubojstvo ne sprječava počinitelje, onda se može zaključiti da ona nije ni društveno poželjna.*

Prevencija činjenja krivičnih djela odnosi se na odvraćanje pojedinca od činjenja krivičnog djela i to isključivo pravnim sredstvima – kažnjavanjem. Shodno tome i osnova prevencije je kazna koja se u ovom kontekstu ekonomskog promatranja shvata kao izvor negativne korisnosti pojedinca. To praktično znači da kazna umanjuje ukupnu korisnost koju uživa kažnjenik, a time i njegovo individualno blagostanje. Ovdje, naravno, treba voditi računa ne samo o kazni koja je zaprijećena, nego i vjerojatnoći njene primjene.[11]

Možda se najjasnija slika o primjeni ekonomskih instituta može dati predstavljanjem osnovnih postavki tzv. Beckerovog modela koji je postepeno nadograđivan, a sve u svrhu što vjerodostojnijeg predviđanja kako promjene u vjerojatnoći otkrivanja i privođenja počinitelja, težine sankcija za konkretno krivično djelo te promjene različitih socioekonomskih faktora mogu utjecati na broj počinjenih krivičnih djela.

3. Osnovne postavke Beckerovog modela

Intenzivno korištenje osnovnog ekonomskog instrumentarija, tačnije *modela racionalnog ponašanja pojedinca* u krivičnom pravu veže se za ime Garyja Beckera, dobitnika Nobelove nagrade 1968. godine za rad *Crime and Punishment: An Economic Approach*, u kojem je predstavio temeljni okvir za sagledavanje osnovnih instituta krivičnog prava. Becker primjenjuje osnovnu ekonomsku teoriju i analizu troškova i koristi za odgovor na sljedeće pitanje: "Koliko resursa, kakvu i u kojoj mjeri kaznu treba koristiti za provođenje različitih zakona?" Drugačije rečeno, koliko bi prekršaja trebalo dopustiti i koliko krivičnih djela treba proći nekažnjeno, a da ne dođe do umanjenja društvenog blagostanja (Fisher, 2014, str. 44).

Beckerov model u procjeni ponašanja potencijalnih počinilaca krivičnih djela namijenjen je normativnoj analizi tj. definiranju optimalne kazne pod pretpostavkom da je jedini cilj kažnjavanja prevencija, pri tome izostavljajući retribuciju. Naime, model se može koristiti za predviđanje kako promjene u

[11] Za više o prevenciji, generalnoj i specijalnoj, vidjeti u Begović (2015).

vjerojatnoći otkrivanja i privođenja počinilaca, težine sankcija za konkretno krivično djelo te promjene različitih socioekonomskih faktora mogu utjecati na broj počinjenih krivičnih djela.

Osnovne pretpostavke Beckerovog modela polaze od:

- racionalnog ponašanja pojedinca,
- neutralnosti prema riziku,
- nepostojanja moralnih ograničenja pojedinca te
- jednake vrijednosti korisnosti u sadašnjosti i u budućnosti (nema diskontiranja vrijednosti korisnosti od činjenja krivičnog djela) (Begović, 2014, str. 11).

Prema Beckerovom modelu, za racionalnog počinioca krivičnog djela poželjno je da je krivično djelo i izabrano ukoliko očekivane koristi od činjenja krivičnog djela premašuju očekivane troškove, uključujući i oportunitetne troškove, kao troškove bilo koje alternative legalnog ponašanja. Naime, potencijalni počinitelj donosi jednostavnu odluku da li će prekršiti zakon ili neće u zavisnosti od omjera neto korisnosti koju ima od kršenja zakona i neto koristi činjenja legalne aktivnosti. Zbog postojanja kalkulacije očekivanih troškova i koristi od određene aktivnosti, ekonomska teorija ponašanja počinioca krivičnog djela smatra posebnim slučajem opće teorije racionalnog ponašanja. Dakle, potencijalni počinilac krivičnog djela pri donošenju odluke o tome da li će počiniti krivično djelo ili ne, komparira očekivanu korist od činjenja krivičnog djela s očekivanom koristi od vršenja legalne poslovne aktivnosti na osnovu čega u konačnici i donosi odluku/izbor.

Očekivana korisnost od činjenja krivičnog djela u Beckerovom modelu determinirana je (Begović, 2015, str. 25):

a) neto punim dohotkom ili prihodom od činjenja krivičnog djela – ukupnost monetarnog i nemonetarnog (psihičkog) dohotka koji zavisi od ličnosti počinioca, to je ukupnost svih izvora iz kojih potencijalni počinilac krivičnog djela crpi korist umanjenu za troškove izvršenja samog krivičnog djela, pri čemu se psihički dohodak izražava kroz monetarni ekvivalent kao suma novca za koju bi potencijalni počinilac krivičnog dijela odustao od činjenja djela ili bi pristao da plati za njegovo činjenje;

b) subjektivnom vjerovatnoćom[12] kažnjavanja počinioca krivičnog djela koja se sastoji od: vjerovatnoće otkrivanja počinioca krivičnog djela

[12] U literaturi se pravi razlika između objektivne i subjektivne vjerovatnoće koja je utemeljena na objektivnoj Vidi šire: Begović, 2015, str. 29.

(educiranosti i pripremljenosti za počinjenje krivičnog djela i njegovog prikrivanja, opremljenosti, kvalificiranosti i educiranosti istražiteljskih organa), vjerovatnoće njegove pravosnažne osuđujuće presude (koliko je sposoban da se brani ili da angažira dobrog advokata koji će ga zastupati i izvojevati oslobađajuću presudu) i vjerovatnoće izvršenja presude odnosno izvršenja kazne utvrđene presudom (čekanje na izvršenje);

c) visinom propisane kazne, odnosno monetarnim ekvivalentom propisane kazne za konkretno krivično djelo koja se označava kao negativni puni dohodak i najviša suma novca koju je potencijalni počinilac spreman da plati kako bi izbjegao takvu nenovčanu kaznu. Pod propisanom kaznom podrazumijeva se cjelokupno direktno i indirektno umanjenje korisnosti koje generira kažnjavanje počinioca krivičnog djela. Ovaj monetarni ekvivalent, kada je u pitanju kazna zatvora, obuhvata i propušteni prihod od legalne ili ilegalne aktivnosti za vrijeme trajanja kazne, dodatne troškove društvene stigmatizacije u vidu gubitka reputacije na tržištu radne snage kao i druge vrste kazni koje prate izrečenu krivičnopravnu kaznu npr. disciplinska kazna, naknada štete kao ishod građanskopravne tužbe žrtve te kazni koje slijede zbog kršenja drugih društvenih normi npr. običajnih kao što je bojkot članova zajednice[13].

S druge strane očekivana korist od vršenja legalne poslovne aktivnosti determinirana je isključivo punim dohotkom ostvarenim legalnom poslovnom aktivnošću s obzirom na to da za takvu aktivnost ne postoji sankcija.

Becker za činjenje krivičnog djela od strane potencijalnog počinioca postavlja ispunjenje dva uslova. Prvi uslov je da je očekivana neto korisnost od činjenja krivičnog djela veća ili jednaka 0, što se smatra potrebnim, ali ne i dovoljnim uslovom. Drugi uslov jeste da je očekivana korisnost od činjenja krivičnog djela veća od očekivane korisnosti od vršenja legalnih poslovnih aktivnosti pojedinca koje nose odgovarajući prihod, pri čemu je irelevantno za koliko je veća. Pojedinac u ovom slučaju bira činjenje krivičnog djela kao jednu od tri moguće opcije alokacije slobodnog vremena na tržištu radne snage koja mu donosi više koristi nego dokolica ili radno angažiranje u po-

[13] Posebno se pitanje postavlja kada je riječ o moralnim normama. Naime, iako je posebna pretpostavka Beckerovog modela da pojedinac nema moralnih ograničenja, ona se mogu uključiti u model jer će unutrašnja kazna pojedinca djelovati uvijek na smanjenje korisnosti koje on uživa od činjenja krivičnog djela. Tako se kršenje moralnih normi ukoliko ih pojedinac ima podvodi pod privatne troškove izvršenja krivičnog djela.

slovima u skladu sa zakonom, pri čemu je neupitna alokacija vremena u potonje dvije opcije.

Dakle, da bi pojedinac donio odluku o činjenju krivičnog djela, neophodno je da očekivana korisnost od krivičnog djela bude veća od očekivane koristi od vršenja legalne poslovne aktivnosti.

4. Zaključak

Ekonomisti se ne nameću kao krajnji arbitri društvenog izbora. Oni samo nastoje ukazati na efikasnost/neefikasnost kao vrijednost važnu za ocjenu mjerodavnosti donesene odluke. Pri tome, efikasnost ukazuje na to kako se jedna vrijednost treba žrtvovati radi ostvarenja druge vrijednosti. *Za primjer se može uzeti krađa: ekonomisti ne mogu odrediti pravila na koji način će društvo zabraniti krađu, ali mogu ukazati na efikasnost postojećih pravila u pogledu zabrane krađe. Uzimajući za cilj onemogućavanje krađe, ekonomisti mogu ukazati na neefikasnost mjera kojima društvo nastoji ostvariti postavljeni cilj te ukazati na efikasnije metode i potrebu preduzimanja preventivnih mjera koje će proizvesti manje troškove.*[14] Ukoliko efikasniji metodi nisu utjecali na smanjenje nijedne druge vrijednosti, onda se pretpostavlja da će biti društveno poželjni čak i ukoliko je efikasnost zauzela relativno nisko mjesto u hijerarhiji vrijednosti.

Ekonomski pristup pravu ukazuje i dokazuje da ekonomski koncepti mogu biti korišteni u svim oblastima prava analizirajući dobre i loše efekte pravnih i ekonomskih odluka, uzimajući u obzir ne samo efekte očiglednih odluka nego i onih koje to nisu. Stoga, prihvatajući pravne norme i njihovu primjenu, bilo koju potencijalnu implikaciju, cijene izbora i propuštene prilike se također trebaju uzimati u obzir. Govoreći ekonomskim jezikom, propuštene prilike su one koje pokazuju propuštenu dobit i troškove/štete. Na ovaj način ekonomisti ukazuju na to da li pravne norme maksimiziraju profit ili minimiziraju troškove/štete. Imajući u vidu da pravo služi ostvarenju niza društvenih ciljeva, što zahtijeva i određen resurse, trebalo bi uvijek imati u vidu da ostvarenje tih ciljeva proizvodi što manje ili niže troškove/štete.

Ekonomska teorija uspjela je nametnuti princip efikasnosti kao najznačajniji faktor u primjeni i promjeni pravne regulative, a koncept ekonomske analize prava je, više od bilo koje druge discipline, potkrijepljen činjenicama i primjerima prakse o primjeni principa efikasnosti u većini pravnih oblasti. Ipak, ostaje otvoreno pitanje da li i u kojoj mjeri efikasnost kao ekonomska

[14] Primjer preuzet iz Posner, 1977, str. 18.

kategorija treba biti princip uređenja društva? Činjenica je da i pravo i ekonomija nastoje primijeniti princip efikasnosti. Međutim, efikasnost u pravu može biti u suprotnosti s etičkim ili drugim ciljevima, zbog čega pravo ne teži samo efikasnosti.

Bibliografija

1. Beccaria, C. (1983). *Of the Right to Punish*, dio 2, An Essay on Crimes & Punishments. Online Library of Liberty.
2. Becker, G. S. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, 76, (2), 169–217.
3. Becker, G. S. (1976). *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press.
4. Begović, B. (2015). *Ekonomska analiza generalne prevencije*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
5. Bentham, J. (1789). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon Press.
6. Blaug, M. (1980). *The Methodology of Economics*. Cambridge: Cambridge University Press.
7. Coleman, J. L. (1980). Efficiency, Exchange and Auction: Philosophical Aspects of the Economic Approach to Law. *California Law Review*, 68, 221–249.
8. Cooter, R. & Ulen, T. (2007). *Law & Economics* (5th ed). Boston: Pearson Addison Wesley.
9. Cooter, R. & Ulen, T.(2004). *Law and Economics*. New York: Pearson Addison Wesley.
10. Dobrašin, I. (2009). *Teorijske postavke i osnovni modeli ekonomije prava*. Zagreb. Preuzeto 7. 6. 2017. s: www.unizg.hr/.../Teorijske%20 postavke%20i%20osnovni%20modeli%20ekonomije.
11. Dorff, M. B. (2002). Why Welfare Depends on Fairness: A Reply to Kaplow and Shavell. *Southern California Law Review*, 75, 847–900.
12. Fisher, T. (2014). Economic Analysis of Criminal Law. U: Markus D. Dubber and Tatjana Hörnle (eds.) *The Oxford Handbook of Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press.
13. Hilman, A. L. (2009). *Public Finance and Public Policy: Responsibilities and Limitations of Goverment.* Cambridge: Cambridge University Press.

14. Horan, R. D., Bulte, E. & Shogren, J. F. (2005). How Trade Saved Humanity from Biological Exclusion: An Economic Theory of Neanderthal Extinction. *Journal of Economic Behavior & Organization,* 58, (1), 1–29.

15. Johansson, P. O. (1991). *An Introduction to Modern Welfare Economics.* Cambridge: Cambridge University Press.

16. Kornhauser, L. A. (1985). L'Analyse Economique du Droit. *La Revue de Synthese,* (118–119), 313–329.

17. Mackaay, E. (1999). *History of Law and Economics*. Montreal: University of Montreal.

18. Mathis, L. (2009). *Efficiency Instead of Justice?: Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. Springer.

19. Miceli, T. J. (2004). *The Economic Approach to Law*. Stanford University Press.

20. Miceli, T. J.: *Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford, California,

21. Mlikotin-Tomić, D., Šega, A. (2006). Ekonomska analiza prava: razvoj i aktualnosti. *Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu,* 4, (1), 365–376.

22. Posner, R. (1998). *Economic Analysis of Law*, (5th ed). NewYork: Aspen Law & Business.

23. Posner, R. A. (1977). *The Economic Approach to Law*. Boston & Toronto: Little Brown and Company.

24. Shepherd, J. & Rubin, P. H. The Economic Analysis of Criminal Law. U: *Forthcoming, International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, (2nd edition). Elsevier.

25. Veljanovski, C. G. (1980). The Economic Approach to Law – A Critical Introduction. *British Journal of Law and Society*, 7, (2), 158–193.

26. Veljanovski, C. G. (1982). *The New Law and Economics: A Research Review*. Oxford: Oxford Centre for Socio-Legal Studies.

27. Veljanovski, C. G. (2006). *The Economics of Law*. London: The Institute of Economic Affairs.

28. Veljanovski, C. G. (2007). *Economic Principles of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Dr. Kanita Imamović-Čizmić
Associate professor

Dr. Amina Nikolajev
Assistant professor

ECONOMIC INSTRUMENTS IN CRIMINAL LAW

Summary

Economy as a science provides the opportunity for a clearer observation of law and legal issues by offering a completely different perception and pointing to an entirely new connection between law and economy. Since law does not serve for its own purpose, but achieves social value by providing answers to practical living needs of the community, it also accomplishes the function of arranging the whole socio-economic system. Modern conditions of life break down prejudices of defining economy as a science that deals solely with management and economy on the level of enterprises, cities or states, meaning a science that deals with business. On the contrary, law and legal norms both become the subject of economic analysis, which opens space for more comprehensive perception and clearer clarification of the issue of law, as well as the effects of law. Thereby, economic principles of efficiency and rationality are imposed as crucial. In that sense, economy provides the opportunity for a clearer observation of law and legal issues by offering a completely different perception and pointing to an entirely new connection between law and economy.15

Key words: *economic analysis of law, rationality, efficiency, criminal law*

[15] Economic analysis of law as a special interdisciplinary scientific area is defined as an application of economic theory and economic methods in studying the formation, structure, process and impact of laws and legal institutions on the regulation of social relations and it connects two highly significant scientific disciplines – law and economy.

Dr. Edina Sudžuka
Docentica
e.sudzuka@pfsa.unsa.ba

UDK 336.2:343.352
Stručni rad

POREZI, CARINE I KORUPCIJA

Sažetak

Na učinke primjene poreznih oblika u datom sistemu oporezivanja pored zakonodavstva, političkog i ekonomskog sistema, utječu kako obveznici svojim postupanjem u (ne)skladu sa zakonskim propisima, tako i službenici organa porezne administracije (ne)obavljanjem poslova i zadataka iz opisa njihovih radnih mjesta koji se odnose na kontrolu i naplatu poreznih prihoda od obveznika. U tom smislu se korupcija u primjeni poreza i carina može vršiti u dosluhu i bez dosluha poreznika i carinika s poreznim obveznicima. Posljedica korupcije jeste neostvarivanje cilja porezne politike, gubitak poreznih prihoda u budžetima, disbalans između prihoda i rashoda, eventualno povećanje poreznog pritiska ili, pak, zaduživanje države radi podmirenja javnih rashoda koje u konačnici poskupljuje izvršenje javnih rashoda, smanjuje efikasnost javnog sektora, remeti ekonomski rast i razvoj, te smanjuje opće blagostanje u državi.

Ključne riječi: *porezi, carine, porezna administracija, korupcija*

1. Uvod

Porezni sistem predstavlja ukupnost svih poreznih vrsta, oblika i podoblika, modaliteta, metoda i tehnika njihovog prikupljanja, koji se međusobno nadopunjavaju i čine, više ili manje, harmoničnu i sistematiziranu cjelinu, a u posmatranom vremenu posredstvom porezne administracije primjenjuju i kontroliraju, na nivou centralne i/ili nižih razina vlasti u jednoj zemlji. To je skup svih poreznih oblika koji u svojoj ukupnosti djeluju unutar postojećeg socioekonomskog i političkog sistema ispunjavajući postavljene mu fiskalne, ekonomske, socijalne i druge ciljeve.

Kao najznačajniji među ciljevima poreza i oporezivanja ističe se fiskalni. Porezi su, naime, instrument prikupljanja javnih prihoda i njihovom primjenom države osiguravaju najveći dio finansijskih sredstava koja, nadalje,

služe podmirenju općedruštvenih potreba, stvaranju i očuvanju javnih dobara, usluga i koristi koje se rasprostiru na širu zajednicu. Ističući "kako se porezima financiraju javne potrebe, te se pregledna predodžba o financijskoj ulozi poreza u financiranju javnih rashoda može dobiti tako, da se ukupni porezni prihodi stave u odnos prema ukupnim javnim rashodima", Barbara i Božidar Jelčić (1998), pozivajući se na OECD Revenue Statistics 1965–1995, navode da se: "raspon sudjelovanja prihoda od poreza u podmirenju javnih rashoda promatranih (10) država u 1980. godini kreće između 62,7% i 99,1%", dok se raspon u 1995. godini kreće od 73,6% do 85,5% (str. 23–24).

2. Porezi i carine

Bez postojanja poreza teško bi bilo zamisliti funkcioniranje savremenih država i nemoguće je projicirati budućnost finansijskih sistema bez poreznih prihoda. Sredstva koja se prikupe na temelju različitih poreznih oblika slijevaju se na račune budžeta države, odnosno njenih političko-teritorijalnih jedinica. A nakon toga, sredstva se usmjeravaju na budžetom planirano podmirenje javnih rashoda.

Na primjenu poreznog zakonodavstva, a time i obim ostvarivanja postavljenih ciljeva, te u konačnici na visinu poreznih prihoda utječe mnoštvo faktora, može se poći naprimjer: od jednostavnosti i konciznosti normi poreznog prava[1], dostignutog stepena ekonomskog razvoja, povjerenja u izabranu vlast i načina i namjene trošenja javnih rashoda, preko ocjene pravednosti poreznog sistema, efikasnosti porezne administracije, do ponašanja poreznih obveznika koje nastaje usljed većeg ili manjeg poreznog pritiska, veće ili manje strogosti poreznih i kaznenih propisa, brzine ili sporosti pravosuđa u procesuiranju poreznih prekršaja, prevara i utaja, i pod utjecajem opće i porezne etike i morala.

Tokom primjene poreznih propisa mogu se pojaviti veća ili manja odstupanja od ciljeva i svrhe oporezivanja (povećanje, odnosno smanjenje očekivanog djelovanja poreza zbog određenog ponašanja osoba pogođenih oporezivanjem, zbog njihove reakcije – npr. zbog porezne utaje ili nenamjernog

[1] Porezno pravo je grana prava – pozitivno pravo koje čini sistem zakonskih pravnih propisa kojima se uređuje ukupnost poreznih oblika i njihovih elemenata u jednoj zemlji. Porezno pravo u objektivnom smislu (*norma agendi*) sačinjavaju pravna pravila koja utvrđuju poreznu obavezu, porezne subjekte i porezne objekte. Porezno pravo u subjektivnom smislu (*facultas agendi*) jeste ovlaštenje države da putem zakonodavnih organa propiše poreze i da putem upravnih (poreznih) organa u zakonom propisanoj mjeri i obliku izvrši oporezivanje i naplatu poreza od poreznih obveznika (*Pravna enciklopedija II*, 1985, str. 1168).

prevaljivanja), odnosno u ekstremnim slučajevima učinak oporezivanja može biti suprotan cilju porezne politike zbog pojave porezne evazije i nenamjeravanog prevaljivanja poreza, koje zakonodavac nije imao u vidu pri donošenju poreznih propisa, ili barem ne u obimu u kojem su takve pojave nastale. Odstupanje učinaka oporezivanja od ciljeva postavljenih poreznim zakonodavstvom i mjerama porezne politike ima za ishod nedovoljan priliv finansijskih sredstava, umanjuje se, dakle, njihov obim, što povlači potrebu korekcije javnih rashoda i generira budžetski deficit, usljed čega može doći do posezanja za: novim porezima, povećanjem poreznog pritiska postojećim poreznim oblicima, javnim dugom i slično, kako bi se nadomjestila razlika u planiranim, tj. očekivanim i ostvarenim poreznim prihodima, te omogućilo nesmetano izvršenje javnih rashoda prema prethodno predviđenoj dinamici.

Za razliku od poreza, carine imaju dvojaku ulogu. One se pojavljuju i kao fiskalni i kao spoljnotrgovinski instrument. Carine posjeduju sva pravna, ekonomska i tehnička obilježja koja su bitna za pojmovno određenje poreza[2], te spadaju u skupinu posrednih/indirektnih poreza, fiskalni su prihod države ustanovljen radi pribavljanja sredstava za podmirivanje državnih potreba. S obzirom na to da se iznos carine uračunava u cijenu dobara namijenjenih potrošnji, teret ove fiskalne obaveze snose direktno potrošači. Svojstveno im je i ekonomsko dejstvo koje se ispoljava kroz zaštitu domaće proizvodnje i nacionalne ekonomije. Iako je općeprisutna tendencija liberalizacije spoljnotrgovinskih tokova (sporazumi o slobodnoj trgovini, osnivanja zona slobodne trgovine, carinske unije) i poželjno nesmetano ostvarivanje četiri osnovne slobode (kretanja roba, usluga, ljudi i kapitala), ipak se posredstvom carina omogućava protekcija domaćih roba i proizvođača. Ne izostavljajući utjecaj globalizacije na međunarodnu podjelu rada, izraženu potrebu za povećavanjem produktivnosti i specijalizacijom u proizvodnji pojedinih dobara čiji plasman omogućava sticanje izvjesnih komparativnih prednosti, međunarodna ekonomska saradnja, razmjena i uključivanje na svjetsko tržište i dalje se odvijaju uz primjenu carina pod nadzorom i kontrolom organa carinske i porezne administracije.

[2] Carine predstavljaju vrstu poreza na potrošnju, koji se naplaćuje kad proizvod (carinska roba) ulazi na državnu teritoriju (uvozna carina), a u rjeđim slučajevima, i kad se roba prenosi ili prevozi preko državne teritorije (tranzitna carina), odnosno kad iz nje izlazi (izvozna carina). Carinsko pravo kao dio poreskog i finansijskog prava izučava nastajanje, primjenu i prestanak obaveze plaćanja carine i drugih carinskih dažbina. Može se definirati i kao skup pravnih propisa kojima se regulira carinjenje robe i nadzor nad robom i osobljem koje prelazi carinsku liniju.

3. Porezna vlast i porezni obveznik

Porezni sistem čini ukupnost institucija i organa porezne vlasti i zakonom utvrđenih različitih poreznih oblika. Poreznu vlast predstavlja javno tijelo odgovorno za provedbu poreznih propisa, određene države ili regionalne, odnosno lokalne vlasti, te postupaka utvrđivanja porezne obaveze, prikupljanje poreznih prihoda i kontrolu takvog prikupljanja i osobe koje to tijelo angažira za provođenje njegovih ovlaštenja.

Porezna administracija, shvaćena kao institucionalna infrastruktura, sačinjena od ljudskih resursa zaduženih za primjenu fiskalnih propisa (njen monitoring i kontrolu) i tehničkih resursa stavljenih u funkciju operacionaliziranja poreznog sistema određene države, posredno utječe na ostvarivanje postavljenih ciljeva poreznog i carinskog zakonodavstva, kao pretpostavka i posrednik ili kao limitator njihovog ispunjenja.

Porezna sposobnost shvaćena kao ekonomska snaga pojedinca, fizičkog i pravnog lica, daje povod za uspostavu poreznopravnog odnosa između poreznog obveznika i porezne vlasti. Iz toga proizlazi da za ostvarivanje poreznih ciljeva nije dovoljno samo donijeti porezne zakone, nego i pripremiti uvjete za provedbu takvih zakona kako na strani porezne vlasti – organa porezne i carinske administracije, tako i na strani poreznih obveznika. Imajući u vidu da su porezi obaveza prinudnog[3] karaktera nametnuta *ius imperiumom* i da u slučaju nepostupanja obveznika prema odredbama poreznog zakonodavstva država može primijeniti prisilu kako u izvršenju tj. postupku prinudne naplate, tako i u postupku utvrđivanja prekršajne i krivične odgovornosti i izricanju sankcija predviđenih krivičnim i prekršajnim zakonodavstvom, može se reći da poveznicu između poreznog i krivičnog zakonodavstva čini upravo ponašanje poreznih obveznika. Porezna krivična djela mogu biti određena poreznim propisima (koji reguliraju kašnjenja u podnošenju prijave i plaćanju poreza, propuste u prijavi, prijavljivanje manjeg iznosa poreza, i slično) i/ili krivičnim propisima. "Zaštitni objekt kod ovih krivičnih djela su pravo države i organizacija za obavezno socijalno osiguranje da naplate propisane dažbine. Naspram ovog prava stoji dužnost određenih fizičkih i pravnih lica da plate te dažbine. Dažbine se propisuju vankrivičnim propisima, što ovim krivičnim delima daje blanketni karakter. (...) Poreska krivična dela spadaju u red onih retkih slučajeva gde zakonodavac izričito propisuje obavezno izricanje novčane kazne uz kaznu zatvora, čime je posebno naglašena njihova lukrativna priroda." (Kulić & Milošević, 2011) Lakše krše-

[3] Sredstva prisile obuhvataju kazne za propušteno podnošenje prijave, kamate koje se naplaćuju za zakašnjelo plaćanje poreza, krivični progon u slučajevima nezakonitog izbjegavanja plaćanja poreza (Porezni leksikon, 1999, str. 122).

nje zakona u izbjegavanju porezne obaveze predstavlja prekršaj fizičkih i/ili pravnih osoba, i pojedinačno osoba odgovornih u pravnim osobama, što povlači prekršajne kazne i administrativne zaštitne mjere koje izriču nadležni organi državne uprave, odnosno porezne administracije. Teži slučajevi izbjegavanja poreznih obaveza kršenjem odredaba zakona o porezima i/ili krivičnih zakona (većina zemalja porezna krivična djela predviđa u okviru općeg krivičnog zakona, dok neke države, poput Francuske, ovakva djela reguliraju isključivo poreznim zakonima) povlače primjenu sankcija u vidu kazni zatvora, novčanih kazni i mjera bezbjednosti.

Struktura kazni trebalo bi da eskalira prema prirodi i rangu od administrativnih i krivičnih kazni, do kazni zatvora za najozbiljnije slučajeve. Naprimjer u Malaviju, zakon o kažnjavanju porezne evazije bio je dopunjen radi usvajanja zatvorske kazne, bez mogućnosti zamjene za neku drugu kaznu, za pojedince koji su optuženi za međunarodnu poreznu prijevaru – evaziju. Neke zemlje kao što je Malezija idu jedan korak dalje, te direktore koji su optuženi za krivično djelo udaljavaju od prakse narednih pet godina (CATA, 2006, str. 26).

Struktura i strogoća represivnih mjera, uz datu sliku koju društvo i vlast reflektiraju prema populaciji, utječu na oblikovanje i razinu poreznog morala. Porezni moral pokazuje stupanj razvijenosti psihološke svijesti pojedinaca i ispoljava se kroz njihovo ponašanje tj. niz psiho-fizičkih reakcija poreznog obveznika na postojeće porezno opterećenje i pritisak kojem je izložen kako bi udovoljio zakonskoj obavezi proistekloj na temelju poreza, kao i kroz discipliniranost u izvršavanju – izmirenju poreznih obaveza prema državi.[4] Anđelković (2012) navodi da: "sklonost ka rizičnom ponašanju može biti uslovljena, ne samo niskim poreskim moralom, već i sagledavanjem povoljnih prilika zbog slabe poreske kontrole, (…) verovatnoća otkrivanja poreske evazije često zavisi od subjektivne procene obveznika imajući u vidu objektivnu nemogućnost poreskih organa da provere sve obveznike. Visina sankcija i njihova dosledna primena mogu imati i preventivnu i represivnu ulogu na poresku saglasnost" (str. 935).

[4] Porezni moral obveznika formira se pod utjecajem različitih faktora kao što su: nivo educiranosti poreznih obveznika, jasno i razumljivo pisani tekstovi poreskih zakona, učestalost promjena poreznih propisa, tretman poreznih obveznika, demokratsko društvo, povjerenje u institucije vlasti, mjere kaznene politike, vladavina prava, prisutnost korupcije i slično. Porezna administracija je pri tome samo jedan od faktora koji utječu na ponašanje obveznika prema po osnovu poreza nastaloj obavezi. Veliki utjecaj na uspostavu i ispoljavanje porezne discipline i morala imaju povjerenje u demokratski izabranu vlast, postojanje strožijih represivnih mjera za sankcioniranje kršenja poreznih zakona i svođenje na najmanju moguću mjeru devijantnih pojava kao što su korupcija, organizirani kriminal, pranje novca i slična kaznena djela.

Samo postojanje poreza, kao i promjene već postojećih poreznih oblika koji se primjenjuju u određenoj državi, odnosno njenom poreznom sistemu, uvijek ostvaruju izvjesni utjecaj na pasivne subjekte poreznopravnog odnosa, tj. porezne obveznike, koji izmjenom svojega ponašanja nadalje proizvode povratne utjecaje na ekonomski i društveni sistem. Psihološka reakcija uglavnom se odnosi na negodovanje i neprihvatanje novog, odnosno dodatnog tereta koji porezna obaveza podrazumijeva, te se ponašanje subjekata mijenja u pravcu iznalaženja načina za očuvanje postojećeg dohotka, dobiti i/ili imovine, te zadržavanja obima potrošnje na postojećoj razini.

Porezi neminovno dovode do promjene modaliteta ponašanja poreznih obveznika na tržištu, bilo da rezultiraju modificiranjem njihovih aktivnosti i potrošnje, bilo da intenziviraju radni napor i zalaganje, ili se obveznici upuštaju u porezno planiranje posredstvom poreznih savjetnika, ili, pak, u nedostatku pravnih praznina u poreznoj legislativi, kojima bi izbjegli veći porezni teret, oni prelaze u zonu nedozvoljenog ponašanja i krše porezne, prekršajne i krivične propise kako bi očuvali početne ekonomske pozicije i obim ekonomske snage iz perioda prije nastanka porezne obaveze.

Kada obveznik poduzme aktivnosti kojima nastoji izigrati zakon, bilo da se radi o pogrešnom prikazivanju ostvarenog prometa i prihoda (fiktivno smanji), o pogrešnom prikazivanju troškova poslovanja (fiktivno uveća), neprikazivanju stvarnog broja zaposlenih radnika i neprikazivanju stvarnog iznosa zarađenog dohotka, takvo ponašanje indirektno producira umanjen dotok poreznih prihoda, čime se slabe fiskalni efekti oporezivanja. Ali tu se fabula o ponašanju poreznih obveznika ne završava, nego, možda, tek počinje ukoliko se uđe u područje korupcije kao područje odstupanja od standarda ponašanja koje dovodi do narušavanja javnog interesa.

4. Korupcija i oporezivanje

Naime, porezni obveznici su osobe na koje pada teret porezne i carinske obaveze, i znatan dio njih će poduzeti sve raspoložive aktivnosti na umanjenju takvog tereta i zadržavanju ekonomske moći. Neki od njih će posrnuti i rizikovati da činjenjem grubog kršenja poreznih i krivičnih zakona takav teret "prividno" otklone, a pri tom riziku spremni su čak iznalaziti puteve i kanale kako bi direktno[5] ili preko posrednika došli do namještenika, te službenika

[5] Begović (2007) navodi razliku između korupcije bez dosluha – kada državni službenik iznuđuje novac ili drugu protuvrijednost za činjenje radnje koju bi morao izvršiti u okviru svojih obaveza i dužnosti, nastoji prinuditi koruptora na "plaćanje" kako bi dobio odgovarajuću uslugu državnog organa, od korupcije s dosluhom koja

i ovlaštenih osoba u organima porezne administracije koji bi bili spremni primiti i potraživati mito ili protuuslugu (zapošljavanje, napredovanje, upis u škole, polaganje stručnih ispita, dobijanje tendera…) za sebe ili s njim povezanu (blisku) osobu, za činjenje usluge "propuštanja" činjenica bitnih za utvrđivanje porezne obaveze i visine takve obaveze u postupku oporezivanja i carinjenja. Ovdje se govori o nedozvoljenim vidovima "saradnje" između obveznika – koruptora i organa porezne vlasti – korumpiranog, temeljenim na protuusluzi radi sticanja osobne, najčešće materijalne, koristi – odnosu u kojem oba učesnika dobijaju, dok država gubi i ostaje bez planiranih i očekivanih fiskalnih prihoda. To je administrativna korupcija u kojoj participiraju državni službenici odstupajući od svoje formalne obaveze proistekle iz radnog odnosa, dužnosti, položaja i funkcije, pri čemu koriste i zloupotrebljavaju diskreciona prava promičući i maksimizirajući personalni interes, a zanemarujući opći, javni, što za posljedicu ima smanjen obim prikupljenih poreznih i carinskih prihoda, šteti budžetu, odnosno onemogućava izvršenje planiranih javnih rashoda, ili, pak, generira zaduživanje države kako bi smanjila nastali deficit budžeta.

Profesor Begović (2007) naglašava da "korupcione transakcije čini ugovor – saglasnost volja najmanje dve zainteresovane strane. Činjenica da je takav ugovor nelegalan i ništav stvara velike probleme za ugovorne strane i uvećava neizvesnost u pogledu njihovog izvršenja – identifikacija i analiza tih fenomena omogućava bolje razumevanje podsticaja kojima su izložene ugovorne strane pa se time stvaraju uslovi da borba protiv korupcije bude zasnovana na otežavanju uslova za sklapanje i izvršenje takvog posla" (str. 57).

5. Porezni sistem Bosne i Hercegovine

Porezni sistem Bosne i Hercegovine u prethodnih deceniju i pol prošao je kroz nekoliko značajnih reformi, i to:

2003. – 2006. reforma indirektnih poreza dovela je do uspostave sistema indirektnog oporezivanja na nivou države BiH, uvođenja poreza na dodatnu vrijednost na državnoj razini, čemu je prethodilo formiranje Uprave za indirektno oporezivanje BiH spajanjem i reorganizacijom nekadašnjih carinskih uprava. Indirektni porezi u BiH obuhvataju sljedeće oblike: porez na dodatnu vrijednost, carine, akcize i putarine. Uprava za indirektno oporezivanje

podrazumijeva dobrovoljnu participaciju koruptora koji dobija korist ili uslugu na koju nema pravo, i korumpiranog koji pristaje prekršiti pravila službe u korist koruptora, što potkopava svaku državnu politiku i pravni sistem (str. 75, 83).

administrativni je aparat u funkciji naplate i kontrole indirektnih poreza na državnoj razini.

Reforma direktnih poreza

2001. – reforma porezne administracije u Republici Srpskoj (spajanje s Finansijskom policijom)

2002. – reforma porezne administracije – Porezne uprave Federacije Bosne i Hercegovine

2006. – 2007. – uvođenje sintetičkog poreza na dohodak u RS-u

2008. – 2009. – uvođenje sintetičkog poreza na dohodak u Federaciji BiH

Potreba za reformom poreza na dohodak i poreza na dobit bila je posebno naglašena u Federaciji BiH zbog postojanja mnoštva kantonalnih propisa kojima su se primjenjivale drugačije stope pri oporezivanju različitih vrsta dohodaka u kantonima, dok je porez na dobit preduzeća, reguliran na nivou entiteta, imao veoma visoku poreznu stopu (u visini od 30%) u odnosu na stopu koja se primjenjivala u drugom entitetu (stopa u RS iznosila je 10%). Nakon uvođenja sintetičkog poreza na dohodak koji se danas primjenjuje po proporcionalnim poreznim stopama, postupno je vršena "harmonizacija" poreznih propisa kojima je reguliran ovaj porezni oblik u Federaciji BiH s propisima koji su na snazi u Republici Srpskoj, a kasnije su s ciljem otklanjanja distorzija i dvostrukog oporezivanja harmonizirani propisi i između entiteta i distrikta.

Kao što je spomenuto, porez na dodatnu vrijednost u Bosni i Hercegovini primjenjuje se od 1. 1. 2006. godine. Kada je riječ o PDV prekršajima od 2007. do 2015. godine, praksa u slučaju sumnje na počinjenje porezne utaje uporedo s činjenjem prekršaja bila je da organ porezne administracije, istovremeno s pokretanjem prekršajnog postupka, pred nadležnim sudom podnosi i krivičnu prijavu nadležnom tužilaštvu kako bi se u što kraćem vremenu došlo do utvrđivanja činjenica bitnih za kvalificiranje djela. U 2015. godini donesen je Zakon o dopunama Zakona o prekršajima koji članom 28, stavom 4[6], predviđa mogućnost izdavanja prekršajnog naloga i kod carinskih i poreznih prekršaja uz pouku da se, ukoliko lice protiv kojeg je prekršajni nalog izdat prihvati odgovornost i najkasnije u roku od osam dana

[6] "Prekršajni nalog sadrži pouku da, ako lice protiv kojeg je izdat prekršajni nalog prihvati odgovornost i najkasnije u roku od osam dana od dana prijema prekršajnog naloga plati polovinu izrečene novčane kazne, oslobađa se plaćanja druge polovine izrečene novčane kazne." Zakon o dopunama Zakona o prekršajima, Službeni glasnik BiH, br. 81/15.

od dana prijema prekršajnog naloga plati polovinu izrečene novčane kazne, takvo lice oslobađa plaćanja druge polovine izrečene novčane kazne. Novine sadržane u dopuni Zakona omogućavaju organima porezne administracije ovlasti provođenja prekršajnog postupka i izricanja odluke s jedne strane, te mogućnost da se u slučaju utvrđenog prekršaja počinilac tj. obveznik carina i poreza sankcionira iznosom od 50% od visine kazne. Pitanje je da li treba biti dopušteno organima porezne administracije da sami donose odluke vezane za utvrđivanje prekršajne odgovornosti i vrste i visine sankcije? Otvara li ovakvo zakonsko rješenje prostor za nastanak i razvoj korupcije porezne administracije?

Nadalje, činjenica da se u slučaju poreznih prekršaja odgovornoj osobi omogućava plaćanje pedeset procentnog iznosa propisane novčane kazne dovodi do minorizacije poreznog zakonodavstva i poreznog sistema, ublažava kaznu i indirektno podstiče obveznike na mogućnost zanemarivanja ispunjenja poreznih i carinskih obaveza. Pitanje je: gubi li porezno i prekršajno zakonodavstvo preventivnu i represivnu funkciju uvođenjem i primjenom ovakvih propisa? Ovo pitanje se nameće posebno iz razloga što je članom 19. stavom 6. Zakona o prekršajima[7] propisano da se za prekršaj iz područja poreza i carina mogu propisati novčane kazne u višestrukom iznosu porezne ili carinske obaveze koja je trebala biti plaćena ili kao postotak ili višestruki iznos vrijednosti robe koja je predmetom prekršaja, ali ne u iznosu većem od 200.000 KM. Navedena odredba Zakona o prekršajima (*lex generalis*) usklađena je s odredbama sadržanim u članu 67. Zakona o porezu na dodatnu vrijednost[8] – *lex specialis* da novčane kazne za fizičke osobe ne mogu biti niže od 30 KM i kreću se u rasponu do 10.000 KM, odnosno od minimalno 200–20.000 KM za odgovorne osobe u pravnoj osobi, a najveća novčana kazna za pravne osobe iznosi 200.000 KM, te s odredbama Zakona o carinskim prekršajima[9].

Izlaganje o poreznim i carinskim krivičnim djelima i prekršajima povlači i pitanje primjene načela "ne bis in idem". Nakon donošenja presude Evropskog suda u predmetu Muslija protiv Bosne i Hercegovine, utvrđeno je da je paralelno pokretanje prekršajnog i krivičnog postupka na temelju istog činjeničnog događaja, koji se kvalificirao kao prekršaj i počinilac rješenjem u prekršajnom postupku pred nadležnim sudom proglašen krivim, suprotno Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Da bi se u budućnosti izbjeglo kršenje Evropske konvencije neophodno je uskladiti domaće zakonodavstvo, te uspostaviti saradnju i koordinaciju između or-

[7] Službeni glasnik BiH, br. 41/07, 18/12, 36/14 i 81/15.
[8] Službeni glasnik BiH, br. 9/05.
[9] Službeni glasnik BiH, br. 88/05.

gana krivičnog gonjenja, sudova i organa porezne administracije u vezi s primjenom načela "ne bis in idem".

Na tragu prethodno iznesenog, odredbe Zakona o prekršajima BiH omogućavaju organima uprave otpočinjanje i završavanje prekršajnog postupka[10] u poreznim i carinskim prekršajima, što otvara prostor za arbitrarnost i bahatost u postupanju, stvara i pojačava osjećaj moći, te nosi rizik nastanka korupcije i neetičnog ponašanja, odnosno konverzije krivičnih djela u prekršaje, prikrivanje i amnestiranje počinilaca poreznih krivičnih djela, što iziskuje posebnu pozornost kada se u obzir uzmu veliki uvoznici i veliki porezni obveznici PDV-a. Nedostatak nadzora, kontrole i koordinacije između organa porezne administracije i organa krivičnog gonjenja dodatno povećava rizik od koruptivnog ponašanja poreznih inspektora i carinika. Postojeće norme vode ugrožavanju pravnog sistema, i poreznog sistema, smanjuju ulogu pravosuđa[11] i efikasnost administrativnog aparata države.

Također, razmatrajući mogućnosti i prostor za korupciju treba uzeti u obzir i kadrovske kapacitete porezne administracije[12], obrazovnu strukturu

[10] Prekršajni postupak, u pravilu, vodi se pred sudijama prekršajnih odjeljenja općinskih sudova. Odredbe navedenog zakona omogućile su da postupak u dijelu izricanja prekršajnog naloga i određivanja visine novčane sankcije izvrši porezni organ – službenik porezne administracije, bez konsultiranja s nadležnim tužiteljima. Nadalje, Zakon o Poreznoj upravi FBiH, Zakon o upravi za indirektno oporezivanje, Zakon o prekršajima, Pravilnici o unutarnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mjesta u PU FBiH, UIO BiH ne propisuju uvjet da se za poreznog inspektora – ovlaštenog za vođenje prekršajnog postupka traži zvanje diplomiranog pravnika/bachelor prava i položen pravosudni ispit kao što je to propisano članom 189. st. 3. Prekršajnog zakona Republike Hrvatske (Arbutina & Rogić-Lugarić, 2010, str. 165).

[11] Prema podacima o broju predmeta – pokrenutih prekršajnih postupaka, s Prekršajnog odjeljenja Općinskog suda u Sarajevu (kao prvostepenog) ukazuju na smanjenje broja predmeta u periodu nakon donošenja i početka primjene Zakona o dopunama Zakona o prekršajima: dok je 2013., 2014. i 2015. godine pokrenuto 1449 prekršajnih postupaka, u 2016. i 2017. godini zaključno sa septembrom pokrenuto je svega 159 prekršajnih postupaka, što ukazuje na smanjenje broja predmeta od oko 75%. Pretpostavka je da je u periodu 2016. – septembar 2017. izdato više desetina ili stotina prekršajnih naloga od strane Uprave za indirektno oporezivanje. Iz Izvještaja Uprave za indirektno oporezivanje BiH uočeno je povećanje broja podnesenih prijava, ali i smanjenje broja riješenih slučajeva: u 2014. godini podneseno je 77 prijava od čega je 51 riješena, 3 djelimično riješene, a 23 neriješeno; u 2015. godini podnesena je 91 prijava, 33 riješene, a 58 neriješeno; u 2016. godini podneseno 148 prijava od čega je samo 12 riješeno, 2 djelimično riješene, a 134 prijave ostale su neriješene.

[12] Primjera radi u Izvještaju o reviziji finansijskih izvještaja Porezne uprave FBiH na 31. 12. 2014. godine broj: 03-26/15, navodi se da su Pravilnikom o unutrašnjoj organizaciji Porezne uprave Federacije BiH predviđena 1744 radna mjesta, od čega je na dan 31. 12. 2014. bilo popunjeno svega 1249 radnih mjesta odnosno

zaposlenih, njihovu stručnu osposobljenost i iskustvo u radu, mehanizme kontrole i nadzora nad poreznim inspektorima i carinicima, sistem napredovanja i nagrađivanja i niz drugih faktora koji mogu utjecati na uvlačenje i održanje korupcije među ovlaštenim osobama.

Nedostatak kadrova u poreznoj administraciji svakako može stvoriti plodno tlo za razvoj korupcije bez dosluha, jer je lakše jednom poreznom službeniku koji sam radi u određenoj ispostavi "diktirati" uvjete obveznicima, usporavati postupak carinjenja, otežavati postupak oporezivanja, ignorirati osnove za korištenje poreznih povlastica i činiti ili propuštati činjenje sličnih radnji radi sticanja osobne materijalne koristi, nego što bi to bio slučaj ukoliko bi svaka ispostava i jedinica imala veći broj zaposlenih, jer vršenje nadzora i kontrole obveznika od strane više sudionika tj. službenika smanjuje rizik za njihovo korumpiranje i povećava mogućnost otkrivanja korupcije.

Prema odredbama Zakona o prevenciji korupcije i koordinaciji borbe protiv korupcije[13] Agencija za prevenciju korupcije i koordinaciju borbe protiv korupcije nadležna je za prevenciju korupcije i koordinaciju borbe protiv korupcije u institucijama javnog i privatnog sektora, te, između ostalog, za postupanje po zaprimljenim podnescima s indicijama koruptivnog ponašanja; saradnju s domaćim naučnim i stručnim organizacijama, medijima i nevladinim organizacijama po pitanju prevencije korupcije; saradnju s međunarodnim organizacijama, institucijama, inicijativama i organima; zatim, za javno publiciranje informacija o stanju korupcije.

Agencija za prevenciju korupcije i koordinaciju borbe protiv korupcije (APIK) BiH u toku 2015. godine primila je 124 prijave s indicijama koruptivnog ponašanja u entitetskim i institucijama BiH. U izvještaju Agencije za prevenciju korupcije i koordinaciju borbe protiv korupcije BiH navedeno je da je protiv policijskih agencija na nivou BiH, kantonalnih i entitetskih ministarstava unutrašnjih poslova i policijskih uprava pod njihovom nadležnošću

71,62%; U Sektoru za inspekcijski nadzor, obavještavanje i istrage (sistematizirano je 88, a popunjeno 66 radnih mjesta).
Nadalje, potrebno je spomenuti da pored pitanja kadrovske osposobljenosti i broja angažiranih izvršilaca poslova, značajnu ulogu ima i unutarnja organizacija i raspoređivanje zaposlenih u sektore i odsjeke. Pravilnikom o unutarnjoj organizaciji PU FBiH iz 2013. godine su "nekadašnjem" sektoru za obavještavanja i istrage dodati i poslovi inspekcijskog nadzora koji su prije bili svrstani u sektor za prinudnu naplatu. Imajući u vidu društveni i finansijski značaj kako poslova inspekcijskog nadzora, tako i poslova obavještavanja i provođenja istraga bilo bi cjelishodnije izdvojiti ih u zasebne sektore i poduzeti napore za popunjavanje upražnjenih radnih mjesta na ovim poslovima.

[13] Službeni glasnik BiH, br. 103/09 i 58/13.

u 2015. godini primljeno deset prijava. U izvještaju je riječ o koruptivnim krivičnim djelima, pritužbama na rad rukovodilaca i policijskih službenika, zloupotrebama službenog položaja, diskriminaciji i mobingu, podmićivanju policijskih službenika, odavanju tajnih podataka, nepravilnosti u radu i u provođenju javnih oglasa za zapošljavanje. Protiv Visokog sudskog i tužilačkog vijeća (VSTV) BiH i sudova i tužilaštava u RS i FBiH podneseno je devet prijava koje ukazuju na korupciju, Na udaru uzbunjivača našli su se i poreznici protiv kojih su primljene četiri prijave. U tri slučaja prijavljeni su inspekcijski organi (Maunaga, 2016). APIK BiH primio je 884 predmeta u 2016. godini od kojih je 160 okončano, a 724 su u proceduri; Pravilnikom o sistematizaciji radnih mjesta APIK-a predviđeno je 41 radno mjesto od čega je u toku 2015. bilo popunjeno tek 23, a u 2016. godini 33 mjesta (Šišić, 2017), te se nedostatak zaposlenih službenika može smatrati za jedan od uvjeta ključnih za postizanje efikasnosti u radu ove institucije. Prema podacima datim od strane direktora APIK BiH do 1. 12. 2017. godine primljeno je 118 predmeta, što je znatno manje u odnosu na prethodnu godinu, a naporima Agencije formirano je 13 tijela za sprečavanje korupcije na svim nivoima vlasti u BiH, na principima državne strategije izrađeno je 11 strategija i 12 akcionih planova za borbu protiv korupcije (Fena, 2017).

Kao primjere korupcije u oblasti poreza i carina iz skorije prošlosti u Bosni i Hercegovini možemo navesti: slučaj "Pandora" (Sud BiH potvrdio optužnicu) u kojem se bivšeg direktora Uprave za indirektno oporezivanje tereti za zloupotrebu službenog položaja i primanje mita za propuštanje velikih količina metražnog tekstila porijeklom iz Turske, Kine i Mađarske preko državne granice bez carinjenja i oporezivanja. Bivši direktor se tereti da je od velikih uvoznika tekstila uzimao 1.000 KM po uvezenom kamionu tekstilne robe, a za uvoz više od 1.700 kamionskih isporuka tekstila, uvoznici su dali iznos od 1,72 miliona KM. Optuženi se tereti da je novac pribavljen činjenjem krivičnih djela, bez kreditnog zaduženja, stavljao u legalne tokove kupovinom većeg broja skupocjenih nekretnina i zemljišta u Sarajevu i okolini u iznosu od oko 1,2 miliona KM; te slučaj iz maja 2017. u kojem je šest carinika Carinske ispostave na Aerodromu Sarajevo osuđeno nepravosnažnom presudom Suda Bosne i Hercegovine na ukupno 18 godina zatvora i novčane kazne radi primanja mita (u iznosima od 10 eura do 700 KM za neprovođenje postupka carinjenja ili minimiziranje carinske obaveze koruptorima).

6. Zaključak

Korupcija u oblasti oporezivanja i carinjenja dovodi do maksimiziranja koristi i uvećavanja ekonomske moći pojedinaca – poreznih i carinskih obveznika, povećanja dohotka i imovine, i društvenog kapitala i utjecaja korumpi-

ranih državnih službenika na jednoj strani, dok na drugoj strani dolazi do smanjenja javnih prihoda od poreza i carina, disbalansa između javnih prihoda i rashoda, potrebe za pribavljanjem dodatnih sredstava za podmirenje općedruštvenih potreba bilo povećavanjem poreznog pritiska na obveznike, bilo posezanjem za letećim ili srednjoročnim zaduženjem države, što nadalje poskupljuje javne rashode za iznos kamata koje će teretiti glavnicu i za ishod ima smanjenje obima državne aktivnosti, smanjenje efikasnosti javnog sektora, otežan ekonomski položaj poreznih obveznika kao ekonomskih aktera i smanjenje konkurentnosti, usporavanje ekonomskog rasta i razvoja i na kraju smanjenje općeg blagostanja u državi.

Bibliografija

1. Anđelković, M. (2012). Uticaj poreskog morala na poštovanje poreskih propisa. *Pravni život*, 10, 931–943.
2. Arbutina, H. & Rogić-Lugarić, T. (2010). *Osnove poreznog prava*. Zagreb: Društveno veleučilište u Zagrebu.
3. Begović, B. (2007). *Ekonomska analiza korupcije*. Beograd: Centar za liberalno-demokratske studije.
4. CATA. (2006). *Tax Evasion and Avoidance*. London: Commonwealth Secretariat.
5. Fena. (9. 12. 2017). Korupcija zastupljena u svim segmentima bh. društva, najviše u javnom sektoru. Preuzeto 30. 11. 2017. sa: https://www.klix.ba/vijesti/korupcija-zastupljena-u-svim-segmentima-bh-drustva-najvise-u-javnom-sektoru/171209011
6. Jelčić, B. & Jelčić B. (1998). *Porezni sustav i porezna politika.* Zagreb: Informator.
7. Kulić, M. & Milošević, G. (2011). Odnos krivičnih dela poreske utaje i neuplaćivanja poreza po odbitku u srpskom krivičnom pravu. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, LIX, (2), 322–323.
8. Maunaga, G. (26. 7. 2016). Agencija za prevenciju korupcije i koordinaciju borbe protiv korupcije BiH: 2015. godine Agencija je primila 124 prijave s indicijama koruptivnog ponašanja u entitetskim i institucijama BiH, dok je samo u jednom pokrenuto suđenje. *Glas Srpske*. Preuzeto 30. 11. 2017 sa: http://www.paragraf.ba/dnevne-vijesti/27072016/27072016-vijest6.html
9. Porezni leksikon. (1999). Zagreb: Institut za javne financije.
10. Pravna enciklopedija II. (1985). Beograd: Savremena administracija.

11. Šišić, A. (18. 4. 2017). Agencija za borbu protiv korupcije BiH riješila tek svaki peti predmet. *Nezavisne novine.* Preuzeto 30. 11. 2017. sa: http://www.nezavisne.com/novosti/drustvo/Agencija-za-borbu-protiv-korupcije-BiH-rijesila-tek-svaki-peti-predmet/422282
12. Ured za reviziju institucija u FBiH. (2015). *Izvještaj o reviziji finansijskih izvještaja Porezne uprave FBiH na dan 31. 12. 2014. godine, Broj: 03-26/15.* Sarajevo: Ured za reviziju institucija u FBiH.
13. Zakon o carinskim prekršajima. Službeni glasnik BiH, br. 88/05.
14. Zakon o dopunama zakona o prekršajima. Službeni glasnik BiH, br. 81/15.
15. Zakon o porezu na dodatnu vrijednost. Službeni glasnik BiH, br. 9/05.
16. Zakon o prekršajima. Službeni glasnik BiH, br. 41/07, 18/12, 36/14.
17. Zakon o prevenciji korupcije i koordinaciji borbe protiv korupcije. Službeni glasnik BiH, br. 103/09 i 58/13.

Dr. Edina Sudžuka
Assistant professor

TAXES, DUTIES AND CORRUPTION

Summary

Besides legislation, political and economic system, the effects of application of tax forms in the given system of taxation are influenced both by taxpayers and their acting in (non)accordance with legal regulations, and officials of tax administration bodies by (non)performing duties and tasks as outlined in their job descriptions relating to control and collection of tax revenues from taxpayers. In that sense, corruption in the enforcement of taxes and duties can be carried out in collusion and without collusion of tax and customs officials with taxpayers. The consequence of corruption is the non-achievement of the goal of tax policy, loss of tax revenues in budgets, misbalance between revenue and expenditure, potential increase of tax pressure or, perhaps, indebtedness of the state for the purpose of settling public expenditure that eventually makes the execution of public expenditures more expensive, decreases the efficiency of the public sector, hampers economic growth and development, and reduces general welfare in the country.

Key words: *taxes, duties, tax administration, corruption*

PRIKAZI

Dr. Jasna Bakšić-Muftić
Redovna profesorica

PRIKAZ KNJIGE *PRAVNO-HISTORIJSKE STUDIJE* AUTORA FIKRETA KARČIĆA

U izdanju Centra za napredne studije objavljena je (Sarajevo, 2016) knjiga Fikreta Karčića pod nazivom *Pravno-historijske studije*. Predstavljajući vlastite biografske podatke, autor je izdvojio sljedeće: profesor Komparativne pravne historije na Pravnom fakultetu u Sarajevu, bivši profesor na Fakultetu islamskih nauka u Sarajevu i na Međunarodnom islamskom fakultetu u Kuala Lumpuru, gdje je predavao različite predmete iz oblasti islamskog prava. Kao oblasti od akademskog interesa izdvojio je izučavanje islamskog prava i islamskih institucija u Bosni i Hercegovini u postosmanskom periodu, izučavanje reformističkih pokreta u islamu, balkanskih muslimana i komparativne pravne kulture.

Iza "umrtvljenog" ili "ohlađenog" naziva knjige kakav je *Pravno-historijske studije* krije se izuzetno živa, savremena, dinamično sklopljena zbirka izabranih tekstova koje je autor objavio u naučnim i stručnim časopisima u periodu 2004–2015. godina. Na jednom mjestu objedinjeni su tekstovi objavljeni u više brojeva *Godišnjaka Pravnog fakulteta u Sarajevu*, u *Zborniku Pravnog fakulteta u Zagrebu,* u *Analima Gazi Husrev-begove biblioteke,* u zbornicima radova s naučnih skupova: *Zbornik radova Mustafa Imamović – 45 godina naučnog i publicističkog rada* (Sarajevo, Gradačac: Institut za istoriju Sarajevo, JU Javna biblioteka "Alija Isaković" Gradačac, University Press Sarajevo), *Zborniku radova s Naučnog skupa Vakufi u Bosni i Hercegovini* (Vakufska direkcija, 2011)*, Zborniku radova s naučnog simpozijuma:150 godina od protjerivanja muslimana iz Kneževine Srbije* (7–8. 9. 2013. god., Orašje), u časopisima *Novi Mualim, Bošnjačka pismohrana* (Zagreb) i u dnevnim novinama *Oslobođenje.* Na ovaj način je otvorena mogućnost široj čitalačkoj publici od one ciljane, koja prati određene publikacije i časopise da se upozna s tekstovima koji bi se lakše mogli podvesti pod naziv Živa prošlost*: referentni okvir za razumijevanje savremenih tema.* Okupljeni na jednom mjestu tekstovi pokazuju historijsku dramu koja se dešavala na balkanskom prostoru, posebno bosanskohercegovačkom prostoru/državi i njene posljedice koje je imala/ima na muslimane u vjerskom i Bošnjake u nacionalnom smislu na ovim prostorima. Također, u tekstovima se ukazuje na odnos muslimana prema historijskim događajima, promjenama, ali i

izazovima stvarnosti u kojoj žive. Autor u tekstovima pokazuje kako su promjene prava/pravnih sistema transformativno utjecale na promjene načina života i na formiranje određene pravne kulture.

Po klasifikaciji napravljenoj po vlastitom izboru, tekstovi se mogu razvrstati u nekoliko međusobno povezanih tematskih blokova koji u konačnici daju koherentnu sliku, imajući u vidu teme kojim se Karčić u svojim radovima bavi. Tako se tekstovi uklapaju kao dijelovi mozaika koji tematski sadržaj drži na okupu, ostavljajući čitaocima/čitateljicama sliku jedinstvene cjeline.

Jednu tematsku cjelinu koja se bavi pravnom kulturom i pravnim sistemima čine tekstovi *Pravne kulture: koncepti, izučavanje i klasifikacija, O pokušajima kodifikacije građanskog prava u historiji SAD-a, Uloga kodifikacije u transformaciji pravnih sistema Jugoistočne Evrope u postosmanskom periodu (Istraživačka bilješka), Opšti građanski zakonik u Bosni i Hercegovini: kodifikacija kao sredstvo transformacije pravnog sistema, Osmanski kazneni zakonik iz 1858. i njegova primjena u Bosni i Hercegovini, Džihad fetva u Bosni i Hercegovini, Teorijske osnove Ahdname.*

Drugu tematsku cjelinu čine tekstovi koji se bave iseljavanjem muslimanskog stanovništva iz Srbije, temama genocida i krivične zabrane njegovog poricanja te historijatom tužbe Bosne i Hercegovine protiv Srbije i Crne Gore. To su: *Protokol Konferencije u Kanlidži 1862: pravna analiza odredaba o muslimanskom stanovništvu, Krivičnopravna zabrana poricanja genocida: komparativna analiza, Bosna i Hercegovina v. Srbija i Crna Gora: kratka historija slučaja.*

Treću tematsku cjelinu čine tekstovi koji se bave pitanjima islama, njegovog institucionalnog i alternativnog tumačenja, posebno u Bosni i Hercegovini, diversifikacijom bosanskih muslimana i razlozima koji su do toga doveli, razvojem državnog i religijskog prava i odnosom vjerskog i etno-nacionalnog kroz djelovanje pojedine uleme u Bosni i Hercegovini. U tu tematsku cjelinu spadaju tekstovi: *Heterodoksna* učenja i grupe u islamu: *komparativna i* š*erijatska perspektiva, Glavne tendencije tumačenja šerijata u Bosni i Hercegovini 2000–2005., Razvoj državnog i religijskog prava u Bosni i Hercegovini 1990–2009., Etno-nacionalno i vjersko u diskursu neke naše uleme, Mogućnosti uspostavljanja vakufa u Evropskoj uniji.*

Četvrtu tematsku cjelinu čine tekstovi koji, na primjerima pravnog i zakonskog djelovanja (u slučaju zabrane nošenja zara i feredže te džihad fetve) s političkog i pravnog vrha u državi, ukazuju na to kako su vršene promjene načina i stila života/odjevnih praksi muslimanki kao i na percepciju tih

promjena. Percepcija se posmatra iz ideološkog okvira socijalističke/komunističke vlasti, iz reakcija stanovništva na odredbe Zakona o ukidanju zara i feredže, iz perspektive unutar-muslimanske debate i Islamske vjerske zajednice o "oslobađanju žene", u koje između ostalog spada i promjena tradicionalne/vjerske odjevne prakse i na kraju iz perspektive samih žena posebno muslimanki. U ovu tematsku cjelinu može ući i percepcija Evrope od strane Bošnjaka u osmanskom periodu kao i informiranje medija/dnevnog lista *Oslobođenje* o određenim događajima. Zajednička tačka povezivanja ovih tekstova je ideologija/stvarnost/percepcija. Tu se mogu svrstati tekstovi: *Stavovi vođstva Islamske zajednice u Jugoslaviji povodom zabrane nošenja zara i feredže, Primjena zakona o zabrani nošenja zara i feredže u BiH – Istraživačka bilješka, O bošnjačkoj percepciji Evrope u osmanskom periodu: Evropa kao drugi, Kako je sarajevsko Oslobođenje pisalo o formiranju Izraela.*

Temama koje obrađuje autor pristupa iz perspektive poznavaoca islamskog prava, islamskih institucija, komparativne historije, prihvatajući koncept *pravne kulture* ili *pravne tradicije u kojoj se pravo posmatra kao dio ukupne kulture društva u kome funkcioniše.* Stoga je uvodni tekst u ovoj knjizi *Pravne kulture: koncept, izučavanje i klasifikacija* ujedno i teorijski okvir iz kojeg se mogu čitati ostali tekstovi u knjizi. U ovom radu Karčić ukazuje na jačanje tendencija u dvadeset prvom stoljeću koje osnažuju koncept *komparativne pravne kulture.* Pored uobičajenih pravnih skupina kao što su civilno pravo i *common law* uključuju se i afrička, dalekoazijska, hinduska i pravne kulture tri monoteističke religije – judaizma, kršćanstva i islama – koje mogu činiti skupinu religijskog prava. Iz ove perspektive se mogu čitati svi ostali tekstovi u knjizi. U njima se pokazuje način na koji pravo/pravna norma vrši utjecaj na društveni život u pojedinim oblastima, njegova transformativna uloga u pravnom i političkom sistemu. U radovima se analizira odnos pravnog normativnog sistema koji donosi/podržava država prema drugim normativnim sistemima, posebno religijskim i analizira stepen obaveznosti normi. Usvajajući koncept komparativne pravne kulture koja uključuje i religijske normativne sisteme, Karčić pokazuje odnos između države i religije, državnog pravnog normativnog sistema i religijskog normativnog sistema, načine kada se normativni sistemi podupiru/sukobljavaju u stepenu obaveznosti s posebnim fokusom na islamsko pravo i na muslimane. Konačno na izabranim dokumentiranim primjerima on u radovima pokazuje i percepciju koju ima stanovništvo u odnosu prema normi/pravu.

S obzirom na raznolikost tema kojima se Karčić bavi i tekstove sadržane u knjizi, u ovom prikazu je napravljen osvrt samo na određene teme u skladu s ličnim interesovanjem. Ovaj lični izbor ne umanjuje značaj ostalih tema i tekstova iz knjige *Pravno-historijske studije* autora Fikreta Karčića.

U odnosu država/religija Karčić podržava sekularnu državu koja je najprimjereniji oblik multireligijskim društvima, državu koja štiti vjerska individualna i kolektivna prava u skladu s međunarodnim standardima. Autor zastupa stav jasne institucionalne i funkcionalne odvojenosti dvije društvene organizacije, državne i religijske – Islamska vjerska zajednica kao organizirani oblik vjerskog djelovanja i predstavljanja muslimana. Obje organizacije trebaju djelovati u granicama ustavima definiranih nadležnosti/misija, ustavom države i ustavom Islamske vjerske zajednice. Okvir u kojem treba djelovati ulema Islamske vjerske zajednice određen je primatom vjerskog diskursa i misijom vjerske zajednice *u okviru paradigme vjerske zajednice i individualnih i kolektivnih vjerskih prava i sloboda.* S druge strane, sekularna država treba biti garant slobode i zaštite javnog i privatnog izražavanja individualnih i kolektivnih vjerskih sloboda.

U odnosu iskazivanja vjerskog i etno-nacionalnog u javnom i religijskom diskursu Karčić polazi od istog stava – institucionalne i funkcionalne odvojenosti državnih organa i organa Islamske zajednice. Na toj premisi Karčić izvodi kritički odnos prema popularnim tezama i korištenom vokabularu koji dolaze iz određenog kruga uleme, koja na ovaj način unosi etno-nacionalne elemente u religijski prostor. Na osnovu analize govora i hutbi članova uleme primjećuje da se umjesto uobičajene vjerske, koristi nacionalna nominacija (braćo Bošnjaci zamjenjuje braćo vjernici/muslimani, "bošnjačka ulema" zamjenjuje uobičajeni naziv "ulema Bosne i Hercegovine"). Promjena ovog diskursa, terminologija, djelovanje pojedine uleme nisu nastali po zaključcima autora na rezultatima samostalnih istraživačkih, stručnih ili naučnih radova nego, kako se čitanjem da zaključiti, etno-nacionalnog političkog izazova. U tom okviru razmatranja autor se kritički osvrnuo na teze da Bošnjaci nemaju svoju nacionalnu državu, da je Islamska zajednica temeljna institucija Bošnjaka i da Islamska zajednica treba da predvodi izgradnju etno-nacionalnog identiteta i institucija Bošnjaka. Karčić dosljedno zastupa stav odvojenosti sekularne države i religijskih zajednica i u tom smislu zaključuje da izgradnja etno-nacionalnih institucija Bošnjaka izlazi iz okvira ustavne misije Islamske vjerske zajednice koja u Bosni i Hercegovini djeluje u okvirima vjerske paradigme. Svoju kritičku analizu Karčić zaključuje time da se svi, uključujući ulemu, trebaju zadržati u oblasti za koju su specijalizirani, odnosno da ne treba upadati u zamku, da se bez dodatne edukacije i specijalizacije, olako postaje ekspert "za sva pitanja".

U odnosu dva normativna pravna sistema, državnog i islamskog (norme šerijatskog prava) Karčić zastupa stav da u sekularnoj državi šerijatske norme za muslimane i dalje važe u pogledu obaveznosti, ali s obzirom na to da im država ne pruža sankciju, one za muslimane ostaju religijska i moralna obaveza.

Iz Karčićevih tekstova mogu se čitati nastale promjene i dinamični odnosi unutar samog bosanskog islamskog kruga. Iz koncepta komparativnih pravnih kultura Karčić analizira fenomen heterodoksije u objavljenim religijama. To su vjerovanja ili prakse koje odstupaju od norme, koje imaju ideologiju, način djelovanja (propaganda, prikrivanja i nasilno djelovanje protiv religijskih i političkih institucija legitimne vlasti), grupnu samopercepciju i percepciju ostalih u pogledu njihovih vjerovanja i/ili praksi. Na osnovu komparativne analize u muslimanskim zemljama, Karčić zaključuje da heterodoksne grupe nisu osuđivane zbog *pogrešnog vjerovanja, nego stvaranja nereda na zemlji,* odnosno pobune/nasilja protiv legitimnih političkih i religijskih institucija, tako da njihov zločin nije bio vjerski nego politički i zaključuje stavom da religijsko vjerovanje ne može biti opravdanje za zločine.

Tumačenjem islamskog normativnog sistema u postratnom periodu u Bosni i Hercegovini i prateći načine tumačenja islamskog normativnog sistema u štampanim i internetskim izvorima u određenom vremenskom periodu u BiH, Karčić je pokazao diversifikaciju muslimanske religijske zajednice u Bosni i Hercegovini. Na primjeru muslimanske zajednice u Bosni i Hercegovini pokazao je kako se globalne, regionalne i lokalne historijske promjene odražavaju na promjene u samoj muslimanskoj zajednici. U odnosu na predratni period u kojem je Islamska vjerska zajednica bila jedini religijski autoritet u tumačenju islama, u postratnom periodu dolazi do pojavljivanja alternativnih religijskih grupa i tumačenja koja dolaze od drugih "religijskih autoriteta". Ove alternativne grupe i njihova tumačenja zauzimaju medijski prostor i u njemu propagandno djeluju tumačeći pravila islama i islamskih normi. U provedenom istraživanju pokazani su karakteristični obrasci tumačenja islamskog normativnog sistema i škole mišljenja na koje se tumači pozivaju u interpretaciji. Posebno je karakteristično navođenje mjesta/univerziteta na kojem su i zvanični i alternativni tumači sticali obrazovanje, škole i prakse učenja na koje se u tumačenju pozivaju, vjerski autoriteti/učenjaci koje citiraju prilikom davanja mišljenja i savjeta.

Na osnovu analize Karčić daje spektar ideoloških orijentacija među bosanskim muslimanima. Prema tom spektru na krajnjoj desnici nalazi se globalna džihadistička ideologija (*u Bosni i Hercegovini identifikovana kao "neoharidžizam"),* a desno od centra umjereni selefizam (*koji se uglavnom izražava u određenom razumijevanju islama i stilu života).* Ove orijentacije među bosanskim muslimanima autor vidi *kao posljedice globalizacije, široke upotrebe informativne i komunikacijske tehnologije grupa i institucija iz muslimanskog svijeta, traumatskog iskustva tokom rata i genocida, prisustva muslimanskih dobrovoljaca i humanitarnih radnika u Bosni i Hercegovini tokom ratnog perioda, obrazovanja bosanskih studenata u određenim bliskoi-*

stočnim zemljama kao i izlaganje bosanske muslimanske dijaspore različitim muslimanskim ideološkim orijentacijama u zapadnim zemljama. Centar i prostor lijevo od centra zauzimaju tradicionalni bosanski muslimani i modernisti. Istraživanje je pokazalo da religijski modernizam gubi utjecaj posebno na nivou normativne interpretacije. U praksi bosanski imami slijede način tumačenja islama naslijeđen iz druge polovine dvadesetog stoljeća i autor zaključuje da taj smjer mora biti vidljiv i na nivou normativne interpretacije.

Ovaj tekst je posebno intelektualno provokativan jer čitanje izaziva potrebu da se provjere religijski izvori i imena na koje se tumači, i oficijelni i alternativni, pozivaju. Potreba za dodatnim istraživanjem potaknuta je navođenjem historijskog vremena u kojem su citirani vjerski autoriteti živjeli (imajući u vidu promjene društvenih odnosa s obzirom na vrijeme/mjesto) i ideološku orijentaciju koju su zastupali/zastupaju. Ne ostavljaju ravnodušnim činjenice iz istraživanja da su "autoriteti" u tumačenju u pravilu izmješteni iz Bosne i Hercegovine, da su se misli i stavovi domaće uleme marginalizirale/marginaliziraju i zanemarivale/zanemaruju, kao da se i u ovoj oblasti potvrđuje provincijalna pozicija Bosne i Hercegovine gdje je centar uvijek na drugom mjestu, a sama Bosna i Hercegovina zadržava duboko perifernu poziciju. Karčić je opisao dinamiku odnosa između zvaničnih institucija Islamske zajednice i alternativnih grupa, njihovu međusobnu interakciju kao i povode za djelovanje u ovoj oblasti. Nakon čitanja ostaje pitanje realne sposobnosti i kapaciteta Islamske vjerske zajednice da odgovori svim novim izazovima i iskušenjima koji u vremenu globalizacije dolaze u pogledu odbrane tradicionalnog tumačenja islamskih normi u Bosni i Hercegovini.

Bavljenje temama odnosa unutar samih bosanskih muslimana nije izostavilo ni rodnu dimenziju koja je obrađena u pitanjima o Zakonu o zabrani nošenja zara i feredže (1950) i načinima provođenja ovih zakonskih odredbi. Društvene, političke i ekonomske promjene koje su se dešavale početkom dvadesetog stoljeća u Bosni i Hercegovini dovele su do rasprava unutar muslimanske zajednice o položaju muslimanki u pogledu obrazovanja, rada i zapošljavanja i njihovog učešća u javnom životu. Posebnu javnu pažnju izazivala su pravila u pogledu muslimanske odjevne prakse. Autor navodi da je u tom vremenskom periodu država u toj debati ostala neutralna. Sva ova pitanja kao i muslimanska odjevna praksa posebno su zaoštrena nakon Drugog svjetskog rata i pobjede socijalističke revolucije koja je na drastičan način promijenila društveni, politički i ekonomski sistem u Jugoslaviji, pa samim tim i u Bosni i Hercegovini. U ovom vremenskom periodu država napušta neutralnost u pogledu ovog pitanja i aktivno politički i pravno djeluje u njegovom rješavanju – napuštanju prakse nošenja zara i feredže. Političke akcije AFŽ-a (Antifašistički front žena, autor daje komentar da je

riječ o masovnoj organizaciji pod kontrolom Komunističke partije, koja se borila za emancipaciju žena) usmjerene na skidanje zara i feredže nisu dale očekivane rezultate, pa je donesen Zakon o zabrani nošenja zara i feredže. Karčić analizira političke akcije AFŽ-a koje su bile inspirirane ideologijom ravnopravnosti žena i muškaraca, ponašanje samih žena i muškaraca u pogledu drastičnih promjena na razini kulturnog šoka u odnosu na postojeću tradiciju, stavove Islamske vjerske zajednice u pogledu tumačenja normi o obaveznosti nošenja zara i feredže uključujući i novinske tekstove koji su se bavili tom temom u određenom vremenskom periodu. Ta tema je određen broj godina (1947–51) bila u fokusu medijske pažnje. Karčić je pokazao sve kontraverze koje su pratile kako samu političku akciju tako i primjenu Zakona. Nakon detaljnog istraživanja ove teme Karčić zaključuje *da je presudna odluka o zabrani nošenja tradicionalne muslimanske nošnje donijeta u zakonodavnom tijelu BiH, koje je bilo pod kontrolom Komunističke partije. Uloga IVZ bila je da legitimiše takav korak. Razlog za podršku ove vjerske zajednice državnoj mjeri zabrane nošenja zara i feredže treba tražiti ne u oportunizmu vođstva IVZ, nego u okolnosti da su ključnu ulogu u ovom vođstvu imali ljudi koji su se protiv zara i feredže, a za svestrano poboljšanje položaja muslimanke izjasnili u unutrašnjim debatama u BiH između dva svjetska rata.*

Muslimanske vjerske i tradicionalne odjevne prakse, uključujući zar i feredžu u izmijenjenom obliku, ponovo su aktuelna tema unutrašnje muslimanske debate. U skladu s navedenim činjenicama i istraživanjima u tekstovima koji se bave tendencijama u tumačenju islamskih normi, tradicije i prakse, neizostavno se nameće povezivanje oficijelnih tumačenja Islamske vjerske zajednice s djelovanjem i tumačenjem alternativnih grupa u Bosni i Hercegovini, sa suprotstavljanjem stavova vjerskim autoritetima na koje se pozivaju kada su u pitanju žene i odnosi musliman/muslimanka. Ako bi se dalje izvlačio širi zaključak iz tekstova, može se napraviti politička i ideološka paralela dva historijska vremena. Zabrana nošenja zara i feredže nakon Drugog svjetskog rata bila je izraz ideologije emancipacije, ravnopravnosti i političke podrške takvom stavu koji su, na različite načne i iz različitih motiva, podržali i državni organi i organi Islamske vjerske zajednice. Ponovno afirmiranje ove odjevne prakse u Bosni i Hercegovini nakon rata 1992–1995. izraz je alternativnog ideološkog uvjerenja i političkog stava o odnosima musliman/muslimanka.

U svojim tekstovima Karčić koristi naučnu metodologiju, precizno se referira na historijsku građu i njene izvore, na pravne izvore, na rezultate istraživanja i teorijski referentne autore u određenim tematskim oblastima. Svi tekstovi su napisani po dosljedno primijenjenoj metodologiji – unutar izabrane teme postavljeno je istraživačko pitanje koje je istovremeno i okvir

u kojem se tema raspravlja, navedeni su relevantni podaci i izvori, analizirane su navedene činjenice i samo na osnovu njih je izveden zaključak u tekstu. Na taj način se pisanje o izabranim temama zadržava u objektivnom i naučnom diskursu. Sam autor u tekstovima ne zauzima uvijek eksplicitan stav u pogledu pitanja kojim se bavi, ne polazi od vlastite teze koju u radu dokazuje, nema direktne, ili preciznije rečeno oštre polemike s drugačijim stavovima. Izabranim metodološkim pristupom on prezentira i analizira činjenice, a čitaocu ostavlja samostalno izvođenje zaključka. Na isti način kao što se iza "ohlađenog" naziva knjige krije živi, savremeni i dinamični sadržaj imajući u vidu aktuelnost tema o kojima Karčić piše, jednako se iza ovog "ohlađenog" i naučnog diskursa krije i onaj drugi, književni diskurs u kojem se ostvaruje dijalog s čitaocima i zastupnicima drugačijih stavova. U aktuelnoj unutar muslimanskoj polemici i pokrenutoj debati u pitanjima religije, njene interpretacije, škola mišljenja i na njima zasnovanih praksi, odnosa religijskog i nacionalnog, religije i države, Karčić učestvuje na indirektan način – obrađivanjem tema iz historijske, kulturološke i islamske perspektive, u naučnom diskursu, nudeći na tim osnovama i zaključke.

Dr. Edin Halapić
Vanredni profesor

SAVEZ TURKIJSKIH DRŽAVA
Evroazijski model globalne integracije

Dr. Džavanšir Fejzijev
SZGR "Jovan", 2016. str. 377.

Tokom 2016. godine objavljen je prevod monografije pod naslovom "Savez turkijskih država – Evroazijski model globalne integracije". Autor je Džavanšir Fejzijev, doktor filozofskih nauka i naučnik koji je svojim naučno-publicističkim radom uticao na povećano interesovanje za društvene i humanističke nauke u Azerbejdžanu. Član je Parlamenta Republike Azerbejdžan (Mili Medžlis).

Monografija predstavlja rezultat dugogodišnjeg istraživanja i posvećena je problemima s kojima se suočava turkijski svijet. Autor je detaljno istražio mnoštvo izvora pisanih na različitim jezicima, što se odrazilo na kvalitet monografije. Jezik i stil koji je autor koristio prilagođeni su i prihvatljivi široj čitalačkoj publici. Sadržaj je raspoređen na šest glava, zaključak i spisak korištenih izvora.

U ovoj monografiji prikazan je detaljan uvid u razvoj turkijskog svijeta i identifikuje se sedam država koje su uzele aktivnu ulogu u procesima globalne integracije (Azerbejdžan, Turska, Kazahstan, Uzbekistan, Turkmenistan, Kirgistan i Turska Republika Sjeverni Kipar). Autor suštinski analizira pokret turkizma, ističući velike ideologe turkizma kao što su Jusuf Akčura, Džamaladin Afgani, Ahmed-beg Agaoglu, Zija Gokalip i mnoge druge. Ideja o savezu turkijskih država nije se pojavila sama od sebe bez ispunjavanja određenih uslova. Naime, autor kroz vlastite analitičke sposobnosti pruža potpunu sliku evolucije turkijske civilizacije i njenog kontinuiranog razvoja i širenja. Polazeći od nastanka pa sve do današnjeg doba, kao logičan slijed proizlazi da naredna civilizacijska faza predstavlja uspostavljanje saveza turkijskih država. U tu svrhu, autor se kreće u okvirima realnih prilika, odnosno vremena, i navodi da XX vijek karakteriše pojava Evropske unije, ali će XXI ostati zapamćen kao vijek koji je omogućio nastanak saveza turkijskih država. Ovaj savez trebao bi dovesti do velikih transformacijskih procesa koji bi se odrazili na budućnost azijskih država. Potvrđujući vlastite stavove, autor se oslanja na pouzdane informacije, a prije svega na političke

lidere poput Mustafe Kemala Ataturka, Hejdera i Ilhama Alijeva, Nursultana Nazarbajeva i druge. Džavanšir Fejzijev se u ovoj monografiji osvrće i na Hantingtonovu teoriju o sukobu civilizacija i ističe vlastite kontrastavove. U suštini, autor smatra da se u slučaju turkijske civilizacije govori o procesu zbližavanja i usklađivanja. Kao primjer navodi Veliki put svile i ulogu koju je imala historija turkijske civilizacije. U svojoj analizi, autor se fokusira na postmoderni period te ukazuje na prednosti formiranja saveza turkijskih država i pozitivne promjene koje bi uslijedile. U želji da spriječi bilo kakav oblik manipulacije, autor se analitički posvetio konceptualnoj analizi saveza. U tom smislu ističe da savez počiva na uzajamnom uvažavanju turkijskih država, uz isticanje da ovaj savez ne dovodi do bilo kakvog oblika budućeg uređenja. Elementi koji se posebno ističu su nezavisnost država i zajedništvo. Ovi elementi predstavljaju ključ razvoja saveza turkijskih država. Proces ujedinjenja turkijskih država s aspekta globalnih integracija trebao bi se ostvariti uz uvažavanje normi međunarodnog prava.

Autor je posljednji dio svoje monografije rezervisao za analizu strategije saveza turkijskih država. Ovaj dio upućuje na zaključak o cjelovitosti turkijskog svijeta putem organizacija kao jednog od vidova uskog povezivanja. Od mnogobrojnih možemo spomenuti Kongres prijateljstva, bratstva i saradnje turkijskih naroda, Međunarodnu organizaciju turkijske kulture, Svjetsku skupštinu turkijskih naroda i druge. Isti značaj imaju i organizacije dijaspore, kao što je slučaj s Kongresom Azerbejdžanaca Evrope. Autor precizno definiše ključne principe saveza uz isticanje elemenata koji povezuju turkijske države. To su zajednička dugogodišnja historija, kultura, jezik i vjera. Strategija budućeg saveza turkijskih država definiše se kroz saradnju turkijskih država i koordinisanog djelovanja na međunarodnom planu. Ovdje je potrebno ukazati na to da je nauka prepoznala procese organizovanja turkijskih država prije više od dvije decenije. Objavljivanjem publikacije koju je priredila Margaret Bainbridž (Margaret Bainbridge) pod naslovom "Turkijski narodi svijeta" (The Turkic Peoples of the World) pojavljuju se tvrdnje o zbližavanju i organizovanju turkijskih država na međunarodnom nivou. Autor potvrđuje da su se u posljednje dvije decenije odvijali integracioni procesi koji su nadmašili očekivanja i prognoze. Govoreći o budućnosti euroazijskog prostora, autor ističe da ona počiva u savezu turkijskih država i utvrđuje da prve decenije XXI vijeka ukazuju na to da se centar svjetske politike premjestio s teritorije Evrope u Aziju. Naredna, odnosno nova razvojna faza ovog prostora, neće omogućiti dominaciju jedne države ili kreiranje imperijalnih blokova. Ako bismo pokušali opisati autorovu paradigmu,s onda se moramo poslužiti i tvrdnjom autora da "XXI vijek nije vijek usamljenika, to je vijek saveznika".

Na kraju mogu slobodno navesti konstataciju da ovaj rad predstavlja rodni list saveza turkijskih država. Monografija pod naslovom "Savez turkijskih država – Evroazijski model globalne integracije" autora Džavanšira Fejzijeva predstavlja neprocjenjiv izvor informacija o turkijskim državama i objedinjuje prošlost, sadašnjost i budućnost. Monografiju toplo preporučujem i široj čitalačkoj publici koja će steći nova saznanja o jednoj vrlo važnoj civilizaciji koja je ostavila trag u čitavoj historiji čovječanstva. Smatram da se ovo vrlo važno djelo, uz prevod na bosanski jezik, treba prevesti i na druge svjetske jezike. Autoru ove monografije upućujem iskrene čestitke na naučno-istraživačkom radu u očekivanju novih publicističkih uspjeha.

Mirza Hebib, MA iur.
Asistent

SUKOB I SUŽIVOT: PRAVNI SISTEMI JUGOISTOČNE EUROPE U XIX. I XX. STOLJEĆU[1]

Knjiga *Konflikt und Koexistenz. Die Rechtsordnungen Südosteuropas im 19. und 20. Jahrhundert, Band II: Serbien, Bosnien-Herzegowina, Albanien*, urednika prof. dr. Thomasa Simona s Katedre za pravnu historiju Univerziteta u Beču, predstavlja novo i vrlo značajno štivo na području europske pravne historije. Knjiga je nastala kao rezultat većeg projekta čiji je prvenstveni cilj bilo istraživanje sukoba i suživota pravnih sistema na području Jugoistočne Europe u XIX. i XX. stoljeću. U okviru projekta, 2015. godine, objavljen je prvi svezak knjige s obradom pravnih sistema Bugarske, Rumunjske i Grčke, dok je drugi svezak iz 2017. godine posvećen pravnim sistemima Zapadnog Balkana, preciznije Srbiji, Bosni i Hercegovini i Albaniji. Knjiga predstavlja tematski kompleks pravnohistorijskih radova, napisanih na njemačkom i engleskom jeziku. Namijenjena je stručnoj i naučnoj publici. Na važnost i značaj ove publikacije ukazuje nam i činjenica da je njezin izdavač Max Planck institut za europsku pravnu historiju, po mnogima i najprestižniji institut za istraživanja pravne historije u svijetu.

Prof. dr. Thomas Simon, ujedno i urednik publikacije, napisao je rad o "nacionalnom buđenju" i kolonijalnoj modernizaciji, s naglaskom na dva obrasca prijenosa prava na Balkanu u XIX. stoljeću. Njegov članak predstavlja svojevrsni rezime publikacije. U radu nastoji sintetizirati ključna obilježja pravnih sistema Srbije i Bosne i Hercegovine u razdoblju modernizacije, posebno ukazujući na različite puteve recepcije prava. Prvi dio rada, ujedno i polazišna točka u analizi pravnih sistema Zapadnog Balkana, jeste pravni pluralizam osmanske države, odnosno *millet* sistem i njegovo naslijeđe. U drugom dijelu bavi se razvojem prava u Srbiji u kontekstu nacionalnog buđenja, razvojem jurisprudencije i profesionalizacijom pravosuđa i administracije. Dio rada posvetio je kodifikaciji kako privatnog, tako i krivičnog prava u Srbiji te Baltazaru Bogišiću i njegovom doprinosu kodifikaciji. Treći dio Simonova rada, vjerojatno i najzanimljiviji našoj stručnoj publici, posve-

[1] Tekst je prikaz knjige Thomas Simon (ur.), *Konflikt und Koexistenz. Die Rechtsordnungen Südosteuropas im 19. und 20. Jahrhundert, Band II: Serbien, Bosnien-Herzegowina, Albanien*, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte - Vittorio Klostermann, Frankfurt na Majni, 2017, str. 629.

ćen je "kolonijalnoj modernizaciji" Bosne i Hercegovine u doba austrougarske vladavine.

Prof. dr. Fikret Karčić priredio je rad o opstanku osmanskog šerijatskog prava u postosmanskoj Bosni i Hercegovini. Cijeneći kako nije bilo moguće izvršiti nagli prekid s osmanskim pravnim poretkom, na području Bosne i Hercegovine održan je kontinuitet šerijatskog prava muslimanskog stanovništva te određenih osmanskih tanzimatskih propisa. Šerijatsko pravo je bilo dio pravne i političke realnosti, budući da se primjenjivalo putem državnih sudova. U nastavku rada obrađuje primjenu šerijatskog prava u Kraljevini SHS/Jugoslaviji i razdoblju do prestanka važenja šerijatskog prava kao pozitivnog prava 1946. godine. Od tada šerijatsko pravo prelazi u sferu vjere i sistem moralnih i običajnih normi muslimanskog stanovništva. Između ostalog, autor svojim radom uspješno potvrđuje tezu pojedinih pravnih historičara koji tvrde kako "pravo živi duže od države".

Mr. sc. Mehmed Bećić pisao je o privatnom pravu u Bosni i Hercegovini u razdoblju austrougarske uprave. Autor je nastojao obuhvatiti najvažnije aspekte razvoja privatnog prava u Bosni i Hercegovini u postosmanskom (austrougarskom) periodu. Pri tome je nastojao da pravni razvoj prikaže kao koegzistenciju osmanskog pravnog naslijeđa i novih recipiranih komponenti austrijskog prava. U prvom dijelu rada bavi se pitanjem reforme pravosuđa, gdje posebnu pažnju posvećuje pravničkom i obrazovnom profilu novih sudskih činovnika iz Austro-Ugarske. U njihovu djelovanju uočava važnu ulogu u procesu transformacije prava putem pravne prakse. U drugom dijelu rada autor se bavi primijenjenim pravom (pravom u akciji) pred redovnim sudovima. Na osnovu sudskih odluka, autor ukazuje na fenomen uporedne i paralelne primjene te koegzistencije (domaćih) osmanskih elemenata i novog prava stvaranog recepcijom austrijskih modela. Koegzistenciju starog i novog prava detaljno objašnjava na primjeru uporednog važenja Medželle i OGZ-a na području obligacionog prava, kao i na primjeru integriranja osmanskog Zemljišnog zakona iz 1858. u novi austrijski zemljišnoknjižni sistem u Bosni i Hercegovini. Uz navedeno, autor u radu obrađuje i fenomen primjene običajnog, šerijatskog, vjerskog prava, na osnovu kojeg dokazuje tezu o kontinuitetu osmanskog pravnog naslijeđa u Bosni i Hercegovini.

Prof. dr. Edin Radušić napisao je rad o ostacima osmanskog agrarnog zakonodavstva i prakse u Bosni i Hercegovini pod austrougarskom vladavinom te političkim i socijalnim utjecajima na prihvaćanje austrougarske vladavine kod bosanskog naroda i vjerskih zajednica. U radu je posebna pažnja usmjerena na različite poglede bosanskih muslimana i pravoslavaca u pogledu promjena u odnosima begova i kmetova. No, slaba ekonomska baza i

kompliciranа politička situacija nisu dozvoljavale Austro-Ugarskoj monarhiji poduzimanje radikalnijih mjera glede reforme agrarnog sistema. Pojašnjavajući situaciju vezanu uz agrarni sistem, autor se osvrće i na činjenicu da su bosanski muslimani, zemljoposjednici, u očima Austrijanaca smatrani najboljim saveznicima u integraciji njihove vlasti u Bosni i Hercegovini.

Prof. dr. Dragoljub Popović priredio je rad o nastanku ljudskih prava u srpskoj pravnoj misli. U radu ukazuje na to kako od kraja XVIII. stoljeća na području Srbije postoje pojedini pravni filozofi koji promišljaju o pitanjima teorije prirodnih prava. Oni su bili malobrojni i njihovi zapisi su jako oskudni, no nesporno je kako njihova razmišljanja izlaze iz konteksta čovjeka i ulaze u kontekst države. Kroz prihvaćanje fundamentalne ideje pravde kao temelja države, ljudska prava za Popovića u Srbiju dolaze s Božidarom Grujovićem i njegovim djelom *Slovo* (*eng.* Speech). Grujović je nabrojao ljudska prava slično kao u buržoaskim revolucijama te ih shvatio kao vrhunske principe organizacije države.

Prof. dr. Srđan Šarkić napisao je rad o počecima srbijanske ustavnosti. Autor razmatra prve pokušaje ustavne organizacije u Srbiji iz 1808. i 1811. godine. Unatoč mnogim manama i kritikama, autor je mišljenja, imajući u vidu mladu Srbiju koja se tada borila za svoju nezavisnost, da ovi akti zbog uspostavljanja osnovnih principa organizacije države zaslužuju da se nazivaju ustavnim aktima.

Uroš Stanković priredio je rad o historijskom razvoju krivičnog postupka u Srbiji od 1815. do 1865. godine. U prvom dijelu rada Stanković je dao historijski presjek od srednjeg vijeka, preko osmanskog razdoblja do modernog doba. Obrađujući krivični postupak u XIX. stoljeću posebnu pažnju usmjerava na istragu, presude i žalbene postupke pred sudovima više instance. Za autora najveći uspjeh u razvoju krivičnog postupka Srbije u ovom razdoblju predstavlja usvajanje jedinstvenog krivičnog zakonika iza 1860. godine.

Prof. dr. Zoran Mirković pisao je o kaznama u Srbiji od 1804. do 1860. godine. U radu se obrađuje razdoblje uspostave samostalne srpske uprave, koje je uključivalo i uspostavu sistema kontrole nad kaznama. U cilju rješavanja i potiskivanja konflikata u odnosima učinitelj–žrtva, Srbija je uvela smrtnu kaznu i različite tjelesne kazne. Brutalnost kazni u Srbiji je ublažena tek kasnijim razvojem krivičnog prava.

Prof. dr. Sima Avramović napisao je rad o Srpskom građanskom zakoniku iz 1844. godine kao bojnom polju pravnih tradicija. U pozitivnom smislu autor na prvom mjestu ističe važnost ovog zakonika u refleksiji temelja prirodnog

prava. Naglašava kako je Zakonik bio vrlo napredan za svoje vrijeme i okolnosti u kojima je donesen. U negativnom smislu, kritike na račun SGZ-a promatra kroz tri skupine – neki su ga kritizirali zbog nejednakog položaja žene i redaktorova nepoznavanja običajnog prava; neki su bili nezadovoljni nekoliko decenija iza njegova donošenja, a nakon što su pročitali Njemački i Švicarski zakonik, na temelju kojih su tražili izmjene; dok su pojedini kritike donosili samo na račun Hadžićeve ličnosti. Autor ne ulazi u raspravu o kritikama, ali naglašava da se kritike uvijek moraju donositi gledajući kroz prizmu vremena u kojem je neki propis donesen. Ukazujući na bojno polje pravnih tradicija, u radu se navodi kako u SGZ-u možemo uočiti utjecaj francuskog *Code civilea*, direktne recepcije rimskog prava, običajnog prava, crkvenog prava, ostataka šerijatskog prava itd. Sve to ukazuje, prema autoru, na to kako SGZ predstavlja inovativnu kompilaciju različitih elemenata, nesporno najviše austrijskih, ali nikako ne puku kopiju OGZ-a. Modifikacije u okviru SGZ-a bile su značajne. Korišteno je mnoštvo izvora, ali cijeneći najveći utjecaj austrijskog zakonika, SGZ predstavlja ulazak Srbije u "njemačku civilnu porodicu".

Prof. dr. Dragan Nikolić pisao je o Krivičnom zakoniku Kneževine Srbije iz 1860. godine. Za njega ovaj akt predstavlja najvažniji pravni akt Srbije, nakon usvajanja Ustava iz 1838. godine, a prije Berlinskog kongresa, na kojem Srbija dobija punu nezavisnost i međunarodno priznanje. Struktura i neka rješenja ovog zakonika preuzeta su iz Krivičnog zakonika Pruske iz 1851. godine. U određenim dijelovima rješenja su preuzimana do mjere da su preveli određene kompletne dijelove. Autor u radu pokušava pokazati na koji način i u kojem obimu su preuzete pravne norme iz međunarodnih izvora, te jesu li strana rješenja bila u korelaciji s društvenom realnošću Srbije u drugoj polovici XIX. stoljeća. Odgovarajući na pitanje gubi li se ovakvom recepcijom poveznica između međunarodnih izvora i društvenog stanja u Srbiji, dolazi do zaključka kako norme nisu bile samo prevedene, već su bile i modificirane i pojašnjene na temelju društvenog stanja Srbije u XIX. stoljeću. Takva modifikacija jasno ukazuje na okosnicu između društvenog stanja u Srbiji i recipiranih izvora.

Prof. dr. Žika Bujuklić pisao je o izgradnji nacije i pojavi srpskih pravnih studija u XIX. stoljeću. Na razvoj srbijanskog društva XIX. stoljeća najveći utjecaj imali su Beč, Pešta i Vojvodina. Prvi i neophodni korak u izgradnji nacionalnog identiteta, nezavisne države i pravnog poretka bila je reformacija i standardizacija jezika. Za autora su Vukovi rječnici iz prve polovice XIX. stoljeća od posebnog značaja. U procesu opismenjavanja i standardizacije jezika on elaborira i dva bečka projekta – Bečki književni dogovor (*eng.* The Vienna Literary Agreement) iz 1850. godine te Rječnik pravno-političkih

termina za južnoslavenske jezike Austrije (*njem.* Juridisch-politische Terminologie) iz 1853. godine. U procesu izgradnje nacije za Bujuklića poseban značaj imaju Srbi obrazovani na zapadu, osobito pravnici. S njihovim dolascima u Srbiju dolazile su i liberalne ideje zapada. Puno ideja je reflektirano i kroz recepciju rimske pravne tradicije. U daljoj izgradnji nacije autor piše o značaju Boljševičke oktobarske revolucije koja je donijela veliki broj obrazovanih ljudi iz Rusije. Njihov dolazak na Beogradski univerzitet označio je njegovo osnaženje i dao, prema autorovu mišljenju, veliki doprinos izgradnji nacije.

Prof. dr. Stephan Meder priredio je rad o običajnom i zakonskom pravu, te učenju o pravnim izvorima Baltazara Bogišića i motivima za crnogorski Zakonik iz 1888. godine. Njegov rad se sastoji od četiri dijela. U prvom dijelu izložena je kodifikacijska rasprava kao polazna točka Bogišićeva učenja. U drugom dijelu izložen je odnos običajnog i pozitivnog prava uz elaboriranje problema "consiutudines contra legem" i "iura novit curia". Treći dio rada posvećen je harmonizaciji običajnog i pozitivnog prava kroz Bogišićevo kodificiranje crnogorskog prava, dok je četvrti dio posvećen konceptu pravičnosti kao izvoru prava.

Dr. Michael Schmidt-Neke napisao je rad o razvoju albanske ustavnosti do 1928. godine u žiži između Osmanskog carstva, europskih velesila, SAD-a i država regije. On u radu prezentira političke okolnosti razdoblja nakon proglašenja albanske neovisnosti 1912. godine. U nastavku ukazuje na važnost Kongresa iz Lushnjë te formiranja Statuta koji je poslužio u uspostavi Republike Albanije (1925) i Kraljevine Albanije (1928). U okviru ustavnog sistema Republike autor uočava određene utjecaje Ustava SAD-a, dok je u periodu Kraljevine uočljiv utjecaj talijanskih pravnih rješenja.

Cjelokupan projekt i knjiga *Konflikt und Koexistenz. Die Rechtsordnungen Südosteuropas im 19. und 20. Jahrhundert, Band II: Serbien, Bosnien-Herzegowina, Albanien* od iznimnog su značaja za dalje proučavanje pravne historije zemalja zapadnog Balkana u XIX. i XX. stoljeću. Teme koje se obrađuju i danas su vrlo aktualne, a posebno imajući u vidu da se radi o vremenu modernizacije, u kojem postupno dolazi do ukidanja feudalnog sistema i velikih promjena u sudstvu i upravi. Rezultati doprinose sagledavanju puteva recepcije te kontinuiteta i diskontinuiteta prava na ovom području. Svi radovi u okviru knjige popraćeni su mnoštvom izvora i literature te će biti korisni budućim istraživačima. Na njima ostaje da razriješe još mnoga pravnohistorijska pitanja s kraja XIX. i početka XX. stoljeća koja čekaju odgovore.

IN MEMORIAM

Dr. Jasna Bakšić-Muftić
Redovna profesorica

In memoriam
PROFESOR EMERITUS DR. NEĐO MILIČEVIĆ

Pisci mogu pisati o sebi, svom životu, sjećanjima, doživljajima, razmišljanjima i sve to učiniti javnim i dostupnim svima.

Meša Selimović: "(...) zar nije bolje da ja sam o sebi, dok sam živ, napišem ono što znam, nego da drugi, kad umrem pišu o meni, ono što ne znaju, a ja u grobu da se pojedem što ne mogu da odgovorim po zasluzi."

O osobama koje djeluju u javnom prostoru pišu i govore drugi, obično u situacijama kad ih više nema i kad nemaju mogućnosti ništa korigirati, dopuniti, izostaviti ni promijeniti. U javnom sjećanju na našeg kolegu, člana kolektiva Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, Katedre za državno i međunarodno javno pravo, bit će spomenute biografske činjenice koje je sam napisao i dat osvrt na radove koji su obilježili njegovo profesionalno i akademsko djelovanje. Lična sjećanja ostaju dio narativa koji se pamti i prenosi u legendama o profesorima/icama s ovog fakulteta kao živi dio njegove sedamdesetogodišnje tradicije. U tom smislu profesori/ice ne umiru.

Profesor emeritus dr. Neđo Miličević, djelovao je u akademskom i profesionalnom pravnom prostoru u Bosni i Hercegovini, na prostorima u kojim svaka generacija, u posljednjih stotinu godina, svjedoči ratovima, dramatičnim promjenama pravnih i političkih sistema, što je u konačnici uvijek lični, profesionalni i akademski izazov. Njegova generacija nije izuzetak. Datumi rođenja i smrti, 25. 9. 1938–22. 6. 2017. svjedoče da je njegov život obilježen Drugim svjetskim ratom, nastankom i raspadom socijalističke Jugoslavije, ratom u Bosni i Hercegovini, dvjema postratnim tranzicijama, u oba slučaja drastičnim političkim i ideološkim, odnosno ustavnim i pravnim promjenama.

Rodio se u Bileći, diplomirao na Pravnom fakultetu u Sarajevu 1961. godine, magistrirao na Pravnom fakultetu u Sarajevu 1971. godine, a doktorirao na Pravnom fakultetu u Ljubljani 1978. godine. Teme magistarskog i doktorskog rada bile su: "Jednakost rada državnih organa, s posebnim osvrtom na javnost rada organa državne uprave" i "Pravni aspekti ličnog dohotka".

Akademska djelatnost vezana je za sljedeće obrazovne ustanove:

- Višu školu za socijalne radnike u Sarajevu, gdje je bio profesor na predmetu Upravni postupak sa osnovama prava (1973–1983)
- Pravni fakultet u Mostaru, gdje je predavao Radno pravo sa socijalnim osiguranjem (izbor u vanrednog profesora 1979, a izbor u redovnog profesora na ovom predmetu 1984. godine) i Metodologiju pravnog normiranja (izbor u vanrednog profesora 1980., a izbor u redovnog profesora na ovom predmetu 1985. godine)
- školske 1981/82. angažiran je kao profesor po pozivu na predmet Pravno normiranje na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

Iz ovog vremenskog perioda značajan je njegov rad u organima uprave i izvršnim organima vlasti. Bio je zaposlen u Republičkom sekretarijatu za unutrašnje poslove BiH (1961–1971), na Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (1972–1987) na poslovima savjetnika, sekretara za pravna pitanja i sekretara Suda. Bio je potpredsjednik Izvršnog vijeća Bosne i Hercegovine za oblast zakonodavstva, pravosuđa i uprave. Mandatni period 1986–1990. govori da je to ujedno bilo i vrijeme kraja Jugoslavije, odnosno Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine. U istom periodu osnovni profesionalni interes prof. dr. Neđe Miličevića bio je usmjeren na pitanja pravnog normiranja društvenih odnosa i na zaštitu ustavnosti i zakonitosti. S obzirom na to da su radovi bili osnova izbora u naučna zvanja na Pravnom fakultetu u Mostaru, Komisija koja je vršila izbor (prof. Ivanović, prof. Zečević i prof. Konjhodžić) navela je između ostalog "da je većina radova dr. Miličevića karakteristična po tom što je u prvom planu ne samo pravni aspekt obrade tretirane problematike, nego upravo njen normativni aspekt. Njegovi radovi na ovu temu su zapaženi u jugoslovenskoj pravnoj nauci i predstavljaju ga kao jednog od najuvaženijih poznavalaca pravnog sistema kod nas, posebno u oblasti stvaranja prava i nomotehnike."

U periodu od 1990. do 1997. prof. dr. Neđo Miličević bio je sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. U ovom vremenskom periodu njegov akademski interes bio je usmjeren na tadašnja aktuelna pitanja države Bosne i Hercegovine, njenog pravnog sistema, na ustavnopravno ustrojstvo Bosne i Hercegovine, na ustavni položaj građanina i naroda, na političko-teritorijalnu organizaciju Bosne i Hercegovine, na organizaciju državne vlasti, na organizaciju sudske vlasti u Bosni i Hercegovini, na pitanja lokalne i regionalne samouprave, na pravila i propise o izborima u Bosni i Hercegovini, na izgradnju pravnog sistema, na genocid izvršen u Bosni i Hercegovini, na sistem zaštite ustavnih prava i osnovnih sloboda, na ustavni tretman medija, na međunarodnopravnu zaštitu manjina i njihov pravni položaj u Bosni i Hercegovini, na pravne aspekte povratka izbjeglica, te na razvoj civilnog društva u Bosni i Hercegovini. Rezultat interesa prof. dr. Miličevića predstavljaju 43 naučna

i stručna rada, od kojih je 17 objavljeno u inostranstvu (u stručnim časopisima ili posebnim publikacijama Vijeća Evrope i Evropskog parlamenta). Posebno mjesto pripada istraživačkom radu "Zaštita ustavnih prava i osnovnih sloboda putem ustavne tužbe – praksa Ustavnog suda Republike Hrvatske i Ustavnog suda Republike Slovenije u periodu januar 1992. do juna 1996".

Na Pravnom fakultetu u Sarajevu, na naučnoj oblasti teorija prava i države (Uvod u nauku o državi i pravi i Teorija prava) izabran je 1998. godine u zvanje vanrednog, a 2005. godine u zvanje redovnog profesora. Unutar navedenog akademskog interesa koji se odnosi na organizaciono ustrojstvo Bosne i Hercegovine, doprinosi izradi publikacije Komentar Ustava Federacije Bosne i Hercegovine i Ustava Republike Srpske (sedam poglavlja – Ljudska prava i osnovne slobode, Ombudsmeni, Kantonalne vlasti, Općinske vlasti, Gradske vlasti, Usvajanje i stupanje na snagu ustava i Prelazna rješenja, prelazne i završne odredbe). Njegov doprinos ocijenjen je kao "kompetentno tretiranje pojedinih ustavnih instituta, pravnih principa o organizaciji i vršenju državne vlasti". Iz 43 teksta nastala u tom periodu treba izdvojiti enciklopedijski tekst pod nazivom "Constitutional system of Bosnia and Herzegovina" koji je uvršten u trotomno izdanje publikacije "Encyclopedia of World Constitutions" (2004). Lista navedenih akademskih interesa proširena je pitanjima slobode vjere i vjeroispovijedanja manjinskih vjerskih zajednica u Bosni i Hercegovini iz ugla diskriminatornih praksi većinskih teritorijalno organiziranih vjerskih zajednica prema manjinskim vjerskim zajednicama.

Od 2002. godine do 2008. godine bio je sudija i predsjednik Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine ostajući vezan za angažman na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu na naučnoj oblasti teorija prava i države. Svojom odlukom od 25. 3. 2009. Senat Univerziteta u Sarajevu je dr. Neđi Miličeviću, penzionisanom redovnom profesoru Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, dodijelio počasno zvanje professor emeritus. Do samog kraja ostao je u kontaktu s kolegama i studentima.

Poznat je odnos jedinka–institucija. Jedinke grade institucije, daju svojim radom ugled institucijama, ali ne treba zaboraviti da institucije daju jedinkama okvir za djelovanje unutar autoriteta naučne institucije. U tom smislu, student Pravnog fakulteta u Sarajevu, a kasnije profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, Neđo Miličević sticao je znanje na ovom fakultetu i potvrđivao svojim radom autoritet znanja. Na kraju, budućim generacijama ostaju stručni i naučni radovi kao svjedočanstvo jednog vremena historijskih lomova, pitanja i dilema, različitih stavova i pogleda, društvenog i pravnog dijaloga koji je vođen u akademskoj zajednici Bosne i Hercegovine. Profesor Neđo Miličević dao je značajan stručni i akademski doprinos u ovom dijalogu.

Dr. Enes Durmišević
Redovni profesor

In memoriam
BOSNA JE BILA NJEGOV STVARNI SVIJET
(Mustafa Imamović, Gradačac, 1941 – Sarajevo, 2017)

Na početku ove godine, u ponedjeljak u popodnevnim satima 23. januara, umro je profesor emeritus Mustafa Imamović, dugogodišnji nastavnik Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu. Bosanskohercegovačka akademska i intelektualna zajednica ostala je bez svog istaknutog člana, čije djelo je ostavilo neizbrisiv pečat na noviju historiju Bosne i Hercegovine. U četvrtak, 26. januara obavljena je komemoracija u velikoj sali Univerziteta u Sarajevu i dženaza u haremu Begove džamije, koju je klanjao reisul-ulema Islamske zajednice u Bosni i Hercegovini, Husein-ef. Kavazović. Isti dan Imamović je pokopan na Gradskom groblju Bare.

Mustafa Imamović rođen je 29. januara 1941. godine u Gradačcu. Osnovnu školu i gimnaziju završio je u rodnom gradu, a Pravni fakultet u Beogradu 1963. godine. Nakon uspješno završenog studija prava primljen je za asistenta na Katedri za istoriju države i prava na Pravnom fakultetu u Beogradu. Historiji države i prava, posebno Bosne i Hercegovine, posvetit će sav svoj život.

Nakon odbrane magistarske (1967) i doktorske disertacije (1971), izbora za docenta (1972) i odsluženja vojnog roka, Imamović se vraća svojoj Bosni 1973. godine, kada počinje svoj radni vijek i nastavničku i naučnu karijeru na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu. U zvanje vanrednog profesora izabran je 1977, redovnog 1982. godine. Profesor emeritus postao je nakon penzioniranja, 2011. godine.

Bio je Fulbrightov stipendista na Univerzitetu u Michiganu pri Centru za ruske i istočnoevropske studije (šk. 1977/1978) na kom je gostovao i nakon agresije na Bosnu i Hercegovinu (šk. 1999/2000), bio je gostujući profesor na Univerzitetu Yale u New Havenu (šk. 1983/1984), na Centralno-evropskom univerzitetu u Budimpešti (šk. 1997/1998), te na kraćim boravcima na Univerzitetu u Chicagu (1985) i Univerzitetu u Amsterdamu – Institut za međunarodne odnose (šk. 1998/1999).

Predavao je na pravnim fakultetima u Beogradu, Sarajevu, Rijeci, Banjoj Luci i Mostaru sve historijsko-pravne discipline (nacionalnu i opću pravnu historiju i rimsko pravo).

Učestvovao je na mnogobrojnim domaćim i međunarodnim naučnim skupovima. Bio je dekan Pravnog fakulteta u Sarajevu (1992–1994), prodekan za nastavu (1980), predsjednik Savjeta (1988–1989), predsjednik Upravnog odbora i upravnik Biblioteke; predsjednik Upravnog odbora Instituta za istoriju u Sarajevu, glavni i odgovorni urednik časopisa *Pregled* (i njegovog izdanja na engleskom jeziku – *Survey* 1978–1980) i *Ljudska prava* (2000–2008), član redakcije *Gledišta* (1969–1973) i *Godišnjaka Pravnog fakulteta u Sarajevu*, član Društva istoričara BiH itd.

Za svoj naučni i akademski rad dobio je Šestoaprilsku spomen-plaketu Grada Gradačca (1979), Republičku nagradu za nauku "Veselin Masleša" (1987), Šestoaprilsku nagradu Grada Sarajeva za djelo *Historija Bošnjaka* (1998), Povelju Univerziteta u Sarajevu povodom 50 godina osnivanja i rada (1999), Zlatnu značku Općine Gradačac (1999), Nagradu za nauku BKZ "Preporod" (2003), Nagradu za najbolju stručnu knjigu, za djelo *Historija države i prava BiH*, u okviru XVI Međunarodnog sajma knjiga i učila (2004), nagradu "Najbolji autor" za djelo *Knjige i zbivanja,* koju je dodijelilo Udruženje izdavača i knjižara BiH (2008) itd.

Objavio je oko 30 monografskih publikacija i udžbenika i više od 600 članaka, rasprava, studija i osvrta (vidjeti: Rožajac-Zulčić, Mirela, Teronić, Ivana. *Građa za bibliografiju Mustafe Imamovića*, Sarajevo: University press, Magistrat, 2009), što je zaista impresivno.

U čast Mustafe Imamovića, još za njegovog života, njegove kolege s Katedre za historiju prava i komparativno pravo na Pravnom fakultetu u Sarajevu, njegovi magistranti, doktorandi i prijatelji s pravnih fakulteta u bivšoj zajedničkoj državi, održali su dva simpozija. Prvi je održan u Gradačcu, u organizaciji Instituta za istoriju u Sarajevu i Biblioteke "Alija Isaković" iz Gradačca, od 23. do 25. oktobra 2009, povodom 45 godina naučnog i publicističkog rada Mustafe Imamovića. Drugi skup, povodom 50 godina Imamovićevog naučnog i publicističkog rada, održan je 28. i 29. novembra 2014. godine u Tuzli. Pokrovitelj ovog skupa bio je Zavod za zaštitu kulturnog i historijskog nasljeđa Tuzlanskog kantona. Učesnici su, uglavnom, bili isti kao i na prethodnom simpoziju i s oba simpozija objavljeni su zbornici radova koji su dostupni naučnoj javnosti.

Radovi Mustafe Imamovića prevođeni su na engleski, njemački, turski, albanski, ruski, arapski i perzijski jezik. Njegova knjiga *Historija države i prava Bosne i Hercegovine* prevedena je na engleski jezik pod naslovom *Bosnia and Herzegovina – evolution of its political and legal institution* 2006. godine. Knjiga *Historija Bošnjaka,* koja je štampana u nekoliko desetina hiljada pri-

mjeraka (legalno, ali i ilegalno, dakle, izdavači i čitaoci prepoznaju "pravu" literaturu), već odavno je trebala biti prevedena na turski jezik.

Imamović je 1967. godine magistrirao na Pravnom fakultetu u Beogradu odbranivši magistarski rad pod naslovom *Pravni položaj verskih zajednica za vreme* šestojanuarske *diktature*.

U vrijeme kada je bilo oportuno pisati o narodnooslobodilačkoj borbi, radničkom pokretu i radničkom samoupravljanju, bratstvu i jedinstvu, Titovom doprinosu razvoju Jugoslavije, "truhlom" zapadnom kapitalizmu, pokretu nesvrstanih itd., Imamović se opredjeljuje za potpuno nepopularnu temu svoje magistarske radnje. Izabravši ovakvu temu, on odbacuje stav totalitarnog mišljenja koje nameće tezu da ono jedino sve zna o historiji, njezinom toku, ciljevima, prirodnim procesima i društvenom razvitku.

Imamović shvata da historijski trenutak u kom piše ne smije biti jedini kriterij vrijednosti, estetskoga i istine, jer bi takvim poimanjem sva historija postala irelevantna. On je humanist, on zna da selektivni pristup historiji predstavlja prepreku za dijalog među ljudima, zajednicama, narodima, kulturama, civilizacijama...

Prilikom višegodišnjih druženja i razgovora s Imamovićem, koji mi je bio mentor na magistarskoj i doktorskoj disertaciji, kolega, prijatelj i blizak saradnik na Katedri i Fakultetu, on je objašnjavao da je baš tu i takvu temu odabrao za svoju magistarsku radnju jer su Bošnjaci (tada Muslimani) u to vrijeme imali jednu jedinu instituciju, Islamsku zajednicu. Čak i poslije "priznanja" Muslimani nemaju svoje nacionalne institucije sve do pada komunizma, te je stoga svojom magistarskom radnjom želio makar podsjetiti na ovu instituciju u šezdesetim godinama, upravo kada u partijskim forumima počinje rasprava o "priznanju" muslimanske nacije. Da bi IZ mogao tretirati kako-tako, morao ju je obrađivati u "paketu" s drugim vjerskim zajednicama, pravoslavnom i katoličkom, te jevrejskom zajednicom. Tako je često u razgovoru, dijalogu i "kafama", potpisniku ovih redova na svaki kritičkiji osvrt na rad i organizaciju Islamske zajednice u BiH (autor ovog teksta je pod mentorstvom M. Imamovića svoj magistarski rad odbranio na Pravnom fakultetu u Sarajevu pod naslovom *Uspostava i pravni položaj Rijaseta Islamske zajednice u Bosni i Hercegovini 1882–1899*), odgovarao: "Zapamti, to je jedina 'nacionalna' institucija koju smo imali od 1945. do devedesetih. To moraš imati u vidu!" S druge strane, on smatra da je, u doba Kraljevine Jugoslavije, "vjerska komponenta nacionalnog pitanja, mada vrlo značajna, ostala u sjenci čisto političko-stranačkih sukoba i odnosa u kojima je bezobzirno arbitrirala monarhija, odnosno dinastija Karađorđevića kao ključ-

na državna institucija". Naravno da u novoj Jugoslaviji IZ nije bila samo u sjenci tadašnjeg političkog režima, nego u njegovoj potpunoj kontroli. Imamović će ovu svoju magistarsku radnju, pri kraju radnog vijeka, dijelom rekonstruirati i objaviti pod naslovom *Vjerske zajednice u Bosni i Hercegovini i Jugoslaviji između dva svjetska rata*, 2008. godine. Imamović je i jedan od učesnika "drugog bošnjačko-muslimanskog nacionalno-kulturnog preporoda" (Š. Filandra), zajedno sa značajnim bošnjačkim intelektualcima sedamdesetih godina prošlog stoljeća.

Daleko bi nas odvelo nabrajanje objavljenih knjiga i monografija rahmetli profesora Imamovića. Potrebno je pobrojati makar one najznačajnije.

Doktorska disertacija pod naslovom *Pravni položaj i unutrašnjo-politički razvitak BiH 1878-1914.* objavljena je 1976. godine u poznatoj sarajevskoj izdavačkoj kući "Svjetlost" i do sada je imala tri izdanja. Ona predstavlja "cjelovit pogled na period austro-ugarske okupacije Bosne i Hercegovine do dramatičnih događaja obilježenih sarajevskim atentatom, a zatim prvim svjetskim ratom" napisao je Muhamed Hadžijahić, predstavljajući knjigu u "Borbi" 9. aprila 1977. godine, dok je poznati profesor Robert Donia sa Mičigenskog univerziteta za treće izdanje napisao da je Imamović "stvorio lako čitljivo djelo o političkom stranačkom organiziranju i pravnom razvitku, koje je na jedan takav autoritativan način bilo oslobođeno svih ideoloških pretpostavki. Njegova historija nije ništa manje čitljiva i aktuelna nego što je bila i onda kad se prvi put pojavila."

Doba agresije i rata protiv Bosne i Hercegovine iznjedrit će najbolja ostvarenja Mustafe Imamovića. Doživjevši pokušaj uništenja Bošnjaka, on želi odgovoriti i odbraniti se istinom o Bosni i Bošnjacima, te piše svoje najpoznatije djelo *Historija Bošnjaka*. Doba patnje značilo je doba sticanja iskustva, jer sticanje iskustva znači patiti. Imamović pišući svoju *Historiju Bošnjaka* ne gubi nadu u tako bezizlaznoj situaciji, jer njegova "nada je dolazila od onih koji nisu imali nikakve nade", od onih koji su, zajedno s njim podnosili "evropsku genocidnu strast" (M. Imamović) u opkoljenom gradu.

Šta je želio postići ovom knjigom, autor objašnjava, između ostalog, u Uvodu: "Za ovu sam se knjigu pripremao još od rane mladosti, vođen znatiželjom, ali i onim Kantovim kategoričnim imperativom da čovjek mora djelovati tako da načela njegove volje mogu u svako doba postati općim zakonom. Želio sam se jednostavno orijentirati u svijetu, a uslov za to je bio da saznam ko sam, odakle sam, gdje sam i kuda idem". Imamović prošlost ne negira, on je integrira.

Veoma mnogo prikaza napisano je o ovoj Imamovićevoj knjizi. Tako Miljenko Jergović o njoj piše: "Imamovićeva knjiga čita se kao lijepo ispričana priča u čiju faktičnost i autentičnost čitatelj može, ali i ne mora vjerovati. Takva

je, uostalom, svaka sintetska povijest nekoga naroda, pogotovu ako je piše čovjek nesumnjivog literarnog dara, a u pisanju ga ne vodi načelo mržnje."

Historija Bošnjaka Mustafe Imamovića je, u to nema nikakve sumnje, iznimno vrijedna knjiga, ali njezina vrijednost više se tiče onoga čega u njoj nema, a što je s obzirom na krvavu bosansku logiku bilo očekivano.

"U ovoj knjizi nema nacionalne mržnje, programa za istrebljenje, niti pokušaja da se ijednom bosanskom narodu i ijednom bosanskom svijetu oduzme pravo na budućnost ove zemlje. " (*Tjednik*, 13. februar 1998. I(51), 65. i *Oslobođenje* 15. mart 1998, 6.).

Prije *Historije Bošnjaka*, Imamović je 1996. godine objavio *Bošnjaci u emigraciji – monografija Bosanskih pogleda 1955.–1967.* koja predstavlja prvu studiju o bošnjačkoj emigraciji.

U periodu rata i nakon toga Imamović izdaje nekoliko udžbenika o historiji države i prava Bosne i Hercegovine za studente Pravnog fakulteta u Sarajevu i na taj način postaje jedan od ključnih utemeljitelja historije države i prava Bosne i Hercegovine kao naučne discipline, davši joj legitimitet svojim velikim naučnim opusom. Ovaj nastavni predmet doživjet će punu afirmaciju s gorespomenutim četvrtim izdanjem *Historije države i prava Bosne i Hercegovine* koje je prevedeno i na engleski jezik.

Daleko bi nas odvelo, pored već gorespomenutih, nabrajanje svih objavljenih knjiga, monografija i udžbenika Mustafe Imamovića, ali ćemo spomenuti još neke, čiji naslovi upućuju zainteresiranog čitaoca na tematiku kojom se bave. To su: *Bilješke o razvitku i metodu historijsko-pravne nauke* (2008), *Knjige i zbivanja* (2008), *Zemaljski* štatut *u ustavnoj historiji Bosne i Hercegovine* (2010), *Knjiga pamćenja* (2013) i dr. Imamović je i u koautorstvu s Atifom Purivatrom i Rusmirom Mahmutćehajićem izdao *Muslimani i bošnjaštvo* (1991), Atifom Purivatrom i Kemalom Hreljom *Ekonomski genocid nad Bosanskim Muslimanima* (1993), te s grupom autora *Bosna i Hercegovina od najstarijih vremena do kraja Drugog svjetskog rata* (1994). U srži njegovog naučnog opusa Bosna zauzima centralno mjesto.

Njegov interes i javni angažman potvrđuju i nekoliko stotina članaka objavljenih u publikacijama, časopisima i novinama. Dovoljno je samo navesti neke od naslova koji zorno pokazuju njegov interes i angažman za sva društvena zbivanja koja se tiču svakog građanina, a intelektualca posebno. Imamović ne ostaje gluh na sve te pojave jer odbija biti "čovjek jedne dimenzije", jer je znao da u tom slučaju postajemo i "društvo jedne dimenzije". On svojim intelektualnim angažmanom, svojim stavom ne pristaje na pasivnost i

odbija da humanizam zamijeni scijentizmom, koji često postaje svrha samom sebi, postajući "znanje od kog koristi nema". Za njega je to značilo karijerizam, egoizam, ili još gore, neodgovornost koju prakticiraju neki intelektualci zamjenjujući vrlo vješto teze: svoju socijalnu ravnodušnost nazivaju intelektualnom slobodom. A istina je na drugoj strani: niti su oni intelektualci niti oni žive intelektualnu slobodu. Ovakav stav o vrijednosno neutralnoj nauci najbolje pokazuje savremeni svijet, svijet ratova, terora, gladi, ekoloških problema, migracija, rasizma, fašizma, siromaštva i netolerancije, uprkos tehničkom napretku čovječanstva. Gubljenjem određenih vrijednosti i ljudski život postaje bezvrijedan. Savremeni čovjek je postao "etički nepismen", bez ikakve moralne odgovornosti i onda je sasvim realno da se "aušvici" i "srebrenice" u budućnosti multipliciraju. Intelektualci su odavno postali najamni radnici. "Svijet slavi svoju vlastitu ludost kao svoju racionalnost" (H. Markuse).

Naslovi članaka govore sami za sebe, posebno kada se ima u vidu kontekst, vrijeme njihovog objavljivanja: *Istoriju i književnost Muslimana uvrstiti u nastavni program* (1968), *O uvođenju naziva Musliman* (1969), *Nacionalni i politički razvitak Muslimana* (1969), *Veče muslimanske poezije* (1972), *Glose uz prvu antologiju muslimanske književnosti* (1973), *Postanak i razvitak moderne muslimanske književnosti* (1974), *Islamski koncept države* (1974), *Panislamizam i "panislamizam"* (1982), *Nacionalno pitanje u Jugoslaviji*, (1988), *Islam i jugoslavenska kriza* (1988), *Naziv Musliman* (1990), *Muslimani spram bošnjaštva* (1990), *Posebnost statusa Bosne i Hercegovine* (1991), *Svi srpsko-muslimanski odnosi* (1991), *Velikosrpska ideja i njeni projekti* (1991), *Projekat sile i svršenog čina: Stevan Moljević – 1941. i 1991.* (1991), *Korijeni i vanjski uticaji:* šta *je i kako postalo "Načertanije"* (1991), *Pregled istorije genocida nad Muslimanima u jugoslavenskim zemljama* (1991), *Muslimani u klještima nacionalnih programa* (1991), *Zaboravljeni Zmaj od Bosne* (1991), *Različito razumijevanje islama* (1991), *Stodeset godina Rijaseta* (1991), *Povratiti pamćenje Muslimana* (1992), *Državnost i granice Bosne i Hercegovine* (1992), *Nastavak rata do konačne podjele* (1992), *Smrt fašizmu – Sloboda narodu* (1992), *Rebarbarizacija Evrope* (1993), *Izgubili smo arebicu, sačuvajmo ćirilicu* (1994), *Jugoslavenstvo je uvijek bilo velikosrpstvo* (1994), *Okovana Bosna* (1995), *Sloboda misli poslije Daytona* (1996), *Pojam i državnopravna definicija Sandžaka* (1996), *Agresija na Bosnu i Hercegovinu i njene neposredne posljedice* (1997), *Hajduci i četnici* (2000), *Bošnjaci* (2000), *Srbi i rat protiv Bosne i Hercegovine* (2001), *Izgradnja Bosne i Hercegovine kao moderne države* (2001), *Država plaća svoje rušenje* (2002), *Izgradnja historije države i prava Bosne i Hercegovine kao nacionalne naučne discipline do kraja tridesetih godina XX stoljeća* (2002), *Holokaust ili bosanska kataklizma* (2002), *Bošnjački etnos: identitet i ime* (2003), *Identitet Bošnjaka u XX stoljeću* (2003), *Politički*

identitet Bosne i Hercegovine i njene granice (2003), *Rat je teška škola* (2005), *Stare i nove prijetnje genocidom* (2005), *Komercijalizacija visokog školstva* (2005), *Antifašizam i Bosna i Hercegovina kao država* (2005) itd.

Koliko je Imamović intelektualno pošten, ali i hrabar, neka ilustrira samo tekst *Istoriju i književnost Muslimana uvrstiti u nastavni program* koji je objavio 1968. godine, prije nego je zvanično "priznata" nacionalna odrednica Musliman. On piše kako bi "bilo neophodno proširiti program u školama kako bi nastavom bila obuhvaćena istorija Muslimana i njihove književnosti" (*Oslobođenje*, 30. maj 1968.). U to doba on je zaposlen kao viši asistent na Pravnom fakultetu u Beogradu. I tako dosljedno do kraja života. Od odbija kriterij naučne objektivnosti podrediti kriteriju političke lojalnosti. Zar svima nama užasna agresija na Bosnu i Hercegovinu i genocid nad Bošnjacima ne pokazuju i dokazuju poznatu krilaticu o ponavljanju historije onima koji je ne nauče? Historija je kao utvara, ona se stalno vraća; ako je otjeramo, opet će doći; ako joj ne priznamo pravo koje ima (istina, "onako kako se desilo"), ona će se vratiti i tražiti i ono na što nema pravo.

Tokom agresije i opsade Sarajeva (1992–1995), Imamović, uprkos svemu, odbija napraviti ustupak zlu. On ne pristaje da se, možda nekad u budućnosti, pita kako je mogao šutjeti u tom teškom vremenu? I zato nije šutio. Pisao je, jer je znao da za Bosnu i njen narod postoji budućnost samo ako u nju vjeruje. A on je vjerovao. Bilo je to vrijeme kada smo stjecali svijest o slobodi, a ako se krajnji smisao historije ne vidi u ostvarivanju vrhovnih vrijednosti života – slobode, istine, pravde, dobrote, ljubavi, svetosti života itd. – onda ni historija niti život nemaju smisla.

O Imamovićevoj intelektualnoj dosljednosti najbolje govore njegove dvije knjige, *Knjige i zbivanja* i *Knjiga pamćenja* koje sačinjavaju Imamovićevi tekstovi, objavljeni od šezdesetih pa sve do godina izdanja, 2008. i 2013. godine u izvornom obliku, bez bilo kakvih lektorskih ili uredničkih intervencija. Bio je to njegov zahtjev. Iako je između prvog i posljednjeg teksta proteklo skoro pedeset godina, uz velike društvene promjene, Imamović nema problema sa svojom bibliografijom jer ona ne iziskuje nikakvo retuširanje, koje bi rado izvršili mnogobrojni autori labilne moralne strukture na prostoru bivše Jugoslavije. On u svojim tekstovima ne nosi nikakav "ideološki prtljag", kojeg bi se rado odrekao u svom zrelom dobu. Njegove knjige žive i živjet će i poslije njegove smrti, za razliku od nekih autora koji se stide svojih "ranih radova" i kojih bi se rado odrekli, jer takve knjige "umru" i prije njihovih autora, očeva mrtvorođenih knjiga. To su knjige koje niko ne čita.

Nastavničko-pedagoški Imamovićev rad trajao je preko četrdeset godina. Kroz sve to vrijeme pokazivao je "nepokolebljivu vedrinu" u komunikaciji sa

studentima. Njegov moto je bio: "Male ocjene na ispitima daju oni koji su i sami dobijali male ocjene". To je bila najveća osuda profesora-terminatora, oholih i iskompleksiranih, onih koji nikada nisu razlučili šta bi to bilo suštinsko i minimalno za pozitivnu ocjenu, jer je bolje ne biti sasvim u pravu, nego biti previše. Na taj način želio je legitimirati i motivirati studenta da se emotivno poistovjeti s vlastitom poviješću. Vjerovao je da se obrazovanjem može uticati na dušu naroda i na taj način, donekle predvidjeti njegovu budućnost. Za njega nije bilo važno samo pamćenje (historijskih činjenica i događaja) nego i kritičko mišljenje. Dakle, historiju uvažavati, a ne obožavati! Sami smo svjedoci kuda vodi obožavanje historije.

Hirurškom preciznošću znao je odmah prepoznati studente koje je nazivao politikantima. Bili su to studenti, najčešće aktivisti, podmladak političkih stranaka svih spektara. Ličili su jedni na druge ko jaje jajetu. Vjerovatno kopirani stariji članovi njihovih partija. Uglavnom su bili drski, bezobrazni, bez dostojanstva, ulizice, licemjerni... U takvim prilikama uvijek mi je na um padala čuvena izreka najvećeg sina (brata?!) svih jugoslavenskih naroda: "Narod koji ima ovakvu omladinu ne treba da brine za budućnost!" A kada je ta ista omladina sazrela i zauzela političke položaje i funkcije, razorila je i uništila zemlju, počinila stravične zločine, pa čak i genocid!

Studenti trebaju svoju nacionalnu historiju posmatrati kao svoju historiju, da budu ponosni na njena ostvarenja, ali istovremeno da se stide njenih nepravdi. Zar danas u Bosni i Hercegovini ne stojimo pred ovim problemima na putu ka budućnosti, pomirenju, ispravljanju povijesnih nepravdi itd. Čovjek se ne rađa kao dovršeno biće (biološki svakako), stoga proces obrazovanja i odgoja koji vodi ka svestrano razvijenoj ličnosti ima smisla, on je kritika čovjeka kao (samo) biološkog bića.

Imamović je bio angažirani, a ne regrutirani intelektualac, rekao je to na komemoraciji šef Katedre za historiju prava i komparativno pravo na Pravnom fakultetu u Sarajevu. Jer on nije pisao za klasu, partiju ili grupu. On je pisao za ljude koji su sposobni da se bore da misle i da djeluju. "Ako filozofi nisu uvijek historičari, poželjno je da svi historičari budu filozofi" (E. Gibon). Imamović je bio historičar-filozof.

I na kraju, istine radi i historije radi, treba reći da je Akademija nauka i umjetnosti (ANU) BiH odbila primiti Mustafu Imamovića za svoga člana 2001. godine. Zar je um i moral protjeran i iz ove institucije? Nauke i umjetnosti?! Taština, zavist, zloba... šta li je? Očito je, Imamović je bio iznad toga. Njegova literatura to potvrđuje.

OSTALO

UPUTE ZA AUTORE

Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu je naučno-stručni časopis koji izlazi jednom godišnje. Izdavač časopisa je Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu. U Godišnjaku se objavljuju radovi iz područja pravnih, historijskih, ekonomskih i ostalih društvenih nauka.

Autori zadržavaju autorska prava za članke objavljene u Godišnjaku, ali daju časopisu pravo prvog objavljivanja. Radove prihvaćene za objavljivanje ili već objavljene u Godišnjaku Pravnog fakulteta autor smije objaviti u drugim publikacijama, ali nakon odobrenja Redakcijskog odbora ili glavnog urednika Godišnjaka. U tom slučaju, uz objavljeni članak mora stajati napomena da je rad već objavljen u Godišnjaku.

Radovi se dostavljaju sekretaru Redakcijskog odbora u elektronskoj formi (e-mailom, na CD-u ili USB stiku). Uz naslov radova treba stajati ime, titula, institucija i adresa elektronske pošte.

Radovi podliježu dvostrukoj anonimnoj recenziji (double-blind peer review) i u odnosu na to razvrstavaju se u sljedeće kategorije:

1. Izvorni naučni rad
2. Pregledni naučni rad
3. Prethodno naučno saopštenje
4. Stručni rad

Pored kategoriziranih radova, u Godišnjaku se također objavljuju prikazi i osvrti, koji ne podliježu recenziji.

Dužina radova za Godišnjak treba biti između 15 i 30 kartica (1 kartica = broj karaktera bez razmaka podijeljen s 1800), osim u slučajevima kada Redakcijski odbor ili glavni urednik donesu odluku da se prihvata tekst dužine mimo zadatih kriterija. Svaki rad treba imati sažetak do 300 riječi s pet do deset ključnih riječi. Sažetak i ključne riječi prevode se na engleski jezik, a prevodioca određuje Redakcijski odbor ili glavni urednik. Svi radovi podliježu lekturi i klasifikaciji radova prema Univerzalnoj decimalnoj klasifikaciji (UDK). Poslani radovi se ne vraćaju.

Glavni tekst i fusnote pišu se stilom Times New Roman. Veličina fonta za glavni tekst je 12, dok je za fusnote 10. Preporučuje se izbjegavanje isticanja teksta (boldiranje, kurziv), osim u slučajevima latinskih izraza i skraćenica (npr. *de lege lata*, *op. cit.*, *et al.* i sl.). Naročito se treba izbjegavati naglašava-

nje kombinacijom navodnika i kurziva (italika) (npr. "*de lege lata*"). Koriste se navodnici "...". Označavanje fusnota slijedi pravilo da broj za fusnotu koji se odnosi na cijelu rečenicu ili sintagmu ide iza znaka interpunkcije (npr. "...dolaze iz Bosne i Hercegovine".[1]) dok se broj stavlja prije interpunkcijskog znaka ili u samom tekstu ukoliko se u fusnoti pojašnjava isključivo taj pojam. Tekst treba biti poravnat – justified (uključujući bibliografiju), a prored je jednoredni (single).

Bibliografski podaci o izvorima koji se citiraju uvijek su na jeziku originala i ne smiju se prevoditi.

Stil prema kojem se citiraju izvori u Godišnjaku Pravnog fakulteta u Sarajevu jeste APA stil citiranja. APA stil je format za citiranje razvijen od strane Američkog udruženja psihologa (APA). Ovaj stil se najčešće koristi u društvenim naukama. Podrazumijeva navođenje referenci **u tekstu**, dok se u fusnotama navode ostale napomene i podaci, ukoliko ih ima. Dakle, u tekstu se navode samo osnovni podaci (Prezime, godina, stranica ukoliko se citira ili navodi tačno određen dio teksta), dok se ostali podaci navode u bibliografiji.

Primjeri

Rad jednog autora

Kada u rečenici spominjemo autora i navodimo njegove riječi, onda poslije imena autora navodimo godinu izdanja citiranog rada u zagradi, a na kraju rečenice potrebno je staviti broj strane na kojoj se nalazi rečenica u tekstu iz kojeg navodimo.

Tako, prema riječima Degana (1970), "regionalne organizacije mogu jedino biti sredstvo za izvršenje prinudnih akcija Vijeća sigurnosti, nikako njihov inicijator, a još manje pokretač" (str. 31).

Kada se autor ne spominje u rečenici, onda njegovo prezime, godinu izdanja rada i broj strane u radu stavljamo u zagrade i na kraj rečenice. Ako je citat nastao parafraziranjem ili rezimiranjem onda podatak o broju strane nije neophodan.

Međutim, da bi se ti ciljevi ostvarili, mehanizam očuvanja mira predviđa nekoliko preduvjeta u međunarodnim odnosima (Degan, 1970).

Ako citat koji navodimo u tekstu sadrži više od 40 riječi ne koristimo navodnike, već citat pišemo u posebnom bloku.

Petrić (2009) tvrdi:

Zanimljivo je da je ovaj projekt nastavljen i nakon odbacivanja Ustava za Europu u Francuskoj i Nizozemskoj, odnosno na samitu u Bruxellesu, iako je politički i ideološki sasvim sigurno tijesno povezan s procesom namjeravanih ustavnih promjena u EU koje su se manifestirale nastojanjem usvajanja Ustava. Naime, ideološka i politička pozadina oba projekta jest jačanje integrativnih procesa u EU, a odbacivanje Ustava i svođenje političkih ambicija na mnogo skromnije okvire novog Reformskog ugovora stvorilo je kod većine aktera i promatrača uvjerenje da će i ostali integrativni procesi biti, ako ne zaustavljeni, onda svakako ozbiljno reducirani. No, projekt je nastavljen, iako su se promjene u političkom okruženju svakako manifestirale na njegov obujam, preferencije i predlagane načine ostvarenja temeljnih ciljeva (str. 474).

Rad dvaju autora

Između prezimena autora se ubacuje znak & ukoliko se autori navode u zagradi.

Kamarić i Festić (2009) tvrde da "norme koje reguliraju položaj službenika..." (str. 159).

U upravno pravo svrstavaju se "norme koje reguliraju položaj..." (Kamarić & Festić, 2009, str. 159).

Rad triju do pet autora

Prilikom prvog navođenja takvog izvora navesti sve autore.

(Rokai, Đere, Pal, & Kasaš, 2002)

Kod kasnijih navođenja ovog izvora navesti samo prvog autora i dodati et al.

(Rokai et al., 1982)

Radovi udruženja, korporacija ili drugih organizacija

Ako je autor rada neka organizacija ili korporacija, onda njen naziv treba staviti u zagrade kao autora tog djela. Ako organizacija ima poznat skraćen naziv, tada ćemo taj skraćeni naziv napisati u uglastim zagradama, nakon punog naziva, u prvom navođenju; svako sljedeće navođenje obilježavat ćemo ovim skraćenim nazivom.

prvo navođenje:

(Akademija nauka i umjetnosti BiH [ANUBiH], 2000)

kasnija navođenja:

(ANUBiH, 2000)

Nepaginirani izvori (bez označenog broja stranica)

Kada citiramo izvor koji ne prikazuje broj strana (kao što su elektronski izvori) koristite broj paragrafa ili naslov odjeljka i broj paragrafa u tom odjeljku:

(Bogić, 2006, para. 5)

(Wild, 2005, Conclusion section, para. 1)

Autori s istim prezimenom

Kod autora s istim prezimenom treba koristiti inicijale imena kako bi bilo jasno o kome je riječ.

Istraživanje koje je proveo J. Đorđević (1978) dovelo je do...

Više referenci istog autora

Ako imamo dvije ili više referenci istog autora iz iste godine, poslije podatka o godini dodajemo slovne oznake “a”, “b”, itd.

(Jacobs, 2005a)

(Jacobs, 2005b)

Dva ili više radova u jednom citatu

Kada navodimo dva ili više radova, onda u zagradi navodimo autore originalnih radova po redu objavljivanja i razdvajamo ih tačkom-zarezom:

Interesantno je da drugi autori, opet, relativizmu suprotstavljaju realizam, naročito jedan njegov vid posebno popularan u epistemiologiji - konvergentni realizam (Sinđelić, 1988; Kirk, 1999).

Veći broj radova istog autora objavljenih u različitim godinama

Tako Hodžić (2002, 2005) navodi...

Iznesen je zaključak (Hodžić, 2002, 2005).

Dva autora različitih radova citirana u istoj rečenici

Šabić (1997) i Hodžić (2000) su...

Sekundarni izvori

Ukoliko se poziva na rad čiji original iz nekog razloga nije bilo moguće pročitati, nego je u radu drugog autora nađena njegova referenca, takav rad je sekundarni izvor.

...ima za cilj da sve međusobne odnose tih zemalja isključi iz nadležnosti svjetske organizacije, čak ako tako dođe i do akata agresije (Shurshalov, 1969, citirano prema Degan, 1970)

Nepoznat autor

U slučajevima kada nije poznat autor nekog rada, koristi se skraćenica Anon. (od Anonymus).

U istoriji prava... (Anon., 1904)

Web-izvori u tekstu

Ukoliko se citira literatura dostupna na internetu, navodi se autor ili naziv organizacije i godina objavljivanja, ukoliko je to poznato. Ako autor nije poznat, u tekstu se navodi Anon. i godina kada je web-stranica postavljena ili ažurirana. Važno je voditi računa da se ne navede datum pristupa web-stranici, već datum objave teksta.

Prema istraživanju o maloljetnim počiniocima krivičnih djela (Agencija za statistiku Bosne i Hercegovine, 2015)...

Istraživanja o počiniocima krivičnih djela (Anon., 2014)...

Bibliografija

APA stil nalaže da naslovi budu poredani tako da prva linija svakog unosa stoji do lijeve margine, a ostale linije da budu uvučene.

Reference trebaju biti poredane po abecednom redoslijedu. Kod naslova na stranim jezicima koji počinju s određenim ili neodređenim članovima (“a”, “the”, “Die”, ...), član se zanemaruje. Isto tako, ako neki naslov počinje brojem, taj broj pišemo slovima.

Navođenje referenci u bibliografiji

Knjige

Knjiga jednog autora

Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). *Naslov djela: podnaslov*. Mjesto izdanja: naziv izdavača.

Tomić, Z. (2007). *Krivično pravo I: krivično djelo*. Sarajevo: Pravni fakultet.

Knjiga s više izdanja (ne navodi se ako ima samo jedno izdanje)

Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). *Naslov djela: podnaslov* (br. izdanja). Mjesto izdanja: naziv izdavača.

Sijerčić-Čolić, H. (2008). *Krivično procesno pravo. Knj. 1, Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje* (2. dopunjeno i izmijenjeno izd.). Sarajevo: Pravni fakultet.

Knjiga više autora

Kada imamo više autora navodimo ih sve, s tim što prije posljednjeg prezimena dodajemo ampersend (&). Ako imamo više od sedam autora, navodimo prvih šest, zatim pišemo tri tačke, i na kraju posljednjeg autora.

Prezime autora, inicijal(i) imena, & prezime, inicijal(i) (godina izdanja). *Naslov djela: podnaslov*. Mjesto izdanja: naziv izdavača.

dva autora:

Đorđević, S., & Mitić, M. (2000). *Diplomatsko i konzularno pravo*. Beograd: Službeni list SRJ.

četiri autora:

Rokai, P., Đere, Z., Pal, T., & Kasaš, A. (2002). *Istorija Mađara*. Beograd: Clio.

Knjiga, prijevod djela

Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). *Naslov djela*. (Inicijal(i) imena prezime, prev.). Mjesto izdanja: naziv izdavača.

Spic, E. H. (2011). *Umetnost i psiha: studija o psihoanalizi i estetici*. (A. Nikšić, prev.). Beograd: Clio.

Knjiga s urednikom ili priređivačem, zbornik radova

Ako je knjiga zbornik radova s nekog naučnog skupa ili na neku odgovarajuću temu, kao autora navodimo priređivača tog djela i uz njegovo prezime i inicijal imena u zagradi dodajemo "ured." ako je urednik, ili "prir." ako je priređivač, ili pak "Ed." kao editor ako je knjiga pisana na stranom jeziku.

Prezime autora, inicijal(i) imena (ured.) (godina izdanja). *Naslov djela*. Mjesto izdanja: naziv izdavača.

Prezime autora, inicijal(i) imena (Ed.) (godina izdanja). *Naslov djela*. (Inicijal(i) imena prezime, prev.). Mjesto izdanja: naziv izdavača.

Đurković, M. (ured.) (2007). *Srbija 2000-2006: država, društvo, privreda*. Beograd: Institut za evropske studije.

Doktorske disertacije

Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). *Naslov djela* (doktorska disertacija). Naziv institucije.

Izmirlija, M. (2014). *Transformacija funkcija moderne države* (doktorska disertacija). Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.

Članci i prilozi

Članak u zborniku

Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). Naslov odjeljka ili članka. U: Inicijal(i) imena Prezime, (priredio), *Naslov djela* (str. broj strana). Mjesto izdanja: naziv izdavača.

Radović, Z. (2007). Donošenje ustava. U: M. Đurković (ured.). *Srbija 2000-2006: država, društvo, privreda* (str. 27–38). Beograd: Institut za evropske studije.

Članak iz naučnog časopisa

Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). Naslov članka. *Naslov časopisa*, godište (broj), opseg strana.

Gradaščević-Sijerčić, J. (2012). Pravci razvoja radnog zakonodavstva u BiH. *Pravni savjetnik*, I (1), 65–73.

Članak iz magazina

Članak iz magazina ima isti format kao kad opisujemo članak iz naučnog časopisa, osim što dodajemo podatak o mjesecu (ako izlazi mjesečno), i podatak o danu (ako izlazi sedmično).

Bubnjević, S. (2009, decembar). Skriveni keltski tragovi. *National Geographic Srbija*, 38, 110–117.

Članak iz novina

Za prikaz ovih izvora treba dodati podatak o godini, mjesecu i danu za dnevne i sedmične novine. Također, koristiti "str." (ili "p." ako su novine na stranom jeziku) kod broja strana.

Mišić, M. (1. feb. 2012). Ju-Es stil smanjio gubitke. *Politika*, str. 11.

A ako se ne spominje autor članka:

Straževica gotova za dva meseca. (1. feb. 2012). *Politika*, str. 10.

Članak iz enciklopedije

Kinni, T. B. (2004). Disney, Walt (1901-1966): Founder of the Walt Disney Company. U *Encyclopedia of Leadership* (God. 1, str. 345-349). Thousand Oaks, CA: Sage Publications.

Online izvori

Članak iz *online* naučnog časopisa

Stankov, S. (2006). Phylogenetic inference from homologous sequence data: minimum topological assumption, strict mutational compatibility consensus tree as the ultimate solution. *Biology Direct*, 1. Preuzeto sa http://www.biology-direct.com/content/1/1/5

Web-stranice

Podatak o godini se odnosi na datum kreiranja, datum copyrighta, ili datum posljednje promjene.

Kraizer, S. (2005). *Safe child*. Preuzeto 29. februara 2008, sa http://www.safechild.org/

Članak iz *online* enciklopedije

Containerization. (2008). U *Encyclopædia Britannica*. Preuzeto 29. februara 2008, sa http://search.eb.com

Zakoni

Naziv zakona, naslov publikacije u kojoj je zakon objavljen, broj, godina.

Zakon o javnim nabavkama. Službeni glasnik BiH, 39/14.

Izjava o etičnosti i savjesnosti Godišnjaka Pravnog fakulteta u Sarajevu

Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu je akademski naučni časopis koji se pridržava najviših standarda etike uredničkog rada, načela Etičkog kodeksa Univerziteta u Sarajevu, kao i načela Kodeksa ponašanja za urednike časopisa Komisije za izdavačku etiku (The COPE Code of Conduct for Journal Editors). Iskrenost, originalnost i poštenje od strane autora, kao i pravičnost, objektivnost i povjerljivost od strane urednika i recenzenata, vrijednosti su na kojima se zasniva uređivanje i izdavanje Godišnjaka Pravnog fakulteta u Sarajevu.

Kako bismo čitalačkoj publici ponudili kvalitetan sadržaj, navodimo sljedeća načela etike uredničkog rada kojih se moraju pridržavati autori, recenzenti i izdavač Godišnjaka.

Ukoliko se otkrije da rad predat za objavljivanje ne odgovara ovim načelima, neće biti objavljen u Godišnjaku.

Radovi podliježu dvostrukoj anonimnoj recenziji (double-blind peer review). Kroz proces recenziranja i uređivanja, prati se mogućnost plagiranja i falsificiranja sadržaja. U slučaju plagiranja, Redakcijski odbor izvještava autora o tome, te poduzima druge mjere.

Autori radova moraju jamčiti za izvornost objavljenih radova. Od autora se očekuje da riječi drugih autora, saradnika ili izvora adekvatno obilježe referencama. Autori koji predaju radove za Godišnjak moraju garantirati da su radovi njihovo originalno autorsko djelo, te da ni dijelovi, niti cijeli rad, nisu plagirani bez navođenja korištenih izvora. Bilo koji dio rada koji predstavlja citat ili parafrazu tuđih riječi ili djela, mora biti obilježen referencom odakle je preuzet. Autori bi trebali skrenuti pažnju na potencijalne finansijske ili druge sukobe interesa koji bi mogli utjecati na rezultate ili interpretaciju njihovih radova. Ukoliko autor otkrije grešku u radu, dužan je o tome obavijestiti Redakcijski odbor Godišnjaka, te pružiti podršku kako bi se greška odstranila ili rad povukao. Autori su također dužni radove ispraviti u skladu s preporukama recenzenata, kako bi se osigurala kvaliteta radova. Svi radovi se predaju u elektronskoj formi.

Izdavač osigurava dvostruku anonimnu recenziju radova predatih za objavljivanje u Godišnjaku. Nastojat će spriječiti bilo kakav potencijalni sukob interesa između autora i izdavača. Izdavač također garantira da će podatke vezane za predate radove držati u tajnosti do objavljivanja, a ukoliko rad ne

ispuni kriterije za objavljivanje, podaci ostaju trajno tajni. Izdavač zadržava pravo da provjerava da li su radovi originalni bilo kojim sredstvima (programima za otkrivanje plagijata i sl.).

Izdavač nastoji zadovoljiti potrebe autora i čitatelja, te stalno radi na poboljšanju kvalitete publikacije. Procesom recenziranja od strane renomiranih recenzenata osigurava kvalitetu radova koji se objavljuju u Godišnjaku. Izdavač osigurava autorima slobodu izražavanja. Izdavač je uvijek spreman naknadno objaviti ispravke, pojašnjenja ili izvinjenja, ukoliko je to potrebno.

Urednik poduzima opravdane mjere ukoliko su mu prezentirane etičke pritužbe na rad predat za objavljivanje ili već objavljeni rad, u suradnji s Redakcijskim odborom. Te mjere će uključivati kontaktiranje autora uz jasno objašnjenje zaprimljenih pritužbi, ali mogu također uključivati i komunikaciju s nadležnim institucijama i istražnim tijelima. Ukoliko se pritužba pokaže istinitom, izdavač povlači rad bez objavljivanja, ili u narednom broju štampa ispravku, izražavanje zabrinutosti ili neku drugu relevantnu napomenu. Svako prijavljeno neetičko ponašanje u odnosu na objavljene radove uredništvo je dužno provjeriti, bez obzira na to kada je rad objavljen.

Recenzenti radove ocjenjuju anonimno na osnovu sadržaja bez obzira na etničko porijeklo, spol, seksualnu orijentaciju, državljanstvo, religijska uvjerenja ili političku filozofiju autora. Dužni su da sve informacije o predatim rukopisima drže u tajnosti te da obavijeste glavnog urednika ukoliko primijete da autori krše autorska prava ili je njihov rad plagijat. Radove ocjenjuju objektivno i svoju ocjenu jasno obrazlažu u obrascu za recenziju. Ukoliko recenzent primijeti da nije kvalificiran ocijeniti rad ili da nije u mogućnosti ocijeniti ga, dužan je o tome obavijestiti glavnog urednika.

ISSN 0581-7471