UDC 34 ISSN 0581-7471

Godišnjak

PRAVNOG FAKULTETA U SARAJEVU

LXI

2018.

Sarajevo, 2018.

Godišnjak

PRAVNOG FAKULTETA U SARAJEVU

LXI

2018.

UDC 34 ISSN 0581-7471

GODIŠNJAK PRAVNOG FAKULTETA UNIVERZITETA U SARAJEVU
LXI – 2018.

YEARBOOK OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF SARAJEVO
LXI – 2018.

Izdavač
Univerzitet u Sarajevu – Pravni fakultet

Redakcijski odbor
Prof. dr. Jasna Bakšić-Muftić, prof. dr. Abedin Bikić, prof. dr. Enes Durmišević, prof. dr. Fikret Karčić, doc. dr. Iza Razija Mešević, prof. dr. Borislav Petrović, doc. dr. Edina Sudžuka

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. Abedin Bikić

Sekretar redakcije
Doc. dr. Edina Sudžuka

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
ODREDBE ZAKONA O STVARNIM PRAVIMA FEDERACIJE BiH O PRIRAŠTAJU ZEMLJIŠTA U SVJETLU RIMSKOG PRAVA 9

Dr. Enes Durmišević
O NEKIM USTANOVAMA FEUDALNOG OBIČAJNOG PRAVA U BOSNI 25

Dr. Borislav Petrović
Mr. Nermin Mrkaljević
POMILOVANJE U POZITIVNOM PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE DE LEGE LATA I DE LEGE FERENDA AKTUELNA RJEŠENJA I PERSPEKTIVE 45

Dr. Sabina Subašić-Galijatović
Dr. Midhat Izmirlija
PRIMJENA KONVENCIJE O SPREČAVANJU I KAŽNJAVANJU ZLOČINA GENOCIDA 73

Dr. Edina Sudžuka
POREZ NA OSOBNI DOHODAK S OSVRTOM NA CILJEVE I EFEKTE OPOREZIVANJA DOHOTKA OD NESAMOSTALNE DJELATNOSTI U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE 97

Dr. Enver Ajanović
UTICAJ EKONOMSKE POLITIKE NA REFORMU JAVNE UPRAVE U BiH 131

Dr. Damir Banović
FILOZOFIJA PRAVA JÜRGENA HABERMASA: KOMUNIKATIVNA TEORIJA PRAVA U OKVIRU DRUŠTVENE TEORIJE KOMUNIKATIVNOG DJELOVANJA 167

Dr. Džamna Duman
DRŽAVA KAO "NACIONALNI RODITELJ":
ZABRANA TJELESNOG KAŽNJAVANJA DJECE 187

Dr. Edin Halapić
KODŽALI (XOCALI) – NEDOKAZANI GENOCID 207

Dr. Kanita Imamović-Čizmić
INSTITUT RABATA U PRAVU KONKURENCIJE 235

Nasir Muftić
PRAVILO APSOLUTNOG PRIORITETA U POSTUPCIMA
REORGANIZACIJE STEČAJNOG DUŽNIKA – PRAVILO
ILI IZUZETAK? 259

Dr. Vildana Pleh
ULOGA SUDA U POSTUPKU IZVRŠENJA KAZNE
ZATVORA U HRVATSKOJ, FRANCUSKOJ
I BOSNI I HERCEGOVINI 279

Amila Svraka-Imamović, MA iur.
KONCEPT BRAKA U ISLAMSKOM, JEVREJSKOM,
ENGLESKOM I VELŠKOM PRAVU 315

Lejla Ramić
KONTROLA I NADZOR NAD TRŽIŠTEM VRIJEDNOSNIH
PAPIRA U BOSNI I HERCEGOVINI 345

Prikazi

Dr. Edin Halapić
SJEĆANJE NA KODŽALI – DJECA KOJA NISU ODRASLA
(UBIJENO DJETINJSTVO)
(Elšad Ejvazli, Sarajevo, 2018, str. 104) 371

Ostalo

UPUTE ZA AUTORE 377

IZJAVA O ETIČNOSTI I SAVJESNOSTI GODIŠNJAKA
PRAVNOG FAKULTETA U SARAJEVU 387

TABLE OF CONTENTS

Articles

Dr. Samir Aličić
PROVISIONS OF THE LAW ON PROPERTY RIGHTS OF THE FEDERATION OF BiH ON ACCESSION OF LAND IN THE LIGHT OF ROMAN LAW 9

Dr. Enes Durmišević
ON SOME POSTULATES OF FEUDAL CUSTOMARY LAW IN BOSNIA 25

Dr. Borislav Petrović
Mr. Nermin Mrkaljević
PARDON IN POSITIVE LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA – CURRENT SOLUTIONS AND PERSPECTIVES 45

Dr. Sabina Subašić-Galijatović
Dr. Midhat Izmirlija
APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE 73

Dr. Edina Sudžuka
PERSONAL INCOME TAX WITH REVIEW ON THE GOALS AND EFFECTS OF TAXATION OF INCOME FROM NON-AUTONOMOUS ACTIVITY IN THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA 97

Dr. Enver Ajanović
THE IMPACT OF ECONOMIC POLICY ON PUBLIC ADMINISTRATION REFORM IN BiH 131

Dr. Damir Banović
PHILOSOPHY OF LAW OF JÜRGEN HABERMAS: COMMUNICATIVE THEORY OF LAW IN THE FRAMEWORK OF SOCIAL THEORY OF COMMUNICATIVE ACTION 167

Dr. Džamna Duman
THE STATE AS THE "NATIONAL PARENT": BAN ON CORPORAL PUNISHMENT OF CHILDREN 187

Dr. Edin Halapić
XOCALI (KHOJALI) – THE UNPROVED GENOCIDE 207

Dr. Kanita Imamović-Čizmić
THE INSTRUMENT OF REBATE IN COMPETITION LAW 235

Nasir Muftić
THE RULE OF ABSOLUTE PRIORITY IN THE PROCEDURES OF REORGANISATION OF THE BAKRUPTCY DEBTOR – A RULE OR AN EXCEPTION? 259

Dr. Vildana Pleh
THE ROLE OF THE COURT IN THE PROCEDURE OF EXECUTION OF IMPRISONMENT SANCTIONS IN CROATIA, FRANCE, AND BOSNIA AND HERZEGOVINA 279

Amila Svraka-Imamović, MA iur.
THE CONCEPT OF MARRIAGE IN ISLAMIC, JEWISH, ENGLISH, AND WELSH LAW 315

Lejla Ramić
CONTROL AND SUPERVISION OVER THE MARKET OF SECURITIES IN BOSNIA AND HERZEGOVINA 345

Reviews

Dr. Edin Halapić
THE MEMORY OF KHOJALI – CHILDREN WHO NEVER GREW UP (MURDERED CHILDHOOD)
(Elšad Ejvazli, Sarajevo, 2018, str. 104) 371

Other

AUTHOR GUIDELINES 377

PUBLICATION ETHICS AND MALPRACTICE STATEMENT 387

ČLANCI

Dr. Samir Aličić
Vanredni profesor
Univerzitet u Istočnom Sarajevu
Pravni fakultet
samiralicic1@gmail.com

UDK 347.232.5(37)
347.232.5(497.6)
Izvorni naučni rad

ODREDBE ZAKONA O STVARNIM PRAVIMA FEDERACIJE BiH O PRIRAŠTAJU ZEMLJIŠTA U SVJETLU RIMSKOG PRAVA

Sažetak

Predmet rada su pravila o sticanju vlasništva priraštajem (accessio) zemljišta sistematizirana u članu 65 Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH. Autor ih podvrgava ontološkom tumačenju, u izvornom kontekstu koji su ova pravila imala u rimskom pravu u kojem su nastala, sa ciljem da ponudi moguća rješenja za različite situacije koje mogu nastati u sudskoj praksi, a koje slovom Zakona nisu izričito regulirane.

Autor predlaže, pored ostalog, sljedeće: da se pod pojmom riječne obale podrazumijeva najviša linija vodostaja rijeke u koritu; da se ne dopusti pravo priraštaja na riječnom sprudu koji se samo povremeno pojavljuje iznad linije vode; da se stanje u pogledu vlasništva na novonastalom riječnom otoku koje je jednom sudski utvrđeno ne mijenja usljed eventualne kasnije promjene toka rijeke ili veličine otoka; da se na novonastalom riječnom otoku ne dopusti postojanje suvlasništva; da se otok ima smatrati pripatkom ripuarskog zemljišta samo kada se otuđuje cijelo zemljište ili dio neposredno do obale; da se za predmet priraštaja treba smatrati samo otok koji je nastao taloženjem tla; te da bi odredbe o priraštaju na vodotokovima trebalo restriktivno tumačiti.

Ključne riječi: *rimsko pravo, stvarno pravo, tumačenje zakona, originarno sticanje vlasništva, priraštaj zemljišta, riječni otok, riječni nanos, talog zemlje*

1. Uvod

Pravila o sticanju vlasništva priraštajem (*accessio*) zemljišta sistematizirana su u članu 65 Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH (u daljem tekstu ZSP). U pitanju su originarni načini sticanja u nauci poznati uglavnom

pod nazivima nastanak riječnog otoka (*insula in flumine nata*), odron zemlje (*avulsio*) i taloženje zemlje (*alluvium*).

Namjera nam je da ih analiziramo u svjetlu rimskog prava. Cilj istraživanja nije da se dokazuje rimsko porijeklo ustanova sadržanih u članu 65 ZSP-a, budući da je ono notorno poznato.[1] Nećemo se baviti ni historijatom njihove recepcije, odnosno sudbinom navedenih instituta u srednjevjekovnom i modernom pravu, tj. utvrđivanjem puta kojim su navedene norme dospjele u savremeno pravo. Cilj ovog članka je da pruži teleološko tumačenje odredaba ZSP-a o priraštaju zemljišta u svjetlu rimskog prava. Želimo da ukažemo na izvorno značenje koje su ta pravila, danas izvađena iz izvornog konteksta, imala u pravnom sistemu u kome su nastala, odnosno u rimskom pravu. Namjera nam je da ponudimo rješenja nekih eventualnih nedoumica koje se mogu javiti u pogledu tumačenja zakonskih normi, analizirajući ih u njihovom izvornom kontekstu, kontekstu rimskih pravnih tekstova iz kojih su preuzeta u srednjovjekovna i savremena prava. Također, želimo da ukažemo na određena pravna pravila rimskog prava koja, iako nisu preuzeta u ZSP, mogu biti koristan putokaz za rješavanje određenih situacija koje bi u praksi mogle nastati, a koje, kako ćemo vidjeti, zakon ne regulira izričito.

U prvom dijelu rada analizirat ćemo tačke 1–3 člana 65 ZSP-a o novonastalom riječnom otoku (adi), a u drugom dijelu tačke 4 i 5 o vodenoj bujici i talogu zemlje. Stav 6, u kojem se konstatira da sudska odluka u pogledu ustanovljenja prava vlasništva na prirasloj nekretnini ima konstitutivan karakter, unijeta vjerovatno radi sprečavanja samovlasnog pribavljanja prava, neće biti predmet analize ovog rada.

2. Novonastali riječni otok

U tačkama 1–3 člana 65 ZSP-a se kaže:

1. Nastane li otok u sredini vodotoka koji nije opće dobro, tada otok pravno prirasta zemljištima koja leže duž tog otoka na obje obale po dužini zemljišta, u širinu do polovice vodotoka, ako posebnim zakonom nije drugačije određeno.

2. Ako je otok koji nije opće dobro nastao na jednoj polovici vodotoka, u cjelini prirasta zemljištu na bližoj obali.

[1] Problemima priraštaja zemljišta na rijekama posvećena je brojna i relevantna romanistička literatura (vidjeti npr. Maddalena, 1970; Sargenti, 1957, 1964, 1965; Mazzacane, 1972; Fitch Ware, 1905; Barra, 1998; Cervenca, 1972, da spomenemo samo neke od najvažnijih naslova posvećenih *ex professo* temi priraštaja zemljišta na rijekama).

3. Odredbe ovog člana ne primjenjuju se ako otok nastane presušivanjem vode, diobom vode na više rukavaca ili ako zemljišta budu poplavljena.

U Justinijanovim Institucijama odgovarajući član glasi ovako:

I.2.1.22 *Otok koji je nastao u moru, što se rijetko dešava, pripada onome ko ga zauzme; naime smatra se da je ničiji. A stvoren u rijeci, što se češće dešava, ako zauzima baš središnji dio rijeke, pripada zajedno onima, koji sa obje strane rijeke posjeduju zemljišta na samoj obali, u srazmjeri sa rasprostiranjem svakog imanja, koje se rasprostiranje računa duž obale. A ako je bliže jednoj obali, pripada samo onima, koji posjeduju zemljišta na toj obali. A ako se na nekom mjestu rijeka podijeli, pa nizvodno sjedinjena okruži nečije zemljište u vidu otoka, zemljište ostaje onoga, čije je i bilo.*[2]

Ovaj tekst iz Justinijanovih Institucija, koji je izvršio snažan uticaj na kasniji razvoj prava, u Institucije je doslovno preuzet iz Gajevog djela *Res cottidianae*, za šta je dokaz jedan skoro identičan fragment sačuvan u Digestama.[3] Izgleda da je oko pravila o novonastalom riječnom otoku postojao konsenzus među klasičnim pravnicima, budući da, kako ćemo kasnije vidjeti, Paul i Pomponije (koji se pak poziva na Celza Mlađeg) uglavnom ponavljaju isto, uz poneko preciziranje (D.41.1.29; D.41.1.30).[4]

2.1 Šta znači termin *opće dobro* u ZSP-u? Kada uporedimo odredbe ZSP-a sa rimskom regulativom, zaključujemo da se značajnije odstupanje opaža samo u pogledu toga što je primjena instituta priraštaja u ZSP-u ograničena na vodotokove koji nisu *opće dobro*. Izgleda da nije dovoljno jasno šta

---

[2] I.2.1.22 *insula quae in mari nata est, quod raro accidit, occupantis fit: nullius enim esse creditur. at in flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis teneat, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque fundi, quae latitudo prope ripam sit. quodsi alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident. quodsi aliqua parte divisum flumen, deinde infra unitum agrum alicuius in formam insulae redegerit, eiusdem permanet is ager, cuius et fuerat.*

[3] D.41.1.7.3 Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum *Insula quae in mari nascitur (quod raro accidit) occupantis fit: nullius enim esse creditur. in flumine nata (quod frequenter accidit), si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit: quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident.* Od autora koji su se bavili analizom ovog teksta vidjeti posebno Arnaud (1968, str. 190).

[4] Neki romanisti međutim smatraju, polazeći od razlika između Gajevog teksta u Institucijama i tekstova drugih klasičnih pravnika, da je Gajev tekst u *Res Cottidianae* plod postklasične elaboracije, tako Maddalena (1970, str. 13–14).

se ovim htjelo reći, jer jezičkim tumačenje člana 3 stav 1 Zakona o vodama moglo bi se zaključiti da su sve vode u BiH opće dobro, te da se prema tome odredbe o priraštaju zemljišta zapravo uopće ne mogu primjenjivati.

S druge strane, dok ZSP govori uopćeno o *vodotoku*, rimski tekst govori o *rijeci* (*flumen*), koju Rimljani određuju kao vodotok veći od potoka kako objektivno, po protoku vode, tako i po procjeni okolnog stanovništva koje ga uobičajeno smatra rijekom (D.43.12.1.1).[5] Javna rijeka (*flumen publicus*), tj. rijeka u javnom vlasništvu, jeste ona koja stalno teče, koja dakle nije bujični vodotok (D.43.12.1).[6] Mjesto kojim povremeno protiče bujica ne razlikuje se uopće od ostatka zemljišta u privatnom vlasništvu (D.43.12.1.4). Budući da je voda javno dobro i da ona rijekom stalno protiče, rijeka koja teče neprekidno ne može biti u privatnom vlasništvu, dok vododerina koja se ponekad ispuni vodom može. No ipak, termin *opće dobro* u ZSP-u ne bi trebalo tumačiti u značenju *javno dobro*. Naime, pitanje novonastalog riječnog ostrva može se postaviti jedino na vodotoku u javnom vlasništvu[7], pa tim prije nema smisla isključivati ovu situaciju. Na vodotoku koji je već u privatnom vlasništvu, i na kome je razgraničeno vlasništvo privatnih lica, pojava otoka po prirodi stvari ne može promijeniti vlasničku situaciju. Kako stvari stoje, tumačenje ograničenja primjene instituta priraštaja zemljišta na vodotokove koji nisu opće dobro treba prepustiti sudskoj praksi.

2.2 Šta se smatra obalom? Novonastali otok će dakle pripasti vlasnicima priobalnih parcela na bližoj obali. No šta ako je u zavisnosti od vodostaja otok bliži čas jednoj čas drugoj obali? Kada sudski vještaci treba da izađu na teren da izmjere razdaljinu? Odgovor na ovo pitanje zavisi od jednog drugog: šta je uopće *obala*? ZSP ne definira ovaj pojam, kao ni Zakon o vodama, no definiciju nalazimo ponovo u rimskom pravu:

D.43.12.1.5 Ulpijan, iz šezdeset osme knjige o ediktu: *Ispravno se međutim definira da je obala ono, što sadrži rijeku dok se strogo drži svog prirodnog toka; a ako zbog padavina ili plime ili nekog drugog razloga privremeno pora-*

---

5 Rimski pravnici, dakle, ne definiraju pojam rijeke nego ga određuju negativno, razlikujući rijeku od drugih vodotokova. Definiranjem pojma rijeke bavili su se međutim nepravnici, poput filologa i retora. (Vidjeti npr. Heide, 1932, str. 135–146; od izvora vidjeti posebno Varro, *De lingua latina,* 5.27.)

6 Rijeke su u rimskom pravu uglavnom bile u javnom vlasništvu (Robbe, 1979, str. 659 i dalje; Maddalena, 1970, str. 75–76; od izvora vidjeti posebno D.1.8.4.1).

7 Naravno, podrazumijeva se da privatno vlasništvo na zemlji koja se nalazi uz obale javnih rijeka može postojati, kako po rimskom tako i po savremenom pravu, samo što vlasnici priobalnih parcela moraju da trpe određena ograničenja prava vlasništva u javnom interesu (D.1.8.5). Nema razloga da se isti princip ne primjenjuje na riječne otoke.

ste, obale se ne mijenjaju; niko naime ne kaže da Nil, koji kad poraste potopi (cio) Egipat, mijenja ili proširuje svoje obale. Jer kad se vrati na svoj stalni nivo, obale njegovog korita treba opravljati.[8]

Dakle, obala je tamo, gdje je linija najvišeg vodostaja dok rijeka teče u koritu. To što se rijeka povremeno izlije iz korita ne utiče na određivanje obale rijeke, čak ni ako se dešava redovno i sezonski. *A contrario*, možemo zaključiti da, i ako je vodostaj privremeno opao, obalom treba opet smatrati najveću zabilježenu gornju granicu redovnog vodostaja (bez izlijevanja rijeke).

2.3. Da li je neophodno da otok bude stalno iznad nivoa vode da bi bio predmet prava priraštaja? Odnosno, može li postojati pravo vlasništva na sprudu koji se samo povremeno pojavljuje? Ni rimsko ni savremeno pravo ne nude direktan odgovor na ovo pitanje, no tumačenjem se može zaključiti da bi on trebao biti odričan. Sve područje od površine vodenog ogledala rijeke do linije najvišeg vodostaja javno je vlasništvo kao i sama rijeka, i ako se ovo načelo primjenjuje na priobalnu zonu koja može da bude povremeno suha pri niskom vodostaju, nema razloga da se ne primjenjuje na sprudove:

D.43.12.3pr. Paul, iz šesnaeste knjige o Sabinu: *Javne rijeke koje teku su javne baš kao i njihove obale. 1. Smatra se da je obala ono, što sadrži rijeku kad je najviša. 2. Nijesu sva mjesta uz riječne obale javna, jer obale se protežu, od tamo gdje od ravnog (zemljište) počinje da se naginje pa sve do vode.*[9]

Dakle, ako rijeka ponekad plavi cio otok dok je u koritu, onda on ne može biti u privatnom vlasništvu. No, neće ništa smetati ako se rijeka izlije iz korita pa poplavi i otok; u tom slučaju ne bi trebalo smatrati da je on dio riječnog korita.

2.4 Ako je otok u vrijeme nastanka bio bliži jednoj obali, pa kasnije usljed trajne promjene toka bude bliži drugoj obali, kome pripada otok? Ili se čak, recimo, dogodi da sa druge strane rijeka sasvim presahne? Ovo

[8] D.43.12.1.5 Ulpianus libro sexagensimo octavo ad edictum: *Ripa autem ita recte definietur id, quod flumen continet naturalem rigorem cursus sui tenens: ceterum si quando vel imbribus vel mari vel qua alia ratione ad tempus excrevit, ripas non mutat: nemo denique dixit Nilum, qui incremento suo Aegyptum operit, ripas suas mutare vel ampliare. nam cum ad perpetuam sui mensuram redierit, ripae alvei eius muniendae sunt.* Za detaljniju analizu ovog teksta vidjeti Salerno (1981, str. 240) i Rodger (1987, str. 24).

[9] D.43.12.3pr. Paulus libro sexto decimo ad Sabinum: *Flumina publica quae fluunt ripaeque eorum publicae sunt. 1 Ripa ea putatur esse, quae plenissimum flumen continet. 2 Secundum ripas fluminum loca non omnia publica sunt, cum ripae cedant, ex quo primum a plano vergere incipit usque ad aquam.*

tim prije, ako se to desi prije nego što je vlasništvo sudski utvrđeno. Da li otok pripada vlasniku zemljišta na onoj strani na kojoj je bilo u vrijeme nastanka, ili onome čijem je zemljištu bliže u vrijeme utvrđivanja vlasništva? Ovo pitanje postavljalo se u rimskoj pravnoj praksi, a nema razloga da ne očekujemo da se može postaviti i danas:

D.41.1.56.1 Prokul, iz osme knjige pisama: *Zatim pitam, ako je nastao otok blizu moje obale i poslije toga cijela rijeka počne da teče između mene i ostrva napustivši svoje korito, kojim je tekao glavni tok, zar ne sumnjaš, da i otok ostaje moj a ništa manje i ono zemljište, koje je rijeka napustila, postaje moje? Molim te, napiši mi šta misliš.*

Prokul je odgovorio: Ako je otok na početku bio bliže tvojoj obali, pa rijeka napusti glavno korito, koje je bilo između onog otoka i onog susjednog zemljišta, koje je bilo preko rijeke, otok ostaje tvoj, ništa manje. Ali korito, koje je bilo između onog otoka i susjednog zemljišta, treba da se podijeli popola, tako da se smatra da je dio blizu otoka tvoj, a dio blizu susjedovog zemljišta njegov. Smatram, da ako je riječno korito presahlo sa druge strane otoka, da je on prestao da bude otok, ali zovem ga otok da bi se stvar lakše razumjela.[10]

Činjenično stanje je sljedeće: Nastao je otok koji je bliži jednoj obali rijeke. On po ranije navedenim pravilima pripada vlasniku zemljišta koje se nalazi na bližoj obali. Nakon toga rijeka je napustila glavno korito i u cijelosti počela teći ranijim sporednim rukavcem, tj. između zemljišta čijem je vlasniku pripalo i otoka (koji je zapravo na taj način i prestao biti otok ali se u tekstu tako naziva radi lakšeg razumijevanja).

Pravno pitanje je, da li nekadašnji otok ostaje u vlasništvu ranijeg vlasnika, i da li će njemu pripasti i novonastalo riječno korito?

[10] D.41.1.56.1. Proculus libro octavo epistularum *Item quaero, si, cum propior ripae meae enata est insula et postea totum flumen fluere inter me et insulam coepit relicto suo alveo, quo maior amnis fluerat, numquid dubites, quin etiam insula mea maneat et nihilo minus eius soli, quod flumen reliquit, pars fiat mea? rogo, quid sentias scribas mihi. Proculus respondit: si, cum propior fundo tuo initio fuisset insula, flumen relicto alveo maiore, qui inter eam insulam fuerat et eum fundum vicini, qui trans flumen erat, fluere coepit inter eam insulam et fundum tuum, nihilo minus insula tua manet. set alveus, qui fuit inter eam insulam et fundum vicini, medius dividi debet, ita ut pars propior insulae tuae tua, pars autem propior agro vicini eius esse intellegatur. intellego, ut et cum ex altera parte insulae alveus fluminis exaruerit, desisse insulam esse, sed quo facilius res intellegeretur, agrum, qui insula fuerat, insulam appellant.* Vidjeti: Maddalena (1970, str. 26) i Barra (1998, str. 20).

Prokul je odgovorio da bivši otok ostaje u vlasništvu ranijeg vlasnika. Međutim, teren koji je nastao isušivanjem ranijeg riječnog korita podijelit će se na pola između vlasnika bivšeg otoka i vlasnika susjednog terena, na isti način kao da se radi o bilo kojem isušenom riječnom koritu. U današnjem pravu ovo po svemu sudeći ne bi bilo moguće, jer bi isušeni riječni tok postao javno dobro.

U skladu sa logikom Pomponijevog rješenja možemo zaključiti da otok tim prije ne bi promijenio vlasnika ako glavni tok ne bi sasvim presušio, nego usljed smanjenja protoka postao sporedni (a onaj koji je bio sporedni, postao glavni). Također, ako bi presušio sporedni rukavac rijeke, izvjesno je da bi isušeno zemljište po rimskom pravu pripalo licu koje je vlasnik kako otoka tako i obližnjeg zemljišta. No, u našem pravu, budući da ZSP ne predviđa sticanje vlasništva privatnih lica na isušenom riječnom koritu, izgleda da bismo u ovom posljednjem slučaju imali zanimljivu situaciju: između bivšeg otoka i glavne parcele kojoj je ono priraslo, oba u privatnom vlasništvu, protezao bi se pojas isušenog riječnog korita, u javnom vlasništvu!

Dodajmo i da se sličan princip primjenjuje ako se otok kasnije poveća tako da se protegne duž više imanja, uz koja se nije protezao u vrijeme nastanka: otok pripada isključivo vlasnicima priobalnih imanja uz koja se nalazio u vrijeme nastanka a ne i onima uz čija se imanja kasnijem proširio, i svako kasnije uvećanje otoka se posmatra kao talog zemlje (D.41.1.56pr; Barra, 1998, str. 33–34).

2.5. Da li na novonastalom riječnom otoku na sredini rijeke nastaje suvlasništvo više lica, ili se njihovi dijelovi moraju odmah razgraničiti?
Po rimskom pravu, prihvaćeno je drugo rješenje:

D.41.1.29 Paul, iz šesnaeste knjige o Sabinu: *Među onima, koji imaju imanja uz jednu obalu, otok nastao u rijeci ne postaje nepodijeljeno zajedničko, nego podijeljeno po oblastima; koliko naime je prije toga bila njihova obala, toliko, kao da je povučena linija po dužini preko ostrva, svako će od njih imati na njemu određenu oblast.*[11]

Izgleda da i jezičko tumačenje odredaba ZSP-a upućuje na ovakvo rješenje. Zakon kaže, ako je otok na sredini rijeke, pravno prirasta zemljištima koja

[11] D.41.1.29 Paulus libro sexto decimo ad Sabinum *Inter eos, qui secundum unam ripam praedia habent, insula in flumine nata non pro indiviso communis fit, sed regionibus quoque divisis: quantum enim ante cuiusque eorum ripam est, tantum, veluti linea in directum per insulam transducta, quisque eorum in ea habebit certis regionibus.* Vidjeti Maddalena (1970, str. 8 i 43).

leže duž tog otoka na obje obale po dužini zemljišta, u širinu do polovice vodotoka, ako posebnim zakonom nije drugačije određeno (§65, tačka 1). Ova drevna pravila, porijeklom kako smo vidjeli iz rimskog prava, bila su prihvaćena i razvijana od strane glosatora i postglosatora u srednjem vijeku, i korištena su kako za rješavanje međašnih sporova oko vlasništva, tako i za rješavanje sporova međunarodnog karaktera. Posebno značajan u tom smislu je doprinos postglosatora Bartola od Sasoferata (1313–1357) i njegovog dijela *Tractatus de fluminibus seu Tyberiadis* u kome je razmatrao različite probleme riječnog prava, posebno probleme novonastalih riječnih ostrva i napuštenih riječnih korita. Razvijajući ideje preuzete iz rimskog prava, on je došao i do nekih novih i originalnih rješenja. Jedna od Bartolovih inovacija bila je primjena Euklidovih geometrijskih metoda za podjelu novonastalih riječnih ostrva na Tibru među vlasnicima susjednih parcela u skladu sa pravilima rimskog prava. To je učinjeno na toliko logičan i detaljan način da bi u slučaju bilo kakve nedoumice o tome kako da se srazmjerno podijeli riječni otok među vlasnicima ripuarskih parcela bilo dovoljno savremene geometre uputiti na Bartolov traktat (Poblet, 2013, str. 1–2; Frova, 1999, str. 81–89).

2.6. Da li se otok tretira kao pripadak zemljišta, ili kao njegov sastavni dio? Ukoliko naprimjer neko kupi dio zemljišta na obali, da li automatski ima pravo i na dio otoka, ili ne? Odgovor rimskog pravnika Pomponija je, da ako se otuđuje dio parcele koji nije neposredno uz obalu, onda lice koje je pribavilo taj dio nema nikakva prava na otok:

D.41.1.30pr. Pomponije, iz trideset četvrte knjige o Sabinu: *Dakle ako nastali otok priraste mom zemljištu i ja prodam donji dio zemljišta, naspram kojeg se otok ne nalazi, ništa od otoka neće pripasti kupcu po tom osnovu, budući da mu ne pripada od početka, čak i da je, u vrijeme kad je otok nastao, bio vlasnik tog dijela.*[12]

No, *a contrario*, možemo zaključiti da bi, ako bi se otuđio dio parcele neposredno uz obalu, pribavilac imao pravo na dio otoka.

2.7. Na koji način nastaje otok koji može biti predmet priraštaja? Zakon kaže u tačci 3. člana 65: *Odredbe ovog člana ne primjenjuju se ako otok*

[12] D.41.1.30pr. *Pomponius libro trigensimo quarto ad Sabinum Ergo si insula nata adcreverit fundo meo et inferiorem partem fundi vendidero, ad cuius frontem insula non respicit, nihil ex ea insula pertinebit ad emptorem eadem ex causa, qua nec ab initio quidem eius fieret, si iam tunc, cum insula nasceretur, eiusdem partis dominus fuisset.* Za detaljniju analizu ovog teksta vidjeti Maddalena (1970, str. 13 i 101) i Veyand (1983, str. 243).

nastane presušivanjem vode, diobom vode na više rukavaca ili ako zemljišta budu poplavljena. Dakle, ZSP određuje na negativan način kakvi otoci mogu biti predmet priraštaja. Uporedimo zakonsku odredbu sa sljedećim rimskim tekstom:

D.41.1.30.2 Pomponije, iz trideset četvrte knjige o Sabinu: *Na tri načina nastaje otok u rijeci, jedan, kad njiva, koja nije pripadala koritu, bude okružena okukom, drugi, kad mjesto, koje je pripadalo koritu, presuši i (rijeka) počne teći okolo, treći, kad postepenim taloženjem načini visoko mjesto iznad korita i nanosom ga poveća. Putem dva posljednja načina nastali privatni otok pripada onome, čije se zemljište nalazi naspram njega, dok prvim ne; jer i priroda rijeka je takva, da promjenom svoga toka mijenjaju i osnov korita. I nije od značaja, da li se postavlja pitanje o promjeni korita u pravom smislu ili o onome, što je naraslo taloženjem tla i zemlje, jer u oba slučaja radi se o istoj kategoriji. U prvom slučaju pak na taj način se ne mijenja osnov vlasništva*[13].

Rimski jurisprudent Pomponije kaže da novi otok može nastati na tri načina: stvaranjem novog rukavca rijeke koji okruži dio zemljišta, smanjenjem vodostaja, ili taloženjem nanosa. U prvom slučaju zemljište i dalje pripada onome kome je pripadalo i prije, a u druga dva slučaja, između kojih rimsko pravo ne pravi razliku (Barra, 1998, str. 19–20), primjenjuju se pravila o priraštaju. No budući da se pod otokom nastalim presušivanjem vode koji se spominje u ZSP-u, u kojem slučaju nema mjesta priraštaju, vjerojatno misli na drugu situaciju koju spominje Pomponije, znači da samo otok nastao na prvi navedeni način, tj. taloženjem zemljišta, može biti podoban za sticanje putem priraštaja.

3. Taloženje i odron zemlje

Instituti taloženja i odrona zemlje regulirani su u članu 65 ZSP-a na sljedeći način:

[13] D.41.1.30.2 Pomponius libro trigensimo quarto ad Sabinum *Tribus modis insula in flumine fit, uno, cum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit, altero, cum locum, qui alvei esset, siccum relinquit et circumfluere coepit, tertio, cum paulatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit et eum alluendo auxit. duobus posterioribus modis privata insula fit eius, cuius ager propior fuerit, cum primum extitit: nam et natura fluminis haec est, ut cursu suo mutato alvei causam mutet. nec quicquam intersit, utrum de alvei dumtaxat solo mutato an de eo, quod superfusum solo et terrae sit, quaeratur, utrumque enim eiusdem generis est. primo autem illo modo causa proprietatis non mutatur.* Vidjeti: Maddalena (1970, str. 26).

4. *Otrgne li vodotok komad zemljišta i pripoji ga drugom zemljištu, vlasnik otrgnutog komada zemljišta ima pravo u roku od godine dana vratiti taj komad zemljišta. Ako nakon isteka roka od godine dana otrgnuti komad zemljišta nije vraćen, isti postaje sastavni dio zemljišta kome je pripojen.*

5. Zemlja koju vodotok taloži na neko zemljište priraštaj je toga zemljišta.

Paragrafi posvećeni ovoj problematici u Justinijanovim Institucijama glase ovako:

I.2.1.20 *Pored toga ono što je nanosom dodato tvojoj njivi, stičeš po osnovu prava naroda. "Nanos" pak znači postepeno taloženje. Putem nanosa se dakle podrazumijeva da je dodato ono, što je dodato tako postepeno, da se ne može uočiti, koliko je u kojem trenutku dodato.* 21 *A ako je riječnom silom otrgnut dio tvog imanja i nanijet na susjedno imanje, jasno je da on ostaje tvoj. Naravno ako duže vrijeme leži na susjednom zemljištu i stabla, koja je donio sa sobom, puste korijenje u to zemljište, od tog trenutka se smatra da su prirasla susjednom zemljištu.*[14]

I ovaj u nauci dobro poznati tekst preuzet je iz Gajevog djela *Res Cottidianae* (vid. D.41.1.7.1–2). Također, i Gajeve Institucije sadrže slična rješenja (G.2.70–71). Jedina razlika u pogledu načina reguliranja ovog pitanja između ZSP-a i Justinijanovih Institucija je u tome što je rok da se odronjeno zemljište vrati na parcelu sa koje se odronilo u ZSP-u fiksno određen na godinu dana, dok Institucije predviđaju da se zemlja može povratiti sve dok u njoj postojeće rastinje ne pusti korijenje u parcelu na koju je nanijeto.

3.1. Da li se zbog riječne erozije mogu pomjerati katastarske granice zemljišta? Odron ili taloženje zemlje često samo dovode do smanjenja plodnosti jednog zemljišta i povećanja plodnosti drugog, ali nekad mogu dovesti i do smanjenja površine jednog i povećanja površine drugog zemljišta. Problem erozije i taloženje zemljišta koje dovodi do postepene promjene toka ri-

[14] I.2.1.20 *praeterea quod per alluvionem agro tuo flumen adiecit, iure gentium tibi adquiritur. est autem alluvio incrementum latens. per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim adicitur, ut intellegere non possis, quantum quoquo momento temporis adiciatur. 21 quodsi vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et vicini praedio appulerit, palam est eam tuam permanere. plane si longiore tempore fundo vicini haeserit arboresque, quas secum traxerit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitae esse.* Ovaj tekst također je preuzet u Justinijanove Institucije iz Gajevog djela *Res Cottidianae,* vid. D.41.1.7.1-2. Radi upoređenja, vidjeti G.2.70-71. Za analizu razlika između Gajevih tekstova u Digestama i u Gajevim Institucijama vidjeti Maddalena (1970, str. 14 i dalje).

jeke u toku vremenskih perioda koji su u odnosu na ljudski vijek jako dugi, naprimjer više stotina ili više hiljada godina, od rimskog do današnjeg prava rješavan je uvijek na samo jedan način: na štetu strane čija se obala na taj način smanjuje. Granica ostaje na rijeci, bez obzira na to što se time jedna parcela erozijom smanjuje, a druga taloženjem povećava, ako se to dešava postepeno.

No, budući da uvijek ide na štetu jedne strane, ovo pravilo su Rimljani tumačili usko. Kao prvo, izgleda da se *ius alluvionis* nije primjenjivalo na granice imanja koje su tačno utvrđene od strane javnih organa ("katastarske granice", kako bi se danas reklo). Sljedeći fragment izgleda da to sugerira:

D.41.1.16 Florentin, iz šeste knjige Institucija: *Smatra se da na razgraničenim zemljištima nema mjesta pravu taloženja (ius alluvionis): stoga je i božanski Pije ustanovio a i Trebacije kaže da zemljište, koje je nakon poraza neprijatelja dodijeljeno pod tim uslovom, da pripada zajednici građana, potpada pod ius alluvionis i nema (utvrđene) granice; ali zaplijenjeno zemljište (od pojedinaca) je razgraničeno, tako da se zna kome je šta dodijeljeno, i šta je kome prodato, i šta je ostalo javno.*[15]

No, šta se tačno u ovom tekstu podrazumijeva pod *razgraničenim zemljištima* je sporno. Maddalena oslanjajući se uglavnom na opsežnu analizu djela rimskih gramatičara pokušava da dokaže da se pod time podrazumijeva samo razgraničenje između privatnih i javnih zemljišta. Također, tvrdi da je termin *ius alluvionis* označavao u ovom slučaju samo pravo priraštaja novog otoka i napuštenog riječnog korita, a ne i taloženje zemlje, te da bi prema tome u većini situacija ipak bilo dopušteno da se granica pomjeri usljed riječnog taloga (Maddalena, 1970, str. 46–60). Ipak, izgleda da je veći uticaj na kasniji razvoj prava izvršilo tumačenje po kojem su Rimljani razlikovali kao specifičnu kategoriju razgraničeno zemljište (*agrum limitatum*), odnosno takvo koje je od strane geometara (*agrimensores*) precizno razmjereno, i u javnom registru razgraničeno po osnovu svojih dimenzija, a ne opisno (npr. "do rijeke"), čije granice ostaju iste uprkos pomjeranju toka. Takvo mišljenje je prihvatio i Hugo Grotius, koji kaže: *U toj stvari nije za osudu pažljivost Rimljana, koji su razlikovali razgraničena zemljišta od ostalih zemljišta...*[16]

---

[15] D.41.1.16 Florentinum libro sexto institutionum *In agris limitatis ius alluvionis locum non habere constat: idque et divus Pius constituit et Trebatius ait agrum, qui hostibus devictis ea condicione concessus sit, ut in civitatem veniret, habere alluvionem neque esse limitatum: agrum autem manu captum limitatum fuisse, ut sciretur, quid cuique datum esset, quid venisset, quid in publico relictum esset.*

[16] *Quare non contemnenda est hac in parte Romanorum diligentia, qui limitatum agrum ab aliis agris distinxerunt...* (Grotius, 1625, str. 238). Za analizu fragmenta D.41.1.16 vidjeti i Cervenca (1972, str. 113) i Roehle (1968, str. 210 i dalje).

No, bar u jednom slučaju je van spora da Rimljani nisu dopuštali pomjeranje granica između razgraničenih zemljišta usljed riječnog taloga: privatno zemljište ne može se na taj način povećati na račun javnog zemljišta od kojeg je jasno razgraničeno (D.41.1.38; Barra, 1998, str. 39–40).

3.2. Da li bi *ius alluvionis* trebalo proširiti po analogiji i na slučaj kada nastane novo zemljište taloženjem u vodi koja nije tekuća, kao što je jezero ili bara? Odgovor rimskih pravnika na ovo pitanje je odričan:

D.41.1.12pr. Kalistrat, iz druge knjige institucija: *Jezero i bara iako ponekad rastu, ponekad se povlače, ipak zadržavaju svoje granice i stoga se u pogledu njih ne dopušta pravo taloženja (ius alluvionis).*[17]

Rimski pravnik dakle sumnja da je takav fenomen uopće moguć u stajaćoj vodi iz prirodnih razloga (Maddalena, 1970, str. 62). Osim toga, treba napomenuti da je stav da se *ius alluvionis* ne proširuje putem analogije u skladu sa ranije navedenim principom da bi ovo pravo trebalo restriktivno tumačiti.

4. Zaključak

Na osnovu svega navedenog, možemo da predložimo sljedeći način tumačenja odredaba člana 65 ZSP-a u sudskoj praksi.

Kao prvo, bilo bi dobro da u interesu pravne sigurnosti praksa zauzme jedinstven stav po pitanju, koji vodotokovi ne predstavljaju opće dobro, odnosno na kojim vodotokovima je uopće moguće da dođe do prava priraštaja na novonastalom riječnom otoku?

Pod pojmom obale trebalo bi podrazumijevati najvišu liniju vodostaja rijeke u koritu. Ne bi trebalo dopustiti pravo priraštaja na sprudu koji je samo povremeno iznad vode. Otok bi trebao da bude vlasništvo vlasnika parcele na obali koja je bila bliža u vrijeme nastanka otoka, čak i ako glavni tok rijeke kasnije postane sporedni i otok bude bliži drugoj obali, pa čak i ako bilo koji od dva rukavca prirodnim putem sasvim presuši. Također, ako se otok kasnije poveća i počne da se prostire uz obale parcela uz koje se nije prostirao u vrijeme kad je nastao, on bi trebao ostati u vlasništvu isključivo vlasnika

[17] D.41.1.12pr. Callistratus libro secundo institutionum *Lacus et stagna licet interdum crescant, interdum exarescant, suos tamen terminos retinent ideoque in his ius alluvionis non adgnoscitur.* Vidjeti i D.39.3.24.3. Za detaljnu analizu ovog teksta, kao i problema promjene nivoa stajaćih voda u rimskom pravu uopće, vidjeti Rodger (1987, str. 27).

parcela kojima je prirastao u vrijeme nastanka. Svako kasnije uvećanje otoka treba da se smatra za talog zemlje u smislu tačke 5 člana 65 ZSP-a.

Na novonastalom otoku ne treba dopustiti postojanje suvlasništva, čak ni sa opredijeljenim udjelima, nego bi trebalo sudskom odlukom kojom se ustanovljava pravo priraštaja odmah razgraničiti parcele koje prirastaju ripuarskim imanjima.

Riječni otok ili njegov dio ponašaju se kao pripadak imanja samo ukoliko bude otuđen dio ripuarske parcele pored obale, i u tom slučaju pribavilac ima pravo na srazmjerni dio otoka čak i ako to nije ugovorom predviđeno, naravno pod uvjetom da nije izričito isključeno. Ukoliko, međutim, bude otuđen dio ripuarske parcele koji nije neposredno na obali, pribavilac nema pravo na dio otoka.

Kao otok podoban za pribavljanje priraštajem zemlje treba smatrati samo onaj koji je nastao taloženjem.

Pravila o priraštaju zemljišta riječnim talogom treba tumačiti restriktivno. Ne treba ih analogijom proširivati na taloženje zemljišta na stajaćim vodama. Ostaje otvoreno pitanje da li treba prihvatiti uvećanje jednog imanja na račun drugoga usljed postepenog pomjeranja vodotoka samo onda kada je granica između parcela određena opisno ("do rijeke", "do potoka"), ili i onda kada je parcela precizno razmjerena i kada su njene dimenzije tačno određene?

Smatramo da bi navedeni principi tumačenja mogli biti prihvaćeni u praksi sudova u Bosni i Hercegovini ne samo zato što su u skladu sa izvornim smislom koji su norme o priraštaju nepokretnosti imale u rimskom pravu, nego i zbog toga što se radi o logički dobro izbalansiranim i pravičnim pravilima, potvrđenim višemilenijumskom pravnom praksom.

Bibliografija

1. Arnaud, A. J. (1968). Reflexions sur l' occupation, du droit romain classique au droit moderne, *Revue historique de droit français et étranger*, 46, 183–210.
2. Barra, A. (1998), *Gli incrementi fluviali in diritto romano*. Frattamaggiore: Istituto di studi atellani.
3. Cervenca, G. (1972). Gli incrementi fluviali (P. Maddalena, Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica), *Labeo*, 18, 101–114.

4. Fitch Ware, E. (1905). *Roman Water Law*, West publishing Company, 1905.

5. Frova, C. (1999). Le Traité de fluminibus de Bartolo da Sassoferrato (1355), *Médiévales*, 18/36, 81–89.

6. Grotius, H. (1625). *De jure belli ac pacis libri tres, in quibus ius naturae & Gentium: item iuris publici praecipua explicantur*. Parisiis.

7. Heide, van der, K. (1932). Flumen, fluvius, amnis, *Mnemosyne – New series*, 60 (2), 135–146.

8. Maddalena, P. (1970). *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica*. Napoli: Jovene.

9. Maddalena, P. (1974). A proposito di incrementi fluviali, *Labeo*, 20, 224–233.

10. Marta Poblet, M. (2013). Visualizing the law: Crisis mapping as an open tool for legal practice, *Journal of Open Access to Law,* 1, 1–2.

11. Mazzacane, A. (1972). Voce "Isola nata nel fiume", *Enciclopedia del diritto*, XXII, 930–932.

12. Robbe, U. (1979). *La differenza sostanziale fra "res nullius" e "res nullius in bonis"e la distinzione delle "res" pseudo-Marcianea ("che non ha nè capo nè coda)*, Tomo I, Milano.

13. Rodger, A. (1987). The rise and fall of roman lakes, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 55, 19–29.

14. Roehle, R. (1968). Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des roemischen Dienst-und Werkvertrages, *Studia et documenta historiae et iuris*, 34, 183–222.

15. Salerno, F. (1981). "Aqua pluvia" ed "opus manu factum", *Labeo*, 27, 218–241.

16. Sargenti, M. (1957). Tre osservazioni sul regime degli incrementi fluviali, *Studia et documenta historiae et iuris*, 23, 352–357.

17. Sargenti, M. (1964). Osservazioni su D. 41.1.38 in rapporto alla teoria dell'alveo abbandonato, *Synteleia Arangio-Ruiz,* 359–365.

18. Sargenti, M. (1965). Il regime dell'alveo derelitto nelle fonti romane, *Bulettino dell'Istituto del Diritto Romano "Vittorio Scialoia"*, 48, 195–273.

19. Weyand, S. (1983). Kaufverstaendnis und Verkaeuferhaftung im klassischen Roemischen Recht, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 51, 225–269.

Antički pravni izvori

Corpus iuris civilis

Digesta
D.1.8.4.1
D.1.8.5
D.41.1.12pr
D.41.1.16
D.41.1.29
D.41.1.30
D.41.1.30pr
D.43.12.1
D.43.12.3pr
D.41.1.7.1-2
D.41.1.30.2
D.43.12.1.4
D.43.12.1.5
D.41.1.38
D.41.1.56pr
D.41.1.56.1

Institutiones
I.2.1.20
I.2.1.21
I.2.1.22

Fontes iuris romani ante Iustiniani

Gai Institutiones
G.2.70
G.2.71

Savremeni pravni izvori

Zakon o stvarnim pravima Federacije BiH. Sl. novine FBiH, 66/13.

Zakon o vodama Federacije BiH. Sl. novine FBiH, 70/06.

Literarni izvori

Varro, *De lingua latina*, 5.27

Dr. Samir Aličić
Associate professor
The University of Istočno Sarajevo
Faculty of Law
samiralicic1@gmail.com

PROVISIONS OF THE LAW ON PROPERTY RIGHTS OF THE FEDERATION OF BiH ON ACCESSION OF LAND IN THE LIGHT OF ROMAN LAW

Summary

The subject of the paper are the rules on the acquisition of ownership by accession (accessio) of land systematised by the Article 65 of the Law on Property Rights of the Federation of BiH. The author subjects them to ontological interpretation in the original context that these rules had in Roman law in which they originated, with the aim of offering potential solutions for different situations that may arise in judicial practice, and which have not been expressly regulated by the letter of the Law.

The author suggests, among other things, the following: that the term riverbank should imply the highest water line in the riverbed; that the right of accession on a river shoal that only occasionally emerges above water is not to be allowed; that the condition in terms of ownership on a newly formed river island that has once been determined by the court is not to be changed due to possible later changes of the river flow or the size of the island; that the existence of co-ownership on a newly formed river island is not to be allowed; that the island is to be considered an area belonging to riparian land only when the entire land property or the part next to the riverbank is alienated; that only the island formed by deposition of the soil is to be considered the subject of accession; and that the provisions on accession on watercourses should be interpreted restrictively.

Keywords: *Roman law, property rights (rights in rem), interpretation of laws, originary acquisition of ownership, accession of ownership, river island, river shoal, deposition of soil*

Dr. Enes Durmišević
Redovni profesor
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
e.durmisevic@pfsa.unsa.ba

UDK 340.141(497.6)"04/14"
Izvorni naučni rad

O NEKIM USTANOVAMA FEUDALNOG OBIČAJNOG PRAVA U BOSNI

Sažetak

Bosansku feudalnu državu karakterizira slabost centralne vlasti, hijerarhičnost i podijeljenost feudalnog vlasništva, teritorijalna rascjepkanost, stalni ratovi sa susjedima ali i međusobne borbe i sukobi vlastele te vlastele i bosanskog vladara.

Bosanska srednjovjekovna država je bila monarhija u kojoj su dominirali centralni organi vlasti: vladar (ban, a od krunisanja Tvrtka I Kotromanića 1377. godine, kralj) i skupština (Stanak, Bosanski stanak, Bosna, Sva Bosna, Rusag, Bosanski rusag).

Pravo kao izraz državne vlasti, s obzirom na svoju osnovnu funkciju, služilo je interesima vladajućeg sloja u tadašnjem bosanskom srednjovjekovnom društvu. Vladajući sloj, u prvom redu, činili su bosanski vladari (banovi i kraljevi) i vlastela ("Dobri Bošnjani"), prvenstveno krupna vlastela (velmože). Bosansko srednjovjekovno pravo imalo je karakteristike ranofeudalnog prava i shodno tome, pravni odnosi su se najčešće uređivali običajnim pravom.

Proces darovanja državnog/vladarevog vlasništva nad zemljom bosanskoj vlasteli u privatno vlasništvo u srednjovjekovnoj Bosni potvrđuju i mnogobrojne vladarske povelje, u kojima ga bosanski vladari, ali i bosanski feudalci kao vlasnici zemljišta, poklanjaju određenim osobama, svojim vazalima. U ovom dugotrajnom procesu razvili su se instituti bosanskog srednjovjekovnog običajnog prava "vjerna služba" i "vjera gospodska".

Ključne riječi: *Bosna, feud, vlastelini, "vjerna služba", "vjera gospodska"*

U ranoj fazi razvitka pravo u feudalnim državama sadržavalo je značajne ostatke iz prethodnog, robovlasničkog perioda. Ovo pravo je dopunjavano i

zamjenjivano normama i institutima običajnog prava, koje je svoje porijeklo i korijene imalo u rodovsko-plemenskoj zajednici, s jedne, i zakonima (*ius ex scripto*), koje su izdavali feudalni vladari, s druge strane. Jačanjem crkve i njenih organizacija, pojavljuje se i crkveno pravo (*ius ecclesiasticum*), dok je razvitak gradova izazvao i pojavu statutarnog prava (gradskih statuta).

U početnoj fazi feudalizma isprepliću se kolektivistički elementi starog rodovsko-plemenskog društva koje je utemeljeno na vlasništvu bilo zadruge, bratstva ili plemena. Sve veća ekonomska i politička zavisnost seljaka kao malog proizvođača, uglavnom poljoprivrednih proizvoda, na tuđem, feudalčevom zemljištu uz obavezu plaćanja rente (naturalne, radne ili novčane) dovodi do jačanja feudalčeve, ali i centralne (državne, vladareve) vlasti što stvara jednu širu osnovu za ekonomski i kulturni razvitak srednjovjekovnog feudalnog društva.

Feudalizam kao društveni poredak ima neke osnovne karakteristike koje ga razlikuju od drugih društveno-ekonomskih formi. To su, u prvom redu, poljoprivredna proizvodnja kao najvažnija privredna grana u kojoj dominira veliki zemljišni posjed – feud (*leno*), naturalna privreda, lična zavisnost kmeta od feudalca (*senior*) i shodno tome, feudalčeva eksploatacija kmetovskog rada na osnovu privilegija i monopolističkih prava, itd.

Kao izraz državne vlasti, pravo je, s obzirom na svoju osnovnu funkciju, služilo interesima vladajućeg sloja u tadašnjem bosanskom srednjovjekovnom društvu. Vladajući sloj, u prvom redu činili su bosanski vladari (banovi i kraljevi) i vlastela, prvenstveno krupna vlastela (*magnates Bosnae*). Bosansko srednjovjekovno pravo imalo je karakteristike ranofeudalnog prava i po formi ono je, uglavnom, bilo nepisano (*ius ex non scripto*). Shodno tome, pravni odnosi su se najčešće uređivali običajnim pravom.

1. Bosansko običajno pravo

Bosansko feudalno pravo bilo je, u najvećoj mjeri običajno, ono je kao i sva feudalna prava, bilo i pravo formalne i stvarne nejednakosti. Odlikovalo se općom međuzavisnošću društvenih slojeva i grupa, jer je obim prava pojedinca zavisio od njegovog statusa na društvenoj ljestvici (*status personae*), krvnog srodstva (*cognatio naturalis*), porijekla (*ius sanguinis*) pa čak i od njegove fizičke moći. Bilo je to, često, pravo jačega (*Ius est armis – Pravo je u oružju*; *Pravo ima onaj koji raspolaže silom*). Pravni partikularizam, kao bitna karakteristika feudalnog prava, ogledao se u dva vida. Po personalnom principu (*ius personale*), različita pravila važila su za različite grupe, staleže

ili zanimanja u istoj državi, a po teritorijalnom principu, različita prava su važila na različitim feudalnim teritorijama u istoj državi.

S obzirom na to da *običajno pravo* nema jasno određenog tvorca i da se, u samom početku, ne javlja kao pisani normativni tekst, ono se veoma teško definira kao "normativni pravni akt". Uprkos tome, običajno pravo predstavlja specifičan skup općih pravnih normi, dakle, ono je formalni izvor prava u odnosu na pojedinačne pravne akte.

Običajno pravo nastaje manje ili više, neorganizirano, neplanski, spontano, dugotrajnim ponavljanjem čovjekovog ponašanja (bilo kao pojedinca ili člana neke skupine) u svakodnevnom životu i sačinjavaju ga opće pravne norme (*ius generale*). Običaj stiče legitimitet samim prihvatanjem određenog obrasca ponašanja dugotrajnim ponavljanjem i formiranjem, prvo instinktivne, a zatim racionalne predstave o obaveznosti takvog ponašanja. Ovo pravo se pamti, prenosi i izražava usmenim putem (*ius non scripta*), dok je sankcija za njegovo nepoštovanje bila veoma efikasna. Najčešće je to reakcija cjelokupne grupe ili njenih dijelova: podsmijehom, prezirom, ignoriranjem, bojkotom, izgonom iz grupe ili plemena, pa čak i fizičkom eliminacijom prekršioca običajne norme. Iako, uvjetno možemo kazati, da običaj i pravo reguliraju iste društvene sadržaje/odnose, svako društveno ponašanje koje se razumijeva kao kršenje običajne norme, nužno ima za posljedicu sankciju za prekršioca. Na taj način običajna norma postaje pravna norma kada dobije sudsku zaštitu.

Dugotrajnost pravila ponašanja (*lunga consuetudo*) i shvatanje pojedinca o obaveznosti i sankcioniranju pravila ponašanja (*opinio iuris et necessitatis*) osnovne su karakteristike običajnog prava, koje predstavljaju važan put od običaja u običajno pravo (normu) i njegovo prerastanje u pravnu normu državnim sankcioniranjem običajne norme.

Dominacija običajnog prava rezultat je srednjovjekovnog teritorijalnog i personalnog partikularizma. U primjeni i trajanju određenog običaja prepoznavala se "tiha saglasnost naroda" (*tacitus consensus populi*) što je sve dovodilo do usporenog nastanka zakonskog, "općeg" prava. A upravo je postojanje zakona, odnosno jačanje i razvitak prava rezultat pojave centralizirane pravne države, pravne sigurnosti i neometanog odvijanja slobodne trgovine. Običaj postaje supsidijarni izvor prava i služi za popunjavanje pravnih praznina.

Pojavom države i prava, običajno pravo bilo je osnovna vrsta općih pravnih normi, odnosno, formalnih izvora prava. Sasvim je razumljivo da su najveći dio međudržavnih, krivičnih, imovinskih, porodičnih i svih drugih pravnih

normi bile običajnog karaktera. Običajne pravne norme nalazimo u svim starim društvima i državama sve do pojave građanstva i apsolutnih monarhija kada običajno pravo ubrzano gubi značaj i zamjenjuju ga pisani pravni akti (*lex scripta*), kao što su zakoni, uredbe, statuti, itd. Na taj način, običajno pravo gubi pravnu snagu, ali i mnogobrojne pravne oblasti koje je do tada reguliralo. U ovom periodu počinje proces kodifikacije, zapisivanja prava u velike zbornike. Time se običajno pravo u potpunosti izbacuje u krivičnom, dok imovinsko, porodično, ustavno i upravno pravo se moderniziraju i izgrađuju na novim principima racionalizma i deklaracijama o pravima čovjeka i građanina iz buržoaskih revolucija.

Naravno, u ovoj fazi kodifikacije, ne zanemaruje se višestoljetni razvoj običajnog prava, koje se preuzimanjem (*receptio*) ugrađuje u sve kodificirane pravne grane i time običajno pravo prestaje biti samostalni izvor prava. Ono se, samo jednim dijelom, zadržalo u međunarodnom javnom i trgovačkom pravu, zbog usporene kodifikacije ovih prava, jer se ne temelji na jedinstvenoj političkoj volji, već na više takvih volja (različitih država, a time i različitih, često suprotstavljenih interesa).

Koliko god društvo bilo nerazvijeno i socijalno neodređeno, ono ne može opstati i razvijati se u anarhiji, stihiji i društvenoj neuređenosti. Stoga svako društvo teži organiziranosti i uređenju društvenih odnosa pronalazeći ideju prava pomoću koje nastoji regulirati socijalne veze i ojačati društvene odnose. Dominacija običajnog prava u reguliranju društvenih odnosa u srednjovjekovnoj bosanskoj državi, nikako ne znači da je ono ostalo samo u usmenoj formi. Ono je, kao pravo koje je reguliralo, normiralo i ojačavalo društvene odnose u tadašnjoj bosanskoj državi, dobijalo raznovrsne pisane oblike. Upravo, na osnovu tih pismenih tragova bosanskog običajnog prava možemo rekonstruirati historiju i sadržinu bosanskog srednjovjekovnog običajnog prava.

Bosansko običajno pravo u bosanskoj srednjovjekovnoj državi je reguliralo odnose među tadašnjim slojevima društva, domete vlasti bosanskih vladara (banova i kraljeva), istovremeno konstituirajući i regulirajući sadržinu i obim moći bosanskih feudalaca (velmoža) i vlastele uopće, odnosno međusobne odnose različitih slojeva vladajuće feudalne hijerarhije, ali i potčinjenih slojeva bosanskog društva. Ono, također, određuje i međudržavne, međunarodne odnose, odnose bosanske feudalne države sa ostalim međunarodnim pravnim subjektima, Ugarskom, Mletačkom Republikom, Srbijom, a posebno sa Dubrovačkom Republikom.

2. Feudalizam u srednjovjekovnoj Bosni

Po svojoj državno-pravnoj sadržini, bosanska srednjovjekovna država funkcionirala je po običajima i standardima tipičnim za sve države toga vremena, jer je u ranoj fazi svoga nastanka i razvitka predstavljala tipičnu državu ranog feudalizma, odnosno patrimonijalnu (*patrimonium*, očevina, očinsko nasljeđe) državu. Bosanski vladar je raspolagao državom i njenim teritorijem kao svojom očevinom. Nakon vladareve smrti i država (vlast, prijestolje, kruna), a s njom i državna teritorija pripadala je vladarevim potomcima, odnosno, njegovim nasljednicima. I u srednjovjekovnoj bosanskoj državi važilo je pravilo da vladara, na prijestolju, nasljeđuje najstariji, prvorođeni sin (*ius primogeniturae*), odnosno, ako nema muškog potomka (sina), onda vladara nasljeđuje najstariji brat (*princip majorata, maiores).* Ovo pravilo je u nekim slučajevima narušavano, najčešće zbog sukoba na prijestolju, pa su nerijetko prijestolje nasljeđivali i dalji rođaci.

U ovom periodu značajnu ulogu igra sitni posjed u svojini seljaka, ali se razvija i krupni feudalni zemljišni posjed tako što su bosanski vladari davali istaknutim pojedincima na korištenje i upravljanje župe i manje teritorije, prvenstveno u vezi sa vojnom službom. Ovakvi zemljišni feudalni posjedi postajali su nasljedna porodična dobra i time su ova dobra svojinski bila zavisna od vladara, ali i od vlastitog roda jer je feud smatran porodičnim, rodovskim dobrom.

Zloupotrebljavajući svoj povlašteni položaj u odnosu na potčinjene seljake, uzurpirajući dio vladarevih dažbina, uvećavajući svoje privatne posjede, itd., ovi pojedinci (župani, knezovi, župski knezovi) su se bogatili uzurpirajući javnu vlast penjući se društvenom ljestvicom od vlasteličića do velmoža postajući nezaobilazni faktor državne uprave i organizacije. Pauperizacijom seljaštva njihovi slobodni posjedi koji su do tada bili nasljedni, prelaze u posjed krupne vlastele, da bi ih bosanski vladari na kraju, u svojim poveljama, počeli poklanjati velmožama u feudalnu svojinu.

Krupni feudalac, velmoža, u isto vrijeme može biti i senior, u odnosu na ona lica kojima je on podijelio zemlju, ali i vazal, u odnosu na ona lica od kojih je on dobio zemlju, najčešće je to vladar. Stoga je sasvim jasno da feudalci kao vlasnici zemlje, a pogotovo najmoćniji među njima ne zavise samo od države, vrhovne vlasti (vladara), nego i jedan od drugoga. "Ta zavisnost dolazi otuda što je svaki feudalac dobijao svoju zemlju od drugoga i bio na taj način spriječen u neograničenom raspolaganju dobijenom zemljom. Svi krupni zemljišni posjednici, bez obzira na kome su se mjestu i ljestvici nalazili, sačinjavali su vladajuću klasu i svi su bili feudalci, te svojom međusobnom

povezanošću, ekonomskom, političkom i vojnom moći stekli mogućnost gospodarenja nad seljacima i eksploatacije ogromnih masa stanovništva" (Samardžić, 1962, str. 286).

Pored toga što je bio vlasnik zemljišta (*baštine*, *"plemenitog"*, *"plemenštine"*, *"očevine"*, itd.) i uživalac svih prava koja su se temeljila na vlasništvu, bosanski vlastelin je istovremeno bio nosilac i političke vlasti s obzirom na to da mu je vlasništvo nad zemljom dalo svojstvo gospodara koje nosi atribute vlasti, ekonomske, političke, vojne, pa i sudske, tako da se u liku bosanskog vlastelina, feudalca, sjedinjavala i vlast (vlasništvo) nad zemljom ali i nad ljudima, njegovim kmetovima. "Riječ baština u Bosni ima značenje nasljednog dobra i vrlo često se spominje u bosanskim poveljama i nadgrobnim spomenicima, 'stećcima'. Također, 'plemenito', 'plemenština' označava kako zajedničko dobro plemena (više 'kuća'), 'kuće' (porodice) ili pojedinca, tako i dobro vlasteosko. 'Plemenština' kao dobro 'kuće' ili pojedinca odgovara pojmu slobodne svojine, nasljednom dobru ili roditeljskom dobru." (Spaić, 1949, str. 110).

Zbog stalnih ratova, pravne i ekonomske nesigurnosti, pojedinci su se veoma često stavljali pod zaštitu krupne vlastele, pa se vlast nad ličnošću (*ius in personam*) vremenom pretvorila u gospodstvo (vlast) nad njihovom zemljom (Spaić, 1949). Moglo bi se konstatirati da je feud bio svojevrsna teritorijalno-administrativna jedinica na kojoj je feudalac kao vlasnik zemljišta (gospodar) bio i vrhovni politički organ vlasti, a veoma često i sudski (*iudicatio*) jer je sudio svojim kmetovima.

Politički i pravni partikularizam, zatvorene društvene grupe – feudalni staleži i stalni sukobi među feudalcima, karakteriziraju slijedeću fazu razvitka feudalizma. Ovu drugu fazu feudalizma nazivamo klasičnom epohom feudalizma. U ovoj fazi, uz naturalnu privredu, javlja se i razvija robna proizvodnja i uz nju i novčana renta, ali i razvitak gradova. Staleški oblik vladavine i staleška monarhija dominantni su oblik ovakvog državnog uređenja. Državna teritorija podijeljena je na feude na osnovu principa da "zemlja ne može biti bez feudalnog gospodara", jer "napuštena i pusta zemlja pripada onom ko je zaposjedne" – *terra manens vacua occupanti conceditur* (Stojčević & Romac, 1969, str. 385). Vlasnici zemlje, feudalni gospodari na taj način i po tom shvatanju, pored ekonomskog imuniteta (pravo da ubiru više vrsta rente od svojih kmetova/seljaka), veoma često na račun i protiv vrhovne (vladarske) vlasti, postaju i politički faktori na svom feudu/području (vlastiti dvor, ubiranje poreza i naplata carina, administrativni i sudski imunitet, vlastita vojska, vlastita diplomatija itd.).

Centralizacija vlasti, veća robno-novčana proizvodnja, snažan razvitak gradova, pojava apsolutističkih monarhija i jačanje državnog birokratskog

aparata, karakterizira treću fazu u razvitku feudalizma. U ovoj trećoj fazi pojavljuje se novi sloj u društvu, buržoazija, koja će i srušiti feudalizam buržoaskim revolucijama i zamijeniti ga novim društveno-ekonomskim poretkom, kapitalističkim. Prevladavanje pravnog partikularizma, koji karakterizira prethodne dvije faze u razvitku feudalizma, dovest će do jačanja i dominacije općeg prava (*ius commune*), bilo da se radi o običajima ili zakonima. Ova faza kasnog, zrelog feudalizma, u Bosni je prekinuta osmanskim osvajanjima, polovinom XV stoljeća.

Uvijek treba imati u vidu da je gore spomenuta vremenska podjela feudalnog društvenog razvitka, načelnog karaktera i uvjetna, jer se ne mogu tačno odrediti granice pojedinih perioda, s obzirom na to da svaki period sadrži u sebi elemente i karakteristike prethodnog perioda. U protivnom uvijek se vrši nasilje nad samim historijskim razvitkom. Svako razdoblje sa svojim bitnim karakteristikama pomaže nam da ga bolje razumijemo, dok istovremeno ne smijemo zaboraviti da svaki period u sebi nosi ono što pripada prošlosti, ali nam daje i mogućnost da možemo nazrijeti i neka buduća događanja.

3. Od "plemenštine" do feuda

Nasuprot ranijem, rodovsko-plemenskom (zajedničkom) vlasništvu nad zemljom kao osnovnim sredstvom za proizvodnju, kada društvene odnose karakteriziraju odnosi jednakosti, solidarnosti i uzajamnosti, postepeno jača privatno vlasništvo nad zemljištem, koje istaknuti pojedinci, koristeći se višim statusnim položajem u društvu (plemenu), preotimaju za sebe. Na taj način, u tom procesu raslojavanja i preotimanja zemljišta kao osnovnog sredstva za proizvodnju, pojavljuje se veliki zemljišni posjed s kojim novi vlasnici raspolažu u potpunosti, kao isključivo svojim, privatnim vlasništvom (*proprietas, dominium directum*). Proces pretvaranja zajedničkog (plemenskog) vlasništva nad zemljom u srednjovjekovnoj Bosni, potvrđuju i mnogobrojne vladarske povelje u kojima bosanski vladari, ali i bosanski feudalci kao vlasnici zemljišta, poklanjaju zemljište (*... za plemenito u viki vikoma ...*) određenim osobama, svojim vazalima. U ovom procesu koji je dugotrajan i koji ilustrira suprotnost između zajedničkog i privatnog vlasništva, uvijek je pobjeđivalo privatno, mada su se u novonastalom privatnom vlasništvu nad zemljom uvijek nazirali kolektivistički elementi. Postepeno slabljenje i nestajanje starog rodovsko-plemenskog principa vlasništva nad zemljom i prevladavanje teritorijalno-političkog principa vlasništva nad istom zemljom, dovodi do nastanka države i njenog uređenja u kom vodeći sloj postaje vlasnikom zemljišta (*feuda*).

Feud u srednjovjekovnoj Bosni predstavljao je veliki posjed koji je kolektivno pripadao širem krugu krvnih srodnika koji su imali zajedničkog pretka. Postojala je razlika između zemljišnog posjeda koji je nasljeđivan i zemljišnog posjeda koji je stican na neki drugi način. Naslijeđenim zemljišnim posjedom član bratstva ili plemena nije mogao slobodno disponirati bez saglasnosti bratstva ili plemena dok je sa stečenim zemljišnim posjedom (što ga je sam stekao) slobodno raspolagao. "Plemenita baština" u srednjovjekovnoj Bosni bila je naslijeđena od predaka (*possessio, haereditaria, patrimonium*), usljed čega se i nazivala "djedina", "plemenština", "baština". Ovaj naziv upotrijebljen je i za oznaku feuda, čime se htjelo naglasiti da je feud porodično nasljedno dobro (Jokanović, 1954).

Suprotnosti između feudalaca i kmetova, razni porezi i samovolja, često su dovodili do seljačkih buna, ali i do pojave raznih heretičkih pokreta, koji su u suštini bili oblici socijalnog otpora vladajućoj ideologiji, jer su vjerske organizacije (crkve), uglavnom, podržavale takav društveni poredak.

Kada govorimo o razvitku prava u srednjovjekovnoj feudalnoj državi, pa i u Bosni, bez obzira na neke karakteristike bosanske države i bosanskog srednjovjekovnog prava u odnosu na srednjovjekovni evropski razvoj države i prava, treba naglasiti da feudalnu državu karakterizira slabost centralne vlasti, hijerarhičnost i podijeljenost feudalnog vlasništva, teritorijalna rascjepkanost, heterogenost stanovništva, stalni ratovi i seobe naroda. Česta primjena principa personalnog prava zbog pravne nejednakosti stanovništva, nerazvijenost prava i dominacija običajnog prava, dodatno je doprinosila pravnom partikularizmu u srednjovjekovnim feudalnim državama.

Kao i sve države u tadašnjoj srednjovjekovnoj Evropi, državno uređenje bosanske srednjovjekovne države imalo je monarhijski oblik vladavine, u kom su dominirali centralni organi vlasti: vladar (*ban*, a od krunisanja Tvrtka I Kotromanića 1377. godine, *kralj*) i skupština (*Stanak*, *Bosanski stanak*, *Bosna*, *Sva Bosna*, *Rusag*, *Bosanski rusag*). U višestoljetnom razdoblju srednjovjekovne Bosne, dominantnu vlast je nekada imao bosanski vladar, a nekada Bosanski stanak, shodno međunarodnim odnosima u susjedstvu, ali i odnosu snaga između vladara bosanskog i vlastele bosanske.

4. Vladar i njegovi podanici

Zahvaljujući odgovarajućim historijskim okolnostima u srednjovjekovnoj bosanskoj državi podudarit će se interesi države (vladara) i vlastelinskih rodova kao predstavnika srednjovjekovnog patrimonijalnog, feudalnog društva. Uspon i širenje bosanske države bilo je i u interesu vlastele jer je time

mogla uvećavati svoje feudalne posjede. U tim međusobnim odnosima i zajedničkim interesima nastao je lični odnos zavisnosti vladara i vlastele koji se izražavao kroz institut "vjerne službe" i "vjere gospodske".

4.1."Vjerna služba"

Jedna od temeljnih običajno-pravnih normi u srednjovjekovnoj Bosni bila je obaveza "vjerne službe" koja je obavezivala svakog vazala da „vjerno služi" svoga gospodara, seniora. Ona definira poziciju moći, najčešće bosanskog vladara, utvrđuje prava i dužnosti svakog podanika prema vladaru, čast je i dužnost biti u vladarevoj vlasti, često uključujući i obavezu vojne službe, služiti ga "oružjem, kako može najbolje" (Solovjev, 1949, str. 97). U njoj se ogleda osnovno srednjovjekovno načelo lične zavisnosti, dok s druge strane, vladar daje određena prava svome vazalu koja su se garantirala "vjerom gospodskom" ili "rukom gospodina bana".

Obaveza vazalske, vlastelinske "vjerne službe" prema bosanskom vladaru, uglavnom, proisticala je iz čina darivanja zemljišnih posjeda nakon što je bosanski vladar, ban ili kralj, darivao državnu zemlju kao vlastitu baštinu u vlasništvo svojim vlastelinima, "vjernim slugama". "(...) a oni da nam pravo i virno služe kao i ini plemeniti ljudi rusaga bosanskoga od svojih baština, i tomu da ulizu u držanje kada moći budu biti s našu službu" (Solovjev, 1949, str. 97). Realizacija baštinskih prava proizlazi iz termina "držanje". Naravno, što je sasvim i logično, "vjerna služba u bosanskom feudalnom običajnom pravu pretpostavlja obostrano povjerenje: zakletva vazala senioru, ali i zakletvu seniora svome vazalu. Gore navedeno se može pronaći u svim vlastelinskim poveljama u srednjovjekovnoj Bosni. Feudalni ugovor smatrao se sklopljenim tek nakon što se ispunio čitav niz formalnosti koje bi se uglavnom mogle svrstati u tri čina ili akta. Prvi akt ili *omaž* sastojao bi se u tome što bi vazal otkrivene glave kleknuo pred senjora, pružio ruke prema njemu i obećavao svoju vjernost. Potom bi senjor stavio svoje ruke iznad njegovih, podigao ga i poljubio u usta. Drugi akt nazivao se *foi* kad vazal polaže zakletvu na vjernost. Treći akt ili *investitura* bio je uvođenje vazala u držanje zemlje. Ovo uvođenje vršilo se na simboličan način. Obično senjor bi svom vazalu dao sa tog posjeda grumen zemlje ili zastavu. Poslije ova tri akta sastavljao bi se i pismeni dokument o ustanovljenju vazalskih odnosa sa opisom nepokretnosti koja se predaju vazalu." (Samardžić, 1962, str. 287).

Međutim, potrebno je napomenuti, da je češće bio slučaj da su "vjerna služba" i postupci koji su potvrđivali lojalnost bosanskom vladaru, prethodili i bili motiv darivanju posjeda. Dosljedno analizirajući darovne povelje bo-

sanskih vladara, kojima su darivali zemljište i posjede svojim vlastelinima, nesporno se može utvrditi da je činu darivanja prethodila "vjerna služba". Izuzeci su postojali samo u slučajevima kada je trebalo osigurati lojalnost nekih, "odmetnutih" bosanskih feudalaca od bosanske vladarske kuće iz različitih razloga. U prilog ovoj tvrdnji, govore i primjeri iz bosanskih povelja koje potvrđuju "vjernu službu" nekih feudalaca, bez da su darivani baštinama. Dakle, dobijanjem ili gubitkom zemljišnih posjeda, ništa se, u suštini, ne mijenja u odnosima vladara ("gospodara") i vlastelina ("sluge"). Dakle, dužnost vršenja vjerne službe nije proizlazila iz ugovora i polaganja vazalske zakletve, niti iz posebno uspostavljenog odnosa dodjeljivanjem zemljišnog posjeda, nego ona, u suštini, predstavlja osnovno pravilo feudalne ovisnosti i potčinjavanja vladaru, "vladalac iziskuje vernu službu po pravu koje mu obezbeđuje, vladalački, banski ili kraljevski položaj". Stoga je onda sasvim razumljivo, da su "gospodari mogli svojom voljom rasprostirati obaveze koje su sami preuzimali i na svoju vlastelu, svoje 'sluge', odnosno na sve 'koji njih slušaju'." (Ćirković, 1997, str. 323). Bosanski velmoža Sandalj Hranić (1370–1435) u svojoj povelji obećava da nikakvo zlo neće učiniti Aleksi Paštroviću ni on "ni moje sluge ni tko mene sluša" (Stojanović, 1929, str. 252).

Vladarski položaj bana ili kralja traži "vjernu službu" svih onih koji u hijerarhijskoj feudalnoj ljestvici stoje niže od njega. Tako Tvrtko I Kotromanić, bosanski ban (1353–1377) i bosanski kralj (1377–1391), nakon pobjede nad ugarskom vojskom 1366. godine, poveljom od 11. septembra 1366. godine nagrađuje vojvodu Vukca Hrvatinića (1357–1379) jer je bio u borbi uz bana Tvrtka, za razliku od nekih drugih bosanskih velmoža, darovavši mu grad Sokol sa Pljevskom županom:

"Stvorih milost svoju gospodsku svojemu virnu sluzi u ime vojvodi Vlkcu Hrvatiniću za njegovu virnu službu u ono vrime, kda se podviže na me ugrski kralj u ime Ludovik, i prihodi u Plivu pod Sokol i ondazi mi vojvoda Vlkac virno posluži (...)." (Perojević, 1998c, str. 301; Babić, 1972, str. 25)

Niži vlastelin u vazalskom položaju prema krupnoj vlasteli, velmožama, često se u poveljama definira kao "sluga" ("vjerni sluga"), "jer taj izraz sasvim odgovara prvobitnom značenju riječi 'vassus' iz koje je nastao u feudalizmu opšte upotrebljavani izraz 'vassallus' kao oznaka plemića ovisnog o nekom gospodaru" (Babić, 1972, str. 29). Ovakav seniorski položaj velmože prema svome potčinjenom manjem, nižem vlastelinu, njegovom vazalu, formalnopravno sličan je seniorskom položaju bosanskog vladara prema velmoži kao vladarevom vazalu. Sve, gore navedeno, potvrđuju bosanske srednjovjekovne povelje od Kulina bana (1180–1204) pa sve do posljednjeg bosanskog kralja Stjepana I Tomaševića (1461–1463) svojom terminologijom koja

potvrđuje zavisnost vazala (velmoža u odnosu prema vladaru, sitni vlastelin u odnosu prema velmoži) od seniora (vladara u odnosu prema velmoži i velmoži u odnosu prema sitnom vlastelinu, vlasteličiću): "naša vlastela", "naše sluge", "plemeniti ljudi", ljudi "koji nas slušaju", "gospoda bosanska", njihovo "gospostvo", njihovo "vladanje", njihova "država", "gdje moremo seći", itd.

To je prirodno stanje feudalizma i vazalnih odnosa u njemu. Sasvim je razumljivo, da je "vjerna služba" u feudalnom sistemu pretpostavljala obostranu vjernost – zakletvu vazala svome senioru, ali i zakletvu seniora svome vazalu. To je tipična karakteristika feudalizma uopće. U mnogim bosanskim vjerovnim poveljama možemo pronaći dokaze za gornju tvrdnju.

Tako Stjepan II Kotromanić (1314–1353), u povelji knezu Vukosavu Hrvatiniću iz 1332. godine, daje "vjeru" da mu neće učiniti zla, ako Vukosav to isto ne učini njemu, banu, niti će prihvatiti klevete protiv Vukosava, itd.:

(...) da e vedomo vsim' zemlam bosan'skim'dasva vjeru i d(u)šu ot(')ca naju g(ospo)d(i)na bana i vsih' roditel' naših' i svoju knezu Vl'koslavu, sinu kneza Hr'vatina kluč'koga, pred' dje(do)m' velikim' Radoslavom i pred gostem' velikim' Radoslavom' i pred' starcem' Radomirom' i Žun'borom' i Vl'čkom' i pred vs'om cr'k'vom' i pred' Bosnom' da nije u naju suz'n' ni pogublenik'i kto nama ne učini zla, da ga i emu ne učini, g'dje vi moževa dohititi i da na n' ne poslušava kletve. I ako bi u čem' s'griješil' Vl'koslav' da stane pred' dobrimi muž'mi da se opravi a da za egovo ne pohitiva ni za štore. I ako bisva sie pretvorila bez' egove nevjere, da sva ot(')stup(i)la ot b(o)ga i ot vjere i da nam nije ot'čine molit've i materine, i da sva druga Ljudi (...) (Jalimam, 1997, str. 45).

Institut "vjerne službe" u bosanskom feudalizmu imao je veoma veliki značaj. U nedostatku jakih centralnih državnih institucija i državnog aparata, veze lične zavisnosti vlastele od vladara, predstavljale su osnov na kom je počivao državni aparat. S druge strane, ove veze su bile i slabost srednjovjekovne bosanske države, jer su vlastelini, pogotovo u doba slabe centralne vlasti i nesposobnog vladara, mogli odbiti "vjernu službu" ili je prenijeti na drugu osobu. Ovakvo darivanje državne zemlje potvrđuje patrimonijalni karakter bosanske srednjovjekovne države.

Prelaskom u stalešku monarhiju, bosanska srednjovjekovna država i njeni vladari zadržat će pravo darivanja državne zemlje ("plemenština", "plemenita baština") svojim feudalnim podanicima. Ove baštine su se nalazile u svojini vlastelinskih porodica, a ne pojedinaca. Ta činjenica imala je veoma značajne posljedice po društvene i političke odnose u Bosni, naročito na odnose između vladara i vlastele. Naime, darovana baština je prestajala biti

vlasništvo vladara, jer ju je gubio zauvijek. Ovakvom običajnopravnom normom "vjerne službe" za darovana zemljišta, jačani su temelji ekonomske, ali i vojno-političke moći najvećih bosanskih feudalaca ("rusaške gospode"), koji će, jačanjem svoje moći, u posljednjoj fazi egzistiranja bosanske države, biti jedan od uzroka njenog propadanja i dezintegracije. "*Gospoda rusaška* su, dakle, ona malobrojna bosanska vlastela na vrhu jerarhijske piramide, samostalni u svome 'gospoctvu', ali odana ideji o bosanskoj državi, rusagu bosanskom, kao nedeljivoj celini. Bez obzira na stepen faktičke nezavisnosti, ovi gospodari nisu nastupali kao rušioci bosanske države, već su, naprotiv, sebe smatrali za njen konstitutivni deo." (Ćirković, 1997, str. 309).

Moć krupne bosanske vlastele (velmoža), dodatno je bila ojačana činjenicom da je u Bosni postojala hijerarhija vlastele. Naime, sitna vlastela je bila u direktnoj podređenosti krupnoj vlasteli, koja je, imajući puno pravo raspolaganja svojim plemenitim baštinama, darivala sitnu vlastelu (vlasteličiće) i time ih stavljala u položaj vlastitih vazala ("sluga" i "vjerne službe"). Ova vjerna služba je veoma često značila vojnu obavezu. Na taj način, krupni feudalci su sitne vlasteline, svoje vazale, pretvarali u svoju privatnu vojsku, koju su koristili u međusobnim sukobima, ali i u sukobima s bosanskim vladarom, kao simbolom centralne vlasti.

4.2. "Vjera gospodska"

Garancija lične i imovinske sigurnosti i slobodnog putovanja i trgovanja u srednjovjekovnoj Bosni, posebno dubrovačkim trgovcima, sadržana je još u Povelji Kulina bana 29. augusta 1189. godine:

(...) dr'žati s vami i pravu veru dokola s'm' živ. V si dubrov'čane kire hode po moemu vladaniju tr'gujuke gode si kto hoke krevati gode si kto mine pravov verov i pravym sr'd'cem dr'žati ... I da im ne bude od moih č'st'nikov sile (...). (Jalimam, 1997, str. 41).

Slično navodi i ban Matej Ninoslav u ugovoru sa Dubrovnikom od 22. marta 1240. godine, kada je sa svojim "boljarima" posjetio Dubrovnik. Tada je s Dubrovčanima izmijenjao zakletve i sklopio sporazum kao što je to prije pola stoljeća uradio Kulin ban. On je Dubrovčanima obećao prijateljstvo, mir, slobodu kretanja, ličnu i imovinsku sigurnost dubrovačkih trgovaca, oslobađajući ih određenih dažbina i garantirajući da jedan dubrovački trgovac neće biti talac ako bi drugi Dubrovčanin bio dužan banu Ninoslavu:

Az rab' boži Matej a odmilom Ninoslav ban' bosn'ski veliki, kle se knezu dubrovačkomu Žan' Dan'dulu i vsej općini dubrova'čkoj. Takom' sm' se kletv'ju

klel', kakom' se je ban' Kulin' klel': da hodi Vlasi svobodno (i) ih' dobitk' tako kako su u bana Kulina hodili bez' vse habe i zledi; da ja kudi oblada, tudi se hodite prostrano i zdravo, a ja prijati kakore sam sebe i nauk davati od vse zledi (...). (Jalimam, 1997, str. 41).

Ovakve garancije bosanskih vladara nalazimo u svim poveljama u kojima se garantira lična i imovinska sigurnost tadašnjim strancima u Bosni i da je "vjera i riječ naša gospodska" značila slobodno i sigurno kretanje trgovaca, bilo da su takve povelje izdavali bosanski vladari ili bosanski vlastelini. Vrlo često se istovremeno, u darovnim poveljama o darivanju zemljišta garantira i "vjera gospodska" (lična i imovinska sigurnost), ali i "milost", darivanje baština "svojim slugama plemenitim".

Ugarski kralj Ludovik je 1357. godine od bosanskog bana Tvrtka I Kotromanića tražio dijelove Bosne (zapadnu Hercegovinu i Završje) kao miraz za svoju suprugu, kraljicu Elizabetu (kćerku Stjepana II Kotromanića) podržavši neke bosanske vlasteline u pobuni protiv bana Tvrtka. Jedan od rijetkih, Tvrtkovih "vjernih sluga", bio je i knez Vlatko Vukoslavić (1326–1357) kome je Tvrtko dao "vjeru gospodsku":

Vira gospodina Tvrtka, milostiju božjom bana bos'nskog i njegova srdčnoga brata gospodina kneza Vlka i njiju matere počtene gospoje Jeline i njih vlastel: ... knezu Vlatku Vlkoslaviću i njegovu sinu Vlkoslavu i njegovu ostalomu, da mu ni uzroka u njegovi bratučedi (...). (Perojević, 1998a, str. 294).

Autoritet i djelotvornost "vjere gospodske" kojom se garantira darovana baština, nisu mogle narušiti nikakve optužbe i klevete protiv primalaca baštine, pa čak i njegovi učinjeni prestupi ("ako u čemu sagriješi"), jer može da se opravda ("opravi") pred dobrim ljudima ("Dobrim Bošnjanima"), odnosno da oni njegov prestup "ogledaju". Pravo "ogledanja", odnosno suđenja vlastelinu za "nevjeru" vršilo je tijelo koje su sačinjavali vlastelini i pripadnici Crkve bosanske, gdje se najčešće spominje "bosanski did". Kada se u poveljama govori o "vjeri gospodskoj", one se najčešće izdaju u prisustvu dostojanstvenika Crkve bosanske (*domus patarenorum*). Na taj način, Crkva bosanska je veoma efikasno osiguravala svoj status u državnom aparatu srednjovjekovne Bosne bivajući arbitar u sukobu vladara i vlastele.

Kada se govori o sporovima pred "dobrim ljudima", "Dobrim Bošnjanima" koji se u poveljama nazivaju i svjedocima, najčešći broj je dvanaest, koji svoje tvrdnje dokazuju zaklinjanjem. Oni postaju arbitri (sudije) u slučaju da na vlastelina padne sumnja za nevjeru (počini "krivinu"), "za što bi vrijedno bilo plemenitu čovjeku glavu odsići". "Vjera gospodska" se može uskratiti i

baština oduzeti samo u slučaju vlastelinovog nevjerstva. To dodatno potvrđuje neprikosnovenost vlastelinovog vlasništva nad poklonjenom baštinom.

"Vjera gospodska" ima i nasljedni karakter, jer vlastelinovi nasljednici nasljeđuju sve garancije koje je imao i njihov predak, s tim da su i bosanski vladari, gotovo uvijek, "vjeru gospodsku" koju su dali njihovi preci, samo potvrđivali prilikom stupanja na prijestolje.

Kada govorimo o svjedocima ili onima koji "ogledaju" prestupe, u poveljama se pojavljuju "dobri ljudi" ili "dobri Bošnjani" uopće, dobri ili plemeniti ljudi koji su se zakleli ili učestvovali u zadavanju "vjere gospodske", zajedno sa vladarom, vlastela iz pojedinih oblasti Bosne, i na kraju, dostojanstvenici Crkve bosanske.

Vojvoda Juraj Vojsalić, sinovac vojvode Hrvoja Vukčića Hrvatinića (1380–1416) iz Donjih Kraja, 12. augusta 1434. godine, potvrđuje baštinu vojvodi Pavlu Jurjeviću, koju mu je ranije oduzeo vojvoda Sandalj Hranić. Sandalj Hranić je bio poznat po bezobzirnosti želeći uvećati svoj teritorij zapadno od Drijeva na Neretvi sve do rijeke Cetine. "Otimanje posjeda, kršenje starih prava bosanskog kralja i pojedinih feudalaca bilo je na dnevnom redu. To je, svakako, posljedica razvoja feudalizma u bosanskoj državi. U tom se isticao Sandalj, koji je izgledao kao suvereni gospodar. On se nije zaustavljao na rijeci Cetini, nego je pretendovao i na područje doline rijeke Zrmanje." (Vego, 1980, str. 145)

Po dotadašnjim običajima, garanciju lične i imovinske sigurnosti Pavlu Jurjeviću garantirao je u povelji, "riječju gospodskom", sam Juraj Vojsalić, sve dok ne počini "nevjeru". Garancije je predao u "ruke crkvene", ali franjevačkom vikaru i fratrima. U ovom slučaju, uloga franjevačkog vikara i fratara može se tumačiti činjenicom da su i izdavač povelje i uživalac baštine, koja mu je prethodno bila oduzeta, bili katolici. Da li je u pitanju primjena čuvenog franjevačkog pravila da djeluju u skladu s prilikama mjesta i vremena (*secundum loca et tempore*)? Naime, čuveni hrvatski medievalist, Franjo Šanjek, tvrdi da je još 1373. godine papinska komisija odobrila bosanskim franjevcima sudjelovanje s izopćenim raskolnicima i krivovjercima u Božjim službama, riječima, hrani i ostalom. "Čini se da su obraćenici na katolicizam i dalje iskazivali počasti predstavnicima hijerarhije Crkve bosansko-humskih krstjana." (Šanjek, 1975, str. 129)

Krajem XIV i početkom XV stoljeća, u vladarskim poveljama bosanskih vladara, umjesto ranije "vjere gospodske" sve više se javlja termin "vjera krstjanska", što najvjerovatnije znači obećanje zaštite i garanciju lične i

imovinske sigurnosti koju pruža Crkva bosanska i njen vrhovni starješina – bosanski djed (did). Bosanski djed, zajedno s dvojicom strojnika i određenim vlastelinima ("Dobrim Bošnjanima") utvrđuje krivicu u slučaju "nevjere", pa se ponekad u poveljama spominje i "vjera dedinja", pa i "vjera krstjanska", kao obećanje "zaštite i jemstva od strane crkve bosanske i njenog starešine – djeda". Stjepan Rajković se predaje u "veru dedinju(!) i vse Cr'que Bosanske i vse k'rst'ane da mu je ruka i da mu se ne more sv'rći vera k'rstjanska ni za jedin uzrok (...)" (Ćirković, 1997, str. 329)

Praksa garantiranja "vjere dedinje" i "vjere krstjanske" preživjet će sve do propasti Bosanskog kraljevstva. Tako će gorljivi katolik, kralj Stjepan Tomaš (1443–1461), u povelji koju je izdao 22. septembra 1446. godine sinovima vojvode Ivaniša Dragišića, potvrditi "riječ gospodnju" pred Crkvom bosanskom, navodeći:

(...) da im se toj ne ima poreći ni potvoriti ni na manje donesti ni za jednu neviru ni zgrihu kraljevstvu našemu, što ne bi ogledano gospodinom didom i crkvom bosanskom i dobrimi Bošnjani. I s tim i sa vsim više pisanim pridasmo ih gospodinu didu Miloju i didu kon (nakon) dida u ruke crkovne (...) (Jalimam, 1997, str. 52; Vego, 1982, str. 184; Šanjek, 1972, str. 95).

Dakle, did Crkve bosanske, Miloje, pojavljuje se kao jamac donacionih prava braći Dragišić koje je izdao kralj Tomaš, (Spahić, 2016, str. 80; Perojević, 1998c, str. 514) koji je, upravo bio poznat kao progonitelj pripadnika Crkve bosanske s ciljem da se približi papi očekujući njegovu pomoć pred naletom Osmanlija. Jasno je da je Stjepan Tomaš političkom mudrošću želio izbjeći sukob sa Crkvom bosanskom i nastojao se opravdati političkim prilikama i utjecajem bosanskih krstjana i Crkve bosanske. Sinovi vojvode Dragišića bili su pripadnici Crkve bosanske, a kralj Stjepan Tomaš katolik: ovakav tekst povelje bio je državni razlog, nužda, jer je kralj imao previše protivnika (bosanski krstjani, papa, Osmanlije, bosanski vlastelini) a moglo bi se tumačiti i činjenicom da je kralj Tomaš bio zet Stjepana Vukčića Kosače (1405–1466) koji, za potrebe vlastitog opstanka i čuvanja vlasti u to vrijeme, mijenja tri vjerske denominacije, prema potrebi: krstjanin, pravoslavac, katolik. Katolička crkva i papa ga nazivaju "prefrigani pataren". Sasvim je prirodno da su i konvertiti na katoličanstvo i dalje iskazivali poštovanje i počasti predstavnicima Crkve bosanske. Uvjerenje se ne mijenja brzo kao odjeća, osim interesno. "Franjevački su misionari, naime uskratili sakramente bosanskom kralju Stjepanu Tomašu, jer se ovaj klanjao predstavnicima krstjana. Kralj je svoj gest nastojao opravdati činom lijepog ponašanja i političkim prilikama u svojoj državi, gdje su bosansko-humski krivovjerci bili vrlo utjecajni" (Šanjek, 1972, str. 129).

Da li u činjenici da dostojanstvenici Crkve bosanske učestvuju u tijelima koja prosuđuju ("ogledaju") krivicu vlastelina bosanskih možemo tražiti moć i utjecaj Crkve bosanske u bosanskoj srednjovjekovnoj državi, na vladarevom dvoru ili dvorovima krupne vlastele? "Vlastela nije podržavala bosansku crkvu iz pobožnosti i religioznog fanatizma (primeri nejasnog konfesionalnog držanja pojedine vlastele odavno zbunjuju naučnike), već je podržavala zbog toga što je bosanska crkva bila stvarni jamac njenih staleških prava koja su se lagano izgrađivala. Bez učešća na saboru, u tišini i povučenosti, bosanska crkva je važila kao čuvar zakona, pravde i vlasteoskih prava i bila neophodan elemenat u bosanskom državnom organizmu." (Ćirković, 1997, str. 331)

Očito je da je "vjera gospodska" bila veoma ukorijenjena u društvenim odnosima srednjovjekovne Bosne. To najbolje potvrđuje pismo djeda Crkve bosanske dubrovačkoj vlasteli, u kom se navodi da je kralj Stjepan Ostoja (1398–1404. i 1409–1418) oduzeo zemlje vojvodi Pavlu Klešiću, koji je pobjegao u Dubrovnik. Djed Crkve bosanske u svom pismu Dubrovčanima tvrdi da je kralj Stjepan Ostoja oduzeo zemlje bez Klešićeve "krivine". Takvu odluku, protiv kraljeve zloupotrebe "vjere gospodske", donijelo ("ogledalo") je tijelo, sastavljeno od djeda Crkve bosanske, krstjana i vlastele, što samo potvrđuje nezavisnost ovakvog "suda" i običajnopravnu snagu instituta "vjere gospodske", čak kada je zloupotrebljava i bosanski vladar. Upravo zbacivanje kralja Stjepana Ostoje 1404. godine s bosanskog prijestolja, koji se ogriješio o "vjeru gospodsku", ne poštujući zadatu riječ o dodjeli baština, pokazuje da je vlastela iskoristila ovaj institut i zaštitila svoja prava, vrativši Pavla Klešića u Bosnu i osiguravši mu povratak njegovog imanja, što je i navedeno u povelji bosanskog kralja Stjepana Ostoje:

Ostoja ... kralj Srbljem, Bosni i k tomu ... prizvasmo k sebi vojevoda Pavla Klešića i dasmo mu vse onoj, što je godir njegovo bilo ... i složivše grada Visućega i s onim što je primorja pod Visući bilo, a za toj hoćemo dati vojevodi Pavlu zaminu podobnu. A vratismo mu njegov grad u Dlamoči i vse njegovo što je u Dlamoči bilo. I u Dumni i u Bosni ... I s timi ga s vsim pridasmo gospodinu didu i njegovim strojnikom i vsoj crkvi bosanskoj u njih ruke i u njih obarovanije i da mu se ne učini nikdare jedno hudo, što bi ga ne ogledala crkva bosanska i vlastele bosansci. Pisano pod Visocim u nedilju na Vodokršće (…) (Perojević, 1998b, str. 404–405; Stojanović, 1929, str. 434).

Ove i mnoge druge povelje pokazuju značaj Crkve bosanske i njenog djeda u društveno-političkom životu srednjovjekovne Bosne. Oni svojim autoritetom, koji gotovo niko u Bosni ne osporava, posreduju u raznim sporovima između bosanskog vladara i vlastele, ali i bosanskih vladara i vlastele s Dubrovnikom. To pokazuje i gore navedena povelja u kojoj djed Radomir javlja

Dubrovčanima da je uspio riješiti sukob između bosanskog kralja Ostoje i vojvode Pavla Klešića, sugerirajući im da i oni na isti način postupe. Značaj funkcije djeda Crkve bosanske najbolje potvrđuje činjenica da on "prisustvuje zborovima velikaša i sudjeluje u raspravama o političkim i društvenim prilikama bosanske države. Djed je savjetnik vladara i kao glavni svjedok stavlja svoj potpis na kraljevske povelje. Napokon, djedu bosanskih krstjana obraćaju se stranke kao osobi koja će njihovim pravnim aktima dati legalitet, pravnu snagu (*publica fides)*. Na taj način se potvrđuje činjenica da je Crkva bosanska, odnosno, djed Crkve bosanske uživao javno povjerenje" (Šanjek, 1972, str. 120).

Međutim, mora se naglasiti da bosanska vlastela, gotovo uvijek, svoju "vjeru gospodsku" prilikom dijeljenja baština mora potvrditi na Rusagu bosanskome (Stanak, Sabor, Bosna, Sva Bosna...) jer je on izvor suvereniteta (*ius imperii*) i vrhovne moći (*i ono što imaju od kralevstva bosanskoga*). To se pogotovo dešavalo kada se ustupala državna, bosanska teritorija (prodaja Konavala, Pelješca, itd.). "Značaj uloge vlastele u ovom pitanju je i naročito podvučen time što izjavu pred kraljem daje jedan od njenih istaknutih pretstavnika." (Dinić, 1955, str. 43). Svoje pravo nad "plemenštinom" svaki bosanski vlastelin izvodio je iz feudalne hijerarhije tadašnjeg srednjovjekovnog bosanskog društva, svojim nižim položajem, hijerarhijom, u odnosu na bosanskog vladara.

Institutom "vjere gospodske" i njenom sadržinom u srednjovjekovnoj Bosni se bosanskoj vlasteli garantirala lična i imovinska sigurnost, na način kako se to plemstvu, u drugim feudalnim državama, garantiralo zakonima i općim privilegijama, što je za posljedicu imalo osiguranje staleških prava feudalnog plemstva. Garancija lične i imovinske sigurnosti bosanske vlastele putem "vjere gospodske", zajedno sa srednjovjekovnim bosanskim državnim saborom (stankom), potvrda su, da se srednjovjekovna bosanska država kretala u pravcu izgradnje, od patrimonijalne do staleške feudalne države.

Bibliografija

1. Babić, A. (1972). *Iz istorije srednjovjekovne Bosne*. Sarajevo: Svjetlost.
2. Ćirković, M. S. (1997). *Rabotnici, vojnici, duhovnici – Društva srednjovekovnog Balkana*. Beograd: Equlibrium.
3. Dinić, J. M. (1955). *Državni sabor srednjovekovne Bosne*, Knjiga CCXXXI (Nova serija – Knjiga 13). Beograd: SANU.
4. Jalimam, S. (1997). *Izvori za historiju srednjovjekovne bosanske države*. Tuzla: Historijski arhiv.

5. Jokanović, V. (1954). *Prilog izučavanju bosanskog feudalizma*. Sarajevo: Naučno društvo NR Bosne i Hercegovine.

6. Perojević, M. (1998a). Ban Stjepan Tvrtko. U: *Povijest Bosne i Hercegovine*, Sarajevo: HKD Napredak, 286–312.

7. Perojević, M. (1998b). Stjepan Ostoja. U: *Povijest Bosne i Hercegovine*, Sarajevo: HKD Napredak, 374–412.

8. Perojević, M. (1998c). Stjepan Tomaš Ostojić. U: *Povijest Bosne i Hercegovine*, Sarajevo: HKD Napredak, 505–554.

9. Samardžić, Đ. (1962). Opšti pogled na feudalnu državu, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, (X) 283–289.

10. Solovjev A. (1949). Vlasteoske povelje bosanskih vladara, *Istorisko-pravni zbornik,* 1 (I), Pravni fakultet u Sarajevu, 79–105.

11. Spahić, M. (2016). *Bosanska kraljevina sredinom XV vijeka – kralj Stjepan Tomaš*. Zagreb – Sarajevo: Bošnjačka nacionalna zajednica za Grad Zagreb i Zagrebačku županiju i Naučnoistraživački institut "Ibn Sina".

12. Spaić, V. (1949). O baštinskom sistemu u srednjovjekovnoj Bosni. *Istorisko-pravni zbornik* 1 (I), Pravni fakultet u Sarajevu, 107–115.

13. Stojčević, D. & Romac, A. (1969). *Dicta et regulae iuris*. Beograd: Savremena administracija.

14. Stojanović, Lj. (1929). *Stare srpske povelje i pisma I*, Beograd – Sremski Karlovci.

15. Šanjek, F. (1975). *Bosansko-humski krstjani i katarsko-dualistički pokret u srednjem vijeku*. Zagreb: Kršćanska sadašnjost.

16. Vego, M. (1980). *Iz istorije srednjovjekovne Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Svjetlost.

17. Vego, M. (1982). *Postanak srednjovjekovne bosanske države*. Sarajevo: Svjetlost.

Dr. Enes Durmišević
Full professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
e.durmisevic@pfsa.unsa.ba

ON SOME POSTULATES OF FEUDAL CUSTOMARY LAW IN BOSNIA

Summary

Bosnian feudal state is characterised by the weakness of central authority, hierarchy and division of feudal property, territorial fragmentation, and continuous wars with its neighbours as well as mutual struggles and conflicts amongst the nobility and between the nobility and the Bosnian ruler. Bosnian medieval state was a monarchy dominated by central bodies of authority: the ruler (known as ban, and since the coronation of Tvrtko I Kotromanić in 1377, the king) and the assembly (Stanak, Bosanski stanak, Bosna, Sva Bosna, Rusag, Bosanski rusag). The law as an expression of state authority, considering its basic function, served the interests of the ruling class in the then Bosnian medieval society. The ruling class primarily consisted of Bosnian rulers (bans and kings) and nobility ("Dobri Bošnjani - Good Bosnians"), primarily higher nobility (called velmože). Bosnian medieval law had the characteristics of early feudal law, and in line with that, legal regulations were most commonly regulated by customary law. The process of bestowal of state/ruler's ownership over the land in private property to Bosnian noblemen in medieval Bosnia is confirmed by many charters issued by the rulers, in which the Bosnian rulers, as well as Bosnian feudal masters as owners of the land, bestow it to certain persons, their vassals. In this long lasting process, the institutes of Bosnian medieval customary law called the "faithful service" and "noble faith" have been developed.

Keywords: *Bosnia, feudatory, nobility, "faithful service", "noble faith"*

Dr. Borislav Petrović
Redovni profesor
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
b.petrovic@pfsa.unsa.ba

UDK 343.293(497.6)
Izvorni naučni rad

Mr. Nermin Mrkaljević
Granična policija Bosne i Hercegovine, Sarajevo
mrkaljevicnermin@gmail.com

POMILOVANJE U POZITIVNOM PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE *DE LEGE LATA* I *DE LEGE FERENDA* AKTUELNA RJEŠENJA I PERSPEKTIVE

Sažetak

Pomilovanje kao "akt milosti" je kroz historiju, više od bilo kog instituta iz krivičnog prava, u teoriji i u praksi, izazivao pažnju prvo političke, a potom i naučne i stručne javnosti, te otvarao pitanja o socijalnoj, moralnoj i dimenziji pravde i pravičnosti, s obzirom na to da nadilazi sudski utvrđenu istinu. U radu će se prikazati pozitivna zakonska rješenja o pomilovanju u Bosni i Hercegovini, te kroz komparaciju s rješenjima u Republici Hrvatskoj, Srbiji i Sloveniji, kritički osvrnuti na stanje i perspektive aktuelnih rješenja u Bosni i Hercegovini. Pregledom dostupnih istraživanja u zemlji i okruženju, nisu pronađeni naučno utemeljeni rezultati praktične primjene ovog instituta u praksi, što je ujedno i glavno opredjeljenje za ovaj rad. Naučnom deskripcijom problema te klasifikacijom pozitivnih rješenja, nastojat će se ukazati na prediktivne vrijednosti rješenja u zemljama okruženja, prije svega kroz praksu ustavnih sudova. Na kraju rada će se diskutovati o aktuelnim rješenjima te kritički ukazati na potrebu praćenja trendova u razvoju ovog instituta krivičnog prava i mogućnostima unapređenja, uvažavajući prije svega praksu ustavnih sudova, te teorijska promišljanja o ovom institutu. Važnost instituta pomilovanja i povijesno naslijeđe, te vremenski kontinuitet kroz koji je odolijevao svim društvenim i inim promjenama, zaslužuje naučnu elaboraciju ovog problema i u Bosni i Hercegovini.

Ključne riječi: *pomilovanje, akt milosti, institut krivičnog prava, praksa ustavnih sudova*

1. Uvodna razmatranja

Pomilovanje i amnestija su "akti milosti" najviših organa državne vlasti, čija primjena predstavlja osnov za djelimični ili potpuni prestanak države na kažnjavanje (Damaška, 2003, str. 273). Oba pravna instituta imaju izrazito visok pravni domet, slični su, ali postoje višestruke razlike između njih. Pomilovanje je aktuelniji društveni i pravni problem u odnosu na amnestiju i vrlo često je podložno kritikama. Razlozi koji opravdavaju institute pomilovanja i amnestije prvenstveno su političke, zatim socijalne, moralne, humanitarne i na kraju pravne naravi. Evidentan je izrazito jak pravni efekat oba instituta, jer su iznad presude, s tim da je abolicija i iznad samog zakona. Politički razlozi su najčešće predmet kritike prvenstveno javnosti, koja se vrlo često graniči s osudom. Posebni državni interesi i politički razlozi nekad zahtijevaju da sudska presuda, iako je osnovana i zakonita, bude izmijenjena. Opravdava se to vrlo često teškim zbivanjima, sukobima i previranjima u društvu, radi smirivanja političkih strasti i podjela, izmjenama i zastarama zakona, kad to traže posebni obziri prema osuđenoj osobi i njegovoj obitelji, nagrada i poticaj za dobro vladanje osuđenog u toku izvršenja kazne. Važnost ovih instituta i povijesno naslijeđe te vremenski kontinuitet kroz koji su odolijevali svim društvenim i inim promjenama, zaslužuju naučni pristup izučavanju, posebno pomilovanje, koje je aktuelniji društveni i pravni problem u odnosu na amnestiju.

Pomilovanje dolazi od francuske riječi *le pardon* što znači opraštanje ili darovanje od strane vladara, dok pojam amnestija dolazi od grčkog pojma *amnestia,* što znači zaborav, čime su Grci označavali mjere kojima su zaboravljali na kažnjivost zločina (Rašić, 2013, str. 18).

Osim što se ovi instituti razlikuju prema svom donositelju, razlikuju se i prema pravnim efektima koje izazivaju, s tim da amnestija proizvodi jače pravne efekte od pomilovanja, s obzirom na to da može uključivati i aboliciju. Pomilovanje je oprost kazne, efekti pomilovanja djeluju *ex nunc* (Kurtović, 2003). Bez obzira na efekte, pomilovanje izaziva veće kontroverze, s obzirom na to da se od amnestije razlikuje i po tome što postoji sudska kontrola valjanosti i zakonitosti sudskog rješenja. Amnestija je akt koji donosi najviše predstavničko tijelo vlasti, tj. zakonodavno i to u obliku zakona. S obzirom na to da se donosi u obliku zakona, amnestiju mogu predložiti osobe, odnosno tijela koja imaju pravo zakonodavne inicijative, odnosno pravo predlaganja donošenja zakona. Za razliku od amnestije, pomilovanje nije zakonodavni akt, ne donosi se u formi zakona; pomilovanje je u biti upravni akt (odluka) javnopravnog karaktera koji/u donosi najviše političko izvršno tijelo na temelju diskrecijskih ovlasti. Tijelo koje donosi odluku o pomilovanju ne mora

navesti razloge za pomilovanje (Babić, Filipović, Marković & Rajić, 2005). Ovo se djelimično nastoji ublažiti objavljivanjem odluka o pomilovanju u javnim dokumentima. Nemogućnost cjelovitog uvida i ocjene primjene složenog, vrlo osjetljivog i danas, u naučnim i stručnim krugovima ocijenjenog kao upitnog pravnog instrumenta u funkcioniranju krivičnog pravosuđa, te oštre kritike i rasprave opće javnosti doprinijele su određenim promjenama ponajprije u politici primjene ovlasti pomilovanja. Opće karakteristike instituta amnestije i pomilovanja u jednoj zemlji, s obzirom na svoj značaj, ogledaju se u nekoliko elemenata kao što su: postupak i oblici pomilovanja, odnos oblika pomilovanja i vrste krivičnih djela i njihova ujednačenost, koliko su u funkciji ublažavanja kazne, zatim načini vrednovanja okolnosti relevantnih za kažnjavanje i sl. To su samo neki od mnogobrojnih razloga koji zahtijevaju naučnu i stručnu interpretaciju ovog pravno-političkog problema. Konsultirajući dostupnu literaturu i izvore u Bosni i Hercegovini, nisu nađena istraživanja novijeg datuma o primjeni navedenih instituta u praksi. Posljednje dostupno istraživanje je iz 2000. godine, rađeno u sklopu projekta procjene sudskog sistema pod nazivom "Amnestija i povratak", rađenog u okviru programa koje je finansirala Misija Ujedinjenih nacija u Bosni i Hercegovini (UN u BiH, 2000). Praktična istraživanja na ovu temu novijeg datuma nisu nađena ni u susjednoj nam Republici Hrvatskoj, osim onog rađenog 2004. godine (Palijaš & Komlen, 2004). S obzirom na to da je pomilovanje kako s teorijskog tako i sa praktičnog aspekta izuzetno interesantna i stalno problematizirana tema, to nam je cilj prije svega ukazati na zakonska rješenja ovog instituta u Bosni i Hercegovini, polazeći od hipoteze da su rješenja u zakonima o pomilovanju u Bosni i Hercegovini utemeljena na Ustavu BiH, entiteta i Brčko distrikta i kao takva adekvatna za primjenu u postojećim političko-pravnim okvirima. S druge strane, cilj nam je ukazati na različita tumačenja kod provedbe ovih rješenja u praksi, s obzirom na različit broj pomilovanih osoba na svim nivoima vlasti u Bosni i Hercegovini. Pokušat će se dati odgovor i kakve reperkusije ima na političko-pravni ambijent u Bosni i Hercegovini. S obzirom na to da se pomilovanje oblikovalo kroz historiju, to će se prvo ukazati na etiološku dimenziju kroz preglede razvoja ovog instituta.

2. Pomilovanje kroz historiju

2.1. Razvoj instituta pomilovanja od antičkog do savremenog doba

Pomilovanje je prije svega krivičnopravni, ali i kriminalnopolitički i penološki institut. Počinitelju krivičnog djela zakonom je omogućeno da izbjegne

kažnjavanje u cjelini ili djelimično za počinjeno krivično djelo (Blagojević, 2007). Pomilovanje predstavlja izuzetak od apsolutnih zahtjeva pravde i principa pravičnosti (Horvatić, 2003, str. 253). U svakom slučaju, riječ je o institutu koji ima dugu historijsku tradiciju. Značajno je napomenuti da su instituti amnestije i pomilovanja stari koliko i izvori civiliziranog društva, a traju još od antičkih vremena. Prvi oblici milosti potiču još od vremena Babilona, preko Grka i Rimljana do današnjeg vremena (Kurtović, 2005, str. 547). U Hamurabijevom zakoniku postojala je mogućnost da kralj pomiluje preljubnika. Tako je, npr. u članu 129. propisano da će se udana žena, uhvaćena u preljubu, zajedno s drugim čovjekom osuditi na smrt bacanjem u vodu. No, ukoliko gospodar žene (muž) pomiluje ženu, kralj ima pravo također pomilovati preljubnika (Kurtović, 2005). Petnaest stoljeća nakon Hamurabija, u antičkoj Grčkoj pojavila se amnestija kao oblik milosti. Interesantno je da se riječ pomilovanje ne nalazi kod Grka, ali jedan od primjera govori da je za pomilovanje osobe trebalo sakupiti 6.000 potpisa građana da bi se dobio oprost (Rašić, 2013, str. 3). U rimskom pravu postoje mnogi pojmovi koje povezujemo s milošću kao što su *clementia, venia i abolitio.* Gaj Julije Cezar je bio poznat po tome što je pomilovao protivnike iz vlastitih redova. Tako je, nakon povratka iz Španjolske, Cezar dao pomilovati sve koji su se borili protiv njega i pored toga što su Ciceron i drugi bili vođe urote koja je rezultirala atentatom na Cezara (Rašić, 2013, str. 4). *Abolitio publica* institut je iz rimskog perioda koji je obuhvatao amnestiju i pomilovanje. Sintagma Matije Vlastara – značajan spomenik vizantijskog krivičnog prava – predviđa da se smrtna presuda ne može izvršiti dok se od cara u roku od 30 dana ne dobije pomilovanje ili konfirmacija (potvrđivanje) presude.

I Dušanov zakonik u čl. 112. i 115. govori o amnestiji vladara (dakle o pomilovanju suverena) za odbjegle ovisne seljake – merophe (Jovašević, 2000). Historijski posmatrano, rimsko pravo je razvilo najsloženije i najsavršenije pravne institute u ovom području, što će značajno uticati na kasniji razvoj ovih instituta u kontinentalnoj Evropi. Kanonsko pravo poznaje opće ideje oprosta, te pravni institut dispensa – otpuštanje od zakona. Dispensa se definira kao blagonakloni čin zakonodavne vlasti, jer zakonodavac isto onako kako može propisivati zakone, može te iste zakone ukinuti ili opozvati, te na taj način prekršitelje osloboditi obaveza koje su nametnute zakonom (Rašić, 2013). Reskript ili otpis također je institut kojim se stvaralo partikularno ili privatno pravo pa je tako postojao reskript milosti, reskript pravde i mješoviti, gdje je ovlast reskripta data Svetoj Stolici, bez ikakvog sudskog postupka (Crnica, 1937, cit. prema Kurtović, 2005).

Srednjovjekovno pravo razlikuje samo krug donositelja akata milosti, dok se oni suštinski ne razlikuju od prethodnih perioda. U srednjem vijeku pravo

pomilovanja pripadalo je monarhu, kao nositelju suverene vlasti, i Rimokatoličkoj crkvi, dok su u nekim područjima i lokalni vladari imali mogućnost pomilovanja. Pojavom parlamenta pravo da daje pomilovanje pripalo je parlamentu. Milost u srednjovjekovnoj Evropi iskazivana je uglavnom u posebnim trenucima, kao što su rođenja nasljednika ili povodom vojnih pobjeda, dok je crkva bila milostiva posebno u vrijeme vjerskih blagdana (Rašić, 2013). Razvoj nauke krivičnog prava u XIII stoljeću dovodi do kritike srednjovjekovnog krivičnog prava, gdje se između ostalog govori o nejednakosti između primjene pomilovanja i načela jednakosti građana pred zakonom, zatim principima podjele vlasti (Bekarija) te protivljenju davanja pomilovanja kada jedan podanik učini nepravdu prema drugom, pa bi pomilovanje jednog od njih predstavljalo nepravdu prema podanicima (Kant). Interesantan je bio način pomilovanja u Dubrovačkoj republici u 16. stoljeću. Pomilovanje se temeljilo na sistemu privilegija, tako da su nositelji tih pogodnosti mogli da neku osobu koja je počinila zločin učine nositeljem pomilovanja. To pravo se moglo prenositi i na druge osobe poslovima *inter vivos* i *mortis causa*, iako se to smatralo nemoralnim činom. Isprava koja je bila dokaz za privilegiju posjedovanja prava pomilovanja unosila se u notarske knjige (Kesterčanek, 1978, str. 19).

Preteče savremenih oblika milosti *su individual pardon i pardon* za velike grupe ljudi, kao npr. pomilovanje pobunjenika i sl. U Engleskoj je pomilovanje kritizirano ponajviše zbog široke primjene prema saučesnicima kako bi se privoljeli da svjedoče protiv počinitelja krivičnog djela. Jedinstveni krivični zakonik iz 1870. godine i Zakon o krivičnom postupku unificirali su njemačko krivično zakonodavstvo na način da su sva pitanja u vezi s pomilovanjem prešla u nadležnost njemačkog cara. S obzirom na to da je njemačka državna uprava imala podijeljene nadležnosti, po pokrajinama, tako je podijeljena nadležnost i za davanje pomilovanja. Članom 452. StPO iz 1987. godine propisano je da u krivičnim predmetima u kojima je u prvom stepenu sudovanje vršila savezna država, pravo na davanje pomilovanja pripada saveznoj državi. U svim drugim slučajevima pravo pomilovanja pripada državama članicama savezne države (Jovašević, 1999, str. 273).

U Francuskoj je pomilovanje predstavljalo atribut kraljeva odnosno njihovog suvereniteta s obzirom na njihovu neograničenu vlast. Apsolutna vlast, između ostalog gušenje osnovnih ljudskih prava i sloboda, dovela je do Francuske buržoaske revolucije 1789. godine. Preširoka (zlo)upotreba pomilovanja dovela je do toga da je nakon Revolucije ukinut institut pomilovanja, što je bilo propisano i Krivičnim zakonikom iz 1791. godine, članom 7 (Živanović, 1937, str. 410).

Ponovno uvođenje pomilovanja u Francuskoj pratila je promjena nadležnosti za davanje pomilovanja, pa je tako umjesto monarha ta uloga data prvom konzulu, čime je pomilovanje postalo akt upravne vlasti. S tim u vezi interesantno je napomenuti da u vrijeme ukidanja pomilovanja amnestija nastavlja egzistirati, s obzirom na to da je ona bila vezana za predstavničke organe vlasti. Ukidanje pomilovanja bilo je rezultat uništavanja svega što je bilo vezano za kraljevsku apsolutnu vladavinu, ali je ipak nakon određenog vremena reaktivirano, nakon smirivanja revolucionarnog naboja među građanima. Zakonom iz 1871. godine i Ustavom iz 1875. godine pomilovanje je utemeljeno u najvišim pravnim aktima Francuske i ovlast je data šefu izvršne vlasti (danas predsjednik) koji ga donosi dekretom. Pored ovog, u Francuskoj postoji još jedan institut koji bi se mogao svrstati između amnestije i pomilovanja (*la grace amnestiante*), gdje predstavničko tijelo daje amnestiju, ali prepušta izvršnom organu da odredi osobu koja zaslužuje da bude amnestirana (Srzentić, Stajić & Lazarević, 2009).

Pomilovanje u Sjedinjenim Američkim Državama (u daljem tekstu SAD) regulirano je kako u Ustavu SAD-a tako i u ustavima država članica. Institut pomilovanja podijeljen je između saveznih organa i organa država članica Američke federacije. Za krivična djela iz nadležnosti saveznog zakona, pravo na davanje pomilovanja dato je predsjedniku SAD-a, a za krivična djela iz zakona država članica nadležnost je u rukama guvernera. Svaka od država članica u okviru svojih ustava regulira pitanje pomilovanja koje je u nadležnosti guvernera svake od njih, osim u slučaju diskvalifikacije od strane Kongresa. U SAD-u, pomilovanje ima šire dejstvo nego što je to slučaj u drugim zemljama. Naime, u pravu nekih država SAD-a, guverner ima pravo neku osobu pomilovati i to kao zamjenu za puštanje na uvjetnu slobodu, čime se pomilovanoj osobi vraćaju i neka građanska prava koja se uvjetnom osudom ne mogu povratiti, što je itekako u interesu osuđenika. Politika pomilovanja u SAD-u je veoma restriktivna, ali se vrlo često koristi u predizbornim kampanjama. Tako je bivši predsjednik Bill Clinton zadnjeg dana obavljanja funkcije predsjednika dodijelio 141 pomilovanje, a guverner države Ilinois je 1996. godine pomilovao osuđenicu na smrt Gerner Garsiju, koja nije tražila pomilovanje, obrazlažući to na način da odgovornost države nije da ispunjava želje osuđenika već da osigura pravilno korištenje smrtne kazne.

Nakon kraćeg pregleda razvoja instituta pomilovanja kroz historiju, cilj je prije svega ukazati i na pravce razvoja instituta pomilovanja u Bosni i Hercegovini, koji je opet svoj današnji oblik naslijedio iz pravnog sistema bivše Jugoslavije.

2.2. Pravni okvir instituta pomilovanja do raspada Jugoslavije

Institut pomilovanja je prošao kroz različite etape, ali se uspio zadržati u svim političko-društvenim sistemima i oduprijeti se različitim oblicima uređenja krivičnog prava. U periodu do početka 20. stoljeća, prostori bivše Jugoslavije bili su pod okupacijom u različitim periodima kako s juga tako i sa sjevera. Sve do 1180. godine, kada su ovi prostori bili pod vizantijskom vlašću, tako je i vladalo rimsko-vizantijsko pravo. Između ostalih bili su i tada poznati neki od oblika pomilovanja od strane cara, kao što je pravilo da se smrtna kazna može izvršiti tek ako car u roku od 30 dana ne pomiluje osuđenika (Atanacković, 1988, str. 236). To je u pravilu značilo da je car mogao osloboditi po svom nahođenju i bez ograničenja počinitelje najtežih krivičnih djela. Milost se davala uglavnom u vrijeme velikih praznika kao što su Božić ili Uskrs. Na prostorima Srbije, nakon 1349. godine, donošenjem Dušanovog zakonika, po uzoru na vizantijsko pravo, odredbe koje se tiču pomilovanja na posredan način su bile uređene članovima 112. i 113. Zakonika kojima je bilo predviđeno davanje azila bjeguncima koji iz tamnice pobjegnu u carski dvor, a iz carskog dvora u Patrijarhov dvor. U članu 115. se navodi ako bi neka osoba koja je pod istragom ili koja je već osuđena, posjedovala "knjigu milosni carevi", tada ona nije morala biti predana gospodaru. Iz ovog člana se ne vidi ko je bio ovlašten da traži od cara "milost", pa se pretpostavlja da su to mogli učiniti i osuđeni i gospodar. Inače se ovo odnosilo na odbjegle seljake koji su se vraćali iz tuđe države na imanje drugog feudalca (Solovjev, 1980).

Nakon završetka Prvog svjetskog rata 1918. godine, stvaranje Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca nije značajnije uticalo na institut pomilovanja, s obzirom na to da su sve članice nove države zadržale svoje zakone iz prethodnog perioda. Vidovdanski ustav iz 1921. godine unio je neke novine vezano za primjenu instituta pomilovanja, ali i amnestije. Akt pomilovanja prema članu 54. Ustava iz 1921. godine morao je potpisati ministar pravde, tako da se pravo pomilovanja koristilo samo pod garancijom ministarske odgovornosti (Stefanović, 1925, str. 273). Karakteristika instituta pomilovanja iz tog perioda je da se Zakonom o uređenju vrhovne državne uprave iz 1929. godine, kao i njegovim izmjenama iz 1931. godine, ne predviđa da Narodna skupština da ministrima odobrenje za davanje pomilovanja, čime je nižim pravnim aktom tj. zakonom, ukinuto rješenje koje je predviđao Ustav kao najviši pravni akt jedne države (Blagojević, 2007, str. 58). Zakonom o kraljevskoj vlasti u Vrhovnoj državnoj upravi od 6. 1. 1929. godine bilo je regulirano pravo pomilovanja. Prema članu 3. istog zakona, kralj je mogao dati pomilovanje, dosuđenu kaznu oprostiti, smanjiti ili ublažiti (Čubinski, 1930, str. 91).

Stupanjem na snagu Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije, pomilovanje nije dobilo neku novu notu, osim što se uzgred spominjalo u nekoliko članova i to 8, 48, 90 i 300. Ovo stanje je bilo karakteristično sve do donošenja Zakona o davanju amnestije i pomilovanja iz 1945. godine. Uredbom o vojnim sudovima od maja 1944. godine, pravo amnestije i pomilovanja pripadalo je vrhovnom zapovjedniku na prijedlog Višeg vojnog suda, što je bio jedini pravni akt kojim je nadomještena praznina u ovoj oblasti. Valja napomenuti i da je nakon izbijanja Drugog svjetskog rata donesen Zakon o nevažnosti pravnih propisa donesenih nakon 6. aprila 1941. godine, a što se odnosilo i na institut amnestije i pomilovanja (Ivanović, 1982, str. 992).

Donošenjem novog Ustava iz 1946. godine, iste godine donesen je i novi Zakon o davanju amnestije i pomilovanja. Ovim zakonom izvršeno je razgraničenje kompetencija za davanje amnestije i pomilovanja, kao dva različita pravna instituta. Za davanje amnestije bila je nadležna Narodna skupština FNRJ (član 44. tačka 17. Ustava FNRJ), dok je za davanje pomilovanja bio nadležan Prezidijum Narodne skupštine FNRJ (član 74. tačka 7. Ustava FNRJ). Dalje, razgraničenja su postojala i u pogledu daljnjih nadležnosti između saveznih i republičkih organa, pa se tako nadležnost Prezidijuma Skupštine odnosila na davanje pomilovanja zbog povrede saveznog zakona, a kod povrede republičkog zakona nadležan je bio prezidijum republičkih skupština (Blagojević, 2007, str. 60). Krivičnim zakonikom iz 1947. godine, članom 94, bilo je propisano davanje rehabilitacije putem pomilovanja i amnestije, i to ako se putem ovih ustanova daje oslobođenje od glavne i sporedne kazne. Novim Krivičnim zakonikom iz 1951. godine, u članu 85, zadržane su odredbe o pomilovanju koje se bile na snazi iz Zakona o pomilovanju iz 1946. godine. Tada pomilovanje nije imalo dejstvo na povraćaj već konfiscirane imovine, što je utemeljeno na tadašnjoj sudskoj praksi (Blagojević, 2007, str. 64). Ustavnim zakonom iz 1953. godine ukidaju se nadležnosti Prezidijuma Skupštine, pa je nadležnost za odluke o pomilovanju prešla u nadležnost Saveznog i republičkih izvršnih vijeća. Saveznim Ustavom iz 1963. godine, nakon kojeg su doneseni i republički ustavi, unesene su određene novine. Između ostalog, data je ovlast predsjedniku države za davanje pomilovanja kod povrede saveznog Krivičnog zakona, s tim da je ostavljena mogućnost da se saveznim zakonom odredi da li će i kada tu nadležnost imati i drugi organi (Zlatarić, 1986, str. 295). Zbog usaglašavanja s Ustavom 1964. godine doneseni su savezni i republički zakoni o pomilovanju, kojima su razgraničene nadležnosti za davanja pomilovanja. Osnovni kriterij bila je visina izrečene kazne, na osnovu koje se vodio postupak za donošenje odluke o pomilovanju. Tako je predsjednik države davao pomilovanja za kazne strogog zatvora preko pet godina, kao i za maloljetnički zatvor, a isto tako i za presude vojnog suda, bez obzira na visinu kazne. Republičko izvršno

vijeće (vlada) bilo je nadležno za presude na kaznu manju od pet godina zatvora. Na razini tadašnjih republika formirane su komisije Republičkog izvršnog vijeća za pomilovanje koje su razmatrale molbe za pomilovanje, dok je pojedinačna rješenja donosilo Vijeće (Zlatarić, str. 321). Ustavnim amandmanom iz 1971. godine ustanovljeno je Predsjedništvo SFRJ na koji je prenesena i ovlast za davanje pomilovanja za krivična djela iz saveznog Krivičnog zakona. Predsjedništva republika i autonomnih pokrajina bila su ovlaštena za davanje pomilovanja u svojoj nadležnosti. U isključivoj nadležnosti Predsjedništva SFRJ bila je mogućnost davanja abolicije za bilo koje krivično djelo i svi oni slučajevi koji su već bili navedeni u ustavnim amandmanima iz 1971. godine (Petrović & Jovašević, 2005, str. 108).

U Bosni i Hercegovini je nakon sticanja neovisnosti bilo na snazi krivično zakonodavstvo bivše Jugoslavije, da bi nakon potpisivanja Dejtonskog mirovnog sporazuma 1995. godine, tek 1998. godine bio donesen Krivični zakon u Federaciji BiH, dok su entitet Republika Srpska (u daljem tekstu RS) i Brčko distrikt BiH (u daljem tekstu BDBiH) svoje krivične zakone donijeli 2000. godine. Tek u martu 2003. godine donesen je Krivični zakon BiH, a nakon njega i entitetski i krivični zakon BDBiH, nakon čega su donesene desetine izmjena i dopuna navedenih zakona.[1]

3. Normativno uređenje instituta pomilovanja u Bosni i Hercegovini

Odmah na početku valja naglasiti da Ustav Bosne i Hercegovine, kao dio Dejtonskog mirovnog sporazuma, propisuje samo amnestiju, a ne i pomilovanje.

Krivičnim zakonima u Bosni i Hercegovini propisan je pored ostalih i institut pomilovanja. Tako je pomilovanje propisano u odredbama člana 119. KZ BiH, člana 123. KZ FBiH, čl. 117. KZ RS i čl. 123 KZ BDBiH. Krivičnim odredbama propisan je pojam i sadržaj i ko ima ovlast za pomilovanja, dok je posebnim zakonima o pomilovanju detaljno propisan postupak pomilova-

[1] Krivični zakon Bosne i Hercegovine. Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10, 47/14, 22/15, Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine. Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine 36/03, 37/03, 21/04, 69/04 i 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, Krivični zakon Brčko distrikta, Službeni glasnik BDBiH, 10/03, 45/04, 06/05, 21/10, 52/11, Krivični zakon Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, 49/03, 108/04, 37/06 i 70/06, 73/10, 1/12 i 67/13.

nja koji se odnosi na podnošenje molbe, sadržaj molbe, organe nadležne za odlučivanje, donošenje i objavljivanje odluke o pomilovanju itd.[2]

Za razliku od Predsjedništva Bosne i Hercegovine koje nema ustavnu već zakonom propisanu nadležnost za pomilovanje, predsjednik Federacije Bosne i Hercegovine ima ustavnu nadležnost za davanje pomilovanja propisanu članom IV.B.3.7. a) (VI) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine. Isto tako, predsjednik Republike Srpske ima ustavnu nadležnost za davanje pomilovanja propisanu članom 80. tačka 5. Ustava Republike Srpske, dok nadležnost za davanje pomilovanja gradonačelnika Brčko distrikta Bosne i Hercegovine nije određena Statutom Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, već Zakonom o pomilovanju.

Stvorene su određene dvojbe kod primjene odredbi KZ BiH o pomilovanju koje je visoki predstavnik otklonio odlukom. Radilo se, naime, o mogućnosti pomilovanja unaprijed, odnosno oslobađanja od krivičnog gonjenja, što bi u prevodu značilo imunitet od krivičnog gonjenja. Takođe je od strane visokog predstavnika van snage stavljen Zakon o pomilovanju iz 2004. godine kojim nije bio propisan jasan postupak za davanje pomilovanja, što je moglo dovesti do proizvoljno datih pomilovanja, iz kojih razloga je i ukinut. (Zakon o stavljanju van snage Zakona o pomilovanju, Sl. glasnik BIH, br. 54/04). Stoga je 2005. godine i usvojen Zakon BiH o pomilovanju, kojim je propisano da su entiteti dužni da usklade svoje zakone o pomilovanju s ovim zakonom, a koji su, na što ćemo i ukazati, međusobno usklađeni. Zakon o pomilovanju koji je u primjeni od 2009. u Federaciji Bosne i Hercegovine predmet je osporavanja, jer su pojedine odredbe ovog zakona, od strane Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, proglašene kao neustavne. Naime, Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine donio je presudu kojom je utvrđeno da odredbe člana 2. Zakona o pomilovanju (Službene novine Federacije BiH, broj: 22/09), u dijelu koji glasi: "Prije donošenja odluke, Predsjednik će obaviti konsultacije sa zamjenicima Predsjednika Federacije Bosne i Hercegovine" i odredbe člana 3. u dijelu koji glasi: "niti za osobe koje su ranije dobile pomilovanje po ranije izrečenoj i izdržavanoj kazni zatvora", nisu u saglasnosti sa Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine (Anon, 2017).

Nakon presude Ustavnog suda, u toku 2015. godine, pripremljen je Nacrt zakona o izmjenama Zakona o pomilovanju, koji u osnovi nema značajnije razlike s trenutno važećim zakonom, osim u dijelu člana 2. i 3. za koje je

[2] U Bosni i Hercegovini na snazi su četiri posebna zakona o pomilovanju. Zakon Bosne i Hercegovine o pomilovanju (Sl. glasnik br. 93/05); Zakon o pomilovanju FBiH (Sl. novine br. FBiH 22/09); Zakon o pomilovanju RS (Sl. glasnik RS br. 34/06) i Zakon o pomilovanju Brčko distrikta BiH (Sl. glasnik BDBiH br. 13/07).

odlukom Ustavnog suda utvrđeno da se radi o neustavnim odredbama. Međutim, navedeni zakon još uvijek nije usvojen.

3.1. Sadržaj ovlasti pomilovanja u krivičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini

Najveći broj ustava u svijetu ne određuje direktno oblike i efekte pomilovanja, jer su ustavne odredbe obično opće i ne određuju precizno ni granice ni razloge ovlasti. Ta pitanja se uređuju krivičnim zakonodavstvom i posebnim propisima o pomilovanju (zakoni). Prema krivičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini u sadržajnom smislu ovlast pomilovanja obuhvata:

> (a) potpuno ili djelimično oslobađanje od izvršenja kazne ili zamjena izrečene kazne blažom kaznom ili uvjetnom osudom; b) ukidanje ili određivanje kraćeg trajanja izrečene mjere bezbjednosti zabrane vršenja poziva djelatnosti ili dužnosti; c) ukidanje ili određivanje kraćeg trajanja određenih pravnih posljedica osude; d) brisanje osude. Zakonom je izričito predviđeno da ukoliko je izrečena kazna dugotrajnog zatvora, pomilovanje se može dati tek nakon što je izdržano tri petine kazne (član 42. stav 7 KZ BiH).

3.2. Potpuno ili djelomično oslobađanje od izvršenja kazne ili zamjena izrečene kazne blažom kaznom ili uvjetnom osudom

Prvi oblik pomilovanja sastoji se u potpunom ili djelomičnom oslobađanju od izvršenja kazne. Kao i kod amnestije, i kod ovog oblika pomilovanja uvjet je da postoji pravomoćna presuda kojom je kazna izrečena te da kazna nije uopće izvršena ili da nije izvršena u cijelosti. U slučaju da se radi o zatvorskoj kazni koja se već izdržava, obustavit će se izvršenje kazne, tako da se kazna u preostalom dijelu neće izvršiti. Kada izvršenje kazne nije započeto usljed pomilovanja, prestaje mogućnost da se kazna uopće izvrši. Oslobađanje od izvršenja kazne može se odnositi i na glavnu kaznu i na sporedne kazne. Kazna maloljetničkog zatvora također može biti obuhvaćena pomilovanjem. Ako se osuđena osoba nalazi na izdržavanju kazne zatvora, u slučaju oslobađanja od kazne odmah se pušta na slobodu. U slučaju uvjetnog otpusta, uvjetni otpust se ukida, te se osuđena osoba oslobađa od izvršenja preostale kazne.

Kod zamjene izrečene kazne blažom kaznom riječ je o zamjeni izrečene kazne blažom kaznom po vrsti, a ne po mjeri. Aktom o pomilovanju prilikom

zamjene izrečene kazne blažom određuje se jedna od kazni predviđenih zakonom i to samo u okviru u kojem se po zakonu može izreći određena kazna, tj. u okviru njenog minimuma, odnosno maksimuma. Zamjena glavne kazne blažom kaznom aktom pomilovanja ne utječe na sporedne kazne, niti na sigurnosne mjere, kao ni na pravne posljedice osude ili brisanje osude.

Izrečena kazna se pomilovanjem može zamijeniti uvjetnom osudom (ovaj oblik pomilovanja predviđen je i krivičnim zakonima RS-a i BDBiH), dok je na razini Bosne i Hercegovine i Federacije BiH ova mogućnost predviđena samo zakonima o pomilovanju, a zamjena se vrši u skladu s pravilima koja inače važe za izricanje uvjetne osude, što podrazumijeva da je ova zamjena moguća samo u slučaju ako je počinitelju krivičnog djela izrečena kazna zatvora do dvije godine ili novčana kazna, te ako se ne radi o krivičnom djelu za koje se uvjetna osuda uopće ne može izreći. U slučaju ovog pomilovanja, uz izrečenu uvjetnu osudu određuje se i posebno vrijeme provjeravanja, a kod opoziva se primjenjuju ista pravila koja važe u slučaju kada se od strane suda u krivičnom postupku počinitelju krivičnog djela izrekne uvjetna osuda kao vrsta mjere upozorenja (Babić, et al., 2005).

3.3. Ukidanje ili određivanje kraćeg trajanja izrečene mjere sigurnosti zabrane vršenja poziva, djelatnosti ili dužnosti

Zakon je predvidio mogućnost pomilovanja samo za sigurnosnu mjeru zabrane obavljanja zvanja, djelatnosti ili dužnosti. Ova sigurnosna mjera može se izreći u trajanju koje ne može biti kraće od jedne ni duže od deset godina računajući od dana pravomoćnosti odluke (čl. 73. st. 2. KZ BiH). Navedena sigurnosna mjera pomilovanjem se može potpuno ukinuti, a može se odrediti i njeno kraće trajanje, ali ne ispod zakonskog minimuma trajanja (jedna godina). Međutim, ako se pođe od općeprihvaćenog stava da su mjere sigurnosti usmjerene na otklanjanje stanja i uvjeta koji mogu ponovo dovesti do činjenja krivičnih djela, pitanje je koliko je logična i oportuna mogućnost njihovog gašenja pomilovanjem, aktom nevezanim za materijalnopravne uvjete, zavisnim prvenstveno od diskrecione ocjene nadležnog organa čiji se rad ne može adekvatno kontrolirati.

3.4. Ukidanje ili određivanje kraćeg trajanja određene pravne posljedice osude

Ovaj oblik pomilovanja sastoji se u ukidanju ili određivanju kraćeg trajanja određene pravne posljedice osude. I ovaj oblik pomilovanja sadržajno je ta-

kođer djelimično različit od amnestije. Amnestijom se može ukinuti određena pravna posljedica osude, a pomilovanje, pored ukidanja određene pravne posljedice osude, obuhvaća i mogućnost skraćivanja, odnosno određivanja kraćeg trajanja pravne posljedice osude. Prema čl. 113. KZ BiH pravne posljedice osude mogu se sastojati u prestanku ili gubitku određenih prava ili u zabrani stjecanja određenih prava. Pomilovanjem se može ukinuti ili odrediti kraće trajanje svih ili samo pojedinih pravnih posljedica osude. U slučaju ukidanja pravnih posljedica osude, osoba na koju se odnosi pomilovanje stječe sva prava koja su joj oduzeta temeljem pravnih posljedica osude (Babić, et al. 2005).

3.5. Brisanje osude

Brisanje osude primjenom pomilovanja ima veći opseg od brisanja osude prema uvjetima predviđenim čl. 121. KZ BiH (brisanje osude). Naime, brisanje osude aktom pomilovanja nije ograničeno uvjetima predviđenim spomenutim članom; pomilovanjem se mogu brisati osude za sva krivična djela i bez obzira na visinu kazne izrečene sudskom odlukom, iz čega proistječe da se pomilovanjem mogu brisati i osude za koje prema općim pravilima o brisanju osude ne bi postojali uvjeti za brisanje osude iz kaznene evidencije. Davanjem pomilovanja sve osude koje su evidentirane u kaznenoj evidenciji se brišu, a osude koje još nisu evidentirane u kaznenoj evidenciji neće se ni evidentirati. Brisanje osude pomilovanjem nije ograničeno visinom izrečene kazne niti vrstom krivičnog djela za koje je izrečena osuda, osim krivičnih djela iz člana 3. Zakona. Brisanje osude pomilovanjem jednako djeluje kao brisanje osude po krivičnom zakonu (član 7. Zakona o pomilovanju, Sl. novine FBiH, br. 22/09).

4. Četiri zakona o pomilovanju u Bosni i Hercegovini

Zakonom o pomilovanju Bosne i Hercegovine propisano je ko je nadležan za davanje pomilovanja, krivična djela za koja se ne može dati pomilovanje, oblici pomilovanja i postupak u vezi s pomilovanjem za krivična djela iz nadležnosti Suda Bosne i Hercegovine te za koja krivična djela se može dati pomilovanje, a za koja kazne nije izrekao Sud Bosne i Hercegovine (stav 1). U stavu 2. propisno je da je organ nadležan za pomilovanje Predsjedništvo Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu Predsjedništvo). Pomilovanje se može osuđenim osobama dati za krivičnopravne sankcije koje je izrekao Sud BiH ili drugi sud u BiH kad je na njega Sud BiH prenio vođenje postupka, za krivičnopravne sankcije koje nije izrekao sud u Bosni i Hercegovini, a izvr-

šavaju se u Bosni i Hercegovini te za pravne posljedice osuda. Pomilovanje se ne može dati za krivična djela genocida, ratnih zločina ni zločina protiv čovječnosti, propisano je u stavu 3.

Pomilovanjem se, prema stavu 4, poimenično određenoj osobi daje potpuno ili djelomično oslobađanje od izvršenja kazne ili zamjenjuje izrečena kazna blažom kaznom ili uvjetnom osudom. Pomilovanjem se može ukinuti ili odrediti kraće trajanje izrečene mjere sigurnosti zabrane vršenja poziva, djelatnosti ili dužnosti, mogu se ukinuti pravne posljedice osude ili odrediti kraće trajanje te odrediti brisanje osude. Davanjem pomilovanja ne utiče se na prava trećih osoba koja se zasnivaju na osudi. U slučaju da se pomilovanjem zamjenjuje izrečena kazna uvjetnom osudom, primjenjuju se odgovarajuće odredbe krivičnog zakona o uslovima za izricanje osude, njenom djelovanju i opozivanju, s tim što se uz uvjetnu osudu ne određuje zaštitni nadzor niti se naređuje ispunjenje posebnih obaveza (stav 5 i 6). U pogledu brisanja osude, pomilovanje nije ograničeno visinom izrečene kazne niti vrstom krivičnog djela za koje je izrečena osuda, osim krivičnih djela za koja se ne može dati pomilovanje. Brisanje osude pomilovanjem ima isto djelovanje kao i brisanje osude po krivičnom zakonu.

U trećem poglavlju propisano je pokretanje postupka pomilovanja i djelovanje molbe za pomilovanje, pravovremenost i sadržaj molbe za pomilovanje, podnošenje i postupanje po molbi, podaci i informacije koje je neophodno prikupiti kod vođenja postupka pomilovanja. Utvrđeni su i razlozi zbog kojih se neće voditi postupak pomilovanja, sadržaj izvještaja o molbi, te postupak dostavljanja obrazloženog prijedloga. U petom poglavlju propisan je sadržaj odluke o pomilovanju, dostava i obavještenje odluke, objava odluke, te način obavještavanja Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine o odlukama o pomilovanju putem godišnjeg izvještaja. Vrlo važna je odredba iz člana 22, kojom je propisano da su entiteti i Brčko distrikt BiH dužni u roku od tri mjeseca od dana stupanja na snagu ovog zakona uskladiti svoje zakone i druge propise iz ove oblasti sa Zakonom.

Zakon o pomilovanju Federacije BiH usklađen je s odredbama Zakona o pomilovanju BiH, s obzirom na ustavnu nadležnost predsjednika Federacije BiH koji donosi odluku o pomilovanju uz konsultacije s potpredsjednicima Federacije BiH (stav 2). U pogledu nemogućnosti pomilovanja, razlika u odnosu na bh. nivo je da se pomilovanje ne može dati za lica koja su ranije dobila pomilovanje po ranije izrečenoj i izdržavanoj kazni zatvora.

Zakon o pomilovanju Brčko distrikta BiH (Službeni glasnik br. 20/07) takođe je usklađen s odredbama Zakona o pomilovanju BiH, s obzirom na

ustavne nadležnosti, gdje pomilovanje daje gradonačelnik Brčko distrikta BiH za krivičnopravne sankcije koje su izrečene od sudova Brčko distrikta Bosne i Hercegovine i za pravne posljedice osude. Pravosudno povjerenstvo dostavlja gradonačelniku molbu zajedno s izvještajem o molbi i obrazloženi prijedlog Pravosudnog povjerenstva na odluku o pomilovanju (član 16).

Zakonom o pomilovanju Republike Srpske (Službeni glasnik RS, br. 34/06) takođe je s obzirom na ustavne nadležnosti propisano da pomilovanje daje predsjednik Republike Srpske za krivičnopravne sankcije koje je izrekao sud u Republici Srpskoj te za pravne posljedice osude. Pomilovanje se prema članu 3. ne može dati za krivična djela genocida, ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti. U pogledu davanja pomilovanja, procedure i dalje, sve odredbe su usklađene sa Zakonom o pomilovanju Bosne i Hercegovine. Odluku o pomilovanju donosi predsjednik Republike, koji javnost obavještava putem sredstava javnog informiranja. Uz svaku odluku o pomilovanju u Službenom glasniku Republike Srpske objavljuje se i podatak da li je mišljenje suda koji je vodio prvostepeni krivični postupak, te prijedlog Ministarstva bio pozitivan ili negativan. Jednom godišnje predsjednik Republike obavještava Narodnu skupštinu Republike Srpske o odlukama o pomilovanju donesenim tokom prethodne kalendarske godine (čl. 19 i 20 Zakona o pomilovanju RS-a).

Primjena Zakona o pomilovanju u Federaciji ukazala je na različito tumačenje člana 2. Zakona, u pogledu obaveznih konsultacija s potpredsjednicima, o čemu je Ustavni sud Federacije, rješavajući u krivičnom predmetu, dao interesantno tumačenje.[3] U presudi između ostalog kaže: "apelant ističe da ništa od ovoga, niti bilo šta drugo što je u rješenjima navedeno kao dokaz o postojanju „osnovane sumnje", ne čini elemente bića krivičnih djela koja mu

[3] Prema Odluci Ustavnog suda o dopustivosti i meritumu u predmetu AP 1885/13 kako je navedeno: "iz dokaza Tužilaštva BiH „nesumnjivo proizlazi da je [apelant] u relativno kratkom periodu pomilovao oko 142 lica u proceduri koja nije u svemu u skladu za Zakonom o pomilovanju (bez konsultacija s dvojicom potpredsjednika), zbog čega je jedan potpredsjednik intervenirao, pa čak i pokrenuo postupak ocjene ustavnosti pomilovanja". Dalje, Sud BiH je obrazložio da "imajući u vidu činjenicu da je u Republici Srpskoj i na nivou države BiH u istom periodu pomilovanje bilo u samo po jednom slučaju", zbog čega "postoji osnovana sumnja da je [apelant] kršeći zakon i propuštajući da svoja ovlaštenja vrši na zakonit način demonstrirao najviši stepen neodgovornosti koji je u javnosti proizveo štetne posljedice u vidu podrivanja pravde i diskreditacije javne vlasti". Također, Sud BiH je istakao da se to dogodilo "u fazi procesa pridruživanja države BiH Evropskoj uniji kada se od države očekuje da pokaže posvećenost vladavini prava i čvrstu riješenost da reformira pravosudni sistem i uskladi ga sa najvišim evropskim standardima", a da je "pomilovanjima zahvaćen širok krug optuženih za raznovrsna i teška krivična djela, sa vrlo raznovrsnim oblicima pomilovanja [...]".

se stavljaju na teret. Naime, apelant ističe da mu Ustav Federacije BiH daje isključivu nadležnost da odlučuje o pomilovanjima. Zakon o pomilovanju, kako apelant dalje navodi, propisuje u članu 2. da „predsjednik daje pomilovanje nakon konsultacija sa potpredsjednicima FBiH“, ali tako propisane „'konsultacije' nisu konstitutivni element ustavnopravnog instituta pomilovanja“ i ne impliciraju obavezu „slijeđenja mišljenja konsultovanog“. Stoga, kako apelant navodi, „pravna težina 'konsultacija' nema apsolutno determinirajući značaj za donošenje odluke“ o pomilovanju. Također, apelant navodi i da je ovakva odredba Zakona o pomilovanju u suprotnosti s Ustavom Federacije BiH, jer je „ustavotvorac jasno propisao situacije u kojima se predsjednik, po Ustavu, mora konsultovati sa potpredsjednicima“, a pomilovanje nije u toj „zajedničkoj nadležnosti“ prema Ustavu Federacije BiH. Apelant ističe da je ovo važno cijeniti u konkretnom slučaju iako je „svjestan da Ustavni sud BiH nije nadležan da cijeni i utvrdi u ovom predmetu neustavnost“ odredbe člana 2. Zakona o pomilovanju. S obzirom na navedeno, apelant smatra da je Sud BiH sasvim paušalno utvrdio da postoji „osnovana sumnja“ da je on počinio krivična djela koja mu se stavljaju na teret, jer ne postoji niti jedan dokaz „koji apelanta direktno ili indirektno dovodi u vezu s radnjama izvršenja krivičnog djela, osim što se 'potencira' da je potpisivao pomilovanja, a što je apelantova ustavna nadležnost“. Također, apelant ističe da iz navedenih dokaza eventualno proizlazi osnovana sumnja u odnosu na neka druga lica, „ali to nije predmet ovog slučaja“.

Prema č*lanu IV.B. 7. Ustava, propisano je: „osim ako ovim ustavom nije drugačije utvrđeno:*
a) Predsjednik Federacije nadležan je za:[...] (VII) davanje pomilovanja za djela utvrđena federalnim zakonima, osim za ratne zločine, zločine protiv čovječnosti i genocida. b) Potpredsjednik Federacije nadležan je za:[...](II) saradnju sa Predsjednikom Federacije u onim situacijama u kojima je potrebno da Predsjednik zatraži njegovu saglasnost; [...]

Zakon o pomilovanju (Službene novine Federacije BiH, 22/09) u članu 2 glasi: *Pomilovanje daje predsjednik Federacije Bosne i Hercegovine. Prije donošenja odluke, predsjednik će obaviti konsultacije sa potpredsjednicima Federacije Bosne i Hercegovine.*

Naime, Ustavni sud ukazuje na to da je apelant predsjednik Federacije BiH i da mu Ustav Federacije BiH daje isključivo ovlaštenje da donosi odluke o pomilovanjima osuđenih osoba. Također, Ustavni sud BiH zapaža da Zakon o pomilovanju propisuje u članu 2. da će predsjednik Federacije, prije donošenja odluke o pomilovanju, “obaviti konsultacije sa potpredsjednicima”. Međutim, iz navedene odredbe se ni na koji način ne može zaključiti da je

Zakon o pomilovanju navedenom odredbom na bilo koji način ograničio ili doveo u pitanje apelantovu ustavnu nadležnost da odlučuje o pomilovanjima, niti je propisao da bi mišljenje potpredsjednika na bilo koji način bilo obavezujuće za predsjednika Federacije BiH. Naime, ovom odredbom se ne traži da predsjednik Federacije BiH pribavi saglasnost potpredsjednika u odnosu na vršenje svojih ovlasti da daje pomilovanja. Osim toga, potpredsjednik Svetozar Pudarić je u svojoj izjavi naveo da je on dobijao pismene materijale i formirane prijedloge Komisije za pomilovanja o kojima je, u formi službene zabilješke, davao mišljenje, jer ga apelant "nije kontaktirao niti pitao za mišljenje". Ustavni sud ukazuje na to da ovaj svjedok u suštini tvrdi da je imao priliku davati mišljenje o prijedlozima za pomilovanje, ali ne direktno apelantu, već u pisanoj formi. U vezi s tim, Ustavni sud smatra da apelant pravilno ukazuje na to da "konsultacije" u smislu Zakona o pomilovanju ne moraju značiti ni lični kontakt niti prihvatanje mišljenja i sugestija potpredsjednika Federacije BiH. Međutim, što je još važnije, Ustavni sud zapaža da Sud BiH ni na koji način nije obrazložio i argumentirao zašto bi navodni izostanak konsultacija s potpredsjednicima uopće bio jedan od ključnih razloga za postojanje osnovane sumnje da je apelant počinio krivična djela organiziranog kriminala u vezi sa zloupotrebom položaja i korupcijom. Također, Sud BiH nije dao bilo kakve argumente u obrazloženjima osporenih rješenja iz kojih bi, na osnovu navodnog izostanka konsultacija apelanta s potpredsjednicima Federacije BiH, "objektivni posmatrač" mogao zaključiti da je apelant mogao počiniti navedena krivična djela, a prema članu 5. stav 1.c. Evropske konvencije bio je dužan dati takve argumente. Ustavni sud ne može uočiti jasnu vezu između ovog razloga i zaključka Suda BiH da u konkretnom slučaju postoji osnovana sumnja. Također, Ustavni sud ukazuje na to da bi propust da se obave konsultacije ove vrste mogao eventualno biti osnov za nekakvu apelantovu političku odgovornost, ali to nije relevantno za pitanje koje se ovdje razmatra.

5. Zakon o pomilovanju (pomilostitvi) u Republici Sloveniji

Pomilovanje (oprost) u Republici Sloveniji uređeno je Zakonom o pomilovanju sa određenim izmjenama i dopunama.[4] Prema članu 1., oprost za prekršaje utvrđene zakonima Republike Slovenije daje predsjednik Republike,

[4] Neuradno prečiščeno besedilo Zakona o pomilostitvi obsega: Zakon o pomilostitvi (Uradni list RS, št. 45/95 z dne 4. 8. 1995), Zakon o spremembi in dopolnitvi Zakona o pomilostitvi – ZPom-A (Uradni list RS, št. 86/04 z dne 5. 8. 2004), Zakon o pomilostitvi – uradno prečiščeno besedilo – ZPom-UPB1 (Uradni list RS, št. 23/05 z dne 10. 3. 2005) i Zakon o spremembi in dopolnitvi Zakona o pomilostitvi – ZPom-A (Uradni list RS, št. 86/04) vsebuje naslednjo končno določbo.

kao i za krivična djela utvrđena kaznenim zakonima drugih država, ako je izvršilac državljanin Republike Slovenije i ako je tako određeno međunarodnim ugovorima. Predsjednik Republike ne može pomilovati za zatvorsku kaznu u Republici Sloveniji nakon presude Međunarodnog kaznenog suda. Prema stavu 2. Zakona, pomilovanjem se može poimenično za osobu obustaviti započeti krivični postupak za krivično gonjenje, potpuno ili djelimično osloboditi od izdržavanja kazne, izriče se blaža ili se mijenja kazna, te se brišu iz kaznene evidencije. Takođe se mogu ukinuti pravne posljedice osude određene zakonima Republike Slovenije.

Prema stavu 3. pomilovanjem se krivična sankcija može mijenjati samo u okvirima definiranim općim dijelom Krivičnog zakona Republike Slovenije. Članovima od 4. do 17. propisan je postupak pomilovanja. Pomilovanje se može pokrenuti na zahtjev ili po službenoj dužnosti. Po službenoj dužnosti postupak inicira ministar nadležan za poslove pravosuđa, dok zahtjev može podnijeti osuđenik, supružnik ili osoba s kojom živi u vanbračnoj zajednici, srodnik po krvi u prvom redu, brat, sestra, posvojitelj, udomitelj ili skrbnik. Razlika je u odnosu na bh. zakonodavstvo samo u pogledu ovlaštenja za podnošenje molbe, dok je u ostalim dijelovima procedura skoro pa identična, s obzirom na ustavno uređenje i organizaciju pravosuđa. Interesantna je takođe odredba iz člana 13. gdje mišljenje o opravdanosti pomilovanja daje i državni odvjetnik kada je u pitanju zahtjev osuđenika, dok u postupku pomilovanja po službenoj dužnosti nije potrebno mišljenje suda i nadležnog državnog odvjetnika. Rokovi takođe nisu propisani osim da je članom 17. naglašeno da postupak pomilovanja mora biti brz.

6. Pomilovanje u Republici Hrvatskoj

Pomilovanje u Republici Hrvatskoj propisano je Zakonom o pomilovanju (Narodne novine, br. 175/03) koji je stupio na snagu 1. 12. 2003. godine. Ovim zakonom je propisano tijelo nadležno za davanje pomilovanja, oblici pomilovanja, ovlaštene osobe za podnošenje molbe, te postupak nadležnih tijela u vezi s pomilovanjem. Pomilovanje u Republici Hrvatskoj daje predsjednik Republike i to za sankcije koje su izrečene od strane sudova u Republici Hrvatskoj ili koje se izvršavaju u Hrvatskoj i za njihove pravne posljedice. Pomilovanjem se poimenice određenoj osobi daje potpuni ili djelomični oprost od izvršenja kazne, zamjenjuje se izrečena kazna blažom kaznom ili se primjenjuje uvjetna osuda, daje se prijevremena rehabilitacija, ukida se ili određuje kraće trajanje pravne posljedice osude, sigurnosne mjere zabrane upravljanja motornim vozilom, zabrane obavljanja zvanja, djelatnosti ili

dužnosti ili protjerivanje stranca iz zemlje.[5] Prema ranije važećim zakonima o pomilovanju (NN br. 5/77; 47/90; 91/92; 38/93) ovlast pomilovanja je obuhvatala i aboliciju (oslobođenje od kaznenog progona), što je stupanjem na snagu ovog zakona ukinuto. Zakon je također ukinuo i ovlast predsjednika da ukine uvjetnu osudu, jer se uvjetna osuda ne smatra stvarnim izvršenjem kazne nego se osuđenik samo upozorava prijeteći mu kaznom. Zakonom je takođe regulirano da se pomilovanjem ne dira u prava trećih osoba koja se temelje na osudi. Postupak pomilovanja pokreće se na temelju pojedinačne molbe osuđenika. Molbe se podnose Ministarstvu pravosuđa, ali odlučivanje o pomilovanju u isključivoj je nadležnosti predsjednika Republike. Predsjednik Republike donosi svoje odluke o pomilovanju kao aktu milosrđa potpuno samostalno[6], pri čemu mu pomaže Komisija za pomilovanja koju sam imenuje. Odluku o pomilovanju predsjednik Republike dostavlja osuđeniku putem ministarstva nadležnog za poslove pravosuđa, a ona se objavljuje i u službenom glasilu Republike Hrvatske.

7. Pomilovanje u Republici Srbiji

Institut pomilovanja u Srbiji propisan je Ustavom Republike Srbije, a uređen Krivičnim zakonikom Republike Srbije, Zakonom o pomilovanju (Služ-

[5] Član 2. stav 1. Zakona o pomilovanju (Narodne novine, broj 175/03) nije bio samo formalna novina nego je u bitnome na drugačiji način uredio ustavnu ovlast pomilovanja, otvorio sporna pitanja ograničenja ustavnog prava predsjednika "da daje pomilovanja" kao npr. pomilovanje samo pravomoćno osuđenih osoba, samo za kaznenopravne sankcije, te samo na zahtjev ovlaštenih osoba, ali ne i po prijedlogu ili inicijativi.

[6] Ustav Republike Hrvatske izrekom samo daje ovlast pomilovanja predsjedniku Republike Hrvatske, i ništa više ni manje od toga, te zaista ne postoji ustavna odredba koja bi propisivala da će se materija pomilovanja detaljnije urediti zakonom. Međutim, iako je pomilovanje ustavnopravna materija, stav je zakonodavca da je i ta materija podložna ograničenjima koja, upravo zbog ustavnosti prerogativa, moraju biti minimalna, razumna odnosno smislena i opravdana u pogledu sadržaja odnosno oblika pomilovanja. Takvo rješenje vidljivo je i u komparativnim primjerima npr. Republike Slovenije, a o ustavnosti zakonskog rješenja Zakona o pomilovanju, konkretno o objavljivanju odluka o pomilovanju u službenom glasniku Republike Hrvatske, koje je propisano u članku 12. stavku 3., ocjenu je dao i Ustavni sud Republike Hrvatske, zaključivši u svom rješenju od 23. ožujka 2011. godine, broj U-I-957-2007 i U-I-2290-2009 da, iako je akt pomilovanja relikt povijesne uloge apsolutnog suverena, pa u načelu sadrži neograničene diskrecijske prerogative ovlaštenika, u demokratskom društvu nije dopušten nijedan akt koji bi bio izraz apsolutne samovolje nepodložne bilo kakvom nadzoru, zbog čega se, po ocjeni Ustavnog suda Republike Hrvatske, barem kroz javnu objavu odluka o pomilovanju, a koje nisu obrazložene, osigurava nužan stupanj nadzora i uvida u vršenju te ustavnopravne predsjedničke ovlasti.

beni glasnik RS, br. 49/95 i 50/95) kao i odredbama Zakona o krivičnom postupku. Pomilovanjem se poimenično određenoj osobi daje oslobođenje od krivičnog gonjenja ili potpuno ili djelimično oslobođenje od izvršenja kazne, zamjenjuje se izrečena kazna blažom kaznom ili uvjetnom osudom, daje se rehabilitacija[7], određuje kraće trajanje određene pravne posljedice osude ili se ukidaju pojedine ili sve pravne posljedice osude.[8] Pomilovanjem se može ukinuti ili odrediti kraće trajanje mjera sigurnosti: zabrana vršenja poziva, djelatnosti i dužnosti, zabrana upravljanja motornim vozilom i protjerivanje stranca iz zemlje. U slučaju da se pomilovanjem skraćuje vrijeme trajanja izrečenih mjera, ona se ne mogu odrediti na način da traju kraće od zakonom predviđenog minimuma određene mjere bezbjednosti (Jovašević & Stevanović, str. 106). Pomilovanje u Srbiji za razliku od prava u Bosni i Hercegovini i Hrvatskoj, obuhvata i aboliciju – oslobođenje od krivičnog gonjenja. Abolicijom se, kao jednom od varijanti pomilovanja, učinioci oslobađaju od krivičnog gonjenja za neka krivična djela, prije nego što nastupi pravomoćnost presude. Ono po čemu se još pomilovanje u Srbiji razlikuje od našeg domaćeg prava, jeste da se molba može podnijeti i po službenoj dužnosti.[9] Postupak za pomilovanje po službenoj dužnosti pokreće ministar pravde. Ovaj način pokretanja postupka je obavezan kada se pomilovanjem daje oslobođenje od krivičnog gonjenja, a primjenjuju se ista pravila koja važe i za postupak po molbi. Pored Zakona o pomilovanju, u Srbiji su donesena u Uputstva o postupanju sudova i zavoda za izvršenje kazni zatvora u postupku pomilovanja kojim je Ministarstvo pravde Srbije propisalo pravila i proceduru primjene Zakona o pomilovanju i obaveze suda, zavoda za izvršenje kazni, Ministarstva pravde i drugih državnih organa Srbije, bilo da se postupa po molbi za pomilovanje ili se odluka donosi po službenoj dužnosti (Jovičić, 2008, str. 228)

8. Diskusija i prijedlozi *de lege ferenda*

Ukazali smo na četiri pozitivna zakonska rješenja u Bosni i Hercegovini, koja su u pogledu nadležnosti, vrsta i postupka pomilovanja usaglašeni. Osim Ustava BiH, ostala tri ustava propisuju pomilovanje kao institut. Pozivajući se na praksu Ustavnog suda FBiH, ukazano je i na tumačenje odredbi

[7] Rehabilitacija se u smislu čl. 97. KZ RS sastoji u ukidanju pravnih posljedica osude tako da se osuđeno lice smatra neosuđivanim. Razlikuje se zakonska i sudska rehabilitacija ako su ispunjena dva uslova: 1) da lice ranije nije bilo osuđivano i 2) da u određenom vremenu poslije izrečene osude lice ne učini novo krivično djelo.

[8] Član 110. Krivičnog zakonika.

[9] Slično je predviđeno i u prijedlogu novog zakona o pomilovanju u Hrvatskoj.

iz člana 2. Zakona o pomilovanju Federacije BiH, čime je na jedinstven način ukazano na pravilno tumačenje u pogledu primjene ove odredbe. Ovdje ćemo još ukazati na primjenu određenih odredbi Zakona o pomilovanju Republike Hrvatske koja su interesantna i za našu praksu pomilovanja.

U pogledu ustavnih ovlaštenja za pomilovanje interesantno je ukazati na član 98. Ustava Republike Hrvatske, kojim se predsjedniku Republike daje ovlast da "daje pomilovanja", koja odredba je ostala neizmijenjena kroz devet izmjena i dopuna Ustava. Tokom tog razdoblja, postupak pomilovanja bio je uređen dvama zakonima o pomilovanju, prvi objavljen u "Narodnim novinama" broj 5/77, 47/90, 91/92 i 38/93, koji je bio na snazi do 1. 12. 2003. godine, kada je stupio na snagu drugi Zakon o pomilovanju koji je objavljen u "Narodnim novinama" broj 175/03. Navedeni zakoni, iako je ustavna osnova cijelo vrijeme sadržajno neizmijenjena, poznavali su različita ograničenja ustavne prerogative predsjednika da daje pomilovanja. Najveći broj ustava u svijetu ne određuje izravno oblike i učinke pomilovanja, jer su ustavne odredbe obično iskazane općenitim izrazima koji ne označavaju precizno ni granice ni razloge ovlasti. Stoga su ta pitanja, ovisno o pravnom sustavu, prepuštena uređenju kaznenog zakonodavstva, posebnih propisa ili sudskih tumačenja. Ustav Republike Hrvatske izrijekom samo daje ovlast pomilovanja predsjedniku Republike Hrvatske, i ništa više ni manje od toga, te zaista ne postoji ustavna odredba koja bi propisivala da će se materija pomilovanja detaljnije urediti zakonom. Slijedom navedenog postavilo se pitanje mogućnosti i opravdanosti prakse da se ustavnopravne praznine *praeter constitutionem* popunjavaju zakonskim normama i praksom (Davor Krapac u izdvojenom mišljenju uz rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske od 23. ožujka 2011. godine, broj U-I-957-2007 i U-I-2290-2009 iznosi stav da Zakon/03 krši ustavno načelo diobe vlasti zbog prevelikog zadiranja zakonodavca u ustavnu ovlast predsjednika koja samim Ustavom nije ograničena, niti je dano pravo zakonodavcu da to "davanje" uredi zakonom).

Stoga su današnja promišljanja kako naučne tako i stručne javnosti usmjerena ka postojanju dvojbe je li moguće, ako Ustav ne predviđa nikakva ograničenja kod prerogative pomilovanja, takva ograničenja ipak predvidjeti Krivičnim zakonom ili Zakonom o pomilovanju. Doista je sporno je li dopušteno limitiranje predsjedničkih ovlasti. U teoriji istodobno postoje stajališta da predsjednička prerogativa pomilovanja nije podložna nikakvim zakonodavnim ograničenjima i kontrolama, ali i stajališta prema kojima su danas nužna izvjesna ograničenja tih ovlasti. S obzirom na to da je u Republici Hrvatskoj na snazi Zakon o pomilovanju iz 2003. godine (u daljem tekstu Zakon), ukazat ćemo na prijedloge koje je Ministarstvo pravosuđa Republi-

ke Hrvatske u nacrtu uputilo u 2014. godini, u pogledu određenih izmjena, odnosno donošenja novog zakona o pomilovanju.

Navedeno se dobrim dijelom može primijeniti i na Zakone o pomilovanju u Bosni i Hercegovini, s obzirom na to da zahtijevaju skoro pa identične izmjene u pogledu usklađivanja s novim krivičnim, procesnim i drugim zakonima koji su doneseni nakon važećih zakona o pomilovanju.

Naime, Zakonom iz 2003. godine, u članu 1. st. 2. propisano je da predsjednik Republike Hrvatske daje pomilovanja osuđenim osobama za krivičnopravne sankcije koje su izrečene od strane sudova u Republici Hrvatskoj ili koje se izvršavaju u Republici Hrvatskoj i za njihove pravne posljedice, dok je u članu 4. istog zakona propisano da se postupak pomilovanja pokreće molbom osuđene osobe, te osobe ovlaštene na podnošenje žalbe u korist optuženika. Iz navedenih odredaba, kao i cijelog teksta Zakona, uz već spomenuta ograničenja vezano za oblik pomilovanja i ovlaštenike za pokretanje postupka pomilovanja, proizlaze i ograničenja u vidu nemogućnosti oprosta od progona (kaznenog i prekršajnog), te ukidanja uvjetne osude, nije uređen status pravnih osoba (jer u vrijeme donošenja Zakona nije postojao Zakon o odgovornosti pravnih osoba za krivična djela), niti se propisuje mogućnost pomilovanja za prekršaje, s obzirom na to da tumačenjem odredbi Zakona proizlazi da nije primjenjiv i na sankcije za prekršaje. Međutim, iako je pomilovanje ustavnopravna materija, stav je zakonopisca da je i ta materija podložna ograničenjima koja, upravo zbog ustavnosti prerogativa, moraju biti minimalna, razumna, odnosno smislena i opravdana u pogledu sadržaja odnosno smislena i opravdana u pogledu sadržine odnosno oblika pomilovanja. Takvo rješenje vidljivo je i u komparativnim primjerima npr. Republike Slovenije (Anon, 2010).

Rasprave o opravdanosti objavljivanja odluke o pomilovanju u javnosti u Republici Hrvatskoj zaključio je Ustavni sud Republike Hrvatske u svom rješenju br. U-I-957-2007. i U-I-2290-2009. od 23. 3. 2011. godine. Iako je akt pomilovanja relikt historijske uloge apsolutnog suverena, pa u načelu sadrži neograničene diskrecijske prerogative ovlaštenika, u demokratskom društvu nije dopušten nijedan akt koji bi bio izraz apsolutne samovolje nepodložne bilo kakvom nadzoru, zbog čega se, po ocjeni Ustavnog suda Republike Hrvatske, barem kroz javnu objavu odluka o pomilovanju, a koje nisu obrazložene, osigurava nužan stupanj nadzora i uvida u vršenje te ustavnopravne predsjedničke ovlasti. Uvođenje javnog objavljivanja odluka o pomilovanjima – što je novina u pravnom sustavu Republike Hrvatske – zahtijeva interes javnosti i potreba nadzora javnosti nad motivima (razlozima) pomilovanja budući da je pomilovanje javan, a ne privatan postupak. Insti-

tut pomilovanja u modernom društvu zasnovan je na pravednosti, a ne na milosti pa slijedom toga treba biti samo izniman, a ne redovan instrument korekcije prava sa stajališta pravednosti, budući da bi i slučajevi koji zahtijevaju korekciju prava u današnjim pravno-političkim uslovima morali biti iznimni. U protivnom bi, naime, potreba redovnog korigiranja prava ukazivala na značajne nedostatke samog prava ili nedostatke u njegovoj primjeni pa bi valjalo intervenirati mijenjanjem prava, odnosno njegove primjene, a ne instrumentom pomilovanja. Ustavni sud ne smatra da je nenavođenje razloga kojima se predsjednik Republike vodio kad je donosio odluku o pomilovanju određenog osuđenika ustavnopravno neprihvatljivo. Član 12. stav 3. Zakona o pomilovanju u tom se smislu treba sagledavati kao rješenje koje osigurava nužni stupanj uvida javnosti u pomilovanja koja daje šef države u demokratskom društvu. Javnom objavom odluka o pomilovanju osigurava se uvid u broj pomilovanih osoba, ali i uvid u vrste, odnosno težinu kaznenih djela u vezi s kojima se pomilovanja daju. Te činjenice, prema ocjeni Ustavnog suda, u dostatnoj mjeri omogućuju javnosti da izgradi stavove o radu predsjednika Republike u tom ustavnopravnom području. Prvo, pravna norma, sadržana u članu 12. stavu 3. Zakona o pomilovanju, posve je jasna i predvidljiva pa je osuđenik, koji podnosi molbu za pomilovanje, u cijelosti upoznat s pravnim posljedicama prihvaćanja njegove molbe: on će biti pomilovan, ali će se podaci o njemu, kao pomilovanoj osobi, objaviti u službenom listu Republike Hrvatske i na taj način postati dostupni javnosti. Osuđena osoba, koja podnosi molbu za pomilovanje, u tom smislu nije stavljena u neizvjesnu pravnu situaciju. Učinci njezine molbe, bude li ona prihvaćena, unaprijed su predvidljivi i izvjesni. Drugo, za ocjenu o razmjernosti osporene zakonske mjere odlučan je moment dragovoljnosti na strani osuđene osobe – dakle, njezin voljni pristanak da, radi ostvarenja svojeg primarnog interesa (to jest ishođenja pomilovanja) njezini osobni podaci i podaci o njezinoj osuđivanosti budu predmet prikupljanja, obrade, ocjene pa u konačnici i objave. Kao što je prethodno rečeno, objava dotičnih podataka izvjesna je posljedica koja će pogoditi osuđenu osobu bude li ona, na temelju vlastite molbe, pomilovana.

De lege ferenda, jedno od pitanja koje bi donošenjem novog zakona valjalo unaprijediti je i dinamika postupka pomilovanja, budući su dosadašnja rješenja pokazivala određene nedostatke u smislu osiguravanja efektivnog prava podnosioca molbe da se u razumnom roku o istoj odluči. Stoga se uočeni problem nastoji otkloniti propisivanjem rokova za ekspeditivnije postupanje tijela uključenih u postupak pomilovanja odnosno tijela koja su dužna Ministarstvu dostaviti podatke za postupanje po molbi za pomilovanje kao i Ministarstvu da sačini izviještaj o podnesenoj molbi.

Zakon o pomilovanju neophodno je uskladiti s novim krivičnim zakonom, zakonom o krivičnom postupku, prekršajnim zakonima i dr., relevantnim propisima koji su u direktnoj i indirektnoj vezi s postupcima pomilovanja. Navest ćemo samo neke primjere. Zakonom o pomilovanju nije moguće pomilovati pravne osobe, jer nije uređeno ko i na koji način može podnijeti zahtjev za pomilovanje. Identična je situacija i s postupkom pomilovanja za sankcije izrečene u prekršajnim postupcima.

Nadalje, u krivičnim zakonima u BiH promijenjen je sistem krivičnih sankcija uvođenjem novih instituta zbog kojih bi trebalo odrediti sadržaj pomilovanja. Posebnu pažnju zaslužuju odredbe o (ne)mogućnosti pomilovanja neuračunljive osobe koja je ostvarila protupravno djelo s obzirom na to da im se mogu izreći sigurnosne mjere za koje je inače moguće pomilovanje i s obzirom na to da sud može izreći određene sigurnosne mjere kao sankciju za krivično djelo.

Prekršajne sankcije nisu predviđene kao mogućnost pomilovanja, pa je stoga opravdano uzeti u razmatranje uvođenje i te mogućnosti s obzirom na to da se svakim danom sve više društveno neprihvatljivih ponašanja uređuje prekršajnim zakonima (saobraćaj, propisi iz radnih odnosa itd.).

Postupak pomilovanja za krivičnopravne sankcije pokreće se molbom za pomilovanje osuđene osobe, odnosno osoba koje u njezinu korist mogu podnijeti žalbu protiv presude u krivičnom postupku. Neophodno je uvesti mogućnost pokretanja postupka pomilovanja za krivičnopravne sankcije i na inicijativu predsjednika, s tim da je tada potreban pristanak osuđene osobe. Ovakvo rješenje pokazuje se boljim u odnosu na pokretanje postupka po službenoj dužnosti, jer nije sporno ko daje ili može dati inicijativu za pomilovanje *ex officio*. I na kraju, uvođenjem instruktivnih rokova (min. 30 dana) u kojem bi nadležne institucije i tijela trebala postupiti po zahtjevu Ministarstva nastoji se osigurati blagovremenost kod postupanja, a sve u cilju realizacije prava ovlaštenih osoba da se u primjerenom i razumnom roku odluči o osnovanosti njihove molbe.

Sve navedeno bi u krajnjem trebalo rezultirati jačanju instituta pravne države zadovoljavajući s jedne strane kriminalnopolitičke ciljeve nacionalnih pravnih sistema, a s druge strane udovoljiti pravima osuđenih osoba s aspekta nacionalnih i konvencijskih prava zemalja okruženja kojima težimo.

Bibliografija

1. Atanacković, D. (1988). *Penologija*. Savremena administracija, Beograd.
2. Blagojević, P. (2007). Pojam ustanove pomilovanja. *Sudska praksa*, 11–12.
3. Babić. M., Filipović. LJ., Marković. I. & Rajić. Z. (2005), *Komentari Krivičnih/Kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini,* Sarajevo: Savjet/ Vijeće Evrope i Evropska komisija.
4. Čubinski, M. (1930). *Naučni komentar Krivičnog zakona*. Beograd: Prosvjeta.
5. Horvatić, Ž. (2003). *Kazneno pravo-opći dio*. Zagreb.
6. Ivanović, M. Đ. (1932). *Dejstvo amnestije na krivična djela činovnika*. Beograd: Policija.
7. Jovašević, D. (1999). *Zbirka propisa o pomilovanju sa komentarom*. Beograd.
8. Jovašević, D. (2000). Amnestija i pomilovanje. *Pravni informator*, (11).
9. Jovičić, J. (2008). *Pomilovanje.* Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.
10. Kurtović, Š. (2005). *Opća povijest države i prava*, I knjiga, Zagreb.
11. Kurtović, A. (2003). *Pomilovanje u kaznenom pravosuđu* (u povodu novog Zakona o pomilovanju), *HLJKPP*, 10, (2), str. 479–511.
12. Kesterčanek, F. (1978). *Pravo pomilovanja i ustupanje tog prava građanima u Republici Dubrovniku-Dubrovnik*, Beograd: Pravna misao.
13. Komitet za zakonodavstvo i izgradnju narodne vlasti vlade FNRJ-Zbirka Krivičnih zakona (s objašnjenjem)(1946). Beograd.
14. Krivični zakon Bosne i Hercegovine. Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14 i 22/15,
15. Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine. Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 i 76/14.
16. Krivični zakon Brčko Distrikta. Službeni glasnik BDBiH, 10/03, 45/04, 06/05, 21/10 i 52/11.
17. Krivični zakon Republike Srpske. Službeni glasnik Republike Srpske, 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 i 67/13.

18. Odluka Ustavnog suda o dopustivosti i meritumu u predmetu AP 1885/13.
19. Petrović, B. & Jovašević, D. (2005). *Krivično(kazneno) pravo Bosne i Hercegovine*, opći dio. Sarajevo: Pravni fakultet.
20. Palijaš, D. & Komlen LJ., Pomilovanje. (2004). Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), 11(2), str. 893–901.
21. Rašić, M. (2013). *Povijest i primjena kaznenopravnih instituta pomilovanja i amnestije.* Zagreb: Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet.
22. Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske, od 23. ožujka 2011. godine, broj U-I-957-2007 i U-I-2290-200.
23. Solovjev, A. (1980). *Zakonik Cara Dušana, 1349 i 1354.godine*, Beograd, str. 3–27.
24. Stefanović, J. (1925). *Pravna priroda akta pomilovanja i mogućnosti administrativnog spora čiji je on subjekt.* Beograd: Arhiva.
25. UN u BiH. (2000). *Program procjene sudskog sistema (JSAP): Amnestija i povratak,* Izvještaj o primjeni zakona o Amnestiji u RS-u.
26. Zakon Bosne i Hercegovine o pomilovanju. Sl. glasnik BiH, 93/05);
27. Zakon o pomilovanju. Sl. novine FBiH, 22/09.
28. Zakon o pomilovanju. Sl. glasnik RS, 34/06.
29. Zakon o pomilovanju Brčko distrikta BiH. Sl. glasnik BDBiH, 13/07.
30. Zakona o pomilovanju. Službene novine Federacije BiH, 22/09.
31. Zakon o pomilovanju Republike Hrvatske. Narodne novine, 175/03.
32. Zakon o pomilovanju Republike Srbije. Službeni glasnik RS, br. 49/95 i 50/95.
33. Zakon o pomilostitvi (Uradni list RS, št. 45/95 z dne 4. 8. 1995), Zakon o spremembi in dopolnitvi Zakona o pomilostitvi – ZPom-A (Uradni list RS, št. 86/04 z dne 5. 8. 2004), Zakon o pomilostitvi – uradno prečiščeno besedilo – ZPom-UPB1 (Uradni list RS, št. 23/05 z dne 10. 3. 2005) i Zakon o spremembi in dopolnitvi Zakona o pomilostitvi – ZPom-A (Uradni list RS, št. 86/04) vsebuje naslednjo končno določbo.
34. Zbirka novijih ustava – Ustav SAD od 1787. godine, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1966.

35. Zlatarić, B. (1986). *Krivični zakon u praktičnoj primjeni (prva sveska) – opšti dio*. Zagreb.

36. Zlatarić, B. & Damaška, M. (2003). *Rječnik kaznenog prava i postupka*. Zagreb.

37. Živanović, T. (1937). *Osnovi krivičnog prava (druga knjiga).* Beograd.

Dr. Borislav Petrović
Full professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
b.petrovic@pfsa.unsa.ba

Mr. Nermin Mrkaljević
Border Police of Bosnia and Herzegovina, Sarajevo
mrkaljevicnermin@gmail.com

PARDON IN POSITIVE LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA – CURRENT SOLUTIONS AND PERSPECTIVES

Summary

Through history, more than any other institution of criminal law in the field and practice, pardoning as an "act of grace", has sparked the attention first of the political, and then the scientific and professional public, as well as raised questions about the social, moral and dimension of justice and justice, given that it exceeds the court-established truth. The paper will present positive legal solutions on pardon in BiH, and through a comparison with solutions in the Republic of Croatia, Serbia and Slovenia, critically reflect on the situation and perspectives of the current solutions in Bosnia and Herzegovina. By reviewing the available research in the country and the surroundings, no scientifically valid results of the practical application of this institute in practice have been found, and this is also the main commitment of this work. By scientifically describing the problem and by classifying positive solutions, the work will try to point out the predictive values of the solutions in the countries of the region, primarily through the practice of constitutional courts. At the end of the paper, the current solutions will be discussed, and will critically point out the need to follow trends in the development of this institute of criminal law and the possibilities for improvement, taking into account, first and foremost, the practice of constitutional courts, as well as theoretical deliberations on this institute. The importance of the institute of pardon and historical inheritance, and the temporal continuity through which it resisted all social and other changes, deserves a scientific elaboration of this problem in Bosnia and Herzegovina as well.

Keywords: *pardoning, act of grace, institute of criminal law, the practice of constitutional courts*

Dr. Sabina Subašić-Galijatović
Naučna saradnica
Univerzitet u Sarajevu
Institut za istraživanje zločina protiv čovječnosti i međunarodnog prava
info@institut-genocid.unsa.ba

UDK 341.485:341.645.2
Izvorni naučni rad

Dr. Midhat Izmirlija
Docent
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
m.izmirlija@pfsa.unsa.ba

PRIMJENA KONVENCIJE O SPREČAVANJU I KAŽNJAVANJU ZLOČINA GENOCIDA

Sažetak

Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine omogućava ono što nijedan drugi pravni instrument za zločine protiv čovječnosti ili ratne zločine ne omogućava – pristup Međunarodnom sudu pravde, instanci koja je nadležna da sudi sporove između država. Odgovornost država za krivično djelo genocida bila je, dakle, po prvi put u historiji, predmetom procedure pred Međunarodnim sudom pravde (MSP) u sporu koji se odnosi na primjenu Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida *(Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore). Ovaj proces koji je trajao punih 14 godina prvi je proces pred ovim sudom zbog kršenja ove konvencije. Iz ovog spora proistekla je značajna jurisprudencija koja se tiče uspostavljanja standarda i kriterija za pripisivanje odgovornosti država za kršenje Konvencije, što predstavlja predmet ovog rada.*

Ključne riječi: *Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, odgovornost država, spor Bosna i Hercegovina protiv Savezne republike Jugoslavije (Srbije i Crne Gore)*

1. Uvod

Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida čini značajan instrument normi o zaštiti ljudskih prava.[1] Ova konvencija bila je ujedno i prvi međunarodni ugovor ljudskih prava koji je usvojila Generalna skupština UN-a, s ciljem zaštite manjina na nacionalnoj, rasnoj, etničkoj i vjerskoj osnovi u smislu same njihove egzistencije (Schabas, 2008, str. 4). Iako je ova konvencija u međunarodnopravnoj doktrini često svrstavana među "posebne" instrumente, klasifikacija u sistemu akata UN-a svrstava je u kategoriju jednog od temeljnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava.[2] Termin "genocid" koncept je koji je Rafael Lemkin, američki pravnik poljskog porijekla, po prvi put koristio u svojoj originalnoj analizi hitlerijanskog totalitarizma "Vladavina osovine u okupiranoj Evropi" (Lemkin, 2008). Slijedom dugog i minucioznog istraživanja nacističkih zločina u momentu kada su se događali, Rafael Lemkin je u ovom značajnom djelu iznio osnovne postulate ovog zločina.[3] U poglavlju IX svoje studije, "Genocid. Novi pojam i nova koncepcija za uništenje nacija",[4] Lemkin je koncipirao termin "genocid" kao komplek-

---

1 Član 1 Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida izričito predviđa: "Strane ugovornice potvrđuju da je genocid, bilo da je počinjen u vrijeme mira ili u vrijeme rata, zločin prava ljudi, koji se one obavezuju spriječiti i kazniti", United Nations, General Assembly, Resolution 260 (III), annexe – *Convention on the Prevention and Punishment of the Crimes of genocide*, 9 December 1948.

2 United Nations, A Summary of United Nations Agreements on Human Rights, http://www.hrweb.org/legal/undocs.html

3 U ovom značajnom djelu, "kako bi izbjegao svaku sumnju pristrasnosti", Lemkin se fokusirao na dokumente nacističke administracije, stavljajući ih u širu perspektivu. Obradio je prije svega legislativu i tehnike okupacije kako Njemačke tako i ostalih sila Osovine, posebno ukazavši na nepoštovanje dotadašnjih pravnih normi (Haške konvencije iz 1899. i 1907. godine koje su omogućavale da se stanovništvo okupiranih teritorija stavi pod "zakonske principe civiliziranih naroda" i postupa s njima prema zakonima humanosti). U dijelu posvećenom pravu zaključio je da su Nijemci kršeći međunarodno pravo aneksirali okupirane teritorije te da je: "Njemačka legislativa nametnuta okupiranim teritorijama potpuno lišena svakog morala i poštovanja ljudskih prava." Lemkin je nadalje analizirao ključnu ulogu njemačke administracije, posebno policije i Gestapoa u počinjenju zločina koji "nisu rezultat loše volje izolovanih pojedinaca već čine dio osnovnog programa njihovih aktivnosti, čak i njihove filozofije svijeta". Značajan dio svoje analize Lemkin je posvetio njemačkoj ekonomiji i finansijama. Zatim je analizirao ekstremno nehuman tretman namijenjen Jevrejima, te propagandu superiornosti germanske rase. Na kraju, u IX i X poglavlju ovog djela Lemkin se posvetio konceptu genocida i zločinima genocida, te je u završnom dijelu priložio i "Memorandum o neophodnosti uključivanja klauzula protiv genocida u mirovne sporazume" (Lemkin, 2008, str. 73–267).

4 U ovom poglavlju Lemkin je analizirao tehniku provođenja genocida, u socijalnom, kulturalnom, ekonomskom, biološkom, fizičkom, religijskom te moralnom

san proces koji podrazumijeva skup zavisnih faktora koji kreiraju uslove za posljednju etapu njegovog izvršenja – masakre i istrebljenja.[5] Promišljanja i pravna borba Rafaela Lemkina inspirisali su tvorce Konvencije UN-a o genocidu iz 1948. godine.[6] Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina predviđa da je genocid[7] "bilo da je izvršen u vrijeme mira ili rata", zločin po međunarodnom pravu, i da se države obavezuju da će ga spriječiti i kazniti.[8] Kao kažnjiva djela određeni su: a) genocid; b) udruživanje radi izvršenja genocida; c) direktno i javno podsticanje na izvršenje genocida; d) pokušaj izvršenja genocida; e) saučesništvo u genocidu.[9] Konvencija nadalje predviđa da će osobe koje su počinile bilo koje od tih djela biti kažnjene, "bilo da se radi o ustavno odgovornim u vlasti, javnim dužnosnicima ili fizičkim licima".[10]

domenu, te u Preporukama za budućnost elaborirao zabranu genocida u vrijeme rata i u vrijeme mira, te međunarodnu kontrolu praktikovanja okupacije. Vidjeti: Lemkin (2008, str. 215–240).

5 "Novi koncepti zahtijevaju i novu terminologiju. Pod 'genocidom' podrazumijevamo destrukciju jedne nacije ili jedne etničke grupe. Ovaj novi termin, uspostavljen kako bi označio staru praksu u svojoj modernoj formi, sastavljen je od starogrčke riječi *genos* (rasa, pleme) i latinske riječi *cide* (koji ubija) i u svojoj formulaciji upućuje na termine kao što su tiranicid, homicid, infaticid itd. Uopšteno, genocid znači provođenje različitih koordiniranih akcija destrukcije suštinskih osnova života nacionalnih grupa s ciljem njihovog uništenja. Takva politika ima za cilj dezintegraciju njihovih političkih i društvenih institucija, njihove kulture, jezika, nacionalne svijesti, religije i njihove ekonomske egzistencije, destrukciju sigurnosti, slobode, zdravlja, individualnog digniteta i samog života individua. Genocid je usmjeren protiv nacionalne grupe kao cjeline i djela se čine protiv individua ne kao takvih, nego zbog njihove pripadnosti toj grupi." (Lemkin, 2008, str. 215).

6 Interesantno je napomenuti da je Lemkin, kao savjetnik američkog Ratnog sekretarijata, učestvovao u pripremi procesa ratnih zločina pred Nirnberškim sudom. Radeći direktno sa američkim tužiocem Robertom Jacksonom, Lemkin je pokušao uvrstiti zločin genocida u optužnicu, što je odbijeno od strane britanskih predstavnika pod pretekstom da ovaj pojam "ne postoji u *Oxford Dictionary*", te da je "njegova konvencija zakon *ex post facto*". Vidjeti: Lemkin, 2008, str. 48–49. Šire o Lemkinovim neobjavljenim radovima vidjeti: Jacobs (1999, str. 105–115).

7 Član II daje definiciju genocida: "U ovoj Konvenciji, pod genocidom se podrazumijeva bilo koje od sljedećih djela, počinjenih sa namjerom da se, potpuno ili djelimično, uništi jedna nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva: a) ubistvo pripadnika grupe; b) prouzrokovanje teških tjelesnih povreda ili duševnog bola pripadnicima grupe; c) namjerno podvrgavanje grupe uslovima života sračunatih da dovedu do njenog potpunog ili djelimičnog fizičkog uništenja; d) nametanje mjera s ciljem sprečavanja rađanja u okviru grupe; e) prisilno premještanje djece iz jedne grupe u drugu."

8 Član I Konvencije.

9 Član III Konvencije.

10 Član IV Konvencije.

Konvencija također uvodi obavezu da će sporovi koji nastanu između država u pogledu odgovornosti neke države za genocid biti izneseni pred Međunarodni sud pravde na traženje jedne od strana u sporu.[11] U ovom smislu u radu se tematizira pitanje na koji način se utvrđuje odgovornost država za kršenje obaveza iz navedene konvencije, te kako je Međunarodni sud pravde u prvom međudržavnom sporu po pitanju kršenja odredbi Konvencije utvrđivao elemente pripisivosti odgovornosti država. Izazov pred kojim se našao Međunarodni sud pravde je tim bio veći jer nije postojala ranija pravna praksa u vezi s odgovornošću država za zločin genocida. S tim u vezi, u ovom radu se obrađuje i pitanje primjenjivog prava u pogledu odgovornosti država koje je zasnovano na izvještajima i odredbama Komisije za međunarodno pravo UN-a. Komisija se u svojim komentarima vezanim za "ponašanja pod upravom ili kontrolom države" poziva na niz slučajeva razmatranih pred različitim sudovima, a posebno razmatra predmet *Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi i protiv nje* pred Međunarodnim sudom pravde i predmet *Tadić* pred Međunarodnim krivičnim sudom za zločine počinjene na području bivše Jugoslavije.

2. Elementi pripisivosti odgovornosti država u predmetu BiH protiv Srbije i Crne Gore

> *"Sud je pozvan da ispuni historijsku misiju. To je za svjetski sud prva prilika da crnom tekstu Konvencije o genocidu da život i da ga upotrijebi, kao što je to bilo predviđeno, kako bi odgurnuo plimu nehumanosti u usponu za koju smo još donedavno vjerovali da se zauvijek povukla. Ovo suđenje ne može imati samo spasiteljski aspekt. U moći je Suda da Konvenciju o genocidu izvuče iz prašnjave apstrakcije pravnih biblioteka i muzeja pobožnih sjećanja i postavi je kao efikasan štit, sposoban da zaštiti sadašnje i buduće generacije."*[12]

Zahtjevom za pokretanje postupka, 20. marta 1993. godine, Bosna i Hercegovina pokrenula je postupak protiv SRJ (Srbija i Crna Gora) zbog kršenja Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, zahtijevajući trenutačni prekid izvršenja navedenih djela[13]:

---

[11] Član IX Konvencije.

[12] International Court of Justice, Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yougoslavia (Serbia and Montenegro), *Memorial of the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina*, 15 April 1994.

[13] ICJ, *Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 20 March 1993, Application of the Convention on the Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro), Application of the*

> "Evidentno je da se dugogodišnji planovi za stvaranje 'Velike Srbije' upravo provode u Bosni i Hercegovini. Od početka agresije ubijeno je na stotine hiljada građana; stotine hiljada njih teško je ranjeno; na stotine hiljada su bili zatočeni u koncentracionim logorima i logorima za istrebljenje; milioni su protjerani iz svojih domova – 'etnički očišćeni' – prema drugim regijama i drugim zemljama (...)."[14]

U svom zahtjevu, Bosna i Hercegovina je iznijela navode o činjenicama koje predstavljaju djela genocida: ubistva pripadnika grupe;[15] teške povrede psihičkog ili fizičkog integriteta pripadnika grupe;[16] podvrgavanje grupe životnim uslovima sračunatim da dovedu do njenog potpunog ili djelimičnog fizičkog uništenja;[17] te mjere čiji je cilj sprečavanje rađanja unutar grupe.[18] U skladu s iznesenim činjenicama, Bosna i Hercegovina je u samom zahtjevu, pa i više puta nakon toga,[19] tražila od Suda da donese privremene mjere u svrhu prestanka ovih zločina.[20] Sud je 8. aprila 1993. godine naložio privremene mjere,[21] te ih potvrdio 13. septembra 1993. godine.[22] Djela na koja je upućivao Zahtjev o pokretanju postupka, a čiji se trenutačni prekid zahtijevao i naloženim privremenim mjerama Međunarodnog suda pravde u gore

---

Republic of Bosnia and Herzegovina (dalje u tekstu: ICJ, Application of the Republic of Bosnia and Herzegovina).

14 ICJ, *Application of the Republic of Bosnia and Herzegovina*, par. 27–28.

15 ICJ, *Application of the Republic of Bosnia and Herzegovina*, "Navodi o preciznim činjenicama koje čine djelo genocida", par. 34–44.

16 ICJ, *Application of the Republic of Bosnia and Herzegovina*, "Navodi o preciznim činjenicama koje čine djelo genocida", par. 45–68.

17 ICJ, *Application of the Republic of Bosnia and Herzegovina*, "Navodi o preciznim činjenicama koje čine djelo genocida", par. 69–82.

18 ICJ, *Application of the Republic of Bosnia and Herzegovina*, "Navodi o preciznim činjenicama koje čine djelo genocida", par. 83.

19 Određivanje privremenih mjera u skladu sa članom 73 Pravila Suda traženo je 20. marta1993, zatim ponovo 27. jula 1993.

20 Vidjeti opširnije: ICJ, *Memorial of the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina*, 15 April 1994, par. 1.1.0.1. – 1.1.0.6.

21 "Vlada Savezne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora) treba odmah, u skladu sa svojom obavezom prema Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida od 9. decembra 1948. godine, poduzeti sve mjere u svojoj moći da spriječi počinjenje zločina genocida; (...)Vlada Savezne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora) i Vlada Republike Bosne i Hercegovine ne trebaju preduzimati nikakvu akciju i osigurati da se ne poduzima nikakva akcija koja može pogoršati ili produžiti postojeći spor o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, ili učiniti rješavanje još težim", International Court of Justice, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, *Provisional Measures, Order of 8 April 1993*, par. 52.

22 ICJ, Reports of Judgements, Advisory opinions and Orders, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, *Further Requests for Indication of Provisional measures, Order of 13 September 1993*.

navedena dva navrata, nastavila su se činiti. Nakon toga, Vlada Republike Bosne i Hercegovine je 15. aprila 1994. godine ovom sudu podnijela tužbu čime je započela procedura o meritumu ovog predmeta.[23] Na tom osnovu, u toku rasprave o meritumu spora, Bosna i Hercegovina tražila je da Sud presudi da tužena strana ne samo da nije uvažila naloge, već da je i tokom brojnih narednih godina nastavila činiti ova djela, što dodatno povlači njenu odgovornost:

> "Zahtjev za pokretanje postupka imao je za cilj da bude osnova za donošenje privremenih mjera. Kao što je poznato, Zahtjev je u tom smislu doveo do hitnog naloga Suda od 8. aprila 1993. godine. Tužena strana nije se apsolutno držala Naloga, već je prekršila sve njegove odredbe. Isti je bio slučaj i sa Nalogom od 13. septembra 1993. godine, gdje su ne samo doslovce ponovljene prethodne mjere, već je i traženo da se one trebaju ispuniti 'odmah i efektivno'. Na taj način, sukcesivno, u dva navrata, Tužena strana ne samo da je pokazala totalno nepoštovanje Suda, nego je i u rasponu od šest mjeseci dva puta prekršila obaveze koje je u vezi s tim imala u skladu sa međunarodnim pravom."[24]

U svojoj tužbi Bosna i Hercegovina je navela da činjenice koje su iznesene u odnosu na djela genocida, ukazuju na to da je počinjeno djelo – udruživanje radi izvršenja genocida – između osoba koje su pod jurisdikcijom SRJ, srpskih paravojnih snaga i drugih osoba u Bosni.[25] Kad je riječ o djelu podsticanja na izvršenje genocida iz člana III(c) Konvencije, Bosna i Hercegovina se pozvala na važnost utvrđivanja ovog vida odgovornosti, oslanjajući se na argumentaciju predstavnika država koji su učestvovali u njenom usvajanju, kako u momentu rasprave pred ECOSOC-om tako i Generalne skupštine UN-a:

> "Žrtve genocida imaju samo malu satisfakciju kada vide da su počinioci izvedeni pred lice pravde; on što treba je spriječiti da zločin uopšte bude počinjen (...). Podsticanje na genocid je jedan od tipičnih slučajeva u kojima pravo mora intervenisati vrlo rano."[26]

---

[23] ICJ, *Memorial of the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina*, 15 April 1994.

[24] Van den Biesen, General introduction, ICJ, CR 2006/2, *Public sitting held on 27 February 2006 at 10.30 a.m., at the Peace Palace, President Higins presiding, in the case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Verbatim record, p. 19, par. 7.

[25] ICJ, *Memorial of the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina*, 15 April 1994, par. 5.4.1.1.

[26] ICJ, *Memorial of the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina*, 15 April 1994, par. 5.4.2.1.

Naglašeno je i da se "kažnjavanje propagande nameće kao apsolutna neophodnost" i da "historija pokazuje da je većini slučajeva genocida prethodila žestoka kampanja podsticanja", te je zaključeno da su osobe u vlasti ili pod jurisdikcijom SRJ, kako je to izloženo u činjenicama o počinjenju genocida, podsticale na počinjenje genocida.[27] Što se tiče pokušaja izvršenja genocida, u tužbi je navedeno da činjenice o počinjenim djelima jasno upućuju na to da je u mnogim slučajevima postojao pokušaj izvršenja.[28] Saučesništvo u genocidu, kako proizlazi iz definicije prihvaćene tokom usvajanja Konvencije, podrazumijeva "usputnu, sekundarnu ili korisnu pomoć datu počiniocu djela".[29] Saučesništvo se može ogledati i u "pomoći u obliku dostave oružja ili drugih sredstava čija je svrha pomoć drugoj državi u počinjenju genocida".[30] U tom smislu MSP je precizirao:

> "Vlada SRJ (Srbija i Crna Gora) bi trebala obezbijediti da nijedna od vojnih, paravojnih ili neregularnih oružanih jedinica koje bi mogle biti pod njenom kontrolom ili imati njenu pomoć, kao ni bilo koja organizacija i osoba koje bi se mogle nalaziti pod njenom kontrolom, usmjerenjima ili utjecajem, ne počine zločin genocida, udruživanja radi izvršenja genocida, direktnog i javnog podsticanja na izvršenje genocida, ili saučesništva u genocidu, bilo da je takav zločin usmjeren protiv muslimanskog stanovništva Bosne i Hercegovine ili protiv bilo koje druge nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe."[31]

Što se tiče primjenjivog prava, za pripisivanje državne odgovornosti potrebno je utvrditi da li se počinjena djela iz člana III mogu pripisati tuženoj strani prema pravilima međunarodnog običajnog prava o međunarodnoj odgovornosti država, odnosno da li su ta djela počinile osobe ili organi čije se ponašanje može pripisati tuženoj strani, ili, pak, da li su djela izvršili organi tužene strane ili osobe koje su, iako ne predstavljaju organe tužene strane, ipak djelovale po instrukcijama ili pod direktnom kontrolom tužene strane.[32]

---

[27] ICJ, *Memorial of the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina*, 15 April 1994, par. 5.4.2.1.

[28] ICJ, *Memorial of the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina*, 15 April 1994, par. 5.4.3.1.

[29] ICJ, *Memorial of the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina*, 15 April 1994, par. 5.4.4.1.

[30] Annuaire de la CDI 1978, vol. II, p.115, par. 13, *in* ICJ, *Memorial of the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina*, 15 April 1994, par. 5.4.4.1.

[31] Nalog o privremenim mjerama od 13. septembra 1993, u ICJ, *Memorial of the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina*, 15 April 1994, par. 2.4.4.3.

[32] Vidjeti šire: ICJ, *Memorial of the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina*, 15 April 1994, par. 5.4.1.1, 5.4.2.1, 5.4.3.1, 5.4.4.1 – 5.4.4.3.

3. Pripisivost odgovornosti država za djela koja su počinili organi države

Primjenjivo pravo kada je riječ o pripisivosti odgovornosti država oslanja se na izvještaje i odredbe Komisije za međunarodno pravo UN-a.[33] Interesantno je primijetiti da je u komentarima ovih odredbi detaljno obrađena pravna praksa Žalbenog vijeća MKSJ-a iz predmeta *Tadić*[34] (član 8 – Ponašanje pod upravom ili kontrolom države), te je izneseno da se "ponašanje jedne osobe ili grupe osoba, prema međunarodnom pravu, smatra djelom države ako je ta osoba ili grupa osoba, primjenjujući takvo ponašanje, reagovala po instrukcijama, direktivama ili kontrolom te države".[35] U predmetu *Tadić*, naime, detaljno je razrađena doktrina pripisivosti odgovornosti državama za djela koja su počinili pojedinci, te je naglašeno da "stepen kontrole može

[33] Vidjeti šire o odgovornosti država – UN International Law Commission dostupno na: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2001/english/chp4.pdf&lang=EFSRAC.

[34] "Žalbeno vijeće smatra da kod utvrđivanja da li se pojedinac koji po nacionalnim zakonima nema status državnog funkcionera može smatrati *de facto* organom države, međunarodna pravila ne zahtijevaju uvijek isti stepen kontrole. Potreban stepen kontrole nad naoružanim grupama ili privatnim licima varira. Ako je potrebno utvrditi da li je jedno privatno lice ili grupa koja nije vojno organizovana djelovala kao *de facto* organ države u izvršavanju određenog djela, valja ustanoviti da li je ta država dotičnom pojedincu ili grupi izdala konkretna uputstva za izvršenje tog konkretnog djela; alternativno, valja utvrditi da li je država *ex post facto* podržala ili odobrila protivpravno djelo. Naprotiv, kontrola države nad određenim vojnim snagama, milicijama ili paravojnim jedinicama može imati opšti karakter (i mora obuhvatati više od pukog pružanja finansijske pomoći, vojne opreme ili obuke). Taj uslov, međutim, ne ide tako daleko da zahtijeva izdavanje konkretnih naređenja ili rukovođenje svakom pojedinom operacijom od strane države. Prema međunarodnom pravu, nije nipošto potrebno da vlasti koje vrše kontrolu ujedno i planiraju sve operacije jedinica koje od njih zavise, da biraju ciljeve ili daju konkretna uputstva za vođenje vojnih operacija i eventualnih kršenja međunarodnog humanitarnog prava za koja se tvrdi da su se dogodila. Može se smatrati da postoji kontrola kakvu traži međunarodno pravo kad država (u kontekstu oružanog sukoba) igra ulogu u organizovanju, koordinaciji ili planiranju vojnih akcija vojne grupe, uz to što grupu još i finansira, obučava i oprema ili joj pruža operativnu podršku. Djela koja je izvršila grupa ili njeni članovi mogu se smatrati djelima *de facto* organa države bez obzira da li je država koja vrši kontrolu izdala ikakva konkretna uputstva za počinjenje svakog od tih djela." MKSJ, IT-94-1-A, *Tužilac protiv Duška Tadića zvanog "Dule"*, pred Žalbenim vijećem, 15. juli 1999, par. 137.

[35] United Nations, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001, Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/56/10).

varirati zavisno od činjenica i okolnosti svakog pojedinog slučaja."[36] U vezi sa gore navedenim stepenom kontrole, ovdje je značajno naglasiti da, iako se, dakle, i Komisija za međunarodno pravo UN-a, kao organ koji propisuje pravila međunarodnog prava u ovoj oblasti, pozivala na pravnu praksu MKSJ-a iz predmeta *Tadić*, Međunarodni sud pravde ju je odbacio, kao što ćemo vidjeti u nastavku ovog rada koji se odnosi na presudu ovog suda u predmetu *BiH protiv Srbije i Crne Gore*. Nadalje, u vezi sa pripisivanjem odgovornosti tuženoj strani, Bosna i Hercegovina se pozvala i na priznanje njenih zvaničnih organa. Naime, nakon prikazivanja videosnimka koji pokazuje pogubljenje šestorice zarobljenih bosanskih muslimana koje su počinili pripadnici jedinice "Škorpioni", Savjet ministara Srbije i Crne Gore u svojoj deklaraciji 15. juna 2005, izjavio je:

> "Oni koji su ubijali u Srebrenici, kao i oni koji su naredili i organizirali taj masakr nisu predstavljali ni Srbiju ni Crnu Goru, već jedan nedemokratski režim terora i smrti, protiv kojeg je većina građana Srbije i Crne Gore pružila najsnažniji otpor. Naša osuda zločina u Srebrenici ne završava se sa osudom neposrednih počinilaca. Mi zahtijevamo krivičnu odgovornost svih koji su izvršili ratne zločine, koji su ih organizirali ili koji su izdavali naređenja za njih, i to ne samo u Srebrenici nego i drugdje. Zločinci ne smiju biti tretirani kao heroji. Svaka zaštita ratnih zločinaca iz bilo kojega razloga takođe je zločin."[37]

Nakon što je Sud u prvom dijelu presude podsjetio na proceduru,[38] te na tužbeni zahtjev iz ovog spora,[39] izneseni su konačni podnesci.[40] U svom konačnom podnesku, na raspravi od 24. aprila 2006. godine, Bosna i Hercegovina je zahtijevala od Međunarodnog suda pravde da presudi i izrekne da je Srbija i Crna Gora, preko svojih organa, odnosno tijela pod njenom kontrolom, prekršila svoje obaveze koje proizlaze iz Konvencije o sprečava-

---

[36] MKSJ, IT-94-1-A, *Tužilac protiv Duška Tadića zvanog "Dule"*, pred Žalbenim vijećem, 15. juli 1999, par. 117.

[37] "Spor koji se odnosi na primjenu Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore)", par. 1–64, *u Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007.*, Institut za istraživanje zločina protiv čovječnosti i međunarodnog prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008. Dalje u tekstu: Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007.

[38] Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 377.

[39] Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 65.

[40] Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 65.

nju i kažnjavanju zločina genocida namjernim djelimičnim uništavanjem nesrpske nacionalne, etničke ili vjerske grupe u okviru, ali i izvan teritorije Bosne i Hercegovine, uključujući posebno muslimansko stanovništvo.[41] Bosna i Hercegovina je također zahtijevala da Srbija i Crna Gora mora odmah ispraviti posljedice svojih međunarodno nezakonitih postupaka i da zbog međunarodne odgovornosti nastale za pomenuto kršenje Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, isplati Bosni i Hercegovini punu odštetu za pričinjenu štetu i nanijete gubitke.[42] Pitanje koje je Sud trebao razmatrati u vezi sa pripisivanjem odgovornosti bilo je da li su djela genocida počinili organi koji se prema pravilima međunarodnog prava mogu smatrati organima države. Drugo pitanje je bilo, ukoliko počinioci nisu organi tužene strane, da li su oni bili pod njenom kontrolom, odnosno da li su djelovali po njenim instrukcijama ili kontrolom. Budući da je prethodno *actus reus*, zajedno sa *mens rea* zločina genocida, Sud utvrdio samo zločine počinjene na području Srebrenice, razmatranja pripisivanja državne odgovornosti odnosila su se samo na genocid počinjen u Srebrenici.

Osnovni postulat pravila o državnoj odgovornosti je da ponašanje bilo kog državnog organa treba smatrati djelom države prema međunarodnom pravu i da takvo ponašanje, ukoliko predstavlja kršenje neke međunarodne obaveze države, pokreće njenu odgovornost. Ovo pravilo, koje je ujedno i jedno od pravila međunarodnog običajnog prava, predviđeno je u okviru

[41] Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 66.

[42] "(i) štetu pričinjenu fizičkim licima djelima koja su taksativno navedena u članu III Konvencije, uključujući nematerijalnu štetu koju su pretrpjele žrtve ili njihovi preživjeli nasljednici ili sukcesori, kao i članovi njihove porodice; (ii) materijalnu štetu pričinjenu imovini fizičkih ili pravnih lica, javnih ili privatnih, djelima koja su taksativno navedena u članu III Konvencije; (iii) materijalnu štetu koju je pretrpjela Bosna i Hercegovina u pogledu razumnih troškova koji su nastali u cilju otklanjanja odnosno ublažavanja štete proistekle iz djela koja su taksativno navedena u članu III Konvencije; (c) u slučaju da godinu dana po izricanju Presude Suda ne bude postignut dogovor strana u sporu, o karakteru, obliku i iznosu odštete će odlučiti Sud, zadržavajući pravo na naknadnu proceduru u tom cilju; (d) da je Srbija i Crna Gora dužna pružiti konkretne garancije i jamstva da neće ponoviti nezakonita djela koja su predmet Tužbe, gdje će Sud utvrditi oblik takvih garancija i jamstava; Da u slučaju neispunjavanja Naloga za određivanje privremenih mjera koje je Sud izdao 8. aprila 1993. godine i 13. septembra 1993. godine, smatraće se da je Srbija i Crna Gora prekršila svoje međunarodne obaveze i imaće obavezu prema Bosni i Hercegovini da obezbjedi simboličnu nadoknadu za to kršenje, čiji će iznos utvrditi Sud." par. 66, stav 6(b), (c) i (d) i stav 7 Presude.

Odredaba Komisije za međunarodno pravo o državnoj odgovornosti.[43] Kako bi primijenio ovo pravilo, MSP je naveo da je neophodno prije svega utvrditi da li su djela genocida u Srebrenici izvršile osobe ili subjekti koji su imali status organa Savezne Republike Jugoslavije "u skladu sa unutrašnjim zakonodavstvom te Države koji je tada bio na snazi":

> "Mora se reći da ne postoji niti jedan element koji omogućava potvrdan odgovor na ovo pitanje. Nije dokazano da je vojska SRJ učestvovala u masakrima, niti da su politički rukovodioci SRJ imali udjela u pripremi, planiranju ili da su na bilo koji način učestvovali u izvršavanju masakara. Istina je da postoji dosta dokaza o direktnom ili indirektnom učešću zvanične vojske SRJ, pored oružanih snaga bosanskih Srba, u vojnim operacijama u Bosni i Hercegovini u godinama koje su prethodile događajima u Srebrenici. Politički organi Ujedinjenih nacija su u više navrata osudili ovakvo učešće zahtijevajući da ga SRJ prekine (vidjeti, na primjer, rezolucije Vijeća sigurnosti UN br. 752 (1992), 757 (1992), 762 (1992), 819 (1993), 838 (1993). Nije, međutim, dokazano da je postojalo takvo učešće u okviru masakara koji su izvršeni u Srebrenici. Pored toga, ni Republika Srpska ni VRS nisu bili *de jure* organi SRJ, s obzirom da niti jedni niti drugi nisu imali status organa te države prema njenom unutrašnjem zakonodavstvu."[44]

Povodom tvrdnji Bosne i Hercegovine kao podnosioca tužbe da su svi oficiri VRS-a, uključujući i generala Mladića, ostali pod vojnom upravom SRJ i da su njihove plate bile isplaćivane od strane Beograda sve do 2002. godine, i da su shodno tome ovi oficiri "predstavljali *de jure* organe (SRJ) koji su po hijerarhiji određeni da svoju dužnost obavljaju u redovima VRS u Bosni i Hercegovini", Sud je konstatovao da "nisu iznijeti nikakvi dokazi da su, bilo general Mladić ili bilo koji drugi oficir o čijim se poslovima starao 30. kadrovski centar bili, prema unutrašnjem zakonodavstvu Tužene strane, oficiri vojske Tužene strane – organ *de jure* Tužene strane" te da su "oficiri VRS, uključujući i generala Mladića, u obavljanju svojih funkcija bili pozvani da obavljaju zadatke u ime vlasti bosanskih Srba, posebno Republike Srpske, a ne u ime SRJ".[45] Navedeno je i da su "oni izvršavali određene javne ovlasti Republike Srpske", kao i da "posebna situacija generala Mladića ili bilo kog drugog oficira VRS koji je bio prisutan u Srebrenici, a koji su eventualno

[43] Vidjeti šire o odgovornosti država – UN International Law Commission dostupno na: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2001/english/chp4.pdf&lang=EFSRAC

[44] Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 386.

[45] Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 388.

'na administativnom planu' vezani za Beograd, nije takve prirode da navede Sud da izmijeni zaključak do kojeg je došao u prethodnom paragrafu".[46] Nadalje se postavilo pitanje da li tužena strana može snositi odgovornost za djela koja su izvršili pripadnici jedinice "Škorpioni" na području Srebrenice. Argumentacija podnosioca tužbe o pripisivosti ponašanja određenih organa bila je da "realnost mora prevladati nad prividom", te da se "Republika Srpska i VRS, kao i paravojne milicije poznate kao 'Škorpioni', 'Crvene beretke', 'Tigrovi' i 'Beli orlovi' moraju smatrati pripisivim SRJ, bez obzira na njihov status, *de facto* organima SRJ, posebno u vrijeme o kojem se govori, tako da se sva njihova djela, a posebno masakri u Srebrenici, upravo u onom smislu kao da su oni bili organi te države prema njenom unutrašnjem zakonodavstvu."[47]

Sud se, navodeći da je prvo pitanje koje se otvara ovakvom argumentacijom "da li je moguće pripisati nekoj državi odgovornost za ponašanje osoba ili grupa osoba koje, iako nemaju status državnih organa, u stvari djeluju pod striktnom kontrolom te države, te se moraju tretirati kao njeni organi",[48] pozvao na svoju prethodnu praksu u predmetu *Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi i protiv nje (Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država*).[49] Sud je u vezi s tim naveo da se osobe, grupe osoba ili drugi subjekti mogu izjednačiti sa državnim organima čak iako takav status ne proističe iz unutrašnjeg zakonodavstva, pod uslovom da djeluju "u potpunoj zavisnosti" od države čiji su oni, u krajnjem slučaju, samo instrument. Primjenjujući ovaj kriterij na genocid u Srebrenici Sud je konstatovao:

> "U relevatnom periodu, jula 1995, ni Republika Srpska ni VRS nisu se mogli smatrati samo pukim instrumentima preko kojih je SRJ djelova-

[46] *Idem.*

[47] Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 390.

[48] Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 391.

[49] U ovom sporu MSP je trebao utvrditi da li je "priroda odnosa *kontrasa* sa Vladom Sjedinjenih Američkih Država" predstavljala odnos zavisnosti ili kontrole, kako bi se *kontrasi* mogli smatrati organom Vlade SAD-a, ili organom koji je djelovao u ime te Vlade. Ispitujući činjenice "u svjetlu informacija sa kojima je raspolagao", Sud je konstatovao da "ne postoje jasni dokazi da je SAD faktički vršio kontrolu u toj mjeri da se može opravdati tretiranje *kontrasa* u svim oblastima kao da su djelovali u njihovo ime", i potom zaključio da su "dokazi koji stoje na raspolaganju Sudu... nedovoljni da se dokaže potpuna zavisnost /*kontrasa*/ od američke pomoći", tako da Sud "nije mogao utvrditi da se snage *kontrasa* mogu izjednačiti za pravne svrhe sa snagama SAD", MSP, *Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi i protiv nje (Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država),* Presuda od 27. juna 1986. str. 62–64, paragrafi 109 i 110.

> la, bez ikakve stvarne autonomije. Sigurno je da su politički i vojni odnosi, kao i oni u oblasti logistike, između saveznih organa u Beogradu i vlasti na Palama, između Jugoslavenske vojske i VRS, bili u prethodnim godinama čvrsti i bliski (...) i da su ti odnosi nesumnjivo i dalje bili snažni. Ali oni, barem u relevantnom periodu, nisu bili takvi da bi se političke i vojne organizacije bosanskih Srba mogle izjednačiti sa organima SRJ. Čak je objelodanjeno da su se u to vrijeme pojavile i razlike u strateškim opcijama između jugoslavenskih vlasti i lidera bosanskih Srba; u krajnjem slučaju to dokazuje da su ovi drugi posjedovali relativan, ali realan stepen samostalnosti. Bez obzira na izuzetno veliku podršku koju je Tužena strana davala Republici Srpskoj, bez koje ona ne bi mogla 'sprovoditi svoje ključne ili najznačajnije vojne i paravojne aktivnosti', to ne ukazuje da je postojala potpuna zavisnost Republike Srpske od Tužene strane."[50]

Po pitanju da li tužena strana može snositi odgovornost za djela koja su počinili "Škorpioni" na području Srebrenice, odnosno da li su "Škorpioni" bili *de jure* organ tužene strane, Sud je konstatovao da se "djelo nekog organa koje jedna država stavi na raspolaganje drugom javnom organu ne smatra djelom te države, ukoliko je taj organ postupao u ime javnog organa kojem je stavljen na raspolaganje"[51]. Sud je nadalje zaključio da mu nije predočen ni jedan element koji pokazuje da su "Škorpioni" faktički djelovali u "potpunoj zavisnosti" od tužene strane. Također, Sud je konstatovao i da predmet *Stanišić i Simatović* može biti od značaja za rasvjetljavanje statusa "Škorpiona", ali da "Sud ne može da donosi daljnje zaključke s obzirom da je ovaj slučaj u fazi podizanja optužnice", te je podsjetio da "svoje mišljenje može iznijeti

[50] Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 394.

[51] "Postoji neslaganje između strana u sporu o tome kada su 'Škorpioni' ušli u sastav snaga Tužene strane. Podnosilac tužbe tvrdi da je to priključivanje izvršeno na osnovu Uredbe iz 1991. godine (koja nije dostavljena kao Aneks). Tužena strana izjavljuje da su 'ti propisi (bili) relevantni isključivo za rat u Hrvatskoj 1991. i da ne postoje nikakvi dokazi da su oni bili na snazi i 1992. godine u Bosni i Hercegovini'. Sud konstatuje da je, s obzirom da se jedinstvena država Jugoslavija u to vrijeme raspadala, za ovaj spor relevantan status 'Škorpiona' sredinom 1995. godine. U dva presretnuta dokumenta koja je podnosilac tužbe dostavio ... 'Škorpioni' se predstavljaju kao 'MUP Srbije' i kao 'jedinica Ministarstva za unutrašnje poslove Srbije'. Tužena strana identificirala je pošiljaoce tih dopisa, Ljubišu Borovčanina i Savu Cvjetinovića, kao 'visoke zvaničnike policijskih snaga Republike Srpske'. Sud konstatuje da niti jedna od tih komunikacija nije bila upućena Beogradu. Imajući u vidu ove elemente, Sud nije u mogućnosti da zaključi da su 'Škorpioni' sredinom 1995. bili *de jure* organ Tužene strane." MSP, *Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore,* 26. februar 2007, par. 389.

samo na osnovu informacija koje su mu predočene u vrijeme kada donosi svoju odluku, a koje proističu iz pisane dokumentacije i njenih aneksa iz ovog sudskog predmeta i argumentacije strana u sporu iznijetih na usmenoj raspravi":[52]

> "Sud je prema tome utvrdio da se djela genocida u Srebrenici ne mogu pripisati tuženoj strani u smislu da su ih počinili njeni organi ili osobe ili subjekti koji u potpunosti od nje zavise, zbog čega po ovom osnovu ne postoji međunarodna odgovornost tužene strane."[53]

4. Pripisivost odgovornosti državama na osnovu instrukcija i kontrole

Elementi pripisivosti na osnovu instrukcija ili kontrole države također su bili predmet rasprave pred MSP-om. Sud se u ovom dijelu razmatranja pozvao na pravilo običajnog prava sadržanog u članu 8 Komisije za međunarodno pravo o odgovornosti država koji predviđa:

> "Ponašanje osoba ili grupe osoba smatrat će se djelom države po međunarodnom pravu ukoliko ta osoba ili grupa osoba, u stvari djeluje po instrukcijama, ili na osnovu usmjeravanja ili kontrole te države."

Sud je, nadalje, istakao da se ova odredba mora razumjeti u svjetlu njegove ranije pravne prakse u vezi sa ovim pitanjem, "naročito onom koja se tiče Presude iz 1986. u sporu koji se odnosi na *Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi i protiv nje (Nikragva protiv Sjedinjenih Američkih Država*)". U ovom sporu, naime, Sud je odbacio argumentaciju da *kontrase* treba poistovjetiti s organima SAD-a, uz obrazloženje da nisu bili u odnosu "potpune zavisnosti" od SAD-a. Potom je Sud dalje utvrđivao da li je SAD kao tužena strana "naredio ili nametnuo izvršenje djela suprotno ljudskim pravima i humanitarnom pravu" kako je tvrdila Nikaragva, država podnosilac tužbe. U tu svrhu, Sud je tražio primjenu kriterija "efektivne kontrole", odnosno da je SAD imao efektivnu kontrolu nad vojnim i paravojnim operacijama (koje su vodili *kontrasi*), a u toku kojih je došlo do ovih kršenja.[54] Sud je naveo da ovako formulisan kriterij omogućava da se osoba ili subjekt izjednači sa državnim organom čak i ako nema taj status prema unutrašnjem zakonodavstvu te države, te da u ovom kontekstu "nije neophodno dokazati da su osobe, koje

[52] Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 395.
[53] *Idem.*
[54] Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 399.

su počinile djela ... bile u odnosu 'potpune zavisnosti' sa državom koja predstavlja tuženu stranu", već da "treba dokazati da su one djelovale u skladu sa instrukcijama te države ili pod njenom 'efektivnom kontrolom'". Dodato je i da je "neophodno je utvrditi da se ova 'efektivna kontrola' vršila ili da je država davala instrukcije za svaku operaciju u kojoj su se dešavali navodni prekršaji, a ne generalno u odnosu na sve akcije koje su preduzimale osobe ili grupe osoba koje su počinile ta kršenja."[55]

U vezi sa zahtjevom "efektivne kontrole", Bosna i Hercegovina je iznijela argument da je "priroda zločina genocida specifična" i "da se može sastojati od značajnog broja izoliranih djela koja su odvojena u prostoru", te da bi se shodno tome ocjena "efektivne kontrole" trebala odnositi na "cjelokupne operacije" koje su izvršili direktni počinioci genocida. Sud je, međutim, smatrao da "specifične karakteristike genocida ne opravdavaju Sud da odstupi od kriterija razrađenih u Presudi u sporu koji se odnosi na *Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi i protiv nje (Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država*)", zaključivši da se pravila za pripisivanje međunarodnog protupravnog ponašanja nekoj državi ne mijenjaju s prirodom protupravnog djela, u odsustvu jasno izraženog *lex specialisa.*[56]

Konstatujući da je Bosna i Hercegovina kao podnosilac tužbe osporavala valjanost primjene kriterija "efektivne kontrole" u sporu po kršenju Konvencije o genocidu, pozivajući se na presudu Žalbenog vijeća MKSJ-a u slučaju *Tadić* gdje je prihvaćen kriterij "sveukupne kontrole", Sud je iznio opsežnu analizu ovakvog stava MKSJ-a, polazeći od konstatacije da je Žalbeno vijeće MKSJ-a zauzelo stav da su "djela koja su počinili bosanski Srbi mogla proizvesti međunarodnu odgovornost SRJ na osnovu svekupne kontrole koju je SRJ vršila nad Republikom Srpskom i VRS, a da pri tome nema potrebe da se dokazuje da je svaka operacija tokom koje su vršena djela koja predstavljaju povredu međunarodnog prava, sprovođena po instukcijama SRJ ili pod njenom efektivnom kontrolom." [57] MSP je iznio vrlo kritičan stav prema ovakvoj odluci MKSJ-a, smatrajući da se MKSJ u predmetu *Tadić* bavio pitanjem koje nije bilo nužno za vršenje njegove nadležnosti, smatrajući da se njegova nadležnost odnosi samo na pojedince, te da stoga MKSJ ne može odlučivati po pitanju državne odgovornosti:

[55] Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 400.

[56] Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 401.

[57] Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 402.

> "Sud pridaje najveći značaj činjeničnim i pravnim kvalifikacijama do kojih je došao MKSJ prilikom odlučivanja o krivičnoj odgovornosti optuženih pred njim i Sud, u ovom sporu, u potpunosti uzima u obzir suđenje i presude po žalbi MKSJ koji se bave događajima koji su u osnovi ovog spora. Situacija nije ista što se tiče stavova koje je usvojio MKSJ o pitanjima općeg međunarodnog prava koja ne spadaju u specifični djelokrug njegove nadležnosti i čije rješavanje, šta više, nije uvijek neophodno za rješavanje krivičnih predmeta koji se vode pred njim."[58]

U svojoj kritici prema MKSJ-u, nastavljajući svoju argumentaciju, MSP je išao i dalje, konstatujući da je argumentacija MKSJ-a u ovom pogledu "neuvjerljiva":

> "U onoj mjeri u kojoj je kriterij o 'sveukupnoj kontroli' korišten da bi se utvrdilo da li oružani sukob ima međunarodni karakter ili ne, što je predstavljalo jedino pitanje koje je Žalbeno vijeće bilo pozvano da riješi, ovaj kriterij je primjenljiv i odgovarajući; Sud međutim ne smatra primjerenim da po tom pitanju zauzima stav u ovom sporu jer nije nužno da ga rješava za potrebe ove Presude. S druge strane, MKSJ je prezentirao kriterij 'sveukupne kontrole' kao jednako primjenjiv prema pravilima o odgovornosti države za potrebe utvrđivanja – kao što se traži od Suda da to učini u ovom sporu – u kojim je slučajevima neka država odgovorna za djela koja počine paravojne jedinice, oružane snage koje ne predstavljaju njene zvanične organe. U ovom kontekstu, argumentacija u prilog tog kriterija je neuvjerljiva."[59]

Navodeći vrlo interesantno stajalište da "nikakva logička neophodnost ne traži primjenu istog kriterija za rješavanje ova dva pitanja koja su po prirodi veoma različita", Sud je dalje razvijao svoju argumentaciju:

> "Nadalje, treba zapaziti da kriterij o 'sveukupnoj kontroli' ima značajan nedostatak koji se sastoji u širenju djelokruga državne odgovornosti izvan osnovnog principa prava međunarodne odgovornosti: država je odgovorna samo za svoje vlastito ponašanje, odnosno za ponašanje osoba koje, po bilo kom osnovu, postupaju u njeno ime. To je slučaj sa djelima koja izvršavaju njeni zvanični organi, a i osobe ili subjekti koji nisu zvanično priznati kao zvanični organi prema unutrašnjem zakonodavstvu, ali koji se ipak moraju izjednačiti sa državnim organima jer se nalaze u odnosu potpune zavisnosti od te države. Izuzev

[58] Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 403.

[59] Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 404.

ovih slučajeva, odgovornost države može nastati zbog djela koja počine osobe ili grupe osoba – koje nisu ni državni organi niti se mogu izjednačiti sa tim organima – samo ukoliko se, pod pretpostavkom da ta djela predstavljaju međunarodno nezakonit akt, ona mogu njoj pripisati prema pravilu međunarodnog običajnog prava (...). Takav je slučaj kada je organ države davao instrukcije ili usmjerenja u skladu sa kojima su djelovali počinioci nezakonitog djela, ili kada je on vršio efektivnu kontrolu nad akcijom tokom koje je zlodjelo počinjeno. U ovom smislu kriterij 'sveukupne kontrole' nije prikladan jer odvaja, skoro do tačke kidanja, vezu koja mora postojati između ponašanja organa države i njene međunarodne odgovornosti."[60]

5. Pripisivost odgovornosti državama za kršenje obaveze sprečavanja i kažnjavanja zločina genocida

MSP je slijedeći svoju argumentaciju, te stajališta tužene strane prema kojoj "u konačnim presudama MKSJ-a koje se odnose na genocid u Srebrenici nije utvrđena umiješanost nijednog od njenih rukovodilaca",[61] zaključio:

> "...na osnovu gore navedenog da se djela onih koji su počinili genocid u Srebrenici ne mogu pripisati Tuženoj strani na osnovu pravila međunarodnog prava o državnoj odgovornosti: prema tome, međunarodna odgovornost Tužene strane nije nastala na ovoj osnovi."[62]

Sud je potom utvrdio odgovornost Srbije za nesprečavanje genocida "isključivo u Srebrenici, jer su to jedina djela za koja je Sud zaključio u ovom Sporu da je genocid izvršen", uz obrazloženje:

> "Obaveza države da spriječi i odgovarajuća obaveza da djeluje nastaje onog trenutka kada država sazna, ili bi trebalo u normalnim okolnostima da je imala saznanja, o postojanju ozbiljne opasnosti od izvršenja genocida."[63]

---

[60] Presuda MSP: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 405–406.

[61] Presuda MSP: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 408. Vidjeti detaljnije par. 408–412.

[62] Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 415.

[63] Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 431. Vidjeti šire u vezi sa ovim pitanjem: par. 432–438.

Konstatujući da je SRJ na bosanske Srbe "koji su osmislili i izvršili genocid u Srebrenici", zahvaljujući jačini političkih, vojnih i finansijskih veza koje su postojale između SRJ s jedne i Republike Srpske i VRS s druge strane, imala utjecaj koji se ne može uporediti sa utjecajem bilo koje druge države, strane ugovornice Konvencije o genocidu, Sud je konstatovao da vlasti SRJ "teško da nisu bile svjesne ozbiljne opasnosti od genocida kada su snage VRS odlučile zauzeti enklavu Srebrenica".[64]

Na osnovu gore navedenih stavova koji se odnose na pripisivanje odgovornosti, u dispozitivu Presude MSP-a je konstatovao da "Srbija nije izvršila genocid, preko svojih organa ili osoba čija djela povlače njenu odgovornost prema međunarodnom običajnom pravu, kršenjem obaveza koje ima prema Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida". Sud je nadalje takođe konstatovao da Srbija "nije bila saučesnik u genocidu, kršenjem svojih obaveza prema Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida". U nastavku dispozitiva konstatovano je da je "Srbija prekršila svoju obavezu prema Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, budući da nije izručila Ratka Mladića, optuženog za genocid i saučesništvo u genocidu, radi suđenja pred MKSJ, i na taj način nije u potpunosti sarađivala sa tim sudom"[65]. Što se tiče kršenja ovih obaveza, navedeno je da "zaključci Suda formulisani u tim tačkama predstavljaju adekvatnu satisfakciju" i da

[64] "Među dokumentima koji sadrže informacije koje jasno ukazuju da je takva svijest postojala, treba pomenuti gore citirani izvještaj (vidjeti paragrafe 283 i 285 gore u tekstu) Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija koji je izrađen u skladu sa Rezolucijom Generalne skupštine br. 53/35 o 'padu Srebrenice' (Dokument Ujedinjenih nacija br. A/54/549) u kojem se pominje posjeta Beogradu 14. jula 1995. godine pregovarača Evropske unije g. Bildta radi sastanka sa g. Miloševićem. G. Bildt je u suštini obavijestio g. Miloševića o svojoj vrlo ozbiljnoj zabrinutosti i od njega je 'uporno tražio ... da odmah Visokom komesarijatu UN za izbjeglice da mogućnost pružanja pomoći stanovništvu Srebrenice i mogućnost MKCK da otpočne registraciju onih koje je Vojska bosanskih Srba držala kao ratne zarobljenike'." Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 431–438.

[65] Takođe, u dispozitivu presude, Sud je utvrdio i da je "Srbija prekršila svoju obavezu da se pridržava privremenih mjera koje je Sud naložio 8. aprila i 13. septembra 1993. godine u ovom sporu, budući da nije poduzela sve mjere koje su bile u njenoj moći da spriječi genocid u Srebrenici jula mjeseca 1995. godine". S tim u vezi, Sud je Srbiji naložio da "mora odmah poduzeti efikasne korake u cilju obezbjeđenja punog poštovanja obaveze prema Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida u cilju kažnjavanja djela genocida kako je definirano u Članu II Konvencije, ili bilo kojih drugih djela zabranjenih Članom III Konvencije, i prebaciti osobe optužene za genocid ili za bilo koje od ostalih djela u Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju, i u potpunosti surađivati sa tim Tribunalom."

"spor nije takve prirode da bi bilo primjereno davanje naloga za plaćanje naknade", niti za "pružanje uvjerenja i garancija o neponavljanju".[66]

6. Zaključak

> *"Jasno je da je Sud odlučno zatvorio u vrlo uski okvir međunarodnu odgovornost država, u raskoraku u odnosu na realnost. Ostaje da se nadamo da time nije nehotično signalizirao Državama modus operandi za buduće zločine."* (Herve, 2007, str. 302)

Spor "Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore" jedan je od najsloženijih predmeta Međunarodnog suda pravde. Izdvaja se obimom spisa, izlaganja i svjedočenja.[67] Ovaj spor trajao je punih četrnaest godina, a najveći dio vremena potrošen je u dugačkim procedurama i raspravama oko nadležnosti ovog suda i primjenjivosti Konvencije o genocidu na ovaj slučaj.

Kada je riječ o počinjenju zločina genocida, MSP je na osnovu iznesenih činjeničnih elemenata zaključio da je zločin genocida izvršen na području Srebrenice, pri tome uzimajući u obzir samo pravnu praksu MKSJ-a i to samo iz predmeta koji su do momenta početka usmene rasprave (mart 2006) bili završeni, odnosno pravosnažni.[68]

Iako je na raspolaganju imao obiman materijal iz drugih relevantnih izvora, a koji je u skladu sa svojim pravilima o proceduri i dokazima mogao koristiti i na njemu razvijati svoju pravnu praksu, MSP se koristio isključivo činjeničnim elementima iz prakse MKSJ-a. Potrebno je, međutim, napomenuti da su ovi činjenični dokazi pred MKSJ-om iznošeni isključivo u svrhu utvrđivanja odgovornosti pojedinih optuženih, pa su tako mnoge činjenice koje se nisu mogle pripisati na individualnom nivou ostale izvan dometa ovih suđenja. Što se tiče pravosnažnih presuda MKSJ-a koje je MSP uzeo u obzir kao "najubjedljiviji i najpouzdaniji izvor dokaza", kao što je to bio činjenični

---

66 Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 471.

67 Pisana procedura od zahtjeva za pokretanje postupka, preko različitih zahtjeva za privremene mjere, tužbe i replike Bosne i Hercegovine čini oko 1500 stranica, ne računajući razne odluke Suda donesene u međuvremenu. Sama Presuda čini 201 stranicu, ne računajući izdvojena mišljenja. Usmena procedura je također bila vrlo duga: od brojnih rasprava po pitanju nadležnosti od 1993. do 1996. godine, pa do iznošenja merituma spora tokom 2006. godine.

68 Činjenice iz optužnica MKSJ-a, pa i u slučajevima kada optuženi zbog smrti nisu mogli biti prebačeni pred MKSJ, ili su umrli u toku suđenja, nisu ni detaljnije razmatrane niti su traženi drugi izvori za njihovo potvrđivanje ili odbacivanje. Isti je slučaj i sa prvostepenim presudama.

dio mišljenja i presuda MKSJ-a u predmetu *Tadić,*[69] *Kvočka i drugi,*[70] *Brđanin*[71] i *Stakić,*[72] MSP je konstatovao da je u njima dokazan materijalni element genocida za područje Prijedora (*actus reus)*, ali ne i specifična namjera (*dolus specialis*).[73] Naprimjer, Međupresuda MKSJ-a u predmetu *Slobodan Milošević*[74] sadržavala je slična stajališta oko utvrđenog *actus reus* elementa zločina genocida počinjenog i na drugim područjima osim Srebrenice, ali konačna presuda u odnosu na *dolus specialis* nije izrečena zbog smrti optuženog.

Takođe, MSP je konstatovao vezano za pripisivost tuženoj strani djela koje je počinila jedinica "Škorpioni" tokom genocida u Srebrenici, da "predmet *Stanišić i Simatović* može biti od značaja za rasvjetljavanje statusa 'Škorpiona', ali da ne može donositi dalje zaključke s obzirom da je ovaj slučaj u fazi podizanja optužnice"[75]. Pritom je podsjetio da "svoje mišljenje može iznijeti samo na osnovu informacija koje su mu predočene u vrijeme kada donosi svoju odluku, a koje proističu iz pisane dokumentacije i njenih aneksa iz ovog sudskog predmeta i argumentacije strana u sporu iznijetih na usmenoj raspravi."[76]

Kada je riječ o pripisivosti djela u ovom segmentu, MSP je pravnu praksu MKSJ-a, za koju je ranije konstatovao da sadrži veoma uvjerljive i najpouzdanije izvore dokaza,[77] potpuno odbacio, navodeći čak da je argumentacija MKSJ-a u ovom slučaju "neuvjerljiva".[78] Dakle, u prvom dijelu svoje presude, a vezano za činjenične osnove, MSP se oslonio isključivo na nedostatnu

---

69 MKSJ, IT-94-1-T, predmet *Tadić*, Presuda Pretresnog vijeća od 7. maja 1997. godine, par. 155–158, 163–167, te 194–206.

70 MKSJ, IT-98-30/1-T, predmet *Kvočka i drugi*, Presuda Pretresnog vijeća, par. 21–50 i 98–108, potvrđena i u žalbenom postupku.

71 MKSJ, IT-99-36-T, predmet *Brđanin*, Presuda Pretresnog vijeća, par. 515–517.

72 MKSJ, IT-97-24-T, predmet *Stakić*, Presuda Pretresnog vijeća, par. 229–336.

73 Kako se specifična namjera dokazuje isključivo kroz odgovornost samo optuženog iz svakog pojedinačnog predmeta, ovakav stav MSP-a iznenađuje. Imajući u vidu da je element *actus reus* u ovim predmetima dokazan, MSP je mogao ići i dalje i utvrđivati da li se ovaj *actus reus* može pripisati i drugim počiniteljima ili saučesnicima, odnosno pojedincima koji su dio strukture organa tadašnje SRJ.

74 MKSJ, IT-02-54-T, *Tužilac protiv Slobodana Miloševića*, Pred pretresnim vijećem, Odluka po prijedlogu za donošenje oslobađajuće presude, 16. juni 2004.

75 Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 395.

76 *Idem.*

77 Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 216–223.

78 Presuda MSP: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007, par. 403–404.

pravnu praksu MKSJ-a, dok je istu u dijelu pripisivanja odgovornosti i veza između bosanskih Srba i SRJ, uz temeljite kritike, odbacio. Ovakav stav u najmanju ruku predstavlja paradoks – MSP se držao pravne prakse MKSJ-a gdje je ona nekompletna, a tamo gdje je pravna praksa MKSJ-a bila konzistentna MSP ju je opovrgao (Acensio, 2007, str. 287). MSP je, naime, u pogledu odgovornosti u potpunosti odbacio pravnu praksu MKSJ-a iz predmeta *Tadić,* gdje se za pripisivost djela tražio kriterij "opšte kontrole" države, te je primijenio svoju pravnu praksu iz predmeta *Nikaragva*, koji bio potpuno drugačijeg karaktera i u kojem se tražio kriterij većeg stepena od same opšte kontrole, odnosno "efektivna kontrola" vojnih ili paravojnih operacija u toku kojih je počinjeno kršenje međunarodnog prava.

Ovakvi stavovi MSP-a doveli su do kontroverzi da se zločin genocida, koji je prihvaćen kao djelo utvrđeno pravnom praksom MKSJ-a, pripisuje jednom političkom entitetu *sui generis*, a ne državama.

Bibliografija

1. Ascensio, H. (2007). La responsabilite selon la Cour internationale de justice dans l affaire du genocide bosniaque, *Extrait de la Revue Generale de Droit International Public*, (2) str. 285–304.
2. Commission de Droit International (1978), *Annuaire* vol. II.
3. International Court of Justice. (20 March 1993). *Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 20 March 1993, Application of the Convention on the Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro), Application of the Republic of Bosnia and Herzegovina.*
4. International Court of Justice (15 April 1994). *Memorial of the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina*, 15 April 1994.
5. International Court of Justice. (27 June 1986). *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America).*
6. International Court of Justice. (23 April 1998). Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Federal Republic of Yugoslavia), *Reply of the Government of Bosnia and Herzegovina*, 23 April 1998.
7. International Court of Justice (13 September 1993). *Reports of Judgements, Advisory opinions and Ordes, Application of the Convention*

on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Further Requests for Indication of Provisional measures, Order of 13 September 1993.

8. International Court of Justice. (22 March 1993). *Supplementary submission in support of the Application of the Republic of Bosnia and Herzegovina instititing legal procedings against Yougoslavia (Serbia and Montenegro) on the basis of the 1948 Genocide Convention and in the support of its request for un indication of provisional measuree of protection* – Specific factual Allegations of Acts of Genocide, 22 March 1993.
9. International Court of Justice. (27 February 2006). Van den Biesen, General introduction, CR 2006/2, *Public sitting held on 27 February 2006 at 10.30 a.m., at the Peace Palace, President Higins presiding, in the case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Verbatim record.
10. International Law Commission (2001). *Report on the work of the fifty-third session*.
11. Jacobs, S. L. (1999). The Papers of Raphael Lemkin: a first look. *Journal of Genocide Research*, 1 (1), 105–114.
12. Lemkin, R. (2008). Axis Rule in Occupied Europe. u: J.-L. Panne (ured.). *Rafael Lemkin, Qu' est ce qu' un genocide*. Paris: Rocher.
13. MKSJ. IT-99-36-T (1. septembar 2004). *Tužilac protiv Radoslava Brđanina*, pred Pretresnim vijećem II, Presuda 1. septembra 2004.
14. MKSJ. IT-98-30/1-T (2. novembar 2001). *Tužilac protiv Miroslava Kvočke, Dragoljuba Prcaća, Milojice Kosa, Mlađa Radića, Zorana Žigića*, pred Pretresnim vijećem, Presuda, 2. novembar 2001.
15. MKSJ. IT-02-54-T (16. juni 2004). *Tužilac protiv Slobodana Miloševića*, Pred pretresnim vijećem, Odluka po prijedlogu za donošenje oslobađajuće presude, 16. juni 2004.
16. MKSJ. IT-97-24-T (31. juli 2003). *Tužilac suda protiv Milomira Stakića*, pred Pretresnim vijećem II, Presuda, 31. juli 2003.
17. MKSJ. IT-94-1-T. (7. maj 1997). *Tužilac protiv Duška Tadića zvanog "Dule"*, pred Pretresnim vijećem, Mišljenje i presuda, 7. maj 1997.
18. MKSJ. IT-94-1-A (15. juli 1999). *Tužilac protiv Duška Tadića zvanog "Dule"*, pred Žalbenim vijećem, Presuda, 15. juli 1999.

19. *Presuda Međunarodnog suda pravde: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, 26. februar 2007*. (2008). Sarajevo: Institut za istraživanje zločina protiv čovječnosti i međunarodnog prava Univerziteta u Sarajevu.

20. Schabas, W.A. *Convention pour la prevention et la represion du crime de genocide*. United Nations Audiovisuel Library of International Law. Preuzeto 25. 6. 2018. http://legal.un.org/avl/pdf/ha/cppcg/cppcg_f.pdf

21. United Nations (1948). *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*.

22. United Nations. (2001). *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*.

23. United Nations (1945). *Statute of the International Court of Justice*.

Dr. Sabina Subašić-Galijatović
Scientific associate
University of Sarajevo
Institute for Research of Crimes against Humanity and International Law
info@institut-genocid.unsa.ba

Dr. Midhat Izmirlija
Assistant professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
m.izmirlija@pfsa.unsa.ba

APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE

Summary

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 1948 enables what no other legal instrument for crimes against humanity or war crimes enables – access to the International Court of Justice, authority that has the competence to lead the proceedings in disputes between states. The responsibility of states for the criminal offence of genocide was, therefore, for the first time in history, the subject of proceedings before the International Court of Justice (ICJ) in the dispute relating to the application of Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina against Serbia and Montenegro). This process that lasted full 14 years is the first process before this court on account of violation of this convention. Significant jurisprudence relating to the establishment of standards and criteria for the attribution of responsibility of states for the violation of the Convention has resulted from this dispute, which is what the subject of this paper is.

Keywords: *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, responsibility of states, dispute between Bosnia and Herzegovina against the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro)*

Dr. Edina Sudžuka
Docentica
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
e.sudzuka@pfsa.unsa.ba

UDK 336.226(497.6)
Izvorni naučni rad

POREZ NA OSOBNI DOHODAK S OSVRTOM NA CILJEVE I EFEKTE OPOREZIVANJA DOHOTKA OD NESAMOSTALNE DJELATNOSTI U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak

Porez na dohodak u Bosni i Hercegovini razmatran je u kontekstu oporezivanja dohotka od rada i primjene osobnog odbitka. Načinjen je osvrt na uvjete u kojima je uveden sintetički porez na dohodak u Bosni i Hercegovini, ciljeve njegovog uvođenja i očekivane efekte, zatim efektivno porezno opterećenje dohotka od nesamostalnog rada, uzimajući u obzir važeće obavezne doprinose za socijalno osiguranje, te pravce reforme poreza na dohodak u Federaciji Bosne i Hercegovine. Da bi se prikazao fiskalni učinak ovog poreznog oblika, dat je pregled kretanja prikupljenih prihoda od poreza na dohodak od njegovog uvođenja do danas, učešće u ukupnim poreznim prihodima, te prikazan obim poreznih izdataka Federacije BiH na ime osobnog odbitka i odbitka za izdržavane članove porodice poreznog obveznika. Perspektive u ostvarivanju fiskalnih ciljeva oporezivanja dohotka razmotrene su uzimajući u obzir Nacrt Zakona o porezu na dohodak iz 2017. godine. Analiza poreza na dohodak u Federaciji Bosne i Hercegovine, odnosno pojedinih njegovih elemenata, izvršena je i u pogledu njegove prikladnosti za ostvarivanje vanfiskalnih ciljeva oporezivanja, posebno onih ekonomske, demografske i socijalne naravi.

Ključne riječi: *porez na osobni dohodak, porezna reforma, proporcionalni porez, progresivno oporezivanje*

1. Uvod

Porez na dohodak jedan je od predstavnika iz skupine direktnih poreza kojim se oporezuje dohodak pojedinaca, odnosno njihove zarade, primici i prihodi ostvareni od nesamostalnog rada, od imovine i imovinskih prava, od ulaganja kapitala, od samostalne djelatnosti, od igara na sreću i slično. Porez na

dohodak ima za predmet dohodak koji obveznik poreza ostvari u određenom poreznom razdoblju iz svih izvora prihoda umanjen za rashode nužne za ostvarivanje tih prihoda. Mnoštvo je definicija kojima se teoretski pokušavao odrediti pojam poreza na dohodak. Porez na dohodak, prema Kesner-Škreb (2004) definira se kao direktni porez, tj. porez koji se nameće direktno na dohodak osobe ili domaćinstva koji bi trebali snositi porezni teret (str. 141).

Porez na dohodak, kao i ostali značajniji direktni porezni oblici, u Bosni i Hercegovini u nadležnosti je entiteta i distrikta. Oporezivanje dohotka u Federaciji Bosne i Hercegovine od 1997. do kraja 2008. godine bilo je regulirano kantonalnim zakonima o porezima[1] (dobit fizičkih osoba, prihod od autorskih prava, patenata i tehničkih unapređenja, prihod od poljoprivredne djelatnosti, prihod od imovine i imovinskih prava, dobici od igara na sreću, ukupan prihod građana, koji su istodobno regulirali porez na imovinu, naslijeđe i poklone, te porez na potrošnju alkoholnih i bezalkoholnih pića u ugostiteljstvu) i zakonima o porezu na platu[2], te zakonima o doprinosima za socijalno osiguranje[3].

U entitetu Republika Srpska uveden je sintetički porez na dohodak 2006. godine, Federacija Bosne i Hercegovine 2008. godine, a Distrikt Brčko BiH 2010. Zakon o porezu na dohodak u Republici Srpskoj mijenjan je i dopunjavan u nekoliko navrata, a načinjene izmjene odnosile su se većinom na broj i visinu poreznih stopa i visinu osobnog odbitka koji se priznaje obvezniku. U Federaciji BiH 2017. godine pripremljen je Nacrt Zakona o porezu na dohodak, koji još uvijek nije pretočen u prijedlog zakona, a usmjeren je na nekoliko odrednica: proširenje obuhvata porezne osnovice (ukidanje neoporezivih kategorija poput naknada za topli obrok), ukidanje osobnog odbitka za izdržavane članove porodice obveznika uz istodobno povećanje iznosa osnovnog osobnog odbitka za samog obveznika (sa 300 na 700 KM), uvođenje druge stope (20%), odnosno prelazak na progresivno oporezivanje dohotka.

---

1 U Kantonu Sarajevo u primjeni je bio Zakon o porezima Kantona Sarajevo, Službene novine KS, broj: 19/97, 21/97, 2/98, 15/98, 33/01,4/02, 8/02, 1/03, 8/03 i 25/06.

2 Zakon o porezu na plaću, Službene novine Federacije BiH, br. 26/96, 27/97, 12/98, 29/00, 54/00, 16/01 i 7/02.

3 Zakon o doprinosima za socijalno osiguranje, Službeni list RBiH, broj 5/95, 9/95, 35/98.

2. Općenito o porezu na dohodak u Federaciji Bosne i Hercegovine

Porez na dohodak pojedinaca/građana je, uz porez na dobit privrednih društava, najznačajniji direktni porezni oblik, kako prema broju obveznika[4] koji su ga dužni snositi i u vezi s tim prihodima koji se ubiru od obveznika, tako i prema učincima koje ostvaruje na ekonomski sistem, pri čemu se prvenstveno misli na učinke na zaposlenost i opterećenje poslodavaca i zaposlenih, te učinke na domaćinstva i štednju, zatim učinke na privlačenje novog, održavanje i investiranje postojećeg kapitala u zemlji i u vezi s tim utjecaj na konkurentnost.

Iako se porez na dohodak može promatrati izolirano u odnosu na obavezne doprinose za socijalno osiguranje, ipak će se za potrebe ovog rada uključiti i doprinosi kako bi se dobila cjelovita slika opterećenja rada, tj. poslodavaca i zaposlenih u Federaciji BiH.

Primjena poreza na dohodak, kao što je spomenuto, dovodi do različitih fiskalnih i vanfiskalnih učinaka, ali i nedosljedna primjena odredaba zakona o porezu na dohodak i zakona o doprinosima za socijalno osiguranje dovodi do niza neželjenih efekata. Naime, neprijavljivanje zaposlenih radnika i djelovanje u zoni neformalne ekonomije ima za posljedicu kako uskraćivanje poreznih prihoda državi i narušavanje finansijske održivosti fondova koji počivaju na principu međugeneracijske solidarnosti, tako i uskraćivanje nelegalno zaposlenim radnicima prava na zdravstvenu zaštitu, zaštitu od nezaposlenosti, uskraćivanje evidentiranja radnog iskustva i staža osiguranja potrebnog za ostvarivanje prava na penziju, tj. onemogućavanje ostvarivanja nematerijalnih i materijalnih prava neregistriranih (neprijavljenih) zaposle-

[4] Prema podacima dostupnim od Porezne uprave Federacije BiH broj zaposlenih, odnosno obveznika poreza na dohodak i obveznika obaveznih doprinosa tj. osiguranika socijalnog osiguranja kretao se između 456.000 i 514.000 u periodu 2011–2017. godine. Najmanji broj zaposlenih evidentiran je u januaru 2011. godine u Jedinstvenom registru obveznik doprinosa od 456.965 osoba, a najveći broj zaposlenih zabilježen je u novembru 2017. godine 514.638 osoba. Uz manje oscilacije u periodu 2011–2013. godine, kontinuirano se i postupno povećava broj prijavljenih zaposlenih radnika koji su obveznici poreza na dohodak, razlika između broja prijavljenih u januaru 2011. i decembru 2017. godine iznosi 56.368 više zaposlenih osoba. Povećanje broja obveznika jednim dijelom je nastalo zbog otvaranja novih radnih mjesta, čemu su doprinijeli i programi sufinansiranja prvog zapošljavanja, a drugim dijelom zbog izmjena u poreznoj legislativi i uspostave Jedinstvenog sistema (uvedena obaveza prijavljivanja radnika prije započinjanja rada kod poslodavca), te povećanih terenskih kontrola poslodavaca i radnika, povećanog broja utvrđenih prekršaja i izdatih prekršajnih naloga za plaćanje novčanih kazni i slično.

nih osoba. Na taj način se umanjuju njihove sadašnje i buduće pojedinačne ekonomske snage, od mogućnosti za podmirenje osobnih potreba i (ne) mogućnosti korištenja odgovarajućih zdravstvenih i medicinskih usluga u okviru javnog sektora, mogućnosti za širu potrošnju, za obrazovanje, do mogućnosti za štednju i investiranje (jer se najčešće radi o veoma nisko postavljenoj cijeni rada, uz duže trajanje radnog vremena nego što je u legalnoj ekonomiji), tako da šanse za postizanje blagostanja zaposlenih u zoni sive ekonomije i članova njihovih porodica gube perspektivu[5].

Efekti poreza na dohodak ovise o postavljenim ciljevima i nizu društvenih, socijalnih i ekonomskih prilika u zemlji u kojoj se ovaj porezni oblik primjenjuje (npr. opći i porezni moral, prisutnost korupcije, stepen siromašnih, strogost propisa, efikasnost javne uprave, porezne administracije i organa pravosuđa itd.).

Porez na dohodak omogućava stabilne i postojane izvore prihoda za državu. Oslobađanjem dijela dohotka radi podmirenja egzistencijalnih potreba zaposlenih, porezom na dohodak se mogu ostvariti socijalni ciljevi oporezivanja. Ovaj porezni oblik može djelovati poticajno na zapošljavanje, ali i ulaganje kapitala ukoliko uspostavlja razmjerno nisko opterećenje i omogućava korištenje izvjesnih pogodnosti i olakšica, što dalje može utjecati na privlačenje i povećan priliv inostranog kapitala i zapošljavanje domicilnog stanovništva putem novih investicionih projekata. Također, može pozitivno utjecati na razinu štednje ukoliko ne zahvata cjelokupnu ekonomsku snagu iz koje se formira dohodak, te ukoliko nema visoko postavljene porezne stope i ako ne tereti kamate na ušteđevine.

[5] Uz slabo razvijeno tržište rada, visoku stopu nezaposlenosti (38,7% prema podacima iz Izvještaja Evropske komisije o Bosni i Hercegovini za 2018.) i dugogodišnja čekanja na zaposlenje, veliki broj stanovnika ispod granice siromaštva (ispod apsolutne linije siromaštva u 2016. godini bilo je 28% bh. populacije, odnosno 900.000 ljudi, pri čemu je 17% u ekstremnom siromaštvu a 700.000 ljudi na ivici siromaštva; vidjeti: http://radnici.ba/wp-content/uploads/2018/02/FSA_Analiza-7.pdf), prisutnu korupciju i nepotizam (prema indeksu percepcije korupcije koji iznosi 38 Bosna i Hercegovina se nalazi na 91. mjestu od ukupno 180 zemalja uključenih u istraživanje, pri čemu je indeks 0 za najviše percipiranu, a indeks 100 za najniže percipiranu korupciju; vidjeti: https://ti-bih.org), potreba za iznalaskom osnovnih sredstava potrebnih za opstanak mnoge nezaposlene osobe odvlači na crno tržište, bilo da se radi o pristajanju na rad kod poslodavca bez prijavljivanja u Jedinstveni sistem i plaćanja doprinosa i poreza, bilo da se radi o aktivnom učešću u nelegalnoj distribuciji i prodaji visokotarifnih roba, nelegalnoj proizvodnji dobara i njihovoj prodaji i slično.

Porezom na dohodak u Federaciji BiH nastoji se djelovati i na prijavljivanje radnika u službene registre i evidencije organa porezne administracije i potaknuti djelovanje i poslodavaca i zaposlenih u zvaničnoj ekonomiji[6].

Od 2010. godine u Federaciji BiH primjenjuju se dva nova zakona koji su, uz aktivan angažman Porezne uprave, u značajnoj mjeri unaprijedili naplatu poreznih prihoda i doprinijeli ostvarenju fiskalnih ciljeva poreznog sistema. Kao jedan od reformskih propisa 2009. godine donesen je Zakon o jedinstvenom sistemu registracije, kontrole i naplate doprinosa[7] koji se počeo primjenjivati od 1. 1. 2010. godine, a tek od 1. 1. 2011. dobio svoju punu primjenu koja je podrazumijevala uspostavu Jedinstvenog sistema. U saradnji s timom USAID TAF (Tax and Fiscal) projekta, ELMO[8] projekat,

---

[6] Mjere porezne politike (vidjeti: Program rada Vlade FBiH 2015–2018, Reformsku agendu Vlade FBiH, Ažurirani akcioni plan za implementaciju Reformske agende, Program ekonomskih reformi Vlade FBiH 2016–2018) usmjerene su prema otklanjanju neregistrirane ekonomije i zapošljavanja, sprečavanju rada na crno, i prelasku njihovih aktera u registriranu tj. službenu ekonomiju prilagođavajući i povinujući se odredbama poreznog, radnog, socijalnog, privrednog zakonodavstva. Porezna uprava Federacije BiH je u cilju otkrivanja neprijavljenih radnika, neevidentiranja prometa i obavljanja djelatnosti bez rješenja za rad izvršila ukupno 15.138 brzih kontrola tokom kojih je, između ostalog, utvrđeno: 5.203 neprijavljena radnika, konstatovan rad bez odobrenja kod 1.956 subjekata, izdato 8.895 prekršajnih naloga, a utvrđen iznos novčanih kazni u visini 21.926.302 KM (Vidjeti: http://www.pufbih.ba/v1/novosti/1235/u-312-kontrola-otkrivena-83-neprijavljena-radnika-i-zapeaeno-48-objekata od 15. 10. 2018. godine). Prema Smjernicama ekonomske i fiskalne politike Vlade BiH 2018–2020. godine – od maja 2017. predviđen je nastavak aktivnosti na jačanju inspekcijskih organa u BiH, uvođenju preventivnih mjera za poticanje poštivanja propisa i pooštravanje sankcija za njihovo nepoštivanje, te uvođenje mehanizama kontrole za otkrivanje prevara (Vidjeti: http://www.fmf.gov.ba/v2/userfiles/userfiles/file/2017/2017-%20chj/FINAL%20-%20Smjernice%20ekonomske%20i%20fiskalne%20politike%20(2018-2020).docx).
Govoreći o poreznim obveznicima i poreznoj administraciji, treba spomenuti da je u junu 2016. godine potpisan Memorandum o razumijevanju, razmjeni podataka i koordinaciji između Uprave za indirektno oporezivanje, Porezne uprave Federacije BiH, Porezne uprave RS i Porezne uprave Brčko distrikta BiH kojim se jača saradnja organa porezne administracije. Razmjena podataka o poreznim obveznicima vrši se u svrhu sprečavanja neoporezivanja i otkrivanja poreznih prekršaja i krivičnih djela.

[7] Zakon o jedinstvenom sistemu registracije, kontrole i naplate doprinosa, Službene novine Federacije BiH, br. 42/09, 109/12, 86/15 i 30/16.

[8] Unapređenje mobilnosti radne snage (ELMO); projekat započet 2007. godine s ciljem da se u entitetskim poreznim uredima stvore centralizirane baze podataka o radnicima. Projekat podrazumijeva zamjenu ručne obrade podataka i arhiviranja elektronskim bazama podataka kako bi se pomoglo sektoru malih i srednjih preduzeća da legalno posluju, te smanjio obim crnog tržišta.

Sektor za informacione tehnologije radio je na uspostavi sistemske podrške, konfiguracije i instalacije servera za komunikaciju s vanbudžetskim fondovima, prilagođavanju baze podataka Porezne uprave i povezivanje s bazom podataka Jedinstvenog sistema. Uspostavljen je Centralni registar poreznih obveznika – CRPO baza, u saradnji sa Federalnim zavodom za statistiku. Oformljen je Registar novčanih kazni.

U Izvještaju Evropske komisije[9] o Bosni i Hercegovini za 2018. godinu zabilježen je značajan obim neformalne ekonomije, posebno se ističe pružanje neregistriranog zaposlenja i prihoda, i narušavanje konkurencije i smanjivanje osnovice za oporezivanje i doprinose za socijalno osiguranje. Navodi se da neformalni sektor čini oko 25% bruto društvenog proizvoda. To doprinosi značajnom fiskalnom opterećenju rada i koči otvaranje radnih mjesta (s radnicima prijavljenim u zvaničnim evidencijama za koje bi se plaćali porezi i doprinosi) i negativno utječe na međunarodnu konkurentnost BiH, što zahtijeva više stope poreza i doprinosa (str. 31).

Reforme poreza na dohodak u zemljama članicama OECD-a su u proteklih nekoliko decenija usmjeravane prema širenju osnovice poreza na dohodak, sužavanju poreznih oslobađanja i olakšica. Širenje porezne osnovice značilo je oporezivanje određenih podvrsta i kategorija osobnih primanja koja su do tada bila neoporeziva, odnosno neprepoznata od strane zakonodavca kao dohodak, dok je na drugoj strani u nastojanju da se otklone mogućnosti za poreznu evaziju smanjivan broj poreznih izuzeća i odbitaka.

Promatrajući porez na dohodak u članicama OECD-a u postkriznom periodu, može se reći da je poslije nekoliko godina stalnog povećanja, u 2015. godini došlo do stabiliziranja prosječnog poreznog opterećenja rada u zemljama članicama OECD-a. Dok se, s jedne strane, najavljene reforme usmjeravaju prema snižavanju opterećenja na dohodak od rada, sniženje poreznih stopa i proširenje poreznih pogodnosti posebno za obveznike nižih

[9] Saopštenje za 2018. godinu o politici proširenja Evropske unije – Izvještaj o Bosni i Hercegovini za 2018. uz Saopštenje Komisije Evropskom parlamentu, Vijeću, Evropskom ekonomskom i socijalnom odboru i Odboru regija. Strazbur: 17. 4. 2018. dostupno na: http://www.dei.gov.ba/dei/dokumenti/prosirenje/default.aspx?id=19825&langTag=bs-BA
U Izvještaju se navodi da je tržište rada u 2017. godini imalo koristi od stabilnog rasta proizvodnje, aktivnih mjera tržišta rada i koraka na smanjenju neformalne ekonomije. Registrovana zaposlenost je u prosjeku bila za 3,1% viša u 2017. nego u prethodnoj godini, u poređenju s povećanjem od 2,1% koliko je iznosila 2016. godine. Broj registrovanih nezaposlenih osoba opao je za 6,9%, u poređenju s padom od 3,9% u prethodnoj godini. Ovo ukazuje na smanjenje radne snage, ali i na smanjenje stope registrovane nezaposlenosti na 38,7% (str. 32).

dohodovnih grupa i domaćinstva s djecom, s druge strane, nekoliko zemalja povećalo je stope na dohodak od dividendi i druge izvore dohotka od kapitala (OECD, 2016, str. 33–38).

3. Fiskalni cilj i učinci primjene poreza na dohodak u Federaciji Bosne i Hercegovine

Fiskalni cilj oporezivanja u finansijskoj teoriji smatra se jednim od najbitnijih jer njegovo ispunjenje omogućava da država i njene političko-teritorijalne jedinice i posredstvom budžeta usmjeravaju sredstva ostvarena poreznim prihodima na podmirenje općedruštvenih potreba, javnih dobara i usluga, i na taj način, dakle raspolaganjem i vršenjem javnih rashoda, osiguravaju nesmetano vršenje povjerenih im poslova, funkcija i zadataka. Promjene mjesta i uloge poreza uvjetovane promjenama u društveno-ekonomskim i političkim odnosima, proširenje kruga poreskih obveznika, povećanje broja poreznih oblika i povećanje udjela poreza u nacionalnom dohotku uvjetovalo je, omogućilo i osiguralo da se porezi sve više koriste i kao elastičan i operativan instrument ne samo fiskalnog cilja oporezivanja (Jelčić, 1981, str. 63).

Govori li se o fiskalnom cilju oporezivanja u kontekstu primjene poreza na dohodak, važno je spomenuti učešće prihoda od poreza na dohodak u ukupnim poreznim prihodima. S tim u vezi, statistički podaci Centra za poreznu politiku dati su putem prikaza strukture poreznih prihoda prema procentu učešća u ukupnim poreznim primanjima za zemlje članice OECD-a: učešće prihoda od poreza na osobni dohodak u ukupnim poreznim prihodima u zemljama članicama OECD-a u 2014. godini iznosilo je u prosjeku 24% (TPC, 2017a). Najveći prihod porez na osobni dohodak donosi Danskoj u visini 54%, zatim slijede: Australija u visini 41%, SAD u visini 39,3%, Novi Zeland 38,6% i Kanada 36,3%, dok najniži prihod od ovog poreznog oblika ostvaruju: Češka Republika u visini 7,3% poreznih prihoda, Slovačka u visini 9,6%, Čile 10,8% i Mađarska 13,9% ukupnih poreznih prihoda. Ako se pogleda pregled prihoda članica OECD-a od 1965. do 2011, uvidjet će se da su sve do finansijske krize 2008–2009. imali tendenciju rasta, zatim se rast u 2008. godini usporio, a u 2009. takoreći zaustavio jer su u samo dvije zemlje članice zabilježeni porasti poreznih prihoda. Od 2010. porezni prihodi polako počinju rasti, ali je, na primjer u 2011. godini u članicama OECD-a, zabilježen pad prihoda od poreza na osobni dohodak na 24% ukupnih poreznih prihoda, što se pripisuje relativno novim članicama iz Istočne Evrope, čiji su prihodi od poreza na osobni dohodak relativno niski, dok su visoki prihodi doprinosa za socijalno osiguranje (vidjeti: www.oecd.org/ctp/tax-policy/revenue-statistics-tax-structures.htm). Primjera radi, ras-

pon učešća prihoda od poreza na dohodak u ukupnim poreznim prihodima veoma je različit među članicama OECD-a: od 9% u Slovačkoj, 11% u Češkoj Republici, preko 25% u Njemačkoj, 28% u Velikoj Britaniji, do 37% u SAD, 39% u Australiji i 51% u Danskoj. Iz navedenih podataka može se zaključiti da zemlje Istočne Evrope koje su prošle proces ekonomske tranzicije na tržišne uvjete privređivanja, uspostavile vlasnički pluralizam, (iz)gradile demokratske institucije i provele značajne reforme poreznih sistema, a koje ne baštine dužu tradiciju primjene poreza na osobni dohodak[10], kao ni poreza na dobit korporacija, nisu u većoj mjeri uspjele restrukturirati porezne sisteme i povećati obim učešća prihoda od direktnih poreza, odnosno fiskalni cilj[11] oporezivanja ili nije postavljen pred porez na dohodak, ili su dometi primjene ovog fiskalnog instrumenta ograničeni nizom faktora koji utječu na sistem oporezivanja. Dakle, finansijska uloga poreza na dohodak u tranzicijskim zemljama, slično kao i u zemljama u razvoju, znatno je manja, a fiskalni domašaj znatno slabiji od poreza na potrošnju. Zemlje u tranziciji su se većinom opredijelile za sintetičko oporezivanje dohotka, s tim da su neke odabrale jednostavniji *flat-tax* model, dok su druge optirale za višestopno progresivno oporezivanje. Fiskalni učinci poreza na dohodak determinirani su i veličinom, tj. obuhvatom porezne osnovice, brojem i vrstom dopuštenih oslobađanja i poreznih odbitaka, te brojem i visinom poreznih stopa.

Imajući u vidu da se redistributivna uloga i fiskalni cilj poreza na dohodak ne mogu u cijelosti ostvariti primjenom proporcionalnih poreznih stopa, u slučaju primjene *flat taxa* redistributivne je, kao i fiskalne ciljeve poželjno usmjeriti na druge vrste fiskalnih prihoda.

Ekonomski razvijene zemlje, poput Sjedinjenih Američkih Država, u kojima se porez na osobni dohodak etablirao XVI amandmanom na Ustav 1913.

[10] Reforma poreza na dohodak fizičkih osoba u zemljama u procesu ekonomske tranzicije izvršena je prvo u Mađarskoj 1988. i Poljskoj 1992., a zatim 1993. i 1994. u ostalim zemljama, i imala je za cilj prelazak na globalno oporezivanje osobnih primanja, odnosno prihoda, pri čemu su te zemlje većinom usvojile kombinirani način utvrđivanja osnovice, a "nisu usvojile kao osnovicu samo lični prihod ili samo potrošnju" (Kaluđerović & Jokanović, 2002, str. 11). Nadalje, zemlje u tranziciji karakteriziraju slabo razvijene porezne administracije s nedostacima u pogledu stručnosti kadrova, organizacionih i tehničkih kapaciteta za primjenu savremenijih poreznih oblika.

[11] Kaluđerović i Jokanović (2002) objašnjavaju da je "tendencija u procesu reformi bila da se u osnovicu uključe beneficije, bonusi i druge forme ne gotovinskih prihoda koje su čak i prisutnije u zemljama ekonomske tranzicije nego u zemljama sa razvijenom tržišnom ekonomijom". Veliki broj tranzicijskih zemalja zadržao je osobne odbitke i odbitke za članove porodice obveznika, zatim prihod od kamate je izuzet od oporezivanja u nekoliko zemalja, penzije se ne smatraju kategorijom oporezivog dohotka u nekim od zemalja i slično (str. 11).

godine, kontinuirano bilježe porast prihoda od poreza na dohodak i rast procentualnog učešća tih prihoda u ukupnim poreznim prihodima (u 2017. godini dosegli su 41% ukupnih prihoda), dok je učešće poreznih prihoda u bruto društvenom proizvodu opalo sa 28,2% u 2000. godini na 26% u 2016. godini, pri čemu je oštriji pad u posmatranom periodu zabilježen dva puta i to 2002. i 2009. godine (vidjeti: OECD, 2017, str. 2; TPC, 2017b; The Tax Policy Briefing Book, 2012, str. 16; Samuelson & Nordhaus: 2000, str. 304–308). Uzimajući u obzir da funkcije i zadaci savremenih država imaju tendenciju povećanja i iziskuju finansijska sredstva, upravo porezi omogućavaju priliv sredstava za javne rashode i imaju značajno učešće u bruto društvenom proizvodu savremenih zemalja. Barbara i Božidar Jelčić (1998), razmatrajući visinu tereta porezne obaveze u prethodnom stoljeću, navode da: "Porezni obveznici na ime podmirenja porezne obaveze izdvajaju ne samo relativno, nego i apsolutno sve više sredstava. Samo u vremenskom periodu od pola stoljeća od 1913. do 1963. godine iznos poreza po stanovniku povećan je u SAD jedanaest puta, u Velikoj Britaniji sedam puta, u Njemačkoj gotovo dvanaest puta, u Francuskoj pet puta, a u Italiji četiri puta. ... To apsolutno povećanje poreznog opterećenja po stanovniku, bilo je mnogo brže od povećanja društvenog proizvoda" (str. 18). Udio poreza u BDP-u zemalja članica OECD-a kreće se od 16,2% u Meksiku, zatim sa udjelom između 20 i 25% slijede Čile, Irska i Turska, a najveći udio poreza imaju Danska 45,9%, Francuska 45,2% i Belgija 44,8% (TPC, 2017b). Prema statističkim podacima OECD-a za 2017. godinu prosječni udio poreznih prihoda u BDP-u iznosio je 34,3% u 2016. godini (OECD, 2017, str. 2). Razlika između zemalja, njihovih poreznih sistema i struktura postoji i u pogledu pripadnosti poreznih prihoda pojedinim teritorijalnim jedinicama.[12]

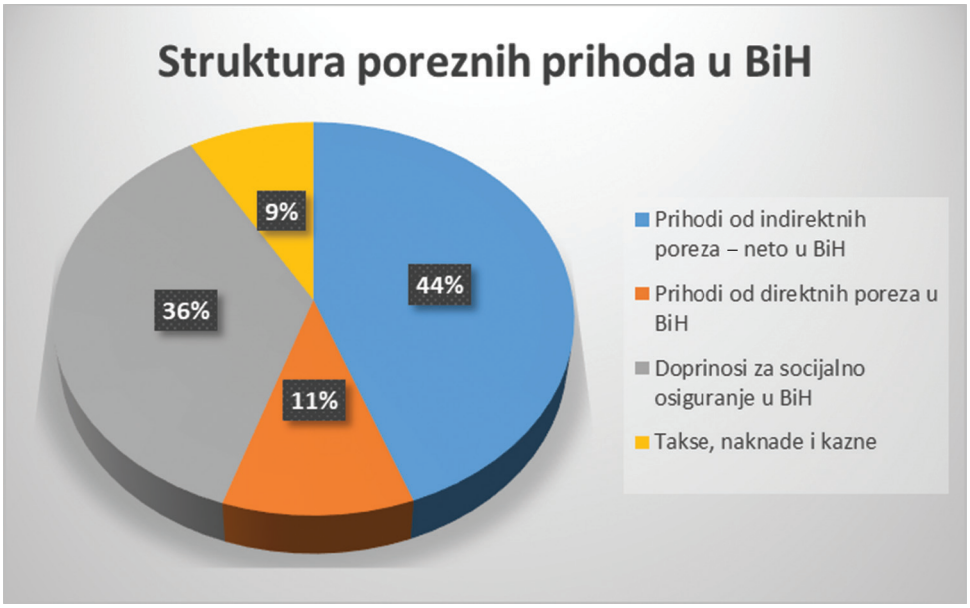
Ukupni porezni prihodi ostvareni u Bosni i Hercegovini, uključujući doprinose za socijalno osiguranje, iznosili su između 11,2 i 12,8 milijardi KM u prethodne tri godine, pri čemu su prihodi od direktnih poreza iznosili 904 miliona KM u 2015, 1,217 milijardi KM u 2016. i 1,397 milijardi KM u 2017. godini. Izuzmu li se iz kalkulacije doprinosi za socijalno osiguranje, ukupni porezni prihodi su u 2017. godini dostigli 8,13 milijardi KM[13]. Od toga

[12] Barbara i Božidar Jelčić (1998) smatraju da je manje razumljivo postojanje većih razlika u raspodjeli prihoda kada se uspoređuju federativno uređene države s jedne, odnosno unitarne države s druge strane. Usljed postojanja brojnih razlika u strukturi i raspodjeli poreznih prihoda federalnih jedinica i lokalnih vlasti utvrđenih analizom, oni tvrde da je "nemoguće utvrditi neko pravilo, neovisno o tome je li komparacija ograničena samo na federativno uređene države ili samo na unitarne države (iznimka su Skandinavske države), a pogotovo ako se uspoređuju složene države s onima koje to nisu." (str. 20)

[13] Izračun autorice prema podacima preuzetim sa web-stranica: Centralne banke BiH https://www.cbbh.ba/?lang=bs; Odjeljenja za makroekonomsku analizu

je neto prihod od indirektnih poreza nakon povrata sa 4,3 milijarde KM u 2016. godini, porastao na 5,7 milijardi KM u 2017. godini. Prihodi od taksi, naknada i kazni u 2017. godini iznosili su 801 milion KM.

Grafikon 1. Struktura poreznih prihoda u Bosni i Hercegovini



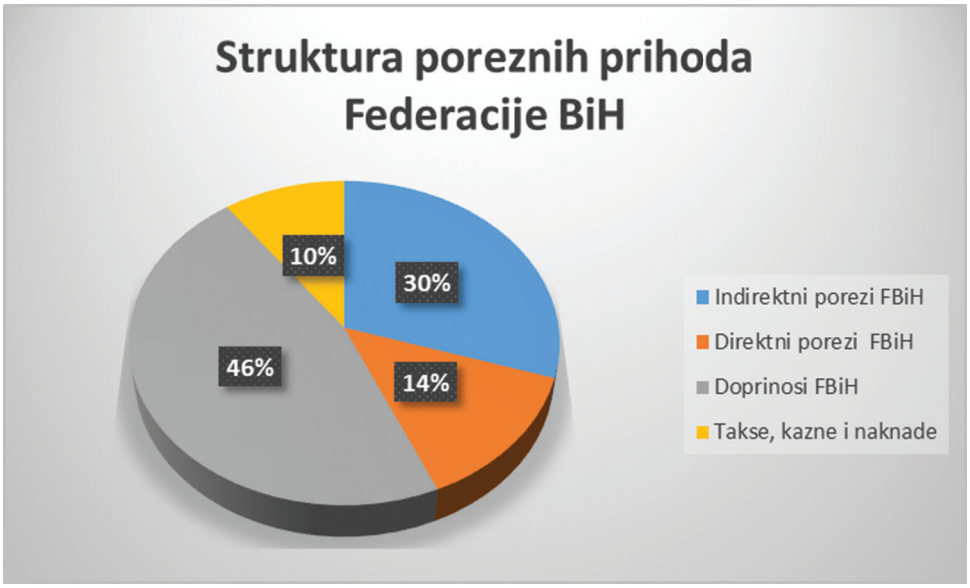
Prihodi od indirektnih poreza – neto u BiH	5.700.000,00
Prihodi od direktnih poreza u BiH	1.398.200,00
Doprinosi za socijalno osiguranje u BiH	4.669.500,00
Takse, naknade i kazne	1.100.000,00

Tokom 2017. godine je naplaćeno oko 7 milijardi KM bruto prihoda od indirektnih poreza, ali su povrati sa Jedinstvenog računa rasli nešto brže, te je stopa povrata iznosila 27%, a neto ostvareni prihodi od indirektnih poreza iznosili su 5,7 milijardi KM (BiH Ekonomski trendovi – DEP, 2018, 19). Prihodi od direktnih poreza rastu brže od porasta iznosa ukupnih poreznih prihoda tj. učešće u ukupnim prihodima 2015. bilo je 20%, u 2016. godini 25%, a u 2017. godini oko 28,5%.

Upravnog odbora Uprave za indirektno oporezivanje BiH http://www.oma.uino.gov.ba/04_izvjestaji.asp?l=b; Federalnog ministarstva finansija (http://www.fmf.gov.ba/v2/stranica.php?idstranica=154&idmeni=16 pristupljeno septembra 2018.

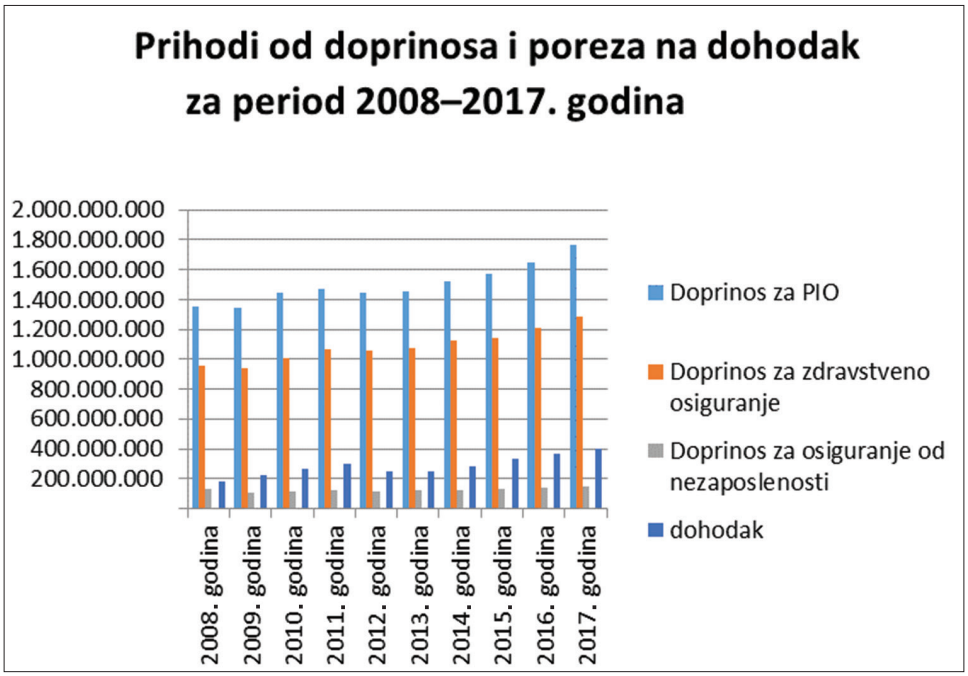
Jedan od osnovnih zadataka poreznog sistema jeste finansijski zadatak koji se ogleda u osiguravanju poreznih prihoda za finansiranje potreba javnog karaktera, međutim nije svim poreznim oblicima imanentna izdašnost u prikupljanju prihoda, odnosno svaki porezni oblik nije podesan za ostvarivanje fiskalnog cilja oporezivanja. U Bosni i Hercegovini, fiskalni cilj oporezivanja vezan je za indirektne porezne oblike, posebno porez na dodatnu vrijednost, a potom akcize. Od ukupnog iznosa prikupljenih indirektnih poreza u BiH u 2017. godini, nakon izdvajanja sredstava na ime servisiranja javnog duga i sredstava za minimalne rezerve, raspodjela preostalih 67,1% prihoda od indirektnih poreza izvršena je tako da je Institucijama BiH pripalo 10,7%, RS-u 17,9%, Brčko distriktu BiH 2,4% i Federaciji BiH 36,1% sredstava (BiH Ekonomski trendovi – DEP, 2018, 19). U strukturi poreznih prihoda Federacije Bosne i Hercegovine, koja, pak, uvodi i primjenjuje porez na dohodak veće učešće imaju prihodi od indirektnih nego direktnih poreznih oblika, što upućuje na primarno fiskalni značaj indirektnih poreza.

Grafikon 2. Struktura poreznih prihoda u Federaciji Bosne i Hercegovine



Indirektni porezi FBiH	2.057.700,00
Direktni porezi FBiH	931.600,00
Doprinosi FBiH	3.192.900,00
Takse, kazne i naknade	690.300,00

Grafikon 3. Kretanje obima naplaćenih prihoda od doprinosa za socijalno osiguranje i poreza na dohodak u periodu od 2008. do 2017. godine u Federaciji Bosne i Hercegovine



U prvoj godini primjene Zakona o porezu na dohodak, tj. u 2009. godini prikupljeno je 207 miliona poreznih prihoda, što je iznosilo 85 miliona KM manje od prihoda prikupljenih u prethodnoj godini po osnovu primjene poreza na platu. Već godinu dana poslije zabilježen je porast prihoda u visini od 13,61% i iznosili su 235,21 milion KM. Prihodi od poreza na dohodak u Federaciji BiH imali su tendenciju rasta izuzev u 2012. godini, kada je došlo do snižavanja prihoda u iznosu od 1,16 posto u odnosu na 2011. godinu. U 2013. godini naplaćeno je 267.657.942 KM prihoda od poreza na dohodak, što je za 7,1 milion KM više u odnosu na 2012. godinu. U razdoblju od uvođenja poreza na dohodak do kraja 2017. (referirajući prema dostupnim zvaničnim podacima) prihodi od poreza na dohodak porasli su za 199 miliona KM. U Federaciji Bosne i Hercegovine prihodi od poreza na dohodak u 2017. godini iznosili su 406 miliona KM, za razliku od 2016. godine u kojoj su iznosili 371,8 miliona KM. U promatranom periodu 2016–2017. zabilježen je porast prihoda u visini od 8,9%. Najveće učešće u prihodima od poreza na dohodak imaju porez na dohodak od samostalne i nesamostalne djelatnosti.

Prihodi od poreza na dohodak ostvareni su u visini od oko 567 miliona KM u 2015. godini, od oko 583 miliona KM u 2016. godini i oko 637 miliona KM u 2017. godini, što pokazuje da su u ukupnim poreznim prihodima u Bosni i Hercegovini učestvovali sa približno šest procenata. Porez na dohodak učestvovao je 2015. i 2016. godine sa približno 8%, a 2017. godine sa približno 9% prihoda. Učešće prihoda od poreza na dohodak u ukupnim poreznim prihodima relativno je nisko, i neznatno se razlikuje među entitetima u Bosni i Hercegovini, te se u Federaciji BiH kreće oko 8% isključujući doprinose, a u RS-u oko 11%, što ukazuje na zaključak da je fiskalni učinak poreza na dohodak sličan učinku drugog predstavnika direktnih poreza, tj. poreza na dobit privrednih društava koji je u Federaciji BiH za 2017. godinu prikupljen u iznosu 357,9 miliona KM, a u RS-u u iznosu od 192,9 miliona KM.

Predložena reforma poreza na dohodak u Federaciji BiH nije usmjerena na ostvarivanje fiskalnih ciljeva, te se u tom smislu smatra neutralnom i njen fiskalni učinak bi trebao biti u ostvaren granicama primjene postojećeg poreza na dohodak.

Reformom poreza na dohodak u Federaciji Bosne i Hercegovine nisu predviđena povećanja u obimu poreznih prihoda, iako bi se uvela progresivna porezna stopa u visini od 20% za dohotke ostvarene u iznosu višem od 1500 konvertibilnih maraka jer se istodobno planira povećanje iznosa osobnog odbitka sa 300 na 700 KM. Prema navodima iz obrazloženja donošenja Zakona o porezu na dohodak, za provođenje reforme također nisu potrebna dodatna sredstva u budžetu FBiH. Dakle, provedba Zakona ne bi trebala dovesti do stvaranja većih troškova porezne administracije koji bi mogli umanjiti neto efekat primjene poreza na dohodak.

4. Nefiskalni ciljevi oporezivanja s osvrtom na oporezivanje dohotka u Federaciji Bosne i Hercegovine

Nefiskalni cilj oporezivanja znači da se pred poreze ne postavlja jedino i isključivo zahtjev da osiguraju sredstva za državnu blagajnu, nego se primarno javljaju drugi razlozi za primjenu određenih poreznih oblika. Svaki pojedinačni porezni oblik, primijenjen u konkretnom poreznom sistemu, može ostvariti više od samo jednog postavljenog zahtjeva, odnosno (za)datog cilja. Porezima se mogu postizati brojni nefiskalni ciljevi kao što su politički, ekonomski i spoljnotrgovinski, socijalni, zdravstveni, stambeni, demografski, obrazovni, komunalni, ekološki i slično. Politički cilj poreza može biti skriven iza socijalnih, demografskih, ekoloških, ekonomskih ciljeva kao namjera poreznog zakonodavca da se kroz odgovarajuću populističku poreznu politi-

ku stvori naklonost stanovnika/obveznika prema vladajućoj političkoj opciji i na taj način poveća vjerovatnoća za glasanje/biranje te iste političke partije, odnosno njihovih predstavnika, u narednom izbornom procesu/periodu.

Oblikovanje odnosno dizajniranje poreznog sistema vrši se uzimajući u obzir[14]: porezne sisteme zemalja iz geografskog okruženja, stjecanje članstva u ekonomskoj integraciji EU, članstvo u međunarodnim finansijskim institucijama, pridruživanje međunarodnim forumima i sličnim ekonomskim i finansijskim formalnim i neformalnim grupama i klubovima. Globalni i regionalni ekonomski procesi zahtijevaju prilagođavanje poreznih sistema polazeći od zahtjeva za slobodnim nastanjivanjem, kretanjem i poslovanjem ljudi i pravnih osoba kao ekonomskih aktera, nesmetanom razmjenom dobara i usluga, te liberalizacijom kretanjem kapitala. Imajući u vidu potrebu ostvarivanja četiri temeljne ekonomske slobode s jedne strane i utjecaje globalizacije i ekonomskih procesa koji vode prema integracijama porezni sistem jedne zemlje s druge strane, teško da se može promatrati izolirano od zemalja iz užeg i šireg okruženja[15]. Stepen komparabilnosti (uporedivosti)

[14] Prema profesoru Popoviću (1999) strukturu poreznih sistema determiniraju neki od navedenih faktora: stepen privrednog razvoja, društveno-ekonomsko uređenje i stepen otvorenosti ekonomije, karakter državnog uređenja, elastičnost pojedinih poreznih oblika, nivo obrazovanosti stanovništva i mogućnost primjene novih tehnologija, struktura radne snage, sistem finansiranja socijalnog osiguranja, članstvo u međunarodnim organizacijama, kulturno-historijski razvoj i utjecaj tradicije (str. 159–161). Profesorica Barbara Jelčić (2001) među faktore koji utječu na socioekonomske i političke odnose u određenoj državi, a koji istodobno utječu na porezni sustav i mjere porezne politike koje će se primijeniti u toj državi, ubraja: a) Ustavno uređenje, b) Centralizaciju odnosno decentralizaciju, c) Veličinu i teritoriju, d) Broj stanovnika i gustoću naseljenosti, e) Demografsku strukturu, f) Veličinu javnog sektora (obujam nadležnosti države) i g) Ekonomske integracije (str. 208). Ciljevi koje države postavljaju pred svoje nacionalne porezne sisteme, odnosno pojedine porezne oblike formiraju se u okviru ciljeva ekonomske politike zemlje u skladu sa prethodno navedenim faktorima.

[15] U Strategiji integriranja Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju (2008) u dijelu Porezi spominje se važnost porezne politike za očuvanje osnovnih vrijednosti EU uzimajući u obzir da porezi, prvenstveno, mogu imati presudan utjecaj na ostvarivanje četiri temeljne ekonomske slobode, a, zatim, da porezna politika može dovesti do ugrožavanja principa slobodne konkurencije, države članice slijedeći praksu Vijeća EU i Evropske komisije obavezne su održavati direktne poreze u granicama koje garantiraju nesmetano ostvarivanje temeljnih ekonomskih sloboda. S tim u vezi kao neophodne reformske mjere navode se: usklađivanje bosanskohercegovačke legislative s minimalnim setom propisa iz EZ *acquisa* do sticanja statusa kandidata, i po sticanju statusa kandidata i prijemu u Uniju preuzimanje *acquisa* u nacionalnu legislativu prema utvrđenim rokovima (str. 89). O usklađivanju zakonodavstva BiH sa propisima Evropske unije vidjeti više na: http://www.dei.gov.ba/dei/dokumenti/uskladjivanje/Archive.aspx?langTag=bs-BA&template_id=120&pageIndex=1

poreznog sistema jedne zemlje sa sistemima drugih savremenih država pokazuje, zapravo, u kojoj mjeri dizajn porezne strukture jedne zemlje ostvaruje indirektni utjecaj na pravce poreznih reformi, na intenzitet promjena i u ishodu na dizajn porezne strukture druge zemlje. Nepostojanje univerzalne porezne formule, prema Begiću (1992) ne znači: odsustvo i u pogledu opštih elemenata i u odnosu na određenje pojedinih poreskih instituta, rješenja koja su rezultat i finansijske teorije i dugogodišnje prakse, i zato savremeni poreski sistemi sadrže, relativno, dosta elemenata koji ulaze u zajedničke imenitelje fiskalnih sistema pojedinih državnih zajednica. Ovo se, u prvom redu, odnosi na ciljeve i zadatke poreskog sistema, posebno kada je riječ o osnovnim zadacima, zatim u pogledu tzv. poreskog prava (opšta pravila ponašanja subjekta poreskog odnosa – poreske vlasti i obveznik), poreske tehnike (uvođenja poreza, distribucija poreskog tereta, naplata itd.), zatim strukture poreza te u odnosu na efekte oporezivanja na ekonomskom i socijalnom planu, s obzirom na to da svaki poreski oblik, neposredno ili posredno, ima odgovarajući uticaj na sve segmente privrednog i socijalnog razvoja (str. 28, 40–41).

Bosna i Hercegovina opredijeljena je za postizanje članstva u Evropskoj uniji i 2008. godine potpisala je Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, a na Upitnik je u februaru 2018. godine Evropskoj komisiji uručila 3.242 odgovora koji će nadalje poslužiti za pripremu mišljenja o zahtjevu Bosne i Hercegovine za članstvo u EU. Prema odredbama člana 8. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju preuzeta je obaveza usklađivanja poreznog zakonodavstva s pravnom tečevinom EU, uključujući mjere usmjerene na fiskalne reforme koje proizlaze iz člana 98. Sporazuma, radi osiguranja efikasnijeg prikupljanja poreza i sprečavanja poreznih prijevara, otklanjanja i suzbijanja štetne porezne konkurencije. Reformom poreza na dohodak predviđeno je usaglašavanje porezne legislative sa *acquis communautaire*. Prema Nacrtu Zakona, porez na dohodak Federacije BiH je usklađen sa Direktivom 2003/48/EZ u dijelu koji se odnosi na oporezivanja dohotka od kamata na štednju i predviđena je mogućnost prikupljanja podataka kao prethodnica za implementiranje automatske razmjene podataka. Zakonske odredbe usklađene su i sa Direktivom 2014/48/EU od 24. 3. 2014. godine o izmjenama Direktive 2003/48/EZ od 3. 6. 2003. godine o oporezivanju dohotka od kamate na štednju, dok su sa Direktivom 2015/2060 od 10. novembra 2015. o stavljanju izvan snage Direktive 2003/48/EZ o oporezivanju dohotka od kamate na štednju djelimično usklađene zbog nepostojanja razvijenog sistema automatske razmjene podataka za sve oblike informacija.

5. Ekonomski ciljevi oporezivanja i porez na dohodak u Federaciji Bosne i Hercegovine

Ekonomski zadaci poreznog sistema podrazumijevaju postavljanje pretpostavki za postizanje stabilnog ekonomskog razvoja. Država primjenom poreznih instrumenata dopunjava i korigira djelovanja tržišnog mehanizma i na taj način stvara optimalan društveni ambijent za privređivanje i ekonomski razvoj. Prema Begiću (1987) mjerama poreske politike, odnosno promjenama u poreskom opterećenju direktno se utječe na uvjete privređivanja i time na preraspodjelu dohotka i akumulacije na pojedine oblasti i grane privrede, zatim se diferenciranim opterećenjem prometa proizvoda i usluga determinira obim i struktura potrošnje, te poreskim prihodima formiraju sredstva u budžetu na bazi kojih se država neposredno unosi u privredne tokove (investiranje ili, pak, subvencioniranje određene proizvodnje, kao i osiguranje privredne infrastrukture). U kojem opsegu i stupnju će se izvršavati pojedini od zadataka poreznog sistema, zavisi od dostignutog stupnja privrednog razvoja i konjukturnih privrednih kretanja. Shodno tome, u sistemima koji su na nižem stupnju ekonomskog razvoja postoji povećana potreba za finansijskim izdacima države, a u ekonomski visoko razvijenim zemljama javni prihodi se, u pravilu, više troše na socijalna davanja, odnosno, rashode blagostanja (Begić, 2000, str. 290). Profesor Konjhodžić, razmatrajući ekonomske ciljeve oporezivanja, navodi, između ostalog, da se porezima može utjecati na željeni privredni razvoj, te kroz primjer poticaja ubrzanog razvoja neke privredne grane objašnjava da se blažim oporezivanjem ostavlja veći raspoloživi dohodak koji nadalje omogućava veća izdvajanja za investicije i osobne dohotke koji stimulativno djeluju na kvalitetniji i stručniji rad i podižu produktivnost, ističući da ona grana u kojoj se ostvaruje veća dohodovna stopa postaje interesantna za doseljavanje kapitala i radne snage (Konjhodžić, 2003, str. 92).

Poreznim se ciljevima ekonomske naravi može utjecati na razinu zaposlenosti raspoložive radne snage jer porezi i doprinosi opterećuju rad, odnosno utječu na visinu cijene rada po zaposlenom koju poslodavac treba da izdvoji[16]. Stopa nezaposlenosti u Bosni i Hercegovini veoma je visoka i kreće

[16] Promatrajući reformu poreza na dohodak i doprinosa za socijalno osiguranje kroz prizmu zadataka države iz oblasti javnih finansija i njene ekonomske funkcije koje iz toga proizlaze, te postizanje ekonomskih ciljeva oporezivanja, može se reći da je usmjerena prema stvaranju pretpostavki za nova zapošljavanja smanjenjem izdataka poslodavaca za doprinose za socijalno osiguranje, te za troškove u vezi s cijenom rada i formiranjem dohotka. Prosječni trošak rada koji nastaje za poslodavce po zaposlenom u Federaciji BiH iznosi 1.750 KM, u ovom iznosu doprinosi, naknade i porezi učestvuju sa oko 11%, a troškovi za plate i naknade plata oko 89% (vidjeti šire: Troškovi rada u Federaciji BiH za 2016. godinu – konačni rezultati, Saopćenje, br. 21.2.1, godina III, Federalni zavod za statisti-

se oko 40% ukupne radne snage, što je četverostruko više od stope nezaposlenosti u zemljama članicama OECD-a, Evropske unije, eurozone. Naime, nezaposlenost u procentu od radne snage u zemljama članicama OECD-a (OECD, 2018, str. 36) u prosjeku se tokom prethodnih deset godina kretala u rasponu od 5,9 do 8,3%, dok je prema podacima za 2017. godinu iznosila 5,8%. Prosjek stope nezaposlenosti u odnosu na radnu snagu u zemljama Evropske unije kretao se od 7 do 10,8% u istom periodu, i za 2017. iznosio je 7,6%; dok je za eurozonu stopa nezaposlenosti od 2008. do 2017. iznosila od 7,4 do 11,9%, i ostala je nešto viša te za 2017. godinu iznosi 9%[17]. Od 2013. godine kada su zabilježene najviše vrijednosti, stopa zaposlenosti ima tendenciju kontinuiranog postupnog snižavanja.

Uz pitanje kako postići povećanja zaposlenosti u BiH, prepliće se potreba rješavanja dugoročno nezaposlenih radnika i zapošljavanja mladih. Strukturu nezaposlenih prema podacima iz Ankete o radnoj snazi BiH čine 82,1% dugoročno nezaposleni, što je skoro dvostruko više od 44,5% koliko iznosi prosjek za članice EU. Nezaposlenost u Bosni i Hercegovini se u 2017. godini nastavila smanjivati i prema podacima iz Ankete o radnoj snazi iz aprila 2017. godine iznosila je 20,5%, broj zaposlenih povećan je za 1,8%, dok je stopa nezaposlenosti prema administrativnim podacima zavoda za zapošljavanje u 2017. godini niža za 2,2 procentna poena i iznosi oko 39,6% (BiH Ekonomski trendovi 2018, str. 15).

Nezaposlenost mladih u 2017. godini iznosila je 45,8% i smanjena je za 8,5 procentnih poena u odnosu na prethodnu godinu, ali razlozi nisu vezani isključivo za poboljšanja na uvjeta na tržištu rada jer je do smanjenja broja mladih osoba u radnoj snazi došlo uslijed sve intenzivnijeg trenda odlaska mladih u inostranstvo. Prema ovom izvoru podataka, u 2017. godini je zabilježen porast broja zaposlenih za 2,1%, dok je broj nezaposlenih osoba sma-

ku, od 29. 6. 2018. godine dostupno na: http://fzs.ba/index.php/publikacije/saopcenjapriopcenja/trziste-rada-zaposlenost-nezaposlenost-i-place-2/

[17] Porast stope nezaposlenosti u zemljama članicama eurozone, Evropske unije i OECD-a zabilježen je od 2009. godine, uz nešto oštriji rast od 2011. do 2013. godine, što se može dovesti u vezu sa finansijskom krizom i naknadnim djelovanjem mjera za njeno saniranje (vidjeti: Table 29. Unemployment as a percentage of labour force, u OECD Labour force statistic 2018). U Izvještaju o fiskalnoj stabilnosti Centralne banke BiH od septembra 2018. godine navedeno je da su se u 2017. godini nastavili poboljšavati uslovi na tržištu rada EU i eurozone, što se ogleda u umjerenom rastu plata i smanjenju stope nezaposlenosti. Stopa nezaposlenosti u eurozoni u decembru 2017. godine iznosila je 9,1%, dok je stopa nezaposlenosti na nivou EU iznosila 7,7%, što su najniže stope od 2008. godine; međutim, i pored smanjenja u 2017. godini, nezaposlenost mladih u EU i eurozoni i dalje je visoka (str. 20) https://www.cbbh.ba/Content/Archive/575

njen za 6,9% u odnosu na 2016. godinu. U istom periodu zabilježen je i smanjen broj osoba koje se ubrajaju u radnu snagu u visini -4,4% i pretpostavlja se da je uzrok smanjenju radne snage u iseljavanju stanovništva iz zemlje iako se ne raspolaže preciznim podacima o tome (CBBiH, 2018, str. 24–25).

Ovdje se, govoreći o ekonomskim ciljevima oporezivanja, nailazi na poveznice sa demografskom politikom. Poznato je da se porezima mogu ostvarivati i demografski ciljevi, a u konačnici i efekti u određenoj društvenoj zajednici. Demografska struktura faktor je koji se treba uzeti u obzir prilikom dizajniranja poreznog sistema, naročito omjer radno aktivnog i radno pasivnog stanovništva, stopu nezaposlenosti, stopu prirasta stanovništva, starosnu dob zaposlenih – starenje populacije, te sveprisutni problem tranzicijskih, te slabije i srednje razvijenih zemalja – pojava "odliva mozgova"; pripadnici mlađe visokoobrazovane populacije masovno napuštaju domicilne zemlje u potrazi za zaposlenjem, mogućnostima za razvoj karijere i blagostanjem, ostavljajući iza sebe otvoren problem održivosti društvenog i ekonomskog sistema. Napuštene od mladih, takve zemlje će buduće ljudske resurse temeljiti na populaciji srednje i starije životne dobi, i s protekom vremena će dominirati sve starije radno aktivno stanovništvo, s tendencijom da broj radno pasivnog stanovništva bude izjednačen s aktivnim ili čak veći, bez podmlatka (uz veoma nisku stopu nataliteta, a visoku stopu mortaliteta) i bez budućih raspoloživih ljudskih resursa (Vidjeti: Sudžuka, 2014, str. 19). Omjer penzionisanih i zaposlenih osoba u Bosni i Hercegovini kreće se oko 1 : 1,12 (prema podacima iz BiH Ekonomski trendovi – DEP, 2018, broj zaposlenih osoba u Bosni i Hercegovini u 2017. godini u prosjeku je iznosio 746,3 hiljade, a broj penzionisanih osoba u prosjeku je iznosio 666,4 hiljade osoba u istom periodu (str. 15–16), što upućuje na zaključak da će dosadašnji način finansiranja kolektivnih potreba posredstvom fondova postati neodrživ ukoliko se ne poduzmu koraci prema strateškom planiranju, te koordinaciji politika (demografske, politike zapošljavanja, socijalne, porezne i drugih politika), iznalaženju mjera i pružanju poticaja za povećanje zaposlenosti, povećanje nataliteta, ostanak mladih obrazovanih kadrova i slično.

Pojava migracija populacije intenzivirana nakon "arapskog proljeća", pitanje prijema i zbrinjavanja izbjeglica iz ratovima ugroženih i siromašnih zemalja Afrike i Azije na evropskom kontinentu, pa i kretanje izbjeglica iz siromašnijih zemalja Latinske Amerike prema Sjedinjenim Državama, mijenja globalnu sliku brojnog stanja zaposlenih, kretanje visine stope nezaposlenosti i čini upitnim realne mogućnosti za postizanje apsorpcije novopristigle radne snage u zemljama krajnjeg odredišta i tranzitnim državama. Pitanja vezana za zapošljavanje mladih koji čine radnu snagu izražena su i na polju međunarodne konkurencije u oblasti rada. Potreba nalaska prvog zaposlenja i

zapošljavanja mladih kadrova, posebno visokoobrazovanih, naglašena je ne samo u Bosni i Hercegovini, nego i u susjednim državama, zatim pojedinim državama članicama Evropske unije i šire te je i povod za promjenu pristupa prema ovoj kategoriji populacije u javnim politikama (mogu se razmotriti opcije poput: postavljanja uvjeta za ostanak u zemlji određeni broj godina prilikom davanja stipendija za edukaciju i usavršavanje, pri zasnivanju prvog radnog odnosa, napredovanja...). Kroz javne rasprave pojavljuju se ideje koje bi sa sobom mogle povući dodatno oporezivanje odlazećih ljudskih resursa, tj. prisutne su kampanje o uvođenju poreza na "odliv mozgova" (emigracioni porez ili porez na odliv mozgova – *brain drain tax*). Osim razmatranja mogućnosti da se dodatno oporezuju mladi koji žele napustiti zemlju, a da se pri tome ne ugroze njihove temeljne ekonomske slobode, potrebno je kreirati uvjete na tržištu rada koji bi stvorili nove i proširili postojeće uvjete za zapošljavanje i samozapošljavanje mladih. Porezi i doprinosi koji terete rad, mogu putem poreznih pogodnosti za poslodavce utjecati na stimuliranje zapošljavanja.[18] Porezno pravo u oblasti oporezivanja dohotka od nesamostalne djelatnosti i primjene obaveznih doprinosa za socijalno osiguranje u Federaciji Bosne i Hercegovine ne koristi element poreznih pogodnosti kao način za stimulaciju zapošljavanja mladih osoba i ostavljen je prostor za uspostavu takvih elemenata u budućim reformama. Naravno, kako porezno zakonodavstvo predstavlja samo jednu od karika u lancu stvaranja uvjeta za ostanak i zapošljavanje mladih neophodne su mjere izvan poreznog sistema i zakonodavstva, te međusobna koordinacija vladinih politika.

Ne ulazeći potpuno u oblast konkurentnosti, potrebno je spomenuti da porezi i doprinosi utječu na konkurentnost i poreznu konkurentnost zemlje i nisu zanemariv faktor pri donošenju odluka o investiranju kapitala, osnivanju privrednih društava, poslovanju i zapošljavanju. Porez na dohodak od nesamostalne djelatnosti, kao što je prethodno spomenuto, ima udio u cijeni rada po zaposlenom, s obzirom na to da se troškovi rada formiraju u kompanijama koje su orijentirane na domaće tržište i kompanijama koje imaju izvoznu orijentaciju, u kalkulacijama izvoznika troškovi koji se odnose se na porez na dohodak i obavezne doprinose prema važećem Zakonu ne mogu biti predmetom povra-

[18] Kao primjer se mogu uzeti pogodnosti u vidu povrata dijela iznosa uplaćenih doprinosa za socijalno osiguranje koje je Republika Srbija pružala poslodavcima za zapošljavanje osoba sa evidencije nezaposlenih, pri čemu je relativni iznos doprinosa za koje je poslodavac mogao ostvariti povrat povećavan uporedo sa povećanjem broja novozaposlenih i kretao se od 65% za zapošljavanje jedne do devet osoba 70% za zapošljavanje 10–99 osoba i 75% za zapošljavanje preko 100 osoba. Ova mjera je bila srednjoročnog karaktera i primjenjivana je do kraja 2017. godine (vidjeti: Zakon o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje, Službeni glasnik R Srbije, br. 84/04, 61/05, 62/06, 5/09, 52/11, 101/11, 47/13, 108/13, 57/14, 68/14 – dr. zakon, 112/15, 113/17).

ta, oslobađanja ili drugih pogodnosti, koje se npr. prema odredbama Zakona o porezu na dodatnu vrijednost BiH daju izvoznicima. Imajući u vidu da je poduzetništvo izvozne orijentacije značajno radi postizanja spoljnotrgovinske, odnosno ravnoteže uvoza u i izvoza iz zemlje (prema podacima Direkcije za ekonomsko planiranje pokrivenost uvoza izvozom je oko 2/3, odnosno izvoz je manji za 5,269 milijardi KM), te izgradnju konkurentnosti, ukoliko u predstojećoj reformi ne dođe do ukidanja stopa doprinosa na platu koji terete poslodavce, poželjno bi bilo razmotriti opcije uvođenja poreznih pogodnosti za izvoznike u okviru obaveznih doprinosa za socijalno osiguranje. Prema podacima iz Izvještaja Svjetskog ekonomskog foruma o globalnoj konkurentnosti za 2018. Bosna i Hercegovina je napredovala za četiri mjesta u odnosu na prethodni period i nalazi se na 103. mjestu, međutim i dalje su prisutni ranije identificirani ograničavajući faktori unapređenja konkurentnosti kao naprimjer: neefikasnost državne administracije, korupcija, porezne stope, politička i vladina nestabilnost, loš pristup finansiranju i složenost poreznih propisa (CBBiH, 2018, str. 23). Slab i spor napredak Bosne i Hercegovine upućuje na zaključak da je i dalje potrebno provesti niz reformi za povećanje stope ekonomskog rasta koja je za 2017. godinu iznosila 3% BDP. Ponuda i kapacitet radne snage zajedno sa kapitalom predstavljaju resurse čija dostupnost ima ključnu ulogu u postizanju ekonomskog rasta, a porezi opterećujući ove resurse djelomično mogu utjecati na njihovu prostornu orijentaciju i kretanje.

Porezno opterećenje dohotka, posmatrajući samo efekat primjene poreza na dohodak, relativno je nisko, što se može vidjeti u tabeli 1, red 12–14. Udio poreza na dohodak u poreznim obavezama je 7,05%, porez na dohodak opterećuje 3,15% bruto dohotka, odnosno 5,69% neto dohotka u hipotetičkom primjeru zaposlenika – osiguranika – obveznika koji zarađuje bruto dohodak u visini od 3000 konvertibilnih maraka, ostvaruje pravo na osobni odbitak za sebe i za izdržavane članove porodice (supružnika i dvoje djece). Porezno opterećenje obaveznim doprinosima za socijalno osiguranje izrazito je visoko i njihov udio u ukupnom poreznom teretu koji pada na dohodak u konkretnom primjeru iznosi 92,94%, odnosno omjer učešća doprinosa i poreza na dohodak u ukupnom poreznom teretu je 1:13,18, što znači da doprinosi trinaest puta više opterećuju zarađene dohotke u odnosu na sam porez na dohodak. Zakonske stope doprinosa za socijalno osiguranje koje se obračunavaju na plate i padaju na teret poslodavaca iznose 10,5%, dok se doprinosi iz plate koji terete zaposlenike – osiguranike obračunavaju po stopi 17% za penzijsko-invalidsko osiguranje, 12,5% za zdravstveno osiguranje i 1,5% za osiguranje od nezaposlenosti, što iznosi 31% tereta iz bruto plate zaposlenih, dok ukupni doprinosi iznose 41,5%.[19]

[19] Zakon o doprinosima Federacije BiH, Službene novine Federacije BiH, broj: 35/98, 54/00, 37/01, 01/02, 17/06, 14/08, 91/15 i 104/16.

Tabela 1. Primjer opterećenja dohotka doprinosima i porezom na dohodak

1	Bruto dohodak (BD)		3000,00 KM
2	Doprinosi za socijalno osiguranje DSO (1x41,5%) BD x41,5%		1245,00 KM
3	Neto dohodak nakon obračuna DSO Bruto dohodak prije poreza na dohodak PnD (1-2)		1755,00 KM
4	Osobni odbitak (ukupni iznos)		810 KM
	A.	Osnovni odbitak za obveznika	300 KM
	B.	Odbitak – za supružnika (A x 0,5)	150 KM
	C.	Odbitak – 1 dijete (A x 0,5)	150 KM
	D.	Odbitak – 2 dijete(A x 0,7)	210 KM
5	Osnovica poreza na dohodak (3-4)		945 KM
6	Stopa poreza na dohodak 10% Iznos PnD (5x10%)		94,50 KM
7	Neto dohodak nakon poreza (5-6)		850,50 KM
8	Neto dohodak za isplatu ND (3-6 ili 4+7)		1660,50 KM
9	Ukupno porezne obaveze UPO = DSO + PnD (2+6)		1339,50 KM
10	Ukupno porezno opterećenje (9/1x100) UPO:BDx100		44,65%
11	Udio doprinosa za socijalno osiguranje u ukupnim poreznim obavezama (2/9x100) DSO:UPOx100		92,94%
12	Udio poreza na dohodak u ukupnim poreznim obavezama (6/9x100) PnD:UPOx100		7,05%
13	Opterećenje porezom na dohodak kao procenat bruto dohotka (6/1x100) PnD:BD x 100		3,15%
14	Opterećenje porezom na dohodak kao procenat neto dohotka (6/8x100) PnD:ND x 100		5,69%
15	Omjer učešća DSO i PnD u ukupnim poreznim obavezama (1 : 100/12-1)		1 : 13,18

Osim što opterećuju plate i zarade, obavezni doprinosi za socijalno osiguranje i porez na dohodak zahvataju dio ekonomske snage poreznih obveznika i umanjuju njihove potencijale za potrošnju, štednju i ulaganja. Porezima, odnosno oporezivanjem dohodaka ostvaruju se izvjesni učinci na dohotke pojedinaca i njihovih domaćinstava. U tom smislu se može govoriti o utjecaju poreza na štednju stanovništva. Ovdje će biti spomenut utjecaj poreza na dohodak od nesamostalne djelatnosti na štednju stanovništva. Štednja se prema Mintzu i Whalleyju (1989, str. 7) može definirati kao razlika između dohotka domaćinstva i tekuće potrošnje ili kao trenutna vrijednost buduće

potrošnje, a ona biva pogođena oporezivanjem[20] na tri načina: oporezivanjem dohotka od imovine – povećanjem relativne cijene buduće potrošnje štednja se čini manje atraktivnom; porezima se smanjuje raspoloživi dohodak pojedinaca, u mjeri u kojoj porezi smanjuju tekući dohodak oni obeshrabruju štednju; buduće porezne obaveze imaju suprotan efekat, s obzirom na to da pojedinci moraju da uštede kako bi ispunili takve obaveze prema državi. Zakon o porezu na dohodak Federacije BiH ne smatra dohotkom prihode koje pojedinci ostvare po osnovi učešća u raspodjeli dobiti privrednih društava tj. zarade ostvarene od dividendi i kao takve ih ne oporezuje. Za razliku od prihoda koji se ne smatraju oporezivim dohotkom, prihodi na koje se ne plaća porez na dohodak između ostalog obuhvataju prihode od kamate na štednju u bankama, štedionicama i štedno-kreditnim zadrugama, bankovnim računima i kamate na državne obveznice. Dakle, prihodi odnosno dohodak ostvaren od kamate na štednju nije oporeziv. Imajući u vidu da je u primjeni *flat tax* model pri oporezivanju dohotka i da je stopa poreza 10%, to omogućava obveznicima da dio dohotka nakon oporezivanja i podmirivanja životnih potreba mogu uštedjeti, deponovati kod banaka i ostvariti kamatu ili ulagati, te nadalje, imajući u vidu da porez zahvata efektivno između 2,5 i 4% ostvarenog bruto dohotka (ovisno o visini dohotka i broju članova za koje koristi osobni odbitak), odnosno između 4 do 8% neto dohotka, obveznici nisu destimulirani i mogu raspoloživo vrijeme usmjeriti na rad, stvaranje nove vrijednosti, te pojedinci mogu proizvoditi i doprinositi ekonomskom rastu zemlje. Nacrt Zakona o porezu na dohodak prihodima izuzetim od poreza na dohodak smatra prihode od kamate koji su i do sada bili izuzeti, zatim prihode od osiguranja života, stvari, imovine i od odgovornosti koje isplaćuju društva za osiguranje i reosiguranje sa sjedištem u Federaciji BiH, te prihode od naknada životnog osiguranja koji imaju karakter štednje, kao i isplaćene prihode od dobrovoljnog penzijskog osiguranja (član 9, stav 2 alineje m, n i o). Član 39. propisuje oporezivanje dohotka od ulaganja kapitala tj. prihode: po osnovu kamata (na oročenu ili rentnu štednju, po vrijednosnim papirima, po osnovu izdatih zajmova, i kamata kao raspodjele prihoda investicionog fonda ako se ne oporezuju kao udio u dobiti na temelju podjele dobiti ili prihoda tog fonda), po osnovu dividende ili udjela u dobiti, po osnovu vrijednosnih papira, od isplaćenog kapitala od dobrovoljnog dopunskog osiguranja ušteđenog od premija na koje korisniku osiguranja nisu obračunati i plaćeni obavezni doprinosi i porez na dohodak. Ukoliko Nacrtom

[20] Summers (1981) kritički razmatrajući oporezivanje kamata od štednje i efekte koji nastaju navodi da: "Na kraju porezi na povrate od štednje smanjuju diskontnu stopu koju pojedinačni obveznici koriste kako bi procijenili tok zarada koje zarađuje tokom svog života. A smanjenje diskontne stope uzrokovane porezom povećava vrijednost ljudskog kapitala, a ovo povećanje, zauzvrat, dovodi do veće tekuće potrošnje i manje štednje" (str. 533–44).

predložene izmjene poreza na dohodak budu usvojene, nedvojbeno će doći do povećanja poreznog opterećenja, koje će biti posebno izraženo kod srednjih dohodovnih grupa obveznika, jer će oporezivanje zahvatiti dio dohotka koji su do sada mogli trošiti ili odvajati za štednju, smanjit će se iznosi raspoloživog dohotka nakon podmirenja životnih potreba obveznika i njihovih porodica. Uvođenjem oporezivanja kamata na štednju, obveznici ukoliko im preostane dio dohotka, neće biti motivirani za deponiranje tih sredstava na štedne račune i njihovo oročavanje. Oporezivanje dividendi također će demotivirajuće djelovati na ulaganja. Opadanje interesa za štednju može dovesti do povlačenja sredstava koja stanovnici drže kod banaka. Povučeni oročeni depoziti će jednim dijelom biti zadržani u okviru domaćinstva, drugim dijelom usmjereni na potrošnju, kupovinu nekretnina, plemenitih metala, trećim dijelom će se usmjeriti prema spoljnim tržištima na kojima njihove ekonomske odluke neće biti remećene porezima itd. Ekonomske odluke i preferencije poreznih obveznika će svakako biti modificirane zbog proširenja porezne osnovice i povećanja porezne stope, a takve promjene će se u većoj ili manjoj mjeri odraziti na cijeli finansijski i ekonomski sistem i mogu dovesti do destabiliziranja, te usporavanja ekonomskog rasta.

6. Socijalni ciljevi oporezivanja i osvrt na socijalne efekte poreza na dohodak Federacije Bosne i Hercegovine

Socijalni zadaci[21] poreznog sistema upravljeni su na postizanje redistributivnih efekata u nivelaciji bogatstva. Socijalni cilj oporezivanja svodi se na ravnomjernu raspodjelu i preraspodjelu nacionalnog dohotka. Distribucija poreskog pritiska se vrši na osnovu ekonomske snage obveznika, a dostupnost usluga i koristi javnog karaktera, koje se pružaju na ime plaćenih poreza i drugih fiskaliteta, jednaka je za sve obveznike neovisno o visini poreskih obaveza. Ne sporeći činjenicu da svi koji raspolažu izvjesnom ekonomskom snagom trebaju plaćati poreze, ostvarivanje socijalnih ciljeva oporezivanja znači i jednakost u poreznom tretmanu istih ekonomskih snaga i diferencijaciju poreznog tretmana različitih ekonomskih snaga poreznih obveznika koje, pak, treba različito oporezovati. Prema Adamu Smithu[22] jed-

[21] Socijalni cilj, odnosno, raspodjela i preraspodjela nacionalnog dohotka postiže se, osim posredstvom poreskih izuzeća, oslobađanja i olakšica, i finansijskom politikom javnih rashoda, to jeste davanjima, odnosno, izdvajanjem i transferima sredstava iz budžeta.

[22] Pored Smithova četiri kanona ne manju pažnju zaslužuju načela koja su postavili i drugi finansijski teoretičari, posebno Adolph Wagner. Lovčević kao Smithovog savremenika spominje Kameralistu Justija (1776) koji "od poreza traži: da ne smetaju slobodi ljudi niti njihovu zaposlenju; da budu pravični i ravnomerni; da odgovaraju prirodi države; da im organizacija bude laka i ugodna. Italijan Verri

nakost ili pravednost tumačena je na dva načina, tj. da doprinosi trebaju odgovarati primljenim koristima i trebaju odražavati mogućnost plaćanja (Musgrave, 1998, str. 33).

Socijalni cilj poreza može se dvojako posmatrati: kao nivelacija bogatstva – imovinsko izjednačavanje populacije transferom sredstava od bogatih ka siromašnim populacionim skupinama, te kao postizanje ravnomjernosti pri oporezivanju putem povećanja poreskog pritiska, odnosno, visine poreskih obaveza za ekonomski snažnije obveznike koji, načelno, treba da snose veći poreski teret. Konjhodžić (2003) navodi da: "ako se žele smanjiti socijalne razlike nastale kao rezultat velikih razlika u imovnom stanju među građanima, opet se uspješno mogu primijeniti porezi, tako što bi se uveo ili povećao porez za one kategorije građana čiji su dohotci prešli zakonom utvrđeni limit" (str. 93).

Imajući u vidu da porez na dohodak kao vrstu direktnog poreza karakterizira i sposobnost za ostvarivanje pravičnosti, koja se postiže indirektnom progresijom putem zaštite egzistencijalnog minimuma poreznog obveznika, ili, pak, direktnom progresijom putem primjene progresivnih poreznih stopa, to znači da se poreznom na dohodak, odnosno pojedinim njegovim elementima kao što su stope i oslobađanja, može na razini cjelokupnog poreznog sistema djelovati u pravcu smanjivanja regresivnog dejstva indirektnih poreza. Porez na dohodak je podesan oblik za ostvarivanje pravednosti u oporezivanju.

Jednak porezni tretman obveznika iste ekonomske snage značio bi da se porezna obaveza uspostavlja na razini ekonomske snage koja prelazi granicu egzistencijalnog minimuma. Socijalni ciljevi oporezivanja primjenom poreza na dohodak odnose se na uzimanje u obzir subjektivnih svojstava poreznog obveznika, odnosno na uvjete i okolnosti sticanja dohotka i raspolaganja tim dohotkom pojedinca, te svojstva poreznog obveznika koja determiniraju njegovu ekonomsku snagu. Osobna obilježja poreznog obveznika koja porezni zakonodavac najčešće uzima u obzir su: broj članova njegove uže porodice, odnosno porodičnog domaćinstva koji uopće ne ostvaruju dohodak ili ga ostvaruju ispod visine koja se uzima za egzistencijalni minimum, a koje je prema važećim zakonima dužan izdržavati (supružnik/-ca, djeca i usvojena djeca na redovnom školovanju, roditelji); zdravstveno stanje obveznika

(1771) navodi: da porezi nikada siromašne ne terete; da budu jevtini; da zakonom budu određeni; da ne smetaju prometu dobara i ne otežavaju napredak industrije. Kao što se vidi, ova načela su postala pre Smitovih, i ako se uzme da ih Smit nije poznavao (s obzirom na teškoće intelektualnih veza toga vremena), znači da su svi ti principi već postojali u svesti duhova toga doba." (Vidi: Lovčević, 1997, str. 90).

i članova uže porodice, potrebe za medicinskim zbrinjavanjem, operativnim zahvatima i tretmanima liječenja, medicinskim i ortopedskim pomagalima, stepen invalidnosti; uzrast i starosna dob izdržavanih članova; opterećenost obveznika kreditnim zaduženjem nastalim radi rješavanja stambenog pitanja, odnosno kupovine stana ili kuće, i slično.

Socijalni ciljevi oporezivanja podrazumijevaju izvjesne porezne izdatke države koje ona poduzima, tj. prihode kojih se država odriče radi udovoljavanja takvim ciljevima.

Smisao socijalnih ciljeva i u vezi s tim izdataka države nalazi se u postizanju ravnomjernosti pri raspodjeli poreznog tereta na obveznike različitih ekonomskih snaga, pri čemu upravo osobna obilježja obveznika utiču na umanjenje porezne obaveze ukoliko ta obilježja uključuju izdržavanje više članova porodičnog domaćinstva, naročito djece koja su na redovnom školovanju, postojanje bolesti i/ili invaliditeta obveznika itd.

Osobna svojstva obveznika poreza na dohodak se kroz institut osobnog odbitka utjelovljuju u odbitak od osnovice poreza na dohodak koji predstavlja zbir iznosa odbitka koji je predviđen za samog poreznog obveznika i iznosa odbitaka prema datim koeficijentima predviđenim za svakog izdržavanog člana obveznikove porodice, pri čemu je moguće da konačni zbir odbitaka predstavlja iznos veći od same osnovice poreza (za niske iznose dohodaka) i da oporezivanje u takvom slučaju izostane. Neoporezivi minimum u Federaciji BiH iznosi 300 KM za poreznog obveznika, dok se za izdržavanu djecu i druge srodnike – članove porodičnog domaćinstva (pod uvjetom da ne ostvaruju osobne prihode u iznosu višem od 300 KM) primjenjuju koeficijenti putem kojih se utvrđuje iznos odbitka za pojedinog člana u procentu od osnovnog osobnog odbitka i to: a) 0,5% za bračnog druga i bivšeg bračnog druga kojem plaća alimentaciju (150 KM mjesečno), b) 0,5% za prvo dijete (150 KM mjesečno), c) 0,7% za drugo dijete (210 KM mjesečno), d) 0,9% za treće i svako naredno dijete (270 KM mjesečno), e) 0,3% za drugog člana uže porodice (90 KM mjesečno), f) 0,3% za utvrđenu invalidnost poreznog obveznika i svakog člana uže porodice koje porezni obveznik izdržava (90 KM mjesečno). Pored toga, porezni odbitak kod poreza na dohodak može se uvećati i za iznos troškova koji padaju na teret poreznog obveznika, a odnose se na zdravstvene usluge, nabavku lijekova registriranih u Federaciji BiH na osnovu recepta izdatog od ovlaštene zdravstvene ustanove i nabavku ortopedskih pomagala i protetskih nadomjestaka u Federaciji BiH.

Primjena neoporezivog minimuma na sve obveznike poreza na dohodak smanjuje poreznu osnovicu i proizvodi indirektnu progresiju sistema poreza na

dohodak, te se na ovaj način ostvaruje zahtjev za horizontalnom pravednosti poreznog sistema. Imajući u vidu da je u Federaciji BiH u 2017. godini bilo 514.638 zaposlenih osoba koje su istodobno imale pravo na porezni odbitak u iznosu od 3.600 KM na koje nije primijenjena stopa od 10%, procjena neprikupljenih prihoda na godišnjem nivou za 2017. godinu samo po tom osnovu je 185.269.680 KM. Analizom poreznih izdataka koji nastaju za FBiH radi primjene prava na osobni odbitak poreznog obveznika i izdržavanih članova porodičnog domaćinstva, Ministarstvo finansija FBiH procijenilo je da je, po osnovu korištenja odbitaka za izdržavanog bračnog druga (144.048 izdržavanih bračnih drugova) u 2012. godini izgubljeno 20.742.912 KM, dok je za posredstvom korištenja odbitaka za izdržavanu djecu (373.655 djece) u istoj godini ostalo nenaplaćeno 63.579.427 KM. Neprikupljeni prihodi po osnovu osobnog odbitka za ostale izdržavane članove porodice (48.670 izdržavanih osoba) iznose 4.205.088 KM. Primjenom odbitka za izdržavane invalidne osobe (20.246 osoba) izdaci Federacije BiH procjenjuju se na 1.749.254 KM. Ukupan iznos neprikupljenih prihoda od poreza na dohodak od nesamostalne djelatnosti koji predstavljaju izdatak Federacije BiH na ime zaštite egzistencijalnog minimuma prema podacima Ministarstva finansija FBiH, obrađenim za 2012. godinu je 247.715.842 KM, dok je ukupno prikupljeni prihod od poreza na dohodak od nesamostalne djelatnosti 214,5 miliona KM, što znači da bi u slučaju nepostojanja poreznih izdataka porezni prihod iznosio 462 miliona KM (Analiza poreza na dobit i poreza na dohodak za 2012., 2013, 15–23).[23] Prema Nacrtu Zakona o porezu na dohodak predložene su izmjene neoporezivog minimuma na način da se povisi iznos osobnog odbitka za samog poreznog obveznika na 700 KM, a da se odbici za izdržavane članove porodice ukinu jednako kao i odbitak za invalidnost poreznog obveznika i člana njegove porodice. Ova izmjena će dovesti do pojednostavljenja u obračunu dohotka i utvrđivanju visine poreznog opterećenja, međutim istodobno može značiti nepovoljniji porezni tretman za obveznike sa velikim porodicama, posebno većim brojem izdržavane djece koji ostvaruju niske i srednje niske dohotke i koji su prema važećem Zakonu zbog korištenja prava na odbitke bili neoporezovani. Razmatrajući odbitke od porezne osnovice poreza na dohodak u finansijskoj teoriji, poreznom zakonodavstvu i praktičnoj primjeni poreza susreću se različiti pristupi u pogledu utvrđivanja visine osnovnog osobnog odbitka, pri čemu jedni smatraju da se njegova visina treba dovesti u vezu sa visinom jednog BDP-a po stanovniku, odnosno u zemljama sa lošom poreznom administracijom do dva BDP-a po stanovniku (Kesner-Škreb, 2004, str. 143). Drugi iznos odbitka stavljaju u odnos sa visinom potrošačke korpe, treći sa visinom prosječnog dohotka od-

[23] Tolerirajuća greška u provedenoj analizi kao razlika između procijenjene i kontrolne vrijednosti iznosi 4 miliona KM, odnosno 0,87 KM.

nosno plate ostvarene u zemlji prema zvaničnim podacima. Nacrtom Zakona o porezu na dohodak predviđen je odbitak u iznosu 8.400 KM godišnje odnosno 700 KM na mjesečnoj razini, što je približno visini BDP *per capita* za 2017. godinu. BDP *per capita* u Bosni i Hercegovini iznosio je 2016. godine 8.540 KM, u 2016. godini 8.764 KM, dok u 2018. iznosi 9.057 KM prema posljednjim podacima Direkcije za ekonomsko planiranje.

Ravnomjernije raspoređen porezni teret dovodi do veće pravednosti poreza, a pravednost se može promatrati kao horizontalna i vertikalna. Vertikalna pravednost podrazumijeva da se različito opterete obveznici različitih poreznih snaga, odnosno različite sposobnosti, pri čemu oni snažniji ili, pak, sposobniji treba da snose više tereta. Vertikalna pravednost se postiže primjenom više progresivnih poreznih stopa, pri čemu se kao porezni razredi mogu pojaviti iznosi prosječnih plata/dohodaka ostvarenih u zemlji, odnosno višestruki iznosi prosječnih dohodaka čiji rast je brže ili sporije praćen rastom visine poreze stope. Nacrt Zakona o porezu na dohodak predviđa, uz postojeću stopu u visini od 10%, uvođenje stope od 20% za dohotke čija visina prelazi iznos od 1500 KM. Imajući u vidu da je prosječna plata u Federaciji BiH prema podacima Federalnog zavoda za statistiku od 15. 10. 2018. za august 2018. godine iznosila 904 KM, trebalo bi razmotriti opciju da se drugi porezni razred formira od visine dvostrukog iznosa prosječne plate u Federaciji BiH tj. iznad 1800 KM ili iznad 2250 KM odnosno iznad dvije i pol prosječne plate, kao i opciju uvođenja trećeg poreznog razreda sa višom stopom (25% ili 30%) za iznose dohotka koji prelaze npr. petostruki ili šestostruki iznos prosječne plate. Da bi se vertikalna pravednost u svom punom značenju ostvarila, potrebno je analizirati broj i strukturu poreznih obveznika prema njihovoj ekonomskoj snazi i na takvom temelju formirati porezne razrede i opredijeliti se za porezne stope čija će primjena dovesti do kompenziranja poreznih izdataka nastalih uspostavljanjem, odnosno povećanjem iznosa, neoporezivog minimuma.

7. Zaključak

Porez na dohodak u Federaciji Bosne i Hercegovine značajan je instrument porezne politike kojim se ostvaruju fiskalni i vanfiskalni ciljevi oporezivanja.

Fiskalni cilj poreza na dohodak odnosi se na ostvarivanje dostatnih prihoda za finansiranje Federacije BiH, kantona i općina. Prihodi od poreza na dohodak od njegovog uvođenja 2009. godine do danas, uz manje oscilacije 2012. godine, bilježe kontinuiran rast. U prvoj godini primjene prihodi od poreza na dohodak iznosili su 207 miliona KM, a u 2017. godini iznosili su 406

miliona KM, dok izdaci za osnovni porezni odbitak za obveznika za 2017. godinu iznose 185 miliona KM, a izdaci za odbitak za izdržavane članove porodice obveznika i invalidnost iznose preko 90 miliona KM.

Porast prihoda jednim dijelom ima uporište u povećanju broja zaposlenih osoba, obavezi prijavljivanja radnika prije započinjanja rada kod poslodavca, čestim terenskim kontrolama poreznih inspektora, izdavanju prekršajnih naloga i izricanju mjera.

Ukoliko bi se želio ostvariti isključivo fiskalni cilj, prihodi od poreza na dohodak mogli bi biti ostvareni u većem obimu proširenjem porezne osnovice uz zadržavanje samo osnovnog odbitka za poreznog obveznika i podizanjem visine porezne stope ili prelaskom na progresivno oporezivanje, pri čemu bi trebalo utvrditi porezne razrede i stope na način da se ravnomjerno uspostavi raspodjela poreznog tereta između svih dohodovnih grupa poreznih obveznika. Dakle, poreznopravne mjere bi mogle dovesti do većih fiskalnih efekata i većeg stepena pravednosti. Međutim, povećanje poreznog pritiska i tereta moglo bi imati negativne posljedice na nova zapošljavanja jer bi se povećali troškovi rada odnosno izdaci za zaposlene obveznike sa srednjim i višim dohocima. Dodatni porezni pritisak bi obveznike naveo na bijeg od poreza i izbjegavanje obaveza.

Nadalje, mjere inspekcijskog nadzora i kontrole obveznika u postojećem jednostopnom sistemu poreza na dohodak, uz, postojeće, relativno nisko porezno opterećenje, mogu biti učinkovit korektiv za poslodavce koji zapošljavaju, a ne prijavljuju radnike, ne obračunavaju i ne plaćaju poreze i doprinose, da nakon izrečenih prekršajnih sankcija promijene ponašanje u pravcu ispunjavanja zakonskih obaveza. Činjenica da i zaposlenici koji se zateknu da rade bez prijave u Jedinstvenom sistemu snose novčane kazne (čiji iznosi prelaze iznos prosječne plate) za počinjeni prekršaj trebala bi u srednjem roku utjecati na ponašanje zaposlenih i nepristajanje na rad "na crno". Fiskalni efekti poreza mogu, a često i bivaju, umanjeni zbog pojava iz domena neregistrirane (neformalne) ekonomije kao što su neprijavljivanje radnika od strane poslodavca, neprikazivanje punog iznosa ostvarenih dohodaka zaposlenih, odnosno prijavljivanje minimalnog dohotka, a isplate razlike dohotka u gotovini, i drugim radnjama i propuštanjima kojima ostvaruju porezne prekršaje i porezna djela kako bi zadržali svoje ekonomske pozicije na razini onih koje su imali prije oporezivanja, ili uvođenja poreza.

Porez na dohodak kao subjektni porez karakterizira sposobnost da uzme u obzir osobne prilike, svojstva i okolnosti vezane za obveznika poreza na dohodak, te za članove porodice koji ne ostvaruju dohotke, a koje je obve-

znik po zakonu dužan izdržavati ili žive s njim u zajedničkom domaćinstvu. Aktualni Zakon o porezu na dohodak ostvaruje zaštitu egzistencijalnog minimuma putem osobnog odbitka u visini od 300 KM za obveznika i prema odgovarajućim koeficijentima za članova njegove porodice. Model zaštite egzistencijalnog minimuma može biti promijenjen, a njegova razina povećana, međutim to bi povuklo i povećanje porezne stope da bi se uskladila razina poreznih prihoda. Ostvarivanje socijalnih ciljeva oporezivanjem dohotka za državu predstavlja porezni izdatak, odnosno odricanje od dijela poreznih prihoda koji bi bili izvjesni ukoliko se ne bi primjenjivali osobni odbici.

Ako se uzme u obzir činjenica da porez na dohodak predstavlja porezni oblik za koji se vezuju visoki administrativni troškovi, posebno ukoliko se primjenjuje direktna progresija odnosno više poreznih stopa za različite dohodovne grupe, i ukoliko postoji veći broj poreznih izuzetaka, oslobađanja i olakšica, neto efekti poreznih prihoda bili bi umanjeni uvođenjem više poreznih razreda i većeg broja poreznih stopa.

Za ostvarivanje ekonomskih ciljeva poreza na dohodak u smislu utjecaja poreza na razinu zaposlenosti nije poželjno ići u pravcu sužavanja porezne osnovice niti snižavanju porezne stope jer bi to narušilo fiskalne učinke poreza. Poboljšanja u poreznom opterećenju rada, odnosno rasterećenje treba prepustiti mjerama u okviru doprinosa za socijalno osiguranje koje mogu ići u pravcu: ukidanja doprinosa na platu koji padaju na teret poslodavca, što je već učinjeno u drugom entitetu, ili snižavanja postojećih stopa doprinosa, ili, pak, u pravcu uvođenja olakšica i umanjenja stope ili iznosa doprinosa za poslodavce koji zaposle određeni broj novih radnika iz evidencije nezaposlenih kod nadležnih službi, što bi posebno trebalo biti razmotreno u kontekstu povećanja stope zaposlenosti mladih osoba.

Bibliografija

Knjige, publikacije, časopisi

1. *Analiza poreza na dobit i poreza na dohodak za 2012. godinu* (2013). Sarajevo: Federalno ministarstvo finansija.
2. Begić, I. Kasim (2000). *Ekonomska politika*, Sarajevo: Pravni fakultet.
3. Begić, I. Kasim (1987). Socijalni efekti poreskog sistema, *Finansije*, (1–2).
4. Begić, I. Kasim (1992). *Poreski sistem i poreska politika BiH*. Sarajevo: Ekonomski institut.

5. Izvještaj o fiskalnoj stabilnosti za 2017 (2018). Sarajevo: Centralna Banka BiH.
6. Jelčić, B. (2001). *Javne financije*. Zagreb: RRiF - plus.
7. Jelčić B. & Jelčić, B. (1998). *Porezni sustav i porezna politika*. Zagreb: Informator.
8. Jelčić, B. (1981). *Rječnik javnih financija i financijskog prava*. Zagreb: Informator.
9. Kaluđerović, J. & Jokanović, J. (2002). *Poreska reforma u zemljama u tranziciji – Working Paper*. Podgorica: Institut za strateške studije i prognoze.
10. Konjhodžić, H. & Šantić, Ž. (2003.) *Fiskalne finansije*. Bihać: Pravni fakultet, Split: Logos.
11. Lovčević, J. (1997). *Institucije javnih finansija*. Beograd: Službeni list SRJ.
12. Mintz, J. & Whalley, J. (1989). Economic Impacts of Tax Reform. Toronto: Canadian Tax Paper no. 84.
13. Musgrave A. R. (1998). *Kratka povijest fiskalne doktrine*. Zagreb: Institut za javne financije.
14. OECD (2013). "Tax Levels and Tax Structures, 1965-2012". In: *Revenue Statistics 2013*. Paris: OECD publishing.
15. OECD (2016). *Tax Policy Reform in the OECD 2016*. Paris: OECD Publishing.
16. OECD (2018). OECD Labour force statistics 2018. Paris: OECD Publishing.
17. Popović, D. (1999). *Poreski sistem*. Beograd: Dosje.
18. Stojanović, A. (2007). *Poreski sistemi zemalja u tranziciji*. Sarajevo: Revicon.
19. Sudžuka, E. (2014). *Fiskalni i socijalni aspekti poreza na dodatnu vrijednost i poreza na dohodak u poreznom sistemu Bosne i Hercegovine* (doktorska disertacija). Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
20. Summers L. H. (1981). "Capital Taxation and Accumulation in a Life Cycle Growth Model". *The American Economic Review* 71 (4), 533–544.

Zakoni

1. Zakon o doprinosima za socijalno osiguranje. Službeni list R BiH, 5/95 i 9/95; 35/98.
2. Zakon o doprinosima Federacije BiH. Službene novine Federacije BiH, broj: 35/98, 54/00, 37/01, 01/02, 17/06, 14/08, 91/15 i 104/16.
3. Zakon o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje. Službeni glasnik Republike Srbije, 84/04, 61/05, 62/06, 5/09, 52/11, 101/11, 47/13, 108/13, 57/14, 68/14, 112/15, 113/17)
4. Zakon o jedinstvenom sistemu registracije, kontrole i naplate doprinosa. Službene novine FBiH, broj: 42/09, 109/12, 86/15 i 30/16.
5. Zakon o porezima Kantona Sarajevo. Službene novine KS, 19/97, 21/97, 2/98, 15/98, 33/01,4/02, 8/02, 1/03, 8/03 i 25/06.
6. Zakon o porezu na plaću. Službene novine Federacije BiH, 26/96, 27/97, 12/98, 29/00, 54/00, 16/01 i 7/02.
7. Zakon o porezu na dohodak. Službene novine Federacije BiH, 10/08,9/10,44/11, 7/13 i 65/13.

Elektronski izvori

1. Bosna i Hercegovina Ekonomski trendovi. (2018). Sarajevo: Direkcija za ekonomsko planiranje Vijeća Ministara BiH. Preuzeto 11. 9. 2018. http://www.dep.gov.ba/dep_publikacije/ekonomski_trendovi/Archive.aspx?langTag=bs-BA&template_id=140&pageIndex=1
2. *Nacrt Zakona o porezu na dohodak* (3. 4. 2017). Federalno ministarstvo finansija, Preuzeto 30. 9. 2018. http://www.fmf.gov.ba/v2/aktuelno.php?akt_id=310
3. OECD (2017). Revenue Statistics 2017 – the United States. U: *OECD Revenue Statistics*. Preuzeto 25. 9. 2018. https://www.oecd.org/tax/revenue-statistics-united-states.pdf
4. Papić, Ž. (2017). Siromaštvo i radničko siromaštvo u BiH "Socijalna kriza u BiH - siromaštvo i socijalna nejednakost - Šta da se radi?", Sarajevo: Forum lijeve inicijative. Preuzeto 23. 9. 2018. http://radnici.ba/wp-content/uploads/2018/02/FSA_Analiza-7.pdf
5. *Program rada Vlade FBiH 2015.–2018.* Preuzeto 25. 9. 2018. http://www.fbihvlada.gov.ba/hrvatski/aktuelno_v2/

6. *Program ekonomskih reformi Vlade FBiH 2016–2018*. (2015). Preuzeto 25. 9. 2018. http://www.fbihvlada.gov.ba/pdf/Program%20ekonomskih%20reformi%20FBiH%20za%20period%202017.%20-%20 2019.%20godine.pdf)

7. *Program ekonomskih reformi Bosne i Hercegovine za 2018.–2020. godine (januar 2018).* Preuzeto 25. 9. 2018. file:///C:/Users/Edina/Downloads/Program_ekonomskih_reformi_za_2018.-2020._godinu_(ERP_BiH_2018-2020).pdf

8. *Reformska Agenda Vlade FBiH i Ažurirani akcioni plan za implementaciju Reformske agende*. Preuzeto 25. 9. 2018. http://www.fbihvlada.gov.ba/pdf/Reformska%20agenda.pdf

9. *Saopštenje za 2018. godinu o politici proširenja Evropske unije – Izvještaj o Bosni i Hercegovini za 2018.. uz Saopštenje Komisije Evropskom parlamentu, Vijeću, Evropskom ekonomskom i socijalnom odboru i Odboru regija*. (17. 4. 2018). Strazbur: Evropska komisija. Preuzeto 22. 9. 2018. http://www.dei.gov.ba/dei/dokumenti/prosirenje/default.aspx?id=19825&langTag=bs-BA

10. *Smjernice ekonomske i fiskalne politike 2018–2020.* Federalno ministarstvo finansija. http://www.fmf.gov.ba/v2/userfiles/userfiles/file/2017/2017-%20chj/FINAL%20-%20Smjernice%20ekonomske%20i%20fiskalne%20politike%20(2018-2020).docx

11. *Strategija integriranja Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju* (2008). Direkcija za ekonomske integracije Bosne i Hercegovine.

12. *The Tax Policy Briefing Book* (2012). Urban Institute and Brookings Institution. www.taxpolicycenter.org/briefing-book/TPC_briefingbook_full.pdf.

13. Tax Policy Center (2017a). Statistics – OECD Composition of Taxes 1999–2014. Urban Institute & Brookings Institution. https://www.taxpolicycenter.org/statistics/oecd-composition-taxes-1999-2014

14. Tax Policy Center (2017b). Statistics – OECD Taxes as Share of GDP 1965-2015. February 2017. Urban Institute & Brookings Institution. https://www.taxpolicycenter.org/statistics/oecd-taxes-share-gdp

15. *Troškovi rada u Federaciji BiH za 2016. godinu – konačni rezultati* (29. 6. 2018). Saopćenje, br. 21.2.1, godina III, Federalni zavod za statistiku. Preuzeto 23. 9. 2018. http://fzs.ba/index.php/publikacije/saopcenjapriopcenja/trziste-rada-zaposlenost-nezaposlenost-i-place-2/

Dr. Edina Sudžuka
Assistant professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
e.sudzuka@pfsa.unsa.ba

PERSONAL INCOME TAX WITH REVIEW ON THE GOALS AND EFFECTS OF TAXATION OF INCOME FROM NON-AUTONOMOUS ACTIVITY IN THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Income tax in Bosnia and Herzegovina is assessed in the context of taxation of labour income and application of personal deduction. The paper presents a review of the terms in which synthetic income tax was introduced in Bosnia and Herzegovina, the goals of its introduction and expected effects, effective tax burden on income from non-autonomous labour, taking into account the currently valid mandatory contributions for the social security, as well as the directions of income tax reform in the Federation of Bosnia and Herzegovina. In order to present the fiscal impact of this tax form, the paper carries an overview of revenues collected on behalf of income tax since its introduction to date, its participation in overall tax revenues, and also depicts the volume of tax expenditures of the Federation of BiH on behalf of personal deduction and deduction for the taxpayer's supported family members. Perspectives in the realisation of fiscal goals of income taxation are discussed taking into account the Draft Law on Income Tax of 2017. The analysis of income tax in the Federation of Bosnia and Herzegovina, meaning the analysis of some of its particular elements, has also been conducted in terms of its appropriateness for the achievement of non-fiscal goals of taxation, especially those of economic, demographic and social nature.

Keywords: *personal income tax, tax reform, flat tax, progressive taxation*

Dr. Enver Ajanović
Vanredni profesor
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
e.ajanovic@pfsa.unsa.ba

UDK 35:330.1(497.6)
Pregledni naučni rad

UTICAJ EKONOMSKE POLITIKE NA REFORMU JAVNE UPRAVE U BiH

Sažetak

Ustav BiH u prvom članu sadrži odredbu da BiH nastavlja svoje pravno postojanje po međunarodnom pravu kao država sa unutrašnjom modificiranom strukturom. Ustavno i međunarodno pravo određuju da su teritorija, državni narod i efektivna vlast uvjeti za postojanje države. Na modernizaciju uvjeta efektivne vlasti u XX stoljeću uticala je tendencija povećanja broja upravnih organizacija. Horizontalna diferencijacija organa uprave rezultirala je osnivanjem vlade nadležne za planiranje i provođenje ekonomske politike, a njeni članovi su rukovodioci vrhovnih organa uprave. Osnivanjem ovih organa uprave pojavila se potreba zapošljavanja ljudi u upravi.

Kadrovska "pampers" antipolitika zapošljavanja pretjerano velikog broja službenika i namještenika u upravnim institucijama BiH, FBiH, RS-a, kantona i jedinicama lokalne samouprave, te i naknade članovima nadzornih i upravnih odbora u institucijama BiH, FBiH i RS-a stvorila je velike rashode u budžetima. Ovakva birokratska uprava znatno otežava planiranje ekonomske politike u Vijeću ministara BiH, Vladi FBiH i Vladi RS-a i njeno provođenje vršenjem upravne funkcije u skladu sa standardima Evropske unije, jer nema dovoljno novčanih sredstava. Zato je BiH potrebna reforma javne uprave. To može biti samo dugotrajna mjera predviđena u Reformskoj agendi za BiH za period od 2015. do 2018. godine i sastoji se u primjeni preduzetničke kulture u njenom radu. To znači da ona svoj rad mora zasnivati i na načelima ekonomičnosti, produktivnosti i rentabilnosti. Potreban minimum da se stvore uvjeti za istinsku ekonomsku politiku u Vijeću ministara BiH, Vladi FBiH i RS-a može se postići samo ako se u organima uprave u institucijama BiH i entiteta ukinu pomoćnici i stručni savjetnici ministara, smanji broj nepotrebnih upravnih službenika i namještenika, te potpuno ukinu kantoni. U SR Njemačkoj prema Bundesbeamtengesetz i u R Francuskoj prema Loi n° 84-16 du 11 janvier

1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat ne postoje pomoćnici i savjetnici ministara.

Prekobrojno zapošljavanje upravnih službenika i namještenika utiče i na rast nezaposlenosti i odlazak radno aktivnog stanovništva, naročito Srba i Hrvata u zemlje u kojima se mogu zaposliti, tako da će u budućnosti biti sve teže formirati efektivnu multietničku vlast u kantonima. Tome pogotovo doprinosi mali procent Srba u ukupnom stanovništvu na teritoriji svakog kantona, pa potom i Bošnjaka i Hrvata u pojedinim kantonima zavisno od toga koji narod ima brojčanu većinu.

Ključne riječi: *ekonomski princip, ekonomska politika, birokratska uprava, reforma javne uprave, ukidanje kantona radi izbjegavanja bezvlašća*

1. Uvod

Vijeće ministara BiH, Vlada FBiH, Vlada RS-a, sve kantonalne vlade i Brčko distrikt BiH dogovorili su Reformsku agendu za period 2015–2018. godine radi oporavka i moderniziranja ekonomije, jačanja održivog, efikasnog, socijalnog pravednog i stabilnog ekonomskog rasta, otvaranja radnih mjesta, povećanja i bolje ciljane raspodjele socijalnih davanja, te stvaranja održivog i pravičnog društvenog okruženja. Reformska agenda obuhvata: javne finansije, oporezivanje i fiskalnu održivost, poslovnu klimu i konkurentnost; tržište rada; reformu socijalne zaštite i mirovina; vladavinu prava i dobro upravljanje, te reformu javne uprave.[1]

Istovremeno sa ovom agendom usvojen je Program ekonomskih reformi za 2018–2020. godinu i obuhvata: sveukupni okvir i ciljeve politike, makroekonomski i fiskalni okvir, prioritete strukturalnih reformi u periodu 2018–2020. godine, budžetske implikacije strukturalnih reformi i institucionalna pitanja i uključenost zainteresiranih strana.[2]

Sva ministarstva osnovana u Vijeću ministara BiH, Vladi FBiH i Vladi RS-a da obavljaju ekonomske djelatnosti[3] u izvršnoj vlasti bila su do sada puki

---

[1] Uvodni dio pod tačkama 1. i 2. Reformska agenda za BiH za period od 2015. do 2018. godine.

[2] Program ekonomskih reformi za 2018–2020. godinu.

[3] To su Ministarstvo finansija i trezora BiH, Ministarstvo vanjske trgovine i ekonomskih odnosa i Ministarstvo prometa i komunikacija u Vijeću ministara BiH – Zakon o ministarstvima i drugim organima uprave BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 5/03, 42/03, 26/04, 42/04, 45/06, 88/07, 35/09, 59/09, 103/09, 87/12 i 61/13), Ministarstvo finansija, Ministarstvo trgovine, Ministarstvo energije, ru-

mehanički zbir u Vijeću ministara BiH, Vladi FBiH i Vladi RS-a, jer je do sada svako ministarstvo radilo za sebe. Ekonomskom politikom postiže se međusobno povezivanje ovih organa uprave u funkcionalnu izvršnu vlast i određuju ekonomske granice zapošljavanja službenika i namještenika u organima uprave. Samo ako se ekonomska politika zaista i pojavi, moći će se postići svrha Reformske agende i Programa ekonomskih mjera.

2. Ekonomski princip i država u ekonomskoj politici

U ekonomskoj politici primjenjuje se ekonomski princip. Prema ovom principu dostižan stepen zadovoljavanja potreba ne zavisi od vrste i količine raspoloživih sredstava, nego od načina korištenja sredstava. Radi se o ekonomičnosti korištenja sredstava. Najveća ekonomičnost postiže se, ako više nije moguće povećati stepen zadovoljenja potreba drugačijim raspolaganjem pri korištenju sredstava, nego samo korištenjem dodatnih sredstava. Kao maksima postupanja ovaj zahtjev naziva se ekonomski princip.

Odluke prema ekonomskom principu zahtijevaju stalno procjenjivanje troškova i prihoda nastalih korištenjem sredstava. Trošak odgovara dobiti, koja izostaje, jer se korištena sredstva ne ulažu u konkurentnu svrhu korištenja. U visini gubitka koristi nastaju alternativni troškovi. Prihod odgovara koristi uvjetovanoj troškovima. Primjenom ekonomskog principa nastoji se maksimalizirati korist odnosno minimizirati alternativni troškovi pri postojećim sredstvima. Odluke u skladu sa ekonomskim principom su racionalne. Svako drugo ponašanje bilo bi ograničenje mogućnosti da se zadovolje potrebe. To bi značilo rasipanje sredstava (Streit, 2005, str. 2).

Ekonomska politika utvrđuje se u političkim odlukama organa EZ-a (a sada EU), parlamenta i vlade o uređenju, razvoju i toku privrede. Ove odluke formuliraju se u zakonodavnim aktima parlamenta i aktima vlade o upravljanju državom (Hensel, 1959; Salin 1967; Engelhardt, 1981 citirano prema Badura, 2005). U uvjetima privatne i tržišne privrede osiguranje konkuren-

darstva i industrije, Ministarstvo okoliša i turizma, Ministarstvo poljoprivrede, šumarstva i industrije, Ministarstvo razvoja, obrta i poduzetništva, Ministarstvo prometa i komunikacija, Ministarstvo prostornog uređenja u Vladi FBiH – Zakon o ministarstvima i drugim tijelima federalne uprave ("Sl. novine FBiH", br. 19/03, 38/05, 21/06, 8/06, 61/06), Ministarstvo finansija, Ministarstvo industrije, energetike i rudarstva, Ministarstvo trgovine i turizma, Ministarstvo saobraćaja i veza, Ministarstvo poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede i Ministarstvo za ekonomske odnose i regionalnu saradnju u Vladi Republike Srpske – Zakon o republičkoj upravi Republike Srpske ("Sl. glasnik RS", br. 118/2008, 11/2009, 74/2010, 86/2010, 24/2012, 121/2012, 15/2016, 57/2016, 31/2018).

cije i zahtjevi makroekonomske ravnoteže uspostavljaju vodeće određivanje ciljeva ekonomske politike. Ovoj osnovnoj orijentaciji socijalni zadaci države dodaju ciljeve i mjere strukturne i društvene politike, u kojima se također pojavljuje međuzavisnost prostornog planiranja i socijalne politike. Osiguranje ishrane, dostava sirovina i snabdijevanje energijom i osiguranje prirodnih osnova života ljudi zaštitom prirode i okoline ograničavaju ekonomsku slobodu različitim zahvatima i porezima. Ekonomski upravnopravni uticaj, unapređenje i upravljanje tekovine su državne socijalne ekonomske politike.

Ekonomija "slobodna od države" postoji samo uz pridržaj:

- pripremanja normativnih okvirnih uvjeta proizvodnje i distribucije preko državnog zakonodavstva;
- državne garancije prava i obaveza pojedinaca i privrednih društava, a naročito odbranom od rizika, brigom za rizik i sudskim primjenjivanjem prava;
- državnog garantiranja infrastrukture i nužnog dnevnog snabdijevanja, bilo vlastite djelatnosti javne vlasti bilo reguliranjem privatne ponude;
- uticanjem ili unapređivanjem deficitarnih privrednih područja posrednim i neposrednim upravljanjem privredom, kao npr. finansijskom pomoći ili poreskim olakšicama.

3. Vrste ekonomskih politika

Ekonomska politika sastoji se od više vrsta politika. Ove politike bitne su i za upravno pravo, pa se u literaturi može naći koje su to politike.

POLITIKA KONKURENCIJE usmjerena je na uspostavu i održanje efikasne konkurencije na odgovarajućem tržištu radi osiguranja tržišne privredne funkcije upravljanja cijenama. Ona se provodi pomoću normi o konkurenciji i kartelima protiv iskrivljavanja i ograničavanja konkurencije "nepoštenim" ponašanjem, stvaranjem ili korištenjem monopolističke ili oligopolističke tržišne moći i sporazumima o kartelima.

"Ordo-liberalizam" prije svega očekuje optimalnu produktivnost i snabdijevanje mehanizma konkurencije. Pored ekonomskih i društveno-političkih problema ekonomske koncentracije, politiku konkurencije potrebno je uvrstiti u regulatornu politiku. Programom "socijalne tržišne privrede" država garantira uvjete neiskrivljene konkurencije i popravlja nedovoljan razvoj ili nedostatke alokacije u tržišnoj privredi u socijalnom i društveno-političkom smislu.

POLITIKA RASTA nastoji povećati proizvodnost, društvene proizvode i životni standard. Njen cilj je odgovarajući razvoj privrede, a naročito tehnološke inovacije.

KONJUKTURNA POLITIKA usmjerena je na razvoj cjelokupne makroekonomske potražnje, a koju izražavaju izdaci države, preduzeća i budžeti što ravnomjernije i slobodno od kolebanja visoke ponude i potražnje. U funkciji ciljeva konjukturne politike glavne su globalno postavljene i posredne mjere upravljanja ekonomskom politikom. Mjere finansijske politike javnih vlasti, monetarna politika, kreditna politika i vanjska ekonomska politika su u prvom planu. Kreditna politika je stvar Evropskog sistema centralnih banaka, koji čine Evropska centralna banka i (nezavisne) nacionalne banke.[4] Kreditna politika utiče preko kamatnih stopa i likvidnosti poslovnih banaka na uzimanje kredita na tržištu kapitala i time investicija. Finansijska politika orijentirana na konjukturnu politiku upravlja vrstom i stopom oporezivanja raspoložive količine novca za investicije i troškove i postavlja anticiklične ili kompenzacijske "fiskalne politike" budžetskih izdataka javne vlasti radi gušenja ili pokretanja konjukture.

U mjeri u kojoj je politika rasta usmjerena na podršku ili razvoj zaostalih ili tržišnom privrednom procesu nedoraslih područja ili privredne grane je regionalna ili sektoralna STRUKTURNA POLITIKA. Svrha mjera strukturne politike je poboljšanje društvene i tehničke infrastrukture, stvaranje novih radnih mjesta, podrška inovacijama od posebnog nacionalnog političkog značaja i prestrukturiranje kopnenih područja i da se tako razvije vlastita investiciona djelatnost državne vlasti i potaknu i unaprijede investicije privatnih subjekata subvencijama i poreskim povlasticama. Strukturna politika usko je povezana sa politikom prostornog uređenja, a sadrži ciljeve radne i socijalne politike, saobraćajne politike, energetske politike i zaštite okoline. Regionalna strukturna politika je prioritetno finansiranje regionalnih programa aktivnosti u ograničenim područjima unapređenja.

DRUŠTVENA (SOCIJALNA) POLITIKA usmjerena je na državni cilj i pravni princip socijalne pravde, koja postoji u političkoj demokratiji. Ona određuje ekonomskoj politici zadatak da se svakome garantira mogućnost da vlastitim radom i rezultatima dâ svoj doprinos u privređivanju društvenih proizvoda. Ovaj zahtjev društvene politike određuje zakonodavcu da date osnove ekonomskog procesa ne smatra općenito opravdanim i da nejednakosti imovinskih prilika i prikupljenih prihoda ispita pojedinačnim mjerama

[4] Art 88 GG; über die Deustche Bundesbank v 26. 7. 1957, idF v 22. 10. 1992 (BGBl I 1782), zul. Geänd. am 25. 6. 2004 (BGBl I 1383); Art 105 ff EGV, Satzung des ESZB.; navedeno u Badura (2005, str. 289).

i izmjenama usmjerenim na dugoročne perspektive, jer su socijalne razlike prepreka demokratskoj emancipaciji. Ovi programi i projekti obuhvataju stvaranje imovine, saradnju u poduzetništvu i unapređenje zaposlenosti (Badura, 2005, str. 288–291).

U politici STABILIZACIJE država preduzima mjere ekonomske politike radi (ponovnog) dostizanja i održavanja više makroekonomskih stabilizirajućih ciljeva. U literaturi se za to također koristi pojam "konjukturna politika" u širem smislu. U užem smislu smatra se uticajem konjukturnih kolebanja.

U SR Njemačkoj ova se politika provodi na osnovu Zakona o unapređenju stabilnosti i rasta privrede. Ciljevi stabilizacije su: prikladan i stalan privredni rast, visok nivo zaposlenosti, stabilan nivo cijena i vanjska privredna ravnoteža (Koch & Czogella; Mussel & Müller citirano prema Beeker, 2011, str. 16. i 17).

Prema *politici humanizacije* konkurentna privreda može izazvati nepravednu podjelu prihoda. Radi se o alokaciji i distribuciji prihoda. Više faktora uvjetuju prihod, kao što je motivacija pojedinca, njegovo obrazovanje, njegova naslijeđena imovina i jednostavno sreća. Distribucija prihoda nije automatski pravična. Proizvodnja dobara određuje se prema kupovnoj moći, a ne prema najvažnijim ljudskim potrebama.

Ekonomski sistem može trajno funkcionirati ako ga ljudi prihvate. Zato je nužna njegova socijalna opravdanost. Iz tog razloga potrebna je korekcija socijalne i distributivne politike u primarnoj raspodjeli na tržištu nastalih prihoda. U većini ekonomija postupa se tako. To je *direktivna* ekonomija u odnosu na čistu *tržišnu ekonomiju,* u kojoj nema korekture (ispravljanja) distributivne politike. Privatnu koordinaciju pojedinačnih planova dopunjuje koordinacija države u oblasti privrede u upravi (Mussel & Pätzold; Petersen & Müller; citirano prema Beeker, 2011, str. 18).

U politici ALOKACIJE privreda radi uz potpunu konkurenciju i efikasnu alokaciju. Ovaj princip djelovanja teorijski je formulirao Adam Smith. Ovaj autor u djelu "Bogatstvo nacije: Istraživanje njegove prirode i njegovih uzroka" napisao je da uprkos egoističnoj posvećenosti vlastitim ličnim koristima svakom individuom upravlja "nevidljiva ruka" radi ostvarenja cilja koji se prvobitno nije planirao. Težeći za vlastitom koristi, čovjek često efikasnije unapređuje društvenu korist, kao da je to planirao (Smith, citirano prema Beeker, 2011, str. 19).

Ako na slobodnom funkcionalnom tržištu nema efikasne alokacije, to se označava kao tržišni poremećaj. Postoji više varijanti poremećaja na tržištu, a najvažniji su da javna dobra odlikuju dva obilježja:

1. nemogućnost isključenja od trošenja javnih dobara. Niko ne može biti isključen uz odgovarajuće troškove od trošenja dobara.

2. nepostojanje rivaliteta u trošenju dobara: zadovoljavanje potreba trošenjem dobra ne zavisi od broja njegovih korisnika.

Kada država mora pripremiti trošenje javnih dobara, svojim odlukama zamjenjuje tržišni mehanizam alokacije sredstava. Ovo se zove i politika supstitucije tržišta.

Tržišna efikasnost povređuje se *negativnim vanjskim efektima.* Ovi efekti nastaju, ako privredna aktivnost preduzeća ili individua kod aktera udaljenih od tržišta uzrokuju troškove ili donose koristi. Troškovi su uzrok negativnih vanjskih efekata.

Vanjski efekat uređuje *politika dopune tržišta.* U odnosu na javna dobra bez tržišta, tržište sa eksternalijama stvara neželjene sporedne efekte. Djelatnost države mora *dopuniti* tržišni mehanizam alokacije. Najvažnija vrsta politike dopune tržišta je okolinska politika. Naime, zagađivanje zraka i voda, poseban otpad, radioaktivne supstance stvaraju negativne vanjske efekte i uređuju se okolinskom politikom.

Ograničenja konkurencije mogu biti razlog neefikasnosti. Ona nastaju stvaranjem kartela, monopola, zloupotrebom tržišne moći ili fuzijom. Monopolist određuje cijenu i nije pod pritiskom konkurencije, zato ga ništa ne motivira da unaprijedi svoj proizvod, da uzme u obzir potrebe potrošača, itd. U redovnim slučajevima monopolska cijena je iznad cijene na tržištu sa konkurencijom. Za ograničenje konkurencije odgovorna je politika konkurencije. Postupcima i mjerama politike konkurencije državne institucije omogućavaju, uređuju i osiguravaju slobodnu funkcionalnu konkurenciju u tržišnom sistemu (Brünmerhoff, 2004; Fres, 2004; Fritsch, Wein & Ewers; Mussel & Pätzold, Olten citirano prema Beeker, 2011, str. 20).

4. Ekonomske funkcije izvršne i upravne vlasti u Ustavu BiH *de lata* i *de ferenda*

a) *Ustav BiH de ferenda.* Ustav BiH sadrži odredbu da BiH nastavlja svoje pravno postojanje po međunarodnom pravu kao država sa unutrašnjom

modificiranom strukturom[5]. Ova odredba je pravni osnov za Kongres lokalne i regionalne vlasti u Vijeću Evrope da usvoji Preporuku o lokalnoj i regionalnoj demokratiji u BiH. Prema ovoj preporuci, s obzirom na međunarodnu odgovornost za primjenu Evropske povelje o lokalnoj samoupravi, država BiH treba regulirati jasnu ustavnu garanciju lokalne samouprave povezujući sve nivoe javnih vlasti.[6]

Dodavanjem u Ustav BiH većeg dijela teksta ove povelje stvorit će se pravni osnov za ekonomske funkcije Vijeća ministara BiH. Naime, ova povelja sadrži odredbu o *sredstvima finansiranja lokalnih vlasti*[7]. U ovoj odredbi jasno se spominje državna ekonomska politika, pa izvršna vlast u institucijama BiH mora početi vršiti ekonomske funkcije radi dosljedne primjene evropskih standarda u pravnom poretku BiH. Ove ekonomske funkcije institucija BiH povezane su sa odredbom o *kretanju roba, usluga, kapitala i osoba* u Ustavu BiH. Prema ovoj odredbi postoji sloboda kretanja širom BiH. BiH i entiteti neće ometati punu slobodu kretanja osoba, roba, usluga i kapitala širom BiH. Nijedan entitet neće provoditi bilo kakvu kontrolu na granici između entiteta.[8]

Važeći Zakon o finansiranju institucija BiH ne sadrži nijednu odredbu o ekonomskoj politici[9], jer važeći Ustav BiH ne sadrži nijednu odredbu o tome.

U skladu sa evropskim integracijama u BiH, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i država članica, s jedne strane, i BiH s druge strane, sadrži i odredbu o ekonomskoj i trgovinskoj politici u odnosima između BiH i Evropske unije. Ovom normom dijelom je određen sadržaj ekonomske politike u BiH.[10]

Zajednica (a danas EU) i BiH sarađivat će i tako olakšati ekonomske reforme da bi poboljšale razumijevanje osnova svojih privreda kao i formuliranje i provođenje ekonomske politike u tržišnim privredama. Na zahtjev organa BiH, Zajednica može pružiti pomoć koja podržava napore BiH da uspostavi

---

5 Član 1. Ustava BiH o *kontinuitetu.*

6 Recommendation 202 (2006) on local and regional democracy in Bosnia and Herzegovina, stav 4. pod tačkom c) od 14. novembra 2006. godine.

7 Član 9. Evropske povelje o lokalnoj samoupravi u Vijeću Evrope.

8 Član I o *Bosni i Hercegovini* stav 4. o *kretanju roba, usluga, kapitala i lica* Ustava BiH.

9 Zakon o finansiranju institucija BiH ("Službeni glasnik BiH", br. 61/04, 49/09, 42/12 , 87/12 i 32/13).

10 Ovaj sporazum stupio je na snagu 1. juna 2015. godine. Ova informacija može se naći na internetskoj stranici Direkcije za evropske integracije http://www.dei.gov.ba/dei/bih_eu/default.aspx?id=9808&langTag=bs-BA

funkcionalnu tržišnu privredu i da *postepeno usklađuje svoje politike s politikama Evropske ekonomske i monetarne unije*, usmjerene ka stabilnosti. Cilj saradnje je *jačanje vladavine prava* u oblasti poslovanja u stabilnom i nediskriminirajućem pravnom okviru povezanom sa trgovinom. Saradnja u toj oblasti uključivat će neformalnu razmjenu informacija povezanih sa principima i funkcioniranjem Evropske ekonomske i monetarne unije.[11]

5. Program rada Vijeća ministara BiH

Na osnovu Zakona o Vijeću ministara BiH,[12] Zakona o ministarstvima i drugim tijelima uprave BiH[13] i Odluke o postupku srednjoročnog planiranja, praćenja i izvještavanja u institucijama BiH[14] Vijeće ministara usvojilo je Odluku o godišnjem planiranju rada i načinu praćenja i izvještavanja o radu u institucijama BiH[15]. Na osnovu Odluke iz 2014. godine Vijeće ministara BiH usvojilo je Program rada Vijeća ministara BiH za 2017. godinu. Za usvajanje ovog dokumenta kao pravni osnov morao se navesti i Ustav BiH, jer ovaj pravni akt sadrži i odredbe o ekonomskoj djelatnosti institucija BiH.[16]

U ovom dokumentu utvrđeni su opći principi razvoja BiH i njihovi strateški ciljevi.

Integrirani rast usmjeren je na promociju regionalne trgovine i uzajamnog investiranja te razvoj nediskriminirajućih i transparentnih trgovinskih politika. Cilj ovog načela je makroekonomska stabilnost i unapređenje razvoja konkurentnog ekonomskog okruženja.

Pametni rast čine inovacije, digitalizacija i mobilnost mladih ljudi, kao i opredjeljenje da se bude konkurentan na osnovu kvalitete, a ne na osnovu cijene radne snage. Cilj ovog načela je razvoj ljudskih resursa, povećanje industrijske konkurentnosti, unapređenje kulturnih i kreativnih sektora.

---

[11] Član 87. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i država članica, s jedne strane, i BiH, s druge strane.

[12] Član 17. Zakona o Vijeću ministara BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 30/03, 42/03, 81/06, 76/07, 81/07, 94/07 i 24/08).

[13] Član 23. i 24. Zakona o ministarstvima i drugim tijelima u organima uprave BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 5/03, 42/03, 26/04, 42/04, 45/06, 88/07, 35/09, 59/09, 103/09, 87/12 i 6/13).

[14] Član 6. stav 6. Odluke o postupku srednjoročnog planiranja, praćenja i izvješćivanja u institucijama BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 62/14).

[15] Odluka o godišnjem planiranju rada i načinu praćenja i izvješćivanja o radu u institucijama BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 94/2014).

[16] Vidi član 3. o *nadležnostima institucija BiH* u Ustavu BiH.

Održivi rast fokusira se na balansiran regionalni razvoj i poboljšanu efikasnost i održivost upravljanja prirodnim resursima, kao podršku za povećanu samoodrživost ekonomije i društva i stvaranje boljih uvjeta za lokalni razvoj i zapošljavanje. Ciljevi ovog načela su ravnomjeran regionalni razvoj, poboljšanje upravljanja okolišem i razvoja okolišne infrastrukture, uz povećanje otpornosti na klimatske promjene, brži i efikasniji razvoj poljoprivrede i ruralnog razvoja, te razvoj energetskih potencijala, posebno obnovljivih izvora energije i povećanje energetske efikasnosti.

Inkluzivni rast je u funkciji povećanja zaposlenosti, razvoja vještina, inkluzivnog sudjelovanja na tržištu radne snage, inkluzivnog i kvalitetnog zdravstva i smanjenja siromaštva. Ciljevi ovog načela su: povećanje mogućnosti zapošljavanja, promoviranje inkluzivnosti u obrazovanju, smanjenje siromaštva i socijalne isključenosti i unapređenje zdravstvene zaštite.

Upravljanje u funkciji rasta zahtijeva povećanje kapaciteta administracije za primjenu principa dobrog upravljanja na svim razinama vlasti, jačanje vladavine prava i suzbijanje korupcije radi stvaranja poslovnog ambijenta i pružanja javnih usluga nužnih za ekonomski i društveni razvoj. Ciljevi ovog načela su ubrzanje procesa tranzicije i izgradnje kapaciteta.[17]

6. Ekonomska politika u FBiH i RS-u

Vašingtonskim sporazumom dogovoreno je da Ustav FBiH sadrži neposredno primjenjivu odredbu (Jovičić, 1977, str. 208) o isključivoj nadležnosti FBiH za utvrđivanje ekonomske politike.[18] Ustav RS-a ne sadrži izričitu odredbu o ekonomskoj politici, nego Narodna skupština RS-a donosi Odluku o usvajanju ekonomske politike RS-a[19].

Vlada SR Njemačke planira i provodi ekonomsku politiku na osnovu ustavne odredbe *Vlasništvo obavezuje. Njegovo korištenje treba istovremeno koristiti općoj dobrobiti.*[20]

Zakon o budžetima FBiH sadrži odredbu da je nosilac izrade ekonomske politike za naredne tri godine nadležni organ Federacije, u skladu sa zakonskim propisom. Vlada utvrđuje ekonomsku politiku najkasnije do 31. marta

[17] Program rada Vijeća ministara BiH za 2017. godinu može se naći na internetskoj stranici Vijeća ministara BiH.
[18] III poglavlje o *Podjeli nadležnosti između federalne i kantonalne vlasti* član 1. u Ustavu FBiH.
[19] Član 70. stav 1. pod tačkom 2 Ustava RS-a i npr. Odluka za 2016. godinu.
[20] Član 14. stav 2. Osnovnog zakona SR Njemačke.

tekuće godine. Vlada na prijedlog Ministarstva finansija donosi smjernice ekonomske i fiskalne politike za trogodišnji period. Smjernice sadrže: strateške ciljeve ekonomske i fiskalne politike Federacije; osnovne makroekonomske pokazatelje Federacije; osnovne pokazatelje ekonomske i fiskalne politike Federacije; pretpostavke društvenog i privrednog razvoja za budžetsku i za sljedeće dvije godine; procjenu prihoda budžeta i predviđene promjene javnog duga i strategiju upravljanja javnim dugom.

Prijedlog ovih smjernica Ministarstvo finansija dužno je dostaviti Vladi do 15. maja tekuće godine. Vlada donosi smjernice do 31. maja tekuće godine i bit će objavljene na web-stranici Federalnog ministarstva finansija.[21]

Na osnovu ove odredbe Vlada FBiH usvojila je Smjernice ekonomske i fiskalne politike za period 2018–2020. godina. Temeljni dokumenti o strateškom usmjerenju ekonomske politike Vlade FBiH bili su Program rada Vlade FBiH za mandatni period 2015–2018, Reformska agenda 2015–2018. godine, Program ekonomskih reformi Federacije BiH 2017–2019, kao i strateški razvojni dokumenti poput Strategije EU 2020, Strategije razvoja Jugoistočne Evrope 2020, te sektorske strategije na nivou BiH i FBiH. [22]

Ekonomska politika RS-a za 2016. godinu zasniva se na pet reformskih stubova: stabilan privredni rast, fiskalna održivost, socijalna sigurnost, vladavina prava i evropske integracije.

Stabilan privredni rast zasnivao se na reformskim oblastima oporavka privrede i unapređivanja poslovne klime i konkurentnosti. Fiskalna održivost zasnivala se na reformskim oblastima fiskalne konsolidacije i reforme javnog sektora.

Socijalna sigurnost obezbjeđivala se politikama u oblastima: mirovinsko-invalidskog osiguranja, boračko-invalidske zaštite, socijalne zaštite, oblasti raseljenih lica, oblasti porodice, mladih i sporta, te oblasti kulture.

Vladavina prava bila je posvećena pravnom položaju pravosuđa u Republici Srpskoj.[23]

Prema Zakonu o budžetima FBiH, ekonomsku politiku ne čine politika konkurencije, politika rasta, konjukturna politika, socijalna (društvena) politi-

[21] Član 17. Zakona o budžetima FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 102/13, 9/14, 13/14, 8/15, 91/15, 102/15, 104/16).
[22] Smjernice ekonomske i fiskalne politike za period 2018–2020. godine.
[23] Dokument NSRS-a o ekonomskoj politici RS-a za 2016. godinu.

ka, strukturna politika, politika stabilizacije i politika alokacija. Uvidom u Smjernice ekonomske i fiskalne politike za period 2018–2020. godina saznaje se da ne sadrže nikakav program o politici konkurencije, konjukturnoj politici, socijalnoj (društvenoj) politici, strukturnoj politici, politici stabilizacije i politici alokacije. Program ekonomskih reformi 2017–2019. godine sadrži samo strukturnu politiku, a Reformska agenda sadrži program reforme socijalne zaštite i mirovina.

U RS-u ekonomsku politiku ne čine strukturna politika, politika stabilizacije, konjukturna politika i politika alokacija.

Nedostatak pojedinih politika u ekonomskoj politici FBiH i RS-u pokazuje da u entitetima ne postoji efektivna izvršna vlast u skladu sa standardima EU.

Vladavina prava ne može biti u programu ekonomske politike zato što nije ekonomska, nego prvenstveno ustavnopravna, a potom i politološka pojava. U skladu sa ovim pravnim načelom provodi se svaka politika, pa i ekonomska.

Reforma javne uprave ne može biti program ekonomske politike, jer podrazumijeva temeljitu promjenu političke, ekonomske i pravne kulture u cijeloj BiH.

Vlada FBiH svake godine usvaja svoj program rada. Tako je usvojila svoj Program rada za 2018. godinu i odredila strateške ciljeve ministarstava nadležnih da obavljaju ekonomske djelatnosti.[24] U ovom programu izložen je plan rada svakog pojedinog ministarstva, dok nema ni jedne rečenice o programu rada ili ekonomskoj politici Vlade FBiH. U ekonomskim djelatnostima svoje strateške ciljeve postavili su ministarstva za ekonomske oblasti. Narodna skupština Republike Srpske makar je usvojila Odluku o usvajanju ekonomske politike RS-a za 2016. godinu.

7. Provođenje ekonomske politike vršenjem zakonodavne i upravne funkcije u fiskalnom pravu

Prema Zakonu o budžetima FBiH fiskalna politika, odnosno javne finansije usko su povezane sa ekonomskom politikom. Nauka javnih finansija tumači načela javnih prihoda i rashoda. Prihodi određuju granice, mogućnosti i planiranje ekonomske politike, a provodi se javnim rashodima.

[24] Više vidjeti o tome u Programu rada Vlade FBiH za 2018. godinu na internetskoj stranici Vlade FBiH.

Adolph Wagner formulirao je najpoznatiji i najpriznatiji sistem poreskih načela.

Prema finansijsko-političkom načelu *izdašnost, prilagodljivost i elastičnost* su osobine poreza. Izdašnost znači da porez treba da bude apsolutno dovoljan da mnogo daje. Zato ako bi pojedini porez odstupao od ovog principa, onda ne treba da bude u pravnom poretku. Nije dovoljno da porez bude izdašan, nego mora biti prilagodljiv i elastičan. To znači da se prihodi od poreza mogu relativno lako povećavati i smanjivati bez poremećaja na tržištu.

Ako se elastičnost ostvaruje mijenjanjem poreskih stopa, onda se radi o tzv. legalnoj elastičnosti. Ekonomska elastičnost postoji kad rast i pad prihoda zavisi od rasta ili pada nacionalnog dohotka. Ovakvi su porezi na promet.

Ekonomsko političko načelo zasniva se na povezanosti privrede i finansija. Uspjeh u privredi donosi uspjeh u finansijama i obratno. Radikalne promjene u metodama oporezivanja su povod ekonomskim poremećajima čak i krizi: svaka nova raspodjela tereta utiče na novi raspored proizvodnih snaga u zemlji u kojem nestaje jedan njihov dio. Drugi zahtjev ovog načela jeste da se poreski sistem treba zasnivati na ekonomski racionalnim formama oporezivanja. To znači da porezi ne unose poremećaj u normalan proces proizvodnje i razmjenu dobara, da ne remete formiranje dohotka, da ne utiču negativno na rad i volju za radom.

Socijalno-političko načelo zasniva se na ideji općenitosti i pravičnosti. Općenitost u pozitivnom smislu znači da svako lice mora učestvovati u njihovom plaćanju, ili u negativnom smislu da niko nije oslobođen poreza. Pravičnost se izražava u ravnomjernom oporezivanju. Postoje dvije teorije. Po teoriji ekvivalencije pravičnost u oporezivanju postiže se samo ako plaćeni porez odgovara koristi koju država uzvraća za plaćena davanja. Druga je teorija poreske sposobnosti da svako plaća porez državi srazmjerno svojim sposobnostima, kao izraz dohotka ili imovine poreskog obveznika.

Administrativno-političko načelo insistira na određenosti poreza, ugodnosti ili komoditetu plaćanja poreza i načelu ekonomičnosti u ubiranju prihoda. *Određenost poreza treba da bude obaveza u pogledu roka i načina plaćanja i iznosa poreskog duga. Za izvršavanje poreske obaveze poreski obveznik unaprijed zna gdje, kada, kako i koliko mora platiti za porez. Ovo načelo naziva se i načelo legaliteta, odnosno zakonitosti. Ugodnost plaćanja* znači da porez treba da bude naplaćen u vrijeme i kako najbolje odgovara poreskom obvezniku. Tako se porezi plaćaju u rokovima od jedne godine, pola godine, kvartalno, mjesečno, dekadno i sl. *Ekonomičnost* poreza znači da se pore-

zi moraju prikupljati bez velikih izdataka. Prikupljanje poreza povezano je sa troškovima, a što mora imati određene granice (Dautbašić, 1991, str. 72–80).

Prema načelu štednje treba se suzdržavati od neproduktivnih rashoda, dok se kod produktivnosti rashoda sa što manje sredstva mora postići što veći efekat.

Prema načelu vremenskog raspoređivanja rashoda ovi izdaci treba da se raspoređuju u skladu sa prilivom u budžet. Ako vremensko podudaranje izostane, nastaje nelikvidnost budžeta.

Prema načelu podmirenja rashoda po prioritetu i proporcionalnosti u društvu se podmiruju preče potrebe, ali tako da se zadovolje i druge potrebe.

Prema načelu produktivnosti rashoda učinjeni izdaci treba da u kraćem ili dužem periodu direktno ili indirektno utiču na povećanje nacionalnog dohotka. Direktni efekti su ulaganja u proizvodne objekte, a indirektni ulaganja u školstvo, nauku, kulturu i zdravstvo (Dautbašić, 1991, str. 35. i 36).

Rashodi se čine i u upravnom postupku. Zakoni o upravnom postupku BiH, FBiH i RS-a sadrže odredbu o načelu ekonomičnosti: *Postupak se ima voditi brzo i sa što manje troškova i gubitka vremena za stranku i druge osobe koje učestvuju u postupku, ali tako da se pribavi sve što je potrebno za pravilno utvrđivanje činjeničnog stanja i za donošenje zakonitog i pravilnog rješenja.*[25] Nedostatak ove odredbe je u tome što pravni standard *sa što manje troškova* nije predviđen za budžet nadležnog organa uprave. Istovremeno tekst *i gubitka vremena* pripada načelu efikasnosti u upravnom postupku.

Tako odredba o načelu ekonomičnosti *de ferenda* treba da bude: *Postupak se ima voditi brzo i sa što manje troškova za budžet, stranku i druge učesnike u postupku, ali tako da se pribavi sve što je potrebno za pravilno utvrđivanje činjeničnog stanja i za donošenje zakonitog i pravilnog rješenja.*

Na osnovu predložene odredbe efikasno bi se primijenilo načelo ekonomičnosti u Zakonu o budžetu FBiH, dok Zakon o finansiranju institucija BiH ne sadrži odredbu o načelnom osnovu ovog pravnog akta, pa ga treba dopuniti.[26]

---

[25] Član 11. Zakona o upravnom postupku BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 29/02) i član 14. Zakona o upravnom postupku FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 2/98).

[26] Član 4. Zakona o budžetima FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 103/2013) i Zakon o finansiranju institucija BiH ("Službeni glasnik BiH", br. 61/04, 49/09, 42/12 , 87/12 i 32/13).

U novoj odredbi o načelu efikasnosti iza riječi "osigurava" treba da se doda tekst: "bez gubitka vremena i".[27]

Dosljedna primjena odredbe o efikasnosti uvjet je postojanja efektivne upravne vlasti u svakoj državi.

Upravne oblasti u kojima se jasno može vidjeti postojanje efektivne izvršne i upravne vlasti jesu npr. Zakon o sistemu državne pomoći i Zakon o javnim nabavkama.

Samo reformom javne uprave stvorit će se pretpostavke za efikasnu i dosljednu primjenu načela ekonomičnosti u upravnom postupku u funkciji provođenja ekonomske politike. Primjenu ovih načela u upravnom postupku sprečavaju veliki izdaci za finansiranje institucionalno uređene birokratske vlasti u upravnim institucijama BiH, FBiH, RS-a i kantona.

8. Birokratska vlast u važećem upravnom pravu BiH

a) Nastanak birokratske vlasti u BiH

Nakon zaključivanja Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH, funkcioniranje svih osnovanih organa veliki problem jer se preveliki broj upravnih službenika i namještenika zaposlio u organima uprave u institucijama BiH[28], FBiH[29], RS-a i kantona. Ova socijalna grupa pojavila se u društveno-političkom poretku sa aktivnim biračkim pravom na općim i lokalnim izborima.

[27] Član 8. Zakona o upravnom postupku BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 29/02), član 6. Zakona o upravnom postupku FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 2/98) i član 7. Zakona o opštem upravnom postupku RS ("Sl. glasnik RS", br. 13/2002).

[28] Prema zvaničnim statističkim podacima na internetskoj stranici Agencije za državnu službu u institucijama BiH od 30. 6. 2018. godine ima 19 sekretara, 56 sekretara sa posebnim zadatkom, 211 pomoćnika ministara/direktora, 666 šefova unutrašnjih organizacionih jedinica, 1234 stručnih savjetnika, 991 viših stručnih saradnika, 710 stručnih saradnika.

[29] Prema zvaničnim podacima u službenoj evidenciji Agencije za državnu službu FBiH u upravnim institucijama FBiH ima 20 sekretara, 24 rukovodilaca samostalne uprave i samostalne ustanove, 14 rukovodilaca uprave i ustanova koje se nalaze u sastavu ministarstava, 148 pomoćnika rukovodilaca organa državne službe, 11 generalnih federalnih inspektora, 329 šefova organizacionih jedinica, 370 inspektora, 566 stručnih savjetnika, dva načelnika u osnovnim organizacionim jedinicama, 310 viših stručnih saradnika, 442 stručna saradnika. (Izvod iz službene evidencije Agencije za državnu službu FBiH od 21. 6. 2018. godine). U organima uprave na osnovu Zakona o namještenicima u organima državne službe u FBiH zaposlio se veliki broj namještenika. Budući da namještenici nisu upravni službenici, u Agenciji za državnu službu nema službene evidencije koliko

Svojim suprotstavljanjem uspjela je prisiliti Vladu FBiH da se ne smanji plata službenicima i namještenicima ni za 10% i da se suzdrži od odluke o otpuštanju iz organa uprave. Tako je volja ovog sindikata bila jača od volje organa zakonodavne i izvršne vlasti u FBiH. Troškovi ove uprave su toliki da je Vladi FBiH jako teško planirati i provoditi ekonomsku politiku.

Ovakvo ponašanje službenika i namještenika nauka o upravi naziva birokratskom vlašću. Ova vlast znači "različite patološke promjene normalnih odnosa između odlučujuće skupine i provedbene upravne organizacije". U ovakvoj vlasti "upravne organizacije su glavni ili isključivi oslonac vlasti u društvu i nad društvom". Osnovna osobina ove vlasti je da donosioci odluka nikada nisu imali ili su izgubili, odnosno svjesno raskinuli vezu sa svojom izbornom bazom, a vlast zadržavaju većinom ili isključivo preko upravnih organizacija. Isti donosioci odluka mogu predstavljati vladajuću političku koncepciju u društvu, dok god postoji veza sa izbornom bazom, a ako vezu izgube i oslanjaju se isključivo na upravu postaju izolirani predstavnici birokratske vlasti. U teoriji birokratska vlast tumači se kao vlast na temelju uprave. Patološka pojava birokratske vlasti rezultira time da se:

- broj i društveni uticaj upravnih organizacija povećava istovremeno sa izolacijom uprave u društvu i zatvaranjem u sebe njenih rukovodilaca, čiji sastav se rijetko mijenja, te se manje sarađuje sa drugim područjima društvenog života i
- da se u političkom životu pojavljuje "otuđenje čovjeka od političke vlasti" (Pusić, 1996, str. 93. i 94).

Pored toga, uprava u BiH još uvijek ima dodatne specifičnosti birokratske vlasti kao u državama Istočne Evrope nakon sloma komunizma. Zemlje Istočne Evrope još rješavaju probleme druge faze demokratske dekoncentracije, a političko-upravni sistemi su već u trećoj fazi industrijsko-urbane koncentracije (period industrijskog i urbanog društva). U fazi demokratske dekoncentracije (podjela vlasti, ljudska prava i slobode, vezanost vlasti za pravo) na Zapadu privreda se izgrađivala nezavisno od države, dok u zemljama Istočne Evrope takve snage ne postoje, a privredne prilike su neuporedivo složenije nego u XIX stoljeću (Pusić, 1995, str. 77–90).

U institucijama BiH i FBiH postavljaju se isti državni službenici. Rukovodeći su: sekretar, pomoćnici ministra, pomoćnik direktora i glavni inspektor, a ostali su: šef unutrašnje organizacione jedinice, stručni savjetnik, viši stručni saradnik, stručni saradnik. Jedino u institucijama BiH postoji sekretar

ih je zaposleno u organima uprave, jer pri zapošljavanju zasnivaju isključivo privatnopravni odnos.

sa posebnim zadatkom. U institucijama FBiH postoje još: rukovodilac samostalne uprave i samostalne ustanove, rukovodilac uprave i ustanove u sastavu ministarstva, te inspektor. U institucijama RS-a ne postoje rukovodeći i ostali državni službenici, a pored navedenih istih službenika postoje još i sekretar u Agenciji za državnu upravu i interni revizor.[30]

b) Upravne organizacije

Birokratska vlast u institucijama BiH su i: Direkcija za evropske integracije, Agencija za unapređenje inostranih investicija u BiH, Agencija o nadzoru nad tržištem u BiH, Direkcija za ekonomsko planiranje, Agencija za osiguranje BiH, Agencija za rad i zapošljavanje, Agencija za lijekove i medicinska sredstva BiH, Direkcija za koordinaciju policijskih tijela, Granična služba BiH i Služba za strance. (Ajanović, 2017, str. 93, 97, 99, 103, 109). I Izvozno-kreditna agencija također je birokratska vlast u institucijama BiH.

U pravnom poretku BiH birokratska vlast u upravi dodatno je nastala osnivanjem Komisije za koncesije BiH. U javnosti se govori da ova komisija nije izdala nijednu koncesiju. Najbolja opcija bila bi da Zakon o koncesijama usvoji Parlamentarna skupština BiH, a da se ova komisija mora osnovati u institucijama entiteta.[31]

Birokratsku upravu u institucijama FBiH čine javna preduzeća Ceste FBiH i Autoceste FBiH, Zavod za javnu upravu FBiH i Agencije za državnu službu FBiH, Zavod za poljoprivredu FBiH i Federalni agropedološki zavod, Federalni zavod za programiranje razvoja i Ured za zakonodavstvo pri Vladi FBiH.

Birokratsku upravu u institucijama RS-a čine Republički sekretarijat za zakonodavstvo[32] i Republički sekretarijat za vjere.[33] Naime, u vršenju normativne funkcije učestvuju svi organi uprave, a ne samo ovaj sekretarijat.

---

[30] Član 7. Zakona o državnoj službi u institucijama BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10, 40/12 i 93/17), član 6. Zakona o državnoj službi u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 19/03) i član 27. Zakona o državnim službenicima ("Sl. glasnik RS", br. 118/2008, 117/2011, 37/2012 i 57/2016).

[31] Zakon o koncesijama BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 32/2002).

[32] Član 40. Zakona o republičkoj upravi u RS-u ("Sl. glasnik RS", br. 118/2008, 11/2009, 74/2010, 86/2010-ispr. 24/2012, 121/2012, 15/2016, 57/2016, 31/2018).

[33] Član 48. Zakona o republičkoj upravi u RS-u ("Sl. glasnik RS", br. 118/2008, 11/2009, 74/2010, 86/2010-ispr. 24/2012, 121/2012, 15/2016, 57/2016, 31/2018).

Osnivanje Republičkog sekretarijata za vjere nije u skladu sa Zakonom o slobodi vjere i pravnom položaju crkava i vjerskih zajednica.[34]

Pored toga, dodatnu birokratsku institucionalnu prepreku za planiranje i provođenje ekonomske politike u institucijama BiH i FBiH čine naknade za članove upravnih i nadzornih odbora u nepotrebnim upravama, agencijama, zavodima, direkcijama i drugim javnopravnim osobama.

Jedino reformom javne uprave može prestati biti birokratska struktura u institucijama BiH, FBiH, RS-a, kantona i jedinica lokalne samouprave.

9. Pravni osnov i principi reforme javne uprave

Zaključivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njenih država članica, s jedne strane, i BiH, s druge strane 2008. godine BiH je preuzela pravnu obavezu da reformira svoju javnu upravu.

Cilj saradnje između EU i BiH je unapređenje razvoja efikasne i odgovorne javne uprave u BiH, uz dopunu reformskih napora preduzetih do sada u ovoj oblasti.

Saradnja u toj oblasti uglavnom će biti usmjerena na izgradnju institucija, u skladu sa zahtjevima evropskog partnerstva, i uključivat će transparentne i nepristrasne procedure odabira zaposlenih, upravljanje ljudskim potencijalima i napredovanje u službi, stalne obuke, promoviranja etike u okviru javne uprave i jačanja procesa donošenja politika. Prilikom provođenja reformi pažnja će biti posvećena ciljevima fiskalne održivosti, uključujući i aspekte fiskalne strukture. Saradnjom će biti obuhvaćeni svi nivoi javne uprave u BiH.[35]

O dostignutom stepenu reformi javne uprave u BiH Evropska komisija sačinila je izvještaj o reformama u BiH u više oblasti, a jedna od njih je i javna uprava. U Izvještaju se navodi da je BiH u ranoj fazi sa reformom javne uprave. U budućnosti, BiH treba posebno da:

- razvija, usvaja i počne primjenjivati novu strategiju širom zemlje za reformu javne uprave i osigura prikladno političko liderstvo i vodstvo za reformu javne uprave u zemlji;

[34] Zakon o slobodi vjere i pravnom položaju crkava i vjerskih zajednica ("Sl. glasnik BiH", br. 5/04).

[35] Član 111. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i država članica, s jedne strane, i BiH, s druge strane.

- osigura primjenu efektivnog sistema upravljanja ljudskim potencijalima;
- razvija program reforme javnog finansijskog upravljanja, koji je jasno povezan sa novom strategijom reforme javne uprave.[36]

SIGMA[37] je formulirala evropska načela za javnu upravu, jer su ekonomske funkcije izvršne vlasti povezane sa načelima upravnog prava. To su: pouzdanost i predvidljivost, otvorenost i transparentnost, odgovornost, ekonomičnost i efektivnost.

Posebna dimenzija odgovornosti odnosi se na ekonomičnost u radu javne uprave.

U skorašnjim ustavima Zapadne Evrope i ekonomičnost i efektivnost javne uprave bile su utvrđene kao ustavni principi, zajedno sa principima, kao što je vladavina prava, transparentnost i nepristrasnost. Isto tako, upravno pravo često upućuje na ekonomiju, ekonomičnost i efektivnost, zajedno sa vladavinom prava, kao principe koji moraju upravljati aktivnostima i odlukama javne uprave i upravnim službenicima (OECD, 1999, str. 13–14).

Načela ekonomičnosti i efektivnosti utiču na mjeru zapošljavanja upravnih službenika i namještenika u osnovanim organima uprave. Samo reformom javne uprave može se ukloniti birokratska vlast u upravnim institucijama BiH, FBiH, RS-a i kantona.

Vijeće ministara, vlade entiteta i kantona i Brčko distrikta BiH dogovorili su se da na osnovu principa transparentnosti, efikasnosti, ekonomičnosti i odgovornosti reformiraju javnu upravu tako da bude stručnija i modernija radi poboljšanog pružanja javnih usluga i ostvarivanja ušteda.

---

36 Reformska agenda za Bosnu i Hercegovinu za period 2015–2018. godine.

37 SIGMA (Support for improvement in governance and management) je zajednička inicijativa OECD-a i EU. Njen glavni cilj je da ojača temelje unaprijeđenog javnog upravljanja i otuda da podrži socioekonomski razvoj građenjem kapaciteta javnog sektora, poboljšavajući horizontalno upravljanje i unapređivanje design i primjene reformi javne uprave, uključujući ispravno određivanje prioriteta, sequencing i budžetiranje. Radili su sa svojim partnerima na jačanju njihovog sistema javnog upravljanja i kapaciteta javne uprave sa svojim partnerima sa skoro 25 država. Ovo objašnjenje može se naći na sigmaweb.org/about

10. Prijedlog reforme javne uprave u upravnim institucijama BiH, FBiH, RS-a i lokalne samouprave

a) Službeničko pravo u institucijama BiH, FBiH i RS-a

Reforma javne uprave je ključni prioritet za osiguranje fiskalne održivosti i kvalitetno pružanje usluga građanima. Reforma je tijesno povezana sa reformom socioekonomskog sistema i vladavine prava. Nakon reforme javne uprave službenici i namještenici će prestati biti birokratska socijalna grupa. Radi reforme javne uprave predvidjelo se da se važeći Zakon o državnoj službi u institucijama BiH, Zakon o državnoj službi u FBiH, Zakon o državnim službenicima i Zakon o administrativnoj službi u upravi RS-a zamijeni novim zakonima o državnim službenicima i namještenicima uz pomoć Svjetske banke i SIGME s ciljem uvođenja veće fleksibilnosti radnih aranžmana.

U organima uprave institucija BiH, FBiH i RS-a pomoćnik ministra je nepotreban. Sve njegove upravne poslove treba da preuzme šef (rukovodilac) unutrašnje organizacione jedinice, jer su njihovi upravni poslovi veoma slični.[38] To već dopuštaju Zakon o državnoj službi u institucijama BiH i Zakon o administrativnoj službi u upravi RS-a odredbom da šef (rukovodilac) unutrašnje organizacione jedinice odgovara sekretaru ako nema pomoćnika ministra. Iz ove odredbe vidljivo je da organi uprave mogu obavljati svoje poslove i bez pomoćnika ministra pa ovu vrstu državnog službenika treba ukinuti. Ova promjena na sva tri nivoa vlasti znači da će se obim upravnih poslova ovog šefa proširiti i da je ovo prilika da postane rukovodeći službenik. Takav pravni status mu i pripada po samom njegovom nazivu. U zakonima *de ferenda* mora se propisati da je novi šef (rukovodilac) unutrašnje organizacione jedinice odgovoran sekretaru i ministru, odnosno direktoru zavisno od vrste organa uprave ili upravne organizacije.[39]

[38] Vidi član 9. stav 1. i član 10. ("Sl. glasnik BiH", br. 12/2002), član 10. i 12. Zakona o državnoj službi u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 19/03) i član 34. i 39. Zakona o administrativnoj službi u upravi RS ("Sl. glasnik RS", br. 16/02, 62/02, 38/03, 49/06 i 20/07) i član 83. stav 2. Zakona o republičkoj upravi ("Sl. glasnik RS", br. 118/2008, 11/2009, 74/2010, 86/2010-ispr. 24/2012, 121/2012, 15/2016, 57/2016 i 31/2018).

[39] Nova odredba u sva tri zakona treba da bude: Šef unutrašnje organizacione jedinice obavlja rukovodne poslove i odgovoran je za korištenje finansijskih, materijalnih i ljudskih potencijala dodijeljenih unutrašnjoj organizacionoj jedinici. Za svoj rad i upravljanje odgovara ministru, odnosno sekretaru ukoliko u datoj instituciji privremeno nema ministra.

Također su odredbe o stručnom savjetniku u institucijama BiH, FBiH i RS potpuno nejasne, jer se ne zna kakve poslove obavlja[40]. To otvara slobodan prostor da u skladu sa načelom samostalnosti organi uprave u pravilnicima o unutrašnjoj organizaciji normiraju različito njihove upravne poslove i tako stvore pravnu nejednakost. Zato su ovi državni službenici potpuno nepotrebni i samo stvaraju velike finansijske izdatke u budžetu institucija BiH, FBiH i RS-a. Sve njegove upravne poslove treba da preuzme viši stručni saradnik. Ukidanjem stručnih savjetnika kao vrste državnog službenika u upravnopravnom poretku uklonit će se zbunjujuća razlika između pojmova stručnog savjetnika kao državnog službenika i savjetnika političkih funkcionera bez statusa državnog službenika.

Za službenike u organima uprave u institucijama BiH jasno je vidljivo da je sekretar sa posebnim zadatkom potpuno nepotreban službenik. Naime, za imenovanje ovog državnog službenika potrebno je ispuniti iste uvjete kao i za sekretara organa uprave.[41] To znači da među njima nema suštinske razlike. Zato nakon odlaska u mirovinu sekretara sa posebnim zadacima sve njegove upravne poslove treba da preuzme sekretar ministarstva.

U prelaznim i završnim odredbama novog zakona o službenicima u institucijama BiH i novog zakona o službenicima u institucijama FBiH treba propisati da sekretar sa posebnim zadatkom, pomoćnik ministra i stručni savjetnik ostaju u radnom odnosu sve do ispunjavanja uvjeta za mirovinu.

Ovlaštenja i obaveze službenika u organima uprave treba da se određuju prema djelatnostima organa uprave, uključujući poslove računovodstva i opće pravne, kadrovske poslove u svakom organu uprave. Tako bi upravne institucije na svakom nivou vlasti prestale biti znatno finansijsko opterećenje za budžet svake političko-teritorijalne jedinice. U novom zakonu potrebno je normirati imperativnu (strogu) pravnu normu (Visković, 1996, str. 158) da se upravnim aktom na svako radno mjesto može postaviti samo jedan izvršilac, a da samo izuzetno upravne poslove može obavljati više službenika ako radno mjesto zahtijeva takvo imenovanje (npr. ljekarska komisija u upravnom postupku).

U upravnim institucijama BiH odredbe o višem stručnom saradniku i stručnom saradniku nisu dovoljno precizne, jer se ne zna kakve upravne poslove obavljaju ovi službenici. Polazeći od načela dvostepenosti u Zakonu o upravnom postupku BiH potrebno je uvesti pojmove višeg i nižeg stručnog sarad-

[40] Vidi član 11. Zakona o državnoj službi u institucijama BiH, član 14. Zakona o državnoj službi u FBiH i član 38. Zakona o administrativnoj službi u upravi RS-a.
[41] Vidi član 8. Zakona o državnoj službi u institucijama BiH.

nika. Niži stručni saradnik bio bi ovlašten provoditi prvostepeni upravni postupak, a drugostepeni upravni postupak provodio bi viši stručni saradnik. Mandat nižeg stručnog saradnika treba da traje deset godina i da bude uvjet za imenovanje višeg stručnog saradnika.

Zakon o upravnom postupku FBiH ne sadrži odredbu koji službenik je ovlašten provoditi upravni postupak, nego samo uvjete za provođenje upravnog postupka. Tako upravni postupak može provoditi samo osoba koja ima zakonom propisanu odgovarajuću stručnu spremu, radno iskustvo i položen stručni ispit.[42] Na osnovu ove odredbe moguće je napraviti jasnu razliku između nižeg stručnog saradnika i višeg stručnog saradnika. Niži stručni saradnik provodio bi upravni postupak u prvom stepenu, dok bi viši stručni saradnik provodio upravni postupak u drugom stepenu i složenije upravne postupke u prvom stepenu. Ovakva podjela i odnosi višeg i nižeg stručnog saradnika lakše bi se uspostavili potpunim ukidanjem kantona u FBiH i uspostavljanjem direktnih vertikalnih odnosa između organa uprave jedinica lokalne samouprave i federalnih organa uprave.

Radi ekonomičnosti u radu upravnih institucija u FBiH Ceste FBiH i Autoceste FBiH, Zavod za javnu upravu FBiH i Agencija za državnu službu FBiH, te Zavod za poljoprivredu FBiH i Federalni agropedološki zavod treba da se spoje u tri istovrsne upravne organizacije.

b) Upravne organizacije i javna preduzeća

Pored službenika i namještenika u organima uprave, posebnu kategoriju ljudi u upravi (Pusić, 1996, str. 166–177) čine svi zaposleni u javnim preduzećima. Po najnovijim rješenjima u Zakonu o radu FBiH prijemu u radni odnos prethodi postupak obaveznog javnog oglašavanja.[43] Ovaj način zapošljavanja treba da se promijeni tako da Agencija za državnu službu FBiH prethodno provede postupak obaveznog javnog oglašavanja za sve službenike barem u javnim preduzećima od federalnog značaja (ili čak i kantonalnog značaja dok god postoji kanton), dok u jedinicama lokalne samouprave to mogu činiti lokalne agencije ili druge lokalne službe.

Naime, finansijska sredstva u ovim preduzećima, kao što su BH Telecom, Elektroprivreda BiH, Elektroprenos BiH, Međunarodni aerodrom u Sarajevu, Tuzli i Mostaru, nikad osnovana Željeznička korporacija BiH i druga javna

[42] Član 283. Zakona o upravnom postupku BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 29/02); član 292. Zakona o upravnom postupku FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 2/98).

[43] Član 20a dodat članom 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o radu FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 89/2018).

preduzeća od makroekonomskog značaja, potrebna su za planiranje i provođenje ekonomske politike u nadležnosti Vijeća ministara i Vlade FBiH i Vlade RS. Ova preduzeća obavljaju djelatnost nadležnog ministarstva u skladu sa javnim interesom i principima ekonomičnosti, produktivnosti i rentabilnosti radi sticanja potrebnih finansijskih sredstava za planiranje i provođenje ekonomske politike (Begić, 1990, str. 99–102). Privatizacijom javnih preduzeća smanjuje se finansijska osnova za planiranje i provođenje ekonomske politike u nadležnosti Vijeća ministara BiH, Vlade FBiH i Vlade RS.

U zakonima o službenicima i namještenicima treba da se dopuni odredba o *predmetu zakona* tako da se ovim pravnim aktom uređuje pravni status i u javnim preduzećima. Također poglavlje "Radna mjesta u državnoj službi" treba da se zamijeni tekstom "Vrste upravnih službenika u organima uprave i javnim preduzećima".

Upravne poslove, službenike i namještenike u birokratskim institucijama BiH, FBiH i RS-a mora se zamijeniti osnivanjem novih ministarstava ili dopunjavanjem nadležnosti već osnovanih ministarstava (Ajanović, 2017, str. 93, 97, 99, 103, 109).

Upravne poslove, upravne službenike i namještenike Izvozno-kreditne agencije treba da preuzme Ministarstvo vanjske trgovine *de ferenda.* Odredba o principima u važećem Zakonu o osnivanju Izvozno-kreditne agencije BiH treba da se prenese u Zakon o vanjskotrgovinskoj politici.[44]

Službenike i namještenike kao i sve upravne poslove u Federalnom zavodu za programiranje razvoja treba da preuzme nadležno ministarstvo. Prema Zakonu o razvojnom planiranju i upravljanju razvojem u FBiH u programiranju razvoja učestvuju svi nivoi vlasti, pa je osnivanje ove upravne organizacije samo još jedna birokratska prepreka za planiranje i provođenje ekonomske politike u isključivoj nadležnosti FBiH.[45]

c) Upravne institucije kantona u FBiH

Poseban problem Reformske agende bio je u tome što ovim dokumentom nije predviđeno ukidanje kantonalnog nivoa vlasti u FBiH. Troškovi ove uprave su toliki da je Vladi FBiH jako teško planirati i provoditi ekonomsku politiku. Naime, preveliki broj organa uprave na premalom životnom prostoru u FBiH uvijek je dovoljan razlog za prestanak vršenja ekonomskih funk-

[44] Zakon o vanjskotrgovinskoj politici ("Sl. glasnik BiH", br. 7/98 i 35/04).
[45] Zakon o razvojnom planiranju i upravljanju razvojem u FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 32/2017).

cija Vlade FBiH. U javnosti se tvrdi da će se ukidanjem kantona osloboditi barem 500.000.000,00 KM. Ovaj novac potreban je za efikasnu ekonomsku politiku Vlade FBiH.

Preveliko fiskalno opterećenje privrednih djelatnosti radi finansiranja prekobrojne administracije u svih deset kantona razlog je masovnog iseljavanja stanovništva iz BiH, jer se nakon školovanja ne mogu zaposliti u privatnom sektoru. Naime, ova opterećenja sprečavaju otvaranje novih radnih mjesta u privatnom sektoru.[46] Iz ovih razloga u javnosti se govori da iz FBiH odlaze Bošnjaci, Hrvati i Srbi.[47] Najveći problem je odlazak Hrvata i Srba[48], jer će zbog njihovog odlaska i nedovoljnog uspjeha u ostvarivanju Aneksa VII na Opći okvirni sporazum za mir u BiH biti sve teže preći izborni prag u kantonima u kojima su brojčana manjina[49], a što u budućnosti može stvoriti

[46] Najveće namete čine doprinosi, jer je njihova zbirna stopa izuzetno visoka. Prema članu 10. Zakona o doprinosima ova stopa iznosi 41,5% ("Sl. novine FBiH", br. 35/1998 i 14/2008), prema članu 9. Zakona o porezu na dohodak poreska stopa iznosi 10% ("Sl. novine FBiH", br. 10/2008), i prema Zakonu o porezu na dobit poreska stopa iznosi 10%. Poslodavci ističu da u praksi na platu od 1000,00 KM treba da se plati ukupna fiskalna obaveza do 700,00 KM mjesečno. Privatna privredna društva sa radnicima ugovaraju minimalne plate da bi se smanjili porezi i doprinosi na platu. Zato privredna društva ne mogu podnijeti veći broj radnika u privrednom društvu i mladi ljudi odlaze u države članice EU zato što im se nudi bolji životni standard. Da su doprinosi oko 30%, radniku bi plata bila znatno veća, pa odlazak iz BiH ne bi bio tako velik.

[47] Nijedan organ ne vodi evidenciju koliko je mladih otišlo iz BiH. Ove podatke iznose uglavnom nevladine organizacije. U javnosti tako Unija za održivi povratak i integracije u BiH iznosi svoje podatke o odlasku velikog broja mladih. Na internetskoj stranici ove organizacije može se pročitati da ima specijalni konsultativni status u Ekonomskom i socijalnom vijeću Ujedinjenih nacija od 1997. godine. Ovakvi podaci mogu se pročitati u online izdanjima kao što su Dnevni avaz i Večernji list. Mediji izvještavaju da Vlada Kantona Sarajevo planira zatvoriti 10 škola, jer nema đaka. Pojedini napuštaju BiH u svojoj organizaciji i nikome ne prijavljuju svoj odlazak. Zato je odlazak mladih ljudi više općepoznata činjenica i teško se može dokazati podacima iz službene evidencije organa uprave, jer takve evidencije nema.

[48] U Ministarstvu civilnih poslova BiH može se dobiti podatak da se do sada 81.305. fizičkih osoba odreklo državljanstva BiH. Ovaj organ uprave nema podatke koliko je to Bošnjaka, Hrvata i Srba, niti postoji bilo koja druga evidencija.

[49] Prema podacima Agencije za statistiku BiH o popisu stanovništva iz 2013. godine u UN-SA kantonu ima 3,09%, u Posavskom 1,91%, TK 1,58%, u ZE-DO 1,52%, u BPK 3,72%, u SBK 1,19%, u HNK 2,89%, u ZHŽ 0,1%, u KS 3,21% i u Kantonu br. 10 12,96% Srba. U FBiH ima ukupno 3,94 % Srba u ukupnom stanovništvu FBiH. Ovi podaci stari su već pet godina i u međuvremenu su se najvjerovatnije promijenili. Upoređivanjem ovih podataka s podacima sa popisa stanovišta u BiH iz 1991. godine mogu se jasno vidjeti demografske promjene u procentualnom učešću Bošnjaka, Hrvata, Srba i ostalih u BiH.

velike probleme pri formiranju zakonodavne, a pogotovo izvršne vlasti. Naime, po Ustavu FBiH ako u skupštini nema ni jednog pripadnika Bošnjaka, Hrvata ili Srba, jedno od mjesta zamjenika predsjedavajućeg u skupštini kantona može ostati upražnjeno[50]; u slučaju da ovo postane stalan problem neće biti moguće odrediti ni delegate u Dom naroda prema Ustavu FBiH.[51] Također, i vlade kantona bit će teško potvrditi jer nijedno ministarsko mjesto prema Ustavu FBiH ne smije ostati upražnjeno[52], kao što je dozvoljeno za kantonalne skupštine. To se najbolje vidi po izbornim rezultatima za kantonalne skupštine.[53] Pored toga, nikad nije sigurno da li će dovoljno Srba uspjeti preći izborni prag nakon općih izbora u sljedećih 16–20 godina. Ovaj problem teško je izbjeći čak i da se spajanjem kantona njihov broj smanji na tri, ili čak dva. Ostaje isti problem i nakon Presude Ustavnog suda FBiH da su Srbi konstitutivan narod u Hercegovačko-neretvanskoj, Posavskoj i Zapadnohercegovačkoj županiji.[54] Isti problem će dobiti na svom intenzitetu

[50] Dio V o *kantonalnoj vlasti* pod tačkom 2. *Zakonodavna tijela kantona* član 7 stav 4. u Ustavu FBiH. Ova odredba stupila je snagu nakon usvajanja LXXIX amandmana na Ustav FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 52/2002).

[51] U mandatu 2014–2018. u Domu naroda PFBiH nedostajala su četiri delegata Srbina.

[52] Dio V o *kantonalnoj vlasti* pod tačkom 3. *Izvršna vlast kantona* član 8 u Ustavu FBiH. Ove odredbe stupile su na snagu usvajanjem LXXXI amandmana na Ustav FBiH ("Sl. novine FBiH", br. 52/2002).

[53] Nakon izbora održanih u oktobru 2018. godine u kantonalnim skupštinama: u BPK-u izabrana je jedna Srpkinja; u KS-u izabrano je pet poslanika Srba i Hrvata; u TK-u izabrana su četiri poslanika Srbina i Hrvata; u ZE-DO kantonu izabrano je osam poslanika Srba i Hrvata; u SBK-u samo jedan izabrani član je Srbin, u HNK-u izabrane su dvije Srpkinje; u ZHŽ-u najvjerovatnije nijedan član/članica nije iz srpskog naroda, a nijedan Bošnjak uopće nije izabran; u Kantonu broj 10 izabrana su tri Srbina i dva Bošnjaka; u UN-SA kantonu nije izabran nijedan Hrvat/Hrvatica i Srbin/Srpkinja; i u Posavskom kantonu izabran je samo jedan Srbin. Ovi podaci mogu se naći na internetskoj stranici Centralne izborne komisije BiH.

[54] Ustavni sud FBiH donio je presudu u stvari U-48/17 od 16. 5. 2018. godine. U dispozitivu presude Ustavni sud FBiH je utvrdio sa član 1., član 7. stav 2, član 8 stav 1. i 2, član 18. stav 2, član 37. stav 1, 2. i 3, član 48. stav 3, član 52. stav 4. i član 85. stav 1. Ustava Hercegovačko-neretvanskog kantona; član 10. stav 1 Ustava Zapadnohercegovačkog kantona i član 2. i član 10 stav 1. Ustava Posavskog kantona nisu u skladu sa Ustavom FBiH. / 2. Nalaže se skupštini Hercegovačko-neretvanskog kantona, Skupštini Zapadno-hercegovačko kantona i Skupštini Posavskog kantona da odmah, a najkasnije u roku od šest mjeseci od dana objave ove presude u službenim glasilima donesu amandmane na ustave tih kantona u skladu sa amandmanima XXVII, XXVIII stav 2 i XXIX stav 1 na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, do kada će se neposredno primjenjivati navedene odredbe Ustava Federacije Bosne i Hercegovine. ... /5 Presudu objaviti u "Službenim novinama Federacije BiH", "Službenim novinama Hercegovačko-neretvanskog kantona", "Narodnim novinama Posavskog kantona", "Narodnim novinama

ako Ustavni sud BiH donese odluku da ustavi Hercegovačko-neretvanske, Posavske i Zapadnohercegovačke županije nisu u saglasnosti sa Odlukom o konstitutivnosti naroda BiH.[55] Ova odluka već je proizvela pravno dejstvo na modificiranje Vašingtonskog sporazuma u skladu sa amandmanima na Ustav FBiH koje je nametnuo visoki predstavnik međunarodne zajednice u BiH 2002. godine.

Prema Ustavu FBiH kantonalne skupštine potvrđuju vladu.[56] To znači da su političke stranke koje su pobijedile na izborima centar političke moći i da efektivne zakonodavne i izvršne vlasti u kantonima nema.

Kantonalne vlade prema Ustavu FBiH nisu ni nadležne za ekonomsku politiku pa su i nepotrebno i NESHVATLJIVO finansijsko opterećenje za građane FBiH i uredno funkcioniranje izvršne vlasti u ovom entitetu. Samo u tri kantona su vlade nadležne za donošenje odluka, u okviru utvrđene ekonomske politike, za poticanje gospodarskog i društvenog razvitka.[57]

U prelaznim i završnim odredbama Zakona o službenicima i namještenicima *de ferenda* treba propisati da se ukidanjem svih kantonalnih ministarstava, uprava i upravnih organizacija ne ukidaju zatečeni upravni poslovi svih zaposlenih državnih službenika i namještenika. To znači da će oni nastaviti da obavljaju iste upravne poslove sve do sticanja uvjeta za odlazak u mirovinu. Tako će se primjenom principa biološke selekcije postepeno steći uvjeti da se broj službenika i namještenika u svim organima uprave svede na mjeru neophodnu za postojanje efektivne i ekonomične upravne vlasti u Vladi FBiH.

d) Upravne institucije jedinica lokalne samouprave

U jedinicama lokalne samouprave postoje isti državni službenici kao i u organima uprave u institucijama BiH, entiteta i kantona. Među ovim jedinicama postoje razlike u vrstama ovih službenika.[58] Na ovom nivou vlasti ta-

Zapadnohercegovačkog kantona" i "Narodnim novinama Kantona 10". Presuda je objavljena u "Sl. novinama FBiH", br. 56/18.

55 Poslanik Mladen Bosić podnio je u februaru 2018. godine zahtjev Ustavnom sudu BiH za ispitivanje usaglašenosti ove tri županije sa Odlukom o konstitutivnosti naroda BiH.

56 Ustav FBiH, poglavlje V o *kantonalnim vlastima, 3. Izvršna vlast kantona,* član 8. stav 5. normiran amandmanom LXXXI ("Sl. novine FBiH", br. 52/02).

57 Članak 15. pod tačkom a) Ustava Zapadnohercegovačke županije, članak 15. pod tačkom a) Ustava Kantona br. 10 ("Narodne novine", br. 3/96), članak 15. pod tačkom a) Ustava Posavske županije. Ovi ustavi mogu se naći na internetskoj stranici skupština ili vlada ovih županija.

58 Npr. član 10. Zakona o državnoj službi u KS ("Sl. novine KS", br. 31/2016), član 11. Zakona o državnoj službi u UN-SA kantona ("Sl. glasnik UN-SA kantona", br.

kođer su nepotrebni pomoćnik rukovodioca organa državne službe i stručni savjetnik. Odnosi između višeg i nižeg stručnog saradnika treba da se urede isto kao i na višim nivoima vlasti u institucijama FBiH i institucijama BiH. Nakon ukidanja kantona morat će se dopuniti Zakon o državnim službenicima i namještenicima tako što će se navesti da odgovarajući zakon važi i za jedinice lokalne samouprave. Pri tome vrste službenika treba da budu potpuno iste kao i za organe uprave u institucijama BiH i entiteta *de ferenda*. Nakon ukidanja kantona, sve općinske službe za upravu postat će jaki lokalni organi uprave. Za sve ove organe uprave dovoljno je da se imenuje samo jedan sekretar, jer ovi organi neće imati politički uticaj kao bilo koje ministarstvo.

11. Naknadna nemogućnost izvršenja Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH

Realni i mogući nestanak efektivne zakonodavne i izvršne vlasti u kantonima, pa samim time i vlasti u cijeloj FBiH, vrlo je nezgodna i opasna prilika da se proglasi naknadna nemogućnost izvršenja Aneksa IV na Opći okvirni sporazum za mir u BiH ili modificiranog Vašingtonskog sporazuma, odnosno Aneksa o oživotvorenju FBiH u skladu sa Bečkom konvencijom o pravu međunarodnih ugovora. Pojam sporazum sadrži Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora. Tako "ugovor" znači međunarodni sporazum koji je u pismenom obliku sklopljen između država i uređen međunarodnim pravom, bilo da je sadržan u jedinstvenoj ispravi ili u dvjema ili u više međusobno povezanih isprava i bez obzira na njegov poseban naziv.[59] To znači da je i Ustav BiH međunarodni ugovor i sadrži odredbu da će Aneks IV stupiti na snagu nakon potpisivanja Općeg okvirnog sporazuma kao ustavni akt, kojim se amandmanski zamjenjuje i stavlja van snage Ustav RBiH.[60]

Stranka se može pozvati na nemogućnost izvršenja ugovora kao na uzrok njegova prestanka ili povlačenja iz njega ako je ta nemogućnost posljedica konačnog nestanka ili uništenja predmeta prijeko potrebnoga za izvršenje ugovora. Ako je nemogućnost privremena, može se na nju pozvati samo kao na uzrok suspenzije primjene ugovora.[61]

14/2017), članak 6. Zakona o državnim službenicima u tijelima državne službe u ŽZH ("Narodne novine ŽZH", br. 16/2008).

[59] Član 2. stav 1. pod tačkom a) o *Upotrebi izraza* u Konvenciji o pravu međunarodnih ugovora.

[60] Član XII o *Stupanju na snagu* stav 1 Ustava BiH.

[61] Član 61. stav 1. o *naknadnoj nemogućnosti izvršenja* u Bečkoj konvenciji o pravu međunarodnih ugovora.

U FBiH predmet prijeko potreban za izvršenje Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH ili modificiranog Vašingtonskog sporazuma, odnosno Aneksa o oživotvorenju FBiH je multietnička efektivna zakonodavna i izvršna vlast u kantonima. Ova vlast će konačno nestati ili će biti uništena zbog odlaska Bošnjaka, a pogotovo Hrvata i Srba iz FBiH pa se vlast neće moći formirati u budućnosti. Naime, neće više biti dovoljno Bošnjaka, a pogotovo Hrvata i Srba za formiranje multietničke vlasti u kantonima.

Proglašenje naknadne nemogućnosti izvršenja Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH nije prilika da se primijeni Ustavni zakon o izmjenama i dopunama Ustava RBiH. Prema ovom zakonu RBiH ostvarujući svoja suverena prava može svoje unutrašnje uređenje preoblikovati u skladu sa Ustavom BiH u okviru Međunarodnog mirovnog sporazuma za BiH. Ako se Međunarodni mirovni sporazum za BiH i Ustav BiH ne budu provodili, RBiH može proglasiti nevažećim Međunarodni mirovni sporazum za BiH i nastaviti da djeluje kao međunarodno priznata, suverena i nezavisna država, u skladu sa Ustavom RBiH.[62]

Deklaracija Vijeća za implementaciju mira iz Sintre sadrži Communiqué u kome je saopćeno da se jednostrane aktivnosti, kao što je održavanje upravnih ili drugih organizacija koje su neustavne neće tolerirati. Ovo se primjenjuje na postojeće institucije bivše Herceg-Bosne kao i bivše RBiH.[63]

Politički stavovi i odluke iz Sintra deklaracije potvrđeni su iste godine u Zaključcima Vijeća za implementaciju mira iz Bonna. Ovaj dokument sadrži stav međunarodne zajednice da su Herceg-Bosna i RBiH protivpravne i da moraju biti raspuštene odmah. Vlasti u Federaciji trebale su javno objaviti da su sve ove institucije prestale funkcionirati. Bankovni računi takvih struktura morali su se zatvoriti. Preostali pečati morali su se uništiti. Vijeće je pozvalo visokog predstavnika da izvijesti Upravni odbor o napretku u ovoj stvari do 1. marta 1998. godine.[64]

Ovi politički stavovi još jednom potvrđeni su u PIC Deklaraciji – Annex. Ovaj dokument sadrži i odluku o paralelnim institucijama. Vijeće je ponovilo da

---

[62] Ustavni zakon o izmjenama i dopunama Ustava RBiH ("Sl. list RBiH", br. 49 od 20. decembra 1995. godine).

[63] PIC Sintra Declaration, Communiqué Political Declaration from Ministerial Meeting of the Steering Board of the Peace Implementation Council, pod tačkom 25 od 30. 5. 1997. godine. Ovaj izvještaj može se naći na internetskoj stranici OHR-a u komunikeu i izjavama PIC-a postavljenim na internetskoj stranici http://www.ohr.int/?p=54147.

[64] Zaključci Vijeća za implementaciju mira iz Bonna u II dijelu o *Ustavnim i pravnim stvarima pod tačkom f)* od 10. 12. 1997. godine.

su preostale paralelne i paraustavne institucije na teritoriji Federacije protivpravne i morale su se rasformirati odmah. Vijeće je pozvalo Visokog predstavnika da izvijesti Upravni odbor o napretku do 1. marta 1999. godine.[65]

Ova tri međunarodna dokumenta znače da se revitalizacijom HZHB i RBiH neće moći formirati efektivna vlast, jer ih međunarodna zajednica svojim političkim odlukama neće priznati. Dakle, ovakve političke odluke strane vlade i međunarodne organizacije ne bi usvojile, jer se međunarodna zajednica već odavno izjasnila da pravni osnov za RBiH i Herceg-Bosnu više ne postoji.

Iz ovog slijedi da u međunarodnoj zajednici nije moguć povratak na Owen –Stoltenbergov *Sporazum o Bosni i Hercegovini.* Ovim sporazumom bilo je predviđeno da se u BiH formiraju tri republike bez državnog i ustavnopravnog kontinuiteta BiH i sa pravom na otcjepljenje. Ovom otcjepljenju mogla bi se suprotstaviti jedna republika, dok bi ona koja želi otcjepljenje mogla podnijeti žalbu Vijeću sigurnosti na konačnu odluku (Begić, 1997, str. 149–150).

Na osnovu ovih odluka međunarodne zajednice nakon nestanka efektivne vlasti u kantonima bez stvarnih, ozbiljnih i efektivnih ekonomskih funkcija entitetskih vlada, nastalo bi bezvlašće bez ikakvih mogućnosti da se uspostavi nova međunarodno priznata efektivna vlast u BiH.

Zabrana pozivanja na subjektivnu naknadnu nemogućnost izvršenja Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH ili modificiranog Vašingtonskog sporazuma, odnosno Aneksa o oživotvorenju FBiH, može se primijeniti na nastalu birokratsku vlast u institucijama BiH, FBiH, RS-a i kantona. Naime, stranka se ne može pozvati na nemogućnost izvršenja kao na uzrok prestanka ugovora, povlačenja iz njega ili suspenzije njegove primjene ako je ta nemogućnost posljedica kršenja, od te stranke, obveze iz ugovora ili bilo koje druge preuzete međunarodne obveze prema svakoj drugoj stranci ugovora.[66]

Upravne institucije BiH, FBiH, RS-a i kantona prekršile su svoju obavezu da planiraju i provode ekonomsku politiku tako što su zapošljavanjem pretjerano velikog broja državnih službenika i namještenika stvorile velike rashode u budžetima za isplatu plata i drugih primanja. Međunarodna zajednica je

[65] PIC Declaration – Annex pod tačkom III 7. od 16. 12. 1998. godine. Ovaj izvještaj može se naći na internetskoj stranici OHR-a u komunikeu i izjavama PIC-a postavljenim na internetskoj stranici http://www.ohr.int/?p=54103.

[66] Član 61. stav 2. o *naknadnoj nemogućnosti izvršenja* u Bečkoj konvenciji o pravu međunarodnih ugovora.

u Sažetku zaključaka iz Bonna konstatirala da je potrebno postići samoodrživost entiteta.[67] Samoodrživost je ekonomski pojam egzistencijalne naravi.

Proglašenje naknadne nemogućnosti izvršenja Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH vodi u potpuno bezvlašće.

12. Prijedlog mjera za sprečavanje naknadne nemogućnosti izvršenja Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH

Zakon o načinu određivanja maksimalnog broja zaposlenih u javnom sektoru u Republici Srbiji[68] sadrži ekonomske kriterije za smanjenje broja zaposlenih u organima uprave. Isti model može se shodno primjenjivati i na organe uprave u institucijama BiH, entiteta, jedinica lokalne samouprave, te u kantonima sve dok oni postoje.

Ovim zakonom utvrđuje se način određivanja maksimalnog broja zaposlenih u javnom sektoru, kao i obim i rokovi smanjenja zaposlenih do dostizanja utvrđenog maksimalnog broja zaposlenih.

Maksimalan broj zaposlenih u javnom sektoru odredit će se uz primjenu načela odgovornog fiskalnog upravljanja, racionalnosti, funkcionalnosti i efikasnosti, kao i načela propisanih posebnim zakonom.

Načelo odgovornog fiskalnog upravljanja podrazumijeva odgovorno upravljanje javnim sredstvima, obavezama i fiskalnim rizicima radi ispunjenja fiskalnih pravila utvrđenih zakonom o budžetskom sistemu, koje nalaže smanjenje rashoda za plate na održiv nivo, a sve u cilju obezbjeđenja fiskalne održivosti i očuvanja stabilnosti javnih finansija.

Načelo racionalnosti podrazumijeva neophodnost uspostavljanja ekonomične organizacione strukture u oblastima djelovanja organizacionih oblika u javnom sektoru, potrebne za efikasno, stručno i uspješno obavljanje poslova i rukovođenje uz što manje troškove.

Načelo funkcionalnosti podrazumijeva organizaciju vršenja poslova u skladu sa njihovom prirodom, načinom obavljanja i njihovom međusobnom funkci-

[67] Sažetak zaključaka iz Bonna od 10. 12. 1997. godine pod tačkom 4. Ovaj izvještaj može se naći na internetskoj stranici OHR-a u komunikeu i izjavama PIC-a postavljenim na internetskoj stranici http://www.ohr.int/?p=54135.

[68] Zakon o načinu određivanja maksimalnog broja zaposlenih u javnom sektoru u Republici Srbiji ("Sl. glasnik RS", br. 68/2015 i 81/2016).

onalnom povezanošću, kao i ostvarivanje pune zaposlenosti svih izvršilaca adekvatno vrsti, složenosti i obimu poslova.

Načelo efikasnosti podrazumijeva organizaciju rada uspostavljenu tako da se u najvećoj mogućoj mjeri, sa optimalnim brojem zaposlenih, omogućava efikasno izvršavanje zakona i zadovoljavanje potreba građana i drugih subjekata.[69]

Aktom Vlade Republike Srbije za svaku kalendarsku godinu utvrđuje se maksimalan broj zaposlenih na neodređeno vrijeme u sistemu državnih organa, sistemu javnih službi, sistemu lokalne samouprave, na prijedlog Generalnog sekretarijata Vlade, uz pribavljeno mišljenje ministarstva nadležnog za poslove državne uprave i lokalne samouprave i ministarstva nadležnog za poslove finansija.

Ovim aktom utvrđuje se i maksimalan broj zaposlenih za svaki organ, organizaciju, službu i drugi organizacioni oblik u javnom sektoru, osim za organizacione oblike u... sistemu lokalne samouprave.

Tako svaki ministar na osnovu akta vlade mora podnijeti obrazložen prijedlog prije zapošljavanja upravnog službenika u organu uprave nadležnom za poslove vanjske politike, odbrane, obavještajnih službi, sudovima, tužilaštvu, pravobranilaštvu i vladinim službama.

Zakon izričito uređuje način određivanja maksimalnog broja zaposlenih.[70]

13. Zaključak

Birokratska uprava na svim nivoima vlasti utiče na nestanak efektivne vlasti u institucijama BiH, FBiH, RS-a i kantonima. Efektivna zakonodavna i izvršna vlast ne postoji zato što sindikat državnih službenika i namještenika uspijeva nametnuti svoju volju ovim vlastima kakav će biti sadržaj zakona o budžetu, odnosno rashodi za plate službenika i namještenika, te pruža jak otpor promjeni vrste službenika i namještenika u organima uprave. Ovakva uprava je veliko fiskalno opterećenje za privatni sektor u cijeloj BiH, utiče na povećanje nezaposlenosti i stvarna je prepreka za planiranje i provođenje ekonomske politike u nadležnosti Vijeća ministara BiH, Vlade FBiH i Vlade RS-a i upravnim institucijama na ovim nivoima vlasti. Zato u ustavnom po-

[69] Član 3. Zakona o načinu određivanja maksimalnog broja zaposlenih u javnom sektoru ("Sl. glasnik RS", br. 68/2015 i 81/2016).

[70] Član 4. Zakona o načinu određivanja maksimalnog broja zaposlenih u javnom sektoru ("Sl. glasnik RS", br. 68/2015 i 81/2016).

retku BiH nema efektivne izvršne vlasti u Vijeću ministara BiH, Vlade FBiH i Vlade RS.

Odlazak stanovništva iz BiH stvorit će problem da se nakon općih izbora uspostavi efektivna izvršna multietnička vlast u kantonalnim skupštinama i vladama. Budući da Ustav FBiH ne sadrži nijednu odredbu o obaveznom postojanju kantona, njihovim ukidanjem ispunila bi se preuzeta pravna obaveza prema Evropskoj uniji i Vijeću Evrope u pogledu ekonomskih funkcija Vijeća ministara, Vlade FBiH i Vlade RS-a.

Radi omogućavanja uspostavljanja efektivne zakonodavne i izvršne vlasti potrebno je iz Zakona o upravi BiH i Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH prenijeti u Ustav BiH i Ustav FBiH načela ekonomičnosti i efikasnosti, dok u zakonima o upravnom postupku načelo ekonomičnosti treba da se dopuni.

Na osnovu odredbe da BiH nastavlja svoje pravno postojanje po međunarodnom pravu kao država sa unutrašnjom modificiranom strukturom, jasno je da organizacija institucija BiH, FBiH, RS-a i kantona pripada unutrašnjem pravu, te da one ne smiju biti prepreka da se izmjenama i dopunama Ustava BiH, Ustava FBiH, Ustava RS-a i Zakona o namještenicima i službenicima stvore uvjeti za provođenje Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH ili Ustava BiH *de ferenda* u skladu sa zahtjevima zvaničnih institucija cijele međunarodne zajednice. U ovom konkretnom slučaju ekonomske politike na osnovu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju BiH prema Evropskoj uniji i Evropskoj povelji o lokalnoj samoupravi.

Zato se u ustavnom poretku BiH efektivna vlast može postići samo poštovanjem načela *pacta sunt servanda.* Svaki ugovor koji je na snazi veže stranke i one ga moraju izvršavati u dobroj vjeri.[71] Poštovanje ovog načela obezbijeđeno je odredbom da se stranka ne može pozivati na odredbe svoga unutrašnjeg prava da bi opravdala neizvršavanje ugovora. To pravilo ne odnosi se na član 46. (odredbe unutrašnjeg prava o nadležnosti za sklapanje ugovora).[72]

Ukoliko izostane ova reforma Ustava BiH, Ustava FBiH i javne uprave u institucijama BiH i entiteta, odnosno ako se ne smanji broj upravnih službenika i namještenika i ne uspostavi efektivna zakonodavna i izvršna vlast, steći će se uvjeti za povlačenje političke odluke o međunarodnom priznanju

[71] Član 26. Bečke Konvencije o pravu međunarodnih ugovora o načelu *pacta sunt servanda.*

[72] Član 27. Bečke Konvencije o pravu međunarodnih ugovora o *unutrašnjem pravu i poštovanju ugovora.*

BiH. Pravni osnov za takav razvoj događaja su alineja u pravno obaveznoj preambuli Ustava BiH o ciljevima i načelima UN-a, te odredba da BiH nastavlja svoje pravno postojanje po međunarodnom pravu kao država. Naime, u strukturi međunarodne pravne norme efektivna vlast je hipoteza dispozicije u pravnoj normi o načelu suverene jednakosti država. To znači da je ovo načelo u strukturi pravne norme njena dispozicija. Čim nestane efektivna vlast, stiču se uvjeti da se povuče međunarodno priznanje odnosne države. Do sada se u historiji modernih međunarodnih odnosa na osnovu Povelje UN-a nikada nije desilo takvo povlačenje, a što ne znači da neće. Političke odluke jedne vlade o međunarodnom priznanju druge države pripadaju derivativnom načinu nastanka države, pa zato nisu neopozive. Naprotiv, vlade svih država članica UN-a u svakom trenutku mogu povući odluku o međunarodnom priznanju druge države članice UN-a. Za BiH to važi posebno, jer BiH nastavlja svoje pravno postojanje po međunarodnom pravu kao država, odnosno međunarodnom ugovoru, a nikako po nacionalnom ustavnom pravu.

Iz izloženih slabosti u pogledu ekonomske snage institucija BiH i entiteta jasno je da se upravna funkcija na svim nivoima vlasti u svim granama privrede mora vršiti prema ekonomskim kriterijima.

Nestanak efektivne vlasti u BiH povukao bi za sobom odmah i problem granica, jer su i one uređene odredbom da BiH nastavlja svoje pravno postojanje po međunarodnom pravu kao država sa unutrašnjom modificiranom strukturom i međunarodno priznatim granicama. U pravnom poretku BiH nema jasnog usmjerenja šta činiti u okolnostima ako nestane efektivna vlast. To bi otvorilo nove probleme u čitavoj regiji Zapadnog Balkana, a potom i šire u čitavoj Evropi.

Bibliografija

1. Ajanović, E. (2017). Mehanizam koordinacije u upravnim institucijama BiH. *Pregled*, 58 (2), 81–112.
2. Badura, P. (2005). Öffentliches Wirtschaftsrecht. U: E. S. Aßmann (ured). *Besonderes Verwaltungsrecht,* (13. izd.) (str. 277–407). Berlin: De Gruyter.
3. Begić, K. (1990). *Ekonomska politika*, Sarajevo: “Sarajevo”.
4. Begić, K. (1997). *Bosna i Hercegovina od Vanceove misije do Daytonskog sporazuma (1991–1996).* Sarajevo: Bosanska knjiga: Pravni centar Fonda otvoreno društvo Bosna i Hercegovina.

5. Dautbašić, I. (1991). *Finansije i finansijsko pravo.* Sarajevo: Službeni list SRBiH.

6. Degan, Đ. V. (2000). *Međunarodno pravo.* Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.

7. Jovičić, M. (1977). *O Ustavu: teorijsko-komparativna studija.* Beograd: Savremena administracija.

8. Organisation for Economic Co-operation and Development. (1999). *European principles for public administration,* SIGMA Papers No. 27. Paris: OECD Publishing. www.sigmaweb.org/dataoecd/26/30/36972467.pdf

9. Pusić, E. (1996). *Nauka o upravi,* XI. (II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje). Zagreb: Školska knjiga.

10. Streit, E. M. (2005). *Theorie der Wirtschaftspolitik* (6. Aufl.). Stuttgart: Lucius & Lucius.

11. Visković, N. (1996). *Država i pravo.* Sarajevo: Studentska štamparija Univerziteta.

Dr. Enver Ajanović
Associate professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
e.ajanovic@pfsa.unsa.ba

THE IMPACT OF ECONOMIC POLICY ON PUBLIC ADMINISTRATION REFORM IN BiH

Summary

The Constitution of BiH carries a provision in its first article that says that BiH continues its legal existence under international law as a state with modified internal structure. Constitutional and international law specify that territory, people and effective authority are the conditions for the existence of the state. Modernisation of the conditions of effective authority in the 20th century was influenced by the tendency in terms of the increasing number of administrative organisations. Horizontal differentiation of administrative bodies has resulted with an establishment of a government responsible for planning and implementing economic policy, and its members are at head positions of top administrative bodies. After the founding of these administrative bodies came the need for employment of staff in the administration.

This so-called "pampers"staff anti-policy of employing an excessive number of civil servants and employees in administrative institutions of BiH, FBiH, RS, cantons and local self-governance units, as well as fees to members of supervising and steering boards in the institutions of BiH, FBiH, and RS has created large expenses in the budgets. Such bureaucratic administration significantly hinders the planning of economic policy in the Council of Ministers of BiH, Government of FBiH and Government of RS and its implementation by performing administrative function in line with the standards of the European Union, because there is not enough money from these funds. That is why BiH needs a reform of public administration. This can only be a long-term measure stipulated by the Reform Agenda of BiH for the period of 2015 to 2018 and it consists of application of entrepreneurial culture in its operation. That means that it must base its operation on the principles of cost efficiency, productivity, and profitability. The required minimum for the creation of conditions for true economic policy in the Council of Ministers of BiH, Government of FBiH and

Government of RS can be achieved only by terminating the positions of assistants and expert advisors to ministers in administrative bodies in institutions of BiH and entities, by reducing the number of unnecessary civil servants and employees, and by completely abolishing the cantons. According to Bundesbeamtengesetz in Germany and Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat in France, there can be no assistants and advisors to ministers.

Excessive employment of civil servants and employees also has an effect on the growth of unemployment and the departure of a working active population, especially Serbs and Croats, in countries where they can find jobs, which means that it will be increasingly more difficult to form an effective multi-ethnic authority in the cantons in the future. This is particularly contributed by a small percentage of Serbs in the overall population in each of the cantons, as well as that of Bosniaks and Croats in certain cantons depending on which people has the majority.

Keywords: *economic principle, economic policy, bureaucratic administration, public administration reform, abolition of cantons in order to avoid absence of authority*

Dr. Damir Banović
Docent
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
d.banovic@pfsa.unsa.ba

UDK 340.12
Pregledni naučni rad

FILOZOFIJA PRAVA JÜRGENA HABERMASA: KOMUNIKATIVNA TEORIJA PRAVA U OKVIRU DRUŠTVENE TEORIJE KOMUNIKATIVNOG DJELOVANJA

Sažetak

Rad Jürgena Habermasa ostvario je uticaj na angloameričke pravne teoretičare sociološko-pravne orijentacije, a posebno njegovo djelo "Između fakticiteta i normi". Taj uticaj je vidan u radovima Rogera Cotterrella, Briana Tamanahe, Denisa Galligana i Williama Twininga koji inspirisani, između ostalih, i njegovim radom te pokušali modifikovati analitičku jurisprudenciju Hartovog tipa. Njegov rad predstavlja posmatranje odnosa fakticiteta i validnosti na višem nivou teoretske apstrakcije u kontekstu moderne države i modernog prava, sa nužnim dijalektičkim odnosom i refleksivnom teorijom. Rad analizira postavke Habermasove filozofije prava postavljane u okviru njegove teorije komunikativnog djelovanja, te dva načina posmatranja odnosa legaliteta i fakticiteta: vanjski i unutrašnji. Rad daje i zaključna razmatranja o značaju njegovog pristupa za razvoj jedne refleksivne teorije prava koja posmatra pravo kroz njegovu dualnu prirodu.

Ključne riječi: *teorija komunikativnog djelovanja, refleksivna teorija prava, legalitet i fakticitet*

1. Uvod u teoriju komunikativnog djelovanja

Djelo Jürgena Habermasa na engleski jezik prevedeno pod naslovom *Između fakticiteta i normi* (*Between Facts and Norms*) predstavlja dio njegovog šireg naučnog projekta uključenog kroz djelo *Teorija komunikativnog djelovanja* (*Theory of Communicative Action*) originalno objavljeno na njemačkom jeziku 1981. (Deflem, 2013, str. 78). Društvena teorija komunikativnog djelovanja ostat će centralna tema Habermasovog rada sa značajnim doprinosom proučavanju prava u modernom društvu (Deflem, 2013, str. 79). Rad na

svojoj teoriji započinje razlikovanjem dva koncepta racionalnosti: (1) kognitivno-instrumentalne koja je usmjerena na djelovanje koje je orijentisano na uspješno ostvarenje određenih ciljeva i (2) komunikativne racionalnosti koja je primjenjiva na interakcije pri kojim se učesnici orijentisani prema međusobnom razumijevanju (Deflem, 2013, str. 79). Upravo drugi koncept racionalnosti je osnova i dio teorije komunikativnog djelovanja. Teorija komunikativnog djelovanja je prvenstveno teorija racionalnosti, i veliki filozofski sistemi Tome Aquinskog, Hegela i Kanta su se zbog utjecaja empirijskih istraživanja i pluralizacije pogleda, učinili prilično neuvjerljivim (Rehg, 1996, str. xiii) Da bi se spasio koncept racionalnosti, Habermas smatra da treba započeti sa postmetafizičkim pristupom sa specifičnim primjerima: teorijom pravde Johna Rowlsa i integralnom teorijom prava Ronalda Dworkina (Rehg, 1996, str. xii). Postmetafizička filozofija ili preciznije, postmetafizičko osvajanje razuma moguće je jedino sa interdisciplinarnom saradnjom filozofije sa empirijskim istraživanjima (Rehg, 1996, str. xiii). Ovo je posebno vidljivo u okviru polja validnosti (Rehg, 1996, str. xiii). Kako tvrdi Habermas, zahtjevi validnosti uključuju idealizovani momenat bezuslovnosti koja ih vodi izvan neposrednog konteksta u okviru kojeg su postavljeni (Rehg, 1996, str. xiii).

Komunikativno djelovanje zavisi od nekoliko idealizovanih uslova: (1) učesnici komunikativne akcije trebaju pripisati identična značenja izrazima; (2) učesnici komunikativnog djelovanja trebaju povezati stavove zahtjevima validnosti koji transcedentiraju kontekst; (3) komunikativni postignuti sporazumi koji omogućavaju koordinaciju djelovanja uzimaju kao mjerilo intersubjektivno prepoznavanje kritizirajuće zahtjeve validnosti (4) učesnici su racionalno odgovorni, autonomni i iskreni jedni prema drugima, te da mogu orijentisati svoje djelovanje ka zahtjevima validnosti (Habermas, 1996, str. 4, 20). Validnost (*Gültigkeit*) normi i stavova konceptualno transcedentiraju prostor i vrijeme, dok su trenutni zahtjevi postavljeni sada i ovdje, u specifičnom kontekstu u kojem njihovo prihvatanje ili odbijanje ima trenutne posljedice (Habermas, 1996, str. 20). Validnost (*Gültigkeit*) zahtjeva i stavova treba razlikovati od društvene validnosti ili prihvatanja (*soziale Geltung*) i trenutno uspostavljenih standarda i očekivanja čija stabilnost zavisi od običaja ili prijetnje sankcijom (Habermas, 1996, str. 20). Zahtjevi validnosti imaju lice Janusa: kao zahtjevi oni prevazilaze kontekst, ali u isto vrijeme moraju biti postavljeni i prihvaćeni sada i ovdje (Habermas, 1996: str. 21). Univerzalno značenje zahtjeva validnosti prevazilazi sve kontekste, ali jedino lokalni obavezujući akt prihvatanja omogućava zahtjevima validnosti da nose teret društvene integracije za kontekst orijentisan svakodnevnoj praksi (Habermas, 1996, str. 21). Od samog početka, komunikativno djelovanje je lokalizovano u okviru horizonta zajedničkih i neproblematičnih vjerovanja, s

uvijek potencijalnom mogućnošću neslaganja (Habermas, 1996, str. 21–22). "Svijet života" (*Lebenswelt*) formira u isto vrijeme horizont govorne situacije i izvor interpretacije, dok se s druge strane reprodukuje kroz tekuće komunikativno djelovanje (Habermas, 1996, str. 22). Komunikativno djelovanje je utjelovljeno u "svijet života" kao pozadina komunikativnog djelovanja, pozadina iz koje crpimo znanje bez refleksije da ga upravo posjedujemo (Habermas, 1996, str. 21). Habermas primjećuje da se validnost govornih akata uobičajeno ne propituje zbog činjenice da se oni odvijaju u datom kontekstu koji on naziva "svijet života" (*Lebenswelt*) (Deflem, 2013, str. 79–80). Prema njemu, on obuhvata kulturne vrijednosti, društvene norme i socijalizirajuće obrasce koji često ostaju nepropitanim i u konačnici onemogućavaju interakciju (Deflem, 2013, str. 80). Racionalizacija "svijeta života" dovela je do interne diferencijacije na tri centralne funkcije: (1) kulturna reprodukcija za transmisiju vrijednosti: (2) društvena integracija za koordinaciju interakcija kroz norme i (3) socijalizacija za formiranje personalnog identiteta (Deflem, 2013, str. 80). Dodatni nivo društvene socijalizacije je uveden iz razloga što su se određeni domeni društvenog života "iskopčali" iz "svijeta života" zbog nekomunikativnog djelovanja (Deflem, 2013, str. 80). Habermasova perspektiva komunikativne akcije i dualne prirode modernog društva u terminima "svijeta života" i sistema sjedinjuje uvide interakcijske perspektive sa jedne strane sa teorijama sistema sa druge (Deflem, 2013, str. 80). Ekskluzivna karakteristika ljudskih interakcija je simbolički posredovana na bazi upotrebe jezika kroz govor (Deflem, 2013, str. 79). Habermas tvrdi da komunikativno djelovanje implicira da su svi zahtjevi prihvaćeni, odnosno, da će jedan ili više njih biti ispitani i biti predmetom dodatnih komunikacija glede validnosti zahtjeva (Deflem, 2013, str. 79). Habermas označava ove poretke komunikacije kao diskurse i pri tome razlikuje: (1) teoretski diskurs u pogledu istine; (2) praktični diskurs u pogledu tačnosti te (3) ekspresivni i evaluativni diskurs u pogledu autentičnosti i iskrenosti (Deflem, 2013, str. 79). Habermas pozicionira diskurzivnu teoriju prava u svoj koncept teorije komunikativnog djelovanja i upotrebe jezika kroz *speech act* teorije Charlesa Sandersa Peircea i Johna Langshawa Austina. Sve dokle se jezik jedino koristi kao medij sa ilokutarne ciljeve, sve dokle su učesnici u komunikaciji slušaoci i govornici s namjerom da pregovaraju značenja situacije i da harmoniziraju svoje planove sa drugima, samo u toj situaciji možemo govoriti o komunikativnom djelovanju (Habermas, 1996, str. 17). Komunikativno djelovanje zavisi od upotrebe jezika i orijentisano je na zajedničko razumijevanje i njegova upotreba funkcioniše na način da se učesnici ili slože u vezi sa validnošću zahtjeva njihovih govornih akata ili da identifikuju tačke neslaganja, koje će zajednički biti razmatrane u kursu sljedećih interakcija (Habermas, 1996, str. 18).

2. O odnosu fakticiteta i normi

Naziv knjige *Između fakticiteta i normi* je u cijelosti posvećena Habermasovoj filozofiji prava i bit će centralni dio mog razmatranja. Naziv nije slučajan i upućuje na tenziju prisutnu u modernom pravu kao odnos između faktičnosti i validnosti, između "trebanja" i "jeste". Habermas je zahvalan na radu Imanuela Kanta koji kroz svoj koncept legitimiteta miri ovu tenziju poprilično dobro (Rehg, 1996, str. xi). No Kantovo posmatranje legitimnosti, kako ga čita Habermas, u konačnici pravo podređuje moralnosti i njegov metafizički okvir više nije uvjerljiv (Rehg, 1996, str. xii). Njegov stav o mogućnosti univerzalne racionalne prihvatljivosti ovisi o unaprijed postavljenoj harmoniji razuma izvan empirijskog svijeta (Rehg, 1996, str. xii). Ako je pravo prvenstveno konstituirano između tenzije validnosti i fakticiteta, između faktičke generacije, administriranja i nametanja u okviru društvenih institucija sa jedne strane, i zahtjeva da zaslužuje generalno priznanje sa druge, onda teorija koja situira idealizovani karakter validnosti u konkretan društveni kontekst, sama se preporučuje za analizu prava (Rehg, 1996, str. xii). Problem validnosti i fakticiteta prava posebno je prisutan u modernim društvima i "zrelom" pravu. U jednostavnijim društvenim zajednicama ono se i ne pojavljuje kao problem. Moderna društva pak svjedoče povećanom broju različitih grupa i supkultura koja svaka ima svoje vlastito viđenje vrijednosti i tradicije (Rehg, 1996, str. xvii). Posljedično, polje validnosti i fakticiteta se sve više odvaja pokrećući proces društvene racionalizacije (Rehg, 1996, str. xviii). Pluralizacija dovodi do potrebe za odvajanjem sfera validnosti: (1) naučne istine od polja vjere; (2) polja pravde i morala od estetike itd. (Rehg, 1996, str. xviii). Moderno pravo treba da riješi pitanje društvene koordinacije koja nastaje zbog, s jedne strane, fragmentacije identiteta i erodiranja supstantivnog "svijeta života" koji je bio izvor zajedničkog konsenzusa i funkcionalnih zahtjeva materijalne reprodukcije koja traži povećanje prostora u okviru kojeg su individualne volje slobodne da ostvare vlastite interese koje diktira svrhovita racionalnost (Rehg, 1996, str. xix). Također, prema Rogeru Cotterrellu, Habermas insistira da se pravo ne posmatra primarno kao instrument praktične politike, već kao izraz ili okvir postojećih struktura društvenog života (Cotterrell, 2005, str. 305).

Pored *interne* tenzije validnosti i fakticiteta ili tenzije u okviru pravnog poretka, Habermas je potpuno svjestan i *eksterne* tenzije. Ona podrazumijeva tenzije između zahtjeva ustavno-demokratskih pravnih poredaka i načina na koji oblici društvene moći faktički prodiru u pravni sistem i narušavaju uslove legitimnog stvaranja prava (Rehg, 1996, str. xix). Za Habermasa nijedna uvjerljiva koncepcija modernog prava ne može zanemariti ovu eksternu tenziju (Rehg, 1996, str. xix).

Ako moderno pravo ne želi biti sociološki prazno i normativno slijepo, nužno mora inkorporirati dualnu perspektivu: teoretičar prava ne može ignorisati normativno razumijevanje učesnika u sistemu niti vanjske mehanizme i procese koji se mogu sociološki posmatrati (Rehg, 1996, str. xiii). Habermas predlaže pristup proučavanja obje, normativne i empirijske perspektive (Rehg, 1996, str. xxiv). U prostoru između fakticiteta i validiteta, politička teorija i pravna teorija u klasičnom smislu shvaćene, izgleda da nemaju jedna drugoj šta reći (Habermas, 1996, str. 6). Pravna teorija ulazi u opasnost gubljenja kontakta sa realnošću, dok politička teorija uklanja sve normativne aspekte: u takvom odnosu, potreban je drugačiji metodološki pristup (učesnik i posmatrač), metodološki ciljevi (interpretativne eksplikacije, konceptualne analize i deskripcija i empirijska objašnjenja), te različiti pragmatički odnosi prema istraživanju (hermeneutički, analitički, kritički) (Habermas, 1996, str. 6–7).

Krećući se između Lockovske tradicije liberalizma, impersonalne vladavine prava i zaštite individualne slobode, ličnih prava koja garantira pojedincima ostvarivanje vlastitih ciljeva i interesa i Rousseauovog republikanskog pogleda koji polazi o demokratskog procesa kao kolektivne deliberacije koja vodi građane ka postizanju stava o zajedničkom dobru, Habermasov stav ide u pravcu "interne" veze između privatne i javne autonomije (Rehg, 1996, str. xxiv–xxv). Ili, prihvata Kantovu ideju osnovnih sloboda sa jedne strane i Rousseauovski i komunitaristički pogled bitnosti tradicije, vrijednosti, građanskih vrlina sa druge strane, te zaključuje da samo moralni ili samo etički diskurs ne mogu biti osnova legitimiteta prava u kompleksnom pluralističkom društvu (Rehg, 1996, str. xxvi). Da bi izbjegao moralno legitimiranje prava, Habermas zasniva validnost prava na sljedećem: "*validne su samo one norme oko kojih se mogu složiti svi učesnici koji su pogođeni istim u racionalnom diskursu"* (Rehg, 1996, str. xxvi). Habermas smatra da ovaj diskursivni princip prevazilazi liberalno-republikansku ili liberalno-komunitarističku podjelu: legitimno pravo mora proći diskursivni test koji potencijalno uključuje široki spektar različitih diskursa (Rehg, 1996, str. xxvi–xxvii). Ovo može podrazumijevati (1) etički diskurs; (2) moralni diskurs i (3) pragmatički diskurs (Rehg, 1996, str. xxviii). Pragmatički diskurs pomaže pronalaženju alternativnih strategija za ostvarivanje traženog cilja. Ukoliko predmet deliberacije uključuje konfliktne partikularne interese i vrijednosti koje onemogućavaju konsenzus, legitimna pravna regulacija treba uključiti fer kompromis (Rehg, 1996, str. xxvii).

Habermasov koncept prava, na najapstraktnijem mogućem nivou, odnosi se na institucionalizaciju normi (Deflem, 2013, str. 81). Na nivou filozofskog posmatranja, Habermas postavlja intimnu vezu između prava i morala, gdje

pravo i u visoko racionalizovanom postupku stvaranja, zadržava kritičku normativnu dimenziju (Deflem, 2013, str. 81). Odnosno, mogli bismo reći da pravo zadržava potrebu za moralnim opravdanjem i to specifično na bazi proceduralnih kriterija koji omogućavaju bolje argumente kroz komunikaciju i debatu (Deflem, 2013, str. 81). Moderna racionalizacija prava kao svrhovito racionalne djelatnosti, kako je već to Max Weber formulisao, nije eliminisala moralna pitanja već ih je samo izmjestila (Deflem, 2013, str. 81). Moderno pravo karakteriše potreba i za legalitetom i za legitimitetom, te ukoliko je nešto legalno ne znači da će biti prihvaćeno i kao legitimno (Deflem, 2013, str. 81). Dodatno, Habermas smatra da se funkcije i razvoj prava u modernim društvima treba otkriti putem socioloških istraživanja (Deflem, 2013, str. 81). Također, Habermas posmatra pravo kao dualni koncept: (1) pravo kao institucija koja se odnosi na pravne norme nužno treba legitimizaciju kroz već gore pomenutu vezu između prava i morala[1] i (2) pravo djeluje kao medijum, gdje je dovoljno da pravne regulacije djeluju efikasno kao sredstvo specifične procedure, kao što je slučaj poslovnog ili administrativnog prava (Deflem, 2013, str. 83).

Habermasov rad se ekstenzivno bavi pitanjima legitimizacije pravnog poretka na bazi sistema ljudskih prava i njegova konceptualizacija implicira da i moralne i pravne norme imaju za cilj i orijentisane su ka problemima društvene integracije u "svijetu života" (Deflem, 2013, str. 84). Moralne norme imaju prednost zbog činjenice da su duboko ukorijenjene u "svijet života" različitih zajednica, ali im nedostaje prinudni karakter prava (Deflem, 2013, str. 84). Dualizam prava viđen kroz prizmu validnosti i legitimiteta, Habermas pokušava da poveže kroz pravnu teoriju koja povezuje normativnu filozofiju prava sa (empirijskom) sociologijom prava (Deflem, 2013, str. 85). Konkretno, Habermas smatra da sa jedne strane pravo treba da se oslanja na snagu državne prinude kako bi bilo pravilno administrirano, ali s druge strane mora biti bazirano na intersubjektivno prepoznatim zahtjevima prava (Deflem, 2013, str. 85). U svom radu, Habermas se posvećuje i pitanju odnosa politike i prava braneći ideju deliberativne demokratije (Deflem, 2013, str. 85). Značajna funkcija prava, kako Habermas smatra, jeste uspostavljanje adekvatnih procedura koje će omogućiti da pravne norme omoguće mirnu koegzistenciju pluraliteta etičkih tradicija (Deflem, 2013, str. 85). Odnosno, specifičan fokus Habermasovog rada je odnos između prava (normi) i kulture (vrijednosti) u kompleksnim multikulturalnim društvima.

[1] Habermas kao primjer navodi određene oblasti prava koje su blisko povezane sa duboko ukorijenjenim sistemima vjerovanja.

3. Dimenzije pravne validnosti

U smislu Kantove filozofija prava, validnost pravnih normi vezana je u isto vrijeme autorizovanom prinudom, ali i sa zakonima slobode (Habermas, 1996, str. 29). Dvije komponente pravne validnosti, prisila i sloboda, ostavljaju pojedincima izbor orijentacije svojih djelovanja (Habermas, 1996, str. 29). Habermas smatra da se pitanje pravne validnosti prisutne u teoriji pozitivnog prava može jedino objasniti kroz dva aspekta: (1) *de facto* validnosti ili prihvatanje i (2) legitimnost ili racionalno prihvatanje (Habermas, 1996, str. 29). *De facto* validnost je određena stepenom kojim su takve norme primijenjene, u skladu s njima postupano i koliko se može očekivati da adresati prihvate te norme (Habermas, 1996, str. 30). Za razliku od običaja i konvencija, stvoreno pravo ne oslanja se na organsku validnost već na "vještački stvoren fakticitet" baziran na prijetnji pravnom sankcijom koja se može primijeniti kroz sudski postupak (Habermas, 1996, str. 30). Legitimitet zakona je nezavisan od njegove *de facto* primjene (Habermas, 1996, str. 30). S druge strane, *de facto* validnost varira od adresatove vjere ili orijentacije u legitimnost, a ovo uvjerenje je opet bazirano na pretpostavci da se norma može opravdati (Habermas, 1996, str. 30). Ukoliko je pravni poredak manje legitiman, potrebniji su drugi faktori kao što su zastrašivanje, prisila, običaji ili drugi oblici da ga održe (Habermas, 1996, str. 30). Naravno, razlika je između legitimiteta cijelog pravnog sistema i pojedinačne pravne norme, u kojem odnosu legitimitet prvog je značajno veći (Habermas, 1996, str. 30). Habermas navodi stavove Ralfa Dreiera koji smatra da validnost pravnog sistema uključuje (1) društvenu efektivnost i (2) etičku opravdanost, a na nivou pravne norme (a) minimalnu društvenu efektivnosti i (b) minimalnu etičku opravdanost (Habermas, 1996, str. 30). Zavisno od perspektive, pravna norma predstavlja različite situacione oblike: (1) osoba koja djeluje strateški posmatrat će normu kao sociološku činjenicu koja ograničava njen prostor djelovanja i (2) komunikativno, kao obavezujuća očekivanja o kojima se pravna zajednica racionalno saglasila (Habermas, 1996, str. 31). Djelujući akter će u prvom primjeru pripisati validnost pravnoj normi zbog predvidljivih posljedica, dok će u drugom primjeru pravna norma svoju validnost bazirati na deontološkom karakteru normativnog očekivanja (Habermas, 1996, str. 31). Validnost pravne norme posmatrano zajednički kroz oba elementa znači sljedeće: pravno obavezujuće ponašanje podržano pravnom sankcijom, te njen legitimitet koji je racionalno podržan (Habermas, 1996, str. 31). Faktičnost stvaranja prava se razlikuje od pravne prinude sve dok se dozvola za nju može pratiti do nivoa "očekivanja legitimiteta" povezanog s odlukom zakonodavca, oba kontigentna i reverzibilna (Habermas, 1996, str. 33). Dakle, pozitivno pravo je obavezujuće sa obećanjem da demokratski proces stvaranja zakona opravdava pretpostavku da su donesene norme racionalno prihvatljive

(Habermas, 1996, str. 33). Na ovaj način pozitivno pravo izražava legitimnu volju koja proizlazi iz pretpostavljene racionalne samoregulacije politički autonomnih pojedinaca (Habermas, 1996, str. 33). No, važeće pravo ne može vezati svoju legitimaciju samo kroz legalnost (Habermas, 1996, str. 33). Pravni poredak ostaje utjelovljen ili u društvenom etosu ili autoritetu suprapozitivnog ili sakralnog prava, ukoliko adresati pravnih normi ne budu u stanju da shvate sami sebe kao cjelinu i kao racionalne stvaraoce pravnih normi (Habermas, 1996, str. 33). Ovaj odnos predstavlja unutrašnji odnos između fakticiteta i validnosti. No, u kompleksnom društvu drugi vanjski oblici fakticiteta utječu na normu (Habermas, 1996, str. 34). Za razliku od fakticiteta primjene prava, društveni fakticitet nije više unutrašnji vezan za legitimnost pravnog poretka (Habermas, 1996, str. 34). Normativno samorazumijevanje prava može biti negirano od strane društvenih činjenica koje utječu na pravni sistem izvana, odnosno fakticitet i validitet eksterno su povezani (Habermas, 1996, str. 34). Društvena teorija koja želi biti "kritična" ne može ostati samo na posmatranju odnosa između normi i stvarnosti iz perspektive vanjskog posmatrača (Habermas, 1996, str. 82). S tim u vezi, Habermas razdvaja dvije vrste odnosa tenzije između fakticiteta i validnosti na unutrašnji i vanjski. Ovaj drugi odnosi se na vanjsku tenziju koja postoji između normativnih zahtjeva ustavnih demokratija i fakticiteta njihovog faktičkog djelovanja (Habermas, 1996, str. 82). Unutrašnji se tiče pitanja odnosa između odnosa prava kao norme i fakticiteta ponašanja, unutrašnje tenzije i potrebe za legitimizacijom modernog pravnog sistema. Habermas racionalno rekonstruiše "samo-razumijevanje" modernih pravnih poredaka i kao početnu tačku uzima individualna ljudska prava koja pojedinci moraju dati jedni drugima ukoliko žele da legitimino regulišu svoj zajednički život kroz sredstva pozitivnog prava (Habermas, 1996, str. 82).

4. Unutrašnji odnos između fakticiteta i validnosti

Pozitivno pravo znači da svjesno stvoren okvir normi stvara umjetni sloj društvene realnosti koji postoji onoliko dugo dok ne bude ukinuto (Habermas, 1996, str. 38). No pozitivno pravo ne može biti bazirano samo na kontigenciji arbitrarnih odluka a da ne isključi kapacitet za svoju društvenu integraciju (Habermas, 1996, str. 38). Pozitivno pravo koristi obavezujuću snagu kroz saradnju na način na koji fakticitet prava formira zahtjeve za legitimacijom (Habermas, 1996, str. 38–39). Ova veza reflektuje interpenetraciju činjenično baziranog prihvatanja sa tvrdnjom o prihvatanju validnih zahtjeva, interpenetraciju koja je kao tenzija između fakticiteta i validnosti već bila ušla u prostor komunikativne akcije, te više ili manje prirodno nastale društvene poretke (Habermas, 1996, str. 39). Specifično, ova idealna

tenzija se javlja između prinudne sile prava i ideje o samoregulaciji ili pretpostavke o političkoj autonomiji ujedinjenih građana (Habermas, 1996, str. 39). Moderni pravni sistemi polaze od koncepta ljudskih prava koji građani trebaju priznati jedni drugima ukoliko želimo da se zajednički život legitimno reguliše putem prava (Habermas, 1996, str. 82), odnosno da ideje o ljudskim pravima i principima narodne suverenosti čine osnovu koja može opravdati moderno pravo (Habermas, 1996, str. 99). U teoretskim diskusijama, liberalne tradicije posmatraju ljudska prava kao izražaj moralnog individualnog samoodređenja, dok "građanski republikanizam" teži da interpretira narodni suverenitet kao izražaj etičkog samoodređenja (Habermas, 1996, str. 99). No, između njih postoji više tenzije nego komplementiranja (Habermas, 1996, str. 99). Vršenje prirodnih prava ne poznaje drugo ograničenje u odnosu na ono koje postavlja pozitivno pravo (Habermas, 1996, str. 82–83). Moderno pravo ne samo da treba da ispunjava funkcionalne zahtjeve kompleksnog društva, već i da zadovolji uslove za društvenu integraciju (Habermas, 1996, str. 83). Ona se u konačnici ostvaruje kroz obostrano razumijevanje u okviru komunikativnog djelovanja, odnosno, kroz prihvatljivost zahtjeva validnosti (Habermas, 1996, str. 83). Kako navodi stavove Ludwiga Raisera, ljudska prava su bazirana na međusobnom prepoznavanju od strane građana, koji su opet individue u privatnoj sferi i koji ih koriste, te se strateški i potencijalno javljaju kao oponenti (Habermas, 1996, str. 88). Subjekti prava uzimaju poziciju drugog i samorefleksivno poimaju sebe u perspektivi druge osobe (Habermas, 1996, str. 91). Ili, ovo je pozicija sociokognitivnog okvira (Habermas, 1996, str. 92).

Ukoliko su diskursi prostori gdje se racionalne volje mogu formirati, onda legitimitet prava u konačnici ovisi o komunikativnim dogovorima: kao učesnici u racionalnom diskursu, udruženi članovi mogu istražiti da li predmetna norma može biti u saglasnosti sa ostalim kojih se tiče (Habermas, 1996, str. 103–104). Samo one norme za djelovanje u vezi s kojima su se svi učesnici u racionalnom diskursu mogli saglasiti mogu biti validne (Habermas, 1996, str. 107). *Racionalni diskurs* bi trebao da uključi sve pokušaje za postizanje razumijevanja u vezi sa problematičnim zahtjevima validnosti (Habermas, 1996, str. 107). Norme mogu biti opravdane pozivanjem na pragmatične, etičko-političke ili moralne razloge (Habermas, 1996, str. 108). Diskursivni princip podrazumijeva obavezu i potrebu da se svi interesi učesnika uzmu u razmatranje, dok se moralni principi javljaju kao načini argumentacije (Habermas, 1996, str. 109). Posljedično, potraga za unutrašnjom vezom između narodne suverenosti i ljudskih prava sadržana je u činjenici da sistem prava precizno određuje uslove pod kojim se oblici komunikacije potrebni da genezu prava mogu pravno institucionalizovati (Habermas, 1996, str. 104). *Sistem ljudskih prava* ne može biti reduciran ni na moralna čitanja

ljudskih prava niti na etička čitanja narodne suverenosti jer se privatna autonomija građanina ne može postaviti iznad niti ispod političke autonomije (Habermas, 1996, str. 104). Normativne institucije koje su zajednički povezane s ljudskim pravima i narodnom suverenošću postižu pun efekat ukoliko se univerzalna ljudska prava za jednake slobode ne nametnu kao moralna prava koja prosto postavljaju vanjska ograničenja suverenom zakonodavcu niti su instrumentalizovana kao funkcionalni uslov zakonodavnih ciljeva (Habermas, 1996, str. 104). Kroz *sistem prava* osigurava se svakom pojedincu jednaka participacija u procesu legislacije (Habermas, 1996, str. 110). Prema Habermasu, potrebno je prevladati dihotomiju između javne i privatne sfere koja se postiže diskurs teorijom (Habermas, 1996, str. 109). Suština ljudskih prava počiva u formalnim uslovima za pravnu institucionalizaciju diskursivnih procesa formiranja mišljenja i volje u okviru kojeg narodna suverenost pretpostavlja obavezujući karakter (Habermas, 1996, str. 104). Konkretnije, princip demokratije podrazumijeva da samo oni zakoni koji su postigli saglasnost svih građana u diskursivnom procesu legislacije mogu biti pravno konstituisani (Habermas, 1996, str. 110). Participacija u praksi politički autonomnog stvaranja prava čini mogućim stanje u kojem će adresati imati korektno shvatanje pravnog poretka kao od njih stvorenog (Habermas, 1996, str. 121). Legitimno pravo je moguće s idejom pravne prinude jedino ukoliko ono ne uništi racionalne motive za pokoravanjem (Habermas, 1996, str. 121).

Sumarno, opšte pravo na jednake slobode, zajedno sa korelativnim pravima na članstvo u zajednici i garantovane pravne lijekove, uspostavljaju pravni zakonik (Habermas, 1996, str. 125). Odnosno, ne možemo govoriti o legitimnom poretku bez ovih osnovnih prava (Habermas, 1996, str. 125). No, ovako izložena ona su još uvijek u apstraktnoj formi i potrebno ih je "interpretirati" i dati im "konkretnu formu" od strane političkog zakonodavca u kontekstu promijenjenih okolnosti (Habermas, 1996, str. 125). Pravni zakonik ne može biti uspostavljen apstraktno već samo na onaj način na koji građani, koji žele da legitimno regulišu svoje zajedničke živote sredstvima pozitivnog prava, priznaju jedni drugima "specifična prava" (Habermas, 1996, str. 125). Ova posebna prava mogu jedino funkcionisati ukoliko su viđena kao eksplikacija gorespomenutih bazičnih prava, ili konkretnije, principa (Habermas, 1996, str. 125–126). Osiguravajući privatnu i javnu autonomiju balansiranu, sistem ljudskih prava operacionalizira tenziju između fakticiteta i validnosti, kao tenziju između pozitivnog i legitimnog prava (Habermas, 1996, str. 129).

5. Principi ustavne države. Ili o odnosu politike i prava

Jednaka prava članstva u dobrovoljnoj zajednici građana pretpostavljaju vremenski i prostorno određen kolektiv s kojim se članovi mogu identifikovati i kojem mogu pripisati svoje djelovanje kao dijelove cjeline (Habermas, 1996, str. 133). Takav kolektiv može konstituisati sebe kao pravnu zajednicu jedino ukoliko posjeduje centralnu vlast koja djeluje u ime svih članova zajednice (Habermas, 1996, str. 133). Država postaje neophodna u sankcionisanju, organizovanju i vršenju moći jer prava moraju biti primijenjena i izvršiva (Habermas, 1996, str. 134). Pravna zajednica ima potrebu za kolektivnim samoodržavanjem, organizovanim pravosuđem, ali i oblikovanom voljom koja treba da bude izvršena (Habermas, 1996, str. 134). Prema Habermasu, teorija diskursa objašnjava kako su javna i privatna autonomija povezane, te da pravo ne dobija svoj puni normativni sadržaj kroz pravnu formi niti kroz *a prirori* moralni sadržaj, već kroz legislativnu proceduru koja je legitimna (Habermas, 1996, str. 135). U kompleksnom društvu, narodni suverenitet nije više koncentrisan u kolektivu ili u fizički opipljivoj prisutnosti ujedinjenih građana, već jedino ima efekta kroz cirkulaciju razumno strukturisanih odluka i rješenja (Habermas, 1996, str. 136). Habermas je svjestan historijskih analiza položaja apsolutnog suverena i instrumentalne uloge prava kao forme čiji sadržaj ispunjava njegova volja (Habermas, 1996, str. 137). Posebno su značajni Hobbesovi uvidi izraženi u Levijatanu o apsolutnom suverenu, ali i Johna Austina u njegovoj komandnoj teoriji prava.

Jedino se u vrijeme modernog prava može govoriti o političkoj dominaciji razvijenoj u formi pravne vlasti kroz oblike pozitivnog prava (Habermas, 1996, str. 143). Doprinosi političke moći intrinzičnoj funkciji prava, odnosno stabilizaciji očekivanih ponašanja, "pravne sigurnosti" koja omogućava adresatima da predvide posljedice svojih i tuđih ponašanja (Habermas, 1996, str. 143). S ove pozicije pravne norme moraju biti konzistentne, razumljive, precizne, obično izražene kroz pisani tekst; moraju biti javno dostupne i spoznatljive; moraju regulisati dati set okolnosti ili "faktičnih situacija" u terminima opštih kvalifikacija i biti povezane sa pravnim posljedicama na takav način da mogu biti primijenjene na sve osobe u svim uporedivim situacijama na isti način (Habermas, 1996, str. 143–144). Ove pretpostavke su postignute pravnim kodifikacijama koje omogućavaju visok stepen konzistencije i konceptualne eksplikacije (Habermas, 1996, str. 144). S druge strane, pravo omogućava ostvarivanje intrinzičnih funkcija administrativne moći što je posebno evidentno u Hartovom konceptu prava i sekundarnim pravnim pravilima (Habermas, 1996, str. 144). Odnosno, pravo nije samo set primarnih pravnih pravila, već obuhvata organizacione norme koje postavljaju procedure prema kojima pravni programi nastaju i bivaju pred-

met upravne i sudske vlasti (Habermas, 1996, str. 144). Dakle, pravo služi za organizaciju i regulaciju moći odnosno, organizaciju vlasti i procedura (Habermas, 1996, str. 144). Kako to Habermas tabelarno prikazuje i korelativno objašnjava: (1) intrinzična funkcija moći je ostvarivanje kolektivnih ciljeva, a pravo u tom smislu služi kao oblik i način političke institucionalizacije moći i njenog vršenja; (2) intrinzična funkcija prava je stabilizacija očekivanih ponašanja, a moć politički institucionalizuje pravo (Habermas, 1996, str. 144). No, naravno, ovo ne smije voditi zaključku o balansiranom međusobnom odnosu (Habermas, 1996, str. 144–145). Ukoliko se pristupi iz selektivne funkcionalističke analize, pravo je u cijelosti definisano kroz dva elementa: (1) njegov doprinos konstituisanju vlasti i (2) ispunjavanje svojih vlastitih funkcija (Habermas, 1996, str. 145). Kako Habermas smatra, rekonstruktivna teorija pokazuje da pravo u odnosu na političku moć može imati legitimizirajuću snagu jedino ukoliko je izvor pravde (Habermas, 1996, str. 145). Poznati su stavovi sofista o pravu kao instrumentu moći koji koorespondiraju sa marksističkim i Foucaultovim razmatranjima prava kao mehanizma kontrole (Ždralović, 2016, str. 393). U tom smislu, pozitivno pravo je, kako navodi Amila Ždralović prema sofisti Hipiji, "rezultat dogovora onih koji su u društvenim strukturama moći na poziciji da dogovaraju ono što im odgovara" (2016, str. 393). Prema Platonovim stavovima izraženim u *Državi*, istorijski posmatrano, vladajuća klasa je izmislila koncepte pravde za svoje vlastite ciljeve (Tamanaha, 2001, str. 67). Marks je tvrdio da je pravo organizovana sila koja ima za cilj da štiti interese vladajuće klase (Tamanaha, 2001, str. 67). Odnosno, pogrešno bi bilo pristupati pravu iz ograničene funkcionalističke perspektive i konceptualne pretpostavke o balansiranom odnosu između političke moći i prava. U 17. i 18. vijeku kada je u Evropi pravni pozitivizam već bio u punom zamahu, filozofi racionalne koncepcije prirodnog prava bili su suočeni s realnošću da pravna vlast može biti izražena kroz normativno neopravdane zahtjeve najmoćnijeg interesa (Habermas, 1996, str. 145). Racionalno prirodno pravo, u tom smislu, razotkrilo je kontradikciju između prava kao oblika organizacije *svake* vlasti koja je samoodrživa i prava kao uslova za legitimaciju *partikularnog* političkog poretka koji se poziva na autoritet legitimnog prava (Habermas, 1996, str. 145). Gubitkom religije kao legitimizirajućeg potencijala prava, ono je postalo ovisno o odlukama političkog suverena koji je mogao određivati program administracije i sudstva a da nije bio vezan bilo kojim normama osim normama "prirodnog razuma" (Habermas, 1996, str. 145–146). Kao rezultat ovog saznanja, teoretičari racionalnog prirodnog prava pokušali su popuniti ovu prazninu između instrumentalno shvaćene moći i instrumentalizovanog prava kroz izvore praktičnog uma (Habermas, 1996, str. 146). Prema Habermasu, diskurs teorija daje drugačije objašnjenje i stvaranje legitimnog prava podrazumijeva uključivanje komunikativne slobode građana (Haber-

mas, 1996, str. 146–147). Da bi se ostvario koncept diskurs teorije prava, a u kontekstu ustavne države, potrebno je ispuniti sljedeće uslove:

(a) posebno tumačenje pojma narodne suverenosti koji podrazumijeva da sva politička vlast proizlazi iz komunikativne snage cijelog društva (Habermas, 1996, str. 169–170). Idealno posmatrajući, to podrazumijeva uspostavljanje institucija i procedura putem kojih će svi zahtjevi i interesi građana biti u mogućnosti da budu izneseni i razmotreni u okviru diskursa (Habermas, 1996, str. 170). Praktično, ovo se ostvaruje kroz parlamentarni princip kojim se uspostavljaju različita tijela u okviru kojih su predstavljeni građani (Habermas, 1996, str. 170);

(b) princip sveobuhvatne pravne zaštite za sve individue koja je garantovana nezavisnim pravosuđem (Habermas, 1996, str. 171–172);

(c) princip pravnog regulisanja i ograničavanja administracije podrazumijeva centralno mjesto u odvajanju i balansiranju moći (Habermas, 1996, str. 173). Ovo podrazumijeva da su njen položaj i djelovanje regulisani pravom: administracija nema vlastiti pristup određenju normativnog sadržaja premisa kojima podupiru svoje odluke (Habermas, 1996, str. 173). Odnosno, ne može uticati ili zamijeniti procese donošenja zakona i njihovu sudsku primjenu (Habermas, 1996, str. 173);

(d) princip odvajanja država i društva je u njemačkoj ustavnoj tradiciji interpretiran kroz linije koncepta *pravne države* (*Rechtsstaat*) (Habermas, 1996, str. 174). Čitajući u opštijim terminima, ovaj princip podrazumijeva postojanje civilnog društva kao mreže dobrovoljnih asocijacija (Habermas, 1996, str. 175). Od civilnog društva se očekuje da apsorbuje i neutralizuje nejednaku distribuciju društvenih pozicija na način da se društvena moć manifestuje samo u obliku upravljanja građanskom autonomijom, a ne njenim ograničenjem (Habermas, 1996, str. 175).

Uspostavljena kroz navedene principe, ustavna država u konačnici treba da služi političkoj autonomnoj samoorganizaciji političke zajednice koje se formirala na bazi sistema jednakih prava kao asocijacija jednakih i slobodnih građana koji svoje odnose regulišu pravom (Habermas, 1996, str. 176). Konkretno, ovako konstituisana ustavna država treba da omogući komunikativnoj moći racionalno formirane volje da nastane i pronađe obavezujući način u političkim i pravnim programima (Habermas, 1996, str. 176). S druge strane, treba da omogući njenu cirkulaciju kroz društvo kroz razumnu primjenu i administrativnu primjenu pravnih programa na način da podstiče društvenu integraciju (Habermas, 1996, str. 176). Odnosno, ustavna država

institucionalizira javnu upotrebu komunikativne slobode, ali i reguliše konverziju komunikativne moći u administrativnu (Habermas, 1996, str. 176).

6. Refleksivna metodologija i dualna priroda prava

Bez namjere da ulazim u detalje analize Habermasovih osvrta na sistemsku teoriju Niklasa Luhmanna, teoriju pravde Johna Rawlsa i teoriju prava Ronalda Dworkina, u ovom dijelu osvrnut ću se na njegovu analizu vanjskog odnosa fakticiteta i validnosti. Ono što čini suštinu stava u vremenu postmetafizičke filozofije jeste da se u pluralističkim društvima može očekivati da teorija pravde bude prihvaćena od strane građana jedino onda kada i ukoliko izbjegne biranje strane u konkurirajućim formama života i pogleda (Habermas, 1996, str. 60). Pitanje validnosti postaje i mnogo značajnije imajući u vidu i vodeći se zaključcima Marksovih analiza prava kao političke suprastrukture koja leži na ekonomskoj bazi društva: pravo je ideološki razotkriveno u svojoj instrumentalnoj ulozi u korist jedne klase (Habermas, 1996, str. 43–46). U mnogim teoretskim, ali i praktičnim razmatranjima pokazalo se da javna upotreba uma ne vodi do racionalno motivisanog sporazuma (Habermas, 1996, str. 60). Razlozi za ovo leže u činjenici "opterećenja uma", opterećenja koja idealni karakter racionalnih zahtjeva nameću ograničenom razumu (Habermas, 1996, str. 60). U praktičnom diskursu, postoji i dodatni faktor da pitanja o dobrom životu mogu razumno biti odgovorena samo u okviru horizonta života koji se već pretpostavlja kao validan (Habermas, 1996, str. 60–61). Teorija prava skrojena za moderno društvo mora računati na jednako vrijedne ali različite forme života i u Rawlsovoj teoriji pravde ograničiti se na uski prostor tzv. "preklapajućeg konsenzusa" ali omogućiti i međusobno prepoznavanje kroz "refleksivni ekvilibrijum" (Habermas, 1996, str. 59, 61). Kako Habermas čita Ronalda Dworkina, u postavljanju deontoloških prioriteta ljudskih prava nad dobrima, on želi jednu "liberalnu" etiku za pluralistička društva (Habermas, 1996, str. 63). Ova etika bi trebala biti dovoljno formalna da bi bila u stanju da ide uz nesporazume koji se mogu razumno očekivati iz preferiranih životnih stilova, ali i dovoljno supstancijalna da konstituiše motivacionu bazu za implementiranje apstraktnih liberalnih principa (Habermas, 1996, str. 63). No, filozofski diskursi o pravdi propuštaju uzeti u obzir i institucionalnu dimenziju prema kojoj je sociološka dimenzija o pravu usmjerena od samog početka (Habermas, 1996, str. 66). Bez uvida o pravu kao empirijskom sistemu djelovanja, filozofski koncepti ostaju prazni na isti način na koji insistiranje na potpuno objektivnom pristupu izvana ostaje neosjetljivo na simboličku dimenziju čije značenje je jedino dostupno iznutra (Habermas, 1996, str. 66). Kako navodi Habermas, pristupi Maxa Webera i Talcotta Parsonsa posebno su svjesni ove opasnosti

(Habermas, 1996, str. 66). Oni djeluju kroz predstavu da ideje i interesi (Weber) ili kulturne vrijednosti i motivi "interpenetriraju" u društveni poredak (Habermas, 1996, str. 66). Ovi pristupi razumijevaju institucionalno djelovanje kao selektivnu realizaciju kulturnih vrijednosti u ograničenim situacionim uslovima (Habermas, 1996, str. 66). No, nijedan stabilan društveni poredak ne može nastati iz kontigentnih sukoba različitih očekivanih interesnih pozicija i konkurirajućih proračuna uspjeha (Habermas, 1996, str. 67). Kako Habermas slijedi stavove Émila Durkheima, a da bi objasnio formiranje i stabilnost uspostavljenih obrazaca ponašanja, navodi da u svakoj zajednici postoji uspostavljen konsenzus o setu intersubjektivno prepoznatih vrijednosti koje orijentišu pojedince (Habermas, 1996, str. 67). Vanjski posmatrač bi snagu normativnih zahtjeva posmatrao kao prinudu, ukoliko ih sa unutrašnjeg aspekta ne bi učinili vlastitom moralnom snagom (Habermas, 1996, str. 67). Prema Parsonsu, institucionalizovane vrijednosti moraju korespondirati sa internalizovanim vrijednostima (Habermas, 1996, str. 67). Odnosno, da bi adresati bili dovoljno motivisani da usklade svoje ponašanje s normom na prosječnom nivou, vrijednosti inkorporisane u normu moraju biti internalizovane (Habermas, 1996, str. 67). Iako su, u Weberovom smislu, motivi koji čine mogućim predviđanje drugih nebitni, opravdana pretpostavka "legitimnog poretka" mora barem biti među tim motivima (Habermas, 1996, str. 68). Ovaj poredak postoji na konsenzusu vrijednosti u onom obimu u kojem ideje ili vrijednosti inkorporisane u njega moraju biti intersubjektivno prepoznate (Habermas, 1996, str. 68). No, legitimni poredak nije baziran jedino na normativnom konsenzusu međupersonalnog sporazuma kroz internalizaciju odgovarajućih vrijednosti, već je očekivanje legitimiteta društvenog poretka stabiliziovano konvencijama ili pravom (Habermas, 1996, str. 68). Interesi mogu biti zadovoljeni na dugi rok kroz generalizovana očekivanja određenog ponašanja samo ukoliko su interesi povezani sa idejama koje opravdavaju normativne zahtjeve validnosti (Habermas, 1996, str. 69). S druge strane, ideje mogu postići širu empirijsku prihvaćenost samo ukoliko su povezane sa interesima koji im daju motivacionu snagu (Habermas, 1996, str. 69). Ovakav način posmatranja daje metodološku osnovu za analizu legitimnih poredaka "odozdo" i "odozgo", a rekonstruktivna sociologija treba uvažiti oba pristupa (Habermas, 1996, str. 69). Sociološko posmatranje prava na ovaj način može naučiti iz filozofskih diskursa o pravdi, te u isto vrijeme transcendentirati limite takvih normativnih diskursa (Habermas, 1996, str. 69). Pozitivizacija posmetafizičkog prava podrazumijeva da pravni poreci mogu biti konstruisani i dalje, mogu se razvijati jedino u svjetlu racionalno opravdanih univerzalnih principa (Habermas, 1996, str. 72).

Pozitivizacija prava nužno rezultira iz racionalizacije njegove osnove validnosti (Habermas, 1996, str. 76). Kao rezultat, moderno pravo može stabi-

lizovati očekivana ponašanja u kompleksnom društvu sa strukturalno različitim "svjetovima života" i funkcionalno nezavisnim supsistemima jedino ukoliko se pravo javi kao zamjena za "socijetalnu zajednicu", koja se transformisala u civilno društvo i koja može naslijediti zahtjev za solidarnost u apstraktnoj formi prihvatljivog zahtjeva za legitimnost (Habermas, 1996, str. 79). Vodeći se dalje linijom argumentacije Talcotta Parsonsa, Habermas navodi da je u razvoju civilnog društva kao društvene baze za javne i inkluzivne procese formiranja mišljenja i volje slobodno udruženih pojedinaca, izražen značaj jednakih mogućnosti za obrazovanje (Habermas, 1996, str. 76), ili, uopštenije govoreći, oslobađanje znanja od klasnih struktura (Habermas, 1996, str. 76).

Konačno, Habermas posmatra pravo (tj. moderno pravo) u dvojakom smislu: (1) kao pravo koje traži svoj legitimitet u terminima mogućeg opravdanja i (2) kao pravo koje je obavezujuće u svojoj interpretaciji i provedbi (Habermas, 1996, str. 79). Pravo je dvije stvari u isto vrijeme: (1) sistem znanja i (2) sistem djelovanja (Habermas, 1996, str. 79). Jednako je moguće shvatiti pravo kao tekst sastavljen od pravnih odredbi i njihovih tumačenja, te shvatiti instituciju: kao kompleks normativno regulisanih djelovanja (Habermas, 1996, str. 79). Motivacije i vrijednosne orijentacije su povezane s pravom kao sistemom djelovanja, te pravne norme imaju direktan efekat na akcije na način na koji moralne prosudbe nemaju (Habermas, 1996, str. 80). S druge strane, visok stepen racionalizacije povezan s pravnim institucijama razlikuje ove od kvaziprirodnih institucionalizovanih poredaka (Habermas, 1996, str. 80). S ovim konceptom prava, filozofska analiza stvara mostove za empirijsku analizu koja ima "dualnu dimenziju" (Habermas, 1996, str. 80). Ovaj koncept treba izbjeći vraćanje holističkom konceptu društva (Habermas, 1996, str. 80). Socijalizovani pojedinci ne mogu se održati kao subjekti bez podrške u vezama recipročnog priznavanja koji su artikulisani kulturalnim tradicijama i stabilizovani u legitimnim porecima, i *vice versa* (Habermas, 1996, str. 80). S pozicije teorije komunikativnog djelovanja može se tvrditi da podsistem "pravo", kao legitiman poredak koji je postao refleksivan, pripada socijetalnoj komponenti "svijeta života" (Habermas, 1996, str. 80). Shvaćen ovako, reprodukuje se samo zajedno s kulturom i strukturama ličnosti kroz tok komunikativnog djelovanja (Habermas, 1996, str. 80–81). Tako i pravno djelovanje konstituiše medijum kroz koji se institucije prava reprodukuju uporedo s intersubjektivnim dijeljenim pravnim tradicijama i individualnim kompetencijama za tumačenje i posmatranje pravnih pravila (Habermas, 1996, str. 81). Kao dio socijetalne komponente, pravna pravila konstituišu viši stepen legitimnog poretka, ali su istovremeno predstavljena kroz druge dvije komponente "svijeta života": pravnog simbolizma, i kao tražene kompetencije kroz pravnu socijalizaciju (Habermas, 1996, str. 81).

Sve tri komponente dijele dio u produkciji pravnog djelovanja (Habermas, 1996, str. 81). Pravo ne može biti u konfliktu s posttradicionalnim idejama života i idejama pravde (Habermas, 1996, str. 99). Razlozi koji su pogodni za legitimizaciju prava moraju biti harmonizovani s principima univerzalne pravde i solidarnosti (Habermas, 1996, str. 99). Također, razlozi trebaju biti harmonizovani s etičkim principima svjesno projektovanog života za koje subjekti preuzimaju odgovornost kao individue ali i kao članovi kolektiva (Habermas, 1996, str. 99).

7. Osvrt na Habermasovu filozofiju prava

Habermasova filozofija prava uviđa probleme s kojima se suočava moderno pravo u kompleksnim društvima: razlikama između legalnosti i legitimnosti, između validnosti i fakticiteta, između "jeste" i "trebanja", između potrebe za pravnim pravilima koja posjeduju unutrašnji stav prihvatanja i validnim pravnim normama koje nužno ne posjeduju tu osobinu. Čista teorija prava Hansa Kelsena suštinski ne razmatra ove probleme te strogo odvaja polje sociološkog i dogmatskog proučavanja prava. Hartov koncept se približava sociološkom, no i dalje centralno mjesto njegovog rada je municipalno, unutrašnje, pravo države. Habermasov doprinos je u akcentiranju značaja mirenja između validnosti i faktičnosti gdje filozofija prava pored deskripcije pravnog sistema treba biti kritički orijentisana. Ovo je naravno logičan slijed njegove odanosti Frankfurtskoj kritičkoj školi. Metodološki pristup proučavanju prava je nužno interdisciplinaran u okviru kojeg saznanja različitih disciplina pomažu utvrđivanju empirijske faktičnosti prava, dogmatske validnosti i vrijednosti za njegovu kritičku evaluaciju. Nijedna ozbiljnija teorija prava ne može zanemariti ove tri dimenzije. Na praktičnom nivou, prihvatanje samo jedne kao dominantne čini se neuvjerljivom. Dodatno, Habermasov značaj je u uviđanju dvije dimenzije i tenzije: (1) unutrašnje tenzije između validnosti i fakticiteta te (2) vanjske tenzije između validnosti i fakticiteta. Oba prostora su značajna i predstavljaju prostor moguće penetracije sve tri dimenzije. Osim dogmatskog i konceptualnog, teorija pozitivnog prava ne daje odgovor na pitanje faktičnosti i pitanje kritičke evaluacije. Ona to i ne može jer nema metodološkog načina da da odgovor na takva pitanja. Habermas pozicionira mirenje između fakticiteta i validnosti u okviru teorije komunikativnog djelovanja. U kontekstu unutrašnje tenzije, mirenje između privatne i javne autonomije se postiže sistemom ljudskih prava. Iako je njegov koncept sistema ljudskih prava teoretski, preveden na jezik pozitivnog prava i konceptualne analize, on veoma lako može postati prostorom evaluacije prava. U praktičnom smislu, sistem međunarodnog prava ljudskih prava postao je prostor kritičke evaluacije unutrašnjih pravnih sistema, ali

i praksi, bilo administracije bilo sudstva. Pojam ljudskog dostojanstava koji u filozofiji i dalje nema jedinstveno značenje, kao dio pozitivnog prava i kao pravni princip, predstavlja osnovu unutrašnje evaluacije prava. S druge strane, njegov koncept ustavne države miri odnos vanjske tenzije između fakticiteta i validnosti, odnosno moći i prava. Odnos između prava i moći je fokus interesovanja i kritičkih pravnih studija. Kako i Habermas tvrdi, pogrešno je tvrditi da su pravo i moć *a priori* u balansiranom odnosu, već je nužno stvoriti pretpostavke kroz ustavnu demokratsku državu koja će i realno ostvariti balansirani odnos.

Značaj Habermasove filozofije prava je i metodološki jer predlaže jedan interdisciplinarni pristup. Kako i sam navodi, bez uvida u empirijsko djelovanje prava, filozofski koncepti ostaju prazni (Habermas, 1996, str. 66). No, ovo nisu samo Habermasovi stavovi, već i stavovi, u ograničenom obimu, Eugena Ehrlicha, Maxa Webera, Talcotta Parsonsa i drugih. Refleksivna filozofija prava je prihvaćeni oblik razmatranja odnosa između prava i društva koja se nalazi i kod Denisa Galligana a svoj metodološki osnov nalazi u analitičkoj filozofiji prava Herberta Harta i sociologije prava Maxa Webera. Ovo posmatranje nije dovoljno ukoliko želimo imati i filozofiju prava koja ima evaluacijski kapacitet. S tim u vezi, pitanje funkcije, ili prava kao instrumenta određene vrijednosti je naredni nivo posmatranja. No, da ne bismo zapali u metafizička razmatranja sadržaja vrijednosti, pragmatička filozofija daje listu paluzabilnih i primjenljivih vrijednosti. Na praktičnom nivou, pozitivno pravo uvodi vrijednosti kroz pravne principe formulisane kao vrijednosti ljudskog dostojanstva, socijalne pravde, jednakosti i slobode. Kao pravni principi oni su osnov unutrašnje evaluacije prava. I kao pravni principi postaju evidentni oku analitičke jurisprudencije i argument za širenje metodološkog osnova posmatranja filozofije prava.

Da zaključim, Habermasovi uvidi su značajni za uviđanje: (1) potrebe za interdisciplinarnim proučavanjem prava; (2) tenzija između unutrašnje i vanjske validnosti i fakticiteta; (3) potrebe za empirijskim proučavanjem prava kao osnovom za filozofsku refleksiju; (4) nužnosti kritičke evaluacije prava i (5) da se odgovori za rješenje ovih problema mogu dati u okviru teorije komunikativnog djelovanja.

Bibliografija

1. Deflem, M. (2013). The Legal Theory of Jürgen Habermas. In R. Banakar i M.Travers (ur.). *Law and Social Theory*, Second Edition. (str. 70–95). Oxford, UK: Hart Publishing.

2. Habermas, J. (1981/1984). *The theory of communicative action: Reason and the rationalization of society*, 2 vols. Boston: Beacon Press.
3. Habermas, J. (1996). *Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: The MIT Press.
4. Regh, W. (1996). Translator's Introduction. In J. Habermas. Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy (str. ix–xxxvii). Cambridge: The MIT Press.
5. Tamanaha, B. Z. (2001). *A general jurisprudence of law and society*. Oxford: Oxford University Press.
6. Ždralović, A. (2016). Socijalno-politička učenja starije sofistike. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu,* LIX, 391–410.

Dr. Damir Banović
Assistant professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
d.banovic@pfsa.unsa.ba

PHILOSOPHY OF LAW OF JÜRGEN HABERMAS: COMMUNICATIVE THEORY OF LAW IN THE FRAMEWORK OF SOCIAL THEORY OF COMMUNICATIVE ACTION

Summary

The work of Jürgen Habermas has influenced Anglo-American legal theorists of sociological-legal orientation, especially his book "between Facts and Norms". This influence is visible in the works of Roger Cotterrell, Brian Tamanaha, Denis Galligan and William Twining who were inspired by his work, among other things, to attempt to modify the analytical jurisprudence of Hart type. His work represents the observation of the relation between facticity and validity on a higher level of theoretic abstraction in the context of modern state and modern law, with an indispensable dialectic relation and reflexive theory. The paper analyses the preferences of Habermas' philosophy of law set within his theory of communicative action, and two ways of observing the relation between legality and facticity; external and internal. The paper also provides concluding considerations on the significance his approach had on the development of a reflexive theory of law which observes law through its dual nature.

Keywords: *theory of communicative action, reflexive theory of law, legality and facticity*

Dr. Džamna Duman
Docentica
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
dz.duman@pfsa.unsa.ba

UDK 347.635
Pregledni naučni rad

DRŽAVA KAO "NACIONALNI RODITELJ": ZABRANA TJELESNOG KAŽNJAVANJA DJECE

"Kako može biti tako teško donijeti zakon da roditelji ne mogu udarati svoju djecu?"[1]
(pitanje koje je postavila Julia, trinaestogodišnja djevojčica iz Švedske)

Sažetak

U pothvatu harmoniziranja temeljnih sadržaja nacionalnih porodičnih prava pitanju neodgovornog roditeljstva, a prije svega zanemarivanju i zlostavljanju djeteta, dodijeljena je naročita važnost. To je jedan od razloga za izbor teme rada, a njegov cilj je razmotriti roditeljsku odgovornost kao pravni termin koji uključuje uravnotežen odnos roditeljskih prava i dužnosti prema djetetu. Prevencija mogućih posljedica neodgovornog roditeljstva, te zaštita prava djeteta u takvim slučajevima, jest odgovornost svih činitelja društvenog poretka. Uspostavljanje ravnoteže između odgovarajućih interesa djece, roditelja i države dugo vremena je bilo protivrječno pitanje u raspravama o porodičnom pravu. Je li pravo roditelja na primjenu prisile korištenjem tjelesnog kažnjavanja u cilju realiziranja odgovornosti za odgoj i obrazovanje djece ikada moglo biti neograničeno? Ako je odgovor na upravo postavljeno pitanje negativan, slijedi dodatno pitanje: Kako i čime je ograničeno ovo pravo roditelja? Tu ravnotežu je, kako se zna, teško postići. Ipak, njeno postizanje je bitan sadržaj svih napora na unapređivanju političkog i pravnog poretka jedne zemlje. Upravo zbog toga, izričita zabrana tjelesnog kažnjavanje djece jeste presudno važno pitanje u Bosni i Hercegovini.

Ključne riječi: *prava djeteta, roditeljska odgovornost, zabrana tjelesnog kažnjavanja djece*

[1] Vidjeti: Bahr (2018).

1. Uvod

Prava roditelja su, do polovine dvadesetog stoljeća, bila središnja kategorija u razumijevanju i određivanju odnosa roditelja i djece. Roditelji, a prije svega otac, smatrani su presuđujućim subjektom tog odnosa, dok je dijete bilo uglavnom objekt roditeljske volje, pri čemu su njegova prava bila srazmjerna njegovoj tjelesnoj i mentalnoj nemoći. U posljednjem stoljeću događa se bitan zaokret upravo u tom odnosu. Prava djeteta kao nositelja ljudskog dostojanstva i njegov najbolji interes postaju sve presudniji u zasnivanju i provođenju teorije i prakse odnosa roditelja prema djeci te cijelog političkog, kulturnog i ekonomskog okruženja.

Roditeljska odgovornost je pravni termin koji uključuje uravnotežen odnos roditeljskih prava i dužnosti prema djetetu. Prevencija mogućih posljedica neodgovornog roditeljstva, te zaštita prava djeteta u slučaju kada je time ugroženo, jest odgovornost svih činitelja društvenog poretka. Uspostavljanje ravnoteže između odgovarajućih interesa djece, roditelja i države dugo vremena je bilo protivrječno pitanje u raspravama o porodičnom pravu. Tu ravnotežu je, kako se zna, teško postići. Ipak, njeno postizanje je bitan sadržaj svih napora na unapređivanju političkog i pravnog poretka, pa tako i presudno važno pitanje u Bosni i Hercegovini.

U novijem dobu dobrobit djeteta postaje sve više mjera odgovornosti roditelja. Zato su svi oblici ponašanja prema djetetu, i u privatnom i u javnom prostoru, određivani na osnovi teorije o ljudskim pravima. To dovodi do mijenjanja odnosa prema odgovornosti roditelja iz koje proistječe i pravo korištenja prisile, zastrašivanja i tjelesnog kažnjavanja.

Budući da je najbolji interes djeteta preovlađujući princip kod određivanja kome dati veće pravo, jasno je da i u odnosima roditelj – dijete taj princip bez pogovora mora biti odlučujući. U slučajevima kada roditelji na bilo koji način ugrožavaju djetetov najbolji interes, a neupitno je da je njegov interes odrastanje u cilju postizanja punih mentalnih i fizičkih sposobnosti, država se mora pojaviti kao nacionalni roditelj (*parens patriae*).

Historijski i etimološki, latinski termin *parens patriae* se odnosi na neupitnu odgovornost vlade i pravosuđa da štiti pojedince koji se sami ne mogu zaštititi, niti se o sebi brinuti.[2] Prema Davidu Archardu, "država ima ulogu *parens patriae* da zaštiti interese djece (…) u osiguranju da generacije djece odrastaju da postanu odgovorni odrasli (…) Država ima dužnost da kao

[2] Više vidjeti na https://www.merriam-webster.com/legal/parens%20patriae, te u slučaju *Kent v. United States* (1966).

nacionalni roditelj štiti interese djece kada su oni nezaštićeni, ali isto tako mora štititi i opće interese u osiguranju stabilnog društva i države."[3] Prema doktrini *parens patriae* država štiti interese kao što su zdravlje i dobrobit, ukoliko postoji prijetnja da će biti ugroženi ili su već ugroženi, pa je intervencija države nužna.[4]

Kao nacionalni roditelj država se pojavljuje u krajnjoj instanci – u slučajevima kada roditeljske odgovornosti drugih nema, u slučajevima zloupotrebe roditeljske odgovornosti, ali i u svim drugim slučajevima kada su interesi djeteta nezaštićeni. U Bosni i Hercegovini ne postoje propisi kojima je izričito zabranjeno tjelesno kažnjavanje djece. Upravo zbog toga država Bosna i Hercegovina mora svoju ulogu nacionalnog roditelja opravdati urgentnim usvajanjem propisa kojima se zabranjuje tjelesno kažnjavanje djece u svim sferama.

2. Roditeljska odgovornost i tjelesno kažnjavanje

U pothvatu harmoniziranja temeljnih sadržaja nacionalnih porodičnih prava u Evropskoj uniji pitanju neodgovornog roditeljstva, a prije svega zanemarivanju i zlostavljanju djeteta, dodijeljena je naročita važnost.[5] Prostor realiziranja roditeljske odgovornosti je uglavnom kuća ili prostor privatnosti. Dijete nema gotovo nikakve moći da od svojih roditelja zahtijeva realiziranje

[3] O ulozi države kao nacionalnog roditelja vidjeti više u Archard (2003).

[4] O "reproduktivnoj ulozi države" i vezi s doktrinom *parens patriae* vidjeti više u Archard (2003, str. 118–167).

[5] Polazeći od navedene potrebe da porodična prava pojedinih država budu upoređena, te u svakom od njih određeni oni sadržaji koje je moguće tretirati kao zajedničku osnovu i polazište harmoniziranja, 21. septembra 2001. godine organizirana je Komisija za evropsko porodično pravo (*The Commission on European Family Law* – CEFL). U Komisiju su bili uključeni stručnjaci iz 22 države članice. Njihov zadatak je bio da, na osnovu komparativnih istraživanja porodičnih prava u zemljama Evropske unije, artikuliraju principe porodičnog prava. Očekuje se da bi ti principi mogli utjecati na dugoročni proces harmoniziranja porodičnih prava, ali u procesu reformi svakog od njih, i to tako da bude osigurana konvergencija s obzirom na te principe i prema njima. Principi evropskog porodičnog prava u vezi s roditeljskim odgovornostima (*Principles on Parental Responsibilities*)
Poglavlje 5 Principa bavi se sadržajem roditeljskih odgovornosti (3:19–3:29) i to u dva odjeljka. U odjeljku A promatrana su ličnost i imovina djeteta (3:19–3:24), i to u šest principa: briga, zaštita i obrazovanje; stanovanje; preseljenje; upravljanje imovinom djeteta; ograničenja i zakonsko zastupanje. Ovdje je glavna pažnja dodijeljena prepoznatljivom karakteru djeteta i razvojnim potrebama. Također postoji potpuna zabrana tjelesnog kažnjavanja ili bilo kakvog drugog ponižavajućeg postupanja – Princip 3:19. st. 2 *Dijete ne smije biti predmet tjelesnog kažnjavanja ili bilo kakvog drugog ponižavajućeg tretmana.*

njihove odgovornosti kao svog nepovredivog prava. S druge strane, roditelji imaju moć da tu odgovornost realiziraju, ali i da nametnu posve suprotne uvjete života djeteta u usporedbi s uvjetima koji proistječu iz odgovornog roditeljstva. Ti uvjeti se raspoređuju od zanemarivanja djeteta pa do najgorih oblika zlostavljanja. Nikakav oblik kažnjavanja nije prihvatljiv, jer bi značio da je pravo jednog, u ovom slučaju roditelja, apsolutizirano, a pravo drugog, u ovom slučaju djeteta, poniženo.

Prema tome, roditeljska odgovornost je u stalnoj opasnosti preinačenja u roditeljsku neodgovornost, što je moralno i pravno neprihvatljiv oblik ponašanja prema drugom čovjeku. Ti oblici ponašanja su najosjetljivije i najranjivije mjesto ukupne ljudskosti, što znači cijelog društva. Nema ni pojedinca, niti bilo kojeg oblika društvene organiziranosti čiju bi odgovornost za različite oblike zanemarivanja djeteta i nasilja prema njemu bilo moguće opravdati. Tako, nasuprot roditeljske odgovornosti je roditeljska neodgovornost. Sve što je definirano terminom roditeljska odgovornost sa svim utvrđenim sadržajima koje ono obuhvata, mora biti razmotreno u odnosu na zanemarivanje i kršenje tih sadržaja, što je obuhvaćeno terminom "roditeljska neodgovornost".

Ovdje će biti razmotrena neka od uobičajenih tumačenja primjene roditeljske moći u odnosu na dijete koje tu moć nema, što je često tumačeno kao pravo roditelja u postizanju željenih ciljeva koji su određeni kao opća dobrobit djeteta. Potpuni tjelesni i mentalni integritet djeteta je pojam koji nije isključiv ni u jednom razdoblju djetinjstva. Odgovorno roditeljstvo u svakom času priznaje nepovredivost tog integriteta. Neodgovorno roditeljstvo ugrožava taj integritet, nanosi mentalne i tjelesne povrede koje bitno ugrožavaju dobrobit djeteta. Mnoga od ponašanja roditelja mogu proizvesti i vidljive i nevidljive posljedice na taj integritet i uticati na ličnost u cjelini njenog života.

Kažnjavanje radi discipliniranja, naročito nanošenjem tjelesne boli i/ili straha, jest uzvraćanje za krivicu, ili radi sprečavanja nepoželjne pojave i ispravljanja nečeg što već postoji. U slučajevima kada je tjelesno kažnjavanje pravdano, iznose se razlozi i ograničenja njegove primjene: svako razmatranje o kažnjavanju u slučaju realiziranja odgovornosti za dobrobit djece mora uključiti jasnu svijest o svrsi, pri čemu očekivana dobit od primjene takvih sredstava discipliniranja mora svojom vrijednošću nadilaziti nanijetu štetu, ozljedu i slično. Postizanje istog cilja moguće je i podsticanjem djeteta darom i drugačijim načinima koji su uključeni u pedagogiju ili optimalno realiziranje odgovornosti roditelja i društva za odgoj i obrazovanje djeteta.

Kažnjavanje i nagrada su uključeni u religijska shvatanja čovjekovog dobra. Kao slobodno biće čovjek je u neprestanoj mogućnosti da bira između zla i dobra te lijepog i ružnog. Svaki od tih izbora je ili pravedan ili nepravedan. Čovjek je odgovoran za pravedno suđenje. To znači za govorenje i pokazivanje istine. Suđenje je na osnovi istine, pa su i kažnjavanja i nagrađivanja na osnovi istine.

Kako je već istaknuto, odnos roditelja i djeteta uključuje odnos odgovornog i moćnog prema nemoćnom. Odgovoran i moćan ima veću dužnost prema djetetu nego dijete prema njemu. Da bi bio postignut cilj odgoja i obrazovanja, potrebno je da se dijete potčini zahtjevima, podukama i uputama roditelja. Ali, temeljno etičko načelo je: "Nema poslušnosti do u onome što je dobro." (Bukhari, 1985, str. 193–194). Kada god roditelj koristi svoju moć, bilo u kažnjavanju ili darivanju, dobro djeteta mora biti cilj tog odnosa. Svako drugačije korištenje tih mogućnosti je nasilje, pa ničim ne može biti opravdano u okviru tradicijske etike.

Realiziranje prava roditelja prema djeci i djece prema roditeljima, pretpostavlja raspolaganje odgovarajućim sredstvima. Da bi prava bila realizirana, potreban je autoritet onog koji je za njih odgovoran. Kada je otpor realiziranju prava bio takav da su ona ugrožena, u tradicijskom naslijeđu, a naročito u dobu prije određenja i prihvatanja pojma djetinjstva, bili su korišteni različiti oblici prisile uz zastrašivanja i tjelesna kažnjavanja. Čini se da nema tradicije u kojoj tjelesno kažnjavanje nije korišteno kao način realiziranja zadanog cilja u odgoju i obrazovanju djece. U tradicijskim školama Bosne i Hercegovine batinjanje je bilo korišteno kao pedagoška mjera (Ćurić, 1983, str. 36–38).

I tu, kao i u svakom drugom slučaju, postavlja se pitanje: Je li pravo roditelja na primjenu prisile korištenjem tjelesnog kažnjavanja u cilju realiziranja odgovornosti za odgoj i obrazovanje djece ikada moglo biti neograničeno? Ako je odgovor na upravo postavljeno pitanje negativan, slijedi dodatno pitanje: Kako i čime je ograničeno ovo pravo roditelja?

Ključna postavka prirodnog prava je da su ljudi jednakih prirodnih mogućnosti te posljedično i jednakih prava i dužnosti, neovisno o njihovom rasnom, kulturnom ili civilizacijskom pripadanju.

Svako dijete se rađa s nepovredivom prirodom ili ucijepljenošću u Biće (Mahmutćehajić, 2012, str. 42–55). Zato je njegovo ljudsko dostojanstvo nepovredivo. Nikakvo pravo na kažnjavanje ne može otkloniti, a prema tome ni ugroziti to samim rođenjem zagarantirano dostojanstvo čovjeka. Kada je tje-

lesno kažnjavanje primjenjivano, pravdano je dužnošću roditelja, staratelja ili društvene zajednice da djetetu osigura odgovarajući odgoj i obrazovanje, te zaštitom od različitih oblika ugrožavanja javnog dobra. Zato je moguće u svim tradicijskim kulturama jasno odrediti različite oblike ugrožavanja ljudskosti neograničenim korištenjem tjelesnog kažnjavanja u realiziranju odgovornosti za dobrobit djeteta.

Kada je riječ o Ibrahimovskim religijama – judaizmu, kršćanstvu i islamu – historija odnosa prema djeci u njima je ispunjena različitim gledanjima na korištenje kažnjavanja u usmjeravanju i discipliniranju djece radi postizanja njihove dobrobiti i dobrobiti društva. U bosanskoj kulturi među svima je proširena izreka: "Šipka je iz raja". Tu izreku moguće je povezati s poznatim i često navođenim stavom iz Biblije: "Tko štedi šipku mrzi svoga sina, a tko ga voli na vrijeme ga opominje." (Mudre izreke, 13:24).

Pođe li se od postavke da je dijete samim činom začeća otvoreno za realiziranje ljudske savršenosti, te da mu u cijelom razdoblju djetinjstva nedostaju tjelesne i mentalne moći, odgovornost roditelja jeste usmjeravanje i podučavanje djeteta da preuzme odgovornost punopravnog člana društva.

Ako su dobro i zlo stalna mogućnost izbora pred svakim čovjekom, te pristajanje uz dobro, odraženi u nagrađivanju ili kažnjavanju, svako kažnjavanje djeteta koje proistječe iz primjene tjelesne i mentalne moći odrasle osobe nad tjelesno i mentalno neodraslim djetetom mora biti smatrano nasiljem. Na odgovornom roditelju je zadaća da svoju odgovornost projektira u osposobljavanje djeteta za shvatanje posljedica izbora između zla i dobra, istine i laži, lijepog i ružnog.

Tjelesno kažnjavanje djeteta, bez obzira na to da li se ono provodi u privatnom ili javnom prostoru, narušava njegovo ljudsko dostojanstvo s dalekosežnim posljedicama na njegov tjelesni i mentalni razvoj. Istraživanja pokazuju da dijete koje je izloženo kažnjavanju korištenjem sile nasljeđuje destruktivne modele ponašanja koje koristi kada postane odrasla osoba (Miller, 1990a; Miller, 1990b; Save the Children, s. a.; Bitensky, 1998; Lombardo & Polonko 2005). Također, uzroci i posljedice tjelesnog kažnjavanja djece i fizičkog zlostavljanja, prema provedenim studijama, su isti. Dijete izloženo tjelesnom kažnjavanju iskazuje povećano otuđenje, manje razvijenu savjest te nedostatak suosjećanja prema drugima.

Razvoj prema sadašnjem stanju prošao je od faze bavljenja pitanjem prava na kažnjavanje djeteta u odgojnim i obrazovnim ustanovama, uz ostavljanje prostora privatnosti s pravom roditelja da primjenjuju ona kažnjavanja koja

smatraju odgovarajućim, do faze u kojoj se od svih sudionika društvenog poretka zahtijeva potpuno isključenje tjelesnog kažnjavanja.

3. Zabrana tjelesnog kažnjavanja: poziv zemljama svijeta

Iz navedenih procesa nastali su temeljni dokumenti o ljudskim pravima, među kojima je Konvencija o pravima djeteta. U njoj su predstavljena gledanja na nepovredivost dostojanstva djeteta koja su u skladu s Općom deklaracijom o ljudskim pravima usvojenom 1948. godine. Ovdje će biti dat pregled članova Konvencije iz kojih nedvojbeno proističe potreba za donošenjem zakonskih rješenja u Bosni i Hercegovini kojima će tjelesno kažnjavanje djece u svim područjima biti izričito zabranjeno. U članu 19. određeno je:

> Države potpisnice će preduzeti sve odgovarajuće zakonske, upravne, društvene i obrazovne mjere da bi se dijete zaštitilo od svih oblika fizičkog ili mentalnog nasilja, povrede ili zlostavljanja, zanemarivanja ili nemarnog postupka, zloupotrebe ili eksploatacije, uključujući i seksualno zlostavljanje dok je na brizi roditelja, zakonskih staratelja ili bilo koje druge osobe koja se brine o djetetu.
>
> Takve zaštitne mjere treba da u odgovarajućoj mjeri uključuju i djelotvorne postupke na uspostavljanju društvenih programa da bi se pružila potrebna podrška djetetu i onima koji se brinu o djetetu, kao i drugih oblika sprječavanja i identifikacije, prijavljivanja, preporučivanja, istraživanja, liječenja i praćenja slučajeva zlostavljanja djece, opisanih ranije i, kada je to potrebno, sudsko uključivanje.

Član 3.

1. U svim akcijama u vezi s djecom, bez obzira da li ih poduzimaju javne ili privatne ustanove socijalnog staranja, sudovi, upravne vlasti ili zakonska tijela, najbolji interesi djeteta biće od prvenstvenog značaja.

2. Države-potpisnice uzimaju na sebe da osiguraju djetetu zaštitu i brigu koja je potrebna za njegovu dobrobit, uzimajući u obzir prava i dužnosti njegovih roditelja, zakonskih staratelja ili drugih pojedinaca zakonski odgovornih za njega, i da bi se ovo postiglo, preduzeće sve zakonske i upravne mjere.

3. Države potpisnice osigurat će da službe i ustanove odgovorne za skrb ili zaštitu djece budu pod stručnim nadzorom i da svoje djelovanje usklade sa standardima nadležnih vlasti, osobito glede pitanja sigurnosti, zdravlja te broja i stručnosti osoblja.

Član. 28. 2. Konvencije

Države stranke će poduzeti potrebne mjere kako bi osigurale da se školska disciplina provodi na način kojim se potvrđuje ljudsko dostojanstvo djeteta i koji je u skladu s ovom Konvencijom.

Član. 37. a.

...

Nijedno dijete ne bude podvrgnuto mučenju ili drugom okrutnom, nehumanom ili ponižavajućem postupku ili kazni...

U junu 2006. godine Komitet za prava djeteta izdao je Opći komentar o pravu djeteta na zaštitu od tjelesnog kažnjavanja i drugih oblika okrutnog i ponižavajućeg kažnjavanja. U Komentaru je naglašeno da "odstranjivanje nasilnog i ponižavajućeg kažnjavanja djece preko promjene zakona i drugih nužnih mjera je neposredna i bezuvjetna obaveza" za države koje su ratificirale Konvenciju o pravima djeteta (tačka 22).

Komitet definira tjelesno kažnjavanje kao bilo koje kažnjavanje kojim se koristi fizička sila, a koja ima za cilj da izazove određeni stepen bola ili nelagode (...) To su, na primjer, šamaranje djeteta, udaranje, drmanje, grebanje, čupanje za kosu, tjeranje da dijete sjedi u neudobnom položaju i slično (tačka 11).

Po mišljenju Komiteta, tjelesno kažnjavanje je uvijek ponižavajuće. Komitet ističe da postoje drugi oblici kažnjavanja koji su, iako nisu usmjereni na fizičko kažnjavanje, okrutni i ponižavajući te time nespojivi sa samom Konvencijom o pravima djeteta. To su, naprimjer, kazne koja omalovažavaju, ponižavaju, straše ili ismijavaju dijete (tačka 11).

U augustu 2006. godine Generalni sekretar Ujedinjenih naroda objavio je izvještaj o četverogodišnjem istraživanju nasilja nad djecom pod naslovom UN Studija o nasilju nad djecom. U Izvještaju sve zemlje su pozvane da do 2009. godine zabrane sve oblike tjelesnog kažnjavanja u porodici, školi i na svakom drugom mjestu.

U Rezoluciji UN-a o pravima djeteta 63/241 u paragrafu 27 (pod naslovom "Ukidanje nasilja nad djecom") ističe se da države trebaju:

> g. Težiti promjeni stavova koji odobravaju ili propisuju bilo koji oblik nasilja nad djecom, uključujući i okrutne, neljudske ili ponižavajuće

> oblike discipline, štetne tradicionalne prakse i sve oblike seksualnog nasilja;
>
> h. Poduzeti mjere za promicanje konstruktivnih i pozitivnih oblika pristupa discipliniranju i razvoju djeteta u svim područjima, uključujući dom, škole i druge obrazovne programe, kroz sisteme skrbi i pravosuđa.

Sve države članice Vijeća Evrope potpisale su Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, ugovor napravljen radi zaštite ljudskih prava, demokratije i vladavine prava. Evropski sud za ljudska prava nadzire primjenu te konvencije u državama članicama.

Kada su iscrpljeni svi pravni lijekovi u državi članici, pojedinci mogu podnijeti žalbu u vezi s kršenjem ljudskih prava sudu u Strazburu. Kako je Bosna i Hercegovina potpisala Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda te kako je ona sastavni dio Ustava Bosne i Hercegovine, njene odredbe imaju prioritet u odnosu na sva druga normativna rješenja u Bosni i Hercegovini. Vodeći računa o navedenom, presude Evropskog suda su obavezujuće za Bosnu i Hercegovinu.[6]

Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, u članu 3. određuje u apsolutnim pojmovima da: "Niko neće biti podvrgnut torturi, neljudskom ili ponižavajućem postupku ili kažnjavanju." Nije određena nikakva derogacija niti izuzetak od tog što je dopustivo, čak ni u vremenu rata ili druge nacionalne nužnosti.

U članu 8. ove konvencije stoji:

> Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. Javna vlast se ne miješa u vršenje ovog prava, osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mjera u demokratskom društvu, u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprečavanja nereda ili sprečavanja zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih.

[6] Vidjeti slučajeve: *Seven Individuals v. Sweden* (1982): *A v. United Kingdom (1999); Costello-Roberts v. UK (1995); E v. UK* (2003); *X and Y v. The Netherlands* (1986); *Sahin v. Germany* (2003).

Od naročite važnosti za okvir tjelesnog kažnjavanja jeste činjenica da koncept privatnog života pokriva fizički i moralni integritet osobe[7], a mentalno zdravlje i stabilnost se smatraju dijelom moralnog integriteta osobe.[8]

4. Država kao "nacionalni roditelj"

Zasebno razmatranje prava i interesa djeteta javlja se jedino u praksi Evropskog suda za ljudska prava i, u principu, Suda EU u skladu s Poveljom o ljudskim pravima[9]. Te su obaveze jako važne za hijerarhiju odgovornosti prema djeci. U okviru tih obaveza promijenjena je uloga države kao "nacionalnog roditelja". Država zato ima pravo ostvarivanja više razine roditeljske odgovornosti, što čini u onim pitanjima koja su na nju prenijeta. Ta poruka je i glasna i jasna.

Odgovorna država, te prema tome, posljedično, odgovoran roditelj ne bi smio dopustiti da dijete bude podvrgnuto mogućnosti institucionalnog nasilja, s obzirom na opasnost da bi tim bila prekršena odredba člana 3. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda kojim su određena prava djeteta, čak i ako bi to značilo ograničenje prava roditelja.

I opet su odluke Evropskog suda za ljudska prava, kao i drugi međunarodni pritisci, utrle put daljim reformama. Jer, čim je odlučeno da odgovoran roditelj ne smije dopustiti tjelesno kažnjavanje svog djeteta u školi, za što je dovoljna tipična primjena člana 3. Evropske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama, nije bio potreban veliki skok do slijedećeg logičnog zaključka da odgovorni roditelj ne smije primjenjivati istu vrstu tjelesnog kažnjavanja nad istim djetetom u kući (Probert, Gilmore & Herring, 2009, str. 165–183).

Značajniji međunarodni pritisci u cilju promjena u zakonodavstvima koja ne uvažavaju preporuku potpunog isključenja tjelesnog kažnjavanja djeteta i u

---

7 Ovaj stav zastupa Evropski sud za ljudska prava. Vidjeti slučaj *X and Y v. The Netherlands* (1986).

8 Stav Evropskog suda za ljudska prava zauzet u slučaju *Bensaid v. UK* (2001).

9 U sklopu građanskih prava, praksa Suda EU iskristalizirala je kategorije različitih prava: pravo na poštovanje porodičnog i privatnog života *Slučaj 136/79 National Panasonic* (1980); *Slučaj C-249/86 Commission v. Germany* (1989); zaštita djeteta: *Slučaj C-540/03 Parliament v. Council* (2006), *Slučaj C-244/06 Dynamic Medien Vertriebs v. Avides Media* (2008), sloboda od torture ili nehumanog i ponižavajućeg postupanja: *Slučaj C-465/07 Elgafaji v. Staatsecretaris van Justitie* (2009) Preuzeto iz: Chalmers, Davies & Monti (2014, str. 251–254).

javnom i u privatnom prostoru slijedili su donošenjem Preporuke br. 1666 Parlamentarne skupštine Vijeća Evrope 2004. godine[10], prema kojoj:

> Skupština smatra da je bilo kakvo tjelesno kažnjavanje djece u suprotnosti s njihovim temeljnim pravima na ljudsko dostojanstvo i tjelesni integritet. Činjenica da je takvo tjelesno kažnjavanje još zakonito u nekim zemljama članicama, ugrožava njihovo jednako temeljno pravo na istu zakonsku zaštitu kao i odraslih.

Sva razmatranja Evropskog suda za ljudska prava (dalje: Suda) o povredi prava djece u slučajevima tjelesnog kažnjavanja koje su provodili roditelji ili javne vlasti temeljena su samo na članu 3. i pored toga što mogu biti isticana i prava određena članom 8. iste konvencije. Sud je izričito odbio da u slučajevima razmatranja prava djeteta na osnovu člana 3. Konvencije uključi i slučajeve u vezi sa članom 8. Konvencije. U slučaju *A v. UK* tužitelj je pozvao Sud da odlučuje također na osnovu merituma njegove tužbe u vezi s članom 8. što je, dokazuje on, nužno radi davanja upute za vladu i zaštitu djece od svih oblika proizvoljnog nasilja. Ali sud je odbio da to učini smatrajući da, budući da je utvrdio kršenje člana 3, nije potrebno ispitivanje je li nedovoljnost zakonske zaštite također bila i u vezi s kršenjem člana 8.

Sud smatra da član 8. Konvencije daje pravo na poštovanje i privatnosti (uključujući tjelesni i mentalni integritet osobe) i porodičnog života. U praksi Suda su od naročite važnosti za okvir tjelesnog kažnjavanja njegovi sljedeći stavovi:

(1) koncept privatnog života pokriva fizički i moralni integritet osobe[11]; Mentalno zdravlje i stabilnost Sud smatra dijelom moralnog integriteta osobe[12]. U slučaju *X and Y v. The Netherlands* (1986) izostavljanje učinkovite zaštite prema krivičnom zakonu od seksualnog nasilja nad mentalno bolesnom ženom ocijenio je kao kršenje njenog prava na privatni život. Državi je uputio zahtjev da, prema članu 8. Konvencije, zaštiti privatni život neke osobe od neželjenih kontakata ili kršenja moralnog integriteta. Zauzeo je stav da se od države može zahtijevati da, prema članu 8. Konvencije, ranjivu osobu zaštiti od nasilja.

---

[10] Recommendation 1666 (2004), Parliamentary Assembly of the Council of Europe. Druge značajne preporuke Vijeća Evrope su: Preporuka o nasilju u porodici (1985); Preporuka o društvenim mjerama koje se tiču nasilja u porodici (1990); Preporuka o medicinsko-socijalnim aspektima zlostavljanja djece (1993); Preporuka o politici podrške pozitivnom roditeljstvu (2006) Vidjeti više u: Abolishing Corporal Punishment of Children (2007, str. 10).

[11] Vidjeti slučaj *X and Y v. The Netherlands* (1986).

[12] Vidjeti slučaj *Bensaid v. UK* (2001).

(2) Član 8. Konvencije odnosi se na zaštitu tjelesnog i duševnog integriteta osobe[13] i njihovo pravo na identitet i osobni razvoj[14];

(3) Sud u toku svojih suđenja sve više upućuje na Konvenciju o pravima djeteta u slučajevima koji se odnose na djecu i njihovo pravo na tjelesni integritet.
U slučaju *Sahin v. Germany* (2003) Sud je istakao da: "Ljudska prava djece i standard prema kojem svaka vlada mora težiti u realiziranju tih prava za svu djecu postavljena su u Konvenciji o pravima djeteta."

Navedena tri stava dovode do zaključka da bi postojanje roditeljskog prava na razumno kažnjavanje, na bilo kojoj razini, kršilo pravo djeteta na osobni integritet i privatni život, zagarantirano članom 8. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. Ali, član 8. Konvencije, također će zahtijevati razmatranje prava na porodični život. Čim postoji pitanje je li ili nije uspostavljen porodični život, uz to može postojati i pozitivna obaveza uključena u učinkovito poštovanje privatnog ili porodičnog života. Te obaveze mogu uključiti usvajanje mjera izgrađenih radi osiguranja poštovanja porodičnog života u odnosu privatnih pojedinaca, uključujući i regulacijski okvir za presuđivanje i izvršenje radi zaštite pojedinačnih prava. Većina slučajeva u vezi s tim pravima bavila se navodnim uplitanjem u prava roditelja i djeteta da budu jedno s drugim.[15]

Međutim, s tim u vezi se postavlja pitanje: može li roditelj polagati pravo na kažnjavanje svog djeteta pozivajući se na pravo na porodični život? (Probert, Gilmore & Herring, 2009, str. 177–182). Odgovor na to pitanje dao je Evropski sud za ljudska prava u slučaju *Seven Individuals v. Sweden* (1982). Taj slučaj se bavio švedskim amandmanom na Krivični zakon kojim je izjednačen pravni položaj djece i odraslih u vezi s fizičkim napadom. Roditelji su tvrdili da je ovaj zakon u vezi s fizičkim napadom propustio uvažavanje njihovog prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, odnosno doveli su u pitanje to proširenje zakona na fizički napad. Odbijajući tužbu, kao očito slabo utemeljenu, ali i nedopuštenu, Komisija je utvrdila:

> Činjenica da nije napravljena nikakva razlika između postupanja djece prema svojim roditeljima i istog postupanja primijenjenog na odraslog stranca, ne može, prema mišljenju Komisije, sačinjavati uplitanje u tužiteljev privatni i porodični život budući da su posljedice fizičkog napada izjednačene u oba slučaja. Ni sama činjenica da se ni zakonodavac ni postojeći zakoni ne upliću da bi regulirali nešto u vezi s poro-

[13] Vidjeti slučaj *Pretty v. UK* (2002).
[14] Vidjeti slučaj *Bensaid v. UK* (2001).
[15] Vidjeti slučaj *Johansen v. Norway* (1997).

dičnim životom ne sačinjava kršenje člana 8, stav. 1, sve dok uplitanje o kojem je riječ ne krši tužiteljevo pravo na uvažavanje njegovog prava na porodični život. Komisija utvrđuje da je okvir švedskog zakona o fizičkom napadu i uznemiravanju normalna mjera za kontrolu nasilja i da proširenje njegove primjene na uobičajeno kažnjavanje djece, koje vrše njihovi roditelji, ima svrhu zaštite moguće slabih i ranjivih članova društva.

Kažnjavanje djece smatrano je, prije uplitanja sudionika međunarodnog poretka, pravom roditelja. Ono je ograničavano principom razumnosti i srazmjernosti. Međunarodnim pravom, kažnjavanje je posve dovedeno u pitanje (Lombardo & Polonko, 2005).[16] Usklađivanje nacionalnih zakonodavstava sa zahtjevima međunarodnog prava uzrokovalo je najznačajnije promjene u cijeloj historiji ovog pitanja.

5. Umjesto zaključka: Država Bosna i Hercegovina – "nacionalni roditelj"?

Najbolji interes i prava djeteta, kao nositelja ljudskog dostojanstva, postaje sve presudniji u zasnivanju i provođenju teorije i prakse odnosa roditelja prema djeci te i cijelog političkog, kulturnog i ekonomskog okruženja kao okvira i podrške za to novo shvatanje ljudskosti.

Odnosi roditelja i djece, u svim njihovim mogućnostima i oblicima, sadržani su u prepoznatljivim uzajamnostima prava i dužnosti roditelja, na jednoj, i prava i dužnosti djece, na drugoj strani. Budući da su ti odnosi realizirani uglavnom u privatnosti, u uvjetima najintimnijih odnosa djece kao nemoćne, i roditelja kao moćnih, pitanje ovlaštenja koja roditelji imaju u odnosu na svoju djecu, u velikoj mjeri je bilo povezano s kulturom i njenom uključenošću u kolektivnu svijest.

Kažnjavanje djece suprotno je prirodnom pravu, a nema i ne može biti religijskih tradicija u kojima prirodno pravo nije uvaženo (Duman Vranić, 2017). Prema tome, pravdanje tjelesnog kažnjavanja kao prakse koju religijski kanoni preporučuju, ako u kanonu nečeg takvog uopće i ima, može se pripisati samo tumačenjima koja nisu prihvatljiva (Duman Vranić, 2017).

Komitet za prava djeteta je u više navrata, tačnije 2005. i 2012. godine, istakao zabrinutost zbog postojanja tjelesnog kažnjavanja djece u Bosni i

[16] Vidjeti slučajeve: *Tlapak and Others v. Germany* (2018) i *Wetjen and Others v. Germany* (2018).

Hercegovini.[17] Preporuke Komiteta date Bosni i Hercegovini idu u pravcu zabrane tjelesnog kažnjavanja u kući ali i u drugim područjima. U 2012. godini, Evropski komitet za socijalna prava je zaključio da zakonodavstvo Bosne i Hercegovine nije u saglasnosti s članom 17. Evropske socijalne povelje budući da tjelesno kažnjavanje nije zabranjeno u kući i drugim područjima (Zaključak Evropskog komiteta za socijalna prava, januar 2012).[18]

U izvještaju koji je Bosna i Hercegovina uputila Globalnoj inicijativi za ukidanje svih oblika tjelesnog kažnjavanja djece istaknuto je da je tjelesno kažnjavanje djece zabranjeno porodičnim i zakonima o zaštiti od nasilja u porodici (Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children, 2018). Zapravo, tjelesno kažnjavanje nezakonito je u porodičnom okruženju u Republici Srpskoj, ali nije izričito zabranjeno u Federaciji Bosne i Hercegovine i Brčko distriktu.[19]

---

[17] *Dok ističe da je pozitivno to što je tjelesno kažnjavanje nezakonito u školama i kao kazna za krivična djela i kao disciplinska mjera u kaznenim ustanovama u cijeloj Državi članici, kao i u kući nakon usvajanja Zakona o zaštiti od nasilja u porodici 2005. godine, Komitet izražava ozbiljnu zabrinutost što tjelesno kažnjavanje u kući ostaje široko rasprostranjeno u Državi članici. Nadalje, Komitet je zabrinut zbog širokog prihvaćanja određenog stepena nasilja u cilju "disciplinovanja" djece.*
Komitet preporučuje da Država članica preduzme sve odgovarajuće mjere kako bi se izričito zabranilo tjelesno kažnjavanje u svim sredinama, uključujući i porodično okruženje, na cijeloj teritoriji. Nadalje, Komitet predlaže da Država članica ojača i proširi podizanje svijesti i obrazovne programe, uključujući kampanje, u cilju promovisanja pozitivnih i alternativnih oblika discipline i poštivanja dječjih prava, uz učešće djece, ujedno podižući svijest o štetnim posljedicama koje uzrokuje tjelesno kažnjavanje.

[18] Iako Evropska socijalna povelja ne sadrži odredbu koja se odnosi na izričitu zabranu tjelesnog kažnjavanja, praksa Evropskog komiteta za socijalna prava (ESCR) je na stajalištu da kršenje člana 17. ove povelje postoji ako u državama ne postoje zakoni kojima se propisuje "izričita i cjelovita zabrana svih oblika tjelesnog kažnjavanja djece koji mogu utjecati na njihov tjelesni integritet, dostojanstvo, razvoj ili psihološku dobrobit" – Vidjeti: ECSR, Association for the Protection of All Children (APPROACH) protiv Slovenije, tužba br. 95/2013 – preuzeto: *Priručnik o pravima djeteta u europskom pravu* (2015).

[19] U članu 97. (1) Porodičnog zakona RS-a navodi se: "Roditelji i ostali članovi porodice ne smiju dijete podvrgavati ponižavajućim postupcima, duševnom i tjelesnom kažnjavanju, odnosno zlostavljanju..." U Porodičnom zakonu Brčko distrikta navodi se da dijete "ima pravo na zaštitu od svih oblika nasilja, zloupotrebe, zapostavljanja i zanemarivanja" (član 110), da se roditeljsko staranje "ostvaruje u najboljem interesu djeteta" (član 112), te da roditelji imaju obavezu zaštititi dijete od nasilja i "kontrolirati ponašanje djeteta u skladu s njegovom dobi i stepenom zrelosti" (član 117), ali izričito ne zabranjuje tjelesno kažnjavanje. U članu 3. Porodičnog zakona Brčko Distrikta zabranjuje se nasilje između supružnika ili drugih članova porodice, uz pozivanje na definiciju nasilja u porodici u Krivičnom zakonu. Krivični zakon Brčko distrikta u članu 218. st. 1. navodi: "Ko nasiljem,

Uz preuzete obaveze, zabrana tjelesnog kažnjavanja i Bosni i Hercegovini mora biti regulirana jasnom i preciznom zakonskom normom. Bosna i Hercegovina je u 2014. godini dostavila izvještaj o tjelesnom kažnjavanju u Bosni i Hercegovini. Nakon Univerzalnog periodičnog pregleda, Bosni i Hercegovini su date preporuke u cilju zabrane svih oblika tjelesnog kažnjavanja djece u svim područjima porodici (Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children, 2018). U 2015. godini, Bosna i Hercegovina je usvojila ove preporuke te iskazala spremnost za globalnu posvećenost ukidanju nasilja nad djecom.[20]

Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine, odnosno Vijeće za djecu Bosne i Hercegovine, kao konsultativni organ, donijelo je Inicijativu[21] za izmjenu i dopunu zakonskih propisa s ciljem uvođenja izričite zabrane tjelesnog kažnjavanja djece. Ta inicijativa uključuje sljedeće mjere – uvesti izričitu zabranu tjelesnog kažnjavanja djece u privatnom i javnom prostoru u porodično i krivično zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini kojom se izjednačava pravni položaj djece i odraslih u vezi s fizičkim napadom, posebno vodeći računa da djeca predstavljaju ranjivu kategoriju kojoj je potrebna posebna zaštita. Pitanje djevojčice navedeno na početku ovog rada još čeka odgovor u Bosni i Hercegovini.

---

drskim ili bezobzirnim ponašanjem ugrožava mir, tjelesnu cjelovitost ili duševno zdravlje člana svoje porodice, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine." Stav 2.: "Ko krivično djelo iz stava 1 ovoga člana počini prema članu porodice s kojim živi u zajedničkom domaćinstvu, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine." Znači, tjelesno kažnjavanje nije izričito zabranjeno. Porodični zakon Federacije BiH navodi da dijete "ima pravo na zaštitu od svih oblika nasilja, zloupotrebe, zlostavljanja i zanemarivanja" (član 127), da se roditeljsko staranje "ostvaruje u najboljem interesu djeteta" (član 129) i da su roditelji dužni zaštititi dijete od nasilja i "kontrolirati svoje ponašanje u skladu s dobi i zrelosti djeteta" (član 134), ali izričito ne zabranjuje tjelesno kažnjavanje. Član 4. zabranjuje nasilničko ponašanje supružnika i bilo kojeg drugog člana obitelji, pozivajući se na član 4. Zakona o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini. Ovaj član u Zakonu o ravnopravnosti spolova 2003. definira rodno uvjetovano nasilje: "Nasilje po osnovu spola je svako djelovanje kojim se nanosi ili može biti nanijeta fizička, psihička, seksualna ili ekonomska šteta ili patnja, kao i prijetnja takvim djelovanjem koje sputavaju osobu ili grupu osoba da uživa u svojim ljudskim pravima i slobodama u javnoj i privatnoj sferi života."

[20] Vidjeti: Briefing on Bosnia and Herzegovina for the Pre-Sessional Working Group of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 6th session – September 2016; Agenda održivog razvoja Bosne i Hercegovine (2030).

[21] Autorica ovog rada je, kao ekspertica i članica Vijeća za djecu Bosne i Hercegovine, i autorica Inicijative za izmjenu i dopunu zakonskih propisa s ciljem uvođenja izričite zabrane tjelesnog kažnjavanja.

Bibliografija

1. *Abolishing Corporal Punishment of Children: Questions and Answers* (2007). Strasbourg: Council of Europe Publishing.
2. Archard, D. W. (2003). *Children, Family and the State.* England: Ashgate Publishing.
3. Bahr, J. von (2018). The Heart of The Matter: Banning Corporal Punishment of Children at Home. Preuzeto 20. 12. 2018. https://fxb.harvard.edu/2018/01/19/the-heart-of-the-matter-banning-corporal-punishment-of-children-at-home/
4. Bitensky, S. (1998). Spare the Rod, Embrace our Humanity: Toward a New Legal Regime Prohibiting Corporal Punishment of Children. *University of Michigan Journal of Law Reform*, 31 (2), 359–474.
5. Al-Bukhari, I. (1985). *Sahihal-Bukhari*, 1–9. (M. M. Khan prev.). Beirut: Dalal-Arabia.
6. Chalmers, D., Davies, G. & Monti, G. (2014) *European Union Law* (IIIrd ed.). Cambridge University Press.
7. Ćurić, H. (1983). *Muslimansko školstvo u Bosni i Hercegovini do 1918*. Sarajevo: Veselin Masleša.
8. Duman Vranić, Dž. (2017). Prava djeteta u BiH / Je li dopustivo tjelesno kažnjavanje djece i u kojim uvjetima: Intervju. *Portal radiosarajevo.ba.* Preuzeto 19. 12. 2018. https://www.radiosarajevo.ba/vijesti/bosna-i-hercegovina/dzamna-duman/278265
9. Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children (2018). *Corporal punishment of children in Bosnia and Herzegovina.* Preuzeto 19. 12. 2018. http://www.endcorporalpunishment.org/wp-content/uploads/country-reports/BosniaAndHerzegovina.pdf
10. Lombardo, L. X. & Polonko, K. A. (2005). A Comparative Analysis of the Corporal Punishment of Children: An Exploration of Human Rights and U.S. Law. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 29 (2), 173–200.
11. Mahmutćehajić, R. (2012). *Iz Jerusalema: o jednosti povratku i vjesništvu.* Zagreb: Profil.
12. Miller, A. (1990a). *Banished Knowledge: Facing Childhood Injuries*. New York: Doubleday.
13. Miller, A. (1990b). *For your Own Good*. New York: Noonday.

14. *Priručnik o pravima djeteta u europskom pravu* (2015). Luxembourg: Ured za publikacije Europske unije. Preuzeto 19. 12. 2018. https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_HRV.pdf.PDF

15. Probert, R., Gilmore, S. & Herring, J. (ured.) (2009). *Responsible Parents & Parental Responsibility*. Oregon: Oxford and Portland.

16. Save the Children, (s. a.). *Prohibition of Corporal Punishment – needed and challenging, but possible!* Sarajevo: Save the Children. Preuzeto 19. 12 2018. https://nwb.savethechildren.net/sites/nwb.savethechildren.net/files/library/banning-corporal-punishment.pdf

Propisi i dokumenti

1. Committee on the Rights of the Child (2006). General Comment No. 8, The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment Preuzeto 18. 12. 2018. http://www1.umn.edu/humanrts/crc/comment8.html

2. Council of Europe. The European Convention of Human Rights. Preuzeto 18. 12. 2018. https://www.coe.int/en/web/human-rights-convention/impact-in-47-countries

3. Opća deklaracija o ljudskim pravima (1948). Preuzeto 18. 12. 2018. http://www.ohchr.org/en/udhr/pages/introduction.aspx

4. Parliamentary Assembly of the Council of Europe. (2004). Recommendation 1666 (2004). Preuzeto 18. 12. 2018. http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17235&lang=en

5. United Nations. (2008). Resolution 63/241. Rights of the child. Preuzeto 18. 12. 2018. http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/63/241

6. *UN Secretary Study on Violence against children* (2006). Preuzeto 18. 12. 2018. www.violencestudy.org/r25

Sudska praksa

1. European Court of Human Rights. (1999). *A v. United Kingdom,* 35373/97.

2. European Court of Human Rights. (2001). *Bensaid v. UK,* 44599/98. http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59206

3. European Court of Human Rights. (1995). *Costello-Roberts v. UK*, 13134/87.

4. European Court of Human Rights. (2003). *E v. UK,* 33218/96.

5. European Court of Human Rights. (1997). *Johansen v. Norway,* 12750/02. http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-22752

6. European Court of Human Rights. (2002). *Pretty v. UK,* 2346/02. http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60448

7. European Court of Human Rights. (2003). *Sahin v. Germany,* 30943/96. http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61194

8. European Court of Human Rights. (1982). *Seven Individuals v. Sweden*, 8811/79. https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1237635&Site=-CommDH http://www.endcorporalpunishment.org/pages/hrlaw/judgments.html

9. European Court of Human Rights. (2018). *Tlapak and Others v. Germany,* 11308/16, 11344/16.

10. European Court of Human Rights. (2018). *Wetjen and Others v. Germany*, 68125/14, 72204/14.

11. European Court of Human Rights. (1986). *X and Y v. The Netherlands,* 8978/80.

12. U. S. Supreme Court (1966). *Kent v. United States,* 383 U.S. 541.

Dr. Džamna Duman
Assistant professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
dz.duman@pfsa.unsa.ba

THE STATE AS THE "NATIONAL PARENT": BAN ON CORPORAL PUNISHMENT OF CHILDREN

"How can it be that hard to make a law that parents cannot hit their kids?"
(question asked by Julia, thirteen year old girl from Sweden)[22]

Summary

In the effort of harmonising the basic contents of national family rights, particular importance has been attached to the issue of irresponsible parenting, primarily referring to the neglect and abuse of the child. This is one of the reasons for selecting this theme for the paper, and its goal is to discuss the parental responsibility as a legal term that includes a balanced relation between parental rights and duties towards the child. The prevention of possible consequences of irresponsible parenting, and the protection of rights of the child in such cases falls under the responsibility of all factors of the social order. The establishment of balance between the appropriate interests of children, parents and state has been a contradictory issue in debates on family law for quite a long time. Could the parent right to application of coercion by using corporal punishment with the goal of realising the responsibilities for upbringing and education of children ever be unlimited? If the answer to the above raised question is negative, then there is an additional question as well: How and with what is this parent right restricted? This balance is, as it is well known, difficult to achieve. However, achieving it is an important content of all efforts on the promotion of political and legal order of a country. Precisely because of that, explicit ban on corporal punishment of children is a vitally important issue in Bosnia and Herzegovina.

Keywords: *rights of the child, parental responsibility, ban on corporal punishment of children*

[22] Vidjeti: Bahr (2018).

Dr. Edin Halapić
Vanredni profesor
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
e.halapic@pfsa.unsa.ba

UDK 341.485(555)
Pregledni naučni rad

KODŽALI (XOCALI) – NEDOKAZANI GENOCID

Sažetak

Rad pod naslovom "Kodžali – nedokazani genocid" odnosi se na pitanja pravno-političke prošlosti današnje Republike Azerbejdžan. Raspad bivšeg Saveza Sovjetskih Socijalističkih Republika (SSSR-a) predstavljao je gubitak teritorije Kavkaza, koja je historijski kontrolisana iz Moskve. Međutim, i prije sticanja nezavisnosti, tačnije od 1988. godine, traje rat između Azerbejdžana i Armenije. U radu se posebna pažnja posvetila teritoriji Gornjeg Karabaha (Nagorno-Karabah) koja se nalazi na području južnog Kavkaza i međunarodno je priznata kao dio Republike Azerbejdžan. Sticanjem nezavisnosti, tokom ranih devedesetih godina prošlog vijeka, dolazi do vojnih operacija koje su pokrenute od zvaničnih vlasti Armenije. Jedan od ciljeva je apsolutna kontrola južnog dijela Azerbejdžana. Krajem 1991. godine armensko-sovjetske vojne snage okupirale su mjesto Kodžali. Cilj ovog rada je da se u kratkim crtama ukaže na dešavanja u Kodžaliju koja imaju elemente genocida ali pripadaju kategoriji tzv. nedokazanih genocida.

Ključne riječi: *Republika Azerbejdžan, SSSR, Armenija, Kodžali, genocid, Gornji Karabah, Martovski dani*

Uvod*

Velike političke promjene iz druge polovine osamdesetih godina prošlog vijeka na teritoriji Saveza Sovjetskih Socijalističkih Republika (SSSR) predstavljaju pokušaj da se utiče na snažnu policijsko-političku stegu. Zadatak ovih promjena je da se osigura kontinuitet federacije. Početak možemo prepoznati u Perestrojci (Perestroika)[1] pod kojom se podrazumijeva program Mikhaila Gorbačova (Mikhail Gorbachev). Program je trebao osigurati reformu sovjetskih ekonomsko-političkih odnosa. Tokom 1988. godine, kao politička alternativa Komunističkoj partiji, javlja se ideja "Popularnog Fronta" čiji tvorac je savjetnica Mikhaila Gorbačova, Tatiana I. Zaslavskaia (Karklins, 1989). Međutim, Gorbačovljev plan spašavanja SSSR-a nije urodio plodom. Podnošenjem ostavke na mjesto predsjednika SSSR-a, 25. decembra 1991. godine, počeo je proces dezintegracije (Hajda, 1993). Danas se smatra da je raspad Sovjetskog Saveza započeo sa Perestrojkom (Festić, 1998). Čin raspada počeo je 1991. godine kada su baltičke države proglasile nezavisnost. Nastavak predstavlja Deklaracija o obrazovanju zajednice nezavisnih država. Ova deklaracija usvojena je 21. decembra 1991. godine u Kazahstanu, tačnije u Alma Ati.[2] Do kraja 1991. godine SSSR je službeno prestao da postoji, kao i raniji cijeli istočni blok. Konačan rezultat raspada je formiranje dvanaest nezavisnih država. To su: Republika Armenija, Republika Azerbejdžan, Republika Bjelorusija, Republika Estonija, Republika Gruzija, Republika Kazahstan, Republika Kirgistan, Republika Latvija, Republika Litvanija, Republika Moldavija, Ruska Federacija, Republika Tadžikistan, Republika Turkmenistan, Republika Ukrajina i Republika Uzbekistan. Na-

* Ovaj rad predstavlja rezultat istraživanja u okviru programa istraživačkih stipendija Akademije nauka Republike Azerbejdžan i Instituta za pravo i ljudska prava. Istraživački program nastao je zahvaljujući Ministarstvu inostranih poslova Azerbejdžana i Agencije za međunarodnu saradnju (AIDA). Autor se ovom prilikom želi zahvaliti uposlenicima Instituta za pravo i ljudska prava, kao i osoblju biblioteke Diplomatske akademije Azerbejdžana (ADA University). Pomoć prilikom arhivskog istraživanja pružile su Nigar Babajeva (Nigar Babayeva) i Vafa Mamadova (Vafa Mammadova). Posebnu zahvalnost autor iskazuje mentorici dr. Lali Ahmedovoj (Lala Axmedova) koja je aktivno učestvovala u svim fazama istraživanja i koja mu je pružila veliku pomoć.

1 Termin Perestrojka se prevodi kao restrukturiranje ili preustroj. Jedan od ciljeva Perestrojke je pokretanje stagnirajuće sovjetske privrede uz znatan stepen liberalizacije. Primjedba autora.

2 Ovom deklaracijom obuhvaćene su Armenija, Azerbejdžan, Bjelorusija, Kazahstan, Kirgistan, Moldova, Ruska Federacija, Tadžikistan, Turkmenistan, Uzbekistan i Ukrajina. Kao što se može vidjeti jedino je Gruzija odbila članstvo u novoformiranu Zajednicu. Opširnije vidjeti tekst Deklaracije. Tekst je dostupan na https://www.cvce.eu.en/obj.alma_ata_declaration_alma_ata21_de. Stranici se pristupilo 10. 4. 2018. godine.

vedene države svoju nezavisnost proglasile su tokom 1991. godine (Festić, 1998). Nastanak novih država uticao je na promjenu zvanične politike vodećih svjetskih sila, a naročito Sjedinjenih Američkih Država.

1. Historijski osvrt na status Gornjeg Karabaha (Nagorny-Karabakh)

Republika Azerbejdžan sastoji se od deset (10) administrativno-ekonomskih jedinica (distrikta). To su: Abšeron (Absheron), Aran (Aran), Daghlig Širvan (Daghlig Širvan), Ganja-Gazak (Ganja-Gazakh), Guba-Hačmaz (Guba-Khachmaz), Kalvačar-Lashin (Kalbajar-Lachin), Lankaran (Lankaran), Nahčivan (Nakhchivan), Šaki-Zagatala (Shaki-Zagatala) i Jukari-Garabah (Yukhari-Garabakh).[3] Azerbejdžan je najveća država južnog Kavkaza, čije granice obuhvataju teritoriju jugozapadne Azije i istočne Evrope, što je uticalo da ima status evroazijske države. Od posebnog značaja je administrativno-ekonomska jedinica Jukari-Garabah. Unutar ove jedinice nalaze se gradovi Agdam (Aghdam), Fuzuli (Fuzuli), Kodžali (Xocali), Šuša (Shusha) i drugi koji su locirani u oblasti Gornjeg Karabaha. Zvanični naziv, odnosno termin Gornji Karabah, potiče iz XIV vijeka. Termin Karabah (Karabakh) je tursko-perzijskog porijekla i prevodi se kao "crna bašta", a Gornji (Nagorny) je ruskog i prevodi se kao planinski ili brdoviti kraj (De Wall, 2003a).[4] Stanovništvo armenskog porijekla naseljava teritoriju gornjeg (planinskog) dijela, a stanovništvo azerskog porijekla naseljava donji dio, odnosno Karabah (Rasizade, 2011a). Predmet spora između Republike Azerbejdžan i Republike Armenije predstavlja teritorija koja geografski čini planinski dio Gornjeg Karabaha (Nagorny). Kroz svoju historiju, Republika Azerbejdžan prolazila je kroz različite faze i ulazila u sastav različitih država i carstava. U periodu prije pojave kršćanstva na teritoriji Transkavkazja, Azerbejdžan je ulazio u sastav Albanskog kraljevstva[5], što se poklapa sa IV vijekom p.n.e. (Rasizade, 2011b). U granice ove države ulazile su današnja Armenija i Gruzija. Nakon podjele Armenije između Bizantije i Perzije, Albanija je dobila status satra-

[3] Opširnije o navedenim administrativno-ekonomskim oblastima vidjeti zvaničnu listu koju je objavio Državni statistički komitet Republike Azerbejdžan. Lista je dostupna na: https://web.archive.org/web/20110526043143/http://www.azstat.org/statinfo/demoqraphic/en/010.shtml#s9. Stranici se pristupilo 15. 4. 2018. godine. Naziv Azerbejdžan potiče od perzisjkog plemića i vladara Atropata (Atropates) koji se nalazio u službi Dariusa III (Alstadt, 2006, str. 889).

[4] Prema pisanju Yaguba Mahmudova i Karima Shukurova (2015), termin Garabagh je azerbejdžanskog porijekla i sastoji iz dva termina. To su gara što u prevodu znači velik ili veliko, i bag koji se prevodi kao bašta ili vrt. (str. 11).

[5] Za navedeno Albansko kraljevstvo koristi se termin Kavkaska Albanija kako bi se pravila razlika od moderne Albanije na Balkanu. Primjedba autora.

pije unutar Perzijskog carstva. Tada dolazi i do promjene zvaničnog naziva države iz Albanija u Aran (Rasizade, 2011b). Novi naziv države (Aran) je perzijskog porijekla, a rimski naziv je Kaspijska Albanija. U literaturi se za ovu teritoriju koristi drugi perzijski termin koji glasi Širvan (Shirvan), kojim se označavala regija istočnog Kavkaza (O'Lear & Whiting, 2008). Propašću najstarije države ove regije teritorija Gornjeg Karabaha je geografski i politički činila sastavni dio Azerbejdžana. Tokom VII vijeka, kao posljedica arapskog osvajanja, Aran se transformisao u nekoliko manjih teritorijalnih jedinica, što je uticalo na oblikovanje lokalne kršćanske kulture, kao odgovor na islamizaciju Kavkaza (Rasizade, 2011c). Od VII vijeka započinje i proces širenja islama, koji će postati dominantna religija u Azerbejdžanu, ali je snažan iranski uticaj učinio da danas više od 80 procenata stanovništva čine šiitski muslimani. Na ovaj način islam je nadvladao zoroastrizam koji je dugo vremena dominirao ovim teritorijama. Povlačenjem s geopolitičke scene ranije navedene države (Albanija), otvaraju se mnoga pitanja koja su kulminirala krajem osamdesetih godina prošlog vijeka. Jedno od najznačajnijih odnosi se na to ko se može smatrati nasljednikom propale kršćanske Albanije, odnosno da li je to Azerbejdžan ili Armenija. Armenska ideologija insistira da se jedinim nasljednicima mogu smatrati samo Armenci, te da muslimansko stanovništvo Azerbejdžana nema ni kulturnu ni jezičku vezu s Albanijom. Ova ideologija ističe nacionalni identitet i borbu za njegov opstanak. Na osnovu ovih stavova, Armenija je utemeljila svoj zahtjev da polaže pravo na teritoriju Gornjeg Karabaha odnosno oblast Aran (De Wall, 2010). Za razliku od Armenije, Azerbejdžan smatra da je država Albanija egzistirala na teritoriji koja danas predstavlja sastavni dio Azerbejdžana (Rasizade, 2011c). Ovaj stav ističe značaj i poštivanje međunarodnih standarda teritorijalnog integriteta države (O'Lear & Whiting, 2008). Pored navedenih pitanja i sporova, teritorija Gornjeg Karabaha nije jedini izvor sukoba i tenzija između Azerbejdžana i Armenije. Slična situacija je i kada se govori o Nahčivanu, koji uživa status autonomne oblasti unutar Azerbejdžana. Međutim, ova teritorija je Armenijom odvojena od ostatka države (Gamaghelyan, 2010) i na taj način izolovana od direktne kontrole, što je dovelo do velikih ekonomskih posljedica. Kroz historiju, slične prilike su bile prisutne na teritoriji Zangezura, koji odvaja teritoriju Nahčivana od Azerbejdžana ali ulazi u granice Armenije. Međutim, teritorija Nahčivana čini jedini dio države koji graniči sa Republikom Turskom.[6] Teritorija Azerbejdžana i Gornjeg Karabaha, nalazila se u centru pažnje mnogih carstava, vladara i velikih političkih

[6] Granica između Republike Turske i Republike Azerbejdžan iznosi samo 15 kilometara. Opširnije o granicama Republike Azerbejdžan vidjeti na zvaničnoj internetskoj stranici Državnog statističkog komiteta Republike Azerbejdžan (The State Statistical Committe of the Republic of Azerbaijan). Stranica je dostupna https://www.stat.gov.az/map/. Stranici se pristupilo 10. 5. 2018. godine.

previranja. Period od IX do XIV vijeka okarakterisan je vladavinom različitih muslimanskih dinastija kao što su: Salaridi (Salarids), Atabeksi, Safavidi ili Sajidi (Sajids). Od XVI vijeka pa sve do XVIII, teritorija Azerbejdžana ulazila je u granice Safavidske države. U ovom, kao i ranijem periodu (IX–XIV vijek), teritorija Gornjeg Karabaha nalazila se u granicama muslimanskih država (Altstadt, 1992). U narednom periodu, Azerbejdžan i Armenija, uključujući i Karabah, dobijaju status kanata koji su nastavili egzistirati nakon osvajanja od Ruskog carstva (SAM, 2014).[7] Podjela teritorije na spomenute kanate nastupila je smrću Nadir Šana (Nadir Shan) 1747. godine (Abilov, 2013). Proces inkorporacije teritorije Gornjeg Karabaha od Ruskog carstva okončan je 14. maja 1805. godine (SAM, 2013). Pojavom nove države dolazi do krupnih demografskih promjena. Prema istraživanjima Centra za strategijske studije, u periodu od 1828. do 1830. godine dolazi do relokacije armenskog stanovništva na teritoriju Karabaha. U ovom periodu, ukupan broj relociranog stanovništva iznosio je blizu 200,000 (SAM, 2013). Ove demografske promjene posljedica su rusko-perzijskih ratova koji su se odvijali u periodu 1804–1813. i 1826–1828. godine. Za razliku od spomenutog istraživanja, u literaturi je prisutno mišljenje da proces naseljavanja armenskog stanovništva datira iz 1820. godine. Tada dolazi do masovnog naseljavanja Zangezura i Nahčivana. Za razliku od armenskog stanovništva, nakon potpisivanja Gulistanskog ugovora (Gulistan Treaty) iz 1813. godine, muslimansko stanovništvo je napustilo spomenute oblasti i odselilo se prema graničnom području Nahčivana (Buguirov, 2012). Okončanjem rusko-perzijskog rata iz 1828. godine, kao dio zvanične politike, uslijedilo je iseljavanje armenskog stanovništva iz Irana koje se naselilo u oblasti Gornjeg Karabaha (Uhlig, 1994). Kontinuirano iseljavanje odvijalo se tokom i nakon Krimskog rata, a armensko stanovništvo naselilo se unutar iste oblasti tj. Gornjeg Karabaha.[8] Politika relokacije stanovništva armenskog porijekla trajala je sve dok je postojalo carstvo. Sa poznatom februarskom revolucijom dolazi do prevrata, koji je zbacio carizam i kreirao novo stanje u državi.[9] Uspostavljanjem novih odnosa i države, pitanje statusa Gornjeg Karabaha zakoračilo je u novu

[7] Kanat je pojam pod kojim se podrazumijeva određena teritorija kojom upravlja kan. Institucija kanata je nastala sa pojavom Safavidske države koja je teritoriju Azerbejdžana transformisala u nekoliko kanata. Primjedba autora.

[8] Krimski rat trajao je tri godine, odnosno od 1853. do 1856. godine. Opširnije o ratu i učesnicima pisao je Small (2018, str. 7–10).

[9] Februarska revolucija desila se 27. februara 1917. godine koja je dovela do formiranja Privremene i Proleterske vlade. U aprilu iste godine, iz Švicarske se vratio lider boljševičke stranke, Vladimir Iljič Lenjin. Ubrzo po povratku, Lenjin objavljuje poznate Aprilske teze kojima odbija bilo kakvu mogućnost saradnje sa buržoaskom vladom i uspostavlja načelo sva vlast sovjetima (Festić,1998, str. 295 & Šarkić,1999, str. 259).

fazu. Kao što je ranije spomenuto, tokom 1991. godine počinje proces dezintegracije SSSR-a kao i čitavog Istočnog bloka.

2. Martovski dani

Sa Prvim svjetskim ratom i februarskom revolucijom, Armenija je prepoznala mogućnost kreiranja "Velike Armenije" (The Great Armenia).[10] Ova država trebala je obuhvatiti teritorije Azerbejdžana, Gruzije i Osmanskog carstva.[11] Veliku podršku ovoj ideji pružile su političko-terorističke organizacije. Najstarija je formirana 1880. godine u glavnom gradu Gruzije (Tbilisi) čije je zvanično ime "Dashnaksutan", 1885. godine u Nju Jorku (New York) formira se "Armenska patriotska saradnja" (Armenian Cooperation of Patriots) i u Ženevi 1887. godine formira se "Gnjag" (Mammadov, 2015). Ove organizacije osigurale su značajnu pomoć terorističkim djelovanjima armenskih jedinica u Azerbejdžanu. Tokom 1917. godine dolazi do potpisivanja tzv. postupanja koje je u literaturi poznato pod nazivom "Arzinjan" (Mamadov, 2015). Ovim postupanjem, koje su potpisali predstavnici Osmanskog carstva i Boljševičkog kavkaskog komesarijata (Caucasusian Comissariat), osiguralo se povlačenje ruskih vojnih snaga sa kavkaskog fronta. Međutim, armenska strana je iskoristila spomenuti dogovor i ruske snage zamijenila svojim. Posljedica ovog postupka je da je do mjeseca marta 1918. godine uništeno 199 azerbejdžanskih sela u oblasti Iravana i blizu 135.000 Azerbejdžanaca

[10] Ideja formiranja Velike Armenije može se porediti s novijom historijom Bosne i Hercegovine. Naime, s agresijom na međunarodno priznatu Republiku Bosnu i Hercegovinu iz mjeseca aprila 1992. godine, ideološki krugovi Srbije su prepoznali mogućnost realizacije teritorijalno-ekspanzionističke politike. Krajnji cilj je bilo uspostavljanje etnički čiste države odnosno Velike Srbije. Međutim, potpisivanjem Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini (Dejtonski sporazum), pored okončanja agresije, dolazi do novog teritorijalnog uređenja države. Prema Ustavu Bosne i Hercegovine (Dejtonski ustav) odnosno članu 1. stav. 3. Bosna i Hercegovina se sastoji od dva entiteta. To su Federacija Bosne i Hercegovine i Republika Srpska, na čijoj teritoriji su počinjena najteža međunarodna krivična djela (genocid). Tekst Ustava Bosne i Hercegovine dostupan je na: http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf. Stranici se pristupilo 15. 4. 2018. godine.

[11] Opisane okolnosti podudaraju se sa tzv. naftnim bumom (Oil Boom) koji je počeo 1846. godine, a svoj puni procvat doživio 1905. godine. Početkom XX vijeka Azerbejdžan je proizvodio više od polovine svjetske naftne ponude (Babayev, 2012, str. 34–40). Navedeni rad dostupan je i na internet adresi https://www.azer.com/aiweb/categories/magazine/ai102_folder/102_articles/102_oil_chronology.html.

je ubijeno (Mamadov, 2015).[12] Ubrzo po okončanju Oktobarske revolucije, Gruzija, Armenija i Azerbejdžan formiraju Komitet Zakavkazja (Transcaucasian Committee), koji će u februaru 1918. godine dovesti do uspostavljanja Federalne Demokratske Republike Zakavkazja (Federal Democratic Republic of the Transcaucasus). Ove prilike ruske vojne snage koristile su kako bi okupirale Baku, glavni grad Azerbejdžana, u želji da uspostave apsolutnu kontrolu (Thornton, 2014). U periodu između 28. marta i 2. aprila 1918. godine došlo je do vojnog okršaja. Početak sukoba desio se 27. marta tokom sprovoda Mameda Tagijeva (Mamed Tagiyev) koji je poginuo prilikom sukoba. Snage Komiteta pokušale su uspostaviti kontrolu nad naftnom industrijom, ali su snage Armenije odbile učestvovati u tome. Na ovaj način Armenija je odbila bilo kakvu pomoć ili saradnju sa Azerbejdžanom, koji nije imao mnogo izbora već da se upusti u sukob (Thornton, 2014). Napad na Baku počeo je 30. marta bombardovanjem grada sa ratnih brodova. Nakon bombardovanja uslijedio je ulazak armenskih i boljševičkih jedinica u grad. Narednih pet dana ukupan broj žrtava u glavnom gradu Azerbejdžana iznosio je 50.000 ubijenih civila. Ubijanje civila odvijalo se na ulicama glavnog grada gdje su i ostavljana tijela ubijenih (Thornton, 2014). Masovno ubijanje azerskog stanovništva poznato je pod imenom Martovski dani, koji su se odvijali samo dva mjeseca prije sticanja nezavisnosti Azerbejdžana. Armenske i boljševičke snage, koje su ušle u grad, uništavale su imovinu i muslimanske svetinje, kao što je to bio slučaj s džamijom Taza Pir. Prema nekim autorima opisani događaji predstavljaju armensku osvetu na dešavanja iz 1915. godine (Thornton, 2014). Danas u glavnom gradu, tačnije u sjevernom dijelu grada, na malom brdu, nalazi se spomenik kao podsjetnik na dešavanja iz 1918. godine.[13] Drugi memorijalni centar nalazi se u gradu Guba, gdje je pronađena masovna grobnica s nekoliko hiljada tjelesnih ostataka (Thornton, 2014). Opisane okolnosti iskoristila je Armenija koja je u julu mjesecu iste godine proglasila nezavisnost Gornjeg Karabaha i uspostavila svoju vladu. Vrlo brzo na teritoriju Gornjeg Karabaha dolaze vojne snage Osmanskog carstva. S porazom Osmanskog carstva u Prvom svjetskom ratu, okupaciju

[12] Prilikom istraživanja pravno-političke prošlosti Azerbejdžana jedini izvori koji se odnose na dešavanja iz 1918. godine su radovi Mamadova (Sadir Mammadov) iz 2015. godine i Torntona (Christopher Thornton). Spomenuti radovi su korišteni prilikom pisanja ovog dijela rada. Primjedba autora.

[13] Spomenik se nalazi u ulici Mehdi Husejn (Mehdi Huseyn) i kompleks je poznat pod imenom "Ulica mrtvih" (Martyrs Alley). Isti kompleks poznat je kao Mučenički prelaz (Şəhidlər Xiyabanı). Nakon događaja iz 1918. godine ovo je bilo isključivo muslimansko mezarje, dolaskom sovjetske vlasti pretvoren je u Kirov park. Ime je dobio po boljševičkom lideru Sergeju Kirovu (Sergei Kirov). Nakon sticanja nezavisnosti, kompleksu je ponovo vraćena ista namjena i danas je memorijalni centar za žrtve rata na Gornjem Karabahu i svim žrtvama "Crnog petka". Primjedba autora.

Gornjeg Karabaha izvršila je Britanija koja je uspostavila kontrolu nad čitavom teritorijom (Rasizade, 2011b).[14] Odnosi između Azerbejdžana i Armenije nisu se mogli više rješavati mirnim putem, odnosno pregovorima. Za dešavanja iz marta 1918. godine možemo reći da predstavljaju genocid koji je izvršen od armensko-boljševičkih snaga nad civilnim stanovništvom Azerbejdžana.[15] Otežavajuće okolnosti javljaju se tri godine kasnije, kada je Moskva posebnom rezolucijom izvršila transfer planinskog dijela Karabaha i ponovo ga dodijelila Armeniji.[16] Međutim, pozivajući se na mir između Azerbejdžanaca i Armenaca, rezolucija je vrlo brzo ukinuta, a teritorija Gornjeg Karabaha ponovo vraćena u granice SSR Azerbejdžan.

3. Sovjetska era i Crni januar (Black January)

Propast Ruskog carstva i nastanak nove državne tvorevine ukazivao je na značajne promjene, ne samo kada se govori o odnosima između Azerbejdžana i Armenije, već i na globalnom političkom planu. Historijski posmatrano, teritorija Gornjeg Karabaha je u periodu uspostavljanja Saveza Sovjetskih Socijalističkih Republika (SSSR) prepoznata kao dio Azerbejdžana. U Ustavu SSSR-a iz 1936. godine, u članu 24. navodi se da Sovjetska Socijalistička Republika Azerbejdžan (SSRAZ) teritorijalno uključuje autonomnu Sovjetsku Socijalističku Republiku Nakhčivan (Nakhichevan) i autonomnu regiju

[14] Britanske trupe koje su uspostavile kontrolu oblasti bile su spremne ustupiti Nakhčivan Armeniji, kao kompenzaciju za Karabah i Zangezur. Međutim, ovaj britanski plan je prouzrokovao niz sukoba (Simonian, 2005, str. 145–158). Do obnove prijateljstva između Azerbejdžana i Velike Britanije došlo je tek 1994. godine. Iste godine potpisan je tzv. dogovor vijeka koji je osigurao najveću koncesiju naftnih izvora. Ugovor je sklopljen između Republike Azerbejdžan i Zapadnog konzorcija na čijem čelu se nalazi Britanski petroleum (British Petroleum – BP) – (Rasizade, 2011, str. 227). Neposredni povod za Prvi svjetski rat predstavlja atentat na austrougarskog prijestolonasljednika F. Ferdinanda i njegovu suprugu Sofiju u Sarajevu 28. juna 1914. godine. Primjedba autora.

[15] Možda je ovdje potrebno istaći da su dešavanja u periodu od 1918. do 1920. godine povod za pisanje jedne od najljepših romansi. U pitanju je djelo Ali i Nino autora Kurbana Saida (Kurban Said). Iza ovog imena krije se Lev Nusimbaum (Lev Nussimbaum) koji je prije dešavanja iz 1918. godine, kao četrnaestogodišnjak živio u glavnom gradu Azerbejdžana (Bakuu). Glavni akteri romanse su Ali Kan Širvanšir (Ali Khan Shirvanshir) i gruzijska princeza Nino Kipiani. Djelo je prevedeno na više od trideset svjetskih jezika i doživjelo je više od stotinu reprinta. Prvi put štampano je u Beču 1937. godine – *Ali und Nino* (E. P. Tal & Co, Vienna, 1937). Svoju ekranizaciju djelo je doživjelo tek 2016. godine. Primjedba autora.

[16] U pitanju je rezolucija od 4. jula 1921. godine koja je iste godine ukinuta i donijeta je nova. Prema novoj rezoluciji, planinski dio Karabaha vraća se u granice Azerbejdžana (Mehdijev, Bagirova, Pashayeva & Aliyev, 2013, str. 113–145).

Gornji Karabah.[17] Ovaj status potvrđen je Ustavom SSSR-a iz 1977. godine, gdje se članom 86. stav 3. potvrđuje da oblast Gornjeg Karabaha ulazi u granice Sovjetske Socijalističke Republike Azerbejdžan (SSRAZ).[18] Međutim, i prije donošenja ustava iz 1936. i 1977. godine, pitanje statusa Gornjeg Karabaha predstavljalo je značajno političko pitanje. Prema članu 55. Ustava iz 1927. godine, teritorija Gornjeg Karabaha prepoznata je kao integralni dio SSRAZ.[19] Nesuglasice oko konačnog statusa Gornjeg Karabaha datiraju iz ranijeg perioda kada su Azerbejdžan i Armenija bile samostalne države. Kao posljedica revolucije iz 1917. godine nastupa period samostalnosti spomenutih država. Azerbejdžan je proglasio nezavisnost 28. maja 1918. godine (Mahmudov & Shukurov, 2005.)[20], koja je trajala do 1920. godine, kada su Azerbejdžan i Armenija ušle u sastav SSSR-a (O'Lear & Whiting, 2008). U historiji Azerbejdžana ovaj period poznat je kao "Prva republika", a prema drugim autorima 1918. godine Azerbejdžan je uspostavio prvu demokratsku republiku islamskog svijeta, koja je usvojila ideju parlamentarnog predstavljanja manjina i priznala pravo glasa ženama (Gahramanova, 2010). Na osnovu navedenih činjenica, možemo zaključiti da je Azerbejdžan postao sekularna demokratska država. Međutim, oslanjajući se na tekst spomenutih ustava, uočava se poseban status teritorije Gornjeg Karabaha, odnosno status autonomne oblasti. Ovaj status će predstavljati povod za sukobe između Azerbejdžana i Armenije koji predstavljaju potencijalnu destabilizaciju čitave regije južnog Kavkaza. Tokom 1987. godine, tačnije u mjesecu augustu, pokrenuto je prikupljanje potpisa kojim se insistiralo na inkorporaciji Gornjeg Karabaha u Armensku Sovjetsku Socijalističku Republiku (Taklouoglu, 2011). Krajem iste godine insistira se na odvajanju (secesiji) auto-

[17] Opširnije vidjeti tekst Ustava SSSR-a iz 1936. godine na engleskom jeziku. Tekst je dostupan na http://www.departments.bucknell.edu/russian/const/1936toc.html. Stranici se pristupilo 18. 4. 2018. godine. Prevod teksta ustava autor.

[18] Opširnije vidjeti teksta Ustava SSSR-a iz 1977. godine. Tekst ustava na engleskom jeziku dostupan je na http://thepeoplescube.com/peoples-tools/topic6428.html. Dio koji se odnosi na status Gornjeg Karabaha nalazi se u Poglavlju br. XI. član 86. stav. 3. Prevod teksta ustava autor. Stranici se pristupilo 28. 4. 2018. godine.

[19] Opširnije vidjeti član 55. Ustava iz 1927. godine. Tekst ustava na engleskom jeziku dostupan je na www.htp://files.preslib.az/project/remz/pdf_en/atr_kons.pdf. Stranici se pristupilo 18. 4. 2018. godine. Prevod autor.

[20] Prema izjavi člana Parlamenta Republike Azerbejdžan (Mili Medžlis), dr. Džavanšira Fejzijeva, Azerbejdžan je 1918. godine, kao cijenu nezavisnosti, ustupio 9.000 kvadratnih kilometara teritorije kako bi se uspostavila armenska država. Međutim, u narednom periodu Armenija je dobila teritoriju Zangezura, a vojnim operacijama kontinuirano širila državne granice. Vidjeti tekst pod naslovom "Sjećanje na zločine počinjene nad Azerbejdžancima". Tekst je objavljen u časopisu Start, 3. marta 2016. godine, str. 38. Fejzijev je autor knjige pod naslovom *Savez Turkijskih država – Evroazijski model globalne integracije* (SZGR "Jovan", 2016). O navedenoj publikaciji (Halapić, 2017, str. 413–415).

nomne oblasti Gornji Karabah. Ovaj zahtjev armenska strana je ponovila 20. februara 1988. godine, kada je organizovano okupljanje u Stepanakertu (Stepanakert) na glavnom trgu (De Wall, 2010b). Tom prilikom zahtijevao se transfer autonomne oblasti Gornjeg Karabaha iz Azerbejdžana u Armeniju. Ovaj zahtjev Azerbejdžan je okarakterisao kao ilegalan čin i kršenje ustavnih principa. Zahtjev Armenije odbačen je i od Predsjedništva Vrhovnog Sovjeta SSSR-a koji se pozvao na član 78. Ustava SSSR-a (Abilov & Isayev, 2016). Nezadovoljna ovim stavovima, armenska strana kontinuirano je vršila politički pritisak na Moskvu, u želji da se definitivno okonča status Gornjeg Karabaha. Kao odgovor na stav zvanične vlasti, u Jerevanu je 26. februara 1988. godine došlo do organizovanih demonstracija i štrajkova gdje je učestvovalo blizu milion građana (Fraser, Hiperl, Jaworsky & Zulja, 1990). U međuvremenu, a kao posljedica ranije spomenutih okolnosti, ukupan broj stanovnika Gornjeg Karabaha je 1979. godine iznosio 162.000 od čega je 123.000 armenskog a 37.000 azerskog porijekla (Waters, 2006). Velika podrška stanovništvu armenskog porijekla dolazila je od Sovjetske Socijalističke Republike Armenije, koja se nastavila i nakon kolapsa SSSR-a. U tom periodu finansijski troškovi armenskog stanovništva Karabaha doveli su do katastrofalne ekonomske blokade Armenije (Horowitz, 2001). S druge strane, SSR Azerbejdžan je na teritoriju Gornjeg Karabaha uvijek gledao kao na kolijevku vlastite civilizacije i identiteta.[21] Kao konačan odgovor na spomenuti armenski pritisak, Gorbačov je 28. juna 1988. godine odbio bilo kakvu mogućnost promjene republičkih granica (Melander, 2001). Ovaj odgovor armenska strana je doživjela kao veliko razočarenje, što je upućivalo na zaključak da je pitanje Gornjeg Karabaha ostalo neriješeno i da je zakoračilo u narednu fazu. Armenski nacionalisti, kao odgovor na spomenuta dešavanja, 12. jula 1988. godine putem svog Vijeća proglasili su odvajanje odnosno secesiju Gornjeg Karabaha od Azerbejdžana (Melander, 2001). Slična situacija se ponovila 1. decembra 1989. godine kada je donijeta rezolucija kojom se oglašava reunifikacija SSR Armenije i Gornjeg Karabaha, s tim da se stanovništvu Gornjeg Karabaha dodjeljuje državljanstvo SSR Armenije (Gahramanova, 2010). U međuvremenu došlo je do formiranja posebnog pokreta pod nazivom "Pokret Karabah" (Karabakh Movement) na čijem se čelu nalazio Levon Ter-Petrosjan (Levon Ter-Petrosyan), koji će 1991. godine postati predsjednik Armenije.[22] Odnosi između SSR Armenije i SSR Azerbejdžana

[21] Sa teritorije Gornjeg Karabaha potiču najpoznatiji umjetnici, pjesnici i državnici. Kao primjer možemo spomenuti autora poznatog djela o mističnoj ljubavi "Lejla i Medžnun". Autor je Nizami Ganjavi koji je rođen u gradu Ganja koji je drugi po veličini grad u Azerbejdžanu. S ove teritorije potiču i poznate rukotvorine kao što su poznati ručno tkani sagovi (ćilimi). Primjedba autora.

[22] U literaturi se za navedeni pokret koristi termin Odbor Karabaha (Karabakh Committee). Opširnije o nazivu i Levonu T. Perosjanu (Gahramanova, 2010, str. 136).

mogu se okarakterisati kao eskalacija tenzija. O tome govori i podatak da je u decembru 1988. godine Gorbačov optužio lidere Armenije i Azerbejdžana da su izgubili kontrolu i apelirao da se zaustavi nasilje (Melander, 2001). U međuvremenu, podrška Azerbejdžanu uslijedila je od Republike Turske, a Armeniji od sovjetskih vlasti u Moskvi. Kao posljedica opisanih događaja tokom 1987. godine dolazi do sistematskog protjerivanja azerbejdžanskog stanovništva iz SSR Armenije. Prema pisanju Mamadova i Musajeva, u ovom periodu dolazi do eskalacije nasilja i terora, a posljedice su više od dvije stotine ubijenih i preko dvije stotine hiljada protjeranih Azerbejdžanaca (SAM, 2014). Na ovaj način, Azerbejdžan se suočio s valom izbjeglica i početkom izbjegličke krize. Prvi politički protesti sa azerbejdžanske strane uslijedili su 19. februara 1988. godine, kada je grupa studenata, radnika i intelektualaca krećući se kroz Baku, nosila transparente na kojima se nalazila parola: "Gornji Karabah pripada Azerbejdžanu" (De Wall, 2003a).

Velike promjene nastupile su krajem 1988. godine. Sukob je bio privremeno zaustavljen, s obzirom na zemljotres u Armeniji koji se desio 7. decembra 1988. godine. Ova prirodna katastrofa odnijela je veliki broj ljudskih života i ostavila dubok trag u sektoru državne ekonomije. Stanje u Armeniji iskoristila je Moskva, koja je preuzela kontrolu nad svim dešavanjima i uhapsila jedanaest članova Armenskog komiteta Karabaga (Cornell, 1998a). Kratki prekid neprijateljstva nije uticao na status azerbejdžanskog stanovništva koje se nalazilo u drugim sovjetskim republikama. Tokom 1989. godine u Gruziji dolazi do nasilnog protjerivanja nekoliko stotina porodica azerskog porijekla koje su prebačene na teritoriju tadašnje SSR Azerbejdžan (Cornell, 2002b). Paralelno sa sukobom na teritoriji Gornjeg Karabaha, bližio se kraj SSSR-a. Posljednji pokušaj kompromisnog rješenja uslijedio je u maju 1988. godine kada je donijeta odluka da Gornji Karabah ulazi u granice Azerbejdžana ali sa novim statusom odnosno statusom autonomne republike (De Wall, 2003a). Međutim, ovaj plan nije prihvaćen, a u narednom periodu koji je trajao skoro dvije godine, intenzitet sukoba se povećao i eskalirao. Početkom 1990. godine dolazi do organizovanih demonstracija u glavnom gradu Azerbejdžana, kao odgovor na sovjetsku politiku. Dešavanja od 19. i 20. januara 1990. godine u historiji Azerbejdžana poznata su kao "Crni januar" ili "Crna subota". Sovjetska vlast je oprezno i polako planirala ovu akciju. Prije dolaska sovjetskih trupa u Baku, politička tijela Azerbejdžana su praktično paralizovana. Naredni korak je bio oduzimanje naoružanja pod izgovorom da se pristupa razoružavanju čitave populacije. Ubrzo je uslijedilo gašenje signala državne televizije u cilju zabrane informisanja stanovništva

(Deghati & Reza, 2014).[23] Od 19. januara stupile su na snagu zabrane pristupa stranim državljanima i stranim novinarima. Narednog dana, odnosno 20. januara 1990. godine, sovjetska armija je naslijepo granatirala grad tenkovskim granatama i tom prilikom razorila nekoliko gradskih kvartova. Prilikom otvaranja vatre ubijeno je 150 civila a ukupan broj ranjenih je iznosio 1500 (Deghati & Reza, 2014). Više stotina civila je lišeno slobode i podvrgnuto fizičkom nasilju. Za ova dešavanja, možemo reći da predstavljaju posljednji pokušaj sovjetske vlasti da osigura kontinuitet federacije, ali s vizijom da Azerbejdžan čini njen sastavni dio. U modernoj historiji Republike Azerbejdžan dešavanja od 19. i 20. januara ostat će zapamćena kao "Crni januar" za koji možemo reći da je predstavljao prekretnicu u razvoju Azerbejdžana.

4. Genocid u Kodžaliju
(25/26. februar 1992)

U periodu postojanja SSSR-a Kodžali je imao status sela unutar Distrikta Askeran, koji se nalazio unutar Autonomne Oblasti Gornji Karabah (AOGK). Azerbejdžan je početkom devedesetih godina prošlog vijeka ukinuo status autonomne oblasti, a Kodžali je dobio status grada. Od tada, Kodžali postaje regionalni centar što je dovelo do formiranja Distrikta Kodžali.[24] Od 1988. godine odvijala se kontinuirana agresija Armenije na Azerbejdžan, čiji je primarni cilj bio pripajanje autonomne oblasti Gornjeg Karabaha Armeniji. U tu svrhu Armenija je formirala paravojne jedinice koje su bile opremljene naoružanjem iz vojnih baza Gruzije (De Wall, 2003). Paralelno s opisanim prilikama, zvanične vlasti Azerbejdžana vršile su pritisak na Moskvu, upozoravajući na niz dešavanja u Gornjem Karabahu. U martu mjesecu sovjetske vlasti su organizovale referendum, u želji da osiguraju kontinuitet federacije. Tom prilikom predstavnici Azerbejdžana pružili su podršku

[23] Slične metode koristile su se prilikom opsade glavnog grada Republike Bosne i Hercegovine kada je početkom 1992. godine došlo do razoružavanja Teritorijalne odbrane (TO). Tokom aprila 1992. godine pripadnici Jugoslovenske narodne armije (JNA) i četničke jedinice zauzele su i ugasile radiorelejne objekte i signal zvanične RTVBiH. Narednog mjeseca zapaljena je glavna zgrada pošte u Sarajevu (2. maj 1992. godine), što je značilo gašenje telefonskog signala za čitavo stanovništvo. Opsada Sarajeva ostala je zapamćena kao najduža u historiji modernog ratovanja. Metode granatiranja grada naslijepo postale su svakodnevnica u naredna 44 mjeseca opsade. Primjedba autora.

[24] Jedna od poteškoća koja se javlja prilikom istraživanja vezanih za Kodžali nalazi se u različitim načinima pisanja naziva mjesta kao što su: Khojaly, Hocali, Hodjaly, Khocali, Xojali, Khocaly, Xodjaly, Xojalu, Xocalu, Khodjaly i slično. U memorijalnom parku koji se nalazi u Bakuu na kamenom spomeniku se nalazi naziv Xocali. Primjedba autora.

referendumu pokušavajući uticati na opstanak federacije (De Wall, 2003a). Krajem proljeća i početkom ljeta 1991. godine, došlo je do eskalacije nasilja i sukoba u selima Gornjeg Karabaha. Ovo je bio povod za organizovanje vojne operacije kodnog imena "Operacija prsten" (Operation Ring) koju je organizovala sovjetska vlast iz Moskve zajedno sa specijalnim policijskim jedinicama Azerbejdžana. U ovoj operaciji dvadeset osoba lišeno je slobode, iz tri grada koja su se nalazila u oblasti Gornjeg Karabaha (Melander, 2001). Vojna operacija predstavljala je prvu saradnju između sovjetskih i azerbejdžanskih vojnih jedinica. Operacija prsten je u velikoj mjeri uticala na daljnje postupke Armenije. U tom smislu, odmah nakon vojne operacije dolazi do kontinuiranih pregovora između Armenije i Azerbejdžana. Prilikom susreta delegacije koja je došla iz Stepanakerta (Stepanakert) i sastala se s Ajazom Mutalibovim (Ayaz Mutalibov), tadašnjim predsjednikom Azerbejdžana, predstavljeno je pismo o novom statusu Gornjeg Karabaha (Melander, 2001). U suštini, ovo pismo ukazivalo je na kapitulaciju armenske strane. Međutim, ovi pregovori izazvali su reakciju radikalno orijentisanog krila armenskih lidera, koji su doveli do novog vala sukoba. Događaj koji je ukazivao na daljnje sukobe datira iz mjeseca augusta 1991. godine kada je došlo do atentata na Valeria Grigorijana (Valeri Grigoriyan) koji je bio član delegacije koja je pregovarala sa Mutalibovim. Atentat se desio u centru Stepankerta u ličnom automobilu Grigorijana (Melander, 2001). Period do kraja 1991. godine Armenija je iskoristila kako bi ojačala svoje pozicije u Gornjem Karabahu, uspostavljajući paravojne formacije koje su bile naoružane teškim naoružanjem. U zimu 1991. godine Kodžali je bio pod blokadom (Karčić, 2016). Blokada se odnosila na ukidanje telefonskih linija, dotoka električne energije, vode i sistema grijanja (Abilov & Isayev, 2016).[25] Bombardovanje Kodžalija kontinuirano se odvijalo u periodu između 1991. i 1992. godine. Opisane prilike ostale su nepromijenjene sve do druge polovine februara 1992. godine. Tokom noći, tačnije sa 25. na 26. februar, armenske vojne snage potpomognute 366. motorizovanom brigadom ruskog Ministarstva unutrašnjih poslova okupirale su Kodžali (Abilov & Isayev, 2016). Plan okupacije počeo je 25. februara u 23:00 sata i odvijao se iz tri pravca (Mammedov, 2015). Na ovaj način udružene vojne snage spriječile su bilo kakvu mogućnost napuštanja grada. Osobe zadužene za komandovanje armenskim jedinicama bili su major Oganjan Sejran Mušegović (Oganyan Seyran Mushegovich) i Jevgenij Nobokhin (Yevgeniy Nobokhin) (Abilov, 2013). U ovom periodu lider Odbora za samoodbranu Republike Gornji-Karabah (Nagorno-Karabakh Republic Self-defence Forces Committee) bio je Serž Sargsjan (Serzh Sargsyan), koji će kasnije obavljati funkciju predsjednika Republike Arme-

[25] Citirano po Goltz (1998). Tomas Golc (Thomas Goltz) je novinar koji je boravio u Kodžaliju tri mjeseca prije uništavanja ovog grada. Primjedba autora.

nije (Heydarov, Peart, Maclachlan & Bagviyev, 2014).[26] Nakon okupacije i granatiranja Kodžalija uslijedio je pješadijski napad u kojem je učestvovalo oko 2.000 naoružanih vojnika koji su prisiljavali civilno stanovništvo da se uputi prema istoku (Goltz, 2012). Zatečeni civili su pokušali pobjeći i uputili su se u pravcu mjesta Askeran. Udružene armensko-sovjetske snage uspostavile su koridor kako bi osigurale bezbjedan prolazak civilnog stanovništva. Međutim, kada se kolona stanovništva približila selu Nakčivanik (Nakhcivanik), armenske vojne snage su otvorile vatru. Pored upotrebe vatrenog oružja, ubijanje civila je u jednom momentu poprimilo neslućene dimenzije iživljavanja, mučenja i brutalnosti. Ukupan broj ubijenih civila je 613 (Abilov, 2013), uključujući 63 djeteta i 106 žena koji su masakrirani (Abilov & Isayev, 2016) kao i 70 starijih osoba (Ejvazli, 2018). Osam porodica je istrijebljeno, 1.275 osoba je zarobljeno, 487 civila je ranjeno a sudbina 150 civila je još nepoznata (Abilov & Isavey, 2016). Ubijanje civila od strane armenskih jedinica, odvijalo se u tzv. Askeronskom međuprostoru (Askeron Gap) koji se nalazi na dionici između Kodžalija i Askerona.[27] Kolona civilnog stanovništva koja je brutalno pobijena, pokušala je doći do grada Agdam, koji se nalazi deset kilometara od Kodžalija a koji je kontrolisala azerbejdžanska vojska. O brutalnosti armenskih vojnih jedinica saznalo se tek s prvim valom izbjeglica i preživjelih civila. Jedinice koje su aktivno učestvovale u opisanim događajima poznate su pod imenom Aramo i Arabo. Prema izjavama preživjelih, armenske jedinice su spaljivale žive ljude, ubijali trudnice i djecu. Drugim riječima, civilno stanovništvo koje je došlo u ruke armenskih jedinica unaprijed je bilo osuđeno na istrebljenje. Prema izjavi Hazangule Emirove, armenski vojnici su njenog oca zarobili i zavezali za drvo. Tom prilikom su tražili od njega da prizna da je Karabah armenska teritorija. Međutim, otac je odbio da prizna, i tada ga je armenski vojnik polio benzinom i živog zapalio (Ejvazli, 2018). Za razliku od navedenog slučaja, a u skladu s objavljenim medicinskim pretragama, 56 civila je ubijeno na vrlo okrutan način, kao što je skalpiranje, odsijecanje gornjih i donjih ekstremiteta i odrubljivanje glave (Mammadov, 1999). Osobe koje su imale ključnu ulogu

[26] Serž Sargsjan obavljao je funkciju predsjednika Republike Armenije od 2008. do 2018. godina, kada je izabran na mjesto premijera. Premijersku funkciju obavljao je samo šest dana kada je zbog velikih protesta podnio ostavku. Primjedba autora.

[27] Termin Askeronski međuprostor upotrijebio je Tomas Golc u svom novinskom članku pod naslovom "Survivors Describe Armenian Attack" koji je objavljen u novinama *The Washington Post* 4. marta 1992. godine. Primjedba autora. Golc je i autor novinskog članka koji je objavljen u istim novinama 28. februara 1992. godine pod naslovom "Nagorno-Karabakh Victim Buried in Azerbaijani Town-Refugees Claim Hundreds Died in Armenian Attack". Danas sa sigurnošću možemo utvrditi da je u pitanju prvi novinski izvještaj o dešavanjima u Kodžaliju iz 1992. godine. Primjedba autora.

u dešavanjima u Kodžaliju 1992. godine su Robert Kočarjan (Robert Kocharyan) i Serž Sargsjan koji su rođeni u malom mjestu pored Kodžalija koje se zove Kankendi (Khankendi), a armenski naziv za ovo mjesto je Stepanakert (Maclachlan & Peart, 2014).[28] Prema izjavi armenskog policijskog majora, Valerija Babajana (Valery Babayan), osnovni motiv za Kodžali bila je osveta (Abilov, 2013). Ovoj izjavi možemo dodati i strateški cilj, s obzirom na to da je Kodžali jedino mjesto Gornjeg Karabaha koje je posjedovalo civilni aerodrom. Tokom 25. i 26. februara 1992. godine, kao posljedica okupacije, granatiranja i pješadijskog prodora, Kodžali je totalno uništen, odnosno izbrisan s lica zemlje. Ubrzo nakon 26. februara 1992. godine pojavljuju se i prvi novinski članci o Kodžaliju. Kao primjer možemo navesti *The Times* od 2. marta 1992. godine koji je objavio članak pod nazivom "Brežuljkasta brda leševa u Karabahu" (Corpses Litter Hills in Karabakh).[29] Mnogi članci i izvještaji iz ovog perioda Kodžali su opisivali kao mjesto masakra, masovnog ubijanja, grozote, zvjerstva ili svireposti. Termin koji se često koristio je etničko čišćenje (ethnic cleansing), a isti termin korišten je i u slučaju Bosne i Hercegovine u periodu od 1992. do 1995. godine. Ono što je interesantno je da nije postojao izvještaj ili novinski članak koji je Kodžali opisao kao genocid. Do danas ne postoji presuda nadležnog suda koja se odnosi na dešavanja u Kodžaliju iz 1992. godine. Jedan od odgovora zašto se to desilo je, da su svi izvještaji s terena, a koji su dolazili iz većih mjesta, kao što su Baku ili Agdam, upućivani u Moskvu. Tada se pojavljuju tzv. spin doktori koji su obrtali odnosno iskrivili pravu sliku dešavanja u Kodžaliju i zvanične izvještaje prilagodili političkim interesima Moskve.[30] Ovu ideju Moskve podržalo je Ministarstvo inostranih poslova Armenije, koje je u sredstva javnog informisanja lansiralo "Kurdsko pitanje" (Kurdish Question). U javnosti se pojavio stav po kojem jedinice Karabaha podržavaju Kurde u njihovoj borbi protiv Republike Turske (Goltz, 2012). Na ovaj način, u velikoj mjeri skrenuta je pažnja javnosti sa Kodžalija. Tadašnji predsjednik Armenije, u razgovoru s britanskim novinarom Tomasom de Valom, izjavio je da su prije Kodžalija Azerbejdžanci mislili da se Armenci šale s njima i da nisu u stanju podići ruke protiv civilnog stanovništva (De Wall, 2003a). Velika uloga u prepozna-

[28] Robert Kočarjan obavljao je funkcije predsjednika Azerbejdžanske regije Gornjeg Karabaha, premijera i predsjednika Republike Armenije. Funkciju predsjednika Republike obavljao je i Serž Sargsjan. Opširnije vidjeti: https://rulers.org/1997-03.html. Stranici se pristupilo 2. 7. 2018. godine.

[29] Navedeni članak je dostupan u ediciji *Khojali Tragedy* (The Azerbaijan-Great Britain Youth Society, Baku, 2003), str. 15.

[30] Moskva je u ovom periodu postala filter za novinske izvještaje (Goltz, 2012, str. 186–193). U ovom radu autor opisuje slučaj izvještavanja njegove koleginice čiji je izvještaj o Kodžaliju "razblažen", a u drugom slučaju radilo se o postizanju balansa s armenskim izvještajima kada je zvanični izvještaj skroz izmijenjen (Goltz, 2012, str. 191).

vanju Kodžalija kao genocida pripada međunarodnoj kampanji pod nazivom "Pravda za Kodžali" (Justice for Khojaly) čiji je inicijator Lejla Alijeva (Leyla Aliyeva). Ova organizacija je u proteklih osam godina organizovala niz aktivnosti širom svijeta, kako bi se dešavanja u Kodžaliju prepoznala kao genocid.[31] Okončanjem zvanične istrage u Kodžaliju utvrđeno je da postoje elementi zločina genocida. Ovaj zločin definisan je Konvencijom o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, usvajanjem Rezolucije 260 (III) na Generalnoj skupštini Ujedinjenih nacija 9. decembra 1948. godine. Konvencija je stupila na snagu 12. januara 1951. godine. U članu II Konvencije se navodi:

> *U smislu ove Konvencije kao genocid se smatra bilo koje od navedenih djela učinjenih u namjeri potpunog ili djelimičnog uništenja jedne nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe kao takve: a) ubistvo članova grupe; b)teška povreda fizičkog ili mentalnog integriteta članova grupe; c) namjerno podvrgavanja grupe životnim uslovima koji treba da dovedu do njenog potpunog ili djelimičnog uništenja; d) mjere uperene na sprečavanja rađanja u okviru grupe; e) prinudno premještanje djece iz jedne grupe u drugu.* (Sl. vesnik Prezidijuma NSFNRJ, br. 2/1950).[32]

Naredni član navodi da su kažnjiva sljedeća djela: *a) genocid; b) planiranje izvršenja genocida; c) neposredno i javno podsticanje na vršenje genocida; d) pokušaj genocida; e) saučesništvo u genocidu.* Iz citirane definicije genocida, proizlaze dva ključna elementa. Prvi je tzv. mentalni element (mens rea) koji obuhvata namjeru potpunog ili djelimičnog uništenja jedne nacionalne, etničke, rasne i vjerske grupe, a u pitanju je element koji se teško dokazuje. Drugi je fizički (actus reus) koji se naziva i eksterni, a počiva u članu II

[31] "Pravda za Kodžali" je organizator međunarodnih konferencija, okruglih stolova, izložbi fotografija i slično. Tokom 2008. godine genocid u Kodžaliju se obilježavao u više od 60 svjetskih gradova. Opširnije o fondaciji vidjeti na zvaničnoj internetskoj stranici justiceforgkhojaly.org. S obzirom na to da Sarajevo i Baku od 1972. godine imaju status "Gradovi pobratimi" do obnove prijateljstva došlo je 13. jula 2012. godine kada je uz prisustvo Alije Behmena, tadašnjeg gradonačelnika, i Ganire Pašajeve (Ganira Pashayeva), zastupnice u Parlamentu R Azerbejdžan, otvoren "Park prijateljstva" u sarajevskom naselju Dobrinja V. U parku su postavljene statue azerbejdžanske i bosanske žene u znak sjećanja na agresiju 1992–1995. godine i ubijene civile Kodžalija. Opširnije vidjeti zvaničnu internetsku stranicu Grada Sarajeva http://sarajevo.ba/zastupnica-u-parlamentu-republike-azerbejdzan-ganira-pashayeva-u-posjeti-parku-prijateljstva-na-dobrinji/. Stranici se pristupilo 26. 6. 2018. godine. O statusu Sarajeva i Bakua iz 1972. godine vidjeti: http://sarajevo.ba/medunarodna-saradnja/gradovi-pobratimi/?lang=hr. Stranici se pristupilo 26. 6. 2018. godine.

[32] Tekst Konvencije je dostupan u Službenom vesniku Prezidijuma NSFNRJ br. 2/1950. Tekst Konvencije čini i sastavni dio Aneksa I Ustava Bosne i Hercegovine.

Konvencije i taksativno počiva u stavovima a, b, c, d i e. U slučaju Kodžalija, ispunjen je fizički element koji se sastoji od ubijanja civila, nanošenja teških povreda fizičkog ili mentalnog karaktera. U ovom slučaju, ispunjen je uslov koji se navodi u članu II Konvencije. Preciznije govoreći, postojala je specifična namjera (dolus specialis) koja se prepoznaje u potpunom ili djelimičnom uništenju nacionalne, etničke ili rasne grupe. Na slučaj Kodžalija mogu se primijeniti pravila međunarodnih zločina, ratnih zločina i međunarodnog humanitarnog prava. Navedenim pravilima potrebno je dodati i Treću ženevsku konvenciju koja se odnosi na pravila postupanja s ratnim zarobljenicima.[33] Kodžali je bio i povod za brzu reakciju međunarodnih tijela. Tokom 1993. godine Vijeće sigurnosti Ujedinjenih nacija donosi Rezoluciju broj 822 kojom apeluje na okončanje eskalacije oružanih sukoba u okupiranoj regiji Azerbejdžana (Aliyev, 2013). Vijeće sigurnosti je tokom 1993. godine donijelo još tri rezolucije koje su insistirale na bezuslovnom i hitnom povlačenju svih jedinica koje su izvršile okupaciju Gornjeg Karabaha i drugih teritorija koje se nalaze unutar granica Azerbejdžana (Mustafayeva, 2018). U međuvremenu, kao odgovor nadležnih međunarodnih tijela, a na inicijativu Komisije za sigurnost i saradnju u Evropi (Commission on Security and Cooperation in Europe) formira se Minsk grupa (Minsk Group).[34] Ova grupa nastala je krajem 1992. godine sa zadatkom da se iznađe mirno rješenje između Republike Azerbejdžan i Republike Armenije. Na funkciju kopredsjedavajućih izabrani su predstavnici Republike Francuske, Ruske Federacije i Sjedinjenih Američkih Država (Musafayeva, 2018). Međutim, grupa do danas nije uspjela ponuditi prihvatljivo rješenje problema između Azerbejdžana i Armenije. Jedina prilika za postizanje mirnog rješenja sukoba datira iz 2010. godine, kada su se na Floridi sastali predsjednik Azerbejdžana Ilham Alijev (Ilham Aliyev) i tadašnji predsjednik Armenije Robert Kočarian (Robert Kocharian). Međutim, snažne opozicije iz Jerevana i Bakua nisu podržavale bilo kakve ustupke i na taj način su spriječile mirno rješavanje problema

[33] Kao rezultat Diplomatske konferencije koja je održana u Ženevi u periodu od 21. aprila do 12. augusta 1949. godine nastala je Ženevska konvencija III (Geneve Convention III) koja se odnosi na postupanje s ratnim zarobljenicima. Cilj ove Konferencije je revizija teksta Ženevske konvencije od 27. jula 1929. godine. Tekst Konvencije iz 1949. godine na engleskom jeziku dostupan je na: https://web.law.columbia.edu//sites/default/files/microsites/gender-sexuality/Geneva%20Convention%20III.pdf. Stranici se pristupilo 12. 7. 2018. godine. Prevod teksta autor.

[34] Komisija za sigurnost i saradnju u Evropi egzistirala je do 1994. godine kada je došlo do promjene zvaničnog imena u Organizacija za sigurnost i saradnju Evrope (Organization for Security and Cooperation in Europe –OSCE). Opširnije o Komisiji za sigurnost i saradnju Evrope vidjeti https://www.csce.gov/about-csce/our-history/public-law-establishing-commission. Stranici se pristupilo 13. 7. 2018. godine. O promjeni imena Komisije vidjeti Cornell (1998, str. 57–58).

(Rasizade, 2011a). Do nove eskalacije sukoba u Gornjem Karabahu došlo je 1. aprila 2016. godine što je dovelo do novih promjena u odnosima između Azerbejdžana i Armenije (Mustafayeva, 2018). U literaturi ovaj sukob poznat je pod imenom "Četverodnevni rat" (Four-Day War), koji se desio nakon povratka predsjednika Azerbejdžana i Armenije s Nuklearnog samita koji je održan u Vašingtonu 31. marta 2016. godine (Shiriyev, 2017). Ovaj rat ponovo je privukao pažnju međunarodnih tijela, što je dovelo do novog susreta predsjednika Azerbejdžana i Armenije u Beču i Sankt Petersburgu tokom 2016. godine. Za razliku od niza prethodnih susreta, ovi susreti su doveli do postizanja dogovora oko prekida vatre (Mustafayeva, 2018). Ranije spomenuta Minsk grupa organizovala je novi susret s ministrima inostranih poslova Azerbejdžana i Armenije. Susret je održan u periodu od 12. do 14. juna 2018. godine u Jerevanu. Kao što je bio slučaj s nizom drugih, i ovaj susret nije doveo do mirnog rješenja odnosa između država. Prilikom sastanka, predstavnik Armenije je izjavio da ako Azerbejdžan želi progres mora pregovarati sa Stepankertom, te da sukob u Karabahu nema progresa s obzirom na to da je pozicija Azerbejdžana "štetna" za pregovore.[35] Niz propalih pokušaja mirnog rješavanja statusa Gornjeg Karabaha ukazuju na to da je u pitanju aktivni sukob i nova opasnost za destabilizaciju čitave regije.

Ranije je spomenuto da je nakon 25. i 26. februara 1992. godine Kodžali izbrisan s lica zemlje. Međutim, ovo nije predstavljalo kraj vojnih operacija i teritorijalnih pretenzija Republike Armenije. Sličnu sudbinu imao je i Kodžavand (Khojavand) koji je Armenija zauzela vojnom akcijom 2. oktobra 1992. godine. Tri mjeseca kasnije, tačnije 8. maja 1992. Godine, osvojen je grad Šuša (Shusha) koji je historijski i kulturni centar Gornjeg Karabaha (Deghati & Reza, 2014). Grad je došao u ruke Armenije nakon vojne operacije koja se sastojala od granatiranja grada, a nakon ulaska vojnih jedinica došlo je do masovnog ubijanja civila odnosno zatečenih muškaraca, žena i

[35] Opširnije o spomenutom susretu vidjeti: http://asbarez.com/172672/armenias-foreign-minister-meets-with-minsk-group-co-chairs/. Stranici se pristupilo 12. 7. 2018. godine. S obzirom na dugotrajnost Minsk grupe, u posljednje vrijeme Azerbejdžan je pokazao određeni stepen sumnje u njenu efikasnost. Jedan od razloga je činjenica da aktualna administracija predsjednika Sjedinjenih Američkih Država nije pokazala dovoljno interesovanja za probleme Gornjeg Karabaha. Možemo pretpostaviti da se kao drugi razlog pojavljuje uloga Republike Francuske u grupi, s obzirom na to da je to jedina država koja je dešavanja iz 1915–1917. godine priznala kao genocid nad Armencima. Francuska je tim povodom 18. januara 2001. godine u Nacionalnoj skupštini donijela zakon kojim je izvršila priznanje da je 1915. godine izvršen genocid nad Armencima. Opširnije vidjeti: https://armenianweekly.com/2016/01/20/15-years/. Članak pod nazivom "15 Years after France Recognized Armenian Genocide". Stranici se pristupilo 12. 7. 2018. godine.

djece. Vandalizmom vojnih jedinica grad je zapaljen a sve kulturne vrijednosti su uništene, kao što su muzeji, džamije i obrazovne institucije (Deghati & Reza, 2014).[36] Deset dana kasnije uslijedio je napad na Lačin (Lachin) koji su osvojile armenske vojne jedinice. U narednom periodu, odnosno 2. aprila 1993, osvojen je Kalbadžar (Kalbajar), a slijede ga Agdam[37] 23. jula 1993, Fizuli i Džabrail (Jabrayil) 23. augusta 1993. godine, Gubadli (Qubadli) 31. augusta 1993. i Zangilan 29. oktobra 1993. godine (Deghati & Reza, 2014). Na ovaj način Republika Azerbejdžan izgubila je više od 20 procenata svoje teritorije. Pored gubitka teritorije, u periodu koji je trajao nepune četiri godine (1990–1994) Azerbejdžan se suočio sa izbjegličkom krizom kojom je obuhvaćeno od 700.000 do 1.000.000 ljudi (Rzayev, 2015). Na kraju, uz teritorijalne gubitke, danas u Azerbejdžanu 13 procenata stanovništva čine izbjeglice koje su svoj život nastavile u izbjegličkim centrima širom države. Na međunarodnom planu, Azerbejdžan je u protekledvije decenije učinio mnogo kako bi se Kodžali prepoznao kao genocid. U tom smislu Senat Meksika je 27. oktobra 2011. godine donio Rezoluciju kojom je dešavanja u Kodžaliju okarakterisao kao genocid. Senat Islamske Republike Pakistan je 1. februara 2012. godine učinio isto. Ovim državama pridružio se Senat Kolumbije 28. marta 2012. godine sa svojom deklaracijom. Slijede Odbor za vanjske poslove Češkog parlamenta (Czech Parliament's Foreign Relations Committee) 19. februara 2013. godine, Dom naroda Parlamentarne Skupštine Bosne i Hercegovine 26. februara 2013, Senat Jordana 28. maja 2013. godine, Kongres Perua 14. juna 2013, Parlament Sudana 1. septembra 2014, Džibuti 24. januara 2017, Odluka Republike Slovenije od 27. januara 2016. i Zakonodavno tijelo Paragvaja 21. decembra 2017. godine. Spomenutim državama potrebno je dodati i izjavu člana Parlamenta Kanade, Eda Holdera, od 6. juna 2012. kojom se Kodžali opisuje kao genocid.[38] U periodu od 2009. do polovine 2017. godine, nadležna tijela federalnih jedinica Sjedinjenih Američkih Država usvojila su odgovarajuće dokumente kojima se Kodžali opisuje kao zločin protiv čovječnosti odnosno genocid. U nekim slučajevima se koristi i termin masakr ali se izjednačava sa zločinom

[36] Opširnije o vojnoj akciji zauzimanja Šuše vidjeti kod De Walla (2003, str. 176–181).

[37] Nakon 23. jula 1993. godine Agdam je dobio ime "Grad duhova". Opširnije vidjeti: https://www.abandonedspaces.com/conflict/the-ghost-town-of-aghdam-azerbaijan-an-unofficial-monument-of-the-horrors-of-war.html. Stranici se pristupilo 12. 7. 2018. godine.

[38] Zvanični spisak država koje su Kodžali okarakterisale kao genocid kao i kopiju Deklaracija na engleskom i španskom jeziku sadrži posebna edicija Predsjedničke biblioteke Azerbejdžana u okviru Upravnog odjela predsjednika Republike Azerbejdžan. Autor je prilikom istraživačkog rada imao priliku da izvrši uvid u ediciju. U međuvremenu, edicija je postala dostupna u pdf-u na sljedećoj internetskoj stranci http://files.preslib.az/projects/khojali/enkhojali/gl5.pdf. Stranici se pristupilo 18. 7. 2018. godine.

protiv čovječnosti ili samo masakr. Nastavak teksta sadrži federalne jedinice i datume donošenja odgovarajućih dokumenata. Među prvim zvaničnicima koji je uputio pismo predsjedniku R Azerbejdžan je član Skupštine Kalifornije Felip Fuentes (Felipe Fuentes) koje datira od 25. marta 1993. godine. U ovom pismu koristi se termin masakr. Zastupnički dom Masačusetsa je 25. februara 2010. godine donio dokument kojim se Kodžali poistovjećuje sa zločinom protiv čovječnosti (genocid). Federalna jedinica Nju Džersi (New Jersey) je jedina koja je donijela odgovarajuće dokumente na zakonodavnom i izvršnom nivou. Posljednji datira od 26. februara 2012. godine. Federalna jedinica Džordžija (Georgia) je svojom rezolucijom od 28. februara 2012. ukazala da je potrebno Kodžali prepoznati ne samo kao masakr, već učiniti mnogo na međunarodnom priznavanju dešavanja u Kodžaliju. Ova rezolucija je jedini međunarodni dokument u kojem se navodi ime bivšeg predsjednika Republike Armenije. Zastupnički dom federalne jedinice Mejn (Maine) donio je rezoluciju 23. marta 2012. godine. Senat Arkanzasa 8. februara 2013. godine donio je rezoluciju u kojoj se dešavanja u Kodžaliju iz februara 1992. godine definišu kao genocid. Senat Oklahome donio je rezoluciju 4. marta 2013. godine. Ovoj federalnoj jedinici pridružuju se Tenesi (Tennessee) i Pensilvanija (Pennsylvania) sa svojim rezolucijama od 18. marta 2013. godine. Pensilvanija je kasnije, odnosno 24. februara 2015. godine, donijela rezoluciju o prepoznavanju Kodžalija kao genocida. Slijede Konektikat (Connecticut) 16. aprila 2013. godine, Indijana 3. marta 2014. godine i Arizona 25. februara 2015. godine. Federalna jedinica Arizona je 23. februara 2017. godine donijela Proklamaciju o prepoznavanju i osuđivanju genocida u Kodžaliju iz 1992. godine. Nadležna tijela federalnih jedinica Jute (Utah) oglasila su se 2. marta 2015. godine, Nebraske 16. februara 2016. godine, Havaja (Hawaii) 15. februara 2016. godine, Montane 18. februara 2016. godine i Džordžije (Georgia) 26. februara 2016. godine. Uzimajući u obzir stavove mnogih država u svijetu, i ranije spomenute rezultate zvaničnih istraga, dešavanja u Kodžaliju iz 1992. godine možemo definisati kao kategoriju nedokazanog genocida.

5. Umjesto zaključka

Rad pod naslovom "Kodžali (Xocali) – nedokazani genocid" bavi se pitanjima pravno-političke prošlosti Republike Azerbejdžan. Rad sadrži uvod i četiri cjeline. Prva se odnosi na historiju Gornjeg Karabaha, gdje je utvrđeno da je ova teritorija, čak i u periodu postojanja Albanskog kraljevstva činila sastavni dio moderne Republike Azerbejdžan. Propašću ove države dolazi do spora između Azerbejdžana i Armenije. U centru sukoba je oblast Gornjeg Karabaha. Ovaj dio rada bavi se i pitanjima statusa Azerbejdžana u pe-

riodu postojanja Ruskog carstva i bivšeg Saveza Sovjetskih Socijalističkih Republika (SSSR-a). Prvi dio rada sadrži rezultate istraživanja i za period od 1828. do 1830. godine kada je došlo do relokacije stanovništva armenskog porijekla, a koje je naselilo teritoriju Karabaha. U pitanju su demografske promjene koje su nastupile kao posljedica rusko-perzijskih ratova. Druga cjelina istražuje pitanje o kojem se nije mnogo pisalo, kako na domaćem, tako i na drugim svjetskim jezicima. U pitanju su "Martovski dani", odnosno period od 28. marta do 2. aprila 1918. godine kada je u glavnom gradu Azerbejdžana ubijeno 50.000 civila. Dešavanja iz 1918. godine mogu se okarakterisati kao genocid u kojem je stradalo civilno stanovništvo Bakua. U periodu prije "Martovskih dana", javlja se ideja o uspostavljanju tzv. "Velike Armenije". U tu svrhu, ubrzo po okončanju Prvog svjetskog rata, dolazi do uspostavljanja političko-terorističkih organizacija koje su podržavale ideju "Velike Armenije". Treća cjelina obuhvata noviju historiju Republike Azerbejdžan. Ovaj dio rada sadrži istraživanje koje se odnosi na status Azerbejdžana i Gornjeg Karabaha, u periodu uspostavljanja SSSR-a. Ovdje je utvrđeno da je ustavima iz 1936. i 1977. godine pitanje statusa teritorije Gornjeg Karabaha predstavljalo krupno političko pitanje. Treći dio rada fokusira se na period između 19. i 20. februara 1990. godine. U literaturi ovaj period je poznat pod imenom "Crni januar" ili "Crna subota". Iza ovog imena, krije se planirana vojna akcija sovjetske armije koja je blokirala i napala glavni grad Azerbejdžana. Tom prilikom ubijeno je 150 i ranjeno više od 1.500 civila. Posmatrajući vremenski, s jedne strane, "Crni januar" je posljednji pokušaj sovjetske vlasti da osigura opstanak federacije, a s druge, početak borbe za sticanje nezavisnosti Azerbejdžana. Posljednji dio rada, pod naslovom "Genocid u Kodžaliju" sadrži istraživanje koje obuhvata period od kraja 1991. do kraja mjeseca marta 1992. godine. U ovom periodu došlo je do apsolutne blokade Kodžalija, što je ukazivalo na eskalaciju sukoba. Armenske vojne snage u saradnji sa sovjetskim Ministarstvom unutrašnjih poslova izvršile su pješadijski napad na Kodžali. Prilikom zauzimanja Kodžalija, udružene armensko-sovjetske snage uspostavljaju koridor za bezbjedan izlazak civila. Međutim, prilikom približavanja kolone civilnog stanovništva mjestu Nakčivanik, došlo je do otvaranja vatre vojno-policijskih jedinica. Uz upotrebu pješadijskog naoružanja, u jednom momentu ubijanje civilnog stanovništva poprima dimenzije iživljavanja i brutalnosti. Nakon 26. februara 1992. godine Kodžali je izbrisan s lica zemlje. Okončanjem vojne operacije koja je okupirala i uništila Kodžali, Republika Armenija nastavila je s vojnim operacijama i kontinuiranim teritorijalnim širenjem. U periodu od oktobra 1992. do oktobra 1993. godine, Armenija je zauzela više od 20 procenata državne teritorije Azerbejdžana i prouzrokovala izbjegličku krizu kojom je obuhvaćeno blizu 1.000.000 ljudi. Ovoj je bio i povod za donošenje nekoliko Rezolucija od strane Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija. Vijeće je tokom 1993. godine

donijelo Rezoluciju br. 822 kojom poziva na prekid oružanih sukoba u svim okupiranim teritorijama Azerbejdžana. U rješavanju sukoba, krajem 1992. godine, a na inicijativu Komisije za sigurnost i saradnju u Evropi, uključuje se i Minsk grupa. Osnovni zadatak grupe je da iznađe mirno rješenje između Azerbejdžana i Armenije. Međutim, spomenuta grupa do danas nije uspjela ponuditi prihvatljivo rješenje statusa Gornjeg Karabaha. Sukobi između Azerbejdžana i Armenije su eskalirali tokom 2016. godine i u literaturi su poznati su kao "Četverodnevni rat".

Uzimajući u obzir definiciju genocida, rezultate zvaničnih istraga kao i medicinskih pretraga možemo utvrditi da je u spomenutom periodu u Kodžaliju došlo do genocida. U literaturi se za ovu kategoriju koristi termin nedokazani genocid. O dešavanjima u Kodžaliju donijete su mnogobrojne rezolucije i deklaracije različitih država, koje su ubijanje civilnog stanovništva okarakterisale kao genocid. Kao primjer možemo navesti Rezoluciju Meksika i Deklaraciju Bosne i Hercegovine. Borba Republike Azerbejdžan da se Kodžali prepozna kao genocid traje pune dvije decenije. Velika uloga u tome pripada međunarodnoj kampanji pod nazivom "Pravda za Kodžali" (Justice for Khojaly). Inicijator međunarodne kampanje je Lejla Alijev (Leyla Aliyev). "Pravda za Kodžali" je organizator međunarodnih konferencija, okruglih stolova i izložbi kojima se dešavanja u Kodžaliju nazivaju genocidom. Na kraju, bez sumnje možemo iznijeti konstataciju da se u periodu od 25. do 26. februara 1992. godine u Kodžaliju desio genocid, kao i činjenicu da je prva žrtva genocida istina.

Bibliografija

Enciklopedije

1. *The New Encyclopaedia Britannica* (2005). Vol. 1. Chicago: Encyclopaedia Britannica, str. 755–756.
2. *Encyclopedia Americana* (2006) Vol 2. Danbury: Scholastic Library Publishing, str. 889–891.

Knjige

1. Alstadt, A. L. (1992). *The Azerbaijan Turks. Power and Identity under Russian Rule.* Stanford University Press, str. 10–11.
2. Bžežinski, Z. (1999). *Velika šahovska tabla.* Podgorica: CID.

3. Cornell, E. S. (2001). *A Small Nations and Greate Powers: A Study of Ethnopolitical conflict in the Caucasus*. London, New York: Routledge Curzon.

4. Cornell, E. S. (2011). *Azerbaijan Since Independence*. New York, London: M. E. Sharpe Armonk.

5. De Wall, T. (2003). *Black Garden – Armenia and Azerbaijan through Peace and War.* New York University Press.

6. De Wall, T. (2010). *The Caucasus: An Introduction.* Oxford: Oxford University Press.

7. Deghati R., Reza (2014). *Azerbaijan – The Massacre of innocents.* Turkey.

8. Ejvazli, E. (2014). *Djeca koja nisu odrasla.* Sarajevo: Blicdruk.

9. Festić, R. (1998). *Opća historija države i prava.* Sarajevo: Studentska štamparija Univerziteta u Sarajevu.

10. Heydarov, T. Peart, I. Maclachlan, F. Baghiyev, T. (2014). *Khojaly Witness of War Crime – Armenia in the Dock.* UK: Ithaca Press.

11. *Khojali Tragedy.* (2003). Baku: The Azerbaijan Great Britain Youth Society.

12. Kolsto P., Blakkisrud H. (2016). *The New Russian Nationalism. Imperialism, Ethnicity and Authoritarianism 2000-15.* Edinburgh: University Press.

13. Mammedov, S. (2015). *Khojaly Genocide.* Baku: The Ministry of Education of Azerbaijan Republic, Baku Slavic University.

14. Mammedov, S. (2015). *Genocide Commited by the Armenians Against the Azerbaijans.* Baku: The Ministry of Education of Azerbaijan Republic, Baku Slavic University.

15. *The Nagorno-Karabakh Conflict – A historical and Legal Appraisal.* Baku: SAM – Centar for Strategic Studies.

16. Shukurov K., Mahmudov, Y. (2015). *Garabagh: Real history, facts, documents.* Baku: Tahsil, Publishing House.

17. Small, H. (2018). *The Crimen War Europ's Confflict with Russia.* UK: The History Press.

18. Stahn, C. S., Easterday J., Iverson J. (2014). *Jus Post Bellum-Mapping the Normative Foundations.* Oxford: University Press.

19. *A Summary of Karabakh History* (2015). Baku: SAM – Centar for Strategic Studies.

20. Šarkić, S. (1999). *Opšta istorija države i prava.* Beograd: Draganić.

Članci

1. Abilov, S. (January 2013). Nagorno Karabakh War and Khojali Tragedy. *The Washington Review of Turkish & Eurasian Affairs,* str. 1–12.

2. Abilov, S., Isayev, I. (2016). The Consequences of the Nagorno-Karabakh War for Azerbaijan and the Undeniable Reality of Khojaly Massacre: A View from Azerbaijan. *Polish Political Science Yearbook,* 45, str. 298.

3. Aytan, G. (2010). Paradigms of Political Mythologies and Perspectives of Reconciliation in the Case of the Nagorno-Karabakh Conflict. *International Negotiation,* 15, 135–139.

4. Baguirov, A. (2012). Nagorno-Karabakh: Competing Legal, Historic and Economic Claims in Political, Academic and Media Discourse. *Journal of Muslim Minority Affairs,* 32, (2), 148.

5. Babayev, M., Yusif M. (2012). Azerbaijan's Oil History – A Chronology leading up to the Soviet Era. *Azerbaijan International,* str. 34–40.

6. Blank, S. (2015). US Policy, Azerbaijan, and the Nagorno-Karabakh Conflict. *Mediterranean Quarterly,* 26, (2), 99–114.

7. Cengel, K. (2013). Dispatch from Armenia: The Not So Frozen War. *World Affairs,* 176 (3), 55–63.

8. Cornell, S. E. (1998). Turkey and the Conflict in Nagorno-Karabakh: A Delicate Balance. *Middle Eeastern Studies,* 34, (1), str. 54.

9. Cornell, S. E. (2002). Autonomy as a Source of Conflict: Caucasian Conflicts in Theoretical Perspective. *World Politics,* 54, (2), str. 272.

10. De Wall, T. (2002). Reinventing the Caucasus. *World Policy Journal,* 19, (1), 51–59.

11. Mammadov, E. (1999). Running For Our Lives: Massacre and Flight From Khojal“, *Azerbaijan International,* 7, (3), 54–56.

12. Evgeny, F. (2010). In Search of Lost Genocide: Historical Policy and International Policy in Post-1989 Eastern Europe. *Global Society,* 24, (1), 51–70.

13. Freizer, S. (2014). Twenty years after the Nagorny Karabakh ceasefire: an opportunity to move towards more inclusive conflict resolution. *Caucasus Survey,* 1, (2), 109–122.

14. Gamaghelyan, P. (2010). Rethinking the Nagorno-Karabakh Conflist: Identity, Politics, Scholarship. *International Negotiation,* 15, 40–41.

15. German, T. (2012). The Nagorno-Karabakh Conflict between Azerbaijan and Armenia: Security Issues in the Caucasus. *Journal of Muslim Minority Affairs,* 32, (2), 216–227.

16. Goble, P. (1992). Coping with the Nagorno-Karabakh Crisis. *Fletcher Forum of World Affairs,* 16, (2), str. 19–26.

17. Goltz, T. (2012). The Successes of the Spin Doctors: Western Media Reporting on the Nagorno Karabakh Conflict. *Journal of Muslim Minority Affairs,* 32, (2), 186–193.

18. Goltz, T. (2002). Eyewitness Account from the Following Day. *Azerbaijan International,* 10, (1), 44–49.

19. Halapić, E. (2017). Savez turkijskih država-Evroazijski model globalne integracije. *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu,* LX , 413–415.

20. Karklins, R. (1989). Perestorika and Ethnopolitics in the USSR. *Politcal Science and Politics,* 22, (2), 209–210.

21. Karčić, H. (2016). Khojaly: The Worst Massacre in the Nagorno-Karabakh War and Azerbaijan's Quest to Commemorate the Tragedy. *Journal of Muslim Minority Affairs,* 36, (4), str. 597–601.

22. Hajda, L. (1993). Ethnic Politics and the Ethnic Conflict in the USSSR and the Post-Soviet States. *Humboldt Journal of Social Relations,* 19, (2), 194–195.

23. Horowitz, S. (2001). Explaining Post-Soviet Ethnic Conflicts: Using regime type to discern the impact and relative importance of objective antecedents. *Nationalities Papers,* 29, (4), str. 641.

24. Laitin, David D., Suny R.G. (1999). Armenia and Azerbaijan: Thinking a Way Out of Karabakh. *Middle East Policy,* 7, (1), str. 145–176.

25. Melander, E. (2001). The Nagorno-Karabakh Conflict Revisited - Was the War Inevitable. *Journal of Cold War Studies,* 3, (2), str. 60.

26. Mehdiyev, F., Bagirova I., Pashayeva G. & Kamal M. A. (2013). Legal status of quasi-autonomies in USSR: Case of Nagorno-Karabakh's Autonomous Oblast. *Caucasus International,* 3, (1–2), str. 116.

27. Mammadov, E. (1999).Running For Our Lives: Massacre and Flight From Khojal. *Azerbaijan International,* 7, (3), 54–56.

28. Mustafayeva, N. (2018). The Danger of No Peace, No War in Nagorno-Karabakh. *Turkish Policy Quarterly,*16, (4), 120–129.

29. O'Lear, S., Gray, A. (2006). Asking the Right Questions: Environmental Conflict in the Case of Azerbaijan. *Area,* 38, (4), 390–401.

30. Potier, T.(2006). Conflict Conundrums. *The National Interest,* 83, 88–92.

31. Potier, T.(2012). Referndum to Determine Nagorno Karabakh's Final Status: A Critical Appraisal. *Journal of Muslim Minority Affairs,* 32, (2), 269–276.

32. Rasizade, A. (2011). Azerbaijan's prospect in Nagorno-Karabakh. *Journal of Balkan and Near Eastern Studies,* 13, (2), 215–216.

33. Rasizade, A. (2011). Nagorno-Karabakh: An Apple of Discord between Armenia and Azerbaijan – Part One. *Contemporary Review,* 283, (1), 166–167.

34. Rasizade, A. (2011). Nagorno-Karabakh: An Apple of Discord Between Armenia and Azerbaijan – Part Two. *Contemporary Review,* 293, (1702), 295–306.

35. Rasizade, A. (2011). Azerbaijan's Prospects in Nagorno-Karabakh with the End of Oil Boom. *Iran and the Caucasus,* 15, (1/2), 299–317.

36. Rzayev, R. (2015). Azerbaijani Community of the Nagorno Karabakg Region: Deported Community's Quest for Peace, Justice and Returning Home. *Caucasus International,* 5, (1), 101–106.

37. Simonian, A. (2005). An Episode from the History of the Armenian-Azerbaijan Confrontation. *Iran & the Caucasus,* 9, (1), 145–158.

38. Shiriyev, Z. (2017). The „Four-Day War“ Changing Paradigms in the Nagorno-Karabakh Conflict. *Turkish Policy Quarterly,* 15, (4), 52–58.

39. Slomanson, R. W. (2012). Nagorno Karabakh: An Alternative Legal Approach To Its Quest for Legitimacy. *Thomas Jefferson Law Review,* 35, (1), 29–44.

40. Stepanov, V. (2000). Ethnic tensions and separatism in Russia. *Journal of Ethnic and Migration Studies,*26, (2), 305–332.

41. Stone, D. (2005). Raphael Lemkin on the Holocaust. *Journal of Genocide Research,* 7, (4), 539–550.

42. Theophanous, G. (2003). Blurred Borders-Armenia v. Azerbaijan. *Harvard International Review,* 4, (4), 12–14.

43. Thornton, C. (2014). Genocide's Deadly Circle letter from the Caucasus. *Sewanee Review,* 122, (4), 633–648.

44. Tokluoglu, C. (2011). The Political Discourse of the Azerbaijani Elite on the Nagorno-Karabakh Conflict (1991-2009). *Europe-Asia Studies,* 63, (1), 1229.

45. Tokluoglu, C. (2005). Definitions of national identity, nationalism and ethnicity in post-Soviet Azerbaijan in 1990s. *Etnic and Racial Studies,* 28, (4), 722–758.

46. Uhlig, M. A.(1993/94). The Karabakh War. *World Policy Journal,* 10, (4), str. 47.

47. Uzer, U. (2012). Nagorno-Karabakh in Regional and World Politics: A Case Study for Nationalism, Realism and Ethnic Conflict. *Journal of Muslim Minority Affairs,* 32, (2), 245–251.

48. Valiyev, A. (2012). Nagorno-Karabakh: Twenty Years Under Damocles' Sword. *Demokratizatsiya,* 20, (2), 197–202.

49. Yamskov, A. N. (1991). Ethnic Conflict in the Transcausasus: The Case of Nagorno-Karabakh. *Theory and Society,* 20, (5), 631–660.

50. Waters, C. (2003). Law in Places that don't Exist. *Denver Journal of International Law & Policy*, 33, (3), 406.

51. Whiting, R., O'Lear S. (2008). Which comes first, the nation or the state? A multiple scale model applied to the Nagorno-Karabakh conflict in the Caucasus. *National Identities,* 10, (2), 185–206.

52. Zulja, R., Jaworsky, J., Hipel, W. Keith, Fraser, M. Niall (1990). A Conflict Analysis of the Armenian-Azerbaijan Dispute. *Journal of Conflict Resolution,* 34, (4), 652–677.

Zakoni

1. Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida. Službeni vesnik Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ, br. 2/50.

Dr. Edin Halapić
Associate professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
e.halapic@pfsa.unsa.ba

XOCALI (KHOJALI) – THE UNPROVED GENOCIDE

Summary

The paper entitled "Khojali – The Unproved Genocide" refers to the questions of legal-political past of today's Republic of Azerbaijan. The dissolution of the former Union of Soviet Socialist Republics (USSR) represented the loss of the territory of Caucasus, which has been historically controlled from Moscow. However, even prior to achieving independence, more precisely since 1988, there was an ongoing war between Azerbaijan and Armenia. The paper places a special focus on the territory of Upper Karabakh (Nagorno-Karabakh) which is located in the area of southern Caucasus and is internationally recognised as part of the Republic of Azerbaijan. Following Azerbaijan's independence, during early 1990s, military operations have been launched in this region by the official authorities of Armenia. One of the goals was the absolute control of the southern part of Azerbaijan. In the end of 1991, Armenian-Soviet military forces have occupied the town of Khojali. The goal of this paper is to point out to the events in Khojali that have the elements of genocide but belong to the category of so-called unproved genocides.

Keywords: *Republic of Azerbaijan, USSR, Armenia, Khojali, genocide, Upper Karabakh, March days*

Dr. Kanita Imamović-Čizmić
Vanredna profesorica
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
k.imamovic-cizmic@pfsa.unsa.ba

UDK 338.5:339.13.012.42
Pregledni naučni rad

INSTITUT RABATA U PRAVU KONKURENCIJE

Sažetak

Vladajući položaj na tržištu nije zabranjen, ali je zabranjena njegova zloupotreba. Postoji široka lepeza instrumenata ili praksi ponašanja koji se mogu okarakterizirati kao zloupotreba vladajućeg položaja određenog privrednog subjekta, pod uvjetom da ograničavaju, narušavaju ili sprečavaju konkurenciju na mjerodavnom tržištu. Privredni subjekti, često koristeći različite šeme rabata (popusta), zloupotrebljavaju položaj, što se podvodi pod primjenu nejednakih uvjeta na istovrsne poslove s ostalim trgovinskim partnerima, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju. Rabati u pravu konkurencije predstavljaju jedno kontraverzno područje, ali i područje u kojem se napravio veliki pomak ka modernizaciji i prelasku s formalnopravne analize uvjeta koji se trebaju ispuniti da bi se određeno ponašanje smatralo zloupotrebom, na procjenu učinka ponašanja po tržišnu konkurenciju utemeljenu na ekonomskom instrumentariju. Rad se bavi pitanjem rabata s aspekta trgovačke prakse i prava konkurencije imajući u vidu pravo i praksu Evropske unije te Bosne i Hercegovine.

Ključne riječi: *pravo konkurencije, zloupotreba, vladajući položaj, rabati*

1. Uvod

Citat Davida Sarnoffa, osnivača i predsjednika RCA (Radio Corporation of America), po kojem "konkurencija donosi sve najbolje u proizvodima i sve najgore u ljudima", možda je najbolje objašnjenje potrebe za pravnom regulacijom tržišne konkurencije i razvojem jedne značajne grane prava – prava konkurencije. Pravo konkurencije ima za cilj zaštitu procesa takmičenja na tržištu s fokusom na učinak po tržišnu strukturu i blagostanje potrošača. Jednostavan je rezon koji govori o povezanosti procesa takmičenja, tržišne strukture i blagostanja potrošača. Struktura tržišta i konkurencija trebala

bi biti zaštićena ukoliko rezultira dobrobiti potrošača i takav je pristup više orijentiran na učinke određenog ponašanja, a ne isključivo na formu. Pravo konkurencije je stoga usmjereno na sprečavanje društveno štetnih ponašanja kojima se narušava, ograničava ili sprečava tržišna konkurencija. U tom kontekstu tri su značajna instituta regulirana i zabranjena u pravu konkurencije: restriktivno sporazumijevanje, prekomjerne (nedopuštene) koncentracije i zloupotreba vladajućeg položaja.

Zloupotreba vladajućeg položaja na tržištu je zakonom zabranjena, ali nije zabranjen vladajući položaj koji privrednom subjektu zbog značajne tržišne snage, koja se određuje za svaki konkretni slučaj u odnosu na predmetni proizvod na mjerodavnom tržištu, daje jednu neovisnost u ponašanju u odnosu na konkurente, kupce i krajnje potrošače. Vladajući položaj na tržištu se procjenjuje s obzirom na tržišnu snagu koja je određena tržišnim udjelom, stepenom koncentracije na strani kupaca odnosno tražnje i stepenom barijera ulaska na tržište. Prirodna je intencija svakog privrednog subjekta ostvarivanje što većeg tržišnog udjela i on to može postići na temelju vlastitog ekonomskog rasta ili na temelju poslovne strategije okrupnjavanja kapitala statusnom promjenom kroz spajanja ili pripajanja s drugim privrednim subjektima. Činjenica da na tržištu postoji privredni subjekt, ili više njih (kolektivna dominacija), izuzetne tržišne snage, znači da je na određen način tržišna konkurencija narušena, te ti subjekti snose posebnu društvenu odgovornost koja ponekad znači i zabranu ponašanja ili prakse koja je inače, u skladu s načelima obligacionog prava, dopuštena privrednim subjektima male tržišne snage. To se posebno odnosi na slobodu ugovaranja i autonomiju volje po kojoj se u obligacionom pravu svim privrednim subjektima garantira izbor "ugovarati ili ne", izbor ugovornog partnera, tipa ugovora i sadržaja ugovornog odnosa, tj. prava i obaveza ugovornih strana do slobode ugovaranja odnosa na drugačiji način nego što to čini zakon koji regulira obligacione odnose, ako iz pojedine odredbe samog zakona ili iz njenog smisla ne proizlazi nešto drugo (Morait, 2013, str. 1). U bosansko-hercegovačkom i uporednom pravu, kada je u pitanju zabrana zloupotrebe vladajućeg položaja, koristi se standardni oblik norme koji sadrži opću zabranu i egzemplarnu listu ponašanja kojim se ograničava, sprečava ili narušava konkurencija. U okviru te egzemplarne liste navedeni su primjeri i iskorištavajućih i isključujućih zloupotreba. Jedna od takvih zloupotreba je primjena nejednakih uvjeta na istovrsne poslove s ostalim trgovinskim partnerima, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju. To je široko postavljena formulacija kojom se, na određeni način, zbog posebne društvene odgovornosti koju ima subjekt u vladajućem položaju, nameće određeni standard ponašanja. U procjeni da li je izvršena zloupotreba vladajućeg položaja, nacionalna tijela za zaštitu tržišne konkurencije

i Evropska komisija sve više koriste ekonomske alate, odnosno utvrđuju ne samo formalni uvjet, da postoji određeno ponašanje, nego da i takvo ponašanje ima i antikonkurencijski učinak. U radu se daje prikaz rabata kao posebne poslovne prakse privrednih subjekata u vladajućem položaju za koju se veže i modernizacija pristupa Evropske unije u procjeni da li je određeni privredni subjekt zloupotrijebio vladajući položaj ili ne. Ova modernizacija se ogleda u osloncu i korištenju ekonomske procjene učinaka određenog ponašanja na tržišnu konkurenciju. Rabati su kontraverzno područje prava konkurencije, a slučaj Intel je zaokružio dilemu u pogledu njihove procjene, tako da je jedan dio rada posvećen i specifikumu Odluke Suda pravde Evropske unije u slučaju Intel iz septembra 2017. godine. Bosna i Hercegovina se nalazi na putu ka članstvu u Evropskoj uniji i svakako je njena obaveza prilagodba pravnoj stečevini i u oblasti prava konkurencije. Zakon o konkurenciji iz 2009. godine je dijelom usklađen kada su u pitanju osnovne zabrane ponašanja, pa time i zloupotrebe vladajućeg položaja. Imajući to u vidu, posljednji dio rada posvećen je prikazu regulacije zloupotrebe vladajućeg položaja u BiH uz kratki osvrt na slučajeve iz prakse Konkurencijskog vijeća vezane za korištenje rabata kao mogućih instrumenata zloupotrebe vladajućeg položaja.

2. Rabati i popusti s aspekta trgovačke prakse

Mehanizam djelovanja tržišta počiva na konkurentskom procesu koji podrazumijeva da učesnici slobodno donose ekonomske odluke prema pravilima koja uspostavlja država, odnosno tijela nadležna za zaštitu tržišne konkurencije u kojima je utjelotvoren javni interes. Postavlja se pitanje da li je funkcioniranje ovog mehanizma apsolutno ispitano, odnosno da li se mogu projicirati sve moguće posljedice ekonomskih odluka učesnika pa samim tim mehanizam ima društveno opravdanje. Sistem slobodnog tržišta u teoriji se često naziva "sistemom prirodne selekcije i opstanka privrednih subjekata" i kao takav inicira potrebu za kontinuiranim investicijama i inovacijama, što je motor ekonomskog rasta jedne društvene zajednice. Osnovni i "najprihvatljiviji" izvor investicija je novostvorena vrijednost odnosno dobit privrednog subjekta koji će okviru tercijarne raspodjele odlučiti koji dio novostvorene vrijednosti usmjeriti na investicije, odnosno istraživanje i razvoj. Država treba stvoriti takav poslovni ambijent koji će omogućiti i stimulirati što veće izdvajanje za inovacije i razvoj. Inovativne aktivnosti su potaknute ostvarivanjem što veće dobiti i to je sprega na kojoj počiva ekonomski napredak tržišne ekonomije. Sasvim je prirodna težnja privrednih subjekata da maksimiziraju dobit i u tom pravcu koriste sva zakonom dozvoljena sredstva. Različiti zakonski propisi, zbog javnog interesa otjelotvo-

renog u efikasnoj tržišnoj ekonomiji i društvenom blagostanju te principa jednakosti i pravičnosti, zabranjuju određene poslovne strategije. Zakoni o konkurenciji koje su usvojile sve razvijene moderne države spadaju u red takvih zakona. Njima se zabranjuju određena ponašanja privrednih subjekata kojim se može ograničavati, narušavati i sprečavati konkurencija na tržištu. Primjena zakona o konkurenciji veže se samo za situacije u kojim je ponašanje suprotno zakonskim odredbama i narušava konkurentski proces. Takav pristup potiče konkurenciju kroz vrhunske proizvode, usluge i niže cijene, a sam zakon o konkurenciji prevenira ili smanjuje štetu u tom konkurentnom procesu. Međutim, konkurentski proces se ponekad ne vodi isključivo ekonomskim instrumentarijem. Privredni subjekti, kako bi zauzeli što veći tržišni udio, pribjegavaju poslovnim praksama kojim se ograničava i narušava konkurencija, nanosi šteta potrošačima i drugim učesnicima. U takvu praksu spadaju i rabati kada se koriste u cilju ograničavanja konkurencije od strane subjekata u vladajućem položaju. Stoga, posebno pitanje u pravu konkurencije veže se za legalnost korištenja različitih šema rabata kao što su rabati lojalnosti od strane subjekata koji imaju vladajući položaj na tržištu.

Maksimiziranje prodaje je, dakle, glavni poslovni cilj svakog privrednog društva i zbog toga se koncipiraju različite prodajne strategije, od kojih je jedna i pružanje različitih popusta / rabata kupcima kako bi ih se potaklo na što veću kupnju. Iz toga proizlaze različite strategije privrednih subjekata. Diskonti i rabati su slični jedan drugom jer njihovom primjenom kupac plaća cijenu koja je manja od navedene cijene za proizvod ili uslugu. Glavna razlika odnosi se na razdoblje u kojem je smanjenje cijena osigurano. Dok se diskonti ostvaruju u trenutku kupovine određene robe i usluga, rabati se ostvaruju kasnije, protekom određenog vremenskog perioda nakon izvršene kupovine. Tipičan primjer diskonta jeste da kupac dobiva popust od 10% na TV koji košta 500 eura i koji će platiti samo 450 eura prilikom kupovine. Rabati se nude poslovnim partnerima koji plaćaju usluge ili robu u određenom vremenskom razdoblju. Naprimjer, privredni subjekt može ponuditi svojim klijentima rabat popust od 5% ako plati u roku od 30 dana, 10% popusta ako plaća u roku od 14 dana i 15% ako je plaćanje izvršeno u roku od 5 dana od kupovine. Cilj davanja diskonta jeste motivacija kupca na kupovinu jednog proizvoda ili veće količine proizvoda, da se potakne plaćanje ukupnog iznosa ili smanji rok plaćanja i poveća likvidnost privrednog subjekta. Rabat je smanjenje cijene koja se osigurava nakon što je izvršena puna isplata za kupljeni proizvod ili uslugu. Jednostavnije rečeno, rabati su popusti koji se nude na kupovinama koje su realizirane u prošlosti. U takvoj situaciji kupac će platiti punu cijenu, a prodavač će mu poslati dokumentaciju koju treba popuniti i poslati. Nakon toga prodavač će vratiti određeni iznos od punog

iznosa koji je uplaćen. Diskonti i popusti imaju prednosti za kupca jer smanjuju iznos koji se plaća za kupovinu određenog proizvoda, ali postoji jedna velika razlika između njih i veže se za izvjesnost realizacije samog smanjenja iznosa koji se plaća. Kod diskonta taj se iznos smanjuje od cijene na prodajnom mjestu. Međutim, smanjenje cijene kod rabata nije apsolutno sigurno jer trgovac na malo može odbiti povrat novca.

3. Rabati u pravu konkurencije Evropske unije

Evropska unija, kao zajednica *sui generis* koja se temelji na očuvanju unutrašnjeg tržišta, posebnu pažnju posvećuje zaštiti konkurencije i u tom smislu je jedan od instrumenata zaštite i čl. 102 Ugovora o funkcioniranju Evropske unije koji glasi:

Svaka zloporaba vladajućeg položaja od strane jednog poduzetnika ili više njih na unutarnjem tržištu ili njegovu znatnom dijelu zabranjena je kao nespojiva s unutarnjim tržištem u mjeri u kojoj bi mogla utjecati na trgovinu među državama članicama.

Takva se zloporaba može osobito sastojati od:

(a) neposrednog ili posrednog nametanja nepravednih kupovnih ili prodajnih cijena ili drugih nepravednih trgovinskih uvjeta;
(b) Ograničavanja proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača;
(c) Primjene nejednakih uvjeta na istovrsne poslove s ostalim trgovinskim partnerima, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju;
(d) Uvjetovanja sklapanja ugovorâ preuzimanjem dodatnih obveza od strane drugih stranaka koje, po svojoj naravi ili prema trgovačkoj praksi, nisu ni u kakvoj vezi s predmetom tih ugovora.

Tumačenjem ove odredbe mogu se izdvojiti četiri uvjeta koja se trebaju ispuniti da bi se dokazalo da je određeno ponašanje prema čl. 102 Ugovora o funkcioniranju Evropske unije nezakonito. Najprije se treba utvrditi da se radi o privrednom subjektu, zatim se utvrđuje njegov vladajući položaj na mjerodavnom tržištu. Nakon toga se utvrđuje zloupotreba koja ima efekte na trgovinu između članica Evropske unije. Stav 1 čl. 102 Ugovora o funkcioniranju Evropske unije predviđa generalnu zabranu zloupotrebe vladajućeg položaja. U okviru stava 2 čl. 102 Ugovora o funkcioniranju Evropske unije data je egzemplarna lista mogućih zloupotreba koje se, u ovisnosti da li za cilj imaju ostvarivanje monopolskog (ekstra) profita na štetu potrošača ili im

je cilj istiskivanje s tržišta konkurenata, mogu svrstati u iskorištavajuće i isključujuće.

Pojam privrednog subjekta Evropski sud shvaća vrlo široko. Pod njime se podrazumijeva svaki subjekt koji obavlja ekonomsku aktivnost, što znači da je zastupljen funkcionalni aspekt definiranja, pri čemu je pravna priroda lica koje poduzima aktivnost od irelevantnog značaja. Vladajući položaj može imati jedan privredni subjekt ili više njih kada se govori o zajedničkom vladajućem položaju. Dva ili više privredna društva nalaze se u vladajućem položaju ako međusobno značajno ne konkuriraju na mjerodavnom tržištu roba ili usluga te ako zajedno ispunjavaju uvjete koji se traže za vladajući položaj. Između tih privrednih subjekata mora postojati određena ekonomska veza (kao npr. sporazum o licenci ili učešće u kapitalu), ali ta veza ne dovodi do stepena međuzavisnosti koja bi činila grupu društava pod zajedničkom upravom (holding) i ta veza omogućava im da nastupaju kao cjelina neovisno o drugim konkurentima (Šoljan, 2004, str. 222). Da bi se utvrdilo da se određeni subjekt nalazi u vladajućem položaju, odnosno da ima određenu tržišnu snagu, neophodno je odrediti mjerodavno tržište. To je alat za lakše ocjenjivanje konkurencije pomoću definiranja onih zamjenskih proizvoda za proizvode i usluge koje na tržištu nudi privredni subjekt za kojeg se tvrdi da zloupotrebljava položaj. Mjerodavno tržište ima dvije dimenzije. Proizvodnu i geografsku. Mjerodavno tržište proizvoda obuhvaća sve one proizvode i/ili usluge koje potrošač smatra zamjenjivim (karakteristike proizvoda, njihove cijene i namjenu). Mjerodavno geografsko tržište je područje na kojem su privredni subjekti uključeni u ponudu i potražnju proizvoda ili usluga, na kojem su uslovi tržišne konkurencije dovoljno ujednačeni i koje se može razlikovati od susjednih područja. Nakon što se utvrdi mjerodavno tržište i tržišna snaga subjekta za kojeg se sumnja da je zloupotrijebio vladajući položaj, pristupa se analizi ponašanja odnosno analizira se da li njihovo ponašanje predstavlja zloupotrebu u kontekstu čl. 102 Ugovora o funkcioniranju.

Primjena nejednakih uvjeta na istovrsne poslove s ostalim trgovinskim partnerima, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju, jedan je široko postavljen oblik isključujuće zloupotrebe. Zabranom ovakvog ponašanja se na određeni način, zbog posebne društvene odgovornosti koju uživa privredni subjekt u vladajućem položaju, ograničava sloboda kreiranja sadržaja poslovnog, odnosno ugovornog odnosa, što je načelo obligacionog prava. Da bi postojao ovaj oblik zloupotrebe, neophodno je da budu ispunjena tri uvjeta (Mlikotin Tomić, Horak, Šoljan & Pecotić Kaufman, 2006, str. 123): privredno društvo u vladajućem položaju primjenjuje različite uvjete u poslovima s različitim partnerima, poslovi moraju biti ekvivalentni i po-

sljedica takvog ponašanja je utjecaj na konkurentnost privrednog subjekta s kojim posluje. Poseban uvjet je ekvivalentnost poslova koji su usporedivi prema procjeni troškova poslovanja s obzirom na obim i okolnosti koje utiču na uporedivost (sezonski poslovi, pokvarljivost robe). Diskriminacija često nastaje primjenom različitih sistema popusta u cijeni – rabata. Rabati koji odražavaju uštede koje se postižu narudžbom većih količina proizvoda ili usluga nisu diskriminirajući, jer kupci koji kupuju iste količine roba, odnosno usluga, plaćaju istu cijenu. Međutim, oni će biti diskriminirajući ako su uvjetovani obavezom kupca da određenu količinu robe kupi od njega jer će u takvoj situaciji kupci koji kupuju različite količine proizvoda, ovisno o razini njihovih ukupnih potreba, ostvarivati sniženje cijena u istoj visini. Pitanje popusta ili rabata u pravu konkurencije Evropske unije je kontraverzno pitanje i za njega se veže promjena pristupa u analizi čl. 102 Ugovora o funkcioniranju Evropske unije od čisto formalističkog do na ekonomskim efektima utemeljenog. Novi koncepti vezani za rabate donose i pitanja primjenljivosti (prednosti i nedostatka) najnovije metodologije Evropske komisije u procjeni zakonitosti ponašanja.

4. Rabati lojalnosti iz ugla sudske prakse u Evropskoj uniji

Iako prevladavajuća sudska praksa sudova Evropske unije i nacionalnih tijela za zaštitu tržišne konkurencije općenito slijedi formalistički pristup, koji podrazumijeva da je dovoljno da su ispunjeni zakonski uvjeti za kršenje odredaba kojim se regulira zloupotreba vladajućeg položaja bez stvarne procjene učinaka takvog ponašanja, presuda Suda pravde Evropske unije (CJEU), koja se odnosi na zahtjev za prethodno rješenje danskih sudova, smatra se zaokretom ka ekonomskom pristupu koji podrazumijeva dokazivanje učinka na tržište, konkurenciju i potrošače. Sud pravde Evropske unije je dugo vremena podržavao opredijeljenost ka tradicionalnom stajalištu definirajući tri kategorije rabata: količinski, rabati za lojalnost (ekskluzivni) i mješoviti rabati. Količinski rabati su rabati povezani isključivo s količinom kupovine od privrednog subjekta u vladajućem položaju i smatraju se zakonitim jer se temelje na pretpostavci da nemaju učinak zatvaranja tržišta. Rabati za lojalnost predstavljaju sve rabate kojima je zajedničko svojstvo da omogućuju kupcima niže cijene pod uslovom da više kupuju roba koje prodavač prodaje. Na taj način se potiče kupovina robe ili usluga od jednog prodavača, pri čemu može, ali i ne mora doći do promjene strukture tržišta odnosno do isključenja konkurencije. Općenito govoreći, rabati lojalnosti mogu se smatrati umanjenjem cijene relevantnog proizvoda koju proizvođač ili dobavljač daje distributeru ili kupcu kao izričitu ili implicitnu nagradu u zamjenu za odnos značajne ekskluzivnosti. Negativni efekti ili dejstvo

primjene rabata lojalnosti se manifestiraju u ograničavanju slobode izbora kupaca te ograničavanju tržišta sprečavanjem ulaska drugih konkurenata na tržište.[1] Privredni subjekat za koga se tvrdi da zloupotrebljava institut rabata ima obavezu dokazati da učinak zatvaranja tržišta napravljen korištenjem rabata lojalnosti ima veće koristi za potrošače nego štetu. Ostali rabati obuhvataju sve rabate koji se ne uklapaju u prve dvije skupine. To su rabati koji se ne dodjeljuju po količini kupljenih proizvoda niti lojalnosti, ali u sebi sadrže elemente "lojalnosti" koji se ogledaju u nametanju ispunjenja posebnih obaveza koje su suprotne trgovačkim običajima i oni se procjenjuju uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja.

Tradicionalno, u Evropskoj uniji je vladao stav da sve spomenute vrste rabata mogu imati i kompetitivne i antikompetitivne učinke, ali da su *per se* dozvoljeni količinski rabati, rabati lojalnosti *per se* zabranjeni, a za ostale se u svakom pojedinačnom slučaju treba izvršiti analiza. U presudi "Post Danmark II" učinjen je veliki preokret jer CJEU razmatra analizu učinaka određenog ponašanja i prvi put priznaje važnost AEC testa za procjenu rabata, čime potvrđuje stajalište Komisije da se primjena tog testa ne bi trebala ograničiti samo na zloupotrebu vladajućeg položaja putem pretjerano visokih i predatorskih cijena. Naime, Evropski sud smatra da je, da bi se utvrdilo postojanje zloupotrebe vladajućeg položaja, neophodno dokazati da postoji antikonkurencijski učinak kojim se potencijalno mogu isključiti konkurenti s tržišta koji su barem jednako efikasni u poslovanju kao privredni subjekt u vladajućem položaju. Sud je mišljenja da je neophodno AEC test, kao značajan ekonomski instrumentarij, koristiti u svim slučajevima kada se ispituje usklađenost šeme rabata s čl. 102 Ugovora o funkcioniranju Evropske unije. Naime, postavlja se pitanje koji je opravdan razlog zbog čega se smatra da rabati lojalnosti po svojoj prirodi imaju antikonkurencijski učinak, pogotovo ukoliko ih se poredi s npr. ugovorima o ekskluzivnoj distribuciji? Pa i u samom slučaju Post Danmark I i CJEU je zauzeo stav da "tržišna konkurencija u meritumu može dovesti do isključivanja s tržišta konkurenata koji su manje efikasni i tako manje privlačni za potrošače". Shodno tome tvrdnja da je svako isključenje zloupotreba vladajućeg položaja bez ikakve daljnje analize nije prihvatljiva (Vitzilaiou, 2016, str. 2).

[1] S obzirom na njihovu nekompatibilnost s ciljem prava konkurencije, vrijedi pretpostavka da su rabati lojalnosti *per se* nezakoniti i mogu se opravdati samo u "izuzetnim okolnostima". To za posljedicu ima da Komisija i nacionalna tijela za zaštitu konkurencije nemaju obavezu dokazivanja postojanja pozitivnih efekata takve prakse, nego je teret dokazivanja na subjektu u vladajućem položaju. U tom kontekstu privredni subjekt u vladajućem položaju, za kojeg se pretpostavlja da zloupotrebljava rabat, ima teret dokazivanja.

5. Smjernice Evropske komisije o prioritetima u primjeni člana čl. 102 Ugovora o funkcioniranju Evropske unije

Smjernice Evropske komisije o prioritetima u primjeni člana čl. 102 Ugovora o funkcioniranju Evropske unije iz 2009. godine[2] donesene su sa svrhom da odrede prioritete u postupanju Komisije u slučajevima isključujućih zloupotreba vladajućeg položaja. Pored toga što predviđaju određene odluke Komisije u implementaciji čl. 102, Smjernice su namijenjene pružanju veće jasnoće i predvidljivosti općeg okvira analize za utvrđivanje osnovanosti pokretanja postupka u različitim slučajevima isključujućih ponašanja subjekata u vladajućem položaju prema čl. 102 Ugovora o funkcioniranju EU. U Smjernicama[3] je navedeno da Komisija ne mora provesti detaljnu analizu ukoliko je evidentno da će određeno ponašanje vrlo vjerovatno rezultirati štetom po potrošača, spriječiti ili ograničiti konkurenciju te ukoliko se može izvesti zaključak o antikonkurencijskom učinku takvog ponašanja. To su slučajevi u kojim npr. subjekt u vladajućem položaju sprečava svoje kupce da koriste proizvode konkurenata ili pruža finansijske poticaje svojim kupcima uz uslov da ne kupuju proizvode konkurenata. Cilj aktivnosti koje poduzima Komisija jeste spriječiti prakse subjekata u vladajućem položaju kojim oni kroz sprečavanje ili ograničavanje ulaska na tržište konkurenata utiču na konkurentski proces i nanose štetu potrošaču. Zatvaranje tržišta, odnosno "istiskivanje s tržišta s protutržišnim učinkom" podrazumijeva aktivnosti kojim privredni subjekt u vladajućem položaju sprečava uspješan pristup stvarnim ili potencijalnim konkurentima izvorima nabave ili tržištima, pri čemu je vjerovatno da će poduzetnik u vladajućem položaju biti u poziciji da profitabilno povisi cijene.[4] U procjeni da li određeno ponašanje subjekta u vladajućem položaju predstavlja "istiskivanje s tržišta s protutržišnim učinkom" Komisija će analizirati opće faktore: položaje privrednog subjekta u vladajućem položaju kao i njegovih konkurenata te kupaca; uvjete na tržištu kroz postojanje barijera ulasku na tržište; obilježja prakse koja se smatra zloupotrebom u smislu obima kupovine koja je zahvaćena, vremenske dužine trajanja zloupotrebe i sl.; moguće dokaze stvarnog istiski-

[2] Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ C 45, 24. 2. 2009.

[3] Stav 22 Priopćenje Komisije – Uputa o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni čl. 82. Ugovora o EZ-u na postupanja poduzetnika u vladajućem položaju koja za posljedicu mogu imati zlouporabu u smislu isključivanja konkurenata s tržišta (Tekst od važnosti za Europski gospodarski prostor) (2009/C 45/02).

[4] Stav 19 Priopćenje Komisije – Uputa o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni čl. 82. Ugovora o EZ-u na postupanja poduzetnika u vladajućem položaju koja za posljedicu mogu imati zlouporabu u smislu isključivanja konkurenata s tržišta (Tekst od važnosti za Europski gospodarski prostor) (2009/C 45/02).

vanja, kao i neposredne dokaze strategije isključujućeg djelovanja[5]. Pored općih faktora, Komisija će uzeti u obzir i specifične faktore karakteristične za pojedine vrste isključujućih praksi. Smjernice posebno razrađuju faktore za isključujuće ugovore, vezane ugovore i paketne prodaje. Generalni stav Komisije, naveden i u Smjernicama, jeste da cjenovna konkurencija donosi dobrobit za potrošače i vodeći se tim Komisija će pokretati postupak samo kada je predmetna praksa već spriječila tržišnu konkurenciju ili je takvih karakteristika da je može spriječiti, isključujući konkurente za koje se smatra da su jednako tako efikasni kao i poduzetnik u vladajućem položaju.[6] U cilju utvrđivanja da li se radi o istiskivanju jednako efikasnog konkurenta, Komisija će analizirati podatke o odnosu između troškova i cijene proizvoda vladajućeg privrednog subjekta i njegovog konkurenta. U tom kontekstu ono što je fokus ispitivanja jeste činjenica da li je poduzetnik u vladajućem položaju snizio cijene ispod troškova. Osnovni troškovni instrumentarij koji koristi Komisija tiče se dva troška koja komparira i prati. To su prosječni izbježivi troškovi (eng. Average Avoidable Costs; AAC) podrazumijevaju troškove koji se mogu izbjeći ukoliko se prestane s proizvodnjom određenog proizvoda[7] te dugoročni prosječni inkrementalni trošak (long-run average incremental cost – LRAIC). Ukoliko analizom troškova Komisija utvrdi da privredni subjekt u vladajućem položaju ne pokriva svoje AAC troškove, to je jasan dokaz da on kratkoročno svjesno žrtvuje svoju dobit te da jednako efikasan konkurent ne može prodavati ciljnim kupcima, a da ne pretrpi gubitak. S druge strane, ukoliko Komisija utvrdi da on ne pokriva svoj LRAIC, to je pokazatelj da on ne pokriva sve fiksne troškove koji se zaračunavaju u proizvodnji predmetnih proizvoda ili pružanju usluga te da bi jednako efikasan poduzetnik mogao biti istisnut s tržišta.[8] U skladu s "načelom saslušanja stranaka" kao načelom upravnog prava, Komisija će omogućiti i privrednom subjektu za kojeg se smatra da je zloupotrijebio vladajući polo-

[5] Stav 20 Priopćenje Komisije – Uputa o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni čl. 82. Ugovora o EZ-u na postupanja poduzetnika u vladajućem položaju koja za posljedicu mogu imati zlouporabu u smislu isključivanja konkurenata s tržišta (Tekst od važnosti za Europski gospodarski prostor) (2009/C 45/02).

[6] Stav 23 Priopćenje Komisije – Uputa o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni čl. 82. Ugovora o EZ-u na postupanja poduzetnika u vladajućem položaju koja za posljedicu mogu imati zlouporabu u smislu isključivanja konkurenata s tržišta (Tekst od važnosti za Europski gospodarski prostor) (2009/C 45/02).

[7] U kratkom roku, AAC troškovi se ponekad nazivaju i kratkoročni inkrementalni troškovi (SRIC), dok se promatrajući u dugom roku mogu smatrati i dugoročnim inkrementalnim troškovima (LRIC).

[8] Stav 26 Priopćenje Komisije – Uputa o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni čl. 82. Ugovora o EZ-u na postupanja poduzetnika u vladajućem položaju koja za posljedicu mogu imati zlouporabu u smislu isključivanja konkurenata s tržišta (Tekst od važnosti za Europski gospodarski prostor) (2009/C 45/02).

žaj da iznese dokaze opravdanosti svoje prakse dokazujući njenu objektivnu nužnost ili veće koristi u odnosu na štete nastale predmetnim ponašanjem. Kod dokazivanja objektivne nužnosti ponašanja privrednog subjekta u vladajućem položaju najčešće će biti potrebno mišljenje o predmetnim okolnostima određenog stručnog javnog tijela, dok kod dokazivanja korisnosti takvog ponašanja privredni subjekt treba dokazati:[9] da su ostvareni ili će biti ostvareni pozitivni učinci kao posljedica mogućeg isključujućeg djelovanja, da je isključujuće djelovanje neophodno za ostvarenje tih pozitivnih učinaka, da mogući pozitivni učinci kao posljedica isključujućeg djelovanja prevladavaju nad mogućim negativnim učincima na konkurenciju i dobrobit potrošača na zahvaćenim tržištima te da postupanje ne ukida efikasnu konkurenciju, natjecanje isključivanjem svih ili većine stvarnih ili potencijalnih konkurenata.

U Smjernicama se kao specifični primjeri isključujućih zloupotreba navode isključujući ugovori i uslovljeni rabati. Uslovljeni rabati se dodjeljuju klijentima kao nagrada za određenu kupovinu u vidu povrata novca ukoliko kupuje preko određenog količinskog praga i izvan određenog vremenskog okvira. Pri tomu se razlikuju rabat na svu kupovinu (retroaktivni rabat) ili, pak, rabat samo na onu koja je premašila zadane granične vrijednosti potrebne za ostvarenje rabata (dodatni ili inkrementalni rabat). Uslovljeni rabati nisu neuobičajena praksa. Privredni subjekti ih koriste kao alat za povećanje tražnje za svoje proizvode. Međutim, ako ih koristi subjekt u vladajućem položaju, onda oni mogu imati stvarne ili potencijalne učinke zatvaranja tržišta, slično kao kod ekskluzivnih kupovina. Kao i kod ekskluzivnih kupovina, vjerovatnoća zatvaranja tržišta je veća ukoliko se konkurenti ne mogu takmičiti pod jednakim uslovima za svaku pojedinačnu tražnju. Nesporno je da su lojalnost i "usisni" efekti maksimalni u blizini praga. Naime, najveći problem, prema mišljenju Komisije, jeste upravo pojačavanje lojalnosti kroz zatvaranje tržišta, jer što je rabat izražen u postotku sniženja ukupne cijene veći i što je veći prag za ostvarivanje rabata, to je izraženiji poticaj za narudžbe ispod rabatnog praga, pa je stoga i veća vjerovatnoća da će doći do isključivanja odnosno sprečavanja ulaska na tržište stvarnih odnosno potencijalnih konkurenata.[10]

Potencijalni učinak zatvaranja i onemogućavanja pristupa tržištu je u pravilu najjači pri kupovini zadnje jedinice proizvoda prije nego što se prijeđe

[9] Stav 30 Priopćenje Komisije – Uputa o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni čl. 82. Ugovora o EZ-u na postupanja poduzetnika u vladajućem položaju koja za posljedicu mogu imati zlouporabu u smislu isključivanja konkurenata s tržišta (Tekst od važnosti za Europski gospodarski prostor) (2009/C 45/02).

[10] Ibid., stav 40.

rabatni prag. Međutim, ono što je odlučujuće za ocjenu učinka rabata na porast vjernosti, po mišljenju Komisije, nije jednostavno učinak na konkurenciju pri isporuci zadnje pojedinačne jedinice proizvoda, nego učinak zatvaranja i sprečavanja pristupa tržištu stvarnim ili potencijalnim konkurentima poduzetnika u vladajućem položaju, a koji su posljedica rabatnog sistema. Što je rabat izražen u postotku sniženja ukupne cijene veći i što je veći prag za ostvarivanje rabata, to je izraženiji poticaj za narudžbe ispod rabatnog praga, pa je stoga i veća vjerovatnoća da će doći do isključivanja odnosno sprečavanja ulaska na tržište stvarnih odnosno potencijalnih konkurenata. [11]

U Smjernicama je navedeno da procjena strukture rabata ovisi o prirodi praga, koji može biti individualizirani ili standardizirani. Individualizirani prag – na temelju postotka ukupnih zahtjeva kupca ili individualizirani cilj obima kupovine – omogućuje dominantnom privrednom subjektu postavljanje praga na takvom nivou da otežava kupcima promjenu dobavljača, stvarajući tako maksimalni učinak u pogledu povećanja lojalnosti. Nasuprot tome, standardizirani prag za obim – gdje je prag jednak za sve ili skupinu kupaca – može biti previsok za određene kupce manje kupovne snage i / ili prenizak za kupce veće kupovne snage, čime se učinak lojalnosti pojačava. Ako se ipak može utvrditi da je standardizirani prag obima približan zahtjevima znatnog udjela kupaca, Komisija će vjerojatno razmotriti takvu standardizaciju i da li sistem rabata može rezultirati efektima zatvaranja tržišta.[12]

Uvjetovani rabat koji odobrava poduzetnik u vladajućem položaju može mu omogućiti da koristi "neupitni dio" (stalni dio) potražnje svakog kupca kao prednost kojom će smanjiti cijenu koju kupac treba platiti za "upitni dio" kao dio za koji kupac može radije dati prednost i biti u mogućnosti naći zamjenske proizvode ili supstitute. Privredni subjekt u vladajućem položaju računa da kupcu nije isplativo da izgubi retroaktivni rabat ukoliko preostali "upitni" dio svojih zaliha preusmjeri ka drugom dobavljaču ili prodavcu.

Komisija treba utvrditi da li šema rabata može spriječiti ulazak ili širenje na tržištu konkurentima koji su jednako efikasni jer zbog nje nisu u mogućnosti zadovoljiti preostale potrebe kupaca. To znači da Komisija treba utvrditi cijenu konkurentskog proizvoda koja bi pokrila gubitak ukoliko bi kupac prebacio dio svoje potražnje ("osnovica za izračunavanje") sa privrednog subjekta u vladajućem položaju na nekog drugog dobavljača i izgubio uvjetovani rabat. Da li je konkurent efikasan da može ponuditi takvu cijenu a da ne ostvari gubitak? Konkurent treba da ponudi stvarnu cijenu kao ci-

[11] Ibid.
[12] Ibid., stav 44.

jenu iz cjenovnika umanjenu za rabat koji izgubi kupac prelaskom na drugog dobavljača.[13] Osnovica za izračunavanje zavisi od specifičnih činjenica svakog slučaja i od vrsti uslovljenih rabata, tako da ona može biti jednaka vrijednosti dodatne kupnje (kupnje iznad zadanog praga za rabat), što je slučaj kod inkrementalnog rabata. Kod retroaktivnog ona će ovisiti o obimu potreba koje kupac može realno nadomjestiti prelaskom na proizvode konkurenta (promjenjivi ili "upitni udio" ili "upitni dio").[14] Rezon zaključivanja je sljedeći: kako raste procijenjena stvarna cijena za osnovicu u odnosu na prosječnu cijenu privrednog subjekta u vladajućem položaju, raste i utjecaj rabata vjernosti kupaca. Suština je u tome da zatvaranja tržišta nema sve dok stvarna cijena ostaje konstantno iznad visine dugoročnog LRAIC-a privrednog subjekta u vladajućem položaju jer jednako efikasan konkurent može da se takmiči za potražnju, a da ne ostvari gubitak.[15]

6. Rabati lojalnosti u slučaju Michelin II

U slučaju Michelin II utvrđeno je da kompanija Michelin, koja se bavi proizvodnjom guma za razna vozila, zloupotrebljava svoj vladajući položaj kroz svoje šeme rabata. Komisija je izrekla novčanu kaznu od 19,76 miliona eura koju je potvrdio Prvostepeni sud. Kompanija Michelin je poslovala na tržištu guma i to tržištu novih guma (tržište izvorne opreme i tržište zamjenske opreme) i tržištu protektnih guma (korištenim gumama daje se novi protektni sloj). Poslovna politika kompanije Michelin se na francuskom tržištu kreirala preko: "Opći cjenovni uvjeti za Francusku za profesionalne trgovce", "Sporazum o optimalnom korištenju Michelinovih guma za kamione ('sporazum PRO')", "Sporazum o poslovnoj suradnji i servisnoj podršci" (poznat kao Klub prijatelja Michelina/Michelin Friends Club). To su u biti tri okvira za šeme rabata koje je koristila. "Opći cjenovni uvjeti za Francusku za profesionalne trgovce" je imao "katalošku" cijenu poznatu kao "fakturni cjenik" (fakturirana neto cijena, bez ikakvih rabata), a zatim, skup rabata i povrata. Rabati predviđeni općim uvjetima bili su od 1980. do 1996. podijeljeni u tri kategorije i isplaćivani krajem februara u kalendarskoj godini koja je slijedila nakon odnosne finansijske godine. Prva vrsta rabata su "količinski rabati" kao godišnji povrat izražen kao postotak prometa koji je trgovac ostvario s podnositeljem, a koji se postepeno povećavao u skladu s kupljenim količinama. U tom su pogledu opći uvjeti predviđali tri ljestvice, ovisno o gumama o kojima se radilo ("sve vrste", "gume za teške građevinske strojeve" i "protektirane"). Druga vrsta rabata su rabati za kvalitetu trgovčeve usluge

[13] Ibid., stav 41.
[14] Ibid., stav 42.
[15] Ibid., stav 43.

korisnicima ("premija za uslugu") i vezali su se za minimalan godišnji promet i ispunjenje drugih obaveza u vidu npr. skupljanja bodova, promocije novog proizvoda ili dostava podataka o tržištu. Premija se isplaćivala nakon dosegnutog praga i procentualno od prometa koji je trgovac ostvario. Treća vrsta su bili rabati ovisni o povećanju prodaje novih guma (tzv. "premija za napredak") i podrazumijevali su nagrađivanje trgovaca koji su se na početku godine pristali pismeno obavezati da će prekoračiti minimalni prag izražen u broju kućišta kupljenih u godinu dana, a koji je određen zajedničkim sporazumom. Nakon dvije godine slijedilo je potpisivanje individualnih sporazuma o saradnji kojima se predviđalo pravo na dodatne rabate. Michelin od 1997. godine mijenja svoje poslovne uvjete za trgovce na tržištu novih guma za kamione koji se odnose na ukidanje količinskih rabata, premije za uslugu i premije za napredak te uvodi nove kategorije rabata. Prva su rabati na fakturi kod kojih je trgovac ostvarivao rabat na temelju nabavljenih novih guma u prošloj godini, ili prosječnoj kupovini u prethodnim godinama. Druga novina u šemi rabata su "premije za ostvareni cilj" koje su podrazumijevale individualni ugovor kojim se utvrđuje obim prodaje, a 2% od ostvarenoga prometa isplaćivano je na kraju februara za prošlu godinu. "Rabati na kraju godine" su ovisili o početno odobrenom rabatu na fakturi i fakturiranom neto prometu i kretali su se od 0% do 3% ostvarenog prometa, a isplaćivani su krajem februara. "Rabat za više proizvoda" je odobravan ako je promet svih vrsta guma premašio 50% ukupnog prometa trgovca. "Sporazum o optimalnom korištenju Michelinovih kamionskih guma" je do 1993. godine samo trgovcima koji su kupovali nove kamionske gume od Michelina Francuska omogućavao da dobiju daljnje rabate. Obaveza trgovca bila je dati na protektiranje Michelinu njegove kamionske gume kojima je istekao zakonski rok trajanja dodirne površine (mogućnost protektiranja procjenjuje Michelin), pri čemu je za prvo protektiranje trgovac dobivao 45,65 ili 120 FRF ovisno o vrsti gume, a za drugo protektiranje dodatnih 15,25 ili 40 FRF tako da maksimalni rabat iznosi 160 FRF. Premija se isplaćivala na način da se njen iznos trgovcu odbijao od cijene prilikom kupovine novih kamionskih guma, a maksimalan broj premija ograničen je brojem novih kamionskih guma koje su bile kupljene prethodne godine. Od 1997. godine iznos dodijeljenih premija ograničen je na broj guma koje se trgovac obavezao kupiti tijekom tekuće godine. Treći instrument poslovne politike lojalnosti se odnosio na "Klub prijatelja Michelina" osnovan 1990. godine, a sastojao se od trgovaca guma koji žele ući u uže partnerstvo s Michelinom. Michelin učestvuje u finansijskim naporima trgovaca članova Kluba, naročito pridonoseći ulaganjem i obrazovanjem te finansijskim doprinosom u visini od 0,75 % godišnjeg prometa "Michelin usluga". Zauzvrat je Michelin postavio uvjete kojima se zatvaralo tržište: trgovac je morao dostaviti podnositelju određene podatke o svom poslovanju (mora dostaviti bilanse, statističke po-

datke o prometu i pruženim uslugama i podatke o dioničarima); trgovac je morao dozvoliti kontrolu kvalitete usluge, promovirati marku Michelin, a osobito njene nove proizvode, imati dovoljnu zalihu Michelinovih proizvoda i sve do 1995. godine trgovac nije smio usmjeriti (spontanu) potražnju kupca za Michelinovim proizvodima na druge marke, trgovac je morao izvršiti prvo protektiranje kamionskih guma u Michelinu Francuska.

7. Slučaj Intel i Test efikasnog konkurenta (As-Efficient Competitor ili AEC)

Sud pravde Evropske unije donio je odluku[16] u predmetu po žalbi Intel protiv Komisije (C-413/14 P), u kojoj je istaknuto da u slučajevima da postoji dokaz o tome da učinak ponašanja nije isključio tržišnu konkurenciju, korištenje rabata lojalnosti od strane privrednog subjekta u vladajućem položaju neće automatski biti smatrano njegovom zloupotrebom. Naime, 2009. godine Evropska komisija nametnula je tada rekordnu novčanu kaznu od milijardu eura Intelu zbog zloupotrebe vladajućeg položaja na tržištu za x86 CPU mikroprocesore. Zloupotreba se ogledala u praksi Intela koji je koristio popuste lojalnosti za kupce koji su kupili sve ili većinu svojih potreba ili zaliha od Intela. Evropska komisija je provođenjem AEC testa u odluci za 2009. utvrdila da je Intelova politika rabata stvorila antikonkurentne učinke. Na taj način je doveden u pitanje formalni pristup nametnut odlukom Suda pravde Evropske unije iz 1979. godine u slučaju Hoffmann – La Roche po kojem takvi rabati, kada ih koristi privredni subjekt u vladajućem položaju, predstavljaju *per se* zloupotrebu vladajućeg položaja u smislu čl 102. Ugovora o funkcioniranju Euvropske unije, bez obzira na to je li doista došlo do antikonkurencijskih učinaka (Giraud & Gunther, 2017).

U žalbi je Intel iznio zahtjev za poništenje Odluke Općeg suda kojom je odbacio Intelovu tužbu za poništenje Odluke Komisije iz 2009. godine o postojanju zloupotrebe vladajućeg položaja. Naime, u Odluci je Komisija istakla da se zloupotreba vršila rabatima lojalnosti i drugim ograničenjima kojim je došlo do isključenja konkurenata sa tržišta računara i tržišta centralnih procesnih jedinica i izrekla novčanu kaznu od 1,06 milijardi eura. Nekoliko stvari je bitno istaći. Prvo, Intel je potpuno ili djelomično omogućio popuste proizvođačima računara – Dell, HP, NEC i Lenovo, pod uvjetom da su nadomjestili sve ili gotovo sve svoje zalihe Intel x86 procesorom. Intel je također imao direktna plaćanja najvećem distributeru PC-a – Media Saturn Holding (MSH), pod uvjetom da je opskrbljivao samo računala s Intel x86

[16] ECLI:EU:C:2017:632.

procesorima. Drugo, Intel je direktno plaćao proizvođačima računara – HP, Acer, Lenovo – ukoliko su kasnili sa proizvodnjom proizvoda koji sadrže konkurentske x86 CPU-e i ograničavali prodajne kanale dostupne ovim proizvodima. Ovakva praksa je dovela do smanjenja sposobnosti konkurencije da se natječu na osnovu svojih x86 CPU-a s krajnjim efektom po smanjenje izbora potrošača i nižim poticajima za inovaciju. U Odluci je navedeno da je Intel nastojao prikriti svoje prakse i kako su proizvođači računala i Intel sami prepoznali rastuću prijetnju koju predstavljaju proizvodi glavnog Intelovog konkurenta AMD-a.

Opći je sud potvrdio navode Komisije da su rabati lojalnosti koje je dodijelio Intel po svojoj naravi mogli ograničiti tržišnu konkurenciju, tako da analiza svih okolnosti predmeta, a posebno "testa efikasnog konkurenta" (tj. AEC test), nije bila potrebna. Naime, iako je Komisija istakla da su rabati o kojima je riječ po svojoj prirodi mogli ograničiti tržišnu konkurenciju, ipak je u svojoj odluci temeljito razmotrila okolnosti slučaja. Na temelju testa, Komisija je došla do zaključka da su Intelovi rabati mogli isključiti jednako efikasne konkurente sa tržišta, jer takav hipotetski efikasan konkurent bi, u cilju privlačenja Intelovih kupaca, morao ponuditi CPU-e po cijenama koje nisu bile održive (Bauer & Wagner, 2017). AEC test je stoga imao važnu ulogu u procjeni Komisije o tome može li Intelov sistem rabata imati antikonkurencijske učinke. Intel je istako prigovor na nalaze Općeg suda o korištenju rabata. Sud je utvrdio da čl. 102. Ugovora o funkcioniranju EU ne zabranjuje stjecanje vladajućeg položaja, ali ne nastoji ni osigurati da konkurenti manje efikasni od privrednog subjekta u vladajućem položaju ostanu na tržištu. Čl. 102. Ugovora o funkcioniranju EU zabranjuje da privredni subjekt u vladajućem položaju koristi praksu određivanja cijena koja ima isključujući učinak za jednako efikasne konkurente kao i jačanje svoje dominantne pozicije korištenjem metoda koje nisu elementi konkurencije kao takmičenja po prirodi. Kao rezultat toga, svaki postupak ili ponašanje subjekta u vladajućem položaju ne mora nužno štetiti konkurenciji. Ako poduzetnik podnese dokaze da njegovo ponašanje nije takvo da po prirodi i efektima može ograničiti tržišnu konkurenciju, posebno proizvoditi antikonkurencijske učinke, Komisija je dužna procijeniti takve dokaze. Potrebno je utvrditi je li učinak isključivanja koje proizlazi iz takvog ponašanja, koje je nepovoljno za konkurenciju, može biti uravnotežen prednostima u pogledu efikasnosti koje također pogoduju potrošaču.

Direktna posljedica Intelove presude je ublažavanje posljedica Hoffmann – La Rocheovog formalnog pristupa i prisiljavanje Komisije da preispita dokaze koji se odnose na učinke koje podnosi privredni subjekt protiv kojeg je pokrenut postupak. Potrebna analiza je, međutim, još uvijek različita od

klasične metode temeljene na učincima iz barem dva razloga. Prvo, privredni subjekt za kojeg se tvrdi da je zloupotrijebio položaj putem rabata, a ne Komisija, mora predočiti dokaze na temelju učinaka. Drugo, on mora pokazati da njegovo ponašanje nije "sposobno" ograničiti konkurenciju. Ta je presuda ipak korak ka ekonomskoj analizi rabata lojalnosti i kao takva čini se više u skladu s ekonomskim razmišljanjem nego formalizmom slučaju Hoffmann – La Roche. Kao rezultat toga, subjekti u vladajućem položaju na tržištu sada mogu koristiti šeme rabata lojalnosti, pod uvjetom da pravna i ekonomska analiza pokazuju da takve šeme ne mogu ograničiti konkurenciju.

8. Rabati u pravu konkurencije u BiH

U Bosni i Hercegovini, državi u tranziciji i razvoju koja nema razvijenu konkurencijskopravnu kulturu s nezadovoljavajućim društvenim ambijentom privređivanja, dezintegriranim ekonomskim prostorom, do 2001. godine instituti prava konkurencije su samo regulirani izolirano i nesistematično i to unutar samo nekoliko odredaba entitetskih zakona o trgovini. Prvi koraci ka kreiranju savremenog modela inicirani su inostranim pritiskom u vidu projekta pod nazivom "Jedinstveni ekonomski prostor u BiH". Rezultat toga je bilo donošenje prvog Zakona o konkurenciji u BiH ("Službeni glasnik BiH", br. 30/01 od 18. 12. 2001. godine). Međutim, kako će se to kasnije ispostaviti, ovaj zakon nije pratio praksu i rješenja savremenog evropskog zakonodavstva, odnosno nije na adekvatan način uređivao rješavanje zaštite prava konkurencije. Stoga su nadležni organi bili u obavezi da u što kraćem periodu izvrše potrebna usklađivanja i izmjene (Imamović-Čzimić & Skoko, 2015, str. 683). Na osnovu člana IV, stav 4a) Ustava Bosne i Hercegovine, Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine na sjednici Doma naroda, održanoj 29. juna 2005. godine, i na sjednici Predstavničkog doma, održanoj 29. juna 2005. godine, usvojila je Zakon o konkurenciji – ZoK. Zakon je pratio nova rješenja i u većem dijelu bio usklađen s pravnom stečevinom Evropske unije, te je njim prvi put regulirana politika konkurencije kao jedan od značajnijih instrumenata i stubova za stvaranje i jačanje jedinstvenog ekonomskog prostora odnosno tržišta u Bosni i Hercegovini, a po uzoru na instrumente evropskog ekonomskog tržišta.

Kada je u pitanju zabrana vladajućeg položaja, ona je regulirana čl. 9 i čl. 10 Zakona o konkurenciji. Za razliku od čl. 102 Ugovora o funkcioniranju EU, čl. 9 ZoK-a definira vladajući položaj i daje propozicije kolektivne dominacije. Odlukom o određivanju kategorija dominantnog položaja se detaljnije regulira utvrđivanje uslova za postojanje vladajućeg položaja na tržištu, pa se tako u čl. 3 navode parametri tržišne snage: tržišni udjel, strukture mjero-

davnog tržišta i ekonomski odnos s konkurentima; sposobnost zadržavanja cijena iznad razine konkurentnosti (ograničava proizvodnju i kvalitet), pristup izvorima nabave (sirovinama) ili kanalima distribucije; nivo vertikalne integracije mjerodavnog tržišta; ekonomski regulatori, investicijske prepreke ulaska/izlaska potencijalnih privrednih subjekata na mjerodavno tržište te tehnološke prednosti, patenti, intelektualna i industrijska vlasnička prava i slična prava. Dok čl. 10 Zakona o konkurenciji u pogledu oblika zloupotrebe vladajućeg položaja korespondira čl. 102 Ugovora o funkcioniranju EU, čl. 4 Odluke o određivanju kategorija dominantnog položaja dodatno pojašnjava uvjete za postojanje zloupotrebe vladajućeg položaja. Naime, tumačenjem čl. 4 stav 2 može se zaključiti da neće biti zabranjena zloupotreba vladajućeg položaja na mjerodavnom tržištu kroz djelovanje privrednih subjekta koja nema za cilj i posljedicu isključivanje konkurenata s tržišta ili "zatvaranje" tržišta potencijalnim konkurentima odnosno ograničavanje ili narušavanje efikasne tržišne konkurencije. Dakle, da bi zloupotreba postojala i bila zabranjena, neophodno je dokazati da je ona (kumulativno) imala za cilj i posljedicu isključenje konkurenta, zatvaranje tržišta i narušavanje ili ograničavanje tržišne konkurencije. Također, u stavu 3 čl. 4 navedene Odluke naveden je poseban nužan uvjet za postojanje zloupotrebe, a to je "poduzimanje aktivnosti na vlastitu inicijativu", što znači da se u slučaju postupanja u skladu s npr. aktom nekog regulatornog tijela, iako su ispunjeni svi uvjeti zabrane shodno čl. 10 ZOK-a, određena radnja neće smatrati zloupotrebom. Oblici zloupotrebe vladajućeg položaja su pored Zakona detaljno regulirani i čl. 9 Odluke o određivanju kategorija dominantnog položaja, u kojoj se navode i sljedeće radnje:

a) diskriminacija u visini cijena (različite cijene) određenog proizvoda ili usluge na različitim mjerodavnim geografskim tržištima;

b) stalna ponuda i prodaja kupcima proizvoda ili usluga po nelojalnim (niskim) cijenama, što ima za posljedicu odvraćanje kupca od kupovine sličnih proizvoda ili usluga od konkurentnih dobavljača,

c) određivanje cijene proizvoda ili usluge ispod troškova proizvodnje s ciljem eliminiranja konkurencije;

d) neopravdano otkazivanje ili smanjenje proizvodnje ili prodaje proizvoda ili usluge koje ima negativne posljedice za potrošače;

e) proizvodna i tržišna ograničenja kao rezultat ekskluzivnih sporazuma (posebni rabati, popusti, finansijske koristi);

f) uvjetovanja kupca da uz traženi proizvod ili uslugu kupuje i dodatni proizvod ili uslugu;

g) mogućnosti privrednog subjekta da određuje uvjete na mjerodavnom tržištu s obzirom na njegovu ponudu ili potražnju, što omogućuje neopravdano povećavanje profita;

h) odbijanje pristupa drugim privrednim subjektima, uz razumnu finansijsku naknadu, postrojenjima, opremi, prijenosnoj mreži ili drugoj infrastrukturnoj opremi, koja je u vlasništvu ili se koristi od privrednog subjekta u vladajućem položaju, ako drugi privredni subjekti nisu u mogućnosti iz pravnih i drugih razloga da djeluju na istom tržištu na kojem djeluje privredni subjekt koji ima vladajući položaj, bez mogućnosti da zajednički koriste takvu opremu odnosno kapacitete, i ako privredni subjekt koji ima vladajući položaj ne dokaže da je takvo zajedničko korištenje neizvodivo iz operativnih, tehničkih ili drugih razloga ili da se od njih ne može tražiti takvo korištenje.

Vidljivo je iz alineje e) čl. 9 Odluke da je Konkurencijsko vijeće prepoznalo važnost pravilnog tumačenja korištenja rabata od strane subjekata u vladajućem položaju te je to posebno istaklo. Konkurencijsko vijeće je u rješavanju slučajeva nailazilo na korištenje popusta rabata od strane privrednih subjekata u vladajućem položaju i ocijenilo ga povredom odnosno instrumentom zloupotrebe vladajućeg položaja. Primjer je slučaj AMUS[17] – Institut za intelektualno vlasništvo BiH donio je Rješenje po kojem je AMUS određen kao jedina kolektivna organizacija za obavljanje poslova kolektivnog ostvarivanja prava autora muzičkih djela, i da mu osigurava *de facto* i *de iure* vladajući položaj na mjerodavnom tržištu BiH. To znači da AMUS *de facto* i *de iure* ima posebnu odgovornost i obavezu u poštivanju i provođenju odredbi Zakona o konkurenciji i mora osigurati svim registriranim elektronskim emiterima ravnopravan položaj na mjerodavnom tržištu. AMUS je sklopio Kolektivni ugovor s Asocijacijom privatnih radio i televizijskih stanica Bosne i Hercegovine – Sarajevo (PEM), Asocijacijom elektronskih medija u Bosni i Hercegovini – Sarajevo (AEM) i Udruženjem lokalnih radio stanica Republike Srpske, Istočno Sarajevo (URS). Kolektivnim ugovorom je u neravnopravan i nepovoljan položaj stavljen veliki broj elektronskih emitera koji nisu članovi pomenutih asocijacija (prema podacima RAK-a s odgovarajućim dozvolama ima preko 210 elektronskih emitera, a preko 130 elektronskih emitera koji nisu članovi udruge/asocijacija navedenih u Kolektivnom ugovoru). AMUS je njima nametnuo dodatne obaveze (npr. naknade za srodna prava – izvođačka i fonogramska prava, različite popuste, različite tarife, različite godišnje minimalne naknade itd.) te ih doveo u neravnopravan i nepovoljan konkurencijski položaj u odnosu na elektronske emitere članove udruga/asocijacija. Konkurencijsko vijeće je utvrdilo da su popusti dodjeljivani po-

[17] Rješenje broj: 06-26-3-004-41-II/13 Sarajevo, 11. juna 2013. godine.

jedinim emiterima bili različiti s obzirom na to da li su članovi asocijacija potpisnica Kolektivnog ugovora ili ne. Drugi slučaj koji bi se mogao navesti kao primjer gdje je Konkurencijsko vijeće odlučivalo da li su dodjeljivani popusti od strane subjekta u vladajućem položaju u skladu sa Zakonom o konkurenciji ili ne je slučaj Audience Measurement. Audience Measurement je odredbom čl. 9. tipskog Ugovora o mjerenju TV gledanosti za 2014, 2015. i 2016. godinu i odredbom čl. 3 Ugovora o mjerenju TV gledanosti za iste godine, koji je zaključio sa Radio-televizijom Federacije Bosne i Hercegovine, kojim odredbama je regulirana cijena usluge i način plaćanja, zloupotrijebio vladajući položaj na mjerodavnom tržištu pružanja usluga mjerenja TV gledanosti u BiH, na način da je prema klijentima primijenio različite uvjete za istu ili sličnu vrstu poslova na mjerodavnom tržištu, u smislu člana 10 stav 2 alineja c) Zakona o konkurenciji, čime ih je doveo u neravnopravan i nepovoljan konkurentski položaj. Naime, Konkurencijsko vijeće je u Rješenju[18], između ostalog, navelo da je Audience Measurement u 2014. i 2015. godini davao i određene popuste javnim emiterima (RTVFBiH, BHTV i RTRS) u odnosu na druge klijente za istu vrstu usluge, bez jasno utvrđenog kriterija, argumentirajući to budžetskim limitom koji su javni emiteri imali, a koji je određen javnim nabavkama.

9. Zaključna razmatranja

Tržišna ekonomija počiva na konkurenciji i učesnici u ostvarivanju što većeg tržišnog udjela koriste različite instrumente i metode konkurentske borbe. Jedan od tih instrumenata su i rabati. Rabati su klasični oblik cjenovne konkurencije, efikasan komercijalni alat, ali ako se koriste na pogrešan način i od strane privrednih subjekta u vladajućem položaju mogu imati isključujući efekat zbog kojeg se takva praksa smatra zloupotrebom vladajućeg položaja. Rabati za lojalnost su jedno od ključnih konkurencijskopravnih pitanja o kojima se raspravlja u teoriji, ali i praksi. Oni predstavljaju područje prava konkurencije u kojem je u Evropskoj uniji došlo do velikih promjena i utjecaja ekonomske analize prava. Evidentno je sve veće korištenje ekonomskog instrumentarija kod procjene da li je određeno ponašanje u skladu s odredbama čl. 102 Ugovora o funkcioniranju EU i u tom pravcu napuštanje formalističkog pristupa analizi određenog ponašanja i stava da je *per se* zabranjeno. Rad se upravo bavi pitanjem promjene u pristupu rabatima lojalnosti i trendovima u praksi Evropske unije te njihovim tretmanom u pravu konkurencije u BiH. Ovaj zaokret se veže s jedne strane za Priopćenje Komisije – Uputu o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni čl. 82. Ugovora

[18] Rješenje broj: 04-26-2-027-105-II/15 Sarajevo, 30. 3. 2016. godine.

o EZ-u na postupanja poduzetnika u vladajućem položaju koja za posljedicu mogu imati zlouporabu u smislu isključivanja konkurenata s tržišta (Tekst od važnosti za Europski gospodarski prostor) (2009/C 45/02) kojom se uvodi "Test efikasnog konkurenta" (tj. AEC test), a s druge strane za određene presude i praksu Evropskog suda. Za Bosnu i Hercegovinu kao državu u tranziciji i razvoju, koja nema razvijenu konkurencijskopravnu kulturu s nezadovoljavajućim društvenim ambijentom privređivanja i dezintegriranim ekonomskim prostorom, od posebnog je značaja adekvatna primjena ekonomskog instrumentarija kod procjene učinaka određenog ponašanja na tržište. Bosna i Hercegovina uporedo s razvojem konkurencijskopravne kulture vrši proces prilagođavanja legislative pravnoj stečevini Evropske unije te je neophodno pratiti i usvajati sve instrumente vezane za adekvatnu primjenu prava konkurencije.

Bibliografija

1. Bauer, G., Wagner, R. (2017). *EU Court of Justice Rules on Intel Case – Exclusivity Rebates not per se unlawful*. Preuzeto 15. novembra 2018, sa https://www.wolftheiss.com/fileadmin/content/6_news/clientAlerts/2017/2017_Q3/17_09_28_WolfTheiss_CA_Intel_Case_Ruling.pdf
2. Economides, N. (2009). Loyalty/requirement rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the appropriate liability standard? *NET Institute, Working Papers,* (54).
3. Gunther, J.-P., Giraud, A. (2017). *Competition Law and the Intel Case: Towards a More Effects-Based Approach of Fidelity Rebates*. New York: Willkie Farr & Gallagher.
4. Imamović-Čizmić, K., Skoko, D. (2015). Upravno-kaznene mjere zaštite prava konkurencije u Bosni i Hercegovini i državama regiona. *LIMEN konferencija 2015: Liderstvo i menadžment: država, preduzeće, preduzetnik*, 682–690.
5. Johansson, E. (2007). *Assessing Rebates under Article 102 TFEU - A Path Towards Legal Certainty* (master teza). Uppsala: Uppsala University.
6. Labus, M. (2011). Modernizacija antimonopolske politike u EU i Srbiji: Primer rabata za lojalnost. *Ekonomika preduzeća,* 59 (1/2), 111–124.
7. Mlikotin Tomić, D., Horak, H., Šoljan, V., Pecotić-Kaufman, J. (2006). *Evropsko tržišno pravo*. Zagreb: Školska knjiga.

8. Morait, B. (2013). Sloboda ugovaranja i pravo konkurencije u savremenoj sudskoj praksi. *Pravna riječ*, (36), 101–117.

9. Sama, D. (2012). The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts and Rebates in the EU Competition Law: in Search of an Economic Approach and a Theory of Consumer Harm. Preuzeto 12. novembra 2018, sa http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2425100

10. Šoljan, V. (20014). *Vladajući položaj na tržištu i njegova zloupotreba u pravu tržišnog natjecanja EZ*. Zagreb: Ibis Grafika.

11. Vitzilaiou, L. (2016). Rebates: Formalism, Effects and the Real World. *Competition policy International*, (1), 1–7.

Propisi

1. Odluka o određivanju kategorija dominantnog položaja. Službeni glasnik BiH, broj 19/16.

2. Ugovor o funkcioniranju EU. Službeni list Evropske unije, C 202, 7. 6. 2016.

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

Dr. Kanita Imamović-Čizmić
Associate professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
k.imamovic-cizmic@pfsa.unsa.ba

THE INSTRUMENT OF REBATE IN COMPETITION LAW

Summary

The dominant position on the market is not prohibited, but its abuse is. There is a wide range of instruments or action practices that may be characterised as an abuse of the dominant position by a certain economic entity provided that they restrict, distort or prevent the competition on the relevant market. Economic entities, often using different schemes of rebate (discount), abuse their position, which is subsumed under the application of unequal conditions to equivalent operation with other trade partners, which places them in an unfair position in relation to the competition. Rebates represent a controversial area in competition law, but also an area in which there was a large progress made towards the modernisation and transfer from the formal-legal analysis of the conditions that need to be met in order for a certain action to be considered abuse, to the estimate of effects of actions on market competition based on economic instruments. The paper focuses on the issue of rebate from the aspect of trade practices and competition law bearing in mind the law and practices of the European Union and Bosnia and Herzegovina.

Keywords: *competition law, abuse, dominant position, rebates*

Nasir Muftić
Asistent
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
n.muftic@pfsa.unsa.ba

UDK 347.736
Pregledni naučni rad

PRAVILO APSOLUTNOG PRIORITETA U POSTUPCIMA REORGANIZACIJE STEČAJNOG DUŽNIKA – PRAVILO ILI IZUZETAK?

Sažetak

Pravilo apsolutnog prioriteta jedan je od temelja stečajnog postupka. Ono se redovno primjenjuje u slučaju kada će se imovina stečajnog dužnika prikupiti, unovčiti i rasporediti povjeriocima. Reorganizacija, pored brojnih drugih razlika u odnosu na redovni stečajni postupak, zahtijeva i različito razumijevanje pravila apsolutnog prioriteta, čija je prilagođena uloga ciljevima ovog postupka nužna kako bi se stvorio pravni okvir koji stimulira usvajanje i provedbu stečajnog plana.

Stečajno pravo Sjedinjenih Američkih Država razvilo je drugačije razumijevanje ovog pravila i promijenilo mu ulogu u stečajnim reorganizacijama, a zakonodavac u FBiH je posrednim putem recipirao derivat ovog rješenja.

U prvom dijelu rada izložen je pojam i historijat pravila apsolutnog prioriteta u pravu SAD-a. U drugom dijelu posebno se obrađuju cram-down i zabrana opstrukcije kao najtipičniji instituti u kojima iznimke od njega dolaze do izražaja u pravu SAD-a i FBiH. Kroz sve dijelove rada ukazuje se na određene aspekte mogućnosti primjene i odstupanja od ovog pravila u stečajnoj reorganizaciji, pri čemu se nastoji predstaviti pravno-ekonomski ratio koji stoji iza njih.

Ključne riječi: *pravilo apsolutnog prioriteta, cram-down, zabrana opstrukcije, reorganizacija stečajnog dužnika, stečajno pravo*

1. Uvod

Stečajni postupak u svakom pravnom sistemu zauzima važno mjesto. U novije doba, kada svijet sve više postaje globalno selo, njegova uloga je sve

više izražena. Danas, kada je moguće u realnom vremenu ostvariti protok informacija, kapitala i usluga, sveprisutan je trend okrupnjavanja nacionalnih, regionalnih i svjetskih tržišta. U takvom okruženju, donošenje odluke investitora o tome da li investirati na određenom tržištu u velikoj mjeri ovisi i o kvalitetu pravnog sistema kao konstitutivnom elementu poslovnog okruženja. Da je stečajni postupak u ovom smislu značajan dio pravnog sistema koji može utjecati na opredjeljenje da se investira na jednom tržištu, potvrđuje činjenica da su Evropska komisija u Godišnjem pregledu rasta za 2016. godinu[1] i Doing business[2] kao jedan od kriterija za procjenu kvaliteta poslovnog okruženja u pojedinim državama uvrstili i kvalitet stečajnog postupka.

Opći je trend posljednjih godina u nacionalnim pravnim sistemima širom svijeta reformirati stečajno pravo po uzoru na pravo Sjedinjenih Američkih Država, budući da ono omogućava olakšan pristup stečajnom postupku te brža i fleksibilnija rješenja za spašavanje dužnika (Falke, 2003).[3] Pravilo apsolutnog prioriteta (u nastavku i kao: pravilo) jedan je od temeljnih instituta stečajnog prava SAD-a i Federacije Bosne i Hercegovine. Pored toga, pravilo apsolutnog prioriteta značaj za Bosnu i Hercegovinu ima i zbog Prijedloga Direktive Evropskog parlamenta i Vijeća o okvirima za preventivno restrukturiranje, pružanju druge prilike i mjerama za povećanje učinkovitosti restrukturiranja i postupaka u pogledu nesolventnosti i razrješenja te izmjeni Direktive 2012/30/EU (u nastavku: Direktiva). Direktiva slijedi koncepciju Stečajnog zakonika SAD-a[4] i eksplicitno propisuje pravilo apsolutnog prioriteta i izuzetke od njega kao sastavni dio *acquis de lege ferenda*.[5]

---

1 Godišnji pregled rasta za 2016. (COM(2015) 690 final, 26. 11. 2015). Evropska komisija se koristi širom jezičkom formulacijom te navodi važnost "stečajnih okvira koji dobro funkcioniraju" kao presudnog elementa za donošenje odluke o ulaganju.

2 Vidi http://www.doingbusiness.org/methodology

3 Ipak, pitanje uspjeha stečajnog prava u pojedinom nacionalnom pravnom sistemu nije posljedica isključivo dostupnih pravnih instituta koji čine stečajni okvir, kao ni toga da li se postupak provodi kvalitetno. Sve je više dokaza da je pitanje opstanka dužnika i zaštite interesa povjerilaca u stečajnom postupku i posljedica toga kako društvo kao cjelina percipira onoga kome je potreban stečajni postupak kako bi opstao. SAD u tome ubjedljivo prednjači, ne stigmatizirajući dužnika zbog situacije u kojoj se našao u mjeri u kojoj to čine ostale države svijeta. Zbog toga, neki autori smatraju da je upravo u tom pristupu potrebno tražiti jedan od glavnih razloga za uspjeh stečajnih postupaka u SAD-u. Vidi npr. Tajti (2017).

4 Dostupno na http://www.law. cornell.edu/uscode/text/11

5 Direktiva u članu 2. navodi da "pravilo apsolutnog prioriteta znači da nesaglasna grupa vjerovnika mora biti u potpunosti namirena prije nego što niža kategorija može primiti bilo koju distribuciju ili zadržati bilo kakav interes prema planu restrukturiranja".

Ovaj rad nema ambiciju baviti se procjenom stečajnog postupka u SAD-u i FBiH u cjelini, nego izložiti institut pravila apsolutnog prioriteta prisutnog u postupku reorganizacije stečajnog dužnika kroz njegovu evoluciju u pravu. Njegovo razumijevanje i ulogu u reorganizacijama je zakonodavac u FBiH, pod utjecajem njemačkog prava, recipirao iz stečajnog prava SAD-a. Kada su u pitanju pravni sistemi u Bosni i Hercegovini, ovaj rad je ograničen na Stečajni zakon FBiH.

Rad se bavi definiranjem pojma, određenjem porijekla i položaja pravila apsolutnog prioriteta u postupku reorganizacije stečajnog dužnika u SAD-u i FBiH. Na različitim mjestima će se navoditi specifičnosti reorganizacije i okruženja koje ona zahtijeva kako bi ishod bio povoljan.

2. Pojam

Pravilo apsolutnog prioriteta je pravni institut koji pruža zaštitu povjeriocima u stečajnom postupku. Ono zahtijeva da raspodjela imovine iz stečajne mase povjeriocima bude provedena po unaprijed zadatim pravilima koja sortiraju pojedine kategorije povjerilaca u isplatne redove i određuju da oni u višim isplatnim redovima moraju biti namireni u cjelosti prije nego što oni u nižim dobiju bilo kakvo namirenje. Prvi isplatni red čine osigurana potraživanja, drugi neosigurana potraživanja i, naposlijetku, potraživanja vlasnika i dioničara stečajnog dužnika.[6]

Opravdanje za ovo pravilo nalazi se u tome da odnosi u stečajnom postupku trebaju korespondirati odnosima kakve su povjerioci imali s dužnikom prije pokretanja stečajnog postupka. Ishod primjene pravila apsolutnog prioriteta treba biti održavanje i odnosa i prioriteta u ispunjavanju obaveze dužnika prema svim svojim povjeriocima po rasporedu prioriteta kakav je postojao i ranije, bez favoriziranja bilo kojeg od njih, pri čemu im treba onemogućiti da ostvare bilo kakvu drugu korist koju ne bi mogli ostvariti van stečajnog postupka.[7] Također, ishod bi trebao ostvariti i ciljeve minimiziranja negativnih posljedica stečajnog postupka dužnika na tržište, kao i spriječiti zloupotrebe njegovog korištenja za smanjenje troškova dužnika i druge načine njegovog strateškog korištenja od strane dužnika (Balz, 1997). Ovo pravilo je naiš-

[6] Rad neće analizirati isplatne redove pojedinačno, iako ih detaljno propisuju i Stečajni zakonik SAD-a i Zakon o stečajnom postupku FBiH, nego će se ograničiti na širi pogled koji sve isplatne redove tretira u okviru širih grupa: povjerioci sa osiguranim potraživanjem (razlučni povjerioci), neosigurani povjerioci i vlasnici vlasničkih udjela ili dionica dužnika.

[7] O drugim koristima koje povjerioci u stečajnom postupku mogu ostvariti vidi Skeel (2003).

lo na veliko odobravanje u literaturi jer njegova primjena u praksi donosi predvidivost za povjerioce, što dovodi do smanjenja cijene kapitala na tržištu (Lubben, 2016).

Ipak, kada su u pitanju reorganizacije stečajnih dužnika, komparativna iskustva svjedoče da dosljedna primjena pravila daje nezadovoljavajuće rezultate. Zbog toga je zakonodavac u SAD-u nastojao pravilo prilagoditi specifičnostima reorganizacije u odnosu na likvidaciju, što će biti izloženo u nastavku.

3. Historija pravila apsolutnog prioriteta u stečajnoj reorganizaciji u SAD-u

Reorganizacije društava u SAD-u su započele nakon Građanskog rata. Prve reorganizacije su bile povezane s dugovima željeznica. Nije postojao zakon koji je regulirao reorganizacije, nego su pravila kreirali sudovi na temelju pravičnosti (*equity*). Sudovi bi imenovali povjerenike koji bi prikupili i unovčili imovinu dužnika, a onda vrijednost distribuirali povjeriocima. Povjerioci koji se ne bi slagali s ovakvim ishodom bili su ignorirani ili potpuno izbačeni iz plana. Tako su prve reorganizacije društava vršene bez primjene pravila o prioritetu prema kojem se stečajni povjerioci trebaju namiriti. Sačinjavanje plana je bilo rezultat pregovora između povjerilaca. Rezultat ove neregulacije bile su brojne nepravilnosti i zloupotrebe stečajnog postupka od strane onih povjerilaca koji su imali bolji položaj (Wren, 1958).

Takvo postupanje bilo je potrebno regulirati u cilju zaštite onih povjerilaca koji se samostalno nisu mogli zaštititi. Zaštitu su pružali sudovi koji su usvojili pravilo apsolutnog prioriteta. Vrhovni sud je u odluci *Railroad Co. v. Howard*[8] odlučio da je nevaljan sporazum između stečajnih povjerilaca prema kojem bi povjeriocima koji se nisu složili s njim bilo namireno manje od iznosa koji su potraživali. Ova odluka značila je prekretnicu u reorganizacijama jer je predstavljala začetak pravila apsolutnog prioriteta. Pravilo je potvrđeno u odluci Vrhovnog suda u predmetu *Louisville Trust Co. v. Louisville, New Albany & Chicago Railway Co.*[9] u kojoj je odlučeno da je sporazum između dioničara i imatelja obveznica nevaljan ukoliko bi povjerioci s neosiguranim potraživanjima bili oštećeni. U narednom su periodu sudovi širom SAD-a nastavili primjenjivati pravila utvrđena u ovoj odluci. Pravilo apsolutnog prioriteta je konačno jasno adresirano u odluci *Northern Pacific*

[8] 74 U.S. 392 (1869).
[9] 174 U.S. 674 (1899).

Railway Co. v. Boyd[10], kada je Vrhovni sud eksplicitno istakao da potraživanja dioničara moraju biti subordinirana potraživanjima drugih povjerilaca (Foohey, 2012).

Prvi zakon o reorganizacijama privrednih društava u SAD-u je bio Stečajni zakon iz 1934. godine. Član 77B je propisivao da sud može potvrditi plan reorganizacije ukoliko je on fer i pravičan i ne diskriminira u korist bilo koje grupu povjerilaca ili dioničara. Prilikom tumačenja ove odredbe u slučaju *Case v. Los Angeles Lumber Products Co*[11], Vrhovni sud je još jednom potvrdio važenje pravila apsolutnog prioriteta i istakao da je ono sadržano u članu 77B, pojašnjavajući da je upotreba drugih jezičkih termina u njemu od strane zakonodavca stvar nomotehničkog rješenja (Schwehr, 2003).

Godine 1938. donesen je novi Stečajni zakon, poznatiji pod nazivom *Chandler Act*. Ovaj zakon je propisivao da se reorganizacija može voditi prema različitim postupcima propisanim u tri zasebna poglavlja, pri čemu je jedino poglavlje 10, koje govori o korporativnim reorganizacijama, sadržavalo uslov da plan reorganizacije mora biti u skladu s pravilom apsolutnog prioriteta (Schwehr, 2003). Opet, pravilo je zahtijevalo da plan mora biti fer i pravičan da bi ga sud mogao potvrditi. Nakon usvajanja ovog zakona, mnogi njegovi nedostaci bili su primijećeni. U praksi je najviše poteškoća nastalo kao posljedica primjene poglavlja 10. Zbog toga je najveći broj reorganizacija provođen u skladu sa pravilima drugih poglavlja. Nezadovoljstvo javnosti poglavljem 10 proizlazilo je iz dva razloga. Prvi razlog bio je taj što su se investicione navike u SAD-u promijenile nakon 1938. godine. Do tada, najveći broj investicija je bio u vrijednosne papire koje je bilo lako prometovati na tržištu. Nakon 1938. godine došlo je do porasta ulaganja u dionice i subordinirane obveznice. To je utjecalo na pozicije njihovih vlasnika/imaoca u postupku reorganizacije – oni su zbog prirode svojih potraživanja rangirani u niže isplatne redove. Drugi razlog se odnosio na nedostatak glavne prednosti koju je do tada reorganizacija pružala kao alternativna opcija likvidaciji – mogućnost da se sačuva *going-concern* vrijednost stečajnog dužnika.[12] Poglavlje 10 je zahtijevalo da se utvrdi vrijednost dužnikove imovine, nakon čega bi se isplatni redovi utvrdili formiranjem grupa povjerilaca. Zbog obavezne primjene pravila apsolutnog prioriteta, česte su bile situacije da pojedine grupe povjerilaca iz nižih isplatnih redova prema planu nisu trebali

[10] 228 U.S. 482 (1913).
[11] 308 U.S. 106 (1939).
[12] *Going concern* vrijednost predstavlja vrijednost društva koja se procjenjuje s obzirom na njegov vremenski neograničen nastavak poslovanja bez prekida. Vidi: Brlečić Valčić & Crnković-Strumpf (2013).

primiti bilo kakvu korist. Osim toga, cjelokupni proces bio bi skup i trajao jako dugo, što je poglavlje 10 dodatno činilo neatraktivnim (Foohey, 2012).

Kongres je u narednim godinama ispitivao svrsishodnost dosljedne primjene pravila apsolutnog prioriteta u okviru reorganizacije. Novi Stečajni zakonik je usvojen 1978. godine. On je sa određenim izmjenama i danas na snazi. U poglavlju 11 se tretira reorganizacija. U literaturi se smatra da ovo poglavlje slijedi filozofiju prema kojoj je cjelokupni postupak reorganizacije naklonjen dužniku.[13] Dužnici ne moraju biti platežno nesposobni da bi pokrenuli postupak, već postupak mogu pokrenuti i kada osjete potrebu za reorganizacijom. Nakon što je postupak pokrenut, dužnik će u velikom broju slučajeva nastaviti upravljati i raspolagati stečajnom masom sa onim ovlaštenjima koja ima stečajni upravnik. On ima pravo predložiti plan i aktivno učestvovati u njegovom usvajanju. Dužnici su tako motivirani dobrovoljno inicirati pokretanje postupka i aktivno učestvovati u njemu.

Osnovna novina u odnosu na pravilo apsolutnog prioriteta odnosila se na njegov status unutar reorganizacije. Ono više nije bilo osnovno pravilo koje je kreiralo okolnosti u kojima su povjerioci pregovarali o sudbini stečajnog dužnika. Sloboda ugovaranja stečajnog plana tada dolazi do izražaja. Iz dostupnih materijala o nastanku Stečajnog zakonika proizlazi da je zakonodavac izrazio jasnu namjeru da ne nameće striktno pravilo koje bi reguliralo prioritete u stečajnom planu.[14] Svim uključenim stranama je dozvoljeno da sklope sporazum koji najviše odgovara njihovim interesima, a tek ukoliko to ne uspiju, dolazi do primjene pravila apsolutnog prioriteta. *Ratio legis* za ovu promjenu je bilo shvatanje da je reorganizacija postupak koji ne slijedi precizno utvrđen šablon nego se prilagođava specifičnostima situacije u kojoj se dužnik i povjerioci nalaze. Stečajni plan bi trebao odražavati rezultat procesa u kojem sve zainteresirane strane međusobno pregovaraju uz određene garancije za sve učesnike (Blum & Kaplan, 1974). Kada bi bilo drugačije, dosljedna *ex ante* primjena pravila prioriteta ugrozila bi potrebu za *ex post* fleksibilnosti postupka (Lubben, 2016).

Tako je Stečajni zakonik ukinuo obaveznu primjenu pravila apsolutnog prioriteta pri kreiranju stečajnog plana. Ono i dalje postoji, ali više ne kao opće pravilo za utvrđivanje načina raspodjele imovinske koristi. Pravilo se primjenjuje samo kada je potrebno zaštititi određenog povjerioca koji u pregovorima s drugim povjeriocima nije ostvario povoljnu poziciju i prema planu bi mu pripalo manje nego u slučaju likvidacije.

[13] Vidi više: Porter & Thorne (2006).
[14] H. R. Rep. No. 595, 95th Cong., 2nd Sess. 224 (1978), str. 1144.

4. Uređenje pravila apsolutnog prioriteta u pravu SAD-a i BiH

U stečajnom pravu SAD-a postoji više stečajnih postupaka, dok u pravnim sistemima u BiH to nije slučaj (sa izuzetkom stečajnog prava Republike Srpske).[15] Za potrebe ovog rada je potrebno naglasiti da poglavlje 7 Stečajnog zakonika SAD-a regulira likvidaciju stečajnog dužnika (postupak namirenja stečajnih povjerilaca iz stečajne mase nakon čega dolazi do gašenja dužnika) i poglavlje 11 Stečajnog zakonika koje uglavnom tretira reorganizaciju društava (iako je pod određenim okolnostima dostupna i fizičkim licima) koje u slučaju uspješno provedenog postupka rezultiraju donošenjem i provođenjem plana reorganizacije.

Za razliku od toga, u FBiH postoji samo jedan stečajni postupak koji može otići u dva pravca, odnosno može se okončati gašenjem subjekta ili njegovom revitalizacijom kroz reorganizaciju. U slučaju neusvajanja plana, redovni ishod postupka je unovčenje i raspodjela stečajne mase. Razlog za ovakvo stanje je to što je Zakon o stečajnom postupku FBiH donesen pod snažnim utjecajem njemačkog Stečajnog zakona iz 1999. godine. Zakon FBiH slijedi isti koncept o jedinstvenom stečajnom postupku i veliki dio odredaba je gotovo identičan.[16] Ipak, njemački Stečajni zakon iz 1999. godine, a posredno i Zakon o stečajnom postupku FBiH, slijede filozofiju poglavlja 11 Stečajnog zakona SAD-a.

4.1. Poglavlje 11 Stečajnog zakonika SAD-a

Pravilo apsolutnog prioriteta je izraženo kao uslov za potvrdu stečajnog plana od strane suda. Da bi plan mogao biti potvrđen, pored svih drugih uslova koji su propisani, plan mora biti fer i pravičan i ne smije diskriminirati one grupe povjerilaca koji su planom oštećeni i koji ne glasaju za plan.[17] Posebno je normirano značenje ovog standarda za osigurana potraživanja, neosigu-

[15] U Stečajnom zakonu FBiH *de lege ferenda* je također predviđen i postupak restrukturiranja kao postupak koji se treba približiti postupku iz poglavlja 11.

[16] Postoje i druge razlike između Stečajnog zakona Njemačke iz 1999. godine i Zakona o stečajnom postupku FBiH u odnosu na poglavlja 7 i 10 Stečajnog zakonika SAD-a. Vidi više u Balz (1997).

[17] Zbog toga što je prijevod na naš jezik nedostupan, u nastavku se nalazi izvorni tekst na engleskom jeziku: *Notwithstanding § 510(a) of this title, if all of the applicable requirements of subsection (a) of this section other than paragraph (8) are met with respect to a plan, the court, on request of the proponent of the plan, shall confirm the plan notwithstanding the requirements of such paragraph if the plan does not discriminate unfairly, and is fair and equitable, with respect to each class of claims or interests that is impaired under, and has not accepted, the plan.*

rana potraživanja i potraživanja vlasnika vlasničkih udjela ili dionica stečajnog dužnika. Za povjerioce osiguranih potraživanja pravilo zahtijeva da stečajni plan uvaži njihov prioritetni položaj. Oni imaju pravo u potpunosti se namiriti iz kolaterala ili ostvariti "nesporni ekvivalent"[18] svog potraživanja. Za povjerioce neosiguranih potraživanja i vlasnike i dioničare, uvažavanje pravila zahtijeva pridržavanje prioriteta koji su postojali prije pokretanja stečajnog postupka, tj. vlasnici i dioničari neće dobiti ništa dok se ostali povjerioci ne namire u potpunosti. U slučaju da se neka od ovih grupa povjerilaca protivi predloženom planu, značenje izraza fer i pravično za njih je izraženo kroz dvije alternativno postavljene mogućnosti. Prva mogućnost je da se potraživanja te grupe namire u potpunosti, a druga da niti jedna grupa povjerilaca koja je rangirana niže ne primi bilo kakvu korist.

Zanimljivo je pitanje značenja zahtjeva da plan ne smije diskriminirati one grupe povjerilaca koji su planom oštećeni i koji ne glasaju za plan. Postavljalo se pitanje značenja tog izraza, budući da je standard koji zahtijeva da plan bude fer i pravičan u sebi sadržavao od suda ranije utvrđeno značenje. Također, ni zakonodavac nije dao upute o tumačenju, a standard nije bio prisutan u poglavlju o korporativnim reorganizacijama u prethodnom zakonu. Sudska praksa ukazuje na različito i ponekad oprečno tumačenje ovog standarda od strane sudova.[19] Ipak, uvriježeno je shvatanje da ovaj standard predstavlja horizontalno ograničenje za potvrdu stečajnog plana, dok su fer i pravičnost vertikalno ograničenje. Dok fer i pravičnost reguliraju pitanje prioriteta između različitih grupa povjerilaca, standard zabrane diskriminacije zahtijeva pravičan tretman između povjerilaca unutar iste grupe (Markell, 1998).

Važno ograničenje pravila apsolutnog prioriteta koje Stečajni zakonik propisuje je da se ono primjenjuje samo od grupe povjerilaca koja nije saglasna sa planom i koja je njime oštećena prema grupama koje imaju slabiji prioritetni položaj, ali ne i prema grupama koje imaju jači prioritetni položaj. Ovo je važno zbog toga što se onda svim ostalim povjeriocima pozicioniranim iznad te grupe otvara mogućnost odricanja od prava koja im po prioritetu pripadaju. Drugim riječima, oni su ovlašteni vrijednost koja im prema stečajnom

[18] Stečajni zakonik SAD-a koristi pravni standard "*indubitable equivalent*". Izraz potiče iz sudske prakse [*In re Murel Holding Corporation*, 75 F.2d 941, 942 (2d Cir. 1935)] i inkorporiran je u tekst Stečajnog zakonika. Riječ je o pravnom standardu koji dozvoljava stranama u stečajnom postupku da postignu sporazum o načinu namirenja osiguranog potraživanja koji je najprihvatljiviji u konkretnim okolnostima, dok god je takav način nesporno ekvivalentan statusu koji osigurano potraživanje redovno uživa u stečajnoj reorganizaciji.

[19] Vidi više: Polivy (1998).

planu pripada predati drugim povjeriocima. Navedena mogućnost je vremenom uobličena u praksu prema kojoj visokopozicionirani povjerioci predaju dio koristi na koju su prema planu ovlašteni nekom od niže pozicioniranih povjerilaca, zaobilazeći one povjerioce koji su prema pravilima prioriteta između njih.[20]

Prethodno navedena ograničenja pravila apsolutnog prioriteta najviše su izražena u institutu *cram-down.* Posljedice mogućnosti da se pravilo ne primjenjuje u svakoj stečajnoj reorganizaciji i prema svim povjeriocima stvorile su prostor za primjenu ovog instituta koji podrazumijeva nekonsenzualnu potvrdu stečajnog plana. Osnovne karakteristike instituta *cram-down* će biti izložene u nastavku. Treba naglasiti da *cram-down* nije jedino moguće odstupanje od pravila apsolutnog prioriteta.[21]

Budući da su pravilo apsolutnog prioriteta i izuzeci od njega spoj često ekstenzivnog tumačenja poglavlja 11 Stečajnog zakonika SAD-a i sudskih precedenata, te da je stečajna reorganizacija kompliciran pravni zahvat sama po sebi, potrebno je jasno propisati šta oni podrazumijevaju. U nedostatku toga mogli bi nastati brojni sporovi i nedoumice koje postoje u pravu SAD-a.[22] Ukoliko se pravilom apsolutnog prioriteta želi uspostaviti pravilo koje zahtijeva da povjerioci moraju imati učešće u planu u skladu sa svojim prioritetnim položajem, to bi se trebalo jasno tim riječima i naznačiti (Tollenaar, 2017).

4.1.1. *Cram-down*

Nakon što je stečajni plan predložen, on mora biti prihvaćen od povjerilaca i potvrđen od suda. Povjerioci su raspoređeni po grupama[23], pri čemu svaka grupa glasa pojedinačno. Ukoliko je plan prihvaćen od strane povjerilaca, nakon toga ga mora potvrditi sud. U ovoj je fazi značajan *cram-down*, institut poglavlja 11 Stečajnog zakonika SAD-a koji podrazumijeva nekonsenzualnu potvrdu stečajnog plana.

---

[20] Vidi više: Timm (2013).

[21] Vidi više: Longhofer & Carlstrom (1995).

[22] Na konferenciji EYES on Insolvency, koja je održana 27. 1. 2017. godine, izrečena je kritika Direktive zbog toga što propisuje pravilo apsolutnog prioriteta i izuzetke od njega po uzoru na američko pravo. Vidi: S.C.E.F. Moulen Janssen, Verslag van het congres "EYES on Insolvency", FIP 2017/2;

[23] Grupe se formiraju na temelju sličnosti potraživanja, pri čemu ta pravila nisu stroga u mjeri u kojoj bi onemogućila zloupotrebe. Fenomen kreiranja grupa povjerilaca u svrhu stvaranja uslova za usvajanje i potvrdu stečajnog plana je primijećen u literaturi. Više o ovome: Carlson (1994).

Uslov za provedbu *cram-downa* je pridržavanje pravila apsolutnog prioriteta, kako je prethodno navedeno, dakle od grupe koja nije saglasna sa planom ka dole. Ostale uslove koje plan mora zadovoljiti kako bi se *cram-down* mogao provesti je moguće sortirati u dvije grupe (Markell, 1991).

Prva grupa se odnosi na opće uslove koje svaki stečajni plan mora ispuniti kako bi mogao biti potvrđen. Opći uslovi su taksativno pobrojani u članu 1129(a), osim tačke 1129(a)(10) i 1129(a)(8) koji predstavljaju uslove u vezi sa tretmanom grupe povjerilaca koji su planom oštećeni. Član 1129(a) postavlja ukupno šesnaest uslova. Kako opći uslovi nisu direktno u vezi sa pravilom apsolutnog prioriteta, niti su karakteristični isključivo za *cram-down*, oni neće biti predmet ovog rada u nastavku.

Druga grupa uslova se odnosi na tretman grupe povjerilaca koji su planom oštećeni. Ova grupa sadrži dva uslova: prvi – nekonsenzualna potvrda plana je moguća jedino ukoliko je barem jedna oštećena grupa povjerilaca glasala za plan; drugi – svaki član grupe koja je oštećena je prihvatio plan ili će primiti onoliko koliko bi primio da je stečajni dužnik likvidiran.[24] U vezi sa prvim uslovom, Stečajni zakonik propisuje da o planu glasaju samo one grupe povjerilaca koje su planom ošetećene, a ukoliko grupa nije oštećena, smatrat će se da je glasačka grupa prihvatila plan bez glasanja. Kako je prethodno navedeno, za nekonsenzualnu potvrdu stečajnog plana je nužno da barem jedna grupa oštećenih povjerilaca glasa za plan[25], pri čemu je "biti oštećen" (*impairment*) standard koji nije jasno definiran i koji je moguće različito tumačiti (Meltzer, 1992). Ovo u kombinaciji sa pravilom da se grupe povjerilaca formiraju na temelju sličnosti njihovih potraživanja, pri čemu ta pravila nisu previše stroga, dovodi do fenomena kreiranja grupa oštećenih povjerilaca u dogovoru između njih i predlagača plana.[26]

[24] Uslov da povjerilac mora primiti najmanje onoliko koristi koliko bi primio u slučaju likvidacije se naziva "the best interest test". Vidi: De Weijs & Jakob (2011).

[25] Američki institut za stečaj (American Bankruptcy Institute) u Studiji o reformi poglavlja 11 (Study the Reform of Chapter 11) iz 2014. godine na str. 261. navodi da je uslov da je barem jedna oštećena grupa prihvatila plan potrebno u potpunosti ukloniti iz Stečajnog zakonika, budući da njegova primjena uzrokuje više negativnih nego pozitivnih posljedica za postupak reorganizacije.

[26] Ovaj fenomen se naziva "gerrymandering of classes" ili "artificial impairment". On se često javlja u situacijama kada bi dugoročni odnosi povjerioca oštećenog stečajnim planom sa dužnikom bili plodonosniji nego korist koju bi dobio ukoliko ne bi bio oštećen. Vidi Carlson (1994). Sudovi se, naravno, ovome suprotstavljaju. Vidi npr.: *In re Windsor on the River Associates 7 F.3d 127, 131-32 (8th Cir. 1993); In re Willows Convalescent Ctrs. Ltd. Partnership, 151 B.R. 220, 223 (D. Minn. 1991).*

Kada bi samo planovi koje podržavaju povjerioci mogli biti usvojeni, tada bi povjerioci imali apsolutnu kontrolu nad reorganizacijom, i stečajni postupak bi pogodovao isključivo njima. Ovako, stečajni dužnik ima veću mogućnost potvrditi stečajni plan i izvršiti reorganizaciju. Filozofija poglavlja 11 se vodi premisom da reorganizacija treba pogodovati i povjeriocima i dužniku.[27] *Cram-down* je vremenom postao suština pregovora koji se vode u reorganizaciji. Posljedice njegove primjene su da će grupa povjerilaca koja se protivi planu njime biti oštećena, tj. da neće primiti korist do punog iznosa svog potraživanja. Ipak, kako je prethodno izloženo, *cram-down* podrazumijeva brojne uslove koje je potrebno zadovoljiti kako bi plan mogao biti potvrđen, čime se nastoji postići da se može primijeniti samo onda kada je to adekvatno.

Stečajna reorganizacija za cilj ima biti atraktivna za dužnike sa poteškoćama u poslovanju, koji će u zamjenu za priliku za ozdravljenje pristati otkriti informacije o svom poslovanju, prestati na neko vrijeme slobodno raspolagati imovinom i biti pod nadzorom suda. Reorganizacija za takve dužnike predstavlja često i jedinu priliku za sopstveno preoblikovanje, smanjenje svojih obaveza i preživljavanje. *Cram-down* je sredstvo za održavanje going-concern vrijednosti dužnika i njenu distribuciju svima kojima pravni sistem priznaje pravo na to.

Cram-down je kreiran sa namjerom da spriječi mogućnost da jedan povjerilac ili grupa povjerilaca mogu opstruirati usvajanje i potvrdu plana. On prevenira situacije u kojima bi takvi povjerioci tražili više od onoga što je za njih prema planu predviđeno, što bi ugrozilo interese ostalih povjerilaca i stečajnog dužnika koji se sa tim slažu. U slučaju da postoji razumijevanje između svih učesnika reorganizacije, *cram-down* neće ni biti potreban. U slučaju da između učesnika ne postoji razumijevanje, *cram-down* neće omogućiti nametanje stečajnog plana svima njima. On će omogućiti usvajanje plana jedino kada jedan povjerilac ili grupa povjerilaca opstruira usvajanje i potvrdu plana nauštrb interesa većeg broja strana u postupku kojima bi plan koristio.[28] Reorganizacija u stečajnom postupku ne bi trebala pogodovati samo jednoj grupi povjerilaca, nego omogućiti kolektivno namirenje

[27] Osim devijacija od pravila apsolutnog prioriteta, poglavlje 11 Stečajnog zakonika SAD-a sadrži mnoge druge elemente koji pogoduju dužniku u stečajnom postupku. Zbog ovoga su dužnici motivirani samostalno pokrenuti postupak, što i čini većinu postupaka vođenih u skladu sa pravilima ovog poglavlja. Više je dostupno na http://www.uscourts.gov/report-name/bankruptcy-filings; Pored ovoga, o filozofiji stečajne reorganizacije koju slijedi poglavlje 11 Stečajnog zakonika SAD-a vidi *supra* fn. 3.

[28] Ovaj fenomen se naziva *holdout problem*. Vidi Brown (1989).

svih povjerilaca i mogućnost za ozdravljenje dužnika. U slučaju mogućnosti opstrukcije plana od strane jedne grupe povjerilaca, nisu ugroženi samo interesi dužnika koji bi zbog toga mogao biti izbrisan iz registra društava, nego i interesi svih povjerilaca koji će umjesto dijela going-concern vrijednosti dužnika dobiti vjerovatno ne više od onoga što bi dobili u slučaju likvidacije dužnika (Warren, 1991).

4.2. Zakon o stečajnom postupku FBiH

Pravilo apsolutnog prioriteta poznaje i pozitivno pravo FBiH. Zakon o stečajnom postupku FBiH u članu 31. stav 1. propisuje:

"Stečajni povjerioci se prema vrsti njihovih potraživanja svrstavaju u isplatne redove. Povjerioci kasnijeg isplatnog reda mogu se namiriti tek pošto budu u cijelosti namireni povjerioci prethodnog isplatnog reda. Stečajni povjerioci istog isplatnog reda namiruju se srazmjerno veličini svojih potraživanja."

Vidljivo je da prethodno navedene odredbe uređuju pitanje prioriteta između grupa povjerilaca i unutar grupa. To korespondira zahtjevima iz poglavlja 11 da plan mora biti fer i pravičan i da ne smije diskriminirati. Ipak, član 31. se ne nalazi u poglavlju zakona koji uređuje stečajnu reorganizaciju, pa je razumljivo da je ovako normirano pravilo apsolutnog prioriteta prilagođeno potrebama likvidacije.

U poglavlju V – reorganizacija nalazimo više odredbi koje u nekoj mjeri uređuju pitanje prioriteta i tretmana povjerilaca u stečajnom planu. Kao i u poglavlju 11 Stečajnog zakonika SAD-a, povjerioci sa osiguranim potraživanjima (razlučni povjerioci) uživaju najveći stepen zaštite. Oni imaju pravo na odvojeno namirenje iz predmeta razlučnog prava, pri čemu stečajni plan u skladu sa članom 148. stav 1. u pravilu ne smije zadirati u njega. Ipak, oni mogu postati stečajni povjerioci ako im je stečajni dužnik lično odgovoran i ako se odreknu prava na odvojeno namirenje ili se nisu uspjeli odvojeno namiriti u cjelini ili djelimično, u kom se slučaju namiruju srazmjerno visini neizmirenog dijela svog potraživanja. U protivnom, plan ne smije zadirati u njihovo pravo na odvojeno namirenje.

U članu 151. nalazimo odredbu koja korespondira odredbi poglavlja 11 Stečajnog zakonika SAD-a, a koja zabranjuje diskriminaciju (horizontalni učinak pravila), propisujući da se svim učesnicima pojedine grupe stečajnim planom moraju osigurati ista prava i da je različito postupanje prema učesnicima iste grupe dopušteno samo uz saglasnost svih učesnika koji su time pogođeni.

Najveće odstupanje od pravila apsolutnog prioriteta u reorganizaciji u Zakonu o stečajnom postupku FBiH nalazimo u odredbama koje uređuju zabranu opstrukcije.

4.2.1. Zabrana opstrukcije

Zabrana opstrukcije je institut uređen članom 170. Zakona o stečajnom postupku. On je preuzet iz prethodno spomenutog Zakona o stečaju Njemačke, pri čemu je korišteno i identično nomotehničko rješenje.[29] Ovaj institut podsjeća na *cram-down*, i to zbog toga što je upravo *cram-down* bio inspiracija njemačkom zakonodavcu. Razlike između ova dva instituta proizlaze iz potrebe da se *cram-down* prilagodi potrebama kontinentalne pravne tradicije (Balz, 1997, str. 178).

Član 170. stav 1. propisuje da će se smatrati da je glasačka grupa prihvatila stečajni plan, iako potrebna većina unutar grupe nije postignuta, ukoliko su ispunjeni sljedeći uslovi:

1. povjerioci te grupe stečajnim planom nisu stavljeni u lošiji položaj od onoga u kojem bi bili da plana nema;
2. povjerioci te grupe primjereno učestvuju u privrednim koristima koje bi učesnicima trebale pripasti na osnovu stečajnog plana;
3. većina glasačkih grupa je plan prihvatila s potrebnom većinom.

Prvi uslov iz člana 170. stav 1. odgovara istovjetnoj garanciji iz poglavlja 11 Stečajnog zakonika SAD-a (*the best interest test*).

Pojam primjerenog učešća u privrednim koristima iz drugog uslova je konkretiziran u stavu 2. istog člana i podrazumijeva da 1) prema stečajnom planu ni jedan drugi povjerilac ne bi trebao primiti imovinsku korist koja bi

[29] U vezi s pitanjem odnosa njemačkog zakonodavca prema stečajnoj reorganizaciji, Bodul i dr. navode sljedeće: "...njemačka pravna regulacija stečajnog/insolvencijskog plana (*Insolvenzplan*)... dopušta, ali ne favorizira postupak reorganizacije. Naime, 1999. u Njemačkoj je na snagu stupio Insolvencijski zakonik, a jedan od ciljeva je bio promicati sanacijski nasuprot likvidacijskog stečajnog postupka. Prijašnji stečajni zakon (*Konkursordnung*) dopuštao je sklapanje prisilne nagodbe i u okviru stečajnog postupka, slično kao i *Vergleichsordnung*, još stariji stečajni zakon. Koncept sanacijskog stečajnog plana, do nedavno, nije zaživio u njemačkoj stečajnoj/insolvencijskoj kulturi. Ipak doktrina ukazuje da njemački zakonodavac, ali i poslovno okružje, polako shvaća da reorganizacija poduzeća predstavlja (naj)optimalniji put rješavanja poslovnih poteškoća." (Bartulović, Bodul & Vuković, 2013, str. 926).

prelazila puni iznos njegovog potraživanja[30], 2) imovinsku korist ne bi primio ni povjerilac koji bi u slučaju da plana nema bio u isplatnom redu iza povjerioca grupe, niti stečajni dužnik ili lice koje u njemu ima udjela i 3) ako se nijedan od povjerilaca, koji bi u slučaju da stečajnog plana nema bio u istom isplatnom redu s povjeriocima te grupe, ne stavlja u bolji položaj od onoga u kojem se nalaze ti povjerioci. Jasno je da su u ovom članu normirani zahtjevi pravila apsolutnog prioriteta. Kako primjereno učešće zahtijeva da povjerioci sa slabijim prioritetom od grupe u kojoj većina nije postignuta ne prime ništa, može se zaključiti kako i ovdje pravilo apsolutnog prioriteta važi samo od te grupe povjerilaca ka nižim isplatnim redovima.

Treći uslov djeluje sličan uslovu iz *cram-downa* prema kojem barem jedna oštećena grupa povjerilaca mora glasati za plan, pri čemu postoje određene razlike. Zakon o stečajnom postupku FBiH propisuje da je grupa povjerilaca prihvatila plan tek pošto je većina glasačkih grupa plan prihvatila. Moguće je tumačenje prema kojem bi onda glasanje unutar ove grupe bilo bez učinka za usvajanje plana, budući da je plan već usvojen, ako se uzme u obzir da član 169. u stavu jedan propisuje da će se smatrati da su povjerioci prihvatili stečajni plan ako je u svakoj grupi većina povjerilaca glasala za plan i ako zbir potraživanja povjerilaca koji su glasali za plan premašuje zbir potraživanja povjerilaca koji su glasali protiv toga da se plan prihvati.

Zabrana opstrukcije treba olakšati postizanje potrebne većine za usvajanje stečajnog plana, jer se zakonodavac koristi formulacijom da će "se smatrati da je glasačka grupa prihvatila stečajni plan". *Cram-down*, sa druge strane, ima učinak na potvrdu stečajnog plana od strane suda. Može se reći da dva instituta sa različitih pozicija nastoje postići isti cilj. Ipak, Zakon o stečajnom postupku FBiH pruža zaštitu povjeriocima i u fazi potvrde plana, jer u članu 176. propisuje da će na prijedlog povjerioca stečajni sud odbiti potvrđivanje stečajnog plana ako je povjerilac planom stavljen u lošiji položaj od onog u kojem bi bio da plana nema, pri čemu povjerilac nosi teret dokazivanja. Nema eksplicitnog navoda da će povreda pravila apsolutnog prioriteta biti razlog zbog kojeg će sud na prijedlog povjerioca odbiti potvrđivanje plana.

5. Umjesto zaključka

Pored svega prethodno navedenog u ovom radu, potrebno je spomenuti da u doktrini postoje stajališta o neadekvatnosti pravila apsolutnog prioriteta

[30] Ovaj uslov postoji i u stečajnom pravu SAD-a, iako nije eksplicitno naveden u Stečajnom zakoniku. U doktrini se naziva i "*no more than 100% rule*". Vidi Tollenaar (2017, str. 65).

za reorganizaciju iz još jednog razloga (Madaus, 2013). U situacijama kada je stečajni postupak u toku, investicije za dužnika mogu biti od ključnog značaja za njegov opstanak i posljedično za namirenje svih povjerilaca. Međutim, društvo koje je dužnik neće lako privući ulagače. Teško je zamisliti da će postojeći povjerioci biti spremni dodatno rizikovati i uložiti u društvo koje je već njihov dužnik. Isto vrijedi za lica koja s društvom u finansijskim teškoćama nemaju nikakve odnose. U SAD-u je primijećeno da su dioničari dužnika često zainteresirani za dodatno ulaganje u stečajnog dužnika i njegovo ozdravljenje zbog toga što bi u slučaju primjene pravila apsolutnog prioriteta bili na posljednjem mjestu i prema redovnom toku stvari stoga ne bi primili nikakvu korist (pogotovo ukoliko dođe do likvidacije dužnika).[31] Ozdravljenje dužnika i njegov povratak u redovno poslovanje je za njih jedini izlaz. Ipak, u slučaju striktne primjene pravila apsolutnog pravila, njihova motivacija za ulaganje bila bi značajno smanjena zbog inherentnog rizika od uspjeha reorganizacije. U odsustvu pravila apsolutnog prioriteta, zbog nove vrijednosti koju bi uložili u dužnika (a ne zbog postojećih odnosa sa dužnikom), oni bi mogli pregovarati o svojoj poziciji u planu reorganizacije i na taj bi način bili dodatno motivirani za ulaganje. Sa druge strane, ukoliko im se oduzme mogućnost participacije u stečajnom planu, moguće je zamisliti kako će im u interesu biti što duže prolongiranje ili izbjegavanje pokretanja stečajnog postupka te kako će nastojati navesti dužnika na bavljenje rizičnim djelatnostima u namjeri da se spasi, ne uzimajući u obzir interese povjerilaca.

Pravilo apsolutnog prioriteta je u velikoj mjeri napušteno u stečajnim reorganizacijama u SAD-u i FBiH. Iako postoje određene razlike u uređenju u ova dva pravna sistema, može se zaključiti da ovo pravilo više nije pravilo, nego dio mjera zaštite onih povjerilaca koji su planom oštećeni, nemaju povjerenje u dužnika ili se iz drugih razloga planu protive. Pri tome, pravilo se primjenjuje samo na lica koja su oštećena planom i povjerioce koji uživaju niži prioritetni položaj u odnosu na njega. To znači da je ono u potpunosti napušteno sve do trenutka kada plan nekog povjerioca ošteti, pri čemu svima drugima koji uživaju viši prioritetni položaj ne nameće nikakva ograničenja.

Bez obzira na to da li će povjerioci koji uživaju niži ili isti prioritetni položaj u odnosu na oštećenu grupu u potpunosti namiriti svoje potraživanje, moguće

[31] Naziv za ovo odstupanje je "*the new value exception*". Njegov status u SAD-u je sporan nakon što ga je više sudova različito tumačilo. Vrhovni sud SAD-a je u odluci *Bank of America National Trust & Savings Association v. 203 N. LaSalle Street Partnership*, 119 S. Ct. 1411 (1999) odbio izjasniti se da li je ovo odstupanje u skladu sa Stečajnim zakonikom.

je zamisliti situacije u kojima će se i bez takvog scenarija zadovoljiti zahtjevi pravila apsolutnog prioriteta i oštetiti grupa povjerilaca. U oba slučaja je ishod za oštećene povjerioce isti. Zbog toga, zaštitu koju pravilo apsolutnog prioriteta pruža mogao bi u velikoj mjeri pružiti i *the best interest test.* Garantirajući minimum ispod kojeg niti jedan povjerilac neće dobiti, ovaj test omogućava veliku fleksibilnost u pregovorima o planu. Tada u prvi plan mogu doći svi akteri koji imaju najviše interesa i mogućnost obezbijediti ozdravljenje dužnika i ujedno sačuvati njegovu *going concern* vrijednost za povjerioce.

Kao društvo sa najrazvijenijim stečajnim pravom na svijetu, SAD može poslužiti kao model za izučavanje. Analizirajući njegove probleme i rješenja u teoriji i praksi, barem je u nekoj mjeri moguće predvidjeti izazove sa kojima će se stečajno pravo FBiH i drugi pravni sistemi suočiti. Pravilo apsolutnog prioriteta je primjer toga. U tom smislu, ovaj rad može poslužiti kao poticaj za dalje proučavanje pojedinih pitanja koja su u njemu navedena, a koja u pravu FBiH do sada nisu imala veliku pažnju.

Bibliografija

1. Balz, M. (1997). Market Conformity of Insolvency Proceedings: Policy Issues of the German Insolvency Law. *Brooklyn Journal of International Law*, 23 (1), 167–179. preuzeto sa http://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol23/iss1/8
2. Bartulović, Ž, Bodul, D. & Vuković, A. (2013). Pravnopovijesni i poredbenopravni prikaz razvoja stečajnog postupka. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 34 (2), 911–939.
3. Blum, W. J. & Kaplan, S. J. (1974). The Absolute Priority Doctrine in Corporate Reorganizations. *University of Chicago Law Review* 41, 652–684, preuzeto sa https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=13330&context=journal_articles
4. Brlečić Valčić, S. & Crnković-Strumpf, B. (2013). Potreba za približavanjem uporabne i fer tržišne vrijednosti poduzeća u suvremenom pristupu vrednovanju poduzeća. *Ekonomska misao i praksa*, 379–396.
5. Brown, D. T. (1989). Claimholder incentive conflicts in reorganization: The role of bankruptcy law. *Review of Financial Studies* 2.1, 109–123.
6. Carlson, D. G. (1994). Artificial Impairment and the Single Asset Chapter 11 Case. *Capital University Law Review*, 23, 339–378.

7. De Weijs, R. J. (2011). Harmonisation of European Insolvency Law and the Need to Tackle Two Common Problems: Common Pool & Anticommons. 1-18, preuzeto sa https://papers.ssrn.com/abstract=1950100

8. Falke, M. (2003). *Insolvency law reform in transition economies*, (1). Winter Industries.

9. Foohey, P. (2012). Chapter 11 Reorganization and the Fair and Equitable Standard: How the Absolute Priority Rule Applies to All Nonprofit Entities. *St. John's Law Review*, 86, 32–83.

10. Longhofer, S. D. & Carlstrom, C. T. (1995). Absolute Priority Rule Violations in Bankruptcy. *Federal Reserve Bank of Cleveland Economic Review*, 31 (4), 21–30.

11. Lubben, S. J. (2016). The Overstated Absolute Priority Rule. *Fordham Journal of Corporate and Financial Law*, 21, 581–606, preuzeto sa https://ir.lawnet.fordham.edu/jcfl/vol21/iss4/1

12. Madaus, S. (2013). Rescuing Companies Involved in Insolvency Proceedings with Rescue Plans 11. 1-40, preuzeto sa https://papers.ssrn.com/abstract=2271979

13. Markell, B. A. (1991). Owners, Auctions, and Absolute Priority in Bankruptcy Reorganizations. *Stanford Law Review*, 44 (69), 70–125.

14. Markell, B. A. (1998). A New Perspective on Unfair Discrimination in Chapter 11. *American Bankruptcy Law Journal*, 72, 227–262.

15. Meltzer, P. E. (1992). Disenfranchising the Dissenting Creditor Through Artificial Classification or Artificial Impairment. *American Bankruptcy Law Journal*, 66, 281–303.

16. Polivy, D. R. (1998). Unfair Discrimination in Chapter 11: A Comprehensive Compilation of Current Case Law. *American Bankruptcy Law Journal* 72, 191–226.

17. Porter, K. & Thorne, D. (2006). The Failure of Bankruptcy's Fresh Start. *Cornell Law Review*, 92, 67–128, preuzeto sa https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3044&context=clr

18. Schwehr, B. (2003). Corporate Rehabilitation Proceedings in the United States and Germany. *International Insolvency Review*, 12 , 11–35.

19. Skeel, D. A. Jr. (2003). Creditors' Ball: The "New" New Corporate Governance in Chapter 11. Faculty Scholarship. Paper, 29, 1–44, preuzeto sa http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/29

20. Tajti, T. (2017). Bankruptcy Stigma and the Second Chance Policy: The Impact of Bankruptcy Stigma on Business Restructurings in China, Europe and the United States. *China-EU Law Journal*, 1–31.

21. Timm, A. (2013). The Gift That Gives Too Much: Invalidating a Gifting Exception to the Absolute Priority Rule. *University of Illinois Law Review*, 1649–1680, preuzeto sa https://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2013/4/Timm.pdf

22. Tollenaar, W. A. N. (2017). The European Commission's Proposal for a Directive on Preventive Restructuring Proceedings. *Insolvency Intelligence*, 30 (5), 65–81.

23. Warren, E. (1991). Theory of absolute priority. *Annual Survey of American Law* (1), 9–48.

24. Wren, H. G. (1958). The Valuation of a Railroad in Reorganization. *Columbia Law Review*, 58, 316–341.

Ostale publikacije

1. American Bankruptcy Institute (2014). Study the Reform of Chapter 11. dostupno na http://business-finance-restructuring.weil.com/wp-content/uploads/2014/12/Ch11CommissionReport.pdf

2. House of Representatives. (1978). Report No. 595, 95th Cong., 2nd Sess. 224.

Propisi

1. Act of June 7, 1934. ch. 424, § 1, 48 Stat. 911 (codified as amended at 11 U.S.C. § 207 (1934).

2. The Bankruptcy Code of the USA. Chapter XI., Pub. L. 113–75, zadnja izmjena bila je 2005, Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (BAPCPA) of 2005, Pub. L. No. 109-8, 19 Stat. 23 (codified in 11 U.S.C., par. 101–1501).

3. Chandler Act ch.10. 52 Stat. 840, 883–905 (1938).

4. Zakon o stečajnom postupku. Službene novine Federacije BiH, 29/03, 33 /04, 47/06.

5. Zakon o stečaju. Službeni glasnik Republike Srpske, 16/16.

Nasir Muftić
Assistant
University of Sarajevo
Faculty of Law
n.muftic@pfsa.unsa.ba

THE RULE OF ABSOLUTE PRIORITY IN THE PROCEDURES OF REORGANISATION OF THE BAKRUPTCY DEBTOR – A RULE OR AN EXCEPTION?

Summary

The rule of absolute priority is one of the foundations of the bankruptcy procedure. It is regularly applied in cases when the property of bankruptcy debtor is to be collected, cashed-in, and allocated to creditors. The reorganisation, besides many other differences in relation to standard bankruptcy procedure, also demands a different understanding of the rules of absolute priority, whose modified role to the goals of this procedure is necessary in order to create a legal framework that stimulates the adoption and implementation of the bankruptcy plan.

Bankruptcy law of the United States of America has developed a different understanding of this rule and changed its role in bankruptcy reorganisations, while the legislator in FBiH has accepted a derivative of this solution by an indirect way.

The first segment of the paper presents the term and history of the rules of absolute priority in the US law. The second segment particularly focuses on cram-down and prohibition of obstruction as the most typical instrument in which the exceptions present there come to the fore in the law of USA and FBiH. All segments of the paper point out to different aspects of the possibility of application and deviations from this rule in bankruptcy reorganisation, whereby the attempt is to present the legal-economic ratio that stands behind them.

Keywords: *the rule of absolute priority, cram-down, prohibition of obstruction, reorganisation of bankruptcy debtor, bankruptcy law*

Dr. Vildana Pleh
Docentica
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
v.pleh@pfsa.unsa.ba

UDK 347.994:343.811(4)
Pregledni naučni rad

ULOGA SUDA U POSTUPKU IZVRŠENJA KAZNE ZATVORA U HRVATSKOJ, FRANCUSKOJ I BOSNI I HERCEGOVINI

Sažetak

Uloga i značaj suda u krivičnom postupku, a naročito u stadiju odlučivanja o krivnji učinioca krivičnog djela, odnosno individualizaciji krivične sankcije, posebno kazne zatvora, veoma je značajna. Međutim, autoritet suda je važan i u fazi provedbe ili primjene te odluke, odnosno izvršenju krivičnih sankcija, a posebno kazne zatvora kao nesumnjivo najstrože krivične sankcije u većini krivičnih zakonodavstava. Upravo o značaju, oblicima uloge suda i konkretnim rješenjima u krivičnom zakonodavstvu Hrvatske i Francuske autorica govori u ovom članku. Analizirajući teorijske postavke i rasprave na ovu temu, utvrđujući opće kriterije podjele uloge suda u postupku izvršenja kazne zatvora, uzimajući u obzir komparativna rješenja dviju navedenih država, i na kraju analizirajući ulogu suda u postupku izvršenja kazne zatvora u BiH, autorica donosi zaključke s konkretnim prijedlozima za poboljšanje sistema nadzora i zaštite ljudskih prava zatvorenika i postizanja što većeg stepena resocijalizacije i ostvarivanja svrhe ove sankcije u BiH.

Ključne riječi: *izvršenje kazne zatvora, sud, nadležnost i uloga suda, zaštita ljudskih prava*

1. Opća razmatranja o cilju kazne zatvora i ulozi suda u tom smislu

Zaštita ljudskih prava osoba lišenih slobode je jedan od prioritetnih zadataka države. Zadatak kazne zatvora je da osobu kojoj je izrečena liši slobode na način da joj onemogući slobodno kretanje van ograničenog prostora tj. zatvora. Međutim, takve osobe imaju sva ostala zagarantirana ljudska prava čije poštivanje nadziru nacionalna i međunarodna tijela. S obzirom na spe-

cifičnost kazne zatvora i sva ograničenja koja sa sobom nosi, izvršenje kazne zahtijeva posebna jamstva zaštite prava zatvorenika.

Svrha ili cilj kazne zatvora je resocijalizacija učinioca krivičnog djela odnosno njegova reintegracija u zajednicu i povratak u redovne tokove života bez ponovnog vršenja krivičnih djela. Za uspješnije ostvarivanje svrhe kazne zatvora izuzetno je značajna individualizacija kazne, odnosno prilagođavanje izrečene kazne zatvora ličnosti i drugim specifičnostima njenog života kako bi ona postigla najbolje rezultate resocijalizacije. Pravilna individualizacija kazne zatvora i obezbjeđivanje uslova za njenu realizaciju kroz poseban plan primjene, ključ je uspješnosti resocijalizacije.

Govorimo o nekoliko oblika individualizacije i shodno tome i resocijalizacije, koju vrše različita tijela, u različitim fazama postupanja prema učiniocu krivičnog djela. U tom smislu spomenut ćemo zakonsku, sudsku i penitensijarnu individualizaciju kazne zatvora koje imaju poseban utjecaj na uspješnost resocijalizacije učinioca krivičnog djela.

Zakonska resocijalizacija je ustvari opća, apstraktna resocijalizacija koja se realizira kroz propisivanje npr. različitog kažnjavanja za različita krivična djela, kažnjavanje kod umišljaja i nehata, kod svršenih krivičnih djela ili pokušaja i sl. Kako nije riječ o konkretnom učiniocu krivičnog djela niti o konkretnim okolnostima krivičnog događaja, kažemo da je riječ o apstraktnoj individualizaciji koja proizlazi iz pravila propisanih u normi (Atanacković, 1988, str. 136). Ova apstraktna, zakonska individualizacija proizlazi iz ideja i ciljeva kriminalne politike određene države.

O pravoj individualizaciji krivične sankcije može se govoriti tek u fazi krivičnog postupka, tj. govorimo o sudskoj individualizaciji. Tada je učinilac krivičnog djela konkretna osoba koja je počinila konkretno djelo i s kojom pravosudni organi ostvaruju lični kontakt. Iako kontakt između suda i učinioca postoji, ipak, kako konstatira Atanacković: "Sud ne može da upozna ličnost učinioca krivičnog dela za relativno kratko vreme koliko se ta ličnost pred njim nalazi. Očigledno je da sud ne može za nekoliko susreta na suđenju da detaljno upozna ličnost učinioca krivičnog dela da bi mogao da mu odredi takav tretman koji bi bio najadekvatniji njegovoj prirodi" (1988, str. 137). Ne može u tolikoj mjeri da bi sama odluka o vrsti i visini krivične sankcije postigla željeni efekat, zato i postoji čitav niz mehanizama koji se uspostavljaju u procesu primjene ili izvršenja krivičnih sankcija.

Kada je riječ o izvršenju kazne zatvora govorimo o penitensijarnoj individualizaciji, koja kaznu u najvećoj mjeri prilagođava ličnosti učinioca kri-

vičnog djela i realizira se kroz različite mjere njegovog tretmana u uslovima u kojima se ona izvršava.[1] U tom procesu izvršenja kazne zatvora uspješnost resocijalizacije zavisi prvenstveno od dobre i kvalitetne individualizacije kazne odnosno upoznavanja ličnosti zatvorenika i prilagođavanja tretmana njegovim potrebama, ali i u velikoj mjeri uspješne realizacije tih tretmana. Ovdje govorimo o tretmanima zatvorenika kroz koja se ostvaruju osnovna prava koja zatvorenik ima.[2] Da bi se ova prava uspješno realizirala i na taj način ostvarila svrha sankcije odnosno izbjegla zloupotreba tih prava ili pak njihova kršenja, obezbijeđen je čitav sistem nadzora uspješnosti i zaštite zagarantiranih prava zatvorenika. Ovo je izuzetno važan segment uspješnosti ostvarivanja svrhe kazne zatvora u kojem osiguravanje realizacije zagarantiranih prava, kroz uspješno provođenje raznih oblika tretmana, mora imati posebnu podršku kroz nadzornu ali i meritornu ulogu nekih državnih tijela.[3] Ova tijela prevashodno imaju zadatak da obezbijede uspješnost provođenja navedenih tretmana kroz zaštitu zagarantiranih ljudskih prava.

Uzimajući u obzir ciljeve kazne zatvora, zatim činjenicu da ostvarivanje tih ciljeva počinje od trenutka odlučivanja suda o vrsti, dužini i obliku izvršenja kazne zatvora, veoma je značajno da sud ima uvid u "rezultat, efekte svoje odluke" u toku njenog izvršenja.

S tim u vezi, u nastavku ćemo pokušati "uspostaviti most" između sudske i penitensijarne individualizacije odnosno resocijalizacije zatvorenika, to jeste istaknuti vrste, značaj i način ostvarivanja uloge pojedinih subjekata u procesu izvršenja kazne zatvora s posebnim akcentom na značaj i ulogu suda u tom procesu.

2. Vrste nadzora nad izvršenjem kazne zatvora

Iako je uloga suda u cijelom procesu reagiranja na kriminalno ponašanje pojedinca nezamjenjiva, uloga i značaj drugih državnih tijela, a posebno u procesu primjene odnosno izvršenja krivičnih sankcija, veoma je značaj-

[1] U pravilu kazna zatvora se izvršava u zatvorenim uslovima odnosno u zatvorima koji mogu biti različitog tipa. Međutim, pored ovog oblika izvršenja kazne zatvora postoji čitav niz drugih oblika izvršenja kazne zatvora poput vikend zatvora, izvršenje kućnog zatvora i sl.

[2] Poput: prava na rad, prava na zdravstvenu zaštitu, prava na obrazovanje, prava na posjete, prava na pogodnosti u toku izvršenja kazne zatvora, prava na religiju, prava na sportske aktivnosti i sl.

[3] Spomenuti oblici ostvarivanja zagarantiranih prava zatvorenika kroz razne vidove tretmana mogu biti npr. radni tretman, obrazovni tretman, razni vidovi podrške i liječenja bolesti ovisnosti u cilju, naprimjer, realizacije prava na posebne programe zdravstvene zaštite i sl.

na. Ovdje prevashodno govorimo o nadzornoj ulozi pojedinih državnih tijela. Kad govorimo o vrstama nadzora zaštite ljudskih prava osoba lišenih slobode, onda bi prva podjela mehanizama nadzora, propisa i tijela, bila na međunarodne i nacionalne mehanizme zaštite ljudskih prava.

Međunarodni dokumenti uspostavljaju međunarodne standarde i formiraju međunarodna tijela s ciljem zaštite ljudskih prava i nadzora njihove primjene uopće.[4]

Na nacionalnom nivou zaštita ljudskih prava je zagarantirana unutrašnjim propisima, a nadzor stepena zaštite tih prava vrše tijela ustanovljena navedenim propisima.

S obzirom na nivo vlasti i organ koji formira nadzorna tijela, govorimo o dva oblika nadzora izvršenja kazne zatvora i to: *administrativni* kojeg vrše: upravna, izvršna ili parlamentarna neovisna tijela, odnosno politička tijela koja obavljaju politički nadzor;[5] i *sudski nadzor* koji vrši sud.

Administrativni nadzor izvršenja kazne zatvora podrazumijeva nadzor različitih neovisnih tijela. Tako govorimo o upravnom nadzoru kojeg vrše upravna tijela kao npr. u Hrvatskoj, u kojoj ovu funkciju obavljaju tijela nadležna za izvršenje kazne zatvora, a pripadaju tzv. Upravi za zatvorski sustav, koja je sastavni dio Ministarstva pravosuđa Hrvatske.

---

[4] Ovom prilikom ćemo samo spomenuti: Komitet protiv torture (CAT – Committee against Torture) formiran je Konvencijom UN-a protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka od 10. decembra 1984. (stupila na snagu 26. juna 1987), kao nezavisno i aktivno tijelo u okviru UN-a čiji je zadatak da periodično u okviru redovnih obaveza, obilazi institucije u kojima su smještene osobe lišene slobode u svim državama članicama; Evropski komitet za sprečavanje mučenja i nečovječnih ili ponižavajućih kazni ili postupanja (CPT – Committee against Torture), osnovan je Evropskom konvencijom za sprečavanje mučenja i nečovječnih ili ponižavajućih kazni ili postupanja VE od 26. 11. 1987, Protokolima 1 i 2 iz 2002. godine; Asocijacija za sprečavanje mučenja (ATP – Association for the Prevention of Torture) predstavlja međunarodnu nevladinu organizaciju sa sjedištem u Ženevi. Asocijacija je prvobitno formirana kao švicarski Komitet protiv mučenja koji je kasnije, 1977. godine, postao globalna Asocijacija za sprečavanje mučenja. Uloga ove asocijacije je višestruka: savjetodavna – pruža pravne savjete, savjete o principima uspostavljanja i funkcioniranja nacionalnih preventivnih mehanizama, zatim edukativna – jer vrši obuku o načinima i metodama posjećivanja mjesta i osoba lišenih slobode; i mnoga druga tijela koja ovom prilikom nismo spomenuli.

[5] Prema Tomaševiću (1994): "Politički nadzor vrše posebna parlamentarna povjerenstva ili slična tijela koja najčešće ukazuju na opće probleme, ali mogu imati ovlasti da izmijene odluke organa nadležnih za izvršenje sankcija." (str. 180)

U velikom broju država administrativni nadzor vrše tijela izvršne vlasti, odnosno ministarstva pravde ili pravosuđa koja provode inspekcijski nadzor preko inspektora, a čija su prava i dužnosti utvrđena propisima o izvršenju krivičnih sankcija ili kazne zatvora. Ovakva vrsta nadzora je prisutna u Bosni i Hercegovini. Parlamentarni nadzor ili nadzor neovisnih tijela koje formira ili imenuje zakonodavna vlast na osnovu nacionalnog propisa, a po obavezi nametnutoj od strane međunarodnih dokumenata, vrše najčešće različite neovisne komisije.[6]

Nacionalna administrativna tijela imaju određena prava intervencije u slučaju povrede odnosno kršenja ljudskih prava osoba lišenih slobode utvrđena propisima te države, prave periodične izvještaje o svojim nalazima i odgovorna su organima koji su ih formirali.

Postojanje i efikasan rad ovih tijela je veoma značajan za zaštitu ljudskih prava svih građana jedne države a posebno osoba lišenih slobode, jer je taj dio populacije "najranjiviji".[7]

Uloga suda u odnosu na kaznu zatvora je veoma značajna i zastupljena. Sudska individualizacija kazne zatvora ostvaruje se u krivičnom postupku i ogleda se kroz odabir kazne zatvora kao sankcije, zatim odmjeravanje i njeno izricanje. Na ovaj način sud učestvuje u određivanju tretmana učinioca krivičnog djela jer krivično zakonodavstvo predviđa više kazni zatvora koje se međusobno razlikuju prema načinu njihovog izvršenja. Tako sud može

---

[6] Države članice određenih međunarodnih tijela i/ili potpisnica određenih međunarodnih dokumenata, imaju obavezu da formiraju nacionalna neovisna tijela u svrhu nadzora zaštite ljudskih prava osoba lišenih slobode. Takvu obavezu postavljaju npr. Evropska zatvorska pravila (2006) – *Dio VI, Inspekcija i praćenje*. U ovom dijelu Preporuke R (2006) 2 Komiteta ministara Vijeća Evrope kojom su usvojena Evropska zatvorska pravila govori se o dvije vrste nadzora i to: vladina inspekcija i neovisno praćenje. U prvom slučaju riječ je o administrativnom nadzoru tijela izvršne vlasti, utvrđenom pravilom 92: "U zatvorima će inspekciju redovno provoditi vladina agencija kako bi ocijenila da li se zatvorima upravlja u skladu s domaćim i međunarodnim pravom, te odredbama ovih pravila." Nezavisno praćenje podrazumijeva praćenje od strane državnih tijela koja nisu u izvršnoj vlasti pa je to najčešće administrativno – parlamentarno praćenje. Tako pravilo 93.1 predviđa: "Uslovi boravka u zatvoru i postupanje sa zatvorenicima će pratiti nezavisni organ ili organi čiji će zaključci biti dostupni javnosti; 93.2 Nezavisno tijelo ili tijela za praćenje će se podsticati na saradnju s onim međunarodnim organizacijama koje imaju zakonsko pravo obilaziti zatvore." Na neki način ovo posljednje tijelo prati i rad vladinih tijela i sl.

[7] O konkretnim tijelima, njihovim nadležnostima i eventualnim rezultatima rada govorit ćemo kasnije kroz komparativnu analizu uloge suda u postupku izvršenja kazne zatvora u pojedinim državama.

izricati kaznu određene vrste, npr. kazna zatvora koja će se izvršavati u ustanovama poluotvorenog ili otvorenog tipa, te na taj način utječe na način postupanja prema zatvoreniku, a samim tim i na odvijanje procesa resocijalizacije. Ovako je uspostavljen most između sudske i penitensijarne individualizacije (Kambovski, 1976, citirano prema Atanacković, 1988, str. 139). Ovaj most je od izuzetnog značaja i kao što smo prethodno naveli, penitensijarna individualizacija "zahtijeva" aktivnu ulogu suda i u procesu izvršenja kazne zatvora. Riječ je dakle o *sudskom nadzoru* izvršenja kazne zatvora.

Sud svoju ulogu može ostvariti na dva načina i to kao: administrativnu, gdje sud svoju ulogu ostvaruje samo u fazi upućivanja osuđenog na izdržavanje kazne i administrativno-sudsku koja se ostvaruje u toku izvršenja kazne u zatvorima, ali i u zajednici u fazi nakon puštanja zatvorenika na slobodu.

Navedeni oblici uloge suda u postupku izvršenja ostvaruju se preko posebnog suda ili sudije za izvršenje kazne zatvora, odnosno sudskog vijeća kao drugostepenog organa.

Administrativna uloga suda i nadležnost u izvršenju kazne zatvora doseže samo do trenutka stupanja osuđenog na izdržavanje kazne, tako da sud vrši funkciju upućivanja osuđenog na izdržavanje kazne. U ovom slučaju postupak izvršenja kazne zatvora je u nadležnosti administrativnih tijela odnosno izvršne vlasti ili ovu funkciju vrše upravna tijela.[8]

Administrativno-sudska uloga suda predstavlja nadležnost suda u postupku izvršenja kazne zatvora koja u određenim slučajevima ne prestaje ni nakon prestanka izvršenja kazne. U fazi izvršenja kazne zatvora sud može da ima meritornu ulogu ili, kako se to u literaturi još naziva, da ostvaruje svoju izvornu nadležnost, jer odlučuje o "sudbini" kazne zatvora, na način da postojeću odluku suda mijenja. Nadzornu ulogu zaštite ljudskih prava zatvorenika sud ostvaruje svojom nadležnošću u rješavanju pitanja narušavanja ljudskih prava zatvorenika unutar ustanove od uposlenika zatvora ili drugih zatvorenika. I dodatna sudska nadležnost u izvršenju kazne zatvora podrazumijeva posebne ingerencije suda u poslovima penitensijarne administracije, a za čiju realizaciju je potrebna intervencija suda po molbama ili zahtjevima pojedinih subjekata. [9]

---

[8] Ovakvu ulogu suda u postupku izvršenja kazne zatvora ima BiH u pogledu izvršenja kazne zatvora za punoljetne učinioce krivičnih djela, a o čemu ćemo govoriti u nastavku rada.

[9] O ovim vrstama nadležnosti će više biti riječi u nastavku pri komparativnoj analizi uloge suca izvršenja u Hrvatskoj.

Za ovaj oblik kažemo da je administrativno-sudski jer tu funkciju ostvaruje sud s jedne, i upravno, odnosno vladino tijelo, s druge strane.

Oba modela učešća suda u postupku izvršenja kazne zatvora danas su zastupljena u svijetu.

3. Historijski razvoj i oblici uloge suda u postupku izvršenja kazne lišenja slobode

Prije nego što se posvetimo detaljnijoj raspravi o segmentima izvršenja kazne zatvora, u ovom dijelu kratko ćemo se osvrnuti na ideju i "put" proširenja nadležnosti suda i na fazu izvršenja kazne lišenja slobode.

Historijski posmatrano, preobrazbom svrhe kažnjavanja s odmazde i ispaštanja na resocijalizaciju učinioca krivičnog djela ukazala se potreba i za "fleksibilnijom" individualizacijom kazne zatvora koja se, s obzirom na konkretne okolnosti, vremenom može i mijenjati, a sve u cilju resocijalizacije konkretnog zatvorenika. "To jednostavnije rečeno znači da ovakva individualizacija zahtijeva eventualne izmjene tokom izvršenja bilo u vrsti sankcije bilo u načinu njenog izvršenja. Takve promjene moraju se temeljiti na odlukama nadležnih organa, što, logički dovodi do izražene potrebe *nadzora nad izvršenjem* kako bi se osigurala zakonitost djelovanja" (Tomašević, 1994, str. 179). Tako još i u učenju pozitivističke škole nalazimo mišljenja kako se jurisdikcija suda ne završava izricanjem kazne zatvora, a ideju nastavlja i pokret nove društvene odbrane čiji su prijedlozi utjecali na nastanak instituta sudije izvršenja u francuskom izvršnom pravu.[10]

Proširenje jurisdikcije i na postupak izvršenja kazne zatvora praktično je započelo još prije 100 godina. Naime, Italija je Zakonom o krivičnom postupku iz 1913. godine među prvim državama koja je nadležnost suda proširila i u fazu izvršenja kazne zatvora, a institut sudije za nadzor (*giudice di sorveglianza*) uvela zakonima iz 1930. i 1931. godine. Pored Italije, ovaj institut sudskog nadzora izvršenja kazne zatvora među prvima su uvele još i Francuska, Portugal, Brazil i Poljska (Tomašević, Carić & Pleić, 2012, str. 121).

Autoritet suda neizostavan je segment u borbi protiv kriminaliteta koja se nastavlja i u toku izvršenja krivičnih sankcija, a naročito kazne zatvora da-

[10] O razlozima, proceduri i načinu uvođenja ovog instituta u francusko krivično zakonodavstvo, koje je među prvima konkretiziralo ovu ideju kroz svoje zakonodavstvo, govorit ćemo više u dijelu koji govori o ulozi i značaju sudije izvršenja u Francuskoj.

nas. Kako zbog spomenute individualizacije kazne tako i u cilju zaštite ljudskih prava osoba lišenih slobode (pritvorenika i zatvorenika), značaj sudskog autoriteta je sve važniji i veći.

U nastavku predstavit ćemo dva "modela" uloge suda u postupku izvršenja kazne zatvora, Hrvatske i Francuske, a na kraju ćemo prikazati ulogu suda u postupku izvršenja kazne zatvora u BiH.

4. Uloga suda u postupku izvršenja kazne zatvora u Hrvatskoj

S obzirom na postavljene kriterije Hrvatska je zemlja koja ima administrativno-sudski oblik učešća suda u postupku izvršenja kazne zatvora. Naime, reformom krivičnog zakonodavstva i donošenjem Zakona o izvršenju kazne zatvora 1999. godine[11] hrvatski pravni sistem je uspostavio administrativno-sudski sistem izvršenja krivičnih sankcija, koji podrazumijeva podjelu nadležnosti između organa uprave, koji su dotada imali isključivu nadležnost u izvršenju krivičnih sankcija, i suda uvođenjem instituta suca izvršenja. Tome je prethodila izmjena Zakona o krivičnom postupku 1998. godine kojom je proširena stvarna nadležnost županijskih sudova u postupak izvršenja kazne zatvora. Kasnijim izmjenama i dopunama Zakona o izvršenju kazne zatvora ovlaštenja suca izvršenja su znatno promijenjena i u određenoj mjeri smanjena. Izmjena iz 2009. godine odnosila se na usklađivanje izvršnog krivičnog prava Hrvatske s "pravnom stečevinom Evropske unije, te predstavlja pozitivan pomak u jačanju sudske zaštite prava zatvorenika" (Tomašević et al. 2012, str. 128). Značajne izmjene u januaru 2013. godine u većoj mjeri su se odnosile na proširenje nadležnosti suca izvršenja u izvršenju kazne zatvora.[12]

4.1. Sudac izvršenja

Kao što smo i naveli, uvođenjem instituta suca izvršenja u hrvatsko krivično zakonodavstvo osiguran je veći nivo zaštite prava zatvorenika u toku izvršenja kazne zatvora. Ustanovljen je u županijskom sudu za područje njegove mjesne nadležnosti. Ukoliko je kaznionica ili zatvor iz njegove mjesne

[11] Zakon o izvršenju kazne zatvora (ZIKZ), "Narodne novine", 128/99, 55/00, 129/00, 59/01, 67/01, 11/02, 190/03, 76/07, 27/08, 83/09, 18/11, 48/11, 56/13.

[12] Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o izvršavanju kazne zatvora, "Narodne novine", 56/13.

nadležnosti veći, što zahtijeva i veći obim poslova, ZIKZ ostavlja mogućnost uspostave i centra za izvršenje kojeg čine dvojica ili više sudaca.

Iako je bilo promjena u pogledu njegove nadležnosti, nivo zaštite zagarantiranih prava je ostao isti. Sudac izvršenja štiti prava zatvorenika, nadzire zakonitost u postupku izvršavanja kazne zatvora, te osigurava ravnopravnost i jednakost zatvorenika pred zakonom. U tom smislu govorimo o prvostepenoj i drugostepenoj nadležnosti suca izvršenja.[13] Za prvostepenu nadležnost suca izvršenja kažemo da je ona njegova izvorna djelatnost jer u najvećoj mjeri obuhvata poslove kojima se postojeća sudska odluka meritorno mijenja odnosno njeno izvršenje se odgađa ili prekida.[14]

U drugom stepenu sudac izvršenja može ukinuti, preinačiti ili potvrditi odluku upravnika. Isto tako u drugostepenoj nadležnosti suca izvršenja je i pokretanje postupka prema odredbama Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama u slučaju kada zatvorenik duševno oboli u toku izdržavanja kazne zatvora ili pokazuje teške duševne poremećaje.

Pored izvorne govorimo i o njegovoj nadzornoj djelatnosti koja se ostvaruje i u prvostepenim i u drugostepenim nadležnostima. "U prvom se stupnju ostvaruje kroz suca izvršenja povodom zahtjeva zatvorenika za sudskom zaštitom prava od postupaka državnih službenika i namještenika kaznionice, odnosno zatvora, koji ne rezultiraju formalnim odlukama, a u drugom stupnju odlučivanjem o žalbama zatvorenika na odluke upravitelja." (Tomašević et. al. 2012, str. 124)

Kao treća "grupa" nadležnosti suca izvršenja su poslovi koji uobičajeno spadaju u poslove penalne administracije, ali je u hrvatskom izvršnom pravu predviđena kao dodatna nadležnost u koju spadaju: određivanje mjere usamljenja te vođenje disciplinskog postupka u slučajevima kada je učinjen disciplinski prijestup protiv upravnika zatvora. Ove nadležnosti su veoma

[13] Član 3. Zakona o izmjenama i dopunama ZIKZ-a.

[14] U prvom stepenu sudac izvršenja: upućuje na izdržavanje kazne zatvora, odlučuje o žalbi protiv odluke uprave u slučajevima predviđenim ZIKZ-om, odobrava i opoziva prekid izdržavanja kazne zatvora, odobrava uslovni otpust i opoziva odluku o uslovnom otpustu prije otpuštanja na uslovni otpust, saziva i rukovodi sjednicom vijeća za uslovne otpuste, čiji je predsjednik, donosi odluke o opozivu s uslovnog otpusta, odlučuje o računanju kazne, ako odgovarajuću odluku nije donio nadležni sud, obustavi izvršavanja kazne zatvora zbog zastare, smrti osuđenika ili zatvorenika i izdržane kazne zatvora boravkom u pritvoru ili istražnom zatvoru, ako odgovarajuću odluku nije donio nadležni sud; ostalim slučajevima propisanim ZIKZ-om. Više: Tomašević (1994); Tomašević et. al. (2012).

značajne i posebno utječu na uspješnost ostvarivanja svrhe kazne zatvora odnosno resocijalizaciju zatvorenika.

4.1.1. Izvorna nadležnost suca izvršenja

U izvornu nadležnost suca izvršenja spada odlučivanje o: upućivanju na izdržavanje kazne zatvora, odgodi izvršenja kazne zatvora, prekidu i opozivu prekida izvršenja, odobravanju i opozivu uslovnog otpusta, odluke o računanju kazne, odluke o obustavi izvršenja zbog zastare, smrti ili izdržane kazne zatvora ili upućivanja u psihijatrijsku ustanovu (Tomašević, et. al. 2012).[15]

Postupak upućivanja na izdržavanje kazne zatvora pokreće sudac izvršenja donošenjem rješenja o upućivanju osuđenog na izdržavanje kazne zatvora. Ovu odluku donosi u roku od osam dana od dana prijema pravosnažne sudske presude kojom je osuđeni proglašen krivim te pribavljanja socijalne ankete, nalaza vještaka, izvoda iz kaznene evidencije, a po potrebi i drugih podataka značajnih za određenje načina izvršavanja kazne. Navedeno rješenje uručuje osuđenom uz sredstva za troškove javnog prijevoza do kaznionice, odnosno zatvora u koji se osuđeni upućuje. Pored osuđenog, rješenje sa svom navedenom propratnom dokumentacijom (presudom, socijalnom anketom i sl.) dostavlja i upravi zatvora odnosno kaznionice. Također sudac izvršenja upoznaje osuđenika s njegovim pravom, razlozima i načinu odgode izvršenja kazne zatvora. Tako osuđeni ima pravo da u roku tri dana od dana prijema navedenog rješenja podnese molbu sucu izvršenja za odgodu izvršenja kazne zatvora. Izuzetno molbu za odgodu izvršenja kazne osuđeni može podnijeti i kasnije, ako su razlozi za odgodu naknadno nastupili, ali samo opet u roku tri dana od dana saznanja za nastale razloge. Sveukupno osuđeni može tražiti odgodu izvršenja kazne zatvora do 12 mjeseci, obnavljajući molbu svaki put kada i ako se pojavi predviđeni razlog.[16] O molbi sudac odlučuje u roku od tri dana, a na njegovo rješenje o odbijanju molbe osuđeni ima pravo na žalbu sudskom vijeću u roku od tri dana od prijema rješenja. ZIKZ taksativno navodi razloge i vrijeme odgode izdržavanja kazne zatvora.[17]

---

[15] Napominjemo da je popis izvornih nadležnosti suca izvršenja usklađen s posljednjim izmjenama i dopunama ZIKZ-a.

[16] Ovaj rok ne vrijedi u slučaju kada je razlog za odgodu teška akutna bolest ili znatno pogoršanje hronične bolesti za čije liječenje nema uslova u zatvoru ili kaznionici.

[17] Teška akutna bolest ili znatno pogoršanje postojeće hronične bolesti za čije liječenje nema uslova u kaznionici ili zatvoru, smrt člana porodice osuđenog, potreba obavljanja ili dovršenja neodgodivih sezonskih radova te radova izazvanih elementarnom nepogodom ili drugom nesrećom, a u porodici osuđenog nema druge radno sposobne osobe, obaveza osuđenika u dovršavanju započetog posla

U nadležnosti suca izvršenja je i praćenje da li osuđeni koristi odgodu iz razloga zbog kojih je odobrena te donošenje rješenja o opozivu odgode.

U rješenju o upućivanju na izdržavanje kazne zatvora određuje dan javljanja u zatvor odnosno kaznionicu. Ako se ne javi na izdržavanje kazne u navedenom terminu, sudac izvršenja će izdati nalog za dovođenje nadležnoj policijskoj upravi. Početkom izvršenja kazne zatvora smatra se dan kada se osuđeni javio na izdržavanje kazne.

Prekid i opoziv prekida izvršenja kazne je također jedna od izvornih prvostepenih nadležnosti suca izvršenja. Prekid izvršenja kazne zatvora je privremeno otpuštanje zatvorenika iz kaznionice, odnosno zatvora, za koje vrijeme izvršavanje kazne zatvora ne teče. Rješenje o prekidu donosi sudac izvršenja nakon što se uvjeri da postoje utvrđeni razlozi za prekid.[18]

Prekid se može odobriti na molbu zatvorenika ili člana njegove porodice uz njegovu saglasnost, ili na prijedlog upravitelja, odnosno na prijedlog direktora Uprave za zatvorski sistem.[19]

---

zbog čijeg bi neobavljanja nastala znatna materijalna šteta, završetak školske godine ili polaganja ispita, dijete mlađe od godinu dana o kojem osuđenik brine, trudnoća osuđenice ako do poroda ne preostaje više od šest mjeseci, rizična trudnoća osuđenice, potreba osiguranja brige za odgoj i čuvanje maloljetnih osoba, te starih, bolesnih ili nemoćnih osoba u porodici osuđenika ili uzdržavanih osoba za koje postoji potreba brige prema mišljenju centra za socijalni rad nadležnog prema njihovu mjestu prebivališta, a koju je obavezan osigurati osuđenik, odgoda vojnim obveznicima je moguća kada je osuđenik pozvan na služenje vojnog roka ili na vojnu vježbu prije služenja vojnog roka ili vojne vježbe (ZIKZ, član 154).

[18] Kao i kod razloga za odgodu početka izvršenja kazne zatvora, ZIKZ taksativno navodi i razloge za prekid izdržavanja kazne. Tako u grupu razloga za prekid izvršenja kazne spadaju sljedeći razlozi: ako zatvorenik oboli od teže akutne bolesti ili mu se hronična bolest pogorša, a nema uslova za liječenje u kaznionici, odnosno zatvoru, zbog smrtnog slučaja, teške bolesti ili obveze izbivanja člana porodice zatvorenika, čime on postaje jedini obavezni izdržavatelj djece, bračnog ili vanbračnog druga, roditelja ili usvojitelja ili usvojenika koji nemaju vlastitih sredstava za život i nisu radno sposobni, te im je potrebno osigurati trajniju brigu, radi obavljanja ili dovršetka neodgodivih sezonskih radova ili radova izazvanih elementarnom nepogodom ili kakvim drugim nepredvidivim događajem, a u porodici zatvorenika nema druge radnosposobne osobe, u slučaju ratnog stanja ili neposredne ugroženosti neovisnosti i jedinstvenosti Hrvatske (ZIKZ, član 155).

[19] Prekid može trajati od 30 do 90 dana u 12 mjeseci, a radi liječenja najduže 12 mjeseci. Za vrijeme trajanja prekida osuđenik se mora javljati svakih sedam dana policijskoj upravi, odnosno policijskoj stanici prema mjestu prebivališta, osim u slučaju bolničkog liječenja. Oni su obavezni obavijestiti suca izvršenja u slučaju nejavljanja osuđenika. Sudac izvršenja rješenjem će opozvati prekid ako su prestali razlozi zbog kojih je prekid odobren ili ako osuđenik čini kažnjive radnje.

Kao što smo i naveli, u izvorne nadležnosti suca izvršenja spadaju i donošenje odluka o računanju kazne, ako odgovarajuću odluku nije donio nadležni sud, nastupu zastare izvršavanja kazne ili obustavi izvršavanja kazne zbog smrti zatvorenika, ako odgovarajuću odluku nije donio nadležni sud.[20]

Odobrenje i opoziv uslovnog otpusta su veoma značajne izvorne nadležnosti suca izvršenja. Uzimajući u obzir činjenicu da je, u penološkom smislu, uslovni otpust veoma značajan institut naročito za uspjeh resocijalizacije zatvorenika, posvetit ćemo mu i posebnu pažnju.[21]

U Hrvatskoj su izmjenama i dopunama ZIKZ-a učinjene važne intervencije u pogledu nadležnosti za određivanje uslovnog otpusta, te načini i mjere za praćenje u toku njegovog trajanja. Uslovni otpust je otpuštanje zatvorenika s izdržavanja kazne zatvora prije njenog isteka, s tim da se za trajanja neizdržanog ostatka kazne nad njim može odrediti nadzor, a može ga se obavezati i na nastavak mjera propisanih programom izvršavanja. Uslovni otpust se odobrava na osnovu prijedloga za uslovni otpust ili po službenoj dužnosti suca izvršenja. O prijedlogu za uslovni otpust odlučuje županijski sud na čijem području se nalazi zatvor ili kaznionica. Sud o uslovnom otpustu odlučuje na sjednici vijeća sastavljenoj od trojice sudija, kojim predsjedava i rukovodi sudac izvršenja tog suda. Postupak uslovnog otpusta pokreće se prijedlogom kojeg mogu podnijeti zatvorenik, njegov opunomoćenik, državni odvjetnik te članovi njegove porodice kako je to predviđeno ZIKZ-om.[22]

Pored ove nadležnosti suca izvršenja kao člana i predsjednika sudskog vijeća koji odlučuje o uslovnom otpustu, sudac izvršenja može i sam odlučiti o prijedlogu za uslovno puštanje zatvorenika ako je preostali dio neizdržane kazne zatvora do tri mjeseca. Ovdje govorimo o pokretanju postupka za odobravanje uslovnog otpusta po službenoj dužnosti. Prijedlog za uslovni otpust s izvještajem o toku izdržavanja kazne s mišljenjem, upravnik zatvora ili kaznionice u kojoj zatvorenik izdržava kaznu dostavit će sucu izvršenja mjesec dana prije izdržane tri četvrtine kazne na koju je zatvorenik osuđen. Ako je, po prijemu u zatvor ili kaznionicu radi izdržavanja kazne, preostali

[20] Detaljnom analizom izvorne nadležnosti suca izvršenja, ovom prilikom, nećemo se baviti.

[21] Značaj uslovnog otpusta u uspjehu resocijalizacije zatvorenika proizlazi iz spoznaje zatvorenika da mu se daje mogućnost ranijeg puštanja na slobodu pod određenim uslovima. Pored formalnih uslova, veoma značajno mjesto zauzima uspjeh njegove resocijalizacije koji treba da bude zadovoljavajući. Ovo se cijeni iz izvještaja o provedbi individualnog programa izvršenja kazne zatvora što zatvorenika stimulira na maksimalni angažman u svom procesu resocijalizacije.

[22] ZIKZ, član 8. tačka 4.

dio kazne kraći od jedne četvrtine, prijedlog za uslovni otpust bit će podnesen odmah.

Nakon što zaprimi prijedlog, sudac izvršenja će, prije održavanja sjednice vijeća za uslovni otpust, pribaviti izvještaj s mišljenjem zatvora ili kaznionice u kojem zatvorenik izdržava kaznu, izvještaj probacijskog ureda, a po potrebi i mišljenje centra za socijalni rad.

Ako je prijedlog podnio državni odvjetnik, onda se on obavještava o sjednici vijeća za uslovni otpust. Uz obavijest državnom odvjetniku dostavit će se i prijedlog zatvorenika. Na sjednicu se poziva zatvorenik. Prisutnost zatvorenika na sjednici vijeća može biti osigurana i putem zatvorenog tehničkog uređaja za vezu na daljinu (audio-video konferencija). Kada vijeće ocijeni da je to potrebno, na sjednicu će pozvati nadležnog službenika zatvora ili kaznionice u kojoj zatvorenik izdržava kaznu, nadležnog službenika probacijskog ureda, a po potrebi i druge osobe.

Naravno, prije zakazivanja sjednice vijeća za uslovni otpust, a po prijemu prijedloga, sudac izvršenja cijeni da li je prijedlog blagovremen i dopušten. U tom smislu on cijeni: da li je prijedlog podnijela neovlaštena osoba, da li je prijedlog podnesen prije isteka predviđenog roka, da li je predlagatelj odustao od podnesenog prijedloga, da li je zatvorenik povukao pristanak, da li osuđeni ima više kazni koje nisu objedinjene. [23]

Tok sjednice vijeća čini niz radnji koje počinju izvještavanjem predsjednika vijeća, suca izvršenja, o sadržaju pribavljene dokumentacije, nakon čega se saslušava i zatvorenik. Na osnovu iznesenih informacija vijeće donosi odluku o prijedlogu za uslovni otpust.

Odluka o uslovnom otpustu može biti dvojaka. Sud može prihvatiti prijedlog i donijeti rješenje o uslovnom otpustu. U tom rješenju sud može, uz pisani pristanak zatvorenika, odrediti provođenje elektronskog nadzora za vrijeme njegovog trajanja. Ministar nadležan za poslove pravosuđa propisat će pravilnikom vrstu, tehničke standarde i način provođenja elektronskog nadzora. Rješenjem o uslovnom otpustu se, pored odluke o uslovnom puštanju, zatvorenik može obavezati na nastavak provođenja mjere utvrđene pojedinačnim programom izvršenja na slobodi. Spomenute mjere mogu biti: osposobljavanje za određeno zanimanje ili nastavak započetog, prihvaćanje ponuđenog zaposlenja, nadzirano raspolaganje prihodima, nastavak liječenja, neposjećivanje određenih mjesta, javljanje centru za socijalni rad, javljanje sucu izvršenja, javljanje policijskoj upravi, odnosno policijskoj stanici.

[23] Zakon o izmjenama i dopunama ZIKZ-a, član 158 b.

Ove mjere može izreći i sudac izvršenja naknadno tokom trajanja uslovnog otpusta, uz ispunjenje određenih uslova (Babić & Josipović, 2012, str. 86). Izvršavanje i nadzor navedenih posebnih obaveza i zaštitnog nadzora, priprema za prihvat poslije uslovnog otpusta te sam nadzor uslovno otpuštenog osuđenika provodi se u skladu s posebnim zakonom.

Sud će rješenjem odbiti prijedlog za uslovni otpust podnesen po službenoj dužnosti ako: zatvorenik ne pristane na uslovni otpust, s obzirom na pribavljena mišljenja sud ocijeni da bi za postizanje svrhe kažnjavanja bilo nužno nastaviti s izdržavanjem kazne; ako je zatvorenik disciplinski kažnjavan za teži prijestup u posljednjih godinu dana; ako je protiv zatvorenika u toku krivični postupak, izrečena sigurnosna mjera nije postigla svrhu zbog koje je izrečena, zatvorenik treba izdržati više kazni zatvora i postoje drugi razlozi koje sud ocijeni opravdanim.

Kako smo i prije naveli, zatvorenik ima pravo da odluku prvostepenog organa preispita drugi viši organ, odnosno ima pravo na pravni lijek. Naravno, isto pravo ima i državni odvjetnik.

Provjeravanje uslovno otpuštenog osuđenika vrši sudac izvršenja preko određenih službi. Tako sudac izvršenja nadležan prema mjestu u koje je osuđenik uslovno otpušten pribavlja obavijesti od probacijskog ureda i centra za socijalni rad te samog osuđenika o izvršavanju posebnih obaveza odnosno zaštitnog nadzora određenih rješenjem o uslovnom otpustu i osuđenikovoj integraciji u zajednicu.

Uslovni otpust rješenjem može opozvati sudac izvršenja ako osuđeni bude pravosnažno proglašen krivim za učinjeni prekršaj za koji mu je izrečena kazna zatvora te iz drugih razloga propisanih u krivičnom zakonodavstvu Hrvatske.[24] O žalbi na rješenje o opozivu uslovnog otpusta odlučuje vanraspravno vijeće suda nadležnog prema mjestu prebivališta, odnosno boravišta osuđenika. Žalba ne odgađa izvršenje rješenja. Osuđenik kojem je uslovni otpust opozvan, upućuje se na izdržavanje cijelog uslovljenog dijela kazne u zatvor prema mjestu njegovog prebivališta, odnosno boravišta.

[24] Tako protiv rješenja vijeća, kojim je odlučeno da zatvorenik bude uslovno pušten, žalbu može podnijeti državni odvjetnik koji je mjesno nadležan postupati pred sudom koji je donio odluku. S druge strane protiv rješenja kojim je prijedlog za uvjetni otpust odbijen, žalbu mogu podnijeti i zatvorenik i državni odvjetnik koji je podnio prijedlog za uslovni otpust. Žalba se podnosi sudu koji je donio rješenje u roku od tri dana od dana dostave rješenja, a o njoj odlučuje viši sud. Član 61. stav 3. Kaznenog zakona RH, "Narodne novine", 125/11, 144/12, 56/15 (KZ RH).

4.1.2. Nadzorna nadležnost suca izvršenja – sudska zaštita prava zatvorenika

Jedna od navedenih nadležnosti suca izvršenja je i sudska zaštita prava zatvorenika. Naime, svaki sistem u kojem su određene osobe lišene slobode u zatvorenim uslovima, sa sobom nosi rizik kršenja njihovih zagarantiranih ljudskih prava. U hrvatskom pravnom sistemu o toj zaštiti prava zatvorenika brine, između ostalih, i sudac izvršenja. Njegova uloga "zaštitnika" ogleda se kroz njegove odluke o žalbama i pritužbama zatvorenika na rad i postupanje državnih službenika i namještenika kaznionice, odnosno zatvora. Pored toga, sudac izvršenja ima obavezu najmanje jednom godišnje obilaziti zatvorenike i informirati ih o njihovim pravima zagarantiranim ZIKZ-om. Ova zaštita ogleda se kroz njegovu prvostepenu, ali i drugostepenu nadležnost.

Kao i svaki i ovaj postupak podrazumijeva primjenu općih principa krivičnog postupka, kao i svih drugih pravila ukoliko posebnim zakonom, ZIKZ-om, nije drugačije određeno. Postupak pred sucem izvršenja se pokreće prijedlogom stranaka, po službenoj dužnosti suca izvršenja i žalbom na prvostepenu odluku. Postupak pred sucem izvršenja i vijećem koje odlučuje o uslovnom otpustu provodi se na osnovu odredbi ZKP-a RH koje vrijede za skraćeni postupak, ako ZIKZ-om nije drukčije propisano. Stranke u postupku su osuđeni, odnosno zatvorenik, kaznionica odnosno zatvor te državni odvjetnik, kad je to propisano ZIKZ-om.[25]

Pokretanje postupka po službenoj dužnosti suca izvršenja predviđeno je u slučaju kada na bilo koji način sazna za nezakonito postupanje ili odluku penalne administracije.[26] Sudac izvršenja postupa na način kojim se, prema temeljnim načelima, garantira djelotvorna zaštita zatvorenikovih prava i interesa. Tokom postupka sudac izvršenja će omogućiti strankama da se očituju o činjenicama i o navodima suprotne stranke, te da predlože utvr-

[25] Prije izmjene ZIKZ-a 2013. godine kao stranke u postupku, iako se zatvorenik izričito nazivao strankom, nisu bile izričito navedene i druge osobe koje bi podrazumijevale "drugu stranu". Tim povodom upućivane su određene kritike i sugestije za dopunom i preciziranjem odredbe ZIKZ-a ko su sve stranke u konkretnom postupku. Tako su pojedini autori naglašavali potrebu za stvaranjem uslova i doslovnu primjenu načela kontradiktornosti, sugerirajući kako "potrebno je već u prvom stupnju uvesti drugu, suprotstavljenu stranu u postupak. Strane bi tako u prvom stupnju trebale biti zatvorenik i državni odvjetnik, odnosno penalna administracija, ovisno o kojem se postupku, tj. fazi izvršenja radi" (Tomašević et al., 2012, str. 136).

[26] Treba napomenuti da je u ZIKS-u ova nadležnost suda, postupanje po službenoj dužnosti, data članom 44 koji općenito određuje mogućnosti pokretanja postupka. Više: Tomašević et al. (2012, str. 137).

đivanje novih činjenica i pribavljanje novih dokaza. Tokom postupka zatvorenik ima pravo na stručnu pravnu pomoć odnosno pravo na branioca. Pod uslovima predviđenim u propisima koji uređuju pravo na odbranu zatvorenik ima pravo i na branioca po službenoj dužnosti, ako su ispunjeni svi predviđeni uslovi. Sudac izvršenja u postupku može pregledati sve službene dokumente koji se odnose na zatvorenika, posjetiti prostorije kaznionice, odnosno zatvora, te činjenice utvrđivati i na drugi način. ZIKZ predviđa da sudac izvršenja može održati ročište u odgovarajućim prostorijama kaznionice ili zatvora. [27]

Zatvorenik može podnijeti žalbu sucu izvršenja protiv odluke upravnika u roku od osam dana od dana dostave odluke. U hitnim slučajevima upravnik će o svojoj odluci odmah obavijestiti zatvorenika, koji žalbu protiv odluke može podnijeti i izjavom u zapisnik. Sudac izvršenja će o žalbi odlučiti najkasnije u roku od tri dana od primitka žalbe. Zatvorenik se ne može odreći prava na žalbu. Protiv rješenja suca izvršenja u prvom stupnju žalbu mogu podnijeti stranke, opunomoćenik osuđenog, odnosno zatvorenika i član njegove porodice uz saglasnost osuđenika odnosno zatvorenika, kada su pokrenuli postupak u kojem je donesena odluka koja se pobija žalbom, u roku od tri dana od dostave rješenja.

Drugostepena nadležnost suca izvršenja ogleda se kroz odlučivanje sudskog vijeća županijskog suda. Žalba se podnosi sucu izvršenja, koji će je bez odgode dostaviti sudskom vijeću županijskog suda. Sudsko će vijeće o žalbi odlučiti u roku od osam dana od prijema žalbe.

4.1.3. Dodatna nadležnost suca izvršenja

Sudac izvršenja ima određene nadležnosti koje se tiču odlučivanja o pravima i dužnostima zatvorenika u slučaju disciplinske odgovornosti zatvorenika. Ta nadležnost ostvaruje se u dva slučaja i to prilikom određivanja mjere usamljenja te vođenja disciplinskog postupka u slučajevima kada je izvršen disciplinski prijestup protiv upravnika zatvora.[28] Inače disciplinski postupak, kako za lakše tako i za teže povrede discipline, vodi i odluku donosi upravnik kaznionice ili zatvora, po prijedlogu načelnika organizacione jedinice. Ove dodatne nadležnosti suca izvršenja pokazuju visok stepen zaštite zagarantiranih prava zatvorenika u zatvorenim uslovima kao što su to zatvori i kaznionice. Očigledna je namjera zakonodavca da zaštiti zatvoreni-

[27] ZIKZ, član 44.
[28] ZIKZ, član 148. st. 2.

ka od svake mogućnosti kršenja njegovih prava prilikom izricanja i izvršenja najtežih disciplinskih mjera.

O bilo kojoj nadležnosti suca izvršenja da je riječ ona je značajna i višestruko efikasna za proces izvršenja kazne zatvora. Sama činjenica da sudac izvršenja ima uvid u proces izvršenja i mogućnost niza intervencija daje jednu sigurnost zaštite prava svih subjekata u ovom procesu i pruža veće garancije za uspjeh ostvarivanja svrhe kazne zatvora.

5. Uloga sudije izvršenja u zatvorskom sistemu Francuske

Karakterističan primjer postepenosti, ali i dosljednosti u uvođenju sudskog nadzora nad izvršenjem kazne zatvora je Francuska. Naime, Francuska ima administrativno-sudski sistem izvršenja kazne zatvora, što znači da je, kako smo već rekli, zatvorski sistem Francuske pod upravom Ministarstva pravde, ali nadzor izvršenja kazne zatvora vrši sud.

Institucija sudije za nadzor izvršenja kazne u krivično zakonodavstvo Francuske uvedena je 1958. izmjenama Zakona o krivičnom postupku Francuske.[29] Njegova početna uloga bila je sistem nadzora pojedinih kategorija osuđenih osoba preko probacijskih službi. Vremenom su se nadležnosti proširivale, pa tako se "u nadležnost suca izvršenja stavlja odluka o izdržavanju zatvorske kazne u tzv. režimu poluslobode (*la semiliberte*) u kojem osuđena osoba boravi u zatvoru ali redovito odlazi na posao" (Tomašević, 1994, str. 181). Nakon toga njegova se nadležnost proširuje i na komisiju za klasifikaciju zatvorenika unutar zatvora gdje on dobija mjesto predsjednika. Od 1972. godine dobija mogućnost izricanja i nekih disciplinskih mjera te skraćivanja najblažih kazni zatvora (Tomašević, 1994). Tako je oblast nadzora izvršenja kazne zatvora veoma dugo bila u podijeljenoj nadležnosti između izvršne i sudske vlasti, da bi izmjenama od 2001. postala isključiva nadležnost suda (Assocation Française de Droit Pénal, 2007). Danas je regulirana ZKP-om Francuske od 9. marta 2004. uspostavljanjem posebnog dijela u zakonu, "procedure izvršenja", V dio ZKP-a.[30] Navedenim izmjenama zakona

[29] Ovom prilikom treba napomenuti da je ova problematika uređena zakonom o krivičnom postupku (*Code de procédure pénale* – ZKP), o čemu će u nastavku biti puno više riječi.

[30] ZKP je stupio na snagu 1. januara 2005. Norme koje se odnose na sudske nadležnosti pri izvršenju kazne zatvora su članovi od 712-1 do 712-3: Uspostavljanje i struktura; članovi od 712-4 do 712-10: Nadležnost i procedura pred prvostepenim instancama; članovi od 712-11 do 712-15: Procedura po žalbi; članovi od 712-16 do 22: Zajednički dispozitiv.

uspostavljen je i Sud za nadziranje izvršenja kazne, kao poseban odjel pri prizivnom sudu (Gaston, Levasseur & Bouloc, 2014, str. 20).

Tako, sistem nadzora izvršenja kazni u Francuskoj čine sljedeća tijela:

1. Sud za nadzor izvršenja kazni (*Tribunal de l'application des peines)*
2. Sudija za nadzor izvršenja kazni *(Juge d'application des peines – JAP)*
3. Vijeće za nadzor izvršenja kazni *(Chambre d'application des peines – CHAP)*
4. Komisija za nadzor izvršenja kazni (*Commission de l'application des peines – CAP)*

5.1. Tijela za nadzor izvršenja kazni

Sud za nadzor izvršenja kazni i sudija za nadzor izvršenja kazni. Sudija za nadzor izvršenja kazni je specijalni sudija regionalnog suda. U svakom regionalnom sudu, jedan ili više sudskih službenika su zaduženi za funkcije sudije za nadzor izvršenja kazni.[31] Ove sudije imaju ekskluzivnu nadležnost po pitanju statusa osoba kojima je izrečena kazna zatvora. U području svakog apelacionog suda uspostavljen je jedan ili više sudova za nadziranje izvršenja kazni čija mjesna nadležnost odgovara mjesnoj nadležnosti jednog ili više regionalnih sudova tog područja. Ovaj sud čine predsjednik i dva pomoćnika (Gaston et al., 2014, str. 9).[32] Sudija za nadzor izvršenja kazne je specijalizirani sudija, imenuje se i razrješava dekretom nakon mišljenja Visokog sudskog vijeća (*Conseil superieur de la magistrature*).[33] Njemu u radu pomažu zapisničar i administrativna služba. Mjesna nadležnost sudije za nadzor izvršenja kazne obuhvata sve zatvorske ustanove koje se nalaze na teritoriji mjesne nadležnosti suda za nadzor izvršenja kazni.

Vijeće za nadzor izvršenja kazne. Ovo je drugostepeni organ i formira se pri apelacionim sudovima u Francuskoj. Tako pri većini apelacionih sudova postoji vijeće za nadzor izvršenja kazni, kojeg čine trojica sudija kojima pomažu dvije odgovorne osobe, jedna iz udruženja za pomoć žrtvama i druga osoba iz udruženja za resocijalizaciju.

[31] ZKP, član 712-2. Isto tako, ako je jedan sudija za nadziranje izvršenja kazni privremeno spriječen da izvršava svoje funkcije, predsjednik regionalnog suda određuje drugog sudskog službenika da ga zamijeni.
[32] ZKP, član 712-3.
[33] ZKP, član 712-2.

Komisija za nadzor izvršenja kazni. U svakom zatvoru postoji po jedna komisija za nadzor izvršenja kazni. Komisiju za nadzor izvršenja kazni čine sudija za nadzor izvršenja kazni, nadležni tužilac, šef zatvorske ustanove, kao i predstavnici socijalne službe i zatvorskog osoblja. Sudija za nadzor izvršenja kazni također može pozvati kao člana komisije bilo koju osobu koja ima određenu funkciju u zatvorskoj ustanovi ukoliko njeno prisustvo može doprinijeti boljem radu ovog tijela. Nadležnosti komisije odnose se na njeno učešće pri donošenju odluka u vezi sa smanjenjem kazne, dozvole izlaska van zatvorskih ustanova, kao vid vanjskih pogodnosti zatvorenika i dozvole izlaska pod pratnjom. Također, njeno mišljenje traže i sud i sudija za nadzor izvršenja kazni pri donošenju odluke o uslovnom otpustu.[34]

Kažemo da je njena uloga da učestvuje u donošenju određenih odluka drugih tijela za nadzor izvršenja kazne, ali njeno mišljenje nije obavezujuće za njih. Zatvorenik može u principu tražiti saslušanje pred komisijom u pogledu svojih zahtjeva iz njene nadležnosti, ali bez prisustva njegovog advokata. Svaki član komisije je slobodan dati svoje mišljenje, ali je dužan da ga čuva kao poslovnu tajnu.

5.2. Nadležnosti i postupanje sudije i suda za nadzor izvršenja kazni

Prema ZKP-u: "Sudija za nadzor izvršenja kazni i Sud za nadzor izvršenja kazni su prvostepene instance koje su nadležne pod uslovima predviđenim zakonom da (urede) uspostave osnovne modalitete izvršenja kazne zatvora ili određenih kazni ograničavanja slobode, usmjeravajući i kontrolišući uslove njihovog izvršenja."[35] Drugostepeni organ je Vijeće za nadziranje izvršenja kazni apelacionog suda.

Tako možemo reći da sudski nadzor izvršenja kazni čine Sud za nadzor izvršenja kazni i sudija za nadzor izvršenja kazni kao prvostepeni organi, čija je nadležnost:

1. da uspostave osnovne modalitete izvršenja kazne zatvora ili
2. da uspostave osnovne modalitete izvršenja određenih kazni ograničenja slobode

[34] Međutim, ova komisija je ranije imala više nadležnosti. Pitanja kao što su smještaj van zatvora, polusloboda, frakcioniranje ili suspenzija kazne, stavljanje pod elektronski nadzor i uslovno puštanje na slobodu više nisu u njenoj nadležnosti. Ova pitanja su u nadležnosti suda u vidu sudskih mjera, koje se izriču i primjenjuju po posebnoj proceduri od strane suda i sudije za nadzor izvršenja kazni.

[35] ZKP, član 712-1, stav 1.

3. i da u tom cilju vrše nadzor osuđenih unutar i van zatvora

Stvarna nadležnost između suda i sudije za nadzor izvršenja kazne je podijeljena prema visini izrečene kazne zatvora, odnosno visini preostale kazne zatvora kada se odlučuje o ranijem puštanju na slobodu. Tako je sud za nadzor izvršenja kazne nadležan za izrečene teže kazne zatvora i to preko 10 godina ili preostale kazne u trajanju dužem od 3 godine.

U okviru navedenih nadležnosti, sudija i sud za nadzor izvršenja kazne svojim odlukama uspostavljaju modalitete izvršenja kazni zatvora koje se izvršavaju unutar ili van zatvora.

Shodno tome sudija za nadzor izvršenja kazni, nakon mišljenja komisije za nadzor izvršenja kazni, odlučuje o mjerama koje se izriču zatvorenicima koji su unutar zatvora. Skraćenje kazne zatvora odnosno ranije puštanje na slobodu u vidu uslovnog otpusta ili puštanje na slobodu uz elektronski nadzor, jedna je od tih mjera koje se izriču samo onim zatvorenicima koji su postigli poseban uspjeh u postupku resocijalizacije u toku izdržavanja kazne, zatim promjena kazne zatvora u kaznu rada od društvenog interesa, kao i preinačenje kazne zatvora u novčanu kaznu, odobrenje za izlaske van zatvora uz poseban nadzor, kao vrsta vanzavodskih pogodnosti zatvorenika (Ministere de la justice, 2005).

Sudija za nadzor izvršenja kazni ima nadležnost da prati izvršenje kazni koje se izvršavaju na slobodi ili primjenu takozvanih alternativnih sankcija: uslovna osuda, rad od opšteg interesa, zabrana boravka na određenim mjestima i stavljanje pod društveno-sudski nadzor. Također može mijenjati način izvršenja kazne koja se izvršava na slobodi za kazne zatvora u trajanju do dvije godine, za osuđenike kojima je izrečena mjera poluslobode, smještaj pod elektronskim nadzorom, smještaj vani, suspenzija ili frakcioniranje kazne ili preinačiti svaku kaznu izrečenu u trajanju do šest mjeseci na uslovnu s obavezom rada za opće dobro ili pretvoriti je u novčanu kaznu. Sudija za nadzor izvršenja kazni može u slučaju nepoštivanja obaveza od strane osuđenog izdati naredbu za njegovo privođenje ili za lišenje slobode (Ministere de la justice, 2005).

Odluke koje donosi sudija za nadzor izvršenja kazni donose se sa ili bez rasprave u obliku presuda ili drugih vrsta odluka, dok sud za nadzor izvršenja kazni svoje odluke donosi samo nakon održane rasprave u prisustvu stranaka odnosno zainteresiranih strana. Pri odlučivanju u obzir se uzima mišljenje komisije za nadzor izvršenja kazne, a koje nije obavezujuće za njihovu odluku.

Sudija za nadzor izvršenja kazni radnje iz svoje nadležnosti preduzima po službenoj dužnosti, po zahtjevu tužioca Francuske ili na zahtjev osuđenog ili zatvorenika.[36]

Osim u hitnom slučaju, odluke u vezi sa smanjenjem kazne, dozvole izlaska u pratnji i dozvole za izlaske, donose se nakon blagovremenog mišljenja komisije za nadziranje izvršenja kazni. Smatra se da je ta komisija dala svoje mišljenje ako mišljenje nije došlo nakon isteka roka od mjesec dana računajući od dana prosljeđivanja.[37]

Presude u vezi s mjerama puštanja izvan zatvora, uslovne slobode, frakcioniranja i suspenzije kazni, stavljanje pod elektronski nadzor i uslovno oslobađanje donose se nakon javne rasprave u prisustvu stranaka, tokom koje sudija za nadziranje izvršenja kazni izlaže zahtjeve i stavove državnog tužilaštva i stavove osuđenika odnosno njegovog branioca. Ako je osuđeni zatvorenik, ta rasprava se može održati u zatvorskoj ustanovi. Ali isto tako, sudija za nadzor izvršenja kazni može odrediti jednu od ovih mjera bez održavanja rasprave u prisustvu stranaka, uz saglasnost tužioca, osuđenog ili njegovog advokata.[38] Međutim, ostavljena je mogućnost sudiji da, kad god on to smatra potrebnim i opravdanim ili na zahtjev državnog tužilaštva ili na zahtjev osuđenog odnosno njegovog branioca, predmet uputi sudu za nadzor izvršenja kazne. Protiv ovakve odluke sudije za nadzor izvršenja kazne žalba nije dopuštena (Gaston et al. 2014, str. 11). ZKP ostavlja mogućnost ovakvog postupanja sudije za nadzor izvršenja kazne zatvora i u slučaju izricanja drugih mjera iz njegove nadležnosti i to: socijalno-sudskog nadzora, zabrane boravka, rada od općeg interesa, zatvora s odgodom koja je u skladu s uslovnom slobodom ili obavezom vršenja rada od općeg interesa, ili mjera odlaganja izricanja kazne s uslovnom slobodom (Gaston et al. 2014, str. 11).

Po zahtjevu državnog tužioca, osuđenog ili na inicijativu sudije za nadzor izvršenja kazni, sud za nadzor izvršenja kazni: izriče, odgađa izvršenje, odbija ili opoziva mjere koje se odnose na period sigurnosti, uslovne slobode ili suspenzije kazne. Naravno, u skladu s njegovom stvarnom nadležnosti na koju pazi po službenoj dužnosti, ove mjere se tako izriču samo za izrečene kazne zatvora preko 10 godina, odnosno na preostale kazne zatvora u trajanju od i više od tri godine.

Prije svake odluke suda za nadzor izvršenja kazne, kojom se prije datuma isteka kazne privremeno ili definitivno prekida izdržavanje kazne zatvora,

[36] ZKP, član 712-4.
[37] ZKP, član 712-5.
[38] ZKP, član 712-6.

sud za primjenu kazni mora uzeti u obzir interese žrtve i posljedice takve odluke na nju. Presude ili druge odluke sudije za nadzor izvršenja kazni mogu se pobijati žalbom i to u roku od 24 sata, za odluke suda za nadzor izvršenja kazni u roku od 10 dana od dana prijema pobijane presude.

5.3. Drugostepeni postupak pred Vijećem za nadzor izvršenja kazni

Kako smo već naglasili, na odluke suda i sudije za nadzor izvršenja kazni se može uložiti pravni lijek tj. žalba.[39] Drugostepeni organ je Vijeće za nadzor izvršenja kazni kojem se žalbe i dostavljaju. Žalbu na odluke mogu uložiti: osuđeni, državni tužilac i vrhovni tužilac (*Tribunal de grande instance*) u određenom roku koji se računa od dana dostavljanja pobijane odluke.

Shodno tome, žalba na odluke sudije za nadzor izvršenja kazne zatvora podnosi se u roku od 24 sata. Žalba se podnosi predsjedniku Vijeća za nadzor izvršenja kazni apelacionog suda, koji odlučuje obrazloženom odlukom s obzirom na stavove koje su u pisanoj formi dostavile strane, državni tužilac i osuđeni ili njegov advokat. Znači da se prilikom odlučivanja po žalbi na odluke sudije za nadzor izvršenja kazne zatvora ne zakazuje rasprava u prisustvu stranaka, nego Vijeće donosi odluku na osnovu pismenih podnesaka tužilaštva i osuđenog.

Kada se radi o presudama koje je donio sud za nadzor izvršenja kazni, žalba se podnosi u roku od 10 dana od dana prijema odluke. Vijeće za nadzor izvršenja kazni donosi odluku nakon kontradiktorne rasprave u toku koje se iznose zahtjevi i argumenti državnog tužilaštva i osuđenog ili njegovog advokata. Osuđeni se ne saslušava pred Vijećem, osim ako ono ne odluči drugačije.[40]

---

[39] III Dio "Postupak u slučaju žalbe", članovi 712-11 i 712-13 ZKP-a.

[40] Francusko zakonodavstvo daje posebnu zaštitu žrtvama u postupcima pred tijelima za nadzor izvršenja kazne. Ta prava žrtava eksplicitno su predviđena ZKP-om. Tako ZKP u dijelu koji se odnosi na istrage sudije za nadzor izvršenja kazni i suda za nadzor izvršenja kazni predviđa da se uzmu u obzir posljedice koje mjere individualizacije kazne mogu imati na žrtve. Također, predviđeno je da ove sudske instance mogu prije svake odluke informirati žrtve direktno ili preko njihovog advokata o svojoj odluci i obavijestiti ih da one mogu dostaviti svoje opservacije pismenim putem. Nadalje, predviđeno je i da dosje osuđenog ima posebni dio u kojem se nalaze sve informacije koje se odnose na žrtve, kako bi tijela za primjenu kazni u toku procedure mogla uzeti u obzir interese žrtve, naročito u pogledu toka indemnizacije žrtve.
Kada se radi o odlukama kojima se privremeno ili stalno prekida kazna zatvora, sudija za nadzor izvršenja kazni ili sud za nadzor izvršenja kazni dužni su prije

Uloga suda u postupku izvršenja kazne zatvora u Francuskoj je veoma značajna. Pored toga što je sud kao poseban autoritet nezavisne sudske vlasti već dugo vremena prisutan u zatvorskom sistemu Francuske, njegove nadležnosti su se vremenom sve više širile. Danas imamo nekoliko posebnih tijela čija je isključiva nadležnost nadzor izvršenja kazni, u prvom redu kazne zatvora. Njihova uloga u zaštiti ljudskih prava osuđenih je nemjerljiva, tim prije što su upravo sudska nezavisnost i autoritet jedna od najznačajnijih garancija njihove adekvatne zaštite.

6. Uloga suda u postupku izvršenja kazne zatvora u BiH

Kada je krivično zakonodavstvo BiH u pitanju, možemo reći da sudovi imaju administrativnu ulogu, kao oblik učešća suda pri izvršenju kazne zatvora, gdje svoju ulogu ostvaruju samo u fazi upućivanja osuđenog na izdržavanje kazne. U fazi njenog izvršenja nemaju nikakve nadležnosti koje bi se odnosile na njegov nadzor nad izvršenjem kazne zatvora.[41]

Tako možemo reći da sud nakon donošenja pravosnažne sudske presude ima sljedeće nadležnosti: *izdaje uputni akt i upućuje osuđenog na izdržavanje kazne zatvora*; *cijeni uslove i donosi rješenje o odgodi početka izvršenja kazne zatvora i cijeni uslove i donosi rješenje o prekidu izvršenja kazne zatvora.*

Pisanje i izdavanje uputnog akta, na osnovu pravosnažne sudske presude, početna je faza postupka izvršenja kazne zatvora i u tom smislu, kao što

samog donošenja odluke uzeti u obzir posljedice koje ta odluka može imati na žrtvu, posebno ukoliko postoji rizik da osuđeni može doći u kontakt sa žrtvom, u sredini u kojoj živi ili radi žrtva, te mu može zabraniti bilo kakav kontakt s njom. U tom smislu, donijete su i nove odredbe koje predviđaju ne samo zabranu kontakta nego i indemnizaciju žrtve, a u slučaju neispunjenja, odluka o smanjenju kazne može biti opozvana. U ovom slučaju se posebno vodi računa o žrtvama porodičnog ili seksualnog nasilja. Iako u principu institucije za nadzor izvršenja kazni nisu u obavezi informirati žrtvu ili oštećene o odlukama o uređenju kazni, u slučaju kada takva odluka sadrži ove mjere, dostavljanje odluke je obavezno.

[41] Ovdje svakako treba spomenuti posebnu ulogu suda u postupku izvršenja kazne maloljetničkog zatvora koja je mnogo zastupljenija i značajnija u odnosu na punoljetne zatvorenike, a uređena je Zakonom o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku FBiH "Službene novine FBiH" 17/14 (Zakon o maloljetnicima FBiH); Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku RS, "Službeni glasnik RS", 13/10, 61/13. Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku, "Službeni glasnik BDBiH", 44/11.

smo već naveli, sud ima određene ingerencije.[42] Uslovi za izvršenje sudske presude su njena pravosnažnost i izvršnost. Kada je izvršenje kazne zatvora u pitanju, govorimo o nekoliko uslova, a to su: da nije došlo do zastarjelosti izvršenja kazne zatvora i da nije nastupila amnestija ili pomilovanje. Ispunjenjem navedenih uslova krivično odjeljenje suda obavezno je preduzeti potrebne radnje da se izvršenje provede bez odgađanja.[43] Sud BiH upućuje osuđene osobe u odgovarajući kazneno-popravni zavod bilo kojeg od entiteta bez obzira na njihovo prebivalište, odnosno boravište osuđenog. Ti kazneno-popravni zavodi po kriterijima treba samo da odgovaraju vrsti i dužini izrečene kazne, utvrđenoj kategorizaciji zavoda, vrsti krivičnog djela, ranijoj osuđivanosti ili drugim uslovima, a u skladu s pravilnicima o upućivanju entiteta, naravno ako nisu u suprotnosti sa ZIKS-om BiH i Pravilnikom o upućivanju BiH.[44] Kao opći kriteriji za upućivanje poštuju se utvrđeni kriteriji entitetskih pravilnika.[45] Ovom prilikom objasnit ćemo postupak upući-

[42] Poštujući opći pristup u pisanju ovog rada, za opis postupka pisanja i izdavanja uputnog akta osvrnut ćemo se na rješenja propisa na nivou BiH i to u prvom redu: Krivičnog zakona BiH, "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine", 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07,8/10, 47/14, 22/15, 40/15 (KZ BiH), Zakon o krivičnom postupku BiH, "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine", 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 18/13 i 65/18 (ZKP BiH), Zakona BiH o izvršenju krivičnih sankcija pritvora i drugih mjera "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine" prečišćeni tekst 22/16 (ZIKS BiH), Pravilnik o kriterijima za upućivanje osuđenih lica na izdržavanje kazne zatvora, "Službeni glasnik BiH", 65/05 i 83/07 (Pravilnik o upućivanju BiH). Međutim, s obzirom na to da se kazna zatvora, koju je izrekao Sud BiH, izvršava u entitetskim zatvorima, na te osuđenike se djelimično primjenjuju i entitetski pravilnici o kriterijima za upućivanje, na što ćemo posebno ukazati. Pravilnik o kriterijima za upućivanje osuđenih lica na izdržavanje kazne zatvora "Službene novine Federacije BiH", 64/03, 46/05, 55/05 i 10/09 i 34/11 (Pravilnik o upućivanju FBiH), Pravilnik o kriterijima za upućivanje osuđenih lica na izdržavanje kazne zatvora, "Službeni glasnik Republike Srpske", 28/08 (Pravilnik o upućivanju RS).

[43] Ovom prilikom ćemo se osvrnuti samo na konkretne radnje sudova pri sačinjavanju i izdavanju uputnog akta primjenom odredaba ZIKS-a BiH i Pravilnika o upućivanju. U prvom redu Pravilnika o upućivanju BiH, ali i entitetskih pravilnika s obzirom na to da se kazne zatvora koje izriče Sud BiH izdržavaju u entitetskim zatvorima.

[44] Pravilnik o upućivanju BiH, članovi 7–14.

[45] Prema pravilnicima entiteta vrijede opći kriteriji za upućivanje osuđenih osoba na izdržavanje kazne zatvora i to: spol, životna dob, dužina izrečene kazne zatvora, ranije izdržavanje kazne zatvora i mjesto prebivališta, odnosno boravišta, naravno za osuđene od strane sudova tog entiteta. Tako se prema ovim kriterijima osuđenici upućuju u kazneno-popravne zavode zatvorenog ili poluotvorenog tipa, odnosno njihova odjeljenja. U spomenutim entitetskim pravilnicima o upućivanju taksativno su nabrojani pojedini kazneno-popravni zavodi i kriteriji po kojima se pojedini osuđenici upućuju.

vanja na nivou entiteta analizirajući Pravilnik o upućivanju FBiH zbog jedne specifične odredbe koja je u ovaj pravilnik uvedena njegovim posljednjim izmjenama 2011. godine, a u cilju pokušaja prevazilaženja problema prenatrpanosti u zatvorskom sistemu FBiH.[46]

U FBiH upućivanje osuđenih osoba na izdržavanje kazne zatvora vrše općinski sudovi odnosno tzv. izvršna odjeljenja tih sudova. Tako, ukoliko sud, postupajući u skladu sa ZIKS-om FBiH[47] i ispunjenjem svih prethodno navedenih kriterija za upućivanje, ustanovi da nema slobodnih smještajnih kapaciteta u kazneno-popravnom zavodu u koji bi osuđena osoba trebala biti upućena prema pravosnažnoj presudi, pribavlja podatke o kazneno-popravnom zavodu odgovarajućeg tipa koji raspolaže slobodnim smještajnim kapacitetima od Federalnog ministarstva pravde, odmah ili u roku od tri dana od dana prijema pravosnažne sudske presude. Tražene podatke Federalno ministarstvo pravde dostavlja sudu po hitnom postupku u obliku pismenog akta, a kopiju akta dostavlja kazneno-popravnom zavodu. Nakon pribavljanja podataka od Federalnog ministarstva pravde, sud započinje postupak upućivanja izdavanjem rješenja o upućivanju na izdržavanje kazne zatvora.[48]

Tako, sud poziva osuđenu osobu koja se nalazi na slobodi i saopštava joj dan kada treba da se javi u određeni kazneno-popravni zavod radi izvršavanja kazne zatvora. Dan javljanja u ustanovu određuje se tako da osuđenoj osobi ostane najmanje osam, a najviše 15 dana do dana javljanja na izdržavanje kazne zatvora. Pri saopštenju sud joj predaje uputni akt. Uz uputni akt sud će obavezno dostaviti prijepis presude i izvod iz kaznene evidencije.

Ustanova je dužna da u roku od osam dana obavijesti sud o stupanju osuđene osobe na izdržavanje kazne zatvora. Ako se ona ne javi određenog dana radi izdržavanja kazne zatvora, uprava kazneno-popravnog zavoda odmah o tome obavještava sud, a najkasnije u roku od tri dana, od dana određenog za javljanje. Ako se uredno upućena osuđena osoba ne javi u određenom roku, sud će izdati naredbu sudskoj policiji, da se ta osoba prinudno sprovede. Za one koji se kriju ili se nalaze u bjekstvu sud donosi naredbu za izdavanje potjernice koju dostavlja nadležnom organu za unutrašnje poslo-

[46] Pravilnik o upućivanju BiH, član 12.
[47] ZIKS FBiH, član 23.
[48] Ovu odredbu ne sadrži Pravilnik o upućivanju RS-a jer se zatvorski sistem RS-a do sada nije susreo s problemom prenatrpanosti. Inače je postupak upućivanja i uloga suda u toj proceduri ista kao i u FBiH. Ne treba zaboraviti ni pravila koja su predviđena u propisima u BDBiH, a koji propisuju istu proceduru. Više o tome u drugom dijelu ovog poglavlja.

ve.[49] Dan početka izdržavanja kazne je dan kada se osuđena osoba javi u kazneno-popravni zavod ili bude prisilno dovedena.

Međutim, do započinjanja izdržavanja kazne zatvora ne mora uvijek doći kada osuđenik primi uputni akt i javi se u odgovarajuću ustanovu. Naime, ZIKS BiH predviđa i različite situacije u kojima može doći do odlaganja početka izvršenja kazne zatvora, pod određenim uslovima.[50] Ovdje govorimo o situaciji kada sud *cijeni uslove i donosi rješenje o odgodi početka izvršenja kazne zatvora.* Odluku o odlaganju početka izvršenja donosi Krivično odjeljenje Suda BiH. Do odlaganja početka izdržavanja kazne zatvora može doći na osnovu molbe samog osuđenika ili člana njegove uže porodice, ili na prijedlog nadležnog općinskog organa socijalne zaštite, ali uz njegov pristanak. U molbi se moraju navesti razlozi i dokazi o činjenicama koje opravdavaju odlaganje. Molba za odlaganje izvršenja kazne zatvora podnosi se u roku od tri dana od dana uručenog uputnog akta. Razlozi zbog kojih se može tražiti odlaganje početka izvršenja kazne zatvora su: da je osuđenik obolio od teže akutne bolesti, za vrijeme dok bolest traje, da se desio smrtni slučaj ili teška bolest u užoj porodici osuđenog i to najduže tri mjeseca, da je odgađanje potrebno radi izvršenja ili dovršenja izuzetno neodgodivih poljskih ili sezonskih radova ili radova izazvanih elementarnim nepogodama ili drugim udesom, a porodica osuđenog nema drugih članova porodice sposobnih za rad, niti zbog slabog imovnog stanja ili iz drugih opravdanih razloga može angažirati drugu osobu za obavljanje ovih poslova (i ovo odgađanje ne može biti duže od tri mjeseca), da je osuđenik obavezan izvršiti određeni posao koji je već započeo, a usljed neizvršenja posla nastala bi neotklonjiva ili znatnija šteta, za njega ili njegovu užu porodicu, odnosno za osobu ili organizaciju prema kojoj je u obavezi, i to najduže tri mjeseca, da je odgađanje osuđenom potrebno zbog završetka školovanja ili polaganja ispita za koji se pripremalo i to najduže šest mjeseci, da je zajedno s osuđenim osuđen njegov bračni drug ili drugi članovi zajedničkog domaćinstva ili ako se oni već nalaze na izdržavanju kazne zatvora, a istovremenim izdržavanjem kazne svih tih osoba bilo bi ugroženo izdržavanje maloljetnih, bolesnih ili starih članova domaćinstva i to na period najduže šest mjeseci, da je osuđena osoba žena koja doji dijete mlađe od godinu dana ili koja je trudna i to do navršene jedne godine života djeteta, da je osuđena osoba jedini hranilac porodice, a stupanjem na izdržavanje kazne zatvora bilo bi ugroženo izdržavanje porodičnog domaćinstva i da je podnesena molba za pomilovanje.

Sud može izvršiti određene provjere da bi utvrdio tačnost navoda iz molbe. Dužan je u roku od pet dana donijeti rješenje po molbi za odlaganje izvrše-

[49] ZIKS FBiH, član 24. Isti postupak upućivanja propisuje i ZIKS RS.
[50] Razlozi i postupak pred Sudom BiH uređen je članovima 118–121 ZIKS-a BiH.

nja na koje podnosilac molbe ima pravo žalbe u roku od tri dana. I molba za odlaganje izvršenja kao i žalba na odluku suda po osnovu molbe za odlaganje izvršenja, odgađaju izvršenje uputnog akta o upućivanju na izdržavanje kazne zatvora. O žalbi odlučuje predsjednik Suda BiH i dužan je donijeti rješenje po žalbi u roku od tri dana, a u roku od pet dana od dana donesenog rješenja dužan je dostaviti svoju odluku Krivičnom odjeljenju Suda. Protiv rješenja predsjednika Suda ne može se pokrenuti upravni spor. O odgađanju izvršenja kazne zatvora Sud će obavezno obavijestiti zatvorsku ustanovu u kojoj je osuđenik bio upućen na izdržavanje kazne zatvora. Stupanjem na izdržavanje kazne zatvora uloga suda u postupku izvršenja kazne zatvora prestaje.

Pored odgode izvršenja kazne Sud ima svoju ulogu i kod prekida izdržavanja kazne zatvora gdje *cijeni uslove i donosi rješenje o prekidu izvršenja kazne zatvora.*[51] O prekidu odlučuje Sud, odnosno Krivično odjeljenje Suda BiH na osnovu molbe. Za prekid izdržavanja kazne zatvora također moraju biti ispunjeni određeni uslovi, a to su isti uslovi ili razlozi za odlaganje početka izvršenja kazne zatvora. Molba i mišljenja uprave zavoda se u roku tri dana dostavljaju Sudu na čiju odluku zatvorenik ima pravo žalbe predsjedniku Suda BiH. Kada prestanu razlozi za prekid izvršenja kazne zatvora ili se utvrdi da je prekid dozvoljen na osnovu lažnih isprava ili drugih dokaza ili se ne koristi s ciljem koji je dozvoljen, Sud BiH donosi rješenje kojim se stavlja van snage rješenje o prekidu izdržavanja kazne. Nakon donošenja ovakvog rješenja zatvorenik je dužan javiti se u zatvorsku ustanovu u roku od tri dana od dana prijema rješenja. Pored navedenih razloga do prekida izvršenja može doći i u slučaju kada sud odredi mjeru pritvora za drugo krivično djelo.

Da je vidljiva tendencija povećavanja uloge suda i u postupku izvršenja kazne zatvora u krivičnom zakonodavstvu u BiH, svjedoče već spomenuta rješenja u odvojenom krivičnom zakonodavstvu za maloljetnike. Naime, sud ima nadzornu i ulogu preispitivanja ostvarivanja svrhe krivičnih sankcija u toku njihovog izvršenja. Kada govorimo o nadzornoj ulozi suda, možemo reći da je njegova uloga dvostruka. Pored navedene administrativne uloge koju ima pri upućivanju na izvršenje kazne maloljetničkog zatvora, ima i administrativno-sudsku jer vrši nadzor nad zaštitom ljudskih prava maloljetnika koji se nalaze na izdržavanju krivičnih sankcija odnosno kazne maloljetničkog zatvora.

Ovu administrativno-sudsku ulogu sud ostvaruje na dva načina. Prvi se ogleda u tome što uprava ustanove u kojoj maloljetnik izdržava sankciju ima

[51] ZIKS BiH, članovi 161–164.

obavezu periodično izvještavati sud o ponašanju maloljetnika i uspjehu u njegovom preodgoju odnosno resocijalizaciji. Tako je uprava ustanove u kojoj se prema maloljetniku izvršava kazna maloljetničkog zatvora i zavodska odgojna mjera dužna svaka dva mjeseca dostaviti tužiteljstvu i sudu koji ju je izrekao izvještaj o ponašanju maloljetnika.[52] Drugi način je direktnim posjetama maloljetnika na izdržavanju kazne zatvora.[53] Tako Zakon o maloljetnicima FBiH propisuje da sudija i tužilac najmanje dva puta u toku godine obilaze maloljetnika smještenog u ustanovi, gdje u neposrednom kontaktu s maloljetnikom i stručnim osobama koje se brinu o izvršenju kao i uvidom u odgovarajuću dokumentaciju, utvrđuju zakonitost i pravilnost postupanja i cijene uspjeh postignut u odgoju i pravilnom razvoju ličnosti maloljetnika.

Ukoliko se uoče određeni propusti i o drugim zapažanjima, sud je dužan bez odgađanja obavijestiti nadležno ministarstvo pravde, kao i upravu ustanove u kojoj se mjera izvršava. Po obavještenju sudije, odnosno tužioca, nadležno ministarstvo pravde, kao i uprava ustanove u kojoj se odgojna mjera izvršava dužni su bez odgađanja izvršiti odgovarajuće provjere i poduzeti mjere za otklanjanje nezakonitosti i nepravilnosti i o tome obavijestiti sudiju i tužioca.

Ovom prilikom još treba podsjetiti da je sud imao nadzornu ulogu u postupku izvršenja odgojnih mjera prema maloljetnicima prije donošenja novog, izdvojenog Zakona o maloljetnicima FBiH (Sijerčić-Čolić, Hadžiomerović, Jurčević, Kaurinović & Simović, 2005, str. 920–923). Uvođenjem obaveznih posjeta suda ustanovama, zatim proširenjem njihove nadzorne uloge i u postupku izvršenja kazne maloljetničkog zatvora, napravljen je veliki napredak u zaštiti zagarantiranih ljudskih prava maloljetnika kojima je izrečena krivična sankcija, ali i povećan podsticaj za kvalitetniji i efikasniji rad preodgojnih službi u ustanovama za izvršenje krivičnih sankcija prema maloljetnicima.

7. Zaključna razmatranja

Kako konkretna individualizacija sankcije odnosno kazne zatvora, kao glavni segment uspješne resocijalizacije učinioca krivičnog djela, započinje sudskom individualizacijom u toku krivičnog postupka i nastavlja se u fazi njenog izvršenja, izuzetno je važno da državno tijelo odnosno institucija koja je u "kontaktu" s djelom i učiniocem od trenutka započinjanja njegovog procesuiranja, ima značajnu ulogu i u kompletnom procesu primjene izrečene

[52] Zakon o maloljetnicima FBiH, član 120.
[53] Zakon o maloljetnicima FBiH, član 159.

kazne zatvora. Na taj način sud nastavlja svoj uticaj na individualizaciju kazne zatvora u procesu njenog izvršenja odnosno pruža veoma značajne garancije u zaštiti zagarantovanih ljudskih prava. Stoga treba podržati ideju da uloga suda u postupku izvršenja kazne zatvora treba biti sve zastupljenija i sve značajnija.

Proširenje *izvorne i nadzorne uloge suda* u postupku izvršenja kazne zatvora u BiH bila bi opća preporuka za izmjene propisa *de lege ferenda* u oblasti krivičnog prava.

Sud u postupku izvršenja kazne zatvora u BiH ima određene nadležnosti u fazi izvršenja kazne zatvora, ali u mjeri njegovih tzv. *izvornih nadležnosti*. Međutim, njegovu administrativnu ulogu treba proširiti na administrativno-sudsku ulogu, i u okviru postojeće izvorne nadležnosti suda njegove ingerencije proširiti i na odlučivanje o uslovnom otpustu. Uslovnim otpustom se utječe na već donesenu odluku suda o vrsti i dužini izrečene kazne, znači zadire se u meritornu odluku, stoga bi bilo poželjno da o daljoj "sudbini" takve kazne odlučuje isti autoritet. Iako su članovi komisije za uslovni otpust i sudije, to nije ta vrsta "izvorne djelatnosti" sudije izvršenja kao što je to naprimjer u Hrvatskoj gdje sud sam cijeni uslove i opravdanost uslovnog puštanja na slobodu.

Povremeno izvještavanje o uslovima izvršenja i napretku u resocijalizaciji te o eventualnim potrebama za posebne intervencije u smislu promjene načina izdržavanja kazne zatvora, kao što je to u Francuskoj (poput: raniji otpust sa izdržavanja kazne zatvora i upućivanje na rad u korist zajednice, sistem poluslobode, pa zatvorenik danju radi van zavoda, a poslije posla se vraća u zatvorsku ustanovu, nametanje posebnih obaveza, nakon prijevremenog puštanja na slobodu i nametanjem mu dodatnih obaveza itd.), bilo bi itekako korisno za sistem izvršenja kazne zatvora odnosno ostvarivanje svrhe kazne zatvora. Pri ovakvim vidovima izdržavanja kazne sud može ostvariti svoj autoritet izričući ove alternativne načine izdržavanja kazne i nadziranje njihove primjene preko službi za nadzor – probacijskih službi. Kako se na ovaj način prvobitna odluka suda meritorno mijenja, jer se mijenja način izvršenja kazne zatvora, govorimo o proširenju izvornih nadležnosti suda u postupku izvršenja kazne zatvora.

S obzirom na to da veća prisutnost sudske vlasti u fazi izvršenja kazne zatvora, a koja je u BiH u ingerenciji izvršne vlasti, garantira veću kontrolu i zaštitu ljudskih prava te daje veći nivo sigurnosti i povjerenja samim zatvorenicima, jačanje *nadzorne uloge suda* u postupku izvršenja kazne zatvora bilo bi veoma značajno. Nadzor nad izvršenjem kazne zatvora i zaštite

ljudskih prava zatvorenika, kroz povremene izvještaje kazneno-popravnih zavoda o uspjehu tretmana zatvorenika i povremenim obilascima od strane suda. Sud bi trebao imati određene ingerencije, bar kao drugostepeni organ, kada je riječ o žalbama i pritužbama zatvorenika na rad i postupanje zatvorskog osoblja. Odlučivanje o disciplinskim prestupima zatvorenika kod težih oblika povrede discipline, također bi spadalo u nadzornu ulogu suda i doprinosilo bi većoj zaštiti ljudskih prava zatvorenika.

Proširenje sudske nadležnosti i u fazu izvršenja kazne zatvora, prevashodno izmjenama zakona o krivičnom postupku i zakona o izvršenju krivičnih sankcija na svim nivoima, bilo bi prvi korak ka uspostavi ovog sistema. Proširenje nadležnosti sudova zahtijeva i posebne intervencije u njihovoj organizaciji. Da bi se ove funkcije mogle realizirati to svakako podrazumijeva formiranje posebnih odjela pri određenim sudovima i to proširenja izvršnih odjela pri nižim, općinskim sudovima, naprimjer u FBiH, i formiranjem posebnih apelacionih odjeljenja pri višim sudovima kao drugostepenim organima. Drugi vid mogao bi biti formiranje jednog potpuno novog odjela pri višim, npr. kantonalnim sudovima, za izvršenje kazne zatvora, a u okviru kojeg bi se moglo formirati posebno žalbeno vijeće s drugostepenom nadležnošću.

U svakom obliku uloge suda u postupku izvršenja kazne zatvora evidentno je poboljšanje sistema izvršenja i povećanje njene efikasnosti odnosno pružanja veće sigurnosti i većeg nivoa zaštite ljudskih prava zatvorenika. Stoga je i potpuno opravdano promoviranje značaja, predlaganje i iniciranje proširenja sudske nadležnosti u postupak izvršenja kazne zatvora kao njegove izvorne, nadzorne i dodatne nadležnosti.

Bibliografija

1. Atanacković, D. (1988). *Penologija*. Beograd: Naučna knjiga.
2. Babić, M., Filipović, LJ., Marković, I., & Rajić, Z. (2005). *Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Savjet/Vijeće Evrope i Evropska komisija.
3. Babić, V. & Josipović, M. (2012). Hrvatski zatvorski sustav. U: G. Tomašević & M. Pleić (ured.). *Zbirka radova suradnika na projektu "Europske značajke i dvojbe hrvatskog sustava izvršenja kazne oduzimanja slobode"*. Split: Pravni fakultet, Zavod za kaznenopravna i kriminološka istraživanja "Ivan Vučetić".
4. Bačić, F. (1998). *Kazneno pravo: Opći dio* (5. prerađeno i prošireno izdanje). Zagreb: Informator.

5. Bačić, F. (1978). Sudsko odmjeravanje kazne. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, XXVIII (3–4), 199–225.

6. Gaston, S. Levasseur, G. & Bouloc, B. (2014). *Procedure penale*. Paris: Dalloz.

7. Kambovski, V. (1976). Neka razmišljanja o individualizaciji u izvršenju kazni lišenja slobode. *Penologija*, 4 (2), 154.

8. Ministarstvo pravde BiH (18. 3. 2015). *Zbirni izvještaj iz oblasti izvršenja krivičnih sankcija i drugih mjera BiH za 2014.* Sarajevo: Ministarstvo pravde BiH.

9. Ministere de la justice. (11 avril 2005) *Circulaire. Presentation generale du plan des nouvelles dispositions legislatives et reglementaires du Code de procedure penale relatives a l'application des peines*. Ministere de la justice.

10. Salles, A. (6. 12. 2007). Prisons: un rapport stigmatise à nouveau les pratiques de l'administration française. *Le Monde*. Preuzeto 3. 6. 2013. sa http://www.lemonde.fr/societe/article/2007/12/06/prisons-un-rapport-stigmatise-a-nouveau-les-pratiques-de-l-administration-francaise_986456_3224.html

11. Sijerčić-Čolić, H. (2007). Evropska zatvorska pravila (2006). *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, L, 465–494.

12. Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomerović, M., Jurčević M., Kaurinović, D. & Simović, M. (2005). *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Vijeće Evrope/Evropska komisija.

13. Sijerčić-Čolić, H. (2017). *Krivično procesno pravo, knjiga II, Tok redovnog krivičnog postupka i posebni postupci*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.

14. Sijerčić-Čolić, H. & Vranj, V., (2011). *Uvod u penologiju i izvršno krivično pravo Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Pravni fakultet u Sarajevu.

15. Spierenburg, P. C. (1991). *The Prison Experience: Disciplinary Institutions and Their Inmates in Early Modern Europe*. New Brunswick: Rutgers University Press,

16. Srzentić, N., Stajić, A. & Lazarević, Lj. (1998). *Krivično pravo Jugoslavije: opšti deo.* Beograd: Savremena administracija.

17. Stevanović, Z. (2012). *Zatvorski sistemi u svetu*. Beograd: Institut za sociološka i kriminološka istraživanja.

18. Šeparović, Z. (2003). *Kazneno izvršno pravo i uvod u penologiju*. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.

19. Tomašević, G. (1994). Reforma izvršnog kaznenog prava i sudski nadzor nad izvršenjem kazne zatvora. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 1 (1), 179–190.

20. Tomašević, G., Carić, M. & Pleić, M. (2012). Postupak izvršenja kazne zatvora – neka pitanja o prvostupanjskoj nadležnosti suca izvršenja. U: G. Tomašević & M. Pleić (ured.). *Zbirka radova suradnika na projektu "Europske značajke i dvojbe hrvatskog sustava izvršenja kazne oduzimanja slobode"*. Split: Pravni fakultet, Zavod za kaznenopravna i kriminološka istraživanja "Ivan Vučetić".

21. Vormbaum, T. & Bohlander, M. (2014). *A Modern History of German Criminal Law*. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag,

22. Vranj, V. (2011). *Alternativne mjere i sankcije u krivičnom zakonodavstvu i praksi u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.

23. Vranj, V. (2010). Krivičnopravna zaštita ljudskih prava osoba lišenih slobode i stanje u praksi kazneno-popravnih zavoda u Bosni i Hercegovini. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LIII, 525–542.

24. Vranj, V. (2012). Nacionalni preventivni mehanizam protiv torture i njegova uspostava u Bosni i Hercegovini. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LV, 459–485.

25. Vranj, V. & Bisić, M. (2011). *Primjena propisa o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Privredna štampa.

26. Zyl Smit, D. van. *Strategies for improving prisoners' rights and prison conditions in Europe*. Preuzeto 5. 8. 2014. sa http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/Report%20by%20Mr%20Dirk%20van%20Zyl%20Smit%20%20General%20Rapporteur.pdf

27. Zyl Smit, D. van (March 2006). *The 2006 European Prison Rules*. Paper for the International Penitentiary Conference. Barcelona.

28. Zyl Smit, D. van. (2014) Prison Law. U: D. M., Dubber & T. Hornle (ured.). *The Oxford Handbook of Criminal law* (str. 988–1017). Oxford: Oxford University Press.

Propisi

Bosna i Hercegovina

1. Krivični zakon BiH. Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07,8/10, 47/14, 22/15, 40/15.
2. Pravilnik o kriterijima za upućivanje osuđenih lica na izdržavanje kazne zatvora. Službeni glasnik BiH, 65/05 i 83/07.
3. Pravilnik o kriterijima za upućivanje osuđenih lica na izdržavanje kazne zatvora. Službene novine Federacije BiH, 64/03, 46/05, 55/05 i 10/09 i 34/11.
4. Pravilnik o kriterijima za upućivanje osuđenih lica na izdržavanje kazne zatvora. Službeni glasnik Republike Srpske, 28/08.
5. Zakon BiH o izvršenju krivičnih sankcija pritvora i drugih mjera. Službeni glasnik BiH, 12/10 i 100/13.
6. Zakon o izvršenju krivičnih sankcija Federacije Bosne i Hercegovine. Službene novine Federacije BiH, 44/98,42/99, 12/09, 34/11.
7. Zakon o izvršenju krivičnih sankcija Republike Srpske. Službeni glasnik RS, 55/14.
8. Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine. Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, 31/11.
9. Zakon o krivičnom postupku BiH. Službeni glasnik BiH, 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13, 65/18.
10. Zakon o osnivanju Zavoda za izvršenje krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera BiH. Službeni glasnik BiH, 24/08.
11. Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku FBiH. Službene novine FBiH, 7/14.
12. Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku RS. Službeni glasnik RS, 13/10, 61/13.
13. Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku. Službeni glasnik BDBiH, 44/11.

Francuska

14. Assocation Française de Droit Pénal. (2007). Le droit de l'exécution des peines: une jurisprudence en mouvement. *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, numéro spécial.
15. Code de procédure pénale. Preuzeto 5. 7. 2014 sa: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154
16. La loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale. Preuzeto 5. 7. 2014 sa: http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000728979

Hrvatska

17. Kazneni zakon RH. Narodne novine, 125/11, 144/12, 56/15.
18. Uredba o unutarnjem ustrojstvu Ministarstva pravosuđa. Narodne novine, 28/12.
19. Zakon o izvršenju kazne zatvora. Narodne novine, 128/99, 55/00, 129/00, 59/01, 67/01, 11/02, 190/03, 76/07, 27/08, 83/09, 18/11, 48/11, 56/13.

Dr. Vildana Pleh
Assistant professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
v.pleh@pfsa.unsa.ba

THE ROLE OF THE COURT IN THE PROCEDURE OF EXECUTION OF IMPRISONMENT SANCTIONS IN CROATIA, FRANCE, AND BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The role and the significance of the court in criminal proceedings and especially in the stage of deciding on the guilt of the perpetrator of the offence and his punishment, meaning the individualisation of the criminal sanction, especially the imprisonment sanction, is highly significant. However, the authority of the court is important in the stage of implementation or application of this decision, meaning the execution of criminal sanctions, and especially the punishment of imprisonment as undoubtedly the strictest criminal sanction in most criminal legislations. The author of the article focuses precisely on the significance, forms of the role of the court and concrete solutions in the criminal legislations of Croatia and France. Analysing the theoretical assumptions and discussions on this topic, determining the general criteria of the division of the role of the court in the procedure of execution of imprisonment punishment, taking into account the comparative solutions of the two said states, and finally by analysing the role of the court in the procedure of execution of imprisonment sentence in BiH, the author presents conclusions with concrete suggestions for the improvement of system of supervision and protection of human rights of prisoners and realisation of the highest possible degree of resocialisation and achievement of the purpose of this sanction in BiH.

Keywords: *execution of imprisonment sentence, court, competence and role of the court, protection of human rights*

Amila Svraka-Imamović, MA iur.
Asistentica
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
a.svraka.imamovic@pfsa.unsa.ba

UDK 347.62:340.5
Pregledni naučni rad

KONCEPT BRAKA U ISLAMSKOM, JEVREJSKOM, ENGLESKOM I VELŠKOM PRAVU

Sažetak

Brak se definira kao ugovor u islamskom i jevrejskom pravu, dok pozitivno englesko i velško zakonodavstvo ne pruža definiciju braka, ali analizom normativnih akata izvodimo zaključak da je brak zakonom uređena zajednica dvoje ljudi, te u očima države brak predstavlja pravni status. U državama u kojima žive i borave muslimani, a čije je pozitivno zakonodavstvo analizirano kroz ovaj članak, u suštini se ne odstupa od definicije braka koja je data u kodifikaciji islamskog porodičnog prava koju je izvršio egipatski učenjak Muhamed Kadri-paša. Dok su egipatski i marokanski normativni akti definirali brak kao ugovor, zakoni Indije, Pakistana i Malezije, ne definiraju brak, ali se njihovim tumačenjem može doći do zaključka da brak predstavlja ugovor između muškarca i žene. Jevrejski vjerski zakon brak definira kao usmeni ugovor, iako mladenci potpisuju vrstu dokumenta, poznatu kao "ketuba", a koja se zbog svog sadržaja definira i tretira kao predbračni ugovor.

Kada je riječ o razvodu braka, sličnost islamskog i jevrejskog prava se ogleda u tome što muškarac ima pravo na razvod braka bez davanja obrazloženja zašto se želi razvesti, a razlika između islamskog i jevrejskog prava je u tome što islamsko pravo, odnosno pozitivno zakonodavstvo muslimanskih država, daje mogućnost ženi da traži razvod braka i to samo iz određenih razloga i pod određenim uvjetima, dok jevrejsko pravo ne pruža jednu takvu mogućnost ženi. Sve muslimanske države koje su predmet istraživanja u ovome članku su prepoznale opasnost i posljedice zloupotrebe prava muškarca na razvod braka, zbog čega su pribjegle određenim zakonskim rješenjima. Zakonodavstvo Engleske i Velsa također propisuje određena ograničenja razvoda braka, ali za razliku od islamskog i jevrejskog prava ta ograničenja podjednako se odnose i na muškarce i na žene.

Ključne riječi: *koncept braka, bračno pravo, porodično pravo, islamsko pravo, jevrejsko pravo, englesko pravo*

1. Uvod

Brak kao društvena i pravna kategorija, prošao je u svojoj evoluciji različite faze, tako da shvatanje braka zavisi od perioda u kojem se proučava, društvenih okolnosti i pravnog sistema (Kovaček Stanić, 2002, str. 7). Brak se razlikuje od drugih oblika zajednice života, koje se mogu nazvati partnerskim. Razlika u odnosu na vanbračnu zajednicu dva lica različitog spola je u tome što se zasnivanje vanbračne zajednice ne uređuje zakonom, ili bar ne na isti način kao brak, te u tome što su po pravilu samo neki odnosi vanbračnih partnera uređeni zakonom. Suštinska razlika između zajednice života dva lica istog spola i braka je upravo u spolnom određenju partnera. Danas jedan broj zemalja zakonom uređuje i istospolne zajednice. U nekim pravima je prihvaćen model braka prilikom reguliranja istospolnih zajednica, tako da je tradicionalno shvatanje braka, kao zajednice života žene i muškarca, na taj način dovedeno u pitanje (Kovaček Stanić, 2002, str. 7).

O konceptu braka u islamskom, jevrejskom, engleskom i velškom pravu u domaćoj literaturi nije bilo mnogo govora, a naročito ne kada je riječ o njihovoj komparativnoj analizi. Predmet interesovanja su uglavnom bile definicije braka na način kako ga to religija definira, odnosno islam, judaizam i kršćanstvo, kao i način zaključivanja vjerskih brakova, te propisi razvoda braka. Ovaj članak ima za cilj da pojasni koncept braka u pet zemalja s muslimanskim stanovništvom i to u Arapskoj Republici Egipat, Republici Indiji, Islamskoj Republici Pakistan, Maleziji i Kraljevini Maroko, a zatim u Državi Izrael, te u Engleskoj i Velsu. U članku će biti govora o zakonskim definicijama braka, uvjetima za zaključivanje braka, obaveznosti ili neobaveznosti registracije braka kod državnih organa, razvodu braka i starateljstvu nad djecom nakon razvoda braka, te o pitanjima poligamnih i istospolnih brakova.

U uvodnom dijelu članka daju se kraće napomene o kodifikaciji porodičnog prava prema hanefijskoj pravnoj školi koju je izvršio poznati egipatski učenjak Kadri-paša, s obzirom na to da je ona izvršila veliki utjecaj diljem muslimanskog svijeta, a posebno imajući u vidu činjenicu da je ova pravna škola najzastupljenija u muslimanskom svijetu. Nakon prikaza kodifikacije, slijedi prikaz koncepta braka u pet država s muslimanskim stanovništvom, zatim koncepta braka u Državi Izrael, te Engleskoj i Velsu, čije je poimanje braka prošlo kroz najveće reforme u 21. stoljeću. Glavni dio članka fokusiran je na isticanje sličnosti i razlika koncepta braka i onih pitanja koja neminovno prate bračnu zajednicu u islamskom, jevrejskom, engleskom i velškom pravu, u pozitivnom smislu.

2. Kodifikacija šerijatskog porodičnog prava – Al-Ahkam al-shar'iyyah

Kodifikaciju šerijatskog prava na temelju hanefijskog mezheba[1] Muhamed Kadri-paša je započeo u području porodičnog prava. Ovaj pionirski poduhvat predstavlja veliki kulturno-historijski događaj za pravni život, u Egiptu posebno, ali i za muslimanski svijet u cjelini (Kavazović, 2012, str. 95). Kodifikacija pod punim imenom "Al-Ahkam al-shar'iyyah fi al- ahwal al-shakhsiyyah" je obuhvatila porodično i nasljedno pravo, regulirajući bračno pravo uopće, prava i obaveze bračnih partnera, razvod braka, roditeljsko pravo i starateljstvo, kao institute i oblasti u okviru porodičnog prava, te testament, poklon i nasljedno pravo, u okviru statusnog prava (Kavazović, 2012, str. 114). Analizom teksta "Al-Ahkam al-shar'iyyah", primjetno je da Kadri-paša ostaje dosljedan hanefijskoj pravnoj doktrini, počevši od određivanja prirode bračnog ugovora, pa sve do statusa nestale osobe. Normiranje doktrine porodičnog prava započinje pravnim odredbama koje određuju prirodu bračnih odnosa u hanefijskoj školi. Iz onoga što je eksplicirao u nekoliko početnih članova, počevši od člana 5, stiče se utisak da on zastupa ugovornu teoriju braka (Kavazović, 2012, str. 106).

U svom djelu "Murshid al-Hayran", Kadri-paša iznosi definiciju braka kao ugovora koji označava povezivanje ponude, iskazane od jedne ugovorne strane i njeno prihvatanje od druge ugovorne strane, na način da se potvrdi njihov utjecaj na predmet ugovora. Upoređujući navedenu definiciju sa članom 5 kodifikacije "Al-Ahkam al-shar'iyyah", dolazi se do zaključka da u navedenom članu nedostaje stav o prirodi bračnog ugovora, odnosno utjecaju kojeg iskazane volje ostavljaju, kao trag u predmetu ugovora. Član 5 ukazuje na to da je brak kao i svaki drugi prosti ugovor, koji odražava dvije identične volje ugovornih strana, koje se vežu za predmet ugovora. Međutim, iako je bitno obilježje braka postojanje podudarnosti volja bračnih partnera kao ugovornih strana, pogrešno bi ipak bilo zaključiti da Kadri-paša zastupa u potpunosti ugovornu teoriju braka. Naime, u kodifikaciji Kadri-paša navodi da prilikom sklapanja braka moraju biti prisutni svjedoci, te da brak mora biti zaključen s ciljem formiranja trajne zajednice muškarca i žene. Također, naglašava i to da nije moguće zaključiti brak s ograničenim vremenskim trajanjem, a s obzirom na to da je prema hanefijskoj pravnoj školi takav brak ništavan, te da ugovaranje braka ima izvjesna ograničenja u bračnim smetnjama i zabranama. Kada se član 5 kodifikacije posmatra i analizira zajedno sa ostalim odredbama kodifikacije, može se izvući pravilan zaključak o tome

[1] Mezheb ili Madhab je arapski termin za islamsku pravnu školu ili školu islamskog prava.

da brak kao ugovor ima poseban status, te je za njegovo sklapanje potrebno postojanje i drugih pretpostavki i uslova, osim postojanja podudarnosti volja ugovornih strana, a što ga čini posebnom vrstom ugovora. Iz samog braka proizlaze i obaveze za druga lica, mimo bračnih partnera kao ugovornih strana, u smislu stvaranja rodbinskih i tazbinskih veza, koje nastaju zaključenjem braka. Shodno navedenom, pravna priroda braka, prema shvatanju Kadri-paše, ima ugovorni i statusni, a ne samo ugovorni karakter.

Kada je riječ o starosnoj dobi, potrebnoj da bi neko zaključio brak, hanefijska pravna škola na maloljetnost ne gleda kao na bračnu smetnju. Međutim, Kadri-paša je u svojoj kodifikaciji napravio jedan vid ograničenja, na način da je u članu 56. naglasio da maloljetna ženska osoba neće stupiti u bračnu zajednicu, sve dok ne bude sposobna za brak, ali da staratelj ženske osobe može zaključiti brak samo ako to zahtijeva interes maloljetne osobe. Ipak, ostavljena je mogućnost maloljetnicima da nakon sticanja punoljetstva ponište tako zaključen brak, u slučaju kada je staratelj pri zaključenju braka bila osoba koja nije otac ili djed. Kadri-paša u kodifikaciji zastupa liberalniji stav, a iz razloga što hanefijska pravna škola dopušta punoljetnoj ženskoj osobi da sama zaključi brak, bez odobrenja staratelja, pod uslovima koji se traže za valjanost braka.

Na bračni ugovor prema hanefijskoj doktrini gleda se kao na jednostrani interkonfesionalni ugovor, s pravom muškarca da ga zaključi s pripadnicom jedne od objavljenih religija[2], dok takva mogućnost nije data ženi, u smislu stupanja u brak s nemuslimanom. Ovo mišljenje Kadri-paša je normirao u članu 120, interpolirajući u njega i dio šerijatske pravne norme, izražene riječima "mada je pokuđeno". O poligamnom braku govori bez ikakvih ograničenja, što je odlika perioda taklida.[3] U XX stoljeću zakonodavstva velikog broja muslimanskih zemalja će postaviti niz ograničenja i zabranu poligamije.

Kada je riječ o razvodu braka, kodifikacija je prilično restriktivna, kada se radi o pravu žene na razvod braka. Ženi nije dozvoljeno da traži razvod braka ni u slučaju kada su bračni odnosi trajno i teško poremećeni do te mjere da ona trpi štetu, što znači da je Kadri-paša zastupao mišljenje da poremećenost bračnih odnosa nije valjan razlog za razvod braka. Državnim organima nije data nikakva uloga u sklapanju braka, čak ni formalna kao što je obaveza registracije braka.

[2] Pod pripadnicama jedne od objavljenih religija misli se na jevrejke i kršćanke.
[3] Pod periodom taklida podrazumijeva se period strogog slijeđenja pravnih škola.

3. Koncept braka u Arapskoj Republici Egipat

Nakon sticanja nezavisnosti 1874. godine, Egipat započinje reformu pravosuđa. Godine 1875. dolazi do osnivanja "mukhtalatat" (mješovitih) i "ahli" (nacionalnih) sudova. Kako je Egipat sve više dolazio pod utjecaj stranih pravnih sistema izvršene su reforme u području krivičnog, privrednog i pomorskog prava, ali su pitanja ličnih prava ostala nepromijenjena još od 1920. godine (An-Na'im, 2002, str. 169).

Odredbe egipatskog Zakona o ličnom statusu, koje se primjenjuju i danas, znatno su inspirirane islamom. Dok je većina egipatskih zakona potpala pod utjecaj sekularizacije krajem XIX stoljeća, Zakon o ličnom statusu je i dalje u skladu sa šerijatskim pravom, a naročito u skladu s tumačenjem hanefijske pravne škole (Bernard-Maugiron, 2010, str. 3). Do integracije šerijatskih sudova u nacionalne sudove dolazi 1956. godine, a u porodičnim predmetima postupaju šerijatski obrazovane sudije.

Od dvadesetih do pedesetih godina prošlog stoljeća, egipatsko zakonodavstvo donijelo je niz zakona koji su utjecali na važne promjene porodičnog prava. To uključuje Zakon o izdržavanju i ličnom statusu (zakon br. 25/1920), Zakon koji propisuje minimalnu dob za sklapanje braka (zakon br. 77/1943), Zakon o ličnom statusu (zakon br. 25/1929), Građanski zakon iz 1931. godine, Zakon o zaostavštini (zakon br. 77/1943) i Zakon o nasljeđivanju (zakon br.71/1946). Godine 1976. novi zakon je propisao pravila izdržavanja supruga, bivših supruga i roditelja (An-Na'im, 2002, str. 169).

Tadašnji predsjednik Egipta Muhamed Enver El- Sadat je 1979. godine izdao jednostranu naredbu o proglašenju zakona koji je nazvan "Džihanin zakon". Ova kontroverzna izmjena i dopuna dovela je do opsežnih izmjena dvaju egipatskih zakona: Zakona o ličnom statusu iz 1920. i 1929. godine. Međutim, u maju 1985. godine Visoki ustavni sud Egipta ukida spomenuti zakon iz tehničkih razloga. Nekoliko mjeseci nakon presude, donesen je Zakon o ličnom statusu broj 100/1985 (izmjena i dopuna), kako bi revidirao zakone iz 1920. i 1929. godine. Jedna od najznačajnijih izmjena jeste pravo žene na razvod braka u slučaju poligamije. Zakon o ličnom statusu ponovno je izmijenjen u januaru 2000. godine, dajući ženama više mogućnosti za razvod braka.

Zakon o ličnom statusu Egipta definira brak kao "ugovor između muškarca i žene, kojim jedno drugom postaju zakoniti, u cilju formiranje porodice i rađanja djece" (Quraishi & Vogel, 2008, str. 11). Brak predstavlja jednu vrstu

dogovora između muža, koji pruža podršku supruzi, i supruge, koja obećava poslušnost svom mužu.

Minimalna dob za sklapanje braka je 18 godina za muškarce i 16 godina za žene po lunarnom kalendaru. Kada je riječ o starateljstvu nad ženom, zakonom je regulirano da njezin staratelj ne može spriječiti sklapanje braka iz razloga kao što su status mladoženje, iznos mehra i slično, s obzirom na to da u takvim slučajevima sudija može dati saglasnost za zaključivanje braka.

Poligamija je u Egiptu ograničena, ali nije zabranjena. Muškarac može sklopiti brak sa četiri žene. Prva supruga ima pravo podnijeti tužbu za razvod braka zbog činjenice da je njezin suprug oženio još jednu ili više žena, ali u tom slučaju potrebno je dokazati da je pretrpjela materijalnu štetu ili duševnu bol. To znači da se materijalna šteta ili duševna bol ne pretpostavljaju, već dokazivanje zavisi od diskrecione ocjene suda. Ako žena nije znala da joj je suprug već oženjen, ona također može tražiti razvod braka. Ako prva žena nije bila obaviještena o novom braku supruga, on može biti osuđen na zatvorsku kaznu i / ili na novčanu kaznu, a može izgubiti i posao. Uprkos kažnjavanju, novi brak ipak ostaje na snazi (Bernard-Maugiron, 2010, str. 19). Analizom odredbi egipatskog zakona, evidentno je da zakon nastoji spriječiti višeženstvo učinjeno na prijevaran način. Zakon ne pokušava unaprijed spriječiti višeženstvo, već samo osigurava pomoć koja je efektivna tek nakon što je takav brak zaključen. Zakon je izgleda pokušao da zaštiti ženu, onoliko koliko je to bilo moguće, a da istovremeno ne podvrgne muža bilo kakvim preventivnim mjerama, koje nisu predviđene u tradicionalnom zakonu (Kupta, 1998, str. 238).

Brakovi koji su sklopljeni isključivo u skladu s običajnim pravom ne smatraju se nelegalnim u Egiptu. To znači da se sklapaju brakovi koji ne podliježu registraciji, a od 2000. godine žena koja je na ovaj način udata može podnijeti zahtjev za razvod braka, ali neće imati pravo na finansijsko izdržavanje od strane bivšeg supruga. Osim toga, pojavljuju se i druge poteškoće kod sklapanja ovakvih brakova, kao što je dokazivanje očinstva djece, s obzirom na to da DNK analize nisu obavezne zakonom.

Kada je riječ o razvodu braka u Egiptu, jedan od propisanih načina je "talak", odnosno jednostrani otkaz braka od strane muža. Tradicionalno gledano, za "talak" je bilo dovoljno da suprug usmenom izjavom razvede brak sa suprugom. Egipatski zakon je formalizirao takvu proceduru, na način da je propisao obavezu sastavljanja pisane izjave, koja mora biti notarski ovjerena, te koja se mora u roku od 30 dana proslijediti ženi. Dok muškarac može brak otkazati faktički bez obrazloženja, žena može zahtijevati razvod

braka iz sljedećih razloga: ozbiljna ili neizlječiva bolest muža, nepodnošljivost zajedničkog života u bračnoj zajednici, moralna ili materijalna šteta po ženu zbog zaključivanja novog braka od strane supruga, neizdržavanja, osuđivanje supruga na kaznu zatvora u trajanju od minimalno tri godine i neslaganje između supružnika, ukoliko pokušaji pomirenja ne uspiju, uz finansijsku nagodbu, proporcionalno krivnji bračnih partnera za razvod braka, na način kako to odrede arbitri (An-Na'im, 2002, str. 172).

U pogledu starateljstva nad djecom nakon razvoda braka, zakonodavstvo je koncipirano tako da razvedeni očevi gotovo nikada ne zadržavaju starateljstvo nad djecom i imaju prava na posjećivanje samo tri sata sedmično, na javnom mjestu, bez prava da djeca borave kod njih u danima vikenda ili praznika. Ovakvo pravilo definitivno negativno utječe na stvaranje kontinuiranog odnosa i veze između djece i očeva (Bernard-Maugiron, 2010, str. 9).

4. Koncept braka u Republici Indiji

U ličnim stvarima muslimana u Indiji, a u koje spada i bračno pravo, primjenjuje se islamsko pravo, odnosno pravila hanefijske pravne škole, uz uvažavanje stavova i mišljenja drugih pravnih škola, kao i precedenti, klasični i moderni pravni tekstovi, koji se među muslimanima smatraju autoritativnim, te običaji (An-Na'im, 2002, str. 220). Većina ličnih prava muslimana je nekodificirana, tako da se državni sudovi u predmetima koji se odnose na lična prava muslimana, pridržavaju sudskih presedana u indo-muslimanskim predmetima. Jedini izuzetak predstavlja Zakon o primjeni muslimanskih zakona iz 1937. godine, koji predviđa primjenu islamskog prava u porodičnim stvarima.

Zakonom o porodičnim sudovima iz 1984. godine osnovani su porodični sudovi, s ciljem promoviranja pomirenja i osiguranja brzog rješavanja sporova koji se odnose na brak i druga pitanja u vezi s porodicom.[4] Njihova nadležnost je regulirana predmetnim zakonom, a oblasti koje predmetni zakon regulira jesu tužba za poništenje braka, povrat bračnih prava, razvod braka, uslovi za valjanost braka, imovinskopravni odnosi bračnih partnera, nalozi i zabrane koje proizlaze iz braka, izdržavanje bračnih partnera i djece, starateljstvo i pristup maloljetnicima (An-Na'im, 2002, str. 221–222).

Minimalna dob za zaključenje braka je 21 godina za muškarce i 18 godina za žene, a kako su to predvidjele izmjene iz 1978. godine, kojim su izmijenjene

[4] Family Courts Act 1984, http://ncw.nic.in/acts/The_Family_Courts_Act_1984.pdf, 23. 7. 2018.

odredbe Zakona o ograničavanju dječijih brakova iz 1929. godine. Registracija braka nije obavezna u Indiji, s tim da je propisana obaveza registriranja prema Posebnom zakonu o braku iz 1954. godine, ali samo kada je riječ o međureligijskim brakovima, te se u takvom slučaju primjenjuje niz sekularnih zakona o sklapanju i razvodu braka. Iako postoji mogućnost zaključenja civilnog braka, statistike pokazuju da Indijci ipak pribjegavaju zaključivanju religijskih brakova.

Zakon o razvodu braka iz 1939. godine propisuje pravo muža na jednostrani otkaz braka, te su muškarci u Indiji to pravo često zloupotrebljavali i jednostavno izgovarajući riječi "talak" razvodili su se od svojih supruga istovremeno ne izvršavajući obaveze koje u takvom slučaju postoje u skladu sa islamskim pravom. Da bi se takve zloupotrebe prava spriječile i zaštitile žene, Vrhovni sud Indije je 2017. godine stavio van snage primjenu odredbi Zakona o razvodu braka, zabranivši tzv. "trostruki" razvod braka. "Trostruki" razvod braka podrazumijeva da muškarac tri puta uzastopno izgovori riječi kojima razvodi suprugu, te je to u praksi rađeno često i putem telefona, tekstualnih poruka i bez prisustva svjedoka, na način na koji supruga ostaje bez ikakvih prava. Međutim, do današnjeg dana nije donesen zakon kojim bi se sankcionirao "trostruki" razvod braka, zbog čega se on i dalje javlja u praksi. Indijska vlada je napravila prijedlog zakona kojim bi se sankcionirao "trostruki" razvod braka zatvorskom kaznom, ali taj prijedlog nije usvojen u parlamentu zbog neslaganja političkih stranaka oko vrste i visine sankcije, dok s druge strane pojedini muslimanski krugovi ovakvo postupanje vlade nazivaju antiislamskim.

Zakon o razvodu braka iz 1939. godine propisuje i pravo žene, koja je udata prema islamskim propisima, na traženje razvoda braka, pri čemu zakon u tom dijelu napušta stroža pravila hanefijske pravne škole i prihvata određene principe i pravila malikijske pravne škole. Zakon navodi devet razloga zbog kojih žena može tražiti razvod braka i to: nepoznato prebivalište muža u periodu od najmanje četiri godine; zanemarivanje izdržavanja supruge u periodu od najmanje dvije godine; u slučaju kada je suprug osuđen na kaznu zatvora u trajanju od sedam godina ili više; neizvršavanje bračnih obaveza od strane muža u periodu od tri godine, bez opravdanog razloga; impotencija muža u momentu zaključivanja braka, a koja traje i u momentu traženja razvoda braka; duševna bolest supruga u periodu od dvije godine ili zarazna bolest; u slučaju kada je brak zaključio otac ili drugi staratelj žene prije nego što je ona navršila petnaest godina, s tim da se takav brak na zahtjev žene može iz tog razloga razvesti prije negoli ona navrši osamnaest godina života, uz uvjet da brak nije konzumiran; okrutno ponašanje supruga, a što uključuje fizičko i psihičko zlostavljanje, prisiljavanje na vođenje

nemoralnog života, nejednak tretman u slučaju poligamije, kao i svaki drugi razlog koji je priznat kao valjan za razvod braka prema islamskom zakonu (An-Na'im, 2002, str. 223).

Što se tiče izdržavanja nakon razvoda braka, u Indiji je donesen Zakon o muslimankama iz 1986. godine[5], prema kojem ženi pripada pravo na izdržavanje od strane bivšeg supruga za vrijeme perioda čekanja.[6] U Indiji je starateljstvo regulirano Zakonom o starateljima i štićenicima koji se primjenjuje još od 1890. godine[7] i to na sve vjerske zajednice. Kada je riječ o muslimanima, sudovi primjenjuje klasične stavove hanefijske pravne škole, tako da starateljstvo dodjeljuju majci i to do 7. godine za dječake, a za djevojčice do dolaska u pubertet.

5. Koncept braka u Islamskoj Republici Pakistan

Pravni sistem Pakistana temelji se na engleskom *common law* sistemu, s odredbama koje daju Pakistanu status "islamske države", uglavnom na području ličnog prava, ali i u određenim segmentima krivičnog i trgovačkog prava (An-Na'im, 2002, str. 229).

Nakon podjele Indije[8] 1947. godine zakonodavstvo koje je reguliralo muslimansko porodično pravo, nastavilo je uređivati pitanja ličnog statusa. Komisija o braku i porodičnom pravu osnovana je 1955. godine, sa zadatkom da razmotri zakone o ličnom statusu koji se primjenjuju u novoj državi i da odredi područja koja trebaju reformu. Zakonom o muslimanskom porodičnom pravu iz 1961. godine[9] usvojeni su neki prijedlozi iz Izvještaja Komisije, a s ciljem reforme razvoda braka, uvođenja obavezne registracije braka, ograničenja poligamije, reforme zakona koji se odnosi na izdržavanje i slično.

Zakon o muslimanskom porodičnom pravu predstavlja osnovni zakon koji regulira pitanje braka u Pakistanu. Bavi se uglavnom proceduralnim aspektima braka, što znači da sudovi imaju veoma široka diskreciona prava pri-

---

5 The Muslim Women (Protection of Rights on Divorce) Act 1986, http://ncw.nic.in/acts/TheMuslimWomen(ProtectionofRightsonDivorce)Act_1986.pdf, 30. 11. 2018.

6 Postbračno čekanje žene na ponovnu udaju nakon razvoda braka.

7 Guardians and Wards Act 1890, http://ncpcr.gov.in/showfile.php?lang=1&level=1&&sublinkid=270&lid=708, 30.11.2018.

8 Podjela Indije predstavlja stvaranje dviju država Indije i Pakistana 15. augusta 1947. godine, kada je Britanija dala nezavisnost Indiji.

9 Muslim Family Laws Ordinance 1961, http://lgkp.gov.pk/wp-content/uploads/2014/03/Muslim-Family-Laws-Ordinance-1961.pdf, 1. 9. 2018.

likom odlučivanja sta čini nekodificirano muslimansko pravo (Carmit Yefet, 2009, str. 352). Zakonom je uveden i niz reformi koje se odnose na ograničenje poligamije, kao i formalizaciju postupka pomirenja u sporovima koji se odnose na razvod braka i povrat mehra[10], zajedno s određenim kaznama za nepoštivanje propisa.

Kada je riječ o poligamiji, reformama je utvrđeno sljedeće: "Ni jedan muškarac, za vrijeme trajanja postojećeg braka, ne može zaključiti drugi brak, osim uz pisanu dozvolu arbitražnog vijeća, niti brak, zaključen bez ove dozvole, može biti registriran prema ovom zakonu" (Haider, 2000, str. 313). Dakle, vidljivo je da zakon nije u potpunosti ukinuo poligamiju, ali ju je ograničio. Da bi muškarac mogao sklopiti drugi brak potreban je pristanak supruge, kao i da arbitražnom vijeću podnese zahtjev u kojem će navesti motive za sklapanje novog braka, te će vijeće na osnovu predočenog donijeti odluku, koja se zasniva na diskrecionoj ocjeni o opravdanosti zaključivanja poligamnog braka (Haider, 2000, str. 314–315). Član 14. pakistanskog zakona kaže da prilikom donošenja suda o tome šta je "pravedno i neophodno", arbitražno vijeće treba uzeti u obzir sljedeće okolnosti: sterilitet, fizičku nemoć, fizičku nespremnost za bračni odnos, svojevoljno izbjegavanje odredbe za uspostavljanje bračnih prava i psihičku bolest postojeće žene (Kupta, 1998, str. 243). Poligamni brak koji je zaključen suprotno naprijed navedenim uvjetima, iako je nezakonit i kažnjiv, neće biti poništen, s tim da prva žena u tom slučaju ima pravo na razvod braka.

Minimalna starosna dob za zaključivanje braka je 18 godina za muškarce i 16 godina za žene, a pitanje starateljstva nad ženom je regulirano prema doktrini klasične hanefijske škole, gdje odrasla žena može zaključiti brak bez staratelja, s tim da je utjecaj običaja još uvijek jak, tako da staratelj u najvećem broju slučajeva također daje saglasnost za zaključenje braka.

U pogledu razvoda braka, Zakon o muslimanskom porodičnom pravu, u članu 7. propisuje da svaki "talak" bude prethodno najavljen određenom lokalnom službeniku, kao i supruzi, gdje on neće za posljedicu imati punovažan razvod braka, sve dok od najave ne prođe devedeset dana. Tokom perioda od devedeset dana, izjavu o razvodu braka je moguće opozvati, te u tom slučaju razvod braka neće stupiti na snagu. Tokom tog perioda, lokalni službenik će također pokušati da izmiri bračne partnere, ali svakako da on ne može utjecati na djelotvornost razvoda braka, ukoliko istekne period od devedeset dana, bez opoziva izjave od strane supruga (Carol, 1998, str. 335). Možemo zaključiti da postoje četiri proceduralna uvjeta, koja se trebaju ispuniti, da

[10] Mehr je vjenčani dar u islamu, u vidu novca ili drugog imetka, koji je suprug dužan dati ženi prilikom ili nakon sklapanja braka.

bi razvod braka bio punovažan i djelotvoran prema pakistanskom zakonu. Naime, muž mora izreći "talak", tj. izjaviti da razvodi suprugu, zatim tu izjavu mora najaviti lokalnom službeniku, upoznati suprugu o tome i tek nakon proteka devedeset dana, od dana najave lokalnom službeniku, brak se razvodi, ukoliko u tom periodu nije opozvao svoju izjavu o razvodu braka. U Pakistanu se primjenjuje i razvod braka poznat kao "hul". To je zapravo pravo žene na razvod braka uz određenu finansijsku odštetu koju ona plaća mužu. Također, u slučaju kada je žena udata u periodu svog maloljetstva, a brak je zaključio njezin staratelj, ona prije navršene 18. godine života ima pravo da traži razvod braka, ali samo pod uslovom da brak nije konzumiran.

Godine 1964. donesen je Zakon o porodičnim sudovima u zapadnom Pakistanu, koji i dalje regulira nadležnost i funkcioniranje porodičnih sudova, a žalbe se podnose Visokom sudu. Porodični sudovi imaju isključivu nadležnost u pogledu razvoda braka, izdržavanja, nasljeđivanja muža, vraćanja bračnih prava i starateljstva nad djecom (Carol, 1998, str. 335).

Kada je riječ o starateljstvu nad djecom sudovi primjenjuju propise o ličnom statusu vjerske grupe kojoj pripada sam maloljetnik. Ovdje je za muslimane primijenjeno pravilo iz hanefijske pravne škole, a koje podrazumijeva da žena ima pravo na starateljstvo nad sinom do njegove navršene 7. godine života, te nad kćerkom do njezinog ulaska u pubertet.

6. Koncept braka u Maleziji

Pravni sistem Malezije temelji se na engleskom *common law* sistemu, s odredbama islamskog prava i običajima, koji čine važan izvor, naročito u ličnim stvarima (An-Na'im, 2002, str. 268). Zakoni koji se odnose na lična prava donijeli su se u većini država[11] u periodu između 1983. i 1987. godine. Kada je riječ o porodičnom pravu, u Maleziji ne postoji jedinstven pravni sistem, koji bi se primjenjivao u cijeloj državi. U državi egzistiraju dva različita pravna sistema i to jedan za muslimane, a drugi za nemuslimane. Zakon o pravnoj reformi (brak i razvod) iz 1976. godine, a koji se primjenjuje od 1. 3. 1982. godine odnosi se na Kineze, hinduiste i pripadnike drugih religija. S druge strane, za muslimane važi sistem islamskog porodičnog prava (Adullah, 2007, str. 514).

Porodično pravo, kao dio građanskog prava, nalazi se u nadležnosti federalnog zakonodavstva. Postoje tri nivoa šerijatskih sudova, paralelno i ne-

[11] Malezija je ustavna monarhija koja se sastoji od trinaest država i tri federalne teritorije.

zavisno u odnosu na građanske sudove i to – Šerijatski (subordinirani) sud, Visoki šerijatski sud i Apelacioni šerijatski sud. Visoki šerijatski sud ima nadležnost, između ostalog, u pitanjima koja se tiču zaruka i braka, razvoda, poništenja braka, bračne imovine, izdržavanja, starateljstva, nasljeđivanja i slično, ali samo u slučajevima kada su obje strane pripadnici islamske vjeroispovijesti (An-Na'im, 2002, str. 270).

Zakon o islamskom porodičnom pravu iz 1984. godine, uključujući i amandmane iz 2006. godine, predstavlja osnovni zakon koji regulira pitanja braka, registracije braka, razvoda, izdržavanja žene i djece, starateljstva, kao i pitanje kažnjavanja supruga u slučaju zaključivanja poligamnog braka ili davanja razvoda bez odobrenja suda.[12] Naprijed navedeni zakon nije dao striktnu definiciju braka, ali analizom njegovih odredbi, može se izvući zaključak da je brak vrsta ugovora između muškarca i žene, a što svakako odgovara konceptu braka u šerijatskom pravu. Članom 10. predmetnog zakona propisano je da se musliman može oženiti pripadnicom druge religije, samo u slučaju kada se radi o jednoj od objavljenih religija, dok muslimanka ne može ni u kojem slučaju zaključiti brak s nemuslimanom.

Minimalna starosna dob za zaključivanje braka je 18 godina za muškarce, te 16 godina za žene, s tim da sud daje odobrenje za zaključivanje braka maloljetniku. Osim saglasnosti volja muškarca i žene, kao uvjeta za zaključivanje braka, potreban je i pristanak staratelja žene ili odobrenje šerijatskog sudije. Registracija braka je obavezna.

Poligamija je ograničena i kontrolirana zakonom, na način da je potrebno dobiti dozvolu šerijatskog sudije za zaključivanje novog braka. Pri tome su sudovima data uputstva i zakonom je propisana procedura prilikom odlučivanja o zahtjevu za zaključivanje poligamnih brakova (Kupta, 1998, str. 248–249). Da bi se moglo odlučivati o opravdanosti i osnovanosti samoga zahtjeva, podnosilac zahtjeva je dužan sudu dostaviti i uvid u svoj lični dohodak, pojedinosti o obavezama i eventualnim dugovanjima, kao i broj osoba koje već izdržava, odnosno koje je dužan izdržavati. Osim toga, zahtjev mora pratiti i saglasnost ili mišljenje postojeće supruge ili supruga o zaključivanju novog braka. U slučaju da muškarac zaključi poligamni brak bez dozvole suda, takvo postupanje se ima smatrati prekršajem, a za koji je propisana novčana kazna ili zatvor do šest mjeseci ili izricanje obje kazne istovremeno.

U pogledu razvoda braka, Zakon o islamskom porodičnom pravu daje mogućnost i muškarcu i ženi da podnesu zahtjev za razvod braka pred sudom.

[12] Islamic Family Law (Federal Teritory) Act 1984, http://jafbase.fr/docAsie/Malaisie/FamilleIslamique.PDF, 3. 8. 2018.

Pri prijemu zahtjeva sud poziva drugu stranu, kako bi se izjasnila o razvodu. Ukoliko ne postoji saglasnost među bračnim partnerima, sud će imenovati vijeće, koje će provesti postupak mirenja. Ako ne dođe do mirenja bračnih partnera u roku od šest mjeseci, vijeće će donijeti određene preporuke u vezi s izdržavanjem i starateljstvom nad djecom. Ukoliko sud utvrdi da postoji saglasnost obiju strana za razvod braka, onda upućuje supruga da izgovori "talak", te da registrira razvod.

Razlozi zbog kojih žena može tražiti razvod braka su sljedeći: nestanak muža u periodu dužem od jedne godine; neizdržavanje od strane supruga duže od tri mjeseca; osuda supruga na kaznu zatvora u trajanju od najmanje tri godine; neizvršavanje bračnih obaveza najmanje jednu godinu; kontinuirana impotencija supruga; duševna bolest supruga u trajanju od najmanje dvije godine; u slučaju kada je brak zaključen sa starateljem, odnosno ocem ili djedom žene, prije negoli je ona navršila šesnaest godina života, pod uvjetom da brak nije bio konzumiran.[13] Poseban slučaj razvoda braka je kroz tzv. "otkupljivanje", a sastoji se u tome da se mužu isplati određena novčana suma, koju odrede i dogovore bračni partneri, te se u tom slučaju radi o neopozivom razvodu braka.

Kako bi se spriječila činjenica zloupotrebe prava na "talak" od strane muža, a koje pravo je sadržano u šerijatskom zakonodavstvu, te kako bi se svaki razvod braka registrirao, Zakon o islamskom porodičnom pravu je propisao sljedeće: "Svako ko pusti svoju suprugu izgovarajući 'talak' u bilo kojoj formi, izvan suda i bez sudske dozvole, počinio je prekršaj i bit će kažnjen novčanom kaznom do hiljadu ringita ili zatvorom do šest mjeseci ili objema kaznama" (Mahmood, 1998, str. 134).

Starateljstvo nad djecom nakon razvoda braka pripada majci u slučaju kada se radi o muškoj djeci do navršenih 7 godina i ženskoj djeci do navršenih 9 godina, s tim da sud može produžiti starateljstvo i to do navršenih 9, odnosno 11 godina.[14]

7. Koncept braka u Kraljevini Maroko

Iako je Maroko 1956. godine stekao nezavisnost, pravni sistem ove države je i dalje ostao pod velikim utjecajem francuskog prava, s jednim izuzetkom koji se odnosi na oblast porodičnog prava.

[13] Ibid., član 52.
[14] Ibid., član 84.

Porodično pravo je u Maroku kodificirano 1957/58. godine u Zakonu o ličnom statusu – "Mudawwanat al-ahwāl al-shaksiyya", koji predstavlja niz zakona koji reguliraju pitanja porodice, poput braka, razvoda braka, nasljeđivanja i starateljstva nad djecom (Memišević, 2017, str. 324). Zakon o ličnom statusu Maroka objavljivan je u dijelovima, kao niz uredbi od novembra 1957. do marta 1958. godine, da bi kasnije bio dopunjen pravnim aktima i odlukama Vrhovnog suda i Ministarstva pravosuđa (Charrad, 2001, str. 162). Predmetni zakon se odnosio na porodično pravo i predstavljao je strogo islamski zakon, u odnosu na druge propise koji su važili u Maroku. To je činjenica s kojom se slažu mnogi znanstvenici. Tako na primjer, Stephanie Bordat navodi da je "za razliku od drugih zakona izvedenih iz svjetovnog prava, Zakon o ličnom statusu jedini zakon u Maroku, koji se još uvijek temelji na vjerskim pravnim propisima, a posebno na malikijskoj pravnoj školi". (Benson, 2013, str. 3). Slično tome, antropolog Ziba Mir-Hosseini karakterizira Zakon iz 1958. godine kao kodifikaciju malikijske klasične jurisprudencije (Benson, 2013, str. 3).

Zakon o ličnom statusu je zadržao najkarakterističnije elemente klasične malikijske pravne škole. Tretirao je žene kao maloljetna lica, osim u nekoliko posebnih oblasti, kao što je pravo na upravljanje i zaštitu vlastite imovine. Shodno tome, pravila o starateljstvu nad ženom i s njim povezanom institucijom "jabr", koja podrazumijeva pravo na prisilnu udaju kćerke, zadržana su i inkorporirana u predmetni zakon, ali u blago modificiranom obliku. Naime, članom 12. stav 2. Zakona je propisano da je za prinudnu udaju kćerke i ugovaranje braka potrebno odobrenje sudije, što predstavlja reformu u odnosu na klasičnu doktrinu. Zatim, uspostavljen je zakonski minimum godina za zaključenje braka i to 15 godina za žene i 18 godina za muškarce (čl. 8. Zakona), te pravo žene na vjenčani dar (čl. 18 i 19. Zakona). Prema Zakonu iz 1958. godine poligamija je bila dozvoljena, s tim da je ona mogla biti izvor povrede prava supruge, a shodno tome i razlog za razvod braka (čl. 30. Zakona). Pravo na razvod je bilo u osnovi pravo muškarca, putem jednostranog otkaza braka, tzv. repudijacije ili "talaka". Međutim, repudijacija u ljutnji, pod zakletvom ili uslovom je smatrana zabranjenom i nevažećom (čl. 47, 49–52. Zakona), a shodno učenju klasičnih islamskih pravnika, koji su smatrali ove oblike repudijacije moralno zabranjenim, iako su pravno valjane (Memišević, 2017, str. 326). Generalni zaključak o Zakonu o ličnom statusu iz 1958. godine je takav da su brak i porodica isključivo predstavljali odgovornost muža, pri čemu se isticala njegova nadređenost nad ženom, dok se od žene očekivala poslušnost prema mužu. Kako prema učenju malikijske pravne škole nije potrebna prisutnost žene i njezin pristanak za zaključenje braka, da bi brak bio valjan, već samo saglasnost njezinog staratelja, tako se i prema Zakonu iz 1958. godine nije zahtijevala

prisutnost žene prilikom zaključivanja braka. Shodno navedenom, Zakon je zadržao učenje malikijske pravne škole, te brak faktički definirao kao stvar između muških predstavnika dviju porodica (Charrad, 2001, str.163).

Donošenjem naprijed navedenog zakona, odmah je zahtijevana njegova reforma, koja je nekoliko puta bezuspješno pokušana. Godine 1993. izvršene su određene izmjene, koje nisu bile suštinske zbog čega se dalje nastavlja borba marokanske žene za poboljšanje njezinog položaja. Godine 2004. kralj Muhamed IV je nakon usvajanja od strane parlamenta, proglasio novi Porodični zakon – "Mudawwanat al-usra", koji je donio brojne izmjene.

Zakon iz 2004. godine definira brak kao ugovor kojim muškarac i žena pristaju na zasnivanje zajedničkog i trajnog bračnog života. Svrha braka je vjernost, moral i stvaranje porodice, pod nadzorom oba supružnika, u skladu s odredbama zakona.[15] Bračni partneri su prema ovoj zakonskoj odredbi priznati kao "jednaki pred zakonom". Također, dok je prethodno porodica bila isključivo odgovornost muža, novi zakon je propisao da su muž i žena zajednički odgovorni za porodicu (Booley, 2016, str. 14). Novim zakonom institucija braka je redefinirana i bliža je ravnopravnom partnerstvu, nego potčinjavanju žene i dominaciji muškarca (Hursh, 2012, str. 263).

Novim zakonom je izjednačena i uspostavljena minimalna starosna dob za zaključenje braka i to 18 godina za oba spola, a starateljstvo nad ženom isključivo zavisi od odluke same žene. Ponuda i prihvat braka moraju biti notarski obrađeni, da bi brak bio valjan i registriran. Poligamija je i dalje dozvoljena, ali veoma ograničena, s obzirom na to da je postavljen niz zakonskih uslova, koje je gotovo nemoguće ostvariti. Kako bi došlo do zaključenja novog braka potrebna je saglasnost sudije, koji mora utvrditi da se prvoj supruzi neće učiniti nepravda, a i sam muškarac mora dokazati potrebu za novim brakom. Osim činjenice da supruga mora dati saglasnost za sklapanje novog braka njezinog muža, ona ima pravo da u vlastiti bračni ugovor unese klauzulu o zabrani poligamije, tako da bi kršenje te klauzule predstavljalo osnov za razvod braka. Ukoliko nije ugovorena jedna takva klauzula, supruga se može obratiti sudiji, koji može odbiti zahtjev za izdavanje odobrenja za zaključivanje poligamnog braka. Muškarac također mora imati dovoljno materijalnih sredstava, kako bi mogao izdržavati obje porodice (Booley, 2016, str. 15).

Uspostavljena jednakost muža i žene ogleda se i u omogućavanju jednakog pristupa na razvod braka, dok je pravo na jednostrani otkaz braka od strane

[15] Član 4, The Moroccan Family Code (Moudawana) 2004, http://www.hrea.org/moudawana. html#12, 3. 8. 2018.

supruga ograničeno prethodnim odobrenjem suda, kao i strože postavljenim uvjetima, a sve s ciljem sprečavanja zloupotrebe prava. Usmeno otkazivanje braka, koje je postojalo ranije i koje tada nije imalo za posljedicu obavezu izdržavanja djece i supruge, više nije moguće. Sam postupak razvoda braka se mora završiti u roku od 6 mjeseci, kako bi se na taj način izbjegla mogućnost da supruga i djeca ostanu bez finansijske podrške duži period, kao što je to bio slučaj s ranijim zakonom (Memišević, 2017, str. 333).

Zakonom iz 2004. godine zadržan je princip šerijatskog prava o odvojenoj imovini, dok je predmet podjele ona imovina koju su supružnici stekli za vrijeme trajanja braka. Starateljstvo nad djecom nakon razvoda braka pripada majci do njihove navršene 15 godine života, bez obzira na spol djeteta, dok su vanbračna djeca dobila zakonsko priznanje, što je veoma značajno zbog stvaranja obaveze izdržavanja.

8. Koncept braka u jevrejskom pravu – Država Izrael

Država Izrael predstavlja jedini zapadni režim u kojem ne postoji mogućnost sklapanja civilnog braka i njegovog razvoda (Carmit Yefet, 2016, str. 1509). Od samog osnivanja ove države prihvaćen je osmanski "milet sistem", prema kojem je područje bračnog prava u potpunosti prepušteno u nadležnost vjerskih zajednica. Svaka od četrnaest priznatih vjerskih zajednica tj. jevrejska, muslimanska, vjerska zajednica druza i baha'ija, kao i deset kršćanskih zajednica, imaju vlastite propise i sudove, koji imaju isključivu nadležnost da postupaju u bračnim pitanjima (Carmit Yefet, 2016, str. 1508).

Godine 1953. donesen je Zakon o nadležnosti rabinskih sudova. Rabinski sudovi primjenjuju jevrejski vjerski zakon ili "Halahu" (Krishnan & Galanter, 2000, str. 122). Prema navedenom zakonu, minimalna starosna dob za zaključivanje braka je 18 godina, kako za muškarce, tako i za žene. Prema jevrejskom zakonu, brak je usmeni, a ne pisani ugovor, no neposredno prije svečane ceremonije, mladenci će potpisati dokument, poznat kao "ketuba", koji je obično napisan na aramejskom ili hebrejskom jeziku, a može se prevesti i na engleski jezik. "Ketuba" je prije svega poseban predbračni ugovor, koji je sastavni dio perfektuacije sklapanja braka, koji se sklapa kao završni čin bračnih svečanosti, a koji potpisuju mladenci, kao i rabin koji predvodi ceremoniju sklapanja braka. "Ketuba" je dio svečanog sklapanja braka, ali s obzirom na njegov sadržaj, odnosno odredbe koje se odnose na dužnosti bračnih partnera za vrijeme trajanja braka, kao i odredbe o obeštećenju supruge u slučaju razvoda, on ima više elemenata predbračnog nego bračnog ugovora. Potpisom ovog ugovora suprug se obavezuje zadovoljiti osnovne

potrebe supruge kao što su hrana, odjeća i seksualni odnos. Suprug stiče pravo na korištenje imovine koju supruga donosi u brak, pravo na novac koji ona zaradi za vrijeme trajanja bračne zajednice, kao i pravo da je naslijedi (Solovy, 1996, str. 496). Također, klauzulom ugovora, koja se naziva "ikar ketuba", ugovara se određeni novčani iznos ili druga imovinska sredstva, koja je muž obavezan dati ženi u slučaju da dođe do razvoda braka. Ova posebna vrsta poklona se naziva "mohar" i on se nikad ne realizira dok traje bračna zajednice, već samo u slučaju razvoda braka.

Kada je riječ o razvodu braka, on je valjan pod uvjetom da muž ženi "izda" dokument, koji se u hebrejskom jeziku naziva "get". Ovim dokumentom se razrješava brak i obaveze koje žena ima prema mužu. S druge strane, razvod braka je teško dobiti naročito ako ste žena. Da bi žena mogla zahtijevati razvod braka, potrebno je da joj suprug potpiše i preda tzv. "pismo razvoda", pri čemu jevrejski vjerski zakon ne propisuje mogućnost prisiljavanja muža da potpiše predmetno pismo. Pored toga, moguće su i situacije kada je prebivalište muža nepoznato, ili je eventualno preminuo, ali žena nema dokaz o tome. U takvom slučaju, takve žene se nazivaju "agunah", što u prijevodu s hebrejskoj jezika znači "vezana lancima", simbolično ukazujući na to da takva žena ne može dobiti razvod braka. Međutim, usljed utjecaja i pritisaka organizacija i udruženja, koja se zalažu za prava žena, u Izraelu je vremenom uspostavljen sistem dualnih sudova.

Sva imovinskopravna pitanja bračnih partnera i pitanja starateljstva nad djecom nakon razvoda braka se mogu rješavati kako pred rabinskim sudovima, tako i pred civilnim sudovima. Međutim, pitanje razvoda braka putem "pisma" je i dalje pod isključivom nadležnošću vjerskih sudova (Lavee & Katz, 2003, str. 200). Istovremena nadležnost vjerskih i civilnih sudova podrazumijeva da će biti nadležan onaj sud kojem se tužba podnese. S obzirom na to da su civilni sudovi pogodniji za žene, u praksi se uglavnom žene obraćaju civilnim, a muškarci vjerskim sudovima. Godine 1995. izraelski parlament, zvani "Kneset" je rabinskim sudovima dao veliki broj ovlaštenja, tako da oni mogu izricati sankcije muškarcima koji ne žele dati razvod braka ženama, ali sve u granicama i u skladu s jevrejskim vjerskim zakonom. Tako rabinski sudovi mogu muškarcima izreći mjeru zabrane putovanja u inostranstvo, zatim mogu blokirati bankovne račune, ukidati određene profesionalne licence koje posjeduju, a čak i odrediti mjeru pritvora.

U većini drugih država, gdje žive Jevreji i gdje su formirane jevrejske zajednice, vjerski razvod braka nije obavezan, već isključivo civilni, ali se žene, koje su povezane s ortodoksnim i konzervativnim pokretima, zalažu za vjerski razvod braka, a iz razloga što se prema jevrejskom pravu one neće smatra-

ti legitimno udatim, odnosno razvedenim (Weiss & Gross-Horowitz, 2013, str. 26). Izraelski Rabinat tvrdi da su žene u Izraelu koje žele dobiti "get" u mnogo boljem položaju negoli Jevrejke u dijaspori, gdje sud ne može prisiliti muškarca da razvede suprugu, dok izraelski sudovi imaju tu mogućnost. Rabinat zbog toga zahtijeva jurisdikciju nad svim Jevrejima, bez obzira na to gdje se oni nalazili (Weiss & Gross-Horowitz, 2013, str. 26).

Iako su kritike pravnog sistema Izraela u pitanjima ličnog statusa i ličnih prava sve glasnije, pokazalo se da je ono što je utvrđeno Zakonom o nadležnosti rabinskih sudova 1953. godine veoma teško mijenjati. Međutim, razvilo se nekoliko načina u cilju zaobilaženja ograničenja uspostavljenih ovim zakonom, te tako nastaje institucija "zajedničkog života", a i Vrhovni sud Izraela je donio presudu u slučaju "Schlezinger protiv Ministarstva unutrašnjih poslova", kojom je zauzeo stav da se priznaju brakovi koje su njihovi državljani zaključili u inostranstvu. U drugom predmetu "Yossi Ben-Ari i drugi protiv Direktora Uprave za stanovništvo, Ministarstvo unutrašnjih poslova" iz 2006. godine, sud je naložio državi da registrira sve istospolne brakove, sklopljene u drugim državama. Ipak, sudskom praksom nisu riješeni svi problemi s kojima se suočavaju državljani Izraela, s obzirom na to da rabinski sudovi i dalje imaju isključivu nadležnost kod razvoda braka, čak i u slučajevima kada je bračni par zaključio građanski brak u inostranstvu (Lerner, 2014, str. 401).

Sekularisti nisu uspjeli da oblast braka i razvoda braka prenesu iz vjerskog u građansko područje, ali su se uspjeli izboriti za donošenje građanskog zakona u oblasti starateljstva nad djecom, te u oblasti imovinsko-pravnih odnosa bračnih partnera. Zakonom o starateljstvu iz 1962. godine je propisano da se sve odluke koje se donose i tiču djece, moraju donositi u najboljem interesu djeteta, te da roditelji imaju jednaku odgovornost prema djeci (Fournier, McDougall & Lichtsztral, 2012, str. 341).

Prema jevrejskom vjerskom pravu, koje primjenjuju rabinski sudovi, starateljstvo nakon razvoda braka nad djecom do navršenih 6 godina pripada majci, a preko navršenih 6 godina ocu ukoliko se radi o dječaku, a majci ukoliko se radi o djevojčici.

Zakonom o bračnoj imovini iz 1972. godine je propisano da supružnici imaju jednaka prava u bračnoj stečevini, a što je u suprotnosti s jevrejskim vjerskim zakonom, prema kojem muž zadržava cjelokupno pravo vlasništva nad imovinom stečenom za vrijeme trajanja bračne zajednice (Fournier, McDougall & Lichtsztral, 2012, str. 341).

9. Koncept braka u engleskom i velškom pravu

Kada govorimo o konceptu braka u engleskom i velškom pravu odmah uočavamo činjenicu da je brak kao institucija i društveni fenomen od sedamdesetih godina 20. stoljeća doživio radikalnu promjenu. Mnogi sociolozi trenutno stanje nazivaju "kritičnim trenutkom" u dugoj historiji braka, s obzirom na to da je sve manje zaključivanja novih brakova, sve više razvoda, a tradicionalni koncept porodice se mijenja.

Razmatrajući zakonodavne propise Engleske i Velsa, u oblasti bračnog prava, nije jednostavno odgovoriti na pitanje kakav je koncept braka u engleskom i velškom pravu. Naime, Zakon o braku iz 1949. godine opisuje postupke koji se moraju preduzeti kako bi se brak solemnizirao i registrirao, bez definiranja braka. Zakon o istospolnim brakovima iz 2013. godine također ne daje definiciju braka, kako građanskog, tako ni vjerskog. Možemo zaključiti da u očima države brak predstavlja pravni status. Donošenjem Zakona o istospolnim brakovima različitost spolova prestaje biti uslov valjanosti braka. Danas, da bi brak bio valjan potrebno je samo da bude monogaman i da bude sklopljen u skladu s propisima Zakona o braku.

Brak se može sklopiti u građanskoj ili u vjerskoj formi. Brak se najčešće sklapa u anglikanskoj crkvi kao dominantnoj. Posebnu kategoriju čine jevrejski i kverski brak. Danas se brak može sklopiti i u formi bilo koje ne-anglikanske konfesije, ali se u tom slučaju moraju ispuniti određeni uslovi u pogledu forme braka, predviđeni građanskim zakonom. Traži se da brak sklapa autorizirano lice u registriranoj zgradi. Ovi uslovi treba da osiguraju da se brak zaista sklapa u vjerskoj formi, a ne građanskoj, koja bi bila konkurentna zvaničnoj građanskoj formi (Kovaček Stanić, 2002, str. 41).

Minimalna starosna doba za zaključivanje braka je 18 godina za oba spola, s tim da lica s navršenih 16 godina života mogu zaključiti brak uz prethodnu saglasnost roditelja ili staratelja, a u slučaju da takva saglasnost izostane, sud može odobriti zaključivanje braka.

Godine 2004. donesen je Zakon o građanskom partnerstvu[16], koji u članu 1. partnerstvo definira kao vezu između dvoje ljudi istog spola, koji su registrirali svoj partnerski odnos. Prema ovom zakonu civilni partneri imaju prava i dužnosti slične pravima i obavezama koje proizlaze iz braka. Osobama suprotnog spola nije dozvoljeno da se registriraju kao civilni partneri, s tim da

[16] Civil Partnership Act 2004., http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/pdfs/ukpga_20040033_en.pdf, 1. 8. 2018.

mogu zaključiti građanski brak, bez vjerskih elemenata. Civilno partnerstvo prestaje u slučaju smrti, raskida ili poništenja.[17]

Donošenjem Zakona o istospolnim brakovima 2013. godine različitost spolova ne predstavlja jedan od uslova za zaključenje braka. Prema navedenom zakonu pojam muža uključuje muškarca koji je u braku s drugim muškarcem, a pojam supruge uključuje ženu koja je u braku s drugom ženom. Zakon priznaje valjanost braka osobama koje su promijenile spol, na način da ih tretira kao istospolne bračne partnere, odnosno njihov novi spol postaje službeno priznat. Prije donošenja zakona, osobe koje su željele promijeniti spol, morale su se razvesti od svog bračnog partnera. Istospolni brakovi zaključeni u inostranstvu su donošenjem Zakona o istospolnim brakovima također priznati. Prema članu 9. stav 1. predmetnog zakona[18] moguće je konvertirati građansko partnerstvo u brak. Istospolni bračni partneri sve do 2017. godine nisu imali u potpunosti ista prava kao i bračni partneri različitog spola. To se posebno odnosilo na penziona prava nadživjelog bračnog partnera. Međutim, 2017. godine Vrhovni sud Engleske[19] je utvrdio da se radi o diskriminaciji i da svakom nadživjelom bračnom partneru treba pružiti jednaka prava. Parovi istog spola u Engleskoj i Velsu sada imaju iste mogućnosti kao parovi različitog spola, kada je u pitanju sklapanje braka u građanskoj formi, ali nailaze na prepreke ukoliko se odluče za vjersko vjenčanje. Samo mali broj vjerskih organizacija dopušta istospolni brak, a samim zakonom je regulirano da se ni na koji način neće utjecati na stavove vjerskih zajednica o istospolnim brakovima.

U engleskom i velškom zakonodavstvu posebna pažnja je posvećena razvodu braka i njegovim pravnim posljedicama, budući da sud ima široko diskreciono pravo da odlučuje o imovinskopravnim pitanjima među bračnim partnerima. Zakon o bračnim pitanjima iz 1973. predstavlja temeljni zakon kojim se reguliraju uzroci za razvod braka, imovinska pitanja i podjela bračne stečevine. Naprijed navedeni zakon je izmijenjen Zakonom o bračnim i porodičnim postupcima (Matrimonial and Family Proceedings Act) iz 1984. godine, te je uveden koncept "čistog raskida" (clean break) (Kovaček Stanić, 2002, str. 96–97). *Clean break* podrazumijeva takav oblik razvoda braka, nakon kojeg bivši supružnici više neće imati nikakvih imovinskih veza i neće imati pravo pokretanja pitanja bračne stečevine u budućnosti. Godine 1996. je donesen Zakon o porodičnom pravu, sastavljen od dva zakona, gdje se jed-

[17] Ibid., član 3.
[18] Marriage (Same Sex Couples) Act 2013, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/pdfs/ukpga_20130030_en.pdf, 1. 8. 2018.
[19] Vidi presudu: Walker v Innospec, https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0090-press-summary.pdf, 29. 11. 2018.

nim reformira razvod braka, a drugim regulira porodično nasilje. Za razliku od prethodnih zakona, ovaj zakon u naslovu ne sadrži termin "razvod", zbog toga što obuhvata i druga pitanja, ali i zbog općih principa koji predviđaju podržavanje opstojnosti institucije braka. Ipak, dio koji se odnosi na razvod braka nije počeo s primjenom, tako da se još uvijek primjenjuje Zakon o bračnim pitanjima iz 1973. godine. Prema navedenom zakonu iz 1973. godine, nije moguće tražiti razvod braka prije negoli istekne najmanje jedna godina dana od zaključivanja braka. Ovakva odredba zakona temelji se na uvjerenju da je brak važna institucija koja garantira stabilnost supružnicima, njihovoj djeci i društvu. Nema izuzetka od ovog pravila, čak i kada je jedan bračni partner nasilan.

Član 1. stav 2. predmetnog zakona[20] propisuje da će se brak razvesti samo ukoliko je bračna zajednica trajno slomljena, a podnositelj zahtjeva za razvod braka dokaže postojanje jedne od sljedećih situacija:

- preljubu drugog bračnog partnera, zbog čega je došlo do nepodnošljivosti zajedničkog života;
- ponašanja drugog bračnog partnera zbog kojeg je neopravdano i nerazumno očekivati nastavak dalje bračne zajednice;
- napuštanje bračne zajednice od drugog bračnog partnera u neprekidnom trajanju od minimalno dvije godine, prije pokretanja postupka;
- ukoliko su bračni partneri živjeli odvojeno u periodu od najmanje dvije godine, a drugi bračni partner je saglasan sa zahtjevom za razvod braka;
- odvojen život bračnih partnera u trajanju od najmanje pet godina.

Nakon razvoda braka roditelji se mogu dogovoriti o starateljstvu nad djecom i o kontaktima koje će ostvarivati drugi roditelj. Ukoliko dogovor nije moguće postići, podnosi se zahtjev sudu koji donosi odluku, imajući u vidu dobrobit djeteta.

10. Sličnosti i razlike između koncepta braka u islamskom, jevrejskom, engleskom i velškom pravu

Brak se definira kao ugovor u islamskom i jevrejskom pravu, dok pozitivno englesko i velško zakonodavstvo ne pruža definiciju braka, ali analizom

[20] Matrimonial Causes Act 1973., http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/18/pdfs/ukpga_19730018_en.pdf, 28. 7. 2018.

normativnih akata Engleske i Velsa izvodimo zaključak da je brak zakonom uređena zajednica dvoje ljudi, te u očima države brak predstavlja pravni status. Kodifikacija šerijatskog porodičnog prava Kadri-paše brak definira kao ugovor s posebnim statusom, a iz razloga što za njegovo zaključivanje nije dovoljna saglasnost volja ugovornih strana, već i ispunjenje drugih pretpostavki i uvjeta. U državama u kojima žive i borave muslimani, a čije je pozitivno zakonodavstvo analizirano kroz ovaj članak, u suštini se ne odstupa od definicije braka iz predmetne kodifikacije, odnosno egipatski i marokanski normativni akti su definirali brak kao ugovor sa slično definiranim ciljevima i svrhom. Zakoni Indije, Pakistana i Malezije ne definiraju brak, ali se njihovim tumačenjem može doći do zaključka da je brak ugovor. Jevrejski vjerski zakon brak definira kao usmeni ugovor, iako mladenci potpisuju vrstu dokumenta, poznatog kao "ketuba", a koji se zbog svog sadržaja definira i tretira kao predbračni ugovor.

Kodifikacija šerijatskog porodičnog prava ne predviđa obavezu registracije braka, ali su države uglavnom svojim pozitivnim zakonodavstvom u tom dijelu odstupile od klasičnog učenja hanefijske pravne škole. To je slučaj s Pakistanom, Malezijom i Marokom, te Indijom samo u slučaju međureligijskih brakova, dok za brakove među supružnicima iste vjeroispovijesti, konkretno islamske, nije potrebna registracija. Za razliku od naprijed navedenih država, Egipat u tom dijelu nije odstupio od klasičnog islamskog učenja, tako da se brakovi još uvijek mogu zaključivati u skladu s običajnim pravom, te se ne smatraju nezakonitim i nepostojećim. Razlika između registriranog i neregistriranog braka u Egiptu ogleda se u tome što žene u neregistriranim brakovima nemaju ista prava kao žene u registriranim brakovima. Registracija braka je obavezna i u Izraelu, Engleskoj i Velsu.

Sve države su svojim zakonima odredile minimalnu starosnu dob za zaključivanje braka. Da bi zaključili brak, muškarac i žena moraju navršiti po 18 godina života u Maroku, Izraelu, Engleskoj i Velsu. Istu minimalnu starosnu dob za muškarce propisuje egipatsko, pakistansko i malezijsko zakonodavstvo, dok se za žene zahtijeva da prilikom zaključivanja braka budu najmanje 16 godina stare. Indijski normativni akti su tu starosnu dob podigli na 21 godinu za muškarce, te 18 godina za žene. U Engleskoj i Velsu je moguće da sud odobri zaključivanje braka osobama mlađim od 18, a starijim od 16 godina. Prema klasičnom islamskom učenju maloljetstvo nije bračna smetnja, ali je i sam Kadri-paša u svojoj kodifikaciji uveo ograničenje, u smislu da maloljetna ženska osoba neće stupiti u bračnu zajednicu, sve dok ne bude sposobna za brak, s tim da staratelj ima pravo zaključiti takav brak u ime maloljetne ženske osobe.

Pitanje starateljstva nad ženom je nepoznanica u engleskom i velškom, te jevrejskom pravu, za razliku od islamskog prava. Staratelj žene prilikom zaključivanja braka je obavezan u Egiptu, s tim da on ne može spriječiti zaključivanje braka iz razloga kao što su status mladoženje, iznos vjenčanog dara i slično. Kako se u Indiji primjenjuje nekodificirano islamsko pravo, odnosno klasični pravni tekstovi i običaji, prisustvo staratelja je također obavezno. U Pakistanu pravno pravilo glasi da odrasla žena može zaključiti brak bez staratelja, ali među stanovništvom je i dalje jak utjecaj običaja, zbog čega se češće pribjegava zaključivanju braka uz prisustvo staratelja. Malezijski normativni akti propisuju obavezan pristanak staratelja za zaključivanja braka ili u slučaju izostanka pristanka, šerijatski sudija može dati odobrenje za zaključivanje braka. U Maroku je u potpunosti napuštena institucija starateljstva, te će staratelj biti prisutan samo ukoliko to zahtijeva žena.

Za razliku od islamskog prava, poligamija je nepoznanica u jevrejskom[21] kao i u engleskom i velškom pravu. Klasično islamsko pravo dozvoljava poligamiju bez ikakvih ograničenja, s tim da su države normativnim aktima postavile niz ograničenja i zabrana. U svim državama žena ima pravo na razvod braka u slučaju da se ne slaže s poligamnim brakom svoga muža, te uprkos činjenici da je većina država zakonima definirala proceduru i uvjete za zaključivanje poligamnog braka, ipak njihovo nepoštivanje nema za posljedicu ništavost zaključenog poligamnog braka.

Kada je riječ o razvodu braka, sličnost islamskog i jevrejskog prava se ogleda u tome što muškarac ima pravo na razvod braka bez davanja obrazloženja zašto se želi razvesti, a razlika između islamskog i jevrejskog prava je u tome što islamsko pravo, odnosno pozitivno zakonodavstvo muslimanskih država, daje mogućnost ženi da traži razvod braka i to samo iz određenih razloga i pod određenim uvjetima, dok jevrejsko pravo ne daje jednu takvu mogućnost ženi. Sve muslimanske države koje su predmet istraživanja u ovome članku su prepoznale opasnost i posljedice zloupotrebe prava muškarca na razvod braka, zbog čega su pribjegle određenim zakonskim rješenjima. U Egiptu je muž u obavezi da sastavi pisanu izjavu, ovjeri je kod notara i proslijedi supruzi, dok je u Maleziji razvod dat supruzi van suda i bez sudske dozvole prekršaj, za koji je predviđena novčana ili zatvorska kazna. Pakistansko zakonodavstvo također predviđa obavezu prethodne najave razvoda braka lokalnom službeniku, kao i supruzi, dok je u Maroku jednostrani otkaz braka od strane supruga ograničen prethodnim odobrenjem suda, kao i strože postavljenim uvjetima. Najviše problema sa zloupotrebom prava na

[21] Judaizam kao religija dozvoljava poligamiju, ali ona je pozitivnim zakonodavstvom Države Izrael zabranjena.

razvod braka usmenim putem od strane muža je imala Indija, zbog čega je i 2017. godine ukinuto pravo na tzv. "trostruki" razvod braka, ali zbog nedonošenja novog posebnog zakona, "trostruki" razvod je i dalje prisutan u praksi. Englesko i velško pravo je u potpunosti izjednačilo bračne partnere kada je riječ o razvodu braka, za razliku od islamskog i jevrejskog prava, te oba bračna partnera imaju pravo tražiti razvod braka, uz ispunjenje određenih uvjeta, a koji podjednako važe za oba bračna partnera. Dok u svim drugim državama žena ima pravo tražiti razvod braka, negdje sa strože, a negdje s blaže postavljenim uvjetima, u Izraelu žena faktički nema pravo na razvod braka, ukoliko je suprug ne želi razvesti. Godine 1995. uvedena je mogućnost sankcioniranja takvih muževa, ali je sve to u cilju prisiljavanja supruga da razvede suprugu, jer sud neće razvesti brak bez zahtjeva ili saglasnosti supruga.

Razvod braka sa sobom povlači i pitanje starateljstva nad djecom, odnosno kome će dijete biti povjereno na brigu i odgoj. Osim Egipta, gdje očevi gotovo nikad ne dobijaju starateljstvo nad djecom, u ostalim državama, dijete do određene dobi se nakon razvoda braka povjerava na brigu i odgoj majci, a preko te dobi ocu. U Engleskoj i Velsu, ukoliko ne postoji dogovor među razvedenim bračnim partnerima, sud odlučuje o tome kome će povjeriti starateljstvo nad djetetom, uzimajući u obzir dobrobit i najbolje interese djeteta. Ista je situacija i sa Izraelom kada o starateljstvu nad djetetom odlučuje civilni sud, dok se u slučaju kada odlučuje rabinski sud, primjenjuju pravila iz jevrejskog vjerskog prava, a koja su slična onim iz islamskog prava. Sličnost se ogleda u tome što se propisuje određena životna dob djeteta, do koje se dijete uvijek povjerava na brigu i odgoj majci.

Istospolni brakovi su nepoznanica u islamskom pravu, odnosno oni su strogo zabranjeni, te ni jedan od normativnih akata muslimanskih država ne definira istospolne brakove, niti ih uzima u obzir kada govori o braku i porodici. Jevrejsko pravo također zabranjuje istospolne brakove, ali je izraelski sud svojom odlukom naložio registraciju svih istospolnih brakova, zaključenih u inostranstvu. Za razliku od islamskog i jevrejskog prava, englesko i velško pravo je otvorilo vrata istospolnim brakovima donošenjem Zakona 2013. godine.

11. Zaključak

Koncept braka u islamskom, jevrejskom, engleskom i velškom pravu ima određenih sličnosti i razlika. U Egiptu, Indiji, Pakistanu, Maleziji i Maroku koncept braka i dalje se zasniva na islamskom pravu, odnosno na tumače-

njima pravne škole, koja dominira u svakoj pojedinačnoj zemlji. Posljednje dvije decenije izvršene su značajne reforme kao što je ona u Maroku, čime su žene dobile više prava u bračnim pitanjima, a posebno u pitanjima razvoda braka, koji izaziva mnoge kontraverze, kako u domaćoj, tako i stranoj javnosti. Usljed raznih zloupotreba, veliki broj muslimanskih zemalja je zakonima propisao ograničenja poligamnih brakova, koja se najviše ogledaju u uvođenju saglasnosti državnih organa za sklapanje poligamnih brakova, pri čemu se u većini slučajeva saslušava supruga ili supruge muža, koji želi zaključiti novi brak. Također, traže se objektivni razlozi poput steriliteta supruge, nemogućnosti ispunjavanja bračne dužnosti, bolesti i slično. Ženama se u svakom slučaju daje mogućnost da predbračnim ugovorom vežu muža za monogamni brak. Kada je riječ o istospolnim brakovima, o tome uopće nema govora u navedenim zemljama, budući da su oni strogo zabranjeni u islamskoj religiji. Starateljstvo uglavnom pripada majci do određene starosne dobi, nakon čega otac preuzima ulogu staratelja, sa izuzetkom Egipta gdje su majke privilegirane, u smislu da očevi pored toga što ne mogu dobiti starateljstvo, imaju i određena ograničenja u ostvarivanju kontakata s djecom.

Država Izrael, koja u pitanjima braka i razvoda braka primjenjuje prava vjerskih zajednica, kojima pripadaju bračni partneri, ne predviđa zaključivanje civilnih brakova, zbog čega se postavlja pitanje šta je s njenim državljanima koji su ateisti ili žele zaključiti međureligijski brak? Popunjavanje ove pravne praznine je izvršeno na način da se takvi brakovi priznaju ukoliko su zaključeni u inostranstvu. Poligamija, iako po mozaičko-talmudskom pravu nije zabranjena, u Izraelu je ukinuta. Također, iznenađuje činjenica da su zajednice istospolnih partnera, sklopljene u inostranstvu, priznate u državi, u kojoj vjera suštinski utječe na mnoge tokove života. Starateljstvo nad djecom dodjeljuje se roditeljima imajući u vidu najbolji interes djeteta, ukoliko su se supružnici obratili civilnom sudu, odnosno u skladu s jevrejskim pravom ukoliko su se obratili rabinskom sudu.

Kada je riječ o porodičnom zakonodavstvu Engleske i Velsa ističe se da Zakon o braku ne daje konkretnu definiciju braka, ali se može zaključiti da brak predstavlja pravni status. Zakon o braku iz 1949. godine pretrpio je niz izmjena, a naročito je bitna ona koja se odnosi na ukidanje različitosti spolova kao uslova za zaključenje braka. Pored donošenja Zakona o civilnom partnerstvu, korak dalje otišlo se donošenjem Zakona o istospolnim brakovima 2013. godine, kojim su istospolni bračni partneri dobili sva prava koja uživaju i bračni partneri različitog spola. Starateljstvo nad djecom određuje sud, imajući u vidu najbolji interes djeteta.

Koncept braka u islamskom, jevrejskom, engleskom i velškom pravu, kao što je vidljivo, ima određenih sličnosti i razlika. Ipak, islamsko i jevrejsko pravo, kao religijska prava, imaju veći broj zajedničkih instituta. Iznenađuje činjenica da čak i u engleskom i u velškom pravu, koje je doživjelo nevjerovatnu reformu u 21. stoljeću, razvod braka i dalje ostaje ograničen određenim uvjetima, odnosno dokazivanjem krivice drugog bračnog partnera. Također, činjenica da Izrael priznaje istospolne brakove ukazuje na to da i ova država prolazi kroz određene promjene, a sve usljed pritisaka njenih novih zapadno orijentiranih državljana.

Bibliografija

1. Abdullah, R. (2007). A Study of Islamic Family Law in Malaysia: A Select Bibliography. *International Journal of Legal Information*, 35 (3), 514–536.
2. An-Na'im, A. (2002). *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book*. London. New York: Zed Books.
3. Benson, K. (2013). The Moroccan Personal Status Law and the Invention of Identity: A Case Study on the Relationship between Islam, Women and the State. *UCLA Journal of Islamic and Near Eastern Law*, 12 (1), 1–11.
4. Bernard-Maugiron, N. (2010). *Personal Status Laws in Egypt*. Preuzeto 18. 7. 2018, sa https://www.genderingermandevelopment.net
5. Booley, A. (2016). The Right and Freedoms of Moroccan Women: has the 2004 reforms benefited Moroccan Women? *Per: Potchefstroom Electronic Law Journal*, 19 (1), 1–23.
6. Carmit Yefet, K. (2016). Israeli Family Law as a Civil Religious Hybrid: Cautionary Tale of Fatal Attraction. *University of Illinois Law Review*, 2016 (4), 1505–1534.
7. Carmit Yefet, K. (2009). What's the constitution got to do with it? Regulating marriage in Pakistan. *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 16 (2), 347–378.
8. Carol, L. (1998). Muslimanke i islamski razvod braka u Engleskoj. U: Grebo. Z (ured.). *Šerijatsko pravo u savremenim društvima* (str. 333–357). Sarajevo: Pravni centar, Fond otvoreno društvo BiH.
9. Charrad, M. (2001). *States and Women's Rights, The Making of Postcolonial Tunisia, Algeria and Morocco*. Berkeley, Los Angeles, London: University of Colonia Press.

10. Civil Partnership Act 2004. Preuzeto 1. 8. 2018. sa http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/pdfs/ukpga_20040033_en.pdf

11. Family Courts Act (1984). Preuzeto 23. 7. 2018. sa http://ncw.nic.in/acts/The_Family_Courts_Act_1984.pdf

12. Fournier, P. McDougall & P. Lichtsztral, M. (2012). Secular Rights and Religious Wrongs? Family Law, Religion and Women in Israel. *William & Mary Journal of Women and the Law,* 18 (2), 333–362.

13. Guardians and Wards Act, 1890. Preuzeto 30. 11. 2018 sa http://ncpcr.gov.in/showfile.php?lang=1&level=1&&sublinkid=270&lid=708,

14. Gupta, K. (1998). Poligamija – pravna reforma u modernim muslimanskim državama: komparativnopravna studija. U: Grebo. Z (ured.). *Šerijatsko pravo u savremenim društvima* (str. 219–256). Sarajevo: Pravni centar, Fond otvoreno društvo BiH.

15. Haider, N. (2000). Islamic Legal Reform: The Case od Pakistan and Family Law. *Yale Journal of Law & Feminism*, 12 (2), 287–341.

16. Hursh, J. (2012). Advancing Women's Rights Through Islamic Law: The Example of Morocco. *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice,* 27(2), 252–306.

17. Islamic Family Law (Federal Teritory) Act 1984. Preuzeto 3. 8. 2018. sa http://jafbase.fr/docAsie/Malaisie/FamilleIslamique.PDF

18. Kavazović, H. (2012). *Dvije kodifikacije šerijatskog porodičnog prava.* Sarajevo: El-kalem.

19. Lavee, Y. & Katz, R. (2003). The Family in Israel: Between Tradition and Modernity. *Marriage and Family Review*, 35 (1–2), 193–217.

20. Lerner, H. (2014). Critical Junctures, Religion, and Personal Status Regulations in Israel and India. *Law & Social Inquiry*, 39 (2), 387–415.

21. Kovaček Stanić, G. (2002). *Uporedno porodično pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

22. Krishnan, J. & Galanter, M. (2002). Personal Law and Human Rights in India and Israel. *Israel Law Review,* 34 (1), 101–133.

23. Mahmood, T. (1998). Reforma krivičnog prava u muslimanskim zemljama: odrazi tradicionalnog i modernog zakonodavstva. U: Grebo. Z (ured.). *Šerijatsko pravo u savremenim društvima* (str. 219–256). Sarajevo: Pravni centar, Fond otvoreno društvo BiH.

24. Marriage (Same Sex Couples) Act 2013. Preuzeto 01.08.2018. sa http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/pdfs/ukpga_20130030_en.pdf

25. Matrimonial Causes Act 1973. Preuzeto 28.07.2018. sa http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/18/pdfs/ukpga_19730018_en.pdf,

26. Memišević, E. (2017). Mudawwana: porodični zakon Maroka. U: Mutapčić. E (ured.). *Zbornik radova sa naučnog skupa Historije države i prava BiH, izazovi i perspektive* (323–337). Tuzla: Zavod za zaštitu i korištenje kulturno-historijskog i prirodnog naslijeđa Tuzlanskog kantona.

27. Muslim Family Laws Ordinance 1961. Preuzeto 1. 9. 2018. sa http://lgkp.gov.pk/wp-content/uploads/2014/03/Muslim-Family-Laws-Ordinance-1961.pdf.

28. Quraishi, A. & Vogel, F. (2008). *The Islamic Marriage Contract, Case Studies in Islamic Family Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

29. Solovy, J. (1996). Civil Enforcement of Jewish Marriage and Divorce: Constitutional Accommodation of a Religious Mandate. *DePaul Law Review,* 45 (2), 493–535.

30. The Moroccan Family Code (Moudawana) 2004. Preuzeto 3. 8. 2018. sa http://www.hrea.org/moudawana. html#12

31. The Muslim Women (Protection of Rights on Divorce) Act 1986. Preuzeto 30. 11. 2018. sa http://ncw.nic.in/acts/TheMuslimWomen(ProtectionofRightsonDivorce)Act_1986.pdf.

32. Walker v Innospec. Preuzeto 29.11. 2018. sa https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0090-press-summary.pdf

33. Weiss, S. & Gross-Horowitz, N. (2013). *Marriage and Divorce in Jewish State: Israel's Civil War*. Waltham, Massachusetts: Brandeis University Press.

Amila Svraka-Imamović, MA iur.
Assistant
University of Sarajevo
Faculty of Law
a.svraka.imamovic@pfsa.unsa.ba

THE CONCEPT OF MARRIAGE IN ISLAMIC, JEWISH, ENGLISH, AND WELSH LAW

Summary

Marriage is defined as a contract in Islamic and Jewish law, while the positive English and Welsh legislation does not provide the definition of marriage, but by analysing the normative acts we draw a conclusion that marriage is a legally regulated union of two people, and that in the eyes of the state marriage represents a legal status. In countries in which Muslims live and reside, and whose positive legislation is analysed through this article, it is basically not digressed from the definition of marriage given in the codification of Islamic family law conducted by an Egyptian scholar Muhammad Qadri Pasha. While Egyptian and Moroccan normative acts defined marriage as a contract, the laws of India, Pakistan and Malaysia do not define marriage, but their interpretation leads to a conclusion that marriage represents a contract between a man and a woman. Jewish religious law defines marriage as an oral agreement, even though the newlyweds sign a type of document, known as "ketubah", which is defined and treated as a prenuptial agreement due to its content.

When it comes to divorce, the similarity between the Islamic and Jewish law is reflected in the fact that the man has the right to divorce without providing an explanation why he wants to get a divorce, and the difference between the Islamic and Jewish law is in the fact that the Islamic law, meaning positive legislation of Muslim states, provides a possibility for the woman to ask for a divorce but only for specific reasons and under certain conditions, while the Jewish law does not provide such an option for the woman. All Muslim states that are subject of research in this article have recognised the danger and the consequences of potential abuse of the man's right to divorce, which is why they resorted to certain legislative solutions. The legislations of England and

Wales also prescribe certain limitations for the divorce, but unlike the Islamic and Jewish law, these limitations refer equally to men and women both.

Keywords: *concept of marriage, marriage law, family law, Islamic law, Jewish law, English law*

Lejla Ramić
Stručna saradnica
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
l.ramic@pfsa.unsa.ba

UDK 336.761
Prethodno naučno saopćenje

KONTROLA I NADZOR NAD TRŽIŠTEM VRIJEDNOSNIH PAPIRA U BOSNI I HERCEGOVINI

Sažetak

Tržište kapitala u Bosni i Hercegovini predstavlja nedovoljno razvijeno tržište na kojem se suočavaju ponuda i potražnja za finansijskim instrumentima dugog roka dospijeća i vrijednosnim papirima. Imajući u vidu državno uređenje Bosne i Hercegovine, nadležnosti u pogledu kontrole i nadzora podijeljene su između entiteta i Brčko distrikta. Premda nadležnosti institucija koje obavljaju kontrolu i nadzor počivaju na generalno sličnim principima, i dalje egzistira neracionalna podjela tržišta. Upravo takva podjela tržišta za posljedicu ima njegovu neintegriranost. U radu će se putem pravne analize normativnog okvira jednog segmenta tržišta kapitala, koji se odnosi na obavljanje kontrole i nadzora nad tržištem vrijednosnih papira, ukazati na nesvrsishodnost postojećeg načina reguliranja kontrole i nadzora nad tržištem vrijednosnih papira u Bosni i Hercegovini.

Ključne riječi: *tržište kapitala, Komisija za vrijednosne papire FBiH, Komisija za hartije od vrijednosti RS, Komisija za papire od vrijednosti Brčko distrikta, nadzor i kontrola nad tržištem vrijednosnih papira, vrijednosni papiri, tržište vrijednosnih papira u Bosni i Hercegovini, uloga države na tržištu vrijednosnih papira*

1. Uvod

Opravdanost uplitanja države u tokove tržišta rezultira oprečnim mišljenjima i pristupima. Moguće je identificirati tri različita pristupa. Prvi pristup se zalaže za prepuštanje tržišta njegovim zakonitostima. Drugi pristup se temelji na većem obimu intervencije države na tržištu (Sleem, 2010), a treći se, posljednji, zalaže za balans između prva dva, odnosno između navedene dvije krajnosti – intervencije države i prepuštanja tržišta samog sebi.

Potreba za interveniranjem države na tržištu u formi uspostavljanja regulativnog okvira te vršenja kontrole i nadzora datira još od 1929. godine kada je slom Njujorške berze ukazao na to da ideja o samoregulaciji tržišta nije održiva. Premda tržište predstavlja najefikasniji funkcionalni okvir ekonomskih tokova, ono ispoljava određena nesavršenstva koja imaju različite pojavne oblike i koja rezultiraju poremećajima u tokovima društvene reprodukcije (Imamović-Čizmić, 2006). Upravo su slom Njujorške berze i Velika ekonomska kriza bili povod za uspostavu institucija za vršenje kontrole nadzora u Sjedinjenim Američkim Državama, što je i druge države potaklo na uspostavljanje regulacije i nadzora nad tržištem vrijednosnih papira. Iako su spomenuti događaji ukazali na potrebu interveniranja države na tržištu, ono ipak ne smije poprimiti takav obim da se njime ugrožava slobodno odlučivanje učesnika kao i efikasnost funkcioniranja tržišta.

Uloga kontrolora na tržištu vrijednosnih papira jedna je od uloga koje su svojstvene državi, te ona ujedno predstavlja svojevrsnu produženu ruku uloge regulatora. Svrha koju država putem uloge kontrolora ostvaruje tiče se nadzora primjene uspostavljenog pravnog okvira, a što za cilj ima onemogućavanje protivpravnih ponašanja, odnosno njihovo adekvatno sankcioniranje u slučaju da se kod učesnika na tržištu kapitala uoči nedozvoljeni vid ponašanja, a sve kako bi se obezbijedio neometan promet vrijednosnih papira.

U radu će biti prikazana teorijska uloga države na tržištu vrijednosnih papira s osvrtom na način obavljanja nadzora i kontrole u Bosni i Hercegovini, uz analizu zakonskih i podzakonskih akata kao pozitivnopravnog okvira tržišta vrijednosnih papira u domenu vršenja kontrole i nadzora. Analizom pravnog okvira kontrole i nadzora entitetskih komisija i Komisije Brčko distrikta ukazat će se na njihove međusobne sličnosti i problematizirati svrsishodnost postojećeg modela vršenja kontrole i nadzora nad tržištem vrijednosnih papira. U radu će se koristiti nazivi vrijednosni papiri, hartije od vrijednosti i papiri od vrijednosti.

2. Uloga države na tržištu vrijednosnih papira

Govoreći o tržištima vrijednosnih papira potrebno je imati u vidu da se radi o "najvažnijim ekonomskim institucijama savremenih društava" (Avgouleas, 2005). Kreiranje regulativnog okvira tržišta hartija od vrijednosti jedan je od oblika ekonomske regulacije[1], kojim se teži omogućiti prisutnost i konti-

[1] Pojam ekonomska regulacija obuhvata sve vidove regulativne i administrativne kontrole nametnute ekonomskim akterima kao i različite forme ekonomske aktiv-

nuitet novih ulaganja i novih investitora. Upravo je stvaranje stimulativnog okruženja za nova ulaganja i investicije jedan od tri argumenta na kojima se temelji regulativna aktivnost države na tržištu, a koja predstavlja prvi korak u procesu interveniranja države na tržištu. Preostala dva argumenta navode da se regulativnom aktivnošću omogućava fer takmičenje na tržištu i da se uloga i funkcija finansijskih derivata može samo regulativnom aktivnošću zadržati u njihovom fundamentalnom obliku (Sleem, 2010). Na sličnom tragu je Goodhart (2000) koji navodi tri osnovna cilja koji se regulacijom nastoje ostvariti. Prvi je usmjeren na osiguranje sistemske stabilnosti finansijskog sistema, drugi se tiče zaštite od monopolskog ponašanja, a treći cilj usmjeren je na zaštitu investitora.

Sve aktivnosti koje poduzima država spadaju u domenu njene ekonomske uloge, a njen legitimitet za intervencijom i kontrolom na tržištu vrijednosnih papira proizlazi iz: a) samog postojanja države i b) egzistiranja tržišnih nesavršenosti na koje je potrebno institucionalno djelovati.

Ekonomska uloga države u sferi tržišta vrijednosnih papira ispoljava se kroz regulativne i operativne aktivnosti (Imamović-Čizmić, 2006). Manifestacija ekonomske uloge države kroz pomenute dvije aktivnosti rezultira identificiranjem tri uloge države i to: 1) regulativna uloga, 2) uloga kontrolora te 3) uloga emitenta ili investitora na tržištu vrijednosnih papira. Prvu ulogu država ostvaruje "donošenjem normativnih pravila ponašanja za sve učesnike u finansijskim tokovima" (Imamović-Čizmić, 2006). Forma ispoljavanja prve uloge države mora zadovoljiti kriterije efikasnosti i nezavisnosti, što se najčešće vrši u formi "zakona i podzakonskih akata kojima se organizuje rad i odnosi u okviru berzanskog i bankarskog finansijskog sektora, rad finansijskih i nefinansijskih privrednih subjekata i učesnika na tržištu hartija od vrijednosti itd." (Imamović-Čizmić, 2006).

Sadržaj druge uloge države odnosi se na kontroliranje implementacije pozitivnopravnih propisa kojima je uspostavljen legislativni okvir odnosa učesnika na tržištu vrijednosnih papira. Uloga emitenta na tržištu podrazumijeva da se država pojavljuje kao investitor u određene vrijednosne papire (Imamović-Čizmić, 2006). Uloge regulatora i kontrolora koje država obavlja na tržištu vrijednosnih papira karakterizira mogućnost korištenja aparata prinude koji je svojstven samo državi, dok obnašajući ulogu emitenta na tržištu vrijednosnih papira, država ne raspolaže aparatom prinude te se nalazi u ravnopravnom položaju kao i ostali učesnici na tržištu. Uloga države kao kontrolora na tržištu historijski se veže za tridesete godine prošlog vijeka i

nosti, uključujući tehničke standarde, propisivanje dozvoljenog ponašanja, stope i ograničenja pristupa tržištu (Avgouleas, 2005).

period ekonomske krize, što je označilo početak modernog zakonodavstva i formiranje prve Komisije za vrijednosne papire i berzu (SEC) (Krstić, 2017). Uloge regulatora i kontrolora, koje su svojstvene državi, karakteristika su modernog doba čijim se egzistiranjem nastoje korigirati nedostaci tržišnog mehanizma (Anon.).

Uloga kontrolora države sastoji se u nadziranju usklađenosti između ponašanja učesnika na tržištu vrijednosnih papira i odredaba zakona i podzakonskih akata kojima je uspostavljen legislativni okvir tržišta, čime se ujedno sprečavaju eventualna ponašanja koja su u koliziji s važećim propisima. Uloga kontrolora, pored navedenog, označava da država ujedno provodi specijalnu i generalnu prevenciju na tržištu. Obim vršenja kontrole i nadzora mora biti umjeren, odnosno njime se ne smije dovesti pod znak pitanja efikasno funkcioniranje ponude i potražnje na tržištu vrijednosnih papira. Sam značaj vršenja kontrole u kontekstu uređenosti tržišta vrijednosnih papira je presudan, jer sprečava učesnike na tržištu da nekažnjeno vrše manipulacije, ali i da koriste insajderske informacije (Krstić, 2017). Prilikom vršenja kontrole državi su na raspolaganju različiti modeli poput a) nadzora nad primjenom zakonskih propisa b) nadzora nad radom dioničkih društava i finansijskih institucija c) nadzora nad radom berzi d) kontrole u pogledu snabdijevanja informacijama u vezi s radom i funkcioniranjem određenih finansijskih učesnika (Imamović-Čizmić, 2006).

3. Tržište kapitala u Bosni i Hercegovini

Pravni okvir za tržište kapitala u BiH uspostavljen je na nivou entiteta FBiH i RS te na nivou Brčko distrikta.[2] Pravni okvir tržišta kapitala odlika je složenog pravnog uređenja države. Imajući u vidu to da su nadležnosti za reguliranje tržišta kapitala na nivou entiteta i Brčko distrikta, institucije koje vrše kontrolu i nadzor nad tržištem vrijednosnih papira su, također, uspostavljene na istim nivoima. Prema Programu rada Komisije za vrijednosne papire FBiH za 2016. godinu, za postojeću regulaciju istaknuto je da prouzrokuje neintegriranost tržišta i neracionalnu organizaciju, jer u oba entiteta i na nivou Brčko distrikta postoje regulatorni organi za tržište kapitala, bankar-

[2] Pozitivnopravni propis kojim se regulira tržište kapitala na teritoriji Federacije Bosne i Hercegovine je Zakon o tržištu vrijednosnih papira, Službene novine FBiH br. 85/08, 109/12 i 86/15; na području RS Zakon o tržištu hartija od vrijednosti, Službeni glasnik RS br. 92/06, 34/09, 30/12, 59/13, 108/13 i 04/17; te na području Brčko distrikta BiH pozitivnopravni propis je Zakon o papirima od vrijednosti, Službeni glasnik Brčko distrikta BiH br. 15/03, 27/04, 42/04, 28/07 i 14/12.

ski sektor i sektor osiguranja. Dodatni razlog koji postojeći način regulacije čini neadekvatnim i neracionalnim jeste da funkcioniranje tržišta kapitala u državi nadziru ovlaštene agencije na temelju generalno sličnih osnovnih principa.

4. Komisija za vrijednosne papire FBiH

U FBiH nadzor i kontrolu nad tržištem vrijednosnih papira vrši Komisija za vrijednosne papire FBiH.

Nadležnosti Komisije za vrijednosne papire FBiH proizlaze iz Zakona o tržištu vrijednosnim papirima, Zakona o Komisiji za vrijednosne papire FBiH, Zakona o registru vrijednosnih papira, Zakona o društvima za upravljanje fondovima i o investicionim fondovima i Zakona o privrednim društvima. Navedenim zakonima utvrđene su sljedeće nadležnosti Komisije: a) regulacija uslova i načina emisije vrijednosnih papira i uslova i pravila prometa vrijednosnih papira; b) nadziranje primjene standarda izvještavanja investitora i javnosti o poslovanju učesnika u prometu vrijednosnih papira, standarda upravljanja dioničkim društvima i standarda zaštite interesa investitora, te primjene zakona i drugih propisa o emisiji i prometu vrijednosnih papira, vršenje nadzora nad radom berze, Registra vrijednosnih papira, profesionalnih posrednika, banaka depozitara i društava za upravljanje i investicionih fondova; b) preduzimanje mjera iz nadležnosti Komisije, u skladu sa zakonom i drugim propisima; c) obavljanje i drugih poslova i zadataka u skladu sa zakonom i propisima.[3]

Komisija za vrijednosne papire FBiH je nadležno tijelo za vršenje nadzora nad učesnicima na tržištu vrijednosnih papira. Kao subjekti i predmeti nadzora pojavljuju se: a) društva i banke koje imaju dozvolu Komisije za obavljanje poslova s vrijednosnim papirima; b) društva za upravljanje investicionim fondovima i investicioni fondovi; c) Registar vrijednosnih papira u FBiH; d) berza i drugo uređeno javno tržište za promet vrijednosnih papira; e) emitenti vrijednosnih papira; f) fizička lica koja imaju dozvolu Komisije i imaju registrirano samostalno obavljanje poslova s vrijednosnim papirima odnosno djelatnosti u skladu sa zakonom; g) druga lica koja vrše poslove s vrijednosnim papirima u skladu sa zakonom i drugim propisima.[4]

---

[3] Komisija za vrijednosne papire FBiH – O Komisiji. Preuzeto 31. 8. 2018: www.komvp.gov.ba/site/index.php/o-komisiji,

[4] Član 2 Pravilnika o načinu obavljanja nadzora na tržištu vrijednosnih papira. Službene novine FBiH, br. 23/05.

Ovlaštenja Komisije za vrijednosne papire FBiH[5] regulirana su članom 11 Zakona o Komisiji za vrijednosne papire FBiH.[6]

U pogledu Zakonom propisanih ovlaštenja, u kontekstu vršenja nadzora, značajno je ovlaštenje pod tačkom 5, odnosno propisivanje pravila i nadzor prometa vrijednosnim papirima zasnovanog na razmjeni vrijednosnih papira i sistemu kotiranja putem elektronskih sredstava. Pored navedenog nadzora, Komisija se bavi i nadzorom primjene standarda za izvještavanje investitora i javnosti o poslovanju učesnika u prometu vrijednosnih papira; nadzorom primjene standarda upravljanja dioničkim društvima, kao učesnicima na tržištu kapitala. Nadzor koji vrši Komisija obuhvata i profesionalne posrednike i druge učesnike u prometu vrijednosnih papira.

Prilikom vršenja ovlaštenja Komisija nadzire primjenu zakona i drugih propisa o emisiji i prometu vrijednosnih papira i ima pravo zahtijevati od svih pravnih i fizičkih lica informacije i isprave koje su prema procjeni Komisije potrebne za vršenje nadzora, kao i za vršenje drugih njenih ovlaštenja i odgovornosti, na način i u roku koji odredi Komisija.

U skladu s članom 12 Zakona o Komisiji za vrijednosne papire FBiH[7], Komisija koordinira i aktivnosti između organa uprave i federalnih ustanova i agencije Federacije u pogledu vršenja nadzora nad aktivnostima u prometu vrijednosnih papira.

Nadzorom Komisije obuhvaćeni su emitenti vrijednosnih papira, pravna i druga lica ovlaštena za poslovanje s vrijednosnim papirima i lica koja vrše druge poslove u vezi s vrijednosnim papirima, u vezi s emisijom i prometom vrijednosnim papirima. Posebnim propisom, aktom niže pravne snage od zakona, Komisija pobliže regulira nadzor i način na koji se nadzor vrši, a sve u cilju povećavanja nivoa pragmatičnosti u praktičnoj realizaciji vršenja nadzora i kontrole.

4.1. Pravilnik o načinu obavljanja nadzora na tržištu vrijednosnih papira

Pravilnikom o načinu obavljanja nadzora na tržištu vrijednosnih papira[8] propisuje se način na koji Komisija obavlja nadzor nad učesnicima i drugim licima, kao i nadzor primjene standarda upravljanja dioničkim društvima.

---

5 Dalje: Komisija.
6 Službene novine Federacije BiH, br. 39/98, 36/99, 33/04 i 92/13.
7 Ibid.
8 Službene novine FBiH, br. 23/05.

U skladu s Pravilnikom, Komisija je ovlaštena zahtijevati od pravnih i fizičkih lica informacije i isprave koje su prema procjeni Komisije potrebne za obavljanje nadzora.[9] Navedeno podrazumijeva da je moguće u toku nadzora tražiti pisana i usmena izjašnjenja svih lica za koja se procjenjuje da mogu dati podatke i informacije u skladu sa svrhom i predmetom nadzora.[10]

Pravilnik predviđa dvije vrste nadzora i to: 1) posredan nadzor – kontrola obavještavanja, izvještavanja i dr. u Komisiji, te 2) neposredan nadzor – nadzor kod subjekata nadzora. Obje vrste nadzora vrše stručna lica koja su zaposlenici Komisije. Ukoliko se u konkretnom slučaju ukaže potreba za stručnim znanjima i metodama (ekspertiza, ispitivanje i sl.) kojima ne raspolažu zaposlenici Komisije, ovlaštena je angažirati društvo, ustanovu ili drugo lice za obavljanje stručnih poslova nadzora.

Posredan nadzor se vrši kontinuirano. Način obavljanja posrednog nadzora jeste putem analize, pregleda i provjere: a) izvještaja, obavještenja i dokumentacije koja se na osnovu zakona i drugih propisa dostavlja Komisiji ili ih Komisija pribavi na drugi način; b) dokumentacije, u pogledu rokova i sadržaja, koja se dostavlja Komisiji u vezi s postupcima koje u skladu sa zakonom provodi Komisija; c) dokumentacije i obavještenja koja su joj dužna dostavljati fizička i pravna lica na njeno traženje; d) načina, roka, potpunosti i istinitosti obavještavanja o svim činjenicama o kojima je obavještavanje predviđeno zakonom i drugim propisima; e) odluka subjekata nadzora i informacija pribavljenih na drugi način.[11]

Neposredan nadzor vrši Komisija obavljanjem neposrednog uvida u rad, poslovanja i obavljanja djelatnosti, odnosno u rad i postupanje subjekata nadzora u vezi s pridržavanjem zakona i drugih propisa. Moguće je razlikovati dva vida neposrednog nadzora: 1) redovni neposredni nadzor i 2) vanredni neposredni nadzor.

Redovni neposredni nadzor vrši se u skladu s godišnjim programom nadzora.[12] Za razliku od redovnog neposrednog nadzora, Komisija će vršiti vanredni nadzor na temelju zahtjeva tj. na osnovu obraćanja svakog pravnog i fizičkog lica koje ima pravo tražiti zaštitu svojih interesa i prava pred Komisijom kao i na temelju saznanja o mogućem kršenju zakona i propisa Komisije (informacije iz medija i dr.), odnosno po službenoj dužnosti. Uz navedena

[9] Član 6 stav 1 Pravilnika o načinu obavljanja nadzora na tržištu vrijednosnih papira. Službene novine FBiH br. 23/05.
[10] Ibid. Stav 2.
[11] Ibid. Član 8.
[12] Ibid. Član 10 stav 3.

dva oblika, Komisija će provesti vanredni nadzor i u situaciji kada posredni nadzor upućuje na moguće kršenje zakona i propisa Komisije, a činjenice značajne za predmetni slučaj trebaju se utvrditi u neposrednom nadzoru. Kada vršenje neposrednog nadzora Komisija vrši na osnovu obraćanja fizičkog i/ili pravnog lica rok je 60 dana od dana obraćanja lica, uz mogućnost produžavanja roka na dodatnih 60 dana ukoliko složenost predmeta i okolnosti to zahtijevaju.[13]

Conditio sine qua non u pogledu vršenja neposrednog nadzora jeste pisano ovlaštenje predsjednika Komisije zaposleniku Komisije kao ovlaštenom službenom licu. Ovlaštenje za obavljanje nadzora uručuje se subjektu nadzora prije započinjanja aktivnosti nadzora. Ovlaštenja službenog lica prilikom vršenja neposrednog nadzora sastoje se u: a) pregledanju poslovne dokumentacije i knjiga, drugih isprava i računarskih zapisa; b) traženju i vršenju uvida u ispis iz računarske baze podataka; c) traženju izrade i dostave finansijskih i drugih izvještaja kao i bilo koje druge dokumentacije, isprave i podataka.[14] U slučaju da ovlašteno službeno lice procijeni da je originalnu dokumentaciju koja može služiti kao dokaz potrebno oduzeti, ovlašteno službeno lice uživa takve ovlasti, ali pod uslovom da prethodno izda potvrdu. Oduzimanje dokumentacije od ovlaštenog službenog lica ograničeno je do pokretanja postupka, kada se predaje nadležnom organu za vođenje postupka.[15] Za svaki neposredan nadzor sačinjava se zapisnik, na koji je moguće istaći primjedbe pri njegovom potpisivanju na licu mjesta ili pisanim podneskom u roku od 8 dana od dana njegovog prijema.[16]

Nakon provedenog nadzora, u slučaju da postoji potreba, Komisija je ovlaštena: a) odrediti da se postupak upotpuni određenim radnjama radi utvrđivanja svih činjenica i okolnosti koje su od značaja za predmetnu stvar; b) preduzeti druge mjere u skladu sa svojim ovlaštenjima iz zakona, pravilnika i drugih propisa Komisije; c) konstatirati da nisu utvrđene nepravilnosti ili su nepravilnosti takvog značaja da nije potrebno preduzimanje mjera za koje je ovlaštena.[17]

U slučaju da Komisija prilikom obavljanja nadzora utvrdi kršenje zakona ili drugih propisa, njena ovlaštenja sastoje se od sljedećih aktivnosti kao što su: a) mjere zabrane preduzimanja radnji koje su u suprotnosti sa zakonom ili drugim propisom; b) nalaganje otklanjanja utvrđenih nedostataka

[13] Ibid. Član 21.
[14] Ibid. Član 16.
[15] Ibid. Član 17.
[16] Ibid. Član 18.
[17] Ibid. Član 20.

ili nepravilnosti u određenom roku c) obustavljanje emisije i prometa pojedinih vrijednosnih papira i druge aktivnosti u prometu vrijednosnih papira, u slučaju manipulacija ili špekulacija u prometu ili kada procijeni da su tim aktivnostima ugroženi interesi investitora i javnosti ili one nisu u skladu sa zakonom i drugim propisima; d) obustavljanje ili uklanjanje dozvole, odnosno odobrenja koje Komisija daje na osnovu zakona i drugih propisa; e) obustavljanje prometa vrijednosnih papira na berzi ili drugom uređenom javnom tržištu, kao i nalaganje izmjena ili dopuna statuta, pravila ili drugih općih akata berze ili drugog uređenog javnog tržišta, a ukoliko se ne postupi po nalogu, pokretanje postupka kod nadležnog suda za prestanak berze ili drugog uređenog javnog tržišta i brisanje iz sudskog registra; f) nalaganje odgovornim licima Registra da se suspendira sa posla ovlašteno lice ili zaposlenik do okončanja postupka pred nadležnim organom ili sudom.[18] Lista ovlaštenja Komisije je otvorenog tipa te je moguće da poduzima i druge mjere u skladu sa zakonom.

Pored navedenog, Komisija je ovlaštena podnijeti nadležnom organu prijavu za prekršaj, privredni prijestup ili krivičnu prijavu ili pokrenuti građansko-pravne postupke radi poništenja pravnih poslova kojima se krše propisi iz područja tržišta kapitala i akata kojima se krše propisi o upravljanju dioničkim društvima ili o utvrđenim kršenjima obavijestiti organ nadležan za nadzor provođenja propisa za čiji nadzor nije nadležna Komisija kao i drugo u skladu sa zakonom.[19] Ukoliko Komisija smatra svrsishodnim, o izrečenim mjerama ovlaštena je obavijestiti javnost na prikladan način.

U cilju uvida u obim rada Komisije prilikom obavljanja kontrole i nadzora bit će predstavljeni rezultati na osnovu dostupnih izvještaja o radu Komisije.[20] U 2016. godini prema Izvještaju Komisije za vrijednosne papire FBiH provedeni su sljedeći oblici nadzora: a) redovni nadzor b) neposredni vanredni nadzor c) posredni vanredni nadzor.

Neposredni nadzor obavio se nad sljedećim subjektima: EURO INVESTMENT d.d. Tuzla, ZIF "EUROFOND-1" d.d. Tuzla, "BOSFIN" d.d. Sarajevo, Sarajevskom berzom d.d., Registrom vrijednosnih papira u FBiH, društvima za upravljanje investicijskim fondovima (3) i otvorenim investicijskim fondovima sa predmetom nadzora (7).

[18] Ibid. Član 22.
[19] Ibid. Član 22.
[20] Do 25. 11. 2018. godine dostupni su izvještaji o radu Komisije za 2016. i 2015. godinu.

Neposredni vanredni nadzor provodio se nad privrednim društvima: Aluminij d.d. Mostar, Hypo Alpe-Adria-Invest, Addiko bank d.d. Sarajevo, AW Broker, Lilium Global, MS WOOD. Posredni vanredni nadzor provodio se u 33 subjekta. Nadzor se obavljao na osnovu predstavki pravnih i fizičkih lica te zahtjeva nadležnih organa. Ukupan broj podnesenih predstavki pravnih i fizičkih lica bio je 23, a preostalih 10 postupaka nadzora obavljeno je na osnovu zahtjeva nadležnih organa. Nakon provedenih aktivnosti nadzora, Komisija je u 2016. godini izdala 10 prekršajnih naloga pravnim i fizičkim licima i odgovornim licima u pravnom licu.

Komisija je, na prijedlog sektora za nadzor, odlučivala i donosila različite akte u 29 različitih predmeta. Također, Komisija je u svojstvu svjedoka prisustvovala raspravama na sudu te podnosila krivične prijave i davala odgovore na tužbe u upravnim sporovima po tužbama protiv upravnih akata Komisije, koji su doneseni po obavljenom nadzoru.

U Izvještaju o radu 2016. godine, Komisija pored navedenih poslova nadzora navodi učestvovanje u normativnim poslovima[21], rad na odgovorima za Upitnik Evropske komisije, iznošenje stava na traženje Vlade FBiH o usklađenosti propisa iz oblasti tržišta vrijednosnih papira s regulativom Evropske unije, praćenje sudskih sporova u vezi s nadzorom, praćenje regulative u oblasti tržišta vrijednosnih papira u Bosni i Hercegovini i EU te saradnja i zajedničke aktivnosti s drugim organima.

U izvještajnom periodu za 2015. godinu, Komisija je, također, provodila aktivnosti a) redovnog nadzora, b) neposrednog vanrednog i c) posrednog vanrednog nadzora.

Posredni vanredni nadzor Komisija je obavljala po podnesenim predstavkama u devet slučajeva. Posredni vanredni nadzor provodio se nad fizičkim i pravnim licima. Vršenje posrednog nadzora nad fizičkim licima ticalo se vlasništva nad dionicama.

Nadzor obavljen u 2015. godini rezultirao je podnošenjem 40 prekršajnih naloga pravnim i fizičkim licima i odgovornim licima u pravnom licu.

U analiziranom izvještajnom periodu, Komisija je u 37 predmeta donijela akte po različitim osnovama (predstavke, pitanja novinara, učesnika na tržištu i dr.). U sedam predmeta na osnovu zahtjeva nadležnih tužilaštava, Mi-

[21] Normativni poslovi se ogledaju u sačinjavanju Zakona o tržištu kapitala, Zakona o investicijskim fondovima, Pravilnika o postupanju kod preuzimanja dioničkih društava, Pravilnika o kvalificiranim investitorima.

nistarstva unutrašnjih poslova, Komisije za hartije od vrijednosti Republike Srpske doneseni su akti o dostavljanju dokumentacije, informacija itd.

5. Komisija za hartije od vrijednosti Republike Srpske

Analogno situaciji na nivou FBiH, u Republici Srpskoj egzistira Komisija za hartije od vrijednosti RS, kao jedna od institucija koja vrši nadzor i kontrolu nad tržištem vrijednosnih papira. U skladu s članom 244 Zakona o tržištu vrijednosnih papira[22], Komisija za hartije od vrijednosti Republike Srpske[23] je stalno i nezavisno pravno lice, osnovano radi uređivanja i kontrole emitiranja i prometa hartija od vrijednosti, čije su nadležnosti i obaveze utvrđene zakonom.

Komisija RS je aktivno legitimirana za obavljanje nadzora[24]. Zakonom definirani cilj vršenja nadzora sastoji se u otkrivanju, utvrđivanju i otklanjanju nepravilnosti i nezakonitosti na tržištu vrijednosnih papira. Radi ostvarivanja zakonom definiranog cilja, propisane su nadzorne mjere te ovlaštenje za donošenje rješenja kojima se nalaže preduzimanje radnji s ciljem uspostavljanja zakonitosti i usklađivanja rada sa zakonima i drugim propisima.

Obavljanje nadzora Komisija vrši analizom i uvidom u finansijske i druge izvještaje, poslovnu dokumentaciju, te ostale podatke i evidencije koje su nadzirana lica obavezna voditi ili dostaviti Komisiji u skladu s odredbama zakona i propisima Komisije.[25] U obavljanju nadzora Komisija je ovlaštena uzimati izjave i izjašnjenja od odgovornih lica i ostalih radnika u nadziranom pravnom licu, kao i od drugih lica koja raspolažu informacijama koja su od interesa za nadzor. Nadzor vrše ovlaštena lica koja su zaposlena u Komisiji, analizom dostavljene dokumentacije ili uvidom u dokumentaciju neposrednim nadzorom u prostorijama nadziranog lica ili pravnog lica s kojim je nadzirano lice direktno ili indirektno povezano poslovno, upravljački ili kapitalom. Lica koja su predmet nadzora dužna su ovlaštenim licima omogućiti uvid i dostavu tražene dokumentacije, davanje potrebnih izjava i isprava, kao i pristup poslovnim prostorijama, tačnije, dužni su se suzdržati od radnji koje bi dovele do onemogućavanja vršenja nadzora. Svi predmeti koji se oduzmu prilikom vršenja nadzora, kao što su dokumentacija i po-

[22] Službeni glasnik RS, br. 92/06, 34/09, 30/12, 59/13, 108/13 i 04/17.
[23] Dalje: Komisija RS.
[24] Član 260 Zakona o tržištu vrijednosnih papira. Službeni glasnik RS br. 92/06, 34/09, 30/12, 59/13, 108/13 i 04/17.
[25] Član 29 Pravilnika o nadzoru nad učesnicima na tržištu hartija od vrijednosti. Službeni glasnik RS br. 98/14.

slovne knjige, mogu se koristiti kao dokaz u krivičnom ili prekršajnom postupku. Vršioci nadzora mogu ih uz potvrdu privremeno oduzeti, ali samo do pokretanja tih postupaka kada će uslijediti predaja organu nadležnom za vođenje pokrenutog postupka. Na osnovu Zakona o tržištu vrijednosnih papira, Komisija je ovlaštena da način vršenja nadzora, postupka izdavanja naloga i preduzimanje mjera kao i propisivanje rokova za njihovo otklanjanje pobliže propiše podzakonskim aktom.

5.1. Pravilnik o nadzoru nad učesnicima na tržištu hartija od vrijednosti

U skladu s prethodno navedenim, Komisija RS donijela je Pravilnik o nadzoru nad učesnicima na tržištu hartija od vrijednosti[26]. Pravilnikom o nadzoru nad učesnicima na tržištu hartija od vrijednosti utvrđuju se bliži uslovi i način na koji Komisija RS vrši nadzor nad učesnicima na tržištu hartija od vrijednosti, kao i vrste, način i postupak vršenja nadzora.

Pod nadzorom se podrazumijeva vršenje nadzora nad primjenom Zakona o tržištu hartija od vrijednosti, Zakona o investicionim fondovima, Zakona o preuzimanju akcionarskih društava i Zakona o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorističkih aktivnosti.[27]

Slično kao u FBiH, Komisija provođenje postupka nadzora vrši: a) po službenoj dužnosti, b) sopstvenoj inicijativi, c) na zahtjev nadležnog državnog organa ili stranog regulatornog organa i d) po prijavi drugih lica, uključujući i anonimne prijave. Nadzor je moguće provoditi: a) samostalno, b) u saradnji s drugim organima ili pravnim licima na tržištu kapitala, c) obraćanjem nadležnim istražnim i sudskim organima u cilju pružanja pomoći ili radi vršenja uvida u spise predmeta koji je u toku ili druge isprave kojima sud raspolaže, e) u saradnji sa stranim regulatornim organima.[28]

Pravilnikom su predviđene tri vrste nadzora i to: a) kontinuirani, b) redovni i c) vanredni.[29] Kontinuirani nadzor podrazumijeva stalno praćenje ponašanja učesnika na tržištu hartija od vrijednosti kao i stanja i kretanja na spomenutom tržištu.[30] Redovni nadzor nad tržištem provodi se u skladu s godišnjim planom provođenja nadzora, a vanredni nadzor provodi se u slučaju postojanja indicija o kršenju zakona ili drugih propisa. Podjela nadzora s obzirom na način vršenja podrazumijeva da nadzor može biti posredni i

[26] Službeni glasnik RS br. 98/14.
[27] Član 3 Pravilnika o nadzoru nad učesnicima na tržištu hartija od vrijednosti. Službeni glasnik RS br. 98/14.
[28] Ibid. Član 4.
[29] Ibid. Član 7 stav 1.
[30] Ibid. Član 7 stav 2.

neposredni. Posredni nadzor provodi se u sjedištu Komisije i to radnjama prikupljanja, analize, pregleda i provjerom izvještaja, dokumentacije i podataka.[31] Za razliku od posrednog, neposredni nadzor provodi se u prostorijama nadziranog lica ili pravnog lica s kojim je nadzirano lice direktno ili indirektno poslovno povezano, upravljački ili kapitalom.[32] Neposredni nadzor podrazumijeva uzimanje izjava, izjašnjenja, uvid u poslovnu dokumentaciju, isprave, poslovne knjige, registre i evidencije, bez obzira na njihov način vođenja (elektronski ili materijalni oblik). Također, neposredni nadzor uključuje i elektronska i druga sredstva komunikacije instalirana kod nadziranog lica.

Kontinuirani nadzor reguliran je članovima 9–14 Pravilnika o nadzoru nad učesnicima na tržištu hartija od vrijednosti RS. Uzimajući u obzir kriterij načina provođenja, kontinuirani nadzor je ustvari posredan, ali ukoliko u konkretnom slučaju do relevantnih činjenica nije moguće doći na posredan način, predsjednik Komisije može da odluči da se dio kontinuiranog nadzora provede kao neposredan nadzor.[33] Kontinuiranim nadzorom utvrđuje se naročito da li su dostavljeni propisani izvještaji, obavještenja i dokumentacija kao i da li su dostavljeni u propisanom roku i propisanoj formi, te da li je njihov sadržaj ispravan. Nadalje, kontinuiranim nadzorom utvrđuje se da li postoje nezakonitosti/nepravilnosti u trgovanju hartijama od vrijednosti, emisiji hartija od vrijednosti, u poslovanju/radu i aktivnostima ovlaštenih učesnika itd.[34] U slučaju uočenih nezakonitosti/nepravilnosti, ovlašteno lice sačinjava analizu koja sadrži podatke o nadziranom licu, predmetu nadzora, nalaz, mišljenje, prijedlog mjera, datum izrade, kao i podatke o licu koje je sačinilo analizu.[35]

Pod redovnim nadzorom podrazumijeva se nadzor koji se provodi u skladu s planom redovnog godišnjeg nadzora koji utvrđuje Komisija za svaku godinu. Plan redovnog godišnjeg nadzora predstavlja osnovu donošenja odluke Komisije o provođenju plana redovnog nadzora za određenu godinu koja u cilju onemogućavanja zloupotreba nije dostupna javnosti. Za razliku od redovnog nadzora, o pokretanju vanrednog nadzora odlučuje Komisija usmenim zaključkom, koji se unosi u zapisnik sa sjednice. O provođenju redovnog i vanrednog nadzora obavještava se lice koje je predmet nadzora, pri čemu rok u kojem se obavještava lice koje je predmet nadzora ne može biti kraći od 8 dana prije početka nadzora. Od pomenutog pravila postoji izuzetak i

[31] Ibid. Član 7 stav 6.
[32] Ibid. Član 7 stav 7.
[33] Ibid. Član 9.
[34] Ibid. Član 10.
[35] Ibid. Član 11.

to u slučaju da bi obavještavanje lica koje je predmet nadzora ugrozilo svrhu nadzora, te je u tom slučaju dopušteno obaviti nadzor bez prethodnog obavještavanja.

Provođenje redovnog i vanrednog nadzora vrši se u pravilu kao neposredni nadzor, međutim ukoliko je moguće relevantne činjenice utvrditi na posredan način ili to zahtijeva načelo ekonomičnosti, ovlašteno lice se može odlučiti da dio redovnog ili vanrednog nadzora provede kao posredan nadzor. Specifičnost koja se tiče vanrednog nadzora jeste da se vanredni nadzor može proširiti i na drugo lice, uz prethodno odlučivanje na sjednici usmenim zaključkom koji se unosi u zapisnik. Također, ukoliko se u toku trajanja vanrednog nadzora za utvrđene činjenice velikim stepenom vjerovatnoće može reći da nisu učinjene nepravilnosti/nezakonitosti, nadzor se obustavlja. Obustava redovnog nadzora moguća je u slučaju da nastavak nadzora zbog promijenjenih okolnosti ne bi bio svrsishodan. Za redovni nadzor sačinjava se zapisnik, a za vanredni zapisnik i analiza. Zapisnik za vanredni nadzor sačinit će se ukoliko je nadzirano lice, lice kojem je Komisija izdala dozvolu za obavljanje poslova tj. ukoliko je ovlašteni učesnik na tržištu hartija od vrijednosti. Zapisnik za redovni i vanredni nadzor dostavlja se nadziranom licu bez odlaganja te je na njega moguće izjaviti pravni lijek tj. prigovor u roku od 8 dana od dana prijema zapisnika, uz mogućnost da se spomenuti rok produži na temelju obrazloženog zahtjeva nadziranog lica. U prigovoru je moguće istaći nove činjenice i dokaze uz dužnost navođenja obrazloženja zbog čega nisu istaknute u dosadašnjem toku postupka. O uloženom prigovoru Komisija odlučuje na sjednici u formi zaključka, pri čemu može donijeti sljedeće odluke: a) prigovor odbaciti kao neblagovremen ili izjavljen od neovlaštenog lica, b) prigovor odbiti kao neosnovan i c) prigovor prihvatiti u cijelosti ili djelomično.[36]

Komisija prilikom ocjene nezakonitosti/nepravilnosti naročito uzima u obzir: a) zakonitost rada; b) uticaj utvrđenih nezakonitosti i/ili nepravilnosti na funkcioniranje tržišta kapitala u cjelini; c) položaj nadziranog lica na tržištu kapitala; d) broj i međusobnu povezanost učinjenih nezakonitosti i nepravilnosti i ranija kršenja odredbi zakona i podzakonskih akata; e) trajanje i učestalost nezakonitosti i nepravilnosti; f) da li postoji mogućnost nanošenja značajnije štete.[37]

U slučaju da u postupku nadzora budu utvrđene nepravilnosti/nezakonitosti, Komisija je ovlaštena na preduzimanje mjera u skladu sa zakonom. Stoga, Komisija RS donosi rješenje kojim izriče jednu ili više nadzornih mjera iz

[36] Ibid. Član 22 stav 3.
[37] Ibid. Član 38 stav 2.

okvira svoje nadležnosti, odnosno donošenjem akta pokreće postupak pred drugim nadležnim organom ukoliko utvrđene nepravilnosti/nezakonitosti predstavljaju krivično djelo ili prekršaj.[38] U slučaju da se radi o nepravilnostima/nezakonitostima koje je moguće otkloniti, Komisija u rješenju nalaže aktivnosti za njihovo otklanjanje i aktivnosti koje je potrebno preduzeti u tom cilju.[39] Ako se u postupku ne utvrde nepravilnosti/nezakonitosti, ali postoje određeni nedostaci koji mogu uticati na nastanak nepravilnosti/nezakonitosti, Komisija daje preporuku za njihovo otklanjanje. Postupak kontinuiranog nadzora okončava se: usvajanjem zaključka o nepostojanju nepravilnosti/nezakonitosti; usvajanjem informacije o izvještaju nadziranog lica o otklonjenim nepravilnostima/nezakonitostima; dostavljanjem rješenja o izricanju nadzornih mjera nadziranom licu, te podnošenjem prijave za pokretanje krivičnog/prekršajnog postupka.[40]

Postupak redovnog i vanrednog nadzora smatra se okončanim u sljedećim slučajevima: a) donošenjem zaključka o obustavljanju redovnog i vanrednog nadzora; b) usvajanjem izvještaja o redovnom i vanrednom nadzoru, ako u postupku nadzora nisu utvrđene nezakonitosti i/ili nepravilnosti ili ako je Komisija odlučila da ne preduzima nadzorne mjere jer su utvrđene nezakonitosti i/ili nepravilnosti otklonjene do usvajanja analize; c) usvajanjem analize o vanrednom nadzoru, ako u postupku nadzora nisu utvrđene nezakonitosti i/ili nepravilnosti ili ako je Komisija odlučila da ne preduzima nadzorne mjere, jer su utvrđene nezakonitosti i/ili nepravilnosti otklonjene do usvajanja analize d) usvajanjem informacije o izvještaju nadziranog lica o otklanjanju utvrđenih nezakonitosti i/ili nepravilnosti; e) dostavljanjem rješenja o izricanju drugih nadzornih mjera nadziranom licu; f) podnošenjem krivične prijave istražnim organima protiv nadziranog lica ili podnošenjem zahtjeva za pokretanje prekršajnog postupka protiv nadziranog lica.[41]

Komisija RS objavljuje dvije vrste izvještaja i to: 1) Izvještaj o stanju na tržištu kapitala 2) Izvještaj o radu Komisije za hartije od vrijednosti RS. Spomenuti izvještaji objavljuju se polugodišnje i godišnje.

Izvještaj o radu Komisije za hartije od vrijednosti RS za 2017. godinu pokazuje da je Komisija provela 34 postupka nadzora i to: a) 17 postupaka kontinuiranog nadzora, b) 12 postupaka redovnog nadzora i c) pet postupaka vanrednog nadzora.

[38] Ibid. Član 39 stav 1.
[39] Ibid. Član 39 stav 2.
[40] Ibid. Član 46.
[41] Ibid. Član 47.

Komisija RS je izrekla četiri nadzorne mjere ovlaštenim učesnicima, odnosno licima kojima Komisija RS daje dozvolu za poslovanje i to jednu kastodi banci[42], dvije berzanskim posrednicima[43] i jednu Centralnom registru.

Do kraja 2017. godine protiv akata Komisije iz oblasti nadzora vođeno je 26 upravnih sporova, od toga je njih 18 riješeno u korist Komisije RS.

Komisija je iz oblasti nadzora, zaključno sa 31. 12. 2017. godine, pokrenula ukupno 47 prekršajnih postupaka, od čega su okrivljeni u 25 predmeta pravosnažno osuđeni, u pet predmeta su okrivljeni pravosnažno oslobođeni, 13 postupaka je obustavljeno (od toga u pet slučajeva zbog isteka mandata članovima Komisije), a četiri postupka su u toku.

U Izvještaju o radu Komisije za 2016. godinu navodi se da je vođeno 28 kontinuiranih, 13 redovnih i 10 vanrednih nadzora.

Komisija je u okviru nadzornih mjera izdala osam naloga za otklanjanje utvrđenih nezakonitosti i nepravilnosti nedostataka. Subjekti nadzora prema kojima su izdati nalozi u pet slučajeva su berzanski posrednici, dva slučaja kastodi banka i jedan slučaj depozitar investicionog fonda.

U izvještajnom periodu za 2016. godinu nije pokrenut niti jedan upravni spor protiv rješenja Komisije iz oblasti nadzora. Komisija je pokrenula sedam prekršajnih postupaka.

6. Komisija – Povjerenstvo za papire od vrijednosti Brčko distrikta BiH

Pravni okvir tržišta kapitala Brčko distrikta BiH zasniva se na Zakonu o papirima od vrijednosti. Zakon je pretrpio veliki broj izmjena i dopuna što ga čini nepreglednim. Ovlasti Komisije zasnivaju se na zakonima i podzakonskim aktima kojima se uređuje i kontrolira izdavanje i promet papira od vrijednosti na prostoru Brčko distrikta BiH.[44] U korpusu ovlaštenja Komi-

[42] Član 2 Zakona o tržištu hartija od vrijednosti. Službeni glasnik RS, br. 92/06, 34/09, 30/12, 59/13, 108/13 i 04/17. Kastodi banka je banka koja ima dozvolu Komisije za obavljanje poslova vođenja računa hartija od vrijednosti za račun klijenata i postupanja po nalogu klijenata i koja obavlja druge poslove.

[43] Ibid. Berzanski posrednik je brokersko-dilersko društvo ili banka koja ima dozvolu Komisije za obavljanje poslova sa hartijama od vrijednosti.

[44] Komisija – Povjerenstvo za papire od vrijednosti Brčko distrikta BiH – Ovlasti, preuzeto 5. 8. 2018. sa http://www.secbdbih.org/index.php?ID=10&page=ovlasti&IDJ=&lang=

sije ističe se nadzor nad radom i ovlaštenim učesnicima na tržištu papira od vrijednosti, te vršenje nadzora i preduzimanje potrebnih mjera u vezi sa sprečavanjem pranja novca i finansiranjem terorističkih aktivnosti nad licima kojima daje dozvolu za obavljanje poslova i u okviru svoje nadležnosti.

Zakon o papirima od vrijednosti[45], u članu 65a, propisuje da ako Komisija u postupku nadzora utvrdi nezakonitosti, odnosno nepravilnosti u obavljanju poslova s papirima od vrijednosti, može ovlaštenom učesniku na uređenom tržištu, brokeru, investicionom savjetniku i investicionom menadžeru: a) izdati nalog za otklanjanje utvrđenih nezakonitosti i nepravilnosti, b) izreći opomenu, c) izreći javnu opomenu, d) privremeno zabraniti obavljanje poslova s papirima od vrijednosti i e) oduzeti dozvolu za obavljanje poslova s papirima od vrijednosti. Također, Komisija može oduzeti dozvolu za obavljanje poslova s papirima od vrijednosti ovlaštenom učesniku na uređenom tržištu, brokeru, investicionom savjetniku ili investicionom menadžeru ako: a) utvrdi da su podaci na osnovu kojih je dozvola izdata bili neistiniti, b) protiv ovih lica postoje pravne posljedice osude, c) učestalo ili teže krši odredbe zakona ili propise Komisije, d) prestane ispunjavati uslove na osnovu kojih je izdata dozvola, a ne ispuni te uslove u roku koji odredi Komisija i e) obavlja transakcije papirima od vrijednosti koristeći informacije i vršeći manipulacije koje su zabranjene prema odredbama zakona.

6.1. Pravilnik o vršenju nadzora emisije, prometa i učesnika u emisiji i prometu papira od vrijednosti

Kao što je slučaj s entitetskim komisijama za vrijednosne papire, tako je i Komisija za papire od vrijednosti Brčko distrikta BiH donijela podzakonski akt – Pravilnik o vršenju nadzora emisije, prometa i učesnika u emisiji i prometu papira od vrijednosti[46], kojim bliže regulira način vršenja nadzora, kao i nadzor nad emisijom, prometom papira od vrijednosti i učesnicima emisije. Sadržaj nadzora u skladu s Pravilnikom odnosi se na kontrolu informacija, kontrolu obavještavanja, nadzor poslovanja, te nadzor emisije i prometa papira od vrijednosti.

Kontrola informacija podrazumijeva analizu, pregled i provjeru svih izvještaja, obavještenja i dokumentacije za koju postoji obaveza dostavljanja Komisiji u određenim rokovima u skladu sa zakonom i drugim propisima.[47]

---

[45] Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 15/03, 27/04, 42/04, 28/07 i 14/12.
[46] Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 09/06.
[47] Član 5 Pravilnika o vršenju nadzora emisije, prometa i učesnika u emisiji i prometu papira od vrijednosti. Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 09/06.

Kontrola obavještavanja tiče se provođenja kontrole načina roka i istinitosti obavještavanja vlasnika ili stjecatelja papira od vrijednosti i javnosti o svim činjenicama o kojima je obavještavanje predviđeno zakonom i propisima Komisije[48]. Kontrola obavještavanja i informacija vrši se kontinuirano. Nadzor poslovanja odnosi se na dokumentaciju profesionalnih posrednika vezanu za pravni status, opće akte, strukturu i kvalifikaciju zaposlenih i finansijsko poslovanje, poslovnu i finansijsku dokumentaciju, transakcije s papirima od vrijednosti, dokumentaciju koja se odnosi na sudske i druge sporove u vezi s vršenjem poslova djelatnosti, kontrolu odnosa s klijentima i drugim učesnicima u prometu, kao i kontrolu sistema čuvanja podataka i drugih poslova i podataka.[49]

Pravilnik Brčko distrikta BiH poznaje redovni i vanredni nadzor. Nadzor vrše ovlaštena službena lica, koja su zaposlenici Komisije, na temelju pismenog ovlaštenja Komisije. O obavljenom nadzoru sačinjava se zapisnik, na koji je moguće uložiti prigovor u roku od 8 dana od dana prijema zapisnika o kojem odlučuje Komisija u formi odluke. U slučaju utvrđivanja nepravilnosti/nezakonitosti, nadzornim mjerama, koje su sastavni dio rješenja, Komisija će naložiti otklanjanje nepravilnosti/nezakonitosti u roku koji ne može biti duži od 60 dana, osim ako okolnosti slučaja ne zahtijevaju duži rok.

U Izvještaju o radu Komisije Brčko distrikta BiH za 2016. godinu, Komisija je "izvršila kontrolu dostavljenih akata od strane emitenata u vezi sa emisijom papira od vrijednosti, prometom i učesnicima u prometu papira od vrijednosti, kao i kontrolu obavještavanja vlasnika papira od vrijednosti i javnosti." (Izvještaj o radu Komisije za hartije od vrijednosti Brčko distrikta BiH za 2016. godinu)

"Komisija je izvršila nadzor osme emisije obveznica Brčko distrikta BiH, emitovanih za izmirenje obaveza po osnovu stare devizne štednje i nadzor u postupku povećanja kapitala emisijom novih dionica emitenta 'Osiguranje Garant' d.d. Komisija je izvršila nadzor postupka preuzimanja 'Duka&Bosna' d.d. od strane 'Bingo' d.o.o. Tuzla sa prinudnim otkupom, u kojem je preuzeto 53.279 dionica po cijeni od 4,25 KM/dionici, u ukupnoj vrijednosti od 226.435,75 KM i postupak preuzimanja 'Bimal' d.d. od strane 'Seed Oil Holdings' GmbH i lica koje sa njim zajednički djeluje 'Studen & CO Holding' GmbH, u kojem je preuzeto 869 dionica po cijeni od 8,35 KM/dionici i 65.364 dionice po cijeni od 8,87 KM/dionici, što ukupno iznosi 587.034,83 KM. Komisija je nadalje izvršila kontrolu dostavljenih godišnjih i polugodiš-

[48] Ibid. Član 6.
[49] Ibid. Član 7.

njih izvještaja o finansijskom poslovanju dioničkih društava." (Izvještaj o radu Komisije za hartije od vrijednosti Brčko distrikta BiH za 2016. godinu)

Izvještaj o radu Komisije za 2015. godinu sličan je Izvještaju za 2016. godinu te se ukazuje da je Komisija "izvršila nadzor emisije dionica emitenta 'Osiguranje Garant' d.d., u postupku povećanja kapitala, kao i smanjenja kapitala ovog dioničkog društva, po osnovu pokrića gubitka nastalog u poslovanju. U oblasti nadzora dužničkih papira od vrijednosti Komisija je izvršila nadzor sedme emisije obveznica Brčko distrikta BiH, emitovanih za izmirenje obaveza po osnovu stare devizne štednje." (Izvještaj o radu Komisije za hartije od vrijednosti Brčko distrikta BiH za 2015. godinu)

"Tokom 2015. godine izvršeno je preuzimanje dioničkog društva 'Jelen&Staklorad' d.d. Brčko. Završeni su stečajni postupci nad dioničkim društvom 'Bosnaplod' Brčko i proveden postupak njegove prodaje u stečaju, kao pravnog lica, kupcu 'Zera Investment' Dubai. Isto tako u izvještajnom periodu je otvoren stečajni postupak nad emitentom 'Novi Bimeks' d.d. Brčko, a nastavljen je postupak provođenja stečaja nad dioničkim društvom 'Pirometal' Brčko, koji je započeo u 2014. godini. Komisija je u 2015. godini izvršila kontrolu dostavljenih godišnjih i polugodišnjih izvještaja o finansijskom poslovanju. U skladu sa članom 70 Zakona o papirima od vrijednosti, Komisija je kontinuirano vršila nadzor nad poslovima Centralnog registra papira od vrijednosti Brčko distrikta BiH, koji se 21 odnose na registraciju, prenos i čuvanje papira od vrijednosti, usklađivanje podataka o vlasnicima papira od vrijednosti, sprovođenje registracije emisije obveznica, upis i brisanje založnog prava nad dionicama." (Izvještaj o radu Komisije za hartije od vrijednosti Brčko distrikta BiH za 2015. godinu).

Izvještaji Komisije za hartije od vrijednosti ne navodi obavljanje redovnog i vanrednog nadzora, odnosno formulacija korištena u Izvještaju jeste da je Komisija "redovan nadzor prometa papira od vrijednosti dioničkih društava registrovanih u Brčko distriktu BiH vršila u skladu sa članom 9 Pravilnika, a vanredan kada postoje osnovi sumnje, koje upućuju na moguće kršenje zakona i propisa Komisije", bez navođenja egzaktnih podataka da li je i u kojem broju jednog od predviđenih oblika nadzora bilo. Obim Izvještaja Komisije Distrikta Brčko je znatno manji u poređenju s izvještajima entitetskih komisija kako u segmentu nadzora tako i u preostalim dijelovima.

7. Zaključak

Učinkovit nadzor i kontrola finansijskih tržišta i institucija izuzetno su važni u zemljama sa slabije razvijenim finansijskim i pravnim sistemima (Ol-

gić Draženović, 2015). Uloge regulatora i kontrolora koje obnaša država na tržištu i koje su samo njoj svojstvene neophodno je da svojim sadržajem obavljanja ispunjavaju kriterije efikasnosti i ekonomičnosti. Međutim, u BiH kao posljedica ustavnopravnog uređenja na tržištu kapitala egzistira konglomerat pravnih propisa koji reguliraju na entitetskim nivoima i nivou Brčko distrikta BiH pitanja funkcioniranja prometa vrijednosnih papira i institucija čija nadležnost se tiče kontrole i nadzora nad tržištem. Na temelju analize zakona i podzakonskih akata primjetan je nezanemariv broj sličnosti u rješavanju pitanja nadzora nad tržištem vrijednosnih papira. Sličnosti su evidentne u pogledu: a) ovlaštenja komisija; b) oblika nadzora; c) načina obavljanja nadzora; d) mjera koje stoje na raspolaganju komisiji prilikom obavljanja nadzora i dr. Imajući u vidu sličnosti predstavljenog načina vršenja kontrole i nadzora, zasigurno bi postajanje jedinstvene pravne regulacije tržišta olakšalo odvijanje prometa vrijednosnih papira u BiH.

Postojeći način funkcioniranja tržišta uzrok je njegove neintegriranosti. Način obavljanja kontrole i nadzora nad tržištem vrijednosnih papira karakterizira kompleksnost, što za sobom povlači potrebu za izdvajanjem više novčanih sredstava za njegovo funkcioniranje. Njegova kompleksnost odražava se i na efikasnost. Predstavljeni godišnji izvještaji komisija ukazuju na to da se ne radi o obimu nadzora koji zahtijeva pomenuti način funkcioniranja, odnosno postojeći opravdava. Uzimajući u obzir nedovoljnu razvijenost tržišta vrijednosnih papira, spomenuta neintegriranost i neracionalnost organizacije dodatno otežava njegovo daljnje razvijanje. Cjelokupan način funkcioniranja otvara pitanje njegove održivosti u kontekstu razvoja finansijskih tržišta i institucija.

Pravno reguliranje nadzora i kontrole nad tržištem vrijednosnih papira, u državi veličine poput Bosne i Hercegovine, svrsishodno je izvršiti na državnom nivou opredjeljujući se u potpunosti za centralistički sistem vršenja kontrole. Objedinjavanje regulatora na državnom nivou, kao što je to slučaj u evropskim državama, za posljedicu bi imalo efikasnu i racionalnu organizaciju tržišta vrijednosnih papira. Nažalost, nedostatak saglasnosti ugrožava daleko važnije pitanje transparentnosti i uređenosti tržišta kapitala.

Bibliografija

1. Avgouleas, E. (2005). *The Mechanics and Regulation of Market Abuse a legal and economic analysis*. Oxford: Oxford University Press.
2. Goodhart, C. A. E. (2000). *The Organisational Structure of Banking Supervision* FSI Occasional Papers, Financial Stability Institute, BIS,

1. http://www.sa-dhan.net/Adls/Dl6/Baselcommittee/TheOrganisationalStructure.pdf

3. Erić, D. (2003). *Finansijska tržišta i instrumenti*. Beograd.

4. Imamović-Čizmić, K. (2006). *Uticaj pravne zaštite investitora na glavne aspekte efikasnosti tržišta hartija od vrijednosti – magistarski rad*. Sarajevo: Ekonomski fakultet.

5. *Izvještaj o radu Komisije za vrijednosne papire FBiH za 2015. godinu*. Preuzeto 24. 9. 2018. sa http://www.komvp.gov.ba/site/index.php/o-komisiji/izvjestaji-komisije/item/izvjestaj-komisije-2015?category_id=10

6. *Izvještaj o radu Komisije za vrijednosne papire FBiH za 2016. godinu*. Preuzeto 25. 9. 2018. sa http://www.komvp.gov.ba/site/index.php/o-komisiji/izvjestaji-komisije/item/izvjestaj-komisije-2016?category_id=10

7. *Izvještaj o radu Komisije za hartije od vrijednosti RS za 2016. godinu*. Preuzeto 21. 9. 2018. sa http://www.secrs.gov.ba/Documents/Izvjestaji/a9ea9f9f-e960-41b4-b51f-f165a390b17f_sr-Latn-CS.pdf

8. *Izvještaj o radu Komisije za hartije od vrijednosti RS za 2017. godinu*. Preuzeto 23. 9. 2018. sa http://www.secrs.gov.ba/Documents/Izvjestaji/a9ea9f9f-e960-41b4-b51f-f133a390b17f_sr-Latn-CS.pdf

9. *Izvještaj o radu Komisije – Povjerenstvo za papire od vrijednosti za 2016. godinu*. Preuzeto 20. 9. 2018. sa http://www.secbdbih.org/files/sjednice/izvjestaj_o_radu/BS/16.Izvjestaj_o_radu.pdf

10. *Izvještaj o radu Komisije – Povjerenstvo za papire od vrijednosti za 2015. godinu*. Preuzeto 23. 9. 2018 sa http://www.secbdbih.org/files/sjednice/izvjestaj_o_radu/BS/15.Izvjestaj_o_radu.pdf

11. Komisija za vrijednosne papire FBiH. Preuzeto 31. 8. 2018. sa www.komvp.gov.ba/site/index.php/o-komisiji

12. Komisija – Povjerenstvo za papire od vrijednosti Brčko distrikta BiH – Ovlasti. Preuzeto 5. 8. 2018. sa http://www.secbdbih.org/index.php?ID=10&page=ovlasti&IDJ=&lang=

13. Krstić N. (2017). *Mere nadzora na tržištu kapitala koje preduzima Komisija za hartije od vrednosti Republike Srbije*. Preuzeto 14. 11. 2018. sa http://www.eman-conference.org/uploads/6/5/4/7/65475757/zbornik_radova_eman_2017_final.pdf

14. Olgić Draženović, B. (2015). Modeli financijske supervizije i regulacije u zemljama EU-a. *Zbornik Veleučilišta u Rijeci*, 3 (1), 69–82.

15. Pravilnik o načinu obavljanja nadzora na tržištu vrijednosnih papira. Službene novine Federacije BiH, 23/05.
16. Pravilnik o nadzoru nad učesnicima na tržištu hartija od vrijednosti. Službeni glasnik Republike Srpske, 98/14.
17. Pravilnik o vršenju nadzora emisije, prometa i učesnika u emisiji i prometu papira od vrijednosti. Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, 09/06.
18. Program rada Komisije za vrijednosne papire FBiH za 2016. godinu. Preuzeto 3. 8. 2018. sa http://www.parlamentfbih.gov.ba/dom_naroda/bos/parlament/propisi/El_materijali_2016/Program%20rada%20KVP%20za%202016.godinu_bos.pdf
19. Sleem, K. (2010). *A Theoretical Role for Government in the Financial Markets*. SSRN Electronic Journal. Preuzeto 14. 8. 2018. sa: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1354989
20. Zakon o Komisiji za vrijednosne papire FBiH. Službene novine Federacije BiH, 39/98, 36/99, 33/04.
21. Zakon o papirima od vrijednosti. Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, 15/03, 27/04, 42/04, 28/07, 14/12.
22. Zakon o tržištu hartija od vrijednosti. Službeni glasnik Republike Srpske, 92/06, 34/09, 30/12, 59/13, 108/13, 04/17.
23. Zakon o tržištu vrijednosnih papira. Službene novine Federacije BiH, 85/08, 109/12, 86/15.

Lejla Ramić
Expert associate
University of Sarajevo
Faculty of Law
l.ramic@pfsa.unsa.ba

CONTROL AND SUPERVISION OVER THE MARKET OF SECURITIES IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The market of capital in Bosnia and Herzegovina represents an insufficiently developed market where the supply and demand for financial instruments of long maturity date and securities are confronted. Having in mind the state organisation of Bosnia and Herzegovina, the competences in terms of control and supervision have been divided between the entities and Brčko District. Although the competences of institutions that perform the control and supervision rest on generally similar principles, irrational division of the market continues to exist. It is precisely this division of the market that has consequently produced its lack of integration. By way of legal analysis of the normative framework of one segment of the market of capital, which refers to performing control and supervision over the market of securities, the paper will indicate the pointlessness of the current method of regulating the control and supervision over the market of securities in Bosnia and Herzegovina.

Keywords: *market of capital, Securities Commission of FBiH, Securities Commission of RS, Securities Commission of Brčko District, supervision and control over the securities market, securities, market of securities in Bosnia and Herzegovina, the role of the state on the securities market*

PRIKAZI

Dr. Edin Halapić
Vanredni profesor
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
e.halapic@pfsa.unsa.ba

SJEĆANJE NA KODŽALI DJECA KOJA NISU ODRASLA (UBIJENO DJETINJSTVO) (Elšad Ejvazli, Sarajevo, 2018, str. 104)

Dvadeset petog februara ove godine obilježava se dvadeset šest godina od genocida u Kodžaliju. U pitanju su dešavanja u noći između 25. i 26. februara 1992. godine. Tim povodom, Ambasada Republike Azerbejdžan u Sarajevu preuzela je pokroviteljstvo u izdavanju knjige pod naslovom "Sjećanja na Kodžali – Djeca koja nisu odrasla", autora Elšada Ejvazlija. U pitanju je značajna edicija i objavljena je na bosanskom jeziku. Prijevod sa engleskog jezika uradile su Jasmina Milanović i Esma Sirbubalo, a knjiga sadrži 104 stranice.

Za razliku od mnogih, ova knjiga nastala je na osnovu razgovora sa preživjelim, odnosno sa djecom koja su 1992. godine imala od 7 do 14 godina života. Autor je uspio kontaktirati devet preživjelih, koji su danas odrasli ljudi. Po svojoj strukturi knjiga sadrži predgovor, sjećanja na tragično djetinjstvo i dio pod naslovom "Kodžali kroz fotografije".

Najznačajniji dio knjige su, naravno, svjedočenja preživjelih. U pitanju su preživjeli koji su 25. i 26. februara ostali bez svojih najbližih. Autor knjigu počinje svjedočenjem Mehdija Alijevog koji je ostao bez oba roditelja i dva brata. Iz svjedočanstava o užasnim dešavanjima saznajemo da je u pitanju dječak koji je ima samo četiri godine života i kojeg su zarobile armenske vojne snage. Drugi preživjeli je Anar Oručev koji je u Kodžaliju izgubio roditelje i sestru. Iz svjedočenja Nemaile Halilove saznajemo da je u pitanju djevojčica od šest godina koja je ostala bez roditelja i sestre. Vesile Muharemova je imala dvanaest godina i izgubila je oba roditelja, ali nas njeno sjećanje vrlo detaljno upućuje u sudbinu jedne porodice. Jašar Huseinov, koji je ostao bez oba roditelja i brata kao dječak od četrnaest godina, opisuje iz ugla djeteta dešavanja u Kodžaliju. Iz Jašarevog opisa saznajemo da je u Kodžaliju bilo djece čiji su roditelji mučeni do smrti pred njihovim očima.

Naredna preživjela je Jasemin Huseinova koja je tada imala dvanaest godina i koja je izgubila oba roditelja. Hazangule Emirova je djevojčica koja je tada imala osam godina života i koja je izgubila oba roditelja i mlađu sestru. Za razliku od druge djece, Hazangule je s porodicom zarobljena i odvedena u mjesto Askeran. Prije zarobljavanja, a prilikom bijega kroz šumu, njena majka je ubijena. Bježeći od užasa, opkoljeni su od strane Armenaca koji su otvorili vatru na civile i tom prilikom ubili njenu mlađu sestru. Otac i ona odvedeni su u zarobljeništvo u Agdam. Tada počinje najgori trenutak njenog života, jer su joj oca pred njenim očima zavezali za drvo, polili benzinom i živog zapalili. Svi ubijeni članovi porodice pokopani su u Agdamu. Preživjeli Sabir Ibrahimov izgubio je oba roditelja, a njega, kao malog šestogodišnjeg dječaka, i njegovog starijeg brata, Armenci su transportovali u zarobljenički kamp. Nakon što ih je spasio očev prijatelj otišli su kod rodbine u Baku. Nakon toga, brigu je preuzeo njihov djed koji je živio u Gruziji. U Sabirovom svjedočenju nalazi se jedan podatak, a to je da je njegov djed došao do informacije da je određeni broj zarobljenika poslan u Francusku. Autor svoju knjigu završava svjedočenjem Tofika Azimovog koji je kao četrnaestogodišnjak ostao bez oba roditelja.

Čitajući ovu knjigu, možemo sa sigurnošću utvrditi da je u pitanju posebna kategorija edicije s obzirom na njen sadržaj. Naime, ona se može posmatrati kao dokaz počinjenog genocida koji je doveo do nasilne smrti 613 stanovnika i velike patnje preživjelih. Kao čitaocu posebnu pažnju mi je privuklo svjedočenje Anara Oručevog. U pitanju je svjedok koji je 1992. godine imao samo pet godina života, a koji je živio u Kodžaliju zajedno sa svojim roditeljima i tri sestre. Kao što je ranije spomenuto, Anar je izgubio oba roditelja i jednu sestru. Njegovo sjećanje na dešavanja u noći između 25. i 26. februara otkriva nam sudbinu starijeg brata i dvije mlađe sestre. Jedna od sestara (Hatire) je zadobila dvije rane i kao ranjenik je prebačena iz Agdama u Baku. Sudbina najmlađe sestre je spletom okolnosti trajno ovjekovječena. Naime, prilikom napuštanja Kodžalija Anarova majka je jednu kćerku nosila na leđima, a drugu u rukama. U momentu kada su Armenci otvorili vatru, majka je pogođena u glavu kao i starija kćerka. Druga kćerka, odnosno najmlađa, beba je o kojoj danas svi govore. To je beba koja je dojila na grudima svoje mrtve majke. Njeno ime je Kubra. Prilikom sakupljanja tijela ubijenih za Kubru se smatralo da je preminula. Međutim, kada je okupana u lokalnoj džamiji, počela je davati znakove života. Danas se ova fotografija u svom modifikovanom obliku može vidjeti u spomen-parku žrtava Kodžalija, gdje se nalazi velika statua majke koja u naručju drži svoje dijete. Spomen-park se nalazi

u Bakuu u ulici Kodžali park.[1] Ono što ovu knjigu čini specifičnom je poruka koja izvire iz svjedočenja preživjelih. Zajednička nit koja povezuje preživjele se može identifikovati u nekoliko segmenata. Naravno, na prvom mjestu je prevelika bol i tuga zbog gubitka najbližih članova porodice, a druga je želja za povratkom u rodno mjesto. Također, zajednički element je da su nastradali članovi porodica, u većini slučajeva, sahranjeni u mjestu Agdam. U međuvremenu, ovo malo mjesto čije ime u prijevodu znači "bijela kuća" (Ag se prevodi kao bijelo, a Dam kao kuća) došlo je pod kontrolu armenske vojske. Preživjelima je ovo bio dovoljan znak da nikada više neće moći obići mezarja svojih najmilijih, odnosno sve dok se Agdam ne oslobodi okupacije. Potresna svjedočenja koja čine centralni dio ove knjige, trajni su dokaz prošlog vremena i sudbine malog gradića u Azerbejdžanu, čija populacija je istrijebljena od strane armenskih i sovjetskih vojnih jedinica. Autor je uložio mnogo truda kako bi ova knjiga predstavljala dokaz o počinjenom genocidu ranih devedesetih godina prošlog vijeka. Autor je posljednji dio knjige rezervisao za crno-bijele fotografije koje su ustupile porodice preživjelih, ali i jedna reporterka. U pitanju je francuska fotografkinja Frederika Lengejn (Frederique Lengaigne) koja je tokom ranih devedesetih godina prošlog vijeka bila dopisnica Rojtersa (Reuters) u Moskvi, i vjerovatno je u pitanju reporterka koja je prva napravila fotografije o Kodžaliju. Autor knjige, Elšad Ejvazli, prilikom pisanja ove knjige kombinovao je iskaze preživjelih i tehniku crno-bijelih fotografija. Vjerovatno je tada imao na umu da jedna slika vrijedi više od hiljadu riječi. Na kraju, ovu knjigu preporučujem i široj čitalačkoj publici kao i istraživačima koji se bave izučavanjem genocida.

[1] Autor teksta je imao priliku da posjeti Kodžali park tokom 2016. godine. Pored navedenog spomen-parka, u Sarajevu, u naselju Dobrinja, postoji spomen-park žrtvama Kodžalija. Primjedba autora.

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 takođe 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