

# Godišnjak

PRAVNOG FAKULTETA U SARAJEVU

# LVIII

# 2015.



Sarajevo, 2015.

**GODIŠNJAK PRAVNOG FAKULTETA UNIVERZITETA U SARAJEVU  
LVIII – 2015.**

**YEARBOOK OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF SARAJEVO  
LVIII – 2015**

**Izdavač**

Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

**Redakcijski odbor**

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

**Međunarodni redakcijski odbor**

Prof. dr. Davor Derenčinović (Pravni 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. Adem Sözüer (Pravni fakultet Istanbul)

**Glavni i odgovorni urednik**

Prof. dr. Borislav Petrović

**Sekretar redakcije**

Doc. dr. Kanita Imamović-Čizmić

**Korektura**

Mirela Rožajac-Zulčić  
Ivana Teronić Oruč

**Sažetke na engleski preveo**

Sanjin Oruč

**Tehničko uređenje**

University press d.o.o. Sarajevo

**Štampa**

Štamparija Fojnica

**Za štampariju**

Šehzija Buljina

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

## SADRŽAJ

Dr. Borislav Petrović UVODNA RIJEČ	7
<b>ČLANCI</b>	
Mr. Lejla Balić SAVJET KAO GORNJI DOM EVROPSKE UNIJE	13
Dr. Amila Ferhatović, dr. Eldan Mujanović SAMOSTALNO ODUZIMANJE IMOVINSKE KORISTI (oduzimanje u odsustvu osuđujuće presude)	33
Dr. Borislav Petrović, mr. Sead Redžić TEORIJSKI OSVRT NA ODNOS ORGANIZIRANOG KRIMINALITETA I TERORIZMA	55
Dr. Darja Softić Kadenić ULOGA TRUSTA I TRUSTU SLIČNIH KONSTRUKCIJA U OKVIRU RAZLIČITIH INSTRUMENTATA REFINANSIRANJA	77
Mr. Mehmed Bečić AUSTROUGARSKA REFORMA PRAVOSUĐA I GRAĐANSKOG POSTUPKA U BOSNI I HERCEGOVINI	107
Dr. Edin Halapić 800 GODINA VELIKE POVELJE SLOBODA (MAGNA CHARTA LIBERTATUM): 1215–2015.	125
Mr. Ehlimana Memišević KRIVIČNOPRAVNA ZABRANA PORICANJA GENOCIDA – DOZVOLJENO OGRANIČAVANJE SLOBODE IZRAŽAVANJA?	143
MJur (Oxon) Selma Mezetović Međić, LL.M. UREDBA 650/2012 – NA PUTU PREMA EVROPSKOM NASLJEDNOM PRAVU	165
Dr. Amina Nikolajev COASEOVA TEOREMA I NJENE PRAKTIČNE IMPLIKACIJE	195

Dr. Almedina Šabić PRAVA KUPCA STVARI S NEDOSTATKOM SAOBRAZNOSTI PREMA PRIJEDLOGU UREDBE EVROPSKOG PARLAMENTA I VIJEĆA O ZAJEDNIČKOM EVROPSKOM PRAVU PRODAJE	..... 213
Mr. Damir Banović PARLAMENTARNI SISTEM BOSNE I HERCEGOVINE KAO PRIMJENA MULTIKULTURALNOG KONCEPTA POLITIČKE PREDSTAVLJENOSTI KOLEKTIVA	..... 245
Dr. Zinka Grbo, dr. Kanita Imamović-Čizmić NEKE SPECIFIČNOSTI PRAVA KONKURENCIJE U BOSNI I HERCEGOVINI	..... 279
Dr. Fikret Karčić OSMANSKI KRIVIČNI ZAKONIK IZ 1858. I NJEGOVA PRIMJENA U BiH	..... 295
<b>PRIKAZI</b>	
Dr. Edin Halapić PRAVNA MISAO U BOSNI I HERCEGOVINI: Prof. dr. Enes Durmišević, <i>Uvod u razvoj pravne misli u Bosni i Hercegovini</i> , Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2014, str. 158.	..... 307
Dr. Edin Halapić NAUČNI SKUP “HISTORIJA DRŽAVE I PRAVA BIH – IZAZOVI I PERSPEKTIVE”	..... 311
Mr. Ehlimana Memišević Olivier Roy, <i>Sekularizam u suočavanju s islamom</i> , prevela Elmina Mušinović, (Sarajevo: Centar za napredne studije, El-kalem, 2012), str. 151	..... 315
<b>OSTALO</b>	
UPUTE ZA AUTORE	..... 321
IZJAVA O ETIČNOSTI I SAVJESNOSTI GODIŠNJAKA	..... 329

## CONTENT

Borislav Petrović, PhD INTRODUCTION .....	7
<b>ARTICLES</b>	
Lejla Balić, MA COUNCIL AS THE UPPER CHAMBER OF THE EUROPEAN UNION .....	13
Amila Ferhatović, PhD, Eldan Mujanović, PhD INDEPENDENT FORFEITURE OF ILLEGALLY OBTAINED PROPERTY (Forfeiture in Absence of Convicting Verdict) .....	33
Borislav Petrović, PhD, Sead Redžić, MA THEORETICAL REVIEW ON THE RELATION BETWEEN ORGANISED CRIME AND TERRORISM .....	55
Darja Softić Kadenić, PhD THE ROLE OF TRUSTS AND CONSTRUCTIONS SIMILAR TO TRUSTS WITHIN DIFFERENT INSTRUMENTS OF REFINANCING .....	77
Mehmed Bečić, MA AUSTRO-HUNGARIAN REFORM OF JUDICIARY AND CIVIL PROCEEDINGS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA .....	107
Edin Halapić, PhD 800 YEARS SINCE THE GREAT CHARTER OF FREEDOMS (MAGNA CHARTA LIBERTATUM): 1215–2015 .....	125
Ehlimana Memišević, MA CRIMINAL AND LEGAL PROHIBITION OF THE DENIAL OF GENOCIDE – AN ALLOWED RESTRICTION OF FREEDOM OF EXPRESSION? .....	143
MJur (Oxon) Selma Mezetović Međić, LL.M. REGULATION 650/2012 – ON THE PATH TOWARDS EUROPEAN SUCCESSION LAW .....	165

Amina Nikolajev, PhD COASE THEOREM AND ITS PRACTICAL IMPLICATIONS . . . . .	195
Almedina Šabić, PhD RIGHTS OF BUYERS WITH THE LACK OF COMPLIANCE ACCORDING TO THE PROPOSED REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL ON COMMON EUROPEAN SALES LAW . . . . .	213
Damir Banović, MA PARLIAMENTARY SYSTEM OF BOSNIA AND HERZEGOVINA AS AN APPLICATION OF MULTICULTURAL CONCEPT OF POLITICAL REPRESENTATION OF THE COLLECTIVES . . . . .	245
Zinka Grbo, PhD, Kanita Imamović-Čizmić, PhD SOME SPECIFICITIES OF THE COMPETITION LAW IN BOSNIA AND HERZEGOVINA . . . . .	279
Fikret Karčić, PhD THE OTTOMAN PENAL CODE OF 1858 AND ITS APPLICATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA . . . . .	295
<b>SURVEYS</b>	
Edin Halapić, PhD LEGAL THOUGHT IN BOSNIA AND HERZEGOVINA: Prof. dr. Enes Durmišević, <i>Uvod u razvoj pravne misli u Bosni i Hercegovini</i> , Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2014, str. 158. . . . .	307
Edin Halapić, PhD SCIENCE CONFERENCE ON “HISTORY OF THE STATE AND LAW OF BiH – CHALLENGES AND PERSPECTIVES” . . . . .	311
Ehlimana Memišević, MA Olivier Roy, <i>Sekularizam u suočavanju s islamom</i> , prevela Elmina Mušinović, (Sarajevo: Centar za napredne studije, El-kalem, 2012), str. 151 . . . . .	315
<b>OTHER</b>	
AUTHOR GUIDELINES . . . . .	321
PUBLICATION ETHICS AND MALPRACTICE STATEMENT . . . . .	329

Poštovane čitateljke,  
poštovani čitatelji,  
drage kolegice i kolege,

pred vama je 58. godiššte Godišnjaka Pravnog fakulteta u Sarajevu. Ovo izdanje stoji u znaku jubileja Pravnog fakulteta u Sarajevu, koji sljedeće godine navršava 70 godina svog postojanja.

Izdavati časopis u Bosni i Hercegovini nije lako održiv i nezahtjevan posao, kako zbog obima posla, tako i zbog finansiranja. Imajući u vidu činjenicu da se u BiH ne izdaje mnogo pravno relevantnih časopisa, održanje našeg godišnjaka predstavlja izazov, ali i odgovornost prema znanstvenoj zajednici u BiH. Ponosni smo na činjenicu da ovaj časopis u kontinuitetu izlazi već 58 godina, s kraćom i razumljivom pauzom tijekom ratnih dešavanja na području naše zemlje, i da predstavlja najstariji pravni časopis u Bosni i Hercegovini!

Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu prvi put je ugledao svjetlo dana 1949. godine, pod tadašnjim nazivom "Istorisko-pravni zbornik", pod kojim su ukupno izašla tri broja. Nakon pauze od dvije godine, 1953. godine kolektiv Pravnog fakulteta u Sarajevu uspijeva ponovo izdati svoj časopis, pod nazivom Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, koji od tada izlazi redovno.

Od 1949. godine do danas, u našem godišnjaku objavljeno je 1155 naučnih i stručnih radova. Za jednu zemlju čija je tradicija visokoškolskih ustanova relativno mlada, ovaj broj je impozantan. Citirajući riječi bivšeg dekana Pravnog fakulteta, prof. dr. Dragomira Krndije, koji je o Godišnjaku 1957. napisao: "Povezujući rad na unapređenju nastave sa naučnim radom i prožeti sviješću da nivo univerzitetske nastave zavisi od nivoa naučnog rada, članovi kolektiva su posvetili punu pažnju obradi velikog broja problema kako iz savremenog života tako i iz pravne i ekonomske istorije...", možemo konstatirati da su ove riječi i nakon 58 godina aktualne i tačne. Članovi kolektiva Pravnog fakulteta u Sarajevu i dalje doprinose i razvijaju ovaj naučni časopis birajući najaktualnije teme iz svojih oblasti.

Sam koncept Godišnjaka mijenjao se kroz vrijeme, budući da se stalno radilo na njegovom poboljšanju. Ipak, polako se vraćamo i nekim starim praksama koje su se pokazale uspješnim i važnim. Jedna od tih praksi jeste i objavljivanje radova o preminulim suradnicima i suradnicama ili kolegama i kolegicama koji su otišli u mirovinu, s njihovim biografskim i bibliografskim podacima. Ovo je vrlo važan izvor podataka za buduće generacije, nekada čak i jedini kada govorimo o starijim autorima i autoricama, a ne manje važna je i činjenica, da se stalno treba podsjećati na one, koji su iza sebe ostavili neizbrisiv trag, kako u profesionalnom, tako i ljudskom smislu.

U bosanskohercegovačkim uvjetima mladim znanstvenicima i istraživačima put ka napretku je otežan. Tu se prije svega misli na sve oštrije uvjete za napredovanje u viša zvanja, dok istovremeno podrška viših instanci, zbog trenutne situacije, izostaje. Konkretno, danas imamo pristup manjem broju naučnih baza podataka, nego što je to bio slučaj prije deset godina.

To je jedan od razloga zbog kojeg uredništvo Godišnjaka stalno radi na poboljšanju ovog časopisa. Kako bi se održao kvalitet, radovi podliježu dvostrukoj anonimnoj recenziji (*double-blind peer review*), a do sada smo Godišnjak uspjeli indeksirati u nekoliko referentnih međunarodnih naučnih baza podataka: CSA Sociological Abstracts (Proquest), CSA Worldwide Political Science Abstracts (Proquest), Political Science Complete (EBSCOhost), dok je u punom tekstu Godišnjak uvršten u Central and East European Academic Source (EBSCOhost).

Ovogodišnje izdanje koje je pred vama ima novi koncept. Budući da je cilj uredništva i ostalih suradnika Godišnjaka, učiniti ga što relevantnijim i dostupnijim, odlučili smo se na dva koraka: indeksiranje u svjetskoj referentnoj bazi Scopus i izdavanje Godišnjaka na engleskom jeziku.

Planirano indeksiranje u Scopusu zahtijevalo je, između ostalog, i ujednačen način citiranja referenci u svim radovima, što je s ovim brojem uspješno realizirano. Stil prema kojem se citiraju izvori u Godišnjaku Pravnog fakulteta u Sarajevu jeste APA stil citiranja, koji se najčešće koristi u društvenim znanostima.

Od ove godine novinu također predstavlja i činjenica da je Godišnjak dostupan u punom tekstu na web-stranici Fakulteta. Na stranici su dostupni brojevi od 2008. godine. Na ovaj način je svim zainteresiranim omogućen pristup relevantnim naučnim radovima.

Svako izdanje Godišnjaka već decenijama šaljemo na adrese 78 institucija, 27 bosanskohercegovačkih i 51 inostranu. Na osnovu toga, Biblioteka našeg fakulteta ima veliki priliv serijskih publikacija putem razmjene. Upravo zbog



velikog broja međunarodnih naučnih institucija kojima se šalje Godišnjak, odlučili smo se na pokretanje izdanja na engleskom jeziku, koje će našim autorima omogućiti da budu čitani bez obzira na jezičke barijere. Prvi broj engleskog izdanja izaći će početkom 2016. godine.

Rad na poboljšanju ovog važnog časopisa u kontekstu bosanskohercegovačke znanstvene zajednice neće stati. Uredništvo Godišnjaka će i dalje pratiti svjetske trendove i prilagođavati im se. Nadamo se da ćemo uspjeti u misiji da ovaj časopis u okvirima BiH, regiona, pa i šire, ostane nezaobilazno štivo i izvor relevantnih informacija i tema stručnjaka iz područja pravnih, historijskih, ekonomskih i ostalih društvenih nauka.

Prof. dr. Borislav Petrović

Dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu



## **ČLANCI**



**Mr. Lejla Balić**

Viša asistentica

l.balic@pfsa.unsa.ba

UDK: 341.174:061.1EU

Izvorni naučni rad

## **SAVJET KAO GORNJI DOM EVROPSKE UNIJE**

### **Sažetak**

*Demokratizacija Evropske unije može se razumjeti kao proces institucionalne izgradnje, u kojem se teži ostvarivanju najvišeg nivoa transparentnosti, otvorenosti i odgovornosti rada institucija pred građanima. Najvažnije odluke u Evropskoj uniji donose se u okviru Savjeta u kojem učestvuju nacionalni predstavnici i koji predstavlja tzv. međuvladinu instituciju Evropske unije. U vezi s tim, od presudnog značaja je odgovoran i transparentan rad nacionalnih predstavnika izvršne vlasti u Savjetu. Naime, Savjet u bikameralnom sistemu Evropske unije ima ulogu gornjeg doma u kojem su predstavljeni interesi država članica. Bit demokratskih procesa u ustavnom sistemu Evropske unije, nije u tome da nacionalni predstavnici garantuju da neće biti preglasani u Savjetu i da će nacionalni interesi biti obuhvaćeni odlukama. Demokratizacija slojevitog ustavnog sistema Evropske unije treba značiti garanciju deliberativnih procesa na svim nivoima koji će omogućiti da se problemi, pitanja i odluke donesu transparentno imajući u vidu pluralizam stavova i interesa. Demokratizacija Savjeta mora se odvijati paralelno na dva nivoa. Jedan nivo je rad samog savjeta, odnosno osigurati transparentnost, obrazložene odluke, javnost zapisnika, manji utjecaj COREPERA i sl. Dalja demokratizacija treba da se odvija na nivou država članica i nacionalnih parlamenata, u vidu participacije različitih političkih subjekata u javnim raspravama o politikama Evropske unije koje treba da su smjernica za rad nacionalnih predstavnika.*

**Ključne riječi:** *Savjet, bikameralizam, COREPER, transparentnost, demokratizacija.*

### **Uvod**

Demokratizacija Evropske unije može se razumjeti kao proces institucionalne izgradnje, u kojem se teži ostvarivanju najvišeg nivoa transparentnosti, otvorenosti i odgovornosti rada institucija pred građanima. U demokratizaciji Evropske unije, veoma je važan proces jačanja institucionalnog položaja Evropskog parlamenta kao direktnog predstavništva građana Evropske unije. Međutim, najvažnije odluke u Evropskoj uniji donose se u okviru Savjeta u kojem učestvuju nacionalni predstavnici i koji predstavlja tzv. međuvladinu

instituciju Evropske unije. Upravo zato važno je da se proces demokratizacije ne vodi samo na unijskom, već na svim nivoima upravljanja. U vezi s tim, od presudnog značaja je odgovoran i transparentan rad nacionalnih predstavnika izvršne vlasti u Savjetu. Naime, Savjet u bikameralnom sistemu Evropske unije ima ulogu gornjeg doma u kojem su predstavljeni interesi država članica, i koji ćemo i analizirati kroz prizmu zakonodavne funkcije koju vrši. Prvo ćemo se osvrnuti na koncept zakonodavne funkcije, kao i na obilježja bikameralizma koja možemo prepoznati u političkom sistemu Evropske unije. Zatim ćemo ukazati na neke od specifičnosti u sastavu i odlučivanju unutar Savjeta. Posebnu pažnju posvetit ćemo načelu transparentnosti koje je u svom radu Savjet obavezan poštovati, kao i pitanju odgovornosti nacionalnih predstavnika u Savjetu.

### **Koncept zakonodavne funkcije – opšti osvrt**

Koncept zakonodavstva (*legislation*) ili legislative određuje se kao funkcija donošenja opštih pravnih akata, zakona, koju obavlja zakonodavno tijelo tj. parlament. Kao takvo zakonodavstvo je neodvojivo od modernih demokratskih sistema, te ima centralnu ulogu u svim savremenim društvima. U savremenom pravu dominiraju dva razumijevanja legislativne, zakonodavne funkcije: formalno-proceduralni koncept i materijalno-funkcionalni pristup. Oba koncepta imaju polazište u određenju zakona, kao opšteg pravnog akta. Formalno-proceduralni koncept zakonodavne funkcije temelji se na britanskoj ustavnoj misli, a zakon se definiše kao svaki pravni akt usvojen u skladu sa zakonodavnom procedurom (Schütze, 2012). Kraće rečeno, zakon u formalnom smislu predstavlja pravni akt koji je donio zakonodavni organ, u predviđenom zakonodavnom postupku.

S druge strane, materijalni ili funkcionalni koncept zakon definiše kao svaki pravni akt opšte primjene, odnosno u materijalnom smislu, zakon se određuje prema svojim sadržinskim obilježjima. Zakon u materijalnom smislu sadrži opštu, apstraktnu i novostvorenu pravnu normu (Petrov, 2010). U vezi s tim, može se govoriti i o tzv. “eksternom zakonodavstvu”, odnosno o aktima koji imaju obilježja zakona u materijalnom smislu, ali su doneseni van parlamentarne procedure, kao što su: delegirani zakonodavni akti koje donose organi izvršne vlasti ili međunarodni ugovori (Schütze, 2012).

Zakonodavna funkcija primarno podrazumijeva izradu i donošenje zakona, i kao takva osnovna je funkcija parlamenta uređena ustavom. Moderni ustavi najčešće sadrže formalnu definiciju zakona, te izričito utvrđuju nosioca zakonodavne funkcije (parlament) i najvažnije segmente zakonodavnog postupka. U organizaciji državne vlasti, zakonodavna ili legislativna vlast pripada

parlamentu, te se termini parlament i legislativa, odnosno zakonodavna vlast, često poistovjećuju (Pejić, 2006).

Zakonodavna vlast, jednako kao i u državnim okvirima i na nivou Evropske unije, prevashodno se odnosi na ovlasti donošenja opštih pravnih akata, te u tom pogledu nema značajnih razlika u teorijama koje proučavaju načelo podjele vlasti.<sup>1</sup>

### **Zakonodavna funkcija na nivou Evropske unije**

Tokom šezdeset godina evropskih integracija, zakonodavstvo na nivou Zajednice, a zatim i Unije, poimano je jedino kroz materijalni koncept legislative<sup>2</sup>. Lisabonskim ugovorom napravljen je iskorak, te je prihvaćen formalni koncept određenja zakonodavnih akata, i čl. 289 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije utvrđeno da "Pravni akti usvojeni na osnovu zakonodavnog postupka su zakonodavni akti". Zakonodavna procedura definisana je čl. 294, kao procedura u kojoj je ovlašteni predlagač zakonodavnog akta Komisija, a Savjet i Evropski parlament su institucije Evropske unije koje donose konačnu odluku o usvajanju predloženog akta, te vrše zakonodavnu funkciju, tačnije raniji postupak saodlučivanja (čl. 251 EC) preimenovan, uz neznatne izmjene u "redovni zakonodavni postupak". Također, precizirano je da "Savjet zajedno sa Evropskim parlamentom obavlja zakonodavne djelatnosti i djelatnosti vezane za budžet...".<sup>3</sup> Dakle, zakonodavnu funkciju u Evropskoj uniji vrše institucije koje odlučuju u zakonodavnom postupku, a to su Savjet i Evropski parlament koji djeluju kao bikameralno zakonodavno tijelo.

Dvodomna zakonodavna struktura Evropske unije rezultat je dugogodišnjeg evolutivnog procesa<sup>4</sup>, koji je iniciran Mاستrihtskim sporazumom 1992. godine i uvođenjem postupka saodlučivanja u kojem je uz Savjet i Evropski parlament dobio značajnije normativne ovlasti, koje su postepeno proširene Amsterdamskim ugovorom i Ugovorom iz Nice (Voermans, 2006). Bikameralna obilježja Evropske unije, prepoznali su neki autori i mnogo prije Lisabonskog

---

<sup>1</sup> Dualističke, trijalističke i kvadriljalističke teorije o državnim funkcijama (vlastima) su u principu saglasne da zakonodavna vlast u osnovi predstavlja moć donošenja opštih pravnih normi (Marković, 1980).

<sup>2</sup> Detaljan istorijski pregled zakonodavne funkcije na nivou Evropske unije kod: Ziller, 2008.

<sup>3</sup> Čl. 16(1) Ugovora o EU.

<sup>4</sup> Nećemo se detaljnije baviti hronološkim transformacijama institucija Evropske unije, jer smatramo da već ima mnogo literature u kojoj su studiozno i kvalitetno obrađene te teme. Craig, & De Burca, 2011; Misita, 2007.

sporazuma<sup>5</sup>, te su Evropsku uniju opisali kao klasični dvodomni zakonodavni sistem u kojem su u Savjetu predstavljene “države”, a u Evropskom parlamentu “građani”.

U vezi sa zakonodavnom funkcijom, važno je spomenuti da je novelama Lisabonskog ugovora formalizovano i načelo predstavničke demokratije kao načelo prema kojem djeluju institucije Evropske unije.<sup>6</sup> Može se primijetiti da je posebno naglašen značaj participativne demokratije u sistemu Evropske unije, i to ne samo kada pojedinac djeluje kao građanin Evropske unije i učestvuje na izborima za Evropski parlament, već i kada taj isti pojedinac učestvuje na nacionalnim izborima i legitimira nacionalne predstavnike u Savjetu.

### **Bikameralizam**

Zakonodavna vlast na nivou Evropske unije uspostavljena je i strukturirana slijedeći model federalne države. Imajući u vidu sve specifičnosti evropskog ustavnog sistema i budući da ne želimo na bilo koji način Evropsku uniju odrediti kao federaciju, u daljem tekstu koristit će se termin koji ima “neutralniji” prizvuk od pojma “federalni dom”, ali koji nedvosmisleno upućuje na zakonodavnu funkciju Savjeta, a to je gornji dom. Načelo predstavničke demokratije karakteristično za federalno uređene države, može se prepoznati kao princip u skladu s kojim je institucionalizirano bikameralno zakonodavno tijelo Evropske unije,<sup>7</sup> ali uz određena odstupanja i modifikacije, jer se radi o ustavnom sistemu izvan države. Evropska unija je utemeljena na principu dualnog legitimiteta: ukupnosti građana unije koji su predstavljeni u Evropskom parlamentu, i s druge strane naroda (*people*), državljana država članica koje predstavljaju nacionalni predstavnici u Savjetu.

Gornji dom u federalnim državama predstavlja federalne jedinice i to u pravilu

---

<sup>5</sup> Političke pregovore koji se vode u legislativnom postupku u Evropskoj uniji u literaturi se imenuju bikameralnim političkim postupcima; Tsebelis & Money, 1997 kod Hoyland & Hgemann, 2007, str. 5.

<sup>6</sup> Član 10 Ugovora o Evropskoj uniji

1. *Djelovanje Unije temelji se na predstavničkoj demokratiji.*

2. *Građani su direktno predstavljeni na nivou Unije u Evropskom parlamentu. Države članice u Evropskom savjetu predstavljaju njihovi šefovi država ili vlada, a u Savjetu ih predstavljaju njihove vlade, koje su i same demokratski odgovorne pred svojim parlamentima i građanima.*

3. *Svaki građanin ima pravo sudjelovati u demokratskom životu Unije. Odluke se donose otvoreno i na način što bliži građanima.*

<sup>7</sup> Vidjeti čl. 10 Ugovora o Evropskoj uniji.



na načelu pariteta, odnosno jednake zastupljenosti federalnih jedinica, bez obzira na veličinu i broj stanovnika. Među federalnim državama postoje značajne razlike i česta odstupanja od teorijskih načela, te je u mnogim državama zastupljenost federalnih jedinica određena brojem stanovnika.<sup>8</sup> Međutim, i u slučaju kada su federalne jedinice predstavljene srazmjerno broju stanovnika, to nije u apsolutnom smislu. Naime, radi se o primjeni tzv. "ublaženog načela srazmjernog predstavnništva, koje znači da se uzima u obzir broj stanovnika kada se određuje broj predstavnika, ali se broj predstavnika za svaku jedinicu ne određuje u tačnoj srazmjeri sa brojem stanovnika odnosno jedinice, te se najčešće utvrđuje minimalan broj predstavnika koji mora imati svaka jedinica".<sup>9</sup> Može se činiti da ovakva rješenja idu u korist federalnih jedinica s brojnijom populacijom i da osiguravaju srazmjernu zastupljenost jedinica u federalnom domu. Ipak, proporcionalna zastupljenost ima za posljedicu da su manje federalne jedinice nadpredstavljene, a velike podpredstavljene (Pejić, 2006).

Drugo načelo koje je obilježje federalnog bikameralizma je načelo ravnopravnosti domova, odnosno egalitarni bikameralizam, koje u osnovi znači jednake ovlasti domova u zakonodavnoj i drugim funkcijama (Petrov, 2010). U biti, jedino kada gornji dom ima jednake ovlasti kao i predstavnički dom, može se reći da vrši svoju osnovnu funkciju, a to je zaštita interesa federalnih jedinica, te predstavlja faktor stabilnosti i kontinuiteta federalne politike.<sup>10</sup> Ustavni položaj federalnog doma i ovlasti koje ima najčešće su određeni dvjema determinantama: načinom izbora i vrstom mandata. Naime, u državama s tzv. demokratskim bikameralizmom, odnosno u kojima se članovi oba doma biraju direktnim putem od strane građana, u pravilu oba parlamentarna doma uživaju jednake ovlasti.<sup>11</sup> S druge strane, u državama u kojima se članovi gornjeg doma biraju na posredan način, gornji dom ima

---

<sup>8</sup> Federalne države u kojima svaka federalna jedinica u federalnom domu ima jednak broj zastupnika su: Sjedinjene Američke Države, Australija i Rusija. Države u kojima broj predstavnika u gornjem domu ovisi o broju stanovnika su Njemačka, Austrija, Kanada i Indija.

<sup>9</sup> U Njemačkoj je Osnovnim zakonom utvrđeno da svaka federalna jedinica ima pravo na najmanje tri predstavnika u Bundesratu.

<sup>10</sup> I u odnosu na načelo ravnopravnosti domova u uporednom ustavnom pravu postoje različita rješenja, te variraju od ravnopravnosti oba doma (SAD) do prevlasti donjeg doma uz posebne mehanizme zaštite interesa federalnih jedinica koje ima gornji dom (Njemačka).

<sup>11</sup> Senat u SAD-u bira se na direktnim izborima u državama članicama, te uživa jednake zakonodavne ovlasti kao i Predstavnički dom. Međutim, ova dva doma nemaju jednake ovlasti u svim parlamentarnim funkcijama; dok Senat ima veće ovlasti u vanjskoj politici, Predstavnički dom ima dominantnu ulogu u pitanjima finansijske politike.

ograničene ovlasti u zakonodavnom postupku osim ako se ne radi o pitanjima koja se dotiču principa federalizma i interesa federalnih jedinica.<sup>12</sup>

Kada govorimo o zakonodavnoj funkciji, potrebno je istaći da su Savjet i Evropski parlament pozicionirani kao ravnopravni partneri u redovnom zakonodavnom postupku kojim je predviđeno više uzastopnih “čitanja” prijedloga nacрта, usaglašavanja teksta, kojim se daje mogućnost Savjetu i Evropskom parlamentu da u više navrata usaglase stavove, što je ne neophodno da bi na kraju bio usvojen zakonodavni akt.<sup>13</sup>

Uz redovni zakonodavni postupak Ugovorima su predviđena i tri posebna zakonodavna postupka, u kojima odnos dva doma zakonodavnog tijela nije utemeljen načelom egalitarnog bikameralizma. Zakonodavni akti, prema posebnim zakonodavnim postupcima ne usvajaju se zajednički od strane Evropskog parlamenta i Savjeta, već je utvrđeno da ih usvaja jedna od institucija uz određeno učešće, preciznije pristanak, saglasnost (“consent”) ili u formi “konsultacija” s drugom institucijom. Postupak davanja saglasnosti utvrđen je čl. 289(2) Ugovora o FEU, i predviđa dvije procedure u kojima Evropski parlament i Savjet nemaju jednaka ovlaštenja. U prvom posebnom zakonodavnom postupku Evropski parlament je dominantna institucija, a uloga Savjeta je davanje saglasnosti,<sup>14</sup> dok u drugom posebnom zakonodavnom postupku Savjet je dominantna institucija a Evropski parlament u postupku sudjeluje u vidu davanja saglasnosti,<sup>15</sup> ili u trećem posebnom zakonodavnom postupku Evropski parlament sudjeluje u formi konsultacija dok Savjet donosi odluku.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Posredan način određivanja predstavnika u federalnom domu može biti: imenovanje predstavnika od strane izvršne vlasti i biranje predstavnika od strane zakonodavnih tijela federalnih jedinica. U evropskom kontinentalnom pravnom krugu prvi način formiranja zakonodavnog tijela poznaje ustavni sistem Njemačke, gdje vlade lendera imenuju svoje predstavnike u Bundesratu. Drugi posredni način, kada skupštine federalnih jedinica biraju predstavnike federalnog doma, obilježje je austrijskog ustavnog sistema. Što se tiče vrste mandata koji imaju predstavnici u federalnom domu, on je direktno uslovljen načinom njihovog izbora. Imperativni mandat, koji znači obavezno djelovanje u skladu s nalogima organa koji su ih imenovali, te mogućnost opoziva ukoliko se ne drže datih uputa imaju imenovani, postavljeni predstavnici. Slobodni mandat uživaju poslanici koji su direktno birani ili izabrani od zakonodavnih tijela federalnih jedinica.

<sup>13</sup> Vidi čl. 294 UFEU.

<sup>14</sup> Čl. 223(2), 226 i 228 UFEU.

<sup>15</sup> Članovi 19(1) 25, 86(1), 223 (1), 311, 312 i 352 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

<sup>16</sup> Članovi 21 (3), 22(1) i (2), 23, 64 (3), 77 (3), 81 (3), 87 (3), 89, 113, 115, 118, 126, 127 (6), 153(2), 182 (4), 192 (2), 203, 262, 308, 311, 349 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

U daljem izlaganju, fokusirati ćemo se isključivo na analizu Savjeta kao gornjeg doma bikameralnog tijela Evropske unije, jer bi iscrpniji komparativni prikaz Savjeta i Evropskog parlamenta značio i posebnu studiju.

## **Savjet – gornji dom Evropske unije?**

Ugovorom iz 1957. godine Savjet je pozicioniran kao centralna institucija Evropske unije/EEZ, u čijoj je nadležnosti da “osigura ostvarivanje ciljeva predviđenih ugovorima”.<sup>17</sup> Međutim, tokom pedeset godina evropskih integracija nadležnosti Savjeta<sup>18</sup> kao i njegova uloga u institucionalnoj strukturi Evropske unije/zajednice značajno su izmijenjene. Prije svega, uvođenjem postupka saodlučivanja i uključivanjem Evropskog parlamenta u legislativni postupak, djelimično su ograničene ovlasti Savjeta, jer on još od Mاستrihtskog ugovora u mnogim oblastima zakonodavnu ulogu dijeli s Evropskim parlamentom.<sup>19</sup> Međutim, Savjet je bez obzira na sve reforme zakonodavne funkcije ostao najvažnija politička arena unutar koje se vode pregovori i donose zakonodavne odluke na nivou Evropske unije (Naurin & Wallace, 2008) i bez čije saglasnosti nije moguće usvojiti nijedan zakonodavni akt. Moramo spomenuti da je definiranje pravne prirode Savjeta veoma kompleksno pitanje. Naime u odnosu na državne sisteme i klasično razumijevanje podjele funkcija između različitih državnih organa, najteže je povući paralelu sa Savjetom, jer predstavlja instituciju koja vrši legislativne i izvršne funkcije<sup>20</sup>. Ugovorom o Evropskoj uniji jasno je precizirana dvostruka uloga Savjeta, jedna kada vrši zakonodavnu funkciju, te aktivnosti koje nisu povezane sa zakonodavnom ulogom.<sup>21</sup> Međutim, imajući u vidu ovlasti kojima raspolaže, te sastav i način rada/odlučivanja, aktuelna pozicija/uloga Savjeta u literaturi se sve češće određuje kao pozicija gornjeg doma zakonodavnog tijela Evropske unije (Schütze, 2012; Mangiameli, 2011).

---

<sup>17</sup> Čl. 145 Ugovora EEZ.

<sup>18</sup> Bivši Savjet Evropskih zajednica nakon ratifikacije Mاستrihtskog ugovora preimenovao se u Savjet Evropske unije (Odluka 93/591, od 8. 11. 1993. godine, OJ L281, 18). Lisabonskim ugovorom, Ugovorom o Evropskoj uniji, članom 13 uveden je novi naziv Savjet.

<sup>19</sup> Detaljnu hronološku analizu odnosa Savjeta i Evropskog parlamenta kao partnera u zakonodavnom procesu Evropske unije/Zajednice kod: Hayes-Renshaw & Wallace, 2006, str. 207–227.

<sup>20</sup> Savjet je “posebna” institucija, jer je istovremeno legislativno i izvršno tijelo, unijsko i nacionalno, tijelo opšte i sektorske nadležnosti, te forum odlučivanja i pregovaranja (Hayes-Renshaw & Wallace, 2006, str. 4–7).

<sup>21</sup> “Savjet zasjeda javno kada raspravlja o nacrtu zakonodavnog akta i kada o njemu glasa. U tu je svrhu svaka sjednica Savjeta podijeljena na dva dijela, tako da je jedan dio posvećen raspravi zakonodavnih akata Unije, a drugi aktivnostima koje nisu povezane sa zakonodavnom ulogom.” Čl. 16(8) Ugovora o EU.

## Sastav Savjeta

Od početka evropskih integracija, pa sve do Lisabonskog ugovora, Savjet je institucija u kojoj su predstavljene države članice i u kojem se promovišu i štite njihovi interesi. Savjet je formiran u skladu s modifikovanim principom pariteta, odnosno sve države članice imaju jednog, ne uvijek istog predstavnika, ali različit broj glasova. Sastav Savjeta je varijabilan, ovisno o pitanjima o kojima se raspravlja, države članice predstavljaju resorni ministri,<sup>22</sup> koji su ovlašteni preuzimati obaveze u ime vlade države članice i glasati.<sup>23</sup> U pravnom, institucionalnom smislu Savjet predstavlja jedinstven organ, koji može djelovati kroz različite sastave, a Ugovorom su kao obavezne konfiguracije Savjeta navedeni Savjet za opšte poslove i Savjet za vanjske poslove.

Kada govorimo o demokratizaciji Savjeta, veoma je važno pitanje predstavljenosti država članica. Kao što smo već naveli u uporednom ustavnom pravu, u pravilu se gornji dom konstituise u skladu s načelom pariteta, odnosno sve države članice bez obzira na demografske, ekonomske i teritorijalne razlike imaju jednak broj predstavnika. Česta su i odstupanja od načela pariteta, te se broj predstavnika u federalnom domu veže za broj stanovnika federalnih jedinica. Najčešće je utvrđen minimalni broj predstavnika za svaku federalnu jedinicu koji uglavnom znači i pretpostavljenost manjih federalnih jedinica.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Sa čl. 16(6) Ugovora o Evropskoj uniji definisano je da "Savjet zasjeda u različitim sastavima čiji se popis donosi u skladu sa čl. 236. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije". Na osnovu čl. 4 Protokola 36 o prelaznim odredbama Savjet je odlukom 878/2009, (2009), OJ L315/46 utvrdio deset konfiguracija, a to su: ekonomska i finansijska pitanja, pravosuđe i unutrašnji poslovi, zapošljavanje, socijalna politika i zaštita potrošača, konkurentnost (unutrašnje tržište, industrija i istraživanje), transport, telekomunikacije i energija, poljoprivreda i ribarstvo, ekologija i obrazovanje, mladi i kultura.

<sup>23</sup> Čl. 16(2) Ugovora o Evropskoj uniji.

<sup>24</sup> Najeklatantniji primjer je Njemačka u kojoj prema Osnovnom zakonu federalne jedinice mogu imati između 3 i 6 zastupnika u Bundesratu. Naime, svaka federalna jedinica ima pravo na najmanje tri predstavnika bez obzira na broj stanovnika, lenderi s preko dva miliona imaju pravo na još jednog zastupnika, a lenderi s preko 6 miliona na još dva zastupnika. Neposredno nakon stupanja na snagu Osnovnog zakona 1950. godine, u tadašnjoj SR Njemačkoj omjer stanovništva između najmanje naseljenog lendera (Bremen – 600.000) i najviše nastanjenog lendera (Sjeverna Rajna-Vestfalija – 13.200.000) bio je 1:22. Prema zadnjem popisu iz 2010. godine, omjer između dva ista lendera, Bremena (660 706 koji još uvijek ima najmanje stanovnika) i Sjeverne Rajne-Vestfalije (17.854.154 koji je najgušće naseljen) je 1:26. Drugi zanimljiv primjer je Kanada u kojoj federalne jedinice u Senatu imaju također različit broj predstavnika, a koji varira od 4 do 24 ovisno o broju stanovnika. Omjer u broju stanovnika između najmanje (Ostrva Princa Edvarda – 99.285 stanovnika) i najviše (Ontario 4.597.542 stanovnika) naseljene federalne države 1951. godine bio je 1:46. Prema podacima iz 2006. godine omjer između istih država iznosi 1:89.

U Savjetu države članice predstavljene su sa po jednim predstavnikom, mada se u praksi dešavaju situacije kada zasjedaju savjeti u proširenom sastavu (tzv. jumbo savjeti), u kojima uz ministre vanjskih poslova učestvuju i ministri predmetne oblasti, ili kada istovremeno zasjeda više različitih konfiguracija savjeta (Misita, 2009).

### **Donošenje odluka – glasanje u Savjetu**

Iako su sve države predstavljene sa po jednim ministrom, broj glasova kojim raspolažu posebno je utvrđen za različite režime odlučivanja. Savjet donosi odluke prema dva osnovna principa: jednoglasno i većinskim glasanjem.

Jednoglasno odlučivanje znači saglasnost svih ministara u Savjetu, te je rezervisano za najosjetljivije oblasti i politička pitanja.<sup>25</sup> Imajući u vidu podjelu ovlasti između Evropske unije i država članica, veoma je važno da se postigne saglasnost o temeljnim i esencijalnim pitanjima koja se najviše dotiču tzv. tvrdog jezgra suverenosti, i za koja članovi Savjeta treba da dobiju podršku svojih građana (Everling, 2011). Naime, Savjet se može posmatrati kao zakonodavni dom u kojem su predstavljene države, ali za razliku od federalnih domova u nacionalnim sistemima, članice u Savjetu raspolažu pravom veta koje im omogućava da štite nacionalne interese.<sup>26</sup>

Odlučivanje kvalifikovanom većinom predstavlja ustavno pravilo, što je novina utvrđena Ugovorom o EU: “Ukoliko Ugovorima nije drugačije utvrđeno, Savjet donosi odluke kvalifikovanom većinom”.<sup>27</sup> Ugovorima je osim kvalifikovane većine predviđeno i odlučivanje Savjeta prostom, običnom većinom, odnosno većinom svojih članova.<sup>28</sup> Dakle, kada je Ugovorima određeno da o nekom pitanju Savjet odlučuje običnom većinom, države su predstavljene i u skladu s principom pariteta svaki od ministara raspolaže sa po jednim glasom. Donošenje odluka prostom većinom je rijetko i uglavnom je vezano za interna, proceduralna i tehnička pitanja.<sup>29</sup> Kvalifikovana većina u Savjetu, utvrđuje se putem specifičnog mehanizma kojim se glasovi država članica vrednuju (tzv.

---

<sup>25</sup> Čl. 16(3) Ugovora o EU.

<sup>26</sup> U federalnim državama, i kada nije ravnopravan s predstavničkim domom, gornji dom ima posebne nadležnosti u odnosu na pitanja koja su u nadležnosti federalnih jedinica. Međutim, ni u jednoj federaciji nije moguće da predstavnici jedne federalne jedinice blokiraju donošenje odluka. Kraće rečeno, federalne jedinice nemaju pravo veta.

<sup>27</sup> Čl. 113 Ugovora o FEU.

<sup>28</sup> “Kada Savjet odlučuje prostom većinom, odlučuje većinom svojih članova.”

<sup>29</sup> Čl. 150 Ugovora o FEU – osnivanje Komiteta za zapošljavanje, čl. 160 Ugovora o FEU – osnivanje Komiteta za socijalnu zaštitu, čl. 240 – proceduralna pitanja i usvajanje poslovnika o radu, organizacija Generalnog savjeta i dr.

ponderisanje glasova) u odnosu na broj stanovnika.<sup>30</sup> Sistem vrednovanja glasova predstavlja jedno od najkontraverznijih ustavnih rješenja Evropske unije (Schütze, 2012). Od samih početaka evropskih integracija Ugovorima su bili predviđeni tzv. ponderisani glasovi, vrednovani sukladno broju stanovnika država članica. Raspodjela glasova oduvijek je bila veoma osjetljivo pitanje, oko kojeg je bilo veoma teško postići politički kompromis. Dovoljna je samo površna analiza sistema ponderisanih glasova da se uoči da postoji tzv. “degresivna proporcionalnost” glasova, odnosno da su “oštećene” države s velikom populacijom. Naime, omjer broja stanovnika između Njemačke koja ima najveću populaciju i Malte s najmanjom populacijom je 1:202, a omjer glasova koji države imaju u Savjetu je 1:10. Također, postoje značajne razlike u broju stanovnika četiri države koje imaju najveći broj glasova.<sup>31</sup> Nesrazmjer je vidljiv iz činjenice da 15 manjih država članica zajedno imaju oko 78 miliona stanovnika, što je 2/3 stanovništva Njemačke, a istovremeno raspoložu sa 102 glasa, dakle skoro četiri puta više od Njemačke (Misita, 2009). Međutim, ponderisani sistem glasanja predstavlja simbolički kompromis, a spomenuta odstupanja u odnosu velikih i malih država članica poznaju i nacionalni sistemi.<sup>32</sup>

U prošlosti sistemom vrednovanja glasanja najmanje su bile zadovoljne “velike” i “male” države. Naime, veće države su smatrale da većina od 255 od 345 glasova koji dolaze od najmanje 2/3 država članica (18 država), i koja je potrebna za odlučivanje kvalifikovanom većinom, treba da obuhvata i 62% ukupne populacije Unije. Na insistiranje Njemačke prihvaćen je bio i demografski kriterij (tzv. njemačka klauzula), odnosno prilikom glasanja za usvajanje odluke bila su obavezna dva elementa 255 glasova i dvije trećine država, a demografska većina od 62% uzimala se u obzir samo ako se na taj kriterij prilikom glasanja u Savjetu pozove jedna od država članica.

Novelama Lisabonskog ugovora modifikovan je sistem glasanja kvalifikovanom većinom na sljedeći način: “Od 1. novembra 2014. godine kvalifikovana

---

<sup>30</sup> Raspodjela glasova u Savjetu: Francuska, Italija, Njemačka i Velika Britanija 29 glasova; Poljska i Španija 27 glasova; Rumunija 14; Holandija 13; Belgija, Češka, Grčka, Mađarska, Portugal 12 glasova; Austrija, Bugarska, Švedska 10 glasova; Danska, Finska, Irska, Litvanija, Hrvatska i Slovačka 7 glasova; Estonija, Kipar, Latvija, Luksemburg i Slovenija 4 glasa i Malta 3 glasa.

<sup>31</sup> Prema zvaničnim podacima popisa stanovništva u Uniji, Francuska, druga najmnogoljudnija država Evropske unije ima 17 miliona manje stanovnika od Njemačke (Schütze, 2012, str. 112).

<sup>32</sup> Uz već spomenute primjere Njemačke i Kanade, disproporcionalnost broja predstavnika u gornjem domu najizraženija je u Sjedinjenim Američkim Državama, gdje je svaka od saveznih država predstavljena sa po dva senatora.

većina glasova utvrđuje se kao najmanje 55% članova Vijeća, među kojima je najmanje 15 članova Savjeta koji predstavljaju države članice s najmanje 65% stanovništva Unije.<sup>33</sup> Manjina glasova koja može spriječiti donošenje odluke mora imati najmanje četiri člana Savjeta, u protivnom se smatra da je postignuta kvalifikovana većina glasova.<sup>34</sup> Kao što se može zaključiti iz navedenog citata, Lisabonski ugovor faktički donosi “revolucionarnu” (Schütze, 2009) izmjenu u radu Savjeta, jer stavlja van snage sistem ponderisanih glasova i protežira sistem jedna država – jedan glas uz zadržavanje tzv. demografskog faktora. Na dvostruko većini, odnosno na demografskom faktoru insistirale su države s većom populacijom, te je prema navedenom rješenju moguće da tri najmnogoljudnije države blokiraju rad Savjeta.

Savjet može usvojiti odluke s kojima se ne slažu pojedine države, i kojima se građani država članica direktno protive. Stoga propisana demografska većina koju čini 65% ukupnog stanovništva Unije predstavlja mehanizam kojim se pokušava osigurati demokratski legitimitet odluka Savjeta, jer je poštivanje volje većine jedan od postulata demokratije. Dakle, i na nacionalnom nivou, većinska demokratija podrazumijeva poštivanje odluka s kojima se ne slažemo, ukoliko su donesene od strane nadležnih organa i u demokratskoj legalnoj proceduri. U kontekstu Evropske unije, svi Ugovori su u skladu s nacionalnim ustavima ratifikovani u svim državama članicama, koje su time prihvatile, između ostalog, i mehanizme donošenja odluka, kao i mogućnost da će u pojedinim situacijama biti preglasane i obavezne da prihvate i provode politike kojima nisu dale podršku. I na kraju, još jednom je potrebno naglasiti da se svi zakonodavni akti o kojima Savjet odlučuje kvalifikovanim većinom glasova usvajaju u redovnom zakonodavnom postupku, u kojem kao ravnopravan partner sudjeluje Evropski parlament. U vezi s tim, građani Evropske unije imaju dodatne mehanizme djelovanja na institucije Evropske unije i oblikovanje politike Evropske unije, direktnim pritiskom na zastupnike u Evropskom parlamentu ili putem posredničkih organizacija, interesnih grupacija i institucija civilnog društva.

Države članice postigle su i određene kompromise da bi se lakše adaptirale na novi sistem većinskog odlučivanja. Osim moguće trogodišnje odgode

---

<sup>33</sup> Vezano za model glasanja kvalifikovanim većinom, neophodno se osvrnuti i na rješenja čl. 238 UFEU. Naime, u slučaju kada Savjet odlučuje po prijedlogu koji nije podnijela Komisija ili visoki predstavnik Unije za spoljne poslove i bezbjednosnu politiku, kvalifikovanu većinu činit će najmanje 72% članova Savjeta koji predstavljaju države sa 65% stanovništva Unije.

<sup>34</sup> Čl. 16(4) Ugovora o EU.

novog sistema odlučivanja,<sup>35</sup> reaktiviran je tzv. Jonina kompromis “Ioannina Compromise”<sup>36</sup>, koji se primjenjuje u slučaju kada manji broj država od onih koje čine blokirajuću manjinu najavi protivljenje odlučivanju kvalifikovanom većinom. Tada Savjet treba da učini sve da se u razumnom roku, ne ugrožavajući vremenska ograničenja predviđena Ugovorom, dođe do kompromisnog rješenja. Dakle, Savjet je obavezan da bez obzira na postignutu dvostruku većinu u skladu s čl. 16(4), nastavi razgovore i rasprave, ukoliko se predmetnoj odluci protive četiri države ili države koje predstavljaju petinu stanovništva Unije. Njegova svrha je dati Savjetu više vremena za postizanje šire podrške mjerama koje usvaja.

### **Demokratizacija Savjeta kao temelj demokratizacije Evropske unije**

Gledano iz ugla zakonodavne vlasti i demokratizacije Evropske unije, godinama je fokus bio na Evropskom parlamentu i jačanju njegovih nadležnosti. Isto tako rasprava o demokratskom deficitu svodila se na raspravu o tome da li je Evropski parlament “istinski parlament”, jer nema evropskog javnog prostora, evropskih političkih partija, a izbori za Evropski parlament smatrani su izborima drugog reda. Ipak, činjenica je da je tokom šezdesetak godina evropskih integracija Savjet dominantno zakonodavno tijelo, ali da se veoma malo analizirala njegova uloga u jačanju demokratskih procesa na nivou Evropske unije. Doprinos Lisabonskog ugovora demokratizaciji Evropske unije, bar u formalnom smislu, ogleda se u novelama koje tretiraju problematiku vezanu za provođenje načela predstavničke demokratije koje je temelj za uspostavu i djelovanje zakonodavne vlasti. U vezi s tim, demokratizacija Evropske unije direktno je povezana s titularom zakonodavne funkcije, ali i zakonodavnim postupkom.

---

<sup>35</sup> Ipak, prema odredbama Protokola o prelaznim odredbama (čl. 3(2)), svaka država članica može tražiti da se u periodu 1. 11. 2014. i 31. 3. 2017. godine kvalifikovana većina utvrđuje u skladu s rješenjima Ugovora iz Nice, odnosno prema sistemu trostruke većine i ponderisanih glasova kako je ranije navedeno. Na ovom rješenju insistirala je Poljska, pa se u literaturi često navodi kao “poljska klauzula”. Vidjeti još Deklaraciju br. 7 povodom čl. 16(4) Ugovora o EU i povodom čl. 238(2) Ugovora o FEU.

<sup>36</sup> The Ioannina compromise ili Jonina kompromis, naziv je sporazuma kojeg su postigli ministri vanjskih poslova država članica na sastanku održanom 1994. godine u Grčkoj u vezi s utvrđivanjem blokirajuće manjine povodom četvrtog proširenja Unije s dvanaest na petnaest država. U vezi s tim dogovoreno je da ukoliko članovi Savjeta koji predstavljaju između 23 glasa (blokirajuća manjina prije proširenja) i 26 glasova (blokirajuća manjina shodno četvrtom proširenju) budu protiv odluke Savjeta, potrebno je u razumnom vremenskom roku učiniti sve da bi se postigao kompromis, te da je osporenu odluku moguće donijeti samo ukoliko 68 od ukupno 87 glasova bude za (Kaczorowska, 2013, str. 78).



Lisabonski ugovor potencira demokratski legitimitet predstavnika država članica u Savjetu, koji su demokratski odgovorni pred svojim parlamentima ili svojim građanima. Mehanizam predstavničke demokratije kao temeljni princip djelovanja Unije, osim redovnih parlamentarnih izbora, podrazumijeva političku odgovornost vlade, suverenost parlamenta, transparentnost, participaciju građana u vlasti, poštivanje ljudskih prava i sloboda, te posebno političkih prava.

Savjet u vršenju zakonodavne funkcije, predstavlja “federalni” gornji dom Evropske unije, a članovi Savjeta su nacionalni ministri, direktno odgovorni nacionalnim parlamentima. Ovakva rješenja u konstituisanju gornjeg doma, iako nisu uobičajena, mogu se pronaći u komparativnom ustavnom pravu. Naime, u većini federalnih država članove federalnog doma biraju direktno građani ili parlamenti federalnih jedinica, u nekima ih imenuju organi izvršne vlasti,<sup>37</sup> ili su članovi federalnih vlada. Najpoznatiji primjer je Njemačka, gdje vlade lendera imenuju predstavnike u Bundesratu. Budući da je Ugovorom o Evropskoj uniji naglašena odgovornost vlada i ministara pred nacionalnim parlamentima, moguće je i jedno široko tumačenje da su članovi Savjeta u svojevrсноj ulozi delegata nacionalnih parlamenata. U teoriji ustavnog prava status delegata podrazumijeva imperativni mandat, odnosno obavezno postupanje u skladu s nalogima organa koji su izvršili imenovanje. Još jedno obilježje delegata i imperativnog mandata je da prilikom glasanja, bez obzira na to koliko imaju predstavnika, glasaju u bloku, dakle nema pojedinačnog glasanja (Petrov, 2010). Postavlja se pitanje da li se nacionalni predstavnici u Savjetu u vršenju zakonodavne funkcije mogu smatrati delegatima nacionalnih parlamenata. Ukoliko uzmemo u obzir način izbora, u svim državama članicama Evropske unije, bez obzira na uređenje, vladu bira zakonodavno tijelo, te shodno tome već je prilikom izbora jasno u kojoj konfiguraciji Savjeta će državu predstavljati koji resorni ministar. U vezi s tim, položaj, ovlasti i stvarni utjecaj nacionalnih parlamenata na predstavnike u Savjetu ovise o samom nacionalnom parlamentu, odnosno o stavovima i energiji koju ulažu članovi parlamenta u oblasti evropskih integracija, kao i u ustavnom sistemu tj. balansu izvršne i zakonodavne vlasti.<sup>38</sup>

U slučaju država kao što su npr. Danska i Austrija, nacionalni parlamenti raspoložu pravom da predstavnicima u institucijama izdaju pravno obavezujuće

---

<sup>37</sup> Poseban, nedemokratski način formiranja gornjeg doma – Senata od strane izvršne vlasti je u Kanadi, gdje generalni guverner, koji je predstavnik Krune Ujedinjenog Kraljevstva imenuje na doživotni mandat članove gornjeg doma. Detaljnije kod Duraković, 2007, str. 95–106.

<sup>38</sup> Više o tome kod Lord, 2004, str. 172–174.

instrukcije. Stoga se njihovi predstavnici u Savjetu Evropske unije mogu smatrati delegatima, čije je djelovanje uslovljeno nacionalnim interesima, i koji su za svoj rad direktno odgovorni pred nacionalnim parlamentom. U tom smislu smatramo da su ministri indirektno odgovorni i pred svojim građanima. Međutim, nemaju svi predstavnici Savjeta jednak status pred svojim nacionalnim parlamentima, jer u nekim državama postoje parcijalno obavezujući mandati, dok ustavi pojedinih država članica ni na koji način ne utvrđuju odgovornost nacionalnih predstavnika u EU pred parlamentom.<sup>39</sup> Danski nacionalni parlament Folketinget, u odnosu na svoje predstavnike u Savjetu ostvaruje najviši stepen nadzora i kontrole. Svi akti institucija Evropske unije prosljeđuju se Folketingetu uz analizu kako će se odraziti na nacionalno pravo, privredu i zapošljavanje, javne finansije, zaštitu okoliša te spolnu jednakost. Analize vlade moraju uključivati i osvrt na prijedloge nevladinog sektora (Lord, 2004). Dalje, Folketinget, na press konferencijama objavljuje svoje stavove i mandatorne instrukcije, nakon obaveznog sedmičnog sastanka Komiteta za evropska pitanja. Ministri danske vlade obavezni su obratiti se Komitetu za evropska pitanja ukoliko na pregovorima u institucijama Evropske unije uvide da ne mogu da djeluju u skladu s mandatom.

Švedski ministri dužni su biti u stalnom kontaktu s predsjednikom Komiteta za evropska pitanja, koji je dužan konsultovati predstavnike svih političkih partija koji participiraju u Komitetu ukoliko se pokaže potrebnim da ministri odstupaju od utvrđenog mandata. U njemačkom sistemu postoji parcijalno obavezujući mandat, i to u vezi s pitanjima iz nadležnosti lendera, a kontrola predstavnika se svodi na uključivanje predstavnika federalnih jedinica u delegacije koje pregovaraju u Savjetu.

Međutim, u većem broj država članica nacionalni parlamenti nemaju posebne ovlasti nad radom svojih predstavnika u Savjetu, odnosno postoje mehanizmi koji omogućavaju nacionalnim parlamentima da iznesu svoj stav i usvoje zaključke o prijedlogu zakonodavnog akta, ali prepuštaju nacionalnim vladama konačnu odluku.<sup>40</sup> Preciznije rečeno, odnos parlamenta i vlade u većini država članica jednak je za pitanja evropskih integracija, kao i za domaću politiku. U vezi s tim zanimljiva je opaska Blondela, da u većini

---

<sup>39</sup> Obavezan mandat, koji podrazumijeva samo političku, ne i pravnu odgovornost ministara, propisuju ustavi Finske i Švedske. U Njemačkoj postoje parcijalno obavezujući mandati, kada se radi o pitanjima koja su u nadležnosti lendera, ili se tiču njihovih interesa. U Belgiji, Grčkoj, Irskoj, Italiji, Španiji, Luksemburgu, Ujedinjenom Kraljevstvu i Portugalu ne postoji ustavom predviđen obavezujući mandat predstavnika u Savjetu. Istraživanje Oliviera Rozenberga kod Lord, 2004, str. 170.

<sup>40</sup> Izvještaj s pripremnih sastanaka za Evropsku konvenciju (2002c), kod Lord, 2004, str. 171.

evropskih država parlamenti više participiraju, nego što vrše zakonodavnu funkciju (Blondel, 1990, citirano prema Lord, 2004).

Komiteti za evropska pitanja formirani su pri svim nacionalnim parlamentima, te imaju mogućnost redovnog praćenja rada svojih predstavnika, a kao što je gore navedeno, mnogi imaju i ovlasti donošenja mandatornih instrukcija kojih su se ministri obavezni pridržavati u svom radu u Savjetu. Zahvaljujući velikom tehnološkom napretku u oblasti digitalnih medija i interneta, kao i politici transparentnosti koja je prisutna u institucijama Evropske unije, ne samo nacionalni parlamenti već i građani Unije mogu ostvariti uvid u rad svojih predstavnika te shodno tome dati ili im uskratiti povjerenje na nacionalnom nivou. Naime, više nadležnosti Evropske unije svakim ugovorom su sve šire, i veoma su rijetke oblasti u nacionalnom pravnom, društvenom sistemu koje su u isključivoj nadležnosti države i u koje pravo i politika Evropske unije nisu prodrli. Stoga je, u cilju jačanja demokratije na svim nivoima ustavnog sistema Evropske unije, presudna kontrola i nadzor nacionalnih parlamenata nad radom ministara u evropskim institucijama.

### **Transparentnost rada Savjeta**

Načelo transparentnosti, kao “što otvorenije” (openness) donošenje odluka još je od Mاستrihtskog ugovora jedan od dominantnih aspekata demokratizacije Evropske unije. Lisabonski ugovor, odnosno Ugovor o Evropskoj uniji, formalizirao je načelo transparentnosti kao jedno od temeljnih demokratskih načela Evropske unije. Što se tiče transparentnosti rada Savjeta, osim opštih načela iz čl. 10 i 11 Ugovora o EU, veoma su važne odredbe iz čl. 16, kojim je utvrđena obaveza Savjeta da “zasjeda javno kada raspravlja o nacrtu zakonskog akta i kada o njemu glasa”. Smatramo da je u kontekstu demokratizacije zakonodavne funkcije, uvođenje javnog zasjedanja Savjeta, odnosno javnog raspravljanja u zakonodavnom postupku unaprijeđeno ne samo načelo transparentnosti već i načelo političke odgovornosti pred građanima. Evropski savjet na sjednici održanoj u Edinburghu 1992. godine donio je preporuke da:

- Rasprave u Savjetu koje se vode o važnim pitanjima trebaju biti “otvorene” za javnost, i to putem direktnog prenosa putem internog TV kanala u press službi u zgradi Savjeta;
- Da se objave rezultati glasanja, kao i obrazloženja glasanja za svaku državu članicu, odnosno njenog predstavnika u Savjetu;
- Da rasprave i zaključci doneseni na osnovu rasprava budu dostupni na postojećim informativnim kanalima, te da se trebaju učiniti više dostupnim za zainteresovane strane;

- Zakonodavstvo (legislation) treba biti jasnije i razumljivije građanima u mjeri u kojoj je to moguće, te kodificirano u skladu s temama koje su regulisane.<sup>41</sup>

Upravo je na nivou Savjeta najteže bilo, a i danas je, postići zadovoljavajući nivo transparentnosti. Naime, specifična, nestalna struktura Savjeta, veliki broj konfiguracija kao i mnogo pomoćnih tijela, sami po sebi dodatno usložnjavaju problem koji se tiče transparentnosti. Za razliku od Evropskog parlamenta čije su sjednice uvijek bile javne, Savjet je decenijama djelovao na drugačijim principima, te su tajnost pregovora, povjerljivost informacija i nezvanični kompromisi i ustupci bili uobičajeni metodi rada. Bez obzira na reforme koje su vođene od 1992. godine<sup>42</sup> u cilju jačanja transparentnosti institucija Evropske unije, u literaturi je prevladavao stav da je najmanji pomak napravljen na nivou Savjeta u kojem je proces donošenja odluka ostao obavijen velom tajne (Curtin, 1996).

## **COREPER**

Savjet je u obavljanju zadataka (zakonodavnih i nezakonodavnih) u potpunosti oslonjen na COREPER.<sup>43</sup> COREPER predstavlja pomoćno tijelo ili čak element unutrašnje organizacije Savjeta, čija je osnovna funkcija tehnička podrška u pripremi sjednica Savjeta i asistencija u ostvarivanju njegovih zadataka.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Zaključci Evropskog savjeta iz decembra 1992. godine, (Bulletin of the EC, 12/92, Decembar 1992) kod Hayes-Renshaw & Wallace, 2006, str. 66.

<sup>42</sup> Usvajanje Zaključaka Evropskog savjeta iz decembra 1992. godine, (Bulletin of the EC, 12/92, Decembar 1992), kod Hayes-Renshaw & Wallace, 2006, str. 66.  
Donošenje Regulative o javnom pristupu dokumentima EP, Savjeta i Komisije u maju 2001. (OJ L 145, 31. 5. 2001, str. 43).

<sup>43</sup> Komitet stalnih predstavnika (fr. Comité des Représentants Permanents – COREPER) je pomoćno tijelo Savjeta čije je formiranje predviđeno Rimskim ugovorom, u čijem sastavu je po jedan predstavnik svake države, koje delegiraju vlada država članica. COREPER se stara o pripremi sjednica i sastanaka Savjeta, te mu asistira u realizaciji zadataka. COREPER može donositi samo proceduralne odluke, ali ne i odluke koje su u nadležnosti Savjeta. Predsjedavanje COREPER-om vrši se po modelu rotacije koja prati predsjedavanje Savjeta. COREPER djeluje na dva nivoa, kao COREPER I i COREPER II koji formalnopravno nisu u hijerarhijskom odnosu. U radu COREPER-a II učestvuju ambasadori država članica pri Evropskoj uniji, koji u svom radu problemima i predmetima pristupaju iz šire političke perspektive, a u nadležnosti COREPER-a II su pitanja opšte i vanjske politike, pravda i unutrašnji poslovi, ekonomska i finansijska pitanja. COREPER I čine zamjenici stalnih predstavnika, te se u svom radu bave tehničkim aspektima odnosnog predmeta.

Detaljnije o COREPER-u i ostalim komitetima kod Kovačević, 2011, str. 33–44; Hayes-Renshaw & Wallace, 2006, str. 72–100.

<sup>44</sup> Čl. 16(7) Ugovora o EU, čl. 240 Ugovora o FEU.

COREPER se generalno smatra najznačajnijom karikom u složenom lancu država članica i Unije, odnosno njenih institucija, ali i između država članica međusobno (Misita, 2009). Uloga COREPER-a je značajna jer osigurava konzistentnost u radu Savjeta, a time indirektno doprinosi kontinuitetu vođenja politike Evropske unije.

Gledano iz ugla ovog rada i analize zakonodavne funkcije na nivou Evropske unije, COREPER je posebno interesantan jer je njegova najznačajnija aktivnost da u pripremi dnevnog reda sjednica Savjeta vrši podjelu na tzv. "A" i "B" tačke dnevnog reda, i to u oba dijela zasjedanja Savjeta, odnosno u dijelu koji se odnosi na zakonodavne aktivnosti, te u segmentu koji se odnosi na nezakonodavne djelatnosti Savjeta.<sup>45</sup> Tačke A Dnevnog reda su najčešće tehnička pitanja, ali i sva pitanja o kojima je na sjednicama COREPER-a postignuta saglasnost, te je potrebno da ih Savjet samo formalno glasanjem potvrdi. Tačke B su pitanja o kojima nije postignuta saglasnost, te o kojima je potrebno voditi raspravu na sjednici Savjeta.<sup>46</sup> Ovim rješenjem postignut je viši stepen efikasnosti rada Savjeta, jer su ministri država članica djelimično rasterećeni, posebno kada je riječ o tehničkim pitanjima, te se na sjednicama Savjeta mogu fokusirati na rasprave o značajnim i esencijalnim pitanjima. Postavlja se pitanje da li su ovako značajne ovlasti koje imaju članovi COREPER-a u skladu s demokratskim načelima odgovornosti i transparentnosti. Slažemo se sa stavovima Renshawa i Wallacea da se na nivou COREPER-a ne donose odluke (osim proceduralnih), te da na sjednici Savjeta, ministri država članica mogu tražiti da se određeno pitanje koje je određeno kao tačka A, izmijeni u tačku B. Također, članovi COREPER-a ne djeluju samostalno, već su u stalnom kontaktu s matičnim vladama i slijede njihove instrukcije, te se stavovi izneseni na COREPER-u smatraju stavovima država članica. Međutim, nije upitno da članovi COREPER-a predstavljaju interese država članica, već se dovodi u pitanje da li vlade država članica dovoljno informišu javno mnijenje o svojim aktivnostima i načinu na koji predstavljaju državne interese i usklađuju ih s politikom Evropske unije. U vezi s tim, ovlasti COREPER-a mogu dovesti u pitanje transparentnost djelovanja Savjeta. Naime, gledano u proceduralnom smislu

---

<sup>45</sup> "Dnevni red sjednice Savjeta, i za zakonodavnu raspravu, i za nezakonodavne aktivnosti biće podijeljen na A – tačke i B – tačke. Pitanja/tačke koje Savjet može usvojiti bez rasprave označit će se kao A tačke."  
Poslovnik o radu Savjeta, čl. 3(6).

<sup>46</sup> Zanimljivo je istraživanje koje je pokazalo da je oko 80% pitanja koja se nađu na dnevnom redu Savjeta označeno kao A pitanja, o kojima je saglasnost postignuta unutar Komiteta stalnih predstavnika. Istraživanje je bazirano na "nezvaničnim" podacima koje su dali tzv. insajderi u Savjetu i odnosi se na 1997. godinu, Hayes-Renshaw & Wallace, 2006, str. 77.

rasprava o nekom pitanju iz zakonodavne nadležnosti Savjeta, posebno ukoliko se radi o posebnom zakonodavnom postupku, može se u potpunosti voditi na sastancima COREPER-a, koji su često neformalni i nisu javni, a na sjednici Savjeta samo formalno potvrditi. Smatramo da bi u cilju jačanja transparentnosti i donošenja odluka što bliže građanima trebalo učiniti javnim i zapisnike COREPER-a, posebno rasprava koje su se vodile o pitanjima iz zakonodavne nadležnosti Savjeta, a koja su na sjednicama Savjeta bila kao A tačke.

## **Zaključak**

Pristupanjem Evropskoj uniji građani država članica prihvatili su pravni okvir, institucije, nadležnosti, mehanizme donošenja odluka, itd. *De facto*, građani su prihvatili da će legitimnim i legalnim smatrati i provoditi odluke usvojene većinom glasova u Savjetu, s kojima se ne slažu i protiv kojih su glasali njihovi predstavnici, te se ne može argumentirati da u tom smislu postoji demokratski deficit. Bit demokratskih procesa u Evropskoj uniji, nije u tome da nacionalni predstavnici garantuju da neće biti preglasani u Savjetu i da će nacionalni interesi biti obuhvaćeni odlukama. Demokratizacija Evropske unije treba značiti garanciju deliberativnih procesa na svim nivoima koji će omogućiti da se problemi, pitanja i odluke donesu transparentno imajući u vidu pluralizam stavova i interesa. Konkretno na nivou država članica, demokratizacija se može osigurati transparentnim i pred građanima i parlamentom odgovornim radom nacionalnih predstavnika u institucijama Evropske unije. Građanima svih 28 država članica dostupne su informacije o planu zakonodavnih aktivnosti, kao i o radu njihovih predstavnika, a putem odgovarajućih mehanizama i sami mogu sudjelovati u javnom životu. Demokratizacija Savjeta mora se odvijati paralelno na dva nivoa. Jedan nivo je rad samog Savjeta, odnosno osigurati transparentnost, obrazložene odluke, javnost zapisnika, manji utjecaj COREPERA i sl. Dakle, neophodno je osigurati što otvorenije djelovanje Savjeta, kao svojevrsnog gornjeg doma Evropske unije, odnosno kao jedinstvene institucije Evropske unije. Dalja demokratizacija treba da se odvija na nivou država članica, u vidu participacije različitih političkih subjekata u javnim raspravama o politikama Evropske unije koje treba da su smjernica za rad nacionalnih predstavnika.

U biti, institucionalna struktura i formalne zakonodavne procedure, načela transparentnosti i otvorenosti u donošenju odluka, značajno ne odstupaju od demokratskih standarda kakve poznajemo u državnim okvirima. Problem su neformalni interinstitucionalni kontakti i prakse, kojima se zakonodavni procesi izmještaju iz zvaničnih institucija, a javne rasprave se svode na sastanke na kojima ispred Savjeta učestvuju predstavnici COREPERA.

## **Bibliografija**

1. Craig, P., & De Burca, G. (2011). Institutional Development of the EU: A Constitutional Analysis. U: P. Craig & G. De Burca, (ur.), *The Evolution of EU Law*. Oxford: Oxford University Press.
2. Curtin, D. M. (1996). *Between and Betwixt: Democracy and Transparency in the Governance of the European Union*, U: J. A. Winter & D. M. Curtin & A. E. Kellermann & B. D. Witte (ured.). *Reforming the Treaty on European Union – The Legal Debate*, The Hague, Boston: Kluwer Law International.
3. Everling, U. (2011). The EU as a Federal Association. U: A. Bogdandy J. Bast (ured.) (2011). *Principles of European Constitutional Law*. Oxford: Hart, Beck, Nomos.
4. Hayes-Renshaw, F., & Wallace, H. (2006). *The Council of Ministers*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
5. Hoyland, B., & Hgemann, S. (2007). *Bicameral Politics in the European Union*, Oslo: Arena – Center for European Studies.
6. Kaczorowska, A. (2013). *European Union law*. London: Routledge.
7. Kovačević, M. (2011). COREPER – vrh ledenog brega komiteta i radnih grupa Saveta Evropske unije. *Međunarodna politika*, 62 (1141), 33–44.
8. Lord C. (2004). *A Democratic Audit of the European Union*. Hampshire, New York: Palgrave, Macmillan.
9. Mangiameli, S. (2011). The Institutional Design of the European Union After Lisbon. U: H. J. Blanke & S. Mangiameli (ured.) (2011). *The European Union After Lisbon*. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag.
10. Misita, N. (2007). *Osnovi prava Evropske unije*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta.
11. Misita, N. (2009). *Evropska unija: institucije*. Sarajevo: Revicon.
12. Naurin, D. & Wallace, H. (2008). Introduction: From rags to riches. U: D. Naurin, & H. Wallace (ured.) (2008). *Unveiling the Council of the European Union: Games Governments play in Brussels*. Brussels, Basingstoke: Palgrave Macmillan.
13. Pejić, I. (2006). *Parlamentarno pravo: francuski, nemački, britanski, srpski i primer Evropskog parlamenta*. Niš: Pravni fakultet.
14. Petrov, V. (2010). *Parlamentarno pravo*. Beograd: Pravni fakultet.
15. Schütze, R. (2012). *European Constitutional Law*. Cambridge, New York: Cambridge University Press.
16. Tsebelis, G. & Money, J. (1997). *Bicameralism*. Cambridge: Cambridge University Press.
17. Voermans, W. J. (2006). The Coming Age of European Legislator. U: A. Kinneging, (ured.). *Rethinking Europe's Constitution*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
18. Ziller, J. (2008). Separations of Powers in the European Union s Intertwined system of Government. *Il Politico*, LXXIII (3), 133–179.

**Lejla Balić, MA**

Senior Assistant

## **COUNCIL AS THE UPPER CHAMBER OF THE EUROPEAN UNION**

### **Summary**

*Democratisation of the European Union can be understood as a process of institutional construction, which strives to achieve the highest level of transparency, openness and responsibility in the activities of institutions. The most important decisions in the European Union are made within the Council which gathers the national representatives and which represents the so-called intergovernmental institution of the European Union. In line with that, responsible and transparent work of the national representatives of executive power in the Council is of key significance. Namely, in the bicameral system of the European Union, the Council has the role of the upper chamber which represents the interests of the Member States. The point of the democratic processes in the constitutional system of the European Union is not in the fact that the national representatives guarantee that they will not be outvoted in the Council and that the national interests will be covered by the decisions. Democratisation of the multi-layered constitutional system of the European Union should signify the guarantee of deliberative processes on all levels that would make sure that the issues, questions and decisions are made in a transparent way in line with the pluralism of stances and interests. Democratisation of the Council must take place simultaneously on two levels. One level is the work of the Council itself, meaning the activities that ensure transparency, reasoned decisions, public release of the minute books, smaller influence of COREPER and similar. Further democratisation should take place on the level of Member States and national parliaments, in the form of participation of different political entities in public debates on the policies of the European Union which should serve as guideline for the work of national representatives.*

**Keywords:** *Council, bicameralism, COREPER, transparency, democratisation.*



**Dr. Amila Ferhatović**

Docent

a.ferhatovic@pfsa.unsa.ba

UDK: 343.272

**Dr. Eldan Mujanović**

Izvorni naučni rad

## **SAMOSTALNO ODUZIMANJE IMOVINSKE KORISTI (oduzimanje u odsustvu osuđujuće presude)**

### **Sažetak**

*U radu se obrađuje institut oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom kao jedan od tradicionalnih instrumenata krivičnog prava kojim se ostvaruje opće pravno i civilizacijsko načelo prema kojem niko ne može zadržati korist stečenu činjenjem krivičnih djela. S druge strane, savremeni oblici kriminala, motivirani isključivom ili pretežnom namjerom sticanja imovinske koristi, nužno zahtijevaju adekvatan krivičnopravni odgovor kako bi se osiguralo da se takva imovinska korist može legitimno oduzeti bez obzira na različite prepreke koje se mogu javiti u postupku za oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. U tom smislu u radu su obrađene teorijske i normativno-pravne pretpostavke za samostalno oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u slučajevima kada nije donesena osuđujuća presuda u krivičnom postupku. Rezultati provedenih analiza ukazuju na to kako postoji niz važnih elemenata iz oblasti materijalnog i procesnog krivičnog prava, te usporednih normativno-pravnih rješenja koja se moraju uzeti u obzir prilikom sveobuhvatnog sagledavanja ovog vrlo aktuelnog standarda u oblasti međunarodnog prava, koji sve više dobija na značaju u aktuelnim uvjetima suzbijanja različitih formi organiziranog, koruptivnog i drugih teških oblika kriminala.*

**Ključne riječi:** *samostalno oduzimanje imovinske koristi, krivično djelo, objektivni (in rem) postupak za oduzimanje imovinske koristi.*

### **1. Uvod**

Oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom je, u najširem terminološkom značenju, izrazito kompleksna materija koja obuhvata nekoliko različitih grana prava, primarno krivično, upravno i imovinsko. Važno je spomenuti da domaće pravo na prostoru cijele Bosne i Hercegovine

već duži vremenski period uređuje pojedine aspekte oduzimanja imovinske koristi u okvirima temeljnih krivičnopravnih propisa (Krivični zakon i Zakon o krivičnom postupku), te propisa građanskog i drugih grana prava (Zakon o parničnom postupku, Zakon o izvršnom postupku i dr.). Međutim, u novije vrijeme je postalo evidentno da usljed niza faktora, povezanih s pojavom novih, organiziranih oblika kriminala isključivo ili pretežno motiviranih namjerom pribavljanja imovinske koristi, ali i značajnijim zahtjevima za zaštitom ljudskih prava u krivičnom postupku, takva separatna, nepovezana pravna rješenja nisu dovoljno efikasna za primjenu ove mjere u praksi. Posebno je značajan bio utjecaj međunarodnog prava, koji je unio niz *novuma* u ovo područje. To se prvenstveno odnosi na zahtjeve da se postupak za oduzimanje imovinske koristi sve više uređuje kao objektivni (*in rem*) postupak u kojem utvrđena krivnja nije uvjet za primjenu ove mjere, da se sa stanovišta *ratione temporis* vođenje postupka za oduzimanje imovinske koristi može voditi u svim procesnim situacijama (odakle je proizašla potreba za propisivanjem posebnih postupaka za oduzimanje imovinske koristi u kojima nije donesena presuda u krivičnom postupku), da se proširi opseg primjene mjere oduzimanja imovinske koristi na što širi krug tzv. “povezanih osoba”, da se značajno revidira teret dokazivanja porijekla imovine koja je predmet oduzimanja, da se inoviraju i primjenjuju specifične istražne tehnike kojima se otkriva, prati i osigurava imovinska korist za koju se sumnja da je pribavljena na nezakonit način (danas je općeprihvaćen naziv za ovakve nove istražne tehnike “*finansijske istrage*”), da se intenzivira i poveća suradnja između pojedinih država u ovom području, posebno u pogledu razmjene podataka i informacija, uzajamnog priznavanja i izvršenja odluka o mjerama osiguranja, oduzimanja i upravljanja imovinskom koristi pribavljenom učinjenjem krivičnih djela i sl.

Iako s kriminalnopolitičkog stanovišta potreba za oduzimanjem imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, posebno u predmetima organiziranog i privrednog kriminala i korupcije, čini se, da nije bila nikad veća, i dalje treba imati na umu kako svaki zahvat u pravo na mirno uživanje imovine, kao kategoriju osnovnih ljudskih prava koja se štite mjerama međunarodnog i domaćeg prava, mora biti strogo zakonski normiran i usklađen s općim principima zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda. U brojnim se izvorima, naime, nalaze relevantni standardi koji predstavljaju okvir unutar kojeg se, s jedne strane, ostvaruju legitimni ciljevi efikasnog oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, dok se s druge strane, njima osigurava zaštita ljudskih prava i osnovnih sloboda. Minimalni sadržaji spomenutih standarda se odnose na to da postupak za oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom mora biti uređen isključivo kao zakonska

materija, da je taj postupak u nadležnosti (krivičnog) suda, te da je nužno uređen kao dvostepeni, kontradiktorni i javni postupak, unutar kojeg stranke imaju jednakopravni status i sva prava koje stranke uobičajeno imaju u postupku pred sudom, posebno pravo na predlaganje i izvođenje dokaza o porijeklu imovinske koristi koja je predmet postupka za oduzimanje. Priroda samog postupka je pitanje opredjeljenja zakonodavca hoće li taj postupak urediti isključivo kao dio krivičnog postupka u kojem se utvrđuje učinjenje krivičnog djela i krivnja učinitelja, hoće li to biti predmet pridruženog postupka pred sudom, u okviru ili izvan krivičnog postupka i dr. Na ova pitanja znatno utječu pravna tradicija, osnovni principi uređenja krivičnog postupka, pravna priroda instituta oduzimanja imovinske koristi, te norme međunarodnog prava koje je pojedina država inkorporirala u vlastiti pravni poredak.

Cilj ovog rada je da opiše i objasni pravnu prirodu instituta oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, da ukaže na osnovne izvore koji ga uređuju u okvirima međunarodnog i domaćeg prava, te da objasni na kojim teorijskim i normativnim osnovama se zasniva tzv. "samostalno oduzimanje imovinske koristi" pribavljene krivičnim djelom, kao jedan od novijih instituta koji se nalazi u evropskom i domaćem zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini.

## **2. Pravna priroda oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom**

Pravni status instituta oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom se na teorijskom i normativno pravnom planu različito definira i uređuje. On se u nekim izvorima i zakonodavstvima tretira kao krivičnopravna sankcija u svojim određenim modalitetima, mjera sigurnosti, pravna posljedica osude ili, sve više, kao mjera *sui generis* kojom se ostvaruju određeni generalno-preventivni i retributivni ciljevi u okviru krivičnog postupka. U domaćem zakonodavstvu na ovim prostorima, mjera oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom uvedena je u zakonodavstvo i praksu u bivšoj Jugoslaviji još 1959. godine, novelom Krivičnog zakonika, i to kao mjera sigurnosti. Reformama krivičnog zakonodavstva iz sredine sedamdesetih godina prošlog stoljeća, oduzimanje imovinske koristi nije više bilo određeno kao sankcija nego kao posebna mjera (Filipović, 2005). Interesantno je primijetiti da se, i prije 1959. godine kada je novelom KZ oduzimanje imovinske koristi uvedeno kao krivična sankcija, ono provodilo na osnovu posebnih propisa kod pojedinih krivičnih djela (npr. kod primanja

i davanja mita), kao i izricanjem sigurnosne mjere oduzimanja predmeta, koja je uz drugo obuhvaćala i oduzimanje predmeta koji su dobiveni kao nagrada za učinjenje krivičnog djela (Bačić, 1998, str. 470). Razlog zbog kojeg je oduzimanje imovinske koristi izdvojeno iz sistema krivičnih sankcija jeste taj da se time provodi opće pravno načelo da niko ne može zadržati korist koju je protupravno pribavio i da se oduzimanjem treba uspostaviti prvobitno stanje. Naime, oduzimanje imovinske koristi ostvarene bilo kojim krivičnim djelom nije krivičnopravna sankcija već posljedica načela pravednosti, prema kojem, između ostalog, niko ne može imati, općenito rečeno, bilo kakvu pa ni imovinsku korist od toga što je učinio krivično djelo (Horvatić & Novoselec, 1999, str. 463).

U komparativnoj analizi se primjećuju skoro pa isti osnovi na kojima se normira materija oduzimanja imovinske koristi u kontekstu pravne prirode ovog instituta. Naime, oduzimanje imovinske koristi stečene krivičnim djelom ne predstavlja novi razvoj prava ni u Njemačkoj. Korijeni ovog instituta sežu još u doba rimskog prava (Schmidt, 2006, str. 1). Ovaj institut je uvijek bio povezan s temeljnim pitanjima pravde. Suština tog pitanja može se skraćeno predstaviti kao: Krivični postupak treba dati odgovor na pitanje da li se kriminal isplati. U materijalno krivično pravo Njemačke odredbe o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom uvedene su još davne 1871. godine,<sup>1</sup> dok je u prekršajno pravo u današnjem obliku ovaj institut uveden 1952. godine<sup>2</sup> (Janssen, 2008, str. 1).

Mišljenja oko pravne prirode ovog instituta bila su podijeljena. Ranije je bio naglašavan isključivo kazneni karakter, što je u konačnici značilo da se ovaj institut može primijeniti samo na učinitelja ili saučesnika koji je kriv, dok se na treće osobe nije mogao primijeniti (Schmidt, 2006, str. 10). Pojedini teoretičari bili su mišljenja da nije riječ o kazni, već o mjeri sigurnosti *sui generis* (Eberbach, 1987, str. 489). Međutim, nakon odluke Ustavnog suda (BVerfG od 14. 1. 2004.), pravna priroda ovog instituta je razriješena (Janssen, 2008, str. 105). Nema sumnje da ovaj institut ne potpada pod princip krivnje te da nema kazneni karakter. Predstavlja, zapravo, pravnu posljedicu *sui generis* kojom se oduzima nezakonito stečena imovina na zakonit način od učinitelja, saučesnika, ali i trećih osoba koje nisu učestvovala u činjenju krivičnog djela. Na taj način postiže se i specijalna i generalna prevencija, jer se šalje poruka učinitelju i potencijalnim učiniteljima da se kriminal finansijski ne isplati. Riječ je, dakle, o korekciji raspodjele imovine stečene krivičnim djelom. U sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava

---

<sup>1</sup> §§ 296a i 335 Reichsgericht Strafgesetzbuch (RGStGB).

<sup>2</sup> § 6 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG).

također postoji vrlo jasan stav o pravnoj prirodi oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom kao mjeri *sui generis*, o čemu je ovaj sud zauzeo svoje stavove u nekoliko odluka.<sup>3</sup>

### **3. Osnovne karakteristike postupka za oduzimanje imovinske koristi**

Oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom je najprije institut materijalnog krivičnog prava jer se u materijalnopравnim propisima nalazi pravni osnov za oduzimanje (prema načelu da niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom), određuje se uvjet za oduzimanje (sudska odluka kojom je po odredbama zakona utvrđeno krivično djelo), određuje obim imovinske koristi koja je predmetom oduzimanja (stvari ili prava), vrši određenje kruga osoba od kojih se oduzima takva korist (učinitelj djela, kao i osobe na koje je prenesena imovinska korist pod uvjetima predviđenim zakonom i dr.).<sup>4</sup> S tim u vezi, oduzimanje imovinske koristi se vrši na osnovu pravomoćne sudske odluke, tj. presude kojom se učinitelj proglašava krivim, ili kojom mu je izrečena uvjetna osuda; odlukom kojom mu je izrečena sudska opomena; odlukom o oslobođanju od kazne.<sup>5</sup> Oduzet će se i od neuračunljivog učinitelja. Međutim, i u drugim situacijama kad postupak nije završen na taj način, moralo bi se izreći oduzimanje imovinske koristi, ako postoji sudska odluka kojom je utvrđeno učinjenje krivičnog djela. Trebalo bi se uzeti u obzir da će se odluka o oduzimanju donijeti i kad nije bilo mogućnosti za vođenje krivičnog postupka (Bačić, 1998, str. 471). Na ovaj način se razrađuju dvije ključne maksime: prva, prema kojoj niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom, i druga, koja govori o vrsti postupaka i sudskih odluka koje proizlaze iz takvih postupaka na osnovu kojih se može izvršiti

---

<sup>3</sup> Odluka Evropskog suda za ljudska prava, *Welch protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 17740/90 od 9. 2. 1995. godine, Odluka Evropskog suda za ljudska prava, *Prisco protiv Italije*, 38662/97 od 15. 6. 1999. godine, Odluka Evropskog suda za ljudska prava, *Van der Velden protiv Holandije*, 29514/05 od 7. 12. 2006. i dr.

<sup>4</sup> Krivični zakon Federacije BiH, čl. 114., čl. 114a., i čl. 115.

<sup>5</sup> U praksi Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, postoji zavidan broj relevantnih odluka koje tretiraju materiju ograničavanja ustavnog prava na mirno uživanje imovine. Posebno je važna odluka Ustavnog suda BiH broj AP-3388/06 od 17. 3. 2009. godine koja ujedno predstavlja vodeći stav Ustavnog suda BiH u oblasti apelacija zbog kršenja ustavnog prava na mirno uživanje imovine. Prema vodećem stavu, da bi miješanje države u pravo na imovinu bilo opravdano, ono mora: (a) biti predviđeno zakonom, (b) imati legitiman cilj od javnog ili općeg interesa, i (c) biti u skladu s principom proporcionalnosti. Osim ove odluke Ustavnog suda BiH, značajni su i drugi predmeti (AP-3147/07, AP-1394/07, AP-2680/11) koji se zasnivaju na vodećem stavu Ustavnog suda BiH.

oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. Vidljivo je kako to nisu samo redovni sudski postupci u kojima su ispunjene sve procesne pretpostavke za neometano vođenje postupka i izricanje krivičnopравниh sankcija i drugih mjera, nego u obzir dolaze i one situacije kada to usljed različitih okolnosti nije moguće (neuračunljivost učinitelja, maloljetnost, nedostupnost<sup>6</sup> i dr.).<sup>7</sup> Tu se postavlja pitanje prirode postupaka unutar kojih se načelno uređuje pitanje oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, te posebno kako osigurati da se ono može i samostalno izricati u onim situacijama kada ne postoje svi uvjeti za vođenje i okončanje krivičnog postupka?

U tom smislu, Ivičević-Karas (2011) navodi kako “u pravnim sistemima suvremenih država u suštini egzistiraju dva osnovna modela uređenja instituta oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom: krivičnopравни i dvojni model krivičnopравниog i građanskopравниog oduzimanja. Ključna razlika između njih je što se prvi vezuje za krivični postupak, bilo da se oduzimanje vrši u samom krivičnom postupku, ili se izriče u posebnom *in rem* adhezijskom postupku, ali uvijek na temelju osuđujuće presude ili presude kojom se utvrđuje da je učinjeno krivično djelo, te s krivičnoprocessingim garancijama koje predviđaju ustavi suvremenih država. Dvojni model pored krivičnog predviđa i građansko oduzimanje koje se provodi u građanskom postupku, neovisno o krivnji osobe koju ta mjera pogađa, čak i neovisno o utvrđenju učinjenja određenog krivičnog djela. Ono još uključuje znatno niže dokazne standarde od onih koji se zahtijevaju u krivičnom postupku te inverziju tereta dokazivanja” (Ivičević-Karas, str. 32). U dvojnim sistemima, kada je riječ o objektivnom postupku, imovina je “okrivljena” na osnovu činjenice da je proistekla iz kriminalne aktivnosti (protupравниog djela) tj. na njezinom držatelju ili vlasniku je da dokaže da je stečena zakonito (Mujanović & Sarajlija, 2014). Unutar dvojnog modela građanskopравниo oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom podrazumijeva da država putem svojih organa (tužiteljstvo, policija i dr.) postupak vodi protiv imovine, prije nego učinitelja djela iz kojeg je ta imovina direktno ili indirektno proistekla. Štaviše, u takvim modelima nije potrebno da je

---

<sup>6</sup> Od individualizacije fizičke ličnosti okrivljenog, da bi se protiv njega mogao voditi postupak, treba razlikovati fizičku prisutnost okrivljenog u procesnom odnosu. Za nastajanje procesnopравниog odnosa potrebno je da je poznata fizička ličnost onoga protiv koga se postupak vodi, ali realno prisustvo okrivljenog, u načelu zahtijevano, nije u svim slučajevima neophodno za tok postupka (Vasiljević, 1981, str. 158).

<sup>7</sup> Oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom sud može izreći u presudi kojom se optuženi proglašava krivim, u rješenju o primjeni odgojne mjere, kao i u presudi kojom se utvrđuje da je djelo učinjeno u stanju neuračunljivosti ili smanjenje uračunljivosti (Sijerčić-Čolić, 2005).

učinitelj identificiran, pritvoren ili osuđen. Jednostavno je u okviru ovog modela oduzimanja imovina sama po sebi “optužena” (Rui, 2012).

Sličnosti između krivičnog postupka i postupka za oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom (usljed čega se ovaj drugi često naziva i adhezijski postupak) jesu u predmetu i svrsi vođenja ovih postupaka. Inače, adhezijski postupak se često koristi kako bi se ukazalo na zakonsku mogućnost pridruživanja građanske parnice krivičnom postupku kako bi se unutar njega i po pravilima koja važe za taj postupak, riješila i pitanja imovinskopravnih sporova proizašlih kao posljedica učinjenja krivičnog djela.<sup>8</sup> Nesporno je da su imovinskopravni zahtjev oštećenog, kao tipični primjer adhezijskog postupka, i institut oduzimanja imovinske koristi u vrlo bliskom odnosu, pa se često i slično promatraju u smislu njihove pravne prirode. Imovinskopravni zahtjev je fakultativan, on ovisi o volji oštećenog da traži nadoknadu štete koja mu je učinjena krivičnim djelom, dok je oduzimanje imovinske koristi imperativno, obligatorno i provodi se u odnosu na onaj obim imovine koja nije obuhvaćena imovinskopravnim zahtjevom.<sup>9</sup> Obavezu utvrđivanja, osiguranja<sup>10</sup> i odlučivanja o imovinskopravnom zahtjevu, ukoliko je on podnesen, imaju jednako i tužitelj i sud u krivičnom postupku, a ova obaveza tih subjekata postupka se istovjetno razrađuje i u odnosu na oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. Iz tih razloga, nije dopušteno da se sud, kad je utvrđeno postojanje imovinske koristi stečene krivičnim djelom, upušta u ocjenu o svrhovitosti oduzimanja te koristi u datom slučaju (Bačić, 1998, str. 470). Moguće je da se u slučaju postojanja posebnih propisa o oduzimanju (kod jedne od varijacija krivičnog postupka), za razliku od adhezijskog postupka, postupak za oduzimanje imovinske koristi, koji je po svom predmetu sličan adhezijskom postupku, vodi na osnovu posebnih propisa o oduzimanju, i to na prijedlog tužitelja (Šago & Pleić, 2012). Dakle, pitanje je kako, unutar kojeg modela uređenja postupka, osigurati da se univerzalno načelo da niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom, da bude faktički i efikasno implementirano, da ta

---

<sup>8</sup> Odlučivanje o imovinskopravnom zahtjevu je adhezijski parnični postupak unutar kaznenog postupka te ga je kazneni sud dužan i voditi prema pravilima parničnog postupka. Zato i za taj adhezijski postupak vrijedi pravilo parničnog postupka (Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, br. U-III-2509/2008, Narodne novine, br. 134/12).

<sup>9</sup> Zakon o krivičnom postupku Federacije BiH, čl. 392. str. 3.

<sup>10</sup> U slučajevima kada je u izgledu primjena ove mjere, sud po službenoj dužnosti određuje privremene mjere osiguranja zahtjeva oduzimanja imovinske koristi, po odredbama koje važe za izvršni postupak (Vasiljević, 1981, str. 730). Praktično, ista obaveza suda stoji i u pogledu osiguranja imovinskopravnog zahtjeva ukoliko je on postavljen od strane oštećenog.

univerzalna poruka ne bi ostala tek deklarativna i simbolička odrednica u savremenom krivičnom pravu.

#### **4. Teorijsko i pravno određenje pojma krivičnog djela kao determinante za samostalno oduzimanje imovinske koristi**

Kao što je već izneseno, materijalnopravne odredbe o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom propisuju da se oduzimanje vrši isključivo na temelju sudske odluke kojom je utvrđeno postojanje krivičnog djela. Takva normativna konstrukcija mogla bi dovesti u pitanje koncept samostalnog oduzimanja imovinske koristi, ponajprije jer zakonsko određenje krivičnog djela obuhvata ne samo objektivna već i subjektivna obilježja ovog pojma. U teoriji postoji materijalno i formalno određenje pojma krivičnog djela, pri čemu je ovo drugo relevantno sa stanovišta određenosti nekog ponašanja kao krivičnog djela u zakonu i ono je čisto pravne prirode. Formalno određenje obuhvata pravne pretpostavke kažnjivosti koje su svojstvene svim krivičnim djelima. Tako postoje obilježja koja su zajednička svim krivičnim djelima i koja se moraju ispuniti da bi u konkretnom slučaju postojalo krivično djelo: radnja s prouzrokovanom posljedicom, protupravnost, određenost u zakonu i krivnja. Tek kada se utvrde sva obilježja krivičnog djela može se reći da je učinjeno krivično djelo i može se pristupiti izricanju krivičnopravne sankcije (Horvatić & Novoselec, 1999, str. 153). Opći pojam krivičnog djela treba odrediti na način koji će ne samo dati zadovoljavajuće rješenje na teorijskom planu, već tako da predstavlja i polazni opći osnov za rješavanje konkretnih slučajeva u primjeni krivičnog prava. U slučaju primjene instituta oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, ispravno tumačenje pojma krivičnog djela predstavlja ključnu odrednicu za mogućnost njegove samostalne primjene u (krivičnom) postupku. Opći pojam krivičnog djela može se odrediti na sljedeći način: krivično djelo je radnja (s prouzrokovanom posljedicom) koja je u zakonu predviđena kao krivično djelo, koja je protupravna i koja je skrivljena (Stojanović, 2007, str. 100). U iznesenim stavovima jasno prevladava objektivno-subjektivno tumačenje krivičnog djela, i na osnovu kojeg je imovinsku korist moguće oduzeti jedino presudom kojom je optuženi proglašen krivim.

Zato se kaže da je krivično djelo višedimenzionalni pojam, da ga karakterizira strukturalna slojevitost. U tom smislu, radnja prethodi protupravnosti, a protupravnost krivnji. Ako se utvrdi da jedno čovjekovo ponašanje nije radnja u krivičnopravnom smislu, nije potrebno ispunjavati protupravnost, odnosno, krivnju (Bačić, 1998, str. 111). Ali, treba naglasiti da je postojala opća



suglasnost oko toga da u pojam krivičnog djela ulaze najmanje tri elementa: radnja čovjeka (s prouzrokovanom posljedicom), protupravnost i vinost, osim T. Živanovića koji pojam krivičnog djela određuje isključivo objektivnim elementima (Lazarević, 1986, str. 93–98).<sup>11</sup> Upravo se na osnovu činjenice kako se oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom može izvršiti i na osnovu drugih sudskih odluka, različitih od osuđujuće presude kojom se optuženi oglašava krivim, može zauzeti stav kako se kod primjene instituta oduzimanja imovinske koristi primjenjuje objektivno tumačenje krivičnog djela. Prema ovakvom tumačenju dovoljno je da je protupravno ostvarena radnja propisana kao radnja krivičnog djela. Takvo djelo za koje se ne zahtijeva krivnja, objektivni je pojam krivičnog djela. Učinjenje krivičnog djela znači radnju koja odgovara opisu krivičnog djela u krivičnom zakonu i koja je protupravna, jer ako nije protupravna, isključuje se krivično djelo (Pavišić & Kunštek, 2010).

Može se, u odnosu na ovo pitanje, zaključiti kako pravni karakter instituta oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, o kojem je ranije bilo riječi, predstavlja primarni pravni osnov za objektivno tumačenje pojma krivičnog djela u odnosu na primjenu ove mjere u krivičnom postupku, čime, zapravo, ono sve više dobija obilježja objektivnog, *in rem* postupanja, koje se za razliku od građanskopravnog modela, i dalje odvija u okvirima krivičnog postupka uz uvažavanje određenih procesnih garancija zaštite ljudskih prava i sloboda. Tome u prilog govori i etablirano načelo krivnje, koje je dio materijalnopravnih odredbi, i prema kojem niko ne može biti kažnjen, niti se prema njemu mogu izreći druge krivičnopravne sankcije, ako nije kriv za učinjeno krivično djelo.<sup>12</sup> Dakle, bez utvrđene krivnje ne može doći do izricanja krivičnopravnih sankcija, ali u svakom slučaju ovo načelo ne ograničava sud da izrekne mjeru oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, koja je po svrsi i svom sadržaju sasvim drugačija od bilo koje krivičnopravne sankcije za čije izricanje je potrebno utvrditi krivnju učinitelja. Ovakvo tumačenje, osim iznesenih argumenata, svoj osnov ima i u maksimi da niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom, a ne samo učinitelj koji je proglašen krivim u krivičnom postupku. Ova mjera, kako je rečeno, svoju primjenu nalazi i u odnosu na neuračunljive, maloljetne ili učinitelje koji su umrli ili nedostupni. Pitanje je samo kako unutar procesnih odredbi osigurati primjenu samostalnog oduzimanja

---

<sup>11</sup> Živanović je pristalica tzv. biparticije, prema kojoj se krivnja ne treba smatrati elementom krivičnog djela. Prema njegovom mišljenju, krivično djelo je protupravno, u krivičnom zakonu predviđeno i uvjetima inkriminacije odgovarajuće prouzrokovanje ljudskom radnjom.

<sup>12</sup> Krivični zakon Federacije BiH, čl. 4a.

imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, pogotovo u nacionalnim zakonodavstvima država kontinentalnog prava kod kojih se ova materija uglavnom uređuje unutar odredbi krivičnog procesnog zakonodavstva. To pitanje je, zapravo, najviše uvjetovano ustavnim i svim drugim garancijama zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda, posebno prava na pravično suđenje, prava na mirno uživanje imovine, zabranu dvostrukog suđenja i kažnjavanja i dr.

## **5. Komparativni osvrt na modele uređenja samostalnog oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom**

Iz dosadašnjih analiza je primjetno kako institut oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, kao složena konstrukcija, u suštini ima istovjetnu pravnu osnovu u svim zakonodavstvima, koje su prihvatile maksimu prema kojoj niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom. Razlike koje se pojavljuju između pojedinih modela zakonskog normiranja ove materije tiču se načina, modela unutar kojih se osigurava efikasna primjena ove posebne pravne mjere. Ranije je naglašeno kako postoje određene razlike između kontinentalnih i pravnih sistema *common law* pravne tradicije, ali one se djelimično približavaju jedna drugoj upravo na terenu normiranja samostalnog oduzimanja imovinske koristi. U nastavku rada bit će izložena krivičnopravna analiza različitih modela uređenja ovog instituta u Saveznoj Republici Njemačkoj, Republici Hrvatskoj i Federaciji Bosne i Hercegovine.

U prve dvije države obuhvaćene analizom, zakonsko normiranje samostalnog oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, osim na nivou nacionalnog zakonodavstva, treba posmatrati i u kontekstu članstva ovih država u Evropskoj uniji. Na nivou pravnih izvora koji uređuju ovo područje tokom 2014. godine je donesena Direktiva o zamrzavanju i oduzimanju predmeta i imovinske koristi ostvarene krivičnim djelima u Evropskoj uniji, kao prvi instrument ove prirode.<sup>13</sup> Direktiva sadrži i odredbe kojima se pokušao stvoriti temeljni pravni osnov za samostalno oduzimanje imovinske koristi u državama članicama, koje bi bilo na granici između građansko-pravnog modela prisutnog uglavnom u *common law* pravnim sistemima i

---

<sup>13</sup> Ključni razlog za donošenje prve direktive Evropske unije u ovoj oblasti je spoznaja kako su dotadašnji rezultati primjene odredbi o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u Evropskoj uniji u državama članicama nezadovoljavajući, te se na ovaj način namjeravalo izvršiti usaglašavanje njihovih pravnih sistema u odnosu na ovaj institut.

krivičnog pravnog modela unutar kojeg se propisuju (objektivni) postupci za oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. Ukratko, Direktivom se zagovara oduzimanje koristi i imovine na temelju sudske presude. To uključuje i situaciju da ako se osoba protiv koje se vodi postupak nalazi u bjekstvu ili je bolesna, moguće je voditi krivični postupak i u njezinu odsustvu i taj se postupak ne mora okončati, nego je izvjesno da bi takav postupak doveo do krivične presude.<sup>14</sup> Pri tome se mora poduzeti sve da se osoba u pitanju pozove na sud ili upozna s postupkom oduzimanja, odnosno, potrebno je dokazati da osoba u pitanju “dobrovoljno pokušava izbjeći prisustvo na suđenju”.<sup>15</sup> Direktivom se sugerira uvođenje sistema oduzimanja imovinske koristi koja se shvaća kao čista dobit, ali i u situacijama u kojima se ne zahtijeva osuđujuća presuda, te se sumnja da je imovina stečena kriminalnim djelatnostima, za koju sumnju osnovu predstavlja nesrazmjer između zakonitih prihoda i imovine koja je u posjedu učinitelja ili treće strane (tzv. prošireno oduzimanje). U *common law* sistemima je u takvim slučajevima imovina predmetom postupka, a ne učinitelj krivičnoga djela (Rui, 2012), no od takvoga se modela Direktivom odmaklo i priklonilo stavu da se ipak mora raditi o krivičnom postupku čijim je predmetom osoba ili više njih.

Uprkos određenim nastojanjima EU nije kroz svoju prvu Direktivu o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom uspostavila okvir za građanskopravno oduzimanje imovinske koristi, nego je opće pravilo i pretpostavka da se oduzimanje treba vršiti na osnovu pravosnažne krivične presude (uz određene izuzetke). Time se sistem za oduzimanje imovinske koristi uspostavljen ovom direktivom znatno razlikuje od građanskopravnog oduzimanja, jer se oduzimanje vrši od osobe koja je u mogućnosti da bude osuđena pred sudom (Arcifa, 2014).

Kada je riječ o njemačkom zakonodavcu, kroz Zakon o borbi protiv nezakonite trgovine drogama i drugim formama organiziranog kriminala,<sup>16</sup> koji je 22. 9. 1992. stupio na snagu, pokušalo se afirmirati načelo da se “kriminal ne

---

<sup>14</sup> Direktiva o zamrzavanju i oduzimanju predmeta i imovinske koristi ostvarene krivičnim djelima u Evropskoj uniji, čl. 4. st. 2.

<sup>15</sup> Bolest se u kontekstu Direktive tumači nemogućnošću osumnjičenog ili optuženog da učestvuje u krivičnom postupku tijekom dužeg razdoblja, a postupak stoga nije moguće nastaviti u uobičajenim uvjetima, kojim povodom se od osumnjičenog ili optuženog može zatražiti dokaz bolesti, koji bi sud trebao moći zanemariti ako smatra da je nezadovoljavajući.

<sup>16</sup> Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG), Bundesgesetzblatt, 1992, 1302.

isplati”.<sup>17</sup> Ovim zakonom izmijenjen je i dopunjen Krivični zakon Njemačke,<sup>18</sup> a novina se sastojala od cijelog paketa propisanih sankcija i mjera: u imovinskoj kazni, oduzimanju nezakonito stečene imovine i oduzimanju predmeta ili robe pribavljene krivičnim djelom.<sup>19</sup> Zbog ustavnopravnih ograničenja, ali i razloga pravne sigurnosti, Savezni ustavni sud je ovu odredbu proglasio neustavnom i nevažećom.<sup>20</sup>

Pored materijalnih pretpostavki propisanih u Krivičnom zakonu Njemačke, novo rješenje jačanja instituta oduzimanja nezakonito stečene imovine pronađeno je i u krivičnom procesnom zakonodavstvu jačanjem procesnih mjera, ali i putem Zakona o jačanju oduzimanja nezakonito stečene imovine krivičnim djelom.<sup>21</sup> Ovaj propis predstavlja zapravo izmjene i dopune Zakona o krivičnom postupku Njemačke,<sup>22</sup> te je dopunom postojećih i uvođenjem novih odredbi ojačan institut oduzimanja nezakonito stečene imovine. U poređenju sa, do tada, postojećim pravnim položajem finansijski oštećenog krivičnim djelom, ovim zakonom znatno je poboljšan njegov položaj na način da mu zakonodavac ostavlja mogućnost potraživanja imovine i pravo na naknadu štete od optuženog u roku od tri godine. Na taj način, kroz izmjene i dopune Zakona o krivičnom postupku, postignuta je i ravnoteža moći u pogledu imovine i imovinske koristi nezakonito stečene krivičnim djelom.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> Politička osnova za novu pravnu regulaciju ovog pitanja bila je Bečka konvencija iz 1988. godine kao i Direktiva EU od 10. 6. 1991. godine.

<sup>18</sup> Bekanntmachung der Neufassung des Strafgesetzbuches (StGB), Bundesgesetzblatt, 1998, 3322; 2015, 926.

<sup>19</sup> Tačnije, zakonodavac je neto princip zamijenio bruto principom tako što je uzeo u obzir sveukupnu imovinsku korist stečenu krivičnim djelom, bez uzimanja u obzir vlastitih troškova i potreba učinitelja. Tako je ovim zakonom, pored imovinske kazne, propisana i sveukupna konfiskacija imovine učinitelja krivičnog djela, što je ukazivalo na prošireno oduzimanje nezakonito stečene imovine krivičnim djelom.

<sup>20</sup> Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 20. 3. 2002 – 2 BvR 794/95 dostupno na: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=BVerfGE%20105,%20135>

<sup>21</sup> Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten, Bundesgesetzblatt, 2006, 2350.

<sup>22</sup> Strafprozeßordnung (StPO), Bundesgesetzblatt, 1987, 1074, 1319; 2015, 1386.

<sup>23</sup> U konačnici se ipak pokazalo da je Savezni ustavni sud Njemačke efikasan čuvar ljudskih prava i temeljnih sloboda. Iako je bilo neophodno potrebno noveliranje postojećih zakonskih propisa o oduzimanju nezakonito stečene imovine i imovinske koristi koji su stari preko 100 godina, pokazalo se i da je prijeko potrebno spriječiti politički motivirane i duhom vremena orijentirane novele kakvom se pokazala prethodna izmjena i dopuna koja je proglašena ništavom. Njemački Savezni ustavni sud je još jednom spriječio zadiranje u temeljna ljudska prava bez odgovarajućeg ustavnopravnog osnova i na taj način prinudio zakonodavca da donese novo, prihvatljivo zakonsko rješenje koje će efikasnost krivičnog gonjenja i zaštitu ljudskih prava dovesti u ravnotežu.

U sedmom odjeljku Krivičnog zakona Njemačke §§ 73–77 pod naslovom “Oduzimanje imovinske koristi i oduzimanje predmeta”, zajedno s materijalnim pretpostavkama za oduzimanje predmeta, propisane su i materijalne pretpostavke za samostalno oduzimanje nezakonito stečene imovine krivičnim djelom.

Najprije treba istaći kako mogućnost samostalnog izricanja mjere oduzimanja imovinske koristi predviđa § 76.a njemačkog Krivičnog zakonika, a postupak izricanja uređuju §§ 440–442 njemačkog Zakonika o krivičnom postupku. Odredba materijalnog propisa iz § 76a propisuje samostalno oduzimanje nezakonito stečene imovine krivičnim djelom. Tačnije, omogućava oduzimanje nezakonito stečene imovine krivičnim djelom kao samostalnu mjeru u slučajevima kada nema osuđujuće presude, ali ni učinitelja krivičnog djela (Dreher & Tröndle, 1980, str. 457). U slučajevima kada se neka osoba iz stvarnih razloga ne može krivično goniti ili osuditi za određeno krivično djelo, a ostale zakonski propisane pretpostavke za oduzimanje postoje, zakonodavac dozvoljava tzv. samostalno oduzimanje. Ova mogućnost odnosi se na samo konkretno određene slučajeve u kojima protiv učinitelja krivičnog djela nije moguće voditi subjektivni postupak. U tom slučaju zakonodavac dozvoljava vođenje tzv. objektivnog postupka. Prema pravnom karakteru ne radi se o posebnoj vrsti imovinske sankcije, već o posebnom postupku koji omogućava oduzimanje nezakonito stečene imovine krivičnim djelom koji nije usmjeren prema određenom subjektu već isključivo prema određenom objektu koji je nastao nezakonitim putem (Schönke & Schröder, 2010, str. 1161).

Za samostalno oduzimanje dovoljno je da su ispunjeni uvjeti iz §§ 73 i 73d. Pretpostavke za vođenje ove posebne vrste postupka su sljedeće:

- 1) kada nije moguće voditi krivični postupak protiv učinitelja (npr. kada je učinitelj u bjekstvu ili kada je nedostupan organima gonjenja jer se nalazi u inozemstvu). U slučaju smrti učinitelja nije moguće voditi postupak samostalnog oduzimanja iz razloga što sa smrću prestaje i mogućnost pravnog prenošenja krivičnog gonjenja s jedne na drugu osobu ili objekt (Schönke & Schröder, 2010, str. 1161);
- 2) ostale pretpostavke (materijalne i procesne) za oduzimanje nezakonito stečene imovine krivičnim djelom postoje.

Međutim, postoje još neka ograničenja. Samostalno oduzimanje nije dozvoljeno kod nekažnjivog pokušaja, dobrovoljnog odustanka, postojanja osnova koji isključuju postojanje krivičnog djela kao i osnova koji isključuju postojanje krivnje. Međutim, samostalno oduzimanje može se primijeniti u slučaju kada učinitelj nije krivično odgovoran ili u slučaju kada se učinitelj nalazi u zabludi. Ova zakonska odredba primjenjuje se i u slučaju kada je sud

odustao od kazne (oslobađajuća presuda), kao i kada je postupak obustavljen prema odredbama Zakona o krivičnom postupku koje dozvoljavaju da se po ocjeni državnog tužiteljstva ili suda donese takva odluka.

Postupak za samostalno oduzimanje provodi se prema §§ 440–442 StPO. Neophodno je da državni tužitelj ili privatni tužitelj podnese zahtjev u kojem su navedeni objekti oduzimanja, kao i činjenice koje upućuju na samostalno oduzimanje. Samostalno oduzimanje može se voditi također i u okviru jednog subjektivnog postupka, npr. uz oslobađajuću presudu iz razloga zastarjelosti krivičnog gonjenja. Na ranije kontroverzno pitanje da li je moguć prelazak subjektivnog u objektivni postupak u slučaju nastupanja negativnih procesnih pretpostavki (npr. smrti optuženog), danas se može odgovoriti potvrdno s obzirom na to da se objektivni postupak u pogledu odnosa trećih osoba skoro potpuno izjednačio sa subjektivnim (Schönke & Schröder, 2010, str. 1163). Međutim, prelazak iz subjektivnog u objektivni postupak nije automatski već podliježe zahtjevu državnog ili privatnog tužitelja. Dakle, da bi se uopće vodio postupak za samostalno oduzimanje imovinske koristi, Zakon je prenio ovlaštenje za podnošenje zahtjeva za vođenje tog postupka na tužiteljstvo i privatnog tužitelja, koji imaju obavezu naznačavanja predmeta oduzimanja i činjenica o dopuštenosti tj. navođenje razloga zbog kojih nije moguće voditi redovni krivični postupak. Zakonom se određuje stvarna i mjesna nadležnost suda (to je onaj sud koji bi inače bio nadležan za suđenje za krivično djelo iz kojeg je proistekla imovinska korist), a postupak se pokreće rješenjem suda. Oduzimanje se vrši presudom Suda, kojoj može, ali ne mora prethoditi usmena rasprava.

Oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u Republici Hrvatskoj normirano je na nivou sistemskih propisa, Kaznenog zakona i Zakona o kaznenom postupku, dok je u skorije vrijeme donesen i *lex specialis* propis u vidu Zakona o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem.<sup>24</sup> Polazna je koncepcija Zakona: 1) da je postupak oduzimanja imovinske koristi objektivni (*in rem* postupak u okvirima krivičnog postupka, a u Zakonom predviđenom slučaju i izvan toga), a ne subjektivni postupak, 2) da je pretpostavka za primjenu mjere oduzimanja imovinske koristi prethodno utvrđenje postojanja krivičnog djela ili prekršaja i da je tim djelom ostvarena imovinska korist, 3) oduzimanje imovinske koristi je supsidijarno imovinskopravnom zahtjevu (postojanje odluke kojom je usvojen imovinskopravni zahtjev smetnja je za primjenu mjere oduzimanja imovinske koristi u onom dijelu u kojem je taj zahtjev

---

<sup>24</sup> Zakon o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem, Narodne novine, br. 145/10.

dosuđen) i 4) da je za djelotvornost postupka oduzimanja imovinske koristi bitno urediti odnos s doticajnim propisima, prije svega izvršnog prava (Pavišić & Kunštek, 2010). U odnosu na samostalno oduzimanje imovinske koristi, ovim zakonom su propisani uvjeti i postupak za ovakav vid oduzimanja, i to u okolnostima kada se krivični postupak ne može voditi zbog smrti ili "drugih okolnosti koje isključuju kazneni progon", ukoliko je vjerovatno da je pribavljena korist iznad 5.000 kuna. Dakle, potrebno je da su kumulativno ispunjena oba ova uvjeta, vjerovatnost da je krivičnim djelom pribavljena imovinska korist i da se radi o vrijednosti većoj od spomenutog iznosa. Radi se o mogućnosti vođenja postupka za oduzimanje imovinske koristi koji se provodi u slučajevima postojanja negativnih procesnih pretpostavki povezanih sa smrću optuženog ili drugim okolnostima koje onemogućavaju vođenje redovnog postupka. Ovako objektivno postavljeni postupak je usmjeren na: 1) utvrđivanje učinjenja krivičnog djela od strane okrivljenika, 2) utvrđenje činjenice da je ostvarena imovinska korist i 3) njeno oduzimanje. Taj postupak vodi sud, prava protustranke su zajamčena (posebno ključna prava kao kontradiktornost i pravo odbrane), a vođenje postupka i donošenje odluka uređeno je Zakonom (Pavišić & Kunštek, 2010). Prijedlog za vođenje ovog postupka imaju državni tužitelj, oštećeni kao tužitelj i privatni tužitelj, o čemu sud donosi rješenje o provođenju postupka za samostalno oduzimanje. Oduzimanje se vrši presudom kojom je utvrđeno krivično djelo.<sup>25</sup> Iako je ovakva zakonska formulacija djelimično kontradiktorna osnovnim postulatima iz materijalnog krivičnog zakonodavstva, posebno u pogledu činjenice da se u ovakvom postupku utvrđuje postojanje krivičnog djela iz kojeg je proistekla imovinska korist, argumenti koji se odnose na to da se radi o objektivnom, *in rem* postupku, da mjera oduzimanja imovinske koristi prema ovom propisu nema punitivni, nego pretežno restorativni i profilaktički karakter, opravdavaju ovakvo zakonsko rješenje (Ivičević-Karas, 2011).

U odnosu na zakonsko rješenje o samostalnom oduzimanju imovinske koristi u Federaciji BiH treba istaći kako u ovom trenutku jedino u okviru krivično-pravnog sistema ovog entiteta u cijeloj državi Bosni i Hercegovini postoji propisan postupak za ovakav vid oduzimanja imovinske koristi. Dakle, iako odredbe materijalnog i procesnog krivičnog zakonodavstva sadrže zakonski osnov i postupak za oduzimanje imovinske koristi, postojala je evidentna potreba da se ova materija uredi jedinstvenim, sveobuhvatnim i što preciznijim zakonskim propisom, tj. Zakonom o oduzimanju nezakonito

---

<sup>25</sup> Zakon o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem, čl. 2. i 6.

stečene imovine krivičnim djelom.<sup>26</sup> Osim toga, sva četiri krivičnopravna sistema u Bosni i Hercegovini trebaju izvršiti usaglašavanje vlastitih odredbi s ratificiranim (prihvaćenim) instrumentima iz međunarodnog prava koji uređuju pojedina pitanja normiranja materije oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. Zakon je nastao kao rezultat analize postojećih rješenja u ovoj oblasti, uočavanja prednosti i slabosti, mogućnosti adaptacije zahtjeva koji proizlaze iz relevantnog međunarodnog prava (Mujanović & Sarajlija, 2014), te je dio seta zakonskih i drugih inicijativa poduzetih u Federaciji Bosne i Hercegovine usmjerenih na suprotstavljanje korupciji i drugim oblicima kriminala. Za samostalno oduzimanje imovinske koristi to se posebno odnosi na Konvenciju Ujedinjenih nacija protiv korupcije.<sup>27</sup> Ovaj izvor sadrži fakultativnu odredbu u odnosu na spomenuti institut, koja omogućava državama članicama da razmotre mogućnost poduzimanja mjera koje mogu biti potrebne da se omogući oduzimanje imovine pribavljene učinjenjem konvencijskih krivičnih djela bez donošenja krivične presude u slučajevima u kojima se učinitelj ne može krivično goniti zbog smrti, bjekstva ili odsustva ili u drugim odgovarajućim slučajevima.<sup>28</sup>

Ovaj zakon sadrži odredbe kojima je moguće oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom za koje se prema Krivičnom zakonu Federacije BiH može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna. To je opći uvjet za primjenu ovog zakona koji ima karakter *lex specialis* propisa. Kada je riječ o samostalnom oduzimanju, Zakon predviđa posebni postupak za ovaj vid oduzimanja, koji se može voditi ukoliko nisu ispunjene procesne pretpostavke za vođenje redovnog postupka usljed smrti ili bjekstva osumnjičenog ili optuženog, a postoji opasnost od nastupanja zastare krivičnog gonjenja. Drugi uvjeti se tiču postojanja osnovane sumnje da je pribavljena imovinska korist iz krivičnog djela koje je obuhvaćeno ovim zakonom. Prijedlog za vođenje posebnog postupka je ovlašten podnijeti tužitelj, dok o dopustivosti sud odlučuje rješenjem, uvažavajući načelo kontradiktornosti. Tokom postupka se izvode dokazi i po potrebi ispituje povezana osoba. Oduzimanje se vrši presudom kojom se utvrđuje protupravnost djela, i osigurano je pravo žalbe na takvu odluku suda, i to neposredno višem sudu.<sup>29</sup> Dakle, za vođenje ovakvog jednog, posebnog postupka zakon traži nešto viši nivo sumnje (osnovana sumnja) da je krivičnim djelom za koje se može izreći kazna zatvora u trajanju od tri godine

---

<sup>26</sup> Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom, Službene novine Federacije BiH, čl. 71/14.

<sup>27</sup> Odluka o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih naroda protiv korupcije ("Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori, broj 05/2006).

<sup>28</sup> Konvencija Ujedinjenih naroda protiv korupcije, čl. 54. st. 1. tač. c.

<sup>29</sup> Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom, čl. 5. i čl. 6.



ili teža kazna i da su okolnosti usljed kojih se ne može voditi krivični postupak nešto uže postavljene i isključivo se tiču smrti ili bjekstva osumnjičenog ili optuženog, usljed čega u drugom slučaju postoji objektivna opasnost od nastupanja zastare krivičnog gonjenja. U odnosu na sadržaj presude kojom se oduzima imovinska korist u posebnom postupku, evidentno je da sud na temelju objektivne postavke samog zakona donosi odluku o tome da je učinjeno protupravno djelo iz kojeg je proistekla imovinska korist koja je predmet oduzimanja.<sup>30</sup> Ranije sporno pitanje u, recimo, njemačkom zakonodavstvu koje se tiče mogućnosti vođenja postupka za samostalno oduzimanje u slučajevima smrti osumnjičenog ili optuženog, ovim zakonskim rješenjem je, kao, naprimjer, u Hrvatskoj, riješeno izričitom zakonskom odredbom koja je na tragu preporučenih međunarodnih standarda u ovoj oblasti.

## 6. Zaključna razmatranja

U skladu s jednim od osnovnih pravnih i civilizacijskih principa prema kojem niko ne može zadržati protupravno stečenu korist, odnosno niko ne može imati koristi od sopstvenog zlodjela (*nullum comodum capere potest de sua propria iniuria*), u međunarodnom i komparativnom pravu je etabliran institut oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom i u onim procesnim situacijama koje ne omogućavaju vođenje postupka usljed specifičnih, tzv. “negativnih procesnih pretpostavki”, koje su najčešće povezane s bjekstvom, smrću i (težom) bolesti osumnjičene ili optužene osobe, odnosno, drugim okolnostima koje onemogućavaju vođenje redovnog postupka za oduzimanje imovinske koristi. On se najčešće uređuje u okvirima posebnog tzv. “adhezijskog” postupka, unutar kojeg se oduzimanje imovinske koristi tretira kao objektivni, *in rem* postupak koji ima za cilj utvrđenje učinjenja protupravnog ili krivičnog djela, bez da je krivnja (vinost) uvjet za izricanje ove mjere. Iz tog razloga se govori o samostalnom oduzimanju imovinske koristi, koje se može promatrati na nivou rasprava o pravnoj prirodi samog instituta oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, procesnopravnom modelu uređenja postupka u kojem se na taj način oduzima imovinska korist, te drugih bitnih pitanja koja čine osnovne pretpostavke za primjenu ovakvog vida oduzimanja imovinske koristi.

Analize koje su se separatno bavile ovim pitanjima, tj. ključnim pretpostavkama za samostalno oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim

---

<sup>30</sup> Ovdje je primjetna analogija za odgovarajućim odredbama Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH, posebno odredbama iz čl. 396., a u vezi s čl. 389.ra.

djelom, pokazale su kako na nivou teorijskih i normativno pravnih rasprava tri ključna argumenta ukazuju na utemeljenost ovog instituta u suvremenom krivičnom pravu. Prvi od tih argumenata tiče se pravne prirode instituta oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, gdje danas prevladavaju ona mišljenja koja ukazuju kako se radi o mjeri *sui generis*, koja treba da doprinese ostvarenju dva ključna cilja: da onaj koji je stekao imovinsku korist učinjenjem krivičnog djela bude efikasno lišen takve koristi, tj. da se faktičko imovinsko stanje vrati u onu fazu koja je prethodila krivičnom djelu (retributivni efekti), te da se drugima ukaže kako će se u svim sličnim situacijama postupiti na takav način, tj. da se na nivou simboličke poruke ukaže kako se “kriminal ne isplati” (profilaktički efekti). Drugi argument je više teorijskog karaktera, i tiče se tumačenja pojma krivičnog djela u kontekstu primjene takve, posebne krivičnopravne mjere kakva je oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u duhu iznesenog tumačenja pravne prirode ovog instituta. Jasno je da postoji sasvim opravdan stav kako se u tom kontekstu krivično djelo tumači kao objektivna konstrukcija koja ne uzima u obzir subjektivni odnos učinitelja prema djelu kao bitan element za primjenu ovog, po svemu specifičnog, instituta. Na kraju, treći argument tiče se procesnopravnih rješenja koja će, između ostalog, omogućiti da načelo prema kojem niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom bude efikasno i ostvareno. Tu su posebno vrijedne spoznaje o postojećim modelima takvih postupaka, koji u dvije ključne grupacije (krivični i mješoviti) imaju niz svojih varijacija koje su, uglavnom, zasnovane na prirodi krivičnog postupka, pravnoj tradiciji i dostignućima, koja u manjoj ili većoj mjeri omogućavaju da se imovinska korist može oduzeti u praktično svim procesnim situacijama koje poznaje suvremeni krivični postupak.

Da bi se takva teza ispitala i provjerila, komparativna analiza modela uređenja instituta samostalnog oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom pokazala je kako postoje zajednički faktori po kojima se zakonske odredbe u tri odabrana zakonodavstva mogu usporediti. Ono što im je zajedničko po pitanju uređenja samostalnog oduzimanja imovinske koristi jeste da je to posebni postupak koji se vodi pred krivičnim sudom. U tome se on najprije razlikuje od građanskopravnog modela prisutnog u nekim državama, primarno *commom law* pravne tradicije. Osim toga, inicijativa za vođenje takvog postupka je na nadležnom tužitelju (javnom ili privatnom), koji na neki način mora uvjeriti sud da su stvorene pretpostavke za vođenje takvog postupka. Jednako su u ovim zakonodavstvima prisutne odredbe o načinu vođenja takvog postupka te vrsti odluke (presuda suda) kojom se vrši oduzimanje imovinske koristi. Razlike se najprije tiču obima primjene

tih odredbi u odnosu na moguće procesne situacije kada nema uvjeta za vođenje redovnog krivičnog postupka. U Njemačkoj i Hrvatskoj su to nešto šire postavljene odredbe (koje sežu od smrti, preko nedostupnosti, pa sve do neuračunljivosti i imuniteta optuženog, i drugih okolnosti koje onemogućavaju vođenje krivičnog postupka), dok je zakonodavstvo u Federaciji BiH, koje odnedavno sadrži ove odredbe nešto uže odredilo te okolnosti, reducirajući ih na smrt ili bjekstvo osumnjičenog ili optuženog uz dodatni uvjet u odnosu na drugu okolnost, koji se tiče postojanja opasnosti od nastupanja zastare krivičnog gonjenja. U svakom slučaju, sva tri analizirana zakonodavstva su u znatnoj mjeri usklađena s rješenjima iz relevantnih međunarodnih izvora u ovoj oblasti, pogotovo Konvencijom Ujedinjenih nacija za borbu protiv korupcije i Direktivom o zamrzavanju i oduzimanju predmeta i imovinske koristi ostvarene krivičnim djelima u Evropskoj uniji, koje se zaista i uzajamno razlikuju po pitanju određivanja obima primjene odredbi o samostalnom oduzimanju imovinske koristi.

Ono što daje potpunu utemeljenost ovom institutu jesu potrebne garancije zaštite ljudskih prava koje moraju biti inkorporirane u postupak za samostalno oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, posebno u smislu kontradiktornosti, javnosti, i dvostepenosti jednog takvog postupka. Samo na takav, sveobuhvatan način će se kombinacijom materijalnopравnih i procesnih instrumenata u okvirima redovnih i postupaka za samostalno oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom ukazati na činjenicu kako se “kriminal ne isplati”.

## **Bibliografija**

1. Arcifa, G. (2014). *The new EU Directive on confiscation: A good (even if still prudent) starting point for the post-Lisbon EU strategy on tracking and confiscating illicit money.* ([http://www.cde.unict.it/sites/default/files/Quaderno%20europeo\\_64\\_2014.pdf](http://www.cde.unict.it/sites/default/files/Quaderno%20europeo_64_2014.pdf))
2. Bačić, F. (1998). *Kazneno pravo – Opći dio* (peto, prerađeno i prošireno izdanje). Zagreb: Informator.
3. Bertel, C. & Venier, A. (2006). *Einführung in die neue Strafprozessordnung* (2. überarbeitete Auflage). Wien, New York: Springer.
4. Dreher, E. & Tröndle, H. (1980). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (39., neubearbeitete Auflage). München: C. H. Beck Verlag.
5. Eberbach, W. (1987). Zwischen Sanktion und Prävention – Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung nach dem StGB. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, 486–492.
6. Filipović, Lj. (2005). Oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom i pravne posljedice osude. U: Babić, M., Filipović, Lj., Marković, I., Rajić, Z.,

- Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini* (str. 422–441). Sarajevo: Savjet/Vijeće Evrope.
7. Heghmanns, M. (2014). *Strafverfahren – Strafrecht für alle Semester*. Berlin Heidelberg: Springer Verlag.
  8. Horvatić, Ž., & Novoselec, P. (1999). *Kazneno pravo (opći dio)*. Zagreb: Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske-Policijska akademija.
  9. Hussels, M. (2015). *Strafprozessrecht – Schnell erfasst* (3 Auflage). Berlin Heidelberg: Springer Verlag.
  10. Ivičević Karas, E. (2011). *Komentar Zakona o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem*. Zagreb: Narodne novine.
  11. Janssen, G. (2008). *Gewinnabschöpfung im Strafverfahren*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
  12. Joecks, W. (2011). *Strafprozessordnung – Studienkommentar* (3. Auflage). München: C. H. Beck Verlag.
  13. Lazarević, Lj. (ured.) (1986). *Toma Živanović: Osnovni problemi krivičnog prava i druge studije*. Beograd: Službeni list SFRJ.
  14. Mujanović, E. & Sarajlija, S. (2014). Oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u Bosni i Hercegovini – između ideala i stvarnosti. U: *Međunarodna naučno-stručna konferencija "Izgradnja modernog pravnog sistema". Zbornik radova* (str. 871–896). Sarajevo: International Burch University.
  15. Pavišić, B. & Kunštek, E. (2010). *Zakon o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem. S bilješkama, stvarnim kazalom i priložima*. Rijeka: Dušević & Kršovnik.
  16. Petrović, B. & Jovašević, D. & Ferhatović, A. (2015). *Krivično pravo I*. Sarajevo: Pravni fakultet.
  17. Rönnau, T. (2004). *Vermögensabschöpfung im Wandel. Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2004, 191–195.
  18. Rui, J. P. (2012). *Non-conviction based confiscation in the European union – an assessment of Art. 5 of the Proposal for directive of the European Parliament and the Council on freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union*, ERA Forum, vol. 13, str. 349–360.
  19. Schmidt, W. (2006). *Gewinnabschöpfung im Straf- und Bußgeldverfahren*. München: C. H. Beck Verlag.
  20. Schönke, A. & Schröder, H. (2010). *Strafgesetzbuch: Kommentar*. München: C. H. Beck Verlag.
  21. Sijerčić-Čolić, H. (2012). *Krivično procesno pravo – Knjiga II*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
  22. Stojanović, Z. (2011). *Krivično pravo – Opšti deo*. Beograd: Pravna knjiga.
  23. Šago, D. & Pleić, M. (2012). Adhezijsko rješavanje imovinskopravnog zahtjeva u kaznenom postupku. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v. 33, br. 2, 967–999.

24. Tomić, Z. (2008). *Krivično pravo I*. Sarajevo: Pravni fakultet.
25. Vasiljević, T. (1981). *Sistem krivičnog prava SFRJ*. Beograd: Savremena administracija.

**Amila Ferhatović, PhD**

Assistant Professor

**Eldan Mujanović, PhD**

**INDEPENDENT FORFEITURE OF ILLEGALLY OBTAINED PROPERTY  
(Forfeiture in absence of convicting verdict)**

**Summary**

*This paper deals with forfeiture of illegally obtained property as one of traditional instruments of criminal law to exercise the general legal and civilizational principle whereby no one can keep the benefit gained by committing criminal offences. On the other hand, contemporary forms of crime, motivated solely or predominantly with intention of acquiring material benefit, necessarily require adequate criminal justice response to ensure that such material gain can legitimately be seized regardless of the different obstacles that may arise in the proceedings of forfeiture of illegally obtained property. In this sense, the paper discusses the theoretical and normative-legal preconditions for independent forfeiture of illegally obtained property in cases when there is no conviction in criminal proceedings. The results of the analysis indicate that there are a number of important elements in the field of substantive and procedural criminal law and comparative normative-legal solutions that must be taken into account in the comprehensive review of the most current standards in the field of international law, which is increasingly important in the current conditions of combating various forms of organised, corruptive and other forms of serious crime.*

**Keywords:** *Independent forfeiture of illegally obtained property, criminal offence, objective (in rem) confiscation procedure.*



**Dr. Borislav Petrović**  
Redovni profesor  
b.petrovic@pfsa.unsa.ba

UDK: 343.341:343.9.02

**Mr. Sead Redžić**

Izvorni naučni rad

## **TEORIJSKI OSVRT NA ODNOS ORGANIZIRANOG KRIMINALITETA I TERORIZMA**

### **Sažetak**

*Uvidjevši tendencije razvoja organiziranog kriminaliteta i terorizma i njihove međusobne interakcije, nameće se potreba i obaveza naučne i stručne javnosti za istraživanjem ovih pojava i njihovih međusobnih odnosa. Pažljivom analizom utvrdili smo da se predmetne pojave obrađuju kao zasebne cjeline, te da kod nas u naučnoj i stručnoj javnosti nije značajnije obrađen odnos organiziranog kriminaliteta i terorizma.*

*Tokom proučavanja organiziranog kriminaliteta i terorizma, ali i samih odnosa ovih dviju pojava, uvidjeli smo da se nameću mnoga pitanja. Krajem 20. i početkom 21. vijeka ove dvije pojave doživljavaju svoju ekspanziju, što im omogućava globalizacija, tehnologizacija i razvoj informacionih sistema, pa se postavlja pitanje, da li se uopće navedene pojave trebaju proučavati odvojeno, ali i koji su uzroci nastanka navedenih pojava i njihovih odnosa? Pojavljuje se i jedan broj teoretičara koji smatra da je terorizam oblik organiziranog kriminaliteta. Navedeno nameće sljedeće pitanje, da li je terorizam stvarno postao samo jedan vid organiziranog kriminaliteta ili je i dalje zasebna pojava? Kriminalne organizacije se često koriste i terorističkim metodama, dok se terorističke organizacije koriste metodama organiziranog kriminaliteta. Ovo navodi na pitanje, da li je teror organiziranom kriminalitetu postao sredstvo ili je organizirani kriminalitet postao sredstvo terorističkim grupama u dolasku do svojih ciljeva? Primjetno je i postojanje saradnje terorističkih i kriminalnih grupacija, što nas navodi na pitanje, kakvi su oblici saradnje ovih grupa?*

*Cilj rada je da se utvrde oblici saradnje između organiziranih kriminalnih grupa i terorističkih grupa i njihovih djelatnosti.*

**Ključne riječi:** *organizirani kriminalitet, terorizam, odnos organiziranog kriminaliteta i terorizma, kriminalne organizacije, terorističke organizacije*

## **Uvod**

Od samog nastanka pa do danas društvo i država se suočavaju s raznim oblicima kriminaliteta. Neke od takvih patoloških pojava su organizirani kriminalitet i terorizam. Navedeni oblici kriminaliteta su imali svoju genezu, te su u različitim periodima mijenjali svoju formu. Međutim, procesom globalizacije, tehnologizacije, razvoja informacionih sistema, ali i političkih i društvenih promjena u svijetu, uzrokovalo se da ove dvije kriminalne pojave dožive svoju ekspanziju, čije širenje, ali i međusobna interakcija, nagriza temelje demokratske države i međunarodnog poretka. Tako se međunarodna zajednica i savremena demokratska država suočavaju sa sofisticiranijim oblicima organiziranog kriminaliteta i terorizma, ali shodno navedenom, primjetno je da je došlo do približavanja, preplitanja i poistovjećivanja navedenih pojava, što ukazuje na činjenicu da organizirani kriminalitet i terorizam mijenjaju svoju formu. U skladu s takvim promjenama i savremenim trendovima razvoja tih pojava, ukazala se i potreba za redefiniranjem starijih pojmovnih određenja kako organiziranog kriminaliteta, tako i terorizma. Bez obzira na to što ni ranije nisu postojale jedinstvene definicije organiziranog kriminaliteta i terorizma, smatramo da tendencije ekspanzije ovih oblika kriminaliteta unose novu dimenziju kako pojedinačno unutar ovih pojava, tako i u njihovim odnosima.

### **1. Odnos organiziranog kriminaliteta i terorizma**

Analizirajući organizirani kriminalitet i terorizam s historijskog aspekta, dolazimo do zaključka da su obje pojave, hronološki gledano, od nastanka do danas vrlo često mijenjale svoje forme. Konsultirajući naučnu i stručnu literaturu iz oblasti organiziranog kriminaliteta zaključujemo da su se prvobitne forme ove pojave usko vezale za reketiranje i prohibiciju alkohola u SAD-u, da bi nadalje organizirani kriminalitet mijenjao svoje forme u skladu s potrebama stanovništva, tržišta kao i kriminalnih grupa. Tako organizirane kriminalne grupe počinju širiti svoje djelatnosti na trgovinu narkoticima, trgovinu ljudima, ilegalnu trgovinu naoružanjem, ilegalnu trgovinu visokotarifnih roba, organiziranje prostitucije, pranje novca, cyber kriminalitet itd. Nove forme ili oblici organiziranog kriminaliteta su se sve više širile i razvijale, tako da su postojala oprečna stajališta šta sve može biti organizirani kriminalitet, a šta ne. Interesantno je da su se forme organiziranog kriminaliteta razlikovale od države do države. Iz navedenog se sigurno može izvući sljedeći zaključak: da neke pojave koje u prošlosti nisu imale nikakve veze s organiziranim kriminalitetom u sadašnjosti imaju, ali



i da nešto što možda trenutno nema veze s organiziranim kriminalitetom vrlo lako može u budućnosti postati forma organiziranog kriminaliteta. Tako smo došli u vrijeme globalizma, razvijenih tehnologija i informacionih sistema gdje savremeni organizirani kriminalitet dobija svoje nove oblike, ali i prema mišljenjima pojedinih autora, zadire u nešto što do sada nije bilo karakteristično za ove pojave, a to je terorizam.

Ukoliko analiziramo historijski razvoj terorizma, lako možemo uočiti da je i ova pojava mijenjala svoje forme. U početku terorizam ili teror se vezivao za tzv. tirano-ubistvo, te su se kroz historiju često takve forme terorizma pojavljivale, a žrtve su uglavnom bili okrutni vladari. Međutim, dolazi i do promjena takvih formi, pa se pojavio tzv. vjerski terorizam, žrtve su postale pripadnici drugih ili drugačijih vjerskih ubjeđenja. Forme tzv. vjerskog terorizma su zamijenili oblici političkog terorizma (lijevi terorizam, desni terorizam i sl.) koji je nastao pod utjecajem nacionalnih revolucija, u kojima su žrtve bili svi oni koji su drugačijih političkih uvjerenja. Drugu polovinu 20. vijeka karakterizira buđenje nacionalno-separatističkih pokreta koji u cilju ostvarivanja svojih planova vrše nove oblike terorističkih aktivnosti, što mu daje jedan novi oblik. Takav novi oblik terorizma je pretrpio promjene, pa su mete napada često nedužni stanovnici. Slično kao kod organiziranog kriminaliteta, tako i na terorizam dubok trag ostavlja globalizacija i razvoj tehnologija i informacionih sistema. Tako u skladu s navedenim promjenama dolazi i do pojave sofisticiranijeg, savremenog terorizma, kod kojeg se pojavljuju forme i političkog i tzv. vjerskog i nacionalno-separatističkog terorizma, ali što je najbitnije, svi oni se uklapaju, preklapaju i ponekad poistovjećuju s organiziranim kriminalitetom, što mu daje jednu novu formu, jer žrtve mogu biti na razne načine svi i “niko nije siguran”. Na ovom mjestu spomenimo i tzv. državni terorizam kod kojeg pojedini diktatorski režimi vrše teror nad svojim stanovništvom ili drugom državom i još pri tome vladaju slično kao kriminalne organizacije, jer im je materijalna dobit i eksploatacija bogatstva vremenom postala najveći interes. Takav novi, savremeni, međunarodni terorizam ili kako god ga nazvali, kod jednog broja stručnjaka za ovu oblast tretira se kao oblik organiziranog kriminaliteta (Bošković, 1998, str. 53–60; Krivokapić, 2003, str. 69–94) (Bossard, Martin i Romano) (Ignjatović, 1998, str. 165–168), dok su neki autori mišljenja da organizirani kriminalitet može biti prateća djelatnost terorističkih grupa (Petrović & Dobovšek, 2007, str. 62–69; Šuput, 2005, str. 55–80).

## **2. Odnos organiziranog kriminaliteta i terorizma kroz teoriju**

### **2.1. Terorizam kroz definicije organiziranog kriminaliteta**

Postoje različita shvatanja organiziranog kriminaliteta, te ne postoji jedinstvena definicija ove patološke pojave. Analizom brojnih definicija primjećujemo da postoje uža i šira shvatanja organiziranog kriminaliteta. Tako na prvi pogled dolazimo do zaključka da je organizirani kriminalitet zasebna pojava koja nema nikakvih dodirnih tačaka s terorizmom. Međutim, ako izuzmemo šira shvatanja organiziranog kriminaliteta, analizom definicija pojedinih autora nije isključena mogućnost da neka teroristička grupa ili organizacija zadovolji sve tražene elemente i kriterije koji su zastupljeni u definicijama o organiziranom kriminalitetu, te bi se kao takva mogla okarakterizirati kao organizirana kriminalna grupa. Među autorima koji su donosili takve definicije spadaju Maltz<sup>1</sup> i Albini<sup>2</sup> koji su i pretrpjeli određene kritike zbog toga. Spomenuti dvojac prema nekim teoretičarima je toliko široko postavio definicije organiziranog kriminaliteta, da je ostavio mogućnosti da se među organiziranim kriminalnim grupama nađe i Ku Klux Klan,<sup>3</sup> grupa s političkom i rasističkom pozadinom koja prema našem mišljenju zadovoljava i sve elemente koje bi trebala imati jedna teroristička organizacija. Prostor za ovakva tumačenja ostavlja i definicija organiziranog kriminaliteta čiji je autor Livingston,<sup>4</sup> koji pored uobičajenih zajedničkih elemenata koji mogu

---

<sup>1</sup> M. D. Maltz organiziranim kriminalitetom smatra "svaku formu kriminalne aktivnosti koju vrši više od jednog lica, pri čemu učinioci teže da zadrže svoju organizaciju sa ciljem kontinuiranog vršenja različitih krivičnih djela u dužem vremenskom periodu uz obavezno prisustvo nasilja, prijetnje nasiljem i korupciju". Vidjeti opširnije u: Jovašević & Rakić, 2007, str. 185.

<sup>2</sup> J. Albini ističe "da je organizirani kriminalitet, nasuprot rigidnom tajnom društvu, oličen u jednom broju kriminalnih sindikata koji se nalaze u labavom sistemu zasnovanom na odnosima sile." Zato on organizirani zločin definira "kao svaku aktivnost u kojoj je angažovano više osoba (bez obzira na to da li su specijalizovane ili ne), koja sadrži neke oblike društvene strukture, forme liderstva i koristi ustaljene načine djelovanja u kojima se ogleda krajnja svrha organizacije preduzetništva". Vidjeti opširnije u: Ignjatović, 1998, str. 17.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> J. Livingston (1996), u nastojanju da dode do precizne definicije, postavlja sebi zadatak da je odredi tako da se jasno može utvrditi šta je razlika između organiziranog kriminaliteta od djelovanja ganga razbojnika. Te razlike on vidi u "tome što: a) kriminalna organizacija nije samo organizovano ustrojena, već je stalna (permanentnost) i institucionalizovana, zbog čega je u stanju da nadživi bilo kog pojedinog člana; b) ovakvim organizacijama zločin je glavni izvor prihoda; c) upotreba nasilja njihova je slijedeća bitna crta". Zbog toga Livingston (1996) naglašava da se "organizirani kriminalitet odnosi na velike, dugotrajne organizacije čiji članovi imaju vrlo razvijene uloge, a organizacija ostvaruje najveći dio svojih prihoda od zločina i upotrebljava nasilje (stvarno ili potencijalno)".

stajati i uz organizirane kriminalne grupe, ali i uz terorističke grupe, akcent stavlja na “nasilje i izvore prihoda zasnovane na zločinu” što možemo lako uporediti s terorističkim organizacijama FARC, AUC, kao i s meksičkim narkoterorističkim kartelima i sl. Pored Livingstona, Lehnard<sup>5</sup> nam daje sličnu mogućnost za takva tumačenja, koji svojom definicijom organiziranog kriminaliteta stavlja akcent “na sticanje dobiti ili moći”, a poznato nam je da svaka teroristička organizacija teži stjecanju što veće moći. Lehnard dalje naglašava “primjenu nasilja i uticaj na politiku, masovne medije, javnu upravu, pravosuđe ili privredu”, što bi se moglo tumačiti kao utjecaj na države, međunarodne organizacije, nevladine organizacije i sl. Iz ovog možemo izvesti zaključak da se i terorističke organizacije mogu svesti pod Lehnardovu definiciju organiziranog kriminaliteta, jer one po prirodi svog djelovanja nastoje da utječu na odluke vlada, međunarodnih institucija i sl., da nešto učine ili ne učine. Citirani autori, prema našem mišljenju, ne daju bilo kakve eliminirajuće elemente za terorističke grupe u svojim definicijama, naprotiv, svi ostali elementi koji su dati, zajedničke su karakteristike kako organiziranih kriminalnih grupa tako i terorističkih organizacija.

Slična definiranja organiziranog kriminaliteta daju nam i neki teoretičari (Stojanović, Jakulin, Kambovski i Kanduč) s jugoslavenskih prostora, koji u okviru svojih definicija stavljaju sve elemente koji neku terorističku organizaciju mogu podvesti pod organiziranu kriminalnu grupu. Tako Stojanović<sup>6</sup> u svojoj definiciji organiziranog kriminaliteta navodi elemente koji

---

Livingston posebno napominje “da neki autori dodaju i četvrti element – korumpiranje, ali konstatuje da, iako ga kriminalne organizacije često koriste, postoje slučajevi u kojima podmičivanje izostaje”. (str. 253).

<sup>5</sup> K. H. Lehnard smatra pod “organizovanim kriminalitetom plansko činjenje krivičnih djela radi postizanja dobiti ili moći u čijem vršenju učestvuje više od dva lica u dužem ili neodređenom trajanju pri čemu postoji podjela uloga unutar hijerarhijskih i poslovnih struktura uz primjenu nasilja i drugih posebnih načina zastrašivanja i uz uticaj na politiku, masovne medije, javnu upravu, pravosuđe ili privredu”. Vidjeti opširnije u: Jovašević & Rakić, 2007, str. 186.

<sup>6</sup> Prema shvatanju Stojanovića, “ključna obilježja organizovanog kriminaliteta predstavljaju: a) trajnije udruživanje većeg broja lica; b) hijerarhijska organizaciona struktura; c) plansko obavljanje djelatnosti uz podjelu rada; d) vršenje ilegalne djelatnosti koja je prilagođena specifičnim potrebama stanovništva; e) fleksibilna ‘kriminalna tehnologija’ i raznovrsnost u izboru kriminalnih metoda iskorištavanja, prijetnje, iznude, sile, prisilne zaštite, primjene terora u raznovrsnim oblicima; f) aktivno podmičivanje; g) težnja ka političkoj i ekonomskoj moći; h) internacionalni karakteri mobilnosti; i) u kriminalne djelatnosti kojima se bavi kriminalna organizacija spadaju prije svega: trgovina i krijumčarenje opojnim sredstvima, oružjem, organizovanje prostitucije, krađe i trgovina ukradenim umjetničkim predmetima, iznude, nedozvoljeni poslovi i zaposlenje stranaca, trgovina ljudima, nelegalne igre na sreću, nelegalno otklanjanje posebnog otpada, ilegalni tehnološki transferi, proizvodnja i rasturanje falsifikovanog novca, krađa

karakteriziraju i terorističke organizacije, a to su “primjena terora u raznovrsnim oblicima” i “težnja ka političkoj i ekonomskoj moći”. Poznato nam je, dakle, da veliki dio terorističkih organizacija djeluje upravo radi stjecanja političke moći, te prema našem mišljenju za ostvarivanje takve moći potrebna im je i ekonomska moć. Slične elemente kao i Stojanović prilikom definiranja organiziranog kriminaliteta daje i Jakulin<sup>7</sup>, te se među njima spominje “sticanje, zadržavanje ili širenje vlasti, za realizaciju političkog ili privrednog uticaja”, zatim “korištenje terorističkih metoda”, te “međunarodni i državni uticaj”. Također, i u ovim slučajevima uvjerali smo se da ne postoje limitirajući elementi da se neka teroristička organizacija ne svrsta među organizirane kriminalne grupe po ovim definicijama. Kambovski (Ignjatović, 1998, str. 24) i Kanduč (Petrović & Dobovšek, 2007, str. 35) svojim definicijama ostavljaju najširu i nedvosmislenu mogućnost uklapanja terorističke organizacije u organizirane kriminalne grupe. Tako Kanduč navodi da pojam “organizovani kriminalitet u više ili manje ustaljenoj karakterističnoj upotrebi opisuje dvije različite pojave – s jedne strane nezakonite aktivnosti mafijaških struktura, a s druge strane tzv. terorističke aktivnosti. Kako mafijaške tako i terorističke strukture predstavljene su kao neka vrsta stranog u društvu čije je djelovanje skriveno, podmuklo i bezobzirno. Nije ga moguće lako primijetiti niti prepoznati, niti se protiv njega učinkovito boriti. Može preživjeti takoreći svugdje” (Petrović & Dobovšek, 2007, str. 35), dok je Kambovski mišljenja “da postoje tri grupe definicija organizovanog kriminaliteta:

- 1) one koje ga određuju u najširem smislu: prema njegovom mišljenju, ova vrsta kriminaliteta postoji uvijek kada više lica zajednički izvrši krivično djelo, pri čemu se ono javlja kao plod zajedničke koordinirane akcije;
- 2) o organizovanom kriminalitetu u užem smislu govori se kada uz zajedničko vršenje djela egzistira i zločinačka organizacija i zločinački plan iz koga proističe vršenje konkretnog djela;
- 3) organizovani kriminalitet u najužem smislu postoji kada se, uz već navedene osobine, krivična djela vrše radi ostvarivanja ekonomske i/ili političke moći.” (Ignjatović, 1998, str. 24)

---

i uvoz ukradenih skupocjenih automobila, profesionalne provalne krađe itd”. Vidjeti opširnije u: Simović-Nišević, 2008, str. 19.

<sup>7</sup> Kako navodi Jakulin “organizacije upotrebljavaju teška krivična djela kao sredstvo za sticanje, zadržavanje ili širenje vlasti, za realizaciju političkog ili privrednog utjecaja, ili za iskorištavanje ljudi. Organizovani kriminalitet može imati, dakle, različite oblike, može upotrebljavati različite metode djelovanja i ima različite karakteristike, uključujući sljedeće: zastrašivanje i nasilje; terorističke metode; velika unutrašnja struktuiranost; korupcija; tajnost članstva; stvaranje privida zakonitosti; uključenost ili prividna uključenost u društvo; osjećaj povezanosti ili zajedništva među članovima; međunarodni ili državni utjecaj”. Vidjeti opširnije u: Petrović & Dobovšek, 2007, str. 35.

Međutim, postoje i stajališta koja prilikom definiranja organiziranog kriminaliteta u samoj definiciji precizno prave distinkciju od terorizma. Tako npr. Abadinsky<sup>8</sup> u svojoj definiciji naglašava da je organizirani kriminalitet “neideološko udruženje jednog broja lica”, čime je autor htio da stavi do znanja da se terorističke organizacije ne mogu podvesti pod definiciju organiziranog kriminaliteta.

Jasnu distinkciju između organiziranog kriminaliteta i terorizma našli smo i kod jednog institucionalnog definiranja organiziranog kriminaliteta. Tako NCIS (Petrović & Dobovšek, 2007, str. 17) (*National Criminal Intelligence Service*) – Velika Britanija, prilikom definiranja pojma organiziranog kriminaliteta, jasno naglašava da je “glavni cilj dobit, te da terorizam ne ubrajaju u organizirani kriminalitet”.

## **2.2. Organizirani kriminalitet kroz definicije terorizma**

Ako se osvrnemo na kvantitativnu analizu definicije terorizma koju je napravio Schmid,<sup>9</sup> uočit ćemo da ova pojava u preko 50% definicija sadrži tri

---

<sup>8</sup> Mnogi teoretičari smatraju da skoro sveobuhvatnu definiciju organiziranog kriminaliteta daje Abadinsky (1981), koji ga definira kao “neideološko udruženje jednog broja lica koja među sobom ostvaruju vrlo bliske i tijesne društvene interakcije, organizovano na hijerarhijskoj osnovi, od najmanje tri nivoa, a u cilju obezbjeđenja profita i moći, zahvaljujući učešću u zakonitim i nezakonitim aktivnostima. Položaji (u hijerarhijskoj strukturi) zauzimaju se ili na bazi sredstava ili na bazi srodstva ili na osnovu racionalnih kriterijuma, u skladu sa sposobnostima koje pojedinac posjeduje. Ti položaji su stalni i ne zavise od lica koje ih zauzima u određenom trenutku, pa članovi udruženja podrazumijevaju tu crtu stalnosti. Samo tako ono može opstati kao aktivna i integralna cjelina jer se na drugi način ne bi mogli ostvariti postavljeni ciljevi. Raznim sredstvima nastoji se otkloniti konkurencija jer se teži monopolu nad određenim djelatnostima ili teritorijama. Izražena je sklonost da se koristi nasilje i/ili podmičivanje kako bi se ostvario cilj ili uspostavila disciplina. Članstvo je ograničeno, mada se povremeno mogu upotrijebiti i vanjski saradnici.” (str. 21).

<sup>9</sup> Proučavajući literaturu koja se bavi problemom terorizma, mogli bismo utvrditi da u svijetu postoji više od 150 različitih definicija koje određuju na ovaj ili onaj način terorizam. Taj problem je uočio nizozemski istraživač Schmid, te je izdvojio zajedničke osobine iz 109 definicija koje je podvrgnuo kvantitativnoj analizi, pri čemu je došao do zaključka da se u njima spominju 22 elementa: “upotreba sile i nasilja (83,5%); politički karakter (65%); naglasak na izazivanju straha i užasa (51%); prijetnja (47%); očekivanje psiholoških efekata i reakcija (41,5%); razlikovanje žrtve i šire mete napada (37,5%); ciljano, planirano, organizovano, sustavno djelovanje (32,5%); metoda, strategija, taktika borbe (30,5%); “paranormalnost”, kršenje opšteprihvaćenih pravila, nepostojanje humanih obzira (30%); ucjena, prisila, navođenje na poslušnost (28%); želja za publicitetom (21,5%); samovolja, bezličnost (21%); žrtve civili, neborci, neutralne osobe bez povezanosti s razlogom (17,5%); zastrašivanje (17%); nevinost žrtava (15,5%); izvršitelji su grupe, pokreti, organizacije (14,5%); simbolika akata, pokazivanje drugima (13,5%); nepredvidivost,

najznačajnije osobine ili elementa, a to su: “*upotreba sile i nasilja, politički karakter, te naglasak na izazivanje straha i užasa*”. Ostali elementi su zastupljeni ispod 50% u analiziranim definicijama terorizma. Sagledavajući navedeno dolazimo do zaključka da većina autora smatra da bez ova tri elementa djelo terorizma ne egzistira. Međutim, ako izvršimo analizu sadržaja, definicija terorizma kod pojedinih autora (Pašanski, Tomaševski, Javorović, Simeunović, Primorac, Lemikin, Sotile, Hamilton, Pontera, Herman, Van der Laan Bouma, Schmid, Laqueur, Glaser, Drake, Wilkinson), možemo primijetiti da su u okviru svog definiranja ove pojave izostavljali element “*političkog karaktera*” djela. Tako npr. Primorac<sup>10</sup> akcent stavlja na sljedeće elemente: “*upotreba nasilja, prijetnja nasiljem, te kao cilj zastrašivanje i prisila da se nešto učini*”. Prilikom analize ove definicije uvidjeli smo da nije koristio elemente koji se mogu dovesti u vezu s političkim ili ideološkim pobudama, pa nam je ostavio mogućnost da njegovu definiciju tumačimo na način da takvo nasilje i prisila sa sličnim ciljevima u svom djelovanju koriste i organizirane kriminalne grupe. Lemikin<sup>11</sup> svojom definicijom stavlja akcent na “*stvaranju opšte opasnosti koja prijeti interesima više država ili njihovim građanima*”, te dodaje još elemente “*zastrašivanja nasilnim aktima, a u cilju određene namjere*”. Iz navedenog se primjećuje da se ni u ovoj definiciji ne spominju političke ili ideološke pobude, izražava se kao cilj “*određena namjera*”, što nam ostavlja na slobodu da tumačimo da takva namjera može biti i drugačije prirode od političke ili ideološke. Prema našem tumačenju takva namjera može biti kriminalnog karaktera, npr. stjecanje finansijske moći, što je jedna od odlika organiziranog kriminaliteta. Slično definiranje terorizma kao Lemikin daje i Sotile,<sup>12</sup> koji kao glavne elemente ističe “*teror i nasilje*”

---

*neočekivanost pojave nasilja (9%); tajnost, prikrivenost (9%); ponavljanje - niz akata nasilja (7%); kriminalni, zločinački karakter (6%); zahtjevi trećim osobama (4%).* Vidjeti opširnije u: Schmid, 1989, str. 539–565.

<sup>10</sup> Primorac (2007) smatra da “*terorizam treba definisati kao namjernu upotrebu nasilja, ili pak prijetnje nasiljem protiv nedužnih osoba, s ciljem da se neke druge osobe zastraše i na taj način prisile da učine nešto što inače ne bi učinile. Terorist izravno napada jednu osobu ili skupinu, kako bi na taj način uticao na neku drugu osobu ili skupinu, te je zastrašivanjem prisilio da učini nešto što inače ne bi učinila. Neizravni cilj po važnosti je primaran, a izravni tek sekundaran. Sekundarni, ali izravno napadnuti cilj, jesu nedužni ljudi.*” Primorac svojom definicijom oštro osuđuje terorizam, ali ne isključuje pitanje moralne opravdanosti terorizma u pojedinačnim slučajevima, jer iz nje slijedi jedino da je terorizam na prvi pogled moralno neispravan, što ostavlja mogućnost da u izvjesnim okolnostima ipak može biti moralno opravdan (str. 11).

<sup>11</sup> Lemikin (1933) terorizam definira kao “*smišljenu upotrebu bilo kakvog sredstva kojim može da se stvori opća opasnost. Ta opća opasnost predstavlja u stvari opasnost koja prijeti interesima više država ili njihovim građanima*”. Lemikin smatra “*da se terorizam u najširem smislu sastoji od zastrašivanja ljudi izvođenjem nasilnih akata*” (str. 900–901).

<sup>12</sup> Sotile (1938) pod terorizmom podrazumijeva “*metode kriminalnih aktivnosti koje*

u kombinaciji s ostvarivanjem “*određenog cilja ili namjere*” ne definirajući kakve su to namjere. Tako nešto nam ostavlja na slobodu da dođemo do istog zaključka do kojeg smo došli nakon analize definicije koju je dao Lemikin.

Kao i kod najvećeg dijela definicija terorizma i Glaser<sup>13</sup> u svojoj definiciji ove pojave stavlja akcent na “*korišćenje nasilja*”, ali kao ciljeve dodaje “*postizanje pojedinačne, lične koristi na račun društva ili ostvarivanje određene političke doktrine*”. Glaser također naglašava da će od odabira cilja zavisti da li je u pitanju “*zločin opšteg prava ili politički delikt*”. Kada tumačimo definiranje terorizma po Glaseru, možemo primijetiti da u prvom dijelu akcent stavlja na “*nasilje*”, dok u drugom dijelu postavlja ciljeve terorizma alternativno. Pa tako pored onog “*političkog ili ideološkog cilja*” ostavlja mogućnost da se terorizam može shvatiti i kao primjena nasilja zarad drugačijih ciljeva, kao što je i naveo “*postizanje pojedinačne, lične koristi na račun društva*”. Dakle, Glaser, za razliku od Lemikina i Sotilea, u svoju definiciju unosi politički motiv, ali ga postavlja alternativno tj. daje mogućnost da se terorizam može izvršiti i u ime “*lične koristi na račun društva*”, što nas navodi na zaključak koji u ovu ravnu može staviti organizirane kriminalne grupe koje svoju “*ličnu korist*” (npr. pribavljanja finansijske moći) mogu ostvarivati i primjenom terora. Korak dalje od Glasera otišao je Wilkinson<sup>14</sup> koji ciljeve terorizma ne postavlja alternativno, nego pojam terorizma dijeli u dvije definicije. Prema Wilkinsonu terorizam je prevashodno pravni pojam (*delictum sui generis*), kao i da je njegova historija tijesno vezana s historijom političkog delikta. Prema našem mišljenju Wilkinson je shvatio značaj savremenih trendova kojima teže terorizam i organizirani kriminalitet, pa je najvjerojatnije respektirajući i historijsku i savremenu komponentu ovih pojava iz tog razloga odlučio da postavi dvije definicije terorizma, a to su “*politički terorizam*” i “*kriminalni terorizam*”. Pod političkim terorizmom podrazumijeva “*sistematsku upotrebu zastrašivanja primjenom sile, obično da bi se postigli neki ciljevi, te se koristi da se stvori klima puna straha*” (Wilkinson, 2000, str. 32), dok pod kriminalnim terorizmom podrazumijeva onaj “*terorizam koji se određuje kao sistematsko pribjegavanje teroru u cilju sticanja privatne materijalne dobiti*” (Wilkinson,

---

*karakteriziraju teror i nasilje radi postizanja određenog cilja. To je dakle kriminalni akt koji je izveden uz zastrašivanje i nasilje radi ostvarivanja određene namjere.*” (str. 96).

<sup>13</sup> Glaser smatra da je terorizam “*korišćenje nasilja uz pomoć različitih sredstava s ciljem da se postigne pojedinačna, lična korist na račun društva ili da se ostvari određena politička doktrina od čega će zavisiti da li je u pitanju zločin opšteg prava ili politički delikt*”. (Savić, 2005, str. 45).

<sup>14</sup> Prema našem mišljenju, jedna od najznačajnijih definicija je ona koju je dao Wilkinson (2000), koja u priličnoj mjeri i potkrepljuje sve one činjenice koje se iznose u ovom radu, te potvrđuje teoriju uske povezanosti, preplitanja, ali ponekad i poistovjećivanja savremenog organiziranog kriminaliteta i terorizma.

2000, str. 32). Dakle, Wilkinson ovim definicijama nedvosmisleno i precizno određuje da se terorizam ne može dovoditi u vezu samo s političkim motivima i ciljevima, nego da on može biti i kriminalnog karaktera. Dijelevći terorizam u dvije definicije, ovaj autor ukazuje i na moguće jasne razlike ovih dviju pojava, a u ciljevima provođenja terora.

### **2.3. Stavovi nekih teoretičara o odnosima organiziranog kriminaliteta i terorizma**

U zadnje vrijeme teoretičari otvoreno raspravljaju o odnosima organiziranog kriminaliteta i terorizma. Primjetno je da su se izdiferencirala tri stajališta. Tako među prvim teoretičarima prevladava mišljenje da je terorizam oblik organiziranog kriminaliteta (Bošković, Krivokapić), dok drugi teoretičari osporavaju navedenu tezu, smatrajući da terorizam nije oblik organiziranog kriminaliteta, ali da može imati dodirne tačke s organiziranim kriminalitetom (Petrović, Dobovšek, Šuput). Treće stajalište o odnosu organiziranog kriminaliteta i terorizma je ono u kojem se dolazi do kompromisnih stajališta u odnosu na prethodna dva, a u kojima se organizirani kriminalitet i terorizam mogu pojavljivati u različitim odnosima. Jedan od odnosa je da se organizirani kriminalitet i terorizam mogu pojavljivati kao potpuno različite pojave bez dodirnih tačaka. Drugi odnos je kada se ove dvije pojave povezuju kroz oblike saradnje kriminalnih i terorističkih organizacija. Treći odnos može biti uzgredna djelatnost terorističkih organizacija, te kad se terorizam može pojaviti kao metoda djelovanja kriminalnih organizacija, što u tom slučaju i terorizam čini oblikom organiziranog kriminaliteta. I na kraju, jedna od mogućnosti je i kada je nemoguće izdiferencirati i razdvojiti da li je nešto organizirani kriminalitet ili je terorizam (Makarenko).

Bošković (1998), naprimjer, terorizam smatra *“vidom (oblikom) organizovanog kriminaliteta”*. Mišljenja je da je terorizam, prolazeći kroz svoju genezu *“doživio izvjesnu transformaciju, te da se sve više ispoljava kao oblik organizovanog kriminaliteta”*, čemu su doprinijeli *“razvoj i dostignuća tehničkih i prirodnih nauka”*. Nadalje, iznosi činjenicu da je *“savremeni terorizam tijesno povezan sa organizovanim kriminalitetom”*, te navodi da ova pojava ima *“iste izvore kao i organizovani kriminalitet, a koji se sve više ispoljava u organizovanim oblicima, često povezanim na međunarodnom planu.”* Bošković iznosi stajalište da savremeni terorizam kao vid organiziranog kriminaliteta teži *“da ostvari političke, finansijske i druge ciljeve”* (str. 53–60).

Međutim, Bošković se s kritikom osvrće na javnost i stručne radove koji savremeni terorizam tretiraju kao vid organiziranog kriminaliteta. Na prvi pogled takav njegov stav izgleda kontradiktorno u odnosu na postavljenu



tezu. Zbog toga Bošković pojašnjava da je kritika upućena onim situacijama kada se takvi zaključci donose “*sa rijetkim objašnjenjima šta sadrži sam pojam organizovanog kriminaliteta, što se svakako odražava i na površnost i nenaučnost ovakvih zaključivanja*”. U vezi s time, Bošković prezentira definiciju organiziranog kriminaliteta, u kojoj između ostalog stoji “*da organizovani kriminalitet podrazumijeva vezu sa državom i njenim organima, odnosno u određenim situacijama i sa političkim strankama, većim privrednim sistemima i značajnim finansijskim institucijama*”. Shodno navedenom, Bošković zaključuje “*da terorizam kao vid organizovanog kriminaliteta u kontekstu tako određenog pojma organizovanog kriminaliteta nema osnova ni logike, jer nijedna pravna država ni njeni legalni organi neće održavati vezu sa kriminalnim terorističkim organizacijama, pružati im njenu zaštitu, davati im koncesije da bi one na području te države izvodile terorističke aktivnosti i tako ugrožavale ustavno uređenje i bezbjednost zemlje*”.

Kako bi pojasnio svoju tezu koja je prethodila navedenoj kritici, Bošković razlaže u kojem slučaju se terorizam može smatrati vidom (oblikom) organiziranog kriminaliteta, te u tom kontekstu tvrdi da “*specifičnost terorizma, kao oblika organizovanog kriminaliteta, jeste da on ostvaruje određene veze sa pojedinim državama i njenim odgovarajućim organima, ali ne radi izvođenja terorističkih aktivnosti na prostoru te zemlje, već na teritoriji neke druge države, čime se i ostvaruju određeni, prije svega, politički ciljevi, a terorizam dobija internacionalni karakter*” dodajući da “*terorizam kao oblik organizovanog kriminaliteta može da ima i ekonomske, pravne ili neke druge interese*”. Shodno gorenavedenim tezama, Bošković zaključuje da “*terorizam kao oblik organizovanog kriminaliteta podrazumijeva postojanje dobro organizovane i strukturisane kriminalne organizacije, koju finansira država sa kojom su uspostavljene odgovarajuće veze, što akterima terorističke djelatnosti obezbjeđuje znatnu imovinsku korist, čime se i stiču nužni elementi za postojanje jednog specifičnog oblika organizovanog kriminaliteta. Naime, radi se o terorizmu kao specifičnom obliku međunarodnog organizovanog kriminaliteta, jer se sa stanovišta njegovog definisanja u užem smislu, jedino pod takvim uslovima terorizam i neka druga krivična djela iz oblasti političkog kriminaliteta mogu svrstati u domen organizovanog kriminaliteta*”. Bošković ostavlja mogućnost da se neka teroristička organizacija može povezati s određenim legalnim političkim strukturama unutar jedne države, za čiji račun izvodi terorističke akte, što se dešava kada su izraženi različiti politički i ekonomski interesi najčešće zasnovani na iredentističkim i separatističkim tendencijama, ali da teško može samostalno da opstane ukoliko nije pod političkom i ekonomskom zaštitom druge države, što mu opet prema njegovom mišljenju daje internacionalni karakter, koji je bitan radi svrstavanja terorizma pod međunarodni organizirani kriminalitet.

Krivokapić (2003),<sup>15</sup> pak, iznosi stajalište da je terorizam oblik organiziranog kriminaliteta. Tako tvrdi da *“terorizam, kao najopasniji oblik organizovanog kriminaliteta, sadrži u sebi sve one karakteristike koje imaju i drugi vidovi tajnog kriminalnog udruživanja, a koji i nemaju političku motivaciju kao npr. narkokriminal, korupcija, pranje novca. Štaviše, ovi kriminalni oblici se međusobno prepliću i sažimaju, zbog čega i sam terorizam gubi karakter isključivo političke inkriminacije, bilo da se radi o neposrednim izvršiocima, njihovim namjerama ili o posljedicama”*. Nadalje, Krivokapić ukazuje na povećanje stope organiziranog kriminaliteta i terorizma, te se osvrće i na mogući porast stope *“tamne brojke”* tretiranih krivičnih djela, što ove vrste kriminaliteta čini još opasnijim. Shodno navedenom, autor smatra da to rezultira raspolaganjem velike finansijske moći kriminalnih i terorističkih organizacija. Dalje ukazuje na čvrste unutrašnje povezanosti unutar međunarodnih kriminalnih grupa i *“finansijske fundiranosti koja moćne kriminalne organizacije čini veoma funkcionalnim”*. Krivokapić iz navedenog izvlači zaključak da *“međunarodni kriminalitet koji je, po pravilu, uvijek organizovan, danas karakterišu međunarodna trgovina oružjem, drogom, bijelim robljem i dijelovima ljudskog tijela, porno industrija, pranje novca, kontrola vlasti po njenoj vertikali, raširene ucjene i zelenaštvo, kidnapovanje i mnogobrojna nerazjašnjena ubistva, što je nesumnjivo usko povezano sa pojedinim kriminalnim aktima političkog karaktera (terorizam, diverzija, špijunaža, atentati)”*.

Komentirajući odnose predmetnih pojava s pravnog aspekta, ovaj autor smatra da se *“organizovani kriminalitet u oblasti opšteg prava najčešće ispoljava u obliku saučesništva i organizovanja kriminalnih udruženja radi trgovine drogom, oružjem, municijom, vozilima, dijelovima ljudskog tijela i bijelim robljem, pravljenjem i rasturanjem falsifikovanog novca, korupcijom. Politički motiv, kao što je istaknuto, nije isključen u kriminalnom organizovanju, pri čemu u to ne mora biti uključena država, već je on ne rijetko protiv nje uperen”*. Krivokapić vrši kritiku svih onih autora koji tvrde da je organizovani kriminalitet *“u interakciji ili dosluhu sa državom”*. Naime, on tvrdi *“da su bez osnova sve postavke prema kojima je organizovani kriminalitet u svakom slučaju u interakciji ili dosluhu sa državom”*, te dalje navodi da je *“prebacivanje odgovornosti u slučaju organizovanog kriminaliteta na državu neosnovano koliko je neosnovano insistiranje na kolektivnoj krivičnoj odgovornosti”*. Nadalje, *“ako je u pitanju sprega kriminalaca i pojedinaca iz državnog aparata, riječ je ipak o učešću pojedinaca, što kada je u pitanju odgovornost, upućuje na saučesništvo sa svim elementima pojedinačne subjektivne odgovornosti”*. Time je Krivokapić ukazao da vezivanje organiziranog kriminaliteta s državom

---

<sup>15</sup> Vidjeti opširnije u: Krivokapić, 2003, str. 69–94.

predstavlja skretanje problema na teren kolektivne, odnosno objektivne odgovornosti, što nije prihvatljivo u krivičnom pravu. Osvrćući se na praksu on smatra da *“najsuroviji oblici organizovanog kriminaliteta nemaju osnovni ekonomski motiv, već politički, a može biti i sektaški, vjerski, religijski fanatizam i slično, tako da je to od profita kao motiva daleko. Kod terorizma profit znači nije cilj, on je češće sredstvo za ostvarivanje cilja”*.

Ignjatović razmatra *“odnose organizovanog kriminaliteta prema djelima zloupotrebe moći i političkom kriminalitetu u opšte”*.<sup>16</sup> Smatra da je *“odnos organizovanog kriminaliteta i terorizma, najjednostavnije i najpreciznije objašnjen u izvještaju američke Nacionalne savjetodavne komisije za standarde i ciljeve krivičnog pravosuđa (National Advisory Commision on Criminal Justice Standards and Goals)”*. Tako Ignjatović, prihvatajući navedeno mišljenje kao najrelevantnije, iznosi stajalište spomenute komisije u kojem se navodi da *“iako organizovani kriminalitet i teroristi imaju niz zajedničkih karakteristika, uključujući i tipove zločina koji vrše striktnu organizacionu strukturu, djelatnost terorističkih grupa ne spada u organizovani kriminalitet jer je usmjerena ka političkim promjenama”*. Ovaj autor napominje da slično mišljenje dijeli i Reid, koji izričito napominje *“da organizirani kriminalitet ne uključuje djelovanje terorista”*. Dakle, Ignjatović je stavove spomenute komisije i Reida prihvatio kao najjednostavnije i najpreciznije, te je i sam time ukazao na razlike između organiziranog kriminaliteta i terorizma tj. postavljen je jasne distinkcije između ove dvije pojave.

Međutim, Ignjatović (1998) prezentira i mišljenje pojedinih autora koji terorizam smatraju oblikom transnacionalnog ili multinacionalnog organiziranog kriminaliteta (str. 165–169). To nas navodi na zaključak da je Ignjatović stava da terorizam nije tipičan oblik organiziranog kriminaliteta, te da se on pojavljuje samo kao oblik transnacionalnog ili multinacionalnog organiziranog kriminaliteta. Činjenicu koja nas dovodi do takvog zaključka vidimo u tome da Ignjatović, kada govori o transnacionalnom organiziranom kriminalitetu, navodi stajališta Bossarda, bivšeg generalnog sekretara INTERPOL-a. Naime, Bossard je pojam transnacionalnog organiziranog kriminaliteta obrađivao u knjizi *Transnacionalni zločin i krivično pravo*. Bossard se bavi transnacionalnim zločinom uopće i nastoji definirati tu pojavu. Također, Bossard ukazuje na problem uspješnog djelovanja prema djelima transnacionalnog zločina, navodeći činjenice da se tu radi o međunarodnom karakteru samog djela, dok je krivično pravo nacionalnog karaktera. Shodno navedenom, Bossard predlaže da se na osnovu INTERPOL-ove klasifikacije transnacionalnih djela kao takva uvedu međunarodna krivična djela, gdje se u toj klasifikaciji

---

<sup>16</sup> Vidjeti opširnije u: Ignjatović, 1998, str. 28.

spominje i terorizam, ali i neki oblici organiziranog kriminaliteta (nedozvoljena trgovina opasnim drogama, pranje novca, razna krivotvorenja i sl.). Ignjatović dalje citira Bossardova shvatanja te prenosi da su prema mišljenju ovog nekadašnjeg visokog funkcionera INTERPOL-a, *“kriminalci – pojedinci veoma rijetki u oblasti transnacionalnog kriminaliteta i da se najveći broj navedenih djela (mислеći na INTERPOL-ovu klasifikaciju transnacionalnih djela, gdje spadaju terorizam i razni oblici organizovanog kriminaliteta) vrši u sklopu kriminalnih organizacija”*, na osnovu čega Bossard *“smatra da takva djela mogu spadati u transnacionalni organizovani kriminalitet, pod uslovom da kriminalni gangovi zadovoljavaju sljedeće uslove: permanentnost (stvaraju se da traju godinama); odlična strukturisanost takvih udruženja; striktna hijerarhija; tajnovitost”*. Navedeno nas navodi na zaključak da Bossard tvrdi da je terorizam oblik transnacionalnog organiziranog kriminaliteta jer može lako da zadovolji sve nabrojane uslove.

Pored navedenog, Ignjatović kao relevantno i njemu prihvatljivo razumijevanje multinacionalnog kriminaliteta navodi stavove Martina i Romanoa koji polaze od pojma *“multinacionalni sistematski kriminalitet, gdje svrstavaju sve zločine koji se vrše preko nacionalnih granica i u dvije ili više država istovremeno, te u tu kategoriju, prema njihovom mišljenju, spadaju: terorizam, špijunaža, trgovina drogama i trgovina oružjem”*. Ovi autori smatraju da su *“to izuzetno opasna djela koja nisu nova, ali danas izazivaju veliku pažnju zbog toga što su odlično organizovana i integrisana u strukture (legalne i ilegalne) moći različitih nacionalnih država. To su, dakle, djela koja se u multinacionalnoj areni vrše zahvaljujući međunarodnim zločinačkim mrežama, ali uvijek imaju podršku države. Ustvari, ona predstavljaju političko i ekonomsko ponašanje organizovanih privatnih interesnih grupa ili samih nacionalnih država ili ponekad njihove kombinacije”*. Ignjatović objašnjava stavove spomenutih autora navodeći pri tome da *“iako (Martin i Romano) smatraju da koncept organizovanog kriminaliteta ne pruža dovoljan osnov za objašnjenje multinacionalne kriminalne mreže, ova dva autora priznaju da se u slučajevima kada se djela na međunarodnom planu obavljaju od strane tradicionalnih nacionalnih organiziranih kriminalnih grupa i kada je njihovo vršenje motivisano prevashodno dobijanjem ekonomske koristi (kao u slučajevima kada Mafija na svjetskom tržištu trguje drogom ili oružjem), multinacionalni zločin može biti svrstan u organizovani kriminalitet, te bi se zbog toga mogao zvati i multinacionalni organizovani kriminalitet”*.

Petrović i Dobovšek (2007) ukazuju na činjenicu da se u literaturi pojavljuju članci koji pojave organiziranog kriminaliteta i terorizma izjednačavaju ili čak zamjenjuju. Shodno navedenom, spomenuti dvojac nastoji da napravi jasnu distinkciju između pojma organiziranog kriminaliteta i terorizma,

pa tako detaljno opisuju osobine, strukturu, djelatnosti, modus operandi i opasnosti koje zasebno čine ove dvije pojave, iz čega izvlače zaključak o sličnostima i razlikama na osnovu kojih se mogu spoznati različitosti navedenih pojava. Dakle, ne spore da postoje sličnosti, veze i prepletenost između organiziranog kriminaliteta i terorizma, ali, također, žele da ukažu *“na suštinske karakteristike na osnovu kojih ćemo moći razlikovati grupe organiziranog kriminaliteta od terorističkih grupa”* (str. 62–69).

Petrović i Dobovšek (2007) pri objašnjavaju veza i prepletenosti između terorističkih aktivnosti i organiziranog kriminaliteta ukazuju na činjenice da se terorističke grupe koriste i metodama koje su slične organiziranom kriminalitetu, kao što su otmice, trgovina drogom i oružjem, ucjenjivanje, sakupljanje jamčevina i sl. Nadalje, izlažu posebno osobine i strukturu organiziranih kriminalnih i posebno terorističkih grupa. Tako naglašavaju da *“organizirani kriminalitet odlikuju sljedeće karakteristike: grupna, unaprijed planirana djelatnost; hijerarhijsko uređenje i kontrola koju vodi vođa; upotreba sile, prijetnje i korupcije za stjecanje dobiti ili kontrolu tržišta; upotreba tehnika pranja novca i infiltracije na legalna tržišta; ekspanzija u raznovrsne aktivnosti bez priznavanja granica; saradnja sa sličnim grupama”*. Dok za *“terorizam i terorističke grupe nabrajaju sljedeće karakteristike: politički ciljevi; upotreba nasilja; nelegitimnost nasilja; trajnost; svjesnost djela; primarni cilj utjecanje na širu ciljnu grupu, pri čemu su žrtve od sekundarnog značaja; bezobzirnost; tendencija ka propagandi; organizovanost; opremljenost; izvježbanost; konspirativnost”*.

Petrović i Dobovšek (2007) razlažu sličnosti i razlike između predmetnih pojava, te time nastoje da ukažu na različitosti koje one nose, kako ubuduće ne bi dolazilo do njihovog poistovjećivanja. Tako kao sličnosti organiziranog kriminaliteta i terorizma navode: *“djela članova organizacija su unaprijed planirana i osmišljena; obje upotrebljavaju silu i prijetnju za postizanje ciljeva; obje za svoja djela upotrebljavaju otmice, ubistva i ucjene; djelovanje obje grupe je ilegalno i za državu kriminalizirano; pripadnost grupi važan je činitelj, napuštanje nije moguće; sticanje novca je primarna aktivnost.”* Kao različitosti između organiziranog kriminaliteta i terorizma navode sljedeće elemente: *“terorističke grupe se zalažu za političke i ideološke promjene sistema, organizovane kriminalne grupe se bore za veći udio na tržištu i povećanje materijalne koristi; teroristi na sudovima priznaju svoja djela i to upotrebljavaju za predstavljanje javnosti, a pripadnici organizovanih kriminalnih grupa poriču upletenost u kriminalnu organizaciju i njene djelatnosti; teroristi pokušavaju postići što veći odjek u medijima i pokušavaju se takmičiti sa vladom pred javnošću, organizovani kriminalitet izbjegava medije i javnost; veze među žrtvama i teroristima u pravilu nema, a kod organizovanog kriminaliteta je žrtva*

*tijesno povezana sa djelom; među grupama organizovanog kriminaliteta postoje suparništvo i borba za teritorij, što se ne može primijetiti kod terorističkih grupa”.*

Šuput (2005) nastoji da ukaže na različitost tretiranih pojava, ali i na veliku sličnost i bliske odnose i veze struktura terorizma i organiziranog kriminaliteta. Tako Šuput kao *“zajedničke elemente terorizma i organizovanog kriminaliteta nabraja: postojanje organizacije – organizovane grupe ljudi koja je okupljena radi vršenja krivičnih djela sa namjerom postizanja nekog cilja; protivpravnost aktivnosti koje sprovodi organizovana grupa; konspirativnost, tj. tajnovitost funkcionisanja organizovane grupe; upotreba nasilja u cilju ostvarivanja interesa organizovane grupe; zastrašivanje okoline u cilju ostvarivanja interesa organizovane grupe; ugrožavanje i povrjeđivanje vrijednosti kao što su život, zdravlje, moralni integritet, imovina, javna i državna bezbjednost”* (str. 55–80).

Međutim, dalje navodi da *“iako se veliki broj konstitutivnih elemenata terorizma i organizovanog kriminaliteta podudara, krivična djela terorizma i organizovanog kriminaliteta se bitno razlikuju, s obzirom na psihološki element koji se svodi na motiv za izvršenje tih krivičnih djela”*. Tako on smatra da je *“osnovni motiv za sprovođenje terorističkih aktivnosti ostvarivanje nekog političkog, socijalnog, nacionalnog, ideološkog ili religioznog cilja, dok je osnovni motiv za vršenje krivičnih djela organizovanog kriminaliteta ostvarivanje ogromnog nezakonito stečenog profita (protivpravno bogaćenje)”*. Nadalje, govori o povezanosti terorizma i organiziranog kriminaliteta, i tom prilikom ukazuje na to da se *“dodirne tačke ne ogledaju samo u prethodno navedenim konstitutivnim elementima koji su zajednički za oba fenomena, već i kroz saradnju terorističkih organizacija sa organizovanim kriminalnim grupama”*. Također smatra, *“da pored saradnje, zamagljivanju odnosa između terorizma i organizovanog kriminaliteta doprinose sve češći slučajevi međusobnog preuzimanja metoda rada”*, te tako navodi da *“nekadašnji isključivo teroristički akti, danas se pojavljuju kao uzgredna djelatnost organizovanog kriminaliteta, baš kao što se klasična krivična djela poput iznuda, nedozvoljene trgovine i krijumčarenja, pojavljuju kao sekundarna djelatnost terorističkih organizacija”*. Iz izlaganja gorenavedenih činjenica, Šuput zaključuje da je *“cilj terorističkih aktivnosti uništenje države protiv koje se teroristi bore, dok je cilj visokog stepena organizovanja obavljanja kriminalnih aktivnosti, povezivanje kriminalaca sa državom i strukturama vlasti, kako bi se država i njeni mehanizmi vršenja vlasti iznutra potkopali i stavili u službu protivpravog bogaćenja.”* Dalje smatra *“da opisane sličnosti mogu da dovedu do eventualnog približavanja, ili do potpunog podvođenja pojma terorizma pod pojam organizovanog kriminaliteta, ali da se takav zaključak može dovesti tek nakon sagledavanja primjera saradnje terorističkih organizacija i organizovanih*

*kriminalnih grupa*". U navedenu svrhu autor vrši elaboraciju saradnje između spomenutih grupa, kroz primjere iz prakse, te iz svega navedenog Šuput zaključuje da su "terorizam i organizovani kriminalitet različite pojave", ali i da je "povezanost terorizma i organizovanog kriminala nesporna, baš kao i njihova različitost".

Analizirajući stajališta teoretičara o odnosima organiziranog kriminaliteta i terorizma, došli smo do spoznaje da sveobuhvatno mišljenje o navedenom problemu iznosi Makarenko (2004). Prema njenom mišljenju ekspanzija uzajamnog djelovanja (tj. samih odnosa) između pojava organiziranog kriminaliteta i terorizma nastala je prestankom Hladnog rata, te kao takvi nadovezali su se na raniju pojavu koja je nastala osamdesetih godina prošlog vijeka u Južnoj Americi, a koja je poznata kao narkoterorizam. Tako prema mišljenju autora "organizirani kriminalitet postaje važan čimbenik u evoluciji terorizma". Makarenko dalje smatra da su odnosi pojava organiziranog kriminaliteta i terorizma konsolidirani u zadnjoj dekadi prošlog vijeka. Pod time autorica podrazumijeva primarno da je terorizam svoj izvor finansiranja pronašao u trgovini narkoticima, prevarama u vezi s kreditnim karticama i sličnim pojavama, te da je, također, došlo i do formiranja saveza između kriminalnih i terorističkih organizacija. Navedeni savezi tretiraju se kao složeniji odnos, te sam tretirani problem dobija na većem značaju. Makarenko smatra da su ovakvim transformacijama pojava organiziranog kriminaliteta i terorizma doprinijeli: tehnološki napredak, globalizacija, migracije, slabljenje države, ratovi i mnoge druge okolnosti. Također, ističe, da su organizirani kriminalitet i terorizam kao tradicionalno dvije odvojene pojave počele da otkrivaju mnoge organizacijske i operativne sličnosti.

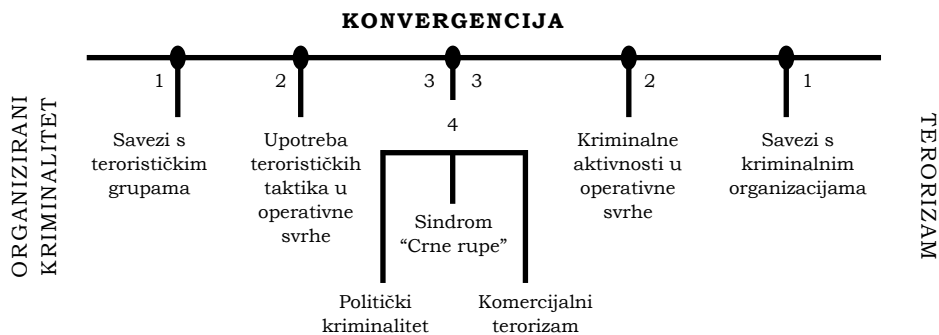
Makarenko smatra da "odnosi koji su razvijeni između transnacionalnog organiziranog kriminaliteta i terorizma nisu statični, nego su svoj odnos razvijali u kontinuitetu i ubrzano, posljednjih deset godina, kako bi pratili organizacijske dinamike i operativne prirode oba fenomena tokom vremena". Autorica vezu između organiziranog kriminaliteta i terorizma nalazi u "kontinuitetu"<sup>17</sup> odnosa, te na taj način upravo ilustrira činjenicu da se jedna skupina može kretati (vidljivo na grafikonu 1.) između onoga što se tradicionalno naziva organizirani kriminalitet i onog što se tradicionalno smatra terorizmom, a ovisno o sredini u kojoj djeluje.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Kontinuitet (lat. *continuitas*) produženost, neprekidnost (*supr. diskretnost, diskontinuitet*); produžavanje, stalno trajanje; neprekidna veza, prisna povezanost; *kontinuitet svesti psih.* neophodan uslov logičkoga mišljenja, jer bi bez njega uporedna delatnost mišljenja bila nemogućna (Vujaklija, 1980, str. 458).

<sup>18</sup> Grafikon preuzet iz: Makarenko, 2004, str. 131.

**Grafikon 1.** Kontinuitet organiziranog kriminaliteta i terorizma



Svoju tezu koju je iznijela u grafikonu potkrjepljuje objašnjenjem “*da organizirani kriminalitet i terorizam postoje na istoj ravni, a time postoji i teoretski osnov da navedene pojave su sposobne približavati se jedna drugoj do središnje tačke*”. Dalje objašnjava da se “*organizirani kriminalitet nalazi na krajnjoj lijevoj strani, a tradicionalni terorizam na krajnjoj desnoj strani, te da svaki drži različite i odvojene pozicije*”. Nadalje, razlaže da se “*uporište kontinuiteta odnosa navedenih pojava nalazi u tački konvergencije, gdje jedan entitet (pojava) istodobno pokazuje kako svojstva karakteristična za kriminalne grupacije, tako i svojstva koja obilježavaju terorističke organizacije*”. Također cijeni da su se razvili različiti odnosi između kriminalno-motiviranih skupina (mислеći na pripadnike organiziranog kriminala čija je motivacija moć nastala iz kriminala) i politički motiviranih skupina (mислеći na čisto ideološke motive terorističkih organizacija), te da se iz toga može razabrati sedam kategorija odnosa, koje su prikazane kao odvojene tačke duž “*crime-terror continuuma*” ili našim jezikom rečeno, kontinuiteta predmetnih pojava. Međutim, ovih sedam kategorija se prema autoru može podijeliti u četiri skupine odnosa navedenih pojava koje naziva: savezima (1), operativnim motivacijama (2), konvergencijama (3) i na kraju tzv. crnim rupama (4).

Makarenko objašnjava pojedinačno svaku od skupina navedenih u tezi o “*crime-terror continuumu*”. Tako navodi da su savezi (*alliance*) prva razina odnosa koji egzistiraju između organiziranog kriminaliteta i terorizma, te da isti postoje na oba kraja kontinuuma tj. cjeline: kriminalne grupe formiraju saveze s terorističkim grupama i terorističke grupe traže saveze s kriminalnim organizacijama. Priroda saveza je varijabilna i može uključivati jednokratne, kratkoročne i dugoročne veze. Osim toga, “*savezi*” uključuju etablirane veze zbog niza razloga, kao što su ekspertska znanja (pranje novca, krivotvorenje, pravljenje bombi i sl.) ili operativna podrška (obezbeđivanje krijumčarskih puteva).



Mišljenja je da “unatoč osnivanju saveza između kriminalnih grupa i terorističkih grupa, obje grupe su ukoliko su bile u mogućnosti nastojale da se odreknu međusobnih odnosa”. Kao glavne razloge izbjegavanja saveza između kriminalnih i terorističkih organizacija navodi očuvanje sigurnosti organizacije i aktivnosti koje neka organizacija provodi (bilo da je kriminalna ili teroristička organizacija u pitanju). Na taj način kriminalne i terorističke organizacije nastoje izbjeći sve one probleme i rizike koje su svojstvene savezima uključujući: razliku u prioritetima i strategijama, nepovjerenje, opasnost od odustajanja (u zajedničkim poslovima), prijetnju od stvaranja savezništva s konkurencijom. Stoga, većina kriminalnih i terorističkih organizacija krajem prošlog i početkom 21. vijeka razvija sopstvene kapacitete za sudjelovanje u obje, bilo da su kriminalne ili terorističke aktivnosti. Prema mišljenju autora, na taj način kriminalne grupe koriste terorizam kao operativnu alatku, a terorističke organizacije uzimaju udjela u kriminalnim aktivnostima. Ovakav odnos pojava organiziranog kriminaliteta i terorizma Makarenko naziva drugom skupinom ili komponentom “*crime-terror continuum*” i ovu tačku naziva operativnim motivacijama (*operational motivations*).

Treću skupinu kao završnu tačku “*crime-terror continuuma*” zauzima teza konvergencije (*convergence thesis*),<sup>19</sup> koja se isključivo odnosi na ideju da kriminalne i terorističke organizacije mogu konvergirati u jednu skupinu koja prvobitno pokazuje svojstva obje grupe istovremeno, ali da ima potencijala transformirati sebe u samog subjekta, smještenog na drugom kraju kontinuuma od onog subjekta na kojem je počela svoje bivstvovanje. Ovakve organizacije Makarenko naziva još hibridnim skupinama (*hybrid group*). Transformacija se događa na taj način i u toj mjeri da su se krajnji ciljevi i motivacija organizacije zapravo promijenile. U tim slučajevima, skupine se ne zadržavaju na definiranim tačkama na kojima su do tada stajale, bilo da su to političke ili kriminalne organizacije. Makarenko smatra da u svom najosnovnijem obliku, teza konvergencija uključuje dvije nezavisne, ali povezane komponente. Autor je mišljenja da prva komponenta uključuje kriminalne organizacije koje se prikazuju kao politički motivirane, a druga komponenta se odnosi na terorističke organizacije koje su jednako zainteresirane za kriminalni profit, ali u konačnici koriste svoju političku retoriku isključivo kao masku za počinjenje kriminalnih aktivnosti. Prva kategorija se dalje dijeli na dva dijela. Prvi dio čine kriminalne organizacije koje koriste taktike terora kako bi dobile političku moć i tako spriječile sudske procese ili donošenje zakona za borbu protiv organiziranog kriminaliteta.

---

<sup>19</sup> Lat. *convergentia geom., fiz.* uzajamno približavanje, sticanje; *fig.* stremljenje (ili: težnja) istom cilju, slaganje (Vujaklija, 1980, str. 447).

Oni su dalje zainteresirani za postizanje političke kontrole putem izravnog sudjelovanja u političkim procesima i institucijama države. Drugi dio se odnosi na kriminalne organizacije koje se u početku koriste terorizmom radi uspostave monopola nad unosnim privrednim sektorima u državi. U kontroli privrednog sektora, uključujući strateške prirodne resurse i finansijske institucije, te organizacije postupaju kako bi u konačnici dobile političku kontrolu nad samom državom. To se temelji i na pretpostavci da u savremenom svijetu dinamično dominira slobodna tržišna ekonomija, te je stoga ekonomska snaga očito preduvjet za političku moć. Na kraju zadobivena politička moć naknadno podržava organizaciju i njene aktivnosti, bilo da su kriminalne i/ili političke. Za drugu komponentu teze konvergencije Makarenko ističe da se odnosi na situaciju kada terorističke skupine, koje su toliko uključene u kriminalne aktivnosti, održavaju svoju političku retoriku kao masku kako bi nastavile sa svojim kriminalnim aktivnostima u širim razmjerama. Na taj način terorističke skupine ostvaruju više sopstvenih ciljeva. Prvo, vladu i tijela za provedbu zakona usmjeravaju prema političkim pitanjima i problemima, umjesto da se isti bave pokretanjem krivičnih istraga za djela iz oblasti organiziranog kriminaliteta kojim se bave terorističke organizacije. Drugo, terorističke taktike dalje koriste navedeno kao “alat” kako bi se te skupine dokazivale naspram suparničkih kriminalnih skupina. Uz to nastavljaju prikazati svoju političku komponentu u javnom domenu, jer su na taj način u mogućnosti da manipuliraju terorističkim mrežama koje im pružaju podršku, a koje su prethodno (prije angažiranja terorističkih organizacija na aktivnostima svojstvenim organiziranom kriminalitetu) bile prihvatile spomenutu ulogu. Naprimjer, terorističke organizacije i dalje svoje aktivnosti fokusiraju na političke pritužbe (u kombinaciji s finansijskim nagradama prema mrežama podrške) i na taj način za sebe nalaze opravdanje za ono što bi inače u mreži podrške smatrali isključivo kao nepopularnu kriminalnu aktivnost. Tako, istodobno s naglaskom na organizirani kriminalitet i političke ciljeve, ove skupine su u mogućnosti da koriste dvije vrste mreža koje im omogućavaju pomak fokusa s terorizma na organizirani kriminalitet ili im daju mogućnost da se istovremeno bave s obje djelatnosti istovremeno.

Teza crne rupe (*black-hole thesis*) je dio “*crime-terror continuuma*” koji se posebno odnosi na situacije u kojima slabe ili neuspješne države potiču približavanja između transnacionalnog organiziranog kriminaliteta i terorizma, te u konačnici stvaraju sigurno utočište za nastavak poslovanja konvergentne skupine. Sindrom crne rupe obuhvaća dvije situacije. Prva situacija je kada primarna motivacija skupine potiče iz naglaska na političkoj svrsi, pa se širi do težišta na kriminalnim ciljevima, dok je druga situacija kada država preuzme ili podrži hibridne grupe – kao što su opisane u tezi konvergencije. Makarenko iznosi dokaze da se dinamika građanskih ratova promijenila,

baš kao što su se promijenile i dinamike tradicionalnog organiziranog kriminaliteta i terorizma. Evolucija ratova iz ideoloških ili vjerskih motiva mutira u sukobe u kojima su kratkoročne ekonomske koristi najvažnije.

## **Zaključak**

Iz navedenih izlaganja vidljivo je da organizirani kriminalitet i terorizam imaju jasno određene odnose. Takvi odnosi se tretiraju na različite načine, od onih koji poistovjećuju navedene pojave, preko onih koji prave jasnu distinkciju pojmova organiziranog kriminaliteta i terorizma, pa sve do onih koji svojom teorijom daju neka pomirljiva rješenja kojima nastoje da skrenu pažnju na bliskost i šarolikost odnosa ovih pojava. Bez obzira na bilo koji stav među teoretičarima, jedno je sigurno: da će se svi složiti da su evidentne veze između organiziranog kriminaliteta i terorizma ili preciznije rečeno, veze između kriminalnih organizacija i terorističkih organizacija.

## **Bibliografija**

1. Abadinsky, H. (1981). *Organized crime*. Boston: Allyn and Bacon.
2. Bošković, M. (1998). *Organizirani kriminalitet*. Prvi deo, kriminološki i kriminalistički aspekti. Beograd: Policijska akademija.
3. Ignjatović, Đ. (1998). *Organizirani kriminalitet*. Drugi deo. Beograd: Policijska akademija.
4. Jovašević, D., Rakić, M. (2007). *Terorizam*. Beograd: Institut za političke studije.
5. Krivokapić, V. (2003). *Terorizam kao oblik kriminaliteta i mere suprotstavljanja*. *Kriminalističke teme*, 3 (1-2), 69–95.
6. Lemikin, R. (1933). Faut il un nouveau deit de droit gens nomme terorisme. *Reveu de droit penal et criminologie*, br. 13.
7. Livingston J. (1996). *Crime and Criminology*. New Jersey: Prentice Hall.
8. Makarenko, T. (2004). The crime-terror continuum: Tracing the interplay between transnational organized crime and terrorism. *Global Crime*, 6 (1), 129–145.
9. Petrović, B., Dobovšek, B. (2007). *Mreže organiziranog kriminaliteta*. Sarajevo: Pravni fakultet.
10. Primorac, I. (2007). Suvremeni terorizam kao filozofska tema. *Polemos*, 10 (1), 11–26.
11. Savić, A. (2005). *Globalna bezbjednost i terorizam*. Beograd: NBP.
12. Schmid, A. P. (1989). Terrorism and the Media: The Ethic of Publicity. *Terrorism and Political Violence*, 1(4), 539–565.
13. Simović-Nišević M. (2008). Otkrivanje i dokazivanje krivičnih djela organiziranog kriminaliteta u Bosni i Hercegovini (magistarski rad). Sarajevo: Univerzitet u Sarajevu, Pravni fakultet.

14. Sotile, A. (1938). *Le terrorisme international*. Paris:Recueil des cours.
15. Šuput, D. (2005). *Odnos terorizma i organiziranog kriminala*. Beograd: NBP.
16. Vujaklija, M. (1980). *Leksikon stranih riječi*. Beograd: Prosveta.
17. Wilkinson, P. (2000). *Terrorism versus Democracy: the Liberal State Response*. London and Portland.

### **Borislav Petrović, PhD**

Full Professor

### **Sead Redžić, MA**

## **THEORETICAL REVIEW ON THE RELATION BETWEEN ORGANISED CRIME AND TERRORISM**

### **Summary**

*Recognising the tendencies of the development of organised crime and terrorism and their mutual interaction, there is a self-imposing need and an obligation of the scientific and professional community to research these occurrences and their mutual relations. We have determined through a careful analysis that the said occurrences are processed as separate units, and that our scientific and professional community has failed to pay more significant attention to the relation between organised crime and terrorism.*

*When researching organised crime and terrorism, as well as the relations between these two occurrences, we have noticed that there were many self-imposing questions there. In the late 20<sup>th</sup> and early 21<sup>st</sup> century, these two occurrences went through an expansion, which was enabled by the globalisation, technologization, and the development of information systems, so the question is whether these occurrences should be studied separately, but also what are the causes behind the emergence of said occurrences and their relations? There are also a certain number of theorists who believe that terrorism is a form of organised crime. The aforementioned claim raises the following question, has the terrorism actually become only a form of organised crime or is it still a separate occurrence? Criminal organisations often use terrorist methods as well, while terrorist organisations use methods of organised crime. This leads to a question whether terror became the means of organised crime or was it the organised crime that became the means of terrorist groups in achieving their goals? Another thing that can be noticed is the presence of cooperation between the terrorist and criminal groups, which leads us to question what are the forms of cooperation between these groups?*

*The objective of the paper is to determine the forms of cooperation between organised criminal groups and terrorist groups and their activities.*

**Keywords:** *organised crime, terrorism, relation between organised crime and terrorism, criminal organisations, terrorist organisations.*

**Dr. Darja Softić Kadenić**

Docentica

d.softic@pfsa.unsa.ba

UDK: 347.2

Izvorni naučni rad

## **ULOGA TRUSTA I TRUSTU SLIČNIH KONSTRUKCIJA U OKVIRU RAZLIČITIH INSTRUMENTATA REFINANSIRANJA**

### **Sažetak**

*Autorica u radu analizira dvije najzastupljenije tehnike refinansiranja banaka putem sekuritizacije – evropskokontinentalni model, kod kojeg finalni proizvod sekuritizacije čine tzv. Covered bonds (CB) odnosno Mortgage covered bonds (MCB) i angloamerički model s tzv. Asset backed securities (ABS) ili Mortgage backed securities (MBS) kao rezultatom sekuritizacije i istražuje ulogu instituta trusta u okviru ovih modela. Najprominentniji predstavnici evropskokontinentalnog modela CB su svakako njemački Pfandbrief i francuske Obligation foncières (OF), kojim je u radu posvećena posebna pažnja.*

*Osnovnu sličnost između MCB i MBS predstavlja nastojanje da se postigne otpornost, odnosno rezistentnost na insolventnost, što se postiže segregacijom imovine koja čini pool pokrića. Ipak, način na koji se ovaj cilj ostvaruje je različit. Dok se ona u okviru MCB struktura u pravilu postiže posebnim zakonskim uređenjem, u MBS strukturama ona se postiže ugovornim aranžmanima uz upotrebu SPV-a. Sam SPV se može, ali ne mora javiti u obliku trusta.*

*Upravo je segregacija imovine ključna poveznica navedenih instrumenata refinansiranja s institutom trusta, ali spominjanje trusta, trusteeja, Treuhändera i sl. u određenim fazama transakcije samo zbunjuje, jer se u okviru sekuritizacije ne radi o trustovima u njihovom klasičnom značenju. Autorica stoga cijeni da institut trusta niti neki njemu sličan institut nije ključan za uspješno funkcioniranje niti jednog modela refinansiranja.*

**Ključne riječi:** *sekuritizacija, refinansiranje, Mortgage covered bonds, Mortgage backed securities, trust*

## I. Uvod

Da bi banke i druge kreditne institucije plasirale kredite svojim klijentima, one i same moraju obezbijediti odgovarajuća sredstva. U tom kontekstu govorimo o refinansiranju banaka, koje se realizira posredstvom različitih instrumenata i modela.<sup>1</sup> Nedavna finansijska kriza je ozbiljno uzdrmala tržište finansijskih usluga općenito, a naročito tržište refinansiranja hipotekarnih kredita<sup>2</sup>, te su neki od do tada vrlo popularnih mehanizama refinansiranja postali predmetom kritike i nepovjerenja. Iako se finansijsko tržište i u ovom segmentu polako regenerira, primjetan je značajno oprezniji pristup pojedinim instrumentima refinansiranja.

Banke se refinansiraju iz različitih izvora, npr. preko centralnih banaka i iz oročenih i neoročenih uloga odnosno depozita njihovih klijenata. Za finansiranje kreditne djelatnosti banaka, naročito za plasiranje dugoročnih kredita potrebno je i dugoročnije refinansiranje. U tom kontekstu vrlo važnu praktičnu ulogu igra refinansiranje putem tehnike sekuritizacije.<sup>3</sup> Sekuritizacija (*securitization, Verbriefung, titrisation*) je oblik refinansiranja kod kojeg se, pojednostavljeno rečeno, nelikvidna aktiva, poput potraživanja iz hipotekarnih kredita, pretvara u likvidnu, na način da se potraživanja transformiraju u vrijednosne papire. Emisija vlastitih obveznica je vrlo rasprostranjen način refinansiranja. Emitirane obveznice mogu biti s pokrićem ili bez pokrića. U okviru sekuritizacije dolazi do emitiranja obveznica s pokrićem. Radi se o finansijskom proizvodu koji predstavlja kombinaciju obveznice i hipoteke (Bauersfeld, 2007, str. 82). Pošto i za banke prilikom pribavljanja sredstava vrijedi opće pravilo, prema kojem su uslovi za pribavljanje novca bolji, ukoliko su bolja ponuđena sredstva osiguranja, naročito atraktivni modeli refinansiranja su oni koji nude pokriće u nekretninama, odnosno hipotekarnim potraživanjima.<sup>4</sup> Na ovoj vrsti pokrića baziraju se dva različita

---

<sup>1</sup> Naravno, pored banaka se i drugi privredni subjekti refinansiraju i to uglavnom upotrebom istih tehnika. Mi ćemo se fokusirati na refinansiranje banaka i to prvenstveno upotrebom hipotekarnih potraživanja.

<sup>2</sup> Više o finansijskoj krizi poznatoj i kao hipotekarna kriza ili sub-prime kriza vidi: Rudolf & Sounders, 2009; Franke & Krahen, 2008, str. 2 i dalje; Schwarcz, 2009, str. 1313 i dalje; Prüm & Thomas, 2011, str. 133. i dalje.

<sup>3</sup> Ovdje govorimo o sekuritizaciji kao općem pojmu koji obuhvata kako CB, tako i ABS kao finalni proizvod (*infra*), iako se često pojam sekuritizacije koristi isključivo u kontekstu ABS.

<sup>4</sup> U upotrebi je termin hipotekarni kredit i hipotekarno potraživanje, ali bez obzira na to u nekim se zemljama, poput Njemačke u praksi ne upotrebljava hipoteka nego neakcesorno sredstvo osiguranja potraživanja na nekretnini – zemljišni dug.

finalna proizvoda sekuritizacije. U evropskim zemljama dominiraju tzv. *mortgage covered bonds* ili samo *covered bonds* (MCB, CB), u okviru kojih je jedan od najprominentnijih predstavnika njemački *Pfandbrief*, dok zemlje *common law* više upotrebljavaju tzv. *asset backed securities* (ABS), među koje spadaju i *mortgage backed securities* (MBS).<sup>5</sup> Iako je načelna ideja koja stoji iza emitiranja CB i MBS vrlo slična, ovi instrumenti refinansiranja pokazuju i neke vrlo važne razlike na koje ćemo se u nastavku osvrnuti.

Cilj ovog rada međutim nije da detaljno analizira modele refinansiranja i poredi CB i MBS, niti da sudi o tome koji od ovih modela treba preferirati. O ovim pitanjima je već dosta pisano (Schwarcz, 2013, str. 130 i dalje; Carbo-Valverde et al., 2011). Cilj rada je da analizira, da li i u kojoj mjeri uspješnosti određenog modela refinansiranja doprinosi upotreba instituta trusta kakvog poznaju zemlje *common law* ili pak nekog trustu sličnog instituta. Postojanje i upotreba trust konstrukcije se naime ističe kao gotovo ključna za efikasno konzorcijalno finansiranje,<sup>6</sup> pa vrijedi istražiti koliko je bitna uloga ovog instituta za uspješno refinansiranje.

Unatoč drastičnom padu popularnosti sekuritizacije kao tehnike finansiranja, nije za očekivati da će i jedan od njih potpuno iščeznuti iz primjene, premda će se oni neminovno reformirati u skladu s "lekcijama" naučenim iz finansijske krize,<sup>7</sup> te je za očekivati da će se, barem u skorijoj budućnosti

---

<sup>5</sup> U *Common law* zemljama, naročito u SAD-u su pored MBS značajniju praktičnu ulogu imale i tzv. kolateralizirane dužničke obligacije – *collateralized debt obligations* (CDO) u koje spadaju i kolateralizirane kreditne obligacije – *collateralized loan obligations* (CLO) i kolateralizirane obvezničke obligacije – *collateralized bond obligations* (CBO), strukturirani derivati kreditnog rizika. Radi se o vrlo kompleksnim transakcijama koje su upravo usljed svoje složene i netransparentne strukture u jeku krize bile predmet kritike kao instrumenti koji su neposredno doprinijeli nastanku krize. Upotreba CDO i sličnih mehanizama se od tada izbjegava. Više: Rudolf & Sounders, 2009, str. 31–32, 41. i 42.

<sup>6</sup> Vrlo iscrpnu argumentaciju u ovom smislu daje: Thiele, 2003; Također vidi: Softić Kadenić, 2013, str. 406 i dalje.

<sup>7</sup> Na nivou EU su s tim u vezi kao reakcija na finansijsku krizu preduzete brojne mjere koje su ciljale na izmjenu regulatornog okvira finansijskog sektora i postizanje više sigurnosti, otpornosti sistema, transparentnosti i odgovornosti. Godine 2013. usvojen je paket poznat pod skraćenicom CRD IV/CRR (Capital requirements Directive and Regulation), a sastoji se od Direktive i Uredbe o kapitalnim zahtjevima (Direktiva 2013/36/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o pristupanju djelatnosti kreditnih institucija i bonitetnom nadzoru nad kreditnim institucijama i investicijskim društvima, izmjeni Direktive 2002/87/EZ te stavljanju izvan snage direktiva 2006/48/EZ i 2006/49/EZ, Uredba (EU) 575/2013 Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o bonitetnim zahtjevima za kreditne institucije i investicijska društva o izmjeni Uredbe (EU) br. 648/2012. Dana 20. juna 2013. godine stupila je na snagu i nova regulativa o agencijama za kreditni rejting koju čini Uredba 462/2013 i Direktiva 2013/14/EU. Aktuelno (od januara 2014. god.) postoji prijedlog Uredbe

sekuritizirati prvenstveno prvoklasni hipotekarni krediti (*prime mortgages*)<sup>8</sup> koji nude dvostruki novčani tok, u smislu da naplata može doći bilo od uplata po kreditu od strane dužnika, bilo od unovčenja kolaterala. U tom smislu sekuritizacija ipak ostaje vrlo efikasno sredstvo refinansiranja, jer segregacijom određene imovine od ostale imovine originatora ova tehnika omogućava dodatno mobiliziranje kapitala i to višestruko. Ne samo da se mobiliziraju inače nelikvidna hipotekarna potraživanja banaka, nego uz to jedne te iste nekretnine koje služe kao osiguranje tih hipotekarnih kredita ponovo služe i kao kolateral za naplatu vrijednosnih papira. To je u skladu s nastojanjem da se sredstva osiguranja potraživanja pored te svoje primarne funkcije, stave i u funkciju mobilizacije kapitala i osiguranja likvidnosti.

Predstavljanje oba modela je nužno jer se oni u konačnici ne mogu potpuno supstituirati jedan drugim, jer se ovim modelima slijede dijelom različiti ciljevi.<sup>9</sup> Predstavljanje ovih dvaju modela refinansiranja je u kontekstu ovog rada pri tome prvenstveno interesantno iz razloga što oba modela za svoje uspješno funkcioniranje u većoj ili manjoj mjeri pretpostavljaju i upotrebu trust-konstrukcije u pojedinim fazama transakcije. Ipak je, kako bi se razumjela uloga trusta u ovom kontekstu potrebno sumarno predstaviti kako funkcioniraju ove finansijske tehnike. U svakom slučaju se i u okviru sekuritizacije bilo putem MCB, bilo putem MBS, ne radi o upotrebi trusta i *trusteeja* u svom “klasičnom smislu”, kao što je to uostalom slučaj i u brojnim drugim primjerima upotrebe trusta u komercijalnom kontekstu.

## II. Trust i trustu slični instituti

Institut trusta je izrazito kompleksan i njegov pojam je teško odrediti na generalno apstraktan način, jer uveliko ovisi o kontekstu i pravnom okruženju u kojem se upotrebljava.<sup>10</sup> Pojednostavljeno rečeno, u *common*

---

Evropskog parlamenta i vijeća o strukturnim mjerama kojima se poboljšava otpornost kreditnih institucija EU COM/2014/043 final – 2014/0020 (COD). Ova uredba cilja na reguliranje zabrane vlastite trgovine i razdvajanje određenih trgovačkih djelatnosti. Radi se o pandanu mjera koje su u SAD-u poznate pod imenom Volckerovo pravilo. Vidi: Thakor & Simon, 2012.

<sup>8</sup> Pri tome treba naglasiti da je problem sekuritiziranja loših kredita (*subprime mortgages*) bio izražen u SAD-u, ali ne i na kontinentu, gdje ova praksa nije zastupljena. Razlozi prelijevanja krize ležali su u nekim drugim okolnostima.

<sup>9</sup> Pojednostavljeno rečeno, *covered bonds* se više upotrebljavaju u cilju povećanja likvidnosti banke, dok su MBS pogodnije za smanjenje rizika. Detaljnije: Carbo-Valverde et al., 2011, str. 2 i dalje.

<sup>10</sup> Indikativna je izjava Haytona (1992) prema kojoj je trust višeznačan pojam koji poput



*law* kontekstu, trust predstavlja u pravilu trilateralan pravni odnos u okviru kojeg jedna osoba – *settlor* ili osnivač trusta prenosi određenu imovinu – *trust fund* na *trusteeja* koji postaje njen punopravni titular, ali tu imovinu ne drži u vlastitom interesu nego ju drži i njome upravlja u korist trećih lica – beneficijara, ili radi ostvarenja određene svrhe.<sup>11</sup> *Trustee* je kao vlasnik *at law* u svom pravu ograničen pravima beneficijara *in equity* koja također imaju stvarnopravno dejstvo, tj. djeluju prema trećima. Za svaki trust je karakteristično da se imovina koja pripada trustu striktno odvaja od ostale imovine *trusteeja*, što je tzv. efekat segregacije imovine, što je jedna od ključnih pravnih posljedica osnivanja trusta<sup>12</sup>, te da je u vršenju ovlaštenja nad trust fondom vezan detaljnijim setom dispozitivnih pravila koja se nazivaju *fiduciary law* (fiducijarno pravo), koji postavljaju prema *trusteeju* visoke zahtjeve prilikom upravljanja trustom, a koja se primarno odnose na obavezu lojalnosti u smislu svakodobnog čuvanja interesa beneficijara, izbjegavanja sukoba s vlastitim interesima i izbjegavanja sticanja vlastitog profita.<sup>13</sup>

Pravni položaj beneficijara je također vrlo jak i razvija određena dejstva i prema trećim, što se odražava kroz set pravila poznatih kao *tracing rules* (Virgo, 2012, str. 354–355), koja su uporediva s pravom slijeđenja.

Pravna tehnika koja se u angloameričkom pravu koristi za postizanje ovih efekata trusta jeste podvojenost vlasništva nad imovinom trusta između *trusteeja* kao vlasnika po *common lawu* i beneficijara trusta kao vlasnika po *equityju*. Na taj način *trustee* ima puna prava upravljanja i raspolaganja trust fondom, dok beneficijarima pripada pravo na koristi u smislu prihoda i prinosa iz trust fonda. Nema ograničenja po pitanju ko može biti osnivač, *trustee*, odnosno beneficijar trusta, niti u pogledu imovine koja može ući u sastav trust fonda. Uz to, samo kreiranje trusta ne podliježe naročito strogim formalnim pretpostavkama, niti pretpostavlja posebne dozvole ni registraciju, što doprinosi intenzivnoj upotrebi ovog instituta u praksi, što je naravno privlačno i pravnim sistemima izvan angloameričkog kruga.

---

kameleona poprima značenje iz datog konteksta, koji treba detaljno ispitati kako bi se taj koncept otkrio u svoj svojoj isprepletenosti i mogućim dejstvima (str. 29); kao i još davno Gamsa (1957) prema kojem trust obuhvata najrazličitije situacije koje jedna s drugom nemaju u suštini nikakvu sličnost i kojima je zajedničko samo to što ih obuhvata isti pravnotehnički instrument – trust (str. 301).

<sup>11</sup> U pogledu definicije trusta vidi npr. Fratcher, 1974, str. 1.; Također: Pettit, 2012, str. 30.

<sup>12</sup> Vidi umjesto mnogih: Hansmann & Mattei, 1998, str. 434; Također: Ho (2013) koja govori o imunitetu trust fonda (str. 7. i dalje).

<sup>13</sup> O važnosti ovih fiducijarnih obaveza za konstrukciju trusta: Gallanis, 2013, str. 397. i dalje.

Istinski trustovi sa svim trust-karakteristikama su rijetki izvan angloameričkog kruga. Daleko češće se pri tome nailazi na trustu slične institute – institute koji pokazuju neke ili pak većinu karakteristika trusta ili polučuju slične pravne efekte. Neki od tih trustu sličnih instituta su mu slični po funkciji koju u pravnom prometu obavljaju, drugi opet po pravnoj konstrukciji. Neki su rezultat autonomnog razvoja, drugi pak pravne recepcije ili čak transplantacije.

U okviru evropskokontinentalnog pravnog sistema, dva najprominentija predstavnika germanskog s jedne i romanskog s druge strane imaju svoje nacionalne “trustove”, korektnije trustu slične institute. Radi se o njemačkom *Treuhandu* i francuskoj *fiducie*.

### **III. Različiti instrumenti refinansiranja**

#### **III.1. Mortgage Covered Bonds (MCB)**

*Covered bonds* (CB), odnosno preciznije *mortgage covered bonds* (MCB) su dužničke obveznice s pokrićem u hipotekarnim kreditima koje na području zemalja evropskokontinentalnog pravnog kruga imaju dugu tradiciju.<sup>14</sup> U međuvremenu veliki broj zemalja EU, uključujući i novije članice iz istočne i jugoistočne Evrope imaju posebne zakone koji uređuju refinansiranje posredstvom CB.<sup>15</sup> Iako njihova upotreba prevladava u kontinentalnim pravnim sistemima, CB se, u manjoj mjeri, upotrebljavaju i u *common law* zemljama (Schwarcz, 2011, str. 564). U posljednje vrijeme se zagovara njihova povećana upotreba jer su se u uporedbi s MBS, naročito u svjetlu nedavne finansijske krize, ispostavile kao sigurnije.<sup>16</sup>

U pravnoj konstrukciji MCB postoje dva paralelna lanca finansiranja u kojim sudjeluje banka. U prvom lancu ona sudjeluje kao davalac, a drugom kao primalac kredita. U prvom lancu banka putem dugoročnih kredita svoja sredstva plasira različitim subjektima tj. dužnicima i osiguravajući povrat tih sredstava sredstvima osiguranja na nekretninama. U drugom lancu se banka

---

<sup>14</sup> One potiču iz Pruske gdje se razvijaju u drugoj polovini 18. stoljeća. Krajem 18. stoljeća se model CB razvija i u Danskoj, a sredinom 19. stoljeća u Francuskoj Detaljnije vidi: Bauersfeld, 2007, str. 82–83.

<sup>15</sup> Tako su pored Njemačke, Danske, Francuske, Italije, Austrije Španije i Portugala koje već dugo imaju odgovarajuće propise koji su svakako u međuvremenu pretrpjeli određene izmjene, 90-ih godina prošlog vijeka odgovarajuće propise usvojile i Češka, Slovačka, Mađarska, Poljska i Rumunija. Za hronološki pregled po godinama usvajanja zakona vidi: Bauersfeld, 2007, str. 85.

<sup>16</sup> CB se razmatraju kao ozbiljna alternativa MBS u SAD-u i kao sredstvo za regeneraciju hipotekarnog tržišta. Vidi: Fein, 2013, str. 13–29.

zadužuje prema trećim licima koja, ulaganjem u vrijednosne papire – MCB u banku investiraju određena sredstva. Banka se prema investitorima obavezuje na periodičnu isplatu ugovorenih kamata i na povrat uložene glavnice po dospijeću (Josipović, 2006, str. 287–288). Obaveze banke prema investitorima su inkorporirane u vrijednosne papire standardiziranog sadržaja i zaštićenog imena,<sup>17</sup> koji imaju pokriće u vrijednosti hipotekarnih potraživanja koja banka ima prema svojim dužnicima, odnosno nekretninama kojima su osigurana ta potraživanja.<sup>18</sup> Investitori u CB mogu biti različiti subjekti – kako fizičke, tako i pravne osobe, mada se najčešće radi o profesionalnim investitorima poput investicijskih fondova i sl. Pravni odnosi između sudionika u prvom i u drugom lancu potraživanja su odvojeni i neovisni jedni o drugim. Hipotekarni dužnici banke i imatelji CB nisu ni u kakvim međusobnim odnosima, niti se na bilo koji način mijenja pravni položaj dužnika po emisiji CB (Josipović, 2006, str. 289).

Iako među pojedinim državama EU postoje veće ili manje razlike u pogledu MCB transakcija, postoje i određeni zajednički standardi koji su utvrđeni 1988. godine dopunom tada prve verzije UCITS (Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities) direktive,<sup>19</sup> koja je u međuvremenu doživjela brojne izmjene,<sup>20</sup> a koje odredbe postoje i u aktuelnoj verziji ove direktive.<sup>21</sup> Da bi se određena obveznica smatrala CB-om, ona mora biti izdana od strane kreditnog instituta sa sjedištem u EU koji u skladu sa zakonskim propisima, a u cilju zaštite investitora, podliježe posebnom javnom nadzoru. Osim toga, prinosi od emisije tih obveznica moraju u skladu sa zakonskim propisima biti uloženi u imovinu koja tokom cjelokupnog perioda trajanja

---

<sup>17</sup> Za svaku zemlju koja ima uređeni sistem emisije MCB postoje posebni nazivi. U Njemačkoj se ovi vrijednosni papiri nazivaju *Pfandbrief*, u Francuskoj *Obligation foncière*, u Danskoj *Realkreditobligationer*, u Italiji *Obbligazioni Bankarie Garantite*, u Španiji *Cédulas hipotecarias*, u Velikoj Britaniji *UK Regulated Covered Bond* itd. Pri tome može postojati više vrsta CB u određenoj državi, koji onda nose različite nazive.

<sup>18</sup> Tako u pogledu *Pfandbriefa* (Josipović, 2006, str. 288), ali to vrijedi općenito za CB modele refinansiranja.

<sup>19</sup> Direktiva 85/611 EEZ.

<sup>20</sup> UCITS II je predstavljao neuspjeh pokušaj izmjena rješenja iz UCITS I direktive, koja je izmijenjena paketom poznatim pod nazivom UCITS III koji obuhvata dvije direktive, Direktivu 2001/107 EZ i Direktivu 2001/108 EZ iz 2002. godine

<sup>21</sup> Od 1. jula 2011. na snazi je proširena i konsolidirana verzija direktive tzv. UCITS IV. Direktiva Vijeća 2009/65 EZ od 17. novembra 2009. god. o usklađivanju zakona, propisa i administrativnih odredbi koje se odnose na društva za zajednička ulaganja u prenosive vrijednosne papire. Za pregled novina koje je donijela ova direktiva vidi: Hörnig, 2013, str. 213 i dalje. A u toku su pripreme i za direktivu UCITS V. Planirane izmjene se uglavnom tiču depozitarnih banaka i pitanja naknade za djelatnost menadžera fonda. Detaljnije: Hörnig, 2013, str. 273 i dalje.

obveznica pruža dovoljno pokriće za obaveze po emitiranim obveznicama i koja je prvenstveno namijenjena za povrat kapitala i kamata u slučaju izostanka plaćanja od strane emitenta (UCITS IV direktiva, čl. 52. st. 4) – tzv. *cover pool*. Time zakonska utemeljenost, princip pokrića i prioritetnog namirenja u slučaju insolventnosti emitenta, čine osnovne i minimalne kriterije kako bi se određena obveznica smatrala kao *covered bond* prema direktivi UCITS. U nekim državama uz navedene vrijedi i princip specijalnih banaka, prema kojem izdavanje CB-a nije djelatnost kojom se mogu baviti sve banke, nego samo posebni instituti.<sup>22</sup> Karakteristika CB je i ta da je *cover pool* dinamične, a ne statične prirode. To znači da se pokrića slabijeg kvaliteta (loši krediti) zamjenjuju pokrićem visokog kvaliteta, pri tome uvijek održavajući propisani nivo nadosiguranja (*overcollateralization*). Radi se o propisanom procentu za koji vrijednost *cover poola* mora nadilaziti visinu potraživanja po emitiranim obveznicama, što ulaganje u CB čini vrlo sigurnom investicijom. Prioritet u namirenju povjerilaca po CB postiže se stipuliranjem posebnog režima *cover poola* za slučaj insolventnosti emitenta, što je neophodno jer su imaoi CB samo titulari obligacionopravnih zahtjeva prema emitentu CB i ne stiču nikakva stvarna prava na imovini banke. Iako se mogu *de facto* smatrati osiguranim povjeriocima, oni nemaju nikakvo stvarno pravo, pa je njihov prioritet u namirenju proizvod posebne zakonodavne intervencije.

Iako je zakonska regulacija pretpostavka CB struktura prema UCITS regulativi, pored njih pojedine zemlje imaju i CB strukture koje nisu posebno regulirane. U tom slučaju govorimo o tzv. strukturiranim CB, čije se funkcioniranje odvija u skladu s općim pravilima obligacionog i poslovnog prava, te izvršnog i stečajnog prava. U nedostatku posebnog zakonskog režima, koji je u pogledu CB uspostavio posebna pravila izvan općeg okvira stečajnog i izvršnog postupka i na taj način osigurao adekvatan nivo zaštite investitora, ulaganje u strukturirane CB je nužno manje sigurno. One, međutim, dozvoljavaju veću fleksibilnost, uz istovremeno veću neizvjesnost i veće transakcijske troškove (Schwarcz, 2011, str. 570). U pravilu se kod strukturiranih CB zaštita povjerilaca CB od insolventnosti emitenta postiže prenosom *cover poola* na SPV u 100% vlasništvu emitenta. U nekim državama poput Francuske se, međutim, poseže za SPV-om i u zakonom uređenim CB transakcijama.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Ovaj princip ne vrijedi u svim državama, a i u onim u kojim vrijedi, ne vrijedi istim intenzitetom. Dok u Danskoj i Francuskoj emitenti CB-a mogu biti samo posebni instituti, u Njemačkoj to mogu biti načelno sve banke koje ispunjavaju određene, relativno stroge, zakonom propisane kriterije (vidi *infra* III.C.3.3.1.1.). U Španiji i Velikoj Britaniji ne vrijedi princip specijalnih banaka. Detaljnije: Bauersfeld, 2007, str. 122–123.

<sup>23</sup> Tako npr. u Francuskoj. Vidi *infra* III.1.2.

MCB su, s izuzetkom Velike Britanije (*infra*) i još nekoliko zemalja tzv. *on-balance sheet* instrumenti, što znači da *cover pool* ostaje u imovini i u bilanci banke emitenta, ali se *cover pool* ipak štiti u slučaju njenog stečaja njegovom segregacijom, što se opet postiže na različite načine u pojedinim pravnim sistemima. Dok se isplate povjeriocima obveznica po glavnici i kamatama mogu vršiti i vrše iz opće imovine banke emitenta, u smislu da emitent svojom cjelokupnom imovinom, a ne samo *cover poolom* odgovara za obaveze po emitiranim obveznicama, *cover pool* služi kao pokriće za slučaj izostanka ovih plaćanja po dospijeću i garantira povjeriocima MCB prioritetu naplatu.

U Velikoj Britaniji, iako od 2008. godine postoji i zakonom uređena CB struktura,<sup>24</sup> dominiraju strukturirane CB transakcije koje nisu predmet zakonske regulacije, a u okviru kojih banka izdaje CB, ali ih onda prodaje SPV-u slično kao što je to slučaj kod MBS modela (vidi *infra*), pri čemu banka emitent ostaje obveznik po izdatim obveznicama i tek u slučaju izostanka plaćanja po dospijeću, SPV isplaćuje povjerioce CB iz *cover poola*. Zbog nedostatka javnog nadzora i zakonskog uređenja britanske *structured covered bonds* ne ispunjavaju kriterije postavljene u UCITS direktivi.

Činjenica da se radi o *on-balance sheet* instrumentima, uz istovremenu segregaciju *cover poola* koji je uz to dinamičan, povjeriocima CB daje posebnu zaštitu. Dok emitent za emitirane obveznice odgovara cjelokupnom svojom imovinom, u slučaju njegove insolventnosti povjerioci CB imaju prioritet u naplati nad ostalim povjeriocima emitenta. Čak i prije insolventnosti princip dinamičnog *cover poola* emitenta obavezuje da kontinuirano segregira kvalitetne kolaterale i unosi ih u *pool* koji služi za naplatu povjerilaca CB. Ukoliko se oni ne mogu naplatiti iz *cover poola*, oni se ipak mogu naplatiti iz stečajne mase kao stečajni povjerioci, po općim pravilima stečajnog postupka. U tom smislu u CB sistemu se cjelokupni rizik prebacuje ustvari na neosigurane povjerioce emitenta CB (Schwarcz, 2013, str. 144). Na ovaj način su povjerioci CB u još povoljnijem položaju od "klasičnih" osiguranih povjerilaca koji, iako imaju pravo na prioritetu naplatu iz vrijednosti sredstava osiguranja i u stečaju imaju u pravilu razlučno pravo, tj. sredstva osiguranja su segregirana od stečajne mase, njihov kolateral je uz to i dinamični *pool* u koji uvijek ulaze samo najkvalitetnija potraživanja čija je vrijednost garantirana od strane neovisnog vanjskog nadzornika i uvijek prelazi iznos potraživanja po CB.

---

<sup>24</sup> Regulated Covered Bond Regulation je stupila na snagu 6. 3. 2008. godine, a izmjene i dopune 1. 1. 2013. Dostupno *online*: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/81311/condoc\\_covered\\_bonds\\_annexc\\_regulated\\_cb\\_regs2011.PDF](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/81311/condoc_covered_bonds_annexc_regulated_cb_regs2011.PDF) (maj 2015. god.).

Iako se i u okviru CB transakcija zaštita od stečaja (*bankruptcy remoteness*) postiže segregacijom imovine, to se, kako će još biti bliže prikazano, ne ostvaruje posredstvom trust konstrukcije. Također se, iako se, naročito u pogledu nadzora nad *cover poolom* i cjelokupnom transakcijom često govori o *trusteejima*, ne radi o *trusteeju* u smislu ovog rada.

Uloga trusta se u CB strukturama svodi na onu koju ima tzv. *security trustee* kod osiguranja konzorcijalnih kredita (Softić Kadenić, 2013, str. 410, 415–417). Kako je nemoguće, ili barem u potpunosti neefikasno za svakog pojedinog investitora osnivati osiguranje, na hipotekarnim potraživanjima formira se pool tih potraživanja pod centraliziranim upravljanjem od strane *security trusteeja* u korist investitora (Josipović, 2006, str. 282). Na taj način sva potraživanja u okviru poola kao cjelina služe kao kolateral za naplatu potraživanja investitora po izdatim CB.

### III.1.1. Njemački *Pfandbrief*

Njemački *Pfandbrief* smatra se vodećim tipom CB u Evropi i *de lege lata* reguliran je Zakonom o *Pfandbriefu* (*Pfandbriefgesetz*, *PfandBG*) iz 2005. godine.<sup>25</sup> Pojam *Pfandbriefa* je u literaturi određen kao obveznica, odnosno dugoročni dužnički vrijednosni papir koji glasi na ime ili na donosioca, s pokrićem potraživanja iz hipotekarnih kredita osiguranih hipotekama<sup>26</sup>, kojim se njegov emitent obavezuje da će u momentu dospjeća njegovom imaocu isplatiti nominalnu vrijednost uložene glavnice te isplaćivati kamatu prema dinamici navedenoj u obveznici (Josipović, 2006, str. 285–286). *Pfandbrief* mogu izdavati samo banke koje posjeduju odgovarajuću licencu Ustanove za nadzor nad pružanjem finansijskih usluga (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, BaFin*) – tzv. *Pfandbriefbanken*, koja se izdaje uz ispunjenje relativno strogih uslova.<sup>27</sup> BaFin je općenito zadužena za monitoring *Pfandbrief*-transakcija.

---

<sup>25</sup> *Pfandbriefgesetz* od 22. 5. 2005. god. (BGBl. I str. 1373), posljednja izmjena uslijedila je putem člana 9. Zakona od 15. jula 2014. god. (BGBl. I. str. 934). Trenutno se radi na još jednoj noveli ovog zakona koja prvenstveno cilja na implementaciju evropskih direktiva i uredbi u pogledu kapitalnih zahtjeva i upravljanja u kriznim situacijama. Nacrt ove novele usvojen je 9. 5. 2014. godine, a očekuje se da će novela *Pfandbriefgesetz*a stupiti na snagu krajem 2014. godine. Tako: Tolckmitt & Stöcker, 2014, str. 20.

<sup>26</sup> Pored hipotekarnih kredita osiguranih hipotekama odnosno zemljišnim dugovima na nekretninama, *Pfandbrief* može imati pokriće i u hipotekama nad avionima (*Flugzeugpfandbriefe*) i brodovima (*Schiffspfandbriefe*), te kreditima prema državnim tijelima (*öffentliche Pfandbriefe*).

<sup>27</sup> O uslovima koje banka mora ispunjavati da bi se mogla baviti emisijom *Pfandbriefa*: Tolckmitt & Stöcker, 2014, str. 10.

Svi krediti koji dolaze u obzir kao pokriće za *Pfandbrief*, kao i sredstva osiguranja tih kredita upisuju se u poseban registar pokrića koji nadzire posebni *Treuhänder* (*infra*). Cjelokupnost registriranih imovinskih vrijednosti čini *cover pool* (*Deckungsmasse*) za emisiju *Pfandbriefe*.

Kao pokriće za *Pfandbrief* ne dolaze u obzir sva hipotekarna potraživanja<sup>28</sup>, nego samo ona koja ispunjavaju zakonom propisane uslove.<sup>29</sup> Pokriće mogu činiti i imovinske vrijednosti koje za *Pfandbrief*-banku drže drugi instituti kao *Treuhänderi*, pod uslovom da je osigurano izlučno pravo *Pfandbrief*-banke u slučaju insolventnosti *Treuhändera*. Godine 2005. doneseni Zakon o registru refinansiranja (*Refinanzierungsregistergesetz*) stvorio je pravni okvir koji jamči rezistentnost založnih prava na nekretninama u rukama *Treuhändera*, čime je učinjen značajan korak ka jačanju tržišta *Pfandbriefe* i refinansiranja općenito u Njemačkoj (vidi *infra* III.1.1.2.) (Tolckmitt & Stöcker, 2014, str. 11).

Pored klasičnih *Pfandbriefe* u Njemačkoj se od 1995. god. intenzivno razvija i tržište tzv. *Jumbo-Pfandbriefe*. Radi se o emisijama *Pfandbriefe* velikog volumena (min. 1 mlrd. eura) koji se plasiraju od strane bankovnog konzorcija u čiji sastav ulazi najmanje pet banaka (tzv. *market makeri*). Ovo tržište karakterizira vrlo visoki stepen likvidnosti.<sup>30</sup>

### **III.1.1.1. Zaštita investitora u *Pfandbriefu***

Cjelokupno uređenje *Pfandbriefe* cilja na što veću zaštitu investitora u *Pfandbriefu*. Jedan od nosećih stubova te zaštite čine pravila u vezi sa sastavom i upravljanjem *cover poolom/Deckungsmasse*, naročito u slučaju insolventnosti *Pfandbrief*-banke.

U pogledu *Deckungsmasse* bitnu ulogu igra tzv. princip kongruentnosti (*Kongruenzprinzip*) koji nalaže da *Deckungsmasse* koja se formira u momentu izdavanja *Pfandbriefe* u svakom momentu, tokom cjelokupnog perioda u kojem je *Pfandbrief* u opticaju, mora odražavati vrijednost kongruentnu

---

<sup>28</sup> Uobičajeno je u ovom kontekstu govoriti o hipotekama, iako se pod ovim pojmom podrazumijevaju i druga sredstva osiguranja na nekretninama, naročito zemljišni dug.

<sup>29</sup> To mogu biti potraživanja koja su osigurana hipotekama na prvom rangu prvenstva čija vrijednost ne prelazi 60% vrijednosti opterećene nekretnine (*Beleihungsgrenze*) – čl. 14. *PfandbriefG*. Pri tome se za procjenu vrijednosti nekretnine ne uzima njena tržišna vrijednost, nego se u posebnom postupku izračunava vrijednost koja uzima u obzir dugoročnost kredita, trajne karakteristike nekretnine, stanje na regionalnom tržištu, i dr., pri čemu ova vrijednost ne može biti veća od tržišne vrijednosti nekretnine. Detaljnije: Josipović, 2006, str. 302.

<sup>30</sup> O *Jumbopfandbriefu* vidi: [http://www.pfandbrief.de/cms/\\_internet.nsf/tindex/de\\_131.htm](http://www.pfandbrief.de/cms/_internet.nsf/tindex/de_131.htm) (juni 2014.)

vrijednosti emitiranih *Pfandbriefa*. Uz to se mora poštovati i zakonski minimalni procenat nadosiguranja, koji iznosi 2%, što znači da vrijednost *Deckungsmasse* mora iznositi najmanje 102% vrijednosti potraživanja iz *Pfandbriefa* (Josipović, 2006, str. 301). *Deckungsmasse* predstavlja *pool* dinamičnog sastava u okviru kojeg se krediti lošeg kvaliteta mijenjaju boljim (Josipović, 2006, str. 293).

Iako *Deckungsmasse* ostaje imovina *Pfandbrief*-banke, segregacija *Deckungsmasse* od ostale imovine *Pfandbrief*-banke postiže se njenom registracijom u registru pokrića, te uspostavljanjem nezavisnog sistema nadzora od strane posebnog *Treuhändera* (*Pfandbrieftreuhändera*) kojeg postavlja BaFin. Zadatak ovog *Treuhändera* svodi se na zaštitu interesa povjerilaca *Pfandbriefa* i to prvenstveno kroz praćenje vrijednosti *Deckungsmasse* kako bi se osiguralo da vrijednost *Pfandbriefa* ni u jednom trenutku ne prelazi vrijednost pokrića. On to čini vođenjem registra pokrića i provođenjem drugih mjera predviđenih zakonom. Vođenjem registra pokrića osigurava se transparentnost i preglednost u pogledu svakodobnog sastava *Deckungsmasse* i olakšava njegova kontrola. *Treuhänder* mora odobriti svaku promjenu u sastavu *Deckungsmasse* koja se unosi u registar. Propisano je da potraživanja koja su upisana u *Deckungsregister* ne mogu biti predmet izvršenja protiv banke radi namirenja potraživanja drugih povjerilaca i da se ta potraživanja mogu zaplijeniti i biti predmet izvršenja samo radi namirenja povjerilaca iz *Pfandbriefa* (čl. 29. PfandBG).

Pravni položaj *Pfandbrieftreuhändera* je vrlo specifičan, jer on ne stoji ni u kakvom pravnom odnosu ni s *Pfandbrief*-bankom, niti s BaFin, kao ni s titularima *Pfandbriefa*, iako ga njegova zakonom propisana ovlaštenja svakako dovode u određenu vezu sa svim ovim subjektima (Koppmann, 2009, str. 236). Premda ga BaFin imenuje, on nije dužan postupati po njenim uputama i nalogima, čime se ostvaruje njegova nezavisnost. On je *Partei kraft Amtes* – stranka po funkciji (Motzer, 2013, Rn 6), te se može tužbama i drugim mjerama samostalno suprotstavljati pokušajima pljenidbe imovine iz *Deckungsmasse*. Za svoje postupanje on odgovara prema općim pravilima odgovornosti za štetu, te se odgovornost za štetu nastalu zbog grube nepažnje ne može isključiti. Visina odgovornosti *Pfandbrieftreuhändera* je u ovom slučaju ograničena na milion eura (čl. 7. st. 5. PfandbriefG).

Kod *Pfandbrieftreuhändera* u njemačkom pravu se ne radi ni o jednom klasičnom tipu *Treuhanda* koji postoje u tom pravu.<sup>31</sup> Kako se *Deckungsmasse*

---

<sup>31</sup> O klasifikaciji *Treuhanda* u njemačkom pravu vidi umjesto mnogih: Coing, 1973; Thurner, 1994; ili Umlauf, 1995, str. 21 i dalje.



ne prenosi na *Pfandbrieftreuhändera* ne možemo govoriti o romanskom *Treuhandu*, niti o bilo kojem drugom ugovornom tipu *Treuhanda*. U literaturi se ističe da se radi o zakonskom osiguravajućem odnosno nadzornom *Treuhandu*<sup>32</sup> *Pfandbrief*-banke nad vlastitom imovinom. Obično kod *Sicherungstreuhand*a sam povjerilac ili treće lice drži sredstva osiguranja potraživanja kao *Treuhänder*.<sup>33</sup> U ovom slučaju je, međutim, *Pfandbrief*-banka kao dužnik i davalac osiguranja *Sicherungstreuhand*er i ne dolazi do prenosa vlasništva tipičnog za *Treuhand*, nego samo do izolacije imovine u vlasništvu *Pfandbrief*-banke registracijom u registru pokrića i stavljanjem pod nadzor *Treuhändera* (Koppmann, 2009, str. 237). Upravo iz razloga što ne dolazi do prenosa imovine u kontekstu ovog *Pfandbrieftreuhanda* ne možemo govoriti o trustu u smislu ovog rada.

Kada dođe do insolventnosti *Pfandbrief*-banke situacija se mijenja u skladu s principom razdvajanja (*Trennungsprinzip*). Otvaranjem stečaja *Deckungsmasse* postaje posebna imovina (*Sondervermögen*) kojom upravlja posebni upravitelj (*Sachwalter*) različit od stečajnog upravitelja, ali i *Pfandbrieftreuhändera* kojeg postavlja nadležni sud, koji namiruje povjerioce iz *Pfandbriefa* u skladu s planiranim rokovima dospijeća obaveza iz *Pfandbriefa* (Josipović, 2006, str. 292). Iako *Deckungsmasse* nakon otvaranja stečajnog postupka postaje posebna imovina, ne dolazi do njenog osamostaljenja. Ona i dalje ostaje “posebni dio *Pfandbrief*-banke” kojim upravlja *Sachwalter*. Kako bi se izbjegli zaključci da dolazi do nastanka posebne pravne osobe poput SPV-a, čime bi se izgubio karakter banke, za ovaj posebni dio *Pfandbrief*-banke koji ostaje netaknut otvaranjem stečajnog postupka, uveden je pojam *Pfandbrief*-banka ograničene poslovne djelatnosti (*Pfandbriefbank mit beschränkter Geschäftstätigkeit*) (Tolckmitt & Stöcker, 2014, str. 19).

### III.1.1.2. *Treuhand* u svrhu refinansiranja

Značajan korak u pravcu olakšavanja i poboljšanja okvirnih uslova za refinansiranje i to ne samo upotrebom *Pfandbrief*-struktura nego i naročito ABS odnosno MBS struktura (*infra*) koje se nisu mogle tako jednostavno uklopiti u postojeće okvire, njemački je zakonodavac poduzeo 2005. godine usvajanjem Zakona o uvođenju registra refinansiranja.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Gesetzliche Sicherungs- bzw. Überwachungstreuhand – tako Koppmann, 2009, str. 237.

<sup>33</sup> O *Treuhandu* u svrhu osiguranja (*Sicherungstreuhand*) vidi: Brinkmann, 2011, str. 106 i dalje; Također: Oechsler, 2013, str. 1046–1075.

<sup>34</sup> Zakon o novoj organizaciji Savezne finansijske uprave i o stvaranju registra refinansiranja (*Gesetz zur Neuorganisation der Bundesfinanzverwaltung und zur Schaffung eines Refinanzierungsregisters*), BGBl. I str. 2809 i dalje.

Ovim zakonom je u njemački pravni sistem uveden još jedan oblik *Treuhand* – tzv. *Treuhand* u svrhu refinansiranja (*Refinanzierungstreuhand*), kojim je dodatno osiguran položaj investitora u vrijednosnim papirima s pokrićem u hipotekarnim kreditima – bilo *Pfandbrief*, bilo MBS. Usvajanjem ovog zakona došlo je do ključnih izmjena njemačkog Zakona o bankarstvu (*Kreditwesengesetz, KWG*)<sup>35</sup> kojima je uvedena mogućnost da jedan kreditni institut drži potraživanja odnosno hipotekarne kredite kao *Treuhänder* za *Pfandbrief*-banku odnosno SPV, ako se radi o MBS transakcijama, na način da taj institut vodi registar u koji su upisani obuhvaćeni hipotekarni krediti kao i *Pfandbrief*-banka ili SPV kao beneficijar ovog *Treuhand* (*KWG*, odredbe čl. 22a–22o).

Registar refinansiranja i *Treuhand* u svrhu refinansiranja kod *Pfandbrief*-transakcija u okviru kojih *Pfandbrief*-banka samostalno tj. iz vlastitog poslovanja odobravanja kredita uz odgovarajuće osiguranje na dužnikovoj nekretnini, stvara imovinske vrijednosti koje upotrebljava kao pokriće za *Pfandbrief* nije naročito relevantan. Prethodno poglavlje o *Pfandbriefu* odnosilo se upravo na ovakvo postupanje. Kada bi se druge banke i štedionice koje nemaju status *Pfandbrief*-banaka željele refinansirati putem emisije *Pfandbriefa*, one se moraju poslužiti licenciranom *Pfandbrief*-bankom, na način da na nju prenesu svoje kredite i odgovarajuće hipoteke. Mogućnost *Pfandbrief*-banaka da potraživanja koja ulaze u *Deckungsmasse* stiču od trećih lica predviđena je odredbama čl. 1 st. 2. *PfandbriefG*, ali je u praksi ovaj način formiranja *Deckungsmasse* nailazio na brojne prepreke koje se mogu podvesti pod zajednički imenitelj – nedovoljna rezistentnost u slučaju insolventnosti banke povjerioca. Definitivni prenos hipoteka i knjižnih zemljišnih dugova od strane treće banke ili drugog subjekta na *Pfandbrief*-banku pretpostavljao bi kompliciranu i skupu proceduru registracije svih tih prenosa u zemljišnoj knjizi.<sup>36</sup> Osim velikih troškova publikacija prenosa u zemljišnoj knjizi bi ujedno i dužnicima prenesenih hipotekarnih kredita objelodanila ovu transakciju, što u pravilu nije u interesu banke koja se na ovaj način refinansira. Prenos na osnovu romanskog *Treuhand* koji bi

---

<sup>35</sup> *Kreditwesengesetz* od 9. 9. 1998. god. (BGBl. I str. 2776), posljednja izmjena je uslijedila članom 1. Zakona od 15. 7. 2014. godine (BGBl. I str. 934).

<sup>36</sup> Potpunosti radi treba napomenuti da bi se upis prenosa u zemljišnoj knjizi mogao izbjeći i upotrebom zemljišnih dugova u obliku pisma (*Briefgrundschuld*) čiji prenos ne zahtijeva upis u zemljišnu knjigu nego se ravna po pravilima za prenos vrijednosnih papira. Međutim, u njemačkoj praksi prevladava upotreba knjižnih zemljišnih dugova (*Buchgrundschuld*) upravo zbog negativnih posljedica primjene pravila koja vrijede u pogledu pisma zemljišnog duga kao vrijednosnog papira (troškova izdavanja pisma zemljišnog duga, obaveze čuvanja papira, postupka amortizacije za slučaj gubitka odnosno propasti papira i sl.).

polučio odgovarajućim zaštitnim efektima u izvršnom i stečajnom postupku pri tome ovdje ne dolazi u obzir zbog djelovanja principa neposrednosti, koji sprečava mogućnost izlučenja. Princip neposrednosti bi zahtijevao da hipotekarni dužnik zasnuje hipoteku za *Pfandbrief*-banku, koja bi je onda prenijela na banku koja se refinansira uz pomoć *Pfandbrief*-banke, da bi ona držala ta sredstva osiguranja kao *Treuhändera*. Ovaj redosljed poteza u ovim okolnostima nema nikakvog smisla, jer je banka već titular potraživanja i sredstava osiguranja i treba ih nastaviti držati u korist *Pfandbrief*-banke kao *Treuhänder*, dok se *Pfandbrief*-banci priznaje izlučno pravo. Te je efekte *Treuhanda* u ovoj konstelaciji refinansiranja nemoguće postići (Stöcker, 2006, str. 404).

Uvođenjem registra refinansiranja navedeni problem je zaobiđen. Ukoliko je predmet refinansiranja tj. odgovarajući hipotekarni krediti i njihova sredstva osiguranja, registriran u registru refinansiranja, onda se u svrhe ovog zakona fingira da je došlo do punopravnog prenosa na *Pfandbrief*-banku bez obzira na postojeće upise u zemljišnoj knjizi (Fleckner, 2005, str. 2735). Na taj način banka koja želi da se refinansira uz pomoć *Pfandbrief*-banke (u daljem tekstu: banka) ostaje formalnopravni titular kredita koja čine *Deckungsmasse* i u zemljišnim knjigama ostaje upisana kao hipotekarni povjerilac. Registracijom kredita koji trebaju ući u *Deckungsmasse* u registar refinansiranja koji vodi banka, *Pfandbrief*-banka stiče izlučno pravo u stečaju banke, koje ga ovlašćuje da zahtijeva prenos objekta refinansiranja, čime prodaja biva definitivno provedena. Ustvari upis u registar refinansiranja ima dejstvo prenosa, odnosno prodaje čija je definitivna provedba, međutim, odgođena do stečaja prenosioca tj. banke. *Pfandbrief*-banka samo stiče zahtjev usmjeren na prenos koji je pri tome rezistentan na stečaj prenosioca (Fleckner, 2005, str. 2735). Ova konstrukcija podsjeća na pravo u očekivanju. Dodatnu sigurnost pruža i činjenica što se zaštita od stečaja proteže i na sve surogate izvorno registriranih predmeta refinansiranja (subrogacija), što je u skladu s dinamičnom prirodom *Deckungsmasse* kod *Pfandbriefa*.

U ovoj konstrukciji posredstvom registra refinansiranja u refinansiranju preko *Pfandbrief*-banke može učestvovati više manjih banaka, pri čemu svaka za svoje kredite koji ulaze u *Deckungsmasse* vodi registar refinansiranja. Na ovaj način nema potrebe za angažiranjem posebnog *Sicherheitentreuhändera*. U pogledu administracije registra i tretmana registriranih potraživanja važi režim vrlo sličan onome koji vrijedi i za *Deckungsregister* (*supra*). BaFin imenuje nezavisnog revizora za svaki registar refinansiranja po uzoru na *Pfandbrieftreuhändera* (čl. 22e KWG), a u slučaju stečaja banke koja vodi registar, stečajni sud imenuje posebnog upravnika koji upravlja registrom (čl. 22n KWG).

Specifičnosti *Treuhand* u svrhu refinansiranja leže upravo u nedostatku formalnopravnog prenosa kojeg zamjenjuje registracija praćena odgovarajućom fikcijom. Banka kredite koji ulaze u *Deckungsmasse* za emitirane *Pfandbriefe* prestaje držati u vlastitu korist, nego ih drži kao *Treuhänder* u korist *Pfandbrief*-banke. U tom smislu ni ovaj oblik *Treuhand* ne predstavlja trust u skladu sa svim kriterijima postavljenim u ovom radu, ali ipak predstavlja efikasan mehanizam koji svim involviranim subjektima, a naročito povjericima *Pfandbriefa* nudi odgovarajući stepen zaštite.

### III.1.2. Francuske *obligations foncières*

Francuska inačica njemačkog *Pfandbriefa* – *l'obligation foncière* (OF) razvija se sredinom 19. stoljeća<sup>37</sup> i pokazuje brojne specifičnosti u odnosu na *Pfandbrief* kao i generalno u odnosu na evropski model CB. *De lege lata* se uređenje OF bazira na zakonu iz 1999. godine,<sup>38</sup> koji je značajnije reformiran zakonodavnim intervencijama 2010. i 2011. godine.<sup>39</sup> Pri tome OF nisu jedini tip CB na francuskom tržištu,<sup>40</sup> ali je zasigurno tradicionalni i najrazvijeniji, a razlike s aspekta onih karakteristika koje nas za svrhe ovog rada zanimaju nisu velike, zbog čega će se dalje izlaganje fokusirati na OF.

Specifičnost francuskog CB sistema predstavlja upotreba posebnog subjekta – SPV-a u vidu posebno osnovanog instituta ograničene namjene, što jako podsjeća na sekuritizaciju u okviru MBS modela (*infra* III.2.). OF izdaje

---

<sup>37</sup> O historijskom nastanku i genezi *obligation foncière* vidi: Schmidt-Modrow, 2010, str. 15 i dalje.

<sup>38</sup> Loi no 99-532 od 25. juna 1999. god. relative à l'épargne et à la sécurité financière (J.O. no 148 od 29. juna 1999. god., str. 9487).

<sup>39</sup> Loi no. 2010-1249 od 22. oktobra 2010. god. de régulation bancaire et financière (1), (JORF n°0247 od 23. oktobra 2010. god. str. 18984) i dekretima Décret n° 2011-244 od 4. marta 2011. god. relatif aux obligations foncières i Décret n° 2011-205 od 23. februara 2011. god. relatif aux sociétés de crédit foncier et aux sociétés de financement de l'habitat.

<sup>40</sup> Francusko CB tržište je razuđeno, što je posljedica činjenice da je ono razvijano i ekspanzirano stvaranjem različitih zakonskih okvira prvenstveno u cilju proširivanja baze imovine koja može biti pokriće za CB. Pored OF koje izdaje *Société de Crédit Foncier* refinansiranje stambenih kredita moguće je i posredstvom instituta *Caisse de Refinancement de l'Habitat* koja izdaje tzv. CRH obveznice. Tokom 2000-ih godina u Francuskoj se razvilo i tržište strukturiranih CB bez zakonske podloge, prvenstveno u cilju izbjegavanja relativno strogog regulatornog okvira u pogledu CRH i OF. Kako bi se i ovim strukturiranim CB aranžmanima dala zakonska podloga je 2010. i 2011. godine došlo do jačanja pravnog okvira u odnosu na OF (fn. 216.), kao i stvaranja treće strukture za emisiju CB – *Sociétés de financement de l'habitat*, koja izdaje tzv. *Obligations de Financement de l'Habitat* (OFH). Vidi: Boyce & Malaterre, 2013. U literaturi se pri tome često OF i OFH zbrajaju pod pojam OF.

posebni institut tzv. *société de crédit foncières* (SCF)<sup>41</sup> koji čini poveznicu između banke koja želi da se refinansira i investitora na finansijskom tržištu. SCF imaju poseban status finansijskog instituta koji pruža javne usluge koje se sastoje u odobravanju i refinansiranju dugoročnih kredita (Schmidt-Modrow, 2010, str. 53). Pri tome je poslovna djelatnost SCF vrlo ograničena, zbog čega se povlači paralela između SCF i SPV-a. Naime, za razliku od njemačkih *Pfandbrief*-banaka, koje su samostalni kreditni instituti, SCF u pravilu osnivaju velike banke kao društva kćerke, pri čemu banka osnivač prenosi svoje kredite i odgovarajuća sredstva osiguranja na SCF koje SCF plaća iz sredstava koja stiže plasiranjem OF na tržištu.<sup>42</sup> Zakon pri tome izričito propisuje nezavisnost SCF u odnosu na banku majku, tako da stečaj banke majke nema uticaja na SCF i obrnuto. SCF unatoč pravnom subjektivitetu nema svoje uposlenike, te servisiranje prenesenih kredita u pravilu nastavlja banka majka (Schmidt-Modrow, 2010, str. 54).

### III.1.2.1. Zaštita investitora u OF

Prvi stub zaštite investitora u OF čini segregacija *poola* potraživanja i njihovih sredstava osiguranja prenosom na SCF koji je nezavisan od banke osnivača. Povjericima emitiranih OF zakon dodjeljuje prvenstveno pravo namirenja nad imovinom SCF-a (*Code monétaire et financier*, čl. L513-11). Za razliku od SPV-a u okviru MBS transakcija koji praktično ne može postati insolventan, kod SCF ova mogućnost načelno postoji, jer SCF ima i određeno, premda ograničeno, aktivno poslovanje. Eventualno otvaranje stečajnog postupka pri tome ne utiče na rokove dospelja po emitiranim OF.

SCF stoji pod posebnim nadzorom francuske Agencije za bankarstvo (*Autorité du Contrôle Prudentiel*) s jedne strane, te posebnog kontrolora (*contrôleur spécifique*) i njegovog zamjenika, kojeg imenuje rukovodstvo SCF uz saglasnost Agencije za bankarstvo na četiri godine za svaku SCF iz reda finansijskih revizora, a koji je prije svega zadužen za nadzor *cover poola*<sup>43</sup> (*Code monétaire et financier*, čl. L513-23). On nije ovlašten direktno izricati mjere protiv SCF, ali je obavezan informirati Agenciju za bankarstvo koja može po potrebi neposredno djelovati. Položaj francuskog *contrôleur spécifique* uporediv je s položajem njemačkog *Pfandbrieftreuhändera* (Schmidt-Modrow,

---

<sup>41</sup> SCF su regulirani u knjizi V, prvi naslov, poglavlje III, sekcija 2, čl. L513-2 – L513-27 *Code monétaire et financier*, konsolidirana verzija od 2. augusta 2014. godine, dostupno *online*: [http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=09121C9AC233D48F0BC770E39117AFF3.tpdjo04v\\_2?cidTexte=LEGITEXT000006072026&dateTexte=20140813](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=09121C9AC233D48F0BC770E39117AFF3.tpdjo04v_2?cidTexte=LEGITEXT000006072026&dateTexte=20140813) (august 2014.).

<sup>42</sup> SCF može i samostalno klijentima odobravati kredite.

<sup>43</sup> Detaljnije vidi: De Varax & Gonon, 2012.

2010, str. 54). Drugi stub se sastoji u regulaciji u pogledu *cover poola*, koji je dinamične prirode i čija vrijednost mora biti veća u odnosu na obaveze po emitiranim OF (Code monétaire et financier, čl. L513-1). Propisani procenat nadosiguranja iznosi najmanje 2% kao i u Njemačkoj. Treći stub zaštite čini rejting koji OF dobijaju od strane nezavisnih rejting agencija.<sup>44</sup>

Francuski model CB se zbog prenosa potraživanja i sredstava osiguranja tih potraživanja približava MBS modelu. SCF ima status privrednog društva i prenosom se postižu segregacijski efekti bez upotrebe trust-konstrukcije. Sve ove strukture potiču od prije uvođenja *fiducie* – francuskog trust ekvivalenta uvedenog 2007. godine (Marini, 2007, str. 5 i dalje; Szemjonneck, 2010, str. 581), pa se one zbog toga i ne baziraju na toj konstrukciji.

### **III.2. Mortgage Backed Securities (MBS)**

Noviji model refinansiranja u odnosu na CB, koji se prvi put razvija 70-ih godina prošlog vijeka u SAD-u,<sup>45</sup> predstavlja sekuritizacija putem ABS, odnosno, kada se portfolio sekuritiziranih potraživanja sastoji od hipotekarnih kredita, MBS. Iz SAD-a se, međutim, ovaj model proširio i na druge zemlje, uključujući i one evropskokontinentalnog prava. Danas se u pojedinim zemljama, neovisno o tome pripadaju li *civil law* ili *Common law* pravnoj tradiciji, upotrebljavaju oba modela refinansiranja, iako, u pravilu u *Common law* zemljama dominira upotreba MBS, a u *civil law* zemljama CB.

Kod MBS modela se određeni portfolio kredita ili pak kreditnih rizika (*infra*) sekuritizira emisijom prenosivih obveznica. Plaćanje kamata i glavnice po ovim obveznicama je, kao i kod CB, određeno novčanim tokovima po sekuritiziranim kreditima (Bauersfeld, 2007, str. 89). Razlikujemo tradicionalnu, odnosno klasičnu sekuritizaciju od sintetičke sekuritizacije. Tradicionalna sekuritizacija je tzv. *true sale* sekuritizacija, kod koje dolazi do prenosa kreditnih potraživanja kreditnog instituta tzv. originatora sekuritizacije na subjekt posebne namjene (u daljem tekstu: SPV),<sup>46</sup> koji tu kupovinu finansira tako što izdaje, te neposredno ili posredno investitorima na tržištu kapitala prodaje vrijednosne papire s pokrićem u tim kreditima. Na taj način se originator potpuno oslobađa svih rizika naplate tih potraživanja, jer ona nisu više u njegovoj bilanci. Kod *true sale* sekuritizacije sekuritizirana se imovina, dakle, u potpunosti izdvaja iz imovine inicijatora, ne ulazi u

---

<sup>44</sup> Ovo je još jedna sličnost između OF i MBS. Detaljnije: Schmidt-Modrow, 2010, str. 46–53.

<sup>45</sup> Više o historijskom razvoju i razlozima nastanka ovog modela refinansiranja vidi: Bauersfeld, 2007, str. 100–102.

<sup>46</sup> Detaljno o pojmu i karakteristikama SPV: Gorton & Souleles, 2007, str. 549 i dalje.

njegovu imovinu i ne može se upotrebljavati za namirenje njegovih povjerilaca (Madir, 2009, str. 35). *True sale* sekuritizacija se iz navedenih razloga smatra tzv. *off-balance sheet* instrumentom tj. vanbilansnim instrumentom.<sup>47</sup>

Za razliku od *true sale* sekuritizacije, sintetička sekuritizacija ne pretpostavlja prenos potraživanja na SPV, nego se zasniva na upotrebi kreditnih derivata (*credit default swaps*),<sup>48</sup> čime se postiže samo prenos kreditnog rizika referentnog portfolija bilo na drugi subjekt, bilo direktno na tržište kapitala, dok sam portfolio kredita ostaje kod originatora u njegovoj bilanci, pa u ovom slučaju govorimo o *on balance sheet* instrumentima. U tom pogledu sintetička sekuritizacija pokazuje sličnost s MCB, jer i MCB predstavljaju *on balance sheet* instrumente, dok je razlika u tome da originator u MCB modelu zadržava kreditni rizik, dok se kod sintetičke sekuritizacije rješava tog rizika. U nastavku ćemo se baviti samo *true sale* sekuritizacijom.

Osnovne razlike između *true sale* MBS i MCB se pored pitanja u čijoj se bilanci nalaze krediti ogledaju prvenstveno u tome što je *pool* pokrića za MBS, za razliku od dinamičnog *cover poola* kod MCB, statične prirode. To nužno implicira niži stepen zaštite investitora u MBS, jer nije moguća zamjena kredita slabijeg kvaliteta boljim. Osim toga, usljed potpunog prenosa *poola* na SPV, originator sekuritizacije svojom ostalom imovinom više ne odgovara svojom imovinom za obaveze po emitiranim MBS (Schwarcz, 2013, str. 143–144). Osnovnu sličnost između MCB i MBS predstavlja pri tome nastojanje da se postigne otpornost, odnosno rezistentnost na insolventnost (Schwarcz, 2013, str. 143). Ipak, način na koji se ovaj cilj ostvaruje je različit. Dok se ona u okviru MCB struktura u pravilu postiže posebnim zakonskim uređenjem, u MBS strukturama se ona postiže ugovornim aranžmanima uz upotrebu SPV-a.

SPV je ključni element *true sale* sekuritizacije koji je neophodan radi postizanja efekta segregacije imovine u cilju zaštite investitora u MBS. SPV osniva banka originator sekuritizacije i njegova jedina svrha je vezana za tu MBS transakciju, odnosno seriju transakcija. SPV može biti osnovan u obliku trusta ili privrednog društva, pri čemu se kod sekuritizacije u *common law*

---

<sup>47</sup> Da bi se zaista radilo o pravoj prodaji (*true sale*) i *pool* potraživanja potpuno odvojio od originatora, transakcija se ustvari odvija u dvije faze, odnosno pretpostavlja dvije prodaje. Prvu između originatora i tzv. depozitara, entiteta koji je potpuno odvojen kako od originatora, tako i od SPV-a, a čija je jedina funkcija da prenese stečeni *pool* na SPV i drugu između depozitara i SPV-a. Ove dvije transakcije se dešavaju simultano, tako da se u literaturi ističe da vlasništvo depozitara nad *poolom* traje “nanosekundu”. Vidi: McCandless, 2010, str. 1 i dalje.

<sup>48</sup> Detaljnije: Brandt, 2002, str. 243 i dalje.

zemljama najviše koristi forma trusta (Gorton & Souleles, 2007, str. 555). U tom smislu su emitirane MBS po svojoj prirodi tzv. *trust certificates*.

Kako je SPV samo svojevrsna prazna ljuska, nemajući niti fizičku lokaciju, niti i jednog zaposlenika (Gorton & Souleles, 2007, str. 550), pa SPV po definiciji ne raspolaže kapacitetima (ni ljudskim, niti bilo kojim drugim) potrebnim za upravljanje *poolom* potraživanja koja služe kao pokriće za MBS, za administraciju SPV-a su zaduženi *trustee* i tzv. serviser (*servicer*). Iako SPV kroz *true sale* mehanizam postaje nominalni titular kredita koji čine pokriće za emitirane MBS u korist investitora, on servisiranje kredita prepušta trećem licu – najčešće banci originatoru, koja na taj način nastavlja servisirati kredite prema svojim dužnicima. Osim toga, SPV u pravilu stečena sredstva osiguranja prenosi dalje na *security trusteeja* koji je zadužen za upravljanje *poolom* pokrića.

Iako se generalno služe trust konstrukcijama, u pogledu položaja *trusteeja* u sekuritizacijskim transakcijama, premda su osnovne obaveze *trusteeja* približno jednake, postoje određene razlike između SAD-a i Velike Britanije. Kao kod svakog trusta, nadležnosti, prava i obaveze *trusteeja* su definirane odgovarajućom transakcijskom dokumentacijom odnosno dokumentacijom kojom se osniva trust. U Velikoj Britaniji se i kod ovih trustova upotrebljava klasični *trust deed* kao isprava za nastanak trusta, dok se u SAD u ovom kontekstu upotrebljava tzv. *trust indenture*<sup>49</sup>, i *trustee* postaje tzv. *indenture trustee*. Razlika se ogleda u činjenici da se na *trust indenture* i *indenture trusteeja* odnosi poseban set kodificiranih pravila sadržanih u tzv. *Trust Indenture Act (TIA)*,<sup>50</sup> dok u Velikoj Britaniji ne postoji poseban zakon koji uređuje obaveze *trusteeja* u ovom kontekstu, nego se one izvode iz općih pravila prava *trusta* i iz *trust deeda*, te ostale transakcijske dokumentacije poput ugovora o formiranju *poola* i servisiranju (*pooling and servicing agreement*, PSA). Za razliku od *trust deeda*, koji se izrađuje za svaku pojedinačnu transakciju i čiji sadržaj može s tim u vezi da varira od slučaja do slučaja, *trust indenture* predstavlja manje više formularnu ispravu kojom su nadležnosti, prava i obaveze *trusteeja* striktno omeđene, te se on ravna striktno prema *trust indentureu* kao svojevrsnim procesnim pravilima, dok *trustee* u Velikoj Britaniji ima veći stepen diskrecije (Norton, 2009, str. 2). Stepem pažnje, a time i odgovornost *trusteeja* u okviru sekuritizacijskih transakcija je veći u

---

<sup>49</sup> Naziv potiče od terminologije uobičajene za obveznice. *Bond indenture* je isprava koja sadrži osnovne informacije i uslove koji se odnose na emitiranu obveznicu poput roka dospjeća, kamate, konvertibilnosti i sl.

<sup>50</sup> *Trust Indenture Act of 1939* (Title 15 United States Code, Chapter 2a, Subchapter III, §§ 77aaa – 77bbb). <https://www.sec.gov/about/laws/tia39.pdf>



Velikoj Britaniji i iz razloga što TIA za američkog *indenture trusteeja* striktno određuje stepen pažnje *trusteeja* putem tzv. standarda savjesnog čovjeka (*prudent man standard*), koji se u pravilu svodi na preispitivanje razumnosti akcija *trusteeja*, što se ne čini kao naročito visok standard.

U okviru cjelokupne transakcije sekuritizacije po MBS modelu može učestvovati niz različitih *trusteeja* (Cook & Sala, 1998, str. 67), poput *security trusteeja* i *indenture trusteeja*, mada nema prepreke da sve poslove obavlja i jedan *trustee*.<sup>51</sup> Njegova osnovna obaveza sastoji se u zaštiti interesa investitora kao beneficijara trusta i u staranju o tome da SPV obavi sve zadatke preuzete u skladu s ugovornim aranžmanom. On je obavezan osigurati da je SPV stekao prava na prenesenim potraživanjima bez ikakvih opterećenja i ograničenja i da su sredstva osiguranja potraživanja valjana nastala. On nadgleda servisiranje kredita u smislu praćenja novčanih tokova na osnovu kojih se vrše kalkulacije i isplate po MBS i općenito vrši monitoring cjelokupne transakcije i svih involviranih aktera. U tom smislu *trustee* nerijetko obavlja i poslove za koje bi se inače angažirali drugi subjekti, poput poreskog izvještavanja, poslova registrara, platne službe i sl. (Cook & Sala, 1998, str. 69), iako on za obavljanje ovih poslova može konsultirati i angažirati druge stručnjake iz pojedinih oblasti. Sve opisane uloge *trusteeja* više obilježava pasivnost nego aktivno djelovanje, zbog čega se u literaturi ističe kako su obaveze *indenture trusteeja* više administrativne, nego fiducijarne (Schwarcz & Sergi, 2008, str. 1040).

Ograničavanje uloge *trusteeja* i na taj način indirektno i njegove odgovornosti je, između ostalog, i posljedica izrazito velike vrijednosti MBS transakcije koja je nesrazmjerna u odnosu na naknadu *trusteeja* za njegove usluge, što ne opravdava njegovu preveliku odgovornost za cjelokupnu transakciju.<sup>52</sup> U nedostatku odgovarajuće razrade obaveza *trusteeja* u okviru ovakvih transakcija s jedne i nemogućnosti analogne primjene tradicionalnog prava trusta, tj. onog koje se odnosi na trustove van komercijalnog konteksta s druge strane, u literaturi se kritizira kako sekuritizacijski *trusteeji* više energije i truda ulažu u sprečavanje i ograničavanje vlastite odgovornosti, nego u zaštitu prava beneficijara tj. investitora (Schwarcz & Sergi, 2008, str. 1041).

Pasivna uloga *trusteeja* se pri tome bitno mijenja ukoliko dođe do kašnjenja, odnosno izostanka plaćanja obaveza po MBS (*default*) i postaje značajno aktivnija i poprima više fiducijarni karakter. S obzirom na to da u zavisnosti

---

<sup>51</sup> Radi se svakako o korporativnom *trusteeju*, ne o pojedinačnom fizičkom licu.

<sup>52</sup> Vidi bijelu knjigu izdatu od strane American Bankers Association's Trust Committee, 2010.

od konkretnih okolnosti problemi u vezi s plaćanjem obaveza po MBS mogu imati različite uzroke, *trustee* u ovoj fazi ima daleko više diskrecione moći. On tada obavještava investitore s kojim usaglašava dalje korake, te vodi neophodne pregovore. On je ovlašten zamijeniti servisera ukoliko on u toj fazi transakcije ne obavlja svoje obaveze na način koji je najbolji za investitore. U tim situacijama on može preuzeti funkciju servisera, ili to učiniti samo privremeno, dok ne odredi novog. U slučaju da je neophodno namirenje investitora iz vrijednosti *poola* pokrića, on ili pak drugi *trustee*, koji vrši funkciju *security trusteeja* provodi sve neophodne korake s tim u vezi.

Kao posljedica finansijske krize, *trusteeji* u okviru sekuritizacijskih struktura izloženi su kritikama i morali su se suočiti s nizom problema i pitanja koja nisu bila anticipirana prilikom izrade transakcijske dokumentacije, te se pokazalo da će u budućnosti biti potrebno daleko detaljnije definirati prava i obaveze, kao i odgovornost *trusteeja* i to prije svega u kriznim situacijama (Buckley, 2010, str. 47 i dalje).

### **III.2.1. MBS strukture u zemljama evropskokontinentalnog prava**

Od devedesetih godina prošlog vijeka brojne su države kontinentalnog prava nastojale stvoriti uslove za upotrebu sekuritizacije putem ABS odnosno MBS kao novog modela refinansiranja. Za razliku od CB struktura, koje su se, usljed duge pravne tradicije relativno lako dalje razvijale, sekuritizacija putem MBS je u pravilu zahtijevala značajnije intervencije i reforme.

Naravno, od 2007. godine na ovamo entuzijazam u pogledu sekuritizacije je splasnuo, te su obustavljene i brojne aktivnosti koje su ciljale na omogućavanje i dalji razvoj ovog modela refinansiranja. Ipak, o tržištu MBS, iako ne velikom, može se govoriti kako u Njemačkoj, tako i u Francuskoj.<sup>53</sup>

U Njemačkoj je najveći problem za upotrebu refinansiranja putem MBS predstavljao rizik insolventnosti originatora (Fleckner, 2005, str. 2734). Kao što je već ranije izloženo (*supra* III.1.1.2.) prenos svih potraživanja i odgovarajućih hipoteka nije dolazio u obzir s originatora na SPV zbog pravila zemljišnoknjižnog prava i troškova koje taj prenos izaziva. Držanje potraživanja i odgovarajućih osiguranja od strane originatora u korist SPV-a na temelju njemačkog *Treuhand*a SPV-u nije davalo dovoljnu sigurnost u slučaju insolventnosti originatora jer konstelacija ne dozvoljava djelovanje principa neposrednosti. Ovaj problem je u velikoj mjeri riješen uvođenjem registra refinansiranja. Posredstvom ovog registra je u Njemačkoj omogućena

---

<sup>53</sup> MBS model refinansiranja su uvele i Italija i Španija, kao i neke tranzicijske zemlje poput Rumunije i Poljske.

*true-sale* sekuritizacija, a da se ustvari ne dešava stvarni prenos kreditnih potraživanja i njihovih sredstava osiguranja, nego se registracijom u registru refinansiranja ovaj prenos samo fingira. Originator ostaje vlasnik potraživanja, a SPV samo stiže zahtjev na prenos koji je rezistentan na insolventnost originatora, odnosno, drugim riječima, u slučaju insolventnosti originatora SPV stiže izlučno pravo. Iz ove konstelacije i dalje proizlazi svojevrsni rizik da će originator prije insolventnosti eventualno raspolagati navedenim potraživanjima, ili će biti pokrenut izvršni postupak u cilju realizacije hipoteka, ali je načelno time učinjen veliki korak ka široj upotrebi ovog modela refinansiranja u Njemačkoj. Pri tome se, iako se u literaturi govori o *Treuhandu* u svrhu refinansiranja, ustvari radi o specifičnoj vrsti *Treuhand*a za čije postojanje registar finansiranja igra ključnu ulogu i koji ne ispunjava kriterije trusta iz ovog rada.

U Francuskoj se prve transakcije MBS sekuritizacije pod nazivom *titrisation de créances* odnosno samo *titrisation* javljaju 80-ih godina prošlog vijeka i predmet su prve zakonske regulacije ovog modela refinansiranja u Evropi.<sup>54</sup> U Francuskoj su razlike između OF kao vrste CB i ABS odnosno MBS kao rezultata *titrisation* manje izražene, nego što je to inače slučaj. Jedan od osnovnih razloga leži u činjenici da se u okviru oba modela osniva posebni pravni subjekt na koji se prenose potraživanja i osiguranja, a koji izdaje vrijednosne papire s pokrićem u tim potraživanjima i sredstvima njihovog osiguranja.

Određene razlike ipak postoje. Subjekti koji se osnivaju u okviru OF režima i MBS režima razlikuju se po nekoliko temeljnih karakteristika. Za emisiju MBS osnivaju se SPV bilo u vidu tzv. *fonds commun de titrisation* odnosno *fonds commun de créances*, koji su po svojoj pravnoj prirodi fondovi bez pravne osobnosti poput investicijskih fondova – *fonds commun de placement* (*supra* IV.B.3.2.4.), kojim upravlja društvo za upravljanje – *société de gestion*, ili pak društva kapitala u vidu tzv. *société de titrisation*.<sup>55</sup> U poređenju sa SCF ovi subjekti su bitno ograničeniji u pogledu svoje djelatnosti, te im je zabranjeno bilo kakvo samostalno kreditno poslovanje. S tim u vezi oni pokazuju izraženije karakteristike klasičnog SPV-a. Regulatorna potiče iz doba prije uvođenja *fiducie*, čije uvođenje nije uslijedilo bilo kakvim promjenama u pogledu organizacije transakcija *titrisation*.

---

<sup>54</sup> Loi no 88-1201 od 23. decembra 1988. godine.

<sup>55</sup> U biti radi se o istim organizacijskim oblicima koji stoje na raspolaganju za organizme kolektivnog investiranja u Francuskoj (*supra* IV.B.3.2.4.).

Sudionici MBS transakcije uz pomoć fondovskog modela su banka<sup>56</sup> originator (*l'initiateur*), koja cedira svoja potraživanja i sredstva osiguranja tih potraživanja na *fonds commun de titrisation* u okviru kojeg postoji i društvo za upravljanje i banka skrbnik. Investitori u emitirane MBS postaju suvlasnici fonda. Prenos s originatora na fond dešava se uz pomoć tzv. *cession Dailly*, jednog od starijih oblika inominatne *fiducie* u francuskom pravu, koja je svojevrsni pandan cesiji u svrhu osiguranja.<sup>57</sup> Originator prema vani nastavlja držati potraživanja i sredstva osiguranja za fond. Cesija stiče pravno dejstvo prema trećima sačinjavanjem spiska potraživanja (*bordereau*) i sredstava osiguranja koji se predaje cesionaru. Na ovaj način se pravno valjano prenose i sredstva osiguranja na nekretninama na cesionara (Reichard, 2013, str. 42–43). Ovo postupanje podsjeća na sekuritizaciju pomoću njemačkog registra finansiranja s bitnom razlikom da za razliku od važeće fikcije u njemačkom pravu, u Francuskoj zaista dolazi do prenosa, čime se ova konstrukcija više približava trustu.

#### **IV. Zaključak**

Globalno finansijsko tržište dovodi do konvergencije različitih rješenja, pa ni analizirani modeli refinansiranja više nisu rezervirani za pojedine pravne krugove u okviru kojih su nastali, nego se upotrebljavaju neovisno o njihovom izvornom porijeklu. Nakon nedavne finansijske krize vezane upravo za transakcije sekuritizacije, čini se kao da se određena prednost daje instrumentima koji se baziraju na CB odnosno MCB, mada ovi instrumenti ne mogu u potpunosti potisnuti sekuritizaciju putem ABS odnosno MBS.

Osnovnu sličnost između MCB i MBS predstavlja nastojanje da se postigne otpornost, odnosno rezistentnost na insolventnost, koja se postiže segregacijom *poola* pokrića. Ipak, način na koji se ovaj cilj ostvaruje je različit. *Pool* pokrića iz kojeg se namiruju investitori u MCB, iako ostaje u bilanci emitenta čini segregiranu imovinu, a segregacija se postiže izričitim propisivanjem prioriteta u namirenju, dakle posebnim zakonskim uređenjem. U MBS strukturama se ona postiže ugovornim aranžmanima uz upotrebu SPV-a. Segregacija se kod MBS struktura postiže odvajanjem *poola* pokrića od ostale imovine emitenta bilo potpunim prenosom potraživanja u okviru tzv. *true sale* sekuritizacije, ili pak samo prenosom rizika uz upotrebu kreditnih

---

<sup>56</sup> Mada to pored banke može biti i osiguravajuće društvo ili bilo koje drugo društvo.

<sup>57</sup> Ovaj oblik cesije u svrhu osiguranja nazvan je po imenu autora zakona Dailly. Detaljnije vidi: Barrière, 2013, str. 112–113; Također Ernst, 2011, str. 76 i dalje.

derivata kod tzv. sintetičke sekuritizacije na SPV. Sam SPV se može, ali ne mora javiti u obliku trusta.

Temelj zaštite investitora u MCB, koliko god različite pojedine tehnike bile od države do države, čini nekoliko zajedničkih principa koji vrijede na nivou EU. To su zakonska utemeljenost, princip pokrića i prioritetnog namirenja u slučaju insolventnosti emitenta.

U okviru oba modela refinansiranja – CB i MBS, situacija je od države do države vrlo raznolika. U Njemačkoj se potrebni efekti segregacije ne postižu punopravnim prenosom nego registracijom imovine u posebnom registru dok ona ostaje kod prvobitnog vlasnika. Ustvari rješenje podsjeća na uspostavljanje trusta putem samoproglašenja (*self-declaration of trust*) koje je moguće u *Common law* zemljama, gdje se sam osnivač proglašava *trusteejem* u pogledu određene imovine. Uz to se nad registriranim *poolom* uspostavlja vanjski nezavisni nadzor od strane *Treuhändera*, pri čemu njegovo takvo označavanje samo zbunjuje, jer mu nedostaju osnovne prerogative. On prije svega nije titular *poola* niti aktivno njime upravlja. On ima samo kontrolnu funkciju.

U Francuskoj dolazi do punopravnog prenosa na posebno osnovane pravne subjekte organizirane bilo u vidu fondova, bilo u vidu društva kapitala.

U *common law* državama se za SPV u praksi najčešće bira forma trusta, ali je moguć i oblik društva kapitala, slično kao i u francuskom pravu. I ovdje je *trusteejev* položaj značajno ograničeniji u odnosu na njegovu ulogu unutar trustova izvan komercijalnog konteksta<sup>58</sup>, što je u SAD-u još izraženije nego u Velikoj Britaniji. Njegove obaveze se karakteriziraju više kao administrativne nego kao fiducijarne.

Čini se da potreba za trust konstrukcijom u okviru refinansiranja nije previše izražena jer postoje odgovarajuće alternative, upotreba trusta u ovom kontekstu ne bi nužno dovela ni do pravno-tehnički jednostavnijih rješenja, jer su ove transakcije nužno izrazito kompleksne.

---

<sup>58</sup> Trustovi u svrhu upravljanja imovine za slučaj smrti ili za života *trusteeju* omogućavaju najveći mogući (vlasnički) stepen diskrecije u donošenju odluka u pogledu upravljanja trust-fondom.

## **Bibliografija**

1. American Bankers Association's Trust Committee. (2010). *The Trustee's Role in Asset Backed Securities*. Preuzeto u maju 2014. sa <https://www.aba.com/aba/documents/press/RoleoftheTrusteeinAsset-BackedSecuritiesJuly2010.pdf>
2. Barrière, F. (2003). *The security fiducie in French law*. U: L. Smith (ur.) *The Worlds of the Trust* (str. 101–140). Cambridge: Cambridge University Press.
3. Bauersfeld, T. (2007). *Gedekte Instrumente zur Refinanzierung von Hypothekendarlehen*. Duisburg-Essen: Universität Duisburg-Essen.
4. Boyce & Malaterre, (2013). *The Frenche Covered Bond Market Explained*, Standard & Poor's Rating Services. Preuzeto u aprilu 2014. sa [http://twitdoc.com/upload/lisa\\_nugent/french-covered-bond-market-explained.pdf](http://twitdoc.com/upload/lisa_nugent/french-covered-bond-market-explained.pdf)
5. Brandt, S. (2002). Kreditderivate – Zentrale Aspekte innovativer Kapitalmarktprodukte, *BKR*, 243–254.
6. Brinkmann, M. (2011). *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen*, Tübingen: Mohr Siebeck.
7. Buckley, K. J. (2010). Securitization Trustee Issues. *The Journal of Structured Finance*, 16 (2), 47–52.
8. Carbo-Valverde, S., Rosen, R. J. & Rodriguez-Fernandez, F. (2011). Are covered bonds a substitute for mortgage backed securities?, Federal Reserve Bank of Chicago, 2011.
9. Coing, H. (1973). *Die Treuhand kraf privaten Rechtsgeschäfts*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
10. Cook, K. & Sala, F. J. D. (1998). The Role of the Trustee in Asset-Backed Securitization. U: F. Fabozzi (ur.), *Handbook of Structured Financial Products* (str. 67–78). New Jersey: John Wiley & Sons.
11. De Varax, M., & Gonon, F. (2012) Preserving the Attractiveness of French Covered Bonds. *IFLR*. Preuzeto u julu 2014. sa <http://www.iflr.com/Article/3063351/Preserving-the-attractiveness-of-French-covered-bonds.html>.
12. Ernst, H. (2011). *Funktionalizam u mobilijarnom osiguranju tražbina: doktorski rad*. Zagreb.
13. Fein, M. (2013). *Securities Activities of Banks* (4. ed.). New York: Wolters Kluwer.
14. Fleckner, A. M. (2005). Die Refinanzierungstreuhand, *Der Betrieb*, 50, 2733–2737.
15. Franke, G., & Krahn, J. P. (2008). The Future of Securitization. *CFS Working Paper*, 31.
16. Fratcher, W. F. (1974). Trust. U: *International Encyclopedia of Comparative Law* (Vol. VI, Property and Trust). Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck); New York: Oceana.
17. Gallanis, T. (2013). The contribution of fiduciary law. U: L. Smith (ured.). *The worlds of the trust* (str. 388–405). Cambridge: Cambridge University Press.

18. Gams, A. (1957). Trust u angloameričkom pravu, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, V (3), 299–312.
19. Gorton, G., & Souleles, N. (2007). Special Purpose Vehicles and Securitization. U: M. Carey & R. Stulz (ured.). *The Risks of Financial Institutions*. Chicago: University of Chicago Press.
20. Hansmann, H., & Mattei, U. (1998). The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis. *N.Y.U.L. Rev.* 73 (2), 434–479.
21. Hayton, D. J., Kortmann, S. C. J. J. & Verhagen, H. L. E. (ured.) (1999). *The Principles of European Trust Law*. The Hague: Kluwer Law International; Deventer: W. E. J. Tjeen Willing.
22. Ho, L. (2013). Trusts: the essentials. U: L. Smith (ured.). *The Worlds of the Trust* (str. 1–20). Cambridge: Cambridge University Press.
23. Hörnig, J. (2013). *Investmentrecht, Rechtliche Grundlagen für die Anlageberatung*. Wiesbaden: Springer.
24. Josipović, T. (2006). Njemački model refinansiranja hipotekarnih kredita izdavanjem vrijednosnih papira s pokrićem u hipotekarnim tražbinama, *Zbornik PFZ*, 56, Posebni broj, 281–314.
25. Koppmann, T. (2009). *Gedekte Schuldverschreibungen in Deutschland und Großbritannien, Pfandbriefe und UK Covered Bonds im Rechtsvergleich*. Berlin: De Gruyter.
26. Madir, J. (2009). *Tržišta kapitala*. Zagreb: Mate.
27. Marini, P. (2007, septembar). La fiducie enfin!, Dossier Fiducie, *JCP*.
28. McCandless, T. (2010). Securitized Mortgage: A Basic Roadmap. Preuzeto u maju 2014. sa: <http://timothymccandless.wordpress.com/2010/07/22/secritized-mortgage-a-basic-roadmap> (maj 2014).
29. Motzer, S. (2013). Partei kraft Amtes, ZPO, §116. *Münchener Kommentar zur ZPO* (4. Aufl.), Rn 6.
30. Norton, S. (2009). The role of a trustee in a default scenario. *STEP Journal*, 2009. Preuzeto u junu 2014. sa <http://www.step.org/role-trustee-default-scenario#sthash.SUPFdHZx.dpuf>
31. Oechsler, J. U: F. J. Säcker et al., (ured.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Sachenrecht* (str. 1046–1075), München: Beck.
32. Pettit, P. (2012). *Equity and the Law of Trusts*, (12. ed.). Gosport: Oxford University Press.
33. Prüm, T., & Thomas, S. (2011). Die neuen Rahmenbedingungen für Verbriefungen, *BKR*, 133–143.
34. Reichard, O. (2013). *Die neue fiducie des französischen Code Civil im Vergleich mit der deutschen Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts*. Baden Baden: Nomos.
35. Rudolf, M., & Sounders, A. (2009). *Refinancing Real Estate Loans – Lessons to be learned from the subprime crisis*. Berlin: vdp.

36. Schmidt-Modrow, M. (2010). *Gesetzliche Verbriefungsmodelle in Frankreich*. Baden-Baden: Nomos.
37. Schwarcz, S. L. (2009). The Future of Securitization. *Connecticut Law Review*, 41 (4), 1313–1325.
38. Schwarcz, S. L. (2011). The Conundrum of Covered Bonds. *The Business Lawyer*, 66, 561–586.
39. Schwarcz, S. L. (2013). Securitization, Structured Finance and Covered Bonds. *The Journal of Corporation Law*, 39 (1), 129–154.
40. Schwarcz, S. L., & Sergi, G. M. (2008). Bond Defaults and the Dilemma of the Indenture Trustee. *Alabama Law Review*, 59 (4), 1037–1073.
41. Softić Kadenić, D. (2013). Osiguranje konzorcijalnih kredita u uporednom pravu i praksi. *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, 11, 406–417.
42. Stöcker, O. (2006). The funding register – on the insolvency remoteness of a lend charge held in a fiduciary capacity. U: N. Aznar & G. Meleró, *The Trust, III Conference on Catalan Civil Law*. Madrid-Barcelona.
43. Szemjonneck, J. (2010). Die Fiducie im französischen Code Civil. *ZeUP*, 3, 562–587.
44. Thakor, A., & Simon, J. (2012). *The economic consequences of the Volcker rule*. Washington: Center for Capital Markets Competitiveness.
45. Thiele, A. C. F. G. (2003). *Collective Security Arrangements. A comparative study of Dutch, English and German law, Dissertation*. Amsterdam: Kluwer.
46. Thurner, V. (1994). *Grundfragen des Treuhandwesens*. Wien: Verlag Österreich.
47. Tolckmitt, J. & Stöcker, O. (2014). Die rechtlichen Grundlagen der Pfandbriefemission. U: *Der Pfandbrief 2014/15*. Berlin: vdp.
48. Umlauft, M. (1995). Die Treuhandenschaft aus zivilrechtlicher Sicht. U: P. Apathy (ured.), *Die Treuhandenschaft* (str. 16–68). Wien: Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung.
49. Virgo, G. (2012). *The Principles of Equity and Trusts*. Gosport: Oxford University Press.



**Darja Softić Kadenić, PhD**

Assistant Professor

**THE ROLE OF TRUSTS AND CONSTRUCTIONS SIMILAR  
TO TRUSTS WITHIN DIFFERENT INSTRUMENTS OF REFINANCING**

**Summary**

*In her paper, the author analyses the two most popular techniques of refinancing banks by a way of securitisation – European continental model, where the final product of securitisation is comprised of the so-called Covered bonds (CB) and Mortgage covered bonds (MCB), and the Anglo-American model with the so-called Asset backed securities (ABS) or Mortgage backed securities (MBS) as the result of securitisation, and also examines the role of the institute of trust within these models. The most prominent representatives of the European continental model CB are most certainly the German Pfandbrief and the French Obligation fonciers (OF), which received special attention in the paper.*

*The basic similarity between MCB and MBS represents the effort to achieve resilience, meaning resistance to insolvency, which is achieved by segregation of property which comprises the pool of coverage. However, the way in which this goal is achieved is different. While the general rule in terms of MCB structures is that it is achieved by special legal regulations, when MBS structures are concerned, it is achieved by contractual arrangements with the use of SPV. The SPV can, but not necessarily, appear in the form of a trust.*

*It is precisely the segregation of property that serves as the key link between the said instruments of refinancing with the institute of trust, but the mentioning of trusts, trustees, Treuhänders and similar in certain stages of transaction only acts confusing, because the field of securitisation does not include the trusts in their traditional sense. That is why the author believes that the institute of trust or some similar institute is not essential for successful functioning of any of the refinancing models.*

**Keywords:** *securitisation, refinancing, Mortgage Covered Bonds, Mortgage Backed Securities, trust.*



**Mr. Mehmed Bečić**

Viši asistent

m.becic@pfsa.unsa.ba

mehmed\_becic@hotmail.com

UDK 347.91/.95(497.6)“1878/1918”

Pregledni naučni rad

## **AUSTROUGARSKA REFORMA PRAVOSUĐA I GRAĐANSKOG POSTUPKA U BOSNI I HERCEGOVINI**

### **Sažetak**

*Ovim radom pokušavaju se rasvijetliti najvažnije historijske činjenice vezane za reformu sudstva i procesnog prava u Bosni i Hercegovini od 1878. do 1918. godine. U radu je prvenstveno izložena hronologija ove reforme, pri čemu su uočene njene tri glavne faze: faza provizornog uređenja, faza konačnog ili definitivnog uređenja i faza modernizacije. Navedene razvojne etape očitovale su se i u oblasti građanskog procesnog prava.*

*U okviru definitivnog uređenja pravosuđa, donošenjem Građanskog parničnog postupka za Bosnu i Hercegovinu 1883. godine, završeno je i zakonsko uređivanje procesnog prava pred redovnim sudovima. Njemu je prethodila upotreba proceduralnih pravila šerijatskih sudova (do 1878. godine), te primjena ugarsko-erdeljskog parničnog postupka (do 1883. godine).*

*Od novih institucija koje su uvedene u parnični postupak pred redovnim sudovima, posebna je pažnja posvećena “bagatelnom postupku”. U ovim procesima sudio je sudija pojedinac, uz obavezno učešće dva prisjednika iz naroda koji su birani srazmjerno po konfesionalnoj osnovi. Zbog jeftinog i brzog postupka bagatelni sudovi su brzo postali izuzetno prihvaćena institucija u narodu.*

*Rad je koncipiran kao historijsko-pravna analiza i zasnovan je uglavnom na historijskom metodi, te analizi arhivskih i normativnih izvora.*

**Ključne riječi:** *Građanski parnični postupak za Bosnu i Hercegovinu, recepcija, reforma, Austro-Ugarska, Bosna i Hercegovina, redovni sudovi.*

## Uvod

Konačnu organizaciju redovnih sudova u Bosni i Hercegovini dovršila je Austro-Ugarska. Taj posao podrazumijevao je i zakonsko reguliranje procesnog prava. Osmanska vlast nije uspjela da u okviru sudskih reformi (tanzimata) regulira pravila parničnog postupka za redovne sudove do 1878. godine, zbog čega je nova austrougarska vlast morala da traga za adekvatnim rješenjem od samog preuzimanja vlasti u Bosni i Hercegovini.

Ovim radom pokušavaju se rasvijetliti najvažnije historijske činjenice vezane za austrougarsku reformu sudstva i građanskog procesnog prava u Bosni i Hercegovini. Prvi dio rada posvećen je fazama reforme pravosuđa od 1878. do 1918. godine. Drugi dio rada tematizira pitanje primjene ugarskog-erdeljskog parničnog postupka u Bosni i Hercegovini, s posebnim osvrtom na rezultate njegove primjene u praksi redovnih sudova do 1883. godine. U trećem dijelu daje se kraći osvrt na Građanski parnični postupak iz 1883. godine i institut takozvanog "bagatelnog postupka".

Rad je koncipiran kao historijsko-pravna analiza i zasnovan je uglavnom na historijskom metodu. Pored toga, određena pitanja, kao što je istraživanje o uspješnosti u primjeni recipiranog procesnog prava, bit će podvrgnuta kvalitativnom i kvantitativnom ispitivanju. S obzirom na to da su pravno-historijske analize na ovu temu u literaturi potpuno izostale, rad se zasniva gotovo isključivo na normativnoj i arhivskoj građi.

### 1. Reforma pravosuđa nakon 1878.

U domaćoj nauci dominira shvatanje o kontinuitetu osmanskog prava i sudstva u Bosni i Hercegovini nakon okupacije 1878. godine (Imamović, 2007). Austro-Ugarska se odlučila za preuzimanje osmanskog pravnog i upravnog poretka koji bi se tek postepeno mijenjao. Tako je nakon okupacije načelno zadržana zatečena osmanska administrativno-sudska organizacija i njen pravni poredak (Imamović, 2003, str. 219).

To su zaključili i savremenici austrougarske uprave u Bosni i Hercegovini. Prvi autor koji je pisao o ovoj reformi prava u Bosni i Hercegovini bio je Eduard Eichler, savjetnik u Zemaljskoj vladi u Sarajevu, u knjizi *Das Justizwesen Bosniens und der Hercegovina* (Pravosuđe Bosne i Hercegovine) koju je izdala Zemaljska vlada 1889. godine. Eichler je od svog dolaska u Sarajevo, početkom septembra 1878. godine,<sup>1</sup> bio na čelu projekata reforme

---

<sup>1</sup> *Viesti sarajevske*, Bosansko-hercegovačke novine, br. 4, 12. septembar 1878.

sudstva i zakonodavstva u Bosni i Hercegovini. Spomenuta knjiga stekla je veliku popularnost neposredno nakon objavljivanja,<sup>2</sup> i bila je distribuirana za službenu upotrebu sudskih i upravnih organa u Bosni i Hercegovini.<sup>3</sup> S obzirom na to da je autor “proživio razvitak” pravnih i sudskih ustanova u Bosni i Hercegovini, te “najvećim dijelom učestvovao” u njihovom reformiranju,<sup>4</sup> ovo djelo se može smatrati primarnim izvorom za proučavanje pravnog razvitka i uređenja pravosuđa Bosne i Hercegovine do 1889. godine. Prema navodima Eichlera (1889), u Bosni i Hercegovini trebalo je očuvati i postojeće zakone i druge norme koje su važile prije okupacije, s izuzetkom svih onih propisa koji su bili u suprotnosti s općim pravnim načelima i interesima Austro-Ugarske (str. 129–130).

Sudstvo koje je Austro-Ugarska zatekla u Bosni i Hercegovini nastalo je u okviru “tanzimata”, odnosno reformi koje su zahvatile sve oblasti osmanskog državnog aparata polovinom XIX stoljeća.<sup>5</sup> U procesu reforme pravosuđa uspostavljeni su posebni trgovački, redovni (građanski) i šerijatski sudovi, koji su djelovali i u Bosanskom vilajetu do 1878. godine.

Trgovački sudovi (*mehakim-i tidžarije*) bili su nadležni za rješavanje trgovačkih predmeta osmanskih podanika na osnovu trgovačkog prava kodificiranog po uzoru na francuske zakone, dok su redovni sudovi (*mehakim-i nizamije*) imali opću nadležnost u rješavanju građanskih i krivičnih stvari po propisima državnih zakona (Karčić, 2005). Redovni sudovi su u Bosni formirani tokom 1865. i 1866. godine (Aličić, 1983, str. 140). Njihova organizacija i nadležnost bila je definirana Uredbom o organizaciji vilajeta (koja je provedena tokom 1865. i 1866. godine)<sup>6</sup> i Zakonom od 30. decembra 1871. godine (Eichler, 1889, str. 57).

Redovni sudovi su bili organizirani u tri stepena. Prvostepeni su bili kotarski (*medžlisi deavi*) i okružni sudovi (*medžlisi temjiz*). Drugostepeni sud je bio Zemaljski sud (*divani temjiz*) u Sarajevu, dok je apelacionu vlast u trećem stepenu vršio Vrhovni sud (*Divani ahkami adlije*) u Carigradu (Eichler, 1889, str. 60; Schmid, 1914, str. 118; Sikirić, 1937, str. 8).

---

<sup>2</sup> Sarajevski list, br. 13, 31. januar 1890.

<sup>3</sup> Arhiv BiH, ZVS – 119, Sudstvo, 106/76, 1890.

<sup>4</sup> Sarajevski list, br. 13, 31. januara 1890.

<sup>5</sup> O transformaciji Osmanskog carstva u periodu tanzimata, vidi: Karpat, 1972.

<sup>6</sup> Uredba je objavljena u *Bosanskom vjestniku* tokom 1866. godine. (*Ustavni zakon vilajeta bosanskog*, Bosanski vjestnik, br. 4 od 28. aprila 1866; br. 5 od 7. maja 1866; br. 6 od 14. maja 1866; br. 7 od 21. maja 1866; br. 8 od 28. maja 1866; br. 9 od 4. juna 1866; br. 10 od 11. juna 1866.)

Obje kategorije, trgovački i redovni sudovi, imali su u svojim redovima i prisjednike iz naroda koji su, pored profesionalnih sudaca – obrazovanih pravnika, učestvovali u donošenju odluka. Prisjednici redovnih sudova imali su obavezno mješoviti sastav u pogledu konfesionalne pripadnosti (jednak broj muslimana i nemuslimana).<sup>7</sup> Članovi trgovačkih sudova birani su iz reda trgovačkog staleža, bez obzira na vjersku pripadnost (Schmid, 1914, str. 117–118).

Sudovi s kadijama na čelu, koji su ranije imali opću nadležnost, pretvoreni su u posebne šerijatske sudove (*mehakim-i šerijje*) s ograničenim kompetencijama (Karčić, 2005, str. 19–21). Oni su bili raspoređeni na nivou kotara (kaza). Svaki kotar imao je po jednog kadiju, koji je kao inokosni sudija rješavao sporove na osnovu šerijatskog prava. Na presude šerijatskih sudova apelacija nije bila dozvoljena (Sikirić, 1937, str. 7), a u njihovu nadležnost spadali su svi predmeti za koje su, nakon provedenih tanzimatskih reformi, važili propisi šerijatskog prava. Njihove nadležnosti bile su precizirane Uredbom o uređenju šerijatskih sudova od 16. safera 1276. godine.<sup>8</sup>

Austro-Ugarska je zatekla i dva posebna pravno-sudska sistema u Bosni i Hercegovini. To su bili milletski (sudovi koji su rješavali porodične i nasljedne stvari kršćana i jevreja) i konzularni pravno-sudski sistem (Eichler, 1889, str. 47–49), koji se odnosio na jurisdikciju konzulata stranih sila nad njihovim građanima na teritoriji Osmanskog carstva.

Nastavak rada tako organiziranih sudova nakon austrougarske okupacije bio je reguliran naredbama i instrukcijama donesenim krajem 1878.<sup>9</sup> Ovim normativnim okvirom osmanska organizacija pravosuđa je već u prvoj fazi austrougarske uprave reformirana u određenim bitnim elementima. Među važnijim izmjenama treba navesti uvođenje dvostepenog sudstva, u kojem će Vrhovni sud u Sarajevu predstavljati najvišu sudsku instancu u zemlji (i za šerijatske sudove, kod kojih žalba ranije uopće nije bila dopuštena),<sup>10</sup> ukidanje trgovačkih sudova, ukidanje laičkog elementa (prisjednika) u redovnim sudovima i drugo.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> “§ 19. Presjednik glavnoga ovoga suda sam je načelnik pravosuđa, a članovi jesu šest građana, troica musulmanske, a troica ne musulmanske vjere.” Ustavni zakon Vilajeta bosanskog, Bosanski vjestnik, br. 4, 28. april 1866, 5.

<sup>8</sup> *Gesetz über den Wirkungskreis der Scheriatogerichte, vom 16. Sefer 1276 (1860)*, Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881, 476. (Ovaj zbornik citira se u daljem tekstu kao “Sammlung II”).

<sup>9</sup> Vidi: Circularerlass der Landesregierung in Sarajevo vom 30. December 1878, Nr. 436 Just, betreffend die Organisation der Gericht, Sammlung II, 4–5.

<sup>10</sup> Sammlung II, 3.

<sup>11</sup> “Bei allen obenerwähnten Gerichtsbehörden wäre die Beiziehung der Laienelemente in der Regel auszuschliessen...” (Sammlung II, 3.).

Na temelju tako izmijenjene osmanske strukture sudstva, austrougarske vlasti su nastavile s reformiranjem i sređivanjem pravosuđa u Bosni i Hercegovini. Na ovom mjestu bit će navedene najvažnije etape u procesu uređivanja pravosuđa tokom četrdesetogodišnje austrougarske uprave u Bosni i Hercegovini.

### **1.1. Faza provizornog uređenja**

Period od okupacije do sredine 1882. mogao bi se definirati kao privremeno ili “provizorno uređenje” sudstva i uprave u Bosni i Hercegovini (Eichler, 1889, str. 105). Od najvažnijih projekata na prvom mjestu treba spomenuti uspostavu Vrhovnog suda za Bosnu i Hercegovinu u julu 1879. godine,<sup>12</sup> zatim donošenje Krivičnog postupka 31. augusta 1880. godine,<sup>13</sup> te Napatka (Instrukcije) za sudove 18. marta 1881. godine, kojim su regulirana brojna organizaciona pitanja sudstva.<sup>14</sup> Do 1882. godine ukinuta je konzularna jurisdikcija (Eichler, 1889, str. 169–171; Imamović, 2007, str. 43–44),<sup>15</sup> a doneseni su i drugi normativni akti kojima je Austro-Ugarska nastojala srediti oblast pravosuđa, stvarajući tako osnove za njegovo definitivno uređenje.

Uređenju pravosuđa nešto se ozbiljnije pristupilo od sredine 1881. godine. Iz službenih dopisa Zemaljske vlade saznajemo da su u tu svrhu formirane posebne komisije koje su sastavljale svoje prijedloge neophodnih mjera.<sup>16</sup> Tako se u decembru 1881. godine u Beču sastala komisija članova obje vlade Monarhije i predstavnika odjela za pravosuđe bosanskohercegovačke Zemaljske vlade. Ona je, pod predsjedavanjem za reformu pravosuđa posebno imenovanog činovnika, sačinila svoje prijedloge neophodnih mjera za uređenje pravosuđa i zakonodavstva u Bosni i Hercegovini. Komisija je, između ostalog, dala prijedloge o reformi procesnog prava, zatim o uređenju pitanja nadležnosti sudova, te o organizaciji odvjetnika u Bosni i Hercegovini (Eichler, 1889, str. 203–212). Ovi su projekti realizirani u godinama koje su uslijedile, kada je cjelokupna administracija dobila svoje definitivno uređenje.

---

<sup>12</sup> Verordnung der Landesregierung in Sarajevo vom 6. Juli 1879, Nr. 11287, Just. 2011, betreffend die Constituirung des Obergerichtes, Sammlung II, 21.; Verordnung der Landesregierung in Sarajevo vom 17. Juli 1879, Nr. 1390 Praes, betreffend die Instruction fuer das Obergericht in Sarajevo, Sammlung II, 22–25.

<sup>13</sup> Straffprozessordnung, Sammlung II, 191–265.

<sup>14</sup> Okružnica zemaljske vlade za Bosnu i Hercegovinu od 1. maja 1881, broj 1980, kojom se usljed Previšnjeg odobrenja proglašuje sudbeni napatuk za Bosnu i Hercegovinu, Sbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1881, Sarajevo, 1881, 301–341.

<sup>15</sup> Vidi: Consulargerichtsbarkeit, Sammlung II, 62–69.

<sup>16</sup> Arhiv BiH, ZVS-11, zakonodavstvo, 24/19, 1881.

## 1.2. Faza konačnog uređenja

Period od druge polovine 1882. do 1906. godine mogao bi se definirati kao “period definitivnog uređenja” uprave i sudstva u Bosni i Hercegovini (Eichler, 1889, str. 105). Ova epoha okupacione uprave uveliko je obilježena politikom upravljanja Benjamina Kalaja. On je 4. juna 1882. godine imenovan za zajedničkog ministra finansija, a prethodno je podnio opširan memorandum o upravljanju Bosnom i Hercegovinom, gdje je, između ostalog, naglasio da se bosanskohercegovačkoj upravi mora dati čisto građanski karakter, te da cjelokupna uprava i sudstvo moraju biti jednostavniji i oslobođeni formalnosti koje su stanovništvu nerazumljive (Imamović, 2007, str. 76–77). Vlada je prihvatila Kalajev politički program, pa su već 3. augusta 1882. godine objavljene naredbe kojima je uvedena funkcija civilnog adlatusa i reguliran djelokrug Zemaljske vlade.<sup>17</sup> Time je uprava Bosne i Hercegovine dobila građanski karakter (Kraljačić, 1987, str. 433).

Poslije 1882. godine zabilježen je veliki zamah u zakonodavnoj aktivnosti nove uprave koji je zahvatio i oblast pravosuđa. Među najvažnijim projektima bili su Građanski parnični postupak za Bosnu i Hercegovinu od 14. aprila 1883. godine,<sup>18</sup> zatim Naredba o ustrojstvu i djelokrugu šerijatskih sudova od 29. augusta 1883. godine,<sup>19</sup> te Naredba o privremenom uređenju nasljednog prava i postupanja kod ostavština nemuslimana u Bosni i Hercegovini od 14. aprila 1885. godine.<sup>20</sup> Od devedesetih godina XIX stoljeća bilo je primjetno opadanje zakonodavnih aktivnosti austrougarske uprave. Izuzetak je bila oblast krivičnog zakonodavstva. Od 1891. godine uvedena su državna odvjetništva, a donošenjem novog Krivičnog postupka, koji je stupio na snagu 1. januara 1892. godine,<sup>21</sup> revidiran je ranije doneseni Krivični postupak iz 1880. godine. Istovremeno su stupili na snagu i propisi o biranju i uvođenju

---

<sup>17</sup> Naredba o vlasti civilnog adlatusa poglavice zemaljske vlade za Bosnu i Hercegovinu, Sbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1882, Sarajevo, 1882, 313–316.

<sup>18</sup> Građanski parnični postupnik za Bosnu i Hercegovinu, Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1884, Sarajevo, 1884, 259–411.

<sup>19</sup> Naredba o ustrojstvu i djelokrugu šerijatskih sudova (Odobrena previšnjom odlukom od 29. augusta 1883, objavljena zemaljskom vladom za Bosnu i Hercegovinu dana 30. oktobra 1883, pod brojem 7220/III.), Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1883, Sarajevo, 1883, 538–542.

<sup>20</sup> Naredba glede privremenog uređenja nasljednog prava i postupanja, koje se upotrebljava pri ostavštinama nemuhamedanaca u Bosni i Hercegovini, Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1885, Sarajevo, 1885, 77–88.

<sup>21</sup> Strafprozessordnung für Bosnien und die Hercegovina, Gesetz- und Verordnungsblatt für Bosnien und die Hercegovina, Jahrgang 1891, Sarajevo, 1891, 123–227.



predsjednika kod kaznenih sudova, zatim Naputak za sudove u kaznenim stvarima, kao i Naputak o njihovom unutrašnjem uređenju i poslovnom radu, te Naputak za državna odvjetništva (Čaušević, 2005, str. 217).

### **1.3. Faza reforme i modernizacije**

Početak XX stoljeća pristupilo se moderniziranju bosanskohercegovačkog pravosuđa. Ovaj proces započeo je potpunim odvajanjem sudstva od uprave donošenjem Naredbe Zemaljske vlade o ustrojstvu kotarskih sudova u Bosni i Hercegovini 21. februara 1906. godine.<sup>22</sup> U ovoj fazi, kako je to primijetio i Eugen Sladović (1916), “temeljna načela moderne pravne države: o odijeljenju sudstva od uprave, o samostalnosti i nezavisnosti sudaca, kao i o slobodnjačkim individualnim javnim pravima” provedena su i u Bosni i Hercegovini (str. 259).

Proglašenjem aneksije 7. oktobra 1908. godine, Bosna i Hercegovina je i formalnopravno postala sastavni dio Austro-Ugarske. Aneksija je pravdana potrebom uvođenja ustava, odnosno “konstitucionalnih ustanova”, za što je bilo neophodno određenje “jasna i nesumnjiva pravnog položaja” Bosne i Hercegovine (Imamović, 2010, str. 25). Najavljene konstitucionalne ustanove uvedene su 17. februara 1910. godine, kada je sankcioniran Zemaljski statut za Bosnu i Hercegovinu, koji je odredio da “sudske i upravne vlasti, koje postoje u zemlji, ostaju u svome dojakošnjem sastavu i snazi” (Bosanski ustav, 1991).

Statut je sadržavao kao “neku vrstu dekoracije”, član 142. austrijskog temeljnog državnog zakona (Staatsgrundgesetz) od 21. decembra 1867, kojim su garantirana određena građanska prava (Imamović, 2010, str. 36). U tom dijelu Statuta bila su sadržana i prava koja su se odnosila na rad pravosuđa. Tako je, naprimjer, u članu 2. garantirano da “su svi zemaljski pripadnici pred zakonom jednaki” (Bosanski ustav, 1991, str. 62). U članu 6. bilo je određeno da se sudski pritvor “može odrediti i na snazi održati samo u slučajima, koje je zakon ustanovio i samo na način, kako to zakon propisuje”, dok se u članu 7. garantira da se “nikom ne smije oduzeti njegov zakoniti sudija”, te da su sudije “u vršenju svog sudskog zvanja samostalni i nezavisni”. Posebno se garantira u članu 10. da će se “među muslimanima primjenjivati šerijatsko pravo na porodične i ženidbene poslove te na našljedstvo u mulku” (Bosanski ustav, 1991, str. 64).

---

<sup>22</sup> Verordnung der Landesregierung für Bosnien und die Hercegovina vom 21. Februar 1906, Z. 354, betreffend die Organisirung der Bezirksgerichte in Bosnien und der Hercegovina, Gesetz- und Verordnungsblatt für Bosnien und die Hercegovina, Jahrgang 1906, Sarajevo, 1906, 71-72.

Neke od navedenih garancija realizirane su posebnim propisima. Tako je, naprimjer, ukinuta nadležnost vojnih sudova nad civilnim osobama, koja je od početka okupacione uprave bila na snazi. Šef Zemaljske vlade je, u Naredbi od 24. marta 1910. godine, naredio da se u skladu s članom 7. Zemaljskog štatuta izvanredna vojna sudbenost nad civilima u Bosni i Hercegovini ukida u cijelom obimu.<sup>23</sup>

Najvažniji propis donesen poslije Štatuta, a koji se odnosio na uređenje pravosuđa, bio je *Zakon od 23. decembra 1913. godine o ustavu za sudove*. Ovim zakonom su bila uređena brojna organizaciona pitanja redovnog sudstva, kao što je pravni status i imenovanje sudija, službeni jezik sudova, sudske ferije i tako dalje.<sup>24</sup> Time je bio zaokružen proces modernizacije sudstva u Bosni i Hercegovini.

## **2. Provizorno uređenje parničnog postupka do 1883. godine**

Za vrijeme osmanske uprave građanski postupak pred redovnim sudovima nije bio zakonski reguliran.<sup>25</sup> Do izdavanja takvog zakona, redovni sudovi su trebali da se pridržavaju proceduralnog prava koje su primjenjivali novi trgovački sudovi. Međutim, kadije su, kao predsjedavajući novoformiranih redovnih sudova, umjesto da se pridržavaju trgovačke procedure, primjenjivali njima puno bliže proceduralno pravo šerijatskog sudstva (Eichler, 1889).

U tako zatečenom stanju, austrougarska uprava se mogla odlučiti na poštivanje šerijatske procedure ili da u praksu redovnih sudova uvede proceduralno pravo osmanskog trgovačkog zakonodavstva, kako je to još osmanska vlada planirala. Treća mogućnost je bila da se uvede proceduralno pravo koje je bilo na snazi u jednom dijelu Monarhije (Eichler, 1889).

Arhivski izvori potvrđuju da je nova uprava ulagala značajne napore u rješavanju ovog pitanja. Tako se, naprimjer, jedan izvještaj Zajedničkog ministarstva od 8. septembra 1880. godine protiv primjeni proceduralnih

---

<sup>23</sup> Verordnung des Chefs der Landesregierung für Bosnien und die Hercegovina vom 24. März 1910, Z. 56.047/III, betreffend die Aufhebung der außerordentlichen Militärgerichtsbarkeit über Zivilpersonen in Bosnien und Hercegovina, Gesetz- und Verordnungsblatt für Bosnien und die Hercegovina, Jahrgang 1910, Sarajevo, 1910, 98–99.

<sup>24</sup> *Gesetz vom 23. Dezember 1913. über die Gerichtsverfassung*, Gesetz- und Verordnungsblatt für Bosnien und die Hercegovina, Jahrgang 1913, Sarajevo, 1913, 447–455.

<sup>25</sup> Izvještaj o upravi Bosne i Hercegovine 1906, C. i Kr. Zajedničko ministarstvo financija, Zagreb, 1906, 42.

propisa osmanskog trgovačkog zakona od 9. ševala 1276. (8. april 1860.), koji je “dijelom neprimjenjiv, a dijelom ne sadrži direktive za sudije”. Dalje se navodi da bi najjednostavnije bilo za Bosnu i Hercegovinu recipirati i “adaptirati” procesno pravo koje je u to vrijeme bilo na snazi u Ugarskoj ili Austriji.<sup>26</sup>

Kao provizorno rješenje, u prvim godinama poslije okupacije, nova uprava se odlučila uvesti građanski postupak koji je bio na snazi u Ugarskoj. To je bio tzv. “ugarsko-erdeljski građanski parnični postupnik”,<sup>27</sup> koji se u to vrijeme primjenjivao i u Hrvatskoj.<sup>28</sup> Očekivalo se da je ovaj postupak primjenjiv i u Bosni i Hercegovini. Tim prije što je velikom dijelu novih sudija bio poznat.<sup>29</sup>

Međutim, primjena ovog zakona u praksi pokazala je velike nedostatke. Procesi su bili spori, dugotrajni i nesrazmjerno skupi, a često nisu rezultirali pravednim rješenjem za stranke. O tome svjedoči i praksa Vrhovnog suda 1880. i 1881. godine, kada je gotovo polovina odluka na koje je uložena žalba ukinuta i ponovo vraćena na prvostepeno odlučivanje (Eichler, 1889, str. 193).

Stanovništvo je izražavalo nezadovoljstvo u odnosu na nove procedure pred sudovima.<sup>30</sup> U bilješkama jednog britanskog diplomate, koji je početkom osamdesetih godina XIX stoljeća putovao kroz Bosnu, navodi se da je narod na raniji osmanski postupak gledao “gotovo sa žaljenjem”, jer je “kadija presuđivao brzo”, dok “austrijski sudovi traže brojne pismene podneske”, zbog čega je “zakašnjelost zakona” postala “prokletstvo ove zemlje” (Minchin, 1886, str. 33).

Takvom stanju u pravosuđu doprinijela je i nereguliranost oblasti odvetništva. Nakon okupacije veći broj lica iz Monarhije bavio se zastupanjem stranaka kao profitabilnim zanatstvom, pri čemu nisu pokazali dovoljno znanja i sposobnosti za obavljanje odvetničkih zadataka (Eichler, 1889, str. 194). U gorespomenutim bilješkama, navodi se da bi “takva lica bilo pogrešno nazivati odvetnicima, jer su do tog poziva došli nakon što nisu uspjeli u drugim časnim zvanjima”, te da je “u to vrijeme u Sarajevu radio odvetnik koji je ranije bio glumac” (Minchin, 1886, str. 33–34).

---

<sup>26</sup> Arhiv BiH, ZVS1-5, opšti spisi, I/108, 1880.

<sup>27</sup> Izvještaj o upravi Bosne i Hercegovine 1906, 42.

<sup>28</sup> Vidi: Die provisorische Zivilprozeßordnung für Siebenbürgen (Ungarn, Kroatien, Slavonien, die serbische Woiwodschafft und das Temeser Banat), erläutert und mit den dazu gehörigen besonderen Verordnungen und mit Formularien versehen von Alois Sentz, Hermannstadt, 1852.

<sup>29</sup> Izvještaj o upravi BiH 1906, 42.

<sup>30</sup> Izvještaj o upravi BiH 1906, 42.

Iz svega navedenog može se zaključiti da su nedostaci provizornog uređenja sudstva prvih godina nakon okupacije bili najviše izraženi u građanskim procesima pred redovnim sudovima. Austrougarski zvaničnici su uvidjeli nedostatke primjene ugarskog procesnog prava, te su ubrzo pristupili rješavanju ovog problema recepcijom austrijskog procesnog prava.

### **3. Novi građanski parnični postupak za Bosnu i Hercegovinu**

S obzirom na to da se provizorni ugarski građanski postupak u praksi nije dokazao, austrougarske vlasti su pristupile temeljitom i ozbiljnijem uređenju građanskog procesnog prava. Taj projekat rezultirao je donošenjem Građanskog parničnog postupka za Bosnu i Hercegovinu 14. aprila 1883. godine,<sup>31</sup> koji je 1. septembra iste godine stupio na snagu.<sup>32</sup> Ovaj zakon se uveliko razlikovao od svog prethodnika, a rađen je na osnovu austrijskog Nacrta građanskog postupka iz 1881. godine, prilagođenog za primjenu u Bosni i Hercegovini (Schmid, 1914, str. 128).

Građanskim postupkom je nadležnost “duhovnih sudbenih oblasti” nemuslimana ograničena isključivo na bračne predmete neimovinskog karaktera, što je načelno važno i za šerijatske sudove za koje je ovaj zakon najavio preciznije uređenje posebnim propisom.<sup>33</sup> Za građanske parnice je ozakonjena i precizirana dvostепенost. Prvostепенi sudovi bili su kotarski uredi kao bagatelni sudovi, kotarski uredi kao sudovi i okružni sudovi, dok su drugostепенu sudsku vlast vršili okružni sudovi i Vrhovni sud u Sarajevu.<sup>34</sup>

Kotarski uredi kao sudovi bili su nadležni za sve građanske imovinske parnice u kojima imovinska vrijednost parničnog predmeta nije prelazila iznos od tri stotine forinti, zatim u svim sporovima ometanja posjeda, te u sporovima koji su za predmet imali otkaz najamnog ugovora zbog isteka ugovora.<sup>35</sup> Drugostепенi sud za odluke kotarskih sudova u građanskim predmetima bili su okružni sudovi, koji su donosili konačnu odluku. Okružni sudovi bili su u prvom stepenu nadležni za rješavanje svih predmeta koji nisu spadali u nadležnost kotarskih sudova,<sup>36</sup> dok je apelaciju vršio Vrhovni sud za Bosnu i Hercegovinu.

---

<sup>31</sup> Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1884, Sarajevo, 1884, 259-411.

<sup>32</sup> Civil- Process-Ordnung für Bosnien und die Hercegovina, Wien, 1883, 3. (Artikel I.).

<sup>33</sup> Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1884, Sarajevo, 1884, 259.

<sup>34</sup> Bosnischer Bote pro 1901, V. Jahrgang, Sarajevo, 1901, 41.

<sup>35</sup> Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1884, Sarajevo, 1884, 262.

<sup>36</sup> Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1884, Sarajevo, 1884, 262.

Novim građanskim postupkom uvedeni su brojni instituti kojima je trebala biti osigurana efikasnost suđenja, kao što su podnošenje tužbe pismeno ili usmeno na zapisnik kod suda,<sup>37</sup> usmenost i javnost postupka, institucija bagatelnih sudova koji su rješavali sporove manje vrijednosti i tako dalje (Eichler, 1889, str. 225–231; Schmid, 1914, str. 173–176).<sup>38</sup> Pored posebnog bagatelnog postupka, bili su predviđeni i posebni postupci za sporove zbog ometanja posjeda, sporove iz najamnih ugovora, sporove o izdavanju platnih naloga, te poseban arbitražni postupak (“obranički sud”). Također je reguliran i izvršni postupak. Izvršenje se vršilo na temelju izvršnog naslova (pravosnažnih presuda, sudskih nagodbi itd.), a ozakonjen je bio i dužnički (lični) zatvor, kao instituti izvršnog postupka.<sup>39</sup>

Novi Parnični postupak doprinio je kvalitetnijem i ažurnijem radu pravosuđa u građanskim predmetima. O tome svjedoči i činjenica da su žalbe zbog odgode ili poskupljenja sudskih procesa postale rijetkost nakon stupanja na snagu ovog zakona (Eichler, 1889, str. 237). Također, u jednom pismu iz novembra 1886. godine stoji da su “sudski postupci mnogo brži nego što su bili ranije”, te da je “broj odvjetnika ograničen”. U pismu se posebno hvali institucija bagatelnih sudova, koji su imali jurisdikciju za sve predmete do 50 forinti. Također se navodi da je kvalitet austrijskih činovnika mnogo viši nego ranije, da su iz činovništva “crne ovce postepeno odstranjivane”, te da su nekadašnje “provizorne” službe pretvorene u stalne i tako dalje (Michin, 1886, str. 389–390). O uspješnosti novog Građanskog parničnog postupka govori i činjenica da je on ostao, s određenim izmjenama, na snazi i poslije 1918. godine.<sup>40</sup>

Zajedno s Građanskim postupkom donesen je 14. aprila 1883. godine i Odvjetnički red za Bosnu i Hercegovinu, čime je konačno i oblast zastupanja stranaka dobila svoju regulaciju.<sup>41</sup> Odvjetničkim redom usvojen je princip imenovanja odvjetnika, a njihov broj je ograničen. Imenovanje je vršilo Zajedničko ministarstvo finansija, nakon saslušanja Vrhovnog suda

---

<sup>37</sup> Tužba je morala sadržavati tačnu naznaku suda kojem se podnosi, podatke o tužiocu i tuženom, tužbeni zahtjev, vrijednost parničnog predmeta, navode o činjeničnom stanju na kome se zasniva tužbeni zahtjev, dokazna sredstva, zahtjev za pozivanje tuženog na usmenu raspravu itd. (Bosnischer Bote pro 1901, 41).

<sup>38</sup> Također vidi: Bosnischer Bote pro 1901, 41.

<sup>39</sup> Izvještaj o upravi BiH 1906, 44.

<sup>40</sup> Vidi: Građanski parnični postupnik za Bosnu i Hercegovinu: s novelom gr. p. p. i drugim naredbama i upustvima za sudove, uredio: Franjo pl. Kruszelnicki, Sarajevo, 1918.

<sup>41</sup> Odvjetnički red za Bosnu i Hercegovinu, Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1883, Sarajevo, 1883, 143–158.

i Zemaljske vlade.<sup>42</sup> Prvobitno je bilo predviđeno da će u Sarajevu biti imenovana četiri, a u svakom drugom okružnom mjestu po dva odvjetnika (Eichler, 1889, str. 241). Kasnije je ovaj broj u pojedinim okružnim mjestima izmijenjen, tako da je 1901. godine u Sarajevu sjedište imalo ukupno pet, u Mostaru, Travniku, Banjoj Luci, Tuzli i Bihaću dva, dok su u Brčkom i Bijeljini sjedište imali po jedan odvjetnik.<sup>43</sup>

U okviru modernizacije bosanskohercegovačkog sudstva, modernizirano je i građansko procesno pravo. Posebnim zakonom, koji je odobren 10. januara 1908. godine,<sup>44</sup> ukinuti su instituti ličnog zatvora kao osigurnog sredstva vjerovnika i dužničkog zatvora u izvršnom postupku.<sup>45</sup> Pored toga, pristupilo se moderniziranju i organizacije odvjetništva, pa je 2. januara 1909. godine odobren i Novi odvjetnički red.<sup>46</sup> Ovim propisom je udovoljeno zahtjevima bosanskohercegovačkih odvjetnika. Njime je zadržan sistem imenovanja, ali su odvjetnici sada, kao i u ostatku Monarhije, bili organizirani u okviru odvjetničke komore, koja je vršila i disciplinarni nadzor. Također su pooštreni uvjeti za imenovanje, pa se umjesto trogodišnje tražila petogodišnja praksa i titula doktora prava itd. (Schmid, 1914, str. 172–173).

### **3.1. Institut bagatelnog postupka**

Od novih institucija koje su u uvedene u parnični postupak pred redovnim sudovima, posebnu pažnju zavrjeđuje institut tzv. bagatelnog postupka. Naime, u parnicama manje vrijednosti, kada tužbeni zahtjev nije prelazio iznos od pedeset forinti, sudili su kotarski uredi kao bagatelni (malični) sudovi.<sup>47</sup> U takvim procesima presuđivao je sudija pojedinac, uz obavezno učešće dva prisjednika iz naroda koja su u svakom kotaru birana srazmjerno po konfesionalnoj osnovi (Sladović, 1916, str. 265).<sup>48</sup> Za bagatelne postupke

---

<sup>42</sup> Odvjetnički red za Bosnu i Hercegovinu, Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1883, Sarajevo, 1883, 143.

<sup>43</sup> *Bosnischer Bote* pro 1901, 41.

<sup>44</sup> Gesetz, betreffend die Aufhebung der exekutiven Schuldhaft und des Personalarrestes als Sicherungsmittel, Gesetz- und Verordnungsblatt für Bosnien und die Hercegovina, Jahrgang 1908, Sarajevo, 1909, 35.

<sup>45</sup> Izvještaj o upravi Bosne i Hercegovine 1907, C. i Kr. Zajedničko ministarstvo financija, Zagreb, 1908, 8; Građanski parnični postupnik za Bosnu i Hercegovinu, uredio: Franjo pl. Kruszelnicki, 202.

<sup>46</sup> Advokatenordnung für Bosnien und die Hercegovina, Gesetz- und Verordnungsblatt für Bosnien und die Hercegovina, Jahrgang 1909, Sarajevo, 1909, 7–28.

<sup>47</sup> Građanski parnični postupnik za Bosnu i Hercegovinu, Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1884, Sarajevo, 1884, 261.

<sup>48</sup> Vidi: Naredba zemaljske vlade za Bosnu i Hercegovinu od 4. maja 1883, broj 3018/III,

su kod kotarskih sudova bili određeni i objavljeni posebni službeni dani u sedmici kada su tužitelji mogli da prijave svoj tužbeni zahtjev, a na osnovu kog je onda tuženi bio pozvan.<sup>49</sup>

Bagatelni postupak postao je u narodu izuzetno prihvaćena institucija. Posebno je hvaljeno brzo i kratko provođenje parnica, oslobađanje od plaćanja bilo kakvih sudskih taksi za parnice čija vrijednost ne prelazi iznos od 10 forinti, zabrana učešća odvjetnika u postupku itd.<sup>50</sup> O popularnosti ovih sudova govori i jedno pismo iz 1886. godine u kom se navodi da su bagatelni sudovi “posebno dobre institucije” u kojima “predsjedava austrijski sudija sa nekoliko domaćih prisjednika. Advokati u sudnici nisu dozvoljeni, pristojbe su sitne, a cilj suda je postizanje prijateljske nagodbe među strankama” (Minchin, 1886, str. 389–390).

Zbog olakšanog i jeftinog provođenja bagatelnog postupka, broj bagatelnih sporova dostigao je nesrazmjerne cifre. U toku 1884. godine broj bagatelnih postupaka iznosio je 112.378, a 1888. godine ukupno 176.385 (Eichler, 1889, str. 237). Trend rasta bagatelnih postupaka je nastavljen, pa je u godini 1893. održano ukupno 157.571, a 1903. preko 210 hiljada bagatelnih procesa. Najveći broj završio je “osudom nakon ogluhe” ili priznanjem zahtjeva, dok je manji broj procesa završen nagodbom stranaka, a samo je mali broj bagatelnih postupaka zaključen presudom nakon kontradiktornog postupka.<sup>51</sup>

Veliki broj bagatelnih sporova bio je dijelom uzrokovan i zloupotrebom ovog instituta. S obzirom na to da je postupak bio oslobođen pristojbi, trgovci su dostavu tužbi koristili kao način poslovne komunikacije sa strankama, dok su druga lica procese i pozive na sud koristila kao sredstvo šikaniranja druge strane itd. Da bi se ovim pojavama stalo u kraj, uvedena je 22. februara 1906. godine jednokratna pristojba za cijeli bagatelni postupak (Schmid, 1914, str. 175).

---

kojom se obznanjuje propis glede izbora i pozivanja prisjednika kod bagatelnih sudova u Bosni i Hercegovini, Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1883, Sarajevo, 1883, 158–162.

<sup>49</sup> Vidi: *Bagatelni postupak*, Bošnjak, Kalendar za prestupnu godinu 1884, Druga godina, 61–63; Eugen Sladović, *Upravna nauka i upravno pravo Bosne i Hercegovine*, 265.

<sup>50</sup> *Bagatelni postupak*, Bošnjak, Kalendar za prestupnu godinu 1884, 61–63.

<sup>51</sup> Izvještaj o upravi BiH 1906, 467.

## **Zaključak**

U radu je izložena hronologija austrougarske reforme pravosuđa u Bosni i Hercegovini. Konstatirane su tri glavne faze ovih reformi. Period od okupacije do sredine 1882. označen je kao privremeno ili “provizorno uređenje” sudstva i uprave. Druga faza (od polovine 1882. do 1906. godine) označena je kao “period definitivnog uređenja”, dok prva i druga decenija XX stoljeća predstavljaju period modernizacije bosanskohercegovačkog pravosuđa. Navedene razvojne etape očitovale su se i u oblasti građanskog procesnog prava.

Zakonsko uređenje procesnog prava pred redovnim sudovima u Bosni i Hercegovini završeno je donošenjem *Građanskog parničnog postupnika za Bosnu i Hercegovinu* 1883. godine. Njemu je prethodila *de facto* primjena proceduralnih pravila šerijatskih sudova (do 1878. godine), te primjena ugarsko-erdeljskog parničnog postupka (do 1883. godine). U tom smislu može se zaključiti da Parnični postupak iz 1883. predstavlja prvu kodifikaciju procesnih pravila za civilne predmete u okviru redovnih sudova u Bosni i Hercegovini.

Primjena ugarsko-erdeljskog parničnog postupka predstavljala je primjer *ad hoc* i provizornog uređenja sudstva u Bosni i Hercegovini nakon 1878. godine. Primjena ovog zakona u praksi pokazala je velike nedostatke. Procesi su bili spori, dugotrajni i nesrazmjerno skupi, a često nisu rezultirali pravednim rješenjem za stranke. O tome svjedoče podaci iz sudske prakse iz 1880. i 1881. godine, kao i drugi izvori koji su u radu analizirani.

U okviru definitivnog uređenja pravosuđa u Bosni i Hercegovini donesen je 1883. godine *Građanski parnični postupnik za Bosnu i Hercegovinu*. Ovaj zakon se uveliko razlikovao od svog prethodnika, a rađen je na osnovu austrijskog Nacrta građanskog postupka iz 1881. godine, prilagođenog za primjenu u Bosni i Hercegovini. Novi parnični postupak doprinio je kvalitetnijem i ažurnijem radu pravosuđa u građanskim predmetima. O tome svjedoči i činjenica da su žalbe zbog odgode ili poskupljenja sudskih procesa postale rijetkost nakon stupanja na snagu ovog zakona.

Od novih institucija koje su uvedene u parnični postupak pred redovnim sudovima, posebnu pažnju zavrjeđuje institut tzv. bagatelnog postupka. U takvim procesima presuđivao je sudija pojedinac, uz obavezno učešće dva prisjednika iz naroda koja su u svakom kotaru birana srazmjerno po konfesionalnoj osnovi. Zbog jeftinog i brzog postupka bagatelni sudovi su brzo postali izuzetno prihvaćena institucija u narodu.



## **Bibliografija**

### **Neobjavljena građa**

1. Arhiv Bosne i Hercegovine, Zemaljska vlada za Bosnu i Hercegovinu, Sarajevo.

### **Knjige i članci**

2. Aličić, A. (1983). *Uređenje Bosanskog ejaleta od 1789. do 1878. godine*. Sarajevo: Orijentalni institut.
3. Čaušević, Dž. (2005). *Pravno politički razvitak Bosne i Hercegovine: dokumenti sa komentarima*. Sarajevo: Magistrat.
4. Eichler, E. (1889). *Das Justizwesen Bosniens und der Herzegovina*. Wien: Landesregierung für Bosnien und die Herzegovina.
5. Imamović, M. (2007). *Pravni položaj i unutrašnje-politički razvitak BiH od 1878. do 1914*. Sarajevo: Magistrat; Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
6. Imamović, M. (2003). *Historija države i prava Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Magistrat.
7. Imamović, M. (2010). *Zemaljski statut u ustavnoj historiji Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: [M. Imamović].
8. Karčić, F. (2005). *Šerijatski sudovi u Jugoslaviji 1918–1941*. Sarajevo: Fakultet islamskih nauka u Sarajevu; El-Kalem.
9. Karpat, K. (1972). The Transformation of the Ottoman state 1789-1908, *International Journal of Middle East Studies*, 3, 243–281.
10. Kraljačić, T. (1987). *Kalajev režim u Bosni i Hercegovini (1882-1903)*. Sarajevo: Veselin Masleša.
11. Michin, J. G. C. (1886). *The Growth of Freedom in the Balkan Peninsula: Notes of a Traveller in Montenegro, Bosnia, Servia, Bulgaria, and Greece*, London: John Murray.
12. Schmid, F. (1914). *Bosnien und die Herzegovina unter der Verwaltung Österreich-Ungarns*. Leipzig: Verlag von Veit & Comp.
13. Sikirić, Š. (1937). *Naši šerijatski sudovi, Spomenica Šerijatske sudačke škole u Sarajevu*, Sarajevo: Islamska dionička štamparija.
14. Sladović, E. (1916). *Upravna nauka i upravno pravo Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Zemaljska vlada za Bosnu i Hercegovinu.

### **Zakoni i drugi normativni akti**

1. Sammlung der für Bosnien und die Herzegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen, II Band, Justizverwaltung (1881), *Verordnung der Landesregierung in Sarajevo vom 6. Juli 1879, Nr. 11287, Just. 2011, betreffend die Constituirung des Obergerichtes*, Wien, 1881, 21.
2. Sammlung der für Bosnien und die Herzegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen, II Band, Justizverwaltung (1881), *Verordnung der*

*Landesregierung in Sarajevo vom 17. Juli 1879, Nr. 1390 Praes., betreffend die Instruction fuer das Obergericht in Sarajevo, Wien, 1881, 22–25.*

3. Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen, II Band, Justizverwaltung (1881), *Circularerlass der Landesregierung in Sarajevo vom 30. December 1878, Nr. 436 Just., betreffend die Organisation der Gerichte*, Wien, 1881, 4–5.
4. Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen, II Band, Justizverwaltung (1881), *Gesetz über den Wirkungskreis der Scheriatgerichte, vom 16. Sefer 1276 (1860)*, Wien, 1881, 476–481.
5. Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen, II Band, Justizverwaltung (1881), *Straffprozessordnung*, Wien, 1881, 191–265.
6. Sbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu (1881), *Okružnica zemaljske vlade za Bosnu i Hercegovinu od 1. maja 1881., broj 1980, kojom se uslied Previšnjeg odobrenja proglašuje sudbeni napatuk za Bosnu i Hercegovinu*, Sarajevo, 1881, 301–341.
7. Sbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu (1882), *Naredba o vlasti civilnog adlatusa poglavice zemaljske vlade za Bosnu i Hercegovinu*, Sarajevo, 1882, 313–316.
8. Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu (1883), *Naredba zemaljske vlade za Bosnu i Hercegovinu od 4. maja 1883, broj 3018/III, kojom se obznanjuje propis glede izbora i pozivanja prisjednika kod bagatelnih sudova u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 1883, 158–162.
9. Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu (1883), *Naredba o ustrojstvu i djelokrugu šerijatskih sudova (Odobrena previšnjom odlukom od 29. augusta 1883., objavljena zemaljskom vladom za Bosnu i Hercegovinu dana 30. oktobra 1883., pod brojem 7220/III.)*, Sarajevo, 1883, 538–542.
10. Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu (1883), *Odujetnički red za Bosnu i Hercegovinu*, Sarajevo, 1883, 143–158.
11. Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu (1884), *Gragjanski parnični postupnik za Bosnu i Hercegovinu*, Sarajevo, 1884, 259–411.
12. Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu (1885), *Naredba glede privremenog uregjenja našljednog prava i postupanja, koje se upotrebljava pri ostavštinama nemuhamedanaca u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 1885, 77–88.
13. Gesetz- und Verordnungsblatt für Bosnien und die Hercegovina (1891), *Strafprozessordnung für Bosnien und die Hercegovina*, Sarajevo, 1891, 123–227.
14. Gesetz- und Verordnungsblatt für Bosnien und die Hercegovina (1906), *Verordnung der Landesregierung für Bosnien und die Hercegovina vom 21. Februar 1906, Z. 354, betreffend die Organisierung der Bezirksgerichte in Bosnien und der Hercegovina*, Sarajevo, 1906, 71–72.

15. Gesetz- und Verordnungsblatt für Bosnien und die Hercegovina (1908), *Gesetz, betreffend die Aufhebung der exekutiven Schuldhaft und des Personalarrestes als Sicherungsmittel*, Sarajevo, 1909, 35.
16. Gesetz- und Verordnungsblatt für Bosnien und die Hercegovina (1909), *Advokatenordnung für Bosnien und die Hercegovina*, Sarajevo, 1909, 7–28.
17. Gesetz- und Verordnungsblatt für Bosnien und die Hercegovina (1910), *Verordnung des Chefs der Landesregierung für Bosnien und die Hercegovina vom 24. März 1910, Z. 56.047/III., betreffend die Aufhebung der außerordentlichen Militärgerichtsbarkeit über Zivilpersonen in Bosnien und Hercegovina*, Sarajevo, 1910, 98–99.
18. Gesetz- und Verordnungsblatt für Bosnien und die Hercegovina (1913), *Gesetz vom 23. Dezember 1913. über die Gerichtsverfassung*, Sarajevo, 1913, 447–455.

### **Novine i periodična štampa**

1. Bosansko-hercegovačke novine
2. Bosanski glasnik / Bosnischer Bote
3. Bosanski vjestnik
4. Bošnjak, kalendar
5. Sarajevski list

### **Posebne publikacije**

1. Bosanski ustav, fototip izdanja iz 1910. godine, Priedio i uvodnu riječ napisao dr. Uzeir Bavčić, Autor uvodne studije prof. dr. Mustafa Imamović. Sarajevo: Muslimanski glas, 1991.
2. Civil- Process-Ordnung für Bosnien und die Hercegovina, Wien, 1883.
3. Die provisorische Zivilprozeßordnung für Siebenbürgen (Ungarn, Kroatien, Slavonien, die serbische Woiwodschaft und das Temeser Banat), erläutert und mit den dazu gehörigen besonderen Verordnungen und mit Formularen versehen von Alois Sentz, Hermannstadt, 1852.
4. Građanski parnični postupnik za Bosnu i Hercegovinu: s novelom gr. p. p. i drugim naredbama i upustvima za sudove. Uredio: Franjo pl. Kruszelnicki, Sarajevo, 1918.
5. Izvještaj o upravi Bosne i Hercegovine, C. i Kr. Zajedničko ministarstvo financija, Zagreb.

**Mehmed Bečić, MA**

Senior Assistant

## **AUSTRO-HUNGARIAN REFORM OF JUDICIARY AND CIVIL PROCEEDINGS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA**

### **Summary**

*This paper tries to shed some light on the most important historical facts related to the reform of judiciary and procedure law in Bosnia and Herzegovina from 1878 to 1918. The paper primarily presents the chronology of this reform, whereby its three main stages were identified: the stage of provisional arrangement, stage of final or definitive arrangement and stage of modernisation. The said development stages are also present in the field of civil procedure law.*

*Within the definitive arrangement of judiciary by passing the Code of Civil Procedure of Bosnia and Herzegovina of 1883, the legislative arrangement of the procedure law before regular courts was also finalised. It was preceded by the use of procedural rules of Sharia courts (until 1878), as well as the application of the Hungarian-Erdely litigation procedure (until 1883).*

*Out of new institutions which were introduced into the litigation procedure before regular courts, special attention was paid to the “small plea procedure”. These processes were decided by a single judge, with mandatory participation of two presidents from the peoples that were selected in line with their confessional basis. Due to cheap and fast procedure, small plea courts quickly became an institution that was accepted extremely well by the people.*

*The paper is conceived as a historical and legal analysis and is mostly based on the historical method, as well as the analysis of archives and normative sources.*

**Keywords:** *civil procedure litigation for Bosnia and Herzegovina, reception, reform, Austria-Hungary, Bosnia and Herzegovina, regular courts.*

**Dr. Edin Halapić**

Docent

e.halapic@pfsa.unsa.ba

UDK: 340.15(420)

Pregledni naučni rad

## **800 GODINA VELIKE POVELJE SLOBODA (MAGNA CHARTA LIBERTATUM): 1215–2015.**

### **Sažetak**

*Rad pod naslovom “800 godina Velike povelje sloboda (Magna Charta Libertatum): 1215–2015.” bavi se pitanjem donošenja i obilježavanja osam stoljeća postojanja ovog dokumenta. U pitanju je povelja koja je nastala u periodu srednjovjekovnog engleskog društva. U momentu donošenja, možemo govoriti o povelji koja je rezultat sporazuma tadašnjeg kralja i engleskih barona. Međutim, riječ je o najpoznatijem dokumentu ustavnog karaktera Engleske. U tom smislu, ona zauzima vrlo značajno mjesto u pravnoj historiji Engleske, ali i u slučaju drugih država čije se pravne kulture zasnivaju na postulatima anglosaksonskog pravnog sistema. Povelja je predstavljala i pravni osnov za uspostavu prvih kolonijalnih naselja na teritorijama Sjeverne Amerike. Na kraju, možemo ukazati na činjenicu da je Povelja uticala i na sistem zaštite ljudskih prava i sloboda.*

**Ključne riječi:** *Magna Charta Libertatum, anglosaksonsko pravo, engleska ustavnost, ograničavanje kraljeve vlasti, kolonizacija.*

### **Uvod\***

Engleska pravna historija posjeduje niz dokumenata koji su uticali na razvoj pravnog sistema, ali i same države. Od ranije je poznato da Engleska kao samostalna država ne egzistira, ali je dio Ujedinjenog Kraljevstva (izvorni naziv je Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Sjeverne Irske, a sastoji

---

\* Ovaj rad oslanja se na ranije radove istog autora, a u pitanju su: Halapić, E. (2005). Državno-pravna situacija u Engleskoj početkom XII vijeka, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XLVII; Halapić, E. (2005). “Historijski značaj Velike povelje sloboda za pravni sistem Engleske, *Ljudska prava – časopis za sve pravno-političke probleme*, 3–4; Halapić, E. (2006). Historijski značaj Velike Povelje sloboda za anglo-saksonsko pravo, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XLIX; i Halapić, E. (2008). Uloga i značaj dinastije Plantagenet – pravno-politički aspekt, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LI.

se pored Engleske, od Velsa, Škotske i Sjeverne Irske). U odnosu na druge države u svijetu, Engleska nema jedinstveni pisani ustav.<sup>1</sup> S aspekta civilne pravne tradicije, ova država ne posjeduje kodifikovani ustav. Međutim, ukoliko se uzmu u obzir historijske okolnosti, onda se može govoriti o karakterističnom pravnom sistemu. Naime, za razliku od mnogih država kontinentalne Evrope, proces recepcije rimskog prava nikada nije zaživio na teritoriji srednjovjekovne Engleske.<sup>2</sup> To je na kraju dovelo do toga da se zadrži vlastiti pravni sistem. Okosnicu ovog sistema predstavlja *common law*, koji se tradicionalno prevodi kao opće pravo. Danas se smatra da je Ujedinjeno Kraljevstvo domovina anglosaksonske pravne kulture. Vremenom, ova pravna kultura će se proširiti i na druge zemlje kao što je slučaj sa Sjedinjenim Američkim Državama ili Australijom (Commonwealth of Australia). S pojavom evropskih integracijskih procesa, došlo je i do preuzimanja određenih načela iz anglosaksonske pravne kulture. Kao primjer možemo spomenuti Evropsku konvenciju o zaštiti temeljnih ljudskih prava i sloboda iz 1950. godine koja u segmentu krivičnog postupka preuzima određena pravila iz navedene pravne kulture (pravično suđenje).<sup>3</sup>

Tokom juna mjeseca tekuće godine, odnosno 15. juna 2015. godine, navršava se 800 godina Velike povelje sloboda. Ovo je i povod za organizovanje mnogih konferencija i simpozijuma koji se održavaju u čitavom svijetu. U nastavku teksta obrađena su pitanja donošenja ovog dokumenta, kratki uvid u sadržaj i značaj.

## **1. Vladavina kralja Džona (Bez Zemlje) i donošenje Velike povelje sloboda**

Prije upoznavanja s okolnostima koje su uticale na donošenje Velike povelje sloboda iz 1215. godine, u kratkim crtama potrebno je ukazati na raniji

---

<sup>1</sup> U svijetu danas ukupan broj država koje imaju ustav iznosi 196. Međutim, često dolazi do greške jer se koriste informacije Ujedinjenih nacija (vidjeti zvaničnu web-stranicu) gdje se navodi da taj broj iznosi 193. Ipak, ovom broju treba dodati i one države koje nisu članicu UN kao što je slučaj s Kosovom ili Vatikanom. Za razliku od UN, State Department priznaje 195 država, s tim da ovom broju treba dodati i Tajvan (Taiwan) kojem zbog političkih razloga State Department ne priznaje nezavisnost. Od navedenog broja država skoro sve imaju pisani (kodifikovani) ustav, a izuzetak, uz Ujedinjeno Kraljevstvo, predstavlja Izrael.

<sup>2</sup> Direktna vlast Rima trajala je četiri vijeka.

<sup>3</sup> Ova konvencija je sastavni dio Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini (Dejtonski sporazum) parafiranog 21. novembra 1995. godine u američkoj vojnoj bazi Wright-Patterson u Dejtonu, a potpisanog 14. decembra 1995. godine u Parizu.

razvojni period Engleske. Naime, okončanjem poznate bitke kod Hestingsa 14. oktobra 1066. godine, vojska engleskog kralja Harolda poražena je od strane vojske koju je predvodio poznati Vilijam Normandijski (poznat kao Vilijam Osvajač ili Vilijam I). Tom prilikom kralj Harold je poginuo, a Vilijam Osvajač je krenuo u opsadu Londona. Nakon nekoliko sedmica opsade, London se predao i ponudio Vilijamu Osvajaču da bude novi kralj. Krunisanje se desilo u Vestminsterskoj crkvi na Božić 1066. godine.<sup>4</sup> Pobjeda Vilijama Osvajača smatra se početkom nove razvojne faze feudalnih odnosa na teritoriji Engleske. Pravna historija od ovog perioda računa i dinastije vladara i to Normanska, dinastija Plantagenet, Lankaster, Jork, Tjudor i Stjuart.<sup>5</sup> Isti događaj uzima se kao prekretnica u razvoju prava, te od 1066. godine počinje tzv. druga razvojna faza koja će trajati sve do imenovanja Henrika VII za kralja. Vladavina Vilijama Osvajača osigurala je snažne osnove za izgradnju buduće države.<sup>6</sup>

U periodu od XII do XV vijeka dolazi do izgradnje karakterističnih izvora engleskog prava. S obzirom na to da je u pitanju period feudalizma i feudalnog prava, potrebno je ukazati i na njegove karakteristike. Jedna od najznačajnijih karakteristika feudalnog prava na teritoriji zapadne Evrope je postojanje pravnog partikularizma. Pod ovim pojmom podrazumijeva se odsustvo jedinstvenog pravnog sistema unutar granica jedne države.<sup>7</sup> Pravni partikularizam pojavljuje se u dva oblika i to pravni partikularizam po personalnom i teritorijalnom principu. Prvim oblikom označavaju se sve one države unutar kojih je egzistiralo različito pravo, a koje se odnosilo na stanovništvo koje je pripadalo različitim etničkim grupama. U drugom slučaju

---

<sup>4</sup> Opširnije vidjeti: Čuković-Kovačević, 1995, str. 57.

<sup>5</sup> Opširnije vidjeti: Avramović, 2000, str. 321.

<sup>6</sup> Iz ovog perioda možemo spomenuti "Domesday book" ili Knjige strašnog suda koje predstavljaju detaljan uvid u cjelokupno zemljište kraljevstva. Knjige sadrže popis zemljišta, pokretne i nepokretne imovine. Ove knjige nastale su na osnovu inicijative kralja Vilijama Osvajača, s tim da oblasti Eseks (Essex), Norfolk (Norfolk) i Suffolk (Suffolk) nisu obuhvaćene ovim knjigama. Njihovo naknadno evidentiranje objavljeno je u posebnoj knjizi koja se zove Mala Domesday knjiga ili Vol. II (Volume II). Opširnije o spomenutim knjigama vidjeti: Festić, 1998, str. 179. Uz spomenutu malu i veliku Domesday knjigu, engleska historija poznaje i tri posebne koje su usko povezane s Domesday knjigom. U pitanju su *Inquisitio Comitatus Cantabrigiensis*, *Ely Inquest* i *Exeter Domesday* ili *Liber Exoniensis*. Opširnije vidjeti: Halapić, 2005a, str. 231–234. Osim navedenih knjiga, sistematsko zapisivanje arhivskih podataka o poveljama, testamentima ili ugovorima objavljeno je pod drugim imenom. U pitanju su Pajp Rols (Pipe Roll) koje uživaju status najpoznatijih izvora o društvenim odnosima u Engleskoj. Najznačajnije su one koje potiču iz 1130. godine koje su sačuvane i do danas. Opširnije: McKechnie, 1914, str. 16–18.

<sup>7</sup> Opširnije vidjeti: Samardžić, 1963, str. 210.

u pitanju je postojanje različitog prava koje je važno za određene teritorije unutar jedne države. Kada se govori o izvorima feudalnog prava, prilike su skoro pa identične, odnosno uočava se postojanje heterogenosti izvora prava.

U slučaju Engleske proces razvoja državnosti uticao je i na proces razvoja prava odnosno pravnog sistema. Tokom XII vijeka dolazi do krupnih promjena koje su dovele do početka izgradnje budućeg engleskog prava. U istom periodu dolazi do stvaranja općeg prava odnosno *common law* sistema (ovaj termin se u posljednje vrijeme prevodi kao sudsko pravo ili precedentno pravo). Ovo pravo nastalo je na osnovu pravnih pravila koja su primjenjivana od strane kraljevskih sudova (kraljevski sudovi u Vestminsterskoj palati u Londonu). U naredna tri vijeka došlo je do izgradnje zasebnih izvora prava srednjovjekovne Engleske. To su uz spomenuti *common law*, statutarno ili zakonsko pravo (Statute Law) i pravo pravičnosti (Equity Law). Statutarno pravo nastalo je u XII, a pravo pravičnosti u XV vijeku. Razvoj engleskog prava treba posmatrati paralelno s procesom stalne borbe kraljeva koji su težili ka dominaciji centralne vlasti s jedne strane, i krupnih zemljoposjednika koji su težili da ograniče vlast kraljeva s druge strane.

Za naš rad, od posebnog značaja je period vladavine dinastije Plantagenet, koja je vladala od 1154. do 1399. godine. U ovom periodu dolazi do krupnih promjena kako na državnom tako i na političkom planu, koje su uticale i na donošenje Velike povelje sloboda.<sup>8</sup> Smrću kralja Ričarda I (Richard I) koji je poznat i pod imenom “Ričard Lavlje Srce” (Richard Lion Hearted), kruna je pripala njegovom bratu Džonu (John). Kralj Džon vladao je Engleskom u periodu od 1199. do 1216. godine. Prije preuzimanja kruna, Džon se pridružio francuskom kralju Filipu kako bi oformio koaliciju protiv svog oca, kralja Henrija II. Tokom svoje vladavine uspio je izgubiti kontinentalne posjede u Francuskoj, što mu je osiguralo nadimak “Bez Zemlje” (Lackland).<sup>9</sup> Vojni poraz iz 1214. godine kod mjesta Buvinje (Bouvines) osigurao mu je i drugi nadimak, “Nježni Mač” (Soft-sword).<sup>10</sup> Džon je u periodu svoje vladavine

---

<sup>8</sup> Treba naglasiti da je Engleska i prije 1215. godine poznavala praksu izdavanja povelja. Kao primjer možemo spomenuti period vladavine kralja Henrija II (Henry II) koji je vladao u periodu od 1100. do 1135. U prvoj godini vladavine kralj izdaje Povelju o slobodama (Charter of Liberties) koja se može smatrati i prvim pisanim ustavnopravnim aktom Engleske. Ova povelja poznata je i kao Krunidbena povelja (Coronation charter).

<sup>9</sup> Kralj Džon izgubio je vojvodstvo Normandiju kojom je vladao njegov otac, što je za mnoge engleske lordove predstavljalo i gubitak nasljednih posjeda. Opširnije vidjeti: Morton, 1955, str. 55. Nadimak kralja “Bez Zemlje” može se povezati i s činjenicom da je njegov otac, kralj Henri, ranije izvršio podjelu nasljedstva svojim sinovima, a s rođenjem Džona otvorilo se i pitanje njegovog nasljedstva.

<sup>10</sup> Opširnije o navedenom nadimku vidjeti: Jones, 2015, str. 22–39.



prekoračio svoja ovlaštenja kao feudalnog gospodara uvođenjem novih kategorija poreza. Ponovo se uvodi štitarina kao i nove kategorije. Kao primjer možemo navesti prodaju titula, izdavanje posebnih povelja gradovima koji su na taj način osigurali samostalnost uz obavezu davanja određene sume novca. Slične prilike postojale su u sudstvu jer je svaki ukaz koji je izdavan od strane kralja predstavljao izvor finansija. Vrlo brzo uvodi se i pravilo po kojem se u slučajevima sklapanja braka nasljednika preminulog feudalca, ili novog braka udovice, traži posebno odobrenje za koje se naplaćivala visoka taksa. Opisana finansijska politika u slučaju srednjovjekovnog engleskog društva, pokazala se kao vrlo loša odluka vladara, s obzirom na to da nije imala uporište u pravu i običajima Engleske. Kao odgovor na vladareve postupke, pojavljuje se i nezadovoljstvo barona koji će brzo organizovati otpor. U međuvremenu, kralj Džon je došao u sukob s papom. Povod se nalazio u imenovanju budućeg kanterberijskog nadbiskupa. Naime, papa je želio zadržati pravo imenovanja nadbiskupa i predložio je svog kandidata Stefana Lengtona (Stephen Langton). Kralj Džon je odbio papinu kandidaturu, s obzirom na to da je od ranije imao svog kandidata za ovu funkciju, a u pitanju je bio Džon de Grej (John de Grey) (Fearenside, 1907, str. 87–88). Kao odgovor, papa Inocent III (Innocent III) je Englesku stavio pod interdikt, a tokom 1214. godine kralja Džona proglasio ekskomuniciranim iz crkve.<sup>11</sup> Na ovaj način papa je došao u priliku da englesku krunu ponudi francuskom kralju Filipu II, a kralj Džon je sa svojom vojskom, vojskom njemačkog cara Otona IV i vojskom flandrijskog grofa doživio poraz kod ranije spomenutog mjesta Buvinja. Poraz kraljeve vojske doveo je do novog vala nezadovoljstva u čitavom kraljevstvu. Engleski historičari smatraju da je poraz kraljeve vojske uvertira u Veliku povelju sloboda, a francuski da je bitka dovela do formiranja jedinstvene francuske kraljevine pod dinastijom Kapet.<sup>12</sup> U opisanim prilikama, kralj Džon nije imao mnogo izbora, odnosno preispitao je vlastitu politiku i odlučio da prizna papinog kandidata za budućeg nadbiskupa, kao i povrat crkvene imovine koju je ranije oduzeo. Na ovaj način kralj je postao papin vazal, a Engleska se obavezala na plaćanje godišnjeg poreza u iznosu od hiljadu funti sterlinga.<sup>13</sup> U međuvremenu, otpor barona prerastao je u organizovanu vojsku koja će pristupiti pregovorima s kraljem. Prije zvaničnog susreta,

---

<sup>11</sup> Interdikt (lat. *Interdictum*) znači zabranu obavljanja svih crkvenih obreda u skladu s katoličkim crkvenim pravom. Po pravilu ova mjera se odnosila na državu ili grad, a na osnovu koje su pape vršile snažan pritisak na vlade. U slučaju srednjovjekovne Engleske govori se o "sub interdictum", opširnije: Morton, 1955, str. 55.

<sup>12</sup> Opširnije o navedenim događajima kao i vladavini kralja Džona vidjeti: Halapić, 2008, str. 251–253.

<sup>13</sup> Opširnije vidjeti: Siegan, 2001, str. 6. Navedeni iznos novca iznosio je 700 za Englesku i 300 za Irsku. Opširnije vidjeti: Tanswell-Langmead, 1946, str. 74–104.

baroni su održali dva vrlo značajna savjetovanja. Prvo savjetovanje održano je u mjestu Sveti Albans (Sv. Albans) 4. augusta 1213. godine, a drugo 25. augusta u mjestu Sveti Pavle (Sv. Paul's). Prilikom ovih savjetovanja na strani pobunjenih barona nalazio se i kanterberijski nadbiskup Lenton. Historijski posmatrano možemo reći da je drugo zasjedanje značajnije, jer se pristupilo konkretnim zahtjevima čiji osnov počiva u Povelji sloboda koju je izdao kralj Henri.<sup>14</sup> Ova povelja poslužila je kao model za budući dokument, ali i kao temelj baronskih zahtjeva. Prvi susret pobunjenih barona i kralja Džona desio se 4. novembra 1214. godine u mjestu Buri Sveti Edmunds (Bury Sv. Edmunds) koji je doživio neuspjeh (McKechnie, 1917, str. 3–4). Nezadovoljni rezultatima susreta, baroni odlučuju da se podijele i da pruže oružani otpor. Baroni sa sjevernih teritorija domarširali su do mjesta Brekli (Brackley) kako bi se sastali za izaslanicima kralja Džona. Tom prilikom dostavili su svoje zahtjeve koji su u engleskoj pravnoj historiji poznati kao "Baronski članci" (Articles of Barons).<sup>15</sup> Sadržaj ovih članaka je izazvao veliki revolt kralja koji je tom prilikom rekao da nikad neće dati takve slobode svojim baronima koje će ga pretvoriti u roba (McKechnie, 1917, str. 3–4). Uprkos ovoj reakciji kralja, baroni su ostali pri svojim zahtjevima i u maju 1215. godine kao svog lidera imenuju Roberta fit Voltera (Robert fitz Walter). Od tada, Volter nosi i titulu "maršala Armije Boga i Svete Crkve" (Marshal of the Army of God nad Holy Church) (Holt, 2015, str. 226). U želji da ojačaju svoju poziciju, baroni su prije formiranja armije, uputili pismo papi Inoćentiju III u kojem priznaju povelje nastale 15. marta i 3. oktobra 1215. godine (Kurtović, 1972, str. 309–313). Ovo pismo barona može se posmatrati i kao diplomatski potez koji je trebao osigurati podršku pape. Naredno što je uslijedilo jeste to da su baroni uputili kralju *diffidatio* (*difidacio*), odnosno izjavu kojom uskraćuju svoju vjernost i poslušnost kruni, što se prema pravilima srednjovjekovnog prava tumači kao objava rata. Po uručenju *difidacija*, baroni su se uputili u London, koji je otvorio gradska vrata pobunjenim baronima i na taj način postao primjer drugim gradovima u Engleskoj. Gradonačelnik Londona dobio je počasno mjesto uz nadbiskupa Lengtona i pridružio se baronima. Na stranu barona vrlo prelaze one kategorije stanovništva koje su tradicionalno odane kruni, kao što su krupni feudalci, sitni i srednji feudalci (*riteri*) i sveštenstvo (crkva).<sup>16</sup> Kao odgovor na postupak barona, kralj Džon je prihvatio nove

---

<sup>14</sup> Opširnije o spomenutim savjetovanjima kao i rezultatima vidjeti: McKechnie, 1917, str. 3–4.

<sup>15</sup> Engleska pravna literatura smatra da su u pitanju članci koji su predstavljali osnovu prilikom kreiranja *Magne Charte Libertatum*, s tim da je sporan datum njihovog donošenja. Baronski članci imaju 49 članova. Opširnije vidjeti: Holt, 2015, str. 356–373.

<sup>16</sup> Opširnije o stanovništvu koje se pridružilo baronima vidjeti: Festić, 1987, str. 205. Značajna uloga u otporu barona pripada ranije spomenutom nadbiskupu Lengtonu

pregovore, s obzirom na to da nije imao dovoljno finansijskih sredstava za angažovanje plaćene vojske, kao i da je izostala uobičajena podrška krupnih zemljoposjednika. Pregovori su trajali od 11. do 15. juna 1215. godine. Tokom prvih pregovora od 11. juna baroni su prezentirali svoje zahtjeve odnosno Baronske članke koje je kralj prihvatio i ovjerio kraljevskim pečatom. Period do novih pregovora iskoristio se za proširivanje i dopunu prihvaćenih zahtjeva, a koji će u konačnoj formi kristalizirati pravno-političku orijentaciju barona. Konačni susret barona i kralja uslijedio je 15. juna 1215. godine u mjestu Runnymede na rijeci Thames koje se nalazi između Windsora i Stainesa. Tom prilikom kralj Džon je stavio kraljevski “Veliki pečat” (Great Seal) na tekst Povelje i dobrovoljno prihvatio sve odredbe. Povelja je poznata pod imenom Velika povelja sloboda ili Magna Charta Libertatum. Tekst Povelje napisan je na latinskom jeziku u kontinuitetu. Podjela teksta na članove rezultat je rada pravnih stručnjaka i istraživača, što je učinjeno iz čisto praktičnih razloga. Nakon što je kralj stavio svoj pečat na tekst Povelje, izrađene su kopije za daljnju distribuciju, čiji broj nije poznat. Od kopija iz 1215. godine, danas su se sačuvale samo četiri. Dvije kopije nalaze se u Britanskoj biblioteci (British Library), a po jedna kopija u Linkoln katedrali (Lincoln Cathedral) i Salisburi katedrali (Salisbury Cathedral).

## **2. Kratak uvid u sadržaj Povelje**

Prije uvida u sadržaj kao i značaj ovog srednjovjekovnog engleskog dokumenta, potrebno je u vrlo kratkim crtama ukazati i na njegovu pravnu snagu. Naime, prilikom susreta koji je i doveo do izdavanja, baroni su dogovorili s kraljem Džonom ponovni susret koji se trebao održati 20. augusta 1215. godine. Međutim, kralj se nije pojavio, što je i bio znak baronima da se čitava priča oko Povelje svodi samo na obećanje kralja koji ga nije htio ispoštovati. Ove okolnosti su čitavu srednjovjekovnu Englesku približile valu novih sukoba kao i izbijanju građanskog rata. Vrlo brzo, tačnije 24. augusta 1215. godine papa je donio poznatu bulu koja nosi naziv “Etsi carissimus” kojom je osudio Veliku povelju i na taj način oslobodio kralja Džona svih obećanja koja mu je ranije dao. Ovaj postupak pape možemo posmatrati i u svjetlu budućih događaja, odnosno papa je s bulom potvrdio svoj status kraljevog saveznika u nadolazećem građanskom ratu.<sup>17</sup> Striktno posmatrajući, može se reći da je

---

koji je pokazao odlučnost u rješavanju političkih pitanja, uz napomenu da je Lengton tokom 1206. godine imenovan za kardinala. S donošenjem Povelje, Lengton se povukao s političke scene u cilju zaštite crkvenih interesa.

<sup>17</sup> Opširnije o spomenutim događajima vidjeti: Turner, 2011, str. 247–250.

pravna snaga Povelje trajala blizu dva mjeseca. Ipak, u pitanju je dokument koji je vrlo značajan za englesku pravnu historiju i razvoj engleske pravne tradicije, a čiji je duh prisutan i u slučaju kada se govori o drugim državama svijeta.

Kada se govori o sadržaju Velike povelje sloboda iz 1215. godine, potrebno je definisati karakter ovog dokumenta, odnosno odgovoriti na pitanja šta je Velika povelja sloboda. U literaturi su prisutni različiti stavovi. Engleski autori smatraju da je u pitanju poseban registar običaja, koji su trebali i posebnu potvrdu od tadašnjeg kralja, ili da je u pitanju sporazum o miru.<sup>18</sup> Drugi autori smatraju da je u pitanju kraljeva darovnica baronima i podanicima (Kurtović, 1972; Klarić & Gardaš, 2003, str. 27–39). Možemo reći da se Velika povelja sloboda iz 1215. godine može posmatrati i kao posebna vrsta sporazuma čiji je cilj zaustavljanje građanskog rata, ali i kao akt koji je osigurao prava elite (barona). Međutim, navedena mišljenja, a naročito mišljenje u kojem se navodi da je u pitanju darovnica, imaju i određene nedostatke. S obzirom na to da je u pitanju srednjovjekovni akt koji treba poštovati pravila srednjovjekovnog prava (koje je u velikoj mjeri rezultat običaja), uočava se pitanje darovanja. Tokom srednjeg vijeka mnogi vladari su prihvatili koncept izdavanja darovnica. Međutim, sve darovnice su obavezno sadržavale prenošenje određenih stvari ili prava (po pravilu u pitanju su prava imovinskog karaktera – nasljedno pravo). S obzirom na to da Velika povelja ne sadrži prenos stvari ili prava, ne može se govoriti o darovnom aktu – dokumentu. Imajući na umu okolnosti izdavanja Velike povelje sloboda, možda bi ispravnije bilo govoriti o mirovnom sporazumu koji je nastao između kralja i barona. U tekstu se uočava da je kralj priznao određene slobode, ali i da se istim dokumentom uređuje niz pitanja. Jedno od njih je i pitanje uspostavljanja trajnog mira, o čemu govori i osam članova Povelje.<sup>19</sup> Ovaj srednjovjekovni dokument je prije osam stotina godina iz korijena promijenio pravno-političku scenu Engleske. Od tada se po prvi put uspostavlja tzv. ustavna vlada (Constitutional government) koja je preuzela ulogu da će osigurati sve uslove koji dovode do primjene jednog od fundamentalnih principa – a to je vladavina prava.<sup>20</sup>

Tekst Velike povelje sloboda iz 1215. godine sadrži preambulu i šezdeset tri člana i napisana je na latinskom jeziku. Ako bismo pokušali izvršiti analizu

---

<sup>18</sup> O spomenutom stavu vidjeti: Warren, 1997, str. 236–237. O stavovima engleskih autora vidjeti: Turner, 1994, str. 239. Isti autor je u svojoj novijoj knjizi pod naslovom *King John. England's Evil King*, potvrdio ovaj stav.

<sup>19</sup> U pitanju su članovi 49, 51, 52, 55, 58 i članovi 61–63.

<sup>20</sup> Opširnije o navedenom principu vidjeti: Bogdanar, 2015, str. 23–42.

teksta Povelje, onda možemo reći da se spomenuti članovi mogu svrstati u nekoliko grupa.<sup>21</sup> Prvu grupu čine oni koji se odnose na status crkve odnosno njene slobode.<sup>22</sup> Za razliku od spomenute grupe, naredna reguliše pitanja nasljednog i porodičnog prava.<sup>23</sup> Feudalna prava kao i obaveze nalaze se u trećoj grupi članova.<sup>24</sup> U narednu, odnosno četvrtu grupu, možemo svrstati one članove koji regulišu sudska pitanja kao što je postupak pljenidbe imovine.<sup>25</sup> Peta grupa članova odnosi se na opća pravna načela i reguliše niz pitanja.<sup>26</sup> Iz ove grupe posebno se izdvajaju oni članovi koji su do danas, u nepromijenjenoj formi, ostali na snazi. Tu se posebno ističe član 39. koji glasi: “Ni jedan slobodan čovjek neće biti ubijen ili zatvoren, ili lišen svojih prava, ili imovine, ili stavljen van zakona ili prognan, ili na bilo koji način lišen svog položaja, niti ćemo mi protiv njega upotrijebiti silu ili uputiti druge da to učine, osim na osnovi zakonite presude njemu jednakih ili prava zemlje” (Karčić, 2004, str. 234). Iz citiranog člana nastala su prava na zaštitu protiv arbitrarnog lišenja slobode i pravičnog suđenja kao i pravo na suđenje pred porotom. Član koji je usko povezan s citiranim je i član 40. koji glasi: “*Pravo i pravdu nećemo nikome prodati, uskratiti ili odgoditi*” (Karčić, 2004, str. 234). Ovaj član predstavljao je temelj na osnovu kojeg je nastalo pravilo koje glasi “zakašnjela pravda je negirana pravda” (*Justice delayed is justice denied*).

Članovi koji se nalaze u ovoj grupi su oni koji su u određenoj mjeri uticali na način upotrebe kraljevih ovlaštenja kao i na ovlaštenja niza službenika.<sup>27</sup> Iz ove grupe posebno se ističe član 61. kojim se formira posebno tijelo, odnosno Vijeće barona. Zadatak ovog tijela je kontrola poštivanja svih odredbi Velike povelje sloboda, uz priznavanje prava na otpor, ukoliko se uočeno nepoštivanje u roku od četrdeset dana ne ispravi. U posljednjoj grupi nalaze se oni članovi koji regulišu niz pitanja, kao što je status šuma, morskih obala i slično. Ova grupa obuhvata sve ostale članove Povelje. Iz ovog kratkog uvida u sadržaj Povelje, mogu se uočiti najznačajniji elementi ovog srednjovjekovnog dokumenta. Tu se misli na jednu od najznačajnijih temeljnih sloboda koja proističe iz citiranog člana 39. Naredni element odnosi se na kontrolu kraljeve vlasti putem posebnog tijela kao i pravo na pobunu barona.

---

<sup>21</sup> Detaljnu sadržajnu analizu Velike povelje sloboda iz 1215. godine vidjeti: Halapić, 2005b.

<sup>22</sup> Opširnije o navedenim pravima crkve vidjeti: Duncan, 2014, str. 87–102. Članovi koji uređuju spomenutu oblast su čl. 1. i čl. 63.

<sup>23</sup> Članovi koji se odnose na spomenute grane prava su članovi 2–8. i čl. 27.

<sup>24</sup> U pitanju su čl. 12, članovi 14–16., čl. 25., čl. 37. i čl. 43.

<sup>25</sup> Spomenuta pitanja su regulisana čl. 9., članovima 17–22, čl. 34, čl. 36. i čl. 45.

<sup>26</sup> Ovoj grupi pripadaju član 13, čl. 35, članovi 39–42, čl. 49, čl. 51. i 52, čl. 60. i čl. 62.

<sup>27</sup> U ovoj grupi se nalaze čl. 24, članovi 28–32, čl. 38. i čl. 61.

### 3. Uloga i značaj Velike povelje sloboda

Činjenica da je prošlo osam stotina godina od izdavanja Velike povelje sloboda nije uticala na njen značaj koji je prepoznatljiv i danas. Naravno, ova povelja posebno mjesto zauzima unutar engleskog pravnog sistema i uživa status najznačajnijeg pravnog dokumenta u historiji Velike Britanije. Pored činjenice da je temeljni akt engleskog pravnog sistema, ova povelja je dobila isti status kada se govori o američkom, a kasnije i o međunarodnom pravu. U momentu donošenja, Povelja je izvršila reformu postojećeg feudalnog pravnog sistema i ograničila kraljevu vlast. Akteri događaja koji će dovesti do izdavanja Povelje u njoj nisu prepoznali ono što se danas naziva ustavnim pravilima. Kao što je ranije spomenuto, Ujedinjeno Kraljevstvo nema jedinstven pisani odnosno kodifikovani ustav. Međutim, engleska pravna historija u materijalnom smislu poznaje spomenuta ustavna pravila (*Law of Constitution*) i ustavne konvencije (*Constitution conventions*). Po svom karakteru Povelja iz 1215. godine pripada kategoriji ustavnih pravila. Istoj kategoriji pripadaju i drugi historijski dokumenti kao što je Peticija o pravu iz 1689. godine, zakoni Parlamenta, sudske odluke (*Case Law*) i pravila običajnog karaktera koja su sastavni dio *common law* sistema (Festić, 1987, str. 203–204). Jedno od pitanja koje se pojavljuje u literaturi jeste da li Engleska ima ustav? Na ovo pitanje možemo slobodno odgovoriti pozitivno uz određene napomene. U tu svrhu možemo se poslužiti tvrdnjom da: “Engleski ustav nesumnjivo postoji samo je on sasvim drugačiji od ustava u drugim zemljama” (Jovičić, 1984, str. 14).<sup>28</sup> Prema engleskim pravnim piscima nikada nije bilo dileme, odnosno Engleska posjeduje ustav koji je po mnogima vrlo kvalitetan ustav. Od niza autora potrebno je spomenuti pionire koji su dali veliki doprinos u definisanju engleskog ustava. Tu se posebno ističe Sir Vilijam Blekstoun (William Blackstone) koji je u drugoj polovini XVIII vijeka u svom poznatom djelu *Commentaries on the Laws of England* ukazao na značaj Povelje iz 1215. godine u kojoj je prepoznao mehanizam zaštite svakog pojedinca u pogledu uživanja prava (pravo na život, slobodu i vlasništvo) (Blackstone, 1899, str. 120). U modernom periodu, zasluge za definisanje engleskog ustava pripadaju poznatim autorima Valteru Bedžhotu (Walter Bagehot) i Albertu Ven Dikeju (Albert Venn Dicey). Bedžot je detaljno opisao razvoj engleskih političkih institucija (Bagehot, 1867). Za razliku od prvog, drugi autor, Dikej, ustanovio je osnovna načela engleskog ustava koji su autoritativni i danas (Dicey, 2000). Na kraju možemo navesti i teleološku definiciju Džovanija Sartoria (Giovanni Sartori) koji ističe da se moderni pojam ustava određuje na osnovu njegovog

---

<sup>28</sup> Za razliku od navedenog, u literaturi je prisutno i suprotno mišljenje u kojem se navodi da u Engleskoj ustav i ne postoji. Vidjeti: De Tokvil, 2002, str. 90.

cilja – konstitucionalizma u vigoovskom liberalnom obliku kao mehanizma za ograničavanje državne vlasti u cilju zaštite individualnih prava i sloboda (Sartori, 1962, str. 853–864). Može se zaključiti da engleski ustav nije nepisani već nekodifikovani ustav, te kao takav uspio je odgovoriti potrebama modernog doba. S obzirom na to da je ograničio državnu vlast, uspostavio ravnotežu ustavnih faktora i osigurao adekvatnu zaštitu prava i sloboda svih građana, sa sigurnošću još jednom možemo potvrditi da Engleska ima svoj ustav, ali u znatno originalnijem obliku od drugih država svijeta.

Kada se govori o značaju Povelje potrebno je u kratkim crtama ukazati i na njen uticaj na anglosaksonsko pravo. Kao što je poznato, u procesu kolonizacije ili otkrivanja “Novog svijeta” dominantna uloga pripala je evropskim državama. Ovdje se posebno isticala Engleska, koja je uspostavila svoje kolonije na teritoriji Sjeverne Amerike.<sup>29</sup> S obzirom na svoje porijeklo, kolonisti su sa sobom donijeli i dio engleskog pravnog sistema. Ovaj spomenuti dio, predstavlja osnovu za izgradnju budućeg karakterističnog američkog pravnog sistema. Uticaj Povelje iz 1215. godine može se uočiti u procesu formiranja prvih kolonija. Naime, kolonije su mogle nastati samo na osnovu saglasnosti engleskog kralja koji je tim povodom izdavao posebne povelje. Zajednička karakteristika ovih povelja je u tome što su se pozivale na primjenu Velike povelje sloboda iz 1215. godine, a naročito kada se govori o osiguranju odnosno obezbjeđenju jednakih prava svih engleskih kolonista (Festić, 1975, str. 65). Kao primjer možemo navesti povelju kojom je uspostavljena i prva kolonija Virdžinija (Virginia) iz 1607. godine. U ovoj povelji potvrđuje se da doseljenici imaju prava na sve slobode, građanska prava i neprikosnovenost kao da su rođeni ili stanuju u Engleskoj (Halapić, 2006, str. 150–151). Posebno se ističu “prava i slobode” koje garantuje Magna Charta Libertatum kao i primjena jednakih zakonskih odredbi *common law* sistema (Festić, 1975, str. 66). U početku su kolonisti smatrali, a pozivajući se na svoje porijeklo, da imaju pravo da se koriste vlastitim, odnosno engleskim pravom (*common law*) koje je nastalo na osnovu sudskih presuda (*case law*) i zakonskih odluka Parlamenta. Na ovaj način, kolonisti su podržali ranije poznatu Koukovu

---

<sup>29</sup> Prva kolonija osnovana je 1607. godine formiranjem prvog gradskog naselja Jamestowna. Opširnije u (1964). *Encyclopedia Americana*, (Vol. VII, str. 301). U periodu od formiranja prve kolonije do 1733. godine kada je osnovana i posljednja, ukupan broj kolonija na teritoriji Sjeverne Amerike iznosio je trinaest. To su: Virdžinija (Virginia), Masačusets (Massachusetts), Konektikat (Connecticut), Rod Ajlend (Rhode Island), Nju Džersi (New Jersey), Nju Hempšir (New Hampshire), Nju Jork (New York), Nju Hejven (New Haven), Pensilvanija (Pennsylvania), Merilend (Maryland), Južna i Sjeverna Karolina (South and North Carolina) i Džordžija (Georgia). Opširnije o načinu formiranja i ukupnom broju kolonija, *Encyclopedia Americana*, (Vol. XXVII, str. 533–539). O godini formiranja posljednje kolonije (Džordžija) iz 1733. godine, vidjeti: Festić, 1980, str. 187.

doktrinu da su pravo i običaji Engleske nasljedstvo svakog podanika (Hazeltine, 1917, str. 185). Odredbe Velike povelje sloboda iz 1215. godine uticale su i na odredbe engleskog Zakona o pravima (Bill of Rights) iz 1689. godine. Ovaj zakon prihvatio je pravilo da nema oporezivanja bez saglasnosti Parlamenta, oslanjajući se na članove 12. i 14. a kojim se uvodi zabrana razrezivanja poreza od strane kralja bez opšteg pristanka. Slične prilike su prisutne kada se govori i o američkom Zakonu o pravima iz 1791. godine (Bill of Rights) tj. prvih deset amandmana na Ustav Sjedinjenih Američkih Država iz 1791. godine.<sup>30</sup> Kolonisti su tokom 18. vijeka u želji da potvrde da engleski Parlament nema pravo donošenja zakona za kolonije, kreirali princip (slogan) da nema oporezivanja bez predstavljanja (No taxation without representation), što predstavlja modifikaciju ranije spomenutih članova Povelje iz 1215. godine.<sup>31</sup> Uticaj Povelje prepoznatljiv je i u zaštiti osnovnih ljudskih prava i sloboda. U literaturi se navodi da se prvi tragovi ljudskih prava i sloboda mogu pronaći u antičkoj političkoj teoriji, koja je pod terminom slobode podrazumijevala pravo učestvovanja građana u radu državnih organa. Međutim, ovo pravo je pripadalo određenoj kategoriji građana (slobodnih), ali je Atina kroz niz reformi uspostavila tzv. atinsku demokratiju. Može se reći da se prva razmišljanja o ljudskim pravima mogu pronaći u antičkoj pravnoj tradiciji i historiji (Festić, 1990, str. 107). Ako bismo pokušali preciznije utvrditi vremenski period u kojem se formira termin ljudska prava, onda možemo navesti: “Termin ‘ljudska prava’ (*human rights, droits de l’homme*) u pravnoj teoriji i praksi počinje se koristiti u Evropi zadnjih decenija 18. vijeka” (Karčić, 1992, str. 9). U pogledu koncepta ljudskih prava možemo navesti: “Sa sigurnošću se može tvrditi da prve koncepte slobode i prava ljudi od šireg značaja, pojmove slobode i jednakosti, ustanovljava mlada buržoazija u svom pohodu ka vlasti” (Festić, 1997, str. 273). Iz prvog citata se zaključuje da je u pitanju period koji se hronološki poklapa s okončanjem feudalizma u Evropi, a drugi citat se oslanja na okončanje prvih građanskih revolucija koje su rezultirale izdavanjem najznačajnijih dokumenata kao što je slučaj s Deklaracijom o pravima čovjeka i građanina iz 1789. godine. Imajući u vidu navedeno, sa sigurnošću možemo tvrditi da je razvoj ideje o ljudskim pravima svoje mjesto pronašao u historijskim dokumentima, kao što su Magna Charta Libertatum iz 1215. godine, Habeas Corpus Act iz 1769, Zakon o pravima (Bill of Rights) iz 1689, Deklaracija o nezavisnosti Sjedinjenih Američkih

---

<sup>30</sup> Opširnije o uticaju Povelje na teritoriji Sjedinjenih Američkih Država vidjeti: Pilon, 2015, str. 1–4.

<sup>31</sup> Opširnije o prilikama u kolonijama koje su uticale na navedeni princip vidjeti u doktorskoj disertaciji Halapić, 2011, str. 11. Isti autor to potvrđuje u knjizi Halapić, 2015, str. 26.



Država iz 1776. i ranije spomenuta Deklaracija iz 1789. godine. Uticaj Povelje iz 1215. godine na moderne dokumente koji regulišu pitanje ljudskih prava, prepoznatljiv je u tome što Povelja u određenoj, demokratizovanoj mjeri, predstavlja doprinos u razvoju teorije prirodnih prava (Lairg, 2003, str. 234). Značaj Povelje došao je do izražaja i u kasnijem periodu kada je pitanje ljudskih prava poprimilo internacionalni karakter. U pitanju je period nakon Drugog svjetskog rata i usvajanje Univerzalne deklaracije o pravima čovjeka.<sup>32</sup> Poređenjem teksta Univerzalne deklaracije iz 1948. godine i Velike povelje sloboda iz 1215. godine uočava se sličnost. U pitanju je član 9. Univerzalne deklaracije koji glasi: “Niko ne smije biti podvrgnut samovoljnom hapšenju, zatvoru ili izgonu” (Donnelly, 1999, str. 153). Citirani član predstavlja prilagođeni član 39. Magne Charte Libertatum. Ovaj član Povelje iz 1215. godine našao je svoj odjek i u članu 17. Univerzalne deklaracije u kojem se navodi: “Ni jedan čovjek ne može biti optužen, uhapšen ni zadržan osim u slučajevima određenim zakonom, i prema postupku koji on propisuje. Oni koji...” (Donnelly, 1999, str. 153). O Velikoj povelji sloboda izjasnio se i poznati američki politolog Samuel P. Huntington (Samuel P. Huntington) koji je u svom poznatom radu o sukobu civilizacija istakao: “...suština zapadne kulture je Magna Carta, a ne Magna Mac” (Huntington, 1993, str. 22–49) i na ovaj način potvrdio ulogu i značaj Magne Charte za moderni svijet.<sup>33</sup> Na značaj ovog elitističkog dokumenta, ukazuje i činjenica da danas postoje posebne asocijacije (udruženja) koja se bave mnogim pitanjima koja se odnose na Povelju iz 1215. godine. U pitanju su asocijacije registrovane na teritoriji Novog Zelanda i Australije.<sup>34</sup> Pored spomenutih država, u slučaju Sjedinjenih Američkih Država od 1907. godine postoji i Udruženje za obilježavanje međunarodnog dana Velike povelje (International Magna Charta Day Association – IMCDA). Ovo udruženje osnovao je Džejms Vudburn Hamilton (James Woodburn Hamilton) sa sjedištem u državi Minesoti (Minnesota) (MacRaid, Ellis & Bowman, 2014, str. 142–143). Različiti oblici udruženja postoje u Kanadi, Južnoj Africi, Velikoj Britaniji, Egiptu i Sudanu.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Ova deklaracija usvojena je 10. decembra 1948. godine od strane Generalne skupštine OUN i sadrži uvod i 30 članova. Opširnije vidjeti: Donnelly, 1999, str. 152–156.

<sup>33</sup> Tri godine kasnije, isti autor objavljuje knjigu pod naslovom *Sukob civilizacija i preustroj svjetskog poretka*, (Izvori, Zagreb, 1998) u kojem na stranici broj 79 iznosi isti stav.

<sup>34</sup> Opširnije o spomenutim asocijacijama vidjeti: <http://www.ust-britisociety.org.au/magnacartaproject.html>. Stranici se pristupilo 6. 6. 2015. godine.

<sup>35</sup> Opširnije: MacRaid, Ellis & Bowman, 2014, str. 145, citirano prema *New York Times* (7. dec. 1921).

## Umjesto zaključka

Tekst pod naslovom “800 godina Velike Povelje Sloboda (*Magna Charta Libertatum*): 1215–2015.” odnosi se na obilježavanje osam stotina godina postojanja ovog dokumenta. U pitanju je jedan od najznačajnijih dokumenata u engleskoj historiji. Vremenom, ovaj dokument će postati temelj američkog i međunarodnog prava. U radu se ukazuje na pravno-političke okolnosti donošenja Povelje. Tu se posebno ističe uloga poglavara Katoličke crkve, kanterberijskog nadbiskupa i barona. Istraživanjem se obuhvatilo i pitanje uloge i značaja Povelje na razvoj anglosaksonskog prava. U okviru ovog istraživanja, ukazalo se i na njen uticaj u slučaju Sjedinjenih Američkih Država, te na kraju i uticaj na sistem zaštite ljudskih prava i sloboda. Ovaj dokument možemo povezati i s trenutnim dešavanjima u Bosni i Hercegovini. Prošlogodišnji nemili događaji od 7. februara, ukazuju na to kakve posljedice mogu prouzrokovati lideri koji nisu u stanju prihvatiti izazove i da ne mogu uživati privilegiju nekažnjivosti. Bosna i Hercegovina se nalazi pred neminovnim promjenama koje su u rukama političkih lidera, jedino ostaje da se vidi da li su sposobni za njihovu realizaciju, jer ukoliko nisu, onda će u njihovo ime to učiniti narod. U slučaju BiH potrebno je da se desi jedan prelomni trenutak i da se osigura usklađivanje pravnog sistema, vladavina prava, te na kraju, treba još jednom podsjetiti da je Velika povelja sloboda iz 1215. godine u Engleskoj uvela ustavnu vlast, koja je neophodna i Bosni i Hercegovini.

## Bibliografija

### Enciklopedije i rječnici

1. *Encyclopedia Americana* (1964). (Volume VII, X, XV). New York: Americana Corporation.
2. *The Columbia Encyclopedia* (1964). (Volume 3). New York: Columbia University Press.
3. *Enciklopedija Leksikografskog zavoda* (MCMLXVII). (Volume 2). Zagreb: Leksikografski zavod.
4. *Encyclopaedia Britannica*, Volume (1963). (3, 6, 8). London: William Benton.

### Knjige, hrestomatije i studije

1. Avramović, S. (2000). *Opšta pravna istorija (stari i srednji vek)*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za publikacije; Dosije.
2. Avramović, S. (2003). *Opšta pravna istorija (stari i srednji vek)*. Beograd: Nomos.
3. Bagehot, W. (1867). *The English Constitution*. London: Chapman and Hall.

4. Blackstone, W. (1899). *Commentaries on the Laws of England*. Chicago: Callaghan and Co.
5. Brigs, E. (2001). *Društvena istorija Engleske*. Novi Sad: Svetovi.
6. Ćuković-Kovačević, I. (1995). *Istorija Engleske (kratak pregled)*. Beograd: Naučna knjiga.
7. De Tokvil, A. (2002). *O demokratiji u Americi*. Sremski Karlovci: Novi Sad Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanović.
8. Dicey, A. V. (2000). *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London: Elibron; Classics.
9. Donnelly, J. (1999). *Međunarodna ljudska prava*. Sarajevo: Helsinški komitet za ljudska prava u Bosni i Hercegovini.
10. Dvorkin, R. (2003). *Carstvo prava*. Beograd: Filip Višnjić.
11. *Evropska Povelja o regionalnim ili manjinskim jezicima* (1996). Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.
12. Fearenside, C. S. (1907). *The tutorial history of England*. London: University tutorial Press.
13. Festić, R. (1998). *Opća historija države i prava*. Sarajevo: Studentska štamparija Univerziteta u Sarajevu.
14. Halapić, E. (2005). *Magna Charta Libertatum – porijeklo, glavne pravno-političke ideje i historijski značaj* (magistarski rad). Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
15. Halapić, E. (2011). *Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država (1790–2005)* (doktorska disertacija). Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
16. Halapić, E. (2015). *Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država (1790–2005)*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
17. Holt, J. C. (2015). *Magna Carta* (third edition). Cambridge: Cambridge University Press.
18. Jones, D. (2015). *Magna Carta the birth of liberty*. New York: Viking.
19. Kandić, Lj. (1979). *Odabrani izvori iz Opšte istorije države i prava*. Beograd: Savremena administracija.
20. Karčić, F. (2004). *Pravni tekstovi – Odabrani izvori za Opću historiju države i prava*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
21. Maurois, A. (1940). *Povijest engleske politike*. Zagreb: Tipografija.
22. McDowall, D. (2003). *An illustrated history of Britain*. Essex: Pearson Education Limited.
23. McKechnie, W. S. (1914). *Magna Carta a commentary on the Great Charter of King John with an Historical Introduction*. Glasgow: Maclehose.
24. Morton, A. L. (1955). *Istorija Engleske*. Sarajevo: Veselin Masleša.
25. Samardžić, Đ. (1963). *Opšta istorija države i prava II dio (pregled razvitka države i prava u feudalnom periodu)*. Sarajevo: s. n.

26. Siegen, H. B. (2001). *Property rights: From Magna Carta to the Fourteenth Amendment*. New Brunswick: London: Transaction Publisher.
27. Tanswell-Langmead, T. P. (1946). „*Magna Carta*“, *English Constitutional History from Teutonic conquest to the present time* (Tenth edition). (T. F. T. Plucknett, rev.). London: Sweet&Maxwell.
28. Trevelyan, G. M. (1956). *Povijest Engleske*. Zagreb: Kultura.
29. Turner, R. V. (1994). *King John*. London: New York: Longman.
30. Turner, R. V. (2011). *King John: England's evil king*. Gloucestershire: The History Press.
31. Vajs, A. & Kandić Lj. (1999). *Opšta istorija države i prava – feudalni period*. Beograd: Savremena administracija.
32. Villey, M. (2002). *Pravo i prava čovjeka*. Zagreb: Disput.
33. Warren, W. L. (1997). *King John*. London: Yale University Press.

## Članci

1. Altamira, R. (1917). Magna Carta and the Spanish Mediaeval Jurisprudence. *Magna Carta Commemoration Essays, Royal Historical Society*, 227–243.
2. Bogdanar, V. (2015). Magna Carta the Rull of Law and the Reform of Constitution. U: *Magna Carta and Its Modern Legacy*, New York: Cambridge University Press.
3. Festić, R. (1970). Neke karakteristike recepcije Common Law-a u engleskim kolonijama u Americi. *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu*, XVIII, 355–367.
4. Festić, R. (1972). Nastanak porote u Engleskoj. *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu*, XX, 337–355.
5. Festić, R. (1975). Engleski uticaj na razvoj kolonijalnog i ranog prava u Sjedinjenim Američkim Državama. *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu*, XXIII, 65–79.
6. Festić, R. (1980). Nastanak i razvoj kancelarovih sudova u engleskim kolonijama u Sjevernoj Americi. *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu*, XXVIII, 339–352.
7. Festić, R. (1980). Nešto o nastanku sudova u engleskim kolonijama u Sjevernoj Americi. *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu*, XXVII, 185–195.
8. Festić, R. (1980–1981). Neke karakteristike nastanka i razvoja krivičnih sudova u engleskim kolonija u Americi. *Zbornik Pravnog fakulteta u Mostaru*, II-III, 553–564.
9. Festić, R. (1981). Sudovi admiralteta u engleskim kolonijama u Sjevernoj Americi. *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu*, XXIX, 219–238.
10. Festić, R. (1983). Istorijski osvrt na neke specifičnosti američkog prava u odnosu na englesko. *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu*, XXXI, 283–299.
11. Festić, R. (1986). Istorijske osnove stvaranja Common Law-a u Engleskoj. *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu*, XXXIV, 265–281.

12. Festić, R. (1987). Ustavni razvitak u Engleskoj. *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu*, XXXV, 197–212.
13. Festić, R. (1989–1990). Porijeklo Deklaracije o pravima čovjeka i građanina. *Zbornik Pravnog fakulteta u Mostaru*, IX-X, 239–255.
14. Festić, R. (1997). Aktualnost ideja o historijskim dokumentima o ljudskim pravima. U: *Agresija na Bosnu i Hercegovinu i borba za njen opstanak 1992.-1995. godine* (str. 265–280). Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu; Centar za naučno-istraživački rad, Sarajevo.
15. Festić, R. (1999). Historijski korijeni ljudskih prava. U: *Država Bosna i Hercegovina i ljudska prava* (str. 107–116). Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu; Centar za naučno-istraživački rad i pravne klinike.
16. Halapić, E. (2005). Državno-pravna situacija u Engleskoj početkom XII vijeka. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XLVIII, 231–234.
17. Halapić, E. (2006). Historijski značaj Velike povelje sloboda za anglo-saksonsko pravo. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XLIX, 149–160.
18. Halapić, E. (2008). Uloga i značaj dinastije Plantagenet: pravno-politički aspekt. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LI, 239–256.
19. Hazeltine, H. D. (1917). The influence of Magna Carta on American constitutional development. *Magna Carta Commemoration Essays, Royal Historical Society*, 180–226.
20. Huntington, S. P. (1993). The Clash of Civilizations? *Foreign Affairs*, 73 (3), 22–49.
21. Karčić, F. (1992). Ljudska prava. *Glasnik Rijasetu Islamske zajednice*, 55, 9–19.
22. Klarić, D., & Gardaš, M. (2003). Magna Carta u ustavno-pravnom kontekstu Engleske povijesti. *Pravni vjesnik*, 19 (3–4), 27–39.
23. Kurtović, Š. (1972) Magna Carta i njena ustavno-pravna analiza. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, XXII, 299–338.
24. Lairg, I. of (2003). The spirit of Magna Carta continues to resonate in modern Law, *The Law Quarterly Review*, 119 (2), 227–245.
25. MacRaid, D. M., Ellis, S., & Bowman, S. (2014). Interdependence day and Magna Charta: James Hamilton's public diplomacy in the Anglo-world, 1907-1940's. *Journal of Transatlantic Studies*, 12 (2), 140–162.
26. McKechnie, W. (1917). Magna Carta (1215-1915) an address delivered on its seventh centenary, to the Royal Historical Society and the Magna Carta celebration Committee. *Magna Carta Commemoration Essays, Royal Historical Society*, 1–25.
27. Samardžić, Đ. (1963). Opšti pogled na feudalno pravo (sa aspekta zapadno-evropskog feudalizma). *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XI, 209–229.
28. Sartori, G. (1962). Constitutionalizam: A Preliminary Discussion. *The American Political Science Review*, 1, 853–864.

29. Taswell-Langmead, T. P. (1946). "Magna Carta", *English Constitutional History - from the Teutonic conquest to the present time* (Tenth Edition, Revised and Enlarged by Theodore F.T. Plucknett). London: Sweet& Maxwell; Limited, 74–104.

### **Internetske stranice**

1. <http://www.ust-britisociety.org.au/magnacartaproject.html>. Stranici se pristupilo 6. 6. 2015.
2. British monarchy. <http://www.royal.gov.uk/output/Page58.asp>
3. The Baronial Order of Magna Charta. <http://www.magnacharta.com/articles/article01EHTM>
4. National Archives <http://www.archives.gov/exhibithall/featureddocuments/magnacarta/index.html>
5. <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/econ7hale01.htm>

### **Edin Halapić, PhD**

Assistant Professor

## **800 YEARS SINCE THE GREAT CHARTER OF FREEDOMS (MAGNA CARTA LIBERTATUM): 1215-2015**

### **Summary**

*The paper entitled "800 years since the Great Charter of Freedoms (Magna Carta Libertatum): 1215–2015" deals with the issue of adoption and marking of the eight centuries of existence of this document. It is the case of a charter which was created in the period of medieval English society. In the moment of adoption, we can speak of a charter that was the result of an agreement between the then king and English barons. However, it is the case of the most famous document of the constitutional character of England. In that sense, it occupies a very significant place in the legal history of England, as well as in the case of other states whose legal cultures are based on the postulates of Anglo-Saxon legal system. The charter also represented the legal basis for the establishment of the first colonial settlements in the territory of North America. In the end, we can point out to the fact that the Charter also had an impact on the system that protects the human rights and freedoms.*

**Keywords:** *Magna Carta Libertatum, Anglo-Saxon law, English constitutionality, restriction of King's powers, colonisation.*

**Mr. Ehlimana Memišević**

Viša asistentica

e.memisevic@pfsa.unsa.ba

UDK: 341.485:342.727

Pregledni naučni rad

## **KRIVIČNOPРАВNA ZABRANA PORICANJA GENOCIDA – DOZVOLJENO OGRANIČAVANJE SLOBODE IZRAŽAVANJA?**

### **Sažetak**

*Poricanje se smatra posljednjom – osmom – fazom u izvršenju genocida. Suočene s ovom pojavom, kao i pojavom neonacizma i ponavljanja zločina genocida u svijetu krajem 20. vijeka, brojne evropske zemlje su se opredijelile da inkriminiraju poricanje genocida tokom 1990-ih godina. Pri tome, pojedine zemlje su inkriminirale poricanje holokausta, kao posebnog genocida nad Jevrejima, dok su druge proširile okvir svojih zakona protiv poricanja i uključile zabranu poricanja svih genocida. Zbog posebnih historijskih okolnosti, pored zabrane poricanja holokausta i nacističkih zločina, pojedine zemlje su inkriminirale i poricanje komunističkih zločina, a čak i u zemljama u kojima nije postojao izričit propis o zabrani poricanja genocida, bilo je moguće takve izjave kažnjavati na osnovu općeg propisa protiv “govora mržnje”.*

*S ciljem ujednačavanja nacionalnih zakonodavstava, učinjeni su naponi da se na nivou Evropske unije inkriminira poricanje genocida. Prvo je zajedničkom akcijom 98/443/JHA bilo predviđeno da se inkriminira rasističko i ksenofobično ponašanje u svim zemljama članicama. Zatim je 2001. izrađen Prijedlog Okvirne odluke o borbi protiv rasizma i ksenofobije, koji je predviđao inkriminiranje “javnog podržavanja genocida ili zločina protiv čovječnosti definisanih u Statutu Međunarodnog krivičnog suda” kao oblika rasističkog i ksenofobičnog ponašanja. Ova odluka je, nakon sedam godina pregovora, usvojena 28. novembra 2008. i obavezala je države članice da inkriminiraju “javno odobravanje, poricanje ili grubo trivijaliziranje zločina genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina”. Međutim, harmonizacija propisa o zabrani poricanja zločina genocida u Evropskoj uniji još uvijek nije uspostavljena, budući da države članice nisu primijenile u potpunosti i/ili tačno sve odredbe Okvirne odluke. Tome su, u velikoj mjeri, doprinijeli i ustupci koji su učinjeni državama članicama, kako bi se osigurao njihov pristanak za usvajanje Okvirne odluke.*

**Ključne riječi:** *poricanje, javno odobravanje, holokaust, genocid, inkriminacija, krivično pravo, Evropska unija, rasizam, ksenofobija*

## Uvod

Poricanje se smatra posljednjom fazom u izvršenju genocida. Suočene s ovom pojavom, kao i pojavom neonacizma i ponavljanja zločina genocida u svijetu krajem 20. vijeka, brojne evropske zemlje opredijelile su se da inkriminiraju poricanje genocida tokom 1990-ih godina. Osim toga, s ciljem ujednačavanja nacionalnih zakonodavstava, učinjeni su napor da se na nivou Evropske unije inkriminira poricanje genocida. Prvo je zajedničkom akcijom 98/443/JHA bilo predviđeno da se inkriminira rasističko i ksenofobično ponašanje u svim zemljama članicama. Zatim je 2001. izrađen prijedlog Okvirne odluke o borbi protiv rasizma i ksenofobije, koji je predviđao inkriminiranje “javnog podržavanja genocida ili zločina protiv čovječnosti definisanih u Statutu Međunarodnog krivičnog suda” kao oblika rasističkog i ksenofobičnog ponašanja. Ova odluka je, nakon sedam godina pregovora, usvojena 28. novembra 2008. godine.

U nastavku ovog rada ukratko ćemo ukazati na fenomen poricanja genocida, kao i argumente “za” i “protiv” njegovog inkriminiranja. Zatim ćemo dati pregled država koje u nacionalnom zakonodavstvu imaju zabranu poricanja genocida i ukazati na napore da se inkriminira poricanje genocida u Evropskoj uniji i razvoj nakon Prijedloga i usvajanja Okvirne odluke o suzbijanju određenih oblika i izraza rasizma i ksenofobije sredstvima krivičnog prava 2008/913/JHA 2008. godine.

## Poricanje genocida

Poricanje se smatra posljednjom fazom u izvršenju genocida, koja se “nadovezuje na složenu motivaciju koja nadahnjuje prvu fazu genocida” (Koen, 2003, str. 129) i predstavlja “jedan od najsigurnijih indikatora budućih genocida” (Stanton, 1998, para. 8).

Prema Israel W. Charnyju (1991) poricanje “vrši napad na kolektivni identitet i nacionalni kulturni kontinuitet naroda žrtava” (str. 23) i nastoji da “napadne historijski duh i moral preživjelih i potomaka ubijenih i oteža njihov oporavak” (str. 22) te “prikrije užas zločina i oslobodi odgovorne za njegovo izvršenje” (str. 23). Na taj način poricanje “metaforički ubija historijsku istinu i kolektivno sjećanje” (Charny, 2009, str. 519). Prema autorici Deborah E. Lipstadt (1994), poricanje nastoji da “preoblikuje historiju s ciljem rehabilitacije počinitelja i demoniziranja žrtve” (str. 214). Budući da poricatelji ubijaju dostojanstvo preživjelih i nastoje uništiti sjećanje na zločin, čime sprječavaju zarastanje rana nanijetih genocidom, poricanje predstavlja “dvostruko ubijanje”.



U poricanje genocida mogu biti uključeni počinioci, javna historija kolektiva kojem pripadaju počinioci, te državne vlasti čiji su organi počinili genocid (Karčić, 2007). Prilikom poricanja koriste se različiti mehanizmi. Neki od njih uključuju: poricanje znanja o genocidu, poricanje odgovornosti, poricanje postojanja žrtve, optuživanje optužioca te moralnu ravnodušnost prema zločinu (Koen, 2003, str. 127–159). Israel W. Charny navodi nekoliko oblika poricanja, kao što su poricanje u svrhu ostvarivanja ličnih ili kolektivnih interesa, “nevinno poricanje” odnosno poricanje iz neznanja ili različitih ubjeđenja, “definicionalizam” ili insistiranje na nedefiniranju masovnih ubistava kao genocida, poricanja značaja genocida i dr. (Charny, 2009). Shodno tome, najčešći razlozi poricanja genocida su oslobađanje od odgovornosti za počinjenje, odnosno za nesprječavanje počinjenja. Prema nekim autorima, upravo zbog opasnosti koju poricanje nosi za sadašnjost i budućnost, neophodno je njegovo inkriminiranje. Naime, osim što nastavlja proces izvršenja genocida, poricanje ima i svoje implikacije u budućnosti. Oslobađanjem počinitelja prošlih genocida odgovornosti za njihova djela i skrivajući stvarnost genocida, poricanje povećava rizik budućih počinjenja genocida, čineći jasnim da genocid ne zahtijeva moralnu odgovornost ili odgovor (Markusen & Charny, 1999, str. 159).

Budući da poricatelji nastoje da “demoniziraju žrtve i rehabilitiraju počinitelje” njihov cilj je zataškavanje istine i ponovno pisanje historije bez referiranja na realnost, kao i slavljenje fašizma i nasilja, zbog čega, prema mišljenju Israela W. Charnyja, demokratska društva moraju reagirati čak i pod cijenu sukoba s nekim drugim demokratskim vrijednostima, kao što je sloboda govora (Charny, 2009, str. 534).

U raspravama koje su vođene među stručnjacima oko toga da li je potrebno posebno inkriminirati poricanje genocida ili ne, iznošeni su različiti argumenti “za” i “protiv”. Među argumentima “za” inkriminaciju genocida navodi se činjenica da inkriminiranje poricanja genocida sprječava nanošenje daljnjih povreda žrtvama i njihovim potomcima, kao i počinjenje budućih genocida. Osim toga, inkriminacija poricanja genocida ima simboličku funkciju za zemlje u kojima je počinjen genocid. Da bi se u tim zemljama omogućilo razlikovanje prošlosti od sadašnjosti, nužno je priznanje činjenice izvršenja genocida. Konačno, ako se zakonska zabrana poricanja genocida dosljedno provodi, dovodi do opadanja poricateljske aktivnosti. Primjer uspješnih sudskih gonjenja poricatelja su SR Njemačka i Francuska (Karčić, 2007).

Među argumentima “protiv” inkriminacije poricanja genocida najčešće se ističe ograničavanje slobode izražavanja. Protivnici zakona o zabrani poricanja genocida su tvrdili da takvi zakoni ograničavaju temeljno ljudsko pravo na

slobodu izražavanja. Autoritativan odgovor je dao Evropski sud za ljudska prava u svojoj presudi od 24. juna 2003. godine protiv poricatelja iz Francuske – Rogera Garaudya – ističući da postoje ograničenja slobode izražavanja te da opravdavanje pronacističke politike ne može uživati zaštitu člana 10. Evropske konvencije o ljudskim pravima (Whine, 2009, str. 545). Štaviše, negiranje jasno ustanovljenih historijskih činjenica kao što je holokaust izdvojeno je članom 17. iz zaštite člana 10. Sud je utvrdio da podnositelj zahtjeva u svojoj knjizi *Osnivački mitovi modernog Izraela (The Founding Myth of Israeli Politics)* dovodi u pitanje postojanje, stepen i težinu historijskih činjenica koje se odnose na Drugi svjetski rat i koje su jasno utvrđene, kao što je progon Jevreja od strane nacističkog režima, holokaust i suđenje u Nirnbргу. Prema odluci Suda, negiranje zločina protiv čovječnosti predstavlja jedan od najozbiljnijih oblika vrijeđanja na rasnoj osnovi i podsticanje na mržnju Jevreja, narušava vrijednosti na kojima je borba protiv rasizma i antisemitizma zasnovana i predstavlja ozbiljnu prijetnju javnom redu. Osim toga, ističe se, da su ovakva djela nekompatibilna s demokratijom i ljudskim pravima jer krše prava drugih, a njihovi zagovornici, nesporno, imaju namjere koje spadaju u ciljeve zabranjene članom 17 Konvencije (De Schutter, 2014, str. 423–425).

Zatim, među argumentima “protiv” ističe se da dokazi iz zemalja koje su usvojile zakonsku zabranu negiranja genocida nisu ohrabrujući. Međutim, ti dokazi se razlikuju u različitim zemljama. Naprimjer, u Njemačkoj, Austriji i dr. bilo je više uspješnih sudskih gonjenja, što znači da “inkriminacija poricanja genocida ima veći operativni značaj u zemljama koje su historijski iskusile režime koji su genocid provodili” (Karčić, 2007, str. 296). Međutim, kao kontraargument ističe se da u zemljama koje nisu inkriminirale poricanje genocida nije došlo do povećanja ili je došlo do neznatnog povećanja poricateljskih aktivnosti (Julius, 2000).

Konačno, argument “protiv” koji sadrži realnu opasnost je da sudska gonjenja poricatelja mogu nekada biti kontraproduktivna, dajući takvim licima i njihovim stavovima neželjeni publicitet. Međutim, efikasnim sudskim gonjenjem, dobro utemeljenom optužbom i njenim vezivanjem za genocid prethodno utvrđen od strane domaćeg ili međunarodnog suda, ova opasnost se može minimizirati (Karčić, 2007).

Stoga, imajući u vidu argumente “za” i “protiv” može se zaključiti da inkriminacija poricanja genocida ima potpunu zasnovanost, posebno u zemljama koje su iskusile taj zločin u prošlosti.

## **Inkriminacija poricanja genocida u krivičnim zakonodavstvima evropskih zemalja**

Pod utjecajem pojave neonacizma i ponavljanja zločina genocida u svijetu krajem 20. vijeka, poricanje genocida je, tokom 1990-ih godina, inkriminirano u krivičnim zakonima većine evropskih zemalja (Karčić, 2007). Pri tome se u nekim zemljama izričito inkriminira poricanje holokausta, kao posebnog genocida nad Jevrejima, u nekim zemljama se, zbog posebnih historijskih okolnosti, inkriminira poricanje nacističkih i komunističkih zločina, dok su neke države proširile okvir svojih zakona protiv poricanja i uključile zabranu negiranja svih genocida.

U nastavku ovog rada dat ćemo pregled država koje u nacionalnom zakonodavstvu imaju zabranu poricanja genocida, a zatim ćemo ukazati na napore da se inkriminira poricanje genocida u Evropskoj uniji i razvoj nakon Prijedloga i usvajanja Okvirne odluke o suzbijanju određenih oblika i izraza rasizma i ksenofobije sredstvima krivičnog prava 2008/913/JHA 2008. godine.

### **Zabrana poricanja holokausta**

#### **Njemačka**

Zbog historijske odgovornosti, poricanje genocida izvršenog nad Jevrejima je prvo inkriminirano u Njemačkoj, izmjenom člana 194. Krivičnog zakona 1985. godine. Prema toj izmjeni poricanje holokausta je zabranjeno kao uvreda lične časti tj. uvreda svakog Jevreja u Njemačkoj. Shodno tome, gonjenje za ovo djelo zahtijevalo je saglasnost žrtve. Zapriječena kazna bila je do jedne godine zatvora ili novčana kazna. Izmjenom člana 130. Krivičnog zakona 1994. godine, poricanje genocida postaje krivično djelo pod inkriminacijom podsticanja na rasnu mržnju. Inkriminira se “javno odobravanje, poricanje ili umanjivanje zločina počinjenih pod vlašću nacionalsocijalističkog režima, na način da ometa javni red”. Zapriječena je kazna zatvora u trajanju do pet godina ili novčana kazna (Pech, 2011, str. 192).

Ova odredba je dodatno osnažena izmjenom i dopunom Zakona 2005. godine, kada je član 130 dopunjen stavom 4. koji glasi: “Svako ko javno krši javni mir na način da vrijeđa dostojanstvo žrtava odobravajući, veličajući ili opravdavajući nacionalsocijalističku vlast, kaznit će se kaznom zatvora do tri godine ili novčanom kaznom.”

## **Francuska**

U Francuskoj je zakonom od 13. jula 1990. godine, tzv. *Loi Gayssot*, inkriminirano osporavanje nacionalsocijalističkih zločina, ustanovljenih tribunalom u Nirnbergu. Zakon 90-615 iz 1990. predstavlja amandman na Zakon o slobodi štampe iz 1881. i predviđa inkriminaciju svih rasističkih, antisemitskih ili ksenofobičnih akata. Zabrana poricanja genocida sadržana je u članu 24b. Ovim članom se inkriminira “dovođenje u pitanje postojanja zločina protiv čovječnosti definiranih u članu 6. Statuta Međunarodnog krivičnog suda, dodanog Londonskom sporazumu od 8. avgusta 1945. godine, koji su počinjeni bilo od članova organizacije proglašene za zločinačku u skladu sa članom 9. Statuta, ili od strane lica koje je proglašeno krivim za takve zločine od francuskog ili međunarodnog suda”. Zapriječena kazna je do godine zatvora ili novčana kazna ili oboje (Pech, 2011, str. 199).

## **Austrija**

U Austriji je zabrana poricanja holokausta predviđena 1992. godine, dopunom Zakona iz 1945. (*Verbotsgesetz*) kojim se zabranjuje Nacionalsocijalistička njemačka radnička partija i podržavanje nacističkih ciljeva. Zakon broj 148 iz 1992. zabranjuje poricanje, tešku trivijalizaciju, podržavanje ili opravdavanje, na javni način dostupan mnogim licima, nacionalsocijalističkog genocida i drugih zločina protiv čovječnosti (Imbleau, 2011, str. 260).

Ovaj postupak čini krivično djelo ako postoji politička namjera, propaganda ili uključuje “laž o Aušvicu”. U takvom slučaju zapriječena kazna je od jedne do 10 godina zatvora, a ukoliko se prekršitelj i njegove aktivnosti smatraju posebno opasnim, do 20 godina zatvora (Whine, 2009, str. 542). Ako djelo ne uključuje propagandu, ili ima manji utjecaj, smatra se prekršajem za koji se u administrativnom postupku može izreći novčana kazna (Karčić, 2007, str. 292).

## **Belgija**

U Belgiji, član 1. Zakona protiv poricatelja iz 1995. proglašava za krivično djelo “poricanje, minimiziranje, opravdavanje ili podržavanje genocida izvršenog pod nacionalsocijalizmom tokom Drugog svjetskog rata”. Zapriječena kazna je od osam dana do jedne godine zatvora i novčana kazna (Whine, 2009, str. 544).

## **Luksemburg**

U Luksemburgu, Krivični zakonik (član 457-3) od 19. jula 1997. godine, inkriminira dovođenje u pitanje, javno trivijaliziranje, opravdavanje ili

poricanje bilo kojeg zločina protiv čovječnosti ili ratnih zločina vezanih za holokaust (Ured za demokratizaciju i ljudska prava [ODIHR], 2005, str. 138).

### **Poljska**

Poljska inkriminira i negiranje holokausta i komunističkih zločina. Članom 55. Zakona Instituta nacionalnog sjećanja – Komisije za procesuiranje zločina protiv naroda Poljske, od 18. decembra 1998. godine, inkriminirano je “javno i protivno činjenicama negiranje” nacističkih zločina počinjenih u periodu između 1939. i 1945. godine i zločina iz komunističkog režima i drugih zločina protiv mira, čovječnosti i ratnih zločina. Zapriječena kazna je novčana kazna ili kazna zatvora u trajanju od tri godine (Whine, 2009, str. 545).

### **Češka**

U Češkoj Republici, u članu 261. a) Zakona protiv podržavanja i širenja pokreta koji ugrožavaju ljudska prava i slobode iz 2001. predviđa se kažnjavanje “javnog negiranja, izražavanja sumnje, odobravanja ili pokušaj opravdavanja nacističkog ili komunističkog genocida ili drugih zločina nacista ili komunista”. Zapriječena je kazna zatvora u trajanju od šest mjeseci do tri godine.

### **Rumunija**

U Rumuniji je hitnom uredbom 31/2002 od 31. marta 2002. godine inkriminirano “javno negiranje, dovođenje u pitanje, odobravanje ili opravdavanje holokausta, ili genocida ili zločina protiv čovječnosti i njegovih posljedica”. Zapriječena je kazna zatvora u trajanju od šest mjeseci do pet godina i gubitak određenih prava.

### **Slovačka**

U Slovačkoj Republici, amandman na član 261. Krivičnog zakonika inkriminirao je javno poricanje, dovođenje u sumnju, prihvatanje ili odobravanje fašističkih zločina ili sličnih pokreta (ODIHR, 2005, str. 149). Novi Krivični zakon iz 2005. godine, u članu 422. inkriminira “javno negiranje, dovođenje u pitanje, odobravanje i opravdavanje holokausta”. Zapriječena je kazna zatvora od šest mjeseci do tri godine (Montero, 2015, str. 68).

Sve navedene zemlje su inkriminirale poricanje holokausta, direktno definirajući u zakonskom tekstu, ili pozivanjem na suđenja u Nirnbergu. Međutim, pojedine zemlje su pored zabrane negiranja nacističkih zločina inkriminirale i zabranu negiranja komunističkih zločina, zbog posebnih

historijskih okolnosti. S druge strane, neke zemlje su proširile okvir svojih zakona protiv negiranja i uključile zabranu negiranja svih genocida.

## **Zabrana negiranja genocida uopće**

### **Lihtenštajn**

Član 283. Krivičnog zakona u Lihtenštajnu inkriminira javno negiranje, ili trivijalizaciju ili pokušaje opravdavanja genocida ili drugih zločina protiv čovječnosti. Zapriječena je kazna zatvora u trajanju do tri godine (ODIHR, 2005, str. 135–136).

### **Portugal**

U Portugalu, član 240. stav 2. Krivičnog zakona, inkriminira javno klevetanje ili vrijeđanje pojedinca ili grupe na osnovu rase, boje, etničkog ili nacionalnog porijekla i vjerske pripadnosti, posebno negiranjem ratnih zločina ili zločina protiv mira ili čovječnosti, s namjerom izazivanja ili ohrabivanja rasne ili religijske diskriminacije (Whine, 2009, str. 545; ODIHR, 2005, str. 144–145).

### **Švicarska**

U Švicarskoj je 1994. izmjenom Krivičnog zakonika inkriminirano “javno poricanje, trivijaliziranje i dovođenje u pitanje genocida ili drugih zločina protiv čovječnosti” (član 261 b). Zapriječena kazna je do tri godine zatvora. Novčana ili uslovna kazna predviđena je u slučaju kada su počinioci maloljetnici. Dakle, inkriminirano je ne samo poricanje holokausta ili zločina počinjenih od strane određenih režima, već i poricanje svakog genocida i zločina protiv čovječnosti. Pri tome, ovaj zakon se ne referira izričito na odluke sudova, niti na međunarodno priznatu definiciju genocida (Imbleau, 2011, str. 261).

### **Španija**

Španski Krivični zakonik iz 1995. u članu 607 inkriminira “poricanje ili opravdavanje zločina genocida ili podržavanje režima ili institucija koje podstiču genocidne zločine”. Zapriječena kazna je od jedne do dvije godine zatvora i novčana kazna.

Stav 2, člana 607 Krivičnog zakona iz 1995. zabranjuje “(namjerno) širenje ideja i doktrina koje negiraju ili opravdavaju genocid”. Zapriječena kazna je od jedne do dvije godine zatvora. Ova odredba je prvi put primijenjena u slučaju protiv Pedra Varela Geissa, neonacističkog aktiviste i vlasnika knjižare koji je prodavao i distribuirao knjige, letke, brošure i sl. u kojima je holokaust,

kao historijska činjenica, negiran, trivijaliziran ili opravdavan (Coderch & Puig, 2008).

Prvostepeni sud proglasio je optuženog krivim za negiranje ili opravdavanje genocida i osudio na dvije godine zatvora. Osim toga, optuženi je osuđen i za povezan zločin “podsticanja na diskriminaciju, rasnu mržnju i nasilje protiv grupa rasističkim i antisemitskim motivima” i osuđen na dodatne tri godine zatvora. Apelacioni sud u Barseloni se, odlučujući po žalbi osuđenog, obratio Ustavnom sudu za ispitivanje ustavnosti člana 607 (2) i njegove usklađenosti s članom 20 (1) Ustava koji garantira slobodu izražavanja. U Odluci 235/2007 od 7. novembra 2007. većina sudija Ustavnog suda, osam od dvanaest sudija, negativno su odgovorili na pitanje i presudili da inkriminiranje “prostog” negiranja bilo kojeg genocida nije kompatibilno s ustavnim pravom na slobodu izražavanja (Pech, 2011, str. 208), uz obrazloženje da se samo razmjena ideja ne može okarakterizirati kao zločin, čak i u slučajevima kada su te ideje u suprotnosti s ljudskim dostojanstvom (Odluka Ustavnog suda Španije br. 235/2007, para. 6, Pech, 2011, str. 208). S druge strane, Sud nije imao prigovor na inkriminiranje javnog opravdavanja genocida ili onih koji su odgovorni za tu vrstu zločina. Suštinska razlika između negiranja i opravdavanja zločina genocida je u tome što opravdavanje predstavlja jasnu i prisutnu opasnost (Pech, 2011, str. 209). Zbog toga je, u konačnoj presudi, 3. marta 2008. godine, Apelacioni sud u Barseloni proglasio Pedra Varela krivim za opravdavanje genocida i osudio na sedam mjeseci zatvora (Coderch & Puig, 2008).

U pojedinim zemljama, iako nema isključivog propisa o zabrani negiranja genocida, takve izjave mogu se kažnjavati na osnovu općeg propisa o zabrani “govora mržnje”. Tako, naprimjer, negiranje holokausta ili genocida nije izričito inkriminirano u Holandiji. Međutim, sudovi to smatraju oblikom širenja mržnje i shodno tome krivičnim djelom. Član 137 holandskog Krivičnog zakona inkriminira “javno usmeno, pismeno ili putem slike, namjerno vrijeđanje grupe ljudi na osnovu njihove rase, vjere ili uvjerenja, seksualne orijentacije ili njihovog fizičkog, psihičkog ili mentalnog nedostatka”. Propisana kazna je kazna zatvora do jedne godine ili novčana kazna treće kategorije. Ovaj član Zakona je bio osnova za dva uspješna procesuiranja negiranja genocida. Prvi je bio protiv Siegfrieda Verbekea, belgijskog državljanina koji je na svojoj web-stranici objavljivao teorije o negiranju holokausta na četiri jezika (Whine, 2009, str. 545). Vrhovni sud Holandije ga je 1997. godine osudio na šest mjeseci zatvora i novčanu kaznu zbog kršenja holandskog Zakona o zabrani diskriminacije. Međutim, uprkos tome, on je nastavio objavljivati slične diskriminatorne sadržaje na svojoj web-stranici. Zbog toga je, u aprilu 2005. godine, belgijski Apelacioni sud osudio Verbekea na godinu dana zatvora

i deset godina zabrane glasanja zbog kršenja Zakona o zabrani negiranja holokausta i Zakona o zabrani diskriminacije (EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights Opinion no. 5, 2005, str. 4).

Drugi slučaj je protiv Ive Janssen, holandskog pijaniste, kojeg je okružni sud *Hertogenbosch* 21. decembra 2004. godine osudio za namjerno vrijeđanje Jevreja postavljanjem linkova na svojoj web-stranici na stranice koje negiraju holokaust (Whine, 2009, str. 545).

### **Zabrana negiranja genocida na nivou Evropske unije**

Kada je Evropska komisija izradila prijedlog Okvirne odluke o borbi protiv rasizma i ksenofobije, 2001. godine, samo su neke od gorenavedenih država članica imale nacionalne zakone koji su izričito kažnjavali negiranje holokausta i/ili drugih genocida i zločina protiv čovječnosti.

Međunarodno pravo nije izričito nametalo obavezu inkriminiranja poricanja genocida. Naime, Konvencija o genocidu iz 1948. zahtijeva od država članica da kažnjavaju “direktno i javno podsticanje na genocid” ali ne navodi poricanje genocida, izričito, kao potencijalni zločin. Jedini sporazum koji je posebno zahtijevao inkriminaciju negiranja holokausta ili bilo kojeg drugog genocida ili zločina protiv čovječnosti je Dodatni protokol na Konvenciju o kibernetičkom kriminalu o kriminalizaciji djela rasističke i ksenofobne prirode počinjenih pomoću kompjuterskih sredstava iz 2003. godine.

U skladu s članom 6 ovog protokola, svaka potpisnica ugovora dužna je da usvoji pravne mjere neophodne da odrede sljedeća djela kao krivična djela po domaćem zakonu: distribuiranje ili na drugi način činjenje javnosti dostupnim, kroz kompjuterske sisteme, materijal koji negira, znatno minimizira, odobrava ili opravdava genocid ili zločin protiv čovječnosti, definirana međunarodnim pravom i priznata kao takva kroz konačne i obavezujuće odluke ili presude Međunarodnog vojnog tribunala, uspostavljenog Londonskim sporazumom od 8. augusta 1945. godine, ili bilo kojeg drugog međunarodnog suda uspostavljenog relevantnim međunarodnim mehanizmima i čija je nadležnost priznata od strane države članice.

Međutim, pojedine države su stavile rezervu na ovaj član Protokola. Osim toga, neke države članice, kao što su Bugarska, Češka, Mađarska, Irska, Italija, Španija i Ujedinjeno Kraljevstvo odbile su potpisati Dodatni protokol jer zahtijeva inkriminaciju govora i ponašanja koje nije kompatibilno s pravom na slobodu izražavanja zaštićenog njihovim ustavima. Ova široko rasprostranjena opozicija Dodatnom protokolu, zajedno s mogućnošću koja je ostavljena



državama da ne primijene, u cjelini ili djelimično član 6, predstavlja ozbiljnu prepreku efikasnoj harmonizaciji materijalnog krivičnog prava u borbi protiv negiranja genocida. To je jedan od razloga zašto su pojedine evropske zemlje tražile evropsku zakonodavnu intervenciju (Pech, 2011, str. 224–226).

Evropska unija je 1996. godine preduzela korake prema inkriminaciji poricanja genocida zajedničkom akcijom 98/443/JHA<sup>1</sup> kojom je bilo predviđeno inkriminiranje rasističkog i ksenofobičnog ponašanja. Zatim je 2001. izrađen Prijedlog Okvirne odluke o borbi protiv rasizma i ksenofobije.<sup>2</sup> U ponašanja koja se smatraju rasističkim i ksenofobičnim u ovom dokumentu, uključuje se i javno podržavanje genocida ili zločina protiv čovječnosti definiranih u Statutu Međunarodnog krivičnog suda. Ovaj prijedlog usvojio je Evropski parlament 23/05/2002. Međutim, u kasnijem postupku rezervu u pogledu teksta Odluke dale su Italija, Ujedinjeno Kraljevstvo i Danska.

Budući da do 2005. godine nije postignut napredak po pitanju usvajanja ovog dokumenta, pregovori su zamrznuti. Međutim, nakon što je 2007. preuzela predsjedavanje EU, SR Njemačka preduzela je inicijativu da oživi pregovore o Okvirnoj odluci o borbi protiv rasizma i ksenofobije (Whine, 2009, str. 547). Reafirmirano je da je cilj te odluke da se među zemljama članicama postigne minimum harmonizacije odredbi o krivičnoj odgovornosti za širenje rasističkih i ksenofobičnih izjava. Prema saopćenju objavljenom 29. januara 2007. krivična odgovornost bila bi ustanovljena i za: “javno odobravanje, poricanje ili teško umanjivanje genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina u okviru značenja člana 6., 7. i 8. Statuta Međunarodnog krivičnog suda i saglasno članu 6. Međunarodnog krivičnog tribunala iz 1945.”<sup>3</sup>

Nakon sedam godina pregovora, Okvirna odluka o suzbijanju određenih oblika i izraza rasizma i ksenofobije sredstvima krivičnog prava 2008/913/JHA usvojena je u novembru 2008. godine.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Joint Action of 15 July 1996 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, concerning action to combat racism and xenophobia (96/443/JHA), *Official Journal* L 185, 24/07/1996 P. 0005 – 0007.

<sup>2</sup> Framework Decision on Combating Racism and Xenophobia, proposal, COM (2001), 664, *Official journal* OJ C 75 E of 26 (March 2002).

<sup>3</sup> Framework decision on Racism and Xenophobia, Press Release 8665/07 (Presse 84), Council of the European Union, Luxembourg, 17. april 2007.

<sup>4</sup> Framework Decision of 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law, OJ L328/55 [2008]. *Official Journal of the European Union* L 328/55, 6. 12. 2008. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32008F0913>

U članu 1 st. 1 Odluke navodi se da svaka država članica treba poduzeti mjere potrebne da se sljedeći namjerni oblici ponašanja kažnjavaju:

- c) javno odobravanje, poricanje ili grubo trivijaliziranje zločina genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina definiranih u članovima 6, 7. i 8. Statuta Međunarodnog krivičnog suda, usmjerenih protiv neke grupe lica i članova takve grupe, definirane po kriteriju rase, boje, religije, nacionalnog ili etničkog porijekla, kada je ponašanje učinjeno na način da podstiče nasilje ili mržnju protiv takve grupe ili člana takve grupe.
- d) javno odobravanje, negiranje ili grubo trivijaliziranje zločina definiranih članom 6. Londonskog sporazuma o Međunarodnom vojnom tribunalu od 8. augusta 1945. usmjerenih protiv neke grupe lica definirane po kriteriju rase, boje, religije, nacionalnog ili etničkog porijekla i članova takve grupe, ako je to učinjeno na način da podstiče nasilje ili mržnju protiv takve grupe lica ili člana takve grupe.

U članu 2 predviđeno je i kažnjavanje podsticanja na ponašanje iz člana 1 (1) c) i d), kao i podržavanje i pomaganje. Propisana kazna za ova krivična djela je zatvor u trajanju između jedne i tri godine (član 3).

### **Ustupci državama članicama**

Zbog zabrinutosti o potencijalnom utjecaju Okvirne odluke na slobodu izražavanja, učinjeno je nekoliko ustupaka državama članicama kako bi se osigurao njihov pristanak. Prvo, države članice su obavezne da kazne negiranje genocida “kada je takvo ponašanje učinjeno na način da podstiče na nasilje i mržnju” protiv određene grupe ili člana takve grupe. Zatim, države članice mogu izabrati da kazne samo ponašanje koje je učinjeno na način koji ometa javni red ili je prijeteći, nasilan i uvredljiv (član 1, st. 2).

Konačno, Odlukom je data dodatna mogućnost svakoj državi da kažnjava negiranje ili grubo trivijaliziranje zločina navedenih u čl. 1, st. 1, c i d, samo ako su utvrđeni konačnom odlukom nacionalnih sudova države članice i/ili međunarodnog suda ili samo konačnom odlukom međunarodnog suda (član 1, stav 4). Takva mogućnost nije ostavljena za djela javnog odobravanja gorespomenutih zločina.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Council Framework Decision 2008/913/JHA on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law, COM(2014) 27 of 27. 1. 2014, str. 3. Dostupno na: [http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/com\\_2014\\_27\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/com_2014_27_en.pdf)

U odnosu na zajedničku akciju 98/443/JHA iz 1996. godine, proširena je lista krivičnih djela, kao i način ostvarivanja usklađivanja zakona. Osim toga, opseg Okvirne odluke je širi od Dodanog protokola, kao i Prijedloga Odluke iz 2001. godine. Naime, Okvirnom odlukom iz 2008. je inkriminirano negiranje i grubo trivijaliziranje genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina (definiranih Statutom Međunarodnog krivičnog suda). Na taj način Okvirna odluka dopušta kontinuitet koegzistencije modela “negiranje genocida” (kao što je u Španiji i Švicarskoj) i modela “negiranja holokausta” (kao u Francuskoj i Njemačkoj) u Evropi, kako je izloženo ranije. Konačno, opseg Okvirne odluke može biti dodatno proširen. Naime, države članice mogu proširiti primjenu člana 1 st. 1 c) i d) na zločine usmjerene protiv grupe definirane na osnovu drugih kriterija od onih ranije spomenutih, kao što je društveni status ili politička uvjerenja (Pech, 2011).

Međutim, za razliku od Dodatnog protokola, države članice nemaju pravo da ne primijene, u cjelini ili djelimično, paragraf c) i d) stava 1, člana 1 Okvirne odluke (Pech, 2011).

### **Implementacija Okvirne odluke iz 2008. – Javno odobravanje, negiranje ili gruba trivijalizacija genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina**

Nakon usvajanja Okvirne odluke o suzbijanju određenih oblika i izraza rasizma i ksenofobije sredstvima krivičnog prava 2008/913/JHA 2008. godine, izmjenama i dopunama krivičnih zakona država članica inkriminirano je “javno odobravanje, poricanje ili grubo trivijaliziranje zločina genocida”. Kako bismo ilustrirali način implementacije čl. 1, st. 1 paragrafa c) i d) Okvirne odluke, navest ćemo odredbe krivičnih zakona nekoliko država članica.

#### **Latvija**

U dopuni Krivičnog zakona iz 1998. godine, od 21. maja 2009. u Latviji se inkriminira “javno veličanje, negiranje ili opravdavanje počinjenog genocida, zločina protiv čovječnosti, zločina protiv mira ili ratnih zločina” (član 74). Zapriječena kazna je zatvor u trajanju najmanje pet godina ili prinudni (društveno korisni) rad (Naamat, Osin & Porat, 2012, str. 252).

#### **Malta**

Dopuna Krivičnog zakona Malte iz 2009. godine u članu 82 B inkriminira: “javno odobravanje, negiranje ili grubo trivijaliziranje genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina usmjereno protiv grupe ljudi ili člana takve

grupe koja je definirana po kriteriju rase, boje kože, religije, nacionalnom ili etničkom porijeklu, kada je takvo ponašanje počinjeno na način da podstiče na nasilje ili mržnju protiv takve grupe ili člana takve grupe ili remeti javni red ili je prijeteci, nasilan ili uvredljiv”. Predviđena kazna je zatvor u trajanju od osam mjeseci do dvije godine.

### **Slovenija**

U Krivičnom zakonu Slovenije (KZ-1) od 1. novembra 2008. u članu 297 st. 2, inkriminira se javno širenje ideja o nadmoćnosti jedne rase nad drugom, pružanje pomoći za rasističke aktivnosti, negiranje, umanjivanje značaja, odobravanje, zanemarivanje, ismijavanje i zalaganje za genocid, holokaust, zločine protiv čovječnosti, ratne zločine, agresiju ili druga krivična djela protiv čovječnosti.

### **Mađarska**

Mađarski Parlament je 2010. godine usvojio dopunu Krivičnog zakona kojom se inkriminira “javno negiranje holokausta”. Predviđeno je kažnjavanje onih koji “javno vrijeđaju dostojanstvo žrtava holokausta u javnosti, negirajući ili dovodeći u pitanje postojanje holokausta ili omalovažavajući njegov značaj”. Zapriječena je kazna zatvora do tri godine (Koltay, 2011).

Ova odredba, međutim, nikad nije primijenjena u praksi, budući da je nakon promjene vlasti Parlament usvojio izmjene i dopune ove odredbe u junu iste godine. Naime, novoizabrani parlament je promijenio formulaciju zakona u “negiranje zločina nacionalsocijalističkog i komunističkog režima”.

Nakon ovih izmjena i dopuna član 269 c) glasi: ”Svako ko javno negira zločin genocida i druge zločine protiv čovječnosti počinjene od strane nacionalsocijalističkog i komunističkog režima, ili izrazi bilo kakvu sumnju ili ukaže da je to beznačajno, čini prekršaj koji se kažnjava kaznom zatvora u trajanju do tri godine.”

Prema tome, riječ holokaust je uklonjena iz zakonskog teksta, čime je odredba učinjena primjenjivom na djelo negiranja bilo kojeg genocida ili zločina protiv čovječnosti počinjenih od specifičnih režima, uključujući, naravno, i holokaust. Krivični zakon iz 2012. je, također, izvršio određene dopune člana 269 c), uključujući i kažnjavanje “pokušaja opravdavanja takvih zločina”, budući da pored negiranja, sam čin pokušavanja opravdavanja ili legitimiziranja takvih zločina predstavlja, sam po sebi, opasnost za društvo (Koltay, 2011).

## **Hrvatska**

Kao članica Evropske unije, Hrvatska je implementirala Okvirnu odluku iz 2008. godine. Članom 325 Kaznenog zakona Hrvatske, kao oblik javnog podsticanja na nasilje i mržnju inkriminirano je i “javno odobravanje, poricanje ili znatno umanjivanje kaznenog djela genocida, zločina agresije, zločina protiv čovječnosti ili ratnog zločina, usmjereno prema skupini ljudi ili pripadniku skupine zbog njihove rasne, vjerske, nacionalne ili etničke pripadnosti, podrijetla ili boje kože na način koji je prikladan potaknuti nasilje ili mržnju protiv takve skupine ili pripadnika te skupine.” Zapriječena je kazna zatvora u trajanju do tri godine.

## **Grčka**

Grčki Parlament je 9. septembra 2014. godine usvojio Zakon 4285/2014 koji implementira Okvirnu odluku Vijeća Evrope 2008/913/JHA o suzbijanju određenih oblika i izraza rasizma i ksenofobije. Zakon predstavlja amandman na postojeći antirasistički Zakon 927/1979. U skladu s članom 1, st. 1 Okvirne odluke Zakonom je predviđena zabrana negiranja genocida i drugih zločina protiv čovječnosti. U tom smislu inkriminirano je: “javno odobravanje, trivijaliziranje, ili negiranje (postojanja ili ozbiljnosti) zločina genocida, ratnih zločina, zločina protiv čovječnosti, holokausta, ili nacističkih zločina, kada su ovi zločini utvrđeni odlukom međunarodnog suda ili grčkog Parlamenta, ako je ovakvo ponašanje usmjereno protiv grupe lica, ili člana takve grupe definirane na osnovu rase, boje, religije, nacionalnog ili etničkog porijekla, seksualne orijentacije ili rodnog identiteta i na način koji podstiče na mržnju ili nasilje, ili je prijeteći, nasilan ili uvredljiv protiv takve grupe lica, ili jednog od njenih članova.”

Propisane kazne su kazna zatvora u trajanju od tri mjeseca do tri godine i novčana kazna u iznosu od 5.000 do 20.000 eura. Ukoliko sud izrekne kaznu zatvora u trajanju od godinu dana, može se izreći i kazna gubitka političkih prava u trajanju od jedne do pet godina. Ukoliko opisano ponašanje rezultira u počinjenjem krivičnog djela, kazna zatvora će trajati najmanje šest mjeseci i novčana kazna će iznositi između 15.000 i 30.000 eura. Konačno, ako je djelo počinjeno od strane javnih službenika ili osobe na dužnosti, kazna zatvora će iznositi šest mjeseci do tri godine i novčana kazna od 10.000 do 25.000 eura (Tourkochoriti, 2014).

## **Različita primjena odredaba Okvirne odluke**

Prema Izvještaju Evropske komisije o implementaciji Okvirne odluke 2008/913/JHA od 27. 1. 2014, države članice nisu primijenile u potpunosti

i/ili tačno sve odredbe Okvirne odluke, naročito u pogledu krivičnih djela negiranja, javnog odobravanja ili trivijaliziranja određenih zločina. Naime, Okvirnom odlukom predviđena je inkriminacija javnog odobravanja, negiranja ili grubog trivijaliziranja zločina definiranih članovima 6, 7. i 8. Statuta Međunarodnog krivičnog suda i zločina definiranih članom 6. Londonskog sporazuma o Međunarodnom vojnom tribunalu od 8. augusta 1945. u nacionalnim zakonodavstvima država članica. Međutim, samo nekoliko država članica inkriminiralo je sva tri oblika ponašanja – javno odobravanje, negiranje i grubo trivijaliziranje, dok ostale države inkriminiraju samo neke od navedenih oblika ponašanja. Naprimjer, Španija, Francuska, Italija i Poljska inkriminiraju samo javno odobravanje, Portugal negiranje, dok Latvija i Rumunija odobravanje ili negiranje.

Osim toga, države članice različito reguliraju pitanje na koje zločine se ove odredbe odnose. Naprimjer, Latvija i Portugal zabranjuju negiranje svih međunarodnih zločina, Rumunija genocid i zločine protiv čovječnosti, dok Španija i Italija samo negiranje genocida. Osim toga, u pogledu zahtjeva da djela moraju biti učinjena na način da podstiču na nasilje ili mržnju, neke države članice (Francuska Italija, Latvija, Luksemburg i Rumunija) ne zahtijevaju da takva ponašanja moraju biti učinjena na način da podstiču nasilje ili mržnju, dok druge države zahtijevaju više od samog podsticanja (Bugarska, Španija, Portugal i Slovenija).<sup>6</sup>

Zatim, države članice različito interpretiraju i primjenjuju stavove 2. i 4. člana 1. Okvirne odluke. Naime, različito reguliraju da li je potrebno da se negiranje ili grubo trivijaliziranje zločina navedenih u članu 1, stav 1 c) i d) Okvirne odluke učini na način koji ometa javni red ili je prijeteći, nasilan ili uvredljiv (član 1, stav 3) i da li su zločini utvrđeni konačnom odlukom nacionalnih sudova države članice i/ili međunarodnog suda ili samo konačnom odlukom međunarodnog suda (član 1, stav 4).

Konačno, neke države nemaju posebnih odredaba koje inkriminiraju krivična djela navedena u čl. 1, st. 1, c) i d) Okvirne odluke, tvrdeći da se odredbe nacionalnog zakonodavstva o zabrani negiranja ili trivijaliziranja holokausta mogu primijeniti na krivična djela predviđena u članu 1 Okvirne odluke. Naprimjer, Holandija, Finska i Ujedinjeno Kraljevstvo kažnjavaju trivijaliziranje, odobravanje i negiranje holokausta zasnovano na

---

<sup>6</sup> Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Council Framework Decision 2008/913/JHA on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law, COM(2014) 27 of 27. 1. 2014., str. 5. Dostupno na: [http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/com\\_2014\\_27\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/com_2014_27_en.pdf)

krivičnopravnim odredbama koje kažnjavaju podsticanje, etničku agitaciju i pobuđivanje mržnje.

Sudeći prema svemu gorenavedenom, još uvijek nije uspostavljena harmonizacija propisa o zabrani negiranja zločina genocida u Evropskoj uniji. U navedenom izvještaju, i Evropska komisija istakla je da “potpuno i ispravno primjenjivanje odredaba Okvirne odluke predstavlja prvi korak prema efikasnom sprječavanju rasizma i ksenofobije sredstvima krivičnog prava na koherentan način u Evropskoj uniji”. U tom smislu je navedeno da će Komisija učestvovati u bilateralnim razgovorima s državama članicama tokom 2014. kako bi se osiguralo potpuno i ispravno primjenjivanje Okvirne odluke, u skladu s Poveljom o temeljnim pravima, a naročito pravom na slobodu izražavanja i udruživanja.

### **Inkriminacija poricanja genocida u Bosni i Hercegovini**

U Bosni i Hercegovini, iako je presudama Međunarodnog suda pravde, Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju i Suda Bosne i Hercegovine, dokazano da je izvršen genocid nad bosanskim muslimanima odnosno Bošnjacima jula 1995. godine u Srebrenici i oko nje, kao i brojni zločini protiv čovječnosti i ratni zločini, negiranje genocida i drugih zločina je još uvijek prisutno. Od 2007. godine bilo je više pokušaja inkriminiranja poricanja genocida na državnom nivou, ali bili su bezuspješni zbog “nedovoljne entitetske većine” odnosno protivljenja poslanika iz Republike Srpske. Stoga je 2011. godine pokrenuta inicijativa za inkriminaciju poricanja genocida u Federaciji Bosne i Hercegovine.

Usvajanjem izmjena i dopuna Krivičnog zakona FBiH 2014. godine, javno poricanje ili opravdavanje genocida, zločina protiv čovječnosti ili počinjenih ratnih zločina utvrđenih pravosnažnom odlukom Međunarodnog suda pravde, Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju ili domaćeg suda kažnjava se kao djelo podsticanja na “narodnosnu, rasnu ili vjersku mržnju, razdor ili netrpeljivost” (član 163, st. 5).

U sadašnjoj konstelaciji političkih odnosa u BiH teško je očekivati da će se takav zakon usvojiti na državnom nivou, ali je moguće da će do toga doći u procesu pridruživanja BiH Evropskoj uniji. Naime, budući da je Okvirnom odlukom o borbi protiv rasizma i ksenofobije iz 2008. godine ustanovljena obaveza država članica da u krivičnom zakonodavstvu inkriminiraju “javno odobravanje, poricanje ili grubo trivijaliziranje zločina genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina”, Bosna i Hercegovina, kao zemlja opredijeljena za priključenje Uniji, morat će prihvatiti takvo rješenje.

## Zaključak

Poricanje genocida, kao posljednja faza u njegovom izvršenju, inkriminirano je u velikom broju evropskih zemalja. U tom pogledu je, na osnovu analize krivičnih zakona, uočeno nekoliko modela. Naime, pojedine zemlje su inkriminirale poricanje holokausta, dok su druge proširile okvir svojih zakona protiv poricanja i uključile zabranu poricanja svih genocida. S druge strane, neke zemlje su zbog posebnih historijskih okolnosti, pored zabrane poricanja holokausta i nacističkih zločina inkriminirale i negiranje komunističkih zločina. Konačno, u pojedinim zemljama, iako nema isključivog propisa o zabrani poricanja genocida, takve izjave moguće je kažnjavati na osnovu općeg propisa protiv “govora mržnje”.

S ciljem ujednačavanja nacionalnih zakonodavstava, učinjeni su naponi da se na nivou Evropske unije inkriminira poricanje genocida, kao oblika rasističkog i ksenofobičnog ponašanja. Okvirna odluka 2008/913/JHA usvojena je 2008. godine i obavezala je države članice da inkriminiraju “javno odobravanje, poricanje ili grubo trivijaliziranje zločina genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina”. Međutim, harmonizacija propisa o zabrani negiranja zločina genocida u Evropskoj uniji još uvijek nije uspostavljena, budući da države članice nisu primijenile u potpunosti i/ili tačno sve odredbe Okvirne odluke, naročito u pogledu krivičnih djela negiranja, javnog odobravanja ili trivijaliziranja određenih zločina.

## Bibliografija

1. Bundesgesetzblatt (2013). *German Criminal Code*. Bundesgesetzblatt I p. 3322/I p. 3671/I p 3799. Preuzeto sa [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html)
2. Carlos, C. M. (2010). *Study on how the memory of crimes committed by totalitarian regimes in Europe is dealt with in the Member States*. Preuzeto 18. februara 2015. sa [http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/totalitarian\\_regimes\\_final\\_study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/totalitarian_regimes_final_study_en.pdf)
3. Charny, I. W. (1991). *The Psychology of Denial of Known Genocides*. U: I. W. Charny (ed.) (1991). *Genocide: A Critical Bibliographic Review* (str. 3–37) Vol. 2. London: Mansell Publishing; New York: Facts on File.
4. Charny, I. W. (2009). *A Classification of Denials of the Holocaust and Other Genocides*. U: S. Totten & P. R. Bartrop (ed.) (2009). *The Genocide Studies Reader* (str. 517–537). Routledge: New York.
5. Coderch, P. S., & Puig, A. R. (2008). *Genocide Denial and Freedom of Speech. Comments on the Spanish Constitutional Court’s Judgment 235/2007, November 7th*. *InDret*, No. 4, 2008. Preuzeto sa [http://www.indret.com/pdf/591\\_en.pdf](http://www.indret.com/pdf/591_en.pdf)



6. Criminal Code (KZ-1) of the Republic of Slovenia (2008). Preuzeto 20. marta 2015. sa <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>
7. Criminal Code of the Republic of Hungary (2012). Preuzeto 25. marta 2015. sa <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>
8. Criminal Code of the Republic of Malta (2014). Preuzeto 25. marta 2015. sa <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>
9. De Schutter, O. (2014). *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press.
10. Framework Decision of 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law, *Official Journal of the European Union* L 328/55. Preuzeto sa <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0055:0058:en:PDF>
11. Framework Decision on Combating Racism and Xenophobia, proposal, COM (2001), 664, *Official Journal* C 75 E of 26 (March 2002).
12. Framework Decision on Racism and Xenophobia, Press Release 8665/07 (Presse 84), Council of the European Union, Luxembourg, 19 April 2007. Preuzeto sa <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%208665%202007%20INIT>
13. Imbleau, M. (2011). Denial of the Holocaust, Genocide, and Crimes Against Humanity: A Comparative Overview of Ad Hoc Statutes. U: L. Hennebel & T. Hochmann (ed.) (2011). *Genocide Denials and the Law* (str. 235–277). New York: Oxford University Press.
14. Joint Action of 15 July 1996 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, concerning action to combat racism and xenophobia (96/443/JHA), *Official Journal* L 185, 24/07/1996 P. 0005 – 0007. Preuzeto sa <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:31996F0443>
15. Julius, A., Bindman, G., Jowell, J., Morris, J., Rose, D., & Shaw, M. (2000). *Combating Holocaust Denial Through Law in the United Kingdom. JPR/Report N. 3*. Preuzeto sa <http://www.bjpa.org/Publications/details.cfm?PublicationID=4331>
16. Karčić F. (2007). Krivično-pravna zabrana poricanja genocida: komparativna perspektiva. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, L, 289–299.
17. Kazneni zakon. Narodne novine, 125/11, 144/12, 56/15, 61/15.
18. Koen, S. (2003), *Stanje poricanja: znati za zlodela i patnje*. (S. Glišić, prev.). Beograd: Samizdat B92.
19. Koltay, A. (2011). *Hate Speech and the Protection of Communities in the Hungarian Legal System: A Short Overview*. Preuzeto sa [http://hunmedialaw.org/dokumentum/554/hate\\_speech\\_regulation\\_in\\_Hungary.pdf](http://hunmedialaw.org/dokumentum/554/hate_speech_regulation_in_Hungary.pdf)
20. Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine. Službene novine FBiH, 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14.
21. Lipstadt, D. E. (1994). *Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory*. New York: Plume.

22. Markusen, E., & Charny I. (1999). *The Psychology of Denial of Genocide*. U: I. W. Charny (ed.). *The Encyclopedia of Genocide* (str. 159). Vol. 1. Santa Barbara: ABC-CLIO.
23. Montero, C. C., “Contract No JLS/2008/C4/006, Study on how the memory of crimes committed by totalitarian regimes in Europe is dealt with in the Member States”. Preuzeto 25. 2. 2015. sa [http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/totalitarian\\_regimes\\_final\\_study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/totalitarian_regimes_final_study_en.pdf)
24. Naamat, T., Osin, N. & Porat, D. (eds.) (2012). *Legislating for Equality: A Multinational Collection of Non-Discrimination Norms*. Vol. I: Europe. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
25. Odluka Ustavnog suda Španije 235/2007 od 7. novembra 2007. Preuzeto 25. januara 2015. sa <http://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/restrad/Pages/JCC2352007en.aspx>
26. OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (2005). *Combating Hate Crimes in the OSCE Region: An Overview of Statistics, Legislation, and National Initiatives*, Warsaw: ODIHR.
27. Pech, L. (2011). *The Law of Holocaust Denial in Europe*. U: L. Hennebel & T. Hochmann (ed.) (2011). *Genocide Denials and the Law* (str. 185–234). New York: Oxford University Press.
28. Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Council Framework Decision 2008/913/JHA on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law, COM (2014) 27 of 27. 1. 2014. Preuzeto sa: [http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/com\\_2014\\_27\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/com_2014_27_en.pdf)
29. Stanton, G. H. (2013). *The Ten Stages of Genocide*. Preuzeto 25. januara 2015. sa <http://www.genocidewatch.org/>
30. The Act on the Institute of National Remembrance – Commission for the Prosecution of Crimes against the Polish Nation dated 18 December 1998. Preuzeto sa: <http://ipn.gov.pl/en/about-the-institute/documents/institute-documents/the-act-on-the-institute-of-national-remembrance>
31. The E.U. Network of Independent Experts on Fundamental Rights Opinion no. 5 (2005). *Combating racism and xenophobia through criminal legislation: The situation in the EU Member States*. Preuzeto 12. februara 2015. sa [http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/cfr\\_cdf\\_opinion5\\_2005\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/cfr_cdf_opinion5_2005_en.pdf)
32. Tourkochoriti, I. (2014). *The New Regulation Against Hate Speech in Greece: Strengths and Weaknesses*. Preuzeto sa: <http://councilofeuropeanstudies.org/critcom/>
33. Whine, M. (2009). *Expanding Holocaust Denial and Legislation Against It*. U: I. Hare & J. Weinstein (ed.) (2009). *Extreme Speech and Democracy* (str. 538–556). New York: Oxford University Press.

**Ehlimana Memišević, MA**

Senior Assistant

**CRIMINAL AND LEGAL PROHIBITION OF THE DENIAL OF GENOCIDE  
– AN ALLOWED RESTRICTION OF FREEDOM OF EXPRESSION?**

**Summary**

*The denial is considered to be the last – eighth – stage in the perpetration of genocide. Faced with this occurrence, as well as the occurrence of neo-Nazism and reprisal of the crimes of genocide in the world in the late 20<sup>th</sup> century, many of the European countries have decided to incriminate the denial of genocide during the 1990's. In doing so, some countries incriminated the denial of holocaust, as special genocide against the Jews, while other expanded the framework of their laws against the denial and introduced a prohibition of denial of all genocides. Due to particular historical circumstances, besides the prohibition of the denial of holocaust and Nazi crimes, certain countries have also incriminated the denial of communist crimes as well, and even the countries where there were no explicit regulations on the prohibition of denial of genocide, it was possible to sanction such statements based on general rule against "hate speech."*

*With the goal to harmonise the national legislation, efforts were made to incriminate the denial of genocide on the level of the European Union. Firstly, the joint action 98/443/JHA had a plan to incriminate racist and xenophobic actions in all Member States. Following that, the Proposal Framework Decision on Combating Racism and Xenophobia was drafted, and it stipulated the incrimination of "publicly supporting genocide or crimes against humanity as defined by the Statute of International Criminal Court" as a form of racist and xenophobic behaviour. After seven years of negotiations, this decision was adopted on 28 November 2008 and it obliged the Member States to incriminate the "public condoning, denying or grossly trivialising the crimes of genocide, crimes against humanity and war crimes." However, the harmonisation of regulations on the prohibition of denial of crimes of genocide in the European Union is still not established, since the Member States have failed to fully and/or accurately implement all the provisions of the Framework Decision. This was largely contributed by the concessions that were granted to Member States in order to ensure their acceptance to adopt the Framework Decision.*

**Keywords:** *denial, public condoning, holocaust, genocide, criminal law, European Union, racism, xenophobia.*



**MJur (Oxon) Selma Mezetović Medić, LL.M.**

Asistentica  
s.mezetovic@pfsa.unsa.ba

UDK: 347.65/.68:061.1EU  
Pregledni naučni rad

## **UREDBA 650/2012 – NA PUTU PREMA EVROPSKOM NASLJEDNOM PRAVU**

### **Sažetak**

*Evropska unija zagovara stvaranje prostora u kojem političke granice ne predstavljaju barijeru svakodnevnom životu običnog čovjeka. Jedan od instrumenata koji bi trebao poslužiti za ostvarenje te svrhe je i nova Uredba o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i javnih isprava u pitanjima nasljeđivanja i o stvaranju evropske potvrde o nasljeđivanju koja se počela primjenjivati 17. augusta 2015. godine. Ovaj rad je posvećen ključnim novinama sadržanim u predmetnoj uredbi. Posebno je problematizirano pitanje nadležnosti evropskog zakonodavca i pravni osnov postupanja u konkretnom slučaju, te uvažavanje principa supsidijarnosti i proporcionaliteta. Dati su prijedlozi da se i u Bosni i Hercegovini kao potencijalnoj članici Evropske unije prilikom izmjena međunarodnog privatnog prava slijede rješenja sadržana u Uredbi, naročito u pogledu prihvatanja redovnog boravišta kao tačke vezivanja. Također je pozitivnim ocijenjen potencijal predmetne uredbe da doprinese ostvarenju ideje o “unaprjeđenju Evrope građana”.*

**Ključne riječi:** *Uredba 650/2012, evropsko nasljedno pravo, evropska potvrda o nasljeđivanju, redovno boravište, nadležnost Evropske unije, evropsko privatno pravo*

### **Uvodna razmatranja**

Nasljedno pravo je oblast evropskog privatnog prava koja upravo doživljava izuzetno značajne promjene. One su sažete u novom dokumentu Evropske unije pod nazivom Uredba o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i javnih isprava u pitanjima nasljeđivanja i o stvaranju evropske potvrde o nasljeđivanju<sup>1</sup> koja se počela primjenjivati 17. augusta

---

<sup>1</sup> Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and

2015. godine. Predmet regulacije ove uredbe je cjelina koja obuhvata mjerodavno pravo, nadležnost suda, te izvršenje i priznavanje dokumenata koje bi donosili organi jedne zemlje članice nadležni u konkretnom nasljednopravnom slučaju, kao i stvaranje potvrde o nasljeđivanju kao jedinstvenog dokumenta koji bi svjedočio o pravima ostvarenim po osnovu određenog nasljednopravnog slučaja, a koji bi istovremeno bio priznat u svim državama članicama.<sup>2</sup>

Idejna pozadina ovako obimnog zakonodavnog projekta jeste povećanje pravne izvjesnosti i sigurnosti građana Evropske unije u pitanjima nasljeđivanja. Naime, različito uređenje nasljednopravnih odnosa, kakvo je postojalo do stupanja na snagu Uredbe, prouzrokovalo je dosta problema i neizvjesnosti za građane Unije. Ti problemi su išli od nemogućnosti predviđanja prava koje će biti primijenjeno i organa koji će biti nadležan za raspravljanje zaostavštine, preko situacija u kojima organi u različitim državama primjenjuju različito pravo na isti nasljednopravni slučaj, zatim ograničenog prometa odluka i dokumenata koji se vezuju za ostvarivanje prava u određenom nasljednopravnom slučaju, nejednakog priznavanja statusa nasljednika ili upravitelja zaostavština, pa sve do teškoća koje nastaju u vezi s identificiranjem testamenata u inostranstvu (*Impact Assessment*, COM 410 final, 2009). Sve to u konačnici, osim što je predstavljalo dugotrajnu i zahtjevnu proceduru, vodilo je i do velikih finansijskih izdataka za nasljednike.<sup>3</sup> Međutim, važno je naglasiti da se pri tome ne radi samo o raznolikosti problema s kojima su se potencijalni titulari prava mogli susresti, nego prije svega o obimu tih problema uzevši u obzir broj građana Unije koji su na bilo koji način povezani s više od jedne države

---

acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, OJ L 201, 27. 7. 2012. Dalje u tekstu bit će korišten skraćeni naziv Uredba o nasljednom pravu i evropskoj potvrdi o nasljeđivanju ili Uredba.

<sup>2</sup> Misli se na sve države članice Evropske unije osim Danske, Velike Britanije i Irske koje nisu optirale za primjenu ove uredbe, a u skladu sa svojim statusom reguliranim članovima 1. i 2. relevantnih protokola o statusu ovih država, koji su prilozi Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o funkcioniranju Evropske unije.

<sup>3</sup> U dokumentu *Impact Assessment* (2009) navodi se da pravni stručnjaci smatraju da su troškovi u nasljednopravnim slučajevima s inostranim elementom do dva ili tri puta veći nego u čisto nacionalnim slučajevima (vezanim za samo jednu državu), jer se troškovi povećavaju s obzirom na potrebu savjetovanja s advokatima, notarima i poreskim savjetnicima u više država, kao i zbog dodatnih sudskih troškova, te svjedoka, mišljenja vještaka i sl. Jedan engleski ekspert procjenjuje da bi troškovi ostavinskog postupka s inostranim obilježjem iznosili oko 5% ukupne vrijednosti zaostavštine (kod čisto nacionalnih postupaka oni su oko 2%). Dok je jedan njemački ekspert naveo primjer postupka koji je uključivao imovinu u Španiji i u kojem su troškovi nasljednika bili oko 10.000 € veći nego što bi bili da nije bilo inostranog elementa.

članice.<sup>4</sup> Upravo s obzirom na učešće velikog broja nasljednopravnih slučajeva s prekograničnim odnosno unijskim elementom, ogroman je broj državljana zemalja članica koji na taj način bivaju ograničeni u ostvarivanju svojih prava,<sup>5</sup> prije svega slobode kretanja i slobode profesionalnog i poduzetničkog etabliranja, odnosno nastana (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law [MPI], 2010, str. 530), čime se narušavaju principi funkcioniranja unutrašnjeg tržišta garantirani članom 3. Ugovora o Evropskoj uniji (dalje u tekstu: UEU) i članom 26. Ugovora o funkcioniranju Evropske unije (dalje u tekstu: UFEU).

Takvi ishodi u kojima npr. nasljednici odustaju od nasljedstva jer bi njegovim prihvatanjem samo bili na gubitku su zasigurno daleko od volje ostavioca koji se oslonio na institut zakonskog nasljeđivanja ili je raspolagao imovinom putem testamenta imajući u vidu da tačno određena imovina pripadne tačno određenom nasljedniku ili nasljednicima. Ali isto tako je takva situacija daleko od principa i ideja koje promovira Evropska unija predstavljajući se kao prostor u kojem političke granice ne predstavljaju barijeru svakodnevnom životu običnog čovjeka.<sup>6</sup>

- 
- <sup>4</sup> U prilog navedenom govore sljedeći podaci Evropske agencije za statistiku:
- procenat državljana drugih država članica u određenoj državi članici je u stalnom porastu, a zahvaljujući korištenju prednosti zajedničkog tržišta te svih oblika mobilnosti. Najveći broj državljana drugih EU država živi u Njemačkoj, i to 2,5 miliona. Najveći procenat učešća državljana drugih zemalja članica u domaćem stanovništvu ima Luksemburg u kome čak 37,6% stanovništva čine doseljenici iz drugih EU država;
  - značajan broj stanovništva svake države članice živi u nekoj drugoj državi Evropske unije, tako npr. preko jedan milion Talijana ili 11,7% Iraca živi u Evropskoj uniji;
  - mnogi građani Evropske unije imaju bankovne račune ili nekretnine u drugim državama članicama, pa se procjenjuje da oko 800.000 do 1.000.000 Nijemaca ima nekretnine u nekim drugim državama Evropske unije. (Podaci preuzeti iz Eurostat yearbook 2011: Population. Dostupno na URL: [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY\\_OFFPUB/CH\\_02\\_2011/EN/CH\\_02\\_2011-EN.PDF](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/CH_02_2011/EN/CH_02_2011-EN.PDF).)
- <sup>5</sup> U prilog brojnosti ljudi koji su u suštini pogođeni ovom problematikom, kao i potvrda iznosa imovine čiji se promet na unutrašnjem tržištu ograničava govori i činjenica da otprilike 450.000 nasljednopravnih slučajeva godišnje u Evropskoj uniji sadrži inostrani element, a imovina koju obuhvataju procjenjuje se na oko 120 milijardi eura godišnje (Pürner, 2010, str. 40).
- <sup>6</sup> Više o pozadini zakonodavne inicijative koja je prethodila današnjoj Uredbi u dokumentu Evropske unije pod nazivom *Action plan implementing Stockholm program* COM 171 final (2010): “Olakšanje mobilnosti građana je od krucijalne važnosti za Evropski projekat. Slobodno kretanje je ključno pravo građana EU i članova njihovih porodica. Mobilnost bi trebala biti unaprijeđena na način da se uklone prepreke s kojima se građani suočavaju kada odluče iskoristiti svoje pravo preseljenja u državu članicu koja nije država u kojoj studiraju ili rade, da pokrenu biznis, da osnuju porodicu ili da idu u penziju. Građani moraju biti zaštićeni bez obzira gdje se nalazili u svijetu.” (str. 4)

Upravo zbog svega navedenog Evropska unija je odlučila reagirati putem određenog pravnog akta. Put do Uredbe koju danas analiziramo nije bio nimalo jednostavan ni lak. Tome u prilog govori i činjenica da je od Ugovora iz Amsterdama<sup>7</sup> i inicijalnog poticaja u pravcu razmišljanja o evropskom nasljednom pravu koji je dao predviđanjem stvaranja prostora slobode, sigurnosti i pravde<sup>8</sup> do objavljivanja finalnog teksta Uredbe u Službenom glasniku Evropske unije prošlo cijelih trinaest godina.<sup>9</sup> Ipak, s teoretskog aspekta gledano, vrijedilo je čekati. Rezultat koji smo dobili je jedan potpuno novi i dosta sveobuhvatan dokument (što je u suprotnosti s dosadašnjim uglavnom *ad hoc* i fragmentarnim reguliranjem samo pojedinih pitanja određenih oblasti evropskog privatnog prava) koji ima potencijal da promijeni živote građana Unije nabolje. Međutim, za njegovo usvajanje Evropska unija nema izričito dodijeljenu nadležnost u osnivačkim ugovorima. Zbog navedenog ovaj rad ima za cilj analizirati upravo pitanje postojanja nadležnosti Evropske unije za reguliranje u oblasti nasljednog prava (I). U drugom dijelu će biti adresiran sadržaj Uredbe na način da će biti dat pregled suštinskih odredbi uz isticanje potencijalnih problema u primjeni (II). Sve navedeno je, prije svega, relevantno za sve zemlje članice u kojima se Uredba direktno primjenjuje. Međutim, nova uredba je isto tako važna i za zemlje koje teže članstvu u Evropskoj uniji jer već mogu raditi na usklađivanju svog zakonodavstva, pa će u skladu s tim i imajući u vidu kontekst objavljivanja ovog rada, prije zaključnih razmatranja, biti oslovljen značaj ove uredbe za pravo Bosne i Hercegovine (III).

## **I Nadležnost Evropske unije za reguliranje u oblasti nasljednog prava**

Evropska unija u određenoj oblasti može donositi pravno obavezujuće akte samo ukoliko joj je za regulaciju te oblasti dodijeljena nadležnost od država članica, a što je potvrđeno i u osnivačkim ugovorima.<sup>10</sup> Reformski proces koji se desio sa stupanjem na snagu Lisabonskog sporazuma donio je novinu u smislu postojanja novih kategorija nadležnosti Unije, iako nije usvojen jedinstven stav o broju postojećih kategorija. Tako imamo tzv. trodijelno strukturiranje

---

<sup>7</sup> OJ C 340, 10. 11. 1997.

<sup>8</sup> Član 1. Ugovora iz Amsterdama.

<sup>9</sup> Detaljno o procesu nastanka Uredbe vidjeti kod: Duraković, 2013, str. 242–243; Mezetović, 2012.

<sup>10</sup> Više o principu dodijeljenih nadležnosti kod Dashwood, Dougan, Rodger, Spaventa, & Wyatt, 2011, str. 99–114.



koje obuhvata isključivu, podijeljenu i koordinirajuću nadležnost (Craig & De Burca, 2011, str. 73),<sup>11</sup> odnosno četverodijelno strukturiranje po kojem uz prethodno navedene tri, postoji i četvrta vrsta nadležnosti, a to je dopunska, odnosno podržavajuća (Misita, 2010, str. 213).<sup>12</sup> Međutim, postoje oblasti koje ne potpadaju izričito ni pod jednu od ovih kategorija. Oblast nasljednog prava je jedan takav slučaj, pa se logično postavlja pitanje opravdanosti i pravnog osnova uplitanja Unije u pravne sisteme država članica.

Inicijativa za donošenje i usvajanje predmetne Uredbe je pokrenuta na temelju člana 65. bivšeg Ugovora o Evropskoj zajednici koji je postao član 81. Ugovora o funkcioniranju Evropske unije (UFEU). Komisija je zauzela stav da će institucije Unije rješavati prijedloge podnesene na temelju Ugovora o Evropskoj zajednici u skladu s novim pravnim okvirom kreiranim Lisabonskim sporazumom (MPI, 2010, str. 529). Taj novi pravni okvir značio je ne samo novu numeraciju i raspored pojedinih članova, nego i značajne sadržinske izmjene nekih važnih odredbi. U pogledu člana 81. UFEU ta promjena se ogleda u činjenici što je raniji Ugovor o Evropskoj zajednici u članu 65. dozvoljavao zakonodavnu aktivnost Unije u građanskim stvarima s prekograničnim implikacijama samo ako je to neophodno za valjano funkcioniranje unutrašnjeg tržišta. Sadašnji član 81. UFEU predviđa aktivnosti Evropskog parlamenta i Savjeta u cilju ostvarenja pravosudne saradnje u građanskim stvarima s prekograničnim obilježjem naročito kada je to potrebno za valjano funkcioniranje unutrašnjeg tržišta,<sup>13</sup> pri čemu se ta saradnja ima bazirati na principu uzajamnog priznanja presuda, odnosno odluka u slučajevima koji nisu rješavani na sudu, te može uključivati usvajanje mjera kojima će se utjecati na usklađivanje prava država članica. Razlika je, dakle, predstavljena upravo kroz činjenicu da evropski zakonodavac više nije isključiv po pitanju ove nadležnosti, nego se ista može izvoditi i u drugim slučajevima radi ostvarenja saradnje u građanskim stvarima (Misita, 2014, str. 250). Ipak, kada se uzme u obzir više različitih jezičkih varijanti Ugovora o funkcioniranju Evropske unije,<sup>14</sup> jasno je da je

---

<sup>11</sup> Više o podjeli nadležnosti kod Meškić & Samardžić, 2012, str. 100–103.

<sup>12</sup> Slično i kod Dashwood et al, 2011, str. 105.

<sup>13</sup> Čl. 81. UFEU. Navedeni član je potvrđen i od strane Suda EU kao pravni osnov za mjere kojima se eliminiraju prepreke funkcioniranju građanskog pravosuđa, npr. mišljenje generalne pravobraniteljice Trstenjak u slučaju *Lodewijk Gysbrechts and Santurel Inter BVBA*, C-205/07, tačka 38. i u slučaju *Caffaro Srl v Azienda Unit Sanitaria Locale RM/C*, C-265/07, tačka 38.; Sud EU u presudi *Roda Golf & Beach Resort SL*, C-14/08, tačke 53–56.

<sup>14</sup> Član 81. UFEU na engleskom jeziku koristi riječ *particularly*, na njemačkom jeziku je na ovom mjestu upotrijebljen izraz *insbesondere*, španska verzija teksta ugovora koristi izraz *y en particular*, a talijanska verzija *in particolare*, što na svim jezicima ima isto značenje i to: *naročito, posebno ili pogotovo*.

funkcioniranje unutrašnjeg tržišta još uvijek taj primarni razlog zbog koga može biti opravdana zakonodavna intervencija Unije. Način na koji će se koristiti prostor koji je ostavljen ne navodeći isključivo unutrašnje tržište će stoga ponajviše zavisiti od kreativnosti predlagača koji na osnovu istog budu htjeli pokrenuti zakonodavni postupak, ali isto tako i od stanja, ili preciznije saglasnosti političkih volja unutar Unije, te mogućnosti ostvarivanja kompromisa.

Međutim, sve i da jeste još uvijek zadržan kriterij unutrašnjeg tržišta kao isključivi, tj. da nema prostora i za druge razloge koji indirektno utječu na unutrašnje tržište, u ovom slučaju ne bi bilo teško dokazati postojanje opravdanosti predmetne zakonodavne inicijative s obzirom na prethodno navedene statističke podatke (*Provisional draft report on succession and wills*, 2005/2148(INI), 2005).<sup>15</sup> Dalje opravdanje za svoje djelovanje Evropska unija također može dobiti i u činjenici da ne samo da štiti unutrašnje tržište, odnosno prevashodno slobodu kretanja i poslovnog nastana, nego štiti i jedno od osnovnih ljudskih prava – pravo vlasništva. Inače, pravo vlasništva je potvrđeno kao jedan od generalnih principa prava Unije još u presudi Suda EU u slučaju *Generics UK*.<sup>16</sup> Od stupanja na snagu Lisabonskog sporazuma zaštita ovog prava unaprijeđena je kroz činjenicu da je Povelja o osnovnim pravima Evropske unije dobila status primarnog prava (Član 6. stav 1. UEU). Njenim članom 17. regulirana je zaštita prava vlasništva kao prava posjedovanja, korištenja, raspolaganja i, za kontekst ovog rada naročito važno, zavještanja svoje zakonito stečene imovine.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Vidjeti str. 1. fn. 4. predmetnog rada.

<sup>16</sup> Sud EU u *The Queen v Generics (UK) Limited*. U ovom slučaju Generics Ltd. (distributer medicinskih proizvoda), C-368/96, pokrenuo je skraćeni postupak za dobijanje dozvole za plasiranje i distribuciju određenih medicinskih proizvoda na tržištu. Prema sekundarnim propisima EU, ukoliko se radi o proizvodu koji je sličan nekom koji se već nalazi na tržištu duže od šest, odnosno 10 godina, uz ranije dobijenu dozvolu, onda je moguće dozvolu dobiti po skraćenom postupku. Nadležni državni organ je u tom slučaju dužan da provjeri da li su ispunjeni kriteriji utvrđeni sekundarnim pravom koji jedan medicinski proizvod čine “dovoljno sličnim”, te je u ovom slučaju odbio dodijeliti dozvolu. Distributer koji nije dobio dozvolu pokrenuo je sudski postupak, a s obzirom na to da je bilo pitanja koja se tiču direktno prava EU, engleski sud se obratio Evropskom sudu sa pitanjima: šta znači “bitno sličan”, ima li nadležni organ države članice prostor za diskreciju prilikom ocjene postojanja bitne sličnosti, za koje doziranje medicinskog proizvoda se može dobiti dozvola, te da li se takvom dozvolom narušava pravo zaštite inovacije i pravo vlasništva. U odgovorima na ova pitanja Sud je u paragrafu 79. odluke izričito potvrdio da pravo vlasništva ima status generalnog principa po pravu Evropske unije, te se kao takvo ima štiti.

<sup>17</sup> Iz ove formulacije jasno proizlazi da se podjednako štite i ostavilac i potencijalni nasljednici.

Navedeno omogućava zaključak da postoji dovoljan osnov za harmonizaciju kolizionih pravila. Međutim, bitno je u ovom slučaju razriješiti i osnovanost eventualnog reguliranja materijalnog prava. S obzirom na činjenicu da se harmonizacija materijalnog nasljednog prava označava kao nepoželjna i nemoguća (Deutsches Notarinstitut [DNotI], 2002, str. 187),<sup>18</sup> postavlja se pitanje da li naprijed navedeno tumačenje člana 81. UFEU može biti temelj i za regulaciju materijalnog prava, jer se u tekstu Uredbe javljaju i pojedini elementi istog, kao što su institut komorijenata ili sama evropska potvrda o nasljeđivanju i njen sadržaj. U tom smislu mišljenja su jako podijeljena. S jedne strane postoje autori koji smatraju da član 81. UFEU (bivši član 65. Ugovora o Evropskoj zajednici) ne dopušta dovoljno prostora da bi bio osnova za harmonizaciju materijalnog nasljednog prava, te bi za istu trebala izričito dodijeljena nadležnost. Ipak, takvo nešto je moguće ostvariti samo putem političkog jedinstva država članica EU, ali jedno takvo jedinstvo se ne čini realnom opcijom u bližoj budućnosti (Schroer, 2010, str. 40–41). S druge strane, autori s Max Planck instituta smatraju da je član 81. UFEU sasvim dovoljna pravna osnova za cijeli prijedlog uredbe,<sup>19</sup> jer iako, naprimjer, regulacija evropske potvrde o nasljeđivanju predstavlja materijalno pravo, ipak ona služi za ostvarenje uzajamnog priznanja i ostvarenje efektivnog pristupa pravosuđu, što se inače regulira kolizionim pravilima.<sup>20</sup> Osim toga u prilog ovom ekstenzivnijem tumačenju govori i postojanje evropskog izvršnog naslova koji je također usvojen u formi uredbe, pri čemu je temelj za legislativnu aktivnost Unije u ovom segmentu bio tadašnji član 65. Ugovora o Evropskoj zajednici. Nadalje, članom 81. data je obaveza da akti doneseni na osnovu ovog člana moraju poštovati ciljeve navedene u stavu 2, ali ničim nije određeno da priroda normi mora biti materijalnog, odnosno kolizionog karaktera (MPI, 2010, str. 530). Interpretaciji ovih autora moglo bi se priložiti i to što više nije unutrašnje tržište određeno kao isključivi kriterij, nego je moguće da razlog intervencije bude i drugačije prirode, pa samim tim ni lista nije isključivog niti iscrpnog karaktera.<sup>21</sup> Prema tome, imajući u vidu naprijed navedeno, ukoliko je potrebno zaokružiti cjelinu i određenu oblast u cijelosti regulirati, te pri tome omogućiti efikasno funkcioniranje unutrašnjeg tržišta, dozvoljeno je regulirati i određena materijalnoppravna pitanja.

---

<sup>18</sup> Vidjeti i Schroer, 2010, str. 39–40.

<sup>19</sup> Ibid, fn. 78.

<sup>20</sup> Potvrđeno i u mišljenjima generalne pravobraniteljice Trstenjak u slučaju *Lodewijk Gysbrechts and Santurel Inter BVBA, C-205/07*, tačka 38. i u slučaju *Caffaro Srl v Azienda Unit Sanitaria Locale RM/C, C-265/07*, tačka 38.

<sup>21</sup> Iako više naginje ka negiranju nadležnosti Unije da regulira materijalno nasljedno pravo, sam Patrick Schroer potvrdio je da smatra da lista nije isključivog karaktera te da na to posebno upućuje formulacija na francuskom jeziku koja sadrži izraz “*entre autres*” što znači “između ostalog” (Schroer, 2010, str. 39).

Naravno, u cijeloj priči ne smije biti zanemareno ni tumačenje Suda EU. Njegova je praksa do sada kroz “prointegracijske odluke” (Meškić & Samardžić, 2012, str. 108) potvrdila opredijeljenost za tumačenje u korist unutrašnjeg tržišta.<sup>22</sup> Prointegracijske odluke su naročito karakteristične za slučajeve u kojima se dovelo u pitanje ispunjavanje zahtjeva supsidijarnosti. Naime, pravilo da može djelovati samo u onim područjima u kojima joj je dodijeljena nadležnost je dodatno ograničeno zahtjevom da se zakonodavna aktivnost Unije može odvijati samo u skladu s principima supsidijarnosti i proporcionalnosti. Dakle, Unija djeluje samo onda kada određeni cilj ne može biti ostvaren na nivou država članica, te samo u mjeri u kojoj je potrebno za ostvarenje tog cilja.<sup>23</sup>

U slučaju predmetne uredbe, postupanje u skladu s načelima proporcionalnosti i supsidijarnosti, te s Protokolom o primjeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti je deklarativno potvrđeno u tački 33. Preambule. U navedenoj tački se predviđa da sloboda kretanja ljudi, organizacija nasljedstva

---

<sup>22</sup> Generalno je Sud EU sklon uspostavljati vezu s unutrašnjim tržištem čak i u slučajevima gdje za uočavanje te veze treba biti dosta kreativan. Tako je npr. u svojoj presudi od 11. 7. 2002. godine u slučaju *Carpenter (Mary Carpenter v Secretary of State for the Home Department, C-60/00)* koji na prvi pogled nema veze s unutrašnjim tržištem, nego se tiče porodičnih odnosa i nedozvoljenog boravka u Velikoj Britaniji, Evropski sud zahvaljujući svom veoma ekstenzivnom tumačenju utvrdio ograničenje prava kretanja, te je na taj način dodijelio zaštitu na temelju člana 21. UFEU koji garantira slobodu kretanja. Naime, u ovom slučaju Velika Britanija je željela deportirati Mary Carpenter, Filipinku koja se udala za državljanina Velike Britanije jer je unatoč dozvoljenom boravku od šest mjeseci ostala duže od dvije godine i u tom periodu se udala. Njen muž je obavljao posao koji je uključivao povremeno pružanje usluga u drugim državama članicama Evropske unije. U principu radilo se o telefonskim razgovorima uspostavljenim s Francuskom. Ali upravo taj prekogranični element je bio dovoljan za Sud da utvrdi povredu slobode prava kretanja i pružanja usluga garantiranu pravom Unije. Naime, Sud je naglasio da je uživanje porodičnih prava pretpostavka nesmetanog uživanja temeljnih sloboda, te je zaključio da bi razdvajanje gospodina i gospođe Carpenter bilo štetno za njihove porodične odnose koje bi dalje značilo onemogućavanje gospodina Carpentera u korištenju temeljnih sloboda. Prema tome, ovaj slučaj jasno pokazuje koliko je dovoljna samo marginalna povezanost s temeljnim slobodama, a samim tim i s funkcioniranjem zajedničkog tržišta, da Sud utvrdi postojanje zaštite na temelju prava Unije, odnosno učešće Unije u regulaciji određenih pitanja bez obzira na to kojoj oblasti predmetna povreda prava izvorno pripada. Dalje je Sud EU u slučaju *Anthony Hubbard v Peter Hamburger, C-20/92* u tački 20. izričito potvrdio da činjenica da se radi o nasljednopravnom predmetu ne smije biti prepreka primjeni četiri osnovne slobode. Više o ovom slučaju kod: Verbeke & Leleu, 2011, str. 459–479. Takođe i Schroer, 2010, str. 37. Za veoma detaljnu analizu dosadašnje prakse Suda EU nazvanog “vodičem za izradu pravnih akata” pogledati Weatherill, 2011.

<sup>23</sup> Detaljnije o navedenim principima Misita, 2010, str. 285–295, Meškić & Samardžić, 2012, str 104–110; Craig & De Búrca, 2011, str. 526. O principu proporcionalnosti i kod Misita, 2014, str. 288–295.

unaprijed, zaštita prava nasljednika, legataru i osoba bliskih ostaviocu, te zaštita nasljedničkih povjerilaca ne može u dovoljnoj mjeri biti ostvarena od strane država članica. Bilo bi svrsishodnije istaknuta pitanja regulirati na nivou Unije pri čemu evropski zakonodavac neće prelaziti granicu onoga što je potrebno da bi se ostvarili naprijed navedeni ciljevi (tačka 80 Preambule).

Karakteristično je da je u svim dokumentima formulacija koja potvrđuje poštovanje principa proporcionalnosti i supsidijarnosti gotovo identična. Mada to ni ne treba da čudi, jer do sada nije ni imala razlog da bude mijenjana. Naime, još uvijek nije bilo niti jednog jedinog slučaja u kojem je neki akt Evropske unije osporen zbog narušavanja principa supsidijarnosti (Meškić & Samardžić, 2012, str. 107).<sup>24</sup> Ipak, situacija bi se mogla promijeniti jer je Lisabonskim sporazumom osnaženo učešće država članica putem nacionalnih parlamenata, te su stvorene pretpostavke za efikasniju kontrolu primjene načela supsidijarnosti (Groussot & Bogojević, 2014, str. 239). Taj novi sistem podrazumijeva aktivno učešće “onih koji će najviše biti zainteresovani za poštivanje nadležnosti država članica” (Meškić & Samardžić, 2012, str. 106), odnosno nacionalnih parlamenata, te će prvenstveno zavisiti od njihovog angažmana.<sup>25</sup>

Na koncu, a imajući u vidu naprijed izneseno, uplitanje Evropske unije u nacionalne pravne poretke država članica kroz usvajanje predmetne uredbe jeste utemeljeno na pravnom osnovu koji je opravdan sadržajem i razlozima njenog donošenja, te se u tom smislu može potvrditi postojanje nadležnosti Evropske unije, kao i njeno supsidijarno i proporcionalno postupanje u ovom slučaju.

## II Sadržaj Uredbe

Predmetna uredba predstavlja, kako je već naglašeno, jedan sveobuhvatan dokument ili prema Duraković (2014) “najzahtjevniji projekat urađen pod okriljem ‘pravosudne saradnje u građanskim stvarima’” čemu u prilog govori

---

<sup>24</sup> Kada se govori o brojevima slučajeva koji se tiču ispitivanja supsidijarnosti, Craig ističe da se veoma malo analizira stvarni broj ovih predmeta. Naime, od uvođenja principa supsidijarnosti bilo je tek oko dvadeset slučajeva što je manje nego jedan godišnje. Prema Craigu to je stvarni pokazatelj (ne)postojanja problema supsidijarnosti (Craig, 2012, str. 72–87).

<sup>25</sup> Groussot & Bogojević dalje navode kako je do sada jedini slučaj ispitivanja supsidijarnosti putem tzv. “žutog kartona” bio u postupku usvajanja Uredbe “Monti II”. Komisija je tom prilikom ustanovila da je princip supsidijarnosti ispoštovan, ali je ipak povukla prijedlog smatrajući da politička volja za njegovo usvajanje nije na povoljnom nivou (Groussot & Bogojević, 2014, str. 239).

“i činjenica da ova Uredba za razliku od drugih sadrži najviše članova – 84 člana, čime premašuje zbir članova Uredbi Rim I, II i III – 82 člana” (str. 243). Temeljni elementi Uredbe koji će biti od ključnog značaja za ostvarivanje prava po osnovu nasljedstva na nivou Evropske unije su: a) nadležnost samo jedne instance za raspravljanje cjelokupne zaostavštine, b) mogućnost izbora mjerodavnog prava za raspravljanje zaostavštine od strane ostavioca, c) priznanje odluka donesenih u ostavinskim postupcima u svim zemljama članicama Unije u kojima se Uredba primjenjuje, te d) uvođenje jedinstvenog dokumenta – evropske potvrde o nasljeđivanju.

### **a) Nadležnost**

Zasigurno revolucionarna karakteristika nove uredbe jeste uspostavljanje nadležnosti suda samo jedne zemlje za cijelu zaostavštinu (član 4). Dakle, bez obzira na to gdje se imovina nalazila, a ta lokacija može biti i u nekoj drugoj državi članici, ali isto tako i u trećoj državi, te bez obzira na prirodu imovine,<sup>26</sup> za raspravljanje o njoj bit će nadležan sud samo jedne države članice.<sup>27</sup> Tačka vezivanja za uspostavu opće nadležnosti je uobičajeno boravište, što također predstavlja značajnu novinu u odnosu na češće primjenjivan kriterij državljanstva ili prebivališta.<sup>28</sup> Međutim, prati tokove razvoja jer se radi o “tački vezivanja koja postaje sve više značajna u međunarodnom privatnom pravu Evropske unije” (Ratković, 2014, str. 31). Dalje argumente u prilog usvajanju ovog kriterija navodi Duraković (2014) tvrdeći da “prihvatanje redovnog boravišta jeste odgovor na pojačanu mobilnost evropskih građana, potiče integraciju ljudi, pozitivno utiče na njihovu asimilaciju u novu socijalnu i pravnu sredinu” (str. 245). I zaista, sve navedeno je u saglasnosti s opštim principima postojanja i funkcioniranja unutrašnjeg tržišta (MPI, 2010, str. 604). Ova tendencija favoriziranja redovnog boravišta ogleđa se i u tome što izmjene zakona o nasljeđivanju koje su se dešavale u posljednjih

---

<sup>26</sup> Uredba usvaja koncept jedinstvene zaostavštine, odnosno podvrgavanja jednom pravu cjelokupne ostavine, bez obzira na to da li se radi o pokretnoj ili nepokretnoj imovini, a kako bi se spriječila “rascjepkanost materijalnog privatnog prava putem međunarodnog privatnog prava” (Von Schwind, 1958, citirano prema Duraković, 2014).

<sup>27</sup> Misli se na sudove ili organe koji su po pravu konkretne države članice nadležni za vođenje ostavinskog postupka (čl. 3. st. 2. Uredbe).

<sup>28</sup> Trenutno u praksi postoje dva antagonistička pristupa kad se govori o određivanju tačke vezivanja u nasljednopravnim slučajevima s međunarodnim obilježjem, i to princip nacionalnosti i princip redovnog boravišta. Ova dva principa primjenjuju se ukoliko se zaostavština shvata kao jedinstvena (*res universitas*), a još se nazivaju i personalne tačke vezivanja. Ukoliko se, međutim, zaostavština shvata kao podijeljena imovinska masa, onda će pored navedenih, u primjeni biti i *situs* nekretnina kao težišni kontakt za nepokretni dio zaostavštine. Više u: Muminović, 2006, str. 181–194.

desetak godina usvajaju princip redovnog boravišta, pa tako ovaj princip postoji u pravu Finske (od 2002.), Bugarske (od 2005.) i u pravu Holandije. Veliki broj autora komentara na Zelenu knjigu o nasljeđivanju predložio je redovno boravište kao tačku vezivanja, dok je samo nekoliko odgovora podršku dalo državljanstvu.<sup>29</sup> U smislu navedenog sama činjenica prihvatanja redovnog boravišta nije problematična. Ono što će ipak predstavljati izazov jeste utvrđivanje njegovog postojanja, jer izričiti kriteriji za to još uvijek ne postoje. Evropski zakonodavac u tačkama 23–25. Preambule predviđa orijentacione kriterije, ali i dalje dosta nejasne, koji uključuju procjenu svih životnih okolnosti umrlog tijekom posljednjih godina njegovog života i u trenutku smrti. Međutim, nije izvjesno da bi se na osnovu njih lako odgovorilo na pitanje gdje bi imao redovno boravište penzioner, koji je njemački državljanin, koji provodi šest do sedam mjeseci u svojoj kući u Španiji, a preostalo vrijeme u jednoj godini u svom stanu u Berlinu? Ili gdje je redovno boravište portugalskog studenta koji strada za vrijeme studija u Parizu? (Schurig, 2010, str. 343–353) Međutim, na nivou Evropske unije su ponajviše kroz praksu Suda EU već uspostavljeni određeni kriteriji koji se mogu koristiti za utvrđivanje postojanja redovnog boravišta (MPI, 2010, str. 605), kao npr. porodične veze, lokacija imovine, mjesto rada, druge socijalne i ekonomske veze (Kindler, 2010, str. 44–50), a koji su dovoljno raznovrsni, ali prije svega, dovoljno fleksibilni da adekvatno odgovore na najrazličitije stvarne životne situacije. Imajući to u vidu, čini se nevjerodostojnim uzimanje u obzir kriterija samo vremena naprimjer, jer ako bi taj kriterij iznosio npr. pet godina, to bi značilo da ako ostavilac umre četiri godine i 350 dana nakon nastanjenja u određenoj državi, njegov se boravak u toj državi ne bi mogao smatrati boravištem. Unatoč svemu tome, ipak, vjerovatno neće biti moguće uspostaviti boravište u baš svim nasljednopravnim slučajevima s interunijskim elementom, jer će sigurno biti onih kompliciranijih koji će upućivati na moguće boravište u više država. U takvim situacijama će Sud EU morati imati značajnu ulogu sa svojim tumačenjem i definiranjem kriterija potrebnih za postojanje redovnog boravišta.

Uredba donosi i pravila o posebnoj nadležnosti u smislu fleksibilnosti u pogledu tačke vezivanja koja je također potrebna (Ratković, 2014, str. 13). Tako će u slučaju da boravište umrlog nije ni u jednoj državi članici, sud države u kojoj se nalazi zaostavština biti nadležan za cijeli ostavinski postupak pod uslovom da je ostavilac bio državljanin te države, ili ako to nije slučaj, ako je nekad ranije imao boravište u toj državi, te ako nije proteklo više od pet godina od promjene tog boravišta. U slučaju da na osnovu naprijed

---

<sup>29</sup> Više u *Impact Assessment*, COM 410 final (2009).

navedenog ne može biti konstituirana nadležnost suda države članice, sud države članice u kojoj se nalazi imovina će ipak biti nadležan za taj dio zaostavštine. Postavlja se pitanje koliko je svrsishodno ovakvo rješenje s obzirom na, u ostatku Uredbe, zastupljeno načelo nepodijeljene zaostavštine. Ipak, mora se primijetiti da se “ili, ukoliko to nije slučaj” razlikuje od običnog “ili” zbog toga što ukazuje na hijerarhiju tj. redosljed ispunjenja pretpostavki za konstituiranje ove nadležnosti (MPI, 2010, str. 582), pa će prema tome tek u iznimnim slučajevima dolaziti do utvrđivanja nadležnosti suda bez postojanja državljanstva, odnosno posljednjeg boravišta u državi čiji su sudovi nadležni.

Uredba regulira i nadležnost u slučaju nužde u članu pod nazivom *Forum necessitatis* (član 11).<sup>30</sup> Navedeni član predviđa da sud države članice, čak i ako ne postoji nikakav osnov za zasnivanje njegove nadležnosti, može u konkretnom, ali samo izuzetnom, slučaju odlučivati u postupku ako ga je nemoguće provesti u trećoj državi. Pri tome taj slučaj mora imati značajnu povezanost s državom članicom čiji će sud odlučivati. Logično je da se ovdje odmah postavlja pitanje kada nije moguće određeni proces provesti pred sudom treće države, kao i koji uslovi moraju biti ispunjeni da bi se radilo o značajnoj povezanosti (tj. najtješnjoj vezi kao tački vezivanja). Preambula Uredbe kao primjere za nemogućnost vođenja postupka navodi rat u trećoj državi ili objektivnu nemogućnost titulara prava za vođenje postupka u toj državi (tačka 31), a sigurno je da će Sud EU imati veliku ulogu u uspostavljanju ovih standarda.

Dalje pojednostavljenje položaja nasljednika ili titulara bilo kojeg prava u određenom ostavinskom postupku, a koji nemaju isto boravište kao što je imao ostavilac, ogleda se u mogućnosti da ova lica sve izjave koje bi mogle imati ikakve veze s konkretnim ostavinskim postupkom mogu dati pred sudom države svog boravišta ili pred bilo kojim drugim organom koji je pravom te države određen kao kompetentan za uzimanje navedenih izjava (član 13. Uredbe).<sup>31</sup> To znači da bi nasljednik koji ima boravište u zemlji A mogao pred sudovima zemlje A dati izjavu da se odriče nasljedstva ostavioca koji je imao boravište u zemlji B, te će u konkretnom slučaju biti nadležan

---

<sup>30</sup> “Po ugledu na član 7. Uredbe 4/2009” (Duraković, 2013, str. 246).

<sup>31</sup> Navedene izjave se mogu dati u formi koja je kao valjana predviđena pravom države boravišta nasljednika (tačka 32 Preambule). Izuzetak su izjave o ograničenju odgovornosti za ostaviočeve dugove koje moraju biti u skladu s formalnim pretpostavkama predviđenim mjerodavnim pravom. U suprotnom, tj. ukoliko je izjava data pred organima države A bez ikakvih formalnosti, a pravo države B zahtijeva da bude registrirana kod nadležnog suda, ista se neće smatrati pravno valjanom niti primjenjivom u konkretnom slučaju (tačka 33 Preambule).



sud zemlje B. Na ovaj način bi nasljednik uštedio troškove vremena i novca za upoznavanje s ostavinskim procesnim pravilima zemlje B, te eventualne troškove pravnog savjetovanja i zastupanja. Ovo je jako bitno i predstavlja dodatno olakšanje nasljedniku jer može da djeluje u pravnom sistemu koji mu je već poznat. Naime, česti su slučajevi u kojima prihvatanje nasljedstva u principu znači samo prihvatanje ostaviočevih obaveza bez ostvarivanja ikakve koristi. U takvim situacijama naročito potencijalni nasljednik želi i treba da postupa u uvjetima poznatog prava. Predmetna uredba mu to omogućava bez potrebe da se upozna s pravom zemlje B. Naravno, svrha ovakvog olakšanja jeste da se postupak vodi što efikasnije i “bezbolnije” za sve involvirane strane, a to znači i da sud, koji je nadležan u konkretnom slučaju, što prije bude upoznat s datim izjavama, a kako ne bi donio odluku na temelju pogrešno utvrđenih činjenica. U skladu s tim u Preambuli Uredbe predviđena je obaveza informiranja postupajućeg suda (tačka 32 Preambule) od strane lica, koja su se okoristila ovom olakšicom, u rokovima u skladu s pravom koje se primjenjuje na konkretan nasljednopravni slučaj.

Zanimljivo je da je u prvobitnom tekstu Prijedloga postojala odredba o isključivoj nadležnosti suda države u kojoj se nalazi nekretnina. Međutim, ta odredba je brisana iz finalnog teksta Uredbe. Ovo, istina, predstavlja značajno odstupanje od uvriježenih pravila međunarodnog privatnog prava, ali ipak je procijenjeno da je cilj očuvanja principa jedinstvene zaostavštine bitniji. Tako bi, naprimjer, u slučaju gdje je ostavilac bio državljanin Španije, koji je umro u Italiji u kojoj je imao boravište i nije ostavio testament, a imao je nekretnine u Njemačkoj, cjelokupna zaostavština bila regulirana po pravu Italije. Nakon okončanja postupka, nasljednici s nasljedničkom ispravom upisuju pravo vlasništva na sebe u njemačkom zemljišnoknjižnom uredu. Njemački organi u tom slučaju ispravu tretiraju kao ispravu izdatu od strane domaćih (njemačkih) sudova i provode postupak promjene vlasnika. Kod pojedinih autora postojala je bojazan da bi ovakvo prihvatanje principa jedinstvene zaostavštine dovelo do odluka koje bi bile nepomirljive s domaćim pravnim porecima, prije svega s principima funkcioniranja javnih registara ili koje bi narušavale *numerus clausus* stvarnih prava (MPI, 2010, str. 596). Međutim, ništa od ovoga neće biti slučaj s obzirom na izričito isključivanje navedenih oblasti iz primjene Uredbe (član 1. stav 2. tačke (k) i (l)). Osim toga, cilj ostavinskog postupka jeste dobijanje valjanih isprava po osnovu kojih će nasljednici moći ostvarivati svoje pravo vlasništva ili neka druga prava. Dalje ostvarivanje tih prava svakako će se realizirati u skladu s materijalnim pravom konkretne države.

## **b) Mjerodavno pravo**

Prvi član u poglavlju Uredbe, koje tretira mjerodavno pravo, regulira univerzalnu primjenu mjerodavnog prava, a koje na osnovu Uredbe bude određeno kao takvo, bez obzira na to da li se u konkretnom slučaju radi o pravu države članice ili o pravu neke treće države (član 20. Uredbe).<sup>32</sup> Ova odredba predstavlja logičnu potvrdu osnovnog cilja Uredbe, tj. pojednostavljenja ostvarivanja prava po osnovu nasljeđivanja, pa čak i ako predviđa primjenu prava treće države.<sup>33</sup>

Pored univerzalne primjene, Uredba donosi još jednu veoma značajnu novinu, a to je mogućnost izbora mjerodavnog prava za nasljeđivanje (član 22. Uredbe). Dakle, ostavilac ima slobodu da odluči po kom pravu će biti raspravljana njegova zaostavština. Pri tome taj izbor ne pruža neograničene mogućnosti u smislu izbora prava bilo koje države, nego je ograničen na pravo svog državljanstva. Ovo ograničenje je logično zbog zaštite svih učesnika u pravnom prometu, a prije svega zaštite nužnih nasljednika koji bi lako mogli biti oštećeni ukoliko bi mogućnost izbora mjerodavnog prava bila neograničena. Ukoliko takav izbor nije učinjen, bit će primijenjeno opće pravilo za utvrđivanje mjerodavnog prava, odnosno pravo boravišta ostavioca u vrijeme smrti (član 21. Uredbe).

Mjerodavno pravo određeno u skladu s Uredbom regulirat će cjelokupno nasljedstvo, što znači sva pitanja materijalnog prava koja se mogu pojaviti u postupku od njegovog otvaranja pa sve do preduzimanja posljednje radnje koja svoj osnov ima u konkretnom nasljednopravnom slučaju.<sup>34</sup> Razlog ove odredbe jeste uspostavljanje jedinstvene kvalifikacije u različitim državama članicama, te je u skladu s drugim evropskim pravnim aktima (Duraković, 2014, str. 247).

---

<sup>32</sup> O univerzalnom karakteru Uredbe vidjeti i Duraković, 2014, str. 246.

<sup>33</sup> Afirmativna ocjena odredbe kod Wilke, 2012, str. 601–609.

<sup>34</sup> Uredba u članu 23. izričito navodi pitanja koja potpadaju pod nasljedni statut: osnovi pozivanja na nasljeđe, određivanje nasljednika, određivanje njihovih prava i obaveza koje proizlaze iz nasljedstva, sposobnost biti nasljednik, lišavanje i isključenje iz nasljedstva, prijenos nasljedstva na nasljednike uključujući uslove i efekte prihvata ili odricanja od nasljeđa, ovlasti nasljednika, izvršilaca testamenta i drugih upravitelja zaostavštine, posebno kad je u pitanju prodaja imovine i isplata povjerilaca, odgovornost za dugove, raspoloživi dio zaostavštine, dio rezerviran za nužne nasljednike i druga ograničenja raspolaganja imovinom za slučaj smrti, kao i zahtjevi koje lica bliska ostaviocu mogu imati na zaostavštinu, odnosno prema nasljednicima, te uračunavanje poklona. O nepostojanju dileme o području na koje se primjenjuje Uredba i Petrović, 2010, str. 531–548. Ipak, prema riječima Duraković (2013) ne radi se o konačnoj listi na što upućuje izraz “posebno” (str. 247).

Ipak, unatoč svemu ovome Uredba daje mogućnost da se, ukoliko okolnosti određenog slučaja ukazuju na to da je ostavilac bio bitno više povezan (*manifestly more closely connected*) s nekom drugom državom, primjenjuje pravo te države. Na prvi pogled moglo bi se činiti da je ovaj izuzetak suprotan jednom od osnovnih principa Uredbe prema kojem bi mjerodavno pravo bilo ili pravo državljanstva ili pravo posljednjeg boravišta ostavioca. Osim što narušava princip primjene jednog od ta dva prava, daljoj neizvjesnosti doprinosi i nejasno definiranje načina na koji će biti utvrđeno postojanje bitne povezanosti s drugom državom u svakom pojedinom slučaju, odnosno nemogućnost predviđanja ovakvih situacija, a pogotovo njihovih ishoda. S druge strane, ipak, doza fleksibilnosti koju evropski zakonodavac daje ovakvom odredbom mogla bi se ocijeniti i pozitivnom, upravo s obzirom na nemogućnost predviđanja složenosti pojedinih životnih situacija, a samim tim i povezanosti koju će okolnosti određenog slučaja imati s mjerodavnim pravom.<sup>35</sup> Prema tome, ako znači primjenu najadekvatnijeg mogućeg prava u konkretnom slučaju, onda znači i pojednostavljenje postupka ostvarivanja prava po osnovu nasljeđivanja, što jeste u skladu s osnovnim ciljem Uredbe. Iz formulacije člana 21. Uredbe ostaje nejasno da li se primjenjuje samo u slučaju kada nije izvršen izbor, što bi bilo logično rješenje s obzirom na snagu koju ima lični izbor ostavioca i pretpostavku da njegova volja znači i najadekvatnije pravo. Izvjesno je da će i u ovom segmentu značajnu ulogu imati tumačenje Suda EU.

Dakle, ostaviocu je data mogućnost izbora prava kojem će biti podvrgnuta njegova zaostavština, odnosno data mu je mogućnost da izabere pravo države svog državljanstva, a ako to ne učini, primjenjivat će se pravo njegovog posljednjeg boravišta koje je imao u momentu smrti. Prilikom činjenja izbora on može izabrati pravo državljanstva u momentu u kojem čini izbor, odnosno pravi izjavu, ili pravo državljanstva u momentu smrti (član 22. stav 1. Uredbe). Ovakva mogućnost je praktična za slučaj gdje je izgledna promjena državljanstva. Ukoliko ostavilac ima više državljanstava, može izabrati bilo koje od tih prava, s tim da je u tom slučaju ograničen na jedno od prava koja ima u momentu sačinjavanja izjave. Čak i u slučaju da je za ovakvog ostavioca izvjesno sticanje novog državljanstva, koje bi uslovalo prestanak svih ostalih koja postoje u momentu davanja izjave, njemu je za činjenje izbora, ukoliko se odluči za relevantnost momenta sačinjavanja odluke, i dalje na raspolaganju jedno od prava država čije državljanstvo ima upravo u tom momentu.

---

<sup>35</sup> O prednostima postojanja klauzule odstupanja kod Duraković, 2013, str. 247–248.

Izbor prava mora biti napravljen u posebnoj izjavi koja ima formu u kojoj se inače sačinjava izjava o raspolaganju imovinom za slučaj smrti ili može biti i sastavni dio testamenta u formi neke odredbe koja upućuje na pravo ostaviočevog državljanstva. Učinjeni izbor također može proizlaziti iz izraza koji su korišteni u izjavi o takvom raspolaganju (član 22. stav 2. Uredbe).<sup>36</sup>

Zanimljivo je da je nakon prvobitnog teksta uredbe u Komentaru sačinjenom od autora s Max Planck instituta član koji regulira način izbora prava dopunjen nizom prijedloga koji bi doveli do veće fleksibilnosti oko izbora prava, pa bi ostaviocu dopustili da izabere pravo koje se primjenjuje na njegov bračni imovinski režim naprimjer, ili čak tzv. *depeçage*, što znači da se ostaviocu dozvoli da za različite dijelove svoje zaostavštine izabere različita prava. Međutim, usvajanje navedenih prijedloga bi zapravo značilo vraćanje na poziciju kakva je bila prije usvajanja Uredbe, odnosno vraćanje svih komplikacija, ako ne i većih, s kojima se nasljednici prema dosadašnjem stanju zakonodavstava mogu susresti prilikom ostvarivanja svojih prava. Ova grupa autora navedene ideje pravda suštinom testamentarnog raspolaganja imovinom koja znači slobodu (MPI, 2010, str. 608–614). Međutim, ne može se ostaviocu dati apsolutna sloboda jer bi na taj način vrlo jednostavno mogao izbjeći institut nužnog nasljeđivanja i oštetiti legitimna prava svojih zakonskih nasljednika. Protivargument bi mogao biti da ako ostavilac zaista želi izbjeći svoje nužne nasljednike, on to može uraditi uspostavljanjem boravišta u državi koja ne priznaje institut nužnog nasljeđivanja. Međutim, ciljana promjena boravišta iziskuje mnogo više truda za ostavioca nego da se informira ili prethodno savjetuje s pravnikom kako bi s jednog mjesta izabrao tačno ono pravo koje mu omogućava takvu zloupotrebu i to stavio na papir u vidu izjave posljednje volje, nego da se preseli u drugu državu, promijeni posao, traži novi stan i sl. Stoga se ipak čini opravdanim insistiranje evropskog zakonodavca na samo dvije mogućnosti izbora mjerodavnog prava, jer su šanse za ostaviočevo izbjegavanje nužnih nasljednika u tom slučaju svedene na minimum.

Pitanja formalne i materijalne valjanosti testamenta,<sup>37</sup> odnosno sporazuma o nasljeđivanju jednog ili više lica, nisu zaobidjena u ovom aktu Evropske unije. S obzirom na to da su dopuštenost i prihvatljivost raspolaganja imovinom za slučaj smrti pitanja koja variraju od države do države, Uredba donosi vrlo

---

<sup>36</sup> Tako bi npr. prema autorima s Max Planck instituta za procjenu ostaviočeve namjere da bude primijenjeno pravo Austrije, iako je testament napravljen u Njemačkoj, bilo dovoljno ako je koristio izraz *Verlassenschaft* (nasljedstvo po austrijskom pravu) umjesto *Nachlass* (nasljedstvo po njemačkom pravu) (MPI, 2010, str. 613–614).

<sup>37</sup> Duraković (2013) ističe razliku između materijalne valjanosti testamenta (ugovor o nasljeđivanju) i formalne valjanost posljednje izjave volje (str. 249).

detaljna pravila za određivanje prava mjerodavnog za ocjenu dopustivosti, njihove materijalnopravne valjanosti, kao i vezujuće efekte istih između stranaka (član 24–27 Uredbe). Tako odredbe ovih članova odvojeno tretiraju raspolaganja za slučaj smrti koja ne potpadaju pod kategoriju sporazuma o nasljeđivanju, zatim sporazume o nasljeđivanju, te testamente u pisanoj formi. Ta pravila se u suštini svode na primjenu članova 21. i 22. Uredbe, odnosno primjenu općeg pravila i prava posljednjeg boravišta, te mogućnost izbora prava koje je ograničeno na pravo državljanstva. Izuzetak su odredbe kojima se precizira da sporazum o nasljeđivanju sačinjen od više lica mora biti dopušten po svakom pravu koje bi bilo mjerodavno za raspravljanje zaostavštine iza svakog pojedinog lica, a dopustivost sporazuma, njegova materijalnopravna valjanost, te pravni učinak i uslovi stavljanja van snage se procjenjuju prema jednom od naprijed navedenih prava s kojim sporazum o nasljeđivanju ima najtješnju povezanost (član 25. stav 2). Član koji regulira formu testamenta u suštini preslikava članove 1. i 2. Haške konvencije o formi testamenta iz 1961. godine,<sup>38</sup> što se može smatrati logičnim potezom evropskog zakonodavca, a imajući u vidu relativni uspjeh ove konvencije ostvaren do sada, kao i s obzirom na činjenicu da sve zemlje članice Evropske unije nisu istovremeno i potpisnice spomenute konvencije. Neočekivano, ipak, u ovom članu je naveden i domicil (član 27. stav 1. tačka (c) Uredbe), odnosno prebivalište kao tačka vezivanja, pored državljanstva i posljednjeg boravišta. S jedne strane razumljivo je korištenje ovog pojma s obzirom na praksu pojedinih zemalja u čijim pravnim porecima domicil i dalje ima itekako važnu ulogu, ali je s druge strane iznenađujuće da unatoč svim zahtjevima za uniformnošću i uspostavljanjem jedinstvenih pravnih standarda, zakonodavac ipak sam odstupa od vlastitih pravila i ne pridržava se dosljedno uniformnog reguliranja. Druga stvar je da ovaj član navodi da će testament biti formalno valjan ako je, što se tiče nekretnina, u skladu s pravom države u kojoj se nalazi nepokretna imovina (član 27. stav 1. tačka (e) Uredbe). Postavlja se pitanje značenja izraza *in so far as immovable property is concerned*. Da li to znači da se odnosi na one nasljednopravne slučajeve u kojima zaostavštinu čini i nepokretna imovina, pa će to pravo biti mjerodavno i za ostatak zaostavštine, ili možda znači da će odredbe testamenta koje se tiču nekretnina biti regulirane pravom države u kojoj se one nalaze, a ostale odredbe nekim drugim pravom. Jasno je, naravno, da bi drugo tumačenje bilo u potpunosti u suprotnosti s duhom Uredbe i namjerom izbjegavanja podijeljene zaostavštine, ali je unatoč tome moguće da ovakva odredba izazove određene nejasnoće.

Odredba koja obrađuje institut komorijenata je prva odredba koja pripada materijalnom, a ne procesnom nasljednom pravu, sadržana u ovoj uredbi

---

<sup>38</sup> Zagovaranje primjene *favor negotii* pristupa i kod Dutta, 2009, str. 584.

(član 32). Dakle, pitanje simultane smrti (komorijenata) regulira slučajeve u kojima su dva ili više lica umrla pod okolnostima koje ne dozvoljavaju precizno utvrđivanje vremena smrti, odnosno čija smrt je nastupila posljednja, te da li je postojala mogućnost da ta osoba naslijedi osobe koje su umrle ranije. Ovo pitanje je dosta različito regulirano u pojedinim državama članicama. S jedne strane postoje države koje isključuju međusobno nasljeđivanje lica umrlih pod navedenim okolnostima, dok s druge strane postoje države koje primjenjuju tzv. princip seniornosti ili kombinirani princip. Tako je u francuskom pravu do 2001. godine bio u upotrebi kombinirani princip. Ako su sva umrla lica bila mlađa od 15 godina, smatralo se da je najstariji od njih umro posljednji. Ako su sva umrla lica bila starija od 60 godina, smatralo se da je najmlađi među njima nadživio ostale. A ako je jedno od umrlih lica imalo manje od 15, a drugo više od 60 godina, smatralo se da je prvi nadživio drugog ili ako su svi imali između 15 i 60 godina, ali nisu bili istog spola, smatralo se da je muškarac nadživio ženu. Također u Engleskoj se primjenjuje princip seniornosti gdje se uvijek smatra da je mlađa osoba umrla poslije starije ako su umrli pod istim okolnostima (MPI, 2010, str. fn. 36).<sup>39</sup> Upravo da bi se pronašao jedinstveni put iz raznolikosti koja postoji kod regulacije ovog pitanja u pojedinim nacionalnim sistemima, član 32. Uredbe predviđa da je međusobno nasljeđivanje lica, koja su umrla pod okolnostima u kojima je nemoguće utvrditi redoslijed njihove smrti, a čija su nasljedstva podvrgnuta različitim nasljednim pravima, isključeno ukoliko ta nasljedna prava različito reguliraju učinke instituta komorijenata ili uopće ne sadrže odredbu koja se bavi ovim pitanjem. Međutim, ukoliko u nacionalnim nasljednim pravima lica koja su umrla pod istim okolnostima postoje odredbe koje sadrže rješenje koje na identičan način regulira pitanje komorijenata, u tom slučaju će to pravo biti primijenjeno. Svako drugačije rješenje u toj situaciji ne bi imalo smisla niti praktičnog opravdanja.

Još jedna odredba koja je bila sastavni dio Prijedloga Uredbe i koja je izazvala dosta reakcija<sup>40</sup> u naučnim krugovima je odredba člana 34, a odnosi se na upućivanje na pravo druge države. To upućivanje je pri tome bilo ograničeno s obzirom na to da je isključivalo primjenu odredaba međunarodnog privatnog prava. Međutim, ovaj član je u usvojenom tekstu Uredbe u odnosu na Prijedlog pretrpio korjenite promjene. Prije svega je usklađen njegov naslov, odnosno umjesto ranijeg *Referral* što znači upućivanje, sada nosi naslov *Renvoi*,<sup>41</sup> pa je iz samog značenja ovog pojma jasno da obuhvata kako upućivanje dalje,

---

<sup>39</sup> O razlikama u načinu reguliranja instituta komorijenata u pojedinim državama članicama ponovo Dutta, 2009, str. 598–599.

<sup>40</sup> Više i kod: Kindler, 2010; Schurig, 2010; Dutta, 2009; Wilke, 2012.

<sup>41</sup> Time je i u ovom segmentu učinjen korak ka ostvarivanju jasnosti i jedinstvenog načina reguliranja općih pojmova unutar sistema evropskog privatnog prava, jer je usklađen s

tako i uzvraćanje.<sup>42</sup> Dakle, rješenja prihvaćena u usvojenom tekstu Uredbe daju mogućnost primjene međunarodnog privatnog prava države na koju je prvobitno upućeno, a što dalje otvara vrata za moguće uzvraćanje na prvobitni pravni poredak. Prema tome, moguće je da kao mjerodavno bude označeno i pravo treće države, što sada znači prije svega primjenu odredbi međunarodnog privatnog prava, s obzirom na to da ista nije isključena. To pravo može uputiti na pravo države članice ili na pravo neke treće države nečlanice, pri čemu nije moguće dalje upućivanje, nego se ima primijeniti pravo te države. Dakle, obje navedene mogućnosti će se smatrati valjanim, a kako bi se očuvala međunarodna konzistentnost (tačka 57. Preambule). Ipak, primjena *renvoi* principa nije ostala bez ograničenja. Radi se, međutim, o sasvim opravdanim isključenjima primjene, i to u slučaju: mjerodavnog prava određenog prema bitnoj povezanosti okolnosti slučaja s državom tog prava (član 21(2)), učinjenog izbora prava od strane ostavioca (član 22), određivanja uslova za valjanost forme testamenta (član 27), određivanja uslova za valjanost forme izjave o prihvatanju ili odbijanju nasljedstva date prema pravu boravišta osobe koja daje izjavu (član 28(b)), te u slučaju posebnih pravila za nasljeđivanje određenih kategorija imovine (član 30).

Iako je generalno pravilo da će pravo na koje upućuju odredbe Uredbe biti primijenjeno, ipak postoji slučaj kada će primjena takvog prava biti odbijena. Jedina mogućnost da se to desi je ukoliko je znatno nekompatibilna s javnim poretkom države suda. Značenje izraza znatne nekompatibilnosti će vjerovatno tek s vremenom i primjenom dobiti svoje konkretnije obrise. Ono što je bitno naglasiti jeste da je na ovaj način ponovo istaknuto uvažavanje svake pojedine države i onoga što čini njena bitna obilježja. Također, ova odredba je u potpunosti usaglašena s članom 7. Haške konvencije o formi testamenta, članom 21. Uredbe Rim I, te članom 26. Uredbe Rim II, čime je evropski zakonodavac još jednom u ovoj uredbi dao svoj doprinos uspostavljanju jedinstvenih standarda u evropskom pravnom prostoru.

### **c) Priznanje i izvršenje odluka**

Poglavlje IV Uredbe regulira priznanje, izvršenje i izvršnost odluka donesenih od strane postupajućih organa u predmetima nasljeđivanja. Razumljivo je da je ovoj tematici posvećeno posebno poglavlje Uredbe jer je uloga međusobnog priznanja odluka s aspekta funkcioniranja Evropske unije naglašena kroz

---

članom 20. Uredbe Rim I, članom 24 Uredbe Rim II, pitanjem broj 12 iz Zelene knjige, te članom 3.7. dokumenta za diskusiju.

<sup>42</sup> Više o institutu *renvoi* kod Muminović, 2006, str. 99–105.

izričito navođenje u članu 81. UFEU kao jednog od ciljeva čiju primjenu Unija mora osigurati, te predstavlja temeljni princip funkcioniranja prostora slobode, sigurnosti i pravde (Bariatti, 2011, str. 43). Bariatti (2011) također dalje navodi da se “putem primjene međusobnog priznanja odluka ima osigurati da granice država ne predstavljaju ograničenje za rješavanje građanskih sporova, pokretanje građanskih postupaka i izvršenje presuda u građanskim stvarima” (str. 43). Bitno je naglasiti da je metod korišten vrlo sličan onom sadržanom u već postojećim aktima, prije svega Uredbi Brisel I (Ratković, 2014, str. 28). Ovo je dodatna potvrda sinhronizacije djelovanja evropskog zakonodavca u oblasti evropskog privatnog prava koja je, u principu, i očekivana. Sve drugo bi, naime, predstavljalo jedan korak naprijed, dva nazad. Uredba donosi detaljne odredbe koje se tiču postupka priznavanja u članovima 45. do 58. Poseban fokus treba biti stavljen na uslove kada odluka neće biti priznata. Oni su predviđeni članom 40. Uredbe i karakteriziraju se naročito problematičnim (Dutta, 2013, str. 19). Dutta (2013) dalje obrazlaže:

*Uredba prvo konstantno govori o ‘tuženom’ i ‘strankama’, ali i sadržajno ove odredbe ne odgovaraju baš najbolje, primjera radi u pogledu nalaganja upravljanja zaostavštinom, prijavljivanja zahtjeva povjerilaca zaostavštine, imenovanja izvršioca testamenta ili izdavanja potvrde o svojstvu nasljednika. Član 40. (b) koji treba osigurati uredno učesće zainteresiranih osoba u postupku iz kojeg je proizašla odluka koja se priznaje, na način da se ‘tuženi’ ima obavijestiti o početku postupka, ne proizvodi željeni efekt ukoliko se tumači strogo jezički, jer ne postoji ‘tuženi’ ili protivnik zahtjeva. Da li time jedan povjerilac zaostavštine na Siciliji mora trpjeti dejstva pravosnažne odluke o isključenju donesene u okviru njemačkog postupka za prijavu zahtjeva (Aufgebotsverfahren), ukoliko se za njega znalo, ali mu nije saopšteno otvaranje postupka za prijavu zahtjeva? Povjerilac zaostavštine nije ‘tuženi’ niti protivnik zahtjeva, nego samo sudionik na kojem se odnosi postupak prema čl. 7. st. 2. br. 1. FamFG, kojem se treba saopštiti otvaranje postupka. U ovom slučaju pojam tuženog mora biti tumačen široko i proširen na sve osobe koje u skladu s procesnim pravilima država članica moraju biti uključene u postupak po njihovom zahtjevu ili po službenoj dužnosti. (str. 19–20)*

Odluka donesena u jednoj državi članici i koja je postala izvršna u toj državi članici će biti izvršna i u svakoj drugoj državi članici ako je u prvoj stekla izvršnost u skladu s postupkom predviđenim Uredbom (član 43. Uredbe). Amandmani koje je na Prijedlog Uredbe dao Evropski parlament, odnosno Komitet za pravne poslove reguliraju postupak sticanja izvršnosti koji u prvobitnom tekstu uopće nije bio predviđen. Ono što je navedeni komitet uradio jeste da je preuzeo gotovo u cijelosti odredbe koje se tiču izvršavanja



stranih odluka iz Uredbe Brisel I,<sup>43</sup> regulirajući na taj način pokretanje postupka, pravo koje se primjenjuje, dokumente koje je potrebno predati za pokretanje procedura, dodjeljivanje svojstva izvršnosti, postupak po žalbi, korištenje zaštitnih mjera, pravne pomoći, te troškove i takse. S jedne strane, ovo je naravno pozitivno jer se potvrđuje i dodatno naglašava važnost konzistentnosti pravila koja reguliraju iste ili slične oblasti u pravu Evropske unije. S druge strane, ipak se i ovdje može staviti primjedba zbog neprilagođavanja formulacije specifičnostima ostavinskog postupka.<sup>44</sup>

Postupak za podnošenje zahtjeva za proglašenje izvršnosti regulira pravo države članice u kojoj se zahtijeva izvršenje. Pri tome podnosilac zahtjeva ne mora imati niti adresu niti ovlaštenog predstavnika u državi izvršenja. Odluka će biti proglašena izvršnom odmah po ispunjenju neophodnih formalnosti. Član 57. Uredbe predviđa da podnosilac zahtjeva nije dužan plaćati nikakvo osiguranje, troškove, ostavljati depozite niti plaćati takse po osnovu toga što je strani državljanin ili osoba koja nema boravište u državi članici, što će zasigurno pružiti najopipljivije rezultate primjene ove uredbe jer na konkretan način pridonosi pojednostavljenju postupka kroz smanjenje potrebnih troškova na minimalne moguće.

#### **d) Evropska potvrda o nasljeđivanju**

Evropska potvrda o nasljeđivanju je jedna od ključnih novosti koje donosi ova uredba ili kako je Dutta (2013) slikovito naziva “kvantnim skokom u evropeizaciji međunarodnog privatnog prava” (str. 20). Pravila koja je reguliraju predstavljaju kombinaciju međunarodnog privatnog prava, međunarodnog procesnog prava i materijalnog prava, pa stoga predstavlja i značajnu novost u cjelokupnom evropskom pravnom prostoru (Fötschl, 2010).<sup>45</sup>

Radi se o dokumentu kojim se dokazuje status nasljednika u drugim državama, a koji će pri tome biti valjan u svim državama članicama<sup>46</sup> bez potrebe vođenja posebnog postupka priznavanja. Upotreba ove potvrde nije obavezujuća, tj. ne mora u svakom nasljednopravnom slučaju biti pribavljena, ali ako je izdata,

---

<sup>43</sup> O uputi na odredbe Uredbe Brisel I i Buschbaum & Kohler, 2010, str. 164. Buschbaum, & Kohler, 2010a, str. 106–114; 2010b, 162–170.

<sup>44</sup> Tako npr. u ovim odredbama koristi se sintagma “stranka protiv koje se zahtijeva izvršenje”. U ostavinskom postupku to je obično ostavilac koji je već preminuo (postoji naravno mogućnost da se radi o nužnim nasljednicima koji traže priznanje odluke da bi ostvarili svoje pravo na zaostavštini ili sl.).

<sup>45</sup> Vidjeti i Buschbaum & Kohler, 2010b, str. 162–170.

<sup>46</sup> Uz izuzetak Velike Britanije, Irske i Danske.

njen sadržaj obavezuje sva zainteresirana lica u konkretnom postupku. Također, kao takva predstavlja dovoljan osnov za upis u relevantne registre država članica. Evropski zakonodavac izričito, ali i očekivano, ističe da cilj upotrebe ove potvrde nije istisnuti iz upotrebe druge slične interne dokumente u državama članicama, a što je u skladu s principom subsidijariteta, kako se ističe u tački 67. Preambule.

Međutim, stav akademskih krugova nije ujedinjen po ovom pitanju. Jedna grupa autora smatra da bi i evropska potvrda o nasljeđivanju i nacionalni dokumenti sa sličnim statusom trebalo da postoje istovremeno (MPI, 2010, str. 678–679), pri čemu bi eventualni problemi oko odluke koja bi potvrda bila relevantna u određenom slučaju imali biti rješavani u odnosu na prvenstvo u vremenu. Jasno je da bi to moglo dovesti samo do novih konflikata prava i nejasnoća. Zbog toga se čini puno prihvatljivijim stajalište prema kojem se na nacionalne potvrde i na evropsku potvrdu o nasljeđivanju gleda kao na koncentrične krugove. Dakle, ako u određenom slučaju postoji evropska potvrda o nasljeđivanju, to znači da je u njoj već subsumiran sadržaj manjeg koncentričnog kruga, tj. eventualne nacionalne potvrde o nasljeđivanju (Fötschl, 2010, str. 1262).

Evropsku potvrdu o nasljeđivanju izdaju organi nadležni za raspravljanje zaostavštine u skladu s odredbama Uredbe. Pri tome su to organi koji su nadležni, po pravu svake pojedine članice, za vođenje ostavinskog postupka u toj državi.<sup>47</sup> Taj isti organ zadržava originalnu verziju potvrde, a strankama izdaje ovjerene kopije. Jedan primjerak vrijedi šest mjeseci, nakon čega se mora uzeti nova potvrda. Ovaj datum prestanka važenja potvrde mora biti naznačen u samoj potvrdi. Moguće je, naime, da dođe do pronalaska nove imovine, do javljanja novih nasljednika i sličnih situacija, pa je zbog toga rok važenja od šest mjeseci razuman. Potvrda ima u svim državama članicama, iako oborivu, pretpostavku istinitosti i potpunosti sadržaja (Duraković, 2013, str. 251), zbog čega je njeno vremensko ograničenje itekako opravdano.

### **III Utjecaj na pravo Bosne i Hercegovine**

Predmetna Uredba nije relevantna samo za sadašnje zemlje članice Evropske unije, nego i za one koje imaju status kandidata, odnosno one koje tom statusu tek teže. Zbog toga su njene odredbe od značaja i za Bosnu i Hercegovinu, a naročito imajući u vidu član 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju

---

<sup>47</sup> Detaljnije o načinu izdavanja evropske potvrde o nasljeđivanju kod Duraković, 2013, str. 251.

kojim je preuzela i obavezu usklađivanja zakonodavstva s onim koje je na snazi u Evropskoj uniji. S obzirom na neposrednu primjenu uredbi nakon pristupanja Evropskoj uniji, rješenja ove uredbi bi nadležnim zakonodavcima u Bosni i Hercegovini mogla biti putokaz za reformu međunarodnog privatnog prava.<sup>48</sup>

U BiH je trenutno na snazi zakon koji je svojevremeno smatran jednom od najmodernijih kodifikacija međunarodnog privatnog prava u svijetu (Muminović, 2006, str. 25), odnosno Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima,<sup>49</sup> a stupio je na snagu još 1983. godine. Kad su u pitanju nasljednopravni odnosi, važeći zakon za njihovo reguliranje kao mjerodavno predviđa pravo države čije je državljanstvo ostavilac imao u vrijeme smrti.<sup>50</sup> Primjena nekog drugog prava dolazi u obzir ako je ostavilac u vrijeme smrti bio bez državljanstva, pa bi u tom slučaju bilo primijenjeno pravo njegovog posljednjeg prebivališta, odnosno supsidijarno njegovog posljednjeg boravišta. A ako bi imao više državljanstava, onda bi se mjerodavno pravo odredilo primjenom dodatne tačke vezivanja, pa bi pored državljanstva bilo potrebno da je ispunjen i kriterij prebivališta u jednoj od tih država (Muminović, 2006, str. 187). U pogledu forme testamentarnih raspolaganja u ZMPP usvojeno je pravilo iz člana 1. Haške konvencije o formi testamentarnih raspolaganja iz 1961. godine slijedeći načelo *in favorem testamenti*.<sup>51</sup> Tako će se testament smatrati valjanim ako je punovažan po jednom od sljedećih pravila: *locus regit actum*, *lex nationalis ostavioca*, *lex domicilii ostavioca*, zatim po pravu njegovog boravišta, ili ako je nekretnina sastavni dio zaostavštine, onda po pravilu *lex rei sitae*. S obzirom na intenciju uspostavljanja valjanosti testamenta, relevantan moment može biti ili vrijeme sastavljanja testamenta ili vrijeme smrti ostavioca, ovisno o tome šta je favorabilnije za testament (Muminović, 2006, str. 192–193). Dakle, u pravu Bosne i Hercegovine u ovom aspektu postoje paralelno i pojam uobičajenog boravišta i prebivališta,<sup>52</sup> pri čemu bi se mogli tretirati kao dva različita

---

<sup>48</sup> Iako se Uredbe ne primjenjuju direktno u zemljama potencijalnim kandidatkinjama za članstvo u Evropskoj uniji prije nego što te zemlje postanu članice, ipak postoji obaveza da pravo nove članice ne može biti prepreka primjeni prava Evropske unije, odnosno da postojeća nacionalna pravna rješenja ne mogu biti suprotna onim evropskim. Detaljnije o problematici primjene uredbi i prilagođavanja pravnih sistema potencijalnih članica pravu Evropske unije sadržanom u uredbama u odnosu na ono sadržano u direktivama kao manje striktnim pravnim izvorima kod Povlakić, 2015, str. 152.

<sup>49</sup> Službeni list SFRJ, br. 43/1982, 72/1982. Dalje u tekstu će biti korišten skraćeni naziv ZMPP.

<sup>50</sup> Član 30. ZMPP.

<sup>51</sup> Član 31. ZMPP.

<sup>52</sup> Isto kao i u pravu Unije prema predmetnoj uredbi.

stepena vezanosti za teritoriju određene države gdje prebivalište predstavlja čvršću povezanost.

Imajući u vidu naprijed navedeno, promjene međunarodnog privatnog prava u BiH trebale bi se, prije svega, ogledati u prihvatanju redovnog boravišta kao tačke vezivanja kako za nadležnost suda, tako i za određivanje mjerodavnog prava. U tom smislu BiH bi se mogla ugledati na Republiku Srbiju koja je u članu 6 teksta Nacrta Zakona o međunarodnom privatnom pravu uvrstila definiranje pojma uobičajeno redovno boravište<sup>53</sup> kao autonomnog pojma, za čije se određivanje u svakom konkretnom slučaju u obzir uzimaju kriteriji kao što su: dužina boravka lica u odnosnoj državi, razlozi boravka, vlasništvo nad imovinom, ostvarivanje zarade, izvršavanje poreskih obaveza itd.<sup>54</sup> S obzirom na trenutni položaj Srbije po pitanju evropskih integracija, ovakva zakonodavna inicijativa može se ocijeniti veoma pozitivnom. Naime, za ovako korjenitu promjenu i njenu primjenu potrebno je i privikavanje pravosuđa. Osim toga, građani lakše prihvataju regulativu koja dolazi u vidu domaćeg zakona, nego u formi koja je nametnuta izvana. U skladu s navedenim, izmjene međunarodnog privatnog prava i u Bosni i Hercegovini trebale bi biti na tragu izmjena koje su u toku u Srbiji, odnosno na tragu najnovijih tekovina evropskog privatnog prava.

## **Zaključak**

Stupanje na snagu Uredbe o nasljednom pravu i evropskoj potvrdi o nasljeđivanju će zasigurno značiti velike promjene u praksi. Kako je već više puta istaknuto, cilj je u najvećoj mogućoj mjeri olakšati položaj nasljednika i svih drugih titulara prava po osnovu određenog nasljednopravnog slučaja. Također, namjera evropskog zakonodavca je da ponudi ostaviocu što je moguće izvjesnija pravila, a kako bi mogao da se osloni na to da će njegova posljednja volja po pitanju podjele imovine zaista biti ispoštovana i provedena.

---

<sup>53</sup> O principu redovnog boravišta kao kriterija za uspostavljanje nadležnosti, Petrović, 2010, str. 546–547.

<sup>54</sup> Član 6. Nacrta Zakona o međunarodnom privatnom pravu Srbije: 1. Uobičajenim boravištem fizičkog lica smatra se mesto u državi u kojoj se nalazi centar njegovih životnih interesa i u kojoj uobičajeno boravi, bez obzira da li je njegov boravak upisan u evidenciju nadležnog organa i nezavisno od dozvole boravka ili nastanjenja. 2. U cilju određivanja uobičajenog boravišta u smislu stava 1 ovog člana, uzimaju se u obzir sve okolnosti lične ili poslovne prirode koje ukazuju na trajnije veze sa ovom državom ili na nameru da se takve veze zasnuju. 3. Uobičajenim boravištem preduzetnika smatra se država u kojoj se nalazi njegovo glavno mesto poslovanja. Preuzeto 20. 8. 2015. godine sa: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>.

Na taj način ostavilac neće morati da razmišlja u granicama jedne države, tj. naprimjer da odbije prihvatiti posao u drugoj državi članici i u nju se preseli, a samo iz razloga kako bi zaštitio svoje nasljednike ili kako njegova imovina ne bi pripala nekome koga on ne želi za nasljednika. S novom uredbom ostavilac može jednostavno predvidjeti sve situacije i u skladu s njima planirati raspolaganje svojom imovinom.

Ono što se na samom početku primjene ove uredbe mora priznati jeste njena obuhvatnost. Za razliku od dosadašnjeg uglavnom pointilističkog načina reguliranja samo dijelova oblasti koje se u određenom momentu pokažu potrebnim, ovo je prilično obuhvatna zakonodavna inicijativa evropskog zakonodavca. Može se reći da je u skladu s najnovijim idejnim pravcima cjelovitog reguliranja Evropske unije u oblasti potrošačkog prava i ugovornog prava. Ipak, mora joj se priznati i već uspješniji epilog nego što je to bio slučaj s Direktivom o potrošačkim pravima i s Prijedlogom Uredbe o zajedničkom evropskom pravu prodaje. Nadati se da će i njena primjena dobiti pozitivan predznak.

Ipak, unatoč svim pozitivnim karakteristikama, kao problematično moglo bi se označiti trenutno nepristupanje Uredbi od strane Velike Britanije, Irske i Danske. Naročito se ovo odnosi na prve dvije države s obzirom na razlike u pravnim sistemima. Naime, u nasljednopravnim slučajevima koji imaju doticaja s, naprimjer Njemačkom i Velikom Britanijom, odredbe Uredbe neće imati nikakvu ulogu, nego će se sukob prava rješavati prema odredbama međunarodnog privatnog prava, tj. kao da se radi o Brazilu, a ne o zemlji članici Evropske unije. Ipak, utješna je činjenica da postoji mogućnost naknadnog priključenja ovih država, naravno pod uslovom da se Uredba pokaže uspješnom i korisnom u praksi.

Međutim, očekivanja od dokumenta koji donosi ujednačena pravila o utvrđivanju nadležnosti postupajućeg organa, u kombinaciji s harmoniziranim pravilima o sukobu prava, tj. utvrđivanju mjerodavnog prava, te pravila o priznanju i izvršenju uz zajedničku potvrdu o nasljeđivanju, razumljivo su velika. Zbog toga bilo bi opravdano smatrati da će primjena ove uredbe zaista eliminirati probleme s kojima su se građani Evropske unije do sada susretali, a što je često dovodilo i do odustanka od realizacije njihovih prava, te najčešće pogađalo one najslabije, prije svega najsiromašnije među njima. Uvođenje jedinstvenih pravila trebalo bi znatno ubrzati proceduru jer nadležni organi neće više morati gubiti vrijeme na određivanje mjerodavnog materijalnog prava. Također, pravila o ograničenoj slobodi izbora mjerodavnog prava od strane testatora trebala bi omogućiti građanima da znatno lakše i jednostavnije unaprijed organiziraju i planiraju raspodjelu svog nasljedstva.

Generalno gledano, primjena ove uredbe trebalo bi da poveća izvjesnost da će prava testatora, potencijalnih nasljednika i drugih osoba formalno ili na neki drugi način povezanih s ostaviocem, privatnih i javnih povjerilaca itd. biti ispunjena na jedan efektivan i efikasan način, kao i da će očekivanja i volja testatora biti realizirana (Impact Assessment, 2009, str. 45–46).

Kako je izraženo u Akcionom planu Štokholmskog programa osnovni pokretač aktivnosti Unije je “unaprjeđenje Evrope građana”, koji osigurava građanima primjenu njihovih prava i potpuno uživanje beneficija evropske integracije. Da li će ovo biti ostvareno i s predmetnom uredbom, može pokazati samo određeno vrijeme njene primjene. U samom tekstu Uredbe o nasljednom pravu i evropskoj potvrdi o nasljeđivanju utvrđena je obaveza Evropske komisije da po isteku perioda od deset godina nakon stupanja na snagu Uredbe dostavi Evropskom parlamentu, Savjetu i Evropskom ekonomskom i socijalnom savjetu izvještaj o primjeni (član 82. Uredbe). Prema sadašnjem stanju bilo bi realno očekivati da izvještaj 2025. godine bude pozitivan.

## **Bibliografija**

1. *Action plan implementing Stockholm program COM 171 final.* (2010). Preuzeto sa <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0171:FIN:en:PDF>.
2. Bariatti, S. (2011). *Cases and materials on EU private international law.* Oxford: Hart Publishing.
3. Buschbaum, M., & Kohler, M. (2010a). Vereinheitlichung des Erbkollisionsrechts in Europa. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, (3), 106–114.
4. Buschbaum, M., & Kohler, M. (2010b). Vereinheitlichung des Erbkollisionsrechts in Europa. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, (4), 162–170.
5. Craig, P. (2012). Subsidiarity: A Political and Legal Analysis. *Journal of Common Market Studies*, 50, 72–87.
6. Craig, P., & De Búrca, G. (2011). *EU Law: Text, Cases, and Materials* (5. izdanje). New York: Oxford University Press.
7. Dashwood, A., Dougan, M., Rodger, B., Spaventa, E. & Wyatt, D. (2011). *Wyatt and Dashwood's European Union Law* (6. izdanje). Oxford: Hart Publishing.
8. Deutsches Notarinstitut. (2002). *Rechtsvergleichende Studie der erbrechtlichen Regelungen des Internationalen Verfahrensrechtes und Internationalen Privatrechts der Mitgliedstaaten der Europäischen Union.* Preuzeto sa [http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/testaments\\_successions\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/testaments_successions_de.pdf).
9. Duraković, A. (2013). Jedinstveno međunarodno nasljedno pravo u Europskoj uniji. *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, 11, 242–252.

10. Dutta, A. (2009). Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, (3), 547–606.
11. Dutta, A. (2013). Novo međunarodno nasljedno pravo Evropske unije – prvo čitanje Uredbe o nasljednom pravu. *Nova pravna revija*, (2), 9–23.
12. Fötschl, A. (2010). The Relationship of the European Certificate of Succession to National Certificates. *European Review of Private Law*, (6), 1259–1271.
13. Groussot, X., & Bogojević, S. (2014). Subsidiarity as a Procedural Safeguard of Federalism. Iz: Azoulai, L. (priredio), *The Question of Competence in the European Union* (234–252). Oxford: Oxford University Press.
14. *Impact Assessment*, COM 410 final. (2009). Preuzeto sa: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0171:FIN:en:PDF>
15. Kindler, P. (2010). Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union. *IPRax*. (1), 44–50.
16. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law. (2010). Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 3, 524–624.
17. Meškić, Z., & Samardžić, D. (2012). *Pravo Evropske unije I*. Sarajevo: TDP, Deutsche Gesellschaft für internationale rechtliche Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, Otvoreni regionalni fond za jugoistočnu Evropu – Pravna reforma.
18. Mezetović, S. (2012). *Nove tendencije u razvoju evropskog nasljednog prava* (završni rad). Pravni fakultet u Sarajevu.
19. Ministarstvo pravde Republike Srbije (2014). Nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu Srbije. Preuzeto sa: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>.
20. Misita, N. (2010). *Evropska unija – osnivanje i razvoj*. Sarajevo: Revicon.
21. Misita, N. (2014). *Uvod u pravo Evropske unije*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
22. Mišljenje generalne pravobraniteljice Trstenjak. (2008). C-205/07, *Lodewijk Gysbrechts and Santurel Inter BVBA*. Preuzeto sa: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=67809&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=58850>.
23. Mišljenje generalne pravobraniteljice Trstenjak. (2008). C-265/07, *Caffaro Srl v Azienda Unit Sanitaria Locale RM/C*. Preuzeto sa: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72077&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=58964>.
24. Muminović, E. (2006). *Međunarodno privatno pravo*, Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.

25. Petrović, M. (2010). Predlog uredbe Evropske unije o nasleđivanju. *Pravni život*, 12, 531–548.
26. Powlakić, M. (2015). Aktuelle Fragen der Umsetzung des Konsumentenacquis in das bosnisch-herzegowinische Recht, U: R. Welser (ured.), *Die Umsetzung der Verbraucherrechtsrichtlinie in Zentral- und Osteuropa, Veröffentlichungen der Forschungsstelle für Europäische Rechtsentwicklung und Privatrechtsreform an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien*. Wien: Manz.
27. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of successions and on the introduction of a European Certificate of Inheritance SEC 410 final (2009). Preuzeto sa: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52009SC0410>.
28. *Provisional draft report on succession and wills*, European Parliament Committee on Legal Affairs 2005/2148(INI). (2005). Preuzeto 11. 8. 2015. sa [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004\\_2009/documents/pr/614/614735/614735en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pr/614/614735/614735en.pdf)
29. Pürner, S. (2010). Razvoj EU općenito. *Nova pravna revija*, (1–2), 40–43.
30. Ratković, T. (2014). Private International Law Aspects of Succession – The Croatian Experience. *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, 7 (13), str. 8–32.
31. Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession (2012). Preuzeto sa: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012R0650&from=EN>.
32. Schroer, P. (2010). *Europäischer Erbschein*. Frankfurt am Main: Lang.
33. Schurig, K. (2010). Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden europäischen Verordnung. Iz: Bernreuther, J. (priređio), *Festschrift für Ulrich Spellenberg* (str. 343–353). München: Sellier European Law Publishers.
34. Sud EU, 1. 7. 1993. C-20/92, *Anthony Hubbard v Peter Hamburger*. Preuzeto sa: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61992CJ0020&from=EN>.
35. Sud EU, 11. 7. 2002. C-60/00, *Mary Carpenter v Secretary of State for the Home Department*. Preuzeto sa: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-60/00>.
36. Sud EU, 25. 6. 2009. *Roda Golf & Beach Resort SL*. Preuzeto sa: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-14/08>.
37. Sud EU, 3. 12. 1998. C-368/96, *The Queen v Generics (UK) Limited*. Preuzeto sa: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-368/96>.



38. Verbeke, A.-L., & Leleu, Y.-H., (2011). Harmonisation of the Law of Succession in Europe. U: *Towards European Civil Code*, 4. izdanje, (str. 459–479). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
39. Weatherill, S. (2011). The limits of legislative harmonisation ten years after Tobacco Advertising: how the Court’s case law has become a “drafting guide”. *German Law Journal*, br. 12, str. 827–864.
40. Wilke, F. M. (2012). Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 9, str. 601–609.
41. Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima, Službeni list SFRJ, br. 43/1982, 72/1982.

**MJur (Oxon) Selma Mezetović Međić, LL.M.**

Assistant

**REGULATION 650/2012  
– ON THE PATH TOWARDS EUROPEAN SUCCESSION LAW**

**Summary**

*The European Union advocates for the creation of space in which the political limits do not represent a barrier to everyday life of the common man. One of the instruments that should serve to achieve this purpose is the new Regulation on jurisdiction, applicable law recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, which entered into force on 15 August 2015. This paper is dedicated to key novelties contained in the said regulation. The matter that was addressed in particular is the issue of jurisdiction of the European legislator and the legal basis for acting in that sense, as well as the acknowledgment of the principle of subsidiarity and proportionality. There were suggestions presented saying that Bosnia and Herzegovina, as a potential member of the European Union, should follow the solutions contained in the Regulation when amending the international private law, especially in terms of accepting regular place of residence as the point of attachment. It also assessed as positive the potential of said regulation to contribute to the achieving of an idea on “improvement of citizens’ Europe”.*

**Keywords:** *Regulation 650/2012, European Succession Law, European succession confirmation, regular place of residence, jurisdiction of the European Union, European private law.*



**Dr. Amina Nikolajev**

Viša asistentica

a.nikolajev@pfsa.unsa.ba

UDK: 330.101:34

Pregledni naučni rad

## **COASEOVA TEOREMA I NJENE PRAKTIČNE IMPLIKACIJE**

### **Sažetak**

*Ronald Coase je objavom svog članka *Problem društvenog troška* (1960) postavio osnove tzv. Coaseove teoreme koja je poprimila doktrinarni status bez obzira na postojanje brojnih kontradikcija ne samo među ekonomistima nego i pravnicima u pogledu njene opravdanosti. Zahvaljujući Coaseu koji je principe institucionalne strukture ekonomije inkorporirao u mikroekonomsku teoriju, omogućeno je razumijevanje ne samo načina funkcioniranja privrede, nego i korištenje ekonomskih instrumenata u analizi prava. Otvarajući pitanje odnosa poticaja za smanjenje štete i negativnih posljedica, ukazuje se na značaj postojanja i jasnog definiranja vlasničkih prava. Osnovno nastojanje ovog rada zasniva se na pokušaju što konciznijeg predstavljanja osnovna Coaseove teoreme, doprinosa u razumijevanju uloge prava i praktičnih implikacija njene primjene.*

**Ključne riječi:** *Coaseova teorema, vlasnička prava, transakcijski troškovi, zaštita okoliša*

### **Uvod**

Coase u svom djelu *Problem društvenog troška* nastoji dati odgovor na pitanje u kojoj mjeri početno određenje vlasničkih prava utječe na raspodjelu te efikasnost pravnih normi, čime ujedno i postavlja temelje ekonomske analize prava. Naime, radi se o modelu primjene ekonomije na pravo koji je postao toliko raširen da njime počinju gotovo svi radovi koji obrađuju praktične implikacije ekonomske analize prava.

Shodno Coaseovoj teoremi, ukoliko su vlasnička prava jasno definirana i ukoliko nema transakcijskih troškova na tržištu, vlasnička prava će se razmjenjivati (prenositi) sve dok ekonomski resursi ne dosegnu onu tačku korisnosti koja pokazuje njihovu najveću efikasnost bez obzira na to odakle su

izvorno alocirani (Veljanovski, 1982, str. 53). Shodno tome i efikasna alokacija resursa je nezavisna od inicijalnog rasporeda vlasničkih prava na resursima ukoliko se ona mogu besplatno prenositi. Osim očito nerealne pretpostavke o nepostojanju transakcijskih troškova, dodatna je pretpostavka i da neko već posjeduje vlasnička prava. Promatrano s pravne tačke gledišta, važnost teoreme ogleda se u tome da zahtijeva postojanje zakona na osnovu kojih se osigurava jasno definiranje vlasničkih prava, kao i njihova nedvosmislena dodjela (prenosivost). Na ovaj način Coase je jasno ukazao na značaj veze između prava i ekonomije, kao i mogućnost proširenja primjene ekonomskih instrumenata na analizu društvenih pojava.

### **Coaseova teorema**

Nastojeći objasniti svoju postavku koja se zasnivala na dvije tvrdnje: hipotezi nepromjenjivosti i hipotezi efikasnosti, Coase je izazvao brojna neslaganja među teoretičarima prava i ekonomije.<sup>1</sup> Naime, hipoteza nepromjenjivosti polazi od toga da početna osnova vlasničkih prava nema utjecaja na eventualnu alokaciju resursa jer tržišne transakcije osiguravaju da vlasnička prava “završe” na pravom mjestu ukoliko nisu tamo od svog početka. Nadalje, hipoteza efikasnosti ukazuje na to da će krajnji rezultati uvijek biti Pareto optimalni, pa je shodno tome i osnovna implikacija Coaseove teoreme da će privatni troškovi biti izjednačeni s društvenim jer su sve eksternalije obuhvaćene privatnim aranžmanima (Stigler, 1966, str. 113).

Coase ne samo da je izazvao neslaganja među ekonomistima nego je i ukazao na njihovu nemogućnost shvatanja onoga što je pokrenuo, pa navodi sljedeće:

*Pretpostavljam da ovaj nedostatak razumijevanja predstavlja još jedan primjer, o kojem nam je Thomas Kuhn govorio, o teškoćama na koje naučnici nailaze kada se promijeni njihov analitički sistem, ili u situaciji kada se ide iz jedne paradigme u drugu (Coase, 1993, str. 250).*

Istovremeno, Coase nije očekivao ni da će njegov rad imati veliki utjecaj na pravnu nauku s obzirom na to da se pravo, kako je Coase (1993) naveo, spominje “zbog toga što u režimu pozitivnih transakcijskih troškova, karakter zakona postaje jedan od osnovnih, determinirajućih faktora djelovanja ekonomije” (str. 250).

---

<sup>1</sup> Stigler (1988) je opisao inicijalnu recepciju Coaseove teoreme na sljedeći način: “Snažno smo se protivili ovoj herezi (...) međutim, nakon dva sata argumentiranja glasovi su otišli od 20:1 protiv Coasea do 21 za Coasea.”

Coase je smatrao da su štete uvijek pitanje reciprociteta. Tako, ukoliko osoba A povrijedi osobu B, potpuno je logično pitati se kako postupati protiv osobe A. Međutim, takva polazna osnova je pogrešna ukoliko se prihvati činjenica da je povreda (šteta) recipročna po svojoj prirodi. Prema Coaseu (1993) "*Pravo pitanje koje treba razmatrati je: Treba li biti dopušteno osobi A da povrijedi osobu B ili treba li osobi B biti dopušteno da povrijedi osobu A?*" (str. 2)

Nadalje, situacija u kojoj buka i vibracije koje dolaze iz slastičarnice ometaju rad liječnika, pa je slastičar prisiljen na izbjegavanje stvaranja buke, može se promatrati i iz drugog ugla – na način da liječnik nanosi štetu slastičaru.<sup>2</sup> Ključno pitanje je, da li treba biti proizvedeno više slastica ili treba biti pruženo više medicinske usluge? Ili, ukoliko sve ribe u rijeci uginu zbog zagađene vode, osnovno pitanje je da li će iznos gubitka ribe biti veći ili manji od vrijednosti robe čija proizvodnja je uzrokovala zagađenje rijeke? (Coase, 1993, str. 2)

Coase (1993) razvija svoj argument navodeći primjer stoke i pšenice:

*Prilikom ispaše stoka gazi polja pšenice. Očito je da je tu riječ o postojanju negativnog vanjskog efekta (eksternalije), jer stočar hrani svoju stoku nanoseći pri tome štetu poljoprivredniku. Prema Coaseu pravo na slobodnu ispašu može se definirati kao jedno od osnovnih prava koja proizilaze iz prava vlasništva nad stokom. To znači da je dopušteno da stoka luta i da pri tome zalazi na tuđa polja. Shodno ovoj analizi, na poljoprivredniku je da preuzme određene mjere opreza. Međutim, kao što se ranije pozvalo na pravo vlasništva stočara nad stokom sada bi se moglo pozvati i na pravo poljoprivrednika na neoštećena polja kao jedno od prava koja proizilaze iz vlasništva nad poljoprivrednim zemljištem. Gledano na taj način neprihvatljivo je da stoka pase na poljima pšenice. U ovom slučaju obje definicije opisuju identična prava: iz perspektive poljoprivrednika – pravo na neoštećena polja pšenice, a iz perspektive stočara – pravo na slobodnu ispašu (str. 19).*

Istovremeno ova vlasnička prava mogla bi se shvatiti kao pravo na nanošenje štete jer ukoliko stočar ima to pravo, onda on ima pravo dopustiti stoci ispašu u poljima pšenice. Međutim, ukoliko poljoprivrednik posjeduje ta polja pšenice, onda stočar takvo pravo nema. Prema Coaseu pravo na nanošenje štete trebalo bi biti razmjenjivo. Ukoliko stočar ima to pravo, poljoprivrednik bi trebao platiti za pravo na nanošenje štete, srazmjerno potencijalnom

---

<sup>2</sup> Ideja da se obje strane promatraju kao uzročnici eksternalija sigurno ima određenu logiku, ali je vrlo često apsurdna, na što ukazuje i sljedeća situacija: ako se pretpostavi da je osoba A ustrijelila osobu B, osoba A može kao argument svoje odbrane iznijeti činjenicu da ukoliko osoba B nije stala na put osobi A koja je tada slučajno pucala osoba B ne bi bila ubijena.

oštećenju. To bi spriječilo bilo kakvu štetu po poljoprivrednika. Sa stajališta stočara mogućnost prodaje prava povećava njegove oportunitetne troškove uzgoja stoke, tako da on treba uzeti u obzir i da li je vrijedno ustrajati u oštećivanju polja pšenice. Međutim, ukoliko poljoprivrednik ima pravo na neoštećena polja pšenice, on može prodati stočaru pravo na nanošenje štete, i time prihvatiti posljedice oštećenja usjeva, makar i kroz ugradnju visine štete u početnu cijenu prava na nanošenje štete (Mathis, 2009, str. 55).

Razmjernost prava na nanošenje štete znači da će u vlastitom interesu, i stočar i poljoprivrednik imati u vidu interese onog drugog, čime će uzimanje u obzir vanjskih efekata predstavljati rezultat dobrovoljnog ugovaranja (Canterbury & Marvasti, 1992). Na ovaj način dolazi se do Smithovog principa *nevidljive ruke* prema kojem potraga za ostvarivanjem vlastitog interesa povećava dobrobit svih i kako je to Smith rekao: “Ne očekujemo mi večeru od dobrodušnosti mesara, pivara i pekara, već od njihovog čuvanja vlastitog interesa”.

Prema tome, ukoliko se poštuju tuđi život, imovina, ugovori na osnovu kojih ljudi trguju dobrima, onda je osigurano i usklađivanje različitih interesa. Polazeći od vlastitog interesa, pojedinci će znati šta se može prodati i to će proizvoditi, te stoga nema potrebe da se bilo ko miješa u tržišnu razmjenu i određuje pojedincima šta će proizvoditi, u kojim količinama i po kojim cijenama. Shodno tome, ostvarit će se i najefikasnija korist ekonomskih resursa.

Osnovni naglasak Coaseove teoreme usmjeren je na to da se u odsustvu transakcijskih troškova rezultati javljaju kao posljedica dobrovoljnih pregovaranja, bez obzira na to na čijoj su strani vlasnička prava prvobitno bila (Mercurio & Medema, 2006). Krajnji rezultat koji maksimizira vrijednost proizvoda nezavisan je od pravne pozicije ukoliko se pretpostavi da sistem cijena djeluje bez troškova (Coase, 1993, str. 8; Medema & Zerbe, s. a.).

Valjanost Coaseove teoreme može se ilustrirati i kroz sljedeći primjer (Polinsky, 1989, str. 11):

*Dim iz dimnjaka tvornice onečišćuje veš koji suši petero susjeda. Šteta iznosi 1.000 novčanih jedinica po svakom ili 5.000 ukupno. Šteta može biti spriječena na jedan od dva načina: ili svako kućanstvo opremiti za sušilicom koja košta 600 n. j., odnosno 3.000 n. j. ukupno; ili ugraditi filter u dimnjak tvornice koji košta 1.000 n. j. Potpuno je jasno da u ovom slučaju ugradnja filtera predstavlja efikasnije rješenje, jer šteta u iznosu od 5.000 n. j. može biti spriječena troškovima od 1.000 n. j.*

Pitanje je da li je izabrano najefikasnije rješenje bez obzira na to da li susjedi imaju pravo na čist zrak ili tvornica ima pravo na zagađenje. Ukoliko susjedi imaju pravo na čist zrak, tvornica ima tri opcije: dalje nastaviti sa zagađenjem i platiti 5.000 n. j. odštete; platiti za sušilice u ukupnom iznosu od 3.000 n. j.; ili ugraditi filter za 1.000 n. j. Nedvojbeno je da će se odlučiti za treće rješenje kao najefikasnije. Međutim, ukoliko s druge strane tvornica ima pravo da zagađuje, susjedi se suočavaju s tri opcije: pretrpjeti štetu u iznosu od 5.000 n. j.; kupiti sušilicu za ukupno 3.000 n. j.; ili platiti za ugradnju filtera u dimnjak tvornice koji košta 1.000 n. j. S obzirom na to da privatni aranžmani uvijek rezultiraju najefikasnijim rješenjem bez obzira na čijoj su strani vlasnička prava alocirana, jasno je da će se i oni odlučiti za ugradnju filtera (Mathis, 2009, str. 56).

Prema Coaseovoj teoremi, sa stajališta efikasnosti nema nikakve razlike ko plaća kome – tvornica susjedima ili susjedi tvornici. Suština je u međusobnom pregovaranju između strana koje omogućava sagledavanje svih opcija i ostvarenje korisnosti objiju strana. U tom smislu, prema navedenom primjeru, tvornica bi mogla nadoknaditi štetu susjedima za onečišćenje veša i omogućiti im uživanje u čistom zraku ili bi susjedi mogli platiti ugradnju filtera u tvornici i time spriječiti onečišćenje. Prema Coaseu (1993), takvo rješenje pretpostavlja nulte transakcijske troškove i jasno definirana prava vlasništva (str. 19).

Uzimajući za primjer naknadu štete, strane u sporu će, ukoliko su vlasnička prava jasno definirana, prenosiva i ukoliko transakcijski troškovi teže nuli, nezavisno od pravnih pravila o odgovornosti za naknadu štete i sudske odluke, međusobnim pregovaranjem efikasno riješiti pitanje naknade štete bez obzira na to kakav je bio inicijalni raspored vlasničkih prava. Efikasnim rješenjem smatrat će se ono do kojeg se došlo pregovaranjem i koje utječe na maksimiziranje ukupne vrijednosti.

Primjer koji predstavlja varijaciju Coaseova primjera odnosi se na susjede A i B<sup>3</sup>:

*Osoba A posjeduje plac čija je tržišna cijena 1.000 novčanih jedinica, a osoba B plac u vrijednosti od 1.200 n. j. Njihova ukupna društvena vrijednost iznosi 2.200 (1.000 + 1.200) n. j. Nakon što osoba A sa vlasnikom transportnog poduzeća ugovori korištenje placa kao mjesta za slijetanje helikoptera po cijeni od 500 n. j. moći će, zahvaljujući prihodu koji dobija od ugovorene djelatnosti, isti prodati za 1.500 n. j., pri čemu je cijena od 500 n. j. određena kao sadašnja diskontovana vrijednost budućeg prihoda. Istovremeno, plac osobe B će gubiti*

---

<sup>3</sup> Primjer preuzet iz: Jovanović, 2004, str. 233–242.

vrijednost zbog buke koju stvaraju helikopteri pa će ga moći prodati za 1.000 n. j. Ukupna društvena vrijednost placeva će tako iznositi 2.500 (1.500 + 1.000) n. j. što je više u odnosu na prvobitnu vrijednost (2.200 n. j.), pa bi se moglo zaključiti da su resursi efikasno upotrijebljeni.

Međutim, osoba B može tužiti osobu A zbog nanošenja štete. U sporovima koji nastaju oko naknade štete sudovi dodjeljuju vlasnička prava na osnovu odgovornosti za štetu. Dajući osobi B vlasničko pravo prema kojem ne trpi buku koja umanjuje vrijednost njegovog placa, sud je odredio inicijalni raspored vlasničkih prava na način kao što je to bilo prije nego je osoba A zaključila ugovor. Time je sud odredio neefikasnu alokaciju prava jer upotreba resursa stvara manju ukupnu vrijednost (2.200 n. j.) nego što je to bilo prije sudske odluke (2.500 n. j.).

Ako bi sud smatrao da osoba A nije odgovorna, onda bi osoba B imala poticaj ponuditi osobi A do 200 n. j. da spriječi buku, pri čemu osoba A ne bi imala poticaj prihvatanja ove ponude jer je ona ispod ugovorene cijene korištenja placa kao mjesta za slijetanje helikoptera u visini od 500 n. j. U ovom slučaju neće doći do razmjene vlasničkih prava jer je sudskom odlukom ustanovljen inicijalni raspored vlasničkih prava tako da je alokacija resursa isto efikasna (ukupna društvena vrijednost je 2.500 n. j.) kao i u prethodnom slučaju, iako ne i raspodjela bogatstva.

Također je moguće da dođe do pregovaranja između osoba A i B. U tom slučaju osobi B bi se isplatilo prihvatiti ponudu osobe A najmanje po cijeni od 200 n. j. U tom slučaju plac osobe A bi vrijedio 1.300 n. j. (1.500 - 200), a plac osobe B 1.200 (1.000 + 200) n. j. Na ovaj način resursi su, nezavisno od inicijalnog rasporeda vlasničkih prava efikasno alocirani jer je ukupna društvena vrijednost ostala 2.500 n. j. Ukoliko nema transakcijskih troškova, ukoliko su troškovi pregovaranja između osoba A i B besplatni, osobi A se isplati ponuditi osobi B najmanje 200 n. j.

Coaseov početni prijedlog zasnivao se na postavci da su štete uvijek recipročne po svojoj prirodi, što je utjecalo na razvoj njegove teoreme u okviru modela bez transakcijskih troškova. Tek tada moglo se postaviti pitanje efekata koji se javljaju u situaciji postojanja transakcijskih troškova kada pravo ima odlučujuću ulogu.

## **Važna uloga prava**

U nastojanju da istraži efikasnost pravnih normi Coase je za početnu hipotezu uzeo situaciju u kojoj nema transakcijskih troškova i u kojoj je efikasan ishod, kao rezultat efikasne alokacije resursa (i šire, efikasnost uopće u smislu pomaka prema blagostanju), uistinu neovisan o pravnoj regulativi



(Medema & Zerbe, s. a.). To znači da, ako su transakcijski troškovi nula, uopće nije bitno kakav je sadržaj pravne norme koja se u toj situaciji primjenjuje. Ali, *argumentum a contrario*, ako transakcijski trošak nije nula nego veći (pozitivan), onda će ostvarenje efikasnosti biti uvjetovano sadržajem pravne norme. Analiza transakcijskih troškova razvila se prvenstveno radi rješavanja problema eksternalija i tu je njezina primjena najčešća. Suština je u tome da ako se stranke mogu pogađati na način da ih to ništa ne košta (bez zapreka) onda će sam tržišni mehanizam omogućiti efikasnu alokaciju resursa. Jednostavnije rečeno, početna raspodjela prava (u smislu subjektivnih prava, kao ovlaštenja) nije bitna za tržišnu sposobnost postizanja optimalnog rješenja (Posner, 2002). Međutim, u situaciji postojanja pozitivnih transakcijskih troškova, do ugovaranja neće doći dok god su transakcijski troškovi veći od koristi koje takva preraspodjela prava donosi. Kao posljedica toga, prava koja pojedinci posjeduju obično su utvrđena zakonom (Coase, 1993, str. 251).

Navedeno je moguće ilustrirati vraćajući se na ranije dati primjer tvornice i štete koju uzrokuje susjedima. Ukoliko se pretpostavi da su transakcijski troškovi po susjedu bili 500 novčanih jedinica, čineći ukupnu sumu od 2.500 n. j., ti su troškovi izazvani od strane susjeda ukoliko odluče uzeti učešće u pregovaranju i donijeti zajedničku odluku.

Ukoliko susjedi imaju pravo na čist zrak, tvornica još uvijek ima tri mogućnosti na raspolaganju: platiti 5.000 n. j. na ime nadoknade štete, kupiti sušilice za veš u ukupnom iznosu od 3.000 n. j. ili ugraditi filter za 1.000 n. j. Naravno da će se tvornica odlučiti za ugradnju filtera, jer je to najefikasnija opcija (Mathis, 2009, str. 62).

Međutim, situacija se mijenja ukoliko se pođe od pretpostavke da tvornica ima pravo da zagađuje zrak. U ovom slučaju susjedi imaju tri mogućnosti: mogu trpjeti štetu u visini od 5.000 n. j., kupiti sušilice za veš u iznosu od 3.000 n. j., ili platiti ugradnju filtera za tvornicu, što uključuje plaćanje transakcijskih troškova jer ova mogućnost zahtijeva donošenje zajedničke odluke kroz pregovaranje. Uzimajući u obzir transakcijske troškove u iznosu od 2.500 n. j. opcija ugradnje filtera sada je 3.500 n. j., a ne prvobitnih 1.000 n. j. Zbog izuzetno visokih transakcijskih troškova susjedi će se odlučiti za kupovinu sušilica za veš svako za sebe, što iznosi 600 n. j.

Budući da ovaj primjer ukazuje na to da postojanje transakcijskih troškova utječe na alokaciju vlasničkih prava i efikasnost, Coase na osnovu navedenog ističe međuovisnost prava i ekonomije: realnost pozitivnih transakcijskih troškova otkriva ekonomske funkcije prava koje bi trebale osigurati alokaciju pravila koja smanjuju potrebu za kasnijim transakcijama (Mercurio & Medema, 2006).

Ističući poželjnost “... da sudovi razumiju ekonomske posljedice svojih odluka” i potrebu da “... u mjeri u kojoj je to moguće bez stvaranja previše neizvjesnosti oko samog pravnog položaja, uzimati u obzir posljedice prilikom donošenja odluke” Coase (1960) naglašava ulogu ekonomske politike u postizanju pravde (str. 19).

Shodno tome, kad god je to moguće vlasnička prava trebaju biti usmjerena ka njihovoj najefikasnijoj korisnosti. Ukoliko to nije moguće, onda je potrebno da se uklone sve prepreke kroz minimiziranje troškova transfera, provedbe povezanih prava i troškove primjene prava.

Imajući u vidu navedeno, jasno je da Coase zagovara sistem prava koji bi se zasnivao na ekonomskom rezoniranju i koji bi kao takav utjecao kako na zakonodavstvo tako i na primjenu zakona. Prema Veljanovskom (1982), uloga prava sa stajališta ekonomske analize može se opisati kroz (str. 68): maksimiziranje ekonomske efikasnosti; smanjenje transakcijskih troškova (Polinsky, 1989, str. 13); te stimuliranje rezultata na konkurentom tržištu (kad tržišne transakcije ne uspiju zbog neopravdano visokih transakcijskih troškova) (Veljanovski, 1982, str. 69).

### **Praktične implikacije Coaseove teoreme**

Coaseovo rješenje pregovaranja ima značajnu ulogu u politici zaštite okoliša – iako u državno institucionaliziranom obliku – kreiranjem razmjenjivih dozvola emisija (Boie, 2006, str. 156, navedeno prema Mathis, 2009, str. 63). To je zbog toga što zagađivanje okoliša često uključuje više strana, koje se međusobno ne poznaju i koje se, ponekad, pojavljuju istovremeno i kao onečišćivači i kao žrtve (Frey, 1992, navedeno prema Mathis, 2009, str. 63).

*Dogovorno dopušteno zagađivanje* prvi put je predloženo 1968. godine od strane kanadskog ekonomiste J. H. Dalesa u cilju smanjenja zagađenja vode. Ovaj model ponudio je praktičnu alternativu direktnim pregovaranjima između privatnih strana jer je kombinirao ideje Coaseove teoreme s praksom (Jacobs, 1997, str. 33, navedeno prema Mathis, 2009, str. 65). Specificiranjem jasnih ograničenja i alokacija, pravo na korištenje okoliša postaje razmjenjiva roba, što omogućava uspostavljanje cijena okolišnih resursa (Diehr, 2006, str. 27, navedeno prema Mathis, 2009, str. 65), a mehanizam cijena omogućava da se smanjenje emisije pojavljuje tamo gdje su granični troškovi izbjegavanja niži.

U cilju izbjegavanja nepotrebno visokih troškova transakcija, država zabranom trgovine pravima na korištenje okoliša određuje ukupnu dopuštenu

količinu jedinica emisije i dijeli tu kvotu na odgovarajući broj dozvola. Na taj način stvara odgovarajuću institucionalnu osnovu (tržište za dozvolu emisije) (Diehr, 2006, str. 27, navedeno prema Mathis, 2009, str. 65), istovremeno postavljajući standarde zaštite okoliša (Wicke, 1993, str. 241, navedeno prema Mathis, 2009, str. 65). Zbog toga što je broj dozvola ograničen, samo nositelji odobrenja mogu emitirati određene količine polutanata koje se, kao i dopuštena prava, mogu promatrati kao oskudni resursi (Endres, 2007, str. 110, navedeno prema Mathis, 2009, str. 64). Nakon što su dozvole dodijeljene, emiteri čiji je jedini cilj izbjegavanje emisije kroz troškovno-intenzivno restrukturiranje ili reinvestiranje, bit će zainteresirani za kupnju dovoljne količine dozvola koja im omogućava određenu količinu emisije. Time zagađenje okoliša ima svoju cijenu, koja se uspostavlja na tržištu na osnovu zakona ponude i potražnje (Jacobs, 1997, str. 33, navedeno prema Mathis, 2009, str. 65).

Jasno je da će kompanije kupovati dozvole samo do one tačke u kojoj su granični troškovi izbjegavanja zagađenja veći od graničnih troškova kupovine dozvole. Oni zagađivači koji mogu troškove svoje emisije smanjiti, npr. kroz ugradnju sistema za filtriranje, preferirat će neki takav način izbjegavanja u odnosu na kupovinu dozvole. U skladu s tim, investirat će u izbjegavanje emisija sve dok su njihovi marginalni troškovi izbjegavanja emisije niži od graničnih troškova kupovine dozvole. Kroz težnju ekonomskih subjekata usmjerenu maksimiziranju njihovog ličnog interesa, okoliš kao resurs, odnosno pravo na njegovo korištenje, daje se onima za koje ono ima najveću vrijednost.

Osim isplativosti, dozvole imaju dinamički učinak poticaja koji za posljedicu ima napredak u tehnologiji okoliša i razvijanje ekološke svijesti. S obzirom na to da emiteri mogu prodati dozvole koje im više ne trebaju, to može potaknuti interes zagađivača u otkrivanju novih metoda ekološki prihvatljive proizvodnje (Jacobs, 1997, str. 33, navedeno prema Mathis, 2009, str. 61).

Ukoliko bi došlo do povećanja emisije, odnosno povećanja ukupnog opterećenja, država može posegnuti za "politikom otvorenog tržišta" kojom utječe na smanjenje broja licenci za zaštitu okoliša kroz opciju njihove kupovine, zadržavanja ili ukidanja (Frey, 1992, str. 122, navedeno prema Mathis, 2009, str. 65).

Promatrano iz ekonomske perspektive, dozvole zadovoljavaju potrebe natjecanja, jer kompanije uzrokujući jednaku količinu zagađenja okoliša trebaju snositi i jednako finansijsko opterećenje (Jacobs, 1997, str. 33, navedeno prema Mathis, 2009, str. 65). Prema hipotezi nepromjenjivosti Coaseove teoreme, efikasna raspodjela resursa proizvodi malu razliku na vanjski učinak.

Stoga oblik početne raspodjele nema nikakve posljedice za funkcioniranje samog sistema i njegovu okolišnu efikasnost. To, međutim, čini vrlo važnu razliku u konkurentnoj situaciji među zainteresiranim stranama. U ovom slučaju, pitanje načina dodjele prava na korištenje je od značaja za trgovanje emisijama. U okviru sistema dozvola za emisije, predlažu se dvije alternativne procedure za početnu dodjelu: prodaja najboljem ponuđaču (sistem aukcije), ili dodjela na osnovu historije onečišćenja svake od strana (tzv. *grandfathering sistem*) (Feess, 2007, str. 124, navedeno prema Mathis, 2009, str. 65).

Po sistemu aukcije prednost u kupovini, odnosno prodaji dozvola ima najbolji ponuđač, odnosno onaj koji plaća najviše. Svi zainteresirani imaju iste mogućnosti za trgovinu i svako je slobodan kupiti onoliko dozvola koliko želi (od ukupnog broja koji se može izdati). Na ovaj način ostvaruje se relativno visok stupanj ekonomske efikasnosti jer dozvolu kupuje onaj koji ostvaruje najveću korisnost (Cansier, 1998, str. 97, navedeno prema Mathis, 2009, str. 66). Unatoč velikim prednostima, ovaj postupak ima neke prilično ozbiljne slabosti. Prije svega, cijene na aukciji često se uspostavljaju na osnovu projekcija makroekonomskih trendova i predviđanja proizvodnje opterećenja, ali su jednako definirajući faktori za formiranje cijena u fazi trgovanja. Pored toga, strane mogu sudjelovati u dosluhu prije aukcije, što potencijalno narušava tržišne odnose.

U sistemu *grandfatheringa* moguće je dodatno kupovati nakon prvobitne raspodjele, za razliku od kupovine dozvola po sistemu aukcije. Tradicionalni *grandfathering* sistem temelji se na početnoj alokaciji prava koja omogućava kupovinu dodatnih dozvola na principu *prior in tempore, potior in iure*. Ovakav način raspodjele resursa kreira stalno natjecanje radi osiguranja dodatnog pristupa resursima. Prednosti ovog sistema ogledaju se u tome što korisnici dozvola imaju relativno visoku razinu planiranja i pravne sigurnosti, koja ne uzrokuje dodatne troškove. Međutim, ovaj sistem ima i niz nedostataka. Jedan od njih je taj što su učesnici usmjereni ka osiguranju pristupa, a ne efikasnom korištenju resursa. Također i kompanije koje ulažu u zaštitu okoliša čak i prije dodjele su na određeni način kažnjene, jer smanjena količina emisije daje im pravo na manji broj dozvola. Ova vrsta distribucije stvara i poteškoće za novopridošle strane koje se pojavljuju na tržištu, jer u nedostatku konkretne historije onečišćenja okoliša, njihova referenca trebala bi se zasnivati na dopunskom kriteriju. Međutim, iako bi aukcija trebala biti povoljnije rješenje u odnosu na sistem *grandfatheringa*, radi političke održivosti, potonji postupak dodjele često se koristi u praksi.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Za više o sistemu *grandfatheringa*: Nash, 2009.

Praktičan primjer primjene dozvola može ilustrirati Protokol iz Kyota<sup>5</sup> kojim su se države potpisnice<sup>6</sup> po prvi put uspjele složiti u pogledu obavezujućeg kvantitativnog cilja za smanjenje i ograničavanje šest<sup>7</sup> vrsta stakleničkih plinova. Protokol iz Kyota predviđa samo obavezujući cilj smanjenja emisija za države potpisnice, dok pitanje ostvarenja tog cilja ostavlja samim državama, jer nisu sve zemlje potpisnice Protokola imale iste obaveze u pogledu smanjenja emisije, a što je ovisilo o njihovom razvojnom statusu.<sup>8</sup>

U svrhu smanjenja emisije štetnih plinova Protokol predlaže tri fleksibilna mehanizma, poznata pod nazivom Kyoto mehanizmi i to: trgovanje emisijskim pravima (trgovanje emisijama), zajednička provedba i čisti razvoj (razvoj na ekološkoj održivosti).

O trgovanju emisijama već je bilo riječi. Zajednička provedba i mehanizmi čistog razvoja imaju za cilj poticanje suradnje među državama članicama na provedbi projekata zaštite okoliša, te omogućuju državama ispunjenje dijela obaveza u pogledu smanjenja vlastitih emisija.<sup>9</sup> Uz prednosti postupnog povećanja prijenosa okolinskih tehnologija, mehanizam čistog razvoja krije opasnost od onoga što je poznato kao *ekokolonijalizam*. Naime, da bi se spriječilo prebacivanje fokusa napora za zaštitu okoliša s razvijenih na zemlje u razvoju, uvedena su ograničenja na kreditiranje smanjenja emisije. Ovim kreditiranjem, a kroz projekte zaštite klime<sup>10</sup> razvijene zemlje i njihove domaće

---

<sup>5</sup> Protokol iz Kyota donesen je 11. decembra 1997. godine kao dopunski protokol Okvirne konvencije Ujedinjenih naroda o klimatskim promjenama (UNFCCC), s ciljem zaštite klime.

<sup>6</sup> Razvijene zemlje obavezale su se da će u razdoblju od 2008. do 2012. godine smanjiti emisije stakleničkih plinova za 5,2% u odnosu na period od 1990. godine.

<sup>7</sup> Karbon dioksid (CO<sub>2</sub>), metan (CH<sub>4</sub>), nitro oksid (N<sub>2</sub>O), hidrofluorokarbons (HFCs), perfluorokarbons (PFCs) i sulfat heksafluorid (SF<sub>6</sub>).

<sup>8</sup> Tako je Švicarska imala obavezu smanjenja emisije 8%, Njemačka 21%, Velika Britanija 12.5%, Japan 7%, Russia 0% i Španija 15%. Inicijalna alokacija emisionih prava data putem modificiranog sistema *grandfathering*.

<sup>9</sup> Tako je Nizozemska kreditirala redukciju emisija finansiranjem vjetrenjača u Litvaniji (*joint implementation*) ili solarnih postrojenja u Brazilu (*clean development*). Na ovaj način i zemlje u razvoju uključene su u provođenje mjera Kyoto protokola. Suradnja među zemljama ne odvija se direktno na nacionalnom nivou nego između kompanija koje provode određene projekte.

<sup>10</sup> U decembru 2007. godine, održana je 13. konferencija stranaka Okvirne konvencije o promjeni klime u Baliju radi novih pregovora o budućnosti globalne klimatske politike. Cilj razgovora bio je da se dogovore o prometnoj karti (Bali akcijski plan) za buduće pregovore nakon 2012. godine. Predloženi cilj smanjenja od 25 do 40% emisija izbrisan je iz izrađenih tekstova na insistiranje Japana i SAD-a. Ipak, važne zemlje – uključujući Indiju, Kinu i, po prvi put, SAD, pokazale su spremnost da se uključe u globalnu klimatsku politiku.

industrije ograničavaju se u pogledu ispuštanja stakleničkih plinova u odnosu na zemlje u razvoju. Fleksibilni mehanizmi omogućuju nekolicini država da udruže snage kao zajednica emisija kako bi ispunile svoje obaveze zajedno. Tako, zajednicu emisija čini Evropska unija koja je poduzela napore u cilju smanjenja emisije (8%), pri čemu se nacionalne obaveze u pogledu količine smanjenja emisije mogu razlikovati (Wiesmeth, 2003, str. 13, navedeno prema Mathis, 2009). Ovo omogućuje iskorištavanje prednosti pojedinih zemalja u smanjenju određenih plinova.

Pitanje razmjernosti dozvola i smanjenja emisije je upitno, jer nekim zemljama dozvole nisu izdate. Tako su do 2012. godine Rusija i Ukrajina samo stabilizirale svoje emisije u odnosu na nivo iz 1990. godine. Tek nakon političkih prevrata i raspadom industrijskih sektora, te zemlje ostvarile su pad emisije od 30%. Stoga imaju višak dozvola koje mogu slobodno prodavati i drugim zemljama, bez potrebe razmjernog smanjenja svoje emisije (Wiesmeth, 2003, str. 13, navedeno prema Mathis, 2009). To je poznato kao *problem vrućeg zraka*.

Imajući u vidu praktične implikacije Coaseove teoreme treba ukazati i na činjenicu da ponekad nije moguće, a niti dovoljno, pitanje rješavanja sporova prepustiti zainteresiranim stranama i njihovom pregovaranju. U određenim slučajevima u neutraliziranju negativnih eksternih efekata nužna je i državna intervencija. Ona se ogleda u zabranama, dozvolama, određivanju zona u kojima mogu poslovati zagađivači, pravilima o naknadi štete i nametanju korektivnih poreza. Za razumijevanje eksternih efekata, u ovom slučaju ekoloških, i državne alokacije resursa putem regulacije, Coase je istakao neophodnost shvatanja da zagađivači zagađuju i uzrokuju štete ne zato što to žele nego zato što oni od djelatnosti koju obavljaju i koja dovodi do nastanka šteta imaju koristi. U tom smislu uklanjanje eksternih efekata može se postići samo potpunom zabranom rada zagađivača.

Coaseova istraživanja i analize regulacije ukazuju na njene ne uvijek pozitivne efekte. Prema Coaseu regulacija može biti i dobra i loša, što ovisi o izboru efikasnih pravnih pravila. Izbor pravnih pravila o odgovornosti za naknadu štete kojima se rješava problem eksternih efekata ima različite ekonomske posljedice na alokaciju resursa i obim proizvodnje. Samim time izbori imaju svoje troškove koji mogu biti veći ili manji. U optiranju između državne i tržišne regulacije determinanta je iznalaženje odgovarajućeg rješenja koje rezultira efikasnošću (Coase, 1960, str. 18).

## **Kritike Coaseove teoreme**

Imajući u vidu da je od samog svog pojavljivanja Coaseova teorema uzrokovala brojne kontraverze i neslaganja, nužno je kratko se osvrnuti na neke od kritika (McCloskey, 1998). U tom smislu, a bez namjere njihove detaljnije elaboracije, ističu se sljedeće:

Prva kritika, odnosi se na ograničavajuće pretpostavke teoreme, a to su: nepostojanje transakcijskih troškova i jasnog prijenosa prava vlasništva. Ova kritika zasniva se na činjenici da su u većini slučajeva prisutni visoki transakcijski troškovi koji internalizaciju vanjskih utjecaja čine nevidljivom za involvirane strane. U stvarnosti je vrlo vjerojatno da su troškovi pregovaranja visoki, pogotovo onda kada se strane trebaju usaglasiti po pitanju konačne odluke. Shodno tome, za pregovore će biti zainteresirani samo oni koji očekuju da će naknada premašiti troškove pregovaranja (Schumann, 1999, navedeno prema Mathis, 2009, str. 58). Kada je riječ o jasnom prijenosu vlasništva, vrlo često se dešava da ne postoji jasno definirano pravo vlasništva. Takav je slučaj s okolišem. Zagađenje vode i zraka često je rezultat djelovanja mnogih zagađivača, zbog čega ga je veoma teško pripisati određenom subjektu. S obzirom na to da se šteta ove vrste može otkloniti samo korištenjem složene i skupe tehnologije, onda je jasna nužnost državne intervencije (Homann, 1992, navedeno prema Mathis, 2009, str. 58) jer odgovarajući instrumenti politike zaštite okoliša u takvim slučajevima mogu biti: maksimalna ograničenja emisije, porezi na okoliš ili dozvola za emisije i sl. (Mathis, 2009, odjeljak 4.3.5.). Primjena Coaseove teoreme prema ovom scenariju dopušta potencijalno ugroženim mogućnost plaćanja zagađivača kako bi odustali od daljnjeg zagađenja (Schumann, 1999, navedeno prema Mathis, 2009, str. 58). Naprimjer, potrošači vode u Baden-Württembergu (Njemačka) plaćaju porez na vodu koji se zove *Wasserpennig*, u cilju smanjenja zagađenja vode umjetnim đubrivom i pesticidima od strane poljoprivrednika (Schumann, 1999, navedeno prema Mathis, 2009, str. 58). Čak je i rasprava o isplatama naknada razvijenih zemalja nekim zemljama u razvoju u cilju sprečavanja daljnjeg krčenja prašuma inspirirana Coaseovim idejama (Homann, 1992, navedeno prema Mathis, 2009, str. 58).

Nadalje, druga kritika vezuje se za efekte raspodjele dohotka i alokaciju resursa. Prema Coaseovoj teoremi, konačna raspodjela će uvijek biti ista i uvijek Pareto efikasna, bez obzira na pravo vlasništva. Međutim, način na koji su vlasnička prava dodijeljena sigurno utječe na raspodjelu bogatstva. Naime, i bogati i siromašni općenito kupuju različite vrste robe. Promjena u distribuciji će promijeniti strukturu potražnje, budući da potražnja ovisi

o prihodima ili bogatstvu. To nadalje ima utjecaj na cijene, koje mogu biti pod utjecajem efekta dodjele, što utječe i na konačni ishod alokacije (Cooter, 1997, str. 83). S obzirom na to da cijena robe koja se nudi i potražuje može biti različita u ovisnosti o kupcu, odnosno prodavcu, tako su ponuđači spremni prodati robu po određenoj cijeni, a kupci kupiti po određenoj cijeni. Iako će konačna alokacija i pored uzimanja u obzir svih ovih efekata, uvijek biti Pareto optimalna, ona neće nužno uvijek biti ista. Uzimajući u obzir blagostanje i efekte dodjele hipoteza efikasnosti ostaje validna, ali ne i hipoteza nepromjenjivosti (Calabresi & Melamed, 1987, str. 1095).

Pored navedenog, Veljanovski (1982) smatra da je Coase izmiješao dva modela te u tom smislu ističe dvije interpretacije koje ukazuju na razliku između cjenkanja i konkurencije (str. 55).<sup>11</sup> Teorija cjenkanja pretpostavlja postojanje dvije ili više zainteresiranih strana koje imaju namjeru sklopiti ugovor. Teorija konkurencije, s druge strane, pretpostavlja da na tržištu djeluje veliki broj subjekata i na strani ponude i na strani potražnje, od kojih nijedan nije dovoljno moćan da utječe na tržišnu cijenu (savršena konkurencija). Shodno modelu cjenkanja, predmet pregovora je cijena. Predmet pregovora u modelu tržišne konkurencije je dat. Iako se poziva na model tržišne konkurencije, Coaseovi primjeri opisuju personalizirane, bilateralne transakcije u kojima su u pregovaranje o uvjetima razmjene<sup>12</sup> direktno uključene zainteresirane strane (Veljanovski, 1982, str. 53–74).

## **Umjesto zaključka**

Coaseova teorema ukazala je na to da razmjena vlasničkih prava pri transakcijskim troškovima koji teže nuli vodi efikasnoj alokaciji resursa. Međutim, raspodjela dohotka i bogatstva zavisi od toga kome su vlasnička prava inicijalno dodijeljena. Prema tome, kada su transakcijski troškovi veći od nule, početno definiranje vlasničkih prava imat će jak utjecaj na blagostanje i efikasnost. Što su troškovi transakcija veći, to je i veći značaj početnog definiranja prava za efikasnost alokacije resursa.

Inicijalni raspored vlasničkih prava određuje se pravom, dok je prijenos rezultat tržišnog ugovaranja. Razmjenom vlasničkih prava nad resursima, resursi se dodjeljuju onim vlasnicima koji će ih najefikasnije upotrijebiti.

---

<sup>11</sup> Vidjeti i: Cooter, R.: *The Cost of Coase*, 1982.

<sup>12</sup> Važna dimenzija pregovaranja je tzv. strateško ponašanje ili teorija igara za koje Veljanovski, pa i Cooter, smatraju da ne rezultira odgovarajućim rješenjem, pa čak niti efikasnim ishodom što je dijametralno suprotno Coaseovoj teoremi. Za više u: Veljanovski, 1982, str. 60; Cooter, 1998, str. 457.



Coaseova teorema promijenila je shvatanja pravne doktrine i utjecala na pravnu regulativu ne samo u oblasti djelovanja eksternih efekata i naknade štete, nego i u onim oblastima u kojima nema eksplicitno izraženog tržišta i mehanizma cijena. U tom smislu, sve više se prihvata shvatanje da se i pravo zasniva i treba zasnivati na ekonomskoj logici.

## **Bibliografija**

### **Knjige**

1. Boie, W.-K. (2006). *Okonomische Steuerungsinstrumente im europäischen Umweltrecht*. Berlin: LIT Verlag.
2. Cooter, R., & Ulen, T. (1997). *Law and Economics* (2nd ed.). Reading etc.: Addison-Wesley.
3. Coase, R. H. (1988). *The Firm, The Market, and The Law*, Chicago: University of Chicago Press.
4. Diehr, M. (2006). *Rechtsschutz im Emissionszertifikate-Handelssystem: Eine Betrachtung des Treibhausgas-Emissionshandelssystems unter besonderer Berücksichtigung rechtsschutzrelevanter Fragen der Emissionsgenehmigung und der Zuteilung von Emissionsberechtigungen*. Berlin: Duncker & Humblot.
5. Endres, A. (2007). *Umweltökonomie: Lehrbuch* (3rd ed.). Stuttgart: Kohlhammer.
6. Feess, E. (2007). *Umweltökonomie und Umweltpolitik* (3rd ed.). Munich: Vahlen.
7. Frey, B. S. (1992). *Umweltökonomie*, (3rd ed.). Göttingen: Vandenhoeck.
8. Jacobs, R. (1997). *Marktwirtschaftlicher Umweltschutz aus rechtlicher Sicht: Zertifikatlosungen im Luftreinhalterecht der USA und der Schweiz*. Zurich: Schulthess.
9. Mathis, K. (2009). *Efficiency Instead of Justice? Searching for Philosophical Foundations of Economic Analysis of Law*. [New York]: Springer.
10. Medema, G. S. & Zerbe, O. R. Jr (s. a.). *The Coase Theorem* preuzeto sa <http://encyclo.findlaw.com/0730book.pdf>
11. Mercurio, N., & Medema, S. G. (2006). *Economics and the Law* (2nd. ed.) preuzeto sa [http://press.princeton.edu/chapters/s2\\_8276.pdf](http://press.princeton.edu/chapters/s2_8276.pdf)
12. Mercurio, N., & and Medema, S. G. (1997). *Economics and the Law: From Posner to Postmodernism*. Princeton: Princeton University Press.
13. Nash, J. R. (2009). *Allocation and Uncertainty: Strategic Responses to Environmental Grandfathering*, preuzeto sa <http://scholarship.law.berkeley.edu/elq>
14. Polinsky, A. M. (1989). *An Introduction to Law and Economics* (2nd. ed.). Boston et al.: Little Brown.
15. Posner, R. (1998). *Economic Analysis of Law* (5th ed.). NewYork: Aspen Law & Business,

16. Posner, R. (2002). *Overcoming Law*, Cambridge MA: Harvard University Press.
17. Schumann, J. (1999). *Grundzüge der Mikroökonomischen Theorie* (7th ed.). Berlin: Springer
18. Stigler, G. J. (1966). *The Theory of Price* (3rd ed.). New York: MacMillan.
19. Stigler, G. J. (1988). *Memoirs of an Unregulated Economist*. New York: Basic Books.
20. Wicke, L. (1993). *Umweltökonomie: Eine praxisorientierte Einführung* (4th ed.). Munich: Vahlen.
21. Wiesmeth, H. (2003). *Umweltökonomie: Theorie und Praxis im Gleichgewicht*, Berlin and Heidelberg: Springer.

## Članci

22. Calabresi, G., & Melamed, A. D. (1972). Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral'. *Harvard Law Review*, 85, 1089–1128.
23. Cansier, D. (1998). Ausgestaltungsformen handelbarer Emissionsrechte und ihre politische Durchsetzbarkeit. U: H. Bonus, *Umweltzertifikate. Der steinige Weg zur Marktwirtschaft, Zeitschrift für angewandte Umweltforschung, Sonderheft 9/1998* (str. 97-112). Berlin: Analytica.
24. Canterbury, E. R., & Marvasti, A. (1992). The Coase Theorem as a Negative Externality. *Journal of Economic Issues*, XXVI (4), 1179–1189. Preuzeto sa [http://www.jstor.org/stable/4226625?seq=4#page\\_scan\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/4226625?seq=4#page_scan_tab_contents)
25. Coase, R. H. (1937). The Theory of the Firm. *Economica* 37(4), 386–405.
26. Coase, R. H. (1993). Law and Economics at Chicago. *Journal of Law and Economics*, 36, 239–254.
27. Coase, R. H. (1960). The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, 3, 1–44.
28. Cooter, R. (1998). Coase Theorem. U: J. Eatwell et al. (eds.), *The New Palgrave: A Dictionary of Economics Vol. 1*, (457–460). London: Palgrave Macmillan.
29. Cooter, R. (1982). The Cost of Coase. *J. Legal Stud.* 1 (11), dostupno na <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/84/>
30. Homann, K. (1992). Marktwirtschaftliche Ordnung und Unternehmensethik. *Zeitschrift für Betriebswirtschaft*, 62 (suppl. 1), 62–85.
31. Jovanović, A. (2004). Ekonomisti nobelovci. *Ekonomski anali*, 161.
32. McCloskey, D. (1998). The So-Called Coase Theorem. *Easter Economic Journal* 24(3), 367–371. preuzeto sa [http://www.deirdremccloskey.com/docs/pdf/Article\\_306.pdf](http://www.deirdremccloskey.com/docs/pdf/Article_306.pdf)
33. Medema, S. G. (1993). Is There Life Beyond Efficiency? Elements of a Social Law and Economics. *Review of Social Economy*, 51 (2), 138–153.
34. Veljanovski, C. G. (1982). The Coase Theorems and the Economic Theory of Markets and Law, *Kyklos*, 35 (1), 53–74.

**Amina Nikolajev, PhD**

Senior Assistant

## **COASE THEOREM AND ITS PRACTICAL IMPLICATIONS**

### **Summary**

*In his article entitled Problem of the Social Cost (1960), Ronald Coase has set the basis for the so-called Coase theorem which assumed a doctrinal status regardless of the presence of many controversies not only among the economists, but also among jurists in terms of its justification. Thanks to Coase who incorporated the principles of institutional structure of economy into microeconomic theory, it became possible to understand not only how the economy functions, but also how to use the economic instruments in the analysis of law. The main effort behind this paper is based on the attempt to present the basis of Coase theorem, his contribution to understanding of the role of law and practical implications of its implementation.*

**Keywords:** *Coase theorem, ownership rights, transaction expenses, environmental protection.*



**Dr. Almedina Šabić**  
Docentica

UDK: 347.451.031  
Pregledni naučni rad

## **PRAVA KUPCA STVARI S NEDOSTATKOM SAOBRAZNOSTI PREMA PRIJEDLOGU UREDBE EVROPSKOG PARLAMENTA I VIJEĆA O ZAJEDNIČKOM EVROPSKOM PRAVU PRODAJE<sup>1</sup>**

### **Sažetak**

*Problematiku odgovornosti prodavca kupcu za materijalne nedostatke ispunjenja, s obzirom na njenu neospornu važnost u oblasti prava prodaje, regulira se i u okviru Prijedloga Uredbe Evropskog parlamenta i Vijeća iz oktobra 2011. godine. Prijedlog po prvi put na evropskim prostorima nastoji da prema principu potpune harmonizacije ujedini regulativu u oblasti prava prodaje istovremeno u potrošačkim i ugovorima između dva poduzetnika, te tako podstakne prekograničnu trgovinu. U Prijedlogu se, uz određena odstupanja, velikim dijelom susreću rješenja koja su evropskim pravicima odranije poznata iz Bečke konvencije ili tekstova poput Nacrta Zajedničkog referentnog okvira (DCFR) odnosno Načela evropskog ugovornog prava (PECL) i Načela evropskog prava – Prodaja (PEL – S). Prednost Prijedloga je, između ostalog, moguće posmatrati i u kontekstu činjenice da bi on, barem u skladu sa željama Evropske komisije, trebao biti shvaćen kao evropski sistem propisa iz oblasti ugovora o prodaji i da bi kao takav u svakoj državi članici, uz nacionalni sistem propisa, predstavljao drugi sistem prava prodaje čija bi primjena bila moguća prema opt-in modelu.*

*Prijedlog Uredbe u prvobitnom tekstu iz 2011. godine je u međuvremenu opozvan u okviru Programa rada Evropske komisije za 2015. godinu. Smatra se, naime, da bi on trebao biti modificiran u cilju intenzivnijeg razvoja potencijala elektronske trgovine na jedinstvenom digitalnom tržištu, a trebale bi biti otklonjene i uočene slabosti, počevši od zbunjujućeg naziva “Zajedničko evropsko pravo prodaje”, koji stvara neželjeni privid uniformnog instrumenta koji bi trebao zamijeniti nacionalna rješenja u oblasti ugovora o prodaji, preko nelogične strukture, pa sve do iznimno kompliciranih pravila o izboru evropskog prava prodaje kao mjerodavnog skupa pravila.*

*Iako Prijedlog iz 2011. godine više “nije u igri”, analiza određenih njegovih rješenja interesantna je iz više razloga. Tako se s jedne strane kao najinteresantniji nameću oni*

---

<sup>1</sup> Tekst je, s određenim izmjenama i dopunama, integralni dio doktorske disertacije pod naslovom “Prava kupca stvari s materijalnim nedostatkom”, odbranjene 16. 9. 2014. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu.

*razlozi koji se ogledaju u sagledavanju predloženih propisa koji su problematični i kao takvi neodrživi, i prepoznavanju mogućih boljih rješenja. S druge je strane interesantno uočiti da, kada je riječ o problematici prava kupca stvari s materijalnim nedostatkom, bilo kakva buduća evropska rješenja počivaju na klasičnim, već isprobanim nacionalnim rješenjima koja su stalna inspiracija komunitarnom zakonodavcu.*

**Ključne riječi:** *pravo prodaje, nedostatak saobraznosti, odgovornost za materijalne nedostatke, zajedničko evropsko pravo prodaje*

## **I. Uvod**

Prijedlog Uredbe Evropskog parlamenta i Vijeća o Zajedničkom evropskom pravu prodaje<sup>2</sup> (dalje i: Prijedlog Uredbe, Prijedlog) predstavlja konkretan pokušaj ujedinjenja evropskih zakonodavstava u oblasti ugovora o prodaji, kao i pokušaj rješavanja problema nedovoljno intenzivne prekogranične trgovine u okviru B2C ugovora (potrošačkih ugovora) i B2B ugovora (kod nas poznatih i kao ugovori u privredi). Koliko se zapravo malo prekogranično trguje ilustrira i činjenica da je u trenutku definiranja Prijedloga tek jedan od deset poduzetnika u EU izvezio u druge države članice<sup>3</sup>, a među razlozima koji su ometali intenzivniji izvoz, od kojih se spominju poreski propisi, problemi s isporukom, jezičke barijere i kulturološke razlike, izvoznici kao posebnu prepreku vide poteškoće u upoznavanju sa specifičnostima ugovornog prava pojedinih država članica.

Prijedlogom se nastoji doprinijeti funkcionalnosti unutarnjeg tržišta, u smislu podsticanja prekograničnog prometa robama i uslugama u okviru B2B i B2C ugovora, a kroz usvajanje zajedničkog evropskog prava prodaje kao jedinstvenog skupa pravila u oblasti ovog najvažnijeg ugovora obligacionog prava.<sup>4,5</sup>

Prijedlog ima neuobičajenu dvodijelnu strukturu<sup>6</sup> koja obuhvata Uredbu za zajedničko evropsko pravo prodaje i Aneks I. Iako će o strukturi biti više riječi u predstojećem izlaganju, na ovom će mjestu biti napravljen samo

---

<sup>2</sup> COM (2011) 635 final.

<sup>3</sup> Eurobarometer 320, 2011, str. 15 i Eurobarometer 321, 2011, str. 19.

<sup>4</sup> Vidjeti čl. 1 Uredbe.

<sup>5</sup> Čini se kako Prijedlog, za razliku od preko trideset godina duge tradicije opravdavanja harmonizacije ugovornog prava, pozivanjem na potrebu zaštite potrošača, računa vodi i o interesima poduzetnika, u smislu da efektivna prekogranična trgovina ne podrazumijeva samo postojanje potrošača spremnog da kupuje u inostranstvu, već je podjednako uslovljena i spremnošću poduzetnika da proizvode kojima trguju ponude na inozemnom tržištu (Wendehorst, 2012b).

<sup>6</sup> Uz Aneks II trodijelnu strukturu.

kratak osvrt na nju, a u cilju pojašnjenja daljeg označavanja pojedinih dijelova Prijedloga i samim time jednostavnijeg snalaženja čitaoca u tekstu koji slijedi. Aneks I sadrži materijalnopravne propise iz oblasti ugovora o prodaji, dok sama uredba regulira problematiku važenja ovih propisa, problematiku optiranja, listu definicija i pitanja koja se tiču odnosa same uredbe i Aneksa I. U tom će smislu termin uredba u predstojećem izlaganju označavati isključivo dio Prijedloga koji regulira upravo navedena pitanja (važenje, opcioniranje, definicije i relacije između Uredbe i Aneksa I), dok će se materijalnopravni dio Prijedloga označavati terminom Aneks I. Cjelina u smislu cjeline koja obuhvata i Uredbu i Aneks I bit će označena kategorijom Prijedlog ili Prijedlog Uredbe. Kategorije zajedničko evropsko pravo prodaje ili samo evropsko pravo prodaje upotrebljavat će se u predstojećem tekstu kao sinonimi, a radi označavanja šire odnosno opće ideje uniformnog evropskog prava prodaje.

Kao pravni osnov Prijedloga navode se odredbe čl. 114 Ugovora o funkcioniranju Evropske unije (dalje i: Ugovor, UFEU). Da li odredbe navedenog člana predstavljaju prikladan osnov za unifikaciju u granicama EU veoma je upitno. Oko pitanja da li EU smije dopunjavati nacionalna rješenja u okviru prava prodaje putem opcionalnog korpusa propisa na temelju čl. 114 koplja su se lomila i tokom izrade teksta Prijedloga, a ova je problematika aktualnom ostala i nakon prezentiranja samog prijedloga. Kao osobito problematičnu vidi se činjenicu da Prijedlog značajno snižava nivo zaštite potrošača kojeg poznaju pojedine države članice, te se i u tom kontekstu postavlja pitanje mogućnosti njegovog oslanjanja na odredbe čl. 114 (Meyer, 2013). Činjenica je da je u međuvremenu niz zakonodavnih tijela u Evropi (među njima njemački Bundestag, austrijski Bundesrat, te britanski House of Commons) uložio prigovore zbog kršenja principa supsidijarnosti u smislu nedostajućeg pravnog osnova za usvajanje Prijedloga Uredbe (Stabentheiner, 2012; Meyer, 2013). Prijedlog njegovi tvorci i uprkos rečenom smatraju usklađenim s načelom supsidijarnosti i načelom proporcionalnosti iz odredaba čl. 5 Ugovora o Evropskoj uniji (Misita, 2008). Srazmjernost predloženog instrumenta u njegovoj se usporedbi s drugim opcijama tako opravdava činjenicom da je riječ o instrumentu fakultativnog, dobrovoljnog karaktera, u smislu da je njegova primjena moguća samo ondje gdje ona bude dogovorena. Fakultativni karakter Prijedloga, kojeg se primjenjuje samo na slučajeve prekogranične trgovine, omogućava mu da doprinese prevazilaženju prepreka prekograničnoj trgovini bez dolaženja u sukob s nacionalnim rješenjima.

Prijedlog kao skup potpuno harmoniziranih propisa u oblasti prava prodaje ugovornim stranama treba biti ponuđen *uz* nacionalna rješenja, nikako *umjesto* njih. Ovakav korpus pravila primjenjiv je i na B2C ugovore i u

zakonodavstvima država članica treba predstavljati drugi, odvojen i poseban sistem ugovornog prava, čiju se primjenu ugovara. Uredba u predloženom tekstu ne smije biti shvaćena kao samostalan i supranacionalan, trenutno 29. režim ugovornog prava, koji bi stao pored 28 različitih nacionalnih rješenja država članica EU, nego tako da svaka država članica raspolaze s dva sistema pravila u okviru ugovora o prodaji, jednim nacionalnim i jednim evropskim.<sup>7</sup> Evropska je komisija, između ostalog, na ovaj način htjela ustanoviti evropsko pravo prodaje kao nacionalno ugovorno pravo za prekogranične ugovore (Schmidt-Kessel, 2012).

Prijedlog kao korpus pravila treba, dakle, ugovornim stranama stajati na raspolaganju dodatno, uz nacionalna rješenja, a ne umjesto njih.<sup>8</sup> Drugim riječima, Prijedlogom se predviđa usvajanje jednog samostalnog jedinstvenog skupa *potpuno harmoniziranih propisa*, koji bi obuhvatio i propise o zaštiti potrošača i u nacionalnim zakonodavstvima država članica postojao kao drugi, zaseban sistem propisa ugovornog prava.<sup>9</sup> Ono što Evropska komisija zapravo namjerava postići jeste ustanovljenje zajedničkog evropskog prava prodaje kao nacionalnog ugovornog prava za prekogranične ugovore (Schmidt-Kessel, 2012). Naspram ovakvog stajališta postoje i ona među kojima prednjači austrijsko stajalište, shodno kojem Prijedlog ne predstavlja drugi sistem propisa u oblasti prava prodaje u okviru nacionalnih zakonodavstava država članica, kako je to Evropska komisija neprestano naglašavala. Naime, Austrijanci su mišljenja kako bi Prijedlog nakon njegovog usvajanja postao i ostao dijelom komunitarnog, a ne dijelom nacionalnih prava država članica, te se u tom smislu ne može govoriti o 28 različitih nacionalnih sistema država članica i drugom opcionalnom sistemu u okviru svakog nacionalnog sistema, nego se radi o tome da bi Prijedlog predstavljao 29. sistem pravila (Stabentheiner, 2012).

Stav kojeg je Komisija zastupala, a shodno kojem zajedničko evropsko pravo prodaje u okviru svakog nacionalnog prava država članica treba

---

<sup>7</sup> Whittaker, 2012; također objašnjenje br. 9 uz Prijedlog.

<sup>8</sup> Prednost Uredbe koju se ovdje shvata kao opcionalni, fakultativni instrument potpune harmonizacije koji treba poslužiti prevazilaženju poteškoća u funkcioniranju unutar-njeg tržišta, jasnom postaje tek po njenoj usporedbi s drugim mogućim opcijama. Opređeljenje za jedan neobavezujući, tzv. *toolbox* instrument, kao i samo za neku vrstu preporuke državama članicama, ne bi moglo ozbiljnije doprinijeti porastu funkcionalnosti unutarnjeg tržišta. Opravdano ne bi bilo ni opređeljenje za smjernicu ili uredbu kojima bi se obligatorno potisnulo nacionalno ugovorno pravo, s obzirom na to da bi se i poduzećima koja ne trguju u smislu prekograničnih transakcija nametnulo troškove koji ne bi mogli biti pokriveni uštedama koje nastupaju isključivo pri zaključenju prekograničnih ugovora.

<sup>9</sup> Whittaker, 2012; također objašnjenje br. 9 uz Prijedlog.



predstavljati *uz nacionalno zakonodavstvo* postojeći drugi sistem propisa u okviru ugovora o prodaji, uopće je žestoko kritiziran. Na pitanje kako se dogovor dvije ugovorne strane o primjeni Prijedloga odnosi prema pravilima međunarodnog privatnog prava koja su primjenjiva na ugovor te dvije strane, Prijedlog odgovor daje u objašnjenju broj 10.

Naime, ugovor o primjeni Prijedloga podrazumijeva izbor u okviru konkretnog nacionalnog prava koje je primjenjivo shodno Uredbi Rim I, odnosno kad je o predugovornim obavezama informiranja riječ, shodno Uredbi Rim II ili shodno bilo kojem drugom kolizionom propisu. Ovakvo je rješenje predmetom kritike s obzirom na činjenicu da su kreatori Prijedloga, isključivo u nastojanju osiguranja njegove utemeljenosti na Ugovoru, ugovorne strane nepotrebno opteretili nužnošću dva različita izbora: izborom mjerodavnog prava u skladu s odredbama čl. 3 Uredbe Rim I, te izborom Prijedloga u okviru izabranog mjerodavnog nacionalnog prava. Činjenica je, naime, da ugovorne strane najčešće nisu upoznate s nužnošću ovog dvostrukog izbora. Tako će u slučajevima u kojima ugovorne strane optiraju isključivo za zajedničko evropsko pravo prodaje, zaboravljajući pritom postići dogovor u pogledu primarnog izbora mjerodavnog prava u skladu s odredbama čl. 3 Uredbe 593/2008, na pitanja koja nisu uređena u okviru Aneksa I biti primijenjeno pravo mjerodavno u skladu s odredbama čl. 4 Uredbe 593/2008. Ista situacija će postojati i ondje gdje ugovorne strane propuste da u skladu s odredbama čl. 3 Uredbe 593/2008 izaberu mjerodavno pravo za pitanja koja nisu uređena u okviru zajedničkog evropskog prava prodaje. Definiranje zajedničkog evropskog prava prodaje kao drugog sistema propisa u okviru nacionalnog prava nije riješilo niti problem koji postoji u kontekstu odredbe čl. 6 st. 2 Uredbe Rim I, s obzirom na to da, imajući u vidu *ratio* iste, neophodno jeste poređenje između prvog nacionalnog režima države potrošačevog prebivališta i zajedničkog evropskog prava prodaje (Wendehorst, 2012b).

## II. Struktura Prijedloga

Prijedlog Uredbe za zajedničko evropsko pravo prodaje sastoji se, kako je već naglašeno, iz dva dijela, iz Uredbe za zajedničko evropsko pravo prodaje i Aneksa I, koji su dijelovi doduše povezani, no i veoma različiti. Materijalnopravno jezgro Prijedloga čini Aneks I – Zajedničko evropsko pravo prodaje (Staudenmayer, 2011), dok sama uredba sadrži: (I) propise koji reguliraju problematiku oblasti stvarnog, ličnog i prostornog važenja Aneksa I, (II) propise o ostvarenju opcije, (III) listu definicija i (IV) odredbe o međusobnom odnosu Uredbe i Aneksa I. Podjela Prijedloga na navedena dva

dijela često se smatra neuobičajenom, ako se ima u vidu to da dio Prijedloga koji sadrži suštinska i inovativna rješenja i kojeg čini 186 članova, predstavlja tek dodatak (aneks) veoma kratkoj Uredbi (Schmidt-Kessel, 2012). Postoje stajališta shodno kojima ovakva struktura opcionalnog instrumenta za cilj zapravo ima skretanje diskusije sa suštinskog Aneksa I na manje bitnu Uredbu.<sup>10</sup> Prijedlog Uredbe sadrži i Aneks II, koji zapravo predstavlja obavijest potrošaču o pravima koja mu pripadaju u slučaju primjene Aneksa I.<sup>11</sup>

Osim toga, ovakva struktura ne čini opcionalni instrument atraktivnim samim potencijalnim ugovornim stranama, jer dodatno komplicira njegovu primjenu: pozivanje na odredbe opcionalnog instrumenta zahtijeva stalno naglašavanje toga da li se radi o odredbi samog Aneksa I ili o odredbi Uredbe (Wendehorst, 2012b).

### **III. Oblast važenja Aneksa I**

#### **1. Oblast teritorijalnog važenja**

Problematici prostornog važenja Aneksa I posvećene su odredbe čl. 4 Uredbe. U skladu s odredbom čl. 4 st. 1 Uredbe, odredbe Aneksa I jesu primjenjive na prekogranične ugovore.

Shodno odredbi čl. 4 st. 2 Uredbe, B2B ugovor se prekograničnim smatra ondje gdje ugovorne strane svoja sjedišta imaju u različitim državama, od kojih je najmanje jedna država članica EU.<sup>12</sup> Trenutak mjerodavan za određenje jednog ugovora kao prekograničnog jeste shodno odredbi čl. 4 st. 6 Uredbe trenutak postizanja saglasnosti o primjeni evropskog prava prodaje.

Problematici teritorijalnog važenja ugovora zaključenog između poduzetnika i potrošača posvećene su odredbe čl. 4 st. 3 Uredbe. Tako se shodno navedenim odredbama ugovor zaključen između poduzetnika i potrošača prekograničnim ugovorom smatra ondje gdje (a) se adresa potrošača, adresa isporuke ili adresa na koju treba uputiti račun nalazi u drugoj državi u odnosu na državu sjedišta poduzetnika i (b) najmanje jedna od ovih država jeste država članica EU.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> U tom smislu više kod: Stabentheiner, 2012.

<sup>11</sup> Osnovna su prava potrošača (*key consumer rights*) u okviru Aneksa II podijeljena na ona koja potrošaču u skladu s odredbama Aneksa I pripadaju prije zaključenja ugovora i ona koja potrošač stiče nakon što zaključi ugovor.

<sup>12</sup> U vezi s identifikiranjem sjedišta ugovornih strana pogledati odredbe čl. 4 st. 4 i 5 Uredbe.

<sup>13</sup> Navedeno je rješenje problematično ne samo iz razloga što je njegova primjena uslovljena time što bilo sjedište poduzetnika bilo adresa potrošača (i alternativno definirane tačke

Primjena Aneksa I ipak nije strogo ograničena na prekogranične ugovore, u smislu da odredba čl. 13 a) Uredbe pruža državama članicama mogućnost protezanja njegove primjene i na čisto domaće ugovore o prodaji. Ovakva mogućnost postoji, međutim, samo ondje gdje se sjedište (koje u slučaju potrošačkog ugovora zamjenjuju tačke vezivanja iz odredbe čl. 4 st. 3 (a) Uredbe) obje ugovorne strane nalazi u istoj državi članici.

## **2. Oblast stvarnog važenja**

Oblast stvarnog važenja ograničena je vrstom ugovora na koji se Aneks I primjenjuje. Shodno odredbama čl. 5 Uredbe oblast stvarnog važenja proteže se na: a) ugovore o prodaji; b) ugovore o stavljanju na raspolaganje digitalnih sadržaja, neovisno o tome da li su raspoloživi na materijalnom nosaču ili ne, koje sadržaje korisnik može spasiti, obraditi ili ponovno upotrijebiti ili pristup kojima on ima neovisno o tome da li su mu na raspolaganje stavljeni uz naknadu ili bez nje i c) ugovore o povezanim uslugama, neovisno o tome da li je za takve usluge ugovorena posebna naknada ili ne.

Ugovor o prodaji definiran je u odredbi čl. 2 (k) Uredbe kao ugovor u okviru kojeg poduzetnik (prodavac) drugoj osobi (kupcu) prenosi ili se obavezuje prenijeti vlasništvo na određenoj robi, dok kupac plaća ili se obavezuje platiti cijenu, uključujući tu i ugovore o isporuci robe koja još nije proizvedena ili izrađena, a ne obuhvatajući ugovore koji podrazumijevaju javnu prodaju robe odnosno ugovore koji bi podrazumijevali djelovanje javne vlasti na neki drugi način. Pod pojmom robe se shodno odredbi čl. 2 (h) podrazumijeva pokretne stvari, dakle, ne struju i zemni gas, te vodu i druge vrste gasa, osim ako bi se prodavali u ograničenoj zapremini odnosno količini.

Aneks I se u skladu s odredbom čl. 5 b) Uredbe treba primjenjivati i na ugovore o stavljanju na raspolaganje digitalnih sadržaja, pri čemu je neophodno naglasiti kako Uredba ne sadrži definiciju ugovora o prodaji digitalnih sadržaja, već se njegov pojam određuje posredno, u okviru odredbe čl. 5 b) i uz posezanje za odredbom čl. 2 j), koja definira kategoriju

---

vezivanja) mora biti smješteno u državi članici EU, već i iz razloga zamjene prebivališta potrošača s tri gorenavedene različite alternativne tačke vezivanja, od kojih se jedna mora nalaziti u državi koja nije država sjedišta poduzetnika. Predstavljeno je rješenje nejasno u smislu da po osnovu njega nije moguće odgovoriti na pitanje mora li adresa potrošača biti saopćena poduzetniku ili je za prekogranični karakter ugovora dovoljno to da potrošač ima adresu u državi koja nije država sjedišta poduzetnika. Osim toga, definiranje alternativnih tačaka vezivanja otvara potrošaču mogućnost da domaći ugovor pretvori u prekogranični na način da primjerice kupljena roba bude isporučena na adresu samo za ovu svrhu otvorenog poštanskog faha (Schmidt-Kessel, 2012).

digitalnog sadržaja. Na ovaj se način stvara određenu nesigurnost u pogledu odgovora na pitanje koje je propise neophodno primijeniti na ugovore iz odredbe čl. 5 b), osobito kad je riječ o potrošačkim ugovorima.<sup>14</sup> Osim toga, Uredba očigledno ide za tim da oblast primjene evropskog prava prodaje protegne izvan okvira klasičnog prava prodaje, u smislu da Komisija predlaže etabliranje pravila o ugovoru o poklonu kad je riječ o digitalnim sadržajima, o čemu se posebno govori u objašnjenju broj 18 uz Prijedlog, kao i u odredbama čl. 100 g), čl. 107, čl. 123 st. 2, čl. 130 st. VI i čl. 173 st. 6 Aneksa I (Schmidt-Kessel, 2012).

Shodno odredbi čl. 5 c), Aneks I se primjenjuje i na ugovore o povezanim uslugama i to neovisno o tome da li je za njih ugovorena posebna cijena. Navedeno se rješenje problematičnim smatra s obzirom na nejasnoće u vezi s tumačenjem kategorije povezanosti. Povezanost je tako u objašnjenju br. 19 uz Prijedlog definirana veoma usko – “usluge..., koje su neposredno i usko vezane s konkretnom robom odnosno digitalnim sadržajima” (...*also include certain services provided by the seller, that are directly and closely related to specific goods or digital content...*), za razliku od široke definicije ove kategorije koja je sadržana u odredbi čl. 2 m), koja povezanu uslugu definira kao *svaku uslugu (any service)* koja se odnosi na robu ili digitalni sadržaj, kakve bi usluge bile montaža, instaliranje, održavanje, popravak i sl., obezbijedene od prodavca robe odnosno isporučioaca digitalnog sadržaja u okviru ugovora o prodaji, ugovora o isporuci digitalnog sadržaja ili odvojenog povezanog ugovora o pružanju usluga, koji su ugovori zaključeni istovremeno s ugovorom o prodaji robe odnosno ugovorom o isporuci digitalnog sadržaja.

Problem u vezi s rješenjem iz odredbe čl. 5 c) predstavlja i iznimka o kojoj je riječ u odredbi čl. 6 st. 1 Uredbe. Shodno odredbi čl. 6 st. 1 Uredbe, Aneks I se ne smije primjenjivati na mješovite ugovore, koji pored prodaje robe, stavljanja na raspolaganje digitalnih sadržaja i pružanja povezanih usluga sadrže i neke druge elemente. Oblast važenja ove iznimke može se smatrati problematičnom u smislu da nije jasno obuhvata li iznimka *svaki drugi element*,<sup>15</sup> u smislu svakog elementa koji se ne smatra elementom odnosno dogovorom karakterističnim za ugovor o prodaji ili je riječ samo o elementima koji mijenjaju karakter samog ugovora. U tom se smislu ovdje prihvatljivijim smatra određeno uže tumačenje, koje bi onemogućilo

---

<sup>14</sup> U tom smislu pogledati odredbe čl. 93 st. 1 a), čl. 94 st. 1 a), čl. 99 st. 3 i 4, čl. 101, čl. 105 st. 2, čl. 111, čl. 114 i čl. 142 Aneksa I.

<sup>15</sup> U tom se smislu osobito u obzir uzima varijantu Prijedloga na engleskom jeziku, koja govori o bilo kojim drugim elementima (*any other elements*).

isključenje primjene Aneksa I u slučaju postojanja bilo kojeg sporednog dogovora/elementa (Schmidt-Kessel, 2012).

### **3. Oblast personalnog važenja**

Oblast personalnog važenja Aneksa I definirana je odredbama čl. 7 Uredbe. Tako je primjena materijalnopравnih propisa iz oblasti ugovora o prodaji ograničena na ugovore koje zaključuju poduzetnik i potrošač, te na ugovore koje zaključuju dva poduzetnika, od kojih najmanje jedan mora biti malo odnosno srednje poduzeće u smislu u kojem se malo odnosno srednje poduzeće definira u odredbama čl. 7 st. 2 Uredbe. Pritom je interesantno naglasiti kako se u konstelaciji ugovora kojeg zaključuju dva poduzetnika za moguću ugovorenu primjenu Aneksa I ne zahtijeva da srednje odnosno malo poduzeće nastupa u ulozi kupca (Stabentheiner, 2012).

### **4. Opt-in sporazum**

O zajedničkom evropskom pravu prodaje često se govori kao o opcionalnom instrumentu, u smislu da njegova primjena jeste moguća samo ondje gdje strane u jednom ugovornom odnosu zajedničko evropsko pravo prodaje definiraju kao pravo koje će se primjenjivati na ugovor kojeg zaključuju. Prijedlog u tom smislu podrazumijeva tzv. *opting-in* model, za razliku od *opting-out* modela kojeg poznaje Konvencija UN o međunarodnoj prodaji robe, a koji podrazumijeva to da će se Konvencija na određeni ugovorni odnos primjenjivati pod uslovom da ugovorne strane njenu primjenu ne isključe.

Opće pretpostavke koje se tiču *opt-in* sporazuma sadržane su u odredbama čl. 8 i 9 Uredbe. Shodno odredbi čl. 8 st. 1 Uredbe, primjena Aneksa I mora biti ugovorena, pri čemu se postojanje sporazuma o primjeni i njegovu valjanost utvrđuje u skladu s odredbama čl. 8 st. 2 i čl. 9 Uredbe, te preostalih mjero-davnih odredaba iz okvira Aneksa I.<sup>16</sup> Imajući u vidu specijalno rješenje koje se odnosi na potrošačke ugovore, sadržano u odredbi čl. 8 st. 2 rečenica 1 Uredbe, moguće je zaključiti kako sporazum o primjeni Aneksa I ne mora biti sadržan u osnovnom ugovoru, već može biti postignut i odvojeno od njega. *E contrario* pravilu iz odredbe čl. 8 st. 3, u B2B ugovorima jeste moguće i optiranje za samo djelimičnu primjenu Aneksa I.

Posebna pravila Uredba sadrži kad je riječ o potrošačkim ugovorima. Tako se, u skladu s odredbom čl. 8 st. 2 rečenica 1 Uredbe, sporazum o primjeni

---

<sup>16</sup> Odredbe o zaključenju ugovora, tumačenju, manama volje, nepoštenim ugovornim odredbama.

Aneksa I u odnosu između potrošača i poduzetnika punovažnim smatra samo onda kad je potrošač na primjenu pristao izričito i *odvojeno* od njegove izjave o zaključenju osnovnog ugovora.<sup>17,18</sup>

Dodatno se za punovažnost sporazuma o primjeni rješenja Aneksa I u potrošačkim ugovorima zahtijeva predaja potrošaču potvrde o postignutom sporazumu na odgovarajućem trajnom nosaču podataka.

Osim toga, u odnosu između potrošača i poduzetnika poduzetnik ima i obavezu da potrošaču ukaže na namjeravanu primjenu Aneksa I na način da mu preda informacioni list sa sadržajem iz Aneksa II Prijedloga Uredbe, koji list potrošaču omogućava da se upozna s pravima koja mu pripadaju po osnovu Aneksa I. Predaja informacionog lista mora načelno uslijediti prije postizanja sporazuma o primjeni Aneksa I.<sup>19</sup> Ukoliko to nije moguće ili poduzetnik ovu svoju obavezu ne izvrši iz nekih drugih razloga, predaja informacionog lista mora uslijediti istovremeno s postizanjem sporazuma o primjeni Aneksa I.

U skladu s odredbom čl. 8 st. 3, primjena Aneksa I u odnosima između poduzetnika i potrošača jeste moguća samo u cijelosti.

Države članice imaju obavezu da u skladu s odredbom čl. 10 Uredbe kršenja odredaba čl. 8 i 9 Uredbe sankcioniraju na odgovarajući način.

## **IV. Pretpostavke odgovornosti prodavca za saobraznost robe**

### **1. Pojam saobraznosti**

O saobraznosti robe i digitalnih sadržaja Aneks govori u odredbama čl. 99–105.

---

<sup>17</sup> Strogo pravilo o odvojenosti izjave o primjeni Aneksa I od izjave o zaključenju ugovora vodilo je nizu pitanja od kojih je možda najznačajnije ono da li izjava o zaključenju ugovora i sporazum iz odredbe čl. 8 st. 1 Uredbe uopće mogu biti sadržani u istoj ispravi, odnosno biti "aktivirani" istim klikom. Klik na tzv. plavo dugme (*blue button*), okruženo s 12 zlatnih zvjezdica. Klik na ovo dugme značio bi saglasnost s primjenom Aneksa I na konkretan ugovorni odnos. Preovladavajuće je shvatanje ono shodno kojem se dovoljnim smatra zasebno potpisana izjava o primjeni Aneksa I sadržana u osnovnom ugovoru.

<sup>18</sup> Odvojeno davanje izjave o primjeni materijalnopравnih propisa povlači za sobom i zasebno dejstvo sporazuma iz odredbe čl. 8 st. 1 Uredbe: ova izjava ne biva automatski lišena svojih dejstava pobijanjem osnovnog ugovora, kao što ni neuspjeh pregovarača u postizanju sporazuma u pogledu zaključenja osnovnog ugovora ne vodi automatski tome da izjava o primjeni Aneksa I bude lišena svojih dejstava.

<sup>19</sup> Shodno tome moguće je zaključiti kako predaja informacionog lista ne mora nužno prethoditi zaključenju osnovnog ugovora.

Shodno odredbi čl. 99 st. 1, roba odnosno digitalni sadržaji jesu saobrazni s ugovorom ondje gdje postoji saobraznost robe odnosno digitalnih sadržaja s ugovorom u pogledu (a) količine, kvaliteta i vrste robe; (b) pakiranja i (c) pripadaka, uputstava za montažu, te preostalih uputstava.<sup>20</sup> Pojam saobraznosti proteže se, kako se vidi, i na isporuku ugovorene vrste i količine stvari, te bi shodno tome nesaobraznost postojala i u slučaju isporuke količine koja je veća odnosno manja od ugovorene, kao i u slučaju isporuke druge umjesto dugovane stvari – *aliud* (Remien, 2012). U skladu s odredbom čl. 99 st. 2, roba odnosno digitalni sadržaji, pored navedenog, moraju udovoljiti i kriterijima iz čl. 100, 101 i 102, osim ondje gdje su ugovorne strane dogovorile nešto drugo.

Aneks I u odredbi čl. 99 st. 3 sadrži i pravilo koje se primjenjuje isključivo u potrošačkim ugovorima o prodaji, a shodno kojem pravilu sporazum kojim se na štetu potrošača odstupa od odredaba čl. 100, 102 i 103 punovažan jeste samo ondje gdje je potrošač u trenutku zaključenja ugovora bio upoznat s posebnim stanjem robe odnosno digitalnih sadržaja, te je iste u takvom stanju prihvatio kao saobrazne ugovoru. Primjenu navedenog pravila nije shodno odredbi čl. 99 st. 4 moguće isključiti, kao što nije moguće niti odstupanje od istog odnosno izmjena njegovih dejstava.

Kategorija saobraznosti definirana u odredbama čl. 99 dopunjava se kriterijima o kojima govore odredbe čl. 100, 101 i 102, pri čemu se na odredbe čl. 102 nećemo posebno obazirati, s obzirom na to da one govore o pravima trećih koja postoje na robi odnosno digitalnim sadržajima.

Odredbe čl. 100 sadrže kriterije saobraznosti robe odnosno digitalnih sadržaja. Tako u skladu s odredbom čl. 100 roba odnosno digitalni sadržaji (a) moraju biti prikladni za upotrebu u posebnu svrhu koja je prodavcu bila poznata u trenutku zaključenja ugovora, osim ondje gdje iz okolnosti proizlazi da se kupac nije mogao pouzdati odnosno od njega se nije moglo razumno očekivati da se pouzda u stručnost prodavca odnosno u prodavčevu mogućnost prosudbe; (b) moraju biti prikladni za svrhu u koju se robu odnosno digitalne sadržaje iste vrste uobičajeno upotrebljava; (c) moraju posjedovati karakteristike robe odnosno digitalnih sadržaja koje je prodavac kupcu pokazao kao uzorak odnosno model; (d) moraju biti pakirani na način uobičajen za robu te vrste ili, ako takav način ne postoji, moraju biti pakirani tako da ih se zaštiti od oštećenja; (e) moraju biti isporučeni s pripacima, uputstvima za montažu i preostalim uputstvima koje kupac može očekivati; (f) moraju posjedovati takve karakteristike istaknute u predugovornim izjavama,

---

<sup>20</sup> Aneks I polazi od subjektivnog određenja pojma saobraznosti, s obzirom na to da primarnu ulogu pri utvrđivanju saobraznosti igra dogovor ugovornih strana.

koje su u skladu s odredbama čl. 69 Aneksa I postale ugovorne odredbe (dio ugovora) i (g) moraju posjedovati svojstva koja kupac može očekivati. Pri davanju odgovora na pitanje šta kupac može očekivati od digitalnih sadržaja, u obzir je potrebno uzeti i to da li su digitalni sadržaji kupcu ustupljeni s naknadom ili bez nje. Pored određenih ponavljanja iz odredaba čl. 99, među kriterijima koje se navodi u odredbama čl. 100 moguće je naravno prepoznati i one o kojima kao kriterijima saobraznosti govore Bečka konvencija, Smjernica 1999/44/EZ i Nacrt Zajedničkog referentnog okvira.<sup>21</sup>

O saobraznoj montaži odnosno instaliranju kao kriteriju saobraznosti govore odredbe čl. 101. Pritom u vidu treba imati to da ovdje, za razliku od odredaba čl. 99 st. 1 c) i čl. 100 e), nije riječ o nedostatku uputstva za montiranje ili nekog drugog sličnog uputstva, već da se radi o IKEA-klauzuli iz odredbe čl. 3 st. 5 Smjernice 1999/44/EZ. Iako je tekst odredaba čl. 100 u odnosu na rješenja Smjernice u određenoj mjeri izmijenjen, njegova sadržina odgovara: a) montaži od strane prodavca ili pod njegovim nadzorom, o čemu govori odredba čl. 2 st. 5 rečenica 1 Smjernice i b) nestručnoj montaži od strane potrošača, uzrokovanoj nedostatkom u uputstvu za montiranje, a u skladu s odredbom čl. 2 st. 5 rečenica 2 Smjernice. Aneks I dodatno govori o instaliranju koje se tiče digitalnih sadržaja.

Odredbe čl. 101 primjenjuje se isključivo na ugovore o potrošačkoj prodaji.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Tako se u odredbi čl. 100 (a) govori o prikladnosti robe odnosno digitalnih sadržaja za upotrebu u određenu posebnu svrhu, u kom se smislu može govoriti o sličnosti odnosno istovjetnosti ove odredbe s odredbama čl. 2 st. 2 b) Smjernice, čl. 35 st. 2 b) Bečke konvencije i čl. IV.A. – 2:302 (a) DCFR. Pritom u vidu treba imati činjenicu da, za razliku od rješenja Smjernice, a slično rješenjima Konvencije i DCFR, odredba čl. 100 (a) Aneksa I uvodi iznimku za slučaj u kojem se kupac nije pouzdao odnosno od njega se nije razumno moglo očekivati da se pouzda u stručnost i prosudbu prodavca. Odredba čl. 100 (b) sadržajno odgovara rješenjima sadržanim u odredbama čl. 2 st. 2 c) Smjernice, čl. 35 st. 2 a) CISG i čl. IV.A. – 2:302 (b) DCFR. Odredba čl. 100 (c), koja govori od saobraznosti robe odnosno digitalnih sadržaja s uzorkom odnosno modelom odgovara odredbama čl. 2 st. 2 a) druga rečenica Smjernice, čl. 35 st. 2 c) CISG i čl. IV.A. – 2:302 (c) DCFR. Odredba se čl. 100 (d), slično kao i odredba čl. 99 st. 1 (b), tiče sadržanosti predmeta ugovora u spremniku (*contained*) ili pakiranja robe i nije kao takva bila sadržana u odredbama čl. 2 st. 2 Smjernice, no snažno podsjeća na odredbe čl. 35 st. 2 d) CISG i čl. IV.A. – 2:302 (d) DCFR. Kao i odredba čl. 99 st. 1 (c), i odredba se čl. 100 (e) tiče pripadaka, uputstva za montiranje i drugih uputstava. Shodno odredbama čl. 100 (f), roba odnosno digitalni sadržaji moraju imati svojstva koja su u skladu s odredbama čl. 69 istaknuta u predugovornim izjavama, te se u tom smislu prepoznaje sadržajnu sličnost s odredbama čl. 2 st. 2 d) i st. 4, kao i st. 2 a) prva rečenica Smjernice. Odredba čl. 100 (g) govori, jednako kao i odredbe čl. IV.A. – 2:302 (f) DCFR, o očekivanjima kupca i dijelom podsjeća na odredbe čl. 2 st. 2 d) Smjernice.

<sup>22</sup> Kritički povodom odustanka od ideje uopćavanja ovog rješenja, odnosno njegovog protezanja na ugovor o prodaji uopće više kod: Remien, 2012.



U odredbi je čl. 103 sadržano pravilo koje se tiče saobraznosti digitalnih sadržaja, shodno kojem se digitalne sadržaje ne smatra nesaobraznim samo iz razloga što su nakon zaključenja ugovora dostupni postali aktualniji digitalni sadržaji.

## **2. Znanje kupca za postojanje nesaobraznosti**

Aneks I primjenu pravila shodno kojem prodavac ne odgovara za onu nesaobraznost za čije je postojanje kupac prilikom zaključenja ugovora znao odnosno morao znati ograničava isključivo na B2B ugovore.

Ovo je pravilo neophodno tumačiti restriktivno, u smislu da ono neće biti primjenjivo ondje gdje je predmet ugovora u trenutku njegovog zaključenja određen samo u smislu definiranja vrste, bez detaljnijeg specificiranja i individualiziranja u trenutku zaključenja ugovora, s obzirom na to da u ovakvim slučajevima kupac jednostavno ne može znati za nedostatak saobraznosti (Zoll, 2012).

## **3. Vrijeme mjerodavno za utvrđivanje saobraznosti**

U pogledu definiranja trenutka koji je mjerodavan za ocjenu postojanja saobraznosti, odredba čl. 105 st. 1 sadrži pravilo shodno kojem nedostatak saobraznosti mora postojati u trenutku prijelaza rizika,<sup>23</sup> te upućuje na odredbe Poglavlja 14 Aneksa I, koje detaljnije govore o prijelazu rizika.

U skladu s odredbom čl. 141 Aneksa I, rizik na kupca ne prelazi dok roba odnosno digitalni sadržaji nisu identificirani kao roba odnosno digitalni sadržaji koji su predmet ugovora, na temelju ugovora o prodaji odnosno ugovora o stavljanju na raspolaganje digitalnog sadržaja, obavještenjem upućenom kupcu ili na neki drugi način. Odredba čl. 141 ima dvojaku funkciju: ona uspostavlja pravilo shodno kojem rizik na kupca ne može prijeći prije identifikacije robe, te istovremeno prodavca obavezuje da poduzme identifikaciju (Zoll & Watson, 2012).

Temeljno pravilo o prijelazu rizika sadrži odredba čl. 143 st. 1. Shodno ovoj odredbi, rizik u okviru B2B ugovora s prodavca na kupca prelazi onda kad kupac primi isporuku robe odnosno digitalnih sadržaja ili kada primi dokumente koji predstavljaju robu.

Osim ovog fundamentalnog pravila, Aneks I sadrži niz propisa koji reguliraju specifične situacije. Tako odredbe čl. 144 reguliraju situacije u kojima se

---

<sup>23</sup> Smatra se da je dovoljno da je u trenutku prijelaza rizika postojao tek uzrok za nedostatak saobraznosti koji se manifestirao kasnije.

robu odnosno digitalne sadržaje kupcu stavlja na raspolaganje (*goods placed at buyer's disposal*), odredbe čl. 145 prijelaz rizika u slučajevima u kojima ugovor o prodaji obuhvata i transport robe, a odredbe čl. 146 problematiku prijelaza rizika u slučaju prodaje robe tokom njenog transporta.

Posebna pravila o prijelazu rizika u potrošačkim ugovorima sadržana su u odredbama čl. 142. Tako u skladu s odredbom čl. 142 st. 1 u potrošačkim ugovorima rizik s poduzetnika na potrošača prelazi u trenutku u kojem potrošač ili treća strana (koja nije prijevoznik), ovlaštena od strane potrošača, stekne fizički posjed robe odnosno prijenosnog nosača podataka s odgovarajućim digitalnim sadržajem. U slučaju trgovanja digitalnim sadržajima koji nisu sadržani na prijenosnom nosaču podataka, rizik s poduzetnika na potrošača u skladu s odredbom čl. 142 st. 2 prelazi u trenutku u kojem potrošač odnosno osoba ovlaštena od strane potrošača preuzme kontrolu nad digitalnim sadržajem.<sup>24</sup> Navedena se pravila shodno st. 3 čl. 142 ne primjenjuje ondje gdje potrošač odnosno od njega ovlašteni treći propuste da izvrše svoju obavezu preuzimanja robe odnosno digitalnog sadržaja, a takvo propuštanje nije opravdano u skladu s odredbama čl. 88. U ovakvim se slučajevima smatra da je rizik na potrošača prešao u trenutku u kojem bi potrošač odnosno od njega ovlašteni treći stekao posjed robe odnosno kontrolu nad digitalnim sadržajem da je obaveza preuzimanja izvršena u skladu s ugovorom.

Rješenje koje čl. 142 sadrži u st. 4 tiče se situacija u kojima potrošač dogovori transport robe odnosno digitalnog sadržaja sadržanog na prijenosnom nosaču podataka, a da opcija prijevoza nije bila ponuđena od strane poduzetnika. U takvim slučajevima rizik na potrošača prelazi s predajom predmeta ugovora prvom prijevozniku, neovisno o pravima potrošača prema istom.

Shodno odredbi čl. 105 st. 3, u slučaju nesaobraznosti koja se ogleda u neodgovarajućoj montaži ili instaliranju u okviru potrošačkih ugovora, svako pozivanje na prijelaz rizika na kupca u okviru odredbe čl. 101 st. 1 a) ili b) ima se smatrati kao pozivanje na trenutak u kojem su okončani montaža odnosno instaliranje, dok se u slučaju iz odredbe čl. 101 st. 2 trenutkom prijelaza rizika smatra trenutak u kojem je potrošač montažu odnosno instaliranje okončao unutar primjerenog roka.

U odredbi je čl. 105 st. 2 sadržano pravilo u skladu s kojim se u okviru potrošačkih ugovora pretpostavlja da je nesaobraznost koja se pojavi unutar šest

---

<sup>24</sup> Riječ je primjerice o slučajevima u kojima se digitalni sadržaj *downloaduje* s interneta. U načelu se u takvim situacijama smatra kako je potrošač kontrolu nad digitalnim sadržajem stekao u trenutku u kojem je digitalni sadržaj snimljen u cijelosti.

mjeseci od prijelaza rizika na kupca postojala već u trenutku prijelaza rizika, izuzev ondje gdje takvu pretpostavku nije moguće povezati s vrstom robe odnosno digitalnog sadržaja ili prirodom same nesaobraznosti. Ugovornim stranama shodno odredbi čl. 105 st. 5 nije dopušteno da u okviru ugovora o potrošačkoj prodaji isključe primjenu odredbe čl. 105 st. 2 ili od iste odstupe odnosno da izmijene njena dejstva.

#### **4. Pregled i reklamacija**

Od kupca se u okviru B2B ugovora očekuje da robu pregleda unutar toliko kratkog roka koliko to okolnosti dopuštaju,<sup>25</sup> pri čemu takav rok ne smije biti duži od 14 dana, počevši od trenutka isporuke robe, stavljanja na raspolaganje digitalnih sadržaja ili izvršenja povezanih usluga.

Rok od 14 dana ne može biti prekoračen čak ni ondje gdje bi pregled poduzet nakon isteka ovog roka mogao biti okarakteriziran kao razuman (Zoll, 2012).

Bitno je naglasiti kako se pravila koja Aneks I sadrži u vezi s pregledom i reklamacijom ne primjenjuje u okviru B2C ugovora.<sup>26</sup>

Početak roka za pregled vezuje se za trenutak isporuke robe, trenutak stavljanja na raspolaganje digitalnih sadržaja ili za trenutak u kojem je okončano pružanje povezanih usluga. U pogledu trajanja roka za pregled uočen je problem koji se vezuje za razlike koje u pogledu trajanja roka postoje između verzije teksta Aneksa I na engleskom, francuskom i njemačkom jeziku. Tako primjerice engleska i francuska verzija govore o tome da se od kupca očekuje pregled robe u roku koji je toliko kratak da ga se smatra razumnim (*“as is reasonable”*, *“qui’il est raisonnable”*), dok njemačka verzija govori o roku toliko kratkom koliko to dopuštaju okolnosti. Navedene verzije protivrječe jedna drugoj u smislu da shodno odredbi čl. 5 st. 1 Aneksa I uzimanje u obzir okolnosti konkretnog slučaja predstavlja samo jedan od kriterija pri davanju odgovora na pitanje šta se smatra razumnim. Pritom je potrebno ukazati na činjenicu da njemačka verzija teksta Aneksa I u ovom dijelu odgovara odredbi čl. 38 st. 1 Bečke konvencije, te da je prilikom rada na tekstu Bečke konvencije prijedlog shodno kojem se dužinu roka trebalo definirati u smislu *“razumnog roka”* odbijen iz razloga što ga se smatralo isuviše nepreciznim (Wiese, 2012).

---

<sup>25</sup> Čl. 121 st. 1 Aneksa I.

<sup>26</sup> Aneks I na nekoliko mjesta sadrži pravila shodno kojima se *“obavezu”* pregleda i obavezu reklamacije ograničava na B2B ugovore. Takva su pravila primjerice sadržana u odredbi čl. 106 st. 3 (b), kao i u odredbama čl. 121 st. i čl. 122 st. 1.

Pregled se u okviru ugovora koji podrazumijevaju prijevoz robe odgađa do trenutka prispjeća robe na mjesto njenog odredišta.<sup>27</sup> Pritom nejasno ostaje u kojem odnosu odredba čl. 121 st. 2 stoji prema očekivanju pregleda digitalnih sadržaja odnosno povezanih usluga u smislu odredbe čl. 121 st. 1 (Wiese, 2012). Odredba čl. 121 st. 3 regulira slučaj u kojem roba u toku njenog transporta biva pretovarena odnosno preusmjerena.

Aneks I ne sadrži pravila koja bi govorila o obimu odnosno načinu pregleda, što se smatra problematičnim u smislu da uzimanje u obzir različitih lokalnih običaja vodi veoma različitim rješenjima.

Kupac je u skladu s odredbom čl. 122 st. 1 prodavca dužan informirati o tome u kojoj mjeri ispunjenje nije saobrazno s ugovorom; obaveza kupca se ograničava na opis nedostataka i nikako ne podrazumijeva obavezu prezentiranja uzroka nesaobraznosti, kao ni pravnu kvalifikaciju nedostatka.<sup>28</sup>

Početak roka za reklamaciju je shodno odredbi čl. 122 st. 1 druga rečenica vezan za trenutak u kojem je roba isporučena odnosno za trenutak u kojem je kupac utvrdio odnosno morao utvrditi postojanje nesaobraznosti, već u zavisnosti od toga koji od dva navedena događaja nastupa kasnije.<sup>29</sup> Osim toga, odredbu čl. 122 st. 1 druga rečenica primjenjuje se i u slučajevima u kojima roba ima nedostatke saobraznosti koji stoje u vezi sa stavljanjem na raspolaganje digitalnih sadržaja odnosno u vezi s pružanjem određenih povezanih usluga, s obzirom na to da je zamislivo da takvi digitalni sadržaji budu isporučeni odnosno povezane usluge pružene i prije trenutka isporuke samog predmeta ugovora (Wiese, 2012).

---

<sup>27</sup> Aneks I, čl. 121 st. 2.

<sup>28</sup> Ovakvo je tumačenje kupčevih obaveza shodno odredbi čl. 122 st. 1 u skladu s verzijom teksta Aneksa I na engleskom odnosno francuskom jeziku, s obzirom na to da one govore o *“the nature of the lack of conformity”* odnosno o *“la nature du défaut de conformité”*.

<sup>29</sup> Pritom je neophodno naglasiti kako citirana odredba ne smije biti shvaćena tako kao da se kupcu dopušta da, u slučaju u kojem je nedostatak saobraznosti mogao otkriti u jednom trenutku, ipak čeka dok nedostatak zaista i ne otkrije, pa da tek od tog trenutka započne teći rok za reklamaciju. Ovakvo je rješenje zapravo zamišljeno kao rješenje koje bi se primjenjivalo u situacijama u kojima je kupac nedostatak saobraznosti otkrio odnosno morao otkriti prije isporuke; u takvim situacijama rok za reklamaciju ne može započeti teći prije nego što je predmet ugovora ispučen kupcu. *Tako je primjerice moguće da kupcu bude isporučena roba koja je takva da cijela vrsta ima određeni nedostatak, te da kupac to shvati već na temelju prvog dijela isporuke. U takvim je situacijama nedopustivo vezivati početak toka roka za reklamaciju za trenutak u kojem je kupac (u okviru prve isporuke) shvatio da je cijela vrsta nesaobrazna s ugovorom, s obzirom na to da bi se na taj način kupca dovelo u jako nepovoljan položaj u pogledu reklamiranja nedostataka u vezi s preostalim isporukama.*

Kad je o dužini trajanja roka za reklamaciju riječ, u odredbi se čl. 122 st. 1 navodi kako je kupac nedostatak saobraznosti dužan reklamirati unutar razumnog roka. Ovakvo rješenje odgovara rješenju koje sadrži odredba čl. 39 st. 1 Bečke konvencije, koje nije vodilo osobito jedinstvenoj sudskoj praksi. Ako se razumnim rokom u smislu odredbe rješenja Konvencije smatra vremenski period u trajanju od mjesec dana, rok takve dužine Wiese u eri elektronskih komunikacija posmatra kao neopravdano dug (Wiese, 2012).

Kupac u skladu s odredbom čl. 122 st. 2 gubi pravo da se pozove na nesaobraznost ondje gdje propusti da prodavca o uočenim nesaobraznostima obavijesti u roku od dvije godine nakon što mu je roba faktički predata. U slučajevima u kojima su ugovorne strane dogovorile da roba tokom određenog perioda vremena mora biti podobna za upotrebu u jednu određenu svrhu odnosno da tokom tog određenog vremenskog perioda mora biti podobna za njenu uobičajenu upotrebu, spomenuti dvogodišnji rok ne smije isteći prije protoka ugovorenog vremenskog perioda.<sup>30</sup>

U skladu s odredbom čl. 122 st. 5 kupac nema obavezu reklamacije u slučaju isporuke manje količine od ugovorene, ondje gdje ima osnova vjerovati da će mu preostala količina biti isporučena.<sup>31</sup>

Rizik obavješćavanja prodavca shodno odredbi čl. 10 st. 3 snosi kupac, s obzirom na to da se u navedenoj odredbi uopćeno ističe kako izjava dejstva proizvodi tek od trenutka prispijeća njenom primaocu. Pritom je nejasno zašto se ovakvim rješenjem odstupa od uvriježene prakse zasnovane prije svega na rješenjima Konvencije, shodno kojima rizik obavješćavanja o nesaobraznosti snosi prodavac.<sup>32</sup>

Prodavac se u skladu s odredbom čl. 122 st. 6 nije ovlašten pozivati na pravila o reklamaciji (sadržana u čl. 122) ondje gdje nesaobraznost počiva na činjenicama koje su mu bile odnosno morale biti poznate, a koje nije saopćio kupcu.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Čini se kako shodno odredbi čl. 122 st. 2 pravilo o dvogodišnjem prekluzivnom roku ne može biti primijenjeno u slučaju stavljanja na raspolaganje digitalnih sadržaja koji kupcu nisu predati na materijalnom nosaču podataka. U tom je smislu u potpunosti nejasno zašto se isporučio digitalnih sadržaja dovelo u nepovoljniji položaj u odnosu na prodavca robe, osobito ako se ima u vidu to da niti odredbe čl. 156 (koje detaljnije govore o reklamaciji u pogledu netjelesnih povezanih usluga) ne spominju nikakav prekluzivni rok.

<sup>31</sup> Riječ je o odredbi koja sadržajno odgovara rješenju iz odredbe čl. IV.A. – 4:303 DCFR. I odredbu se čl. 122 st. 5 primjenjuje isključivo na slučajeve isporuke robe u smislu tjelesnih pokretnih stvari.

<sup>32</sup> Čl. 27 CISG; također odredbe čl. III. – 3:106 st. 1 DCFR.

<sup>33</sup> Na ovaj se način odstupa od rješenja koja Bečka konvencija sadrži u odredbama čl. 40 i 43, koja govore o gruboj nepažnji, a priklanja se rješenjima koja u čl. IV.A. – 4:304

Aneks I pravila o reklamiranju nedostatka saobraznosti u ugovorima o povezanim uslugama sadrži u odredbama čl. 156. Tako se u ugovoru o povezanim uslugama, zaključenom između dva poduzetnika, korisnik usluge na nedostatak saobraznosti može pozvati samo ondje gdje je pružaoca usluge obavijestio u razumnom roku, specificirajući prirodu nedostatka saobraznosti. Razuman rok započinje teći u trenutku u kojem je okončano pružanje povezane usluge odnosno u trenutku u kojem korisnik usluge otkrije ili se od njega očekuje da otkrije nedostatak saobraznosti, već u ovisnosti o tome koji od ova dva trenutka nastupa kasnije. Pružalac usluge se ne može pozivati na odredbe čl. 156 ondje gdje nedostatak saobraznosti počiva na činjenicama za koje je on znao odnosno za koje se očekivalo da ih zna i koje nije otkrio korisniku usluga.

Odredbe čl. 156 imaju funkciju sličnu onoj koju imaju odredbe čl. 122 kad je riječ o ugovoru o prodaji i uprkos jezičnim varijacijama odgovaraju rješenjima sadržanim u odredbama čl. 39 i 40 Bečke konvencije.

## V. Prava kupca

Prava koja kupac uopćeno ima u slučaju neispunjenja neke od obaveza prodavca navedena su u odredbi čl. 106. Tako kupac, u skladu s odredbom čl. 106 st. 1, ima pravo (a) da zahtijeva ispunjenje obaveza prodavca, koje ispunjenje obuhvata ispunjenje obaveze, popravku ili zamjenu robe odnosno digitalnih sadržaja<sup>34</sup>; (b) da zadrži ispunjenje svojih obaveza<sup>35</sup>; (c) da raskine ugovor<sup>36</sup> i da zahtijeva povrat isplaćene cijene<sup>37</sup>; (d) da zahtijeva sniženje cijene<sup>38</sup> i (e) da zahtijeva naknadu štete<sup>39</sup>. Pritom, u skladu s odredbom u okviru B2B ugovora, kupac svoja prava, izuzev prava na zadržavanje ispunjenja, može ostvarivati samo a) uz poštovanje prodavčevog prava na naknadno uredno ispunjenje u skladu s odsjekom 2 i b) uz ispunjenje svojih obaveza pregleda robe/digitalnih sadržaja i obavještavanja prodavca o otkrivenim nedostacima saobraznosti u skladu s

---

poznaje DCFR. U tom se smislu pojačano štiti kupca, koji na ovaj način postaje ovlašten od prodavca očekivati barem minimum stručnog znanja u pogledu robe koju prodaje, pa čak i ondje gdje je sam ne proizvodi; jasno je kako se tako, međutim, prodavca dovodi u veoma nepovoljan položaj. Za primjenu je odredbe čl. 122 st. 6 očigledno dovoljno postojanje obične nepažnje na strani prodavca (Wiese, 2012).

<sup>34</sup> Odsjek 3 poglavlje 11 Aneksa I.

<sup>35</sup> Odsjek 4 poglavlje 11.

<sup>36</sup> Odsjek 5 poglavlje 11.

<sup>37</sup> Poglavlje 17.

<sup>38</sup> Odsjek 6 poglavlje 11.

<sup>39</sup> Poglavlje 16.

odsjekom 7. S druge strane, kupac u okviru B2C ugovora svoja prava može ostvarivati neovisno o pravu prodavca na naknadno uredno ispunjenje i bez obaveze pregleda predmeta ugovora odnosno reklamacije nedostataka.

Navedena prava kupac shodno odredbi može ostvarivati i kumulativno, ukoliko je riječ o kompatibilnim pravima.

Kada je riječ o hijerarhiji u ostvarivanju navedenih prava, neophodno je razlikovati B2C i B2B ugovore. U okviru potrošačkih ugovora o prodaji, prodavcu načelno ne pripada pravo na naknadno uredno ispunjenje njegovih obaveza. To je vidljivo iz odredbe čl. 106 st. 3, shodno kojoj kupac svoja prava može ostvarivati neovisno o pravu prodavca na naknadno uredno ispunjenje (Zoll, 2012). U tom se smislu može zaključiti kako je kupac ovlašten da između prava o kojima govore odredbe čl. 106 slobodno izabere ono koje mu najviše odgovara (Graedler & Koehler, 2012). O pravu kupca na slobodan izbor može se eventualno zaključiti i po osnovu činjenice da se kupcu prije ili prilikom zaključenja sporazuma o primjeni Aneksa I predaje informacijski list, u kojem stoji kako kupcu pripada pravo da slobodno izabere među 1) isporuke, 2) zamjene, 3) popravke, 4) sniženja cijene, 4) raskida ugovora i 6) naknade štete. Pritom ne treba zaboraviti na to da se naglašava kako se kad je riječ o navođenju spomenutih prava u informacionom listu radi o čisto informativnom njihovom pobrajanju.<sup>40</sup>

S druge je strane u okviru B2B ugovora kupac shodno odredbama čl. 106 st. 3 a) i čl. 109 obavezan, da prije nego postavi zahtjev za ostvarenje nekog od svojih prava iz čl. 106, prethodno ispoštuje pravo prodavca na naknadno uredno ispunjenje; kupac je u skladu s odredbom čl. 109 st. 6 ovlašten da do realizacije naknadnog urednog ispunjenja od strane prodavca zadrži ispunjenje svojih obaveza, no s ostvarenjem će preostalih prava, čija je realizacija nepoveziva s ostavljanjem naknadnog primjerenog roka, morati sačekati do isteka tog roka.

## **1. Pravo kupca na uredno ispunjenje**

Kao prvo se pravo kupca u odredbi čl. 106 st. 1 (a) navodi pravo na uredno ispunjenje. Pravo na uredno ispunjenje podrazumijeva pored prava na ispunjenje obaveza prodavca i pravo na zamjenu i popravak. Ispunjenje u navedenom smislu mora u skladu s odredbom čl. 110 st. 2 biti besplatno.

---

<sup>40</sup> Tvrdnja shodno kojoj ne postoji nikakva hijerarhija u ostvarivanju prava potrošača nije u potpunosti tačna, s obzirom na to da potrošač u slučaju zakašnjele isporuke koja sama po sebi nije bitna prije nego ugovor raskine ima obavezu da prodavcu ostavi primjereni rok za naknadno ispunjenje.

Ovo pravo kupac shodno odredbi čl. 110 st. 3 neće moći ostvariti ondje a) gdje je ispunjenje nemoguće ili protivpravno ili b) ondje gdje je ispunjenje u usporedbi s koristima koje kupac na taj način ostvaruje nesrazmjerno komplicirano odnosno skupo.

Aneks I u odredbi čl. 111 st. 1 sadrži pravilo shodno kojem potrošač koji hoće ostvariti pravo na ispunjenje ima pravo izbora između popravke i zamjene, izuzev ondje gdje bi izabrana mogućnost bila protivpravna odnosno nemoguća ili pri usporedbi s preostalim mogućnostima prodavcu nametala nesrazmjerno<sup>41</sup> visoke troškove.

Ondje gdje se potrošač već opredijelio za jednu od mogućnosti koje mu stoje na raspolaganju preostala prava može koristiti samo ondje gdje poduzetnik zahtijevanu zamjenu odnosno popravku nije poduzeo unutar primjerenog roka, koji ne smije biti duži od 30 dana.

U slučajevima u kojima se kupac opredijeli za zamjenu predmeta ugovora, prodavac ima pravo i dužnost da zamijenjeni predmet preuzme o svom trošku. Kupac u ovom slučaju ne odgovara za naknadu vrijednosti za korištenje zamijenjenog predmeta u vremenu prije izvršene zamjene.

### **a) Pravo prodavca na naknadno uredno ispunjenje**

Pravo prodavca na naknadno uredno ispunjenje jedno je od najvažnijih sredstava u funkciji održivosti ugovora (Zoll, 2012).

Prodavac u skladu s odredbom čl. 109 st. 1 pravo na naknadno uredno ispunjenje ima prije svega ondje gdje on svoju obavezu ispuni prije njene dospelosti, te mu prije dospelosti bude ukazano na nesaobraznost takvog ispunjenja; u tom će slučaju prodavac moći ponuditi naknadno uredno ispunjenje, ukoliko je ono moguće prije nastupanja dospelosti obaveze. U slučaju u kojem je obavezu nesaobrazno ispunio nakon njene dospelosti prodavac će pravo na naknadno uredno ispunjenje u skladu s odredbom čl. 109 st. 2 imati pod uslovom da nakon što je o nesaobraznosti obaviješten *bez odlaganja* ponudi *besplatno* naknadno uredno ispunjenje.

Pravo da odbije ponudu prodavca za naknadno uredno ispunjenje kupac u skladu s odredbama čl. 106 st. 4 ima samo ondje gdje a) takvo naknadno ispunjenje ne može biti realizirano smjesta i bez značajnih neugodnosti po

---

<sup>41</sup> Nesrazmjernost se ovdje na komunitarnopravnom nivou pojavljuje isključivo kao relativna nesrazmjernost. Tako se prilikom utvrđivanja njenog postojanja u obzir uzima vrijednost koju bi roba imala da je saobrazna ugovoru (čl. 111 st. 1 (a) Aneksa I), značaj nesaobraznosti (čl. 111 st. 1 (b)) i to da li potrošač bez neugodnosti može ostvariti neko od preostalih svojih prava (čl. 111 st. 1 (c)).



kupca, b) kupac ima osnova vjerovati kako se ne može pouzdati u buduće ispunjenje od strane prodavca ili c) zakašnjelo ispunjenje jeste jednako bitnom neispunjenju.

Kategorija “smjesta” (*promptly*), koju se koristi u odredbi čl. 109 st. 4 (a), podrazumijeva obavezu prodavca da djeluje brže nego što je to inače uobičajeno u poslovnoj praksi (Feltkamp & Vanbossele, 2011). Pritom ovakvo rješenje jeste problematično onda kad ga se uspoređi s odredbom čl. 109 st. 4 (c), koja govori o bitnom neispunjenju. Naime, moguće je da postoje i situacije u kojima uprkos činjenici da prodavac ne može smjesta uredno ispuniti obavezu, neispunjenje ipak nije bitno. Čini se kako odredba čl. 109 st. 4 (a) u velikoj mjeri oduzima značaj odredbi čl. 109 st. 4 (c), s obzirom na to da se u skladu s jedinim mogućim tumačenjem odredbu čl. 109 st. 4 (c) primjenjuje samo ondje gdje uprkos činjenici da ispunjenje može uslijediti smjesta zakašnjenje jeste bitno (Zoll, 2012). Kategorija “smjesta” može biti posmatrana kao problematična i u kontekstu rješenja iz odredbe čl. 109 st. 5, shodno kojoj prodavac naknadno uredno ispunjenje mora poduzeti unutar razumnog vremena. Nejasno je, naime, to da li uredno ispunjenje koje ne može biti poduzeto smjesta, no ipak jeste moguće unutar razumnog vremena, ipak može biti nametnuto kupcu, a u istom je smislu problematična i obrnuta situacija u kojoj prodavac djeluje unutar razumnog vremena, no ne smjesta. Ovakve su dileme mogle biti izbjegnute na način da se umjesto kategorije “smjesta” koristilo kategoriju “unutar razumnog vremena”.

Kako je naprijed već istaknuto, kupac će u skladu s odredbom čl. 109 st. 6 biti ovlašten da do realizacije naknadnog urednog ispunjenja od strane prodavca zadrži ispunjenje svojih obaveza, no pritom će s ostvarenjem preostalih prava, koja se smatra inkompatibilnim s ostavljanjem naknadnog primjerenog roka, morati sačekati do isteka tog roka.

Osim toga, kupac neovisno o pravu prodavca na naknadno uredno ispunjenje, a shodno odredbi čl. 109 st. 7, zadržava pravo da zahtijeva naknadu štete koju je pretrpio usljed docnje odnosno naknadu štete koja je uzrokovana naknadnim urednim ispunjenjem.

## **b) Pravo kupca na zadržavanje ispunjenja njegovih obaveza**

Pored prava na ispunjenje, kupac shodno odredbi čl. 106 st. 1 (b) Aneksa I ima pravo da u skladu s odsjekom 4 poglavlja 11 zadrži ispunjenje svojih obaveza. U tom smislu, a u skladu s odredbom čl. 113 st. 1, kupac koji nije obavezan da kao prvi ispuni svoje obaveze pravo zadržavanja ima dotle dok prodavac ne ponudi ispunjenje odnosno ne ispuni svoje obaveze. U slučaju u kojem kupac ima obavezu da ispuni prvi, primijeniti se ima odredbu čl.

113 st. 2, shodno kojoj kupac koji ima osnova vjerovati da prodavac svoje obaveze neće ispuniti u roku, može ispunjenje vlastitih obaveza zadržavati sve dotle dok kod njega postoji navedeno uvjerenje.

## **2. Pravo kupca na sniženje cijene**

Kupac koji primi nesaobrazno ispunjenje može shodno odredbi čl. 120 st. 1 zahtijevati sniženje cijene. Sniženje jeste srazmjerno odnosu u kojem umanjena vrijednost ispunjenja u trenutku ponude ispunjenja stoji prema vrijednosti ispunjenja koje je saobrazno. U slučaju u kojem je kupac predmet ugovora platio prije nego što je postavio zahtjev za sniženje cijene imat će pravo na povrat viška plaćenog.<sup>42</sup>

Kupac koji ostvari pravo na sniženje cijene ne može na ime tako izjednačenog gubitka istovremeno ostvariti i pravo na naknadu štete na ime izgubljene vrijednosti predmeta ugovora, no u svakom slučaju zadržava pravo na naknadu štete koju je pretrpio na drugi način, odnosno on zadržava pravo na svaki drugi oblik naknade štete (Zoll, 2012).

## **3. Pravo kupca na raskid ugovora**

Shodno odredbi čl 106 st. 1 (c) Aneksa I, kupcu pripada pravo da u skladu s odsjekom 5 poglavlja 11 ugovor raskine, te da shodno poglavlju 17 zahtijeva vraćanje plaćene cijene. Pravo na raskid ugovora kupac shodno odredbi čl. 114 st. 1 ima u slučaju u kojem je neispunjenje bitno u smislu odredbe čl. 87 st. 2 i uz davanje izjave o raskidu u skladu s odredbama čl. 118. Neispunjenje se bitnim smatra uvijek onda kad kupca u bitnome lišava onoga što bi on u skladu s ugovorom mogao očekivati, odnosno ondje gdje je neispunjenje dovelo u pitanje povjerenje kupca u buduće ispunjenje obaveza prodavca (Schopper, 2012). Istovjetno vrijedi i za povezane usluge.

Pravo na raskid ugovora kupac u okviru B2C ugovora ima u slučaju isporuke nesaobrazne robe odnosno digitalnih sadržaja, osim u slučaju u kojem je nesaobraznost beznačajna.<sup>43</sup> Paralelno rješenje za povezane usluge sadrži odredba čl. 155 st. 4.

---

<sup>42</sup> Riječ je o zahtjevu sličnom onom iz osnova neosnovanog obogaćenja, koji je dijelom sistema ugovornih zahtjeva u okviru Aneksa I.

<sup>43</sup> Ovo je pravilo definirano po ugledu na rješenje sadržano u Smjernici 1999/44/EZ, shodno kojem rješenju raskid ugovora potrošač kao kupac stvari s nedostatkom saobraznosti može ostvariti redovno, pod uslovom da nedostatak saobraznosti nije beznačajan.

U tom je smislu jasno kako koncept bitnog neispunjenja kad je o raskidu B2C ugovora riječ ne igra nikakvu ulogu ondje gdje prodavac svoje obaveze ispuni manjkavo, već samo ondje gdje ih ne ispuni *nikako* (Wendehorst, 2012a).

U nizu je slučajeva kupčevo pravo na raskid ugovora uslovljeno pružanjem prodavcu mogućnosti za naknadno uredno ispunjenje njegovih obaveza. Takva uslovljenost jasno proizlazi iz naprijed već spominjanog pravila sadržanog u odredbi čl. 109 st. 6, shodno kojem pravilu kupac tokom trajanja roka u okviru kojeg prodavac može naknadno uredno ispuniti svoje obaveze, ne može ostvarivati niti jedno svoje pravo koje je nepovezivo s pravom prodavca na naknadno uredno ispunjenje. Pravo na raskid ugovora predstavlja upravo takvo, s pravom prodavca na naknadno uredno ispunjenje inkompatibilno pravo. Pravilo o uslovljenosti prava na raskid ugovora pružanjem prodavcu mogućnosti za naknadno uredno ispunjenje ne primjenjuje se međutim u okviru B2C ugovora, u smislu da kupac nije dužan prodavcu ostaviti naknadni rok za ispunjenje njegovih obaveza, odnosno ima pravo odbiti prodavčevu ponudu za naknadnim urednim ispunjenjem. To praktično znači da kupac i ovdje *može* prodavcu pružiti mogućnost naknadnog urednog ispunjenja, odnosno *može* prihvatiti njegovu ponudu da obavezu naknadno uredno ispuni (Wendehorst, 2012a).

Situacija je nešto kompliciranija kad je riječ o ugovoru koji podrazumijeva postojanje određene povezane usluge. Tako potrošač shodno odredbi čl. 155 st. 2, kad je o konkretnoj usluzi riječ, prodavcu najprije mora pružiti mogućnost naknadnog urednog ispunjenja. Na ovaj se način pokušava u obzir uzeti činjenicu da su u odnosu na robu odnosno digitalne sadržaje usluge podložnije nedostacima, kao i činjenicu ličnog angažmana prodavca i probleme koji mogu nastati u vezi s restitucijom pruženih usluga. Pritom se navedeno pravilo shodno odredbi čl. 155 st. 3 ne primjenjuje ondje gdje povezane usluge podrazumijevaju montažu odnosno instaliranje, s obzirom na to da neispravna montaža odnosno instaliranje predstavljaju nedostatak saobraznosti samog predmeta ugovora, kojeg je shodno tome neophodno i tretirati kao nedostatak.

Pravila o djelimičnom raskidu sadrži u odredbama čl. 117. Tako u slučaju u kojem prodavac svoje obaveze može ispuniti u dijelovima ili su njegove obaveze djeljive na drugi način kupac ima pravo da raskine onaj dio ugovora za koji se plaća zasebna cijena, a u pogledu kojeg postoji razlog za raskid. U slučaju u kojem ugovorne obaveze prodavca nisu djeljive ili za pojedine dijelove ne mogu biti utvrđene zasebne cijene, kupac ugovor može raskinuti samo onda kad neispunjenje opravdava raskid cijelog ugovora.

Kupac pravo na raskid cijelog ugovora ima ondje gdje se od njega ne može očekivati da primi samo djelimično ispunjenje, odnosno ondje gdje neispunjenje opravdava raskid ugovora u cijelosti.

Posebna se pravila primjenjuje u pogledu raskida mješovitih ugovora. Tako se shodno odredbi čl. 9 st. 1 u okviru ugovora koji istovremeno podrazumijeva prodaju robe odnosno stavljanje na raspolaganje digitalnih sadržaja, te izvršenje određenih povezanih usluga, na obaveze kupca i prodavca primjenjuje odredbe dijela IV Aneksa I, a na obaveze naručioca usluga i pružaoca istih odredbe dijela V Aneksa I. U slučajevima u kojima je u okviru mješovitog ugovora obaveze prodavca odnosno izvođača moguće ispuniti u samostalnim dijelovima ili su te obaveze djeljive na neki drugi način, kupac odnosno naručilac shodno odredbi čl. 9 st. 2 mogu u slučaju u kojem razlog za raskid ugovora postoji za jedan dio za koji je moguće platiti odvojenu cijenu ugovor raskinuti samo u tom dijelu. Ovo se pravilo međutim shodno odredbi čl. 9 st. 3 ne primjenjuje u situacijama u kojima se od kupca odnosno naručioca ne može očekivati da prime samo djelimično ispunjenje, odnosno u situacijama u kojima neispunjenje opravdava raskid ugovora u cjelini. U slučajevima u kojima ugovorne obaveze prodavca i naručioca nisu djeljive, odnosno jednom dijelu obaveze ne može biti pridružena jedna određena cijena, kupac odnosno naručilac shodno odredbi čl. 9 st. 4 ugovor raskinuti mogu samo onda kad neispunjenje opravdava raskid cijelog ugovora.<sup>44</sup>

Uzme li se u obzir naprijed rečeno, moguće je primijetiti kako su odredbe Aneksa I koje govore o raskidu sadržane u različitim njegovim dijelovima odnosno razbacane, čime se definitivno ne doprinosi njihovoj jasnosti odnosno većoj jednostavnosti primjene Aneksa I. Razbacanost odredaba o raskidu osobito je primjetna kad je riječ o odredbama koje govore o raskidu odnosno o obimu raskida u okviru mješovitih ugovora. U tom je smislu moguće najprije posmatrati odredbe čl. 9, 117 i 137 Aneksa I. Već pri površnoj njihovoj usporedbi moguće je zaključiti kako odredbe čl. 9 st. 2 do 4 predstavljaju doduše *lex specialis* u odnosu na odredbe čl. 117, koje se tiču obima raskida kojeg zahtijeva kupac, no ne i u odnosu na odredbe čl. 137, koje obim raskida reguliraju iz perspektive prodavca.

Kad je riječ o kupčevom pravu na raskid ugovora, odredbe čl. 9 reguliraju pitanje da li se pravo na raskid ugovora proteže samo na dio ugovora koji se

---

<sup>44</sup> Shodno Wendehorstu (2012a), postojeća rješenja ne daju odgovor na pitanje koje je kriterije – subjektivne ili objektivne – neophodno primijeniti prilikom davanja odgovora na pitanje da li se u konkretnom slučaju od kupca može očekivati da primi djelimično ispunjenje. Podjednako nejasnoće shodno postojećim rješenjima postoje i u vezi s odgovorom na pitanje kada to “neispunjenje opravdava raskid ugovora u cjelini” u smislu odredbe čl. 9 st. 3 i 4.

tiče prodaje odnosno na dio ugovora koji se tiče pružanja usluga ponaosob ili se, pak, odnosi na oba dijela ugovora, dok odredbe čl. 117 pokušavaju dati odgovor na pitanje da li se pravo na raskid ugovora u okviru njegovog dijela koji se odnosi na prodaju odnosno u okviru dijela koji se tiče pružanja usluga ograničava samo na dio prodajnopravne odnosno uslužnopravne komponente ili se proteže na cijelu komponentu.

Problematičan jeste i odnos odredaba čl. 9 s odredbom čl. 142 st. 2. Naime, shodno odredbi čl. 142 st. 2, po raskidu ugovora o prodaji robe odnosno stavljanju na raspolaganje digitalnih sadržaja prestaje postojati i s njima povezan ugovor o pružanju odgovarajućih usluga. Od više mogućih različitih shvatanja o odnosu odredaba čl. 9 i odredbe čl. 142 st. 2 najispravnijim se čini ono shodno kojem se odredbe čl. 9 odnose na mješovite ugovore kao ugovore koji u sebi objedinjuju komponentu prodaje i komponentu pružanja određenih usluga, dok se odredba čl. 142 st. 2 primjenjuje u situaciji u kojoj su ugovorne strane zaključile dva ugovora, ugovor o prodaji i ugovor o pružanju određene usluge. Razlikovanje dvije opisane situacije veoma je problematično s obzirom na činjenicu da obje u svojoj osnovi podrazumijevaju isto: situaciju u kojoj se pružanje određene usluge dogovara istovremeno sa zaključenjem ugovora o prodaji i to s prodavcem. Još je problematičnije različito reguliranje ove dvije situacije, u smislu da kad je riječ o jednom kombiniranom ugovoru odredbe čl. 9 polaze od načela djelimičnog raskida, uz predviđanje mogućnosti raskida ugovora u cjelini, dok kod dva odvojena ugovora odredba čl. 142 st. 2 predviđa isključivo mogućnost automatskog prestanka ugovora o pružanju usluga, ostavljajući otvorenom obrnutu mogućnost raskida isključivo ugovora o pružanju usluga, iz čega *e contrario* slijedi da se kupca može prisiliti na održanje isključivo ugovora o prodaji (Wendehorst, 2012a). Kao jedno od mogućih rješenja u vezi s ovakvom problematičnom regulativom nameće se ono koje bi, kad je riječ o mješovitom ugovoru u duhu odredbe čl. 147 st. 2, dopustilo raskid u cjelini i ondje gdje se razlog za raskid ugovora tiče samo prodajne komponente. Jednako bi tako u obrnutoj situaciji, kad je riječ o dva odvojena ugovora, kupcu u skladu s odredbama čl. 9 bilo poželjno dopustiti raskid oba ugovora, iako se razlog za raskid neposredno tiče isključivo ugovora o pružanju usluga.

Kupac u skladu s odredbom čl. 119 st. 1 pravo na raskid ugovora gubi onda kad propusti da izjavu o raskidu da unutar primjerenog roka od nastanka prava na raskid odnosno unutar razumnog roka od trenutka u kojem je saznao odnosno morao saznati za nedostatak saobraznosti.

Raskid ugovora shodno odredbi čl. 8 st. 1 podrazumijeva okončanje prava i obaveza koje za ugovorne strane proizlaze iz ugovora, izuzev onih prava i

obaveza koje proizlaze iz ugovornih odredaba o načinu rješavanja sporova, odnosno iz drugih ugovornih klauzula koje dejstva proizvode i nakon raskida ugovora. U skladu s odredbom čl. 8 st. 2 i nakon raskida ugovora nastavljaju postojati one obaveze ugovornih strana koje se tiču izvršenja isplata koje su dospjele prije raskida ugovora i plaćanja naknade štete usljed neispunjenja. Dejstva raskida ugovora koja se tiču vraćanja plaćene cijene, te povrata predate robe odnosno digitalnih sadržaja, kao i ostala dejstva raskida regulirana jesu odredbama poglavlja 17 koje govori o restituciji.

#### **4. Pravo kupca na naknadu štete**

Shodno odredbi čl. 106 st. 1 (e) Aneksa I, kupac ima pravo da u skladu s poglavljem 16 Aneksa I zahtijeva naknadu štete. Pravo na naknadu štete nije, kako se vidi, regulirano u okviru poglavlja 11, nego mu je posvećeno zasebno poglavlje 16, u kojem se pored ostalog regulira i problematiku prodavčeve obaveze naknade štete. U tom se smislu u odredbama poglavlja 16 ne govori o prodavcu i kupcu, nego se upotrebljava opće termine “povjerilac” i “dužnik”. U predstojećem će dijelu izlaganja, jednostavnosti radi, biti korišteni termini prodavac i kupac, pri čemu je kupac povjerilac, a prodavac dužnik naknade štete.

Kupac u skladu s odredbom čl. 159 st. 1 Aneksa I ima pravo zahtijevati naknadu štete koja mu je prouzrokovana neispunjenjem neke od obaveza prodavca, izuzev u situacijama u kojima je to neispunjenje opravdano.<sup>45</sup> Neispunjenje obaveze jedne strane opravdanim se u skladu s odredbom čl. 88 st. 1 Aneksa I smatra onda kad je izazvano preprekom koja leži izvan utjecaja te strane i kad se od te strane nije moglo očekivati da u trenutku zaključenja ugovora takvu prepreku uzme u obzir odnosno da istu spriječi ili izbjegne. Moguće je da je prepreka samo privremenog karaktera, u kojem slučaju shodno odredbi čl. 88 st. 2 neispunjenje opravdano jeste samo tokom trajanja takve privremene spriječenosti; desi li se međutim da se postojeće zakašnjenje pretvori u bitno neispunjenje u smislu odredbe čl. 87 st. 2, druga će strana imati mogućnost da takvo bitno neispunjenje kao takvo i tretira u skladu s odredbom čl. 88 st. 2 rečenica 2.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Komisija očigledno ne polazi od koncepta odgovornosti za naknadu štete neovisno o krivnji, već samo kao iznimku spominje opravdano neispunjenje.

<sup>46</sup> Odgovor na pitanje kad neispunjenje obaveze jedne strane počiva na preprekama koje se nalaze izvan njenog utjecaja moguće je dati samo tumačenjem, kao što je samo tumačenjem moguće odgovoriti na pitanje značenja kategorija očekivanosti određene prepreke odnosno mogućnosti njenog sprječavanja.

Odredbom čl. 88 st. 3 ugovornu se stranu čije je neispunjenje opravdano obavezuje da drugu stranu bez odlaganja obavijesti o preprekama koje sprječavaju njeno ispunjenje.

Ondje gdje su u skladu s odredbom čl. 159 st. 1 ispunjene pretpostavke za naknadu štete, njenu se visinu definira u skladu s odredbama čl. 160. Pri odmjeravanju se visine naknade štete polazi od pozitivnog ugovornog interesa, te se kupca mora dovesti u položaj u kojem bi se nalazio da su prodavčeve obaveze ispunjene uredno; ondje gdje to nije moguće, kupca se mora dovesti u položaj koji je kao takav najbliži mogućí onome u kojem bi se on nalazio u slučaju urednog ispunjenja.

Naknada štete obuhvata običnu štetu i izmaklu dobit.

U skladu s odredbom čl. 161 prodavac odgovara samo za gubitak kojeg je u trenutku zaključenja ugovora predvidio odnosno mogao predvidjeti. Riječ je o propisu koji počiva na subjektivnom momentu prodavčeve individualne mogućnosti da gubitak predvidi. Nužno je ukazati na činjenicu da se radi o ograničenju odgovornosti za štetu koje je široko prihvaćeno u okviru različitih savremenih međunarodnih i evropskih projekata na harmoniziranju odnosno unificiranju ugovornog prava uopće. Tako je odredba čl. 161 Aneksa I, uz manje razlike<sup>47</sup>, zasnovana na rješenju koje sadrže i DCFR (čl. III. – 3:703) i PECL (čl. 9:503).

Predvidivost se odnosi na predvidivost same štete, a ne na predvidivost povrede ugovorne obaveze. Štetu mora predvidjeti prodavac; činjenica da je istu predvidio kupac ne igra nikakvu ulogu. Nastupanje štete prodavac mora predvidjeti u trenutku zaključenja ugovora.

Predvidivost ne treba shvatati u smislu predvidivosti tačne visine odnosno iznosa štete. Najvažnije je da se može reći kako je prodavac predvidio ili se očekivalo da predvidi da će povreda ugovorne obaveze voditi nastupanju štete takve vrste i u takvoj visini kao šteta koja je zaista nastupila (Možina, 2012). Osnovni je standard predvidivosti objektivni: prodavac u obzir treba uzeti ono što bi razumna osoba na njegovom mjestu predvidjela na temelju okolnosti postojećih u trenutku zaključenja ugovora. To drugim riječima znači da ona šteta koja je rezultat redovnog toka stvari generalno jeste predvidiva. Ovakav je objektivni test dopunjen subjektivnim u smislu da predvidivost može biti proširena ili reducirana stvarnim znanjem prodavca, osobito u onim

---

<sup>47</sup> Za razliku od rješenja koja sadrže DCFR i PECL, odgovornost je dužnika, ovdje prodavca, u okviru ZEPP ograničena predvidivošću čak i ondje gdje je povreda ugovorne obaveze poduzeta namjerno odnosno postupanjem u krajnjoj nepažnji. Osim toga, Aneks I u odnosu na DCFR i PECL zahtijeva viši stepen predvidivosti.

situacijama u kojima je kupac prodavca obavijestio o specifičnim činjenicama koje se smatra objektivno nepredvidivim.

Teret dokaza da je prodavac predvidio štetu odnosno da se od njega očekivalo da predvidi štetu jeste na strani kupca kao povjerioca naknade štete.

Prodavac ne odgovara za one gubitke odnosno posljedice gubitaka kojima je doprinio sam kupac. Kupac sam odgovara za svoje postupke i ne smije po svaku cijenu profitirati od prodavčevog ponašanja koje je protivno ugovoru.

Na ovom se principu zasniva i pravilo o kojem govore odredbe čl. 163. Naime, kupac je u skladu s odredbom čl. 163 st. 1 dužan da poduzme sve mjere u cilju smanjenja visine štete koje se u konkretnim okolnostima smatra razumnima, a u skladu s odredbom čl. 163 st. 2 ima i pravo na naknadu svih troškova koji su mu nastali u pokušaju reduciranja štete.

Aneks I u odredbi čl. 164 sadrži pravilo o zamjenskoj transakciji koju se u kontekstu ugovora o prodaji posmatra kao kupovinu radi pokrića. Tako kupac koji je ugovor raskinuo u cijelosti ili djelimično, te je u razumnom vremenu i na razuman način poduzeo zamjensku transakciju jeste ovlašten da zahtijeva naknadu štete u visini razlike onoga što bi platio u okviru raskinutog ugovora i onoga što plaća u okviru zamjenskog ugovora. Aneks I u odredbi čl. 165 sadrži i pravilo o naknadi štete u smislu tekuće cijene, koje sadržajno odgovara odredbama čl. 76 CISG, čl. 9:507 PECL i čl. III. – 3:707 DCFR.

## **Zaključno**

Kupcu shodno odredbama Aneksa I pripada načelno klasičan katalog prava koja ima kupac u slučaju kupovine robe s materijalnim nedostatkom odnosno korištenja usluga s nedostatkom. Tako je on načelno ovlašten zahtijevati ispunjenje ugovora u obliku popravka ili zamjene, sniženje cijene ili raskid ugovora, a ima pravo i na naknadu štete. Kumulacija različitih prava jeste moguća uz uslov njihove međusobne povezivosti.

U vezi s hijerarhijom ostvarivanja kupčevih prava razlikuje se potrošačke od ugovora koje zaključuju dva poduzetnika. U potrošačkim ugovorima prodavcu ne pripada pravo na naknadno uredno ispunjenje njegovih obaveza, te se može zaključiti kako je kupac ovlašten da između različitih prava izabere ono koje mu najviše odgovara. U okviru B2B ugovora s druge strane kupac ima obavezu, da prije nego postavi zahtjev za ostvarenje nekog od svojih prava po osnovu prodavčeve odgovornosti za materijalne nedostatke ispunjenja, prethodno ispoštuje pravo prodavca na naknadno uredno ispunjenje.



Osobito se kompliciranim, kad je riječ o pravima kupca, čini raspored propisa Aneksa I koji se odnose na raskid ugovora. Problematična razbacanost odredaba o raskidu do izražaja dolazi posebno u vezi s raskidom odnosno obimom raskida u okviru mješovitih ugovora.

Imajući u vidu sudbinu Prijedloga koji je krajem 2014. godine opozvan, čini se kako će Evropa još čekati zajedničko evropsko pravo prodaje. Optimizam koji je pratio početak aktivnosti na izradi teksta opozvanog Prijedloga iščeznuo je sasvim sigurno i usljed njegovih nedostataka, no ključni su razlozi za opoziv značajno ozbiljniji i naravno manje pravne, a mnogo više političke prirode. Značajan broj država članica jasno se protivi nastanku skupa potpuno harmoniziranih propisa iz oblasti prava prodaje, pa bio on i fakultativnog karaktera, smatrajući kako su postojeća nacionalna rješenja najmanje dovoljno dobra, uzme li se u obzir već samo to da takva rješenja često ustanovljavaju nivo zaštite potrošača koji je viši u odnosu na komunitarni nivo.

## **Bibliografija**

1. Feltkamp, R., & Vanbossele, F. (2011). The Optional Common European Sales Law: Better Buyer's Remedies for Seller's Non-performance in Sales of Goods? *ERPL*, 19 (6) 873–905.
2. Graedler, T., & Koechel, M. (2012). Das kaufrechtliche Abhilfenrecht nach dem Kommissionsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. U: Schmidt-Kessel, M. (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?* (str. 347–370). München: Sellier European Law Publishers.
3. Meyer, T. (2013). Uvođenje Zajedničkog evropskog prava prodaje i prigovor zbog povrede principa subsidiarnosti. *Nova pravna revija*, 1, 12–20.
4. Misita, N. (2008). *Osnovi prava Evropske unije*. Sarajevo: Pravni fakultet.
5. Možina, D. (2012). U: Shulze, Reiner (ed.), *Common European Sales Law, Commentary* (str. 635–678). Baden-Baden: C.H. Beck; Hart Nomos.
6. Remien, O. (2012). Verpflichtungen des Verkäufers nach EU-Kaufrecht. U: Schmidt-Kessel, M. (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?* (str. 307–327). München: Sellier European Law Publishers.
7. Schmidt-Kessel, M. (2012). Anwendungsbereich, Ausgestaltung der Option und andere Fragen zur Verordnung. U: Schmidt-Kessel, M. (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?* (str. 29–50). München: Sellier European Law Publishers.
8. Schopper, A. (2012). Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien eines Kaufvertrages oder eines Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte (Teil IV CESL-Entwurf). U: Wendehorst, C. & Zöchling-Jud, B. (eds), *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts. Zum Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom 11.10.2011 KOM(2011) 635 endg.* (107–145). Manz (Vienna): Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

9. Stabentheiner, J. (2012). Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Charakteristika und rechtspolitische Aspekte, *wbl*, Heft 2, 61–76.
10. Staudenmayer, D. (2011). Einführung. U: Staudenmayer, D. (Hrsg.), *Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*. VII, XV. München.
11. Wendehorst, C. (2012a). Rücktritt (“Beendigung”) im Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. U: Schmidt-Kessel, M. (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?* (str. 371–401). Baden-Baden: C. H. Beck – Hart Nomos.
12. Wendehorst, C. U: Schulze, R. (ed.) (2012b). *Common European Sales Law, Commentary* (str. 9–84). Baden-Baden: C. H. Beck – Hart Nomos.
13. Whittaker, S. (2012). The Proposed “Common European Sales Law”: Legal Framework and the Agreement of the Parties. *The Modern Law Review*, 75 (4), 578–605.
14. Wiese, V. (2012). Prüfungs- und Mitteilungspflicht nach Artt. 121, 122 GEKR. U: Schmidt-Kessel, M. (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?* (str. 401–423). Baden-Baden: C. H. Beck – Hart Nomos.
15. Zoll, F. (2012). U: Schulze, R. (ed.), *Common European Sales Law, Commentary* (str. 396–532). Baden-Baden: C. H. Beck – Hart Nomos.
16. Zoll, F., & Watson, J. (2012). U: Schulze, Reiner (ed.), *Common European Sales Law, Commentary* (str. 602–634). Baden-Baden: C. H. Beck – Hart Nomos.

### **Almedina Šabić, PhD**

Assistant Professor

## **RIGHTS OF BUYERS WITH THE LACK OF COMPLIANCE ACCORDING TO THE PROPOSED REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL ON COMMON EUROPEAN SALES LAW\***

### **Summary**

*The issue of responsibility of seller towards the buyer for material deficiencies of fulfilment, having in mind its undisputed importance in the field of sales law, is also regulated within the Proposal Regulation of the European Union and the Council of October 2011. The proposal tries to unite for the first time the regulations in the field*

---

\* The text, with some modifications and changes, is an integral part of doctoral dissertation entitled “Rights of buyers of things with material shortages”, defended on 16 September 2014 at the Faculty of Law of Sarajevo University.

*of sales law in consumer and contracts between two entrepreneurs, thus encouraging cross-border trade in the European territory, in line with the principle of full harmonisation. With certain deviations, the Proposal largely carries the solutions that are familiar to European jurists from the Vienna Convention or texts such as the Draft of Common Frame of Reference (DCFR, meaning the Principles of European Contract Law (PECL) and the Principles of European Law (PEL- S). The advantage of the Proposal can, inter alia, be observed in the context of the fact that it, at least in line with the desires of the European Commission, should be understood as a European system of regulations from the field of sales contracts and that as such, together with national system of regulations, would represent a different system of the sales rights in each of the Member States whose application would be possible through opt-in model.*

*Proposal Regulation on original text of 2011 was in the meantime revoked within the Work Programme of the European Commission for 2015. Namely, it is considered that it should be modified with the goal of more intensive development of the potentials of electronic trade on the single digital market, while other identified weaknesses should be removed as well, starting from the confusing name “Common European Sales Law”, which creates the unwanted illusion of a uniform instrument which should replace the national solutions in the field of sales contracts, starting from illogical structure and all the way to extremely complicated rules on the selection of European sales law as the authoritative set of rules.*

*Even though the Proposal from 2011 is no longer “in play”, an analysis of some of its solutions is interesting from several reasons. On the one hand, the most interesting reasons seem to be those that reflect in the perceiving of the proposed solutions which are problematic and unsustainable as such, and in recognising potentially better solutions. On the other hand, it is interesting to notice that, when it comes to the issue of the right of buyers of things with material shortages, all types of future European solutions rely on classical, already tested national solutions which served as an inspiration to communautaire legislator.*

**Keywords:** *sales law, lack of compliance, responsibility for material shortages, common European sales law.*



**Mr. Damir Banović**

Viši asistent

d.banovic@pfsa.unsa.ba

damir.banovic20@gmail.com

UDK: 342.53:316.72

Prethodno naučno saopćenje

## **PARLAMENTARNI SISTEM BOSNE I HERCEGOVINE KAO PRIMJENA MULTIKULTURALNOG KONCEPTA POLITIČKE PREDSTAVLJENOSTI KOLEKTIVA**

### **Sažetak**

*Rad daje teoretski uvod u koncept konsenzualne demokratije kao prethodno čitanje za primjer parlamentarnog sistema kao aplikacije multikulturalnog koncepta političke predstavljenosti kolektiva. Fokus je dat karakteristikama parlamentarnog sistema Bosne i Hercegovine u okvirima podijeljenog, multikonfesionalnog i konsenzualnog demokratskog političkog sistema, kao i problemima za stvaranje funkcionalnog sistema i njegovog prilagođavanja u procesu evropskih integracija Bosne i Hercegovine. U radu se daje analiza odnosa formalnog i materijalnog, te kontekstualizacija političke kulture za konsenzualnu demokratiju.*

**Ključne riječi:** *parlamentarni sistem, konsenzualna demokratija, evropske integracije*

### **1. Uvod u koncept konsenzualne demokratije**

Opšteprihvaćena definicija demokratije značila bi *vladavinu većine* koja podrazumijeva da većina treba da vlada, a manjina da oponira. Takvi oblici vladavine mogli bi se shvatiti nedemokratskim iz jednostavnog razloga – jer su *isključujući*. Arthut Lewis smatra da primarno značenje demokratije podrazumijeva da *svi oni na koje utječe odluka trebaju imati pravo da učestvuju u procesu njenog donošenja bilo direktno ili kroz izabrane predstavnike* (Lewis, 1965). Suprotno značenje pretpostavlja oblik u kojem većina donosi odluke. Ali isključivanje manjine iz procesa donošenja odluka samo iz razloga što je manjina, predstavlja suprotnost suštini pojma demokratije. Ovaj problem *isključenosti* se lako može riješiti ukoliko je *otvorena* mogućnost ulaska u vlast manjine kroz izborni sistem, odnosno, ako nekadašnja manjina postane većina kroz proces izbora (Lajphart, 1999, str. 32). Također, da bi se dozvolilo

smjenjivanje, partije ne bi trebalo da imaju *suštinskih razlika* u svojim politikama (Lajphart, 1999, str. 32). Da bi se održala mogućnost smjene političkih opcija, kao što pokazuju komparativne analize, društvo treba biti homogeno (Lajphart, 1999, str. 32). U manje homogenim društvima, ove principe nije moguće primijeniti. U pluralističkim društvima – društvima koja su duboko podijeljena duž religijskih, ideoloških, lingvističkih, kulturnih, etničkih ili rasnih linija, formiranjem odvojenih *subdruštava* sa svojim političkim partijama, interesnim grupama, medijima, fleksibilnost potrebna za *većinski koncept demokratije* ne postoji (Lajphart, 1999, str. 32). Ne samo da uslovi za jedan takav koncept nisu mogući, već je on i opasan: manjine kojima je kontinuirano negirano pravo na pristup vlasti mogu se osjećati diskriminisano i mogu izgubiti osjećaj odanosti režimu (Lajphart, 1999, str. 33). U duboko podijeljenom društvu kakvo je Sjeverna Irska, *većinski koncept demokratije* značio je više diktaturu većine, nego demokratiju (Lajphart, 1999, str. 33). Dobri primjeri primijenjene konsenzualne demokratije su Švicarska, Belgija i Evropska unija (kao *sui generis* entitet). Na osnovu primjera primijenjenih modela može se izvesti 10 elemenata konsenzualnog demokratskog modela (Lajphart, 1999, str. 34) i to: (1) široka koalicija u izvršnoj vlasti; (2) izvršno-zakonodavno balansiranje podjele moći; (3) višepartijski sistem; (4) proporcionalna predstavljenost; (5) korporativnost interesnih grupa; (6) federalna i decentralizovana vlast; (7) jak bikameralizam; (8) ustavna rigidnost/čvrsti ustav; (9) ustavnosudska kontrola na saveznom nivou i (10) nezavisna centralna banka.

## **2. Klasifikacija kolektivnih prava: pravo na političku predstavljenost**

Kolektivna prava kao ovlaštenja ostvarivanja kolektivnih zahtjeva postala su dio pozitivnog prava upravo na bazi *političkih zahtjeva*. Na osnovu već konstitucionalizovanih kolektivnih prava u politički sistem, pravna teorija *post festum* treba da da teoretski odgovor na pitanje prirode ovih prava, pravnih subjekata, pravnih objekata i moguće klasifikacije i sistematizacije<sup>1</sup>. Problemi u pogledu stvaranja jedinstvene sistematizacije nastaju upravo zbog načina kako su ona i nastala: kao pravno priznavanje društveno kontekstualnih i specifičnih zahtjeva kolektiva, bilo da je riječ o religijskim, etničkim, nacionalnim, vjerskim ili drugim kolektivima. Kolektivna prava, ukoliko su priznata, odražavaju specifičnosti tog društvenog konteksta,

---

<sup>1</sup> Miodrag A. Jovanović u svojim knjigama *Kolektivna prava u multikulturalnim zajednicama* i *The Collective Rights* daje plauzibilan teoretski pristup problematici kolektivnih prava.

i posljedično, tog ustavnopravnog sistema. Jednu moguću klasifikaciju kolektivnih prava nudi Jacob T. Levy u svom članku *Classifying Cultural Rights* koja može pomoći u teoretskoj debati o kolektivnim pravima. Diskusija oko kolektivnih i individualnih prava je korisna, mada kada se odvija na nivou političke filozofije ne ostavlja dovoljna uputstva kada se konfrontiraju realne politike i zahtjevi (Levy, 1997, str. 22). Zahtjevi kulturnih kolektiva i specijalne politike za akomodaciju etničkih i lingvističkih pluralizama uključuju sljedeću listu kolektivnih prava, i to: izuzeci (*exemptions*), pomoć (*assistance*), samouprava (*self-government*), spoljašnja pravila (*external rules*), unutrašnja pravila (*internal rules*), priznanje/primjena tradicionalnog prava (*recognition/enforcement*), predstavljanje (*representation*) i simbolični zahtjevi (*symbolic claims*) (Levy, 1997, str. 24). Kategorizacija zahtjeva za praktičnim primjerima prikazana je u tabeli broj 1. zbog preglednosti i lakše analize.

Kategorija	Primjeri
<i>Izuzeci</i> od prava koje kažnjava ili opterećuje kulturne prakse	Sikhi – izuzeci od nošenja kacige; Indijanci – zakon o lovu
<i>Pomoć</i> za one stvari koje većina može učiniti bez pomoći	Višejezični glasački listići, afirmativna akcija, osnivanje etničkog udruženja
<i>Samouprava</i> za etničke, kulturne ili <i>nacionalne</i> manjine	Secesija (Slovenija); federalna jedinica (Katalonija); drugi oblici (Puerto Rico)
<i>Vanjska pravila</i> kojima se ograničavaju slobode pojedincima koji nisu članovi grupe, a kako bi se zaštitila kultura grupe	Quebec – ograničavanje u pogledu engleskog jezika; Indijanci – ograničavanja prava glasa lokalnim bijelcima
<i>Unutrašnja pravila</i> za članove grupe iznuđena ostrakizmom i ekskomunikacijom	Odricanje od mladih koji se vjenčaju van grupe
<i>Priznavanje/primjena</i> tradicionalnog prava od strane dominantnog pravnog sistema	Prava na zemlju Aboridžana; tradicionalna ili grupna prava
<i>Prezentacija manjina</i> u tijelima vlade (zagarantovana ili im je olakšan pristup)	Birački spiskovi Maora za parlament; kongresni okruzi za afroameričku većinu u SAD
<i>Simbolički zahtjevi</i> za priznavanje vrijednosti, statusa ili postojanja različitih grupa	Osporavanja i prepirke u vezi s imenima teritorijalnih jedinica (države, federalnih jedinica, pokrajina i sl.), nacionalnih praznika i predmetom historije u osnovnim i srednjim školama

Tabela br. 1 (Levy, 1997, str. 25)

Zbog koncepta rada u daljoj diskusiji akcenat je dat upravo na pravu na *prezentaciju manjina*. S ciljem da se osigura zaštita interesa ili prava, spriječi diskriminacija ili osiguraju određene privilegije, manjine često traže neki oblik garantovane prezentacije u tijelima zakonodavne i izvršne vlasti. Nekad je to oblik u kojem su utvrđene kvote<sup>2</sup>; kreirani *manjinsko-većinski* izborni distrikti za zakonodavna tijela<sup>3</sup> ili je to oblik u kojem su političke stranke dužne osigurati određeni broj mjesta na izbornim listama za pripadnike manjina. Također, proporcionalni izborni sistem je način osiguravanja predstavljanja manjina, te kumulativni izborni sistem kojim se omogućava manjinama da koncentriraju svoje glasove (Levy, 1997, str. 43). U razmatranju zahtjeva manjina za političkim predstavljanjem, u srži problema leži pitanje demokratije. Efektivnost i pravičnost većinskog parlamentarnog sistema dovedeni su u pitanje. Svaka grupa bi ponekad trebala da bude dijelom vladajuće koalicije jer se manjine nekada osjećaju da nemaju utjecaja na proces donošenja odluka koje utječu i na njih. Kada govorimo o političkom predstavljanju manjina, obično se ono posmatra kroz sljedeća pitanja: prisustvo članova manjine u tijelima vlasti, izbor predstavnika manjine u tijelima vlasti i načina zaštite interesa manjine. Kada političke stranke u svojim listama ostave određeni broj mjesta za predstavnike manjina, grupa će imati svog *člana* u vlasti, ali ne nužno i svog *izabranog* predstavnika. Istu situaciju imamo i u slučaju kada je određeni broj mjesta u parlamentu rezervisan za članove manjine, ali svi glasaju i odlučuju ko će zauzeti ta mjesta u parlamentu. Ovakav način rješavanja pitanja političkog predstavljanja pretpostavlja da *bilo koji član manjine* ima sposobnost predstavljati kolektivne interese manjine (Levy, 1997, 44). Drugo pitanje i način rješavanja političkog predstavljanja ide u pravcu da politički sistem treba osigurati mehanizme da izabrani predstavnici te grupe budu članovi parlamenta i vlade (Levy, 1997, 45). Iris Marion Young u tom smislu tvrdi da politička javnost treba osigurati mehanizme za efektivno priznanje i predstavljanje različitih glasova i perspektiva onih koji čine te konstitutivne grupe (Young, 2005). No, i pored činjenice da su članovi zajednice, kao izabrani predstavnici, dio vlasti, uvijek postoji opasnost da oni u tim tijelima budu preglasani. Mehanizmi za prevazilaženje ovog problema predstavljeni su kroz rad škole konsocijacijske demokratije (Lijphart, 1977; Lijphart & Aitkin, 1995) i realizovani u raznim vidovima: velike koalicije,

---

<sup>2</sup> U Zimbabveu u prvoj dekadi vladavine crnačke većine, 20% mjesta u parlamentu bilo je osigurano za bijelce; tri mjesta u devetočlanom Vrhovnom sudu Kanade osigurano je za Quebec.

<sup>3</sup> Ovaj sistem je korišten u SAD kako bi se osiguralo predstavljanje Afroamerikanaca u američkom Kongresu.



pravo veta, sedmočlano Izvršno vijeće i princip rotacije u primjeru Švicarske<sup>4</sup> ili rezervisanje mjesta u najznačajnijim mjestima u vladi prema kulturnom/religijskom statusu u primjeru Libanona prije civilnog rata (Levy, 1997, 45). Kritičari koncepta grupnog predstavnštva su u pravu kada tvrde da je pogrešna pretpostavka da postoji jedan jedinstveni stav kolektiva o određenim društvenim pitanjima koji se bazira na etničkom ili nekom drugom kulturnom statusu. Pripadanje široj grupi kao što je etnija ili religijska grupa *a priori* ne znači usaglašeni i nepromjenljiv stav o pitanjima od značaja za tu grupu. Također, pogrešno je smatrati da zahtjevi za grupnim predstavljanjem pretpostavljaju jasne razlike interesa i pogleda na stvari među grupama (Levy, 1997, 46). Pored problema utvrđivanja stava kolektiva o nekom pitanju, ostaje problem i koje *lice* ili *tijelo* treba da određuje koje elemente kolektivnog kulturnog identiteta treba sačuvati, a koje odbaciti (Jovanović, 2004, 166). Odnosno, koje tijelo će da vrši kolektivna prava u ime kolektiva? (Jovanović, 2004, 166) Na ove probleme ukazuje i Kukathas tvrdeći da većina grupa nije homogena ni u jednom datom trenutku, što sa sobom može povući i sukob u okviru kolektiva, a od kojih je posebno opasan sukob između *mase i elita* (Kukathas, 2009). O bosanskohercegovačkom konsocijacijskom modelu, odnosno *in concreto* o prirodi prava na političku prezentaciju, nedovoljno se vodi teoretska debata u javnoj domeni o problemima (1) koja tijela i na koji način trebaju zastupati kolektive; (2) kakav je odnos unutar *homogenih* kolektiva, a kada je u pitanju formiranje zajedničkog stava o određenom pitanju; (3) koje elemente kulturnog identiteta etničkih kolektiva treba očuvati, a koje odbaciti ili o odnosu među reformistima i tradicionalistima u okviru kolektiva; (4) te kako formirati stav o nekom političkom pitanju: kroz institucionalni sistem, neformalne grupe ili kroz referendumsku izjašnjavanja.

O primijenjenom multikulturalnom konceptu možemo govoriti u onim slučajevima kada ustavno-politički sistem odslikava društvenu realnost u situaciji etničke, religijske ili jezičke podijeljenosti uvodeći kolektivna prava, procedure i institucije kojima se onemogućava dominacija bilo kojeg od društvenih segmenata. U formalnopravnom smislu, razvoj parlamentarnog sistema u Bosni i Hercegovini konstitucionalizirao je elemente konsenzualne demokratije Ustavom iz 1995, te njegovom kasnijom nadogradnjom i odslikava multikulturalni koncept predstavljenosti kolektiva. Odnosno kroz: uspostavljanje višepartijskog sistema, proporcionalnog izbornog prava, bikameralizma, veto mehanizama (entitetsko glasanje i vitalni nacionalni interes), predstavljenosti konstitutivnih naroda, nacionalnih manjina i etnički neopredijeljenih građana\_ki bilo u izvršnoj ili zakonodavnoj vlasti, bilo da se

---

<sup>4</sup> Više o političkom sistemu Švicarske kod Moeckli, 2010.

radi o državnom ili nižim nivoima vlasti. Parlamentarni i zakonodavni sistem koncipiran je kroz sistem *političke predstavljenosti* relativno homogena tri segmenta (konstitutivni narodi), te izuzetno heterogen segment (nacionalne manjine i etničke neidentifikovane osobe); *zaštita kolektivnog identiteta homogenih segmenata* osigurana je u procesnom i materijalnom smislu kroz procedure vitalnog nacionalnog interesa, te djelomično kroz institute entitetskog glasanja, te *procedure donošenja odluka o zakonima i drugih akata*.

### **3. Višestepenost i složenost parlamentarnog sistema Bosne i Hercegovine**

Mada u domaćoj naučnoj i stručnoj zajednici i dalje ne postoji jedinstven stav o tome o kakvoj se državi radi, Bosna i Hercegovina je prema nalazima dosadašnjih istraživanja složena država.<sup>5</sup> U složenim državnim zajednicama, kao što je slučaj i s bosanskohercegovačkom, koje su podijeljene po religijskim, etničkim, tradicijskim ili lingvističkim osnovama, formiranje vlasti vrši se po modelu konsenzualne demokratije. Karakteristike konsenzualne demokratije imaju države poput Austrije, Libanona, Južne Afrike, Švicarske, Belgije i Holandije, s različitim nivoima uspjeha (Saračević, 2012b, str. 25). Ta složenost političkog sistema ima za posljedicu i složenost i višestepenost parlamentarnog sistema. Složenost i višestepenost parlamentarnog sistema Bosne i Hercegovine ogleda se u sljedećem:

1. U Bosni i Hercegovini, kao složenoj državi, nadležnosti su podijeljene između državnog, entitetskog i kantonalnog nivoa, odnosno nivoa Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, što za posljedicu ima i podjelu u zakonodavnoj nadležnosti između različitih nivoa vlasti;
2. Jedan od elemenata konsenzualne demokratije je i formiranje zakonodavne vlasti uslovljeno sistemom kvota na višim nivoima te proporcionalnim sistemom na nižim nivoima zakonodavne vlasti;
3. Formiranje zakonodavne vlasti na višim nivoima uslovljeno je indirektnim izborom u domove naroda/vijeće naroda na entitetskom odnosno državnom nivou, što čitav parlamentarni sistem Bosne i Hercegovine čini međusobno uslovljenim u pravcu niži zakonodavni organi – viši zakonodavni organi.

---

<sup>5</sup> Više o prirodi političkog sistema Bosne i Hercegovine u Sahadžić, 2011b, str. 15–37.

Podjela nadležnosti između različitih nivoa vlasti utjecala je na složenu zakonodavnu strukturu parlamentarnog sistema Bosne i Hercegovine u kojem se upravo najveći obim zakonodavne aktivnosti odvija na nivou federalnih jedinica/entiteta, odnosno kantona u Federaciji BiH. U tom smislu postoje zakonodavna tijela 10 kantona u Federaciji Bosne i Hercegovine, zakonodavna tijela entiteta (Parlament Federacije BiH i Narodna skupština Republike Srpske), državno zakonodavno tijelo (Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine) te u *sui generis* oblik i zakonodavno tijelo Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (Skupština Brčko distrikta Bosne i Hercegovine). Dalje, ta složenost ogleda se i u primijenjenom konsenzualnom konceptu kvota i proporcionalne zastupljenosti u zakonodavnim tijelima u odnosu na posljednji popis stanovništva iz 1991.<sup>6</sup> godine, prema kojem zakonodavna tijela trebaju odražavati i nacionalnu strukturu stanovništva tog prostora u procentualnom iznosu. Na kraju, princip višestepenosti i složenosti ogleda se u činjenici da u državnoj i entitetskim zakonodavnim nivoima vlasti postoje posebna predstavništva konstitutivnih naroda čije je formiranje, a indirektno i djelovanje, uslovljeno nižim nivoima vlasti. Naime, u okviru Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine postoji Dom naroda u kojem su na principu kvota predstavljeni konstitutivni narodi, te kroz poseban klub i Ostali<sup>7</sup> (nacionalne manjine i etnički neopredijeljeni). Također, u okviru Narodne skupštine Republike Srpske postoji i Vijeće naroda koje se uključuje u zakonodavni postupak samo u onim slučajevima kada smatra da je povrijeđen jedan od vitalnih interesa naroda. U njemu su isto predstavljeni konstitutivni narodi i Ostali. Na kraju, Dom naroda na državnom nivou ima samo predstavnike konstitutivnih naroda, a ovo tijelo je ravnopravno u zakonodavnom postupku s Predstavničkim domom. U njemu nije predstavljena grupa Ostalih i Dom naroda treba biti reformisan kako bi se i ova skupina uključila u njega, vodeći se odlukom Evropskog suda za ljudska prava u slučaju Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine (2009)<sup>8</sup>, te novijom odlukom od decembra 2014. godine u slučaju Azra Zornić protiv Bosne i Hercegovine.<sup>9</sup> Ovim se odlukama utvrđuje neopravdano razlikovanje nacionalnih manjina i etnički neopredijeljenih državljana Bosne i Hercegovine u uživanju pasivnog biračkog prava na državnom nivou, odnosno, izbora

---

<sup>6</sup> Novi popis stanovništva u Bosni i Hercegovini proveden je od 1. do 15. oktobra 2013. godine i bit će baza formiranja vlasti u zakonodavnim tijelima. Do trenutka završetka članka (maj 2015. godine) rezultati posljednjeg popisa stanovništva još nisu poznati.

<sup>7</sup> Iako Ustav Bosne i Hercegovine ne precizira pojam *Ostalih*, tumačenjem se izvodi zaključak da ovu grupu čine nacionalne manjine te osobe koje se etnički ne identificiraju.

<sup>8</sup> European Court of Human Rights (2009). *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*.

<sup>9</sup> European Court of Human Rights (2014). *Zornić v. Bosnia and Herzegovina*.

u Dom naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine.<sup>10</sup> Princip proporcionalnosti primjenjuje se na način da izbor delegata iz kantonalnih skupština u Dom naroda Federalnog parlamenta mora odražavati nacionalni sastav stanovništva prema zadnjem popisu stanovništva. Također, ovaj princip se primjenjuje i kod formiranja gradskih vijeća na lokalnom nivou.

### **3.1 Struktura parlamentarnog sistema Bosne i Hercegovine na državnom, entitetskom, kantonalnom i nivou Brčko distrikta Bosne i Hercegovine**

Struktura parlamenata u ustavnom sistemu Bosne i Hercegovine odgovara državnom ustrojstvu u Bosni i Hercegovini. U tom smislu, u strukturi parlamenata Bosne i Hercegovine na državnoj i entitetskoj razini postoje kako dvodomni ili bikameralni (državna razina i razina Federacije Bosne i Hercegovine) tako i jednodomni ili unikameralni (razina Republike Srpske, razina kantona u Federaciji Bosne i Hercegovine, te Brčko distrikta Bosne i Hercegovine) oblik parlamenta (Sahadžić, 2012b, str. 296). U ustavnom ustrojstvu državne vlasti, Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine predstavlja dvodomni parlament. Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine sastoji se iz Predstavničkog doma i Doma naroda. Predstavnički dom čine 42 zastupnika od kojih se dvije trećine bira s područja Federacije Bosne i Hercegovine, a jedna trećina s područja Republike Srpske direktno putem opštih izbora. Iako se zastupnici biraju direktno, ne bi se moglo reći da je ovo tijelo isključivo predstavništvo građana i to upravo zbog načina izbora zastupnika: 2/3 zastupnika bira se s teritorije Federacije i 1/3 s teritorije Republike Srpske, te za zastupnike iz Federacije glasaju samo građani Federacije, odnosno, za zastupnike iz Republike Srpske glasaju birači s teritorija Republike Srpske. Sa sigurnošću se može tvrditi da su u Predstavničkom domu državnog parlamenta predstavljeni entiteti u Bosni i Hercegovini (Sahadžić, 2012b, str. 297). Ova tvrdnja može se argumentovati i činjenicom postojanja *entitetskog veta*, mehanizma blokade kojim se, ukoliko ne postoji odgovarajuća entitetska većina, mogu blokirati odluke u Predstavničkom domu. Dom naroda državnog parlamenta isključivo je predstavništvo konstitutivnih naroda i to samo s određenog teritorija Bosne i Hercegovine s obzirom na način izbora. Dom broji 15 delegata koji se posredno biraju na način da pet bošnjačkih i pet hrvatskih delegata bira bošnjački, odnosno hrvatski klub naroda u Domu naroda Parlamenta Federacije BiH, prilikom čega predstavnici srpskog naroda ne učestvuju u izboru. Delegate iz

---

<sup>10</sup> Pogledati više o potrebi reforme Doma naroda Parlamentarne skupštine BiH kod Bieber, 2012.

reda srpskog naroda biraju poslanici iz Narodne skupštine Republike Srpske, a u izboru učestvuju zastupnici iz reda bošnjačkog i srpskog i hrvatskog naroda (Sahadžić, 2011a, str. 408). Prema ovom načinu izbora, u Domu naroda nisu predstavljeni pripadnici srpskog konstitutivnog naroda koji živi u Federaciji BiH, odnosno bošnjački i hrvatski konstitutivni narod iz Republike Srpske. Nadalje, u Domu naroda nisu predstavljene ni nacionalne manjine, kao ni grupa koja se etnički ne identificira.

Parlament Federacije BiH predstavlja dvodomni parlament na entitetskoj razini. Sastoji se od Predstavničkog doma i Doma naroda. Predstavnički dom se sastoji od 98 zastupnika koje direktno biraju građani s teritorije cijele Federacije. Ustav Federacije propisuje i minimalnu kvotu zastupljenosti konstitutivnih naroda, gdje stoji da će najmanje četiri zastupnika iz svakog od konstitutivnih naroda biti zastupljeni u ovom domu (Sahadžić, 2012b, str. 298). Propisivanjem minimalne kvote korigovan je princip da u Predstavničkom domu budu predstavljeni građani Federacije BiH. Treba napomenuti da Ustav Federacije ne propisuje minimalnu kvotu za predstavljenost nacionalnih manjina i etnički neidentifikovanih u ovo zakonodavno tijelo. Dom naroda Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine sastoji se od 58 delegata od kojih je 17 iz reda hrvatskog, 17 iz reda bošnjačkog, 17 iz reda srpskog naroda i 7 iz reda Ostalih, a koji se biraju posredno iz kantonalnih skupština. Biraju se na način da predstavnici hrvatskog, bošnjačkog i srpskog naroda te iz reda Ostalih u svakoj kantonalnoj skupštini biraju delegate iz svog konstitutivnog naroda, odnosno Ostalih (Sahadžić, 2011a, str. 409). Broj delegata koji se biraju iz kantonalnih skupština zavisi od broja stanovnika tog kantona. U Domu naroda predstavljen je najmanje jedan Bošnjak, jedan Hrvat i jedan Srbin iz svakog kantona koji imaju barem jednog takvog zastupnika u svojoj skupštini. Iako se Federacija sastoji iz kantona, vidljivo je da kantoni kao teritorijalne jedinice nisu predstavljeni u zakonodavnom tijelu na nivou Federacije jer kantoni delegiraju predstavnike konstitutivnih naroda i Ostalih kako bi predstavljali kolektive, ali ne i teritorijalne jedinice – kantone (Sahadžić, 2012b, str. 298).

Narodna skupština Republike Srpske predstavlja jednodomni parlament na entitetskoj ravni. Sastoji se od 83 zastupnika koji se biraju direktno s teritorije Republike Srpske. Ustavom Republike Srpske je također propisano da će najmanje četiri pripadnika svaka od tri konstitutivna naroda biti zastupljeni u Narodnoj skupštini (Sahadžić, 2012b, str. 299). Na ovaj način je isto kao i u slučaju Predstavničkog doma Federalnog parlamenta korigovan princip prema kojem je Narodna skupština predstavništvo građana, već kroz minimalnu kvotu i predstavništvo konstitutivnih naroda. Uz Narodnu skupštinu, intervencijom visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu 2002.

godine<sup>11</sup> formirano je i Vijeće naroda, kao tijelo koje se stara o eventualnim povredama vitalnog interesa naroda. Ono se u Republici Srpskoj bira posredno od strane Narodne skupštine primjenom kvotnog sistema, na način da je po osam delegata iz reda konstitutivnih naroda i četiri delegata iz reda Ostalih (Sahadžić, 2011a, str. 410). Treba napomenuti da Vijeće naroda Republike Srpske nije gornji dom, te nije ravnopravno u odlučivanju kao što je to slučaj s domovima naroda državnog i federalnog parlamenta.

Kantonalne skupštine u Federaciji BiH biraju se direktno od strane građana koji žive u tom kantonu. Broj članova kantonalne skupštine zavisi od broja upisanih birača u centralni birački spisak za svaki pojedini kanton, a kreće se u rasponu od 20 do 35 zastupnika (Sahadžić, 2011a, str. 411).

Skupština Brčko distrikta Bosne i Hercegovine sastoji se od 31 zastupnika koji se biraju direktno na lokalnim izborima od strane građana koji žive na prostoru Brčko distrikta, od kojih dva predstavljaju nacionalne manjine (Sahadžić, 2011a, str. 411).

#### *Struktura zakonodavnih tijela Bosne i Hercegovine*

Nivo vlasti	Zakonodavno tijelo	Tip/vrsta	Način izbora
Državni nivo (Bosna i Hercegovina)	Parlamentarna skupština BiH	Dvodomno tijelo	Direktan izbor zastupnika u Predstavnički dom (opšti izbori)  Izbor delegata u Dom naroda iz Narodne skupštine Republike Srpske i Doma naroda Parlamenta Federacije BiH
		<table border="1"> <tr> <td>Predstavnički dom (42)</td> <td>Dom naroda (15)</td> </tr> </table>	
Predstavnički dom (42)	Dom naroda (15)		
Entitetski nivo (Federacija Bosne i Hercegovine)	Parlament Federacije BiH	Dvodomno tijelo	Direktan izbor zastupni- ka u Predstavnički dom (opšti izbori)  Izbor delegata u Dom naroda Parlamenta Federacije iz kantonalnih skupština
		<table border="1"> <tr> <td>Predstavnički dom (98)</td> <td>Dom naroda (58)</td> </tr> </table>	
Predstavnički dom (98)	Dom naroda (58)		

<sup>11</sup> Vijeće naroda Republike Srpske [http://vijecenarodars.net/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2&Itemid=6&lang=sr-lat](http://vijecenarodars.net/index.php?option=com_content&view=article&id=2&Itemid=6&lang=sr-lat). Posljednji put posjećeno 3. 11. 2014.

Nivo vlasti	Zakonodavno tijelo	Tip/vrsta	Način izbora		
Entitetski nivo (Republika Srpska)	Narodna skupština RS	Jednodomno tijelo <table border="1" data-bbox="479 369 777 462"> <tr> <td>Narodna skupština (83)</td> <td>Vijeće naroda*</td> </tr> </table>	Narodna skupština (83)	Vijeće naroda*	Direktan izbor zastupni- ka u Narodnu skupštinu RS-a (opšti izbori)  Izbor delegata od strane Narodne skupštine u Vijeće naroda
Narodna skupština (83)	Vijeće naroda*				
Kantonalni nivo (kantoni u Fede- raciji BiH)	Kantonalne skupštine	Jednodomna tijela (od 20 do 35)	Direktan izbor (opšti izbori)		
Lokalni nivo – semifederalne jedinice (Brčko distrikt BiH)	Skupština Brčko distrikta BiH	Jednodomno tijelo (31)	Direktan izbor (lokalni izbori)		

\* Narodna skupština Republike Srpske se prema klasifikaciji i karakteristikama drugog tijela, Vijeća naroda Republike Srpske, smatra jednodomnim zakonodavnim tijelom.

#### 4. Izbori i izborni sistem

U Bosni i Hercegovini uspostavljen je proporcionalni izborni sistem s ciljem postojanja većeg broja višemandatnih jedinica, što je najviše uslovljeno i složenim političkim sistemom (Arapović, 2012, str. 19). Najviše zbog dvoentitetske strukture u Bosni i Hercegovini, koju prate višečlane izborne jedinice, bilo je neophodno utvrđivanje istovremenog postojanja proporcionalnog i kompenzacionog izbornog sistema (Kasapović, 2003). Zahvaljujući kompenzacionom izbornom sistemu došlo je praktički do miješanja dva nivoa izbornih cenzusa (od 3% do 5%) s ciljem osiguranja potpune jednakopravnosti sva tri konstitutivna naroda. Izborni sistem Bosne i Hercegovine jeste kombinacija gotovo svih poznatih izbornih principa: većinski princip i jednočlane izborne jedinice za izbor Predsjedništva BiH; proporcionalni princip i višečlane izborne jedinice za izbor sastava

parlamenta, prag od 3% za redovne mandate putem zatvorenih preferencijalnih listi; preferencijalno glasanje putem kojeg su liste otvorene biračima, te prag od 5% za kompenzacione mandate. Sve ove karakteristike izbornog sistema BiH čine ga hibridnim ili *sui generis* (Arapović, 2012, str. 25).

Izborni sistem	Oblik kandidature	Oblik glasanja	Nivo dodjele mandata	Metode pretvaranja glasova u mandate
Proporcionalni i kompenzacioni izborni sistem u višemandatnim izbornim jedinicama	Zatvorene, neblokirane liste	1 glas	Izborna jedinica – redovni mandat  Kompenzacioni mandati	Sent-Lagijeva metoda Cenzus 3%  Sent-Lagijeva metoda Cenzus 5%

*Pregled osnovnih komponenti u izbornom sistemu Bosne i Hercegovine*  
 (Kasapović, 2003)

Izborni sistem Bosne i Hercegovine pravno je regulisan odredbama Ustava Bosne i Hercegovine, ustavima nižih nivoa vlasti, odnosno statutima gradova i opština, te setom izbornog zakonodavstva u koji ulazi i Izborni zakon Bosne i Hercegovine, kao i još 12 zakona državnog ili entitetskog nivoa.<sup>12</sup>

#### 4.1. Reforma izbornog prava

Izbori održani 18. 11. 1990. godine smatraju se prvim slobodnim višestranačkim izborima, a istovremeno su održavani opšti i lokalni izbori. Nakon rata (1995) opšti izbori su održavani prvo u dvogodišnjim intervalima 1996, 1998, 2000. i 2002. godine, a potom u četverogodišnjim intervalima 2006. i 2010. godine. Lokalni izbori su također prvo održavani u dvogodišnjim intervalima 1998. i 2002, a potom u četverogodišnjim intervalima 2004. i 2008. godine. Dakle, i lokalni i opšti izbori se održavaju svake četiri godine, ali naizmjenično, tako da se izbori u Bosni i Hercegovini održavaju svake dvije godine.

Do donošenja Izbornog zakona Bosne i Hercegovine (2001), odnosno u periodu od 1996. do 2000. godine, izbori su provedeni prema *Pravilima i propisima Privremene izborne komisije* (PIK) supervizirane od strane Misije OSCE-a u Bosni i Hercegovini, a koja je i organizirala izbore u periodu od 1996. do 2004. godine. Formiranjem Centralne izborne komisije, izbore u

<sup>12</sup> Više o izbornom sistemu Bosne i Hercegovine pogledati kod Gavrić, Banović & Barreiro, 2013, str. 63–65.



Bosni i Hercegovini od 2006. godine provode domaće institucije (Arapović, 2012, str. 24). Iako je do sada izvršen veliki broj izmjena u izbornom sistemu Bosne i Hercegovine, još uvijek postoje ozbiljne prepreke koje usporavaju konsolidaciju parlamentarne demokratije i funkcionisanje izbornog sistema na principima slobodnih izbora: tajnosti i slobode glasanja, neposrednih i posrednih izbora, te posebno jednakog pasivnog biračkog prava. Izborni sistem Bosne i Hercegovine još uvijek u velikoj mjeri odražava supremaciju etničkih kolektiviteta (konstitutivnih naroda) u odnosu na pojedince (a posebno grupu osoba koje pripadaju nacionalnim manjinama i etnički neidentifikovanim građanima) u smislu kako se njegovo značenje i uloga shvataju u stabilnim društvima parlamentarne demokratije (Arapović, 2012, str. 44). Deset godina primjene Izbornog zakona Bosne i Hercegovine (2001–2011), te 16 izmjena i dopuna do 2011. godine, dokazali su da izborni sistem Bosne i Hercegovine nije zaokružen, da sadrži systemske anomalije, te da postoji potreba za međusobnim harmonizovanjem izbornog zakonodavstva i ustava kao i izbornog zakonodavstva horizontalno (Arapović, 2012, str. 46). Pored drugih, poseban problem u izbornom sistemu Bosne i Hercegovine pokazao se u sporom formiranju zakonodavnih tijela u postizbornom periodu. Problemi s konstituisanjem Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, a zatim Doma naroda Parlamenta Federacije BiH te posljedično i Doma naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine i na koncu Vijeća ministara BiH ni 400 dana nakon izbora 2010. godine, pokazuje ozbiljne nedostatke i pravne praznine u izbornom sistemu. Ustavom i zakonom nije predviđeno ko i po kojoj proceduri raspušta državni Predstavnički dom, dok Predsjedništvo BiH može raspustiti Dom naroda državnog parlamenta. No, bez propisa kojima se omogućava raspuštanje Predstavničkog doma na državnom nivou onemogućeno je raspisivanje vanrednih izbora u slučajevima nemogućnosti formiranja izvršne vlasti na državnom nivou. Također su nedovršene norme u vezi s procedurama i rokovima za formiranje pojedinih instanci vlasti, neodređene su sankcije u slučaju kršenja procedura, ne postoje institucije vanrednih izbora u slučajevima neusvajanja budžeta ili neformiranja vlasti nakon izbora, te sve to traži daljnju reformu izbornog sistema Bosne i Hercegovine (Arapović, 2012, str. 49).

## **5. Zakonodavni postupak u Bosni i Hercegovini**

### **5.1. Karakteristike zakonodavnog postupka u Bosni i Hercegovini**

Zakonodavni postupci u Bosni i Hercegovini, bez obzira na to o kojem nivou se radilo, nemaju suštinskih razlika. Prema osnovnom zakonodavnom postupku koji se primjenjuje u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine,

svaki zakon mora biti usvojen u odvojenim parlamentarnim procedurama u oba doma, kako bi postao državni zakon. Kada se uporede poslovnici o radu oba doma parlamenta, može se zaključiti da suštinskih razlika nema (osim u onom dijelu koji se odnosi na rokove).<sup>13</sup> Prijedlog zakona može podnijeti svaki poslanik Predstavničkog doma, svaki delegat Doma naroda, komisija svakog od domova, zajednička komisija, Predsjedništvo BiH i Vijeće ministara (Poslovnik o radu Predstavničkog doma, član 99; Poslovnik o radu Doma naroda, član 92). Prema dužini trajanja, primjenjuju se tri vrste zakonodavnog postupka: osnovni, skraćeni i hitni. Najveći broj zakona usvaja se po osnovnom postupku. Skraćeni i hitni postupak se koriste kada priroda zakona iziskuje skraćivanje rokova, odnosno, pojednostavljivanje procedure donošenja zakona. Kod usvajanja amandmana na Ustav BiH, prije provođenja zakonodavne procedure, amandmani se stavljaju na javnu raspravu, a zatim se provodi zakonodavni postupak kako je predviđeno pravilnicima oba doma. Amandmani na Ustav Bosne i Hercegovine podnose se na isti način kao i zakoni i prate osnovni zakonodavni postupak (Poslovnik o radu Predstavničkog doma, članovi 132–135; Poslovnik o radu Doma naroda, članovi 127–129).

Osnovna zakonodavna procedura u oba doma odvija se identično i sastoji se od sljedećih faza (Poslovnik Predstavničkog doma odjeljak B-I; Poslovnik Doma naroda odjeljak B-H):

- Preliminarna faza: usaglašenost prijedloga zakona s Ustavom;
- Komisijska faza I: mišljenje nadležne komisije;
- Plenarna faza – prvo čitanje: opšta rasprava, principi i usaglašenost s Ustavom;
- Komisijska faza II: podnošenje amandmana, javna rasprava;
- Plenarna faza – drugo čitanje: amandmani, neusklađenost i pravno-tehničke greške
- Usaglašavanje teksta: prijedlog zakona usvojen ili odbijen.

Da bi se neki zakon smatrao usvojenim, on mora biti usvojen u identičnom obliku u oba doma. Ako usvojeni tekst u jednom domu nije istovjetan s onim kojeg usvoji drugi dom, osniva se zajednička komisija koja radi na

---

<sup>13</sup> *Poslovnik Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine*. Dostupno na: <https://www.parlament.ba/sadrzaj/about/ustav/docs/default.aspx?id=32309&langTag=bs-BA&pril=b> (posljednji put pristupljeno 13. 9. 2014).  
*Poslovnik o radu Doma naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine*. Dostupno na: <https://www.parlament.ba/sadrzaj/about/ustav/docs/default.aspx?id=18782&langTag=bs-BA&pril=b> (posljednji put pristupljeno 13. 9. 2014).

usklađivanju oba teksta. Zajednička komisija izrađuje izvještaj o usaglašenosti teksta koji se potom usvaja u oba doma. Ukoliko izvještaj ne bude usvojen u jednom od domova, smatra se da je zakon odbijen. Suprotno, smatra se da je zakon usvojen.<sup>14</sup>

Donošenju zakona u Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine prethodi inicijativa za donošenje zakona koju mogu pokrenuti skupštine kantona, gradska i opštinska vijeća, kao i građani i druga pravna lica (privredna društva, privredne komore, političke organizacije i udruženja građana). Ta se inicijativa dostavlja predsjedniku Predstavničkog doma. Ovlašteni predlagači nacrti i prijedloga zakona su premijer Federacije BiH (odnosno Vlada), svaki poslanik i delegat u oba doma, klubovi poslanika i delegata, te radna tijela domova. U slučaju Narodne skupštine Republike Srpske, skoro je identičan krug osoba koji se mogu pojaviti kao inicijatori donošenja zakona. Ovlašteni predlagači mogu biti narodni poslanici, predsjednik Republike, Vlada i najmanje tri hiljade birača (narodna inicijativa).<sup>15</sup>

Zakonodavni postupak u Parlamentu Federacije BiH/Narodnoj skupštini Republike Srpske/kantonalnim skupštinama<sup>16</sup>/Skupštini Brčko distrikta Bosne i Hercegovine uopšteno gledajući i uz određene izuzetke odvija se na sljedeći način:

podnošenje nacrti zakona
izjašnjavanje zakonodavno-pravne komisije i drugih radnih tijela o nacrtu zakona
plenarna faza: razmatranje <i>nacrti zakona</i> u Parlamentu Federacije BiH/Narodnoj skupštini Republike Srpske/kantonalnoj skupštini/Skupštini Brčko distrikta BiH
ukoliko se nacrt zakona usvoji u Parlamentu Federacije BiH/Narodnoj skupštini Republike Srpske/kantonalnoj skupštini/Skupštini Brčko distrikta BiH, on predstavlja osnov za izradu prijedloga zakona
organizovanje javne rasprave o nacrtu zakona (kao mogućnost ili obaveza)
razmatranje prijedloga zakona od strane radnih tijela

---

<sup>14</sup> Više o zakonodavnom postupku Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine kod Saračević, 2012, str. 70–71.

<sup>15</sup> Više o zakonodavnom postupku Parlamenta Federacije BiH kod Omerović, 2012, str. 124.

<sup>16</sup> Više o zakonodavnom postupku u kantonalnim skupštinama kod Sahadžić, 2012a, str. 156–157.

plenarna faza: razmatranje prijedloga zakona u Parlamentu Federacije BiH/Narodnoj skupštini Republike Srpske/kantonalnoj skupštini/Skupštini Brčko distrikta BiH uz mogućnost ulaganja amandmana

Usvajanje ili odbacivanje prijedloga zakona

Po pravilu, nacrti i prijedlozi zakona se prvo razmatranju u Predstavničkom domu, pa potom u Domu naroda Parlamenta Federacije BiH. Da bi zakon bio usvojen, potrebno je da u identičnom obliku bude usvojen u oba doma (Omerović, 2012, str. 122–123). Pošto je jednodomna, zakonodavni postupak u Republici Srpskoj odvija se samo u Narodnoj skupštini, dok se Vijeće naroda uključuje u eventualnim povredama vitalnog interesa naroda. Isti je slučaj kod kantonalnih skupština i Skupštine Brčko distrikta BiH. Za razliku od Parlamenta Federacije BiH, u zakonodavnom postupku Narodne skupštine postoje i sljedeće obaveze i mogućnosti:

na nacрте zakona koji su u proceduri u Narodnoj skupštini traži se i izjava o usklađenosti nacrta s propisima Evropske unije;

Zakonodavno tijelo može odlučiti da o pojedinim pitanjima iz svoje nadležnosti odluku donese nakon prethodnog izjašnjavanja naroda na referendumu. Ovdje se radi o neobaveznom savjetodavnom referendumu.

## **5.2. Veto mehanizmi: entitetsko glasanje i vitalni nacionalni interes**

Kompleksnost ustavnog i političkog sistema Bosne i Hercegovine ogleda se i u tome što su se na različitim nivoima zakonodavne i izvršne vlasti (vertikalna podjela vlasti), odnosno različitim nivoima državne, entitetske, kantonalne i lokalne vlasti (horizontalna podjela vlasti), institucionalizirali *veto mehanizmi*. U tom smislu možemo govoriti o njihovih pet pojavnih oblika (Kulenović, 2014, str. 36–54):

a) tzv. *entitetsko glasanje* u Predstavničkom domu Parlamentarne skupštine BiH (čl. IV/3.d) Ustava BiH);

b) procedure za zaštitu tzv. *vitalnog interesa entiteta* u Predsjedništvu BiH (čl. V/2.d) Ustava BiH);

c) <i>procedure za zaštitu vitalnih interesa konstitutivnih naroda</i> u Domu naroda Parlamentarne skupštine BiH (čl. IV/3.e)-f) Ustava BiH), tzv. <i>vitalnog nacionalnog interesa</i> u Domu naroda Parlamenta FBiH (čl. IV.A.6. Ustava FBiH), odnosno Vijeću naroda RS (čl. 70. Ustava RS), te u skupštinama kantona (čl. V.2.7a-7b Ustava FBiH) <sup>17</sup> i Gradskom vijeću Grada Mostara (IV.C. Ustava FBiH);
d) <i>procedure za sprečavanje preglasavanja</i> u Skupštini Brčko distrikta BiH (čl. 33.a Statuta BDBiH); te
e) <i>zaštita vitalnog nacionalnog interesa</i> u Gradskom vijeću Grada Sarajeva (čl. 36. Statuta Grada Sarajeva).

Postupak odlučivanja u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine predstavlja jedan od složenijih oblika odlučivanja. To proizlazi iz činjenice da se u Parlamentarnoj skupštini teži tome da se zaštite interesi građana i konstitutivnih naroda, te da se osigura ravnopravnost entiteta. Kvorum za odlučivanje u Predstavničkom domu čini većina svih zastupnika, a u Domu naroda Parlamentarne skupštine devet članova, od čega moraju biti prisutna barem tri delegata iz reda svakog od konstitutivnih naroda. Nekoliko je postupaka odlučivanja u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine (Sahadžić, 2012, str. 303–304):

1. *Odlučivanje većinom glasova* – Ustavom BiH propisano je da se odlučivanje prostom većinom primjenjuje prilikom izbora predsjedavajućeg i zamjenika predsjedavajućeg u oba doma, te prilikom usvajanja poslovnika o radu;
2. *Odlučivanje kvalifikovanom većinom* – Redovno se primjenjuje prilikom postupaka odlučivanja u oba doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine. Često se naziva i odlučivanje tzv. entitetskim glasanjem. Radi se o usvajanju odluka većinom glasova onih koji su prisutni i glasaju. Pritom, Ustav i poslovници oba doma propisuju da će zastupnici i delegati uložiti napore kako bi većina uključivala najmanje jednu trećinu glasova zastupnika, odnosno delegata s teritorije svakog od entiteta. Ukoliko se to ne dogodi, predsjedavajući i njegovi zamjenici će u svojstvu komisije nastojati da postignu saglasnost u roku od tri dana od glasanja. Ukoliko se postigne saglasnost, odluka se smatra usvojenom. Ukoliko ne uspiju u nastojanju, odluka će se usvojiti većinom onih koji su prisutni i glasaju, pod uslovom da glasovi protiv ne uključuju 2/3 ili više zastupnika, odnosno delegata iz svakog entiteta.

---

<sup>17</sup> U mjeri u kojoj postoji odstupanje od Ustava FBiH, može se govoriti o posebnom režimu zaštite vitalnog (nacionalnog) interesa u Kantonu Sarajevo (Amandman XLVII-XLVIII na Ustav Kantona Sarajevo).

3. *Odlučivanje o pitanju vitalnog interesa konstitutivnog naroda*<sup>18</sup> – primjenjuje se u Domu naroda Parlamentarne skupštine kada većina delegata iz reda bošnjačkog, srpskog ili hrvatskog naroda, koji su prisutni i glasaju, smatra da se radi o pitanju koje je štetno po vitalni interes konstitutivnog naroda čiji su delegati istakli prigovor vitalnog nacionalnog interesa. Da bi se usvojio prigovor, potrebno je da za njega glasa većina srpskih, bošnjačkih i hrvatskih delegata. Ukoliko većina iz reda svakog od konstitutivnih naroda uloži primjedbu na ulaganje prigovora vitalnog interesa, predsjedavajući će sazvati zajedničku komisiju sastavljenu od tri delegata iz svakog od konstitutivnih naroda u cilju donošenja rješenja. Ukoliko komisija u roku od pet dana ne riješi pitanje, predmet se upućuje Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine koji će donijeti odluku o dopustivosti slučaja, proceduralnoj ispravnosti te da li je u konkretnom slučaju povrijeđen vitalni nacionalni interes nekog od konstitutivnih naroda (Kulenović, 2014, str. 36–54).

Postupak odlučivanja u Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine podrazumijeva ravnopravno odlučivanje u oba doma. Izuzetak čini odlučivanje o usvajanju poslovnika, predsjedavajućeg i dva potpredsjednika, te odlučivanje o pravilnicima, pri čemu svaki od domova djeluje samostalno. I u Predstavničkom i u Domu naroda Parlamenta Federacije BiH kvorum za odlučivanje čini većina zastupnika, odnosno delegata. U Parlamentu Federacije BiH primjenjuju se dva oblika odlučivanja:

1. *Odlučivanje većinom glasova* – Ustavom Federacije BiH i poslovnica oba doma predviđeno je da se odlučivanje vrši većinom glasova ukupnog broja članova oba doma;
2. *Odlučivanje o pitanju vitalnog interesa* (Marković, 2012, str. 258) – Amandman XXXIX na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine predviđa da ukoliko više od jednog predsjedavajućeg ili potpredsjedavajućeg Doma naroda smatra da zakon sadrži pitanje od vitalnog interesa, zakon će biti uvršten u dnevni red sjednice Doma. Ako samo jedan predsjedavajući ili potpredsjedavajući Doma naroda tvrdi da je u pitanju takav zakon, dvotrećinska većina članova odgovarajućeg kluba mora proglasiti da je dotični zakon od vitalnog nacionalnog interesa. Da bi takav zakon bio usvojen, potrebno je da za njega glasa većina delegata sva tri kluba konstitutivnih naroda u Domu (ne i kluba Ostalih koji ne učestvuju u ovom postupku). Takav zakon mora biti potvrđen u Predstavničkom domu. Ako se klubovi naroda u Domu naroda ne mogu saglasiti o tekstu zakona, ili ako Predstavnički dom ne prihvati tekst

---

<sup>18</sup> Član VI tačka 3 Ustava Bosne i Hercegovine.

zakona o kojem su se oni saglasili, formirat će se zajednička komisija oba doma na principu pariteta, koja odlučuje konsenzusom. Ako se ona usaglasila o tekstu zakona, smatrat će se da je on usvojen. U suprotnom, smatrat će se da nije. *Drugi* slučaj odlučivanja o vitalnom interesu regulisan je Amandmanom XL na Ustav koji predviđa mogućnost pokretanja zaštite vitalnog interesa naroda odlukom dvotrećinske većine jednog od klubova konstitutivnih naroda u Domu naroda. U tom slučaju, prijedlog zakona će biti usvojen ukoliko za njega glasa većina delegata iz reda svakog konstitutivnog naroda. Takav zakon se dostavlja Predstavničkom domu. U slučaju da zajednička komisija (koja se formira na paritetnom osnovu i donosi odluke konsenzusom oba doma) ne postigne saglasnost o tekstu zakona, prijedlog zakona neće biti odbačen, nego će Vijeće za zaštitu nacionalnog interesa pri Ustavnom sudu Federacije BiH ocjenjivati da li se predmetni zakon odnosi na vitalni interes jednog od konstitutivnih naroda. Ukoliko Vijeće ocijeni da se zakon odnosi na vitalni interes jednog od naroda, zakon će biti odbačen. Ako Vijeće odluči da se zakon ne odnosi na vitalni interes, Dom naroda će o njemu odlučivati većinom od ukupnog broja svojih članova.

U postupku odlučivanja Narodne skupštine Republike Srpske primjenjuju se dva postupka (Sahadžić, 2012b, str. 306–307):

1. *Odlučivanje većinom glasova* – Ustavom RS-a i Poslovníkom o radu Narodne skupštine propisano je da se akti i amandman smatraju usvojenim ukoliko za njih glasa više od polovice od ukupnog broja zastupnika;
2. *Odlučivanje o pitanju vitalnog nacionalnog interesa* – Propis koji usvoji Narodna skupština Republike Srpske će se dostaviti i razmatrati od strane Vijeća naroda Republike Srpske ukoliko se smatra da propis narušava vitalni interes konstitutivnog naroda. U *prvom slučaju*, ukoliko više od jednog predsjedavajućeg i potpredsjedavajućeg Vijeća naroda Republike Srpske smatra da se propisom zadire u pitanje vitalnog nacionalnog interesa, propis će biti uvršten u dnevni red Vijeća naroda. Predsjedavajući i potpredsjedavajući će morati donijeti odluku u roku od sedam dana. Ukoliko većina svakog kluba koji ima delegate u Vijeću naroda glasa za propis, smatrat će se da je usvojen. Također, ukoliko se u Vijeću naroda postigne saglasnost o amandmanima, taj propis se podnosi Narodnoj skupštini na odobravanje. Ukoliko saglasnost nije moguće postići, formira se zajednička komisija od predstavnika Narodne skupštine i Vijeća naroda sastavljena na paritetnoj osnovi koja donosi odluke konsenzusom. Zajednička komisija radi na usaglašavanju teksta

propisa koji će se smatrati usvojenim ukoliko se postigne saglasnost o njemu. U suprotnom, vratit će se predlagaču na novi postupak. U tom slučaju predlagač ne može ponovo podnijeti isti tekst propisa. U *drugom slučaju*, ukoliko samo jedan predsjedavajući ili potpredsjedavajući Vijeća naroda smatra da je određenim propisom povrijeđen vitalni nacionalni interes, dvotrećinska većina odgovarajućeg kluba može proglasiti da se radi o povredi vitalnog nacionalnog interesa. O ovom propisu će se tada izjašnjavati Vijeće naroda. Većina svakog kluba konstitutivnih naroda će morati glasati za propis da bi se on mogao smatrati usvojenim. U suprotnom, formira za zajednička komisija Narodne skupštine i Vijeća naroda koja radi na usaglašavanju propisa. Ukoliko se ne postigne konsenzus, propis se ne vraća predlagaču već Vijeću za zaštitu vitalnog interesa Ustavnog suda Republike Srpske koje dvotrećinskom većinom glasova odlučuje o prihvatljivosti predmeta. Da bi Vijeće smatralo da je propisom povrijeđen vitalni interes, potrebna su najmanje dva glasa sudija. Ukoliko Ustavni sud smatra da je propisom povrijeđen vitalni interes, propis će se smatrati neusvojenim. U suprotnom, Vijeće naroda će moći donijeti propis prostom većinom.

Postojanje veto mehanizama na raznim nivoima treba tumačiti u kontekstu uvedenih elemenata konsenzualne demokratije u Bosni i Hercegovini. Ovi mehanizmu su poznati i u drugim složenim državama i služe sprečavanju dominacije jedne etničke, jezičke ili religijske skupine nad drugom. No, kako se pokazalo u praksi korištenja ovih mehanizama u određenim elementima, radi se o nedovršenim institutima te postoji određeni broj primjedbi, odnosno prijedloga za poboljšanje. Često se u bosanskohercegovačkoj akademskoj i političkoj debati postavlja pitanje i mogućnosti postojanja vitalnog interesa grupe Ostali (nacionalnih manjina i etnički neidentifikovanih), odnosno, da li bi ova heterogena grupa mogla formirati zajednički interes kada se radi o pitanjima od njihovog interesa? (Banović, 2012) Prema jednim autorima (Marković, 2012) ovaj mehanizam bi trebao da ostane samo kao mehanizam zaštite vitalnog interesa konstitutivnih naroda, te da bi daljnje širenje mehanizama blokade dalje usporilo ionako otežan rad parlamenata na svim nivoima. No, gledajući s teoretskog aspekta, i grupa Ostalih mogla bi formirati svoj vitalni interes (ne i nacionalni) jer dominacija konstitutivnih naroda ugrožava ostvarivanje njihovih individualnih i kolektivnih prava. U tom smislu, Faris Vehabović smatra da buduća ustavna rješenja moraju omogućiti da Ostali definiraju i artikuliraju svoje interese uz istovjetni nivo zaštite prava koja su vezana za pitanja koja pripadnici Ostalih definiraju kao vitalni interes i koji bi, u tom slučaju, bili u poziciji da zaustave svaki zakon koji bi mogao sadržavati elemente diskriminacije pripadnika nekonstitutivnih



naroda. Na taj način otklonila bi se mogućnost da se donose zakoni koji kasnije, u svojoj primjeni, mogu predstavljati diskriminaciju za pripadnike Ostalih (Vehabović, 2010, str. 15).

S obzirom na uređenje Bosne i Hercegovine, smatra se da je neophodno dalje postojanje ovog mehanizma, ali on treba služiti svojoj svrsi: ravnopravnosti konstitutivnih naroda. Vitalni nacionalni interes je zamišljen kao stabilizirajući faktor, a dosadašnje iskustvo pokazuje da on može djelovati na dva načina: tako je u Federaciji BiH (do maja 2013) pokrenut svega 14 puta, dok je u Republici Srpskoj ovaj mehanizam pokrenut preko 100 puta. Dakle, ovaj mehanizam može podsticati kompromis među grupama jer bi prijetnja pozivanja na zaštitu vitalnog nacionalnog interesa trebala spriječiti političke predstavnike da uopšte predlažu politike koje nemaju podršku svih konstitutivnih naroda. U formalnopravnom smislu, postoji nedostatak njegovog definisanja i navođenja u Ustavu Bosne i Hercegovine, odnosno preširokog navođenja u Ustavu Republike Srpske i Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine, što ostavlja prostor da se i politike koje realno ne predstavljaju vitalni interes konstitutivnog naroda tumače kao takve. Pošto ni u jednom ustavu nije definisan pojam vitalnog interesa, ustavni sudovi imaju važnu ulogu u tumačenju pojma i povećavanju transparentnosti njegovog korištenja. Venecijanska komisija je prepoznala da postojanje ovog instituta može biti rizik za rad institucija sistema, no da ustavni sudovi upravo doprinose boljem razumijevanju ovog mehanizma. Ipak, uloga ustavnih sudova je kontraverzna jer se radi o nedemokratski izabranim institucijama koje imaju moć da ocjenjuju legitimnost odluka koje donose demokratski izabrane vlasti.<sup>19</sup>

## **6. Odnos izvršne i zakonodavne vlasti na državnom nivou: odnos Vijeća ministara BiH, Predsjedništva BiH i Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine**

*Sui generis* priroda političkog sistema Bosne i Hercegovine, koji ima obilježja federalnog, semiparlamentarnog i polupredsjedničkog sistema, implicira i jednu specifičnu korelaciju i strukturu državnih institucija zakonodavne, izvršne i sudske vlasti. Bh. semiparlamentarni sistem specifičan je u odnosu na klasične parlamentarne sisteme u kojima parlamentarna većina formira vladu, odnosno, postavlja premijera i članove kabineta, a što se ne može primijeniti u odnosu zakonodavne vlasti tj. Parlamentarne skupštine BiH i

---

<sup>19</sup> Zaključci i preporuke s naučne konferencije održane u Sarajevu 10. 5. 2013. godine u organizaciji Centra za političke studije i Doma naroda Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine pod nazivom *Šta je vitalni interes naroda i kome on pripada? Ustavopravna i politička dimenzija.*

Vijeća ministara BiH, koji su nosioci izvršne vlasti zajedno s Predsjedništvom BiH. Vijeće ministara se konstituira na partnerskoj osnovi, principu teritorijalne zastupljenosti, zastupljenosti konstitutivnih naroda,<sup>20</sup> a ne na osnovu usaglašenih programskih platformi izbornih koalicija. Problem uspostave odgovarajućih korelacija između parlamentarne većine i članova kabineta predstavlja ograničenje u funkcionisanju državne vlasti. Iako je Vijeće ministara predlagač najvećeg broja zakona koji se usvoje u državnom parlamentu, isto tako je Vijeće ministara BiH predlagač i većeg broja zakona koji se odbiju u parlamentu, što je posebno bio slučaj u sazivu državnog parlamenta 2006–2010. (Saračević, 2012, str. 54–55). Princip ravnoteže između zakonodavne i izvršne vlasti ne može se pravilno uspostaviti i održati u bh. modelu zbog institucionalnih mehanizama koji vještački održavaju kontinuitet političkog sistema. Naime, u razvijenim političkim društvima, kada nastupi parlamentarna kriza, traži se raspuštanje parlamenta i raspisivanje vanrednih izbora (koji su nepoznat instituti u izbornom sistemu Bosne i Hercegovine) ili parlamentarna većina izglasa nepovjerenje vladi te se uspostavlja nova parlamentarna paradigma. Iako bh. parlament može izglasati nepovjerenje vladi<sup>21</sup>, od 1996. god do danas to se nije desilo. Također, ne postoji formalna mogućnost da se raspusti Predstavnički dom Parlamentarne skupštine BiH,<sup>22</sup> što ukazuje na želju ustavotvorca da se izbjegne politička nestabilnost i blokada u radu državnih tijela. Između Parlamentarne skupštine BiH i Vijeća ministara naglašena je kontrolna uloga koju vrši parlament kroz interpelaciju i mogućnost izglasavanja nepovjerenja vladi (Poslovnik o radu Predstavničkog doma, članovi 167–169; Poslovnik Doma naroda, članovi 164–166). Uloga Vijeća ministara kao inicijatora i predlagača zakona u odnosu na ulogu samih poslanika i delegata neuporedivo je veća. U zadnja dva saziva državnog parlamenta evidentno je značajnije učešće članova Vijeća ministara na sjednicama parlamenta. Jedan od problema koji se ovdje javlja jeste da je uspostavljena loša praksa da zastupnici čekaju jako dugo na odgovore na poslanička pitanja, ponekad i preko tri mjeseca, što usporava rad komisija i generalno otežava poslaničke rasprave oko pojedinih

---

<sup>20</sup> Zakon o Vijeću ministara Bosne i Hercegovine. Dostupno na: <http://www.izbori.ba/documents/documents/zakoni/pozvm110508.pdf>. Posljednji put posjećeno: 8. 10. 2014.

<sup>21</sup> Vidjeti članove od 9 do 15 Zakona o Vijeću ministara Bosne i Hercegovine.

<sup>22</sup> Ustav Bosne i Hercegovine u članu IV tačka 3. g) predviđa samo mogućnost samoraspuštanja Doma naroda, odnosno odlukom Predsjedništava BiH, što u konačnici nema utjecaja na rješavanje parlamentarne krize, jer se Dom naroda formira delegiranjem iz nižih zakonodavnih tijela i njegov sastav bi ponovnim formiranjem ostao nepromijenjen. Na kraju, Vijeće ministara potvrđuje se u Predstavničkom, ali ne i u Domu naroda.

zakona.<sup>23</sup> Funkciju šefa države vrši tročlano Predsjedništvo BiH koje imenuje predsjedavajućeg Vijeća ministara, za čiju investituru je potrebno odobrenje Predstavničkog doma. U okviru svojih formalnih ovlaštenja, Predsjedništvo BiH može podnositi parlamentu prijedlog zakona na usvajanje.<sup>24</sup> Također, predstavnici Predsjedništva mogu učestvovati na sjednicama domova i uključivati se u raspravu u svakom momentu. Na zahtjev nekog od domova, Predsjedništvo BiH je dužno pružati obavještenja o pitanjima iz svoje nadležnosti, te podnijeti izvještaj o svojim rashodima najmanje jedanput godišnje. Predsjedništvo BiH može raspustiti Dom naroda,<sup>25</sup> što je odlika polupredsjedničkih sistema. Proceduru za raspuštanje Doma naroda može pokrenuti član iz reda srpskog naroda u Narodnoj skupštini Republike Srpske, bošnjački u klubu Bošnjaka, odnosno hrvatski u klubu Hrvata u federalnom Domu naroda. Ova formalna mogućnost je samo predviđena za Dom naroda, ali ne i za Predstavnički dom (Saračević, 2012, str. 56). Odredbe o raspuštanju su u pravnom smislu nedorečene, jer se ni u jednom pravnom aktu ne spominje da će raspuštanje Doma naroda voditi ka raspuštanju i Predstavničkog doma i raspisivanju novih izbora. Raspuštanje Doma naroda pretpostavlja promjenu parlamentarne većine i u entitetskim parlamentima koji delegiraju delegate u državni Dom naroda, pa se shodno tome kod svake promjene parlamentarnih većina u entitetima treba promijeniti i stranačka struktura delegata u Domu naroda (Saračević, 2012, str. 56).

## **7. Parlamentarni sistem Bosne i Hercegovine i proces evropskih integracija**

U procesu pristupanja Evropskoj uniji, jednu od ključnih uloga imali su nacionalni zakonodavci, odnosno nacionalni parlamenti. Uloga zakonodavnih tijela u procesu evropskih integracija može se grubo razvrstati u tri osnovna zadatka: ustavni, transpozicija zakonodavstva i zadatak nadzora (Kreho, 2012, str. 354). Kada govorimo o *ustavnim zadacima*, parlamenti su jedina suverena nacionalna tijela i njihova ovlaštenja u vezi s pristupanjem EU odnose se na mogućnost da odobre nove sporazume, izmjene i promjenu postojećih, te odobre sporazume o pristupanju EU. Donošenje odluke o prijenosu nadležnosti s države na Evropsku uniju nadležnost je parlamenata. I na kraju, imaju pravo veta na određene odluke. Da bi se ispunili zadaci koji

---

<sup>23</sup> Centri civilnih inicijativa, *Mandatni izvještaj o monitoringu rada Parlamentarne skupštine BiH za period 1. 11. 2006 – 1. 9. 2010. godine*, str. 6.

<sup>24</sup> Član 32 tačka 1. c) Poslovnika o radu Predsjedništva BiH.

<sup>25</sup> Član IV tačka 3 g) Ustava BiH.

stoje pred državom, potrebno je provesti određeni nivo ustavnih promjena. Kada govorimo o *zadatku transpozicije zakonodavstva*, države kandidati i članice imaju obavezu da usklade svoje nacionalno zakonodavstvo s pravom Evropske unije. Državama se najčešće ostavlja mogućnost da ovisno o aktima Unije izaberu metod usklađivanja (Public International Law & Policy Group, 2012). Kada govorimo o *zadatku nadzora*, prije svega se misli na kontrolu implementacije okvirnih bilateralnih sporazuma s Evropskom unijom te vršenje političkog monitoringa nad fazama integracionog postupka. U maju 1999. godine Evropska unija je pokrenula *Proces stabilizacije i pridruživanja* uspostavljen kao instrument pomoći za pet zemalja Jugoistočne Evrope (Albaniju, Bosnu i Hercegovinu, Srbiju, Crnu Goru, Hrvatsku i Makedoniju) u cilju njihovog lakšeg i bržeg pridruživanja Evropskoj uniji. *Mapa puta za Bosnu i Hercegovinu* (EU Road Map) obavljena je u martu 2000. godine. Sadržavala je 18 bitnih koraka koji se trebaju ispuniti u cilju započinjanja izrade *Studije izvodljivosti o pregovaranju za sklapanje Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju*. Mapa puta prema EU sadržavala je tri vrste mjera (Public International Law & Policy Group, 2012, str. 358–359):

1. *Političke mjere* – koje su podrazumijevale donošenje izbornog zakona i načina finansiranja izbora; jedinstveni pasoš; zakon o državnoj službi; stalni sekretarijat u Predsjedništvu BiH; pravila i procedure za Parlamentarnu skupštinu BiH; zakon o državnoj graničnoj službi, te finansiranje Ustavnog suda BiH;
2. *Ekonomske mjere* – uvođenje državnog trezora i ukidanje zavoda za platni promet; uklanjanje međuentitetskih trgovinskih barijera; jedinstveni bh. institut za standarde, mjeriteljstvo i intelektualno vlasništvo i institut za akreditiranje; zakon o zaštiti potrošača, zakon o konkurenciji i zakon o direktnim stranim investicijama i restituciji;
3. *Demokratske mjere* – vladavina zakona i ljudska prava u smislu donošenja imovinskih zakona, poboljšanje uvjeta za održiv povratak; instituciju ombudsmena; zakon o sudskoj i tužilačkoj funkciji u entitetima i uspostavu javnog RTV servisa.

Nakon ispunjavanja uvjeta iz *Mape puta* te *Studije izvodljivosti* iz 2003. godine, Evropska komisija zvanično je otpočela pregovore za potpisivanje Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između EU i Bosne i Hercegovine 26. novembra 2005. godine. Sporazum je parafiran 4. decembra 2007. godine, a potpisan 16. juna 2008. godine. Iako je ratifikovan u Evropskom parlamentu, Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine te svim nacionalnim parlamentima država članica EU, stupio je na snagu tek 1. juna 2015. godine zbog neispunjavanja političkih uslova od strane Bosne i Hercegovine. Od 1. jula 2008. primjenjuje se Privremeni sporazum o trgovini i trgovinskim

pitanjima između Evropske zajednice i Bosne i Hercegovine. Od potpisivanja Sporazuma Bosna i Hercegovina (16. juna 2008) je postala obavezna da usklađuje svoje zakonodavstvo s pravom Evropske unije. Kao jedna od ključnih institucija u ovom procesu jeste Direkcija za evropske integracije Bosne i Hercegovine koja je zadužena da, između ostalog, koordinira poslove usklađivanja pravnog sistema BiH s *acquis communautaireom* i provjerava usklađenost svih nacrti zakona i drugih propisa koje Vijeću ministara dostavljaju druga tijela ((Public International Law & Policy Group, 2012, str. 361). U ovom procesu Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine igra ključnu ulogu. U Poslovniku o radu Predstavničkog doma (član 200, stav 2, tačka e) navodi se da svaki prijedlog zakona koji se dostavlja u proceduru mora imati obrazloženje u kojem je neophodno navesti i mišljenje Direkcije za evropske integracije Bosne i Hercegovine o usklađenosti prijedloga zakona s pravom Evropske unije. Poslovnik Doma naroda u članu 93 regulira da je već prilikom rasprave o prijedlogu zakona u prvoj fazi komisija koja je određena za nadležnu komisiju za razmatranje prijedloga zakona dužna pribaviti mišljenje Direkcije za evropske integracije BiH o usklađenosti prijedloga. Imajući u vidu komplikovanu zakonodavnu proceduru uz veto mehanizme, ne treba čuditi činjenica da se Parlamentarna skupština BiH uopšteno gledajući, ne može pohvaliti dobrim rezultatima. Prema podacima iz Mandatnog izvještaja Centara civilnih inicijativa o monitoringu rada Parlamentarne skupštine BiH za period 1. 11. 2006 – 1. 9. 2010. godine,<sup>26</sup> Parlamentarna skupština je u prvom četverogodišnjem mandatu (saziv 2002–2006) usvajala 47 zakona godišnje, a u sazivu 2006–2010. usvojeno je ukupno 107 od planiranih 506. Prema Godišnjem izvještaju Centara civilnih inicijativa o radu Parlamentarne skupštine BiH za 2011. godinu,<sup>27</sup> parlament je u toj godini usvojio samo 12 zakona, dok je odbio 15, od kojih je deset odbijeno zbog nedostatka entitetske većine, a pet zakona odbijeno je prostom većinom. Prema sažetku Izvještaja Centara civilnih inicijativa za monitoring rada Parlamentarne skupštine u mandatu 2010–2014. (zaključno s 1. 9. 2014), parlament je usvojio ukupno 85 zakona, dok je odbijeno čak 67, te je u odnosu na prethodne sazive dvostruko neefikasniji (2006–2010), odnosno tri puta neefikasniji u odnosu na saziv 2002–2006.<sup>28</sup> Pored komplikovane zakonodavne procedure, na izvršavanje zakonodavne funkcije Parlamentarne skupštine Bosne i

---

<sup>26</sup> Centri civilnih inicijativa, *Mandatni izvještaj o monitoringu rada Parlamentarne skupštine BiH za period 1. 11. 2006–1. 9. 2010. godine.*

<sup>27</sup> Centri civilnih inicijativa, *Godišnji izvještaj Centra civilnih inicijativa o radu Parlamentarne skupštine BiH za 2011. godinu.*

<sup>28</sup> Centri civilnih inicijativa, Dostupno na: <http://www.cci.ba/monitoring/1/7/1.html>. Posljednji put posjećeno 28. 5. 2015.

Hercegovine direktno utječe i njegova dvodomna organizacija, te ukupan broj poslanika i delegata: 57. Ovaj broj je apsolutno nedovoljan kako bi se zadovoljile sadašnje potrebe, a pogotovo kada se u obzir uzme obim posla koji BiH čeka na putu ka punopravnom članstvu u EU.<sup>29</sup> Tako državni parlament ne može kvalitetno ispunjavati ni zadatke predstavljanja u međunarodnim asocijacijama, koje su mjesta zastupanja interesa države i lobiranja za evropske i euroatlantske integracije. Parlamentarna skupština BiH je jedno od najmanjih parlamentarnih tijela u cijeloj Evropi. Nedovoljan broj poslanika i delegata posebno dolazi do izražaja u radu parlamentarnih komisija. Posljedica ovoga je da jedan delegat ili poslanik mora biti u članstvu čak sedam komisija ili radnih tijela, što na kraju rezultira time da se poslanici ili delegati ne odazivaju radu u komisijama i to dalje koči zakonodavni postupak (Kreho, 2012, str. 368).

Od svih parlamentarnih komisija, osnovna pokretačka snaga u procesu evropskih integracija jedne zemlje svakako jeste i komisija koja se bavi pitanjem evropskih integracija. Takvo jedno tijelo formirano je u sazivu Parlamentarne skupštine 2006–2010. kao Zajednička komisija za evropske integracije Bosne i Hercegovine. Prema poslovnicima Parlamentarne skupštine (Poslovnik o radu Predstavničkog doma, član 57; Poslovnik o radu Doma naroda, član 51), ona ima sljedeće nadležnosti:

1. raspravljanje opštih pitanja koja su u vezi s evropskim integracijama;
2. praćenje izvršavanja prava i obaveza BiH proizašlih iz međunarodnih ugovora koji se odnose na Vijeće Evrope;
3. koordinisanje rada matičnih radnih tijela u vezi s evropskim integracijama i dostavljanje mišljenja, preporuka i upozorenja tim radnim tijelima;
4. analiziranje posljedica interakcijske strategije za BiH i pripremu sveobuhvatnih izvještaja;
5. nadziranje izrade studije izvodljivosti i praćenje provođenja prepristupne i pristupne strategije za BiH;
6. nadziranje provođenja usklađivanja zakona BiH s pravom Evropske unije;
7. saradivanje s institucijama u BiH (posebno s Direkcijom za evropske integracije), institucijama EU i drugih zemalja u vezi s pitanjima integracija;
8. nadzor korištenja dodijeljenih sredstava EU;

---

<sup>29</sup> Centri civilnih inicijativa, *Polugodišnji izvještaj Centra civilnih inicijativa za period 1. januar – 30. juni 2007. god.*

9. održavanje javnog saslušanja u vezi s pitanjima evropskih integracija radi prikupljanja mišljenja predstavnika civilnog društva, nevladinih organizacija, intelektualaca, kao i vladinih i nevladinih eksperata;
10. obavljanje drugih poslova u vezi s procesom evropskih integracija.

Posmatrajući nadležnosti Zajedničke komisije za evropske integracije, nesumnjivo se može tvrditi da je ona okosnica parlamentarnog djelovanja u ispunjavanju uslova za članstvo u EU. Pa ipak, na temelju uvida u godišnje izvještaje, ne može se tvrditi da je Komisija na zadovoljavajući način ispunila svoje zadatke. Prema Izvještaju o radu Zajedničke komisije za evropske integracije za period 1. 1.–31. 12. 2008. održano je samo deset sjednica, te razmatran samo jedan prijedlog zakona (Prijedlog Zakona o klasifikaciji djelatnosti). Slično je i prema izvještaju za 2009. godinu, prema kojem je održano deset sjednica, s tim da nijedan prijedlog zakona za koji bi bila nadležna ova komisija nije dostavljen u proceduru (Kreho, 2012, str. 370). Tokom 2010. godine, Komisija je održala pet sjednica, a ponovo je razmatran samo Prijedlog Zakona o klasifikaciji djelatnosti.<sup>30</sup> Tokom 2011. godine održano je pet sjednica i nije razmatran nijedan zakon. Tokom 2012. održano je sedam, te isti broj sjednica u 2013. godini. U 2013. godini ovoj komisiji nije dostavljen nijedan prijedlog zakona za koji je ona nadležna.<sup>31</sup> Za 2014. godinu nije dostupan izvještaj Komisije. Ako bi se napravila usporedba s parlamentima zemalja članica Unije, komisije koje se bave pitanjem evropskih integracija u Poljskoj, Estoniji, Latviji i Malti imaju isključivo pravo razmatranja prijedloga zakona koji se tiču evropskih integracija i usklađivanja s pravom Evropske unije. U nekim zemljama (Slovenija, Češka, Mađarska i Slovačka) ova radna tijela razmatraju čak i neke prijedloge zakona koji nemaju za cilj usklađivanje s pravom EU, već se odnose na nacionalni nivo (Kreho, 2012, str. 371). U pogledu učestalosti održavanja sjednica komisija za evropske integracije<sup>32</sup> prema dostupnim podacima omjer je sljedeći: Kipar četiri mjesečno; Estonija, Latvija i Litvanija osam mjesečno; Mađarska šest mjesečno itd.<sup>33</sup> Kada govorimo o procesu evropskih integracija, jedan od prvih koraka jeste i reforma Ustava Bosne i Hercegovine u kontekstu ispunjavanja uslova Evropske komisije u vezi s implementacijom odluke Sejdić i Finci.

---

<sup>30</sup> Izvještaj o radu Zajedničke komisije za evropske integracije Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine.

<sup>31</sup> Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine, Zajednička komisija za evropske integracije. *Izvještaji o radu*.

<sup>32</sup> Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine, Zajednička komisija za evropske integracije.

<sup>33</sup> Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine, Zajednička komisija za evropske integracije.

No, na ovom se ne završava proces reformi. Državnom zakonodavcu trebaju se dati kapaciteti za ispunjavanje uslova procesa evropskih integracija, ispitati problem dvostruke nadležnosti oba doma Parlamentarne skupštine, mogućnost uvođenja *evropske klauzule* u Ustav, prema kojoj bi se propisi iz zakonodavstva Evropske unije usvajali bez mogućnosti korištenja entitetskog veta. Na kraju, tu je i pitanje povećanja broja poslanika i delegata, izmjena poslovnika o radu oba doma parlamenta, te jačanje stručnih kapaciteta Parlamentarne skupštine.

### **Zaključna analiza: kontekstualizacija političke kulture za koncept konsenzualne demokratije?**

Formiranje teoretskog okvira principa konsenzualne demokratije bazirano je na induktivnoj metodi komparativne analize političkih sistema koji su manje ili više funkcionalni. U tom smislu, prikladno je analizirati pojedinačne primjere u kojima je formalno uveden konsenzualni oblik demokratije jer se na takav način najbolje ispituju teoretski koncepti. Ovaj teoretski koncept naglasak daje na *formalnim elementima* (široka koalicija, bikameralizam, izvršno-zakonodavna podjela vlasti, ustavnosudska kontrola, višepartijski sistem, proporcionalna predstavljenost, većinski izborni sistem, kooperativnost interesnih grupa, rigidni konstitucionalizam i nezavisna centralna banka) bitno zanemarujući *materijalnu osnovu, društveni kontekst*, odnosno demokratsku političku kulturu kao materijalnu pretpostavku za formalni demokratski politički sistem. U radovima Luciana Pyea, Gabriela Almonda i Sidneyja Verbe tokom 60-ih godina prošlog stoljeća, pojam političke kulture dobija jasnije teoretske elaboracije i operacionalne metode. Prema Almondu i Verbi, politička kultura predstavlja *specifičnu političku orijentaciju – ponašanja prema političkom sistemu i njegovim različitim dijelovima i ponašanja u kontekstu shvatanja sebe u tom sistemu* (Alomnd & Verba, 1965). Da bi se osigurala stabilnost i konsolidacija demokratskog političkog sistema, potrebno je imati demokratsku/participativnu političku kulturu u tom društvenom kontekstu, odnosno svijest o nacionalnom identitetu, razvijeno društveno i političko povjerenje u druge građane, spremnost na proširivanje političke kooperacije, dublju efektivnu, a ne samo instrumentalnu povezanost s datim političkim sistemom. U analizi slučaja konsenzualnih elemenata obuhvaćenih u parlamentarnom sistemu Bosne i Hercegovine i pretpostavki za razvoj demokratske političke kulture, vidljiva je diskrepancija između *formalnog okvira* koji je uveden Ustavom iz 1995. godine, te kasnije razvijan pod utjecajem prakse Ustavnog suda Bosne i Hercegovine (Banović & Gavrić, 2011) te *društvenog konteksta* koji se može okarakterisati kao postkonfliktni,



postsocijalistički i tranzicioni, te podijeljen po etničkim linijama (Banović, 2013). Ono što je osobenost svih postsocijalističkih država, bez obzira na to da li se radi o prostoru bivše Jugoslavije ili SSSR-a, jeste upravo veoma izražena razlika *formalno uvedenog demokratskog političkog sistema* i *odsustvo participativne demokratske političke kulture* kao materijalne osnove održivosti institucija sistema. Ovaj zaključak izvodi se na bazi analize razvoja ustavnih politika 20 postsocijalističkih zemlja u periodu od 25 godina, odnosno, od donošenja prvih postsocijalističkih demokratskih ustava (Fruhstorfer & Hein, 2015). U takvim uslovima s naslijeđem iz socijalističkog režima bez *prerade* političke kulture, internalizacije pravila i procedura, širenja demokratskih vrijednosti kroz aktivaciju civilnog društva, rješavanja ustavnih pitanja, te demokratskog ponašanja političkih elita, ne može se govoriti o demokratskoj konsolidaciji kao posljednjoj fazi u demokratskoj tranziciji (Pridham, 2002). Ono što je specifično za bh. politički sistem i što otežava proces demokratske konsolidacije jeste sljedeće: (1) postkonfliktni, postsocijalistički i tranzicioni društveni kontekst; (2) podijeljenost društva po etničkim linijama; (3) naslijeđe nedemokratske političke kulture; (4) aplikacija multikulturalnog koncepta predomnacije kolektiva, odnosno, elemenata konsenzualne demokratije bez rješavanja pitanja javnopravne pozicije individue; (5) nepostojanje *minimuma* zajedničkog identiteta i konsenzusa o prirodi političkog sistema. Na kraju, koncept konsenzualne demokratije ne kontekstualizira prirodu političke kulture kao svoju materijalnu bazu i osnovu svoje praktične održivosti. Odnosno, koje vrijednosti, oblike saradnje, povjerenja treba da imaju građani u ovom obliku demokratije. Pored opštih već gorespomenutih, autor smatra da specifična kontekstualizacija materijalne osnove za konsenzualni koncept demokratije treba da uključuje između ostalog: (1) *minimalan* identitetski sadržaj koji nadilazi identitet društvenih segmenata; (2) saradnju i razvoj povjerenja među subdruštvenim entitetima kako na kolektivnom, tako na individualnom nivou u pitanjima od zajedničkog interesa; (3) konsenzus i legitimnost političkog predstavljanja društvenih subsegmenata kao vrijednosti u odnosu političkih elita; (4) aktivaciju i saradnju civilnog društva unutar i između subdruštvenih entiteta; (5) demokratsko obrazovanje koje njeguje vrijednosti unutar društvenih subsegmenata, tako i vrijednosti međusegmentima i (6) minimalni konsenzus o prirodi političkog sistema.

## Bibliografija

1. Almond, G., & Verba, S. (1963). *The Civic Culture*. Princeton: Princeton University Press.
2. Arapović, A. (2012). *Izborni sistem Bosne i Hercegovine*. Tuzla: Centri civilnih inicijativa.
3. Banović, D. (2012). *Pravno definisanje i mehanizmi zaštite identiteta u svjetlu kolektivnih prava* (magistarski rad). Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
4. Banović, D. (2013). Political Culture in Post-Conflict and Divided Societies: The Case of Bosnia and Herzegovina. U: Jovanović, A. M., & Vujadinović, D. (ured.). *Identity, Political and Human Rights Culture as Prerequisites of Constitutional Democracy*. The Hague: Eleven International Publishing.
5. Banović, D., & Gavrić, S. (2011). *The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and Its Role in the Process of Democratization of the Post-war Political System of Bosnia and Herzegovina*. Preuzeto sa: <https://www.bgss.hu-berlin.de/de/bgss/bgssonlinepublications/Workshop%20Docu/advocatesornotariesofdemocracyfolder/paper2neu>. Posljednji put posjećeno: 4. 7. 2015.
6. Banović, D., & Kapo, Dž. (ured.) (2013). *Šta je vitalni interes naroda i kome on pripada? Ustavno pravna i politička dimenzija?* Sarajevo: Centar za političke studije.
7. Bieber, F. (2012). *Reforming the House of Peoples of the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina*. Sarajevo: Analitika. Preuzeto sa: [http://www.analitika.ba/sites/default/files/publikacije/bieberf\\_-\\_reforming\\_the\\_house\\_of\\_peoples\\_bih\\_25april2012\\_final.pdf](http://www.analitika.ba/sites/default/files/publikacije/bieberf_-_reforming_the_house_of_peoples_bih_25april2012_final.pdf)
8. Centri civilnih inicijativa. *Godišnji izvještaj Centra civilnih inicijativa o radu Parlamentarne skupštine BiH za 2011. godinu*. Preuzeto sa: <http://www.cci.ba/monitoring/1/7/1.html>. Posljednji put posjećeno 3. 11. 2014.
9. Centri civilnih inicijativa. *Izvještaj Centra civilnih inicijativa za monitoring rada Parlamentarne skupštine u mandatu 2010–2014*.
10. Centri civilnih inicijativa. *Izvještaji o monitoringu*. Preuzeto sa: <http://www.cci.ba/monitoring/1/7/1.html>
11. Centri civilnih inicijativa. *Mandatni izvještaj Centra civilnih inicijativa o monitoringu rada Parlamentarne skupštine BiH za period 1. 11. 2006–1. 9. 2010. godine*. <http://cci.ba/monitoring/1/7/1.html>. Posljednji put posjećeno 8. 10. 2014.
12. Centri civilnih inicijativa. *Polugodišnji izvještaj Centara civilnih inicijativa za period 1. januar – 30. juni 2007. god.* Preuzeto sa: <http://www.cci.ba/monitoring/1/7/1.html>. Posljednji put posjećeno 3. 11. 2014.
13. European Court of Human Rights (2009). *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*. Ap. nos. 27996/06 i 34836/06. Preuzeto sa: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96491#{"itemid":\["001-96491"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96491#{)
14. European Court of Human Rights (2014). *Zornić v. Bosnia and Herzegovina*. Ap. no. 3681/06. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145566#{"itemid%22:%22001-145566%22"}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145566#{)

15. Fruhstorfer, A., & Hein, M. (ured.) (2015). *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe. Between Stability and Change*. Wiesbaden: Springer (u štampi).
16. Gavrić, S., Banović, D., & Barreiro, M. (ured.) (2013). *The Political System of Bosnia and Herzegovina. Institutions-Actors-Processes*. Sarajevo: Sarajevo Open Center.
17. Hodžić, E. (2011). *Politička participacija nacionalnih manjina u lokalnoj vlasti u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Analitika – Centar za društvena istraživanja.
18. Izvještaj o radu Zajedničke komisije za evropske integracije Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine.
19. Jovanović A. M. (2012). *Collective Rights. A Legal Theory. Cambridge*. Cambridge: University Press.
20. Jovanović, A. M. (2004). *Kolektivna prava u multikulturalnim zajednicama*. Beograd: Službeni glasnik.
21. Kasapović, M. (2003). *Izborni leksikon*. Zagreb: Politička kultura.
22. *Konačni izvještaj Izborne posmatračke misije OSCE/IDHR-a sa održanih opštih izbora 2010. godine*.
23. Kreho, A. (2012). Uloga i transformacija Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine u procesu evropskih integracija. U: Gavrić, S., & Banović, D. (ured.). *Parlamentarizam u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar; Fondacija Friedrich Ebert.
24. Kukathas, C. (2009). Are There Any Cultural Rights? U: Jones, P. (ured.). *Group Rights*. Burlington: Ashgate.
25. Kulenović N. (2013). Uloga sudova/vijeća u određivanju sadržaja pojma vitalnog interesa naroda. U: Banović, D., & Kapo, Dž. (ured.). *Šta je vitalni interes naroda i kome on pripada? Ustavopravna i politička dimenzija*. Sarajevo: Centar za političke studije.
26. Levy, T. J. (1997). Classifying Cultural Rights. U: Shapiro, I., & Kymlicka, W. (ured.). *Ethnicity and Group Rights*. New York; London: New York University Press.
27. Lewis, W. A. (1965). *Politics in West Africa*. London: George Allen and Unwin.
28. Lijphart, A. (1999). *Patterns of Democracy*. New Haven: Yale University Press.
29. Lijphart, A., & Aitkin, D. (1995). *Electoral System and Party Systems*. Oxford; New York: Oxford University Press.
30. Lijphart, A. (1977). *Democracy in Plural Societies*. New Haven: Yale University Press.
31. Marković, G. (2012). *Bosanskohercegovački federalizam*. Beograd: Službeni glasnik; Sarajevo: University Press; Magistrat.
32. Moeckli, S. (2010). *Politički sistem Švajcarske – kako funkcioniše – ko učestvuje – čime rezultira*. Sarajevo: University Press; Zagreb: Politička kultura.
33. Omerović, E. (2012). Parlamenti entiteta u Bosni i Hercegovini. U: S. Gavrić, & D. Banović, (ured.). *Parlamentarizam u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar; Fondacija Friedrich Ebert.

34. Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine, Zajednička komisija za evropske integracije. Izvještaji o radu Zajedničke komisije za evropske integracije. Preuzeto sa: [https://www.parlament.ba/sadrzaj/komisije/zajednicke\\_komisije/integracije/izvjestaji\\_o\\_radu/Default.aspx?id=45990&langTag=bs-BA&pril=b](https://www.parlament.ba/sadrzaj/komisije/zajednicke_komisije/integracije/izvjestaji_o_radu/Default.aspx?id=45990&langTag=bs-BA&pril=b) Posljednji put posjećeno: 28. 5. 2015.
35. Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine. *Poslovnik o radu Doma naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine*. Preuzeto sa: <https://www.parlament.ba/sadrzaj/about/ustav/docs/default.aspx?id=18782&langTag=bs-BA&pril=b>
36. Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine. *Poslovnik Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine*. Preuzeto sa: <https://www.parlament.ba/sadrzaj/about/ustav/docs/default.aspx?id=32309&langTag=bs-BA&pril=b>
37. Predsjedništvo Bosne i Hercegovine. *Poslovnik o radu Predsjedništva BiH*. Preuzeto sa: <http://www.predsjudnistvobih.ba/nadl/1/?cid=192757,2,1> Posljednji put posjećeno: 8. 10. 2014.
38. Pridham, G. (2002). EU Enlargement and Consolidating Democracy in Post-Communist States – Formality and Reality. *Journal of Common Market Studies*, 40 (3), 953–973. Preuzeto sa: [http://www.readcube.com/articles/10.1111%2F1468-5965.00404?r3\\_referer=wol&tracking\\_action=preview\\_click&show\\_checkout=1&purchase\\_referrer=onlinelibrary.wiley.com&purchase\\_site\\_license=LICENSE\\_DENIED](http://www.readcube.com/articles/10.1111%2F1468-5965.00404?r3_referer=wol&tracking_action=preview_click&show_checkout=1&purchase_referrer=onlinelibrary.wiley.com&purchase_site_license=LICENSE_DENIED)
39. Public International Law & Policy Group (2012). *Ustavne reforme za pristup Evropskoj uniji: uporedna praksa država: pravni memorandum* Sarajevo.
40. Sahadžić, M. (2011a). Izbori i izborni sistem Bosne i Hercegovine. U: Banović, D., & Gavrić, S. (ured.). *Država, politika i društvo u Bosni i Hercegovini: analiza postdejtonskog političkog sistema*. Sarajevo: University Press; Magistrat.
41. Sahadžić, M. (2011b). Priroda političkog sistema Bosne i Hercegovine. U: Banović, D., & Gavrić, S. (ured.). *Država, politika i društvo u Bosni i Hercegovini: analiza postdejtonskog političkog sistema*. Sarajevo: University Press; Magistrat.
42. Sahadžić, M. (2012a). Skupštine kantona u Federaciji Bosne i Hercegovine. U: Gavrić, S., & Banović, D. (ured.). *Parlamentarizam u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar; Fondacija Friedrich Ebert.
43. Sahadžić, M. (2012b). Veto mehanizam u parlamentima na državnoj i entitetskoj razini u Bosni i Hercegovini. U: Gavrić, S., & Banović, D. (ured.). *Parlamentarizam u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar; Fondacija Friedrich Ebert.
44. Saračević, N. (2012). Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine. U: Gavrić, S., & Banović, D. (ured.). *Parlamentarizam u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar; Fondacija Friedrich Ebert.
45. Saračević, N. (2012). Uloga parlamenta u modernim demokracijama. U: Gavrić, S., & Banović, D. (ured.). *Parlamentarizam u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar; Fondacija Friedrich Ebert.

46. The 3<sup>rd</sup> alternative report on the implementation of CEDAW and women's human rights in Bosnia and Herzegovina, July 2013.
47. Ured za demokratske institucije i ljudska prava (2010). *Bosna i Hercegovina: Opći izbori 3. oktobra 2010: konačni izvještaj Izborne posmatračke misije OSCE/ODIHR-a*. Preuzeto sa: <http://www.osce.org/bs/odih/76026>
48. Ustav Bosne i Hercegovine. Preuzeto sa: [http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV\\_BOSNE\\_I\\_HERCEGOVINE\\_bos.pdf](http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf) Posljednji put posjećeno: 3. 10. 2014.
49. Vehabović, F. (2010). Odnos konstitutivnih naroda, ostalih i manjina, odnosno pitanje zaštite kolektivnih prava. U: Abazović, D., Mujkić, A., & Vehabović, F. (ured.). *Mjesto i uloga Ostalih u Ustavu Bosne i Hercegovine i budućim ustavnim rješenjima za Bosnu i Hercegovinu*. Sarajevo: Fakultet političkih nauka Univerziteta u Sarajevu; Institut za društvena istraživanja.
50. Young, I. M. (2005). *Pravednost i politika razlike*. Zagreb: Jesenski i Turk.
51. Zaključci i preporuke sa naučne konferencije održane u Sarajevu 10. 5. 2013. godine u organizaciji Centra za političke studije i Doma naroda Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine pod nazivom Šta je vitalni interes naroda i kome on pripada? Ustavnopravna i politička dimenzija.
52. *Zakon o Vijeću ministara Bosne i Hercegovine*. Preuzeto sa: <http://www.izbori.ba/documents/documents/zakoni/pozvm110508.pdf>
53. *Zakon o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina u Bosni i Hercegovini*. Preuzeto sa: <http://bhric.ba/dokumenti/BHS%202%20Zakon%20o%20manjinama.pdf>
54. Ždralović, A. (2011). Društveni aspekti političkog sistema Bosne i Hercegovine. U: Banović, D., & Gavrić, S. (ured.). *Država, politika i društvo u Bosni i Hercegovini: analiza postdejtonskog političkog sistema*. Sarajevo: University Press; Magistrat.

### **Internetski izvori**

55. Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine, Zajednička komisija za evropske integracije. Preuzeto sa: [https://www.parlament.ba/sadrzaj/komisije/zajednicke\\_komisije/integracije/default.aspx?id=28466&mid=1&langTag=bs-BA&pril=b](https://www.parlament.ba/sadrzaj/komisije/zajednicke_komisije/integracije/default.aspx?id=28466&mid=1&langTag=bs-BA&pril=b) Posljednji put posjećeno 8. 10. 2014.
56. Vijeće naroda Republike Srpske. Preuzeto sa: [http://vijecenarodars.net/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2&Itemid=6&lang=sr-lat](http://vijecenarodars.net/index.php?option=com_content&view=article&id=2&Itemid=6&lang=sr-lat) Posljednji put posjećeno 3. 11. 2014.

**Damir Banović, MA**

Senior Assistant

**PARLIAMENTARY SYSTEM OF BOSNIA AND HERZEGOVINA  
AS AN APPLICATION OF MULTICULTURAL CONCEPT OF  
POLITICAL REPRESENTATION OF THE COLLECTIVES**

**Summary**

*The paper provides a theoretical introduction into the concept of consensual democracy as previous reading for the example of parliamentary system as an application of multicultural concept of political representation of the collective. The focus is placed on the characteristics of parliamentary system of Bosnia and Herzegovina within the divided, multi-confessional and consensual democratic political system, as well as the issue for the creation of a functional system and its adaptation in the process of European integration of Bosnia and Herzegovina. The paper also provides an analysis of the formal and material, as well as the contextualisation of political culture for consensual democracy.*

**Keywords:** *parliamentary system, consensual democracy, European integration.*

**Dr. Zinka Grbo**

Vanredna profesorica  
z.grbo@pfsa.unsa.ba

UDK: 339.13.012.42:347.7(497.6)  
346.14

**Dr. Kanita Imamović-Čizmić**

Docentica  
k.imamovic-cizmic@pfsa.unsa.ba

Prethodno naučno saopćenje

## **NEKE SPECIFIČNOSTI PRAVA KONKURENCIJE U BOSNI I HERCEGOVINI**

### **Sažetak**

*U kontekstu usklađivanja domaćeg zakonodavstva s pravnom stečevinom Evropske unije, jedno od značajnih mjesta predstavlja oblast prava konkurencije. U ovome se radu polazi od teze da su u domenu konkurencijskog prava ostvarene djelimične pretpostavke za harmonizaciju s pravom Evropske unije. S jedne strane, legislativna rješenja u ovoj oblasti su zadovoljavajuća iz perspektive harmoniziranosti, dok s druge strane postoje i pravni i institucionalni nedostaci, slabe tačke bosanskohercegovačkog konkurencijskog prava. Ovakva ambivalentnost posljedica je doslovnog preuzimanja rješenja iz Ugovora o Evropskoj zajednici, što je prouzrokovalo nekoliko problema. Prije svega, pojedine odredbe su preuzete korektno, ali ne postoji plodno tlo, odnosno uslovi pod kojima bi ta konkretna pravila zaživjela. Neka su rješenja, pak, preuzeta nekorektno, te se posljedično primjenjuju neispravno. Predmet ovoga rada su upravo specifičnosti bosanskohercegovačkog prava konkurencije koje su nastale kao posljedica navedenih okolnosti.*

**Ključne riječi:** *pravo konkurencije, harmonizacija, Evropska unija,  
Zakon o konkurenciji*

### **Uvod**

Integracija u Evropsku uniju predstavlja vodeći interes kako građana, tako i države Bosne i Hercegovine. Istovremeno, interes je i Evropske unije za proširenjem vlastitih granica. Integriranjem u Evropsku uniju ostvaruju se pretpostavke za unutrašnje povezivanje same Bosne i Hercegovine, imajući u vidu njenu pravnu i političku razjedinjenost. S druge strane, integracija je preduslov stabilizacije i napretka u dijelu jugoistočne Evrope koji se u savremenom političko-ekonomskom kontekstu označava kao regija. Zbog toga

je članstvo u Evropskoj uniji pitanje geopolitičke i strateške prirode, više nego je to bio slučaj i za jednu državu članicu, s izuzetkom Grčke, jer predstavlja pravnu, političku i ekonomsku stabilnost ne samo Bosne i Hercegovine, nego i regije i Evropske unije.

Takva “specijalna” pozicija Bosne i Hercegovine uslovljava i “specijalni” pristup Evropske unije kada je riječ o integracijskim procesima, poznat kao Proces stabilizacije i pridruživanja koji je 1999. godine označio zvanični početak integracijskog procesa. U 2008. godini Evropska komisija i Bosna i Hercegovina potpisale su Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju,<sup>1</sup> kojim je za Bosnu i Hercegovinu ustanovljena obaveza harmoniziranja zakonodavstva s *acquis communautaire* (tzv. harmonizirajuća klauzula). Iste godine Bosna i Hercegovina je dobila status potencijalnog kandidata, s perspektivom da postane državom članicom (Rodin, 2003, str. 592).

U kontekstu usklađivanja domaćeg zakonodavstva s pravnom stečevinom Evropske unije, jedno od značajnih mjesta predstavlja oblast prava konkurencije. U ovome se radu polazi od teze da su u domenu konkurencijskog prava ostvarene djelimične pretpostavke za harmonizaciju s pravom Evropske unije. S jedne strane, legislativna rješenja u ovoj oblasti su zadovoljavajuća iz perspektive harmoniziranosti, dok s druge strane postoje i pravni i institucionalni nedostaci, *slabe tačke* bosanskohercegovačkog konkurencijskog prava. Ovakva ambivalentnost posljedica je doslovnog preuzimanja rješenja iz Ugovora o Evropskoj zajednici, što je prouzrokovalo nekoliko problema. Prije svega, pojedine odredbe su preuzete *korektno*, ali ne postoji plodno tlo, odnosno uslovi pod kojima bi ta konkretna pravila zaživjela.<sup>2</sup> Neka su rješenja, pak, preuzeta *nekorektno*, te se posljedično primjenjuju neispravno. Predmet ovoga rada su upravo specifičnosti bosanskohercegovačkog prava konkurencije koje su nastale kao posljedica navedenih okolnosti.

## **1. Determinante tržišta i prava konkurencije u Bosni i Hercegovini**

S ciljem utvrđivanja stepena harmonizacije prava konkurencije u Bosni i Hercegovini, neophodno se osvrnuti na bitne odrednice bosanskohercegovačkog tržišta i prava konkurencije – harmonizaciju kao obavezu iz međunarodnog sporazuma, specifične ustavne strukture i izvore (ustavnog) prava.

---

<sup>1</sup> U 2010. godini uspostavljen je bezvizni režim za državljane Bosne i Hercegovine, koji je, iako doveden u pitanje nekoliko puta, i dalje na snazi. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju uz spomenuti režim čine dva najznačajnija koraka u procesu integracije.

<sup>2</sup> Leniency policy, naprimjer.



## 1.1. Harmonizacija

Kako je već navedeno, harmonizacija bosanskohercegovačkog prava konkurencije s *acquisom* predstavlja obavezu preuzetu Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju. Ovim sporazumom Bosna i Hercegovina se obavezala da *regulira* i *interpretira* pravo konkurencije u skladu s pravom Evropske unije, što je vidljivo iz čl. 71 tačka 2 Sporazuma, u kojem stoji da će se sva praksa suprotna čl. 71 i 72 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju ocjenjivati na osnovu kriterija koji proizlaze iz konkurencijskih pravila važećih u Zajednici<sup>3</sup> i instrumenata za tumačenje koje su ustanovile institucije Zajednice. Usvojiti, regulirati i interpretirati domaće pravo znači ne samo pravnu, nego i sudsku i administrativnu harmonizaciju, pa se ovdje radi kako o formalnoj tako i funkcionalnoj harmonizaciji.<sup>4</sup> Iako je riječ o *harmonizaciji*, ovdje se može identificirati *unifikacijski* utjecaj evropskog prava.

Stepen harmonizacije bosanskohercegovačkog zakonodavstva s pravom Evropske unije predmet je ocjenjivanja Evropske komisije, koja od 2005. godine na godišnjem nivou usvaja izvještaje o napretku. Recentni Izvještaj iz 2014. godine (European Commission, 2014–2015) ocjenjuje napredak u Bosni i Hercegovini u najvećoj mjeri negativno. Generalno, učinjeni su sporadični i zanemarivi napreci u reformama te konsekventno, Bosna i Hercegovina nije ostvarila uslove da traži punopravno članstvo, predajom *kredibilne aplikacije*, u Evropskoj uniji. Međutim, posljednjih godina Evropska komisija nema prigovora kada je riječ o harmonizaciji prava konkurencije u Bosni i Hercegovini. Prema Izvještaju, u 2014. godini u oblasti konkurencijskog prava napravljen je određeni napredak, iako su potrebni dodatni naponi s ciljem poboljšanja postojeće antitrustovske legislative i povećanja administrativnih kapaciteta<sup>5</sup> Konkurencijskog vijeća (European Commission, 2014–2015, str. 36).

Evropska unija je tek u martu 2015. godine ratificirala Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, iako su to države članice učinile mnogo ranije, što govori o “mješovitoj prirodi” ovog sporazuma (Rodin, 2003, str. 593; Meškić, 2012, str. 2). Međutim, i prije ratifikacije Sporazuma, pojedine njegove odredbe bile su snazi, među njima i one koje se odnose na konkurenciju, budući da je Privremeni sporazum o trgovini i trgovinskim pitanjima<sup>6</sup> bio na snazi od jula 2008. godine.

---

<sup>3</sup> Naročito čl. 81, 82, 86 i 87 Ugovora o Evropskoj zajednici (prema novoj numeraciji čl. 101, 102, 106 i 107).

<sup>4</sup> Vrlo inspirativno o ovoj temi u Vukadinović, 2010, str. 413–428.

<sup>5</sup> Prema mišljenju Evropske komisije, broj od 26 zaposlenih u Konkurencijskom vijeću nije dovoljan da obavlja sve zadatke proaktivno.

<sup>6</sup> Privremeni sporazum o trgovini i trgovinskim pitanjima između Evropske zajednice i

## 1.2. Ustavna struktura

Zbog, kako je poznato, asimetrične ustavne strukture Bosne i Hercegovine većina nadležnosti pripada entitetima, dok su tek pojedine oblasti pripale državnom nivou. Čl. 3(1) Ustava Bosne i Hercegovine spustio je nadležnost za mnoge ekonomske oblasti na nivoe entiteta, što, iz perspektive potencijalnih investitora, ima zbunjujući i nehrabrujući efekat. Pitanje jedinstvenog tržišta regulirano je (samo) Ustavom Bosne i Hercegovine u čijem čl. I (4) stoji da: "Postoji sloboda kretanja širom Bosne i Hercegovine. Bosna i Hercegovina i entiteti neće ometati punu slobodu kretanja lica, roba, usluga i kapitala širom Bosne i Hercegovine. Nijedan entitet neće provoditi bilo kakvu kontrolu na granici između entiteta."

## 1.3. Izvori prava

Navedeni član Ustava Bosne i Hercegovine postavio je osnovu za donošenje Zakona o konkurenciji<sup>7</sup> na nivou države. Ovim je zakonom po prvi put konkurencijska politika ustanovljena kao jedan od najznačajnijih instrumenata stvaranja i jačanja tržišta i ekonomije u Bosni i Hercegovini.

Ranija legislativa<sup>8</sup> i prvi Zakon o konkurenciji Bosne i Hercegovine, usvojen 2001. godine, uključivali su osnovna konkurencijska pravila i principe u skladu s čl. 81 i 82 Ugovora o Evropskoj zajednici. Međutim, ovaj zakon nije bio primjenjiv u praksi zbog nepostojanja unaprijed pripremljenih uslova političke, pravne, tehničke i administrativne prirode u državi (Trifković, 2006, str. 70). Bez obzira na to, ovaj zakon treba spomenuti budući da je po prvi put uspostavio normativni okvir u ovoj oblasti, čime je zvanično počeo razvoj konkurencijskog prava i politike u Bosni i Hercegovini, iako nije imao velikog značaja.

S obzirom na to da je Zakon o konkurenciji iz 2001. godine bio takoreći neupotrebljiv, uslijedilo je donošenje novog zakona iz ove oblasti 2005. godine u sklopu procesa harmonizacije cjelokupnog domaćeg prava s *acquis communitaireom*. Zbog toga se važeći Zakon o konkurenciji može kvalificirati kao instrument reforme konkurencijskog prava u Bosni i Hercegovini.

---

Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH, br. 5/08. Privremeni sporazum usvojen je s ciljem jačanja trgovinskih veza odnosno provedbi odredbi Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.

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

8 Više o ranijem pravnom režimu i pravu konkurencije: Trifković, 1981.

Od potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju Bosna i Hercegovina se, čl. 70(2), obavezala na harmoniziranje svog zakonodavstva. Postupak usaglašavanja propisa anticipirao je tako stupanje na snagu Sporazuma.

Zakon o konkurenciji ima veliki politički značaj za Bosnu i Hercegovinu. Usvajanje ovoga zakona ne znači samo korak bliže evropskim integracijama, nego i integrirajući faktor iz perspektive države. Svega nekoliko zakona usvojeno je na državnom nivou u Bosni i Hercegovini,<sup>9</sup> i oni su većinom harmonizirani s *acquis communitaireom*. Mogući razlog za ovo leži u činjenici da je kreiranje i donošenje ovih zakona bilo pod pokroviteljstvom evropskih institucija koje podržavaju proces reforme domaće zakonodavstva.

Pored Zakona o konkurenciji kao *lex specialis* u oblasti konkurencije, na državnom nivou niz je propisa niže hijerarhije<sup>10</sup> kojima se ukazuje na značaj čvrste povezanosti prava konkurencije i prava intelektualne svojine, prava privrednih društava, prava zaštite potrošača, kao i krivičnog prava. Riječ je o komplementarnim područjima koja su u organskoj vezi s pravom konkurencije (Trifković, 2006, str. 66). Pored zakonskih propisa usvojen je niz podzakonskih akata<sup>11</sup> koji u oblasti prava konkurencije imaju veoma značajnu ulogu.

---

<sup>9</sup> Kao što su Zakon o javnim nabavkama, Službeni glasnik BiH 39/14, Zakon o sistemu državne pomoći u Bosni i Hercegovini, Službeni glasnik BiH 10/12, Zakon o vanjskotrgovinskoj politici BiH, Službeni glasnik 07/98.

<sup>10</sup> Zakon o trgovini RS, Zakon o trgovini FBiH, Zakon o zaštiti potrošača RS, Zakon o zaštiti potrošača FBiH, Zakon o privrednim društvima RS, Zakon o privrednim društvima FBiH, vidi Imamović Čizmić, 2014, str. 60.

<sup>11</sup> Odluka o utvrđivanju relevantnog tržišta, Odluka o definisanju kategorija dominantnog položaja, Odluka o sporazumima male vrijednosti, Odluka o načinu podnošenja prijave i kriteriji za ocjenu koncentracija privrednih subjekata, Odluka o proceduri oslobađanja odnosno ublažavanja od kazne (*leniency policy*), Odluka o bližem definiranju načina periodičnog plaćanja kazne, Odluka o skupnom izuzeću sporazuma između privrednih subjekata koji djeluju na istom nivou proizvodnje odnosno distribucije (horizontalni sporazumi), a koji se posebno odnose na istraživanje, razvoj i specijalizaciju, Odluka o skupnom izuzeću sporazuma između privrednih subjekata koji djeluju na različitim nivoima proizvodnje odnosno distribucije (vertikalni sporazumi), Odluka o skupnom izuzeću sporazuma o osiguranju, Odluka o skupnom izuzeću sporazuma o distribuciji i servisiranju motornih vozila, Odluka o skupnom izuzeću sporazuma o prenosu tehnologije, licenci i know how i Odluka o visini administrativnih taksi u vezi sa procesnim radnjama pred Konkurencijskim vijećem.

## **2. Specifičnosti Zakona o konkurenciji**

### **2.1. Polje primjene**

Članom 2 Zakona o konkurenciji određeno je njegovo polje primjene. Zakon se tako primjenjuje na sva pravna i fizička lica koja se posredno ili neposredno bave proizvodnjom, prodajom roba i pružanjem usluga učestvuju u prometu roba i usluga i koja mogu svojim djelovanjem sprečavati, ograničavati ili narušavati tržišnu konkurenciju na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine ili značajnijem dijelu tržišta.

U krug spomenutih subjekata<sup>12</sup> ulaze i organi državne uprave i lokalne samouprave kada posredno ili neposredno učestvuju na tržištu, odnosno vrše utjecaj na njega. Ova odredba je vrlo karakteristična budući da Konkurencijsko vijeće ima ovlaštenja nad organima uprave (npr. Federacija Bosne i Hercegovine) kao što su izricanje novčanih kazni i naredbi za poništavanje njihovih odluka. Osim toga, čl. 2. predviđa ekstrateritorijalnu primjenu Zakona o konkurenciji,<sup>13</sup> što ukazuje na to da se konkurencija tretira kao društvena vrijednost *per se* (Trifković, 2006, str. 63).

Poznat je slučaj u kojem je Konkurencijsko vijeće (2012) donijelo odluku prema kojoj su Vlada Federacije Bosne i Hercegovine i Ministarstvo zdravlja Federacije Bosne i Hercegovine prekršili Zakon o konkurenciji donošenjem Odluke o Listi esencijalnih lijekova, koju je Vijeće proglasilo nevažećom, i odredilo novčanu kaznu Vladi u iznosu od oko 100.000 KM.

### **2.2. Zabranjena konkurencijska djelovanja**

Član 4. Zakona o konkurenciji Bosne i Hercegovine sadrži vjerovatno najspecifičniju i najkontroverzniju odredbu. Na prvi pogled čini se da je ovaj član doslovno prepisan iz Ugovora o Evropskoj zajednici. Zapravo i jeste tako, uz izuzetak jedne male, ali bitne razlike. Ta razlika se može posmatrati kao *differentia specifica* u odnosu na pravo Evropske unije.

---

<sup>12</sup> Privredna društva, preduzeća i preduzetnici i njihova udruženja bez obzira na oblik vlasništva, sjedište ili prebivalište; organi državne uprave i lokalne samouprave, kada posredno ili neposredno učestvuju ili utiču na tržište; ostala fizička i pravna lica koja neposredno ili posredno, stalno, povremeno ili jednokratno učestvuju na tržištu, bez obzira na pravni status, oblik vlasništva, sjedište ili prebivalište, kao što su udruženja, sportske organizacije, ustanove, zadruge, nosioci prava intelektualne svojine. Čl. 2(1) Zakona o konkurenciji.

<sup>13</sup> Ovaj zakon primjenjuje se i na privredne subjekte sa sjedištem i prebivalištem u inostranstvu, ako njihovo djelovanje proizvodi značajan efekat na tržište Bosne i Hercegovine. Čl. 2(3) Zakona o konkurenciji.

Kako je navedeno u čl. 4. Zakona, zabranjeni su sporazumi, ugovori, pojedine odredbe sporazuma ili ugovora, zajednička djelovanja, izričiti ili prešutni dogovori privrednih subjekata koji za cilj i posljedicu imaju sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišne konkurencije na relevantnom tržištu. Čl. 101. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (ex čl. 81(1) Ugovora o Evropskoj zajednici) ne propisuje da moraju biti zadovoljena oba uslova – cilj i posljedica, već samo jedan od ta dva da bi postojala zabrana, odnosno zabranjeno konkurencijsko djelovanje.

Vidljivo je da Zakon o konkurenciji Bosne i Hercegovine propisuje ove uslove strožije nego što je to slučaj u pravu Evropske unije. Razumljivo je i logično da svaki sporazum koji ima za cilj sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje mora biti označen kao zabranjen. Uslov *cause* ne mora biti zadovoljen, kao što je to slučaj u krivičnom pravu. Ovo je očigledna devijacija u odnosu na pravo Evropske unije, budući da dva uslova za postojanje zabranjenog sporazuma moraju biti ispunjena kumulativno. Nameće se opravdano pitanje iz kojeg razloga je učinjen ovakav propust. Da li je riječ o *tipfeleru* u tekstu Zakona o konkurenciji, greški u prevođenju odredbi Ugovora o Evropskoj zajednici, ili je ovaj propust učinjen namjerno? Ako jeste učinjen s razlogom, zbog čega? Očito je riječ o jednoj idiopatskoj specifičnosti. Može se posmatrati kao najveći nedostatak monopolističkih sporazuma u bosanskohercegovačkom pravu (Trifković, 2006, str. 91).

Slijedom rečenog, valja se zapitati kako Konkurencijsko vijeće tumači ovu odredbu, odnosno kako utvrđuje postojanje zabranjenog konkurencijskog djelovanja. Budući da je Konkurencijsko vijeće ustanovljeno kao tijelo s isključivim nadležnostima u donošenju odluka o postojanju zabranjenih konkurentskih djelovanja na tržištu (Zakon o konkurenciji, čl. 21(1)), i imajući u vidu da je ovlašteno pozivati se na sudsku praksu Evropskog suda i odluke Evropske komisije u svrhu ocjene konkretnog slučaja (Zakon o konkurenciji, čl. 43(7)), razumljivo je i opravdano da Vijeće smatra da su oba uslova ispunjena i u situacijama kada nisu, iako to nije često slučaj. Ovakav stav se može posmatrati kao interpretacija domaćeg prava konkurencije u skladu s pravom Evropske unije. Ipak, *de lege ferenda* ovo bi zakonsko rješenje trebalo korigirati.

### **2.3. Obavještenje o koncentraciji**

Specifičnost bosanskohercegovačkog Zakona o konkurenciji sadržana je i u čl. 16(1) koji propisuje da su ekonomski subjekti, učesnici koncentracije, obavezni podnijeti prijavu koncentracije u roku od 15 dana od dana zaključenja sporazuma, objavljivanja javne ponude dionica ili sticanja kontrole,

zavisno od toga šta nastupi ranije. Ovakva kontrola (koncentracija) trebala bi spriječiti narušavanje konkurencije na tržištu. Nažalost, svijest učesnika na tržištu o važnosti prijavljivanja svojih koncentracija (u tako kratkom vremenskom periodu) je na niskom nivou. Istovremeno, Konkurencijsko vijeće nema instrumente i resurse kojima bi kontroliralo da li su zabranjene radnje poduzete. Posljedično, u praksi je često slučaj da privredni subjekti ne prijavljuju koncentracije iako su u obavezi da to čine.

Iako je ovakav sistem zastupljen u pravu Evropske unije (Council Regulation, 2004), odredba u bosanskohercegovačkom Zakonu o konkurenciji trebala bi biti prelaznog karaktera i *de lege ferenda* izmijenjena na način koji bi omogućio da se uspostavi odgovarajući kontrolni mehanizam kad je u pitanju prijavljivanje koncentracija. U skladu s Uredbom 139/2004, privredni subjekti su obavezni da obavijeste Evropsku komisiju o koncentraciji, ali samo ukoliko ima “unijsku dimenziju”, što podrazumijeva da su domaće koncentracije pod jurisdikcijom domaćih tijela (Misita, 2012, str. 169).

#### **2.4. Organi i postupak donošenja odluka**

Sljedeća posebnost prava konkurencije u Bosni i Hercegovini odnosi se na organe i postupak donošenja odluka. Već spomenuto Konkurencijsko vijeće uspostavljeno je 2004. godine kao organ za provođenje zaštite tržišne konkurencije (Zakon o konkurenciji, čl. 20). Konkurencijsko vijeće je samostalno tijelo koje će osigurati dosljednu primjenu Zakona o konkurenciji na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine i ima isključivu nadležnost<sup>14</sup> u odlučivanju o postojanju zabranjenog konkurentskog djelovanja na tržištu (Zakon o konkurenciji, čl. 21).

Konkurencijsko vijeće sačinjava šest članova od koji tri imenuje Vijeće ministara Bosne i Hercegovine, po jednog iz sva tri konstitutivna naroda, dva Vlada Federacije Bosne i Hercegovine, a jednog člana imenuje Vlada Republike Srpske (Zakon o konkurenciji, čl. 22 (1), (3)). Ovakva kompozicija Konkurencijskog vijeća oslikava (kompleksnu) političku i etničku situaciju u Bosni i Hercegovini, tako da ova odredba plastično pokazuje na koji način se prave politički kompromisi<sup>15</sup> koji vrlo često ne moraju da budu praktični i ispravni.

Sastav Konkurencijskog vijeća ne bi bio *per se* problematičan, budući da, kako je rečeno, predstavlja jedino moguće političko rješenje. Međutim, Zakon

---

<sup>14</sup> Pored Konkurencijskog vijeća i Sud Bosne i Hercegovine također ima nadležnost da odlučuje o povredama Zakona o konkurenciji.

<sup>15</sup> Ovakva situacija ide u prilog tvrdnji da je u BiH prisutan politički determinizam. Vidi Imamović-Čizmić, 2014, str. 59.

o konkurenciji propisuje vrlo neobičan i specifičan proces donošenja odluka. Naime, odluke Konkurencijskog vijeća donose se većinom glasova prisutnih članova, s tim da za svaku odluku mora glasati najmanje po jedan član iz reda konstitutivnih naroda (Zakon o konkurenciji, čl. 24 (2)). Ovakvo rješenje je potpuno neprihvatljivo i neuobičajeno za postupke donošenja pravnih odluka. Izravna posljedica predviđenog načina odlučivanja podrazumijeva da nad profesionalnim i pravnim razlozima vrlo često (mogu da) prevladaju argumenti političke, nacionalne, ali i nacionalističke prirode u postupku ustanovljavanja postoji ili ne zabranjeni sporazum.

## **2.5. Trajanje postupka**

Sljedeća specifičnost Zakona o konkurenciji Bosne i Hercegovine odnosi se na čl. 41 u vezi s čl. 11(3) kojima se uređuje vrijeme trajanja postupka. Postupak utvrđivanja povrede prava ne bi smio biti vremenski ograničen, iako je to propisano Zakonom kada je riječ o zloupotrebi dominantnog položaja. Konkurencijsko vijeće mora donijeti konačno rješenje u roku od četiri mjeseca za utvrđivanje zloupotrebe dominantnog položaja.

Problematičnijim se, međutim, čini čl. 11(3) u kojem je stipulirano da ako Konkurencijsko vijeće ne donese rješenje u propisanom roku, smatrat će se da se zaključenim sporazumom odnosno postupanjem privrednog subjekta ne zloupotrebljava dominantni položaj. Osim toga, četiri mjeseca<sup>16</sup> je prekratak vremenski period za odlučivanje Konkurencijskog vijeća imajući u vidu vrlo kompliciranu proceduru donošenja odluka.

Kada je riječ o proceduri utvrđivanja ocjene koncentracije, treba naglasiti da bi bilo dovoljno ustanoviti postoji li sporazum između konkretnih privrednih subjekata, za što vremenski period od tri (plus tri) mjeseca nije neophodan.

## **2.6. Utjecaj sudske prakse Evropske unije**

Zakon o konkurenciji u čl. 43(7) provokativan je iz više razloga. Prema spomenutom članu Konkurencijsko vijeće, u svrhu ocjene datog slučaja, *može se* koristiti sudskom praksom Evropskog suda i odlukama Evropske komisije. Istovremeno, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju utvrdio je *obavezu* Bosni

---

<sup>16</sup> Ako u predviđenom roku Konkurencijsko vijeće ne donese konačno rješenje, u slučajevima kada ocijeni da je za utvrđivanje činjeničnog stanja i ocjenu dokaza potrebno izvršiti dopunsko vještačenje ili analize, ili kada je riječ o osjetljivim privrednim granama ili tržištima, može produžiti rok za donošenje konačnog rješenja do tri mjeseca, o čemu je obavezno u pisanoj formi obavijestiti stranke u postupku. Zakon o konkurenciji, čl. 41(2).

i Hercegovini da *regulira* i *tumači* pravo konkurencije u skladu s pravom Evropske unije i ocjenjuje sva ponašanja suprotna pravu Evropske unije na temelju kriterija i interpretacijskih instrumenata koji proizlaze iz primjene konkurencijskih pravila koja se primjenjuju u Zajednici<sup>17</sup> i koja su usvojile institucije Zajednice.

Gorespomenuta obaveza implicira direktnu primjenjivost prava Evropske unije u Bosni i Hercegovini i prije njenog pristupanja članstvu. Odredba kojom se utvrđuje ova obaveza problematična je prije svega s tehničkog aspekta, imajući u vidu da ne postoje zvanični prijevodi nijedne od odluka tijela Evropske unije. Također, problematična je i s pravnog aspekta, budući da predstavlja prijenos ustavnih ovlaštenja na Evropsku uniju (Vukadinović, 2010, str. 424; Meškić, 2012, str. 3).

S druge strane, *moгуćnost* Konkurencijskog vijeća da se poziva na sudsku praksu može se posmatrati kao anticipacija primjene prava Evropske unije, odnosno dobrovoljna harmonizacija kao pozitivna posljedica. Istovremeno, negativni efekat se ogleda u pravnoj nesigurnosti jer su mnoga rješenja unaprijed nepoznata subjektima. Bez obzira na to, značajno je navesti da je Ustavni sud Republike Hrvatske potvrdio da domaća tijela mogu tumačiti nacionalna pravila o konkurenciji u svjetlu prava Evropske unije čak i prije stupanja na snagu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. Ovakav stav bi mogao biti poticaj za nacionalna tijela u Bosni i Hercegovini da anticipiraju primjenu *acquisa*, uz prethodno ostvarene druge uslove. Sporno je također i to da formulacija “... *koristiti praksu Evropskog suda...*” podsjeća na pravilo precedentnog prava koje nije prihvaćeno u bosanskohercegovačkom pravnom sistemu.

Međutim, recentna praksa Suda Bosne i Hercegovine svjedoči u korist primjene čl. 43(7). U slučaju *ASA Auto*<sup>18</sup> Sud Bosne i Hercegovine direktno se pozivao na sudsku praksu Evropske unije. Indikativno je i to što je odluka Konkurencijskog vijeća bila predmetom žalbe pred Sudom Bosne i Hercegovine koji ju je potvrdio. Iako Sud nije jasno u obrazloženju naveo na koju se konkretnu presudu pozivao, sličnost se može uočiti kod slučaja *IMS Health* (Meškić, 2012, str. 3).<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Naročito članovi 81, 82, 86 i 87 Ugovora o Evropskoj zajednici (prema novoj numeraciji 101, 102, 106 i 107).

<sup>18</sup> Sud Bosne i Hercegovine, Presuda No U-41/09 M.R.M. Ljubuški/ASA Auto d.o.o. Sarajevo.

<sup>19</sup> Evropski sud pravde (2004). *IMS Health GmbH &Co OHG/NDC Health GmbH & Co, KG (IMS Health)*, C-418/01, I-5039.



Moglo bi se reći da direktno pozivanje na praksu Evropskog suda u prethodnom slučaju nije incident. Sud Bosne i Hercegovine je u slučaju koji se odnosio na javne nabavke utemeljio svoju odluku<sup>20</sup> na slučaju *Dundalk*.<sup>21</sup> Stoji zaključak da sudska harmonizacija u Bosni i Hercegovini nije neuobičajena, dok neke druge države (potencijalne kandidatkinje) koriste princip *favor conventionis* prilikom tumačenja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (Rodin, 2003, str. 603–604).

## **2.7. Procedura ublažavanja kazni**

U skladu s čl. 54 Zakona o konkurenciji, Konkurencijsko vijeće može procentualno smanjiti ili ukinuti novčanu kaznu privrednom subjektu za povredu odredbi o zabranjenim konkurencijskim djelovanjima ako privredni subjekt dobrovoljno osigura dokaze bitne za utvrđivanje povrede i ako u momentu predaje dokaza prestane sa zabranjenim djelovanjem. Iako poznata<sup>22</sup> u uporednim pravima i prisutna u (skoro) svim državama članicama Evropske unije, procedura ublažavanja kazni je institut koji je u Bosni i Hercegovini uveden u relativno skorije vrijeme, 2005. godine. Od tada je pred Konkurencijskim vijećem korišten samo u dva slučaja. Razlog za to vjerovatno leži u činjenici da promocija prava konkurencije u Bosni i Hercegovini nije na zadovoljavajućem nivou. Zagovaranje i promocija (*advocacy*) konkurencije očigledno nije obezbijeđena.

U uporednom pravu termin poznat kao *leniency policy* na zvanične jezike u Bosni i Hercegovini je preveden deskriptivno i reklo bi se nezgrapno kao procedura (politika) ublažavanja kazni. Čini se da bi pojmovi kao što su amnestija ili imunitet bili više odgovarajući.

U svakom slučaju, može se zaključiti da Bosna i Hercegovina ne samo prati, nego i anticipira trendove u ovom segmentu prava konkurencije, imajući u vidu da je politiku ublažavanja kazni uvela u svoj pravni sistem prije nekih zemalja Evropske unije, kao što je Slovenija.

---

<sup>20</sup> Sud Bosne i Hercegovine (2012). Odluka No S13U 000097 08 U od 17. decembra 2012.

<sup>21</sup> Evropski sud pravde (1988). Case 45/87 Commission of the European Communities v. Ireland ECR 4929 – *Dundalk*.

<sup>22</sup> Porijeklo vodi iz koncepta zaštite svjedoka, poznatog i kao sistem zviždača (*whistleblower system*).

## 2.8. Državna pomoć

Iako je "...uspostavljanje i funkcioniranje Vijeća za državnu pomoć jedno od ključnih prioriteta za evropske integracione procese u Bosni i Hercegovini"<sup>23</sup> prošlo je dosta vremena do njegovog osnivanja. Nepotrebno je isticati da su političke prepreke bile među dominantnim razlozima za to. Proces usvajanja Zakona o sistemu državne pomoći, i posljedično, uspostavljanja Vijeća za državnu pomoć, bio je najsporiji u zakonodavnoj reformi u Bosni i Hercegovini. Dugi niz godina je Evropska komisija (European Commission, 2011–2012, str. 37) detektirala ovaj uslov kao jedan od kamena temeljaca u procesu ispunjavanja kriterija za stupanje na snagu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. Konačno je, nakon dugo vremena stupio na snagu Zakon o sistemu državne pomoći 2012. godine, kao zakon na državnom nivou, što je bitno naglasiti. Međutim, kako bi zakonodavstvo iz oblasti državne pomoći Bosne i Hercegovine bilo u potpunosti usklađeno s *acquisem*, bit će potrebno usvojiti podzakonske akte, a poseban izazov predstavlja finansiranje rada Vijeća, budući da Republika Srpska ne učestvuje u ukupnom iznosu (European Commission, 2014–2015, str. 36).

Ono što treba ovdje naglasiti jeste činjenica da je Vijeće za državnu pomoć Bosne i Hercegovine uspostavljeno kao posebno tijelo, nezavisno od Konkurencijskog vijeća, što nije uobičajeno u komparativnim pravnim sistemima. Tako se pravo konkurencije grubo može podijeliti u četiri oblasti: originarno pravo konkurencije, kontrola fuzija, državna pomoć i javne nabavke (Meškić & Samardžić, 2012, str. 382).

Uloga Vijeća za državnu pomoć je da nadgleda da li državna finansijska pomoć može biti dodijeljena privrednim subjektima u Bosni i Hercegovini, pod istim uslovima koji postoje u pravu Evropske unije, a koji su kao takvi inkorporirani u Zakon o državnoj pomoći. Pri tome, državne subvencije koje ograničavaju konkurenciju su zabranjene (Misita, 2012, str. 77).

## Zaključak

Iako Bosna i Hercegovina nije u potpunosti ispunila svoje obaveze prema Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju, kada je riječ o pravnom uređenju

---

<sup>23</sup> Izjava Renza Daviddija, zamjenika šefa Delegacije Evropske unije povodom prvog sastanka Vijeća za državnu pomoć u Bosni i Hercegovini 28. 11. 2012. godine, <http://www.delbih.ec.europa.eu/News.aspx?newsid=5499&lang=EN> Renzo Daviddi, pristupljeno 27. 8. 2015.

oblasti konkurencije, ono je učinjeno blagovremeno, ali ne i efikasno u potpunosti. U Zakonu o konkurenciji učinjeni su stanoviti propusti te zbog toga možemo govoriti samo o djelimičnoj harmoniziranosti domaćeg prava. Nadležnost države u oblasti konkurencije je pojačana (centralizirana) zahvaljujući državnom Zakonu o konkurenciji usklađenim s *acquis communautaireom*, iako ni socijalna ni ekonomska funkcija konkurencijske politike nisu ispunjene. Ovo vjerovatno iz razloga što u Bosni i Hercegovini nije (dovoljno) zastupljena proizvodna djelatnost, tržište je u najvećoj mjeri bazirano na kupoprodajnom principu. Građani na taj način ne stižu nikakav profit. Pravo konkurencije je mlada pravna grana u Bosni i Hercegovini, bez razvijene sudske prakse, iako se Sud Bosne i Hercegovine nekoliko puta u donošenju odluka pozivao na rješenja Suda Evropske unije. Dobrovoljna harmonizacija s pravom Evropske unije može se posmatrati kao pozitivan pomak u integracijskim procesima.

## **Bibliografija**

### **Knjige i članci**

1. Imamović-Čizmić, K. (2014). *Market competition protection mechanism in Bosnia and Hercegovina*. Saarbrücken: Lambert Academic Publishing.
2. Trifković, M. (1981). *Pravo konkurencije*. Sarajevo: Svjetlost.
3. Trifković, M. (2006). Određivanje monopolističkih sporazuma u pravima Bosne i Hercegovine i Evropske unije. *Pregled*, LXXXVI (4), 63–92.
4. Misita, N. (2012). *Evropska unija – Pravo konkurencije*. Sarajevo: Revicon.
5. Vukadinović, R. (2010). Neposredna primena Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju – Usklađivanje domaćeg prava sa pravnim tekovinama Evropske unije. *Pravni život*, 59 (12), 413–428.
6. Rodin, S. (2003). Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju u pravnom poretku Evropske zajednice i Republike Hrvatske. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 53 (3–4), 591–613.
7. Meškić, Z. (2012). *Jurisdikcija Suda EU u praksi Suda BiH*. Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo.
8. Meškić, Z., & Samardžić, D. (2012). *Pravo Evropske unije I*. Sarajevo: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ).

### **Pravni akti**

9. European Commission, Commission Staff Working Document, Bosnia and Herzegovina 2014 Progress Report accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Region, Enlargement Strategy and Main Challenges 2014-2015. COM (2012) 700 final.

10. European Commission, Commission Staff Working Document, Bosnia and Herzegovina 2011 Progress Report accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Enlargement Strategy and Main Challenges 2011-2012. COM (2011) 666 final.
11. Council Regulation (EC) 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) Official Journal L 024 , 29/01/2004 P. 0001–0022.
12. Privremeni sporazum o trgovini i trgovinskim pitanjima između Evropske zajednice i Bosne i Hercegovine. Službeni glasnik BiH, 5/08.
13. Zakon o konkurenciji. Službeni glasnik BiH, 48/05, 76/07, 80/09.
14. Zakon o konkurenciji Bosne i Hercegovine. Službeni glasnik BiH, br. 30/01.
15. Zakon o javnim nabavkama. Službeni glasnik BiH, 39/14.
16. Zakon o sistemu državne pomoći u Bosni i Hercegovini. Službeni glasnik BiH, 10/12.
17. Zakon o vanjskotrgovinskoj politici BiH. Službeni glasnik, 07/98.

### **Presude i odluke**

1. Evropski sud pravde (1988). Case 45/87 Commission of the European Communities v. Ireland (1988) ECR 4929 – Dundalk.
2. Evropski sud pravde. (2004). IMS Health GmbH & Co OHG/NDC Health GmbH & Co, KG (IMS Health), C-418/01, I-5039.
3. Konkurencijsko vijeće (2012). Rješenje Konkurencijskog vijeća, broj: 04-26-3-027-38-II/11, 4. 10. 2012.
4. Sud Bosne i Hercegovine (2012), Odluka No S13U 000097 08 U od 17. decembra 2012.
5. Sud Bosne i Hercegovine. Presuda No U-41/09 M.R.M. Ljubuški/ASA Auto d.o.o. Sarajevo.

### **Internet**

1. Renzo Daviddi, Preuzeto sa <http://www.delbih.ec.europa.eu/News.aspx?newsid=5499&lang=EN> pristupljeno 27. 8. 2015.

**Zinka Grbo, PhD**

Associate Professor

**Kanita Imamović-Čizmić, PhD**

Assistant Professor

**SOME SPECIFICITIES OF THE COMPETITION LAW  
IN BOSNIA AND HERZEGOVINA**

**Summary**

*In the context of harmonisation of domestic legislation with the European Union's legal acquis, one of the more significant positions belongs to the field of competition law. This paper starts from the thesis that the field of competition law has achieved partial preconditions for the harmonisation with the law of the European Union. On the one hand, legislative solutions in this field are satisfactory from the perspective of harmonisation, while on the other hand there are legal and institutional shortcomings, weak points of Bosnian and Herzegovinian competition law. Such ambivalence is the consequence of literal transposition of the solutions from the Treaty on the European Community, which cause several issues. First of all, certain provisions were transposed in a correct way, but there is no fertile ground, meaning no conditions in which this specific provision could come to life. Some of the solutions were transposed in an incorrect way so the consequence is their incorrect application. The subject of this paper is precisely the specificities of Bosnian and Herzegovinian competition law that emerged as a consequence of said circumstances.*

**Keywords:** *competition law, harmonisation, European Union, Law on Competition.*



**Dr. Fikret Karčić**  
Redovni profesor

UDK: 343(497.6)(560)“1858”  
Prethodno naučno saopćenje

## **OSMANSKI KRIVIČNI ZAKONIK IZ 1858. I NJEGOVA PRIMJENA U BiH<sup>1</sup>**

### **Sažetak**

*Ovaj rad bavi se jednim važnim spomenikom tanzimatskog zakonodavstva – Osmanskim krivičnim zakonikom iz 1858. Razmatraju se pitanja donošenja, sistema, izvora, karaktera i primjene ovog zakonika. Posebno se razmatra prevod ovog zakonika na bosanski jezik i njegova primjena u tadašnjem Vilajetu Bosna. Zakonik se posmatra kao sredstvo modernizacije pravnog sistema u Bosni Hercegovini, procesa koji je započeo s provođenjem osmanskog modernizacijskog projekta u drugoj polovini 19. vijeka.*

**Cljučne riječi:** *Osmanski krivični zakonik 1858, Bosna i Hercegovina, krivično pravo, modernizacija prava u BiH*

### **Uvod**

Period tanzimata – modernističkih reformi u Osmanskoj carevini – nije dovoljno istražen u BiH iako je ovaj period višestruko značajan. Za pravnu historiju tanzimat je važan zbog toga što je u to vrijeme izvršena modernizacija prava i sudstva u Osmanskoj državi. Te modernizacijske reforme bile su objavljene i u pokrajinama, uključujući ejalet, odnosno, nakon 1865, Vilajet Bosnu.

### **Donošenje Osmanskog krivičnog zakonika (OKZ)**

Jedan od važnijih aspekata tanzimatskih reformi bilo je pravo i sudstvo. U tom okviru posebno je naglašena reforma krivičnog prava. O tome govori više vladinih intervencija u ovu pravnu oblast (Cin & Akgunduz, 1995, str. 336–339). Tako je, naprimjer, godinu dana nakon proglašenja Hatt-i šerifa

---

<sup>1</sup> Ovaj rad predstavlja preliminarno saopštenje rezultata istraživanja pravnog sistema tanzimata u BiH koje će se nastaviti.

of Gulhane, maja 1840, objavljen zakon koji je sadržavao 42 člana koji su se bavili pitanjem kažnjavanja izdaje, podsticanja na pobunu, pronevjere javnih prihoda, odbijanja da se plati porez itd. Ovaj zakon izvršio je izmjene i u materijalnom i procesnom krivičnom pravu (Bucknill & Utidjian, 1913, str. XII). Naprimjer, on sadrži propise koji su se bavili pitanjima krvarine (*diyet*), a uvedena je i kazna teškog zatvora s prinudnim radom. Ovom posljednjom sankcijom po prvi put u Osmanskoj carevini uvedena je kazna koja predstavlja zadovoljenje društva, a ne samo pojedinca ili porodične grupe kako je to bilo prema ranijem islamsko-osmanskom zakonodavstvu.

Godine 1850. donijet je novi krivični zakon poznat kao *Kanun-i cedit*. On se prvenstveno bavio pitanjem zaštite države i javnog reda i poretka, tradicionalnim područjem osmanskih kanuna. Osim toga sadržavao je propise koji su se bavili kažnjavanjem krivičnih djela protiv života, zaštite časti i zaštite imovine.

Konačno, 9. avgusta 1858. (28 zul-hidže 1274) proglašen je Osmanski krivični zakonik pod imenom *Ceza Kanunnamei-i Humayunu* (Carski krivični zakonik). Ovaj zakonik je bio praktična posljedica Hatt-i humayuna iz 1856. i osmanskog učešća u Krimskom ratu. Carska proklamacija iz 1856. garantovala je jednakost svim osmanskim podanicima, te delegirala sve građanske i krivične stvari između muslimana i nemuslimana mješovitim sudovima. U tom kontekstu, Hatt-i humayun iz 1856. propisao je:

*Da će se krivični i trgovački zakoni i propisi koji se tiču postupka pred mješovitim sudovima napisati i kodifikovati u jednom zborniku što je brže moguće, objaviti i proglasiti nakon prevođenja na različite jezike širom naših od Boga zaštićenih dominiona.* (Bucknill & Utidjian, 1913, str. XIII).

Rezultat ovog razvoja bilo je donošenje OKZ. Prijedlog ovog zakonika izradila je jedna komisija Visokog tanzimatskog vijeća, a odobren je Carskim odobrenjem (*irada*) od 9. avgusta 1858. Izvorni tekst zakonika bio je na osmansko-turskom jeziku (*Ceza kanunname-i humayunudur: suret-i hatt-i humayun*, str. 62). Kasnije je doživio više prevoda na evropske jezike uključujući i bosanski jezik. Prevod na bosanski jezik načinili su Husein ef. Karabegović i Nikola ef. Kraljević, pisari dragomanske vilajetske kancelarije, a po nalogu bosanskog namjesnika Safet-paše. Ovaj prevod štampan je u Sarajevu u Vilajetskoj štampariji 1870, dvanaest godina nakon proglašenja u Istanbulu (Karabegović & Kraljević, str. 71). Prikaz OKZ u ovom tekstu dajemo prema bosanskom prevodu.



## **Sistem OKZ**

OKZ sadrži 264 člana, a sastoji se od uvoda (*mukaddime*) i tri glave (*bab*) koje sadrže 32 odjeljaka (*fasil*).

Uvod, ustvari, predstavlja opšti dio ovog zakonika. Tu se uređuju pitanja odnosa ovog zakonika i vjerozakona, vrste krivice i kazne uopšte, podobnosti za kažnjavanje i slučajevi koji doprinose oprostaju ili kažnjavanju. Tako se u ovom dijelu zabranjuje retroaktivno važenje zakona, pa se kaže:

*Svako zločinstvo, prestup ili pogriješka, kazni se u onom zakonu i onoj uredbi, koja ima silu onog vremena po kom su izvedene na javnost i otkrivene od vlasti te krivice ili kad se je javio tužitelj za njih, a zakonom, koji je poslije ustanovljen, neće se kazniti.* (čl. 15)

Zakonik slijedi koncepciju subjektivne odgovornosti počinioca krivičnog djela te propisuje da se neće kazniti počinitelj koji u vrijeme izvršenja krivičnog djela ili prekršaja nije bio punoljetan (čl. 40), bio bezuman (čl. 41) te djelovao pod prinudom (čl. 42). Takođe se propisuje da nema razlike između muškarca i žene u zakonskim kaznama "ali u načinu izvršavanja nekijeh kazni, treba da se uvažava svojstveno stanje žena" (čl. 43).

Glava I ima šesnaest odjeljaka. Oni govore o: zločinima i prestupima koji uzrokuju opštu povredu i o odgovarajućim kaznama. Tu spadaju: zločini i prestupi koji narušavaju spoljašnji mir carske vlade, zločini i prestupi koji narušavaju unutrašnji mir carske vlade, o mitu, o krađi državnog imanja i drugim zakonoprestupima, o zloupotrebama sudskih činovnika, o nepokornosti činovnicima, o propuštanju zatvorenika i onima koji skrivaju zločince, o oštećenju pečata i uzimanju založenih stvari i zvaničnih pisama, o pokazivanju u zvaničnom redu bez prava i dozvole, o onima koji napadaju na vjerozakonska prava i onima koji razvaljuju i pustoše stare poštovanja vrijedne spomenike, o onim koji narušavaju telegrafski saobraćaj, o onima koji otvaraju štamparije bez dozvole i koji štampaju i obnaroduju škodljive listove u štampariji otvorenoj s dozvolom, o kalpozanluku (krivotvorenje novca), o sahtečarluku (podmetanju), te onima koji požar proizvode.

Glava II ima jedanaest odjeljaka i sadrži propise kojim se nanosi šteta pojedincima. Tu spadaju: ubistvo i ranjavanje, udaranje i zaplašavanje, o onima koji nasilno pobacuju djecu, prodaju pomiješana pića i prodaju otrove bez jamstva, o onima koji narušavaju čast, o protivzakonitom zatvaranju i zadržavanju, krađi nepunoljetnih i otimanju djevojaka, o onima koji lažno svjedoče i lažno se zaklinju, o kleveti, psovki i iskazivanju tajnih poslova, o krađi, o bankrotu, o onima koji zloupotrebljavaju povjerenje, o onim koji

zloupotrebljavaju prodavanje na licitaciji i onima koji čine zloupotrebe u trgovačkim poslovima, o onima koji se bave igranjem komara (hazardna igra) i lutrijom (pijanko).

Glava III sadrži propise o onima koji postupaju protiv naredbe za pažnju i za čistoću i onima koji postupaju protivno policijskim naredbama. Tu spadaju sljedeća djela: nepaljenje fenjera noću od strane gostioničara i handžija, ostavljanje stvari na ulici pa to smeta prolasku naroda, nečišćenje ognjišta i dimnjaka od strane esnaflija, nevođenje popisa gostiju od strane handžija i gostioničara, prodavanje pokvarenog voća i druge robe, namjerno bacanje kamenja ili nečistoće na nekog, njegovu kuću ili drugu zgradu, namjerno pričinjavanje štete nečijem pokretnom imanju, prekomjerno opterećenje životinja, narušavanje spokojsstva žiteljstva, cijepanje oglasa prilijepljenih po naredbi vlade, puštanje domaćih životinja u nečije zagrađeno i posijano mjesto ili mjesto u kojima su ljetine i usjevi, upotreba neispravnih mjera i zakidanje na vagi, prodaja namirnica po cijenama većim od obnarodovanih, te nanošenje štete javnim mjestima kao što su putevi, mejdani, šetališta, itd.

### **Izvori OKZ**

Dva su glavna izvora OKZ: francuski Krivični zakonik iz 1810. i neki elementi osmansko-islamskog prava. Po svojim izvorima OKZ je bio spoj islamske i evropske kontinentalne pravne tradicije. Uticaj francuskog KZ je posebno je identifikovan u komentarima koje su uz engleski prevod ovog zakonika dali Bucknill i Utidjian (1913). Čak i sam naslov ovog zakonika na osmansko-turskom – *Ceza Kanunname-i Humayunu* – jeste prevod francuskog *Code Pénal Impérial*.

Na ovom mjestu ćemo se osvrnuti na samo neke aspekte francuskog uticaja na OKZ.

OKZ je bio pod uticajem francuskog KZ iz 1810. kako u pogledu opštih koncepata, tako i klasifikacija i specifičnih propisa.

Francuski KZ broji nešto manje od 500 članova. Sastoji se od četiri knjige: O kaznama u krivičnoj i popravnoj materiji i njihovom učinku, O licima koja se kažnjavaju, izvinjavaju ili odgovaraju za zločine ili prestupe, O zločinima, o prestupima i njihovom kažnjavanju i Policijski istupi i kazne (Šarkić & Popović, 1996, str. 125). Kao najveći doprinos ovog zakonika razvitku svjetskog prava smatra se trodioba krivičnih djela odnosno podjela na: zločine (*crime*), koji se kažnjavaju bolnim i beščasnim kaznama, prestupe (*delit*), koji se kažnjavaju popravnim kaznama i istupe (*contravention*), koji se kažnjavaju policijskim kaznama (Šarkić & Popović, str. 125).

U pogledu sistema kažnjavanja francuski KZ napušta apsolutno određenje krivične sankcije već za svaku kaznu propisuje minimum i maksimum. Na ovaj način bilo je moguće kaznu prilagoditi svakom konkretnom slučaju.

U prvom redu kao primjer uticaja Napoleonove kodifikacije krivičnog prava navodimo trodiobu krivičnih djela. U Osmanskom KZ to su: *cinayet*, *cunha* i *kabahat*. Prevodioci ovog zakonika na bosanski jezik 1870. ove termine preveli su kao: zločinstvo, prestup i pogrješka.

Zločinstvo se definiše kao “djelo koje iziskuje kaznu mučitelnu. Mučitelna kazna jeste pogubljenje, vječni ili privremeni okovi (pranga) sa razglašnjenjem, zatvor u tvrđinji (tvrđavi – op. F. K.), vječno zatočenje, lišenje čina i službe do života, i oduzeće građanskih prava” (čl. 3).

Prestup je “djelo koje iziskuje popravljajuću kaznu. Popravljajuća kazna jest: zatvor veći od jedne sedmice, privremeno zatočenje, lišenje službe, i novčana kazna (džezai nakdija)” (čl. 4).

“Pogrješka (*kabahat*) jest djelo i vladanje koje iziskuje izobličavajuće postupke. Kazna s izobličavajućim postupcima jest: zatvor od 24 sahata do jedne sedmice, i kazna novčana najviše do sto groša” (čl. 5). Riječ “izobličavajući” prevodioci zakonika na engleski jezik su preveli kao “admonitory treatment” što znači “upozorenje”. Pogreške po svom karakteru su policijski prekršaji.

Ovakva klasifikacija krivičnih djela nepoznata je islamskoj pravnoj nauci i ona je direktno preuzeta iz francuskog KZ.

Druga karakteristika ovog zakonika iz koje se vidi francuski uticaj je ta što je on bio namijenjen za sekularne sudove u Osmanskoj carevini (*mehakim-i nizamiye*). Ovi sudovi su bili intervjerskog sastava i sudili su i muslimanima i nemuslimanima za krivična djela i prekršaje po ovom zakoniku i za građanskopravne stvari. Ovi sudovi su bili organizovani po francuskom modelu na sudove prve instance, apelacione i kasacione sudove (Starr, 1992, str. 31). Ova dioba je odgovarala osmanskoj administrativnoj podjeli Carevine na pokrajine (*vilayet*), okruge (*liva*) i podokruge (*kaza*).

Uveden je takođe i princip zakonitosti krivičnog djela i sankcije (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*). U čl. 47 propisuje se: “Nikakvim načinom nije dozvoljeno da se oprosti kakva kazna, ili da se promijeni ili pak da se umanji ako nema zato osobita carska zapovijed, ili ako to zakon ne odredjuje.”

Neke odredbe OKZ regulišu odnose društva koje se modernizuje. Takvi su, naprimjer, propisi o onima koji narušavaju telegrafski saobraćaj (čl. 134–136) i rad štamparija (čl. 137–142).

U odnosu na islamsko pravo donosioci ovog zakonika tvrdili su da su specificirali sankcije iz kategorije *ta'zir*. Naime, islamsko pravo kategoriše krivična djela i prekršaje u tri kategorije.

Prva kategorija je *kisas*, za koje važi princip taliona, a koja obuhvataju ubistvo i tjelesnu povredu. Druga kategorija je *hudud*, djela koja su tačno određena u Kur'anu i sunnetu gdje se ubrajaju blud, neosnovana optužba za blud, krađa, razbojništvo, uživanje alkoholnih pića i istupanje od vjere. Treća kategorija su djela *ta'zir* koja predstavljaju djela za koja se primjenjuje diskreciono kažnjavanje. Određivanje tih kazni je u nadležnosti vladara ili kadije. Oni koji su zastupali ideju kodifikacije osmanskog krivičnog prava vidjeli su svoju ulogu kao specificiranje diskrecionih kazni.

Potiskivanje islamskog prava vidljivo je i iz okolnosti da se *hudud* sankcije isključuju iz ovog zakonika. Tako su prestale da se primjenjuju kazne kamenovanja bludnika, bičevanje uživalaca alkohola, odsijecanje ruku kradljivcima i razapinjanje razbojnika. Za ova djela OKZ predviđa drugačije i diferencirane sankcije. Tako, naprimjer, OKZ predviđa kaznu privremenih okova za silovanje (čl. 198), ako je riječ o neudatoj djevojci onda uz kaznu okova slijedi i naknada za izgubljeno djevičanstvo (čl. 200), zatvorsku kaznu ili kaznu okova za pojedine vrste krađe (čl. 216–230), kaznu privremenih ili vječnih okova za članstvo u razbojničkoj grupi (čl. 62), a smrtnu kaznu za vođu razbojničke grupe (čl. 62) ili razbojnika koji čini ovo djelo u povratu ili onih koji su u činjenju razbojništva (*kat'u tarik*) nekoga mučili ili ubili.

Do ove zamjene sankcija *hudud* došlo je iz više razloga. Prvo, zakonik je bio namijenjen svim podanicima Carevine bez obzira na vjeru. Drugo, osmansko vodstvo željelo je pokazati da je osmanski krivičnopravni sistem u skladu sa zapadnim standardima i da na osnovu toga treba ukinuti povlastice stranih država da sude svojim podanicima ili štićenicima na osmanskom teritoriju (*imtiyazat*) (Peters, 2005, str. 131).

Donošenje ovog zakonika nije u potpunosti dokinulo važenje islamskog krivičnog prava za što su bili nadležni šerijatski sudovi. Prije bi se moglo reći da je sužen obim primjene tog prava. Odnos između ova dva prava – kodifikovanog francusko-osmanskog i islamskog – razjašnjava se u čl. 1 Zakonika. Tu se kaže da Zakonik sadrži i garantuje kazne za *ta'zir* djela čije definisanje i primjena pripada političkim autoritetima (*ulu al-amr*). Djela koja su počinjena protiv privatnih lica predstavljaju narušavanje javnog poretka, te prema tome, dužnost je države da ih kažnjava na isti način na koji se kažnjavaju djela protiv države. Međutim, ovaj zakonik ni na koji način ne zadire u prava pojedinaca koja su priznata šerijatom (Liebesny, 1975, str. 64).

## **Karakter OKZ**

U historijsko-pravnoj literaturi ovaj zakonik je okarakterisan kao “neuporedivo moderan u pogledu forme i sadržine” (Toprak, 2014). U tom smislu on je označio prelazak osmanskog krivičnog zakonodavstva od kodifikacije običaja prema znatnoj recepciji evropskih prava.

Za karakter ovog zakonika značajno je osvrnuti se na zapriječene sankcije za pojedina krivična djela i prekršaje. Te sankcije su uporedive sa sankcijama propisanim u evropskim kodifikacijama krivičnog prava tokom 19. vijeka.

Tako je zapriječena smrtna kazna za djela: oružane pobune (čl. 48), savez s neprijateljskim državama protiv carske vlade (čl. 49), pomaganje neprijateljskoj državi i predaja vojnih objekata (čl. 50), otkrivanje državnih tajni inostranoj i neprijateljskoj državi (čl. 52), naoružavanje carskih podanika u cilju unutrašnjeg sukoba (čl. 56), uzurpiranje komandnog mjesta nad vojnom jedinicom ili nepokoravanje zapovijedi vlade od strane vojnog komandanta (čl. 59), vodstvo razbojničke čete (čl. 62), podmetanje požara (čl. 163), ubistvo iz namjere (čl. 170).

Vječni ili privremeni okov je predviđen za onoga ko je oprošten od kazne taliona ili *kisasa* (“krv za krv”) (čl. 172), za saučesništvo u ubistvu (čl. 175), odsijecanje dijela tijela ili sakaćenje (čl. 177), podizanje oružja u namjeri da se neko ubije, ali se to ne ostvari (čl. 180), nasilno obeščašćenje (čl. 198), itd.

Zatvor u tvrđavi, nekada kombinovan s udaljavanjem iz službe, predviđen je, između ostalog, za sljedeća djela: primanje mita (čl. 68), posredovanje u podmićivanju (čl. 70), krađu državne imovine (čl. 82), izmjenu sadržaja službenog dokumenta (čl. 152), upotrebu prepravljenih dokumenata (čl. 154), itd.

Zatvorska kazna predviđena je, naprimjer, za napade na vjerozakonske običaje i obrede carskih podanika (čl. 132), za unošenje lažnih imena u putne isprave (čl. 156), upisivanje gostiju pod lažnim imenima od strane ugostitelja (čl. 156), navođenje na blud (čl. 201), protivpravno lišenje slobode (čl. 203), krađu nepunoljetnih osoba (čl. 206), krađu požnjevenih i sabranih plodova (čl. 225), itd.

Novčana kazna, nekada kombinovana sa zatvorom, predviđena je za nanošenje štete tuđim pokretnim stvarima (čl. 259), narušavanje javnog reda i mira (čl. 260), puštanje domaćih životinja u tuđe zagrađeno i posijano mjesto (čl. 261), itd.

U literaturi se navodi da je efikasnost ovog zakonika bila ograničena pošto nije imao etabliranog proceduralnog ili implementacionog mehanizma (Starr,

str. 31). Naime, donošenje kodifikacije materijalnog krivičnog prava nije bilo odmah praćeno i kodifikacijom krivičnog procesnog prava. Do toga je došlo 1879. godine kao posljedica prvog osmanskog ustava donijetog godinu dana ranije.

OKZ je bio dopunjavan nekoliko puta, najznačajnije 1863. i 1911, i ostao je snazi do marta 1926. kada je donijet republikanski Krivični zakonik Turske.

### **Primjena OKZ**

OKZ je bio primjenjivan na cijelom teritoriju Osmanske carevine. Služio je kao osnova Egipatskom KZ iz 1875. u vrijeme kada je ova zemlja imala autonoman položaj unutar Carstva (Hunter, 1999, str. 57). Osim toga, uticao je na brojne krivične zakonike nezavisnih arapskih zemalja (Liban 1943, Jordan 1960) i Irana (1926). U literaturi je posebno istraženo preuzimanje "zločina iz časti" iz francuskog KZ u zakonike arapskih, odnosno mediteranskih zemalja (Jospeh, 2000, str. 57).

U BiH, odnosno tadašnjem Vilajetu Bosna, ovaj zakonik je važio do austro-ugarske okupacije.<sup>2</sup> Poznato je da je u Vilajetu Bosna primjena tanzimatskih reformi išla sporo. One su tek ubrzane dolaskom carskog inspektora Ahmeda Dževdet-paše u Bosnu 1864. (Karčić, 2004, str. 47–48). Međutim, ono što je važno uočiti kada je u pitanju ovaj zakonik jeste: francuski uticaj i okolnost da je važio za cjelokupno stanovništvo današnje BiH. Kada je riječ o francuskoj podlozi ovog zakonika, ta okolnost je važna jer se obično zakoni Osmanske države smatraju manifestacijama osmansko-islamske kulture. Ovdje je riječ o pravnoj modernizaciji tako da možemo reći da su se stanovnici Vilajeta Bosna u drugoj polovini 19. vijeka našli pod jurisdikcijom osmansko-francuskog prava. Druga okolnost jeste da je on bio namijenjen za cjelokupno stanovništvo Vilajeta Bosna. O tome govori okolnost da je pored osmansko-turske verzije, koja je bila službena, ovaj zakonik 1870. preveden na bosanski jezik radi njegove popularizacije među stanovništvom ovog vilajeta.

O primjeni ovog zakonika u praksi u BiH nema objavljenih podataka, za razliku od Turske, gdje je primjena OKZ bila predmet posebnih studija.<sup>3</sup> U BiH bi se tek trebalo izvršiti istraživanje na osnovu osmanskih i drugih izvora.

U našoj pravno-historijskog literaturi o ovom zakoniku se nije pisalo. I onda kada je na njega upućivano nedostajala je identifikacija da je riječ

---

<sup>2</sup> Austrougarska uprava za BiH donijela je 26. juna 1879. vlastiti kazneni zakon. Vidi, *Kazneni zakon o zločinstvima i prestupcima za Bosnu i Hercegovinu*, 1897, str. 146.

<sup>3</sup> Vidi, naprimjer, Uysal & Bozkurt, 2008, str. 49–59; Tug, 2014.

o osmanskome KZ.<sup>4</sup> Samim tim Zakoniku nastalom na tradicijama Napoleo-  
novog zakonodavstva nije dato mjesto u nauci koje mu pripada kao  
začetku modernizacije krivičnog prava u BiH, procesa koji se obično veže za  
austroугarski period.

## **Zaključak**

OKZ predstavlja važan pravni spomenik Osmanske države iz perioda tanzima-  
mata. Ovaj zakonik je bio pod značajnim uticajem francuskog KZ u pogledu  
klasifikacije krivičnih djela i prekršaja, glavnih koncepata i specifičnih  
propisa. Ovaj zakonik je bio primjenjivan širom Carevine uključujući tadašnji  
Vilajet Bosna. Po svom karakteru ovaj zakonik je bio za svoje vrijeme moderan  
zakonik i stavljao je stanovnike Vilajeta Bosna u sličnu situaciju u domenu  
krivičnog prava u kojoj su bili tadašnji francuski građani. U ovom slučaju,  
dakle, kodifikacija je bila sredstvo društvene transformacije – modernizacije  
jednog tradicionalnog društva. OKZ zato predstavlja važan dokument za  
historiju prava BiH i on treba biti predmet daljnjih studija.

## **Bibliografija**

1. Bucknill J. A. S., & Utidjian H. A. S. (1913). *The Imperial Ottoman Penal Code*. London: Oxford University Press.
2. *Ceza kanunname-i humayunudur:suret-i hatt-i humayun* (1274 H/1858). Istanbul: Takvimhane-yi Amire.
3. Cin, H., & Akgunduz A. (1995). *Turk Hukuk Tarihi I*. Istanbul: Osmanli araştırmaları vakfı.
4. Hunter, R. (1999). *Egypt Under the Khedives 1805-1879: From Household Government to Modern Bureaucracy*. Cairo: American University Press.
5. Joseph, S. (ured.) (2000). *Gender and Citizenship in the Middle East*. Syracuse, NY: Syracuse University Press.
6. Kazneni zakon o zločinstvima i prestupcima za Bosnu i Hercegovinu. (1897). Sarajevo: Zemaljska štamparija.
7. Karabegović H., & Kraljević N. (prev.) (1870). *Carski kazneni zakonik za Bosanski vilajet*. Sarajevo: Vilajetska štamparija 1870.
8. Karčić, F. (2004). *Bošnjaci i izazovi modernosti: kasni osmanlijski i habsburški period*. Sarajevo: El-kalem.
9. Liebesny, H. J. (1975). *The Law of the Near and Middle East: Readings, Cases and Materials*. Albany: State University of New York Press.
10. Peters, R. (2005). *Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century*. Cambridge: Cambridge University Press.

---

<sup>4</sup> Vidi, naprimjer, Spasojević, 2004.

11. Spasojević, B. (30. sept. 2004). Reguliranje rada nad starinama. *Oslobođenje*.
12. Starr, J. (1992). *Law as Metaphor: From Islamic Courts to the Palace of Justice*. Albany: State University of New York Press.
13. Šarkić, S., & Popović D. (1996). *Veliki pravni sistemi i kodifikacije*. Beograd: Draganić.
14. Toprak, Z. From Plurality to Unity: Codification and Jurisprudence in the Late Ottoman Empire. Preuzeto 19. novembra 2014, sa <http://psi424.cankaya.edu.tr/uploads/files/Toprak>
15. Tug, B. (2014). Gendered Subjects in Ottoman Constitutional Agreements ca. 1740-1860, *European Journal of Turkish Studies* (EJTS), 18. Preuzeto 19. novembra 2014. sa <http://ejts.revues.org/4860>.
16. Uysal, A., & Bozkurt, N. (2008). Crime in the Late Ottoman Empire 1910-1911. *Research Journal of Social Sciences*, 3, 49–59.

### **Fikret Karčić, PhD**

Full Professor

## **THE OTTOMAN PENAL CODE OF 1858 AND ITS APPLICATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA**

### **Summary**

*The Ottoman Penal Code of 1858 represents an important legal act from the period of the Tanzimat. This code was an amalgam of French and Ottoman- Islamic legal culture. It was applied through the vast territory of the Ottoman State, including Vilayet Bosnia. Twelve years after its promulgation in Istanbul it was translated into the Bosnian language and published in 1870 in Sarajevo under the title Carski kazneni zakonik za Bosanski vilajet (Imperial Penal Code for the Vilayet Bosnia). Application of this code in what is today Bosnia and Herzegovina, effectively put the Bosnians and Herzegovinians, as far as criminal law is concerned, into the legal situation similar to that of the French citizens. In that sense, codification was an instrument of social transformation. The presence of this Code in Vilayet Bosnia can be considered as another historical evidence for the thesis that the modernization of this country started with the period of the Tanzimat, decades before the Austrian-Hungarian occupation in 1878.*

**Keywords:** *The Ottoman Penal Code of 1858, Bosnia and Herzegovina, criminal law, modernization of law in B&H*



## **PRIKAZI**



**Dr. Edin Halapić**

Docent

## **PРАВНА МИСАО У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ**

**Prof. dr. Enes Durmišević,**

***Uvod u razvoj pravne misli u Bosni i Hercegovini,***

Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2014, str. 158.

Krajem 2014. godine objavljena je knjiga pod naslovom “Uvod u razvoj pravne misli u Bosni i Hercegovini”. Autor je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, Enes Durmišević.<sup>1</sup> Ova knjiga predstavlja uvid u proces razvoja pravne misli na teritoriji Bosne i Hercegovine od nastanka srednjovjekovne bosanske države i prati njen razvoj sve do danas. Sadržaj knjige obuhvata:

- Pravna misao u srednjovjekovnoj Bosni;
- Pravna misao u osmanskoj Bosni;
- Institucionalizacija pravne misli u Bosni i Hercegovini (1898–1946);
- Prilozi.

Prvi dio knjige odnosi se, kao što i naslov upućuje, na period srednjovjekovne Bosne. Posebnu pažnju plijeni bosanska dvorska kancelarija, a naročito služba dijaka odnosno pisara. Smatra se da su pisari, koji su postojali pri dvorskoj kancelariji kao i pri vlastelinskim porodicama tog vremena, bili osobe koje su imale uvid u kontinuitet stvaranja i sadržaja svih akata izdanih od strane bosanske dvorske kancelarije. Historičari smatraju, a s obzirom na sadržinu dokumenata i karakterističan rukopis, da je na dvorovima bosanskih vladara postojala jedna vrsta škole za dijake. Neizostavno pitanje je i pismo koje se koristilo pri izradi dokumenata. Budućim čitaocima preporučuje se dio koji se upravo odnosi na ovo pitanje (od glagoljice preko bosančice do begovice).

---

<sup>1</sup> Enes Durmišević je pored navedene knjige, autor knjiga *Uspostava i pravni položaj Rijaseta Islamske zajednice u Bosni i Hercegovini 1882–1899. godine* (Sarajevo, Magistrat, 2002) i *Šerijatsko pravo i nauka šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini u prvoj polovini XX stoljeća* (Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008). Sa svojim radovima profesor Durmišević učestvovao je na domaćim i međunarodnim naučnim skupovima. Autor je preko trideset objavljenih članaka.

Drugi dio knjige odnosi se na osnovne karakteristike pravnog sistema osmanske države, što je usko povezano s izučavanjem prava kao i razvoja pravne misli. Jedan od velikih koraka u tom pravcu predstavlja institucionalizacija pravne misli od strane osmanske vlasti. Osnivanjem Gazi Husrev-begove medrese u Sarajevu počinje proces visokog obrazovanja u Bosni.<sup>2</sup> Vrlo brzo javljaju se i prvi pravници koji su u početku poticali iz Turske, a jedan vijek kasnije pojavljuju se i domaći pravници koji su školovani u Istanbulu. U ovoj knjizi spominju se Hasan Kafi Pruščak, Hasan Duvnjak, Mustafa Ejubović (Šejh Jujo), Mustafa Pruščak, Muhammed Prozorac, Ivan Franjo Jukić i drugi. U knjizi se nalazi detaljan uvid u život i rad navedenih domaćih pravnika.

Treći dio knjige (institucionalizacija pravne misli u Bosni i Hercegovini 1878–1946) autor je rezervisao za jedan vrlo značajan period u historiji Bosne i Hercegovine. Okupacija Bosne i Hercegovine od strane Austro-Ugarske dovela je do složenosti i komplikovanosti postojećeg pravnog sistema. Prema autoru, u to doba važiolo je pet pravnih izvora koji su ostali prisutni sve do donošenja Bosanskog ustava i nastanka Bosanskog sabora (1910). U ovom periodu dolazi do savremenih oblika studija, a naročito s formiranjem Šerijatske sudačke škole, sjemeništa kao i bogoslovija. Ovo je dovelo do pojave paralelnog izučavanja konfesionalnog (šerijatsko i kanonsko pravo) i javnog i civilnog prava. Okosnicu izučavanja prava predstavljala je Šerijatska sudačka škola koja je u svojih pet decenija postojanja proizvela 370 učenika. Od niza nastavnih predmeta, a prema članu 8. Statuta o ustrojstvu škole za šerijatske suce u Sarajevu, navode se sljedeći predmeti koji su povezani sa šerijatskim pravom:

Šerijatsko pravo

Povijest prava i nauka o predaji

Pravnička stilistika

Diobe nasljedstva

Šerijatski parnički postupak

Zakoni o posjedu zemljišta i Osnovi evropskog pravoslavlja.

Pored navedenog, autor navodi i detaljan spisak predmeta cjelokupnog procesa školovanja koje je trajalo pet godina, kao i promjene koje su se

---

<sup>2</sup> Pored spomenute medrese, u Sarajevu je 1887. godine osnovana Šerijatska sudačka škola, a 1890. Vrhbosanska katolička bogoslovija. Tokom 1905. godine osniva se i franjevački Filozofsko-teološki studij. Posebno mjesto pripada Visokoj islamsko-šerijatskoj teološkoj školi za koju možemo reći da je po stepenu obrazovanja prevazišla mnoge fakultete tog doba.

odnosile na nastavne planove i programe. Tokom njenog postojanja, u radu ove škole učestvovao je značajan broj profesora i predavača (redovni profesori i honorarni saradnici). Autor je identifikovao najuglednije redovne profesore i to: Mehmed Tefvik Azapagić, Sulejman Šarac, Hasan Spaho, Ahmed Ribić, Nedžib Smailbegović, Sejfulah Proho (najplodniji pravni autor), Mehmed Džemaluddin Čaušević (Pravni fakultet završio je u Istanbulu, a 26. marta 1914. godine inauguriran je za reisul-ulemu i ovo funkciju obavljao je do 6. juna 1930. godine. Čaušević je bio i nosilac reformatorskih ideja), Abdullah Ajni Bušatlić, Abdullah Prešljo, Muhammed Hadžimulić, Ali-Ruždi Kapić, Ali-Riza Prohić, Ahmed Burek i Abdullah Škaljić. Navedeni profesori su svojim radom uticali na razvoj i tokove pravne misli u Bosni i Hercegovini tog doba. U procesu institucionalizacije pravne misli učestvovala je i bogoslovija koja je iz Travnika 1893. godine preselila u novosagrađenu zgradu Vrhbosanskog bogoslovnog sjemeništa u Sarajevu. Vremenom, studij pri Vrhbosanskoj katoličkoj bogosloviji produžen je na šest godina s akcentom na izučavanje crkvenog (kanonskog) prava. Do polovine XX vijeka profesori kanonskog prava bili su: Franjo Beller, Alojzije Curinaldi, Ivan (Johann) Danner, Adolf Hünninger, Antun Jost, Matej Končar i Vilhelm Weth.

Naredna tematska cjelina odnosi se na samostanski školski sistem franjevacu u Bosni, koji je bio prisutan i do austrougarske okupacije. Ovaj način školovanja poznat je pod nazivom kućna učilišta. Franjevačka teologija (Filozofsko-teološki fakultet) počela je s radom akademske 1904/05. godine u mjestu Guča Gora, da bi se 1909. godine premjestila u Sarajevo u Franjevački samostan Sv. Ante na Bistriku, gdje se i danas nalazi. U segmentu teologije, izučavali su se crkveno i redovničko pravo. Tokom prve polovine XX vijeka među profesorima se nalaze Julijan Jelinić (dopisni član Jugoslovenske akademije znanosti i umjetnosti), Arkandeo Grgić, Vitomir Jeličić, Srećko Perić, Anđeo Mutić, Mato Matošević i Karlo Karin. Okupacija Bosne dohvatila je i pitanje statusa Pravoslavne crkve. Nakon okupacije ova crkva je bila pod jurisdikcijom Carigradske patrijaršije u Istanbulu. Sklapanjem konkordata između Beča i Istanbula 1880. godine stekli su se uslovi za otvaranje pravoslavne bogoslovije. Prije konkordata postojala je posebna škola sa sjedištem u Mostaru – manastir Žitomislići. Od oktobra mjeseca 1882. godine postoji i srpsko-pravoslavna bogoslovija, s tim da je sjedište preseljeno u Sarajevu odnosno u Reljevo. U početku se pri ovim školama izučavalo crkveno pravo, a reformama iz 1909. i 1910. godine predmet se zvanično naziva Pravoslavno crkveno pravo. U ovom periodu uz navedene škole, postojao je i znatan broj drugih kao što su trgovačke škole, trgovačke akademije, zanatske i slično. Nakon okupacije u Bosni i Hercegovini javljaju se pravnici koji se bave domaćim pravom, ali s aspekta evropske pravne misli. U pitanju su

pravnici koji se mogu smatrati predstavnicima kontinentalnoevropske pravne misli. To su: Eduard Eichler, Adalbert Vugrovački Schek, Eugen Sladović Sladojevički, Mihajlo Zobkow, Ljudevit Farkaš, Franjo Kruszelnicki, Ćiro Truhelka i Vladislav Skarić.

Formiranjem Kraljevine SHS može se pratiti kontinuitet u izučavanju prava. Ovdje se navode Šerijatska gimnazija koja je prestala s radom 1944. godine i koja je trajala osam godina. Uz spomenutu gimnaziju od 1937. postoji i Viša islamska šerijatsko-teološka škola koja je trajala četiri godine. U ovom periodu predavači prava bili su Muhammed Emin Dizdar, Salih Safvet Bašić, Mehmed Ali Ćerimović, Mehmed Handžić, Hazim Muftić, Muhammed Tufo, Abduselam Balagija i Mehmed Begović.

Od 1946. godine počinje savremeni studij prava s osnivanjem Pravnog fakulteta u Sarajevu. Iz ovog perioda možemo izdvojiti profesore koji su aktivno učestvovali u prve dvije akademske godine. To su Aleksandar Vasiljević Solovjev, Miloš Bajić, Hamdija Ćermerlić, Alija Silajdžić i Vojislav Spaić.

Knjiga pod naslovom “Uvod u razvoj pravne misli u Bosni i Hercegovini” autora Enesa Durmiševića, predstavlja izvor informacija o procesu razvoja pravne misli objedinjenih na jednom mjestu. Pored činjenice da je pisana za potrebe studenata Pravnog fakulteta u Sarajevu, ova knjiga se preporučuje i široj čitalačkoj publici, a naročito historičarima. Knjiga je pisana razumljivim jezikom i jednostavnim stilom. S ovom knjigom autor je potvrdio postojanje kontinuiteta pravne misli na teritoriji Bosne i Hercegovine koji se može pratiti od srednjovjekovne bosanske države pa sve do danas.

**Dr. Edin Halapić**

Docent

**NAUČNI SKUP  
"HISTORIJA DRŽAVE I PRAVA BiH – IZAZOVI  
I PERSPEKTIVE"**

**Povodom 50 godina naučnog i publicističkog rada  
prof. dr. Mustafe Imamovića**

U periodu od 28. do 30. novembra 2014. godine u Tuzli se održao dvodnevni naučni skup povodom obilježavanja pedeset godina naučnog i publicističkog rada, emeritusa Mustafe Imamovića. Uz obilježavanje pedeset godina, na skupu se obilježilo i IV izdanje knjige "Historija države i prava Bosne i Hercegovine" autora Mustafe Imamovića. Organizator skupa bio je JU Zavod za zaštitu i korištenje kulturno-historijskog i prirodnog naslijeđa Tuzlanskog kantona. Skup se održao pod nazivom "Historija države i prava BiH – izazovi i perspektive". Prema programu, skup je obuhvatao uvodna izlaganja kao prvi dio, drugi dio odnosio se na historiju države i prava Bosne i Hercegovine i posljednji dio bio je rezervisan za opće historijske teme odnosno pravnu historiju Evrope i Mediterana.

Naučni skup otvorio je predsjednik Organizacionog odbora i direktor Zavoda za zaštitu i korištenje kulturno-historijskog i prirodnog naslijeđa, Benjamin Bajraktarević. U svom obraćanju ukazao je na veliki naučni doprinos prof. dr. Mustafe Imamovića u oblasti historijskih i pravnih nauka. U nastavku se obratio i emeritus Mustafa Imamović, koji je u svom obraćanju ukazao na značaj kao i na potrebu kontinuiranog izučavanja historije države i prava Bosne i Hercegovine.

Prvi dio (uvodna izlaganja) počeo je s izlaganjem prof. dr. Fikreta Karčića, redovnog profesora Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, koji je učesnike upoznao sa svojim referatom pod naslovom "Odjek Balkanskih ratova u BiH: Promjena paradigme bošnjačkog vođstva". Nakon toga uslijedilo je i obraćanje prof. dr. Enesa Durmiševića, vanrednog profesora Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu. Tom prilikom profesor je predstavio svoj

rad "Srednjovjekovna bosanska kancelarija". U nastavku rada naučnog skupa, prisutnima su se obratili prof. dr. Miro Gardaš, vanredni profesor Pravnog fakulteta u Osijeku i Daniel Hartman, asistent Pravnog fakulteta u Osijeku sa svojim radom "Regalno pravo lova i lovno zakonodavstvo u Hrvatskoj kroz povijest". Ispred Federalnog ministarstva obrazovanja rad je pripremio i mr. sci. Jasmin Branković. Uvodna izlaganja su završena prezentacijom rada pod naslovom "Salvum fore recipere" autorica prof. dr. Mirele Šarac, redovne profesorice Pravnog fakulteta Univerziteta u Splitu i asistentice Matine Miletić.

Drugi dio skupa pod naslovom "Historija države i prava Bosne i Hercegovine" može se smatrati i najznačajnijim segmentom skupa. Tom prilikom svoje radove predstavili su prof. dr. Sead Selimović, vanredni profesor Filozofskog fakulteta Univerziteta u Tuzli. Profesor Selimović je predstavio rad pod naslovom "Položaj Bosne i Hercegovine prema jugoslovenskom Ustavu iz 1963. godine". Vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Tuzli, Edin Mutapčić, predstavio je rad pod naslovom "Razvoj historiografije u Bosni i Hercegovini sa posebnim osvrtom na historijsko-pravnu nauku". Ispred Pedagoškog fakulteta Univerziteta u Bihaću, skupu se obratila vanredna profesorica Elvira Islamović sa svojim radom "Žene i rad – od privatnog do javnog". Rad pod naslovom "Da li je u BiH na sceni zamrznuti sukob?" predstavio je dr. sci. Hamza Karčić s Fakulteta političkih nauka Univerziteta u Sarajevu. Ispred Pravnog fakulteta u Travniku i časopisa "Gračanički glasnik" svoj rad predstavio je docent Omer Hamzić. U pitanju je rad "Uloga Džafera Kulenovića u obnavljanju programa i organizaciji pokreta za autonomiju BiH 1939". U nastavku skupa prisutne je upoznala sa svojim radom "Novo europsko *ius commune* – primjer DFCA-a" docentica Pravnog fakulteta Univerziteta u Tuzli, Anita Petrović. S istog fakulteta svoj rad predstavio je docent Vedad Gurda pod naslovom "Historijski razvoj maloljetničkih krivičnih sankcija u domaćem i uporednom krivičnom pravu". Redovni profesor Islamskog fakulteta u Bihaću, Muharem Štulanović, izlagao je na temu "Medžella – nova paradigma primjene kodifikovanog, šerijatskog, materijalnog prava u sudstvu". Docentica Pravnog fakulteta Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, Amra Mahmutagić, pripremila je rad pod naslovom "Osvrt na specifičnosti pravnog partikularizma i unifikacije prava na području Kraljevine SHS". Nakon kraće pauze, svoj rad predstavio je viši asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, Mehmed Bečić. U svom radu asistent je obradio temu "Prvi građanski parnični postupak za Bosnu i Hercegovinu". Magistar nauka Rusmir Djedović i Semir Hadžimusić su ispred Zavoda za zaštitu i korištenje kulturno-historijskog i prirodnog naslijeđa Tuzlanskog Kantona predstavili rad pod naslovom "Neki problemi



iz pravnog okvira oblasti zaštite i korištenja naslijeđa Tuzlanskog kantona". Viši asistent Ajdin Huseinspahić s Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici prisutne je upoznao sa svojim radom "Pravno regulisanje vanbračne zajednice nakon Drugog svjetskog rata u Bosni i Hercegovini s osvrtom na njeno uređenje *de lege lata* i *de lege ferenda*". Rad pod naslovom "Bojkot Jevreja u bosanskohercegovačkim gradovima 1925. godine" predstavila je mr. sci. Benjamina Londrc s Pravnog fakulteta Univerziteta u Travniku. Ispred Zavoda za zaštitu i korištenje kulturno-historijskog i prirodnog naslijeđa Tuzlanskog kantona svoj rad predstavile su Milica Petrović i Tijana Muftić. Rad se odnosi na društvenu strukturu srednjovjekovne Bosne. Posljednji dio naučnog skupa odnosio se na opće historijske teme. U ovom dijelu prisutnima su se obratili vanredni profesor Pravnog fakulteta u Zenici Dževad Drino s radom "Kratak pregled povijesti rimskog naroda". Rad "Sudske doktrine" prezentovao je docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, Edin Halapić. Viša asistentica Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, Ehlimana Memišević, predstavila je rad pod naslovom "Mudawwana: porodični zakon Maroka". Sa Sveučilišta u Zagrebu prisutne je upoznao sa svojim radom viši asistent Joško Pavković, "Herodot: otac historije". Naučni skup je okončan izlaganjem docenta Samira Aličića s Pravnog departmana Državnog univerziteta u Novom Pazaru, na temu "Personifikacija pravičnosti (Aequitas) na rudničkom novcu provincija Dalmacije i Panonije u vreme Cara Trojana".

Naučni skup posvećen naučnom i publicističkom radu prof. dr. Mustafe Imamovića okupio je veliki broj uglednih domaćih i inostranih akademskih radnika koji su svojim radovima akcentirali hiljadugodišnju postojanost Bosne i Hercegovine. Na kraju možemo reći da je spomenuti naučni skup uz radove koji su predstavljeni povezao historiju države i prava BiH s pravnom historijom Evrope i Mediterana.



**Mr. Ehlimana Memišević**

Viša asistentica

**Olivier Roy, *Sekularizam u suočavanju s islamom*,**

prevela Elmina Mušinović, (Sarajevo: Centar za napredne studije,  
El-Kalem, 2012), str. 151.

Olivier Roy, francuski autor, u knjizi *Sekularizam u suočavanju s islamom* nastoji odgovoriti na pitanje da li je islam kompatibilan sa zapadnim sekularizmom. Imajući u vidu nerijetko neslaganje (ili sukobljavanje) islama i Zapada, postavlja pitanje da li je razlog tog neslaganja u činjenici da je Zapad kršćanski ili što je sekulariziran, pa religija nije u centru njegovog samoodređenja (str. 8). Međutim, uočava da se, kada se govori o suprotstavljanju islama i Zapada, ova dva argumenta prepliću, što rezultira činjenicom da je kritiziranje islama zajednička tačka za dvije intelektualne struje koje su se veoma dugo suprotstavljale jedna drugoj: one koja smatra da je Zapad na prvom mjestu i prije svega kršćanski i one koja smatra da je Zapad primarno sekularni i demokratski (str. 9).

Knjiga se sastoji iz uvodnog dijela i četiri poglavlja. U uvodnom dijelu autor razmatra pitanja laicizma i identiteta Francuske. Pri tome pravi razliku između sekularizma i laicizma, ističući da ta dva koncepta nisu istoznačna. Naime, sekularizaciju definira kao društveni fenomen koji ne zahtijeva političku implementaciju i koji dolazi kad religija prestane biti centar ljudskog života pri čemu, iako se ljudi još uvijek smatraju vjernicima, njihove svakodnevne prakse nisu više pod utjecajem transcendencije i religije. Nasuprot tome, laicizam definira kao politički izbor koji mjesto religije definira na autoritaran, zakonodavni način (str. 28). Dakle, u procesu sekularizacije, društvo se emancipira od osjećaja za sveto koji ne mora, nužno, poricati, za razliku od laicizma u kojem država protjeruje vjerski život izvan granica koje je sama definirala zakonom (str. 35).

U prvom dijelu knjige, kao polaznu tačku svoje analize uzima francuski laicizam, koji definira kao modificirani, politizirani i ideološki oblik zapadnog sekularizma (str. 13) koji projicira vlastitu krizu identiteta na islam.

Naime, ističući da u francuskom laicizmu postoji poseban strah od islama, uočava da su se u odnosu (tačnije neprijateljstvu) prema islamu, tradicionalnoj poziciji kršćanske i ekstremne desnice, prema kojoj je kršćansko naslijeđe dio francuskog i evropskog identiteta i islam se, prema tome, ne može integrirati čak ni u sekularnom obliku, pridružili i oni krugovi koji tvrde da predstavljaju republiku i laicizam (str. 19–20).

On smatra da je pitanje islama blisko vezano za pitanje suvereniteta, Evrope, debate o nacionalnoj državi, globalizacije, deteritorijalizacije, sukoba i krize identiteta. Budući da se islam smatra preprekom integraciji, postoje zahtjevi za njegovom nacionalizacijom, sekularizacijom, ili, bar, deislamizacijom imigracije (str. 60).

Međutim, za razliku od autora koji smatraju da islam nije kompatibilan sa sekularnom Evropom, jer ne poznaje distinkciju između religije i politike i, stoga, ne može usvojiti demokratske vrijednosti, Roy ističe da se islam odvojio od svojih tradicionalnih korijena i da može postojati u bilo kojem etničkom ili kulturnom okruženju. Upravo zbog toga, uprkos uvriježenom mišljenju da su laicizam i religija suprotni odrazi u ogledalu, smatra da su, ustvari, kompatibilni jer se ponovo izgrađuju ignorirajući historijske korijene, promjenljivi su, izgrađuju različite prostore i utjelovljuju principe koji su bliski jedni drugima prije nego suprotni (str. 33).

U drugom dijelu pod naslovom "Islam i sekularizacija", kako sam ističe, autor ide dalje od uskog posmatranja laicizma, koji je izuzetak u Evropi i razmatra pitanje kompatibilnosti islama i zapadnog sekularizma. U tom pogledu, između stavova o odnosu islama i sekularizma i različitih muslimanskih odgovora na sekularizam koji su se pojavili u posljednjih nekoliko godina, identificira dva najznačajnija pristupa među muslimanskim intelektualcima: esencijalistički i reformistički. Esencijalistički pristup podrazumijeva da je islamska dogma u osnovi prepreka sekularizaciji i na islam gleda kao na "fiksni i bezvremenski sistem mišljenja" (str. 74). Nasuprot tome, reformistički, liberalni, odnosno umjereni pristup podrazumijeva da je sve što nije izričito anti-islamsko prihvatljivo, ostavljajući prostor za kompromis s usvajanjem modernosti i sekularizma.

Odbacujući argument da islam nije kompatibilan sa sekularnom Evropom, jer ne poznaje distinkciju između religije i politike, Roy ukazuje na to da je islam, ustvari, iskusio sekularizaciju i s političke i sociološke tačke gledišta. Međutim, reislamizacija u 20. stoljeću je, smatra, dovela u pitanje ravnotežu između politike i religije kroz ponovno iščitavanje islama (islamizam, neofundamentalizam) koji se predstavlja kao povratak izvorima, ali je u stvarnosti ideološko mijenjanje religije (str. 99).

U trećem dijelu "Krizu sekularne države i novi oblici religioznosti" autor smatra da je u posljednjih godina Zapad prošao kroz religijski preporod, koji ne znači povećanje prakticanja već samo njegovu veću vidljivost i posebno pojavu tzv. fundamentalističkih oblika religioznosti – kad vjernik odbija zadržati svoju vjeru privatnom stvari i odlučan je učiniti je prepoznatljivom, kao sastavni dio njegovog javnog postojanja, smatrajući da religija treba upravljati cjelokupnim njegovim ponašanjem (str. 108).

Novi oblici religioznosti, poput selefizma i svih oblika kršćanskog evangelizma su, smatra, prilagođeni globalizaciji i imali su velikog utjecaja u svom prozelitizmu, jer su pomogli da se religija odvoji od bilo kakvih kulturnih korijena i da, stoga, može odgovoriti na potrebe stanovništva koje je izgubilo kulturni identitet (str. 109). Braneci gubitak kulturnog identiteta kao prvi preduvjet za postizanje čistoće vjere, kršćanski i islamski neofundamentalizam, prema Royu, utječe na stanovništvo koje se osjeća udaljenim od korijena ili izgubljenog kulturnog identiteta, ili oboje, i pruža im kompenzaciju za taj gubitak (str. 115).

U posljednjem, četvrtom, dijelu "*De facto* sekularizacija" autor ističe da se muslimani, danas, nalaze u poziciji uporedivoj s pozicijom katolika u 19. stoljeću, budući da su se pomirili s laicizmom kroz političke korake, a ne kroz teološku reformu. On smatra da se laicizam može pomiriti s fundamentalističkim stavovima muslimanskih organizacija tražeći od njih poštivanje zakona i javnog reda, a ne prilagođavanje njihovih uvjerenja zakonu – kao što se od katoličkih propovjednika ne traži da izjave da abortus nije zločin, već da ne podstiču fundamentaliste da napadaju klinike koje vrše abortus (str. 141). Država se, kako ističe, ne mora prilagođavati islamu: dovoljno je da zadrži sekularnu liniju, shvaćenu kao pravni alat, a ne ideologiju što je imala tendenciju da postane (str. 142).

Za razliku od drugih autora koji se bave pitanjem odnosa islama i sekularizma, Roy ne razmatra šta je svojstveno islamu što predstavlja problem u odnosu na norme evropskog društvenog i političkog života ili evropske vrijednosti, već razmatra način na koji sekularne države, posebno Francuska, reguliraju religijske izražaje uopće, a islam posebno. U tom pristupu se ogleda najveći doprinos ove knjige. Osim toga, drugi vrijedan doprinos je identificiranje različitih oblika sekularizma i istraživanje kako je pitanje religije u njima regulirano – od laicizma do sekularizacije kao društvenog fenomena. Međutim, ono što nedostaje analizi je istraživanje korijena sukoba između muslimanskih imigranata i evropskih, a posebno francuskog društva. Naime, iako autor kritizira način na koji Francuska regulira pitanja muslimanskih manjina, izostavlja analizu da li je marginalizacija muslimanskih imigranata posljedica, naprimjer, institucionalne diskriminacije i sprječavanja njihovog učešća u društvu i sl.

U svakom slučaju, ono što je Olivier Roy postavio za cilj – doprinos izazovu upravljanja novim oblicima religioznosti – ispunjeno je, pri tome dosljedno poštujući ono na šta je pozvao i čitaoce – razmišljanje o islamu u istom okviru kao i o drugim religijama i fenomenu religije općenito, što predstavlja, kako ističe, istinsko poštovanje drugih i istinski kritički duh (str. 151).



**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 takođe 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 naglašavanje 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”.<sup>1)</sup>) 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 svodenje 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 s dva 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 s tri do pet autora**

Prilikom prvog navođenja takvog izvora navesti sve autore.

(Rokai, Dere, 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 skraćeni naziv, tada ćemo taj skraćeni naziv napisati u uglastim zagrada, 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 epistemologiji - 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 s jednim autorom**

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 s 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 esteticima*. (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.

Gradašević-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, suradnika 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 potencijale 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 takođe 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 takođe 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

