UDC 34 ISSN 0581-7471

Godišnjak

PRAVNOG FAKULTETA U SARAJEVU

LXIV

2021.

Sarajevo, 2021.

Godišnjak

PRAVNOG FAKULTETA U SARAJEVU

LXIV

2021.

UDC 34 ISSN 0581-7471

GODIŠNJAK PRAVNOG FAKULTETA UNIVERZITETA U SARAJEVU
LXIV – 2021.

YEARBOOK OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF SARAJEVO
LXIV – 2021.

Izdavač
Univerzitet u Sarajevu – Pravni fakultet

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

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

Glavni i odgovorni urednik
Prof. dr. Abedin Bikić

Sekretar redakcije
Prof. dr. Edina Sudžuka

Korektura
Mirela Rožajac-Zulčić
Ivana Teronić Oruč

Tehničko uređenje
Narcis Pozderac, TDP Sarajevo

Štampa
Štamparija Fojnica

Za štampariju
Šehzija Buljina

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

SADRŽAJ

Članci

Dr. sc. Abedin Bikić
UGOVOR O FAKTORINGU U PRAVU BOSNE
I HERCEGOVINE, HRVATSKE I SRBIJE 9

Dr. sc. Amila Ferhatović; Kanita Pruščanović, MA
KRIVIČNOPRAVNE POSLJEDICE PANDEMIJE COVID-19
U BOSNI I HERCEGOVINI 31

Dr. sc. Edin Halapić
INSTITUCIJA POROTE U ANGLO-AMERIČKOM PRAVU 65

Dr. sc. Giovanni Brandi Cordasco Salmena di San Quirico
IUSTITIUM, SENATUS CONSULTUM ULTIMUM AND
DECLARATION OF *HOSTIS PUBLICUS* IN THE ROMAN
EMERGENCY LEGISLATION DURING THE CIVIL WARS:
THE CLASH BETWEEN ANTONY AND OCTAVIAN 87

Dr. sc. Almedina Šabić Učanbarlić
DIREKTIVA 85/374/EEZ O ODGOVORNOSTI
ZA PROIZVODE: JE LI VRIJEME ZA REFORMU? 137

Dr. sc. Nežla Borić
PRAVO NA ZDRAVLJE U MEĐUNARODNOM PRAVU 165

Dr. sc. Meliha Povlakić, Nasir Muftić, MA,
Tahir Herenda, MA
MOGUĆNOST ZLOUPOTREBE PROCESNIH PRAVA
PRILIKOM PRODAJE NEKRETNINE NA TREĆEM
ROČIŠTU I ZA CIJENU MANJU OD PROCIJENJENE
VRIJEDNOSTI – BOSNA I HERCEGOVINA
I KOMPARATIVNO PRAVO 183

Dr. sc. Berin Riđanović
ZAŠTITA PRAVA PUTNIKA U MEĐUNARODNOM
VAZDUŠNOM SAOBRAĆAJU U EVROPSKOJ UNIJI
I BOSNI I HERCEGOVINI 227

Vesna Lazić, MA iur.
ZAŠTITA TREĆIH LICA KROZ INSTITUT ZAŠTITNOG FONDA 271

In memoriam

Dr. sc. Hajrija Sijerčić-Čolić
Prof. dr. Ljubo Bavcon
(19. 5. 1924 – 9. 10. 2021) 297

Ostalo

UPUTE ZA AUTORE 301

IZJAVA O ETIČNOSTI I SAVJESNOSTI GODIŠNJAKA PRAVNOG FAKULTETA U SARAJEVU 311

TABLE OF CONTENTS

Articles

Abedin Bikić, PhD
FACTORING AGREEMENT IN THE LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA, CROATIA AND SERBIA 30

Amila Ferhatović, PhD; Kanita Pruščanović, MA iur.
CRIMINAL CONSEQUENSES OF THE COVID-19 PANDEMIC IN BOSNIA AND HERZEGOVINA 63

Edin Halapić, PhD
THE INSTITUTION OF THE JURY IN ANGLO-AMERICAN LAW 86

Giovanni Brandi Cordasco Salmena di San Quirico, PhD
IUSTITIUM, SENATUS CONSULTUM ULTIMUM AND DECLARATION OF *HOSTIS PUBLICUS* IN THE ROMAN EMERGENCY LEGISLATION DURING THE CIVIL WARS: THE CLASH BETWEEN ANTONY AND OCTAVIAN 87

Almedina Šabić Učanbarlić, PhD
EUROPEAN PRODUCT LIABILITY DIRECTIVE: IS IT TIME FOR AN UPDATE? 164

Nežla Borić, PhD
RIGHT TO HEALTH IN INTERNATIONAL LAW 181

Meliha Povlakić, PhD, Nasir Muftić, MA, Tahir Herenda, MA
POSSIBILITY OF ABUSE OF PROCEDURAL RIGHTS DURING THE SALE OF REAL ESTATE AT THE THIRD HEARING AND FOR A PRICE LOWER THAN THE ESTIMATED VALUE – BOSNIA AND HERZEGOVINA AND COMPARATIVE LAW 224

Berin Riđanović, PhD
PROTECTION OF PASSENGERS' RIGHTS IN INTERNATIONAL AIR TRANSPORT IN EUROPEAN UNION AND BOSNIA AND HERZEGOVINA 270

Vesna Lazić, MA iur.
THIRD PARTY PROTECTION THROUGH THE GUARANTEE FUND 294

In memoriam

Hajrija Sijerčić-Čolić, PhD
Prof. dr. Ljubo Bavcon
(19. 5. 1924 – 9. 10. 2021) 297

Other

AUTHOR GUIDELINES 301

PUBLICATION ETHICS AND MALPRACTICE STATEMENT 311

ČLANCI

Dr. sc. Abedin Bikić
Redovni profesor
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
a.bikic@pfsa.unsa.ba

UDK 347.74
Izvorni naučni rad

UGOVOR O FAKTORINGU U PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE, HRVATSKE I SRBIJE

Sažetak

Ugovor o faktoringu je pravni posao kupoprodaje postojeće nedospjele ili buduće kratkoročne novčane tražbine nastale iz osnova ugovora o prodaji robe ili pružanju usluga u zemlji i inostranstvu, koja se prenosi na faktora ugovorom i koji preuzima potraživanje od prodavca da bi to naplatio u svoje ime i za svoj račun. Ugovor o faktoringu mora biti zaključen u pisanoj formi između klijenta (prodavca) i faktora. O zaključenom ugovoru dužnik mora biti obaviješten na pouzdan način. Buduće tražbine mogu biti predmet faktoringa samo ako su u trenutku sklapanja ugovora bile dovoljno odredive. Osnovne funkcije faktoringa su funkcija finansiranja, usluge i osiguranja naplate.

Ključne riječi: *ugovor o faktoringu, faktor, buduće tražbine, funkcije i vrste faktoringa*

I. Uvod

Ugovorom o faktoringu obvezuje se jedna ugovorna strana (klijent, komitent) da na drugu ugovornu stranu (faktor) prenese jedan dio ili sva svoja nedospjela potraživanja koja on ima prema trećim licima, a ova druga strana (faktor) obvezuje se da ta potraživanja, uz proviziju i naknadu troškova, naplati.

Historijski posmatrano faktoring je ugovor novijeg doba, ali pojedine osobine ovog ugovora nalazimo i u najstarijim pisanim pravnim izvorima. Tako su već u Babilonu za vrijeme Hamurabijevog zakonika pojedini proizvođači angažirali agente da im pomažu u prodaji robe i naplati cijene, a pod izvjesnim uslovima i da daju trgovačke kredite (Johnson, 1973, str. 827).

O značajnijoj pojavi faktoringa možemo govoriti tek u XIX vijeku, kada su evropski proizvođači, koji su svoje proizvode željeli prodavati u Americi, često angažirali domaće agente (trgovačke predstavnike ili komisione agente – komisionare), kako bi uz njihovu pomoć plasirali robu na to tržište. Agenti su morali pronalaziti tržište i preuzimati rizik naplate prodatih stvari. U toj vrsti posla posebno su se istakli engleski proizvođači tekstila, koji su angažirali agente i uspostavljali tzv. *factoring-houses* ili *cotton-houses*. Englezima je faktoring bio poznatiji nego drugim evropskim trgovcima, jer su u ovakvim poslovima već imali određenog iskustva. Oni su već kod kolonizacije istočne Indije počeli pronalaziti pouzdane agente koji su bili zaduženi za prodaju engleske robe, odnosno za posredovanje kod prodaje (Martinek, 1991, str. 4).

Do prekida u napretku faktoringa došlo je poslije uvođenja mjera američke vlade. Naime, vlada je uvela visoke zaštitne carinske tarife, koje su zaustavile uvoz evropskih proizvoda. Na ovaj način, domaća roba, posebno tekstilna, ostvarila je konkurentsku prednost u odnosu na evropske proizvode. Zastoj u razvoju faktoringa bio je kratkotrajan, jer su se faktori preorijentirali na domaću proizvodnju i to ponovo u tekstilnoj industriji. Uskoro je tekstilna industrija trebala svjež novac kako bi ostvarila likvidnost. Novac je nađen kod faktora (banaka). Finansiranje tekstilne industrije otvorilo je faktoru nove mogućnosti. Faktor je sve više od posrednika u plasiranju robe postajao institucija za finansiranje.

Sredinom šezdesetih godina XX vijeka faktoring se postepeno odomaćuje i u Evropi, postajući na taj način važan instrument finansiranja malih i srednjih preduzeća u savremenom poslovnom svijetu.

Faktoring, uglavnom, nije reguliran nacionalnim propisima zemalja evropskog kontinentalnog pravnog kruga. Faktoring svoje pravno uporište nalazi u općim uslovima poslovanja faktoring kompanija, kao i u općim pravilima ugovornog prava. Na međunarodnom planu ovaj ugovor reguliran je Konvencijom UNIDROIT o međunarodnom faktoringu[1].

U domaćem pravu faktoring je reguliran u Federaciji Bosne i Hercegovine i to Zakonom o faktoringu[2] (dalje: ZF FBiH), a u Republici Srpskoj faktoring je, isto tako, uređen posebnim Zakonom o faktoringu[3] (dalje: ZF RS), donesenim krajem 2020. godine. Faktoring je zakonski reguliran i u Hrvatskoj

[1] Ova konvencija je usvojena 28. maja 1988. godine u Otavi, Kanada, a stupila na snagu 1. maja 1995.
[2] Sl. novine FBiH 14/16 i 74/2020.
[3] Sl. glasnik RS, br. 123/2020.

(dalje: ZFH) i Srbiji (dalje: ZFS)[4]. U tom smislu faktoring se u ovim zemljama posmatra kao imenovani ugovor.

Imenovani ugovori često se javljaju u pravnom prometu, tipični su i stoga su u zakonu posebno regulirani i dobili su posebno ime, kao naprimjer ugovor o prodaji, zajmu, zakupu, djelu i dr. Bitni elementi ovih ugovora propisani su u samom zakonu i bez njih ugovor ne može ni nastati (Jakšić, 1962, str. 135). Do donošenja zakona o faktoringu, taj se pravni posao u pravnom prometu javljao kao neimenovani ugovor. Kada se uporedi broj imenovanih i neimenovanih ugovora, može se primijetiti da je broj imenovanih ugovora relativno mali. Ovo je i razumljivo, jer se sadržina ugovora, zbog bogatstva i vrste poslova u prometu, stalno mijenja i dopunjuje novim elementima koje zakonodavac normativno ne može pratiti.

Neimenovani ugovori su produkt novog vremena i ponekad se označavaju i kao "moderni ugovori". Najpoznatiji među njima su: faktoring, leasing, franchise, know-how, menagement, consulting, joint-venture ili computer ugovori (Martinek, 1991, str. 6). Po imenu ovih ugovora da se primijetiti da svi oni dolaze iz anglo-američke pravne i privredne sfere. U međuvremenu, ovi ugovori našli su svoje mjesto u svim razvijenim privrednim sistemima, a posebno u zemljama Zapadne Evrope. Neimenovani ugovori, polako ali sigurno, prihvaćaju se i zakonski reguliraju, kao što je to slučaj s ugovorom o faktoringu, leasingu i dr.

Postavlja se pitanje šta uraditi kada moramo jedan odnos podvesti pod još neimenovan ugovor, odnosno koje norme u ovom slučaju primijeniti. Prije svega, treba reći da se i na ove ugovore, kao i na imenovane, primjenjuju opća pravila ugovornog prava (Morait, 2007, str. 60). Ovdje se, prije svega, misli na zaključenje ugovora. Zatim, smetnje kod izvršenja ugovora mogu se isto tako primijeniti iz općeg dijela, a posebno pravila glede nemogućnosti ispunjenja obaveze, i to kako objektivne i subjektivne, tako i početne i naknadne nemogućnosti. Naravno da neka od ovih pitanja ugovarači mogu posebno regulirati, pozivajući se na načelo dispozitivnosti i autonomiju volje. Ugovorne strane slobodne su zaključiti ili ne zaključiti ugovor. Ali, isto tako, ugovorne strane određuju vrstu i sadržaj ugovora (Bikić, 2013, str. 115).

[4] U Hrvatskoj Narodne novine RH br. 94/14, 41/16. U Srbiji Sl. glasnik RS br. 62/13.

II. Pojam ugovora o faktoringu

U pravnoj teoriji ne postoji jedinstvena definicija faktoringa. Tako, prema V. Gorencu (1988, str. 3), ugovorom o faktoringu obvezuje se klijent ponuditi faktoru na prodaju sve kratkoročne tražbine iz ugovora o isporuci robe ili pružanju usluga prije njihova dospijeća i na plaćanje faktoring pristojbe, a faktor se obvezuje te ponude prihvatiti, obično uz preuzimanje rizika naplate od klijentovih dužnika, pri čemu beziznimno upravlja klijentovim tražbinama. Drugi faktoring definiraju kao pravni posao kojim se ustupilac potraživanja obvezuje da prenese na faktora postojeća ili buduća potraživanja iz ugovora o prodaji robe, odnosno vršenja usluga zaključenih s kupcem, odnosno korisnikom usluga, a faktor se obvezuje da, uz proviziju i naplatu troškova, naplati potraživanja (i eventualno garantira naplatu), kao i da kreditira ustupioca potraživanja i vrši druge faktoring usluge (Vasiljević, 1999, str. 642).

U uporednom pravu je, isto tako, teško naći jedinstvenu definiciju faktoringa. Faktoringom jedna strana (faktor) pribavlja potraživanja od druge strane (klijenta) i za ta potraživanja plaća određenu naknadu (Medicus, 1995, str. 226). Ovim putem faktor svom klijentu pribavlja likvidnost. Za Klunzingera, faktoring je jedan od mnogobrojnih tipova kupoprodaje. Naime, faktoringom privrednik (klijent) prenosi djelimična ili sva svoja potraživanja koja on ima prema svojim kupcima na banku (faktora). Poslije toga, banka plaća privredniku vrijednost potraživanja umanjenu za njenu proviziju. Banka preuzima dalji postupak naplate potraživanja od trećih lica – kupaca (Klunzinger, 1990, str. 228).

Na primjer, prodavac P je kupcu K prodao određenu robu za ukupnu cijenu od 100.000 KM. P je odmah isporučio robu, a prema ugovoru K će platiti cijenu u roku od šest mjeseci. P treba gotov novac i obraća se banci B kojoj nudi prodaju svog prava (potraživanja) prema K. Banka pristaje na to, ali je spremna da P isplati za to potraživanje iznos od 70.000 KM, što P prihvaća. Prema ugovoru banka će od K naplatiti cjelokupan iznos potraživanja po dospijeću istog.

Prema ZF FBiH faktoring je pravni posao kupoprodaje postojeće nedospjele ili buduće kratkoročne novčane tražbine nastale iz osnova ugovora o prodaji robe ili pružanju usluga u zemlji i inostranstvu, koja se prenosi na faktora ugovorom i koji preuzima potraživanje od prodavca da bi to naplatio u svoje ime i za svoj račun. Kratkoročno novčano potraživanje je ono koje dospijeva na naplatu u roku do 180 dana od dana prodaje robe, odnosno pružene usluge, a definira se ugovorom o prodaji robe ili pružanju usluge.[5] Prema članovima 2. i 4. ZF RS, faktoring je pravni posao kupoprodaje postoje-

[5] Vidi član 2. ZF FBiH.

ćeg nedospjelog ili budućeg kratkoročnog potraživanja nastalog na osnovu ugovora o prodaji ili pružanju usluge u kojem učestvuju ustupilac, faktor i dužnik. Kratkoročno potraživanje je novčano potraživanje koje dospijeva na naplatu u roku do godinu dana od dana prodaje robe, odnosno pružanja usluge za koje je rok utvrđen ugovorom.

Prema ZFH faktoring je pravni posao u kojem pružatelj usluge faktoringa, na temelju i u skladu s ugovorom o faktoringu sklopljenim s dobavljačem i/ili kupcem, kupuje predmete faktoringa s pravom ili bez prava na regres. Faktoring društvo ne smije vršiti otkup dospjelih nenaplaćenih plasmana ili otkup rizika i koristi s osnove dospjelih nenaplaćenih plasmana kreditne institucije. Dospijeće predmeta faktoringa u trenutku otkupa od strane faktoring društva ne smije biti duže od godine dana računajući od dana otkupa.[6]

Slične zakonske odredbe o faktoringu nalazimo i u ZFS. Tako je prema članu 2. ZFS određeno da je faktoring finansijska usluga kupoprodaje postojećeg nedospjelog ili budućeg kratkoročnog novčanog potraživanja, nastalog po osnovu ugovora o prodaji robe ili pružanja usluge u zemlji ili inostranstvu. Kratkoročno potraživanje je takvo koje dospijeva na naplatu u roku do godinu dana od dana prodaje robe, odnosno pružanja usluge, definiranom ugovorom o prodaji robe ili pružanju usluga.

Subjekti faktoringa. – Kao subjekt faktoring posla javlja se *prodavac robe* i/ili usluga iz osnovnog pravnog posla. To je najčešće prodavac robe koji je svoje potraživanje prema kupcu ugovorom o faktoringu prenio na faktora. To lice se u ugovoru o faktoringu naziva i *klijent* (ili dobavljač). Klijentova ugovorna strana je *faktor* i to će najčešće biti banka, jer ona posjeduje potrebna finansijska sredstva za kupovinu potraživanja. Faktor se u Zakonu označava i kao *društvo za pružanje faktoring usluga*. Treći subjekt je kupac robe i/ili usluga iz osnovnog pravnog posla. To je najčešće kupac robe i njega nazivamo *kupcem ili dužnikom* kod ugovora o faktoringu.[7] Slično određenje subjekata faktoringa nalazimo i u članu 2. ZF RS, gdje se kao subjekti javljaju ustupilac (prodavalac robe), faktor i dužnik.

Prema odredbama ZF FBiH faktoring se može obavljati samo na osnovu ugovora u *pisanoj formi* zaključenog između sva tri lica, i to: klijenta, faktora i dužnika.[8] Ovdje moramo napomenuti da nije sasvim jasno zbog čega je dužnik ugovorna strana kod ugovora o faktoringu. Čini nam se primjerenije odrediti da su ugovorne strane samo klijent i faktor, a da je treću stranu,

[6] Vidi članove 4. i 21. st. 4. ZFH.
[7] Vidi član 4. st. 2. ZF FBiH.
[8] Vidi član 15. st. 1. ZF FBiH.

tj. dužnika, dovoljno samo obavijestiti o zaključenom poslu kako bi on znao kome mora ispuniti svoju novčanu obavezu. Pisanu formu za zaključenje ugovora o faktoringu zahtijeva i ZF RS, ali za valjanost takvog ugovora nije potrebna saglasnost dužnika. O zaključenom ugovoru Zakon traži samo da dužnik bude obaviješten i to u roku od pet dana od zaključenog ugovora o faktoringu. Obavještenje o prijenosu potraživanja obavezno se sačinjava u pisanoj formi i sadrži informacije o zaključenom ugovoru, podatke o faktoru kojem je dužnik obavezan izvršiti plaćanje, kao i uputstvo za plaćanje.[9]

Ugovorom o faktoringu regulira se ustupanje ili prijenos postojeće ili buduće, cijele ili djelimične, nedospjele kratkoročne novčane tražbine nastale iz osnovnog ugovora o prodaji ili pružanju usluga u proizvodnji, trgovini i uslugama, kao i tražbine nastale na osnovu izvođenja investicijskih radova i izvoza proizvoda i pruženih usluga. *Buduća tražbina* može biti predmet faktoringa samo ukoliko je u trenutku sklapanja ugovora o faktoringu dovoljno odrediva, odnosno ako su u ugovoru o faktoringu određeni povjerilac i dužnik, najviši iznos tih tražbina, te ako je naznačena osnova nastanka tih budućih potraživanja. Buduća tražbina je dovoljno određena ako je u ugovoru o faktoringu označeno ko će biti kupac i iznos tražbine. Ugovor o prijenosu buduće tražbine proizvodi pravni učinak momentom nastanka te tražbine. Predmet ugovora o faktoringu ne može biti prodaja robe ili usluga za lične, porodične ili potrebe domaćinstva, odnosno bilo kakva prodaja za gotovinu. Ugovor o faktoringu ne smatra se ugovorom o kreditu ili zajmu u smislu propisa koji reguliraju tu oblast.[10]

Prema ZFH subjekti u poslovima faktoringa su: dobavljač, pružatelj usluga faktoringa i kupac.[11] *Dobavljač* je poslovni subjekt koji je vjerovnik predmeta faktoringa. *Pružatelj usluga faktoringa* je svaka osoba koja u skladu s odredbama ovog zakona, ima pravo pružati uslugu faktoringa. *Kupac* je poslovni subjekt koji je dužnik predmeta faktoringa. Predmet faktoringa su postojeće i/ili buduće, nedospjele, cijele ili djelimične novčane tražbine proizašle iz osnove isporuke dobara i/ili pružanja usluga od strane poslovnih subjekata u tuzemstvu ili inozemstvu.[12]

Posao faktoringa može se obavljati samo na temelju ugovora o faktoringu sklopljenog u *pisanom* obliku. Tim ugovorom pružatelj usluga faktoringa obavezuje se dobavljaču pružiti uslugu faktoringa uz naplatu kamate, faktoring naknade, administrativne naknade i drugih troškova utvrđenih ugovo-

[9] Član 13. ZF RS.
[10] Član 15. ZF FBiH.
[11] Član 7. ZFH.
[12] Vidi član 2. ZFH.

rom. Kupoprodajna cijena predmeta faktoringa predstavlja nominalni iznos predmeta faktoringa.[13]

Buduće tražbine mogu biti predmet faktoringa samo ako su u trenutku sklapanja ugovora o faktoringu dovoljno odredive. Buduće tražbine smatraju se dovoljno odredivim ako su u ugovoru o faktoringu određeni vjerovnik i dužnik, najviši mogući iznos tih tražbina te ako je naznačena osnova nastanka tih budućih tražbina. Prijenos budućih tražbina proizvodi pravne učinke u trenutku nastanka tih tražbina.[14]

Kada se radi o formi ugovora, ZFS propisuje da se faktoring može obavljati samo na osnovu ugovora zaključenog u pisanoj ili elektronskoj formi. Ugovor o faktoringu se ne smatra ugovorom o kreditu ili zajmu, u smislu propisa Republike Srbije i poslovnih običaja.[15] Učesnici u faktoringu su: ustupilac, faktor i dužnik. *Ustupilac*, koji prodaje faktoru svoje potraživanje od dužnika, nastalo po osnovu ugovora o prodaji robe ili pružanju usluga može biti: banka, privredno društvo i poduzetnik sa sjedištem u Republici Srbiji, odnosno ta lica sa sjedištem u inostranstvu, registrirana u skladu s domicilnim propisima. *Faktor*, koji kupuje potraživanje od ustupioca, može biti banka odnosno privredno društvo registrirano za obavljanje poslova faktoringa. Strana banka i strano privredno društvo mogu se javiti isključivo u međunarodnom faktoringu. *Dužnik* može biti: banka, privredno društvo i preduzetnik. Predmet faktoringa može biti svako postojeće nedospjelo ili buduće, cijelo ili djelimično, kratkoročno novčano potraživanje koje je nastalo po osnovu ugovora o prodaji robe ili pružanja usluga, zaključenog između pravnih lica i poduzetnika.[16]

Buduće potraživanje može biti predmet faktoringa samo ako je odredivo i ako ugovor o faktoringu sadrži podatak o tome ko će biti dužnik. Odredba u ugovoru o faktoringu kojom se vrši prodaja budućeg potraživanja proizvodi pravno dejstvo od momenta nastanka tog potraživanja.[17]

Višestruki faktoring. – Zamisliva je situacija da klijent (prodavac) jedno te isto potraživanje ustupi različitim faktorima. U tom slučaju postavlja se pitanje kome pripada ustupljeno (prodato) potraživanje? Prema ZF FBiH,[18] ako je prodavac ustupio isto potraživanje raznim faktorima, ono pripada

[13] Član 13. ZFH.
[14] Član 6. ZFH.
[15] Član 19. ZFS.
[16] Član 2. ZFS.
[17] Vidi član 3. ZFS.
[18] Član 17. st. 2. ZF BiH.

faktoru o kojem je prodavac prvo obavijestio kupca, odnosno faktoru koji se prvi javio kupcu. Drugačije rješenje predviđa ZFS,[19] koji određuje da su ugovori o faktoringu jednog ustupioca zaključeni s različitim faktorima, a koji imaju za predmet prodaju istog potraživanja, zabranjeni i svaki takav naknadno zaključeni ugovor je ništav. Identična odredba, kao u Srbiji, sadržana je i u članu 12 ZF RS.

Analizirani zakoni predviđaju da se na poslove faktoringa, ako nije drugačije određeno, primjenjuju odredbe zakona kojim se uređuju obligacioni odnosi. To je i razumljivo, jer se u osnovi svakog faktoring posla nalazi cesija, kao poseban institut obligacionog prava. Oba instituta bave se ustupanjem potraživanja od strane starog (cedenta) na novog povjerioca (cesionara). Čini nam se da je rješenje predviđeno u ZF FBiH bolje i da će u praksi stvarati manje problema. Naime, prema općim pravilima ugovornog prava, a koja se odnose na cesiju, regulirano je da ako je povjerilac isto potraživanje ustupio raznim licima, potraživanje pripada onom primaocu (cesionaru) o kome je ustupilac (cedent) prvo obavijestio dužnika, odnosno onom koji se prvi javio dužniku.[20] Takvo rješenje je opravdano, jer dužnik nije ugovorna strana i, ako nema saznanja o cesiji odnosno faktoringu, on će svoju obavezu ispuniti onom povjeriocu koji mu se prvo javi (Bikić, 2013, str. 346).

Sadržaj ugovora o faktoringu. – Ugovor o faktoringu je ugovor obligacionog prava i na takav ugovor se primjenjuju opća pravila ugovornog prava, osim na one situacije koje su Zakonom o faktoringu regulirane i drugačije određene. U tom smislu ugovarači su slobodni odrediti sadržinu ugovora kako to njima najbolje odgovara. ZF FBiH[21] određuje šta svaki ugovor o faktoringu mora sadržavati, i to:

a) podatke o ugovornim stranama;
b) vrstu faktoringa;
c) osnov i podatke o potraživanju koji su predmet ugovora;
d) iznos i način obračuna plaćanja i plaćanje otkupljenog potraživanja;
e) iznos i obračun naknade faktoru;
f) obračun kamate i ostalih troškova;
g) obavezu obavještavanja kupca o prijenosu potraživanja;
h) evidencije i rokove realizacije odredbi iz ugovora;
i) način rješavanja sporova;
j) datum zaključivanja ugovora i
k) potpise zakonskih zastupnika ili njihovih punomoćnika.

[19] Član 22. st. 1. ZFS.
[20] Vidi član 439. ZOO.
[21] Član 16. st. 1. ZF FBiH.

Slične odredbe sadrže i ZF RS[22], ZFH[23] i ZFS[24].

Obavještenje dužnika. – Ugovor o faktoringu se najčešće zaključuje nakon što prodavac (klijent) isporuči robu i izda račun kupcu. Radi poboljšanja svoje pozicije faktor može zahtijevati od prodavca da osigura izjavu kupca da je primio robu i/ili usluge, bez prigovora na materijalne ili pravne nedostatke. Za prijenos potraživanja s klijenta (prodavca) na faktora nije potreban pristanak dužnika (kupca), ali je prodavac obavezan u roku od pet dana od zaključivanja ugovora o tome obavijestiti kupca. Smatramo da kupca o izvršenom prijenosu potraživanja može obavijestiti i faktor. Važno je da o zaključenom ugovoru kupac dobije blagovremene i pouzdane informacije. Da bi kupac bio uredno obaviješten o faktoringu, obavještenje mu mora biti dostavljeno u pisanoj formi i sadržavati bitne podatke o ugovoru.[25] Od momenta saznanja o zaključenom ugovoru o faktoringu, kupac je svoju obavezu isplate cijene dužan ispuniti faktoru, a ne više svojem prvobitnom povjeriocu (prodavcu).

Nakon zaključenog ugovora faktor je dužan isplatiti klijentu avans u ugovorenom postotku od nominalne vrijednosti potraživanja i to u roku od tri dana od potpisivanja ugovora o faktoringu, ako rok za uplatu ugovorom nije drugačije određen. Klijent odgovara za postojanje potraživanja u trenutku kada je ustupljeno potraživanje. To će najčešće biti momenat zaključenja ugovora.

Uslovi za obavljanje faktoringa. – Faktoring poslove može obavljati privredno društvo organizirano kao dioničko društvo (d.d.) ili društvo s ograničenom odgovornošću (d.o.o.).[26] Osnovni kapital društva za faktoring u FBiH ne može iznositi manje od 750.000,00 KM i u cijelosti se mora uplatiti u novcu. Prema članu 22. ZF RS iznos uplaćenog osnovnog kapitala društva za faktoring je najmanje 250.000 KM i njegova uplata je obavezno u cijelosti u novcu, prilikom osnivanja. U Hrvatskoj visina osnovnog novčanog kapitala ne može biti manja od jedan (1) milion kuna, dok u Srbiji ovaj iznos ne može biti manji od 40.000.000 dinara.[27] Čini nam se boljim rješenjem da je visina osnovnog kapitala određena u novčanoj protuvrijednosti domaće valute izražene u eurima, a imajući u vidu inflaciju na našim područjima.

Ugovor o faktoringu prestaje važiti istekom roka na koji je zaključen. Ako rok nije određen, ugovor ne može prestati prije nego što sve prodate tražbine

[22] Član 11. ZF RS.
[23] Vidi član 16. st. 1. ZFH.
[24] Vidi član 20. ZFS.
[25] Vidi članove 18. i 19. ZF FBiH.
[26] Vidi čl. 25. ZF FBiH; čl. 20. ZFH i čl. 5. ZFS.
[27] Vidi čl. 27. st. 1. ZF FBiH; čl. 22. st. 1. ZFH i čl. 6. ZFS.

budu naplaćene ili regresirane od prodavca. Ugovorne odredbe koje predviđaju drugačije pravilo ništavne su.

III. Funkcije faktoringa

Predmet faktoringa je otkup i ostvarivanje potraživanja jednog preduzeća od faktora. Prema Konvenciji, ugovor o faktoringu zaključuje se između dviju ugovornih strana; i to između isporučioca (klijenta) i faktora. Isporučilac (klijent) prenosi ili će prenijeti na faktora potraživanja nastala iz ugovora o prodaji robe ili vršenju usluga zaključenih između isporučioca i njegovog kupca (dužnika).

Osnovne funkcije faktoringa mogu se svesti na sljedeće:

- funkciju finansiranja ili likvidnosti,
- funkciju usluge, servisa ili uprave, i
- funkciju osiguranja naplate.

1. Funkcija finansiranja ili likvidnosti

Putem ove funkcije faktor pribavlja momentalnu likvidnost i to tako što on klijentu stavlja na raspolaganje određenu sumu novca. Kolika je ta suma zavisi od konkretnog slučaja, ali je to, u svakom slučaju, manji iznos novca od one vrijednosti koju je klijent ustupio faktoru. Iz ovog pravnog posla obje ugovorne strane, faktor i klijent, izvlače određene prednosti. Prednost klijenta sastoji se u tome što on za svoja još nedospjela potraživanja odmah dobija gotov novac. Na ovaj način klijent ostvaruje svoju likvidnost i ne mora čekati na naplatu svoga potraživanja, koja u nekim slučajevima može trajati i nekoliko mjeseci (Martinek, 1991, str. 223). Pored toga, finansiranjem putem faktoringa sprečava se negativan utjecaj kod sezonskih produžavanja plaćanja klijentovih dužnika. U normalnim slučajevima, klijent može zapasti u finansijske teškoće kada se kao njegov dužnik javlja lice koje sezonski ispunjava svoje obaveze. Ovakvi problemi eventualne klijentove nelikvidnosti najbolje se savladavaju putem faktoringa. Zbog toga se faktoring posao posebno često javlja kod preduzeća u ekspanziji (Klunzinger, 1990, str. 229).

S druge strane, i faktor (najčešće banka) u ovom poslu nalazi svoj interes. Istina, faktor plaća određenu sumu novca, a da u tom momentu od druge strane nije dobio protunaknadu. Ali, klijent faktoru ustupa svoja određena potraživanja, koja će faktor u narednom periodu realizirati. Drugim riječima, faktor će protučinidbu dobiti onog momenta kada uspije od klijento-

vog dužnika (cesusa) naplatiti ustupljeno potraživanje. Faktor klijentu ne isplaćuje puni iznos za ustupljeno potraživanje. Faktor za sebe zadržava određeni iznos i to na ime provizije za obavljene poslove. Pored ovoga, faktor najčešće naplaćuje i svoje troškove koji nastaju u vezi s faktoring poslom. Visina naknade koju faktor zadržava za sebe u poslovnoj praksi je različita i kreće se od 5 do 30% od nominalne vrijednosti ustupljenih potraživanja (Kapor & Carić, 1979, str. 532). Ova visina, svakako, zavisi i od obima poslova između faktora i klijenta, zatim od likvidnosti klijentovih dužnika, te od rizika naplate ustupljenih potraživanja (Konjhodžić & Knego, 2000, str. 53).

Da bi se radilo o finansiranju jednog posla putem faktoringa, bitno je da postoji vremenska razlika između onog dana kada je klijent dobio novac od faktora i dana dospijeća potraživanja koje je taj klijent ustupio faktoru.

2. Funkcija usluge, servisa ili uprave

Ova funkcija dolazi do izražaja tako što faktor na sebe preuzima vođenje klijentovog knjigovodstva. Pod vođenjem knjigovodstva podrazumijevaju se različite pravne i druge radnje faktora. Prije svega, faktor je ovlašten da ispostavlja račune, opominje klijentove dužnike i sl. Pored vođenja knjigovodstva, faktor je, najčešće, ovlašten da ispituje tržište od interesa za svoje klijente, zatim da vrši obračun poreza, te vođenje statističke evidencije, a sve za potrebe svojih klijenata (Medicus, 1995, 227). Naime, ovaj posao se sve više razvija kao specijalistički posao koji mogu uspješno obavljati samo specijalizirane banke i njima slične finansijske organizacije.

Kao jedan od popratnih poslova faktoringa često se javljaju savjetnički poslovi faktora u oblasti investicija, reklamne politike ili daljeg ulaganja ostvarene dobiti. Faktor sve više preuzima na sebe obavezu istraživanja tržišta, kao i periodičnog obavještavanja klijenta o značajnim pomjeranjima na računima, zaostacima u plaćanju njegovih dužnika, te o drugim informacijama neophodnim za uspješno poslovanje. Faktor može imati i posredničku ulogu između klijenta i dužnika za slučaj da dođe do smetnji u ispunjavanju obaveza ili druge odgovornosti dužnika (Martinek, 1991, str. 224).

3. Funkcija osiguranja naplate *(del credere)*

Funkcija osiguranja naplate ili *del credere* znači da faktor preuzima na sebe rizik naplate prenesene tražbine. Dakle, u slučaju dužnikove nesposobnosti plaćanja tražbine, faktor gubi pravo na regres prema klijentu. Naravno da

će faktor prije kupovine određene tražbine provjeriti bonitet klijentovog dužnika, pa tek ukoliko se ispostavi da je dužnik platežno sposoban, faktor će od klijenta kupiti tražbinu.

U pravilu, kod faktoring poslova klijent ustupa sva svoja buduća potraživanja faktoru. Ustupanje svih budućih klijentovih potraživanja faktoru vrši se u obliku globalne cesije. Ali, faktor nije obavezan svaku ustupljenu tražbinu i kupiti, nego on zadržava pravo izbora. Zbog toga, faktor i ne kupuje tražbine u kojima postoji opasnost platežne nesposobnosti klijentovog dužnika. Kada faktor u potpunosti odgovara za tzv. *del credere* rizik radi se o pravom faktoringu. U suprotnom, kada faktor ne odgovara za naplativost potraživanja, nego za naplativost tražbine jamči klijent, radi se o nepravom faktoringu (Medicus, 1995, str. 228). Kod pravog faktoringa klijent jamči faktoru samo za postojanje tražbine, a ne za bonitet dužnika. Nasuprot tome, kod nepravog faktoringa klijent jamči i za postojanje i za naplativost potraživanja.[28]

U slučaju preuzimanja *del credere* rizika za faktora mogu nastupiti problemi koji se nisu mogli predvidjeti u momentu kupovine klijentove tražbine. Naime, klijent jamči faktoru za postojanje tražbine, i tu još uvijek nije problem. Problem se može javiti ako klijent, kao prodavac, drugoj ugovornoj strani (kupcu – dužniku) isporuči robu koja ima materijalni ili pravni nedostatak. U tom slučaju, dužnik (kupac) može sve prigovore u pogledu nedostataka na isporučenoj robi staviti i faktoru, mada u pravilu faktor nema utjecaja na isporuku robe i njen kvalitet. Ovo pravo dužniku pripada po osnovu ugovora o prodaji zaključenog između njega i druge ugovorne strane (prodavcem – klijentom). U osnovi svakog faktoring posla nalazi se ustupanje određenog prava, odnosno potraživanja. Ustupanje se vrši po općim pravilima cesije, pa se shodno tome, i pravila cesije primjenjuju kod faktoringa. Tako, prema članu 440. st. 2. ZOO, dužnik (cesus) može istaći prijemniku (cesionaru – faktoru) sve one prigovore koje je mogao istaći ustupiocu (klijentu) do časa kada je saznao za ustupanje.[29]

Ukoliko dužnik uspije sa svojim prigovorima, tada faktor ima pravo prema klijentu na naknadu koju je on eventualno morao isplatiti dužniku, odnosno na razliku u cijeni koju je dužnik faktoru manje isplatio od stvarne vrijednosti (cijene) koja je bila navedena u ustupljenom potraživanju.

[28] Tzv. odgovornost za *veritet i bonitet*.
[29] Vidi par. 404. BGB i član 169. st. 1. Švicarskog zakonika o obligacijama.

IV. Vrste faktoringa

Osnovna podjela faktoringa mogla bi se svesti na podjelu koja bi obuhvatala pravi i nepravi ili kvazifaktoring, kao i na domaći i međunarodni faktoring. Pored navedenih, prema ZF FBiH faktoring može biti još i: faktoring s pravom regresa i faktoring bez prava regresa; faktoring s diskontom i faktoring s avansom; faktoring s kreditiranjem i faktoring bez kreditiranja; otvoreni faktoring i skriveni faktoring; faktoring bez udjela i faktoring s udjelom; jednokratni faktoring i višekratni faktoring. Posebnu vrstu faktoringa predstavlja obrnuti (dobavljački) faktoring.[30]

1. Pravi i nepravi faktoring

Ukoliko faktor preuzima sve tri značajne funkcije (finansiranje, usluge i *del credere* funkciju) ovog pravnog posla, radi se o pravom faktoringu[31]. Ovaj faktoring danas u poslovnom svijetu ima dominantan položaj. Paleta ponude koju daje faktoring svome klijentu u posljednje vrijeme veoma se proširila i to od vođenja knjigovodstva pa sve do davanja različitih statističkih i svih drugih podataka neophodnih za uspješno poslovanje.

Nasuprot tome, kod nepravog faktoringa[32] nema *del credere* funkcije. Kod ovog faktoringa rizik naplativosti nije na faktoru nego ostaje kod klijenata. To znači, za slučaj da se faktor ne naplati iz ustupljenog potraživanja, potraživanje se vraća klijentu uz istovremeni povrat primljenog novca faktora koji je eventualno primio klijenta. Ovo se najčešće postiže tako što se ugovori da se to potraživanje automatski vraća klijentu ukoliko njegov dužnik ne plati u određenom roku.

2. Domaći i međunarodni faktoring

Pod domaćim faktoringom podrazumijeva se takav faktoring posao zaključen između lica (subjekata) koja dolaze iz iste zemlje.

Kod međunarodnog faktoringa radi se o takvom poslu koji se obavlja između subjekata koji dolaze iz različitih zemalja. Pojam međunarodnog faktoringa određen je Međunarodnom konvencijom o faktoringu, koja je donesena 28. maja 1988. godine u Otavi (Kanada). Prema članu 2. st. 1. Konvencije,

[30] Vidi članove 8. do 14. ZF FBiH.
[31] Echtes Factoring ili Old Line Factoring.
[32] Unechtes Factoring ili Non Notification Factoring.

odredbe o međunarodnom faktoringu primjenjuju se uvijek kada se putem ugovora o faktoringu prenose potraživanja nastala iz ugovora o prodaji roba između isporučioca i dužnika čija su sjedišta u različitim državama. Još jedan uslov mora biti ispunjen da bi se mogla primjenjivati ova konvencija. Naime, države iz kojih dolaze isporučilac i dužnik, kao i država u kojoj faktor ima sjedište moraju biti ugovornice (Konvencije) ili kada se na ugovor o prodaji roba i ugovor o faktoringu primjenjuje pravo države ugovornice. Pod pojmom robe i prodaja robe, u smislu ove konvencije, podrazumijevaju se i usluge i pružanje usluga.

Međunarodni faktoring najčešće se javlja kao pravi faktoring. S obzirom na broj lica koja se javljaju kod međunarodnog faktoringa, možemo imati, u pravilu, četiri lica, i to: prodavač robe (klijent), njegov faktor (najčešće domaća banka), kupac u inostranstvu (dužnik – cesus) i korespondentni faktor u zemlji kupca (najčešće inostrana banka).

3. Ostale vrste faktoringa

Faktoring s pravom regresa podrazumijeva pravo faktora da u slučaju nemogućnosti naplate tražbine od kupca zahtijeva, na dan dospjelosti tražbine, namirenje od prodavca i na taj način se obešteti za plaćeni avans, kamatu na avans, kao i naknadu faktoru. Ako faktor ne uspije naplatiti tražbinu od kupca, dužan je u roku od osam dana od dospjelosti tražbine o tome obavijestiti prodavca, koji je u daljem roku od pet dana dužan platiti regres faktoru. Faktoring bez prava regresa podrazumijeva da faktor preuzima na sebe rizik naplate tražbine od kupca, a u slučaju neuspjeha naplatu ne može izvršiti od prodavca. Rizik se sastoji od kupčeve nesposobnosti plaćanja. U slučaju sumnje o kojem se faktoru radi, smatra se da je ugovoren faktoring s regresom.

Faktoring s diskontom je posao faktoringa u kojem faktor isplaćuje ukupan iznos otkupljene tražbine umanjene za naknadu i diskontnu kamatu, dok kod faktoringa s avansom faktor uplaćuje prodavcu potraživanja (klijentu) avansnu uplatu u ugovorenom postotku umanjenu za naknadu. Faktor isplaćuje klijentu preostali iznos nakon naplate potraživanja od kupca umanjen za kamatu na isplaćeni avans.

Kod faktoringa s kreditiranjem faktor isplaćuje avans prodavcu tražbine neposredno nakon potpisivanja ugovora, odnosno prije nego što faktor naplati tražbinu od kupca. Faktoring bez kreditiranja je takav posao gdje faktor isplaćuje sredstva prodavcu tek nakon naplate tražbine i nema funkciju finansiranja, nego samo osiguranje naplate, upravljanje i naplatu tražbina.

Kod skrivenog faktoringa prodavac zadržava pravo kompletne realizacije naplate tražbine u svoje ime i za račun faktora. Na dan dospijeća kupac je obavezan tražbinu platiti prodavcu. Poslije toga prodavac je dužan transferirati na faktora razliku između tražbine i isplaćenog avansa umanjenog za kamatu na osnovu avansa i naknade faktora. Kod otvorenog faktoringa kupac se pisano upoznaje sa zaključenim faktoringom.

Faktoring bez udjela je takav ugovor gdje faktor preuzima stopostotni rizik naplate tražbine, odnosno faktor se obavezuje isplatiti cjelokupan iznos otkupljene tražbine, umanjene za kamate na isplaćeni avans i naknadu faktora, nezavisno od činjenice je li mu kupac platio tražbinu. Faktoring s udjelom podrazumijeva preuzimanje većeg dijela rizika naplate tražbine od faktora, odnosno obavezu faktora da isplati iznos ugovorenog rizika koji pokriva otkupljene tražbine, umanjene za kamatu na plaćeni avans i naknadu faktora.

Obrnuti (dobavljački) faktoring je posebna vrsta faktoringa koji se ugovara između faktora i kupca kao dužnika u kojem faktor preuzima obavezu plaćanja kupčevog nedospjelog budućeg kratkoročnog novčanog dugovanja prema dobavljačima iz osnova ugovora o prodaji robe ili pruženih usluga u zemlji ili inostranstvu. U obrnutom faktoringu za preuzimanje ispunjenja duga dužnik nije obavezan tražiti saglasnost povjerioca. Predmet obrnutog faktoringa ne može biti preuzimanje ispunjenja duga na osnovu prodaje robe ili usluga za lične, porodične ili potrebe domaćinstva, odnosno bilo kakva prodaja za gotovinu.

V. Pravna priroda faktoringa

U praksi, ugovore o faktoringu gotovo isključivo nalazimo u formi već unaprijed odštampanih formulara i to kao formulirane uslove faktoring instituta (faktoring banaka). Kod pravog faktoringa propisuju se predmet, ciljevi i zadaci zajedničkog djelovanja ugovornih strana. Ovakvom (pravom) faktoringu u pravnoj literaturi daju se različita pravna obilježja. Tako ovaj ugovor za pojedine autore predstavlja okvirni ugovor (Berghaus, 1989, str. 28), a za druge je to opći ugovor (Lunkenbein, 1983, str. 62), a često se označava i kao predugovor (Bette, 1973, str. 53).

Može se, ipak, reći da je ugovor o faktoringu dugotrajan obligacioni odnos između faktora i klijenta koji oni zaključuju u vidu jednog okvirnog ugovora. U ovom ugovoru se, pored ostalog, mora odrediti i način obračuna naknade koju za sebe zadržava faktor. Ova naknada je, po prirodi stvari, veća kod pravog nego kod nepravog faktoringa.

Dalje, ovim ugovorom klijent se obavezuje sva svoja potraživanja prenijeti na faktora. Ovo se ostvaruje putem tzv. globalne cesije. U pravnoj teoriji pod pojmom globalna cesija podrazumijeva se ustupanje svih potraživanja iz cjelokupnog poslovanja cedenta (klijenta) na cesionara – faktora (Weber/RGRK, § 398). Ovim ugovorom faktor zadržava za sebe pravo da, pod određenim uslovima, ustupljeno potraživanje vrati klijentu. O globalnoj cesiji dužnik se ne mora obavijestiti, ali to se u pravilu radi. Obavještenje dužnika (cesusa) potrebno je kako bi se izbjeglo da on svoju obavezu ispuni svome starom povjeriocu (cedentu). Poslije prijema obavještenja o cesiji dužnik svoju obavezu može valjano ispuniti samo novom povjeriocu (cesionaru – faktoru). O cesiji dužnika mogu obavijestiti kako cedent tako i cesionar.

Kod ugovora o faktoringu obaveze ugovornih strana ne mogu se sasvim utvrditi u trenutku zaključenja ugovora, jer se ne zna koja će potraživanja faktor naplatiti za sebe, a koja će vratiti svome klijentu. Zbog ovoga je potrebno da se obaveze ugovornih strana konkretiziraju što je moguće više, kao npr., pod kojim uslovima faktor ne može vratiti ustupljeno potraživanje. U interesu pravne sigurnosti je da se ugovorne strane sporazumiju do kog vremena faktor može vratiti klijentu ustupljeno potraživanje. Isto tako, sadržaj obaveza, najčešće, ne može biti određen, ali bi morao biti odrediv.

Ugovor o faktoringu u sebi sadrži i elemente prodaje i zajma. Faktor se javlja i kao kupac, jer on kupuje buduće potraživanje svog klijenta i to za određenu cijenu. U slučaju da faktor ne kupi ustupljeno potraživanje, tada se on javlja u ulozi zajmoprimca i obavezan je potraživanje vratiti klijentu.

VI. Obaveze ugovornih strana

1. Obaveze klijenta

Osnovna klijentova obaveza sastoji se u tome da on potraživanja koja ima prema svojim dužnicima prenese na povjerioca. Ova obaveza proizlazi iz specifičnosti samog faktorinškog odnosa. Naime, u osnovi svakog faktoringa je cesija. Poznato je da sama cesija svoj osnov nalazi u ugovoru, zakonu ili sudskoj odluci. Kod faktoringa može se raditi samo o ugovornoj cesiji, a ne i o ostala dva vida cesije. Cesija je ugovor zaključen između starog (cedenta) i novog povjerioca (cesionara) kojim cedent prenosi (ustupa) na cesionara svoje potraživanje koje ima prema dužniku (cesusu). Kod ugovora o faktoringu klijent (cedent) prenosi faktoru (cesionaru) svoja postojeća ili buduća potraživanja koja ima prema cesusu. Kao faktor najčešće se javlja banka.

U praksi, klijent najčešće sukcesivno (sedmično, mjesečno i sl.) dostavlja faktoru cedirane račune na kojima već stoji klauzula o izvršenoj cesiji. Ugovorom o faktoringu regulira se dinamika dostavljanja računa. Nema smetnje da cedent (klijent) prenese sva svoja potraživanja iz cjelokupnog poslovnog odnosa. Međutim, faktor najčešće zadržava i naplaćuje potraživanja proizašla iz ugovora o prodaji robe ili vršenju usluga (Gorenc, 1988, str. 4). Ovo je sasvim razumljivo sa stanovišta faktora, jer se ova potraživanja mogu najlakše naplatiti. Naime, mnogo je teže naplatiti jedno potraživanje nastalo iz naknade štete, nego iz prodaje robe (Konjhodžić & Knego, 2000, str. 56).

Opće je pravilo da se prijenos potraživanja (cesija) može izvršiti bez saglasnosti dužnika (cesusa). Ovo pravilo važi i za faktoring, tj. za valjanost prijenosa potraživanja s klijenta na faktora nije od značaja činjenica je li o ovom prijenosu dužnik bio obaviješten ili nije. S druge strane, dužnik (cesus) može faktoru (cesionaru) istaći sve one prigovore koje bi mogao istaći svome prvobitnom povjeriocu (cedentu – klijentu).

Od pravila da dužnik (cesus) ne mora biti obaviješten o cesiji odstupa Konvencija o međunarodnom faktoringu. Naime, prema članu 1. st. 2 pod c) Konvencije određeno je da dužnik mora biti obaviješten o prijenosu potraživanja.

Vidjeli smo već da klijent svoja potraživanja prenosi faktoru putem globalne cesije, kojom on na faktora prenosi sva svoja buduća potraživanja koja će imati prema svojim dužnicima. U ovom slučaju, može se javiti problem da klijent (cedent) na faktora (cesionara) prenese i ona potraživanja koja su izuzeta od prijenosa. Naime, cedent i cesus, prilikom zaključenja glavnog pravnog posla, mogu se dogovoriti da se potraživanja proizašla iz takvog odnosa ne mogu dalje prenositi na treća lica. Ovakva zabrana poznata je pod imenom *pactum de non cedendo.*

Tako, prema čl. 436. st. 2. ZOO, ugovor o prijenosu potraživanja ne djeluje prema dužniku (cesusu) ako su on i povjerilac ugovorili da ovaj neće moći prenijeti potraživanja na drugoga. Pravo ugovaranja *pactum de non cedendo* proizlazi iz načela da ugovorne strane svoje odnose mogu slobodno i sporazumno regulirati. U tom smislu, ugovarači mogu i isključiti mogućnost daljeg prijenosa potraživanja, koja su, inače, po svojoj prirodi, prenosiva. Druga zakonodavstva također poznaju ovo ograničenje prijenosa potraživanja (Bikić, 2013, str. 342).

Njemačko pravo, isto tako, poznaje ugovornu zabranu prijenosa potraživanja.[33] Svoj stav u pogledu mogućnosti prijenosa potraživanja, ukoliko je

[33] Par. 399. BGB.

takav prijenos ugovorom isključen, zauzeo je i Savezni sud Njemačke u jednom sporu između poslodavaca i radnika.[34] *U konkretnom slučaju, poslodavac je sa svojim radnicima ugovorio – da bi se izbjegli dodatni knjigovodstveni poslovi – da oni svoja potraživanja na plaću ne prenose dalje, na druga lica. Jedan radnik, uprkos ugovoru, ustupio je jedan dio svog potraživanja na plaću radi otplate kredita trećem licu, koje nije znalo za ugovor između poslodavca i radnika. Poslodavac, koji je saznao za ustupanje, isplatio je cjelokupnu plaću (zaradu) radniku ne odbijajući ništa za trećeg (cesionara), pozivajući se na ugovor o zabrani prijenosa potraživanja na treća lica. Savezni sud je dao za pravo poslodavcu.*

Pojedina zakonodavstva predviđaju da je potrebno dokazati da je cesionaru u momentu ustupanja bila poznata ova ugovorna zabrana ustupanja potraživanja.[35] Korak dalje u stavljanju cesionara u povoljniji položaj ide Švicarski zakonik o obligacijama, u slučaju kada je povjerilac poklonio vjeru pismenoj potvrdi u kojoj nije izričito navedena zabrana ustupanja.[36]

Ugovorno isključenje daljeg ustupanja potraživanja često nalazimo u općim uslovima poslovanja kod velikih industrijskih poduzeća ili trgovačkih kuća. Ovakve zabrane sprečavaju mogućnost jednog poduzeća da daljim cediranjem svoga potraživanja dođe do potrebnog gotovog novca. Ugovorne zabrane najviše pogađaju mala i srednja poduzeća, koja, u odnosima s velikim firmama, bivaju prinuđena prihvatiti nepovoljne uslove poslovanja koje određuju te firme. Pored toga, ugovorna zabrana prijenosa potraživanja nije poželjna ni sa stanovišta cjelokupne privrede jednog društva, jer se time ograničava promet.

Kada faktor primi potraživanje koje je opterećeno zabranom ustupanja, tada ga on može vratiti klijentu ili zahtijevati od klijenta da on (klijent) sporazumno sa svojim dužnikom otkloni ovu zbranu. Klijent može sa svojim dužnikom postići novi sporazum kojim se oni saglašavaju da prije ugovorena zabrana ustupanja prestaje važiti i takvo potraživanje je podobno za ustupanje.

Međutim, prema čl. 6. st. 1. Konvencije o međunarodnom faktoringu, isporučiočev (klijent) prijenos potraživanja na faktora (cesionar) proizvodi pravno djelovanje bez obzira na bilo koji sporazum između isporučioca i dužnika (cesusa) kojim se takav prijenos zabranjuje. Ipak, ovaj prijenos neće djelovati prema dužniku kada je on u vrijeme zaključenja ugovora koji je predmet

[34] Vidi Odluka BGHZ 40, 156.
[35] Npr. čl. 1260. Italijanskog građanskog zakonika.
[36] Čl. 164. st. 2. ŠZO.

ustupanja (ugovora o prodaji ili pružanju usluga) imao sjedište u državi ugovornici koja je dala izjavu da se čl. 6. st. 1. Konvencije ne primjenjuje prema dužniku koji ima sjedište u toj državi. Država ugovornica može u svako vrijeme dati izjavu da se čl. 6. st. 1. Konvencije ne primjenjuje na dužnike koji imaju sjedište u toj državi.

Osnovno pravo faktora sastoji se u pravu zahtijevanja isplate ugovorene provizije i troškova. Ovom pravu faktora odgovara obaveza klijenta.

2. Obaveze faktora

Osnovna obaveza faktora je preuzimanje i isplata potraživanja, shodno ugovoru o faktoringu. Kod različitih ugovora o faktoringu različit je obim preuzetih obaveza. Isplata se ne vrši u cjelini, nego faktor zadržava određeni novčani iznos kod sebe kao obezbjeđenje rizika naplate. Od tih zadržanih sredstava faktor za sebe uzima proviziju i ostale troškove u skladu s ugovorom (Đurović, 2004, str. 512).

U određenim situacijama faktor na sebe preuzima rizik nemogućnosti naplate potraživanja u zavisnosti od vrste faktoringa, o čemu je već bilo govora kod karakteristika faktoringa pa se upućuje na to mjesto.

Obaveza faktora je i vođenje knjigovodstva za klijenta, ispitivanje boniteta kupaca, ostvarivanje poreskih olakšica i sl. (Trifković, 2001, str. 380).

VII. Razgraničenje faktoringa od sličnih instituta

Faktoringu je veoma sličan ugovor o forfetingu (forfetiranju, forfaitu). Ugovor o forfetingu je takav ugovor kod koga forfeter kupuje od svog komitenta nedospjelo novčano potraživanje, uz isključenje prava forfetera (banka – cesionar) na regres prema prodavcu potraživanja (klijentu – cedentu) ukoliko ne uspije naplatiti ustupljeno potraživanje. Ugovor o forfetingu je, isto tako, neimenovani i dvostrano obvezni ugovor. Ovaj ugovor je, po pravnoj prirodi, mješoviti ugovor, a prije svega, sadrži elemente ugovora o prodaji i kreditu (Vasiljević, 1999, str. 646).

Ugovor o forfetingu može se uporediti samo s pravim faktoringom. Jer, kod ovih ugovora forfeter i faktor preuzimaju *del credere* rizik naplate potraživanja. U oba slučaja, gubi se pravo na regres prema cedentu ukoliko ustupljeno potraživanje ne bude naplaćeno. Ugovorom o faktoringu ustupaju se, u pravilu, sva buduća nedospjela potraživanja, a ugovorom o forfetingu mogu

se ustupati i pojedina potraživanja. Na kraju, faktoring se najčešće koristi u unutrašnjem, a forfeting u međunarodnom poslovnom prometu (Gorenc, 1988, str. 43).

Faktoring se razlikuje i od cesije, odnosno cesionog kredita. Naime, jedna od osnovnih funkcija faktoringa je *del credere* funkcija, koja ne postoji kod cesionog kredita. Kod cesionog kredita banka daje zajam cedentu putem fiducijarne cesije radi osiguranja i, za razliku od faktoringa, ne vrši funkciju upravljanja potraživanjima.

Faktoring se razlikuje i od ugovora o djelu i ugovora o komisionu. Kod ugovora o djelu poslenik obavlja faktičke, a kod faktoringa i pravne poslove. Od komisionog ugovora faktoring se razlikuje po tome što faktor ne zaključuje ugovor s trećim licem i po tome što faktor sa ustupljenim potraživanjem postupa u svoje ime i za svoj račun prema dužniku.

VIII. Zaključak

Ugovor o faktoringu je ugovor novijeg doba, te ga ubrajamo u tzv. moderne ugovore obligacionog prava. U radu smo analizirali ugovor o faktoringu onako kako je on pravno reguliran u Federaciji BiH, Republici Srpskoj, Hrvatskoj i Srbiji. Pojedine zakonske odredbe su identične ili veoma slične, ali postoje i neka razmimoilaženja u pravnoj regulativi analiziranih propisa.

Svi zakoni predviđaju da se ugovor o faktoringu mora zaključiti u pisanoj formi, a kao subjekti pravnog posla javljaju se: faktor ili pružatelj usluga faktoringa (najčešće banka), klijent ili dobavljač (povjerilac iz osnovnog posla) i dužnik ili kupac (dužnik predmeta faktoringa). Također, buduća tražbina može biti predmet faktoringa koji mora biti određen ili dovoljno odrediv u trenutku sklapanja ugovora o faktoringu.

Sadržaj ugovora o faktoringu reguliran je slično u analiziranim zakonodavstvima, s tim što je u pravu FBiH i RS taj sadržaj detaljnije određen. Sva zakonodavstva predviđaju obavezu obavještavanja dužnika o zaključenom ugovoru o faktoringu.

Kada se radi o višestrukom faktoringu pravna regulativa nije ista u FBiH, s jedne strane, RS i Srbiji, s druge strane. U FBiH višestruki faktoring je moguć i dozvoljen, dok u Srbiji i RS svako dalje ustupanje istog potraživanja povlači ništavost naknadno zaključenog faktoringa. U Hrvatskoj višestruki faktoring je dozvoljen i na njega se primjenjuju pravila obligacionog prava.

Uslovi za obavljanje faktoring posla su slični, ali visina osnovnog kapitala u svim zakonima je drugačije određena.

Na kraju smatramo da bi, radi pravne sigurnosti, bilo najbolje rješenje da se i na nivou BiH donese jedan zakon o faktoringu, kao što je to slučaj s Hrvatskom i Srbijom.

Bibliografija

Berghaus, D. (1989). *Kollision zwischen Factoring – Globalzessio und verlangertem Eigentunsvorbehalt*, Diss.

Bette, K. (1973). *Das Factoring – Geschäft*. Stutgart – Wiesbaden.

Bikić, A. (2013). *Obligaciono pravo – Opći dio*. (3. izmijenjeno i dopunjeno izdanje). Sarajevo: Pravni fakultet.

Đurović, R. (2004). *Međunarodno privredno pravo*. Beograd: Savremena administracija.

Gorenc, V. (1988). *Ugovor o faktoringu*. Zagreb.

Jakšić, S. (1962). *Obligaciono pravo – Opšti dio*. Sarajevo: Pravni fakultet.

Johnson, R. (1973). *The Encyclopedia Americana*, Vol 10. New York.

Kapor, V. & Carić, S. (1979). *Ugovori robnog prometa*. Beograd.

Klunzinger, E. (1990). *Einfürung in das bürgerliche Recht*. München.

Konjhodžić, H. & Knego, N. (2000). Faktoring i njegove osobenosti. *Pravna misao*, 3-4.

Lunkenbein, F. (1983). *Probleme des Factoring – Vertrages*, Diss. München,

Martinek, M. (1991). *Moderne Vertragstypen*, Band I Leasing und Factoring, München.

Medicus, D. (1995). *Schuldrecht – Besonderer Teil*. München.

Morait, B. (2007). *Obligaciono pravo – Knjiga prva*. Banja Luka: Pravni fakultet.

Trifković, M. (2001). *Međunarodno poslovno pravo*. Sarajevo: Ekonomski fakultet.

Vasiljević, M. (1999). *Poslovno pravo (Trgovinsko i privredno pravo)*. Beograd: Pravni fakultet.

Weber. *Kommentar zum BGB (RGRK)*. Berlin – New York, par. 398. BGB.

Abedin Bikić, PhD
Full professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
a.bikic@pfsa.unsa.ba

FACTORING AGREEMENT IN THE LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA, CROATIA AND SERBIA

Summary

A factoring contract is a legal transaction of buying and selling an existing outstanding or future short-term monetary claim arising from a contract for the sale of goods or services in the country and abroad, which is transferred to the factor by the contract and takes over the claim from the seller to collect it for his own account. The factoring contract must be concluded in writing between the client (seller) and the factor. The debtor must be informed of the concluded contract in a reliable manner. Future claims can only be subject to factoring if they were sufficiently determinable at the time the contract was entered into. The basic functions of factoring are the functions of financing, service and billing insurance.

Keywords: *Factoring agreement, factor, future claims, functions and types of factoring*

Dr. sc. Amila Ferhatović
Vanredna profesorica
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
a.ferhatovic@pfsa.unsa.ba

UDK 343:616.9(497.6)
Izvorni naučni rad

Kanita Pruščanović, MA
Stručna saradnica
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
k.pruscanovic@pfsa.unsa.ba

KRIVIČNOPRAVNE POSLJEDICE PANDEMIJE COVID-19 U BOSNI I HERCEGOVINI

Sažetak

Pandemija COVID-19 uzrokovala je društveno-ekonomski poremećaj na svjetskom nivou. Posljedice pandemije su i u Bosni i Hercegovini brojne i primjetne u svim sferama života i društva: pravne, ekonomske, psihološke itd. Predmet ovog rada su krivičnopravne posljedice pandemije. Autori su ih analizirali i predstavili kroz četiri segmenta: utjecaj pandemije na krivično pravosuđe, utjecaj pandemije na obim i strukturu krivičnih djela protiv zdravlja ljudi, utjecaj pandemije na tzv. "pandemiju korupcije" i utjecaj pandemije na slučajeve nasilja u porodici u Bosni i Hercegovini.

Krivičnopravnim posljedicama pandemije, pored utjecaja pandemije na rad krivičnog pravosuđa i zakonodavnih aktivnosti na uvođenju instituta online suđenja, možemo smatrati i izmjene u fenomenologiji kriminaliteta, u pogledu strukture i obima krivičnih djela koja se čine, a do kojih je došlo upravo djelovanjem pandemije COVID-19 i promijenjenih društvenih uslova. Navedeno može biti promatrano na makroplanu, govoreći o svijetu globalno, ali i na mikroplanu pojedinih država. Slijedom navedenog, autori su svoju pažnju u predmetnom radu usmjerili na krivičnopravne posljedice pandemije u Bosni i Hercegovini, prvenstveno iz ugla reorganiziranja krivičnog pravosuđa sa svrhom omogućavanja kontinuiteta u radu krivičnog pravosuđa u vanrednim uslovima i normativnu djelatnost u tom pogledu. S druge strane, osvrt na fenomenologiju kriminaliteta u Bosni i Hercegovini tokom trajanja pandemije

predstavili su promatranjem krivičnih djela protiv zdravlja ljudi tokom pandemije (u prvom redu krivičnih djela prenošenje zarazne bolesti, nepostupanje po zdravstvenim propisima za vrijeme epidemije, te neprimjenjivanje mjera za zaštitu od zarazne bolesti odnosno zapošljavanje osoba oboljelih od zarazne bolesti), kao i preispitivanjem teze o "pandemiji korupcije" u Bosni i Hercegovini tokom pandemije COVID-19 i eventualnom porastu slučajeva nasilja nad ženama i nasilja u porodici kao tzv. "pandemije iz sjene".

Ključne riječi: *pandemija COVID-19, online suđenja, pandemija korupcije, krivična djela protiv zdravlja ljudi, nasilje u porodici, pandemija iz sjene*

Uvod

Od pojave prvog slučaja zaraze virusom COVID-19 u kineskom gradu Wuhanu krajem 2019. godine, epidemiološka situacija u svijetu se ubrzano mijenjala, ne ostavljajući gotovo nijednu sferu života nedodirnutu neposrednim i posrednim utjecajima nepredvidivo brzog širenja virusa. Epidemiju COVID-19 je Svjetska zdravstvena organizacija (u daljem tekstu: SZO) prvobitno 30. januara 2020. godine označila kao javnozdravstvenu prijetnju međunarodnog značaja,[1] da bi već 11. marta 2020. godine bila proglašena pandemija COVID-19,[2] koja vremenom nedvojbeno postaje glavni globalni problem javnog zdravstva i javne sigurnosti, predstavljajući prijetnju ljudskoj sigurnosti[3] i ostvarivanju prava na zdravlje i zdravstvenu zaštitu (Roksandić & Mamić, 2020, str. 681)[4].

---

[1] Više vidjeti u: SZO (2020a). Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV), dostupno na: https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)

[2] Više vidjeti u: SZO (2020b). Transcript of Virtual press conference on COVID-19 – 11 March 2020, dostupno na: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/transcripts/who-audio-emergencies-coronavirus-press-conference-full-and-final-11mar2020.pdf?sfvrsn=cb432bb3_2

[3] Pitanja ljudske sigurnosti, biosigurnosti, zdravstvene sigurnosti, ali i nacionalne i internacionalne sigurnosti nerijetko se dovode u vezu s pandemijom COVID-19, na način da se, između ostalog, preispituje da li širenje infektivne bolesti COVID-19, u razmjerima tekuće pandemije, predstavlja egzistencijalnu prijetnju nacionalnoj i internacionalnoj sigurnosti, odnosno ljudskoj i biosigurnosti, uporedivu s ratovima i terorizmom, što je u literaturi označeno kao "rekonceptualizacija nacionalnih sigurnosnih prijetnji u vremenu COVID-19". Više vidjeti u: Albert, Baez & Rutland, 2021, str. 3–16.

[4] O neodvojivoj povezanosti zdravlja i ljudskih prava u odgovoru na pandemiju COVID-19 vidjeti više u: Sekalala, Forman, Habibi & Mason Meier, 2020, str. 2–5.

Pandemija COVID-19 je tako, povrh sigurnosnog izazova, i izazov za osiguranje dostupne, univerzalne i učinkovite zdravstvene zaštite, kroz koji su pitanja zdravstvene zaštite i zdravstvenih usluga, njihove dostupnosti, kao i dostupnosti i osiguranja lijekova i medicinske opreme, poprimila karakter "glavnih nacionalnih i globalnih pitanja" (Roksandić & Grđan, 2020, str. 343). Države u cijelom svijetu su, prateći smjernice SZO-a, kao i epidemiološku situaciju u svijetu i na mikroplanu svake od država, poduzimale adekvatne mjere društvenog odgovora na pandemiju, usmjerene na prevenciju i suzbijanje širenja virusa COVID-19. U literaturi se tako odluke koje su u martu 2020. godine donesene na međunarodnom planu, ali i u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu: BiH), označavaju paketom martovskih odluka o pandemiji COVID-19 (Sijerčić-Čolić, 2020, str. 232).

Načelno je društveni odgovor na pandemiju izrazito multisektoralan, naročito jer pandemija vremenom poprima razmjere ne samo zdravstvene, nego i humanitarne i razvojne krize, te se u tom smislu može sagledati s više aspekata, s obzirom na mehanizme društvenog odgovora koji su dominantno korišteni u pristupu pojedinim ključnim pitanjima i problemima s kojima se države diljem svijeta intenzivno suočavaju tokom trajanja vanredne situacije ovog tipa. Budući da je pandemija, kako je istaknuto, globalni problem javnog zdravstva i javne sigurnosti, tako se, pored odgovora zdravstvenog sistema, koji je dominantno prisutan u javnom diskursu, ističe i pitanje krivičnopravnog odgovora na pandemiju, odnosno, ostvarivanja krivičnopravne zaštite, koje možemo promatrati kroz domen uloge krivičnog pravosuđa, ali i krivičnog prava uopće u suočavanju s pandemijom, kao i kroz niz krivičnopravnih posljedica pandemije koje vremenom postaju sve više izražene.

1. Utjecaj pandemije COVID-19 na krivično pravosuđe u BiH

U BiH je, u nastojanju za smanjenjem rizika od ubrzanog širenja infekcije i omogućavanjem angažiranja dodatnih resursa za odgovor na ubrzano širenje virusa COVID-19, odlukom Vijeća ministara BiH na vanrednoj sjednici održanoj 17. marta 2020. godine proglašeno stanje prirodne ili druge nesreće.[5] Jedan od izazova na koji je u uslovima brzorastuće globalne zdravstvene krize trebalo adekvatno odgovoriti jeste i reorganiziranje rada pravosuđa, gdje se naročito ističe krivično pravosuđe, imajući u vidu specifičnosti krivičnih predmeta. U tom pogledu je Odlukom Visokog sudskog i tužilačkog vijeća BiH (u daljem tekstu: VSTV) od 22. marta 2020. godine o organizaciji rada

[5] Odluka o proglašenju stanja prirodne ili druge nesreće na teritoriji BiH, Službeni glasnik BiH, br. 18/20.

u sudovima i tužilaštvima u BiH[6] naloženo odlaganje ročišta u građanskoj, prekršajnoj i krivičnoj materiji, a decidirano su određeni izuzeci u svakoj od oblasti u pogledu kojih je potrebno organizirati dežurstva sudija za građansku, prekršajnu i krivičnu materiju koji će postupati u predmetima koji po svojoj prirodi ne trpe odlaganje, odnosno koji zahtijevaju prioritetno postupanje čak i u stanju prirodne i druge nesreće. U navedenu kategoriju su iz krivične materije izdvojeni predmeti u kojima je određen pritvor ili se traži određivanje pritvora, predmeti u kojima postoji opasnost od nastupanja zastarjelosti, kao i ostali hitni slučajevi propisani krivičnim zakonima u BiH. S druge strane, u prekršajnoj materiji izdvojeni su predmeti koji su pokrenuti na osnovu prijave zbog postupanja suprotno izdatim rješenjima i naredbama nadležnih organa za vrijeme proglašenja nesreće uzrokovane pojavom COVID-19, kao i drugi predmeti za koje dežurni sudija procijeni da postoji potreba za hitnošću u postupanju. Nedugo potom je Odlukom VSTV-a od 26. marta 2020. godine[7] postupanje u krivičnim predmetima protiv zdravlja stanovništva označeno kao apsolutni prioritet svih pravosudnih institucija u BiH, čime je naglašena važnost blagovremenog i efikasnog postupanja krivičnog pravosuđa povodom krivičnih djela protiv zdravlja stanovništva.

Kako bi se omogućilo postupanje u predmetima u kojima je održavanje ročišta neodložno i nužno, VSTV je već krajem marta 2020. godine pristupio izradi Inicijative za održavanje *online* suđenja u određenim sudskim predmetima u kojima bi održavanje ročišta s neposrednim prisustvom stranaka predstavljalo zdravstveni rizik po učesnike u postupku, te je Zaključak o pokretanju inicijative o hitnoj dopuni zakona o krivičnom postupku BiH, Federacije BiH, Republike Srpske i Brčko distrikta BiH (u daljem tekstu ZKP BiH, ZKP FBiH, ZKP RS i ZKP BDBiH) usvojen već na telefonskoj sjednici 3. aprila 2020. godine. Inicijativom je tako ministarstvima pravde sva četiri nivoa vlasti u BiH, kao ovlaštenim predlagačima dopuna zakona, ukazano na nužnost hitnih legislativnih intervencija u krivičnoprocesnom zakonodavstvu kojima bi se stvorio pravni osnov za uvođenje audio-video snimanja putem linka (*online* suđenja i provođenja radnji i postupaka)[8] u svim procesnim situacijama u kojima je odredbama ZKP-a predviđeno prisustvo učesnika u

[6] Odluka Visokog sudskog i tužilačkog vijeća o organizaciji rada u sudovima i tužilaštvima u BiH br. 08-02-2-1020-2/2020 od 22. marta 2020. godine, dostupna na: https://www.pravosudje.ba/vstv/faces/docservlet?p_id_doc=63094

[7] Više vidjeti u: Izvještaj sa telefonske sjednice VSTV-a održane 26. 3. 2020. godine, dostupan na: https://www.pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=90210

[8] U literaturi se iznose stanoviti prigovori izjednačavanju audio-video snimanja putem linka i *online* suđenja koje je prisutno u Inicijativi, uz zaključak da se ne radi o istim kategorijama, odnosno da je takvo izjednačavanje pogrešno. Vidjeti više u: Sijerčić-Čolić, 2020, str. 249–251.

postupku. S obzirom na to da bi u uslovima pandemije neposredno prisustvo stranaka suđenju predstavljalo ozbiljnu prijetnju i rizik za zdravstveno stanje svih učesnika, predloženi model predstavljao bi izuzetak koji bi se odnosio na navedene procesne situacije samo tokom trajanja pandemije, i podjednako bi se primjenjivao na postupanje tužilaštva u toku istrage, kao i na postupanje suda u toku suđenja. Prema prijedlogu zakonskog rješenja u vezi uvođenja audio-video snimanja[9], nadležnost za donošenje rješenja o upotrebi audio-video linka u navedenim procesnim situacijama imali bi postupajući tužilac uz saglasnost glavnog tužioca tokom istrage, odnosno predsjednik vijeća ili sudija koji zakazuje ročište tokom suđenja. Najzad, Inicijativom je problematizirano i pitanje tehničke realizacije navedenih prijedloga, uz zaključak da VSTV posjeduje informaciono-komunikacione kapacitete koji mogu obezbijediti održavanje *online* suđenja i provođenja radnji i postupaka.

Ovaj vid održavanja suđenja i inicijative u tom pogledu, koje istovremeno otvaraju i brojna pitanja u pogledu procesnih garancija i mogućnosti njihovog jamčenja,[10] nisu svojstvene samo za BiH,[11] budući da je u nizu zemalja svijeta *online* suđenje prepoznato kao mogući način održavanja kontinuiteta suđenja, te je često označeno fenomenom "virtuelnog dijeljenja pravde u vremenu pandemije COVID-19". Pravni osnovi za održavanje *online* suđenja su različiti, s obzirom na to da zemlje u regionu uporište za održavanje *online* suđenja obezbjeđuju različitim vidovima djelovanja, u rasponu od legislativnih intervencija putem izmjena postojećih zakona ili donošenja *lex specialis*

---

[9] U Inicijativi je predložen član zakona sljedećeg sadržaja:
"Član ...
(1) U svim procesnim situacijama u kojima Zakon o krivičnom postupku predviđa prisustvo učesnika u postupku, u slučaju postojanja neposrednog zdravstvenog rizika po učesnike u postupku, prisustvo svih učesnika u postupku obezbjeđuje se putem audio-video linka, tehnički odobrenog od strane Visokog sudskog i tužilačkog vijeća BiH.
(2) Rješenje o upotrebi audio-video linka iz stava (1) ovog člana donosi predsjednik vijeća ili sudija koji zakazuje ročište.
(3) Rješenje o upotrebi audio-video linka u toku istrage donosi postupajući tužilac, uz prethodnu saglasnost glavnog tužioca." Cjelokupan tekst Inicijative VSTV-a vidjeti na: https://www.pravosudje.ba/vstv/faces/docservlet?p_id_doc=63279.

[10] U kontekstu *online* suđenja naročito se razmatraju dometi i mogućnost jamčenja prava osumnjičenog, odnosno optuženog, a opširnije o navedenom vidjeti u: Gori & Pahladsingh, 2021, str. 561–577.

[11] Kako Sijerčić-Čolić navodi, na *online* suđenja se, zajedno s odlaganjem glavnog pretresa, uporednopravno gleda kao na procesnopravne poteze koji predstavljaju "izlazne strategije" u vrijeme pandemije COVID-19. Vidjeti više u: Sijerčić-Čolić, 2020, str. 241–249.

propisa, preko odluka ministarstva pravde (kao što je to u Srbiji[12]), pa sve do uredbe sa zakonskom snagom (kao što je to u Sjevernoj Makedoniji[13]).

Iako se prvobitno doimalo da će Inicijativa VSTV-a za održavanje *online* suđenja iz aprila 2020. godine dovesti do potrebnih legislativnih intervencija u vidu izmjena krivičnoprocesnog zakonodavstva u BiH na svim nivoima, naročito jer je istom dat prijedlog sadržaja relevantne zakonske odredbe koja bi omogućila *online* suđenja, te su detaljno razmotrene tehničke mogućnosti s tim u vezi, u konačnici se to desilo samo na nivou Brčko distrikta BiH. Naime, Zakonom o dopuni Zakona o krivičnom postupku Brčko distrikta BiH od 24. aprila 2020. godine[14] predložena je odredba inkorporirana u krivičnoprocesno zakonodavstvo Brčko distrikta BiH, što vodi ka zaključku o parcijalnoj reguliranosti pitanja *online* suđenja u BiH. Narednom Odlukom VSTV-a o organizaciji rada u sudovima i tužilaštvima od 30. aprila 2020. godine[15] nije adresirano pitanje izmjena krivičnog zakonodavstva ovog tipa, a u pogledu zakazivanja ročišta precizirano je da je sve dok traju vanredne okolnosti uzrokovane virusom COVID-19 naglasak na organiziranju i zakazivanju ročišta na način i u prostorijama gdje je moguće obezbijediti distancu prisutnih i provjetravanje prostorija, vodeći računa o hitnosti i starosti predmeta, te broju učesnika u postupku.[16]

---

[12] Preporuke za rad sudova i javnih tužilaštava za vrijeme vanrednog stanja od 13. 3. 2020. godine, dostupne na: https://www.mpravde.gov.rs/files/PREPORUKE%20ZA%20RAD%20SUDOVA%20I%20JAVNIH%20TU%C5%BDILA%C5%A0TAVA%20ZA%20VREME%20VANREDNOG%20STANJA.pdf

[13] Uredba sa zakonskom snagom o rokovima u sudskim postupcima za vrijeme vanrednog stanja i postupanju sudova i javnih tužilaštava. Služben vesnik na Republika Severna Makedonija, 84/20.

[14] Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 16/20.

[15] Odluka VSTV-a o organizaciji rada u sudovima i tužilaštvima od 30. 4. 2020. godine, br.: 08-02-2-1020-55/2020, dostupna na: https://www.pravosudje.ba/vstv/faces/pdfservlet?p_id_doc=63678

[16] Potrebno je napomenuti da su *online* suđenja tokom pandemije COVID-19 u BiH u stručnoj javnosti problematizirana i kao mogući način za održavanje kontinuiteta suđenja za ratne zločine, kao jedne od prioritetnih oblasti s obzirom na vrijeme koje je prošlo od završetka rata i rokove za okončanje navedenih suđenja. Naime, predmeti ratnih zločina često uključuju veći broj optuženih, što je u tom smislu predstavljalo prepreku za održavanje suđenja čak i u vrijeme postepenog ublažavanja mjera, s obzirom na ograničenja u pogledu broja osoba koje mogu biti prisutne u zatvorenom prostoru. U konačnici, zvanični podaci izneseni na Kolegiju Posebnog odjela za ratne zločine Tužilaštva BiH, održanom u februaru 2020. godine, ukazuju da su, uprkos objektivnim teškoćama i ograničenjima zbog pandemije COVID-19, ostvareni rezultati s brojem optuženih skoro kao i u 2019. godini, te je ostvarena tužilačka norma u Posebnom odjelu za ratne zločine od 95,68%. Ipak, istaknuto je i da je uslijed nezakazivanja ročišta od strane Suda BiH u periodu pandemije evidentan zastoj u sudskom procesuiranju najsloženi-

Pored legislativnih intervencija putem izmjena postojećih zakona, što je, kako je prethodno navedeno, učinjeno samo na nivou Brčko distrikta BiH, drugi pravac djelovanja u ovom segmentu jeste donošenje *lex specialisa*, i to na nivou BiH, kao i na nivou entiteta. Na državnom nivou je tako donesen Zakon o privremenim mjerama u radu pravosudnih i drugih organa BiH za vrijeme stanja prirodne ili druge nesreće na teritoriji BiH[17] (u daljem tekstu: Zakon o privremenim mjerama BiH), koji je u zakonodavnoj proceduri još od maja 2020. godine, a usvojen je tek 27. maja 2021. godine, nakon čega je 4. juna 2021. godine objavljen u *Službenom glasniku BiH* i stupio je na snagu već narednog dana od dana objavljivanja. S druge strane, na nivou entiteta doneseni su Zakon o rokovima i postupanju u sudskim postupcima za vrijeme stanja nesreće na teritoriji FBiH[18] (u daljem tekstu: Zakon o rokovima i postupanju FBiH) od 6. maja 2020. godine, odnosno Uredba sa zakonskom snagom o rokovima i postupanju u sudskim postupcima za vrijeme vanrednog stanja za teritoriju Republike Srpske[19] (u daljem tekstu: Uredba sa zakonskom snagom RS) od 6. aprila 2020. godine, na čije pojedine odredbe ćemo ukazati nakon osvrta na Zakon o privremenim mjerama BiH.

Zakonom o privremenim mjerama BiH propisane su privremene mjere u postupanju u sudskim i drugim postupcima pred Sudom i Tužilaštvom BiH i drugim organima BiH za vrijeme proglašenja stanja prirodne ili druge nesreće na teritoriji BiH ako postoji opasnost od epidemije zaraznih bolesti,[20] koje su podijeljene na mjere u sudskom postupku, u upravnom sporu, pri izvršenju krivičnih sankcija i pritvora, u postupku ekstradicije i ostvarivanja alimentacionog zahtjeva, i u upravnom postupku. S tim u vezi, u nastavku ćemo se osvrnuti na odredbe koje se odnose na mjere u sudskom postupku i mjere pri izvršenju krivičnih sankcija i pritvora, kao krivičnopravno relevantne odredbe ovog zakona.

Zakonom o privremenim mjerama BiH se tako, između ostalog, normira da rokovi za ostvarivanje prava stranaka u svim postupcima pred pravosudnim organima, koji su određeni zakonom, prestaju teći za vrijeme stanja prirod-

jih predmeta s velikim brojem optuženih osoba, što stvara negativnu percepciju, naročito u populaciji žrtava i oštećenih osoba. O navedenom vidjeti više u: Dizdarević, 2020. Coronavirus Safeguards Stop Large-Scale Bosnian War Trials Resuming. *Balkan Insight*, dostupno na: https://balkaninsight.com/2020/06/05/coronavirus-safeguards-stop-large-scale-bosnian-war-trials-resuming/, kao i u: Održan Kolegij Posebnog odjela za ratne zločine. (11. feb. 2021.) *Tužilaštvo BiH,* dostupno na: http://www.tuzilastvobih.gov.ba/?id=4780&jezik=b

17 Službeni glasnik BiH, br. 34/21.

18 Službene novine FBiH, br. 28/20.

19 Službeni glasnik RS, br. 32/2020.

20 Čl. 1 Zakona o privremenim mjerama BiH.

ne ili druge nesreće na teritoriji BiH, osim u hitnim postupcima[21], a u hitne postupke spadaju upravo postupci u domenu krivičnog pravosuđa. U tom smislu, kao hitni postupci su označeni:

1) postupci u vezi s određivanjem i ukidanjem pritvora,
2) postupci u kojima postoji opasnost od nastupanja zastarjelosti,
3) postupci u ostalim hitnim slučajevima propisanim krivičnim zakonodavstvom BiH za koje je predviđeno održavanje ročišta,
4) postupci za svako krivično djelo koje je počinjeno za vrijeme trajanja stanja prirodne ili druge nesreće i u vezi sa stanjem prirodne ili druge nesreće, i
5) postupci koji su posebnim propisom propisani kao hitni.[22]

S druge strane, tokom trajanja stanja prirodne ili druge nesreće na teritoriji BiH, pravosudni organi u svim drugim postupcima koji nisu označeni kao hitni neće primati stranke, niti održavati rasprave.[23] Također, predviđeno je da se na osnovu odluke sudije ili predsjednika vijeća može, zbog epidemioloških razloga, ograničiti privremeno ili djelimično, ili u cijelosti isključiti prisustvo javnosti ročištima koja se održavaju.[24]

U grupi privremenih mjera pri izvršenju krivičnih sankcija i pritvora,[25] kao jedna od mjera propisuje se i prekid zastarijevanja izvršenja kazne[26], a u pogledu poziva osuđenima propisano je da Sud BiH neće upućivati na izdržavanje kazne osobe koje su pravosnažno osuđene na kaznu zatvora do 5 godina,[27] sa izuzetkom osoba osuđenih za u zakonu decidirano nabrojana krivična djela protiv integriteta BiH[28]. Za osobe koje su upućene na izdržavanje kazne i kojima je određena mjera pritvora,[29] propisano je obavezno testiranje na zarazne bolesti izazvane epidemijom, koje Sud BiH rješenjem nalaže zdravstvenoj ustanovi mjesta prebivališta ili boravišta osobe, a ako se utvrdi da je osoba zaražena, bit će upućena na dalju hospitalizaciju u

[21] Čl. 3 st. 1 Zakona o privremenim mjerama BiH.
[22] Čl. 5 st. 1 Zakona o privremenim mjerama BiH.
[23] Čl. 4 st. 1 Zakona o privremenim mjerama BiH.
[24] Čl. 6 Zakona o privremenim mjerama BiH.
[25] O utjecaju pandemije na izvršenje krivičnih sankcija i mjere pritvora u BiH vidjeti više u: Pleh, 2020.
[26] Čl. 9 Zakona o privremenim mjerama BiH.
[27] Čl. 10 st. 1 Zakona o privremenim mjerama BiH.
[28] Članom 10 st. 1 Zakona o privremenim mjerama se navedeni izuzetak predviđa za osuđene za sljedeća krivična djela protiv integriteta BiH, propisane glavom XVI KZ BiH: terorizam, finansiranje terorističkih aktivnosti, javno podsticanje na terorističke aktivnosti, vrbovanje radi terorističkih aktivnosti, obuka za izvođenje terorističkih aktivnosti, organiziranje terorističke grupe i organizirani kriminal.
[29] Čl. 11 Zakona o privremenim mjerama BiH.

zdravstvenu ustanovu, što dovodi do odgađanja izvršenja kazne odnosno mjere pritvora[30].

U pogledu krivičnopravno relevantnih odredbi Zakona o rokovima i postupanju FBiH, možemo reći da, također, decidirano precizira hitne krivične postupke, normirajući da su to:

1) postupci u kojima je određen pritvor ili se traži određivanje pritvora,
2) postupci koji se vode za krivična djela nasilje u porodici, prenošenje zarazne bolesti, nepostupanje po zdravstvenim propisima za vrijeme epidemije i teška krivična djela protiv zdravlja ljudi,
3) postupci koji se vode za krivična djela učinjena za vrijeme stanja nesreće i u vezi sa stanjem nesreće,
4) postupci u kojima postoji opasnost od zastarjelosti krivičnog gonjenja.[31]

Pored toga, normirani su i hitni prekršajni postupci,[32] kojima se smatraju postupci pokrenuti za prekršaje koji se učine za vrijeme trajanja stanja nesreće i u vezi sa stanjem nesreće, kao i postupci gdje je neophodno primijeniti odredbu člana 17. Zakona o prekršajima FBiH,[33] kojom se regulira lišenje slobode i jamstvo kao osiguranje nazočnosti i plaćanja novčane kazne. U pogledu navedenih hitnih krivičnih i prekršajnih postupaka propisano je da u njima ne prestaju teći rokovi, kao što ne prestaju teći ni rokovi vezani za prihvatanje odgovornosti, propuštanje, postupak po zahtjevu za odlučivanje od suda, te rokovi vezani za prekršajne naloge protiv osoba koje nemaju prebivalište u BiH, dok u ostalim postupcima u ovoj oblasti rokovi prestaju teći.[34]

I Uredba sa zakonskom snagom RS sadrži gotovo istovjetna rješenja, uz nešto uži krug hitnih krivičnih postupaka, budući da su izostavljeni postupci za krivična djela nasilja u porodici,[35] a hitnim prekršajnim postupcima se smatraju hitni prekršajni postupci u smislu Zakona o prekršajima RS,[36] kao i postupci pokrenuti za prekršaje koji se učine za vrijeme vanrednog stanja i u vezi s njim.

---

30 Čl. 10 st. 2, 3 i 4 Zakona o privremenim mjerama BiH.
31 Čl. 3 st. 3 Zakona o rokovima i postupanju FBiH.
32 Čl. 3 st. 4 Zakona o rokovima i postupanju FBiH.
33 Službene novine FBiH, broj 63/14.
34 Čl. 3 st. 1, 2 i 5 Zakona o rokovima i postupanju FBiH.
35 Također, navedena odredba, za razliku od odredbe u FBiH, izostavlja teška krivična djela protiv zdravlja ljudi, koja u RS i nisu regulirana kao zasebno krivično djelo.
36 Službeni glasnik RS, br. 63/14, 110/16 i 100/17.

Izložene mjere sadržane u *lex specialis* propisima na državnom, kao i na nivoima entiteta, normiraju neka od rješenja koja su se nametnula kao nužna za nesmetan rad pravosudnih i drugih organa u BiH u vrijeme pandemije, a vrijeme koje slijedi će pokazati u kojoj mjeri je to doprinijelo efikasnosti u radu ovih organa u vanrednim uslovima, kao i ukazati na eventualne potrebe za daljim zakonodavnim intervencijama.

U pogledu *online* suđenja, kao što je naprijed i navedeno, konkretne legislativne intervencije su se desile samo u Brčko distriktu BiH, a ne i na ostalim nivoima. Na ovom mjestu potrebno je istaći da je Reformskim programom VSTV-a za period 2021–2023. godine[37], koji je usvojen 19. maja 2021. godine, kao reformska mjera u oblasti efikasnosti pravosuđa, podoblast Unapređenje organizacije i kapaciteta pravosuđa, predviđeno i razmatranje mogućnosti uvođenja *online* suđenja. Kako je navedeni planski dokument VSTV-a skup strateških i reformskih opredjeljenja koja su velikom mjerom proistekla i iz zahtjeva Evropske komisije koji su vezani za pravosuđe u BiH, a ka čijem ispunjavanju BiH nedvojbeno teži na putu evropskih integracija, nadamo se da će u naznačenom periodu (2021–2023. godine) biti poduzete konkretne aktivnosti na ovom planu, koje bi u konačnici dovele do uvođenja *online* suđenja inkorporiranjem ovog instituta u bh. zakonodavstvo u cijelosti.[38]

2. Krivična djela protiv zdravlja ljudi tokom pandemije COVID-19 u BiH

Zaštita zdravlja ljudi oduvijek ima značajno mjesto u društvu, a pandemija COVID-19 svojom razornošću i obimom u kojem je ugrozila zdravlje i živote velikog broja ljudi, uz reperkusije na javno zdravstvo u najširem smislu, u fokus stavlja i pitanje krivičnopravne zaštite zdravlja ljudi. Naime, zdravstveni i pravni aspekti pandemije su primarni i komplementarni, naročito imajući u vidu da je efikasna zdravstvena zaštita stanovništva gotovo neostvariva bez krivičnopravne zaštite (Petrović, 2021, str. 117). Navedeno, za-

[37] Navedeni reformski program podijeljen je na pet podoblasti: I. Kvalitet pravosuđa, II. Integritet pravosuđa, III. Efikasnost pravosuđa, IV. Borba protiv organiziranog kriminala i korupcije, i V. Kapaciteti VSTV-a i saradnja sa vanjskim akterima. Dostupan na: https://www.pravosudje.ba/vstv/faces/docservlet?p_id_doc=75584.

[38] Sijerčić-Čolić je u pogledu uvođenja *online* suđenja mišljenja da se procesni zakon treba dopuniti posebnim odjeljkom o uređenju "suđenja na daljinu" u uslovima epidemije ili pandemije, što bi u tom smislu predstavljalo "procesna pravila kao instrument za realizaciju društveno prihvatljivih ciljeva krivičnog postupka i onda kada se primjenjuju epidemiološke mjere". Vidjeti više u: Sijerčić-Čolić, 2020, str. 251–253.

pravo, predstavlja "primjenu materijalnog krivičnog prava kao instrumenta *ultima ratio* za osiguranje učinkovitog odgovora pojedine države na sprječavanje širenja zaraznih bolesti, ali i osiguranje prava na zdravlje" (Roksandić & Mamić, 2020, str. 682). U tom smislu je bitno da korištenje ovog instrumenta ne poprimi razmjere nesrazmjernosti i proizvoljnosti, jer bi njegovo masovno korištenje kao primarnog, a ne *ultima ratio* instrumenta, moglo za reperkusiju imati da građani, pribojavajući se mogućnosti krivičnog gonjenja, ne pružaju tačne informacije o svom zdravstvenom stanju i ne traže pravovremeno usluge zdravstvene zaštite, što je kontraproduktivno s aspekta ranog otkrivanja bolesti, poduzimanja mjera za sprečavanje širenja bolesti i sveukupnih napora zdravstvenih vlasti na ovom planu (Roksandić & Grđan, 2020, str. 335).

I dok je do sada u domenu krivičnopravne zaštite zdravlja ljudi najčešće bilo problematizirano pitanje krivične odgovornosti i krivičnih djela koja zdravstveni radnici, odnosno pružatelji zdravstvenih usluga čine u vršenju svoje dužnosti, kao *delicta propria*, budući da ih mogu učiniti samo osobe koje imaju navedeno lično svojstvo predviđeno kao element bića djela, u društvenim uslovima pandemije u fokus dolaze inkriminacije koje su upravo usko povezane s ugrožavanjem ili povredom zdravlja ljudi u uslovima povišenog rizika prenosa zarazne bolesti drugima za čije postojanje nije preciziran nikakav lični odnos, svojstvo ili okolnost koja mora postojati na strani učinitelja.

U smislu krivičnog zakonodavstva u BiH, za koje je svojstveno da su krivična djela protiv zdravlja ljudi propisana krivičnim zakonima entiteta, odnosno Brčko distrikta, a ne i Krivičnim zakonom BiH (u daljem tekstu: KZ FBiH, KZ RS, KZ BDBiH, KZ BiH), radi se o krivičnim djelima prenošenje zarazne bolesti[39], nepostupanje po zdravstvenim propisima za vrijeme epidemije[40], te neprimjenjivanje mjera za zaštitu od zarazne bolesti odnosno zapošljavanje osoba oboljelih od zarazne bolesti.[41] Upravo navedena krivična djela se, s obzirom na značaj koji imaju tokom trajanja pandemije, označavaju krivičnopravnim aspektom pandemije (Petrović, 2021, str. 117). Generalno možemo reći da ih karakterizira blanketna priroda, budući da radnju učinjenja kod ovih inkriminacija predstavlja kršenje propisa određene oblasti zdravstvene zaštite, kao i činjenica da se njima štiti ne zdravlje određene osobe, već naprotiv, zdravlje neodređenog broja ljudi na koje se zarazna bolest može prenijeti u razmjerima epidemije, odnosno pandemije (Petrović, Jovašević & Ferhatović, 2016, str. 357).

[39] Čl. 225 KZ FBiH, čl. 194 KZ RS, čl. 221 KZ BDBiH.
[40] Čl. 226 KZ FBiH, čl. 195 KZ RS, čl. 222 KZ BDBiH.
[41] Čl. 196 KZ RS.

Krivičnim djelom prenošenja zarazne bolesti se kao radnja učinjenja osnovnog oblika djela inkriminira nepostupanje po propisima ili naredbama kojima nadležni organ zdravstvene službe određuje preglede, dezinfekciju, odvajanje bolesnika ili drugu mjeru za suzbijanje ili sprečavanje zarazne bolesti kod ljudi, koje se može manifestirati činjenjem ili nečinjenjem.[42] U tom smislu se ovo krivično djelo svrstava u red komisivno-omisivnih delikata, uz različito propisanu posljedicu krivičnog djela u entitetima, odnosno Brčko distriktu BiH. Naime, dok je u FBiH i Brčko distriktu BiH posljedica krivičnog djela određena kao opasnost od širenja zarazne bolesti, u RS se posljedica normira kao prenošenje zarazne bolesti. Slijedom navedenog, dok je u FBiH i Brčko distriktu BiH prenošenje zarazne bolesti krivično djelo ugrožavanja, u RS je to krivično djelo povrede, s obzirom da je u RS nužno da zaista dođe do prenošenja zarazne bolesti kako bi se ostvarilo biće krivičnog djela. Kazneni okvir se također razlikuje; u FBiH i Brčko distriktu BiH je za osnovni oblik djela zaprijećena kazna zatvora do godinu dana, a u RS je zaprijećena novčana kazna ili kazna zatvora do dvije godine. Zakoni u pogledu ovog djela predviđaju odgovornost i za nehatno učinjenje, koje se u FBiH i Brčko distriktu BiH kažnjava novčanom kaznom ili kaznom zatvora do šest mjeseci, a u RS novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine.

Krivičnim djelom nepostupanja po zdravstvenim propisima za vrijeme epidemije inkriminirano je nepostupanje po naredbama ili odlukama donesenim na osnovu propisa nadležnog organa kojima se određuju mjere za suzbijanje ili sprječavanje epidemije, uz propisanu kaznu zatvora do jedne godine u FBiH i Brčko distriktu BiH, odnosno novčanu kaznu ili kaznu zatvora do dvije godine u RS, a u RS je, za razliku od FBiH i Brčko distrikta BiH, propisana odgovornost i za nehatno učinjenje ovog krivičnog djela, kada se kažnjava novčanom kaznom ili kaznom zatvora do godine dana. Kako ovo krivično djelo u zakonskom opisu bića ne sadrži posljedicu, ono spada u formalna ili djelatnosna krivična djela.

Krivično djelo neprimjenjivanja mjera za zaštitu od zarazne bolesti inkriminirano je u KZ RS, dok su u KZ FBiH i KZ BDBiH inkriminirana djela zapošljavanja osoba oboljelih od zarazne bolesti, koja su opisom bića krivičnog djela slična, i njima je, zajedno s prethodna dva opisana krivična djela, upotpunjen okvir za krivičnopravnu zaštitu od prenosa i širenja virusa COVID-19 (Petrović, 2021, str. 120). Radnja učinjenja navedenih krivičnih djela propisana je kao zapošljavanje ili držanje zaposlenom osobe koja boluje od zarazne bolesti protivno zdravstvenim propisima, i to u bolnici, porodilištu, javnom domu, školi, privrednom društvu ili drugoj pravnoj osobi, obrtu ili

[42] Čl. 225 st. 1 KZ FBiH, čl. 194 st. 1 KZ RS, čl. 221 st. 1 KZ BDBiH.

kod samostalnog privrednika, u djelatnosti u kojoj se rukuje prehrambenim proizvodima ili koja obavlja higijenske usluge ili u sličnoj djelatnosti.[43] Posljedica je određena kao opasnost od širenja zarazne bolesti prema KZ FBiH i KZ BDBiH, odnosno prenos zarazne bolesti prema KZ RS, a zaprijećena kazna je u svim zakonima do godinu dana zatvora, odnosno novčana kazna ili kazna zatvora do šest mjeseci za nehatno učinjenje.

U KZ FBiH i KZ BDBiH su teži, kvalificirani oblici krivičnih djela prenošenje zarazne bolesti i zapošljavanje osoba oboljelih od zaraznih bolesti inkriminirani zajedno s težim oblicima drugih pojedinih krivičnih djela protiv zdravlja ljudi, u okviru krivičnog djela teška krivična djela protiv zdravlja ljudi, kako bi teške posljedice ovih krivičnih djela, u vidu teške tjelesne ozljede, teškog narušavanja zdravlja ili znatnog pogoršanja postojeće bolesti, ili smrti jedne ili više osoba bile inkriminirane kao jedno samostalno djelo uz zaprijećene kazne visine čak do 12 godina za umišljajno učinjenje djela sa smrtnom posljedicom, a ne kao posebni kvalificirani oblici svakog od navedenih krivičnih djela, kao što je to slučaj u RS (Petrović et al., 2016, str. 371–372).

U BiH su od početka pandemije u okvirima pozitivnopravnih propisa za zaštitu stanovništva od zaraznih bolesti[44] poduzimane mjere za sprečavanje i suzbijanje širenja virusa COVID-19, među kojima su prednjačile mjere karantina, kućne izolacije i zdravstvenog nadzora. Pitanje kućne izolacije i stavljanja pod zdravstveni nadzor je naročito problematizirano, budući da je zahtijevalo i svojevrsnu svijest o društvenoj odgovornosti pojedinaca kojima su mjere izrečene, ali i aktivnosti provjere pridržavanja izrečenih mjera putem provođenja inspekcijskog nadzora, naročito jer je nepridržavanje izrečene mjere povlačilo i krivičnu odgovornost za krivično djelo nepostupanja po zdravstvenim propisima za vrijeme epidemije.

S obzirom na to da su krivična djela protiv zdravlja ljudi određena kao apsolutni prioritet u postupanju tokom pandemije, intenzivno su vršene aktivnosti u svrhu otkrivanja i procesuiranja eventualnih kršenja, te je BiH prvu pravosnažnu presudu za krivično djelo nepostupanje po zdravstvenim propisima za vrijeme epidemije imala već 28. maja 2020. godine, i to u predmetu pred Osnovnim sudom Brčko distrikta BiH, gdje je osoba, koja je,

[43] Čl. 228 st. 1 KZ FBiH, čl. 196 st. 1 KZ RS, čl. 224 st. 1 KZ BDBiH.

[44] U BiH u pogledu navedenog govorimo o Zakonu od zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti FBiH (Službene novine FBiH, br. 29/05), Zakonu o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti RS (Službeni glasnik RS, br. 90/17) i Zakonu o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti Brčko distrikta BiH (Službeni glasnik Brčko distrikta BiH br. 41/2020).

napustivši porodični dom, prekršila mjeru zdravstvenog nadzora i izolacije, osuđena na novčanu kaznu u iznosu od 1500 KM.[45]

Promatrajući situaciju u Kantonu Sarajevo kroz prizmu statističkih podataka Kantonalnog tužilaštva u Sarajevu koje smo dobili za potrebu pisanja predmetnog rada,[46] u dosadašnjem toku trajanja pandemije COVID-19 (mart 2020. godine–juni 2021. godine) u Kantonu Sarajevo evidentirano je 77 krivičnih predmeta protiv zdravlja ljudi u vezi s pandemijom, a u odnosu na navedeni broj je u 36 predmeta donesena tužilačka odluka. Navedeno ukazuje na to da se ne radi o izuzetno velikom broju evidentiranih predmeta, ali je svakako značajno pratiti dalji tok situacije, kao i ishod procesuiranja ovih predmeta u konačnici.

[45] "Optuženi F.V. (...) kriv je što je: dana 29. marta 2020. godine, u Brčko distriktu BiH, svjestan da je Odlukom Vlade Brčko distrikta BiH broj 02-000049/20 od 11. marta 2020. godine, uslijed naglog porasta oboljenja od zarazne bolesti neuobičajene po broju, vremenu, mjestu i zahvaćenom stanovništvu, proglašena ugroženost stanovnika Brčko distrikta BiH od epidemije zarazne bolesti COVID 19 izazvane virusom SARS-Cov-2, te Odlukom Vlade Brčko distrikta BiH broj predmeta 36-000071/20 od 15. i 17. marta 2020. godine naloženo da se svi državljani BiH sa mjestom prebivališta u Brčko distriktu BiH koji dolaze iz inostranstva stavljaju pod zdravstveni nadzor i izolaciju u trajanju od 14 dana, posljedično čemu je njemu Inspektorat Brčko distrikta BiH, na osnovu odredbe člana 6. stav 3. u vezi sa članom 44. stav 1. i 3. Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti Republike Srpske, prilikom prelaska graničnog prelaza "Brčko" i ulaska na područje Brčko distrikta BiH, Rješenjem broj UP-I-36-000123-59/20 od 20. marta 2020. godine, izrekao mjeru stavljanja pod zdravstveni nadzor i mjeru izolacije u trajanju od 14 dana u prostorijama porodičnog doma u ulici (...), i to počevši od 20. marta kao osobi koja je došla sa područja Republike Hrvatske na čijem prostoru su potvrđeni slučajevi oboljelih od zarazne bolesti COVID 19, a sve u cilju kontrole eventualne pojave simptoma zaraženosti virusom SARS- Cov-2 i sprječavanja širenja zarazne bolesti, V., iako svjestan da ne smije napuštati svoj porodični dom, u namjeri da postupi protivno odluci Inspektorata Brčko distrikta BiH, udaljio se iz prostorija svog porodičnog doma, te se kretao na području grada Brčkog, pri čemu je u neposrednoj blizini graničnog prelaza Brčko – Gunja uočen od strane sanitarnog inspektora (...), čime je počinio krivično djelo – Nepostupanje po zdravstvenim propisima za vrijeme epidemije – iz člana 222. Krivičnog zakona Brčko distrikta BiH." (Iz obrazloženja presude Osnovnog suda Brčko distrikta BiH, br. 96 0 K 129979 20 Kps od 28. 5. 2020. godine)

[46] Za potrebe predmetnog rada obratili smo se glavnoj kantonalnoj tužiteljici Kantonalnog tužilaštva Kantona Sarajevo 1. 6. 2021. godine i već 15. 6. dobili smo podatke o određenim skupinama krivičnih djela koja su u fokusu krivičnog pravosuđa tokom pandemije COVID-19, kao što su krivična djela protiv zdravlja ljudi u vezi sa pandemijom, tzv. pandemija korupcije (koruptivna krivična djela tokom pandemije), te pitanje porasta broja slučajeva nasilja u porodici tokom pandemije ili opadanja broja određenih slučajeva tokom slučajeva.

Na samom kraju izlaganja o krivičnim djelima protiv zdravlja ljudi tokom pandemije COVID-19 u BiH istakli bismo i pitanje provođenja obdukcija nad osobama koje su preminule od posljedica COVID-19, odnosno za koje se sumnja da su bile zaražene, koje se u BiH nametnulo već na početku pandemije. Naime, navedeno je pitanje pažnju javnosti dobilo kroz jedan od prvih smrtnih slučajeva koji se dovodio u vezu s COVID-19 u BiH, gdje je pacijentica A.K. umrla na putu ka Domu zdravlja, nakon što se prethodno danima obraćala ljekarima i liječila propisanom terapijom, pri čemu nije testirana na COVID-19. Naknadno urađeni *post mortem* COVID test je bio pozitivan, ali se čak 59 dana čekalo na provođenje obdukcije kako bi se saznao uzrok smrti i utvrdili eventualni liječnički propusti u ovom slučaju, nakon čega je preminula ukopana. U FBiH se tada u medicinskim krugovima isticalo nepostojanje uslova za provođenje ove vrste visokorizične obdukcije, koja bi zahtijevala brojne preventivne mjere i opremu, te posebnu prilagođenost prostornih kapaciteta za izvođenje obdukcije, kako ne bi dovela u eventualni rizik medicinsko osoblje koje vrši obdukciju, te je na kraju obdukcija izvršena u Zavodu za sudsku medicinu Republike Srpske.[47]

U pogledu ovog slučaja, duboko uvažajući i shvatajući infrastrukturnu nepripremljenost i, shodno tome, zdravstvene rizike kojima medicinsko osoblje koje učestvuje u obdukciji može biti izloženo, moramo istaći da je s aspekta krivičnog pravosuđa ovakva situacija izuzetno nepovoljna, imajući na umu destruktivno djelovanje vremena koje je u takvim slučajevima naročito izraženo, i koje može znatno smanjiti domete obdukcije, te posljedično i njenu dokaznu vrijednost. U navedenom slučaju još postupa Kantonalno tužilaštvo u Sarajevu[48], ali je značajno da *pro futuro*, izdižući se van okvira inicijalnog slučaja koji je bio povod navedenim polemikama, budu učinjeni napori u pravcu mogućnosti izvođenja pravovremene obdukcije u epidemiološki rizičnim slučajevima prema svim medicinskim standardima, imajući na umu forenzički i sudsko-medicinski značaj obdukcije.

---

[47] Vidjeti više u: Klanjana dženaza Adviji Kanlić, jednoj od prvih žrtava epidemije. (28. maj 2020). *Radiosarajevo.ba*, dostupno na: https://radiosarajevo.ba/vijesti/bosna-i-hercegovina/klanjana-dzenaza-adviji-kanlic-jednoj-od-prvih-zrtava-epidemije/378554 i A. Ka. (28. maj 2020). Klanjana dženaza Adviji Kanlić, jednoj od prvih žrtava koronavirusa u Sarajevu. *Avaz.ba*, dostupno na: https://avaz.ba/vijesti/bih/572738/klanjana-dzenaza-adviji-kanlic-jednoj-od-prvih-zrtava-koronavirusa-u-sarajevu.

[48] Prema podacima na dan 15. 6. 2021. godine, navedeni krivični predmet Kantonalnog tužilaštva u Sarajevu br. T09 0 KTA 0155263 20 nalazi se u fazi provjere navoda prijave, i u istom nije još donesena tužilačka odluka, te se zbog faze predmetnog spisa ne može dobiti više informacija.

3. Pandemija korupcije u BiH tokom pandemije COVID-19

Fenomen korupcije je u BiH prema mnoštvu pokazatelja široko prisutan i duboko ukorijenjen,[49] što BiH uvrštava u kategoriju tzv. "zarobljenih država" (engl. *state capture*), a vanredni uvjeti pandemije su u svim porama društva doveli do sumnje u još veću prisutnost korupcije. Iako porast korupcije tokom pandemije nije svojstven samo za BiH, već je riječ o fenomenu koji je globalno prisutan, teza o pandemiji korupcije u BiH naročito je dobila publicitet kroz obraćanje visokog predstavnika u BiH Valentina Inzka Vijeću sigurnosti Ujedinjenih nacija u maju 2020. godine. Naime, Inzko je, prezentirajući redovni polugodišnji izvještaj o stanju provedbe mira u BiH, istaknuo da je BiH do tada uspjela spriječiti veliko širenje virusa i visoku smrtnost, ali da, između ostalog, mora unaprijediti vladavinu prava i borbu protiv velike pandemije zvane korupcija, što čini "kamen temeljac demokratije i funkcionalnosti svake zemlje" (OHR, 2020)[50].

Borba protiv pandemije COVID-19 se zbog specifičnosti izazova koji su u njoj isprepleteni često označava svojevrsnim "ratom"; tako Drumbl & Roksandić Vildička (2020) navode da se "iznenada pojavio rat: rat protiv COVID-19", gdje je "socijalna distanca taktika, pozvani smo na solidarnost, predvođeni epidemiolozima, pružatelji zdravstvenih usluga su naše napadačke formacije, a naše oružje su maske, respiratori, mobilne bolnice i dezinfekciona sredstva" (para. 2). Upravo u uslovima zdravstvene krize bez presedana u modernoj historiji kao što je pandemija COVID-19 dolazi do povećanog rizika pojave koruptivnih djelatnosti, s obzirom na nužnost što brže nabavke naprijed naznačenog "oružja" u ratu protiv COVID-19. U tom pogledu je Grupa država protiv korupcije Vijeća Evrope (u daljem tekstu: GRECO) blagovremeno, već u aprilu 2020. godine, ukazivala na rizike ovog tipa, naglašavajući da se rizici korupcije u ovoj situaciji ne smiju potcijeniti, istovremeno priznavši najveći značaj "usmjeravanju borbe protiv korupcije na COVID-19 i procese vezane za pandemiju", uz naročito isticanje rizika

[49] Prema objavljenim podacima o Indeksu percepcije korupcije (CPI), BiH je ostvarila pad za 11 mjesta, rangirajući se na 111. mjesto od 180 država, sa ocjenom 35, kao najlošijom ocjenom od 2012. godine, kada je BiH bila na 72. mjestu, sa ocjenom 42, uz procjenu da se radi o "životno ugrožavajućem stanju korupcije". Vidjeti više na u: BiH među zemljama u kojim se stanje korupcije najviše pogoršava, građani životno ugroženi. (28. jan. 2021). *Transparency International Bosna i Hercegovina*, dostupno na: https://ti-bih.org/bih-medju-zemljama-u-kojim-se-stanje-korupcije-najvise-pogorsava-gradjani-zivotno-ugrozeni/.

[50] Integralni tekst obraćanja visokog predstavnika Valentina Inzka Vijeću sigurnosti Ujedinjenih naroda od 6. 5. 2020. godine dostupan je na: http://www.ohr.int/remarks-by-high-representative-valentin-inzko-to-the-united-nations-security-council-19/.

u zdravstvenom sektoru, s obzirom na izražene potrebe nabavke lijekova i medicinskih sredstava.[51] GRECO je u objavljenim smjernicama pod nazivom "Korupcijski rizici i korisni pravni instrumenti u kontekstu COVID-19" identificirao neke od različitih tipova korupcije u zdravstvenom sektoru, među kojima su:

1) korupcija u sistemu javnih nabavki,
2) korupcija u pružanju zdravstvenih usluga,
3) korupcija u istraživanju i razvoju novih proizvoda (primarno lijekova i vakcina protiv COVID-19), gdje se ističe pitanje sukoba interesa i uloge lobiranja, i
4) prevare povezane sa COVID-19,

uz pozicioniranje kao značajnih i pitanja kontrole i nadzora i zaštite zviždača u zdravstvenom sektoru[52].

Pandemija COVID-19 je tako globalno dovela do pojednostavljenja procedura javnih nabavki, što zapravo označava poduzimanje koraka u pravcu kreiranja "fleksibilnijeg i opuštenijeg pravnog okvira za javne nabavke" (Transparency International, 2020). Govoreći o Evropskoj uniji (u daljem tekstu: EU), Evropska komisija je u pogledu navedenog 01. aprila 2020. godine donijela "Smjernice Evropske komisije za primjenu okvira za javnu nabavku u kriznoj situaciji uzrokovanoj bolešću COVID-19"[53], kojim je naznačeno da ugovorni organi u hitnim situacijama mogu iskoristiti mogućnosti znatnog skraćivanja rokova kako bi se ubrzali otvoreni ili ograničeni postupci, a ukoliko ni takva fleksibilnost nije dovoljna, može se predvidjeti i pregovarački

[51] Navedeno zapravo predstavlja "prilagođavanje devijantnog ponašanja novonastalim vanrednim okolnostima", što između ostalog Mujanović navodi u osvrtu na porast korupcije i zloupotrebe javnih nabavki tokom pandemije objavljenog u okviru članka *Aljazeere Balkans*: "Ključna odlika ljudskog ponašanja, uključujući i devijantno jeste sposobnost prilagođavanja novonastalim vanrednim okolnostima. U stručnoj javnosti postoji nepodijeljeno mišljenje kako je kriminalni milje brže nego se očekivalo u ovoj svjetskoj krizi prepoznao niz prilika da se kroz različite aktivnosti razviju novi i unaprijede postojeći načini činjenja krivičnih djela, naročito onih iza kojih stoji lukrativna motivacija za sticanjem imovinske koristi. To se posebno odnosi na sposobnost učinitelja krivičnih djela da integriraju tj. objedine različite načine djelovanja s informacionim tehnologijama djelujući na globalnom nivou." Vidjeti više u: Mušić, A. (3. maj 2020). Pandemija donosi porast korupcije i zloupotrebe javnih nabavki. *Aljazeera Balkans*, dostupno na: https://balkans.aljazeera.net/teme/2020/5/3/pandemija-donosi-porast-korupcije-i-zloupotrebe-javnih-nabavki.

[52] Vidjeti više u: GRECO (2020). Korupcijski rizici i korisni pravni instrumenti u kontekstu COVID-19, dostupno na: https://rm.coe.int/montenegrian-version-corruption-covid-19/16809e3bf7.

[53] Službeni list EU (2020/C 108 I/01).

postupak bez objave obavještenja o nabavci, kao dodatni instrument u pravu EU za brže dodjeljivanje ugovora radi ispunjavanja potreba povezanih s pandemijom COVID-19.

U BiH je Agencija za javne nabavke BiH (u daljem tekstu: Agencija) u konsultaciji i uz saglasnost Vijeća ministara BiH već 17. marta 2020. godine izdala saopštenje s pratećim tumačenjem Zakona o javnim nabavkama BiH[54] (u daljem tekstu: ZJN BiH), koje adresira javne nabavke neophodne za sprječavanje širenja i ublažavanje posljedica COVID-19 zbog razloga i u uslovima krajnje hitnosti. Agencija u saopštenju tako adresira dvije kategorije javnih nabavki u situacijama krajnje hitnosti:

1) kada nije moguće primijeniti redovne postupke javne nabavke, ali ipak postoji dovoljno vremena, predviđa se mogućnost provođenja pregovaračkog postupka bez objavljivanja obavještenja, pod uslovima navedenim u članu 21. st. 1 t. d) ZJN BiH[55], i
2) kada je potrebno reagirati istog momenta, npr. u roku od jednog ili dva sata, ili čak u roku od nekoliko minuta, odnosno kada objektivno nije moguće primijeniti ni pregovarački postupak bez objavljivanja obavještenja o nabavci, predviđa se mogućnost izuzeća od primjene ZJN sa aspekta "posebnih mjera sigurnosti" iz čl. 10 st. 1 t. b) ZJN BiH.[56]

[54] Službeni glasnik BiH, br. 39/2014.

[55] Navedena odredba ZJN BiH se odnosi na izuzetnu mogućnost ugovornog organa da dodijeli ugovor o nabavci i putem pregovaračkog postupka bez objave obavještenja o nabavci, kada se izuzetno, zbog dokazivih razloga krajnje hitnosti, prouzrokovane događajima nepredvidivim za ugovorni organ, ne mogu ispoštovati zakonom utvrđeni minimalni rokovi za otvoreni, ograničeni ili pregovarački postupak sa objavljivanjem obavještenja, pri čemu se okolnosti kojima se opravdava izuzetna hitnost postupka ni u kom slučaju ne smiju dovesti u vezu sa ugovornim organom. Slijedom navedenog, primjena pregovaračkog postupka bez objavljivanja obavještenja o nabavci dozvoljena je ukoliko su kumulativno ispunjeni sljedeći uslovi: 1. nastupanje nepredvidivog događaja, 2. krajnja hitnost zbog koje je nemoguće ispuniti rokove predviđene za druge, redovne postupke javne nabavke i 3. slučajna veza između nepredvidivog događaja i krajnje hitnosti koja iz njega proizlazi. Ugovorni organ je dužan ponuditi jasne i objektivne dokaze za hitno djelovanje potkrijepljene argumentima koje može uvjerljivo dokazati javnosti ili institucijama nadležnim za kontrolu postupaka javnih nabavki. Pregovarački postupak iz razloga krajnje hitnosti se tada provodi s jednim ponuđačem u skladu sa čl. 28 st. 1 ZJN BiH, te se ugovor sa istim može zaključiti odmah po donošenju odluke o izboru jer nije potrebno čekati protok roka 15 dana od dana kada su ponuđači obaviješteni o izboru najpovoljnijeg ponuđača, a u skladu sa čl. 98. st. 2 t. a) ZJN BiH.

[56] Ova kategorija javnih nabavki u situacijama krajnje hitnosti tako implicira nastupanje izuzetne nužde, kao što je nužnost spašavanja ljudskih života, zdravlja i sl., kada objektivno nije moguće primijeniti ni pregovarački postupak bez objavlji-

Obje navedene kategorije javnih nabavki u situacijama krajnje hitnosti su u smislu saopštenja Agencije opravdane ukoliko se nabavka ne odugovlači, i mogu se odnositi samo na one nabavke koje su neophodne da bi se spasili ljudski životi, spriječila ili ublažila epidemija ili materijalna šteta, te se shodno tome ne mogu primijeniti na redovne nabavke, odnosno na nabavke koje zaista nisu neophodne, pri čemu u svakom slučaju postoji dužnost poštivanja odredbi ZJN BiH, kao i pratećih podzakonskih akata.

Nažalost, navedene javne nabavke u situacijama krajnje hitnosti nose i naprijed naznačeni rizik od mogućih zloupotreba. U BiH je tako upravo nabavka 100 respiratora, kao prijeko potrebne medicinske opreme za intenzivnu njegu životno ugroženih pacijenata s razvijenom teškom kliničkom slikom virusa COVID-19, u konačnici prerasla u svojevrsni koruptivni skandal u samom političkom vrhu FBiH, u javnosti poznat pod nazivom "afera respiratori", koji je naročito privukao pažnju s obzirom na to da su kao osumnjičeni, odnosno u daljem toku optuženi, aktuelni premijer FBiH, tadašnji (naknadno suspendirani) direktor Federalne uprave civilne zaštite (u daljem tekstu: FUCZ), aktuelna ministrica finansija FBiH, vlasnik kompanije "F.H. Srebrena malina" i pravno lice "F.H. Srebrena malina".

Naime, FUCZ je putem pregovaračkog postupka potpisao sporni ugovor o nabavci 100 respiratora iz Kine vrijedan 5,2 miliona eura s kompanijom "F.H. Srebrna malina", poljoprivrednom kompanijom koja se bavi proizvodnjom i preradom malina i inicijalno i nije imala dozvolu za uvoz i promet medicinskih sredstava, a za koje je sporno čak i da li se mogu koristiti za intenzivnu njegu, što je trebala biti svrha uređaja koji se nabavljaju putem ove javne nabavke. Nedugo po zaključenju ugovora su u javnost procurile informacije koje su ukazivale na brojne potencijalne kontradiktornosti, počevši od činjenice da je za nabavku angažirana poljoprivredna kompanija, sumnji u adekvatnost uređaja koji su predmet nabavke i nesrazmjer cijene nabavke i stvarnih cijena predmetnih respiratora na tržištu itd., što je dovelo do postupanja Kantonalnog tužilaštva u Sarajevu povodom ovog predmeta, koji je u daljem toku ustupljen na postupanje Tužilaštvu BiH, nakon čega dolazi do podizanja i potvrđivanja optužnice.

Sud BiH je 30. decembra 2020. godine potvrdio uređenu optužnicu Tužilaštva BiH od 22. decembra 2020. godine zbog krivičnog djela udruživanje

vanja obavještenja o nabavci, te je stoga opravdano primijeniti izuzeće od primjene Zakona, oslanjajući se na javni interes. Kod javnih nabavki ovog tipa bitno je obrazložiti da bi primjena postupaka javne nabavke, odnosno vrijeme potrebno za njihovo provođenje, prouzrokovalo izuzetno negativne posljedice, pa su ugovorni organi upravo na temelju takve procjene postupili i preduzeli radnje odmah.

radi činjenja krivičnih djela iz čl. 249 st. 1 i 2, u vezi s krivičnim djelima zloupotreba položaja ili ovlaštenja iz čl. 383 st. 3 u vezi sa st. 1 KZ FBiH, primanje nagrade ili drugog oblika koristi za trgovinu utjecajem iz čl. 219 st. 3 u vezi sa stavom 2 KZ BiH, pranje novca iz čl. 209 st. 3 u vezi sa stavom 1 KZ BiH, krivotvorenje ili uništenje poslovnih ili trgovačkih knjiga ili isprava iz čl. 261 st. 2 KZ FBiH, krivotvorenje službene isprave iz čl. 389 st. 2 u vezi sa st. 1 KZ FBiH i povreda obaveze vođenja trgovačkih i poslovnih knjiga i sastavljanja finansijskih izvještaja i njihovo falsifikovanje ili uništavanje iz čl. 262. st. 2 KZ RS, sve u vezi s čl. 53 KZ BiH, te krivično djelo nesavjestan rad u službi iz čl. 387 st. 2 u vezi sa st. 1 (Sud BiH, 2021)[57].

Mogućnost upotrebe respiratora za namjeravanu svrhu se dugo dovodila u pitanje, s obzirom na to da su respiratori "Srebrene maline" stigli u aprilu 2020. godine, nakon čega su iznošena brojna stručna mišljenja o neadekvatnosti nabavljenih respiratora, da bi potom FUCZ u novembru obustavio verifikaciju respiratora, koji su, uz izuzetak nekoliko respiratora, ipak verificirani u februaru 2021. godine, i to dan prije započinjanja glavnog pretresa u ovom predmetu. Nedugo nakon što su respiratori po verifikaciji stavljeni u upotrebu, što je privremeno stvorilo ubjeđenje u javnosti da su respiratori ipak, ma kakve bile ostale okolnosti slučaja i sudski epilog ostalih nezakonitosti obuhvaćenih optužnicom, poslužili svrsi i dali doprinos u "ratu protiv COVID-19" u naročito delikatnom periodu povećanog broja oboljelih pacijenata u jeku do tada najsmrtonosnijeg, tzv. trećeg vala virusa, u medijima su se pojavile vijesti o otvorenom pismu javnosti grupe ljekara Kliničkog centra Univerziteta u Sarajevu (u daljem tekstu: KCUS). Iako je medijski objavljeno pismo nepotpisano, i nije, kao takvo, službeno dostavljeno medijima, budući da sadržajem predstavlja izraz zabrinutosti i nastojanja pružanja pomoći građanima, otvorilo je brojne polemike i u konačnici dovelo i do postupanja i otvaranja krivičnog predmeta. Navedenim je pismom ukazano na niz problema u zbrinjavanju COVID pacijenata i uslovima rada na KCUS-u, uz osvrt na nedostatke u pogledu tehničkih specifikacija respiratora i nepravilnosti u pogledu volumena kisika koji se respiratorima daje teško oboljelim, intubiranim pacijentima, dovodeći respiratore u direktnu vezu s velikom stopom smrtnosti pacijenata koji su njima bili tretirani, pri čemu se cjelokupnim pismom naglašava da ljekari svoju zabrinutost povodom pojedinih okolnosti bolničkog liječenja COVID pacijenata iskazuju već duži vremenski period.[58]

[57] Vidjeti više u: Potvrđena optužnica u predmetu Fadil Novalić i drugi. (18. jan. 2021). Sud BiH, dostupno na: http://www.sudbih.gov.ba/vijest/potvrena-optunica-u-predmetu-fadil-novali-i-drugi-21459

[58] Vidjeti više u: Hadžović, D. (3. apr. 2021.). Dramatično pismo ljekara s KCUS-a: Šanse da pacijent preživi na "malina" respiratorima su nikakve. *Avaz.ba*, do-

Kantonalno tužilaštvo u Sarajevu je tako na osnovu medijskih objava u skladu sa svojom nadležnošću formiralo predmet koji se odnosi na pismo doktora s KCUS-a o upotrebljivosti respiratora u liječenju pacijenata u KCUS-u, teškim posljedicama po zdravlje i život pacijenata, kao i drugim problemima u funkcioniranju tzv. COVID odjela, u kojem će postupati u narednom periodu, povodom čega je dogovorena i saradnja Tužilaštva BiH i Kantonalnog tužilaštva u Sarajevu (Tužilaštvo BiH, 2021). U daljem toku događaja je 13 anesteziologa s KCUS-a po smirenju epidemiološke situacije zbog navedenog dalo otkaz na KCUS-u, povodom čega je održana i hitna sjednica Vlade Kantona Sarajevo, te su u konačnici ovi ljekari zaposleni u Općoj bolnici "Prim. dr. Abdulah Nakaš" u Sarajevu.[59]

Inače, Kantonalno tužilaštvo u Sarajevu je u periodu trajanja pandemije COVID-19 (mart 2020. godine – juni 2021. godine) evidentiralo sedam krivičnih predmeta u vezi s koruptivnim krivičnim djelima počinjenim u vrijeme pandemije, od kojih su: dva krivična predmeta ustupljena na nadležno postupanje Tužilaštvu BiH, u jednom predmetu donesena je tužilačka odluka, dok se u preostalim predmetima poduzimaju potrebne radnje u cilju provjere navoda krivične prijave.

Premda je suđenje u "aferi respiratori" još u toku, a u predmetu koji se odnosi na pismo doktora s KCUS-a još nije donesena tužilačka odluka, te samim tim u oba predmeta nisu u potpunosti utvrđene činjenice i okolnosti, mišljenja smo da je bilo nužno i u ovom radu osvrnuti se na oba navedena predmeta na razini raspoloživih informacija, budući da su navedeni predmeti obilježili vrijeme pandemije u BiH i kontinuirano privlače pažnju stručne, ali i šire javnosti. U tom smislu, ni na koji način ne pribjegavajući prejudiciranju, ishod navedenih predmeta će zasigurno dati značajne odgovore o razmjerima krivičnopravnih posljedica pandemije u BiH, te dati prostora za dalja promišljanja u ovom domenu.

---

stupno na: https://avaz.ba/vijesti/bih/642141/dramaticno-pismo-ljekara-s-kcus-a-sanse-da-pacijent-prezivi-na-malina-respiratorima-su-nikakve.

59 Vidjeti više u: Arnautović, V. & Katavić, I. (10. maj 2021.) Sarajevske anesteziologinje poslije otkaza između dvije bolnice. *Radio Slobodna Evropa*, dostupno na: https://www.slobodnaevropa.org/a/nakon-%C5%A1to-su-dale-otkaz-anesteziologinje-u-sarajevu-%C4%8Dekaju-odluku-struke-i-politike/31247919.html i M. G. (13. maj 2021.). Anesteziolozi koji su napustili KCUS potpisali saglasnost za prelazak u Opću bolnicu. *Klix.ba*, dostupno na: https://www.klix.ba/vijesti/bih/anesteziolozi-koji-su-napustili-kcus-potpisali-saglasnost-za-prelazak-u-opcu-bolnicu/210513054.

4. Nasilje u porodici tokom pandemije COVID-19 u BiH

Često se ističe kako mjere socijalne distance, *lockdown* i ostale restriktivne mjere koje su široko korištene tokom pandemije COVID-19, unatoč činjenici da imaju opravdanost i svrsishodnost primjene s obzirom na laku i brzu prenosivost virusa COVID-19, imaju i niz svojih negativnih posljedica za psihofizičko blagostanje kako odraslih osoba, tako i djece. U tom kontekstu je nužno istaći da nisu svi jednako pogođeni, te je položaj pripadnika određenih ranjivih skupina društva naročito otežan i nepovoljan.

I tako, dok primoranost na duži i češći boravak u kući, pa čak i rad od kuće, za sve predstavlja novonastalu situaciju i određenu vrstu izazova, ovisno o prilikama svakog pojedinca i porodice, potrebno je razmisliti šta uslovi pandemije COVID-19 znače za žrtve nasilja nad ženama i nasilja u porodici, koje su svakako, viktimološki promatrano, u veoma delikatnoj situaciji. Dok za većinu ljudi dom predstavlja zonu komfora i mjesto gdje se osjećaju zaštićeno, za žrtve nasilja u porodici je upravo suprotno. Nažalost, navedeno je još više izraženo u vrijeme pandemije, i može pogodovati još većem riziku viktimizacije žrtava.

UN Woman je stoga, prepoznavši navedeni rizik, u maju 2020. započeo globalnu kampanju podizanja svijesti o porastu slučajeva nasilja nad ženama i nasilja u porodici, oslovivši navedeni fenomen "pandemijom iz sjene" (engl. *shadow pandemic*)[60]. Terminološki je odabranim nazivom na pravi način sažeta priroda navedenih oblika nasilja generalno: gotovo uvijek se o tom problemu govori kao o pojavi "iz sjene", jer se obično dešava u krugu porodičnog doma, odnosno privatne sfere, i može dugo vremena proći neopaženo, a nesporno je latentno postojeća pojava u društvu. Podaci UN Woman, koji su u aprilu 2020. godine bili izneseni kao polazna premisa u razmatranju problema nasilja, prethodivši spomenutoj kampanji, govore da su u periodu proteklih 12 mjeseci globalno 243 miliona djevojčica i žena u dobi od 15 do 49 godina bile žrtve seksualnog i/ili fizičkog nasilja od strane svojih partnera (UN Woman, 2021).

Zaista se radi o podacima koji ukazuju na to da je bojazan povodom moguće povećane viktimizacije ove skupine tokom izazovnog perioda pandemije CO-

[60] Obavještenje za javnost o navedenoj kampanji UN Woman, čiji je sastavni dio kratki jednominutni video s Kate Winslet kao naratorom, objavljeno je 27. maja 2020. godine. Više vidjeti u: Press release: UN Women raises awareness of the shadow pandemic of violence against women during COVID-19 (27. maj 2020.). *UN Woman*, dostupno na: https://www.unwomen.org/en/news/stories/2020/5/press-release-the-shadow-pandemic-of-violence-against-women-during-covid-19.

VID-19, gdje su napori globalno prvenstveno usmjereni na borbu protiv COVID-19, te su latentno postojeći društveni problemi dijelom marginalizirani i na određeni način potencijalno zanemareni, itekako osnovana. Tok daljih događaja je pokazao, nažalost, da su se sumnje u većini zemalja obistinile, s obzirom na porast u broju prijavljenih slučajeva i obraćanja nadležnim organima za pomoć u nizu zemalja. Kao naročito značajno istakli bismo zapažanje generalnog direktora SZO-a dr. Tedrosa Adhanoma Ghebreyesusa, koji je, oslonom na najnovije podatke SZO-a, gdje je fenomen nasilja nad ženama globalno označen kao "razarajuće sveprisutan", komparirao odnos izazova u borbi protiv COVID-19, s jedne strane, i nasilja nad ženama s druge strane, ističući da se, "za razliku od COVID-19, nasilje nad ženama ne može zaustaviti primjenom vakcine", već se "protiv toga možemo boriti samo duboko ukorijenjenim i održivim naporima – vlada, zajednica i pojedinaca – da promijene štetne stavove, poboljšaju pristup mogućnostima i uslugama za žene i djevojke, te da njeguju zdrave i međusobno uvažavajuće odnose" (SZO, 2021).

Na tlu Evrope se u vezi s problemom nasilja nad ženama i nasilja u porodici nužno govori i kroz prizmu Konvencije Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, poznate kao Istanbulska konvencija iz 2011. godine, budući da se karakterizira kao najdalekosežniji međunarodni ugovor u ovom domenu, usmjeren na sprečavanje nasilja, zaštitu žrtava i kazneni progon učinitelja, a koji je i BiH potpisala i ratificirala. Komitet država članica Istanbulske konvencije je tako već na početku pandemije, u aprilu 2020. godine, donio i Deklaraciju o primjeni Istanbulske konvencije tokom pandemije COVID-19, prepoznavši specifične rizike prisutne tokom pandemije u ovom domenu, s obzirom na sveprisutnu politiku izolacije i ograničenja kretanja i posljedične rizike izloženosti žena i djevojčica svim oblicima rodno zasnovanog nasilja, uključujući seksualno nasilje, nasilje u porodici i takozvano nasilje iz časti (Komitet država članica Istanbulske konvencije, 2020). U tom smislu je primjetno da je donesena Deklaracija evidentno za cilj imala istaći značaj dosljedne primjene Istanbulske konvencije u ovoj vrsti vanredne situacije, u smislu konvencijskih principa, zahtijeva, te obaveza država članica Istanbulske konvencije.

Promatrajući navedenu problematiku u BiH, relevantne odredbe u najširem smislu, s obzirom na to da se radi o obliku diskriminacije zasnovanom na spolu, odnosno rodno zasnovanom nasilju, sadržane su, pored ustavnih odredbi, u Zakonu o zabrani diskriminacije u BiH[61], Zakonu o ravnoprav-

[61] Službeni glasnik BiH, br. 59/09, 66/16.

nosti polova u BiH[62], porodičnim[63], krivičnim i zakonima o zaštiti od nasilja o porodici na nivou entiteta, odnosno Brčko distrikta BiH[64], te oslonom na pozitivnopravne propise kaznenopravno možemo konstatirati da u BiH za nasilje u porodici diferenciramo prekršajnu odgovornost, normiranu zakonima o zaštiti od nasilja u porodici, i krivičnu odgovornost, normiranu krivičnim zakonima (Grbić Pavlović, 2020, str. 5–6). U FBiH, uz postojeću krivičnu odgovornost učinitelja nasilja u porodici, nije propisana i prekršajna odgovornost, nego se prekršajna odgovornost odnosi samo na odgovornost drugih osoba za određena nepostupanja, kao i na kažnjavanje za neizvršenje zaštitnih mjera samog učinitelja krivičnog djela nasilja u porodici, dok je u RS, uz krivičnu, postojala i prekršajna odgovornost učinitelja nasilja u porodici, i to sve do zakonodavnih izmjena koje su u primjeni od maja 2020.[65], te sada samo u Brčko distriktu BiH postoji i prekršajna i krivična odgovornost učinitelja nasilja u porodici (Grbić Pavlović, 2020, str. 14).

Statistički podaci izneseni u okviru analize "Nasilje u porodici u doba pandemije" autorice Grbić Pavlović koji su odnose na 2019. godinu, kao pretpandemijski period, te prvih pet mjeseci 2020. godine, empirijski zasnovano vode ka zaključku da BiH po broju krivičnih djela ne bilježi značajan porast nasilja u porodici u ključnim mjesecima ekspanzije koronavirusa, premda, naročito uzimajući u obzir i pokazatelje nevladinog sektora, postoji porast određenih događaja koji mogu predstavljati nasilje u porodici u doba pandemije COVID-19 (Grbić Pavlović, 2020, str. 13–18).

Govoreći o situaciji u Kantonu Sarajevo, prema podacima Kantonalnog tužilaštva u Sarajevu u periodu trajanja pandemije COVID-19, evidentirano je ukupno 354 predmeta, i to: u periodu mart 2020. godine – 31. decembar 2020. godine 243 predmeta, i u periodu januar 2021. godine – 15. juni 2021. godine 111 predmeta. S druge strane, u toku 2019. godine, dok još nije bilo pandemije, u istom referentnom periodu evidentirano je: od marta

---

62 Službeni glasnik BiH, br. 32/2010.

63 Porodični zakon FBiH (Službene novine FBiH, br. 35/05 i 41/05), Porodični zakon RS (Službeni glasnik RS, br. 54/2002, 41/2008, 63/2014 i 56/2019 – odluka US) i Porodični zakon Brčko distrikta BiH (Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 23/07).

64 Zakon o zaštiti od nasilja u porodici FBiH (Službene novine FBiH, br. 20/2013), Zakon o zaštiti od nasilja u porodici RS (Službeni glasnik RS, br. 102/2012, 108/2013, 82/2015 i 84/2019) i Zakon o zaštiti od nasilja u porodici Brčko distrikta BiH (Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 7/2018).

65 U smislu navedenih izmjena izvršenih Zakonom o izmjenama i dopunama zakona o zaštiti od nasilja u porodici RS (Službeni glasnik RS br. 84/19) više se ne predviđa prekršajno kažnjavanje, nego samo krivična odgovornost ove kategorije učinitelja.

2019. godine do 31. decembra 2019. godine 288 predmeta, te u periodu od januara 2019. godine do 15. juna 2019. godine 152 predmeta. Navedeno vodi ka zaključku da statistički u Kantonu Sarajevo nije evidentiran porast slučajeva nasilja u porodici, već, naprotiv, brojčano svjedočimo trendu smanjenja broja ovakvih slučajeva.

U konačnici, bitno je napomenuti da, u duhu naziva spomenutog fenomena u svjetskim okvirima – "pandemija iz sjene", ovakvi događaji zasigurno mogu egzistirati i u većem obimu od statistički prikazanog, i to upravo u sjeni, u okvirima tamne brojke kriminaliteta, pa stoga i naprijed navedene podatke treba tumačiti kao zvanično prepoznate i registrirane slučajeve, ne isključujući mogućnost da su stvarni razmjeri ove pojave u bosanskohercegovačkom društvu znatno veći.

Zaključak

Zdravstvena kriza bez presedana u modernoj historiji, pandemija COVID-19, izazvala je dalekosežne posljedice u cijelom svijetu, u svim segmentima društva. U predmetnom radu analizirane su krivičnopravne posljedice pandemije u BiH, kroz utjecaje pandemije na: krivično pravosuđe, obim i strukturu krivičnih djela protiv zdravlja ljudi, tzv. "pandemiju korupcije" i tzv. "pandemiju iz sjene".

Kao i u nizu zemalja svijeta, i u BiH je *online* suđenje prepoznato kao mogući način održavanja kontinuiteta suđenja u vanrednim uslovima pandemije. Ipak, unatoč očekivanjima da će Inicijativa VSTV-a za održavanje *online* suđenja dovesti do potrebnih legislativnih intervencija u vidu izmjena krivičnoprocesnog zakonodavstva u BiH na svim nivoima, u konačnici se to desilo samo na nivou Brčko distrikta BiH. Pored legislativnih intervencija u pogledu uvođenja *online* suđenja, drugi pravac djelovanja u domenu reorganiziranja krivičnog pravosuđa jeste donošenje *lex specialisa*, i to na nivou BiH, kao i na nivou entiteta. Tako su doneseni *lex specialis* zakoni na čije pojedine odredbe je ukazano u predmetnom radu.

Slijedom navedenog, pitanje *online* suđenja se u BiH trenutno može karakterizirati kao parcijalno regulirano, a s obzirom na to da je Reformskim programom VSTV-a za period 2021–2023. godina kao reformska mjera u oblasti efikasnosti pravosuđa predviđeno i razmatranje mogućnosti uvođenja *online* suđenja, može se očekivati da će u skorije vrijeme uslijediti konkretne aktivnosti koje bi u konačnici, za razliku od postojeće parcijalne reguliranosti, dovele do uvođenja *online* suđenja u bosanskohercegovačko zakonodavstvo u cijelosti.

Dosadašnji tok pandemije je, s obzirom na to da su krivična djela protiv zdravlja ljudi određena kao apsolutni prioritet u postupanju tokom pandemije, obilježen intenzivnim vršenjem aktivnosti u svrhu otkrivanja i procesuiranja eventualnih kršenja važećih propisa, što je rezultiralo činjenicom da je BiH prvu pravosnažnu presudu za krivično djelo nepostupanje po zdravstvenim propisima za vrijeme epidemije imala već 28. maja 2020. godine.

Promatrajući krivična djela protiv zdravlja ljudi kroz prizmu statističkih podataka Kantonalnog tužilaštva u Sarajevu, u Kantonu Sarajevo je u dosadašnjem toku trajanja pandemije COVID-19 (mart 2020. godine – juni 2021. godine) evidentirano 77 krivičnih predmeta protiv zdravlja ljudi u vezi s pandemijom, a u odnosu na navedeni broj je u 36 predmeta donesena tužilačka odluka.

Također, u istom periodu, evidentirano je i sedam krivičnih predmeta u vezi s koruptivnim krivičnim djelima za koja se sumnja da su učinjena u vrijeme pandemije, od kojih su dva krivična predmeta ustupljena na nadležno postupanje Tužilaštvu BiH, u jednom predmetu je donesena tužilačka odluka, dok se u preostalim predmetima poduzimaju potrebne radnje u cilju provjere navoda krivične prijave. Iako je suđenje u dva najznačajnija predmeta koja su obilježila vrijeme pandemije u BiH i kontinuirano privlače pažnju stručne, ali i šire javnosti ("afera respiratori" i pismo doktora sa KCUS-a) još u toku, u radu smo se osvrnuli na oba predmeta na razini raspoloživih informacija, ne prejudicirajući ni na koji način njihov ishod.

U pogledu fenomena "pandemije iz sjene", odnosno, evidentnog porasta broja slučajeva nasilja nad ženama i nasilja u porodici u svijetu tokom trajanja pandemije, BiH, sudeći prema zvaničnim statističkim podacima izloženim u okviru studije autorice Grbić Pavlović, ne bilježi značajan porast nasilja u porodici u ključnim mjesecima ekspanzije koronavirusa, uz napomenu da pokazatelji nevladinog sektora ukazuju na porast određenih događaja koji mogu predstavljati nasilje u porodici u doba pandemije COVID-19. Do istog zaključka su nas doveli i podaci koje smo prikupili za potrebe predmetnog rada. Naime, u Kantonu Sarajevo, prema podacima Kantonalnog tužilaštva, nije evidentiran porast slučajeva nasilja u porodici u vrijeme pandemije. Naprotiv, svjedočimo trendu smanjenja broja ovakvih slučajeva. Navedeno, ipak, treba uzeti s rezervom, s obzirom na to da je kod ove vrste krivičnih djela izražena tamna brojka kriminaliteta.

Bibliografija

A. Ka. (28. maj 2020.). Klanjana dženaza Adviji Kanlić, jednoj od prvih žrtava koronavirusa u Sarajevu. *Avaz.ba*. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://avaz.ba/vijesti/bih/572738/klanjana-dzenaza-adviji-kanlic-jednoj-od-prvih-zrtava-koronavirusa-u-sarajevu

Albert, C., Baez, A. & Rutland, J. (2021). Human security as biosecurity. Reconceptualizing national security threats in the time of COVID-19. *Politics and the Life Sciences,* Volume 40, Issue 1, 83–105. Preuzeto 1. 6. 2021. sa: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7902155/pdf/S0730938421000010a.pdf

Arnautović, V. & Katavić, I. (10. maj 2021). Sarajevske anesteziologinje poslije otkaza između dvije bolnice. *Radio Slobodna Evropa*. Preuzeto 11. 5. 2021. sa: https://www.slobodnaevropa.org/a/nakon-%C5%A1to-su-dale-otkaz-anesteziologinje-u-sarajevu-%C4%8Dekaju-odluku-struke-i-politike/31247919.html

BiH među zemljama u kojim se stanje korupcije najviše pogoršava, građani životno ugroženi. (28. jan. 2021). *Transparency International u Bosni i Hercegovini*. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://ti-bih.org/bih-medju-zemljama-u-kojim-se-stanje-korupcije-najvise-pogorsava-gradjani-zivotno-ugrozeni/

Dizdarević, E. (5. jun. 2020). Coronavirus Safeguards Stop Large-Scale Bosnian War Trials Resuming. *Balkan Insight*. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://balkaninsight.com/2020/06/05/coronavirus-safeguards-stop-large-scale-bosnian-war-trials-resuming/

Drumbl, M. & Roksandić Vildička, S. (13. apr. 2020). Virus and Terrorism. *Global Atrocity Justice Constellations.* Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://justice-360.com/virus-terrorism/

Gori, P. & Pahladsingh, A. (2021). Fundamental rights under Covid-19: an European perspective on videoconferencing in court. *Era-Forum: Scripta Iuris Europaei*, 21, 4, 561–577. Preuzeto 1. 6. 2021. sa: https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12027-020-00643-5.pdf

Grbić Pavlović, N. (2020). *Nasilje u porodici u doba pandemije*. Sarajevo: Friedrich-Ebert-Stiftung. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://library.fes.de/pdf-files/bueros/sarajevo/16867.pdf

GRECO (2020). Korupcijski rizici i korisni pravni instrumenti u kontekstu COVID-19. Preuzeto 1. 6. 2021. sa: https://rm.coe.int/montenegrian-version-corruption-covid-19/16809e3bf

Hadžović, D. (3. apr. 2021). Dramatično pismo ljekara s KCUS-a: Šanse da pacijent preživi na "malina" respiratorima su nikakve. *Avaz.ba*. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://avaz.ba/vijesti/bih/642141/dramaticno-pismo-ljekara-s-kcus-a-sanse-da-pacijent-prezivi-na-malina-respiratorima-su-nikakve

Inicijativa VSTV-a za dopune zakona o krivičnom postupku u cilju omogućavanja "on-line" suđenja u neodložnim i hitnim predmetima u kojima postoji zdravstveni rizik za učenike u postupku br. 01-02-2-1105-2/2020 od 3. 4. 2020. godine. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://www.pravosudje.ba/vstv/faces/docservlet?p_id_doc=63279

Izvještaj sa telefonske sjednice VSTV-a održane 26. 3. 2020. godine. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://www.pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=90210

Klanjana dženaza Adviji Kanlić, jednoj od prvih žrtava epidemije. (28. maj 2020.). *Radiosarajevo.ba*. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://radiosarajevo.ba/vijesti/bosna-i-hercegovina/klanjana-dzenaza-adviji-kanlic-jednoj-od-prvih-zrtava-epidemije/378554

Komitet država članica Istanbulske konvencije (2020). Deklaracija Komiteta država članica Istanbulske konvencije o primjeni Konvencije tokom COVID-19 pandemije. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://arsbih.gov.ba/wp-content/uploads/2020/04/Istanbulska-konvencija-IC-CP-Inf20206_BHS_unofficial-translation.pdf

Krivični zakon Bosne i Hercegovine. Službeni glasnik BiH, 3/2003, 32/2003 - ispr., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015 i 35/2018.

Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine. Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 19/2020 – prečišćen tekst.

Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH, br. 36/2003, 21/2004 - ispr., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 i 75/2017.

Krivični zakonik Republike Srpske. Službeni glasnik RS, br. 64/2017, 104/2018 – odluka US i 15/2021.

M.G. (13. maj 2021). Anesteziolozi koji su napustili KCUS potpisali saglasnost za prelazak u Opću bolnicu. *Klix.ba*. Preuzeto 5. 5 .2021. sa:

https://www.klix.ba/vijesti/bih/anesteziolozi-koji-su-napustili-kcus-potpisali-saglasnost-za-prelazak-u-opcu-bolnicu/210513054

Ministarstvo pravde Republike Srbije (2020). Preporuke za rad sudova i javnih tužilaštava za vrijeme vanrednog stanja od 13. 3. 2020. godine. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://www.mpravde.gov.rs/files/PREPORUKE%20ZA%20RAD%20SUDOVA%20I%20JAVNIH%20TU%C5%BDILA%C5%A0TAVA%20ZA%20VREME%20VANREDNOG%20STANJA.pdf

Mušić, A. (3. maj 2020). Pandemija donosi porast korupcije i zloupotrebe javnih nabavki. *Aljazeera Balkans*. Preuzeto 5. 5. 2021, sa: https://balkans.aljazeera.net/teme/2020/5/3/pandemija-donosi-porast-korupcije-i-zloupotrebe-javnih-nabavki

Odluka o proglašenju stanja prirodne ili druge nesreće na teritoriji BiH, Službeni glasnik BiH, br. 18/20.

Odluka Visokog sudskog i tužilačkog vijeća o organizaciji rada u sudovima i tužilaštvima u BiH br. 08-02-2-1020-2/2020 od 22. 3. 2020. godine. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://www.pravosudje.ba/vstv/faces/docservlet?p_id_doc=63094

Odluka VSTV-a o organizaciji rada u sudovima i tužilaštvima od 30. 4. 2020. godine, br.: 08-02-2-1020-55/2020. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://www.pravosudje.ba/vstv/faces/pdfservlet?p_id_doc=63678

Održan Kolegij Posebnog odjela za ratne zločine. (11. feb. 2021.) *Tužilaštvo BiH*. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: http://www.tuzilastvobih.gov.ba/?id=4780&jezik=b

OHR (2020). Obraćanje visokog predstavnika Valentina Inzka Vijeću sigurnosti Ujedinjenih naroda. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: http://www.ohr.int/remarks-by-high-representative-valentin-inzko-to-the-united-nations-security-council-19/

Petrović, B. (2021). Criminal Aspect of the COVID-19 Pandemic in Bosnia and Herzegovina and the Region. *Psychiatria Danubina 2021*, vol. 33, suppl. 3, 352–360. Preuzeto 1. 6. 2021. sa: https://hrcak.srce.hr/file/374408

Petrović, B., Jovašević, D. & Ferhatović, A. (2016). *Krivično pravo II (Saučesništvo, krivične sankcije i posebni dio)*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.

Pleh, V. (2020). Pandemija i izvršenje krivičnih sankcija u BiH. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LXIII, 211–229.

Porodični zakon Brčko distrikta BiH. Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 23/07.

Porodični zakon FBiH. Službene novine FBiH, br. 35/05 i 41/05.

Porodični zakon RS. Službeni glasnik RS, br. 54/2002, 41/2008, 63/2014 i 56/2019 – odluka US.

Potvrđena optužnica u predmetu Fadil Novalić i drugi. (18. jan. 2021). *Sud BiH*. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: http://www.sudbih.gov.ba/vijest/potvrena-optunica-u-predmetu-fadil-novali-i-drugi-21459

Press release: UN Women raises awareness of the shadow pandemic of violence against women during COVID-19 (27. maj 2020.). *UN Woman*. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://www.unwomen.org/en/news/stories/2020/5/press-release-the-shadow-pandemic-of-violence-against-women-during-covid-19

Presuda Osnovnog suda Brčko distrikta BiH, br. 96 0 K 129979 20 Kps od 28. 5. 2020. godine.

Roksandić, S. & Mamić, K. (2020). Širenje zaraznih bolesti kao prijetnja ostvarivanju ljudske sigurnosti i kaznenopravni mehanizmi u sprječavanju širenja bolesti COVID-19. *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, vol. 27 no. 2, 681–713. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://hrcak.srce.hr/file/368121

Rošić, M. & Hržina, D. (2020). Izvanredne okolnosti: Utjecaj bolesti COVID-19 na učinkovitu međunarodnu pravosudnu i policijsku saradnju i zaštita ljudskih prava. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://hrcak.srce.hr/file/368139

Sekalala, S., Forman, L., Habibi, R. & Mason Meier, B. (2020). Health and human rights are inextricably linked in the COVID-19 response. *BMJ Global Health*. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://gh.bmj.com/content/bmjgh/5/9/e003359.full.pdf

Sijerčić-Čolić, H. (2020). (Ne)očekivane pandemije, krivičnoprocesna načela i online suđenja. U: Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LXIII – 2020., 231–256.

Smjernice Evropske komisije za primjenu okvira za javnu nabavku u kriznoj situaciji uzrokovanoj bolešću COVID-19. Službeni list EU (2020/C 108 I/01).

Svjetska zdravstvena organizacija (2020a). Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV).

Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)

Svjetska zdravstvena organizacija (2020b). Transcript of Virtual press conference on COVID-19 – 11 March 2020. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/transcripts/who-audio-emergencies-coronavirus-press-conference-full-and-final-11mar2020.pdf?sfvrsn=cb432bb3_2

Svjetska zdravstvena organizacija (2021). Devastatingly pervasive: 1 in 3 women globally experience violence. Preuzeto 1. 6. 2021. sa: https://www.who.int/news/item/09-03-2021-devastatingly-pervasive-1-in-3-women-globally-experience-violence

Transparency International u Bosni i Hercegovini (2020). Javne nabavke u doba pandemije COVID 19. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://ti-bih.org/wp-content/uploads/2020/12/Javne-nabavke-u-doba-pandemije-COVID-19.pdf

Uredba sa zakonskom snagom o rokovima i postupanju u sudskim postupcima za vrijeme vanrednog stanja za teritoriju Republike Srpske. Službeni glasnik RS, br. 32/2020.

Uredba sa zakonskom snagom o rokovima u sudskim postupcima za vrijeme vanrednog stanja i postupanju sudova i javnih tužilaštava. Služben vesnik na Republika Severna Makedonija, 84/20.

Vijeće Evrope (2011). Konvencija o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici. Preuzeto 5. 5. 2021. sa: https://rm.coe.int/168046246e

Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH (2021). Reformski program VSTV-a za period 2021. – 2023. godina. Preuzeto 1.6.2021., sa: https://www.pravosudje.ba/vstv/faces/docservlet?p_id_doc=75584

Zakon o dopuni Zakona o krivičnom postupku Brčko distrikta BiH. Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 16/20.

Zakon o javnim nabavkama BiH. Službeni glasnik BiH, br. 39/14.

Zakon o prekršajima FBiH. Službene novine FBiH, broj 63/14.

Zakon o prekršajima RS. Službeni glasnik RS, br. 63/14, 110/16 i 100/17.

Zakon o privremenim mjerama u radu pravosudnih i drugih organa BiH za vrijeme stanja prirodne ili druge nesreće na teritoriji BiH, Službeni glasnik BiH, br. 34/21.

Zakon o rokovima i postupanju u sudskim postupcima za vrijeme stanja nesreće na teritoriji FBiH. Službene novine FBiH, br. 28/20.

Zakon o zaštiti od nasilja u porodici Brčko distrikta BiH. Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 7/2018.

Zakon o zaštiti od nasilja u porodici FBiH. Službene novine FBiH, br. 20/2013.

Zakon o zaštiti od nasilja u porodici RS. Službeni glasnik RS, br. 102/2012, 108/2013, 82/2015 i 84/2019.

Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti Brčko distrikta BiH. Službeni glasnik Brčko distrikta BiH br. 41/2020.

Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti RS. Službeni glasnik RS, br. 90/17.

Zakon od zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti FBiH. Službene novine FBiH, br. 29/05.

Amila Ferhatović, PhD
Associate professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
a.ferhatovic@pfsa.unsa.ba

Kanita Pruščanović, MA iur.
Research associate
University of Sarajevo
Faculty of Law
k.pruscanovic@pfsa.unsa.ba

CRIMINAL CONSEQUENSES OF THE COVID-19 PANDEMIC IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The COVID-19 pandemic has caused a global socio-economic disruption. The consequences of the pandemic in Bosnia and Herzegovina are also numerous and noticeable in all spheres of life and society: legal, economic, psychological, etc. In that regard, this paper addresses criminal consequences of the pandemic. The authors analyzed and presented them through four segments: the impact of the pandemic on the criminal justice, the impact of the pandemic on the scope and structure of the crimes against human health, the impact of the pandemic on the so-called "corruption pandemic", and the impact of the pandemic on the cases of domestic violence in Bosnia and Herzegovina.

As criminal consequences of the pandemic we can consider the impact of the pandemic on the functioning of criminal justice and legislative activities on the introduction of online trials, together with the changes in the phenomenology of crime, in terms of structure and scope of crimes committed, which are induced by the COVID-19 pandemic and changed social conditions. That can be observed at the macro level, talking about the world globally, but also at the micro level of individual countries. Thus, the authors focused on the criminal consequences of the pandemic in Bosnia and Herzegovina, primarily in terms of reorganizing the criminal justice system in order to enable continuity of the work of criminal justice in emergency conditions and legislative activity in this regard. Further, the phenomenology of crime during the pandemic is

approached by observing crimes against human health during the pandemic (namely, Transmission of infectious diseases, Failure to comply with health regulations during a epidemic, Non-application of measures for protection against infectious diseases, and Employment of Persons suffering from an infectious disease), as well as by questioning the "corruption pandemic" in Bosnia and Herzegovina during the COVID-19 pandemic and possible increase in cases of violence against women and domestic violence, as a so-called "shadow pandemic".

Keywords: *COVID-19 pandemic, online trials, corruption pandemic, crimes against human health, domestic violence, shadow pandemic*

Dr. sc. Edin Halapić
Vanredni profesor
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
e.halapic@pfsa.unsa.ba

UDK 343.195(410)(73)
Izvorni naučni rad

INSTITUCIJA POROTE U ANGLO-AMERIČKOM PRAVU

Sažetak

Ovaj rad obuhvata rezultate istraživanja kojim se ukazuje na određene karakteristike engleskog i američkog prava. Jedna od karakteristika je institucija porote čije se porijeklo tradicionalno povezuje s razvojem srednjovjekovnog engleskog prava. Međutim, ova institucija postojala je u rimskom pravu, poznata kao narodno suđenje. Ipak, svoj puni razvoj porota je ostvarila unutar engleskog prava. Zahvaljujući procesu kolonizacije porota je prihvaćena i u drugim državama, kao što su Sjedinjene Američke Države. Kroz dugogodišnju historiju, ova institucija se često koristila za postizanje različitih političkih i pravnih ciljeva. Kao primjer možemo navesti slučaj Sjedinjenih Američkih Država i suđenja afroameričkom stanovništvu. Rad je obuhvatio nekoliko značajnih pitanja. Na prvom mjestu je pitanje porijekla institucije porote, njena funkcija, struktura, nadležnosti i slično. Novija istraživanja korijena ove institucije dovode do drugačijih zaključaka koji potvrđuju postojanje ove institucije prije uspostavljanja srednjovjekovnog engleskog prava. Pravne kulture koje su prihvatile porotu uspjele su ovu instituciju prilagoditi vlastitim pravnim sistemima. Rad obuhvata porotu u engleskom i američkom pravu.

Ključne riječi: *porota, struktura porote, vrste porote, anglosaksonsko pravo, Sjedinjene Američke Države*

1. Porijeklo porote

Pravna literatura koja se odnosi na istraživanje porijekla porote sadrži različite stavove o ovom pitanju. Prema pisanju Raife Festić, profesorice Pravnog fakulteta u Sarajevu, pravni historičari su se u traganju okrenuli starim narodima i karakteristikama njihovih prava. Ova grupa historičara svoja istraživanja zasnivala je na izučavanju starih naroda, kao što su: Grci, Hebrejci i skandinavske zemlje. U nekim slučajevima, istraživanja su obuhva-

tila i plemenska prava koja su postojala kod slovenskih plemena. Postojanje porote bilo je prisutno i u rimskom pravu, s obzirom na to da je ovo pravo poznavalo kategoriju narodnog suđenja (Festić, 2008, str. 44). Ovu kategoriju suđenja poznavala je Franačka država, gdje je Tungin imao pravo biranja sedam pomoćnika koji su obavljali uviđaj, prikupljali dokazni materijal i učestvovali u procesu izrade nacrta buduće presude kojom se okončava postupak. Opisani način obavljanja pravosudnih poslova kasnije prihvataju druga germanska plemena čiji sudski postupci imaju zajedničke karakteristike. U slučaju skandinavskih zemalja, porotu je poznavalo norveško i dansko pravo. U Norveškoj je uspostavljeno posebno tijelo u čiji sastav je ulazilo trideset i šest lica. Ova lica učestvovala su u odvijanju sudskog procesa kao porotnici. U Norveškoj je ovo tijelo poznato pod zvaničnim nazivom Laugrettomen. Ovaj naziv povezuje se s prostorijama u kojima se obavljalo zasjedanje, a poznate su kao Laugretta (Forsyth, 1994, str. 14). Tokom 928. godine u Norveškoj je uspostavljeno posebno tijelo pod nazivom Althing koje je pripadalo centralnim organima vlasti, a posjedovalo je zakonodavne i sudske nadležnosti (Moschzisker, 1921, str. 10). U slučajevima sudskih postupaka, spomenuto tijelo koristilo je porotu. Praksa porote detaljno je opisana u posebnom zakonu pod nazivom Grå Gås.[1] Dolaskom na vlast kralja Magnusa, izvršene su zakonske promjene norveške porote. U slučaju Švedske utvrđeno je postojanje ove institucije. Međutim, za razliku od drugih skandinavskih zemalja, Švedska je rano izvršila podjelu porote na nekoliko vrsta. Termin koji se koristio je Nämbd, a postojala je Konung Nämd odnosno Kraljeva porota. Uz ovu vrstu, švedsko pravo poznavalo je i Biskupsku porotu i porotu koja se odnosila na tzv. stotine (Fosyuth, 1994, str. 23). U Danskoj je rano uspostavljena porota, kao i njene različite vrste. Dansko pravo poznaje Tangmænd, Nævning (Nævn) i Sandemænd porotu. Prva pripada kategoriji općinskog vijeća, ali će vremenom dobiti i sudsku nadležnost. Druga vrsta porote sastojala se od dvanaest do petnaest članova, s tim da je ova porota bila nadležna za krivične postupke. Ukupan broj porotnika zavisio je od mjesta u kojem se formira porota. Kao primjer možemo navesti Jutland, gdje je broj porotnika iznosio dvanaest i birani su na period od jedne godine. U slučaju Skanie (Scania), ovaj broj iznosio je petnaest. Posljednja vrsta porote imala je samo osam članova. Institucija porote kao i njene vrste koje su postojale u Danskoj odnose se na period od 750. do 790. godine (Forsyth, 1994). Međutim, novim reformama Danska je od 1937. godine prihvatila mješovitu porotu koja je prisutna u krivičnim postupcima u kojima se optuženi izjasnio da nije kriv. Ova porota, odnosno njena odluka o krivici, ne podliježe sudskom preispitivanju (Bloom, 2006, str. 46). Instituciju porote poznavalo je i francusko pravo. S ukidanjem ordalija kao dokaznog sred-

[1] Grå Gås u prevodi znači siva guska. Primjedba autora.

stva, francusko pravo je nakon donošenja poznatog Francuskog građanskog zakonika iz 1804. godine prihvatilo porotu. Reformama koje su uslijedile 1824. i 1832. godine odluke porote postale su obavezujuće za sud (Roderick, 1993). Porota je u početku imala dvanaest članova, a novim reformama iz 1941. godine ovaj broj iznosio je šest (Munday, 1993, str. 211). Nove reforme uslijedile su 1958. godine donošenjem zakona koji je broj porotnika povećao na devet.[2] Za razliku od drugih država, Francuska je prihvatila model po kojem sudija i porotnici zajedno odlučuju o krivici i kazni. Porotu je poznavalo njemačko i belgijsko pravo (Munday, 1993). Kod evropskih kontinentalnih država porotu poznaje i austrijsko i švicarsko pravo, a u slučaju Rusije porota je ponovo prihvaćena 1993. godine članom 47. Ustava Ruske Federacije (Kupryashina, Stepanyuk, Svalieva, Tanko & Tankov, 2017, str. 212). Najstariji oblik porote potiče iz egipatskog prava i institucije Kenbet koja je postojala 2000 p. n. e., a sastojala se od osam članova biranih po principu četiri člana sa svake strane Nila (Monea, 2019, str. 519). Istraživanja porijekla porote iz XIX vijeka korijen ove institucije potražila su u religijskim pravima. Tokom 1854. godine u Firenci je Michele Amari objavio knjigu *Povijest muslimana Sicilije* (*Storia dei Muslimani di Sicilia)*, a Salvatore Cusa je 1868. godine napisao djelo *Grčka i Arapska diploma sa Sicilije* (*I Diplomi greci ed arabi di Sicilia*), koja predstavljaju studije arapske administracije. Prva knjiga sastoji se iz dva dijela, a druga knjiga, koja je trebala obuhvatiti prevode grčkih i arapskih tekstova, nikada se nije objavila.[3] Povezivanje porote s institucijama islamskog prava ukazivalo je na velike promjene unutar pravne historije, čija istraživanja su porijeklo porote usko povezala s razvojem srednjovjekovnog engleskog prava. Prema pisanju profesora Johna Makdisija i studije *Islamsko porijeklo običajnog prava* (Islamic Origins of the Common Law) objavljene 1999. godine, engleska porota iz XII vijeka povezuje se sa ustanovom islamskog prava *Lafif*. Ova ustanova razvila se unutar malikijske pravne škole koja je isticala da sudija (kadija) ne može donijeti presudu bez svjedoka. Ova škola imala je veliki uticaj na teritoriji Sjeverne Afrike, a *Lafif* je podrazumijevao svjedočenje dvanaest lica (Makdisi, 1999, str. 1688). Ova institucija islamskog prava nastala je tokom XI vijeka kao supstitucija za raniji način dokazivanja. Dvanaest osoba koje su ulazile u sastav institucije *Lafif* su svjedoci iz susjedstva koji su polaganjem zakletve utvrđivali istinu o činjenicama u sporu, a pojavljuju se kao pravo tužioca. Odluke su donosili jednoglasno i imali su obavezujući karakter za sudiju

[2] Tokom 1958. godine donijet je novi Zakon o krivičnim procedurama koji je uz povećanje broja porotnika, predviđao da odluka porote o krivici optuženog mora imati saglasnost osam članova. Opširnije vidjeti: Munday, 1993, str. 217.

[3] Opširnije o spomenutim autorima i njihovim radovima vidjeti: Johns, 2002, str. 11–31.

(Makdisi, 1999, str. 1695).[4] Struktura *Lafifa* i engleske porote poklapaju se u skoro svim segmentima. Jedina razlika između ove dvije institucije uočava se u načinu sazivanja porote. Engleska porota saziva se sudskim nalogom (Judicial writ) koji sadrži naredbu sudskom izvršitelju o priznavanju porote, s tim da ovaj sudski nalog nije postojao u islamskom pravu (Makdisi, 1999, str.1694). *Lafif* kao tvorevina malikijske pravne škole tokom srednjeg vijeka proširila se na teritoriju Sicilije i Španije. Početkom XII vijeka, Sicilija se nalazila pod kontrolom muslimanskih vladara kada dolazi do prodora normanskih osvajača. Osvajanje Sicilije počelo je 1061. i trajalo je do 1091. godine (Dalli, 2006, str. 151). Okončanjem osvajanja normanski vojvoda Roger II uspostavio je Sicilijansko kraljevstvo, a zatečenom muslimanskom stanovništvu osigurano je praktikovanje vjere i upotreba islamskog prava. Na ovaj način došlo je do kontakta između dva različita pravna sistema odnosno dvije različite pravne kulture. Prije okončanja osvajanja Sicilije, uslijedila je poznata bitka kod Hastingsa 1066. godine, kada je William Osvajač (William the Conqueror) osvojio teritoriju Engleske.[5] Međutim, porota je svoj razvoj doživjela unutar engleskog srednjovjekovnog prava.

1. Porota u engleskom pravu

Na teritoriji Engleske, a prije osvajanja, postojao je poseban način utvrđivanja činjenica u građanskim predmetima. Jedan od modela je "Wager of Law" koji je poznat kao kompurgacija (Compurgation). Ovaj model podrazumijevao je pozivanje jedanaest pomagača koji su pod zakletvom pristupali davanju izjave. Kompurgacija se najviše praktikovala u slučajevima novčanih potraživanja. Međutim, spomenutih jedanaest pomagača optuženog nisu svjedoci i nisu upoznati s okolnostima spora (Kempin, 1990 b). Engleska porota je tokom srednjeg vijeka prošla kroz dva razvojna perioda. Prvi je anglosaksonski, a drugi je normanski period. Za prvi period karakteristično je postojanje posebnog oblika suđenja koji se koristio u sudovima grofovija. Ovaj način suđenja poznat je kao narodno suđenje, a jedna od karakteristika je da su lica koja su učestvovala u suđenju donosila i presudu. Daljnji

[4] Profesor Makdisi je u svom radu ukazao na sličnosti konsenzualnog ugovora (aqda) u islamskom pravu i ugovora o prenosu vlasništva bez predaje stvari koji postoji u engleskom pravu. Uz ove, Makdisi je ukazao i na sličnosti između institucije *istihqaq* i engleskog sudskog naloga – *assize of noveil disseisin*. Na ovaj način Makdisi je ukazao na mogućnost da korijen engleskog općeg prava (Common Law) počiva u islamskom pravu. Opširnije o spomenutim sličnostima vidjeti: Makdisi, 1999, str. 1696–1739.

[5] Vilijam Osvajač poznat je kao Vilijam Normandijski i kralj Vilijam I. Primjedba autora.

razvoj porote nastavljen je s dolaskom normanske dinastije vladara.[6] Iz ovog perioda potrebno je spomenuti instituciju "Recognition" koja se može smatrati ranim početkom nastanka porote.[7] Ova normanska institucija bila je inkvizicionog karaktera, a podrazumijevala je svjedočenje pred kraljevim sudom. Broj osoba koje su svjedočile kretao se od dvanaest do trideset šest. Ova institucija postojala je do 1215. godine, kada je na snagu stupila odluka Četvrtog lateranskog sabora i Kanon 18 (Halapić, 2019). Odluka je sadržavala zabranu izvođenja dokaza na osnovu ordalija.[8] Kao odgovor na zabranu praktikovanja ordalija, sudovi precedentnog prava (Common Law Courts) vrlo brzo su uspostavili porotu kao način dokazivanja krivice ili nevinosti optuženih osoba. Nove reforme uslijedile su s dolaskom na vlast osnivača dinastije Plantagenet Henryja II, koji je vladao od 1154. do 1189. godine (Halapić, 2005, str. 20). Tokom svoje vladavine, Henry II je svojim reformama želio uspostaviti centralizovanu državu. Niz reformi predviđen je poznatim Klarendonskim konstitucijama (Constitutions of Clarendon) iz 1166. godine, a koje su poznate pod drugim nazivom koji glasi Klarendonske asize (Assize of Clarendon). Kralj je ovim reformama uspio transformisati pravni sistem Engleske. Konstitucije su po prvi put isticale upotrebu porote u krivičnim i građanskim sporovima. Ovaj oblik rane porote sastojao se od dvanaest zakonitih (slobodnih) muškaraca koji su svojim "prepoznavanjem" omogućavali sudiji da donese odluku o sporu (Stephens, 1896, str. 152). Ovo tijelo se navodi u konstituciji pod nazivom *Ultrum,* a sadržavalo je naredbu koja se dostavljala šerifu koji je morao osigurati dvanaest slobodnih ljudi koji su položili zakletvu (McSweeney, 2014, str. 140). Prema članu 1. Klarendonskih konstitucija iz 1166. godine, kralj Henry II je u cilju očuvanja mira i pravde naredio da se istrage o ubistvima i drugim krivičnim djelima obavljaju u okrugu na osnovu zakletve dvanaest ili više zakonitih muškaraca iz svakog okruga, kao i četiri zakonita muškarca iz svakog gradskog naselja.[9] Pojedini autori su u ovom članu prepoznali najraniju formu suđenja

---

[6] Normanska dinastija vladara stupila je na političku scenu krunisanjem Williama Osvajača za kralja koje je uslijedilo 1066. godine. Od tada se u Engleskoj računaju dinastije vladara i to: Normanska, Plantagenet, Lancaster, York, Tudor, Stuart i Windsor. Opširnije vidjeti: Halapić, 2005, str. 9.

[7] Termin *recognition* se prevodi kao priznanje ili identifikacija. Primjedba autora.

[8] Ordalije ili Božiji sud je način dokazivanja feudalnog krivičnog prava gdje se smatralo da će nevinoj stranci pomoći Bog. Primjedba autora. Papa Inocent je 1215. godine zabranio upotrebu hladne i vrele vode kao i zagrijanog čelika. Opširnije vidjeti: Wells, 1914, str. 98.

[9] Tekst Klarendonskih asiza iz 1166. godine na engleskom jeziku dostupan je na zvaničnoj internetskoj adresi Pravnog fakulteta Yale pri Avalon projektu za pravne dokumente, historiju i diplomatiju (The Avalon Project – Documents in Law, History and Diplomacy): https://avalon.law.yale.edu/medieval/assizecl.asp. (stranica posjećena 2. 6. 2021). Prevod autor.

pred porotom i okarakterisali je kao jednu od najznačajnijih tvorevina precedentnog prava (Common Law) u Engleskoj (Harding, 2001, str. 131). Međutim, daljnji razvoj porote nastavljen je Velikom asizom (Magna Assisa) čiji je datum izdavanja nepoznat. Zahvaljujući spomenutoj asizi, porota je poprimila svoj puni oblik uvažavajući razvoj tadašnje jurisprudencije (Forsyth, 1994). Vladavina kralja Henryja II ostavila je dubok trag na razvoj engleskog srednjovjekovnog prava te se smatra ocem precedentnog prava (Fowler, 2017, str. 26). Porota koja je uspostavljena reformama kralja Henryja II, vremenom će se proširiti i na krivične sporove. Od 1189. godine suđenje putem porote postalo je pravilo unutar srednjovjekovnog engleskog prava (Festić, 2008). U literaturi je prisutno mišljenje da se porijeklo porote može uočiti u poznatoj Velikoj povelji sloboda (Magna Charta Libertatum) koja je donijeta 1215. godine. Povod za donošenje ovog historijskog dokumenta je sukob barona i tadašnjeg kralja Johna. Donošenjem Povelje, pravno-politička scena Engleske promijenjena je iz korijena (Halapić, 2015). Povelja je po prvi put u historiji Engleske uspostavila koncept ustavne vlade (Constitutional Government) sa zadatkom da se osigura primjena jednog od najznačajnijih principa prava, tj. vladavine prava (Bogdanar, 2015, str. 23). Velika povelja sloboda uživa status historijskog dokumenta u kojem počivaju temeljna prava (Baker, 2017, str. 23). Povelja u članu 39. navodi: "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 osnovu zakonite presude njemu jednakih ili prava zemlje" (Karčić, 2004, str. 234; Halapić, 2005, str. 95). U citiranom članu mnogi historičari su prepoznali porotu, ali je potrebno ukazati na to da se i danas vode debate oko tumačenja navedenog člana. Jedan od autora koji je ponudio tri različite mogućnosti je profesor Vinsent R. Johnson, koji navodi da je suđenje uz porotu postojalo prije donošenja Povelje, druga mogućnost je da je porota kreirana poveljom i, na kraju, treća mogućnost je da porotno suđenje predstavlja pravnu inovaciju nastalu nakon Povelje (Johnson, 2015, str. 17 i 18). Velika povelja sloboda iz 1215. godine nije predstavljala temelj porote koja je poznata danas. Citirani član Povelje po svom obimu nije osigurao zaštitu svim kategorijama stanovništva, odnosno prihvatila se stroga klasna podjela. Daljnji razvoj porote uslijedio je 1351. godine kada se formiraju dva oblika ili dvije vrste porote. Prva vrsta je Velika porota (Grand Jury), a druga je Mala porota (Petty Jury). Velika porota i njen nastanak veže se za prvu polovinu XIII vijeka. Način formiranja ove porote nalazio se u rukama šerifa koji je dobijanjem naredbe morao uputiti četiri viteza u kraljev savjet. Vitezovi su u slučaju spora predlagali dvanaest osoba koje su poticale iz mjesta u kojem je spor nastao. U pitanju su osobe za koje se smatralo da najbolje poznaju okolnosti ili činjenice o sporu. Kao izabrane osobe (porotnici) morali

su pristupiti polaganju zakletve i davanju izjave koja je bila ista za izabrana lica. Na ovaj način formirala se Velika porota, a osobe koje su ulazile u njen sastav dobile su naziv jurors (Festić, 2008, str. 56). Ova porota svoj konačan oblik dobila je tokom XV vijeka, uz određene promjene koje su se odnosile na broj članova, a koji se kretao od dvanaest do dvadeset i tri. Jedan od najznačajnijih zadataka ove porote je saslušavanje navoda tužitelja uz utvrđivanje činjenica, s tim da se tokom rada porote nije insistiralo na prisustvu optuženog. Okončanjem faze saslušanja, porota je donosila odluku o osnovanosti optužbe. U slučaju da je porota potvrdila osnovanost, na optužnicu se stavljala klauzula pod nazivom *pravilan zakon*, a u slučaju neopravdanosti stavljala se klauzula *nepravilan zakon* (Halapić, 2019, str. 49). Pravni osnov da se dostavljena optužnica uputi na daljnji sudski postupak je *pravilan zakon*. Porota kao posebna institucija prouzrokovala je određene promjene u konceptu suđenja. Ovo je na kraju dovelo do podjele sudske odgovornosti između sudije i porote. U praksi, to je značilo da je porota nadležna za pitanja činjeničnog karaktera, a sudija za pitanja pravnog karaktera. Ova promjena uticala je na status sudija, koji su isključeni iz procesa utvrđivanja činjenica, što je u jednom trenutku dovelo do toga da je status sudija postao marginalnog karaktera. Opisana podjela funkcija između porote i sudije u literaturi je poznata kao bifurkacija sudskog postupka odnosno suđenja (Langbein, 2012b, str. 67). Pitanje odnosa između sudija i porota je i ranije izazivalo pažnju engleske jurisprudencije. O ovom pitanju je 1620. godine pisao poznati engleski pravnik Edvard Kouk (Sir Edward Coke) ističući: "Ad quaestionem facti non respondent judices, ad questionem juris non respondent juratores", što u prevodi glasi da sudije odlučuju o pravu a porota o činjenicama (Langbein, 1987a, str. 34). Određene promjene javljaju se tokom XVI i XVII vijeka, kada Velika porota svoj rad fokusira na pitanje provjere dokaza. Međutim, u prvoj polovini XX vijeka, donošenjem Zakona o krivičnom pravosuđu iz 1948. godine (Criminal Justice Act, 1948), ova porota se u građanskim predmetima ukida (Lieck, 1934, str. 623).[10] Englesko pravo razvilo je i drugu vrstu porote. U pitanju je Mala porota (Petty Jury) poznata kao presudna porota, a sastoji se od dvanaest članova (Devlin, 1956). Za razliku od Velike porote, Mala porota prisutna je u dokaznom postupku (saslušanje stranaka, svjedoka i dokaznog materijala) i nadležna je za donošenje odluke o krivici. Odluka koju donosi ova porota treba biti jednoglasna i poznata je kao osuda (verdict), i odnosi se samo na postojanje ili nepostojanje činjenica na kojima počiva tužiteljev zahtjev. Odluka koju donosi porota može glasiti kriv (guilty) ili nije kriv (not guilty). Dolaskom na vlast kralja Edwarda IV, uvodi se novo pravilo po kojem odluke ove porote

[10] Vidjeti Zakon o krivičnom pravosuđu od 30. jula 1948. godine: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/11-12/58.

moraju biti jednoglasne (Smith, 1996, str. 397). U slučajevima kada je Mala porota donijela odluku da je optuženi kriv, sudija izriče kaznu; a kada krivica nije dokazana, optužena osoba proglašava se nevinom i oslobađa od daljnjeg gonjenja. Ovdje se može uočiti razlika između porota. Naime, Velika porota je nadležna za donošenje odluke o opravdanosti navoda optužnice, a Mala porota se upuštala u srž problema i donosila odluku o najvažnijem pitanju, a to je krivica. Međutim, Mala porota nije nadležna za izricanje kazne s obzirom na to da se ovo pitanje nalazilo u rukama sudije. Prihvatanjem porote nastalo je pravilo po kojem sudija nije mogao pristupiti izricanju kazne bez prethodne odluke Male porote. U praksi postoji slučaj gdje sudija može izreći kaznu bez prethodne odluke Male porote. To su oni slučajevi u kojima se postupak odvija bez otvaranja rasprave i suđenja porote, ali pod uslovom da optuženi prizna da je kriv za počinjeno djelo odnosno prizna krivicu po tačkama optužnice. U ovom slučaju sudija može odmah pristupiti izricanju kazne (Halapić, 2019, str. 51). U ranoj fazi, kada je porota prihvaćena kao sastavni dio precedentnog prava, porotnici nisu imali finansijska primanja. Zahvaljujući vlastitom razvoju, porota je postala prihvatljiviji i efikasniji mehanizam za rješavanje sporova (Smith, 1996). Kontinuirano postojanje i različite faze kroz koje je prošla porota, na kraju su doveli do toga da će ona prerasti u jednu od prepoznatljivih karakteristika engleskog prava. U odnosu na druge države, porota je svoj puni značaj, razvoj i primjenu doživjela unutar engleskog pravnog sistema.

2. Kvalifikacija, izuzeće i diskvalifikacija porotnika

Tokom druge polovine XX vijeka unaprijeđen je način funkcionisanja porote. Tokom 1974. godine donijet je Zakon o porotnicima (Juries Act, 1974) koji je obuhvatio Krunski sud (Crown Court), Visoki sud (High Court) i okružne sudove (County Court) na teritoriji Welsa.[11] Ovim zakonom regulisana su pitanja izbora porotnika, uslova, pozivanja i slično. U zakonu se navodi da se za porotnika može izabrati svaki građanin starosne dobi od osamnaest do šezdeset pet godina života, uz obavezu da je registrovani birač za parlamentarne i lokalne izbore, kao i da ima prijavljeno prebivalište u trajanju od najmanje

[11] Zvanični naziv zakona je Zakon kojim se objedinjuju određeni akti koji se odnose na porotu, sudske porotnike i sudsku službu s ispravcima i poboljšanjima u skladu sa Zakonom o objedinjavanju općih akata iz 1949. godine (An Act to consolidate certain enactments relating to juries, jurors and jury service with corrections and improvements made under the Consolidation of Enactments (Procedure) Act 1949. Zakon je donijet 9. jula 1974. godine. Tekst Zakona na engleskom jeziku dostupan je na: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1974/23/enacted (stranica posjećena 2. 6. 2021). Prevod autor.

pet godina.[12] Pozivanje porotnika povjereno je lordu kancelaru (Lord Chancellor) koji sa svojim saradnicima obavlja izbor porotnika. Budući porotnici biraju se metodom slučajnog izbora iz dostavljenih biračkih spiskova. Okončanjem procesa izbora porotnika, pristupa se službenom dostavljanju poziva koji sadrži uputstva o mjestu i datumu suđenja. Poziv koji je dostavljen službenim putem jednoj osobi koja se poziva u porotu naziva se *summon,* što se može prevesti kao sudski poziv ili poziv za sud (Halapić, 2019, str. 52). Osobe koje su primile poziv, odnosno njihova imena i prezimena, objavljuju se u okviru posebne liste koja se zove *Jury Panel* i koja se dostavlja strankama u postupku. Stranke nakon uvida u listu mogu pokrenuti poseban postupak tj. izuzeće porotnika sa ili bez obrazloženja. Nove promjene donio je Zakon o krivičnom pravosuđu iz 1988. godine (Criminal Justice Act, 1988) u kojem se ističe da je izuzeće porotnika moguće samo uz obrazloženje koje sadrži činjenice kojima se dovodi u sumnju objektivnost porotnika.[13] Teret dokazivanja činjenica je na stranci koja traži izuzeće porotnika. Ovo pravilo je u praksi dovelo do posebnih provjera porotnika koje se poduzimaju prije formiranja porote i poznate su kao *jury vetting*. Pitanja koja su usko povezana s provjerama i poduzimanjem određenih radnji detaljno su regulisana posebnim pravilima.[14] U skladu s navedenim pravilima, prilikom provjere porotnik čije se izuzeće traži, ne smije se ispitivati, ali je potrebno pribaviti dokaze koji dovode do isključenja porotnika. Danas postoje dvije provjere porote. Prva je otkrivanje i zabrana koja se automatski provodi nad svakim članom porote, a u cilju provjere kvalifikacija za porotničku službu. Druga je detaljna provjera koja se koristi u iznimnim slučajevima i zahtijeva posebne ovlaštene provjere kako bi se spriječila mogućnost pristrasnosti. Ova vrsta provjere poznata je kao *ovlašteni žiri* i u nekim karakterističnim slučajevima uključuju se i sigurnosne službe. Za razliku od prve vrste, ovu vrstu provjere odobrava državni tužilac. Pored navedenog, jedno od značajnih pitanja je diskvalifikacija porotnika iz porotničke dužnosti. Ovo pitanje regulisano je navedenim zakonom iz 1974. i Zakonom o diskvalifikaciji porote iz 1984.

---

[12] Opširnije o navedenim pitanjima vidjeti član 1. Zakona o porotnicima iz 1974. godine.

[13] Dio VIII sadrži članove kojima se reguliše izuzeće porotnika. Tekst Zakona o krivičnom pravosuđu iz 1988. godine na engleskom jeziku dostupan je na: http://www.legislation.gov.uk/ukpg/1988/33pdfs/ukpg_19880033-enpdf? (stranica posjećena 30. 5. 2021). Prevod autor.

[14] Pravila provjere porote objavljuju se na zvaničnoj internet-adresi Krunskog tužiteljstva (The Crown Prosecution Service – CPS). Pravila koja su korištena prilikom istraživanja su od 10. jula 2018. godine i dostupna su na zvaničnoj internet-adresi Krunskog tužiteljstva http://www.cps.gov.uk/legal-quidance/jury-vetting (stranica posjećena 30. 5. 2021). Prevod autor.

godine (Juries Disqualification Act, 1984) koji je važeći.[15] Prema zakonu iz 1974. godine, osobe koje ne ispunjavaju uslove za porotnike u Engleskoj i Welsu, mogu se podijeliti u četiri grupe. Prvu grupu čine sve osobe koje obavljaju visoku sudsku dužnost, drugu grupu čine osobe koje su usko vezane sa sudovima, kao što su: baristeri, njihovi pomoćnici, uposlenici službe lorda kancelara, uposlenici u sudskoj administraciji, službenici sudova na teritoriji Velike Britanije i Welsa, mrtvozornici i njihovi pomoćnici i sudski stenografi.[16] Istoj grupi pripadaju policijske snage, inspektori, civili zaposleni u policijskim agencijama, rukovodioci i uposlenici naučnih laboratorija, službenici i pomoćnici nadležni za kontrolu uslovnog oslobađanja. Narednoj grupi pripada svećenstvo, zavjetovani članovi redovničkih redova koji žive u vjerskim zajednicama. Posljednja grupa obuhvatila je mentalno bolesne osobe čiji status je regulisan Zakonom o mentalnom zdravlju iz 1959. godine (Mental Health Act, 1959).[17] Kao primjer možemo navesti osobe koje su oboljele ili koje su bile bolesne ili patile od duševnih bolesti ili psihopatskih poremećaja i koje moraju biti registrovane u bolnici ili drugoj instituciji i da se nalaze pod stalnom doktorskom kontrolom.[18] Zakon iz 1974. godine, u svom drugom dijelu navodi i druge kategorije koje su diskvalifikovane iz porotničke dužnosti. Ovoj kategoriji pripadaju osuđenici na doživotnu kaznu zatvora ili kaznu zatvora u trajanju od pet ili više godina na teritoriji Ujedinjenog Kraljevstva.[19] Isti status imaju osobe koje su pritvorene na osnovu odluke Njenog Veličanstva, državnog sekretara ili guvernera Sjeverne Irske. Diskvalifikacija obuhvata i lica koja su posljednjih deset godina odslužila kaznu zatvora ili pritvora u trajanju od tri ili više mjeseci. Zakonom je posebno regulisana diskvalifikacija članova Parlamenta. Ovoj kategoriji pri-

[15] Zakon o diskvalifikaciji porotnika iz 1984. godine dostupan je internet-adresi https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/34/pdfs/ukpga_19840034_en.pdf. Zakon je donijet 12. jula 1984. godine, a potvrđen je 5. aprila 2004. donošenjem novog Zakona o krivičnom pravosuđu iz 2003. godine. Ovaj zakon u odnosu na zakon iz 1974. godine je proširen samo u dijelu koji se odnosi na osobe s kriminalnom prošlošću. Zakon iz 1984. godine sadrži trideset poglavlja (stranica posjećena 2. 6. 2021). Prevod autor.

[16] Pravila diskvalifikacije porotnika nalaze su u dodatku broj 1. Zakona o porotnicima iz 1974. godine.

[17] Tekst Zakona o mentalnom zdravlju iz 1959. godine dostupan je na internet-adresi vlade http://legislation.gov.uk/ukpga/1959/72/pdfs/ukpga_19590072_en.pdf (stranica posjećena 10. 6. 2021). Prevod autor.

[18] Dio Zakona o mentalnom zdravlju koji detaljno reguliše navedene kategorije osoba nalazi se u VIII dijelu.

[19] Zakon iz 1974. godine obuhvata teritoriju Ujedinjenog Kraljevstva, Kanalskih otoka i Otoka Man. Kanalski otoci i Otok Man su samoupravne teritorije, ali su zavisne od Krune. Ove teritorije nemaju status članica Komonvelta (Commonwelth Nations), nemaju status državne teritorije Ujedinjenog Kraljevstva i Britanskih prekomorskih teritorija kao ni članstvo u Evropskoj uniji. Primjedba autora.

padaju članovi i službenici oba doma (Donji dom i Dom lordova). Sljedeću kategoriju čine oružane snage odnosno pripadnici mornarice i zrakoplovnih snaga Njenog Veličanstva kao i dobrovoljci u mornarici. Na kraju, diskvalifikacija obuhvata i liječnike, stomatologe, veterinare hirurge, veterinare opće prakse, medicinske sestre, farmaceutske hemičare i akušerke. Navedene kategorije moraju posjedovati trajnu ili privremenu registraciju djelatnosti i odgovarajuće certifikate.[20] Na osnovu zakonskih odredbi, može se zaključiti da je u slučaju engleskog prava vrlo precizno ponuđen odgovor ko može biti porotnik. Sve kategorije koje nisu navedene u zakonu ispunjavaju uslove da budu pozvane u porotu.

3. Obaveze porotnika i finansijska primanja

U Engleskoj, osobe koje su imenovane u porotu podliježu posebnim pravilima koja su poznata pod nazivom Porotnička služba (Jury Service). Ova pravila detaljno regulišu niz pitanja, a obaveza objavljivanja je u nadležnosti Vlade Ujedinjenog Kraljevstva, Velike Britanije i Sjeverne Irske. Prilikom istraživanja, koristili smo pravila iz 2019. godine koja su zbog izbijanja pandemije COVID 19 dodatno proširena.[21] Osoba koja je primila poziv za porotničku službu, u skladu s pravilima mora se odazvati uredno dostavljenom pozivu. Rok za odgovor na dostavljeni poziv iznosi sedam dana od dana prijema poziva. Odgovor se može dostaviti putem pošte kao i posebne računarske aplikacije koja je dostupna na zvaničnoj internet-stranici Vlade. Pravilima porotničke službe predviđena je novčana kazna u iznosu od 1.000 engleskih funti za osobe koje su uredno pozvane u porotu, ali nisu u roku dostavile odgovor. U nekim karakterističnim slučajevima, poslodavac može tražiti odgađanje porotničke dužnosti uposlenika i to u slučaju odnosno slučajevima kada odsustvo uposlenika može prouzrokovati finansijsku štetu. Postupak odgađanja može se koristiti samo jednom uz obavezno pismeno obavještenje Centralnom birou za pozivanje porote (Jury Central Summoning Bureau).[22] U slučajevima kada se osoba koja je uredno pozvana u porotu poziva na odgađanje dužnosti potrebno je dostaviti odgovarajuće dokaze. Kao primjer možemo navesti dokaz o rezervaciji smještaja u periodu godišnjeg odmora, pismeni dokaz ličnog ljekara ili pismeni dokaz poslodavca o razlozima odgađanja. Ranije spomenuta pravila u posebnom dijelu reguli-

[20] O navedenim kategorijama koje su diskvalifikovane iz porote vidjeti poseban dio III zakona i dodatak broj I.

[21] Pravila iz 2019. godine dostupna su na: https://www.gov.uk/jury-service (stranica posjećena 12. 6. 2021). Prošireni dio pravila odnosi se na poštivanje mjera, korištenja medicinskih maski za lice, lične higijene i slično. Prevod autor.

[22] Opširnije: Ibid.

šu pitanja obaveza porotnika. Prilikom odziva na poziv osobe koja je dobila status porotnika treba dostaviti poziv i identifikacioni dokument kojim dokazuje status u Ujedinjenom Kraljevstvu. Prilikom preuzimanja porotničke dužnosti i boravka u službenim prostorijama suda, porotnici mogu koristiti vlastite prenosive računare, tablete i mobilne telefonske aparate, s tim da upotreba navedenih aparata nije dozvoljena tokom postupka u sudnici. Tokom trajanja sudskog postupka porotnici imaju pravo upotrebe posebnih prostorija u kojima mogu deponovati lične stvari i predmete. S obzirom na to da su mnoga pitanja riješena spomenutim pravilima, od posebnog značaja je dio koji se odnosi na način ponašanja porotnika. Ovaj dio pravila navodi da je zabranjena diskusija sa svim osobama do okončanja sudskog postupka, uključujući i članove porodice. Zabranom je obuhvaćeno objavljivanje komentara ili informacija o karakteru sudskog postupka putem društvenih mreža kao što su: Facebook, Instagram ili Twitter. Ova zabrana ima i tzv. produženo trajanje jer je važeća i nakon okončanja postupka. Porotnici koji se ne pridržavaju spomenutih zabrana mogu biti kažnjeni novčano ili kaznom zatvora. Porotnici imaju pravo diskutovati o sudskom postupku samo između sebe i u posebnim sudskim prostorijama koje su poznate kao porotničke sobe ili prostorije. U praksi su postojali primjeri gdje je porotnik kontaktiran od strane osobe koja je htjela doći do određenih informacija o sudskom postupku. U ovom slučaju, porotnik je dužan informisati sudskog službenika, a u slučaju da je kontaktiran izvan sudskih prostorija, porotnik je dužan obavijestiti službenika policije.[23] Porotnička služba može trajati do deset radnih dana i porotnici nemaju ličnih primanja u smislu plaće ili dohotka. U slučajevima kada postupak traje duže od deset radnih dana porotnici, stiču pravo na finansijsku podršku. Ovdje se posebno ističu troškovi gradskog i željezničkog prevoza i naknada iznosi punu cijenu karte. U slučajevima kada porotnici koriste lični automobil, usluge taksi prevoza, motocikla ili bicikla osnov za naknadu troškova iznosi 9,6 kopnenih milja.[24] Troškove ishrane kao i pića osigurava sud, a ukupan iznos troškova zavisi od broja radnih sati u jednom danu. Satnica je fiksnog karaktera i iznosi 5,71 engleskih funti za rad do deset radnih sati dnevno, a 12,17 engleskih funti za rad preko deset sati dnevno. Ovim iznosima dodaju se i iznosi koji obuhvataju izgubljenu zaradu i angažovanje osoba koje će voditi brigu o djeci porotnika.[25] Finansijska primanja porotnika mogu se obračunavati i na dnevnoj osnovi kada rad porotnika iznosi četiri sata dnevno. U tom slučaju se isplaćuje maksimalni dnevni iznos od 32,47 engleskih funti, a u slučaju rada dužeg od četiri sata dnevno ovaj iznos se povećava na 64,95 engleskih

[23] Opširnije o slučajevima kontaktiranja vidjeti Pravila o porotničkoj službi str. 3.
[24] Kopnena milja iznosi 1609,34 metra. Primjedba autora.
[25] Opširnije o navedenim iznosima satnice i drugim finansijskim pitanjima vidjeti Pravila porotničke službe, str. 4.

funti. Maksimalni dnevni iznos je 228,06 engleskih funti i isplaćuje se samo u slučaju kada je porotnik angažovan više od dvije stotine i jednog dana i više od četiri sata dnevno.[26] Okončanjem porotničke dužnosti počinje rok za podnošenje zahtjeva za naknadu troškova i traje dvanaest mjeseci. Sud se obavezuje na izmirenje troškova u roku od sedam do deset radnih dana, uz obavezno dostavljanje dokaza kao što su potvrda o izgubljenoj zaradi ili poseban dokaz za osobu koja je bila angažovana za brigu i čuvanje djece. Na osnovu kratkog opisa institucije porote može se zaključiti da je porota kroz dugogodišnju historiju, svoju afirmaciju doživjela unutar engleskog prava. Porota će spletom niza historijskih okolnosti doživjeti recepciju i prilagođavanje na teritoriji Sjedinjenih Američkih Država. Nastavak teksta sadrži kratki osvrt na ovu instituciju u pravu Sjedinjenih Američkih Država.

4. Porota u američkom pravu

Američki pravni sistem prihvatio je instituciju porote kao dio historijskog kolonijalnog naslijeđa. Proces nastanka kolonija sadrži i odgovor na pitanje kako su formirani sudovi i porota. Kraljevske povelje (Charters) su isticale da doseljenici i njihova djeca imaju prava na sve slobode, građanska prava i imunitete kao da su rođeni ili stanuju u Engleskoj. Pravo na suđenje uz učešće porote predviđeno je svim poveljama koje su se koristile kao instrument za upravljanje kolonijama (Carrington, 2003, str. 82). Kontinuirani razvoj uticao je na to da je porota pretrpjela određene promjene u odnosu na porotu u engleskom pravu. Donošenjem Ustava iz 1787. godine porota je prerasla u ustavnu kategoriju. U članu III. Odjeljak 2. se navodi: "Suđenje o svim krivičnim djelima, osim u slučajevima diskvalifikacije (Impičmenta) u Kongresu, vrši će se uz učešće porote; takvo će se suđenje vršiti u državi u kojoj bude djelo izvršeno, ako djelo nije izvršeno ni u kojoj državi, suđenje se vrši na onom mjestu ili mjestima koje Kongres zakonom odredi."[27] Citiranim članom potvrđuje se uloga porote, ali samo u krivičnim predmetima na federalnom nivou. Na ovaj način, federalisti su zaobišli pitanje statusa porote u građanskim predmetima, a antifederalisti su isticali da federalni sudski sistem ima antidemokratsku ulogu, a pitanje porote u građanskim predmetima stavili su u sami vrh svojih prioriteta (Carrington, 2003, str. 83). Politički dogovor pretočen je u tekst sedmog amandmana koji glasi: "U parnicama po Common Lawu, gdje sporna suma premašuje dvadeset dolara, ostaje pravo na suđenje sa porotom i nikakva činjenica koju porota ispita neće biti pono-

[26] Iznosi satnica i dnevnica nalaze se u posebnoj tabeli Pravila o porotničkoj službi, str. 5.

[27] Tekst Ustava Sjedinjenih Američkih Država iz 1787. godine (Karčić, 2004, str. 263).

vo ispitivana pred ma kojim sudom Sjedinjenih Država, osim u skladu sa pravilima Common Lawa."[28] Zahvaljujući citiranom amandmanu, pravo Sjedinjenih Američkih Država od 1791. godine poznaje porotu u krivičnim i građanskim postupcima. Kao što je slučaj sa engleskim, i američko pravo poznaje dvije vrste porote. Prva je procesna koja je poznata i kao presudna (Trial Jury) ili Mala porota (Petty Jury). Druga vrsta je Velika porota (Grand Jury). Prva ili procesna porota sastoji se od šest do dvanaest porotnika i prisutna je u dokaznom postupku kod krivičnih i građanskih postupaka. U krivičnim postupcima ova porota donosi jednoglasnu odluku o tome da li je krivica dokazana ili ne (Halapić, 2019, str. 150). Odluka procesne porote naziva se osuda (verdict) i odnosi se samo na pitanja postojanja ili nepostojanja činjenica na kojima se temelji tužiteljev zahtjev. Odluka može glasiti "kriv" (guilty) ili "nije kriv" (not guilty). U slučajevima kada je porota donijela odluku o krivici sudija pristupa izricanju kazne, a u slučajevima kada porota nije dokazala krivicu, optužena osoba smatra se nevinom i oslobađa se od daljnjeg krivičnog gonjenja. Za razliku od procesne porote, porota koja je prisutna u građanskim postupcima donosi odluku čiji je konačni ishod presuda u korist tužitelja ili tuženika. Američko pravo poznaje i drugu prethodno navedenu vrstu porote. Velika porota (Grand Jury) sastoji se od šesnaest do dvadeset i tri porotnika i odlučuje o dokaznim materijalima koji su dostavljeni od strane tužitelja odnosno advokata Sjedinjenih Američkih Država (United State Attorney). Velika porota, za razliku od procesne, svoja zasjedanja obavlja bez prisustva javnosti, advokata i optuženih i donosi odluku o postojanju ili nepostojanju "vjerovatnog razloga" (Probable Cause), odnosno ubjeđenje da je počinjeno krivično djelo (Halapić, 2019, str. 151). U onim slučajevima gdje je porota utvrdila postojanje vjerovatnog razloga podiže se optužnica i otvara se sudski postupak. Porota kao institucija je kategorija koja je zagarantovana pri federalnim sudovima. Ovo pravilo odnosi se i na Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država. Međutim, tokom 1794. godine u predmetu *Georgia v. Braisford* predsjednik suda John Jay je naveo da porota ima pravo da odlučuje o pravu, ali i o činjenicama.[29] Ova kontroverzna izjava ukazivala je na početak ukidanja porote pri Vrhovnom sudu Sjedinjenih Američkih Država. Tri godine kasnije, Vrhovni sud je odlučivao u predmetu *Cutting v. South Carolina* gdje je utvrđeno da je u pitanju posljednje suđenje uz prisustvo porote (Shelfer, 2013, str. 232). Američka pravna historija smatra da je ključnu ulogu u procesu ukidanja porote pri Vrhovnom sudu Sjedinjenih Američkih Država imao ranije navedeni predmet iz

[28] Ibid. str. 266.

[29] Opširnije o izjavi predsjednika Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država vidjeti presudu u predmetu *Georgia v. Braisford*, str. 4. Presuda je dostupna na zvaničnoj internet adresi Kornel Univerziteta https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/ (stranica posjećena 20. 7. 2021).

1794. godine. Na kraju, Vrhovni sud je svojom presudom u predmetu *Sparf and Hansen v. United States* iz 1895. godine utvrdio da porota nema pravo da odlučuje o pravu (Lempert, 2015, str. 827). U skladu s pravilima, proces izbora odnosno selekcije porotnika započinje slučajnim izborom građana koji se nalaze na biračkom spisku, ili koji posjeduju vozačku dozvolu uključujući i evidentirano prebivalište unutar sudskog distrikta. Nakon toga slijedi druga faza koja obuhvata popunjavanja posebnih formulara nakon čega slijedi izbor budućih porotnika. Kvalifikovane osobe dobijaju poziv za porotu i slijedi faza ispitivanja koja se obavlja u sudnici uz prisustvo sudije, sudskog saradnika i pravnih zastupnika stranaka (Liberman, Sales, 2007, str. 8). Na osnovu postavljenih pitanja donosi se odluka o podobnosti porotnika. Ovaj proces ispitivanja je u američkom pravu poznat pod skraćenim imenom *voir dire,* a puni naziv glasi glavno ispitivanje (The Voir dire Examination).[30] U cilju detaljnog regulisanja selekcije porotnika, Kongres je 1968. godine donio Zakon o izboru i službi porotnika (Jury Selection and Service Act of 1968) koji je i danas na snazi. Od 1982. godine u Sjedinjenim Američkim Državama postoji i posebno tijelo nadležno za selekciju porotnika, a u pitanju je Američko društvo za sudske savjetnike (American Society of Trial Consultants). Tokom 2020. godine sudovi u Sjedinjenim Američkim Državama objavili su i prijedlog modela porotnih instrukcija koje se odnose na *voir dire*. Ovim modelom obuhvaćene su faze selekcije porotnika i suđenja. Prema modelu, svim porotnicima koji su prošli fazu selekcije zabranjeno je da komuniciraju između sebe o sudskom predmetu, ali i sa ostalim osobama. Komunikacija o sudskom predmetu može započeti uz prethodno odobrenje sudije. Ova zabrana proširila se na objavljivanje komentara, tekstualnih poruka ili upotrebu elektronske pošte o sudskom predmetu, kao i upotrebu društvenih medija kao što su Twitter, Facebook, Instagram, Snapchat ili LinkedIn. U cilju zaštite dokaznog materijala, predviđena je zabrana poduzimanja individualnog istraživanja o sudskom predmetu. Ovo je dovelo do zabrane upotrebe mobilnih telefona, prenosivih računara i tableta koji su podobni za individualno istraživanje sudskog predmeta odnosno prikupljanje informacija.[31] Međutim, poseban problem unutar postupka *voir dire* je diskriminacija zasnovana na spolu i rasi (Offit, 2021, str. 1). Američka advo-

[30] Opširnije o procesu selekcije porotnika i procesu ispitivanja vidjeti: https://www.uscourts.gov/services-forms/jury-service/learn-about-jury-service (stranica posjećena 20. 7. 2021).
Navedena internetska stranica sadrži i niz drugih pravila kao što su priručnici za porotu i slično. *Voir Dire* je pravni termin koji se danas koristi za nekoliko postupaka koji se odnose na porotničko suđenje. Izvorno, ovaj pravni termin se prevodi kao govoriti istinu. Primjedba autora.

[31] Pravila iz 2020. godine dostupna su na: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/proposed_model_jury_instructions.pdf (stranica posjećena 20. 7. 2021).

katska komora je tokom 2016. godine usvojila model pravila kojim se reguliše isključenje iz porotničke dužnosti. Pravila su poznata pod imenom Model pravila 8.4 (G) i u velikoj mjeri su uticala na zabranu diskriminacije u procesu selekcije budućih porotnika (Offit, 2021, str. 12). Američko pravo posvetilo je mnogo pažnje postupku *voir dire* s obzirom na to da se u postupku mogu postaviti i tzv. ciljana pitanja (Yorke, 2020, str. 1454). Funkcija ovih pitanja je da se pokušaju identifikovati budući članovi porote koji podržavaju porotničko poništavanje koje u konačnici vodi do oslobađajuće presude. U fazi izbora porotnika mogu se postavljati i pitanja kojima se može utvrditi postojanje ličnog interesa budućih porotnika u predmetu koji će se tokom postupka predstaviti sudu (Halapić, 2019, str. 153). Američko pravo poznaje i izazov (Challenges) koji može dovesti do podnošenja zahtjeva za odstranjivanje porotnika. Kao jedan od razloga navodi se postojanje predrasude o sudskom predmetu. Broj spomenutih izazova nije ograničen, s tim da postoje i tzv. neočekivani izazovi gdje se ne traži postojanje posebnog razloga. Okončanjem ispitivanja pristupa se polaganju porotničke zakletve kojoj prisustvuju sudija i sudski saradnik.[32] U Sjedinjenim Američkim Državama, posebna pažnja posvećena je federalnoj Velikoj poroti koja potiče iz srednjovjekovne engleske Velike porote (Ford, 1928, str. 205). Ovu porotu je sudija Vrhovnog suda Field okarakterisao kao mehanizam za zaštitu građana od neosnovanih optužbi (Ford, 1928, str. 206). Na ovaj način, Velika porota poprimila je istu funkciju koju je posjedovala i u srednjovjekovnom engleskom pravu, gdje je ova institucija predstavljala barijeru između ovlaštenja kralja i prava podanika. U posljednje vrijeme, u američkom pravu iznose se oštre kritike Velikoj poroti koja postoji unutar krivičnog pravosuđa država članica federacije, a kao ključni argument se navodi mogućnost kontrole porote od strane javnog tužioca (Chin & Ormonde, 2018, str. 1914). Navedeni argument kao i drugi, uticali su na pojavu pokreta za ukidanje Velike porote koji predvode advokati, istraživači i političari. Jedan od argumenata koji se pojavljuje unutar navedenog pokreta je činjenica da je Engleska ranih tridesetih godina prošlog vijeka napustila praktikovanje Velike porote u sudskim postupcima (Fairfax, 2015, str. 827). Vremenom, američki pravni sistem kreirao je mehanizme koji su u velikoj mjeri uticali na status i značaj porote. Jedan od mehanizama je pregovaranje o priznanju krivice ili nagodba, koja je danas prisutna u skoro devedeset procenata svih krivičnih predmeta (Thomas, 2017, str. 27). Kao drugi primjer možemo navesti skraćenu presudu (Summary Judgment) koja predstavlja odluku sudije o činjenicama i o pravu, ali bez prisustva porote. Prema istraživanju koje je provedeno 2006. godine, skraćena presuda se koristila u više od sedamdeset procenata u predmetima koji su se odnosili na pitanje diskriminacije pri zapošljavanju

[32] Tekst porotničke zakletve dostupan je u spomenutom Priručniku, str. 6.

(Thomas, 2017, str. 27). Tokom osamdesetih godina prošlog vijeka, američki pravni sistem uspostavio je i poseban oblik suđenja. U pitanju je skraćeno porotničko suđenje (Summary Jury Trials – SJT) koje je odobreno od strane Kongresa Sjedinjenih Američkih Država i Zakonom o reformi građanskog pravosuđa iz 1990. godine. Međutim, ovaj oblik suđenja nije se praktikovao sve do izbijanja COVID-19 pandemije. Tokom pandemije u okrugu Kolin u Teksasu, donijeta je odluka o skraćenom virtuelnom suđenju putem Zoom aplikacije u formi videokonferencije (Murphy, Miller, Marsh & Bornstein, 2021, str. 114). Ovo suđenje predstavljalo je skraćenu verziju sudskog postupka u kojem se odlučivalo o naknadi štete. Ovaj oblik suđenja u formi pilot-projekta prihvatile su i Arizona, Kalifornija, Nevada, New York, Oregon i Sjeverna Karolina (Raymond, 2020). Uprkos različitim stavovima nauke u pogledu uloge i značaja institucije porote u američkom pravu, porota se i dalje smatra jednim od karakterističnih elemenata američkog pravnog i političkog sistema. Zahvaljujući adaptaciji porote potrebama razvijenog američkog društva, ova institucija ima vrlo snažnu ulogu u američkom društvu (Walters, Marin & Curridel, 2005, str. 321). Na kraju, potrebno je ukazati na činjenicu da se u slučaju Sjedinjenih Američkih Država vrlo rano formirao stav da je učešće u radu porote jedna od najznačajnijih građanskih dužnosti. Nastavak teksta sadrži kratki osvrt na nekoliko značajnih pitanja kao što su kvalifikacija ili lična primanja porotnika.

5. Kvalifikacija i diskvalifikacija porotnika

U pogledu pravila koja se odnose na način rada porote, u Sjedinjenim Američkim Državama prihvaćena je praksa objavljivanja tzv. porotnih priručnika.[33] Kao što je bio slučaj s porotom u engleskom pravu, ovi priručnici regulišu mnoga pitanja koja se isključivo odnose na porotu. U Sjedinjenim Američkim Državama prihvatila se praksa da se priručnici posebno objavljuju za procesnu porotu i za Veliku porotu. Jedno od pitanja odnosi se na uslove odnosno na kvalifikaciju.[34] Prvi uslov za porotnika je državljanstvo Sjedinjenih Američkih Država, drugi uslov je starosna dob odnosno najmanje osamnaest godina života. Jedan od uslova je i registrovano prebivalište unutar sudskog distrikta u minimalnom trajanju od jedne godine. Priručnici

[33] Porotni priručnici dostupni su u pdf-u na zvaničnim Internet-stranicama: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/trial-handbook.pdf i https://www.uscourts.gov/sites/default/files/grand-handbook.pdf. Ovi priručnici odnose se na porotu unutar federalnog sudskog sistema (stranica posjećena 22. 7. 2021).

[34] Pravila o kvalifikacijama dostupna su na zvaničnoj internet-adresi Vlade Sjedinjenih Američkih Država https://www.uscourts.gov/services-forms/jury-service/juror-qualifications (stranica posjećena 23. 7. 2021).

regulišu pitanja koja se odnose na mentalno i fizičko zdravlje, odnosno nepostojanje mentalnih ili fizičkih stanja koja rezultiraju isključenjem iz porote. Osobe koje su optužene za krivično djelo za koje se može izreći kazna zatvora u trajanju duže od jedne godine su izuzete iz porotničke dužnosti. Unutar spomenutih priručnika nalaze se i one osobe koje su zbog obavljanja određenih poslova izuzete iz porotničke dužnosti. U ovoj kategoriji nalaze se aktivni pripadnici oružanih snaga, profesionalnih vatrogasnih i policijskih snaga kao i javni službenici na federalnom, državnom i lokalnom nivou vlasti. Jedna od karakteristika porote u američkom pravu je izuzeće iz porote na osnovu ličnog zahtjeva porotnika. Praksa je pokazala da su u pitanju rijetki slučajevi kao što su osobe koje su starije od sedamdeset godina života ili osobe koje su učestvovale u spasilačkim službama i pripadnici hitnih medicinskih službi. U slučaju kada je osoba izabrana za porotnika, tada se primjenjuju pravila kojima se detaljno reguliše njihov status. Ova pravila obuhvataju federalnu procesnu i Veliku porotu. U pravilima se detaljno reguliše pitanje finansijskog karaktera i predviđa se naknada u iznosu od pedeset američkih dolara dnevno. Ovaj iznos može se uvećati za deset američkih dolara po jednom danu, ako sudski postupak traje duže od deset radnih dana. Porotnici imaju pravo na razumnu naknadu troškova prevoza i parkinga, a troškovi dnevnih obroka postoje samo u slučajevima kada se od porotnika zahtijeva da borave tokom noći u mjestu suđenja. Finansijska primanja članova Velike porote su ista, uz jedinu razliku koja se odnosi na uvećavanje primanja. U slučaju Velike porote, uvećanja se mogu primijeniti samo u slučaju kada porota zasjeda duže od četrdeset i pet dana. Pravilima je regulisano i pitanje zloupotrebe porote. U slučajevima kada je porotnik kontaktiran telefonski ili putem elektronske pošte od strane trećih lica, dužan je o tome informisati sudskog službenika. Na kraju, može se iznijeti konstatacija da se u slučaju Sjedinjenih Američkih Država prihvatilo mišljenje da je učešće u poroti jedna od najznačajnijih građanskih dužnosti. Ovaj pristup doveo je do shvatanja da se zaštita prava i sloboda može postići zajedničkim radom sudije i porote (Halapić, 2019, str. 153).

Zaključak

Porota kao institucija ima svoju dugogodišnju historiju. Tradicionalni pristup je da porota potiče iz srednjovjekovnog engleskog prava. Međutim, ova institucija je svoj puni razvoj doživjela u okviru spomenutog prava, a porijeklo porote seže prije formiranja engleskog prava. Novija istraživanja ukazuju na to da engleska porota potiče iz islamskog prava i institucije *Lafif*, koja je nastala tokom XI vijeka kao zamjena za raniji način dokazivanja. U traganju za pravnim sistemima koji su poznavali instituciju porote dolazi se

do egipatskog prava koje je davne 2000. godine p. n. e. poznavalo i koristilo instituciju *Kenbet* koja se sastojala od osam članova. Spletom niza historijskih okolnosti, srednjovjekovno englesko pravo uticalo je na daljnji razvoj porote. U okviru ovog prava porota je dobila status jedne od karakteristika engleskog prava. Zahvaljujući kolonizaciji, porota je prihvaćena u Sjedinjenim Američkim Državama. Razvoj američkog prava, a naročito period nakon 1787. godine, uticao je na to da će porota prerasti u ustavnu kategoriju. Mnoga pitanja koja se odnose na porotu poput vrste, nadležnosti ili diskvalifikacije porotnika na sličan način regulisana su unutar engleskog i američkog prava. Međutim, tokom druge polovine XX vijeka postavilo se pitanje opravdanosti postojanja Velike porote u Sjedinjenim Američkim Državama. Kao argument navodi se činjenica da je Engleska tokom tridesetih godina prošlog vijeka ukinula Veliku porotu. Istraživanjem se obuhvatilo i pitanje statusa porote u periodu izbijanja pandemije COVID-19. Porotu kao karakterističnu instituciju poznavalo je i pravo mnogih evropskih kontinentalnih država, a vremenom će porotu prihvatiti i druge države kao što je Japan.

Bibliografija

Knjige

Baker, J. (2017). *The Reinvention of Magna Carta 1216-1616.* Cambridge: University Press.

Devlin, P. (1956). *Trial by Jury.* London: Stevens&Sons.

Festić, R. (2008). *Common Law i druge pravno-historijske teme.* Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.

Forsyth, W. (1994). *History of Trial by Jury.* The Lawbook Exchange.

Halapić, E. (2005). *Magna Charta Libertatum – porijeklo, glavne pravno-političke ideje i historijski značaj* (neobjavljeni magistarski rad). Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.

Halapić, E. (2019). *Kratki uvod u angloameričko pravo.* Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.

Harding, A. (2001). *Medivial Law and the Foundations of the State.* New York: Oxford University Press.

Johns, J. (2002). *Arabic Administration in Norman Sicily – The Royal Dīwān.* Cambridge Univresity Press.

Karčić, F. (2004). *Pravni tekstovi – Odabrani izvori za Opću historiju države i prava.* Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.

Liberman, J. D. & Sales, B. D. (2007). *Scientific Jury Selection.* Washington: American Psychological Association.

Članci

Bloom, R. M. (2006). Jury Trials in Japan. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review,* 28 (1), 46.

Bogdanar, V. (2015). Magna Carta the Rull of Law and the Reformo of Constitution. U: *Magna Carta and Its Modern Legacy* (str. 23–42). New York: Cambridge University Press.

Carrington, P. D. (2003). The Civil Jury and American Democracy, *Duke Journal of Comparative & International Law,* 13 (79), 82–84.

Chin G. J., Ormonde, J. (2018). Infamous Misdemeanors and the Grand Jury Clause. *Minnesota Law Review,* 102 (5), 914.

Coke, E. (1678) *First Part of the Institutes of the Laws of England, or Commentary upon Littleton.* London. Citirano prema: Langbein, J.H. (1987). The English Criminal Trial Jury on the Eve of the French Revolution. U: A. P. Schioppa (ur.). *The Trial Jury in England, France, German 1700-1900*. Berlin: Duncker&Humbolt.

Dalli, C. (2006). From Islam to Christianity: the Case of Sicily. U: Joaquim Carvalho (ur.). *Religion, ritual and mythology: aspects of identity formation in Europe* (str. 151–152). Pisa University Press.

Fairfax, Roger A. Jr (2015). Should the American Grand Jury Survive Ferguson?, *Howard Law Journal,* 58 (3), 827.

Festić, R. (2008). Nastanak porote u Engleskoj. *Common Law i druge pravno-historijske teme.* Sarajevo: Pravni fakultet.

Ford, J.W. (1938). The Grand Jury. *Law Society Journal,* 8 (3), 205.

Fowler, R. (2017). Henry II: Father of Common Law. *Tennessee Bar Journal,* 53 (1), 25–31.

Halapić, E. (2015). 800 godina Velike Povelje Sloboda (Magna Charta Libertatum): 1215-2015. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 130–133.

Johnson, V.R. (2015). The Ancient Magna Carta and the Modern Rule of Law: 1215 to 2015. *St. Mary's Law Journal,* 47 (1), 17–18.

Kupryashina, E. A., Stepanyuk O. S., Saveliva, I. V., Tonkov, V. E. & Tonkov E. E. (2017). Jury Trial as the Atavism of History. *Journal of Politics and Law* 10 (4), 212–215.

Langbein, J.H. (2012). Bifurcation and the Bench. U: P. Brand, J. Getzler (ur.). *Judges and Judging in the History of the Common Law and Civil Law: From Antiquty to Modern Times* (str. 67–82). New York: Cambridge University Press.

Lampert, R. (2015). The American Jury System: A Synthetic Overview. *Chicago-Kent Law Review,* 90 (3), 827.

Lieck, A. (1934). Abolition of the Grand Jury in England. *Journal of Criminal Law and Criminology,* 25 (1), 623.

Makdisi, J. A. (1999). The Islamic origins of the Common Law. *North Carolina Law Review*, 77 (5), 1688–1689.

McSweeney, T. J. (2014). Magna Carta and the Right to Trial by Jury. *Magna Carta: Mause and Mentor*. U R. J. Hollan – *Library of Congress' 800 Anniversary*, 140-141.

Monea, N. C. (2019). Bulwark of Equality: The Jury in America. *West Virginia Law Review,* 122 (2), 519.

Moschzisker, Von R. (1921). The historic origin of Trial by Juru. *University of Pennsylvania Law Review,* 70 (1), 1–13.

Munday, R. (1993). Jury Trial, continental style. *Legal Studies,* 13 (2), 211.

Offit, A. (2021). Playing by the rule: How ABA model Rule 8.4 (G) can regulate Jury Exclusion. *Fordham Law Review,* 89, 1.

Raymond, N. (2020). Texas Tries a Pandemic First: A Jury Trial by Zoom. *Reuters*. Preuzeto 17. 9. 2021: https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-courts-texas-idUSKBN22U1FE

Shelfer, L. F. (2013). Special Juries in the Supreme Court. *Yale Law Journal* 123 (1).

Smith, D. G. (1996). The Historical and Constitutional Context of Jury Reform. *Hofstra Law Review,* 26 (1), 396-397.

Thomas, S. A. (2017). What Happened to the American Jury? Proposals for Revamping Plea Bargaininng and Summary Judgment. *Litigation,* 43 (3), 27.

Wells, C.L. (1914). Early Opposition to the Petty Jury in Criminal Cases. *Law Quarterly Review*, 30 (1), 97–103.

York, S. (2020). Juru Nullification Instructiona as Structural Error. *Washington Law Review,* 95 (3), 1454.

Edin Halapić, PhD
Associate professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
e.halapic@pfsa.unsa.ba

THE INSTITUTION OF THE JURY IN ANGLO-AMERICAN LAW

Summary

This theme covers the results of the research that points out to certain characteristics of the English and American Law. One of those characteristics is the institution of the jury whose origin is traditionaly connected with the development of the medieval English Law. However, this specific institution also existed within the Roman Law under the name public trial. However, the jury was fully developed within the English law. Thanks to the process of colonization the jury has been accepted in other countries, such as USA. During a long history, this institution was often used for achieving different political and legal goals. As an example, we can mention the case of USA and trial of African-American population. The theme included several important issues. In the first place there is an issue of the roots of the jury, its function, structure, jurisdiction etc. The recent researches on the roots of this institution brings us to different conclusions that confirm the existence of jury even before establishment of the medieval English Law. The legal cultures that accepted the jury managed to adopt it to their legal system. The theme contains the part that covers the jury in English and American Law.

Keywords: *The jury, the structure of the jury, the type of jury, Anglo-Saxon law, United States of America*

Giovanni Brandi Cordasco Salmena di San Quirico, PhD
Associate Professor
Free University of Pistoia "San Gregorio Magno"
Former Adjunct Professor
University of Urbino "Carlo Bo"
g.brandicordasco@libero.it

UDK 34(37)
Izvorni naučni rad

IUSTITIUM, SENATUS CONSULTUM ULTIMUM AND DECLARATION OF *HOSTIS PUBLICUS* IN THE ROMAN EMERGENCY LEGISLATION DURING THE CIVIL WARS: THE CLASH BETWEEN ANTONY AND OCTAVIAN[1]

Summary

During the years of emergency, Rome tried in every way and by all means to face the challenge of the moment, especially during the wars. The Actium battle which brought along a lot of political and institutional transformations, leading to violent confrontations amongst civilians opposing people of the caliber of Antony and Octavian, can be considered a paradigm to ascertain whether the then Roman legislation, during such periods, put into place efficient measures, to handle the situation. The senatus consultum ultimum can be considered one of such measures. In actual fact, a thorough analysis of ancient documents, together with an insight examination of the law texts lead me like Antony Guarino to declare the inexistence of an emergency Roman legislation.

***Keywords*:** *Actium,* emergency legislation*, iustitium, senatus consultum ultimum, hostis publicus*

The 31 BC battle of *Actium* is the subject matter of an intricate series of ancient narrations, moving from writers of the Augustan historical-literary tradition such as Titus Livius, Velleius Paterculus, Suetonius, Horace and

[1] I dedicate this writing to Professor Samir Aličić for the advice and availability that has never made me lack in the profound sense of a friendship that lasts over time.

Virgil[2] through follow ups by the compilers Florus[3] and Orose, to the apparently more reliable stories of Plutarch, Cassius Dio and Appian. On the other hand, as regards modern historiography, the 'classic' vision of the clash presented by Kromayer[4], in other words, Antony's 'flight', is juxtaposed today with the theory of Ferrabino[5] Tarn[6], who tend to highlight the fact that the triumvir fought a real naval battle[7] at the Gulf of Ambracia[8] forcing his way through the blockade of Marcus Vipsanius Agrippa[9]. This divergence

[2] Wurzel (1938, pp. 361-379). According to Wurzel, *Epodus* IX could have been written immediately after the battle, after the remnants of Antony's fleet continued a strenuous resistance in the Gulf of Ambracia. These conclusions were then taken up and developed by Leroux, whose work constitutes a good synthesis on various issues concerning the battle and its context. In addition, Leroux (1968, p. 31-37 ff.); Id. (1969, pp. 9 -31); see Nisbet (1984, pp. 11-17); Kraggerud (1984, pp. 66-128); Pabon (1936, pp. 11-23); Wistrand (1958, pp. 25-26); Kromayer (1924, pp. 662-671); Id. (1933, pp. 361-383); see on the same line Richardson (1982, n. 6, pp. 153-167); Levi (1937, pp. 3-21); Certaut (1899, pp. 249-253); Wagewnwoort (1932, pp. 403-421); Wilkinson (1933, pp. 2-16); Wistrand (1958). According to more recent studies, however, the clash to which the poet refers should be the preliminary one between Gaius Sosius and Marcus Vipsanius Agrippa (Paladini, 1958, p. 13 ff.; Carter, 1970, pp. 218-220). Nonetheless, in reality, after the reference to the battle of Naulochus against Sextus Pompey (vv. 6-10 should in fact, be "*the admiral of Neptune*", Cass., 48.19.2, "*liberator of slaves*", Flor., 2.18.1-2; Liv., *Per.* 123; Cass., 48.17.3) the verse "*puppes sinistrorsum citae*" (v. 20) would unequivocally be referring to the flight of Antony's ships.

[3] Publius Annius Florus, or Lucius Annaeus Florus or Iulius Florus, Africa 70/75 about BC – Rome 145 about BC.

[4] Kromayer (1898, pp. 30-32). Considering particularly the testimonies of both Cassius Dio and Plutarch, the historian deduces that in *Actium*, Antony above all, used part of his fleet to try to force the naval blockade imposed by Marcus Vipsanius Agrippa and Octavian. Today it can be asserted that apart from a few details, this reconstruction, which is the closest to the narrations, also seems to be the most convincing, from a military point of view.

[5] Ferrabino (1924, pp. 433-472).

[6] Tarn (1932, p. 79); Id. (1965).

[7] Tarn's re-questioning of historical sources implies a very complicated rereading of ancient evidence and leads to a reconstruction of events that rests on too many hypotheses. However, the researches of Tarn and Ferrabino had the merit of directing interest towards the testimonies of contemporary poets, as well as to the political and religious consequences of the battle (see Leon Marcien, 1956, pp. 330-348); Zwaenopoel (1951, pp. 47 -71); Paladini (1958, pp. 1-47); Pichon (1903, pp. 397-400).

[8] As implied by Cassius Dio (Cass., 50.31.4).

[9] Marcus Vipsanius Agrippa, consul in 37 BC, who was specially recalled to Rome from Gaul (Cass., 48.49.2) was a man "of extraordinary value" (Vell., 2.79.1); benefactor of the city (Cass., 49. 42-43); great admiral, who had been awarded the classical crown after Naulochus in 36 BC (Vell., 2.81. 3; Virg., *Aen.* 8.684; Cass., 49.14. 3; Roddaz, 1984, pp. 159-164). His role in the dynamics of the battle of

of interpretations is closely linked to the historical arbitrariness which favours a certain core of sources rather than another: this, essentially, is the reason for the very heated controversy [10] which still exists even today[11], over the dynamics of this battle. The ancient sources present the war between the two triumvirs[12] as a clash between the East and the West[13] in which

Actium is indisputable; his undertakings led to the landing of Octavian's army on the epirota coast and especially to the clash onto the blockade of the enemy forces, in the Gulf of Ambracia.

[10] Roddaz (1984, pp. 157-185), presents a fairly rich bibliography on these events while in Reddè's M. (1986), carries the most recent technical and tactical developments of the battle.

[11] Kromayer (1924, pp. 662-671; Id. (1933, pp. 361-383); Along the same lines Richardson (1937, pp. 153-167); Levi (1937, pp. 3-21).

[12] Johnson (1976).

[13] After the Brindisi agreements (Vell., 2.77.1), in October 40 BC, Octavian had power over the West and Antony over the East (the dividing line between the two blocs went from Scodra, now Shkodra in Albania) through Lepidus, where it touched Africa (Plut., *Ant.* 30.6 or the "*provinces of Libya*" mentioned by Cass., 48.28.4); to Sextus Pompey (consul and auguries in 33 cf. Cass., 48.36. 4, "*man of extraordinary fidelity*", App., *Bell. Civ.* 5.73; 310-311; Cass., 48.38.2), touching, instead, Sicily, (Cass., 48.28. 4), and also Sardinia, according to Plutarch (Plut., *Ant.* 32.3). It is from this situation that one of the most common stereotypes of the Augustan propaganda arose, outlining the battle of *Actium* as a clash between the civilized West and the barbarian East (a concept already highlighted by Cassius Dio (Cass., 48.30.1), and clearly echoed in the Virgilian verses: « […] *and the gods of every monstrous people / and the barking Anubis stand against / at Neptune at Venus at Minerva*»: Verg. *Aen.* 8.698-700; as well as in other authors; see Proper., 4.6.22 ff.; Cass., 48.30.1; 50.24.6. Cassius Dio, also a victim of the Augustan propaganda, places Italy, Gaul, Spain, Illyrian (not according to Plutarch *Ant.* 56.7), Libya, Sicily and Sardinia and all the islands opposite the respectively named countries (Cass., 50.6.3); while he places continental Asia [excluding the islands], Thrace, Greece, Macedonia, Egypt, Cyrene and the countries bordering the Roman people under that of Antony (Cass., 50.6.5). However, a growing number of Greek inscriptions show how this division of intent of the globe was very evident. Particularly important in this sense are the epigraphs of Aphrodisias of Caria (39-38 BC), in southwestern Anatolia (Reynolds, 1982, n.° 6 = Sherk 1984, n. 87), which is full of praise for a certain Solon, son of Demetrios, ambassador of the people of Aphrodisias, because of whose work Octavian and not Antony granted various privileges to the city; furthermore there is evidence of the reward, again from Octavian, to a devout navarch, a certain Seleico of Rhosos (coastal town on the Gulf of Alexandretta almost at the border between Turkey and Syria) in 35-30 BC, with the inscription to the Cornelia tribe (Raggi, 2004, pp. 123-138). Consequently, even the idea of a spontaneous and united West aligned behind Octavian, in a sort of merciless 'holy war' against Antony and his depraved eastern allies, comes with some flaws. A careful reading of Cassius Dio's passage which talks about the preparations before *Actium*, brings to light the 'forced' invitation that obliged many senators and knights to get on board (Cass., 50.11.4; 12.1); not to mention the same retaliation against Antony's allies (Cass.,

the latter seemed to have Octavian's[14] just cause at heart as opposed to

51.2.1-4) and against many Roman senators (52.42.6-8) between 31 and 29 BC, in spite of the highly applauded propaganda of triumphalism (Virg., *Aen.* 8.675-723; Flor., 2.14.5 ss.).

[14] The figure of Octavian the traditionalist (Cass., 48.44.2; Flor. 2.14.5-6; Suet., *Aug.* 52-53), sober (Suet., *Aug.* 72-78), merciful (Suet., *Aug.* 51 ff.), of great firmness (Cass., 49.34.5; Vell. 2.59.2), daring in battle (Flor., 2.15.5), loved by all (Suet., *Aug.,* 57-60), felt the effects of the propaganda promoted by himself and by Agrippa (Cass.,49.43) before and after the battle of *Actium.* Nonetheless, ancient authors also indirectly underline a somewhat lesspositive, autocratic, cruel (Suet., *Aug.* 27), sexually deviant (Suet., *Aug.*, 68-70) nature with tyrannical tendencies (Vell., 2.68.4- 5; "without hesitation he abandoned the cause of the optimate"; see Suet., *Aug.* 12) highlighted by examples common to tradition: the death sentences passed on his own lieutenant Salvidieno Rufus (Cass., 48.33.1;Flor., 2.16.5); on his tutor Gaius Toranius (Suet., *Aug.* 12); on his maternal uncle ("forced" according to Vell. 2.66.2) Lucius Caesar (Plut. *Ant.* 19.3; later saved by Antony (Cass., 47.8.5); of Alexander, brother of King Iamblichus (Cass., 51.1.4); and of the sons of Antony and Cleopatra (Cass., 51.6.1; while Suet., *Aug.* 16, speaks only of the death sentence of Caesarion, while the other sons were 'raised' by Augustus himself). Finally, Octavian's pettiness (Suet., *Aug.* 13; 15; Cass., 49.15.4; 49.36.1; 50.20.6-7) is seen particularly in the killings of the Flori, father and son (Cass., 51.2.6; Suet., *Aug.* 13), and also in his attempt to bribe Cleopatra and then kill Antony (Cass., 51.6.6), as well as in his"fake"clemency for the conquered (Cass., 49.34.5). Furthermore, the authors agree that, even though he had been through five civil wars (Suet., *Aug.* 9) Octavian, had very little military experience (Suet., *Aug.* 16; Cass., 50.18.3), as underlined during the war against Brutus where without any major conquest, he was beaten and chased away (Plut. Ant. 22.1; Suet., *Aug.,* 10; 13) (Velleius' justification for this defeat is Octavian's illness 2.70.1, about which Su. 8 also speaks); by opening hostilities against Sextus Pompey (Cass., 48.45-46); by his naval inexperience (the news of Suetonius seems very ironic: « he lost two fleets in two shipwrecks despite it being summer»; see Suet., *Aug.,* 16); by his continuous defeats against Apollofane'; fleet in Reggio (Cass., 48.47.5.-6; Suet., *Aug.* 16) and against Sesto himself in Messina, despite having a greater umber of ships (Cass., 49.2-5; Liv., *Per.* 129); in his failures against the Japids (Cass., 49.35), against the Dalmatians (49.38.4, Suet., *Aug.* 20), peoplewho were in any case subdued by his generals (Suet., *Aug.* 20; Liv., *Per.* 131) and, finally, against Antony himself in achivalry battle in Egypt, even after the victory of *Actium* (Cass., 51.10.1). Similar failures were also a consequenceof the bad relationship between Octaviano and his troops (Suet., *Aug.* 14); several times, in fact, Cassius Dio claims that theson of Caesar "did not cater for them" (49.7.6; 13.2).

Antony's[15] pernicious plague[16]. These are situations that would all usher a

[15] Cic., *Phil.* 2.22.55: «*ut Helena Troianis, sic iste huic rei publicae belli cause, causa pestis, atque exiti fuit*»; false statement according to Plutarch (Plut., *Ant.* 6.1), born of the mutual hatred between the two (Plut., *Ant.* 2.1-2).
According to the most accredited doctrine, the "*Nonstandsrecht"* of the senate is not the "*Nonstandsrecht"* of the *res publica.* See about that Fiore, F. (2010). *Repubbliche Romane*. Princeton; D'Oro, L. (2013). *Gestione della crisi durante la Repubblica Romana. Il ruolo delle istituzioni politiche nelle emergenze*, Cambrige, to wich I refer for the previous literature. As far as *iustitium* in relation to *senatus consultum ultimum*, usedfor politica reasons. See for all Nissen, A. (1887). *Des iustitium. Eine studie aus der römichen Rechtsgeschichte*. Leipzing; Garofalo, L. (2008, pp..61-83). *In tema di* "iustitium". In *Piccoli scritti di diritto penale romano*. Padova.

[16] The Augustan propaganda weighs heavily on the figure of Antony; on his negative public image (Suet., *Aug.*, 86.5; Brendel, 1962, pp. 359-367) in particular p. 365 note 2; Plut., *Ant.* 4.3); on his career (Vell., 2.56.4 "*very willing to dare everything*"; also 2.60.3; Cass., 51.15.3; Flor. 2.14.2; 15.1; 19.1, who, as a great part of the historiography is merciless even against Lepidus, Flor., 2.16.1-2; Vell., 2.80.1; Cass., 48.4.1); referring to his arrogance and hostility towards Octavian (Plut. *Ant.* 33.2 ff.; 16.3 ff.; Vell., 2.61.1; Cass., 48.45. 2-3; 49.41.2; 41.6; Flor., 2.14.4; 15.1- 3; Suet., *Aug.* 2; 4; 7; 10); to his tyrannical tendency (Cass., 48.39.1; 49.21.1; Flor., 2.21.3); to his vices (Vell., 2.63.1; 2.82. 4; 2.83.2 ss.; Flor., 2.21.10; Cass., 50.5.1 ss.; 50.27 ss.; Plut., *Ant.* 6.6; 24.2 ss.; Cass., 27.1-2; 39.1; 45.28.1-2; Plut., *Ant.* 2.4; 9.6 ff.; 21.3; 23.2; App. *Bell. Civ.* 5.7.30; Cic., Phil. 2.25.62-63; even if many of these were wrongly considered vulgar, Plut. *Ant.* 4.4); about his cruelty as exemplified by the killing of Brutus and Sextus Pompey (Vell., 2.87.2; Cass., 48.31.6; Flav. Gius., *Antiq. Iud.* 14.488-490; *Bell. Iud.* 1.357), from that of Antigonus in Jerusalem (Cass., 49.22.6); of Iamblichus, king of Arabia, and other senators, (Cass., 50.13.7), of Cicero (Vell., 2.66.2; Flor., 2.16.5; Plut., *Ant.* 19.3; 20.3), of the brothers of Cleopatra (Cass., 48.24.2). Finally, in a very subliminal way, whenever it has the opportunity, Roman historiography makes a juxtaposition of the name 'Antony' and the verb 'to flee' (Vell., 2.61.4; 2.62.1; 2.63.1; 2.82 .3; 2.85.3; Flor., 2.20.10). The Augustan propaganda also insists on his military ineptitude as much as about the war against the Caesaricides (Flor., 2.17.10: «he kept his failures well hidden indeed, and instead, he sometimes sent out news of successes»; of the expedition against Pacoro, king of the Parthians in 37 BC (Flor., 2.19.4; Liv., *Per.* 127; Cass., 49.32.1, successfully completed not by him but by Ventidius: see Broughton, (1951-1986, vol. 2, pp. 337, 339, 393); Cass., 48.41.5; Plut., *Ant.* 34.9; Flor., 2.19.5), for which he also attracted the contempt of the enemy Sextus Pompey (Cass., 49.17.5) and which cost the Romans 20.000 deaths (Flor., 2.19 .6); of the expedition to Armenia against Phraates IV in the summer of 36 BC, a real Waterloo *ante litteram* (Vell., 2.82.2 ff.); Cass., 49.27-28; Flor., 2.20.2) in which Antony lost 12 of his 16 legions (Flor., 2.20.10; for Titus Livius (Liv. *Per.* 130, who gives him the ironic nickname of 'brilliant' general, also see Flor., 2.20.10, and where he lost not 12 but 18 legions and a total of sixteen thousand knights).Tradition also insists on his fragility with women (Plut., *Ant.* 10.5: including the influence on him not only by the noble Cleopatra, but also Fulvia and Glafira of Cappadocia (App., *Bell. Civ.*, 5.7.31) Mart. 11.20; Flor.,

certain emergency legislation which I will discuss later. I do not think I can say that there is a particular aspect of the Roman constitution aimed at a state of emergency without proving that it was up to the senate, or rather that the senate it was progressively attributed the duty of, t providing for the protection of the state from internal dangers. This fact is not justified by the sources. This pot withstanding the appeal to the *senatus consultum ultimum* and most especially to more exceptional used applied several times in the Republican Age for the *iustitium,* postulati *ipso facto* at least at the political level, was considered by de Roman sistem, the most useful remediy to be adopted in extraordinary cases.This was propaganda geared towards preparation for an inevitable confrontation, culminating in Antony's letter to Rome to formalize the divorce from Octavia, from Octavian's[17] public reading of Antony's will and from other accusations[18].

2.16.2). Nevertheless, this same merciless historiography also takes into account the fact that Antony had many good qualities: from a young age he was a skilled commander (see the expedition to Syria in 58 with Aulus Gabinius (Broughton, 1951-1982, 2, p. 203); Badian (1959, pp. 87-99); Plut. *Ant.* 3.1-3; 3.9; 7.1 ff.) and in any case he was always the magister equitum of Caesar (Cass., 42.21.1; Plut., *Ant.* 8.4, who differed from the version of Cicero *Phil.* 2.25.62 according to which Antony was appointed without Caesar himself knowing: in fact he began his magistracy in 48 BC: Broughton (1951-1982, 2, p. 272), so much so that he should also have shared the Plut., *Brut.* 18.2-6). He was an excellent general even in his adulthood (Plut., *Ant.* 43.1 see also the stratagem with which he made Octavian flee before *Actium* in the preliminary phases Plut*., Ant.* 63.1); again, Plutarch, with regard to the expedition to Armenia (Plut., *Ant.* 38, ff.) provides a completely different opinion, attributing a lot to the ineptitude of the lieutenants, namely Flavius Gallus (Broughton, 1951-1982, vol. 2, p. 404 and p. 420) and to Canidius himself (Plut., *Ant.* 42.2), and to diseases (which cost about 20.000 deaths, Plut., *Ant.* 50.1.1; and Flor., 2.20.9) as well as to Antony's ineptitude. He also recounts how Antony was forced to return from Syria (where Plut., *Ant.* 39.4.1 he exhibited great value and discipline) due to Octavian's failures against Pompey (even though Cass.,48.54.1, attributes this return to an attempt to spy on Octavia) and to be of help through his ships (Plut., *Ant.* 55.2 which was not returned to him); it was also Antony who tried to save Sextus Pompey after his capture (Cass., 49.18.4) and stood against a massacre of Egyptians in 58 BC. (Plut., *Ant.* 3.8); not to mention his magnanimity (Plut. *Ant.* 3.10; 63); his prodigality (Plut., *Ant.* 4.7); his being loved by soldiers (Plut., *Ant.* 17.5) and, finally, his being a very good person (Plut., *Ant.* 43.5).

[17] Cass., 50.2.3. « [...] *Antony solemnly stated that Caesarion was truly Caesar's son; he said that he had given splendid gifts to the children brought up by Cleopatra and that he wanted to be buried in Alexandria next to that* woman. Outraged by this, the Romans thought that the other rumours would also be true, that is, if he had won, he would have made a gift of Rome to Cleopatra and would have transferred the capital of the Empire to Egypt» (Plut., *Ant.* 58.5; Suet., *Aug.* 17.1-2).

[18] Considered as 'Lies' by Plutarch himself (*Ant.* 59.1).

Yet as early as 44 BC, Antony, probably aware of the fact that the death of Caesar had shown how far republican ideals were still deeply rooted within Roman culture, had proposed a *Lex Antonia* of Latin law. His intention at this point was to abolish the dictatorship, especially taking into consideration what happened at the end of the Second Punic War, when the Roman senate issued the *senatus consultum ultimum* against it, even though this *senatus consultum* was lost over time, with the rise to power of the subsequent dictators[19.] In fact a particulaly interesting aspect of the Roman emergency

[19] As to the questions relating to Caesar's dictatorship and its consequences, I refer to what I have already said recently in Brandi Cordasco Salmena (2020, pp. 71-74). One cannot take part in certain political turning points of the twentieth century, liquidating them *sic et simpliciter* with definitions that are detached from a precise analysis of their contours. Often the functional reconstructions of the absolutist drift of the Third Reich suffer from serious aporias, especially with reference to the concept of dictatorship that emerges apodictatorially, sometimes through inaccurate comparisons, if not entirely misleading, with respect to the succession of movements that contextualise them historically. It is good then to trace, as far back as possible, the origin of the institute, moving from Roman public law (not only in the scope of a certain terminology but, as Carlo Pontorieri observes, on the basis of neoclassical models as factors that cannot be revoked of the shared identity of the West). The power of the *dictator* rests in the constitution of the Roman res publica as an emergency device able to suspend some fundamental guarantees: the division of powers and the collegiality of the two Consuls are sacrificed in favor of monocratic absolute prerogatives; just as the provocative ad populum, fundamental protection of the Roman citizen, which can always invoke to be judged by the populus (or by the centuriate meeting, the main political assembly of Rome) for offences that included the death penalty, remains suspended. After the Republican Revolution, it was assumed as a founding element of the mores maiorum, the oath of Brutus, who was its father, no one would reign over the Romans anymore. The *affectatio regni* is punished in the same way as the most serious crimes and is equalled to the perduellio. This does not alter the fact that in particular circumstances, when the consultation was ineffective in relation to the need to take quick decisions, it was permissible to resort to dictatorship. The *dictator* proposed by one of the consuls behind the *auctoritas patrum*, brings together the imperium, all the political-military power, and is joined by the *magister equitum*, in the midst of an unequal diarchy that maintains the idea, albeit weakened, collegiality. The qualification of the *minor magistrate* testifies that the appointment of the *dictator* normally responds to war needs Varro in *De lingua latina* refers its terminology to the fact that his appointment was perfected through the solemnity of the oral formula pronounced by the *consul*; which seems plausible, since at this time the major Roman negotium are celebrated verbally in the summary of that economy of legal means of which Jhering has long said. The principle of writing is instead entirely Hellenistic. *Dictator* could also derive from the speech he gave in front of the troops, when the commander just invested gave the orders orally. The *dictator* was in charge for the time necessary for the emergency, with the *maximum* limit of six months but also fell with the expiration of the office of the consul who had appointed him. The most famous *dictator* in Re-

publican history is Lucius Quintius Cincinnatus, called twice to his post for war needs while he had retired from political life, returning to his fields (so says the annalistic but it is debated). We also know of Quintus Fabius Maximo, the *cunctator*, the *temporeggiatore*, asked to save the *Urbe* after the defeat at Lake Trasimeno by Hannibal, during the second Punic war. Subsequently, in the crisis of the *res publica*, a different form of dictatorship is affirmed, which justifies on other premises the concentration of full powers: to rebuild and/or to innovate the institutions, to modify them rather than to preserve them because of impromptu factors, for a period limited to what is necessary, but limited to a fixed period. The first example of this new type is given by Lucius Cornelius Sulla, the sample of *optimates*: elected by the centuriate meeting as *dictator legibus scribundis et rei publicae constituende causa*, his task is to rewrite the laws and the constitution of Rome within three years, and no longer six months, during which many laws are revised in an aristocratic key before Lucius Cornelius Sulla's definitive retreat to private life, anticipated by the annihilation in various ways of almost all political opponents. Caesar, who stands for the *populares*, the *Actium* that held together the *plebs* and the majority of the *nobilitas* patrizio-plebeian went a step further: he made himself a *dictator* for several years, not for six months, and in the end he even became a perpetual *dictator* even in the wake of *a Caesaris clementia* on the basis of which he shunned any instrumental revenge, meditating on the idea of renewing Rome according to populist and Hellenistic suggestions of the democratic *dictator* (examined by Luciano Canfora). It was not by chance, however, that just after his appointment as a *dictator* for life he was suppressed during the ides of March 44 BC. In that year Cassius was a peregrine praetor while occupying the urban court Marcus Junius Brutus, "*son*" of Caesar but at the same time descended from that Lucius Junius Brutus who had shouted never again no one will reign over the Romans. When Octavian routed Antony and had all the power in his hands (of this part of the world), mindful of the end of Caesar, he was careful not to be appointed *dictator*; rather he liked to speak of res publica restituta, of restoration of republican institutions, finally freed from the civil war of the opposing *Actium.* Having become Augustus, he wrote in his autobiography, which he engraved and affixed in Latin and in Greek in the main cities of the newly created empire, that he had equal potestas compared to the other *magistrates* and only a greater auctoritas. From a rich reservoir of Roman institutional examples it is therefore possible to assume the exact scope of different types of dictatorship; on the other hand, Mommsen himself, distinguishing between ordinary and extraordinary magistratures, does not hesitate to place the dictatorship among the latter. At a crucial moment in the twentieth century Europe, the identical separation was taken up by Carl Schmitt in 1921, at the time just over thirty, in the monograph *Die Diktatur*. The jurist (but also philosopher and political scientist) is a theorist, so to say, plagued by practical problems: most of all by the political instability in Germany of the Weimar Republic, born fragile after the defeat suffered by the Germans during the First World War. The Weimar Constitution enshrined in Article 48 the possibility of suspending democratic guarantees by the President of the Reich in extraordinary cases of necessity. Schmitt had followed the seminars of Max Weber and had well in mind the famous Weberian lecture on politics as beruf, profession (or vocation), in which his Master had theorized, as a long German tradition, even dating back to Luther, the concept of

charismatic legitimacy. On the paradigm of Mommsen and Weber, Schmitt elaborates the distinction between dictatorship commissioner and sovereign dictatorship: the first proposes not the destruction of a political regime but its conservation in a time of crisis; the second, however, is the refounding of the political order according to a new programme. Strong in Roman constitutional history, he identifies the elements of the commissary dictatorship in its legal character, that is, in the fact that it is normally provided for by laws, in its temporary nature and in its aim of saving the republic, not of subverting it. The president of the Reich, democratically elected by the citizens, expresses his democratic-charismatic legitimacy and legally exercises his emergency powers under Article 48 of the Weimar Constitution. In another of his works, Schmitt links this power to the principle of sovereignty (the sovereign is the one who decides the state of exception) by making a real general survey of his *doctrine* of the constitution on the basis of the État de siège, the French state of siege. It evidente however, that in Roman law sovereignty remains expressed through the initials SPQR; Schmitt thought of Lucius Cornelius Sulla or Caesar but also of some modern experiences: the military dictatorship of Cromwell, the Jacobin phase of the French Revolution and above all the Marxist theory of the dictatorship of the proletariat (a few years after the October revolution of the civil war that follows). In 1932, in a new essay, Legality and Legitimacy, the same distinction was brought up, to which is added the hypothesis of subversion of the political order through legal instruments; that is, an illegitimate use of democratic powers of emergency is theorized (the dictatorship commissioner). In order to establish a different authoritarian political order (the sovereign dictatorship), the anti-Nazi doctrine of democratic-charismatic legitimacy of the Reich president is re-proposed. The legal subversion of democratic power is exactly what happens in Germany from the following year, as it happened in Italy after the assassination of Matteotti but with German consequences: Hitler after the fire of the Parliament is given exceptional powers; after the death of the President of the Reich, Hindenburg, he cumulates the office of chancellor with that of head of state, becomes the Führer of the Third National Socialist Reich with full powers that allow him to outlaw all parties except his: the last act in this regard dates back to 1944. Meanwhile, Schmitt, in 1934, as a practical jurist, had changed his mind and joined the National Socialist Party, also collaborating in the drafting of some laws; in 1936 he was put aside with the accusation of opportunism. Grundgesetz, the Basic Law created in Germany after the war, does not contain any text that resembles the old article 48 of the Weimar constitution as well as the Italian republican constitution, born of the Resistance. In France, on the other hand, the 1958 Constitution maintains in Article 36 the possibility of proclaiming the 'ètat de siége' with the relative conferral of powers on the President of the Republic; [...] *regia potestas sane bonum est reipublicae genus, ut dixi, sed tamen inclinatum et quasi pronum ad perniciosissimum statum,* writes Cicero in 2. 48 of *De Republica*, when power concentrates monocratically the risk of any degeneration is always around the corner of the most dangerous aporias. *Mutatis mutandis* i would also reflect on the memories of a great and unsuspected winner of history, Lev Davidovic Bronstein called "*Trocky*" about a judgement on a comrade of struggle, also overwhelmed by the clash of *Actium,* which seems to comment on the judgement of the *Prince* of Machiavelli, on the basis of the observations made by Xenophon in the Tirranid, for whom he attributes to

legislation is precisely the one referred to the possibility of the *dictator* to turn to the *iustitium*, attribute of the *mayor potestas. This* temporarily justified all the public or private office requested the assistance of magistrates or their representatives.[20] This law remained in power until 22 BC, when this very senate abrogated it, by permitting the dictatorship of Caesar Augustus. After all, Rome was certainly not lacking in laws that institutionally and, almost legally, offered individuals full powers: the *Lex Gabinia de piratis persequendis*[21], of 67 BC, for example, gave Pompey the Great full powers to lead the war against the pirates who occupied the Mediterranean with an army of 500 ships, 5.000 knights and a total of 120.000 armed men; as well as the *Lex Pompeia Licinia* of 55 BC[22] extended Julius Caesar's proconsulation in Gaul for another five years.

As far as Antony is concerned, beyond these undoubtedly not dictatorial intentions, it was evident that the leader had proclaimed Caesarion 'king of kings'[23] and his sons born of the queen, respectively sovereigns of Syria, Asia Minor, Cyrenaica, as well as Armenia and Partia, regions which, however, were still far from being under the effective control of Rome[24]. What scandalis ed the Capitol was not so much the fact that Antony, as usual,

him all the qualities of the politician but not the defects. If the discrimination does not pass through good and bad rulers but through those who know how to carry the dynamics of power and those who are alien, the dialogue *Xenophon* where Ierone of Syracuse mourns his condition as a tyrant and is consoled by the poet Simonides, is perhaps the first political book that tempering the sceptre to the rulers expressed in the aporetic form of the conversation the painful need of command. For each study see Sini (1976, pp. 401-424); Id. (1983, pp. 111-136). Meloni (edited by) (introduction by Nicolet C.); Pontorieri (2017), of which i share the analysis and the settings, referring you to the remaining literature; some ideas also in Id. (2018). See interesting ideas in Garofalo, L. (2008).

20 The suffix *stitium* appended to the verb stay, which expresses the idea of standing still, and *Ius* which implies the right or at least its exercise, justifies, if not the suspension of the law (and this distinguishes it from the dictatorship), at least the way normal rights are exercise. So much so that in the absence of the *dictator*, even the consuls or the praetor could proclaim the *iustitium.* In order to do this consuls or the praetor *however needed* the authorization of the senate.

21 Not to be confused with the *Lex Gabinia tabellaria* of 139 BC on the introduction of the secret ballot, law it was named after the tribune of the plebs Aulus Gabinius; Cass., 36.23.4-5; Plut., *Pomp.* 25.3; 26.2; Flor., 1. 41.7. The law passed thanks to the political support of Caesar and Cicero, who considered it illegal, but necessary. This law marked a fundamental phase in the collapse of senatorial power and of republican Rome.

22 Proposed by the consuls Gnaeus Pompeius Magnus and Marcus Licinius Crassus; Cic., *Att.* 8.3.3.

23 Cass., 49.41.1.

24 Cass., 49.41.3.

chose those who had to reign over the regions he had conquered[25], but that he chose his own children[26] born of a foreign queen[27]. All this was so unacceptable for the proverbial parochialism of the Romans that it induced them to unite in good part, even though not, as mentioned before, in toto, behind Octavian, who was very skilled at exploiting the growing indignation[28] and to subsequently use it as an instrument of power and propaganda and a move to conquer even the part of the Empire that was not under his control. It was relatively easy for the young man to convince the senate to revoke the position of consul that Antony was supposed to hold for the year 31[29], and to obtain, in addition to his third consulate, an extraordinary oath of allegiance

[25] Aminta was appointed king of Galatia by Antony in 36 BC (Vell., 2.84.2; Cass., 49.32.3), without arousing any surprise in Roman public opinion; the same was true for Archelaus of Cappadocia (Cass., 49.32.3) and Polemon king of Armenia Minor (Cass., 49.33.2) who participated alongside Antony in the war against Phraates IV Cass., 49.25.3-4; Vell., 2,822; Plut., *Ant.* 38.6).

[26] According to Cassius Dio (49.32 4-5), Antony recognized Alexander and Cleopatra (named after her mother) and Ptolemy Philadelphus (Liv., *Per.* 133) as his own children. He gave them 'strategically' many regions of Arabia, since the king of that region, Malchus, had helped Pacoro of Armenia in the aforementioned expedition of 36 BC, together with the other areas of Phenicia and Palestine (Flav. Gius., *Ant. Iud.* 15.92.96; *Bell. Iud.*, 1.361-362), of Crete, as well as the region of Cyrene and the island of Cyprus (according to Plutarch, these regions were donated directly to Cleopatra. Plut., *Ant.* 36.3, and then given to the sons 54.6-7; see Marasco (1987, pp. 50 ff.).

[27] The Augustan tradition after *Actium*: (Fraser 1957, pp. 71-73); Plut., *Ant.* 25.3; 36.1; Cass., 48.24.2; 24.7; 27.1; 28.3; 49.33.4). Plut., *Ant.* 60. insists on Antony's fury for the monstrum Cleopatra (Hor., *Od.* 1.37.21; Flor., 2.21.3). In fact, the ancient pro-Augustan sources seem to compete in attributing the blame for the war between the triumvirs, both to the moral fragility of Antony, and to the enchanting abilities of the queen: it is Florus (2. 21.11; 1-3) who introduced the concept of furor Antonii «[...] *overcome by love for Cleopatra' [...] forgetting his homeland, his name, his toga, his leagues,* he abandoned himself to that monster, not only sentimentally, but also through his way of living and his style of dressing»; Titus Livius himself is no less severe (*Per.* 132): «M. Antony because of the love for Cleopatra [...] did not want to return to the city nor, after the end of the triumvirate, give up command, and was preparing to wage war against the city and Italy, after having put together considerable forces on both land and sea». Cassius Dio also shows an Antony who called Cleopatra "queen and mistress", placing himself in the position of a prince consort (Cass., 50.5.1); not to mention Seneca's own severe judgment, *Epigr.*, 69: «Antony came in [...] and Cleopatra appeared from Canopus, asking for Rome as a dowry». Antony's 'orientalization' also transpires from the names of his children: Alessandro Elio (the eldest son), Ptolemy Philadelphus and Cleopatra Selene (Plut., *Ant.* 36.5; Cass., 49.32.4-5), twin sister of the second son.

[28] As regards the accusations that the two triumvirs made against each other, Cass., 50.1.3 ff.

[29] Plut., *Ant.* 60.1; Cass., 50.3.3; was replaced by Valerio Messalla (47.11.4; 50.10.1).

from all the Romans. This oath was a real investiture in power, more than any other office previously or later obtained. There had been nothing in the past in republican institutions that resembled this procedure, and if Antony was blamed for living the life of a monarch, his rival, probably appealing to the *Lex Appuleia de maiestate*[30] in fact, was no different, in the West.

That of hostis publicus, in other words the public enemy, was according to Roman, law a condition declared by the senate against any citizen considered particularly harmful to the existence of the *Res publica*. On the basis of this concept, whoever was struck by the declaration of *hostis publicus* became an outcast and an enemy of the community and of the State and as such punishable as an external enemy[31].

Starting from 88 BC, the decretum of proclamation of hostis publicus was often added to the *senatus consultum ultimum*, which sometimes was appended to, and at other times preceded, this proclamation. What is interesting is how from the 1st century if. BC, the previous consequentiality of the *senatus consultum hostis publicus* relationship, was no longer valid and, therefore, both were also used separately[32].

In fact, in 88 BC, at the dawn of the Lucius Cornelius Sulla dictatorship, Gaius Mario and his followers were declared hostes publici with no *senatus consultum ultimum* proclaimed; this probably was because Lucius Cornelius Sulla, who from then on through the *Lex Valeria de Sulla dictatore*, (proposed by and named after Lucius Valerius Flaccus and later approved by the centuriate rallies), would be elected dictator, and so did not need the intervention of the special *legibus scribundis* et *rei publicae constituendae*[33].

[30] It was proposed by the tribune of the plebs Lucio Apuleio Saturnino and approved in 103 BC; it provides for the extension of the field of application of the penalty for the crimen maiestatis to include any restrictions imposed by the magistrates against the maiestate of the Roman people. Lucius Cornelius Sulla integrated the case by inserting incitement to rebellion against Rome. Under Julius Caesar, any attack on the legal systems of Caesar himself fell into this category of crime.

[31] Botta, S. – Ferrara, M. – Saggioro, A. (2017). *Hostis, hostes, extraneus. Divagazioni etimo-antropologiche sul senso dell'alterità nella civiltà romana.* In *La storia delle religioni e la sfida dei pluralismi*, Atti del Convegno SISR (Roma, 8-9/04/2016). Brescia. 455-466.

[32] Caes., *B.C.*,1.7.

[33] App., *B.C.*, 1.98-99; among the first Sullan amendments there was the *Lex Cornelia de maiestate* or *Lex Cornelia Sullae* maiestatis, presented and issued in 81 BC to organize in an organic way the jurisprudence relating to the crimen maiestatis. The law punished all *Actium* aimed at undermining the institutions of the Republic, entrusting the judgment of any such criminal cases to a permanent court: the *Quaestio perpetua de maiestate*; it stated as a crime of treason the abandon-

The current reflections of J. T. Ungern Sternberg on the juridical aspects of the crisis of the Roman National Republic supplie on the subject: the exact scope of the *senaus consulum ultimum* is placed in the broader context of the law of the late-emergency Republican, when several citizens were declared, enemies of the fatherland. But the emergency law in the objective sense, must not be understood as a body of constitutional principles that would legitimise exceptional measures (and in particular death without proper trial) against citizens who had attacked the fundamental institutions of the *res publica*, but as a set of exceptional measures, culminating in the *senatus consultun ultimum*, and in the *hostis Erklärung*, with which the Roman *Senatus* battled, starting from 133 BC, against the attacks *salus rei publicae* promoted mainly (but not exclusively) by the *populares.* These measures of principle contested in the name of the subjection of the citizen to the laws and to them only, with the passage of time, subsequently became more and more widely (and passively) accepted[34].

In 49 BC however, a *senatus consultum ultimum* but not a *hostis publicus* proclamation was issued against Julius Caesar; it should be duly noted that, according to how Caesar himself[35] saw it, the *senatus consultum* issued against him, although not accompanied by the proclamation ad *hostis publicus*, had the same meaningful effect (or at least the same intentions) as those against Gaius Gracchus and Saturnino, in which both rulers were implicitly declared enemies of the homeland[36].

---

ment of one's province by a Governor in office, regardless of whether or not he left his own jurisdiction in war or not. The sentence envisaged here was capital punishment, commutable into voluntary exile with *interdictio aqua et igni*.

34 Ungern-Sternberg (1970, f. X-153). On this monograph y. Crifò (1970, 420 ff.); Guarino (1972).

35 Caes., *B.C.*, 1.7.

36 The premises of the institute of *senatus consultum ultimum*, can be identified in the particular events of 133-132 BC. and in the antisenatory re *Actium* (or antinobiliary) which led to the emanation of the *Lex Sempronia C. Gracchi de capite civis* in 123 BC: on the one hand, the senatorial nobility's plan to resort to extra-ordinary quaestiones authorized by the *Senatus* against seditious homines appears, on the other hand, the *populares*'plan to oppose the *senatus* consultation to the principle is manifested, connected with that of the old *Lex Valeria* of 300 BC., *ne de capite civium Romanorum iniussu populi iudicaretur*. As for the events after 100 BC., it is undeniable that, starting from 88 BC, the *senatus consultum ultimum* was often added the *decretum* of proclamation of *hostis publicus* but what does not appear (and therefore more convincing of the essentially political character of the senate's *Actium*) is the sustained combination of the two types of senatorial initiatives. Sometimes the cd. *senatus consultum ultimum* precedes, but sometimes it follows the "*hostis-Erklärung*", and is already very signicative. But what is most important to note is that sometimes the *senatus consultum ultimum* is

This unequivocally shows the beginning of the institutional and civil crisis of the Roman senate at the end of a republic, whose desire and decrees seemed to adapt to the man of the moment, that is, to the most prominent personality in office. For this reason, from 87 to 32, before *Actium*, there was a very large number of *hostes publici* in Rome. They were no longer proclaimed by resolution of the senate, but rather, they were motu proprio of the most influential men.

These decrees, in fact, were usually issued, only with regards to persons who were outside the immediate sphere of *Actium* of those magistrates (who were highly connected, or presumed to be, to the republican institutions), machinists or individuals who were simply accused of treason towards the institutions and the people.

Whether this appointment had official institutional legal effects or not, is difficult to say. Apparently, the answer to this question would probably be a 'yes', for the case between Octavian and Antony, if the rest of the accusations made by Caesar's nephew against Antony, were to be taken into consideration.

It seems, however, evident that the right of civis romanus was certainly removed from the *hostis publicus*, as can be seen from the famous session of the senate, dated 5 December 63 BC against the followers of Catiline, and confirmed by the consultum with which it, in the following year 62 BC, declared that anyone who demanded punishment of those responsible for the execution of the followers of Catiline[37] would be considered *hostes publici* (This accusation fell precisely on Cicero who was forced into exile).

---

issued and not the proclamation of hostis publicus, sometimes the other way round adv.
It could be continued, but these observations suffice to permit doubts about the progressive affirmation in Rome of the system of the combined decree *Senatus* identified by the Ungern-Sternberg. Contrary, or at least different from what the Ungern-Sternberg wants to demonstrate, the "*Notstandspolitik*" of the Roman *Senatus* in the period of the republican crisis proves to be anything but rigid. It adapts itself flexibly to the various situations, sometimes dominating them and sometimes dominating them, and for this very reason it is even more a true policy. A theme that, to the test of the facts, demands articulated assessments and refuses to a too elementary schematization of ends and means.
On emergency legislation Tarchi (p.e) (2012), with contributions from Tarchi, Hartywig, Luther, Lachmayer, Anzon Demming, Biaggini, Diez-Picazo, Romboli, Verdussen, Ferioli, Malfatti, Dal Canto, Carrozza, Azzena, Randazzo; Passaglia and Onida; Donati (2005, p. 29); Pinna (1993); Id. (1988, p. 203); Angiolini (1984, pp. 203-209); Fresa (1981, pp. 113 ff.).

[37] In fact, the *Lex Clodia* of January '58, established, in confirmation of the *Lex Sempronia de capite civis*, that *qui civem Romanum indemnatum interernisset ei*

One of the most remarkable abilities of Caesar's adopted son, however, was that of knowing how to make believe. He managed to appear again as an expression of the republican system[38] by officially declaring war on Cleopatra[39] albeit aberrant common belief and understanding. In fact, it was the two triumvirs who, however, opted for war with Octavian on Italian[40] soil and Antony at Pharsalus, "where Caesar and Pompey[41] had once fought". The latter, however, was quicker at deploying the forces[42] at his disposal for the war. These same forces in September were already a powerful defensive line along the Ionian Sea at the border between the two domains. Antony's choice had the twofold aim of keeping the war front away from Egypt, his operational base and primary source of funding, and also to avoid giving the impression of an attack on the Italian peninsula since this would have called for even greater public contempt than there was already.

Octavian therefore had time to gather his forces and optimistically[43] moved at the beginning of 31 BC, disembarking from Brindisi[44] to Torine[45] in Epirus[46], while Marcus Vipsanius Agrippa preceded him and sailed to attack [47]Antony's positions in southern Greece. This was in a bid to disrupt the link between the main fleet positioned in the Gulf of Ambracia and the fleet in the eastern Mediterranean ie Egypt and Syria, from where the troops got their supplies.

The guerrilla tactics of Admiral Octavian were facilitated by the long distance of the enemy positions between Corcira and the Peloponnese. For this reason, the first attack was launched against the city of Meton[48], located

aqua et igni interdiceretur. (Vell, 2.45.1) like the subsequent *Lex Clodia de exilio Ciceronis*, with which (in *March* 58 BC) Cicero was exiled, since he had escaped the judgment of the first *Lex Clodia*.

38 Frediani (2007, p. 364); Tac., *Ann.* 1.1.

39 Cass., 50.3.4; 6.1; 26.3; Plut. *Ant.* 60.1.

40 Cass., 50.9.1.

41 Plut., *Ant.* 62.4.1.

42 Antony was the quickest to gather and deploy his forces. However, despite this advantage, Plutarch reproaches him for postponing the war and giving Octavian time to prepare himself (Plut., *Ant.* 58.3).

43 Plutarch (Plut., *Ant.* 60.2) and Dio (Cass., 50.8) talk of different omens; according to Suetonius (Suet., *Aug.* 97) Antony's victory was hoped for as much as his defeat too (Cass., 50.8.6).

44 Flor., 2.21.4; Cass., 50.11.1.

45 It is Plutarch who gives us the precise place (Plut., *Ant.* 62.5), while Florus speaks more generically of Epirus (Flor., 2.21.4)

46 Flor., 2.21.11, 4; Cass., 50.11.1.

47 Oros., 6.19.6.

48 Cass., 50.11.3; Meton is a Greek city in Messenia.

at the southwestern tip of the Peloponnese, where the erstwhile powerful Bogud, ancient king of Mauritania, and ally of Antony, had been defeated[49].

Even though this manoeuvre, allowed Marcus Vipsanius Agrippa to control the maritime circulation on the west coast of the Peloponnese, and rendered intercepting all the grain supplies from the East possible, it did not worry, Antony[50,] who from his headquarters in Patras, still maintained control of the Gulf of Corinth[51].

The attack of Marcus Vipsanius Agrippa on Corcira[52], which allowed the landing of Octavian's legions[53] at Porto Dolce[54], just north of the island, at the mouth of the Acheron River[55], turned out to be very pernicious within this war strategy[56].

By the time Antony was informed of the landing of the foe and of his advance along the coast, Octavian had practically already reached the Gulf of Ambracia[57], occupying the Michalitsi / Nicopolis Plateau[58], north of Preveza and building a wall that connected it to the port of Comaro[59], two km to the west.

---

[49] Cass., 50.11.3; Strab., 8.4.3; Oros., 6.19.6; Porphyry., *De Abst.* 1.25.

[50] Cass., 50.11.3.

[51] Carter (1970, p. 205); Cass., 50.9.3 this is the current Achaean city (Vell., 2.84.2) of Patras (Patrae) in the Gulf of Corinth.

[52] Cass., 50.12.2.

[53] Cassius Dio highlights Octavian's intention to move in directly against *Actium*, and not against Antony in Patras, in order to persuade part of the enemy fleet to switch to his side (Cass., 50.12.2).

[54] Cass., 50.12.2. So called because its waters were rendered less salty by the flow of the Acheron River.

[55] Cass., 50.12.2.

[56] Oros., 6.19.7.

[57] Kromayer (1898, pp. 11-12); Bengston (1979, p. 133); Pliny gives us information about the Gulf (4.1.1) when he speaks of Epirus: «*On the coast of Epirus [...] the Gulf of Ambracia, whose half-a-mile wide mouth engulfs the large bucketlike sea, is 37 miles long and 15m wide. The Acheron River empties itself into the gulf [...] there, on the Gulfcity of Ambracia [...] coming out of the Gulf of Ambracia towards the Ionian Sea, one encounters the coast of Lefkada, the promontory of Lefkada, then the gulf and the actual peninsula of Lefkada, formerly called Neritide*». See Strabo (8.1.3).

[58] Cass., 50.12.3. This is the current Michalitsi, which even before receiving the auspicious name (ff.) Nicopolis (a widespread custom in Roman times, Cass., 36.3), was called Comaros (Cass., 50.12.4). It is located on the extreme southern tip of Epirus, just west of the Ambracian Gulf (Plin., 4.1.1). From there, Ottavian enjoyed a wide view to the West as far as the islets of Passo [Paxi and Antipaxi south of Corcira] and to the East, of the entire Gulf.

[59] Cass., 50. 12. 4; Carter (1970, p. 208).

By doing so the consul could remain in contact with Marcus Vipsanius Agrippa who, in the meantime, had dominion over that stretch of sea, the islands and the Peloponnesian coast and, at the same time, the consul would also block "*Actium* by land and by sea"[60].

Realising that Octavian had swooped down on him, Antony despite his efforts to gain some time by coming up with a stratagem[61] to deceive his enemy, was forced to make the entire army soccumb. Antony at this point, crammed the defeated army into the peninsula of *Actium*[62], close to the temple of Apollo which stood south of Preveza. This was a forced and unfortunate choice, given that the massing of the troops on flat but marshy ground soon gave rise to an epidemic[63].

A narrow stretch of water connected the seat to the gulf and Antony hastened to take control of it, placing towers on both sides of the entrance and placing ships in the center, "so that he could easily set sail and retreat[64]". Then he advanced northward, taking control of the Luro River from which the enemies drew water supplies. Antony backed this *Actium* with a series of attacks by his allied chivalry; but continuous defections and epidemics compromised the outcome and in little or no time, not only he did not succeed to harm Octavian in any way, but the triumvirato found himself without many of his kings[65], whom he himself had raised to the throne or gratified

[60] Cass., 50. 12.4.

[61] Cass., 50.15. 3; and also 31.3; Plut., *Ant.* 63: «[…] As early as the first rays of the morning the enemy fleet moved in against them, fearing that his ships without combatants would be captured, he lined up armed oarsmen on deck, so that they could be clearly visible. Then, with the oars raised as if they were wings spread on the two sides of the vessels, he gathered the ships at the mouth of the port of *Actium*, with the bows turned towards the enemy, so that they seemed equipped with oarsmen ready to defend themselves».

[62] Sacred place at Apollo (Cass., 50.12.7); (in 51.3.3) Dio mentions the construction of a temple at Apollo precisely by Octavian, while, a passage from Suetonius (Suet., *Aug.* 18) and Virgil (*Aen.* 3.275-288, adds information about an always turbulent sea in that stretch) Octavian enlarged an already existing temple.

[63] Cass., 50.12.8. Due to the poor choice of the site for the camp, epidemics afflicted Antony's army during both winter and summer. Octavian himself in haranguing his soldiers remembers this (Cass., 50.27.5). Nevertheless, Antony's army was also decimated because of the numerous desertions (Cass., 50.13.5-8; Plut., *Ant.* 63.5).

[64] Cass., 50.12.8.

[65] Among these, the king of Paphlagonia Philadelphus (Cass., 50.13.5), as well as Aminta king of Galatia [who was the first to defect with king Deiotarus (Philoromaios) (Plut., *Ant.* 63; Vell., 2.84.2; Cass., 50.13.5)] and Philopator Tarcondimoto of Cilicia (called only Tarcondimoto by Cassius Dio in 51.7.4); all crossed the carpet to Octavian's side. However, it is also true that many others remained loyal to Antony

in previous years, as well as without his other valuable allies[66]. The political propaganda of the son of Caesar, who had been very skilled at showing how Rome was on his side; who had brought senators with him, against a foreign queen and a man in a clearly descending phase, had gained many supporters for his ranks.

Even entire departments of enemy legionaries, who had become less and less convinced[67] of the cause for which they had been called to fight[68], crossed over. Meanwhile in Rome the two political *Actium* began the first clashes[69].

In a strategic plan to take over both the land army and the fleet of Antony, without bloodshed, Octavian urged Marcus Vipsanius Agrippa to tighten the encirclement. This is because even though he knew that his enemy's army had practically been reduced to half its size, by epidemics and defections, he, Octavian, did not want to risk conducting a naval battle offshore[70], nor to enter the Gulf of Ambracia which was well guarded by Antony's ships.

Caesar's admiral, on an unspecified date[71], then moved against Lefkas[72]and Patras[73], beating the fleet of Quintus Nasidius[74], driving out the team that

with Octavian after *Actium* «taking the kingdom from Philopator, son of Tarcondimoto, from Lycomedes, king of a part of the Cappadocian Pontus and from Alexander, brother of Iamblichus», whose personal participation in the Antonian cause together with Bocco of Libya, Archelaus of Cappadocia, Mithridates of Commagene and Sadala of Thrace is attested in Plutarch (Plut., *Ant.* 61.2). Other rulers, however, such as Polemon of Pontus, Malchus of Arabia, Herod of Judea, and finally the king of the Medes, although not participating directly, had sent in aid (Plut., *Ant.* 61.4).

66 Cass., 50.13.6.

67 Among these, Gnaeus ("Titus" according to the errata of Suetonius (Suet., *Aug.* 17), Domizio Enobarbus, governor of Bithynia and Pontus (Broughton, 1951-1982, 2, p. 401 ff.; Robert, 1974, n. 166), who later became consul in 32 BC on the eve of *Actius* «the only one of Antony's party who had never greeted the queen in any other way than by her name» (Vell., 2.84), were the first to abandon Antony and his cause.

68 The reason for the propaganda which went as far as sounding like door to door publicity, is somewhat the leitmotif of this civil war (Cass., 51.10.2).

69 Cass., 50.13.1-4.

70 Plut., *Ant.* 63.1.

71 According to Cassius Dio (Cass.,50.13.5) it happened at that very moment. Instead, according to Roddaz (1984, p. 163, n. 136) it happened after the battle of *Actium*.

72 City of the homonymous island in front of Acarnania (Cass., 50.14.1; Vell., 2.84.2; Flor., 2.21.5); today S. Maura or Lefkas.

73 Vell., 2.84.2.

74 Cass., 50.13.5; Vell., 2.84.2. Old partisan of Sextus Pompey, then passed to Antony who then entrusted him with the defense of the su Vell., 2.84.2. old headquarters and other cities.

was guarding the passage in the southern end of the nearby island of Capo Ducato, of Ithaca and Kefalonia[75]. Despite Gaius Sosius' last attempt to reconquer Lefkada[76], the capture of Corinth became inevitable. In this way, Antony's fleet had no possibility at all of receiving any backups. Marcus Vipsanius Agrippa, who had occupied an unspecified port but certainly further north, controlled all accesses to the Gulf of Ambracia and Corinth, ensuring the link between Octavian's army and its rearguard, as well as, with Italy, of course. This strategic defeat was a severe blow to the morale of Antony and his troops. Although his army was well perched on a well-defended position, it was in danger of extinction in its own isolation, since its supplies were now intercepted by Octavian's triremes and the routes leading to Greece and Macedonia were made less secure due to the desertion by some allies[77]: [Caesar] with his fleet on the alert and ready to attack, had surrounded the whole beach of *Actium*, the island of Lefkada, the Lefkada promontory [Cape Dukaton] and the two ends of the Gulf of Ambracia[78].

At this point, the ancient authors, undoubtedly conditioned by the propaganda that prevailed after Octavian's victory, explicitly presented Antony's tactical choice[79] to fight at sea[80], as unnatural or as a pretext for escape[81], or worse still as the psychological choice by Cleopatra[82], his charmer.

It is Cassius Dio as usual, who on the other hand, gives somewhat more precise information, talking about a war council, convened at the beginning of the battle. This war council had to determine whether to fight in the open field or at sea[83]. The Greek historian also states, moreover, that Cleopatra advised Antony to go to Egypt[84], certainly to join the rest of the

[75] Cass., 50.13.5; Vell., 2.84; Flor. 2.21.5.
[76] Cass., 50.14.2; Vell., 2.84.2: modern criticism has attributed a certain importance to this battle Paladini (1958, pp. 1-47); So has Carter (1970, p. 212). On the contrary, Wurzel (1938, pp. 361-379) and Leroux (1968, p. 31-37); and especially, Cassius Dio who is the only one who throws more light on this battle), verses 19-20 of Horace's Epodus IX instead, allude to this victory of Marcus Vipsanius Agrippa over Gaius Sosius.
[77] Obviously Aminta and Quintus Dellius; Carter (1970, p. 212). Cass., 50.13.8.
[78] Florus 2.21.11.4; the rapidity of Marcus Vipsanius Agrippa's conquests seems accounted for by the slowness of Antony's fleet which never arrived in time whenever it was needed (Plut., *Ant.* 63.5).
[79] Plut., *Ant.* 62.1.
[80] Plut., *Ant.* 63.7.
[81] Plut, *Ant.* 90.5.
[82] Plut., *Ant.* 63.
[83] Cass., 50.14.4.
[84] Cass., 50.15.1.

fleet crammed in Alexandria and the Red Sea together with the legions in Cyrenaica, Egypt and Syria[85].

For this reason, both Cleopatra's advice and the choice to force the maritime blockade was, apart from not being 'unnatural', the only feasible one. The idea of making *Actium* in charge of a land battle had to be excluded; Octavian had continually fought to reject this type of confrontation, knowing that time would play in his favor. Finally, the other alternative presented by Plutarch in the form of advice from one of his veterans[86] i.e disarming and abandoning the fleet and retreating to Greece or Macedonia while relying on the army[87] was a suicidal option, to say the least.

Saving the ships, or at least most of them, by waging a battle off Ambracia, was the only solution that would have allowed the triumvirato to have a second chance in Egypt[88]. He therefore deliberately weakened his terrestrial forces, embarking 20.000 men and two thousand archers[89], and forcing Octavian to do the same.

Ancient and modern sources provide contradictory information about how the forces were arranged by the two triumvirs before the clash. These contradictions, however, following a more careful analysis, would appear to be the results of eyewitness reports relating to different moments and situations of the campaign.

Antony, who was aware of the importance that the control of the sea could have on the outcome of the conflict, especially after the victory of Naulochus[90] had placed Octavian in an advantageous position. Antony therefore

[85] Frediani (2007, p. 60).
[86] Plut., *Ant.* 64.2-4.
[87] Plut., *Ant.* 63.6. Perhaps Plutarch did not realize that the solution offered by the veteran Canidius, was strategically questionable and would only have prolonged the agony of an army whose march towards Greece and Macedonia was not easy, anyway. With a new campaign against Octavian's troops at hand, and no supplies to count on nor any Egyptian or Oriental reinforcements guaranteed, precisely by the fleet tough times lay ahead.
[88] Carter (1970, p. 213); Reddè (1986, p. 343).
[89] Plut., *Ant.* 64.1.
[90] Here too, there was a considerable deployment of ships Florus (Flor., 2.18.9) speaks of 350 light tonnage ships in relation to the fleet of Sextus, while the ships with which Marcus Vipsanius Agrippa defeated Democare in the war against Sextus Pompey would most probably belong to an 'African typology' as stated by Cassius Dio (Cass., 49.1.1-2). In this passage about the last phase of the war, the author remembers the ships of Lepidus (the then governor of Africa) when he says: «he counted a lot on the height of the ships and on the stability of the

from the beginning of operations went in for a very powerful fleet[91], which he brought into the Gulf of Ambracia, opposite the peninsula of *Actium*. His flagship, the Antonia[92], supplied to him by Cleopatra, as well as most of this other ships were of an unusual sturdiness and tonnage[93], so much so that it seems as if in order to make up their crews they also recruited "wayfarers, donkey drivers, reapers and youngsters[94]".

It is the historian Orose who gives us the precise number, when he says that, [...] Antony's fleet consisted of one hundred and seventy ships[95] [...] so much larger in size (they rose ten steps above sea level[96].

structures. The ships were very large and sturdy, so as to carry as many sailors as possible, withstand enemy attacks and also to make allowance for the beaks to bend in the case of greater impact force [docking enemy ships]. These ships also carried towers, so that the sailors could fight from a higher place if they were fighting on a wall». On the other hand, as will be seen, the choice of Marcus Vipsanius Agrippa Octavian ad *Actium* (see 49. 2 ff.) was quite different, since they opted for the use of lighter vessels.

91 According Cassius Dio (Cass., 49.14.6), even though Octavian participated in the war against Sextus Pompey by providing ships, he had paid back the 'loan' to the "triumvirate".

92 Pliny, 19.22. «[...] With a purple sail Cleopatra reached *Actium* with Antony: this was the flagship insignia» (Flor., 2.21.8).

93 Flor., 2.21.11.5-6.

94 Plut., *Ant.* 62. Among these was Plutarch's grandfather, Lampria, who gave the biographer reliable and important information.

95 In the same light, even Florus (Flor., 2.21.6) who says "less than two hundred" also forgot about the 60 Egyptian vessels.

96 Oros., 6.19.8-9; Virgil (Vir., *Aen.*, 8.692-693) also speaks of turreted sterns, alluding to the size of those ships; Antony himself, in his speech to the soldiers before the battle, also recalled the difference in tonnage between his ships and those of Octavian (Cass., 50.18.3), as is reflected in the verses of Epodus I of Horace: «[...] *Ibis viburnums inter alta navium / amice propugnacula*»; Cassius Dio (Cass., 50.23.2-3) clearly shows how this choice of Antony was imposed by the victory of Octavian at Naulocus: «[...] and since Sextus [Pompey] was defeated mainly because of the size of the ships and the large number of sailors, *Antony had built ships much taller than those of his enemies (a few triremes, almost all of them with four and ten rows of oars, and the remaining ones with an intermediate number of oars). On them he prepared high towers, above which he had deployed many men who would fight as if from the top of the walls*». In the same vein also Florus (Flor., 2.21.5) and Plutarch (Plut., *Ant.* 64.1), who speak of ships with three to ten rows of oars so heavy as to give the soldiers the impression of fighting on land (*Ant.,* 65.4); these ships were built with solid timber held together with iron, so that they could not be scratched and rammed, not even on the side (Plut., *Ant.* 66.1). Again Cassius Dio (Cass., 50.33) and Plutarch (Plut., *Ant.* 66.3) compare them to small islands besieged by Octavian's small ships. Divi filius himself, in haranguing the soldiers before *Actium*, remembers this structural difference, adding,

According to the historian Braga, these figures seem not to include the 60[97] ships of Cleopatra that took over in the middle of the battle. However, the superiority of the tonnage of the Antonian ships compared to that of the enemy (which, however, was numerically bigger) is confirmed by most sources. [...] *but the size made up for the number. In fact, each of them had from four to six rows of oars*[98]*, moreover they were raised with towers and bridges in the likeness of fortresses or cities, and their every movement was cause for the groans of the sea and the winds to rage. This same greatness was also the cause of their ruin*[99]*.*

Plutarc[100], for his part, speaks of an impressive fleet of 1,000 ships that Antony must have gathered in Ephesus, at the beginning of the campaign. This number includes the vessels that were used for ordinary transportation. However, Cassius Dio[101] indicates that of the 500/480 actual warships Antony sent through Greece[102], he had only a part of them at *Actium*. Finally, it can be said that the subsequent defeats inflicted by Marcus Vipsanius Agrippa on Antony's lieutenants, Gaius Sosius and Nasidio likewise the desertions and epidemics that decimated his crews, certainly forced Antony to drop some of the ships, especially when one considers the impossibility of properly arming and equipping them. It is therefore legitimate, in these conditions, to believe that the triumvir did not have more than 230 ships[103] at

however, the difficulty of maneuvering (Cass., 50.29.1) that they encountered in battle.

97 Plut., *Ant.* 64: «When he had decided to fight at sea, he burned all the Egyptian ships except sixty, which were the best and the largest, and also had three to ten oars per bank».

98 According to Florus, however, Octavian's ships also had from 2 to 6 rows of oars (Flor., 2.21.5) since they were largely part of the Naulochus winning fleet which was certainly not light in tonnage.

99 Flor., 2.21.11.5-6.

100 Plut., *Ant.* 56: «*Antony [...] took Cleopatra with him and went to Ephesus, where his fleet, made up of 800 strong ships, including merchantmen, came in from all directions. Cleopatra supplied another two hundred vessels [...] Antony [...] ordered Cleopatra to sail to Egypt and wait there for the outcome of the war. But Cleopatra [...] then persuaded Canidius [...] to talk to Antony about her and to show him that it was not [...] convenient to demoralize the Egyptians, who were the backbone of her naval forces*». In chapter 61, 1 Antony's warships alone are valued at 500; Tarn (1932, p. 79); this number is however considered an exaggeration both by Tarn (1932, pp. 78-81) and by Brunt (1971, p. 505). It is symptomatic that the Egyptians played a prominent role in the crews of Antony's fleet, although the latter also made extensive use of sailors and rowers taken from the Hellenic cities.

101 Cass., 50.12.1. Further on (50.15.4) Cassius Dio notes that, considering defections and epidemics, many ships were burned down due to lack of crew.

102 This figure is reported in Plutarch (Plut., *Ant.* 61.1).

103 Leroux (1968, p. 33); Reddè (1986, p. 343).

his disposal, that is, the 170 ships mentioned by Orose[104], plus the 60 Egyptian ships preserved by Antony[105] himself, but did not directly take part in the battle. These 170 ships would in fact allow to accommodate the 20.000 infantry and 2.000 archers[106] (or 130 units per vessel) that he had boarded on the vessels, for the fight.

In addition, Octavian Augustus asserts in his memoirs that he captured 300 ships in *Actium*[107]: considering that he is a person who usually boasts[108] of his exploits, this number of ships would seem acceptable especially if it were considered to be referring not just to the battle but to the entire campaign[109].

On the other hand, however, Octavian and Marcus Vipsanius Agrippa had positioned the fleet[110] that had won in Sicily, at *Actium*. We deduce from the iconography handed down to us that this fleet was made up of quinquereme[111] probably used as headquarters and quadrireme and even some lighter ships, or triremes[112] and liburnas[113] (fast biremes, similar to those that had been used in the past by Illyrian pirates). From then henceforth, these vessels became the most common war units in the period of the Empire, as their effectiveness had already been tested in the previous Dalmatian[114] campain.

According to Orose, Octavian left Brindisi with 260 ships[115] (more or less the same figure is reported by Plutarch), but the christian historian does not take into consideration Marcus Vipsanius Agrippa's[116] fleet, which had

[104] Oros., 6.19.9; information confirmed by Florus (2.21.6).
[105] Plut., *Ant.* 64.1.
[106] Plut., *Ant.* 64.1.
[107] Plut., *Ant.* 68.2.
[108] He also had two seals with 2 identical sphinxes depicted on them Cass., 51.3.6.
[109] Kromayer (1898, p. 35); Leroux (1968, p. 35); Johnson (1976, p. 26, n. 91).
[110] Kromayer (1898, p. 489). He speaks of a fleet of 600 ships, a figure which however does not agree with what the ancient sources declare and which seems to be quite high even if one were to take the entire campaign into consideration.
[111] Plutarch points out that the ships were all well equipped (62.2).
[112] Plutarch (Plut., *Ant.* 62.2) speaks of ships which were apparently very high but effectively very fast; Cassius Dio mentions the presence of many triremes in the fleet of Octavian/ Marcus Vipsanius Agrippa (Cass., 50.11.2; 12.6); for the iconography see Avilia-Iacobelli (1989, pp. 131-150).
[113] Velleius in this regard says «[...] the ships of Caesar were of modest proportions, and yet very rapid, those of Antony were fightful only in appearance» (2.84.1).
[114] For the lineup of Octavian's fleet, Roddazz (1984, p.67).
[115] Oros., 6.19.6: «Caesar's ships were two hundred and thirty rostrate and thirty without rostrum».
[116] According to the calculation of Plutarch (Plut., *Ant.* 61.4) if the fleet of the 'one and only' Octavian was composed of 250/260 ships (mostly quinquereme and qu-

already been put on board, and which must have had an interesting number of sailing ships (probably due to the speed of his maneuvers, these are triremes and liburnas) and which later reached *Actium* with Octavian's[117].

Considering perhaps also the cargoes and the minor ships, Florus[118], who is the most reliable of the writers, speaks of a total of 400 ships, "nobis quadraginta amplius naves", which were easily maneuverable and of small tonnage: «Caesar's ships counted from two to six rows of oars, and not more. Therefore they were suitable for any maneuver to make any attack that was required to ensure a retreat or a turn on board[119]».

The numerical superiority of Octavian's fleet, its speed and its lower tonnage compared to that of the adversary, is also implicit in Plutarch[120], who indicates among other things in the description of the battle, that three or four ships of the princeps must have gone against a single vessel of Antony's fleet[121].

Moreover, the eight legions and five praetorian[122] cohorts, or about 40.000 units, had to be welcomed on board. The 250 ships of Plutarch or the 260 of Orose, therefore, would not have had enough room at all.

---

adrireme), probably that of Marcus Vipsanius Agrippa would have been about150 units, (these would be the 'many triremes'spoken of by Cassius Dio cf.n.101). This is a fairly reliable figure, given the dense and intricate series of preliminary *Actium* carried out by the admiral of Octavian before the final battle, and this confirms the number of 400 ships reported by Florus.

[117] In fact, it is uncalled for to believe that Orosius / Plutarch On the one hand, and Florus on the other hand, provide different figures, since both seem to follow the Livian tradition, but the first two seem to have forgotten Marcus Vipsanius Agrippa.

[118] Flor., 2.21.5.

[119] Flor., 2.21.11.5-6; Cassius Dio always alludes to Octavian's tactics (slashing with the rostrums [enemy ships] and hitting them from afar with war machines and maybe setting fire to them with ignited bullets? See Marsden (1961, p.171); Casson (1971, pp.121-123); Pelling (1986, pp. 177-181).

[120] Plut., *Ant.* 66. 2-3.

[121] From here, it should however not be concluded that Octavian's fleet was 3 or 4 times larger than Antony's. Certainly the triremes and liburnas, which constituted the main nucleus of the wing commanded by Marcus Vipsanius Agrippa, and which were essential in the preliminary *Actium*, could be those captured in Naulochus after the war against Sextus Pompey. However, it should not be forgotten that in that battle, the fleet of Octavian / Antony / Marcus Vipsanius Agrippa was mostly made up of ships from four to six rows of oars, therefore of substantial tonnage. This same fleet also constituted the main block in *Actium* against Caesar's adopted son.

[122] Oros., 6.19.8.

It is therefore not difficult, considering the composition of the two fleets, to deduce that while on the one hand Antony, in an attempt to break through the enemy array, counted on the impact force of his boats, and taking advantage of the favorable winds as well as the rowers, while on the other hand, Octavian tilted more towards a maritime guerrilla, in an attempt not to destroy but to take possession of enemy ships, thanks to the legionaries he had on board.

With the issue of the total number of the two fleets resolved, the number of land armies available to the two triumvirs is still to be defined but is however not a major area of argument[123]. The major area of controversy is related, rather, to the composition of Antony's army and the proportion of Orientals it had[124].

In fact, it is known with certainty that Antony had about 100.000 infantry and 12.000 knights[125] commanded by Canidius[126] in *Actium*. His infantry was made up of a total of 19 legions[127],that is 75.000 Roman legionaries plus 25.000 lightly armed infantry supplied by his allies, who had been requested to stand on the front line. These were in addition to the four legions stationed in Cyrenaica, and another seven garrisoning Syria and Egypt[128]. This division advanced by Kromayer[129] is however contested by Tarn[130], whose hypothesis rests on a recruitment of Eastern elements (therefore not real legionaries), Syrians, Galatians, and Macedonians who had probably been promised Italian citizenship.

Indeed, it is not to be excluded that after his campaign against the Parthians and given the impossibility of recruiting militias in Italy, Antony was forced to appeal to the Italics present in Asia, to veterans, but above all to Eastern-

[123] Carter (1970, p. 188).
[124] See Serv., *Ad Aen.* 8, 685: «[…] *crimen Antonini, quod ope barbarica romanus pugnet*». On this point, Cuntz (1929); Jal (1962, pp. 39-40; pp. 44-45); on the presence of peoples such as Arabs and Sabeans (now Yemen) in Antony's lineup. Flor., 2.21.7.
[125] Plut., *Ant.* 61.1.
[126] Vell., 2.85.1; Publius Canidius Crassus, suffect consul in 40 BC, was with Antony in Armenia and in the Caucasian regions of Iberia and Albania (see Plut., *Ant.* 34.10; Cass., 49.24.1); and also in that against the Parties. After that, Actius was put to death.
[127] Plut., *Ant.* 68.3.
[128] Frediani (2007, p. 60).
[129] Kromayer (1898, p. 28, n. 3).
[130] Tarn (1932, pp. 75-81. Today Kromayer's figure seems to be generally accepted, and it has also been confirmed by other scholars such as Schmitthenner (1958, p. 193 ff.); Brunt (1971, p. 505); Bengston (1979, p. 228).

ers. This is due to the fact that his legions, who had been recruited from 35 BC were now incomplete.

As for Octavian's forces, there is no reason to contest Plutarch's information, according to which Octavian had 80.000 infantry (including the velites) and 12.000 horsemen[131], commanded by Tauro[132].

These figures, in fact, correspond to the 70.000 legionaries which made up his 16 legions[133]. This was in addition to the number of defections that continually replenished his militias, consequently impoverishing Antony's army, so much so that his land army outgrew that of the enemy[134].

Relying on these forces, Antony in an attempt to force the blockade[135] but not to escape[136] had the sails[137] and every object of value[138], put on board. He did this, counting on a fundamental ally called Iapix[139] the wind. Having overcome the Octavian obstacle, he could now lean on his eastern possessions, relying on the fleet in the Red Sea and his legions in Syria and North Africa, as well as enjoying the consent of his land armies, stationed in Preveza and entrusted to Canidius.

In any case, he harangued his own soldiers[140], with his usual skill, taking advantage of the greater tonnage of their ships, and the greater number of shooters who could benefit from the towers set up on the decks, from where they could target their opponents as if from the battlements[141].

---

131 Tarn (1932, p. 79, n. 128).

132 Vell., 2.85.2. Titus Statilius Taurus, suffect consul in 37 BC (Broughton (1951-1982, 2, pp. 396 and 422) and consul in 26; fought with Octavian in Sicily against Sextus Pompey, in Illyricum (34-33 BC) and in Spain (29 BC), 2.127.1.

133 Schmitthenner (1958, p. 193 ff.); Brunt (1971, p. 501).

134 Plut., *Ant.* 61.4; Cass., 50.30.2.

135 Reddè (1986, p. 346, n. 87).

136 Carter (1970, p. 218); Dio speaks of an "escape disguised as a naval battle" (Cass., 50. 14.3).

137 Leroux (1968, p. 31); Virg., *Aen.* 8.707-708.

138 Cass., 50.15.4; 30.4; Plut., *Ant.* 66.4.

139 Gell., *N.A.*, 2.22-23: «*Itaque Vergilius* (Virg., *Aen.* 8.609) *Cleopatram e naval proelio in Aegyptum fugientem vente Iapyge ferri ait*». It is a wind that blew north-west in that area (Plut., *Ant.* 65.7) starting from the sixth hour (noon), which was the moment of Antony's attack on the enemy block; See Leroux (1968, p. 50); Carter (1970, p. 223 ff.); Cassius Dio (Cass., 50.33.3) attributes to fate the Iapix wind (which blew quite strongly, Cass., 50.34.5) adding (Cass., 50.33.4) that other vessels threw the towers and other furnishings into the sea in order to lighten the tonnage of the ship and take advantage of the wind.

140 Cass., 50.18.

141 Cass., 50.18.6.

Methodologically, as far as the dynamics of the battle are concerned, the versions of Plutarch and Cassius Dio[142] seem to be the most reliable[143].

From both authors, it can be deduced that on the morning of 2 September[144] 31 BC[145], after four days of wind and storm[146] Antony's fleet took advantage of a moment of calm and left the Gulf of Ambracia ready for battle. Octavian's fleet, thanks to the information given by the last deserters[147] from Antony's camp, was waiting for Antony's, about eight stadiums (1.5 km) away. Marcus Vipsanius Agrippa therefore had all the time to convince his

[142] A first traditional critic made the tale of Cassius Dio depend on the Livian tradition, the one now represented by the Periochae alone, as well as on the works of historians such as Velleius Paterculus, Florus, Orose, Eutropio; see also Wilmans (1836), insisting on the constant references to Liviani in books 36-51. But if Cassius Dio, as it would appear, used Titus Livius as the main source (Levi (1952, pp. 415-434); Gabba, E. (1955, p. 325); Harrington (1977, p. 43); Syme (1959), p. 32), or unique source, (Ferrabino (1924, pp. 433-472), followed by Levi (1937, pp. 3-21), according to others Bender (1961); Fadinger (1969, p. 131 ff.); Harrington (1977, p. 35) Cassius Dio must have supported his main source with other documents, such as the great biographies especially that of Augustus, which certainly explains his divergence from the Livian tradition, or even his being completely indifferent to the same tradition of Livius (Manuwald (1979, pp. 168-254); Roddaz (1983-1984, 1-2 pp. 70-71); Manuwald, A. (1979, pp. 228-240). The author on p. 230 brings up a series of examples in which he demonstrates that even Manuwald (1979), though Cassius Dio probably knew book 132 of the *Periochae* and still did not follow it at all: 50.1-2; 15.3; 33.1-3.

[143] Reddè (1986, p. 344). According to Harrington (1977, p. 163), Cassius Dio took Thucydides as a model and used his sources as a standard battle scheme. It is true that whatever Cassius Dio says about the battle of Mylae is more or less also valid for that of *Actium*. However, Tarn's opinion (1932, p. 182) according to which the tale of Cassius Dio had no historical value; certainly rhetoric always stands out in every historical work, nevertheless the concordances with Plutarch seem to be undeniable.

[144] Cassius Dio reports 'very unlike him'as he himself says, the date of the event (Cass., 51.1.1).

[145] Under the official consulate of Octavian and Antony and then later replaced by the suffet Marcus Valerius Messalla Corvinus (Vell., 2.84.1); Cass., 51.1.1.

[146] Plut., *Ant.* 65.1.

[147] The last defection was that of Quintus Dellius, another of Antony's right hand men, and he revealed the plans of the triumvirato to Octavian. Cassius Dio (Cass., 49.39.2) refers to him as mediator between Antony and Phraates IV of Armenia. This is the most brazen 'gabbana vault' in Roman times to which Horace dedicated ode 3 of the Book II and was rightly defined by Marcus Valerius Messalla Corvinus, as we learn from a passage from Annaeus Seneca (Suas., 1.7) "*desultor bellorum civilum*". In 43 BC it passed from the Caesarian Dolabella to the Caesaricide Cassius; after Filippi it passed from Cassius to Antony; and at *Actium,* from Antony to Octavian. He also wrote a story about Antony's expedition against the Parthians of which, however, there is no trace (Vell., 2.84; Plut., *Ant.* 25).

commande[148], who was thinking of letting his adversaries advance into the open sea and then attacking them from behind[149], that a pursuit would involve many more variables than a direct confrontation[150]; he then had eight legions and five praetorian cohorts[151], that is, 40.000 legionaries, put on board his ships and this ensured him a large numerical superiority during fighting on board.

The layout of the two fleets is well known thanks to the stories of Plutarch[152] and Velleius[153]. Here is what we read in Velleius, *Historia Romana* II, 85

> *Thus came the day of the decisive test, in which Caesar and Antony, having lined up the fleets, fought one for salvation, and the other for the destruction of the world. The right wing of Caesar's fleet had been entrusted to Marco Lurio*[154]*, the left to Arruntius*[155]*; every decision for the naval battle was to be taken by Marcus Vipsanius Agrippa*[156]*: Cesare Was present everywhere, since he had kept himself aside to intervene wherever there was necessity*[157]*, the command of Antony's fleet was entrusted to Publicola*[158] *and Sosius*[159]*.*

Antony boarded his flagship, placing himself at the end of the right wing, with which he intended to circumvent; he was followed by the fleet of Lucius

[148] Cass., 50.31.2.
[149] Cass., 50.31.1.
[150] Cass., 50.31.1-2.
[151] Oros., 6.19.8.
[152] Plut., *Ant.* 65.1.
[153] Vell., 2.85.2.
[154] Plut., *Ant.* 66.4; unlike Velleius (2.85) who places it on the right. Marcus Lurius had already been beaten in Sardinia by Mena (Cass., 48.30.5; About Mena and Menecrate see Broughton (1951-1982,2, pp. 394-398), freedman and naval officer of Sextus Pompey (Cass., 48.30.7).
[155] Consul in 22, Lucius Arruntius was initially proscribed by the triumvirs and then merged into the fleet of Sextus Pompey (Vell., 2.77.2) and later found salvation following the Brindisi agreements (Plut., *Ant.* 35.5 ff.) and peace between Octavian/ Antony. According to Plutarch (*Ant.* 66. 4) it was positioned in the center.
[156] According to Plutarch he was instead positioned on the left just against the sector of Antony (Plut. *Ant.* 65.2).
[157] This news, which does not seem to be confirmed by any source, seems commonplace. Much more interesting is Plutarch's version which holds that Octavian was positioned to the right (Plut., *Ant.* 65.2).
[158] Lucius Gellius Publicola was consul in 36 BC see Broughton (1951-1982, pp. 399 and 421).
[159] Gaius Sosius (or Sossio as Cassius Dio and Plutarch call him) was consul in 32 BC (see Broughton (1951-1982, pp. 393 and 397; and Suet., *Aug.* 17). He was spared after *Actium* thanks to the mediation of Lucius Arruntius and the clemency of Caesar (Vell., 2.86; Cass., 51.1.4), together with Marco Scauro (brother of Sextus Pompey).

Gellius; in the center he placed Marcus Octavius and Misterio with a team and on the opposite side Gaius Sosius[160] (who had also been consul the previous year), with two teams. Following the tradition, Cleopatra, with the sistrum in her hand[161], came directly behind Ottavio, with the dual task of preventing setbacks and desertions, as well as advancing and thus building a hinge between the turning wing and the center.

The positioning of the two fleets formed a semicircle. Antony, in order to offer the least possible grip to the opponent[162], placed his team in tight ranks, leaning his two wings very close to the mainland between Parginosuala and Scylla. This short distance that separated them allowed him to obviate his numerical inferiority, positioning himself on a narrower space, and probably aligning his men in two rows.

For many hours the two fleets studied each other without attacking. Octavian/Marcus Vipsanius Agrippa's[163] intention was to force Antony to set sail in order to be able to take advantage of their numerical superiority[164]. Meanwhile, Antony knew very well that he had to take *Actium* only while the wind blew. According to Plutarch[165], the wait lasted until the sixth hour (about noon)[166], when, in fact, the wind must have favored Antony and his sail-equipped ships. At that point his left wing[167] began the tack to push back Octavian's lineup[168]. The same strategy was adopted by the right wing commanded by Antony himself.

Marcus Vipsanius Agrippa, who had been positioned presumably in two rows directly opposite Antony, backed down, in order to lure Antony out of

[160] Vell., 2.85.2; Plutarch, on the other hand, (*Ant.* 65.1) speaks of a certain Caelius, but this is probably an errata since this character is not mentioned by any other source.

[161] It is an Egyptian musical instrument used in the feasts of Isis (Prop., 3.3.43; Senec., *Epigr.* 69). Cleopatra was positioned in the center.

[162] Cass., 50.31.5.

[163] Cass., 50.31.5. Cassius Dio mentions Octavian's embarrassment when faced with Antony's strategic immobility; Plutarch himself (*Ant.* 65.6) points out that Antony was waiting for the wind.

[164] Cass., 50.31.4.

[165] Leroux (1968, p. 31-37); Plut., *Ant.*, 65, 7.

[166] Plut., *Ant.* 65.7.

[167] Plut., *Ant.* 65.8. While attributing this attack to Gaius Sosius's impatience, rather than to a specific order from Antony, the circumstances, or the corresponding time when the wind began to blow, clearly indicate that it was a plan of *Actium*.

[168] Richardson (1937. p. 63, n. 85).

the Gulf and circumvent[169] his entire wing[170]. This maneuver forced Publicola[171], who was positioned in the center, to rush to the aid of his commander, recalling the ships which were still engaged in the battle, and so avoid the encirclement by Octavian's admiral. Through these dynamics, Antony's people greatly shifted to the right, leaving an empty isolated center to be occupied by Lucius Arrunzius's ships[172] . In the meantime, a specular pattern also occurred on the other wing where Gaius Sosius was forced to move more towards the outside, since he had to respond to the maneuver of Octavian and Marcus Lurius.

A furious fight soon started on both wings; Antony moved on a small rowing boat «urging the soldiers to hold their ground and to fight as if they were on land»[173]. The following description by Cassius Dio clearly outlines the differences in the fighting techniques of the two fleets

> *Antony's soldiers hit the attackers with a prolonged and dense throw of stones and javelins*[174] *and threw iron hands at anyone who approached or came near; if these soldiers however lingered around in a bid to avoid any such disaster, they were more easily hit by the sailors of Octavian's other ships, who were on the run. In fact, together, two or three of Octavian's ships*[175] *would attack one and the same enemy ship: while one of them caused as much damage as possible, the other(s) took in the blows. Those who felt the weight of the battle most were the helmsman and rowers in one fleet and the fighters in the other fleet. Octavian's soldiers had become like knights because every now and then they attacked or they retreated. Both attacking and retreating depended on them.*

[169] Plut., *Ant.* 66.1. But to do so he would have to head north towards the bay of Gomaros to Octavian's harbor and army and then sail once again against the wind [such a maneuver was not entirely an impossibility for well trained oarsmen (Cass., 48.48. 2)].

[170] Daniel to *Aen.* 8, 682: «During the battle of *Actium* while the north wind was against him, Marcus Vipsanius Agrippa simulated an escape to the port. This was thanks to the row-against-the-tide training, to which he had always subjected his crew. This training was to ensure that if ever the enemy tried to chase him, abruptly stopping his sterns, he would rush against the Alexandrian ships and then hurl fiery arrows at them [...] this therefore ascertained his victory». See Leroux (1968, p. 31-37); Apparently, Cassius Dio instead attributes to Octavian, a similar maneuver (Cass., 51.31.5) against the wing of Gaius Sosius.

[171] Plut., *Ant.* 66.4.

[172] Plut., *Ant.* 66.4-5; Cass., 50.33.4.

[173] Plut., *Ant.* 65.

[174] Cass., 50.23.1. Antony had put them on board in large numbers. Plutarch also spea (ks of this dense throwing of darts (Plut., *Ant.*, 66.3).

[175] They were instead three or four according to Plutarch (Plut., *Ant.* 66.3).

> *Those of Antony instead were like hoplites waiting for the approach of the enemies and then trying as much as possible to resist this enemy*[176].

This gave rise to many small clashes during which from each of Antony's ship, as if in a fortress or an island subjected to a siege from the sea, according to the happy image of the chronicler, the soldiers used darts spades, stones and axes in their struggle to keep the attackers at bay. In describing this first phase of the battle, Plutarch[177] gives us an excellent and and much more precise description than Cassius Dio[178], speaking of fighting done from a distance between the two wings, the maneuvering skills of the helmsman, more than anything else, were put to the test.

In the center, therefore, a void was created since Cleopatra's 60 ships[179] favored by the wind, had fled towards Lefkada, after having crossed the fray[180]. According to the writers, Antony[181] withheld these ships[182], with part of his fleet[183]. As a result, while his 'victorious' opponent was still tangled up with Gaius Sosiu's wing, Antony managed to cross the block with about one hundred ships[184], that is, about half of his forces.

This would explain the surprise of some of his opponents when they saw Cleopatra's[185] ships pass through the middle.

Certainly it is quite 'an overstatement' to conclude as Hanslik[186] does, that Antony and Cleopatra actually succeeded in accomplishing their mission. In

---

176 Cass., 50.32.
177 Plut., *Ant.* 66.1-3.
178 Carter (1970, p. 225). The historian defines Cassius Dio's version as very full of rhetorical devices and clichés.
179 Florus deliberately speaks of an escape signal (Flor., 2.21; 11.8).
180 Cass., 50.33.1-2.
181 Hence the mercilessness of historians starting with Plutarch (Plut., *Ant.* 66) «not proving himself to be neither a leader nor a man»; and Velleius (Vell., 2.85): «who ran away from his own army»; interpreting the queen's flight as a foretaste of defeat (Cass., 50.33.3).
182 Plut., *Ant.* 66.7-8; Cass., 50.33.3.
183 It is not easy to establish the precise number of these ships with some people talking of 40 ships: Leroux (1968 p. 31-37, n. 114); in fact it is almost unthinkable that Marcus Vipsanius Agrippa allowed more than a few dozen ships to escape.
184 Plutarch (*Ant.* 67.7) also speaks of a large number of transport vessels that managed to escape.
185 Plut., *Ant.* 66.3.
186 Hanslik (1962, pp. 335-342), especially p. 341. This hypothesis could be supported by a passage from (Cass., 50.12.7) which speaks of the slums of the Gulf of *Actium* (but here we may assume that the battle did not take place in the open sea).

fact, Marcus Vipsanius Agrippa's ships ran aground during the encirclement of the triumviro's wing (this concept, however, should not be underestimated since Antony's wings were positioned near the coast) and, consequently, Octavian's fleet suffered a severe setback.

After the ramming phase the princeps failed, probably because the size and resistance of the enemy ships had been underestimated and now that Antony had fled away[187], Octavian was forced to resort to fire[188] to get the better of what remained of the fleet of Gaius Sosius and Publicola. Streams of fire arrows and vases of burning coal were shot with catapults at the vessels. As a consequence, the vessels of the Roman-Egyptian fleet became a huge fire in which the sailors struggled for safety to the point of even resorting to corpses. According to Plutarch[189], this narration agrees with that of Velleius[190] and Orose[191], which says that Antony's fleet gave up fighting at the tenth hour (i.e. four in the afternoon); nevertheless other clues seemed to suggest a longer duration[192].

[187] Plutarch speaks of an attempted pursuit by the Spartan Euricles, son of a certain Lacare, who was beheaded by Antony on charges of piracy (Plut., *Ant.* 67.3; see Bradfod (1977, p. 259). Euricles is known to the writers: he ruled under Augustus in Sparta, but fell out of Augustus'good books, and was exiled; Bowersock (1961, pp. 112-118).

[188] The use of fire (brought from the settlement) does not only testify to the failure of Octavian's strategy which actually was an attempt to take over the entire enemy fleet (Cass., 50.34.1), but also offers the Greek historian a spectacular ending to his narration about the battle. This can be interpreted as an attempt by the historian to distract the reader from Antony's surprising result. The fact that Plutarch does not mention this episode at all, probably because it is of no use to his biography, should not, however, lead to the conclusion that the episode is Cassius Dio's invention (Paladini, 1958, p. 12, n.2). On the contrary, seeing how things went, since Antony's fleet was not rammed by the Augustan triremes, the princeps had only fire to use, to eliminate the last strings of resistance. In fact, reference to the use of burning embers is also found in Florus's work (2.21.6).

[189] Plut., *Ant.* 68.1: «the [...] fleet collapsed, even though it had resisted Caesar for a long time, and had been severely damaged by the heavy sea, which hit it from the bow, despite every effort it made to resist».

[190] Vell., 2.85.3.

[191] Oros., 6.19.10.

[192] Cassius Dio speaks of a fierce resistance of Antony's men (Cass., 50.33.5-8); Octavian had been unable to counteract this resistance until later (Cass., 50.35). According to Suetonius (Suet., *Aug.* 17.4) Octavian spent the night on a vessel, which implies that the battle also dragged into the next day. This was also confirmed in the *Epodus* IX of Horace Wurzel (1938, p. 364 ff.); Leroux (1968, pp. 31-37). This interpretation of the facts clarifies the testimony of Orosius, according to which Octavian obtained victory only at dawn the following day: «From the fifth hour to the seventh hour they fought fiercely [...] The hope for victory remained faint, the remainder of the day and the following night were favorable to Caesar. [...] By dawn, Caesar had had complete victory. According to tradition the losers

The end result was 300 vessels[193] either destroyed[194] or ended up in the hands of the winner[195], who dedicated his settlement to Neptune and Mars[196] for the 'glorious' victory.

While in Tenaro[197], Antony learned of the defeat of the rest of the fleet: his hopes were now entrusted to the land militias[198] who were crammed in Macedonia[199], under the command of Conidio. For seven days[200], the army resisted Octavian's provocations[201] and then surrendered to the conqueror[202] just when Antony was entering Alexandria[203] Octavian, after attending to a problem with the veterans who had taken advantage of the whole situation', resumed his march[204] towards Egypt as early as the spring of 30 BC. He was, more than ever before, convinced that the conquest of the kingdom of Cleopatra would solve all his financial and political problems. He reached Pelusium[205] and advanced towards Alexandria[206], camping at the Hippodrome[207].

who fell were twelve thousand; six thousand were wounded, of whom a thousand did not survive despite medical care» (Oros., 6.19.11-12).

193 Plut., *Ant.* 68: «three hundred ships were captured (obviously throughout the entire campaign) and exhibited in the *Forum Iulii* » (Virg., *Aen.* 8,714-716; Strab., 4.1.9; Tac., *Ann.* 4.5).

194 Flor., 2.21.7.

195 Cassius Dio (Cass., 50.34.6) claims that many of Octavian's crew died in an attempt to put out the fire they had started in order to get hold of the jewels loaded into the ships.

196 This is evidenced by a Latin inscription, found on fragments, and which was part of the commemorative monument of the battle of *Actium*, erected in Nicopolis in Epirus at the site of the battle. Année Épigraphique, 1992, n ° 1534 (= Année Épigraphique, 1977, n ° 778).

197 Plut., *Ant.* 67.5.

198 Plut., *Ant.* 67.7.

199 Plut., *Ant.* 67.8; Vell., 2.85.6. Even though Cassius Dio does not mention this order he nevertheless speaks of a part of Antony's army intercepted in Macedonia; Cass., 51.1.4.

200 Cass., 51.3; 1-4; Plut., *Ant.*, 68, 4.

201 Plut., *Ant.* 68.4.

202 Cass., 51.1.4; Vell., 2.86.

203 Liv., *Per.* 133. Antony and Cleopatra, in fact, had not fled directly to Egypt but rather to the Peloponnese and from there he headed to Libya where he was not warmly welcomed by King Pinario sarpo Cass., 51.5.6.

204 Cass., 51.5.

205 Together with the fortress of Peretonius (Plut., *Ant.* 69.1; Flor., 2.21.9), on the border between Libya and Egypt, were Antony's last two resistances (Flor., 2.21.9); According to Plutarch, it was a very treacherous route (Plut., *Ant.*, 3.6): «[…] *since they had to march across the sandy desert and without water*».

206 Vell., 2. 87; Cass., 51.9.5 «apparently conquered due to a massive attack, but in reality it was due to Cleopatra's betrayal».

207 Plut., *Ant.* 74.4. talking of the location of the Hippodrome see Strab., 17.1.10; Fraser (1972, p. 95 ff.).

In reality, Antony, now completely overcome, still continued fighting[208], in an attempt to win over Octavian's lieutenant, Gaius Cornelius Gallus[209], and by making a brilliant sortie that put Octavian's chivalry[210] on the run, chasing it back to its settlement[211].

But on the morning of 1 August 30 BC, Antony witnessed the defection of his entire fleet and that of his legate of Libya[212]. These two put themselves together and then marched together with Octavian's fleet[213]. Seeing the situation thus and in order not to to be captured alive by his archenemy, Antony killed himself[214], and Cleopatra followed suit[215], shortly after.

This death marked the end of the Alexandrian Ptolemaic monarchy and the consequent annexation of Egypt by the newly created Empire.

Octavian returned to Rome[216].

The city had thus completed its expansion on all the shores of the Mediterranean, which had become that great inland sea that the Romans could rightly call "Mare Nostrum"[217] .

All the Civil wars having come to an end, Octavian himself closed the doors of Janus, for the first time in two hundred years. Hence the "*Pax Augusta*[218]",

[208] Oros., VI, 19, 13-14. The valid attempt of the gladiators of Cizico, with the same amazement of Cassius Dio, to join Antony should be born in mind, here (Cass., 51.7.3 ff.).

[209] Gaius Cornelius Gallus, friend and protector of Virgil and also a poet (Serv., *Ad Eclo.* 10.1: «*Amorum suorum de Cytheride scripsit libros quattuor*») and, later, also governor of Egypt (Cass.,51.17.1), was the author of a brilliant naval maneuver against Antony (Cass., 51.9.3); Cass., 51.10.1.

[210] Cass., 51,10.1.

[211] Plut., *Ant.* 74.4.

[212] Otherwise known as Lucius Pinarius (Plut., *Ant.* 69.3; Cass., 51.5-6; 9.1).

[213] Plut., *Ant.* 76.

[214] Oros.,6.19.16; Plut. *Ant.* 77.

[215] Horat., *Odi* 1.37; Cassius Dio, instead, (51.10.6 ff.) Shows Cleopatra's last attempts, after Antony's death, to corrupt Octavian; and likewise Florus (Flor., 2.21.9).

[216] Liv., *Per.* 133.

[217] Oros., 6.20.1 e 8.

[218] *Censor die natal.* 21. 7: «*from 17 January, upon a proposal by L. Mun Actium Planco, the emperor Caesar, son of the divine Caesar, received the title of Augustus from the senate and from all other citizens; it was his seventh consulate and Marcus Vipsanius Agrippa's third*». The senate of Rome had approved the law made the previous day, January 16 27 BC, establishing the title of Augustus, which was then subsequently maintained by all the emperors of Rome. In that same year,

later called "*Pax Romana*", after having celebrated three triumphs: over Illyricum, over *Actium* and over Cleopatra[219], between 13 and 15 August 29 BC.

As mentioned by Virgil[220] and Servius[221], four rostrate columns "*of naval bronze springs*" were erected in the city and were still present on the Capitol at the beginning of the fifth century AD.

In conclusion, the central theme of the book (provided that it managed to penetrate the exposition, for me not always easy, of the same) according to me does not seem, as declared several times, to want to outline an aspect of the Roman constitution represented by the "*law of emergency situations*". I find it difficult to see how he could limit himself to identifying the legal means put in place by the *senatus consultum ultimum* to handle such situations of public need. The «"*Notstandsrecht of the Senate*" is not the "*Notstandsrecht* of the *respublica"*», at least until it is shown that the *Senatus* was competent, or was progressively accorded the competence of ensuring the protection of the state from internal dangers. Since the history of the events to which this law refers, is the history of the *senatus consultum* with which it was promoted, by this very *Senatus*, the *circumvention de iure*, or rather the overwhelming *de facto*, of the unconventional, but still in force, *Lex Sempronia de capite civis*, one even wonders whether it can be defended, with regard to the attitude of *Senatus*, of "*Recht*" and "*right*". The Roman constitution, however imperfect and incomplete it may be, of which i am one of the most convinced assertors[222], had some well-established principles and, among them, we have the principle that a lex could not be overcome except by another *lex publica*. Is there anywhere in the Roman constitutional history, in *lex publica* that the *Lex Sempronia has been abolished*? No, of course. This is exactly the reason why Mommsen has considered unconstitutional (even if for the sake of doing good) the emergency *Actium* put in place by the *Senatus*[223]. Whoever has argued the contrary of Mommsen's idea, if I am not mistaken, fell into the rather widespread blunder, of classifying as constitutionally and juridically correct, every operation, even if obtained through illicit means, which aimed at safeguarding the established order. Perhaps here the end

Marcus Vipsanius Agrippa - invested with the highest judiciary of the state - built the Pantheon on the Campo Marzio. This temple which was later rebuilt by Emperor Hadrian, carried the original dedicatory inscription which was such a prestigious name and, which still stands today on that majestic pediment. Oros., 6.20.1-2; Cass., 51.20.4

219 Liv., *Per.* 133; Virg., *Aen.* 8.714-716; Cass., 51.19.1.

220 Virg., *Georg.* 3.29.

221 Serv., *Georg.* 3.29.

222 Guarino (1970, pp. 240 ff.)

223 Mommsen (r. 1952, 1242); Id. (r. 1955, pp. 247 ff).

justifies the means aswas said by Machiavelli. Machiavelli who was also so mistreated for this assertion also, responsibly declared this principle at the political level, not at the legal level, and it is only at the political level that the principle, is valid for those who accept it. By veto, the Ungern-Sternberg seems to realize the possible validity of this objection. This is the reason, I believe, for which in order to support his "juridical" thesis he turns to help from two further documents: the progressive acquiescence of the Romans to the emergency initiatives of the *Senatus*[224] and the *consensus bonorum omnium pro salute patriae* of which Cicero[225] became strong advocate. That notwithstanding the acquiescence, albeit general, to the derogation of a law, and moreover a fundamental one, does not imply the extinction of that law: the desuetudine of the law is legally a nonsense[226]. Nevertheless it follows from what has been said that even if the Roman costitutional law had no grounds to justify its provision of an emergency legislation, the conspicuous traces at a politica level, regarding senatorial intervention in response to exceptional facts that were a nuisance to the Republic, justifly the idea of a precise set of actions in this direction. The paradigm was undoubtedly that of the dictatorial *iustitium* which, ushered in the *senatus consultum ultimum* and declaration of *hostis publicum*. This also meant, the suspension of normal activies even at the levelof ordinary rights, public and private, undoubtedly in order tosafeguard exceptional collective decisions. As for the *consensus bonorum omnium*, and the very *salus rei publicae suprema lex*[227], are instances that may have legal validity in the context of a constitutional predetermination of those who are the *boni homines*, and of the *salus rei publicae*[228]. These situations, in other words, cannot be translated into the unilateral assessment of a partisan man, but which had to be expressed, in the specific case of the Roman democratic *res publica*, during an assembly vote (*centuriata* o *tributa* that were), always carefully avoided by the party that had in its hand the levers of power, the nobilitas senatoria. Let it be said by incidentally that the accents of indignation of that same *nobilitas*,

[224] Von Lübtow (1955, pp. 339 ff.).

[225] Cicero was well aware of the situation, qualifying the juridical ratio of the murder of Gracchus' followers as an *infinita quaestio*. The rhetorician thus justifies himself that he would have ordered, the same night, the strangulation without trial in the Mamertine prison of five of the most eminent Catilinaries (Cic., *De or.*). Meier (1995, p. 89 ff.).

[226] Monstly Cic., *de domo* 35.94: «*Ego vero etiam rei publicae semper interesse putavi me illius pulcherrimi facti, quod ex auctorilate senatus consensu bonorum omnium pro salute patriae gessissem, splendorem verbis dignitatemque retinere*».See Franchini, L. (2005). *Desuetudine delle XII tavole nell'età arcaica, vita e pensiero*. Milano.

[227] Lastly Thomas (1963, pp. 39 ff.); Id. (1965, pp. 469 ff.).

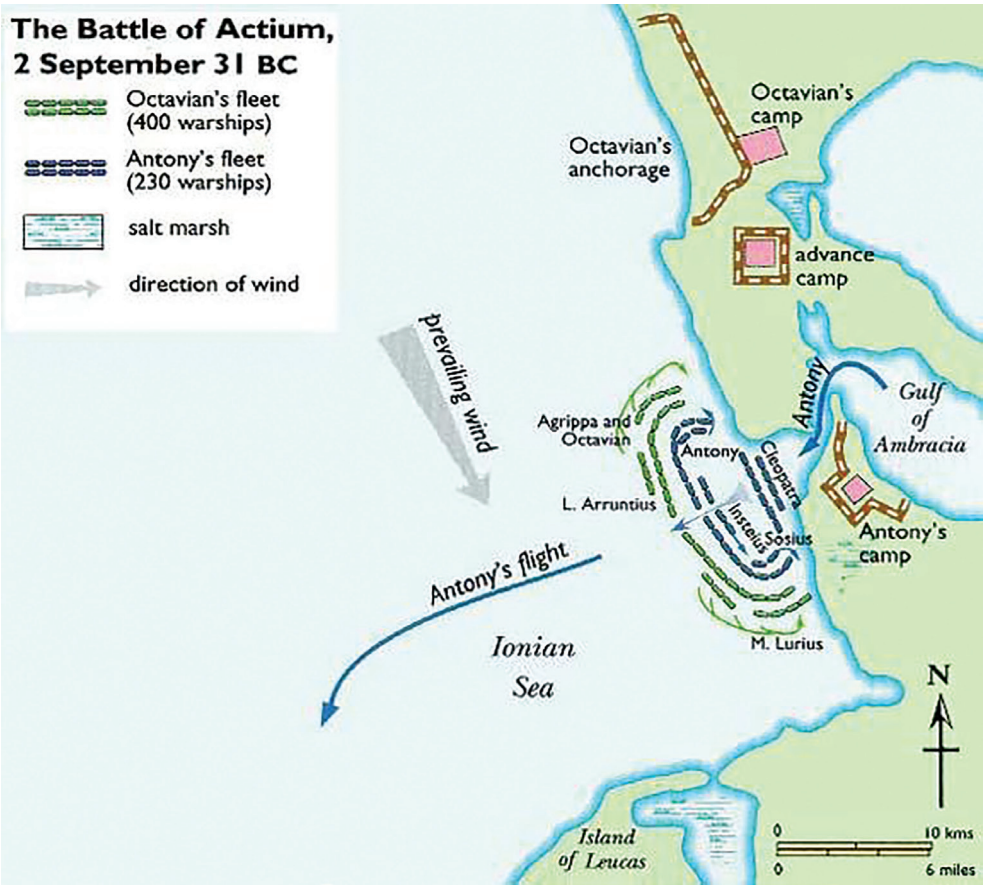
[228] Cic., *De leg.* 3.3.8.

the victim of its ideological intrigues in the guise of an "*apprenti sorcier*", against Octavian, appear to the historian to be far from credible, when he seized power on the basis of unconstitutional consent[229]. I suppose, the moralist would consider it undeserved that the fate that brought precisely the *Senatus*, especially in 27 and 23 BC, to give the start to the "liceizzazione" juridical-constitutional (to cd. "legalization") of the regime of government of the *principatus*. The obstacle of the *Lex Sempronia de capite civis*, that is, the barrier of all the constitutional logic which it represented, could, if ever, be circumvented in the interpreting, if one had reached the conclusion that the seditious homines lay outside the circle of the *cives*.

It was precisely the thesis supported, at the sitting of December 5, 63 BC, by Cicero, and by Cicero cleverly attributed to his opponent Caesar: *at vero Julius Caesar intellegit legem Semproniam esse de civibus Romanis constitutam; qui autem rei publicae sit hostis eum civem esse nullo modo posse*[230]. Apart from the fact that Caesar did not express this at all, the essential point is that it does not appear (otherwise Cicero would have said it undoubtedly) that popes and jurists have ever declared anything similar. This declaration which was only of Cicero, was only of his political *Actium* and was only in function of a proclamation to *hostis publicus* made previously by the *Senatus*.

Still and always political, still and always partisan vision. Still and always nothing, at least in my opinion, that has much or little to do with the possibility of reconstructing a constitutional principle of the entrustment to the *Senatus* of the task of providing for the *salus rei publicae* in emergency situations.

[229] Lastly Guizzi (1971).
[230] Cic., *Catilinariae*, 43.10.



Bibliography

Angiolini, V. (1984). *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*. Padova.

Bender, B. F. B. (1961). *Historical commentary on Cassius Dio 54*. University of Pennsylvania.

Bengston, H. (1979). *Einfuhrung in die alte Geschichte*. Munchen.

Botta, S. – Ferrara, M. – Saggioro, A. (2017). *Hostis, hostes, extraneus. Divagazioni, etimo-antropologiche sul senso dell'alterità nella civiltà romana*. In La storia delle religioni e la sfida dei pluralismi, Atti del Convegno del SISD (Roma, 8-9/04/2016), Brescia, 455-466.

Bradford, A. S. (1977). *A prosopography of Lacedemonians from the Dearth of Alexander the Great, 323 B.C., to teihe Sack of Sparta by Alaric, A.D. 396*, München.

Brandi Cordasco Salmena, G. (2020). *The Carmel of Echt. The Conceptual Basis of Edith Stein's Spiritual Resistance to Nazi Totalitarianism in the Paradoxical Statute of Jewish Sonship*, Cosenza.

Brendel, O. J. (1962). *The Iconography of Marc Antony*. In "hommages à A. Grenier" (vol. I, coll. Latomus, vol. LVIII 359-367; 365 n.2).

Brunt, P.A. (1971). *Italian Manpower 225 B.C.-A.D. 14*. Oxford.

Carter, J. M. (1970). *The battle of Actium*. London.

Casson, L. (1971). *Ships and Seamanships*. In the *Ancient World*, 121-123.

Certaut, A. (1899). *Sur Horace, l'Epode IX, vers 19-20*. In Rev. Phil., 249-253.

Crifò, F. (1970). In the matter of «*senatus consultum ultimum*». In SDHI. 36, 420.

Cuntz, O. *Actium*. In JOAI, 25.

D'Oro, L. (2013). *Gestione della crisi durante la Repubblica Romana. Il ruolo delle istituzioni politiche nelle emergenze*, Cambrige

Donati, F. (2005). *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza*, in Riv. *Dir. Cost.*, 29.

Fadinger, V. (1969). *Die begrundung des Prinzipats. Quellenkritischen und staatsrechtliche Untersuchunhen zu Cassius Dio und der Paralleluberlieferung*. Berlin.

Ferrabino, A. (1924). *La battaglia d'Azio*. In RFIC, ns 2, 433-472.

Fiore, F. (2010). *Repubbliche Romane*. Princeton.

Franchini, L. (2005). *Desuetudine delle XII tavole nell'età arcaica, vita e pensiero*. Milano

Fraser, P.M. (1957). *Mark Antony in Alexandria. A note*, "Journal of Roman Studues", 47, 71-73.

Frediani, A. (2007). *I Grandi generali di Roma Antica*, I volti della storia. Roma.

Fresa, C. (1981). *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*. Padova.

Gabba, E. (1955). *Sulla storia romana di Cassio Dione*. In RSI, 47, 325.

Garofalo, L. (2008). *In tema di* "iustitium". In Piccoli scritti di diritto penale romano, 61-83.

Guarino, A. (1970). *L'abrogazione di Ottavio*. In ANA. 81, 240 ff.

Guarino, A. (1972). *Nemico della patria a Roma.* In Labeo XVII.

Guizzi, F. (1971). *Il principato tra «Res publica» e potere assoluto*. Napoli.

Hanslink, R. (1962). *Horace und Actium*. In Serta Philologica Aeniprta, 335-342.

Harrington, M. (1977). *Dio Cassius as a Military Historian*, Classical Association of South Africa.

Iacobelli, F. (1989). *Le naumachie nelle pitture pompeiane*. Rivista di studi pompeiani, Associazione internazionale 'Amici di Pompei', 3, 131-150.

Jal, P. (1962). *Les barbares dans les guerres civiles à Rome*. In Latomus, 21, 39-40; 44-45.

Johnson, J.R. (1956). *Augustean Propanda*. Los Angeles.

Kraggerud, E. (1984). *Horaz und Actium, Studien zu den politischen Epoden*, SO fasc. Supplet. 26, 66-128.

Kromayer, J. (1933). *Actium, Ein Epilog*. In Hermes, 68, 361-383.

Id. (1924, 1927). *Zur Schlacht von Aktium.* In Antike Schlachtfelder in Griechenland, IV, 662-671.

Id. (1898). *Hermes*, Stuttgart.

Leon Marcien, F. (1956). *L'Interpretation de la bataille d'Actium par les poètes latins de l'époque augustéenne*. In Les Etudes Classiques, 4, 330-348.

Leroux, J. (1969). *Le contenu historique de la neuvième Epode d'Horace*. In Bull. Inst. Belge de Rome, 40, 9-31.

Id. (1968). *Les Problèmes stratègiques de la bataille d'Actium*. In Rech. De Phil. Et de lingu. 2, 31-37.

Levi, M.A. (1994). *Augusto e il suo tempo*. Milano.

Id. (1952). *Il tempo di Augusto*. Firenze.

Id. (1937). *Dopo Azio, appunti sulle fonti augustee. Dione Cassio*. In "Athenaeum" n.s. 15, 3-25 = il tempo di Augusto, 415-434.

Manuwald, A. (1979). *Cassius Dio und Augustus*. Wiesbaden.

Marasco, A. (1987). *Aspetti di Marco Antony in Oriente.* Firenze.

Marsden, E.W. (1961). *Greek and Roman artillery*. Oxford.

Meier, C. (1995). *Cesare. Impotenza e onnipotenza di un dittatore. Tre profili biografici*. Torino.

Mommsen, T. (r. 1952). *Römisches Staatsrecht*, 3, 1242.

Id. (r. 1955). *Römisches Staatsrecht*. German. Leipzig.

Nisbet, R.G.M. (1984). *Horace's Epodes and history*. In «Poetry and Politics in the Age of Augustus», ed. T. Woodman & D. west, Cambridge, 11-17.

Nissen, A. (1887). *Des iustitium. Eine studie aus der römichen Rechtsgeschichte*. Leipzing.

Pabon, J.M. (1936). *Mas sobre el Epodo IX*. In Emerita, 4, 11-23.

Paladini, M.L. (1958). *A proposito della tradizione poetica sulla battaglia di Azio*. In Latomus, 35, 13 ff.; 1-47.

Pelling, C.B.R. (1986). *Puppes sinistrorsum citae*. In The Classical Quarterly, New Series (Vol. 36, No. 1, 177-181), Cambridge University Press.

Pichon, R. (1903). *La bataille d'Actium et les témoignages contemporains*. In Mélanges Boissier, 397-400.

Pinna, P. (1993). *Guerra (stato di)*. In Digesto disc. Pubbl., vol. VIII.

Id., (1988). *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*. Milano.

Pontorieri, C. (2017). *The King, the slave, the city and the hive. Political doctrines, theories of law and institutional history in the literature on bees in Rome*. Napoli.

Id. (2018). *Musica da tre soldi. Musicians and institutions of the Weimar Republic between artistic avant-gardes and political reActiumns*. Napoli.

Raggi, A. (2004). *The Epigraphic Dossier of Seleucus of Rhosus: a Revised Edition*, «Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik», 147, 123-138.

Reddè, M. (1986). *Mare Nostrum, Les infrastructures, le dispositif et l'histoire de la Marine Militaire sous l'Empire Romain, École Française de Rome*. Roma.

Reynolds, J. (1982). *Aphrodisias and Rome*, London, n. 6 = Sherk 1984, n. 87.

Richardson, G.W. (1982). *Aphrodisias and Rome*, London, n. 6, 153-167.

Id. (1937). *Actium*. In JRS, 27, 153-167.

Robert, J.L. (1974). "*Bulletin* épigraphique", n. 166.

Roddaz, J.M. (1984). *Marcus Agrippa.* In École Française de Rome. Roma, 159-164; 157-185.

Id. (1983). *De Cesar à Auguste: l'image de la monarchie chez un historien du siècle des Séveres. Réflexions sur l'oeuvre de Dion Cassius à propos d'ouvrages récents*. In Rev. Des Et. Anc. (1984. 1-2; 70-71).

Schmitthenner, W. (958). *The Armies of the Triumviral period (doctoral thesis).* Oxford.

Sini, F. (1983). *On the religious character of the dictator (methodological notes on priestly documents*). In SDHI, 42, 401-424.

Id. (1976). *On the religious character of the dictator (methodological notes on the medical documents*). In A.A. V.V., *Dictatorship of the Ancient and Dictatorship of the Modern*, Meloni, G. (edited by) (introduction by Nicolet C., 111-136).

Syme, R. (1959). *Livy and Augustus*. In "Harv. Stud. In Class. Phil.", 64, 32.

Tarchi, R. (p. e.). (2012). *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità.* Torino.

Tarn, W.W., *Antony's legion*, in "Classical Quaerterly" 26, 1932, 79.

Id., *Octavian, Antony and Cleopatra,* Cambridge, 1965.

Thomas, J.A.C., *Custom and Roman Law*. In T. 31, 39 ff.

Id. (1965). «*Desuetudo*». In RIDA. 20, 469 ff.

Ungern-Sternberg, J.T. (1970). *Untersuchungen zum spälrepublikanischen Notstandsrecht. Senatusconsultum ultimum und hostis-Erklärung*, X-153, «*Vestigia*», Beiträge zur alten Geschichte, Band 11.

Von Lübtow, U. (1955). *Das römische Volk: Sein Staat und sein Recht,* Gebundene Ausgabe, Frankfurt am Main.

Wagewnwoort, H. (1932). *De Horatii, Epodo nono.* In Mnemosymne, 69, 403-421.

Wilkinson, L.R. (1933). *Horace, Epode IX*. In Class. Rev., 2-16.

Wilmans, R. (1836). *De Dionis Cassii fontibus et auctoritate*. Berlin.

Wistrand, E. (1958). *Horace's ninth Epode and its historical background.* Goteborg.

Wurzel, F. (1938). *Der Ausgang der Schlacht von Actium und die 9. Epode des Horaz*. In Hermes, 73, 361-379.

Zwaenopoel, E. (1951). *La défense de Rome et de l'Empire par Octavien.* In Les Etudes Classiques, 19, 47-71.

Index of sources

Appianus Alexandrinus
Historia Romana
De bellis civilibus

1.98-99 p. 8
5.73 - 310-311 p. 2
5.7.31 p. 4
5.7.30 p. 4

Gaius Iulius Caesar
De bello civili

1.7 p. 8

Lucius Claudius Cassius Dio (Cocceianus)
Historia Romana

48.28.3 p. 7
50.3.3 p. 7
48.27.1 p. 7
27.1-2 p. 4
36.23.4-5 p. 6
36.3 p. 11
39.1 p. 4
42.21.1 p. 4
45.28.1-2 p. 4
47.8.5 p. 3
48.17.3 p. 1
48.19.2 p. 1
48.24.2 p. 4 - p. 7
48.24.7 p. 7
48.28.4 p. 2
48.28.4 p. 2
48.30.1 p. 2
48.30.5 p. 25
48.30.7 p. 25
48.31.6 p. 4
48.33.1 p. 3
48.36.4 p. 2
48.38.2 p. 2
48.39.1 p. 4
48.4.1 p. 4
48.41.5 p. 4
48.44.2 p. 2
48.45.2-3 p. 4
48.45-46 p. 3
48.47.5-6 p. 3
48.48.2 p. 27
48.49.2 p. 2
48.54.1 p. 4
49.1.1-2 p.15
49.13.2 p. 3
49.14.3 p. 2
49.14.6 p.15
49.15.4 p. 3
49.17.5 p. 4
49.18.4 p. 4
49.2 p. 15
49.21.1 p. 4
49.22.6 p. 4
49.24.1 p. 21
49.2-5 p. 3
49.25.3-4 p.7
49.27-28 p.4
49.32.1 p.4
49.32.3 p.7
49.32.4-5 p.7
49.32.4-5 p.7
49.33.2 p.7
49.33.4 p.7
49.34.5 p.2
49.34.5 p.3
49.35 p.3
49.36.1 p.3
49.38.4 p.3
49.39.2 p.23

49.41.1	p.7	50.2.3	p.4
49.41.2	p.4	50.20.6-7	p.3
49.41.3	p.7	50.23.1	p.27
49.41.6	p.4	50.23.2-3	p.17
49.42-43	p.2	50.24.6	p.2
49.43	p.3	50.26.3	p.10
49.7.6	p.3	50.27 ss.	p.4
50.1.3	p.7	50.27.5	p.12
50.11.1	p.10	50.29.1	p.17
50.11.2	p.19	50.3.4	p.10
50.11.3	p.10	50.30.2	p. 22
50.11.3	p.10	50.30.4	p. 23
50.11.4	p.2	50.31.1	p. 24
50.1-2	p.23	50.31.1-2	p. 25
50.12.1	p.17 - p.2	50.31.2	p. 24
50.12.2	p.11	50.31.3	p.12
50.12.3	p.11	50.31.4	p. 2
50.12.4	p.1- p.12	50.31.4	p. 26
50.12.6	p.19	50.31.5	p. 25
50.12.7	p.12- 29	50.31.5	p. 26
50.12.8	p.12	50.32	p. 28
50.13.1-4	p.13	50.33	p.17
50.13.5	p.12	50.33.1-2	p. 29
50.13.5	p.13	50.33.1-3	p.23
50.13.5-8	p.12	50.33.3	p. 23
50.13.6	p.12	50.33.4	p.23
50.13.7	p.4	50.33.4	p. 27
50.13.8	p.13	50.33.5-8	p. 30
50.14.1	p.13	50.34.1	p. 29
50.14.2	p.13	50.34.5	p. 23
50.14.3	p.23	50.34.6	p.31
50.14.4	p.15	50.35	p. 30
50.15.1	p.15	50.5.1	p. 7
50.15.3	p.12	50.5.1	p. 4
50.15.3	p.23	50.6.1	p.10
50.15.4	p.17	50.6.3	p. 2
50.15.4	p.23	50.6.5	p. 2
50.18	p.23	50.7.1	p.15
50.18.3	p.17	50.8	p.10
50.18.3	p.3	50.8.6	p.10
50.18.6	p.23	50.9.1	p.10
50.19.4	p.15	50.9.3	p.10

51.1.1 p. 23
51.1.4 p. 25
51.1.4 p. 3
51.10.1 p. 3
51.10.1 p. 31
51.10.2 p.13
51.10.6 p. 32
51.17.1 p. 31
51.19.1 p. 33
51.2.1-4 p. 2
51.2.6 p. 3
51.20.4 p. 33
51.3.3 p.12
51.3.6 p.19
51.31.5 p. 27
51.5 p. 31
51.5.6 p. 31
51.6.1 p. 3
51.6.6 p. 3
51.7.3 p. 31
51.7.4 p. 12
51.9.1 p. 31
51.9.3 p. 31
51.9.5 p. 31
52.42.6-8 p. 2
51.15.3 p. 4

Marcus Tullius Cicero
Ad Atticum
8.3.3 p. 7

Marcus Tullius Cicero
Catilinariae
43.10 p. 34

Marcus Tullius Cicero
De Domo
35.94 p. 34

Marcus Tullius Cicero
De Legibus
3.3.8 p. 34

Marcus Tullius Cicero
Philippic
2.25.62 p. 4
2.25.62-63 p. 4
2.22.55 p. 3

Titus Flavius Iosephus
Antiquitates iudaicae
15.92.96 p. 7
14.488-490 p. 4

Titus Flavius Iosephus
Bellum iudaicum
1.361-362 p.7
1.357 p. 4

Lucio Anneo Floro
Epitomae de Tito Livio bellorum omnium annorum DCC libri duo
1.41.7 p. 6
2.14.2 p. 4
2.14.4 p. 4
2.14.5 p. 2
2.14.5-6 p. 2
2.15.1 p. 4
2.15.1-3 p. 4
2.15.5 p. 2
2.16.1-2 p. 4
2.16.2 p. 4
2.16.5 p. 3
2.16.5 p. 4
2.17.10 p. 4
2.18.1-2 p. 1
2.18.9 p. 15
2.19.1 p. 4
2.19.4 p. 4
2.19.5 p. 4
2.19.6 p. 4
2.20.10 p. 4
2.20.2 p. 4
2.20.9 p. 4
2.21.10 p. 4
2.21.11 p. 10
2.21.11 p. 7

2.21.11.4 p. 13
2.21.11.5-6 p. 16
2.21.11.5-6 p. 17- p. 19
2.21.11.8 p. 29
2.21.1-3 p. 7
2.21.3 p. 4 - p. 7
2.21.4 p. 10
2.21.5 p. 13
2.21.5 p. 17
2.21.5 p. 19
2.21.6 p. 17
2.21.6 p. 29
2.21.7 p. 21 - p. 31
2.21.8 p. 15
2.21.9 p. 31
2.21.9 p. 32

Aulus Gellius
Noctes Atticae
2.22-23 p. 23

Quintus Horatius Flaccus
Odi
1.37 p. 32
1.37.21 p. 7

Titus Livius
Periochae
123 p. 1
127 p. 4
133 p. 7
129 p. 3
131 p. 3
130 p. 4
132 p. 7
133 p. 31 - p. 33

Paulus Orosius
Historiarum adversus paganos libri septem
6.19.10 p. 30
6.19.11-12 p. 30
6.19.13-14 p. 31
6.19.16 p. 32
6.19.6 p. 10 - p. 19
6.19.7 p. 1- p. 15
6.19.8 p. 21- p. 25
6.19.8-9 p. 17
6.19.9 p. 18
6.20.1 p. 33
6.20.1-2 p. 33
6.20.8 p. 33

Gaius Plinius Secundus
Naturalis historia
19.22 p. 15
4.1.1 p. 11

Plutarchus
Antonius
10.5 p. 4
17.5 p. 4
19.3 p. 3 - p. 4
2.4 p. 4
20.3 p. 4
22.1 p. 3
23.2 p. 4
25 p. 24
25.3 p. 7
3.10 - 63 p. 4
3.1-3 p. 4
3.8 p. 4
3.9 p. 4
30.6 p. 2
32.3 p. 2
34.10 p. 21
34.9 p. 4
35.5 p. 25
36.1 p. 7
36.3 p. 7
38, p. 4
38.6 p. 7
39.4.1 p. 4
4.3 p. 4
4.4 p. 4
4.7 p. 4

42.2 p. 4
42.2 p. 4
43.1 p. 4
43.5 p. 4
50.1.1 p. 4
54.6-7 p. 7
55.2 p. 4
56 p. 17
56.7 p. 2
58.3 p. 10
58.5 p. 4
59.1 p. 4
6.6 p. 4
60 p. 7
60.1 p. 10
60.2 p. 10
61.1 p. 17
61.1 p. 21
61.2 p. 12
61.4 p. 12
61.4 p. 19 - p. 22
62 p. 16
62.1 p. 14
62.2 p. 19
62.2 p. 19
62.5 p. 10
63 p. 12- p.14
63.1 p. 13- p.4
63.5 p. 12- p.13
63.6 p. 15
63.7 p. 14
64 p. 17
64.1 p. 15- p.17
64.2-4 p. 15
65 p. 27
65.1 p. 23 - p.25
65.2 p. 25
65.4 p. 17
65.6 p. 26
65.7 p. 23
65.8 p. 27
66 p. 29
66.1 p. 17- p.27
66.1-3 p. 28
66.2-3 p. 20
66.3 p. 17
66.3 p. 27
66.3 p. 29
66.4 p. 23
66.4 p. 25 - p.27
66.4-5 p. 27
66.7-8 p. 29
67.3 p. 29
67.5 p. 31
67.7 p. 29 - p.31
67.8 p. 31
68 p. 31
68.1 p. 30
68.2 p. 19
68.3 p. 21
69.1 p. 31
69.3 p. 31
74.4 p. 31
74.4 p. 31
76 p. 32
77 p. 32
8.4 p. 4
9.6 p. 4
90.5 p. 14
2.1-2 p. 3
24.2 p. 4
3.6 p. 31
33.2 p. 4
36.5 p. 7
6.1 p. 3
60.1 p. 7
62.4.1 p. 10
64.1 p. 18
64.1 p. 18
65.7 p. 27
66.3 p. 27
7.1 p. 4

Plutarchus
Brutus
18.2-6 p. 4

Plutarchus
Pompeius
25.3 p. 6
26.2 p. 6

Porphýrios
De abstinentia
1.25 p. 10

Sextus Propertius
Elegiae
3.3.43 p. 25
4.6.22 p. 2

Annaeus Seneca (il Retore)
Suasoriae
1.7 p. 23

Servius Marius Honoratus
Commentarii in Vergilii Aeneidos libros,
8.685 p. 21
10.1 p. 31

Servius Marius Honoratus
Commentarii in Vergilii Georgica
3.29 p. 33

Strabo
Geographia
17.1.10 p. 31
4.1.9 p. 31
8.1.3 p. 11
8.4.3 p. 1

Gaius Suetonius Tranquillus
De vita Caesarum
Liber II
10 p. 3
10 p. 4
12 p. 3
13 p. 3
15 p. 3
16 p. 3
17.1-2 p. 4
20 p. 3
27 p. 3
51 p. 2
52-53 p. 2
57-60 p. 3
68-70 p. 3
7 p. 4
72-78 p. 2
8 p. 3
9 p. 3
17 p. 13
17 p. 25
17.4 p. 30
18 p. 12
97 p. 10
14 p. 3
2 p. 4
20 p. 3
4 p. 4
86.5 p. 4

Publius Gaius Cornelius Tacitus
Annales
1.1 p.10
4.5 p. 31

Marcus Velleius Paterculus
Historiae romanae ad M. Vinicium libri duo
2.127.1 p. 21
2.45.1 p. 9
2.56.4 p. 4
2.59.2 p. 2
2.60.3 p. 4
2.61.1 p. 4
2.61.4 p. 4
2.62.1 p. 4
2.63.1 p. 4
2.66.2 p. 3 p. 4
2.68.4-5 p. 3

2.70.1	p. 3 - p.2
2.77.2	p. 25
2.79.1	p. 2
2.80.1	p. 4
2.81.3	p. 2
2.82.2	p.4
2.82.3	p. 4
2.82.4	p. 4
2.82.2	p. 7
2.83.2	p. 4
2.84	p. 13- p.24
2.84.1	p. 19 - p.23
2.84.2	p. 10- p.12- p.13- p.7
2.85	p. 25 - p.29
2.85.1	p. 21
2.85.2	p. 21 - p.25
2.85.3	p. 30
2.85.3	p. 4
2.85.6	p. 31
2.86	p. 25
2.87	p. 31
2.87.2	p. 4

Publius Vergilius Maro
Aeneis

3.275-288	p. 12
8.692-693	p. 17
8.609	p. 23
8.675-723	p. 2
8.682	p. 27
8.684	p. 2
8.698-700	p. 2
8.707-708	p. 23
8.714-716	p. 31
8.714-716	p. 33

Publius Vergilius Maro
Georgica

3.29	p. 33

Dr. sc. Almedina Šabić Učanbarlić
Vanredna profesorica
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
a.sabic@pfsa.unsa.ba

UDK 347.451.031:366.432
Izvorni naučni rad

DIREKTIVA 85/374/EEZ O ODGOVORNOSTI ZA PROIZVODE: JE LI VRIJEME ZA REFORMU?

Sažetak

Direktiva 85/374/EEZ o odgovornosti za neispravne proizvode[1] *(dalje i: Direktiva, Direktiva 85/374/EEZ) sadrži pravila koja uređuju objektivnu odgovornost proizvođačā za štetu prouzrokovanu njihovim neispravnim proizvodima na nivou EU. Takva pravila ovlašćuju zainteresiranu osobu na naknadu novčane štete za smrt, tjelesnu povredu i štetu prouzrokovanu na drugoj njenoj imovini, namijenjenoj prevashodno privatnoj upotrebi, pod uslovom da je iznos štete viši od 500 eura. S obzirom na to da je od donošenja Direktive prošlo više od tri desetljeća, te da se tokom tog perioda unutrašnje tržište širilo i da je došlo i do tehnološkog razvoja koji je u vrijeme donošenja Direktive bio gotovo nezamisliv, normalno je da su postavljena pitanja prije svega djelotvornosti Direktive u ostvarivanju njenih izvornih ciljeva, te relevantnosti u odnosu na najnovije tehnološke promjene odnosno koncept fit-for-purpose u kontekstu razvoja digitalnih tehnologija, prije svega interneta stvari*[2] *i umjetne inteligencije.*

Kako u bosanskohercegovačkoj doktrini ovom pitanju nije posvećeno dovoljno pažnje, u tekstu koji slijedi podsjeća se na značaj koji Direktiva uživa u pravu EU, te na njena dobra i manje dobra rješenja, uz pokušaj davanja odgovora na pitanje iz naslova: je li došlo vrijeme za značajniji update rješenja Direktive 85/374/EEZ?

Ključne riječi: *Direktiva 85/374/EEZ, Direktiva o odgovornosti za proizvode, odgovornost proizvođača za proizvod*

---

[1] Direktiva Vijeća 85/374/EEZ od 25. jula 1985. o približavanju zakona i drugih propisa država članica u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode (Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (Official Journal L 210, 7. 8. 1985., p. 29–33).

[2] Internet of Tools (IoT).

I. Postojeća regulativa

1. Uvod

Prije nego što je problematika zaštite potrošača od neispravnih proizvoda regulirana Direktivom 85/374/EEZ, potrošač je na tržištu Zajednice bio zaštićen nacionalnim propisima država članica, koji su se međusobno dosta razlikovali. Postojeće su razlike bile veoma ozbiljne; kao takve vodile su poremećajima u odnosima konkurencije na zajedničkom tržištu, te negativno utjecale na slobodno kretanje roba na istom. Naime, prije donošenja Direktive postojala su zakonodavstva poput, primjerice, francuskog, u kojima je proizvođač odgovarao objektivno, neovisno o krivici, kao i zakonodavstva u kojima je oštećeni kao tužitelj, da bi uspio sa svojim zahtjevom za naknadu štete, morao kod tuženog dokazati postojanje krivice (Taschner, 1986, str. 22). Među takvim su državama bile, primjera radi, Danska, Italija, Grčka, Holandija, Irska, Njemačka, Portugal, Španija i Velika Britanija; u ovim državama nije prije donošenja Direktive postojao sistem objektivne odgovornosti proizvođača, mada su one poznavale i primjenjivale institut pretpostavljene krivice, čija je primjena u krajnjoj liniji vodila istom rezultatu (Stanivuković, 1996, str. 340). Ovakve načelno jako različite situacije u velikoj su mjeri utjecale ne samo na učestalost ostvarenja prava na naknadu štete i njenu visinu, nego i na cijene samih proizvoda, s obzirom na to da na visinu cijene određenog proizvoda utječu i premije osiguranja od odgovornosti. Osim nastojanja uklanjanja kočnica intenzivnijem prometovanju robama, Direktivom se nastojalo zaštititi i potrošača, u smislu osiguranja jednake zaštite u slučaju štete koja bi pogodila osobu odnosno imovinu potrošača. Pored zaštite potrošača, Direktiva je pokušala potrošačev položaj poboljšati i u tom smislu da se potrošača oslobodi obaveze dokazivanja proizvođačeve krivice, dok je na strani proizvođača uvela ograničavanje slobode ugovaranja, u smislu zabrane proizvođaču da u ugovor unosi odredbe kojima bi na bilo koji način isključivao odnosno ograničavao svoju odgovornost. Tako je usvajanje koncepta objektivne odgovornosti proizvođača, neovisno o njegovoj krivici, najveća novina koju je Direktiva 85/374/EEZ donijela sa sobom (Misita, 2019, str. 369).[3] Objektivna odgovornost je prepoznata kao adekvatan odgovor na pitanje kako u vremenu tehničkog i tehnološkog napretka pravedno raspodijeliti rizik svojstven modernoj proizvodnji.[4]

[3] Ovdje je, kako to navodi Misita, moguće govoriti i o tzv. objektiviziranoj krivici, s obzirom na to da osnov odgovornosti jeste i krivica (razumno predvidiva upotreba iz čl. 6 (b) Direktive) i rizik (odgovornost za štetu uzrokovanu neispravnošću proizvoda iz čl. 1 Direktive).

[4] Tačka 2 Preambule Direktive.

Kako je naprijed već rečeno, Direktivom 85/374/EEZ jeste uređena problematika koja je u državama članicama EU u vrijeme donošenja Direktive već bila regulirana toliko različitim nacionalnim propisima da te različitosti pojedini autori nazivaju notornima (Fairgrave & Howells, 2007, str. 964). Pored postojećih propisa, nacionalni su sudovi razvili i obimnu praksu u primjeni istih, te se svakako nametnulo pitanje kakav je odnos između rješenja Direktive i nacionalnih propisa koji reguliraju problematiku koju uređuje Direktiva. Problem je, naravno, najprije izazvalo tumačenje odredbe čl. 13 Direktive, u smislu otvaranja pitanja može li država članica zadržati opći sistem odgovornosti za neispravne proizvode drugačiji od onoga koji predviđa Direktiva. Drugačije rečeno, postavljeno je pitanje da li je Direktiva 85/574/EEZ direktiva minimalne harmonizacije, koja bi državama članicama dopustila zadržavanje odnosno donošenje strožijih propisa, koji bi značili bolju zaštitu potrošača. Na to je, primjera radi, ukazivala odredba čl. 15 st. 1 (a) prvobitnog teksta Direktive (teksta prije izmjena iz 1999. godine), u kojoj se isticalo kako su države članice slobodne da pojam proizvoda protegnu i na primarni poljoprivredni proizvod odnosno divljač, te time podignu nivo zaštite potrošača u odnosu na onaj kojeg je predviđala sama Direktiva.

Odgovore na postavljena pitanja davao je Sud EU, koji je negirao mogućnost da države članice zadržavaju opće sisteme odgovornosti za defektne proizvode, različite od sistema koji ustanovljava Direktiva, te je istaknuo kako je Direktiva 85/374/EEZ direktiva maksimalne harmonizacije u oblastima koje izričito regulira; nasuprot takvih oblasti postoje i one u pogledu kojih državama članicama ostavljaju odriješene ruke, poput primjerice rješenja iz odredbe čl. 16 (1) o ukupnoj odgovornosti proizvođača za štete nastale usljed smrti ili tjelesne povrede prouzrokovane istim predmetom s jednakim nedostatkom, mogućnosti da se odgovara uprkos razvojnom riziku (čl. 15 (1) (b)), te problematike odgovornosti za nematerijalnu štetu, kojom se Direktiva uopće ne bavi (čl. 9).

Iako je koncept maksimalne harmonizacije takav da, u usporedbi s konceptom minimalne harmonizacije, jeste općenito efikasniji u ostvarivanju ciljeva koji se harmonizacijom hoće postići (Šabić Učanbarlić, 2019, str. 45), primijećeno je da je nivo zaštite potrošača u pojedinim nacionalnim zakonodavstvima, poput primjera radi francuskog, viši u odnosu na nivo kojeg se nametnulo Direktivom. Odatle je jasno zašto je tokom nekoliko decenija postojanja Direktive prilikom podizanja tužbi za naknadu štete prouzrokovane neispravnim proizvodom pred nacionalnim sudovima češće i radije posezano za povoljnijim nacionalnim pravilima; pored činjenice da su pojedina zakonodavstva sadržavala rješenja koja su za potrošača povoljnija, relativno mali broj sporova koji je u nacionalnim zakonodavstvima vođen prema pravilima Direktive opravdava

se i time što su i tužitelji, ali i sudovi radije ostajali pri primjeni nacionalnih, dobro poznatih pravila (Fairgrave & Howells, 2007, str. 965).

2. Lično i stvarno važenje Direktive 85/374/EEZ

Obaveznopravni odnos odgovornosti za štetu uspostavlja se između proizvođača i oštećenog. Proizvođačem se smatra proizvođača gotovog proizvoda, kao i proizvođača sastavnih dijelova i sirovina, te bilo koju drugu osobu koja se obilježavanjem proizvoda svojim imenom, žigom ili drugim znakom raspoznavanja predstavlja kao proizvođač. S proizvođačem se izjednačava i uvoznik koji je uvezao proizvod u EU. Osoba koja je uvezla proizvod iz jedne u drugu državu članicu ne smatra se uvoznikom odnosno, od značaja je samo to ko je uvezao stvar u EU (Đunđić, 2009, str. 461). Treba skrenuti pažnju na to da je odluka da se kao odgovornu prema Direktivi odredi osobu proizvođača podržana kroz stavove Suda EU. Tako je Sud EU istakao kako je prihvatljivije kao odgovornog označiti proizvođača, s obzirom na to da bi definiranje dobavljača (*supplier* – možemo reći da bi to kod nas jezički bio i prodavac), iako bi podizanje tužbe protiv dobavljača za potrošača čak bilo jednostavnije, značilo podizanje cijene samog proizvoda, iz prostog razloga što bi dobavljač morao da se osigura od takve odgovornosti. Osim toga, sami dobavljači, kojih u lancu distribucije može biti i više, došli bi u situaciju da se u procesu regresiranja moraju vratiti sve do proizvođača, koji je osoba u proizvodno-distributivnom lancu koja je najčešće odgovorna za neispravnost proizvoda (Herbosa, 2016, str. 2).

U situacijama u kojima se ne može utvrditi ko je proizvođač odnosno uvoznik proizvoda, proizvođačem će se smatrati svaki dobavljač, izuzev ondje gdje bi dobavljač u razumnom roku oštećenog obavijestio o identitetu proizvođača odnosno osobe koja je njemu isporučila proizvod. Pritom se mora voditi računa o tome da će dobavljač biti oslobođen odgovornosti samo ondje gdje imenovani proizvođač odnosno osoba koja je dobavljaču isporučila proizvod ima sjedište na području EU, s obzirom na to da se potrošaču dostupnim mora učiniti subjekt koji je rezidentan na području Unije (Stanivuković, 1996, str. 343). Direktiva ne uređuje pitanje odgovornosti prodavca, osim ondje gdje bi taj prodavac bio istovremeno i proizvođač ili uvoznik. Prodavac odnosno trgovac će, međutim, odgovarati kao i sam proizvođač ondje gdje nije u stanju odnosno ne želi identificirati stvarnog proizvođača odnosno uvoznika (Misita, 2019, str. 365).

Direktiva pravo na naknadu štete daje oštećeniku (*injured person*). Ona, za razliku od većine preostalih potrošačkopravnih direktiva, ne govori izričito o

potrošaču[5], no pod osobom oštećenika podrazumijeva upravo njega: kupca koji je stvar nabavio za lične potrebe, članove porodice kupca, goste i osobe u prolazu, koje s proizvođačem nisu ni u kakvom ugovornom odnosu. Oštećeni je, dakle, uvijek i isključivo fizička osoba (Mlikotin Tomić, 2006, str. 428).

Kada je riječ o oblasti stvarnog važenja Direktive, neophodno je vratiti se odredbi njenog čl. 1, u kojem se kaže kako proizvođač odgovara za štetu koja je prouzrokovana neispravnošću njegovog proizvoda. Ova definicija sadrži nekoliko kategorija koje zahtijevaju dodatno pojašnjenje.

Proizvod. Pojam proizvoda je nakon izmjena iz 1999. godine uređen veoma široko. Tako se proizvodom smatra svaku pokretnu stvar, čak i ondje gdje je ta pokretna stvar ugrađena u nepokretnu, a pojam proizvoda se izričito proteže i na električnu struju.[6] Ovo proširenje pojma proizvoda na električnu struju moralo je biti učinjeno izričito, s obzirom na to da se električnu struju smatra pojavom nevidljivom odnosno neprimjetnom prije svega ljudskom oku odnosno drugim čulima. U tom je kontekstu s druge strane interesantno to da se primjera radi plin (gas), barem shodno tumačenjima sudova država članica[7], smatra pojavom koju je moguće primijetiti ljudskim čulima i shodno tome proizvodom, u smislu da pojam proizvoda ovdje obuhvata i plin (gas) sam po sebi, kao i njegove spremnike sa svim pripadajućim ele-

[5] Direktiva potrošača spominje već u tački 1 svoje Preambule, ističući kako postojeće razlike između rješenja u državama članicama u vezi s odgovornošću za štetu uzrokovanu neispravnim proizvodom mogu dovesti i do različite zaštite potrošača na zajedničkom tržištu.

[6] U svom prvobitnom tekstu Direktiva je pojmom proizvoda obuhvatala osnovne poljoprivredne proizvode kao proizvode koji se dobijaju iz zemljišta, te stočarstvom odnosno ribarstvom, ali isključivo pod uslovom da takvi proizvodi nisu bili podvrgnuti ni inicijalnoj preradi. To je praktično značilo da, primjerice, proizvođač zaraženog mesa nije odgovarao za štetu koja bi od takvog mesa nastala potrošaču, pod uslovom da se radilo o potpuno neprerađenom mesu. Države članice su, međutim, bile ovlaštene da, u skladu s odredbom čl. 15 (a), pod pojam proizvoda u svojim nacionalnim zakonodavstvima podvedu i primarni poljoprivredni proizvod i divljač, što je jedan broj država članica i uradio (Švedska, Grčka, Finska i Luksemburg). Međutim, pod utjecajem straha kojeg je u Evropi s kraja 20. stoljeća izazvala epidemija kravljeg ludila, pojam proizvoda je Direktivom 1999/34/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća o izmjeni Direktive 85/374/EEZ o usklađivanju zakona i drugih propisa država članica u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode (Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999 amending Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (Official Journal L 141, 4. 6. 1999., p. 20–21) obuhvatio i neprerađene poljoprivredne proizvode, te oni više ne mogu biti izuzeti iz okvira tog pojma.

[7] Court of Appeal of Albacete – SAP Albacete 9. 3. 2000, AC 2000/1145.

mentima (Wuyts, 2014, str. 5). Direktivu se ne primjenjuje na nematerijalna dobra, te se odatle njena rješenja ne protežu primjera radi na neodgovarajuće usluge i savjete, kao ni na manjkavu dijagnostiku ili pogrešne odnosno manjkave informacije. Kao interesantnu situaciju u kojoj se Direktivu ne može primijeniti, može se, recimo, navesti situaciju u kojoj pacijent kupi potpuno siguran lijek, no on mu prouzrokuje, usljed pogrešne liječničke dijagnoze, određenu štetu.

Ono što je unazad najmanje deceniju posebno značajno i interesantno jeste pitanje može li se *software* smatrati proizvodom. Danas je, naime, sasvim zamislivo da vlasnik automobila pretrpi štetu u saobraćajnoj nezgodi radi kvara na svom automobilu, u korijenu kojeg jeste manjkav *software*. Isto je tako zamislivo da se, primjera radi, u liječenju upotrijebi neodgovarajuću količinu zračenja, usljed čega pacijent pretrpi štetu. Na naprijed postavljeno pitanje Evropska komisija je odgovorila tako što je istakla kako se proizvodom može smatrati *software* koji se nalazi na materijalnom mediju (CD, DVD, Flash-drive)[8]. Odatle je, dalje, moguće zaključiti da takav softver ne bi bilo moguće smatrati uslugom, pa čak niti onda kada je napravljen po narudžbi (*custom made*), s obzirom na to da u takvom slučaju softver predstavlja predmet usluge; on se, dakle, i dalje smatra predmetom.

Ovdje je bitno naglasiti i to da činjenica da se odredbe Direktive ne primjenjuju na pružanje usluga ne znači automatski to da nije moguće ostvariti pravo na naknadu štete koja je prouzrokovana pružanjem usluge u okviru koje je upotrijebljen neispravan proizvod. U vezi s problemom naknade štete koja je nastala na način da je potrošaču pružena usluga u okviru koje je upotrijebljen neispravan proizvod, često se spominje slučajeve snabdijevanja električnom strujom koju se smatra defektnom, kao i slučajeve korištenja neispravnog softvera prilikom ažuriranja različitih računarskih sistema. Tako su belgijski sudovi našli da u slučajevima isporuke neispravne električne struje oštećena osoba može tužiti proizvođača iste u skladu s odredbama Direktive, neovisno o tome da li je ili ne proizvod korišten u pružanju usluge. Sličan je stav zauzeo i Sud EU u slučaju *Veedfald*. U ovom je slučaju bubreg koji je trebao biti transplantiran jednom pacijentu oštećen na način da je ispran u defektnoj tekućini koju je proizvela sama bolnica koja je trebala izvršiti transplantaciju; bubreg je tako postao nepodoban za transplantaciju. U ovom je slučaju bolnica kao proizvođač tekućine koja nije namijenjena stavljanju na tržište u smislu prodaje izvan bolnice ipak

[8] Pisano pitanje broj 706/88 od strane gospodina Gijs de Vriesa Komisiji: Product Liability for Computer Programs, Official Journal (OJ) C 114, 8. 5. 1989, 42.

obavezana na naknadu štete, s obzirom na to da je u pružanju svoje usluge upotrijebila neispravan vlastiti proizvod.[9]

Široko se shvatanje proizvoda danas, uprkos trećem recitalu uz Direktivu, proteže i na ljudsku krv, ljudske organe namijenjene transplantiranju, kao i na ljudske jajne ćelije i sjemenu tekućinu (Wuyts, 2014, str. 7).

Šteta. Pojam štete definiran je odredbom čl. 9 Direktive, u kojem se ističe kako se pod štetom podrazumijeva šteta izazvana smrću i tjelesnom povredom, kao i svako oštećenje imovine, pod uslovom da nije u pitanju šteta prouzrokovana na samom proizvodu. U skladu s rješenjima Direktive, pojam štete obuhvata samo materijalnu štetu, dok se pravo na naknadu nematerijalne ostvaruje u skladu s pravilima nacionalnog prava (Ivančević, 2012, str. 338). U skladu s odredbom čl. 9 st. 2, primjena odredaba ovog člana ne utječe na primjenu nacionalnih propisa koji se tiču naknade nematerijalne štete. To bi praktično značilo da u slučaju u kojem tužba s inostranim elementom bude podnijeta na temelju sistema odgovornosti kojeg uspostavlja Direktiva, mogućnost dosude naknade nematerijalne štete ovisi o mjerodavnom materijalnom pravu (Đunđić, 2009, str. 465). Pored navedenih uslova, shodno kojima oštećenik pravo na naknadu štete ima ondje gdje je riječ o šteti u smislu tjelesne povrede nanijete fizičkoj osobi odnosno o oštećenju imovine, pod uslovom da oštećenje nije nastalo na samom proizvodu, Direktiva zahtijeva i da se radi o šteti u iznosu od najmanje 500 eura, da je šteta, ukoliko je nastala na stvari, pogodila stvar koju se obično koristi u privatne svrhe (tzv. objektivni kriterij), te da je oštećeni stvar zaista koristio upravo u privatne svrhe (tzv. subjektivni kriterij). Ovo drugim riječima znači da šteta koja bi pogodila stvar koju osoba upotrebljava u obavljanju svoje profesije ne može biti naknađena u skladu s Direktivom.[10] Šteta, dakle, mora pogoditi "potrošačku" stvar (Misita, 2019).

Neispravnost proizvoda. O tome kada se smatra da je proizvod neispravan Direktiva govori u odredbama čl. 6. Neispravan proizvod tako jeste proizvod koji ne pruža sigurnost koju osoba legitimno očekuje, uzimajući u obzir sve okolnosti, uključujući tu posebno[11]: a) reklamiranje proizvoda, b) njegovu razumno očekivanu upotrebu i c) vrijeme kada je proizvod stavljen u promet. Definiciju se željelo plasirati kao objektivnu i normativnu; objektivnu iz razloga što u obzir uzima legitimna očekivanja javnosti (*in abstracto*), a normativnu iz razloga što govori o legitimnim, a ne o faktičkim očekivanjima. Ipak,

[9] ECJ C-203/99, *Veedfald v Arhus Amtskommune* [2001] ECR I-3569.
[10] Vidjeti također: tačka 9 Preambule Direktive.
[11] Nabrajanje okolnosti koje je posebno potrebno uzeti u obzir ukazuje na to da takvo nabrajanje nije taksativno.

ona među teoretičarima uživa karakter otvorene[12], relativne odnosno definicije koja je takva da sudovima u odlučivanju daje dosta prostora odnosno otvara vrata njihovoj diskrecionoj ocjeni (Fairgrave, Howells & Pilgerstorfer, 2013, str. 6), a poznato je i shvatanje shodno kojem definicija neispravnosti sadržana u Direktivi zapravo prvostepenim sudovima omogućava da rade šta žele u skladu s vlastitom percepcijom i društvenim okolnostima (Fairgrave, Howells & Pilgerstorfer, 2013, str. 6).

Direktiva pri definiranju neispravnosti jasno usvaja jedinstveni kriterij izostanka sigurnosti koju osoba potrošača legitimno očekuje, iz čega se zaključuje kako ona ne pravi razliku između različitih vrsta nedostataka. U tom se pravcu njena rješenja jako razlikuje od rješenja koja su usvojena u američkom pravu odgovornosti za neispravne proizvode, s obzirom na to da ono pravi razliku između proizvodnih s jedne, te dizajnerskih i informativnih nedostataka s druge strane.[13]

U pogledu prihvatanja spomenute podjele tipične za američko pravo i u EU preovladavajuće je mišljenje da takva podjela nedostataka ispravnosti po njihovim vrstama nije poveziva s rješenjima Direktive iz nekoliko razloga. Tako se u prvom redu ističe to da prilikom primjene rješenja Direktive sama usklađenost proizvoda s postojećim standardima kvaliteta ne znači automatski to da proizvod nema nedostatak neispravnosti. Drugačije rečeno, konkretan proizvod može udovoljavati industrijskim standardima kvaliteta, no i uprkos tome biti neispravan ukoliko sudovi nađu da legitimno očekivanje javnosti podiže ljestvicu sigurnosti u odnosu na važeći industrijski standard. Osim toga, može se reći da vrijedi i obrnuto: činjenica da proizvod odstupa od proizvodnih standarda ne podrazumijeva automatski postojanje neispravnosti; naime, ukoliko proizvod pri čijoj je proizvodnji u određenom smislu odstupljeno od standarda proizvodnje prođe test legitimnih očekivanja, može ga se s punim pravom smatrati ispravnim. Tako je primjera radi u slučaju *Tesco Stores Ltd v Pollard* utvrđeno da, iako je proizvodni propust doveo do toga da je spremište za deterdžent za pranje suđa manje sigurno

[12] Sama Evropska komisija je naime u svom Trećem izvještaju o Direktivi istakla kako subjektivna priroda "očekivanja" u suštini znači to da precizna definicija neispravnosti nije zapravo moguća.

[13] Tako bi se proizvodnim nedostatkom moglo primjerice smatrati nenamjeran nedostatak, postojeći na jednom primjerku proizvoda koji se proizvodi masovno i nije sadržan u samom proizvodu, poput recimo flaše gaziranog pića koja eksplodira u rukama potrošača. Dizajnerskim odnosno informativnim bi se nedostatkom s druge strane smatralo npr. lijek koji je proizveden kako je i očekivano, no s određenim nedostatkom karakterističnim za taj proizvod, poput sporednih efekata odnosno nuspojava.

za djecu od namjeravanoga, takav spremnik i dalje jeste dovoljno siguran da udovolji legitimnim javnim očekivanjima, te stoga jeste ispravan.[14]

Ovdje se treba osvrnuti i na još jedan element o kojem se zahvaljujući raspravi o njemu u američkoj doktrini promišlja i u evropskim okvirima. Naime, u pravu Sjedinjenih Država razvijen je koncept tzv. rizik-korisnost testa (*risk-utility test*). Ovaj test u obzir uzima ravnotežu između vjerovatnoće i ozbiljnosti opasnosti od nedostatka ispravnosti s jedne strane, te troškova djelovanja u smislu preduprjeđivanja istog s druge strane. Tako se proizvod neispravnim u okviru testa rizik-korisnost smatra onda kada troškovi eliminiranja određene opasnosti jesu manji od rezultirajuće sigurnosne korisnosti. Rješenja Direktive ne idu u prilog primjeni ovog kriterija; ona u svom uvodu mnogo više govori o pravičnoj raspodjeli rizika, ne osvrćući se na golu kalkulaciju troškova i koristi tipičnu za američko pravo. Direktiva zapravo odgovornost za neispravan proizvod zasniva na očekivanju sigurnosti, a ne na korisnosti, u smislu da postupanje proizvođača ne može cijeniti on sam, nego se ono sagledava u svjetlu legitimnih javnih očekivanja. Iako koncept testa rizik-korisnost općenito nije prihvaćen u evropskim okvirima, ne može se reći da nije imao uticaj na pojedina evropska zakonodavstva, u koja je u određenoj mjeri ugrađen prilikom transponiranja u ista rješenja same direktive. Među takvim zakonodavstvima ističu se španisko i italijansko (Wuyts, 2014, str. 12, 13).

Na kraju ovog uvoda u uopćenu analizu kategorije neispravnosti, potrebno je osvrnuti se i na jedno takoreći finalno pitanje: mora li oštećeni tužitelj navesti šta je, precizno, neispravno kada je riječ o nedostatku ispravnosti? U trećem je izvještaju Evropske komisije[15] u pogledu odgovora na ovo pitanje upućeno na slučajeve iz engleske prakse, u kojima se tražilo dokaz neispravnosti. Sud je u ovim slučajevima[16] jasno smatrao kako je nedovoljno da tužitelj dokaže kako je proizvod neispravan u smislu protivnosti onome što osoba generalno može očekivati kada se radi o takvom proizvodu. Ipak, kasnije su engleski sudovi napustili ovakve stavove, naglašavajući kako tužitelj nema zadaću pokazivati i dokazivati precizno šta je to bilo neispravno kada je riječ o konkretnom proizvodu. Takav je stav prihvaćen i u belgijskom, francuskom, italijanskom i španskom zakonodavstvu, gdje

[14] *Tesco Stores ltd v Pollard* [2006] Court of Appeal, Civil Division (EWCA Civ) 393.

[15] Third report on the application of the Council Directive on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of Member States concerning liability for defective products, COM (2006) 496 final of 14 September 2006.

[16] *Foster v Biosil* [2000] 59 Butterworth's Medico-Legal Reports (BMLR) 178 (London Central County Court) (Mrs Recorder Booth QC) i *Richardson v London Rubber Company Products Limited* [2000] Lloyd's Law Reports 280 (QBD) (Kennedy J).

se sasvim dovoljnim smatra to da tužitelj dokaže da proizvod u pitanju nije ispunio funkciju koja mu je namijenjena (Fairgrave/Howells/Pilgerstorfer, 2013, str. 9).

Legitimno očekivanje da proizvod pruža sigurnost ovisi, dakle, o svim okolnostima konkretnog slučaja, koje je sud prilikom odlučivanja dužan uzeti u obzir, uključujući tu i okolnosti koje Direktiva posebno ističe, a to su reklama proizvoda, uobičajena namjena proizvoda i vremenski trenutak stavljanja proizvoda u promet. S pravom se može reći kako je unijska definicija neispravnosti proizvoda jedna od najznačajnijih definicija koju Direktiva sadrži, no ona je istovremeno i definicija koja, kada je riječ o njenoj primjeni, stvara dosta dilema. Odgovor na pitanje kada to proizvod ne pruža sigurnost koju jedna osoba ima pravo očekivati nije ni najmanje jednostavan, s obzirom na to da često najviše ovisi o konkretnom društvenom i kulturnom okruženju. U tom se smislu naglašava kako u vezi s procjenom da li je sigurnost proizvoda u skladu s očekivanjima javnosti jedino prihvatljivo shvatanje jeste ono koje kao relevantno u obzir uzima očekivanja opće javnosti, a ne samog oštećenog odnosno bilo kojeg drugog konkretnog potrošača (Howells, 2005). Direktiva nedostatak shvata isključivo u smislu sigurnosnog nedostatka koji vodi nastupanju štete. Pojam nedostatka ne proteže se na materijalne odnosno nedostatke saobraznosti.

Proizvod će se smatrati neispravnim odnosno proizvodom s nedostatkom kada ne pruža sigurnost koju potrošač legitimno očekuje na temelju reklamiranja tog proizvoda.[17] Kao primjer se može navesti situaciju u kojoj proizvođač automobila reklamira automobil koji je siguran za korištenje u urbanim sredinama kao svojevrstan *off road* automobil, pa na temelju toga potencijalni kupci legitimno zaključuju da suspenzija takvog automobila treba da izdrži kretanje istoga po neuređenim makadamskim putevima.

Ovdje je posebno važno naglasiti to da postoje proizvodi koji po svojoj suštini jesu opasni, pa kod takvih proizvoda informiranje o opasnostima koje prate njihovu upotrebu predstavlja veoma bitan element u kreiranju sigurnosti koju je javnost legitimno ovlaštena očekivati. Takvi proizvodi primjera radi jesu noževi, spremnici pod pritiskom, alkoholna pića, mnogi lijekovi itd. Pri tome treba imati na umu to da sama činjenica da su određeni proizvodi po svojoj prirodi opasni i posebno pogodni da nanesu štetu potrošaču ne znači automatski da su takvi proizvodi neispravni. Pogledajmo kao primjer slučajeve prodaje kozmetičkih proizvoda i lijekova. U jednom je konkretnom slučaju francuski

[17] Reklamu je ovdje potrebno shvatiti široko, u smislu da će se reklamom shvatiti svaki vid oglašavanja, pa i onaj koji je poduzet od strane subjekta koji nije proizvođač.

Vrhovni sud našao kako sama činjenica da su u medicinskoj literaturi veoma dobro poznate nuspojave korištenja određenog kozmetičkog proizvoda nema uticaja na nivo očekivanja sigurnosti takvog proizvoda kod potrošača.[18]

Posebno problematični ovdje mogu biti slučajevi u kojima određeni po prirodi stvari opasan proizvod ne prate nikakva upozorenja i informacije o načinu i rizicima njegove upotrebe ili su takve informacije i uputstva nedostatni. Nedostatak navedenih nužnih informacija dovoljan je da takav proizvod učini neispravnim, što je ilustrirano i nizom sudskih odluka. U nizu je novijih sudskih odluka u predmetima u kojima se raspravljalo o problemu nedovoljnih informacija o važnim (i dobro poznatim) nuspojavama pojedinih lijekova istaknuto kako proizvođač lijekova javnost u uputstvu uz lijek mora upoznati s baš svim poznatim sporednim efektima takvog lijeka, ma koliko takvo uputstvo bilo dugo, jer dužina uputstva i upozorenja na nuspojave nikada neće biti smatrana problemom, odnosno lijek kojeg prati takvo uputstvo neće samo zbog njegove (velike) dužine biti smatran neispravnim (Wuyts, 2014, str. 18, 19).

Ono što je također interesantno tiče se proizvoda koji prije nego što budu stavljeni na tržište, moraju proći postupak odobrenja od strane nadležnih državnih tijela. Tako je jedan broj proizvođača tvrdio da, u skladu s odredbom čl. 7 (d) Direktive, njihovi proizvodi ne mogu biti neispravni jednom kad su na tržište stavljeni nakon odobrenja nadležnih tijela. Tako se pred belgijskim Okružnim sudom u Briselu našao predmet u kojem je proizvođač u uputstvu koje prati njegov proizvod ukazao na moguće kratkotrajne nuspojave istog, propustivši da u istom uputstvu ukaže na trajna sporedna dejstva njegovog proizvoda[19]. Slično, pred jednim se španskim sudom našao spor u kojem je proizvođač deterdženta, iako je u pogledu pakiranja istog udovoljio administrativnim pravilima, propustio da na pakiranju ukaže na problematične nuspojave u situaciji u kojoj deterdžent dođe u kontakt s kožom korisnika.[20] U oba slučaja sudovi su ispravno našli da činjenica da proizvodi u pitanju ispunjavaju zahtjeve nadležnih državnih tijela za njihovo stavljanje na tržište proizvođače tih proizvoda ne oslobađa obaveze da uz proizvode naznače moguće nuspojave njihovog korištenja, odnosno da uz proizvode potrošačima na raspolaganje stave uputstva za upotrebu.

Kada je riječ o razumno očekivanoj upotrebi proizvoda, potrebno je naglasiti kako legitimna očekivanja potrošača ne smiju izlaziti iz okvira onoga što se smatra namjenom proizvoda odnosno ciljem kojem on služi. Ovdje se ipak u

[18] Cass (Fr) 22 November 2007, RDC 2008, *note J-S Borghetti*.
[19] Rb Brussel 10 Feb 2005, T Gez 2007-08, note *C Lemmens*.
[20] SAP Vizcaya 16 December 2002, AC 2003/822.

određenoj mjeri razlikuje razumnu odnosno predvidivu zloupotrebu (*reasonable/foreseeable*) određenog proizvoda od njegove nerazumne zloupotrebe; tako bi samo nerazumna zloupotreba određenog proizvoda od strane potrošača oslobodila proizvođača njegove obaveze da takvom oštećenom potrošaču naknadi štetu. Kako Direktiva ne govori uopće o razlici između razumne ili predvidive i nerazumne zloupotrebe, komentatori su predložili jednu vrstu testa koji bi trebao dati odgovor na to da li je zloupotreba socijalno prihvaćena ili ne i to na temelju različitih stepena krivnje. Tako se smatra da je obična nepažnja predvidiva, dok bi namjera podrazumijevala nerazumnu zloupotrebu. Kao primjer razumno predvidive zloupotrebe naveden je slučaj proizvodnje igračaka koje su obojene toksičnim bojama, u kojem se slučaju takvu igračku može smatrati defektnom, pošto je razumno predvidivo da će dijete u određenom trenutku takvu igračku staviti u usta.

Treća okolnost, koju je shodno rješenjima Direktive neophodno uzeti u obzir u vezi s legitimnim očekivanjima korisnika da proizvod može biti smatran sigurnim, jeste trenutak u kojem je proizvod stavljen u promet. Kako Direktiva ne govori o tome kada se smatra da je proizvod stavljen u promet, postavljeno je pitanje smatra li se mjerodavnim trenutkom onaj u kojem je proizvod u promet stavio proizvođač ili je to ipak trenutak u kojem prodavac proizvod prodaje potrošaču kao kupcu (Đunđić, 2009, str. 462). Pitanje konkretnog trenutka stavljanja proizvoda u promet dva puta se našlo i pred Sudom EU, u oba slučaja u sporovima u kojima je usljed interne strukture proizvođača bilo nejasno da li je proizvod uopće stavljen na tržište ili ne.[21] Danas prevladava stajalište shodno kojem se smatra da je proizvod stavljen u promet onda kada proizvod izađe iz proizvodnog procesa vođenog od strane proizvođača i uđe u proces trgovanja njime, u formi u kojoj ga se javnosti nudi radi njegovog korištenja odnosno konzumiranja.[22]

Proizvod se neće smatrati nesigurnim samo iz razloga što je nakon stavljanja prvobitnog proizvoda u promet, na tržište puštena poboljšana verzija istog proizvoda.

3. Teret dokazivanja – šteta i kauzalitet

Kako bi ostvario pravo na naknadu štete, oštećeni mora dokazati postojanje neispravnosti, štetu i kauzalnu vezu. Može se reći kako je u najvećem broju slučajeva šteta sama po sebi vidljiva odnosno evidentna, pa dokazivanje ove

[21] Prvi je slučaj već pominjani *Veedfald V Arhus Amtskommune*, C-203/99 [2003] 1 CMLR 24, a drugi *Declan O'Byrne v Sanofi Pasteur MSD Ltd,* C-127/04 [2006] 2 CMLR 24.

[22] Iz odluke Suda EU C-127/04 u slučaju *Declan O'Byrne v Sanofi Pasteur MSD Ltd.*

stavke potrošaču u pravilu ne predstavlja poseban problem. Za potrošača je veći problem vezan za činjenicu da, izuzev u slučajevima smrti odnosno tjelesne povrede, Direktiva ne govori o potpunoj naknadi štete, a kada je riječ o oštećenoj imovini, kompenzaciju se vezuje za oštećenje predmetā u imovini potrošača, namijenjenih privatnoj upotrebi (tzv. objektivni kriterij) i korištenih od potrošača u zadovoljavanju njegovih privatnih potreba (tzv. subjektivni kriterij). Osim toga, Direktiva ne govori o harmoniziranju pravila o naknadi nematerijalne štete, ostavljajući u tom pravcu državama članicama odriješene ruke u pogledu odgovora na pitanje hoće li dopustiti naknadu nematerijalne štete prema pravilima o objektivnoj odgovornosti.

Pored štete, oštećeni potrošač mora dokazati i neispravnost proizvoda prema pravilu *actori incumbit probation*, kao i kauzalnu vezu između neispravnosti proizvoda i nastale štete. Direktiva ne govori uopće o standardu kojem moraju udovoljiti dokazi kako bi potrošač kao tužitelj uspio s tužbenim zahtjevom, pa se ovo pitanje uređuje nacionalnim propisima. Svakako postoje razlozi koji će potrošaču jako otežati dokazivanje kauzaliteta. Takvi su razlozi najčešće vezani za komplicirani karakter pojedinih proizvoda, visoke troškove dokazivanja, posebno vještačenja, nejednak pristup ključnim informacijama, kao i činjenicu da se pojedini proizvodi nakon njihove upotrebe potroše, te ih više nije moguće analizirati. Ipak, izvještaji Evropske komisije o primjeni Direktive svjedoče o tome da su različiti nacionalni sudovi tokom godina postupanja u predmetima ove vrste razvili prakse koje potrošačima jako pomažu da se navedeni problemi prevaziđu. Tako se primjera radi proizvođače obavezuje da sudovima već u veoma ranim fazama postupka dostupnim učine informacije i dokumentaciju koja prati konkretan proizvod, stranke na jednake dijelove snose troškove vještačenja ili se čak proizvođača obavezuje da isključivo on predujmi troškove vještačenja, a jako je interesantna i primjena pravila koje kaže da "slučaj govori sam za sebe" (*res ipsa loquitur*). Tako se ističe kako primjera radi staklena boca u kojoj se nalazi piće ne treba eksplodirati, staklo ispred kamina ne treba da pukne, a automobil se ne treba zapaliti. Sudovi uz primjenu posljednjeg pravila svakako u obzir uzimaju i sve druge okolnosti konkretnog slučaja koje bi mogle objasniti zašto je došlo do nastupanja štete.

Smatra se da u određenom broju slučajeva postojanje kauzaliteta može biti utvrđeno *prima facie.* Ipak, i dalje nastavlja postojati veliki broj slučajeva u kojima dokazivanje kauzaliteta ostaje najveća i osnovna poteškoća sa kojom se potrošač kao tužitelj susreće u ostvarivanju svog prava na naknadu štete prema Direktivi. To je osobito slučaj u sporovima u kojima se kao neispravni pojavljuju lijekovi odnosno općenito proizvodi farmaceutske industrije. Ovdje se kao temeljno pitanje nameće to da li pravni koncept kauzaliteta ovisi

o prisustvu naučne sigurnosti u pogledu kauzalne veze između korištenja lijeka i štete koja je njegovom korisniku nastala. Ukoliko je to tako, svaki, pa i najmanji stepen naučne sumnje prouzrokovao bi nezaobilaznu prepreku u dokazivanju kauzaliteta. Drugim riječima rečeno, jasno je kako tužitelj ne bi uspio s tužbenim zahtjevom ukoliko nije moguće naučno dokazati da lijek o kojem se radi ne može *in abstracto* proizvesti specifične nuspojave koje su pogodile tužitelja. Svakako bi eventualno bilo zamislivo da sud, postupajući u konkretnom slučaju i cijeneći činjenice sam uspostavi kauzalitet, no s racionalne je tačke gledišta vrlo teško opravdati takav postupak suda ondje gdje se naučno ne može uspostaviti takav kauzalitet *in abstracto*. Kao primjer može poslužiti slučaj *XYZ v Shering Healthcare Ltd*. Tužitelji su u ovom sporu u tužbi istakli kako su trpjeli različite kardiovaskularne probleme usljed korištenja kontraceptiva treće generacije (COC3s). Naime, COC3s sadrži jedan novi sastojak u pogledu kojeg je Komitet za sigurnost lijekova objavio da, na temelju tri neovisne medicinske studije, isti jeste povezan s porastom rizika od određenih kardiovaskularnih bolesti. Tužitelji su se u tužbi pozvali na ovo upozorenje Komiteta, ističući kako su njihova oboljenja uzrokovana spomenutim novim sastojkom COC3s. Sud je izveo dokaze konsultirajući različite neovisne, kao i kontrolirane studije, upoznao se sa statistikom, te saslušao deset različitih medicinskih stručnjaka. Sva su se njihova mišljenja jako razlikovala, te je sud odlučio da u pogledu *mogućih* posljedica COC3s (*in abstracto*) nije postojala mogućnost povećanog rizika kardiovaskularnih oboljenja u poređenju s drugom (prethodnom) generacijom ovog kontraceptiva.[23]

Malo je drugačija situacija ondje gdje je naučno nesporno da konkretan proizvod može (*in abstracto*) prouzrokovati određene nuspojave, no postoji naučna nesigurnost ili sumnja u vezi bitnog pitanja da li proizvod može prouzrokovati nuspojave *u konkretnom slučaju*. U ovakvim je slučajevima francuski Vrhovni sud razvio interesantnu praksu, dopuštajući nižestepenim sudovima da nađu kako je u konkretnim slučajevima postojao kauzalitet na temelju sljedećih okolnosti: kratkog perioda između uzimanja lijeka i manifestacije nuspojava, činjenice da su nuspojave nestale vrlo brzo nakon prestanka korištenja lijeka, dobrog općeg zdravlja pacijenata i odsustva drugih prethodnih predispozicija za razvoj određenih bolesti.[24] Slične okolnosti u

[23] *XYZ v Shering Healthcare Ltd*. [2002] EWHC 1420 (QB).

[24] Cass (Fr) 5 April 2005, JCP 2005, 10085, note *L Grymbaum* and D 2005, 2256, note *A Gorny*; Cass (Fr) 24 January, JCP 2006, 10082, *note L Grymbaum* and D 2006, 1273, note *L Neyret*; Cass (Fr) 22 May 2008, RDC 2008, note *J-S Borghetti*; Cass (Fr) 25 June 2009, RDC 2010, 619, note *J-S Borghetti*; Cass (Fr) 9 July 2009, RDC 2010, 79, note *J-S Borghetti*.

obzir je uzeo i jedan sud u Briselu[25], te se iz toga zaključilo kako francuski i belgijski sudovi nepostojanje naučne sigurnosti ne uzimaju kao prepreku za uspostavljanje kauzaliteta, naravno pod uslovom da tužitelji dokažu visok stepen vjerovatnoće uspostavljanja takvog kauzalnog linka. [26]

4. Oslobađanje od odgovornosti

Pravična raspodjela rizika između oštećene osobe s jedne i proizvođača s druge strane podrazumijeva to da se proizvođač može osloboditi svoje odgovornosti ukoliko dokaže postojanje određenih oslobađajućih okolnosti. Proizvođač ne može isključivati odnosno ograničavati svoju odgovornost, no njegova odgovornost, iako jeste stroga, ipak nije apsolutna. Pored situacija u kojima proizvođačeva odgovornost može biti umanjena ili podijeljena ondje gdje je šteta prouzrokovana neispravnošću proizvoda, te krivicom oštećenog ili neke druge osobe za koju on odgovara (čl. 8 Direktive), proizvođač se svoje odgovornosti za štetu od neispravnog proizvoda može osloboditi i u nizu drugih situacija koje se pobraja u odredbama čl. 7 *sensu stricto*.

Tako se on svoje odgovornosti za štetu prouzrokovanu neispravnošću proizvoda može osloboditi ako dokaže: a) da nije stavio u promet konkretan proizvod; b) da, imajući u vidu sve okolnosti, nedostatak koji je izazvao štetu vjerovatno nije postojao u vrijeme kada je proizvod stavljen u promet ili je takav nedostatak nastao kasnije; c) da on nije proizveo proizvod namijenjen za prodaju ili bilo koji drugi oblik distribucije ili da proizvod nije proizveo u okviru svoje redovne djelatnosti; d) da je nedostatak na proizvodu rezultat poštovanja imperativnih propisa; e) da stanje naučnog i tehnološkog znanja u vrijeme kada je proizvod stavljen u promet nije bilo takvo da omogućava otkrivanje nedostatka i f) kada je u pitanju proizvođač dijela proizvoda, da se nedostatak može pripisati dizajnu proizvoda u koji je dio ugrađen ili uputstvima dobijenim od strane proizvođača finalnog proizvoda.

Jasno je kako proizvođač neće odgovarati ondje gdje dokaže da nije sam stavio proizvod u promet. Takve situacije mogu primjerice postojati ondje gdje je proizvođač proizvod namijenio svojoj ličnoj upotrebi, no proizvod se slučajno ili usljed, primjerice, krađe našao kod oštećenog.

Proizvođač se odgovornosti osloboditi može i ako dokaže da, s obzirom na okolnosti slučaja, nedostatak koji je izazvao štetu vjerovatno nije postojao u vrijeme stavljanja proizvoda u promet odnosno da je takav nedostatak vjero-

[25] Rb Brussel 10 February 2005, T Gez 2007-08, note *C Lemmens*.
[26] COM (2000) 893 final.

vatno nastao kasnije. Ovdje je dovoljno da proizvođač oslobađajuću okolnost dokaže do stepena vjerovatnoće (Stanivuković, 1996, str. 345).

Proizvođačeva odgovornost bit će isključena i ondje gdje on dokaže da proizvod nije proizveo radi prodaje odnosno distribucije, odnosno da prodaju odnosno distribuciju nije vršio u okviru svoje redovne djelatnosti. Ovdje je zapravo riječ o kriteriju komercijalnog aspekta proizvodnje, u vezi s kojim vrijede dva pravila. Prema prvom, proizvod koji je proizveden za privatne potrebe isključuje odgovornost proizvođača. Prema drugom pravilu, proizvod koji je nastao u okviru zanatske aktivnosti ili aktivnosti samozaposlenih osoba smatra se proizvodom koji je proizveden u komercijalne odnosno profesionalne svrhe (Misita, 2019., str. 372). Ovdje se vraćamo slučaju *Veedfald*, u kojem je Sud EU preliminarno odlučivao o ispravnim granicama primjene ove oslobađajuće okolnosti. U ovom je slučaju bolnica čiji je vlasnik općina (javna ustanova) oštetila tužitelja na način da je bubreg kojeg je oštećenom dao njegov brat, a koji je bio namijenjen transplantaciji, pripremala za transplantaciju na način da ga je isprala u tečnosti koju sama priprema odnosno proizvodi, a kako je tečnost imala nedostatak, bubreg kao organ nakon tog ispiranja više nije bio podoban za transplantaciju, s obzirom na to da je sporna tekućina začepila krvne žile koje se nalaze u bubregu. Nakon što je tužena za naknadu štete, ova je bolnica pokušala da se svoje odgovornosti oslobodi na način da se poziva na ekskulpatorni razlog iz odredbe čl. 7 (c) Direktive. Bolnica je, naime, istakla i to da s obzirom na činjenicu da sredstva za pružanje medicinske pomoći dolaze iz javnih fondova nema direktnog ekonomskog odnosno komercijalnog linka između nje kao proizvođača sporne tekućine i oštećenog tužitelja. Sud EU se nije složio s ovom argumentacijom, istakavši kako je irelevantna činjenica da ovdje tužitelj nije direktno plaćao uslugu, ako se zna da je bolnica finansirana iz sredstava poreskih obveznika, koja činjenica ne može oduzeti djelatnostima bolnice njihov ekonomski odnosno poslovni karakter.

Mogućnost oslobođenja od odgovornosti za proizvođača postoji i u slučaju u kojem bi proizvođač dokazao da je nedostatak na proizvodu rezultat poštovanja prinudnih (imperativnih) državnih propisa. Ipak, u određenim se zakonodavstvima pojavljuje shvatanje da bi proizvođač odgovoran bio i ondje gdje je nedostatak rezultat pridržavanja imperativnih propisa, ukoliko je znao ili morao znati da će poštovanjem prinudnih propisa proizvesti proizvod s nedostatkom.[27]

Jedan od najvažnijih ekskulpacionih razloga jeste onaj prema kojem se proizvođač svoje odgovornosti može osloboditi ako dokaže da stepen na-

[27] Njemačka, Danska.

učno-tehničkog razvoja, postojeći u vrijeme stavljanja proizvoda u promet, nije omogućavao prepoznavanje činjenice da konkretan proizvod ima nedostatak. Ono što se ovdje neprestano naglašava jeste potreba postojanja objektivne nemogućnosti prepoznavanja postojanja nedostatka odnosno opasnosti proizvoda, u smislu da nije dovoljno da konkretan proizvođač, iz određenog opravdanog ili neopravdanog razloga, nije poznavao aktualna naučna dostignuća, već je neophodno da štetnik dokaže da u trenutku stavljanja proizvoda u promet niti najeminentniji stručnjaci u konkretnoj oblasti nisu mogli prepoznati konkretnu opasnost.[28] Razvojni rizik je ekskulpacioni razlog koji od proizvođača zahtijeva da u obzir uzme najsavremenija i na-

[28] U vezi s odgovorom na pitanje čije neprepoznavanje konkretne opasnosti od određenog proizvoda, ono konkretnog proizvođača ili ono najeminentnijih naučnika odnosno stručnjaka, jeste mjerodavno za oslobađanje proizvođača od odgovornosti po osnovu razvojnih rizika, stajališta su različita. O ovom je pitanju svoj stav zauzeo i Evropski sud. Naime, Velika Britanija je u svom Zakonu o zaštiti potrošača iz 1987. godine (Consumer Protection Act 1987) izvršila preuzimanje rješenja iz odredbe čl. 7 (e) Direktive, koje govori o razvojnom riziku kao ekskulpacionom razlogu, na način da je rekla kako se proizvođač neispravnog proizvoda može osloboditi od odgovornosti za štetu od takvog proizvoda ako dokaže da stanje naučnog i tehničkog znanja u relevantnom trenutku nije bilo takvo da bi se od proizvođača iste vrste proizvoda moglo očekivati da otkrije postojanje nedostatka za vrijeme dok je proizvod bio pod njegovom kontrolom. Komisija je 1995. godine, na temelju čl. 169 Ugovora o EZ, protiv Ujedinjenog Kraljevstva podigla tužbu s tvrdnjom da je ono neispravno preuzelo rješenje iz čl. 7 (e) Direktive 85/374/EEZ (Case C-300/95., Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, European Court reports 1997, Page I-02649). Komisija je istakla kako je test iz čl. 7 (e) Direktive 85/374/EEZ objektivan, u smislu da proizvođač, kako bi se po osnovu razvojnog rizika oslobodio odgovornosti, mora dokazati apsolutnu nemogućnost otkrivanja nedostatka po osnovu objektivnog kriterija općeg stepena naučnog i tehnološkog razvoja. S druge strane, rješenje koje postoji u zakonodavstvu Ujedinjenog Kraljevstva podrazumijeva primjenu subjektivnog kriterija, s obzirom na to da polazi od formulacije da li se od "proizvođača iste vrste proizvoda moglo očekivati da otkrije postojanje nedostatka". To u zakonodavstvu Ujedinjenog Kraljevstva zapravo podrazumijeva podvrgavanje testu razumnosti, koji je temelj instituta subjektivne odnosno odgovornosti po osnovu krivice. Ujedinjeno Kraljevstvo se ovdje branilo obrazloženjem u kojem ističe kako niti test postojeći u njegovom zakonodavstvu nije subjektivan, već, kao i onaj iz Direktive, on jeste objektivan, imajući u vidu to da se ni u pravu Ujedinjenog Kraljevstva ne utvrđuje šta je *konkretni* proizvođač morao znati, nego je neophodno utvrditi kakvo se znanje očekuje od proizvođača iste vrste proizvoda kakve proizvodi i konkretni proizvođač. Sud je odbio tužbu Komisije, istakavši kako ne postoji neslaganje između odredbe čl. 7 (e) Direktive i čl. 4 (1) (e) Zakona o zaštiti potrošača. U obrazloženju je naveo niz argumenata za takav svoj stav. Tako je Sud, između ostalog, naglasio da Komisija nije uspjela dokazati kako odredba iz Zakona o zaštiti potrošača, posmatrana u cjelini, ne odgovara pravilu iz Direktive, da je u oba pravila teret dokaza odbrane razvojnim rizikom na teretu proizvođača i da ništa ne upućuje na zaključak da sudovi Ujedinjenog

jaktualnija dostignuća nauke i tehnike; to, drugim riječima, znači da mjerodavno nije znanje proizvođača, nego znanje naučnika odnosno stručnjaka u konkretnoj oblasti (Misita, 2019. str. 373–375). Ovaj je ekskulpacioni razlog izazvao pozamašnu diskusiju oko nekoliko pitanja, a najviše je dilema povezano sa kategorijom dostupnosti naučnih istraživanja koja bi razotkrila konkretan nedostatak. Moguće je, naime, da su najnovija naučna istraživanja koja ukazuju na neispravnost konkretnog proizvoda još uvijek neobjavljena, odnosno nedostupna naučnoj javnosti. Osim toga, moguće je zamisliti i situacije u kojima bi ovakva istraživanja bila objavljena samo u jednoj državi, na jednom jeziku, poput, primjerice, kineskog. U smislu odgovora na ove dileme Teesauro je negirao subjektivan koncept dostupnosti informacija i istakao kako stanje znanja mora biti shvaćeno tako da uključuje sve informacije koje kruže u naučnoj zajednici kao cjelini, imajući, naravno, u vidu, po osnovu testa razumnosti, stvarne mogućnosti takvog kruženja (Wuyts, 2014, str. 32, 33). Dalje je istakao kako se relevantnim znanjem smatra ono koje je objektivno i razumno moguće i dostupno, a takvo je shvatanje podržao i Sud EU. S druge strane, u slučaju *National Blood Authority*[29] Burton J je istakao kako se informacije i podaci mogu smatrati nedostupnim ako se nalaze isključivo u neobjavljenim dokumentima ili istraživanjima koja su nedostupna javnosti.

Posljednji razlog za oslobođenje od odgovornosti jeste vezan za situaciju u kojoj je šteta nastala usljed sastavnog dijela kojeg je njegov proizvođač prilagodio dizajnu finalnog proizvoda odnosno proizveo prema uputama finalnog proizvođača. Oslobođenje od odgovornosti ovdje se odnosi na proizvođača sastavnog dijela. Kada je riječ o ovom ekskulpacionom razlogu, potrebno je podsjetiti na činjenicu da se radi o razlogu koji se potrošača ne tiče, s obzirom na to da potrošaču solidarno odgovaraju i proizvođač sastavnog dijela i proizvođač finalnog proizvoda.

5. Zastarjelost

Direktiva uređuje i problematiku rokova zastarjelosti potraživanja naknade štete, razlikujući subjektivni i objektivni rok zastarjelosti. Tako se na zastarjelost potraživanja naknade štete koja je oštećenom nastala od proizvoda s nedostatkom primjenjuju dva roka. Prvi je subjektivni i iznosi tri godine od kada je oštećeni saznao za štetu odnosno od kada se razumno moglo očekivati da postane svjestan postojanja štete, nedostatka i identiteta pro-

Kraljevstva neće odredbe Zakona o zaštiti potrošača interpretirati u skladu sa izrijekom i ciljevima Direktive (Petrić/Bukovac-Puvača, 2008).

[29] *A v National Blood Authority* (2001) 3 All ER 289.

izvođača (Bikić, 2010). Direktiva ne daje izričit odgovor na pitanje mora li oštećeni biti svjestan svih pobrojanih kategorija u smislu štete, nedostatka i identiteta proizvođača, no na temelju jezičkog tumačenja i upotrebe nabrajanja, koje završava veznikom *i*, s pravom možemo zaključivati kako rok može započeti teći tek od trenutka u kojem je oštećeni svjestan sve tri kategorije, odnosno od trenutka u kojem je bilo razumno očekivati da je svjestan sve tri kategorije.

Drugi je rok duži i iznosi 10 godina od dana stavljanja proizvoda u promet, ako u međuvremenu oštećeni nije pokrenuo postupak protiv proizvođača. Posmatra li se dužinu ovog roka, moguće je reći da je možda i neprimjereno dug. Ipak, Evropski parlament ga je označio kao restriktivan, imajući u vidu prije svega činjenicu da kod korištenja određenih proizvoda štete od istih mogu nastajati i nakon proteka jako dugog vremena. Ovo je posebno slučaj s proizvodima farmaceutske industrije (Misita, 2019, str. 378). Kada je riječ o trenutku stavljanja proizvoda u promet kao trenutka koji je mjerodavan da od njega započne računanje desetogodišnjeg roka, smatra se da govori o prvom puštanju proizvoda u promet.[30]

II. Prepoznati problemi

Direktiva 85/374/EEZ jeste usvojena 1985. godine i, izuzev jednog manjeg amandmana, koji je sadržavao uključenje u pojam proizvoda primarnih poljoprivrednih proizvoda, njen je tekst do danas ostao neizmijenjen. U međuvremenu je Direktiva bila predmetom nekoliko različitih EU studija[31], a o njenoj je primjeni do sada zvanično izvještavano pet puta.[32] Autori koji pišu

[30] I u kontekstu navedenog načina računanja desetogodišnjeg roka potrošač može biti u nepovoljnom položaju u smislu da on proizvod stekne i njime bude oštećen značajno kasnije od trenutka stavljanja proizvoda u promet. U tom se smislu naglašava da ako je proizvoda pušten u promet od strane predstavništva odnosno zastupništva koje je u potpunom vlasništvu proizvođača, takvog predstavnika odnosno zastupnika treba shvatati kao proizvođača i produžiti spomenuti desetogodišnji rok.

[31] *McKenna & Co*, Report for the Commisssion of the European Communities on the Application of Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products, 1994; *Lovells*, Product Liability in the European Union – A Report for the European Commission, 2003; *Fondazione Rosselli*, Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products, 2004.

[32] Prva četiri izvještaja: First report on the application of the Council Directive on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of Member States concerning liability for defective products, COM (95) 617 final of 13 December 1995;

o problematici odgovornosti za neispravne proizvode često je uspoređuju s Direktivom o općoj sigurnosti proizvoda, koja je usvojena 1992. godine, te je nakon prve rigorozne analize temeljno reformirana, već unutar prve decenije od njenog usvajanja. Iz te se usporedbe samo po sebi nameće pitanje zašto Direktiva 85/374/EEZ toliko dugo odolijeva reformama? Čini se kako je najprimjetnija razlika između ova dva instrumenta harmonizacije u činjenici da se pitanjima koja uređuje Direktiva o općoj sigurnosti proizvoda kao svojevrsnom relativno samostalnom oblasti bave različita državna tijela i važni poslovni subjekti diljem EU, pa su problemi u primjeni transponiranog prava češći i jasnije primjetni. S druge strane, pitanja koja uređuje Direktiva 85/374/EEZ čine mali dio šire oblasti obligacionog i građanskog procesnog prava, u čiju problematiku toliko zadiru i s njom se toliko isprepliću da su problemi u primjeni transponiranih rješenja Direktive 85/374/EEZ najčešće slabo uočljivi, dok bi reforma tako povezanih oblasti bila izuzetno obimna i komplicirana, te stoga, može se slobodno reći, i nemoguća. Osim toga, činjenica je da je, osobito na početku primjene Direktive 85/374/EEZ, jako malo sporova u državama članicama vođeno u skladu s njenim rješenjima; sudovi su nerado primjenjivali transponirane propise, tražeći puteve koji će im omogućiti da u sporovima u kojima su odlučivali primijene domaće, poznato i često po potrošača povoljnije pravo. Tek je kroz Četvrti izvještaj Komisije za period od 2006–2010. godine identificiran porast broja sporova u kojima su sudovi u Austriji, Francuskoj, Njemačkoj, Italiji, Poljskoj i Španiji počeli intenzivnije primjenjivati domaće pravo usklađeno s Direktivom. Pored toga, primijećeno je i da je uopćeno malo sporova u kojima osoba oštećena neispravnim proizvodom traži naknadu štete pred sudom. Drugim riječima, jedan se broj takvih sporova završavao nagodbom, a u velikom se broju slučajeva oštećeni potrošači uopće nisu odlučivali pokretati spor, iz različitih razloga, no najčešće u pokušaju izbjegavanja visokih troškova parničenja (Fairgrave, Howells & Pilgerstorfer, 2013, str. 3).

Primjenu Direktive prati Evropska komisija; takvo praćenje obuhvata *case-law* Suda EU, analizu informacija i pritužbi, te, konačno, svakih pet godi-

Green Paper of the Commission "Liability for defective products". COM(1999) 396 final of 28 July 1999;
Second report on the application of the Council Directive on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of Member States concerning liability for defective products, COM (2000) 893 final of 31 January 2001;
Third report on the application of the Council Directive on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of Member States concerning liability for defective products, COM (2006) 496 final of 14 September 2006;
Fourth report on the application of the Council Directive on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of Member States concerning liability for defective products. COM (2011) 547 final of 8 September 2011.

na, i izvještavanje Evropskog parlamenta i Vijeća. Do sada je Komisija, kako je već spomenuto, podnijela pet izvještaja; posljednji, peti po redu *Izvještaj Komisije Evropskom parlamentu, Vijeću i Evropskom ekonomskom i socijalnom odboru*[33] (dalje i: Peti izvještaj, Izvještaj) Komisija je prezentirala u maju 2018. godine. Ovaj izvještaj pokriva period od 2011. do 2015. godine i konkretno, u njemu se analiziralo je li Direktiva: i.) i dalje djelotvorna u ostvarivanju svojih izvornih ciljeva; ii.) učinkovita; iii.) u skladu s odgovarajućim pravilima EU-a; iv.) i dalje relevantna u odnosu na najnoviji tehnološki napredak, te v.) osigurava li zakonodavstvo EU-a o odgovornosti za proizvode i dalje dodanu vrijednost proizvođačima i oštećenim osobama.[34] U tom je kontekstu Komisija provela i formalnu *Evaluaciju rezultata primjene Direktive 85/374/EEZ* [35] (dalje i: Evaluacija 2000–2016) za nešto duži period, koji počinje 2000, a završava 2016. godine.

U četvrtom je izvještaju (2006–2010) Komisija potcrtala značaj doprinosa Direktive očuvanju ravnoteže interesa proizvođača i potrošača kada je riječ o odgovornosti za neispravne proizvode, pri čemu su predstavnici proizvođača i potrošača izrazili oprečna mišljenja u pogledu efektivnosti pojedinih rješenja Direktive, među kojima se posebno izdvojila regulativa vezana za teret dokazivanja, dva osnova za oslobađanje od odgovornosti, i to osnov koji se vezuje za poštovanje imperativnih propisa država članica i osnov koji se tiče razvojnog rizika, kao i regulativa koja se tiče granice u iznosu od 500 eura u pogledu visine prouzrokovane štete. Predstavnici potrošača su ukazali na ozbiljne poteškoće u pogledu opterećavanja potrošača teretom dokazivanja, osobito u smislu nedostupnosti informacija koje su nužne za dokazivanje neispravnosti tehničkih proizvoda, a kao problematičnu su naveli i granicu od 500 eura i potrebu da ona bude spuštena. Potrebi novog, petog po redu izvještaja o primjeni Direktive posebno je doprinijelo to što se interesnim skupinama proizvođača i potrošača, suočenima sa izazovima digitalne transformacije i nastojanja upravljanja ulaganjima u razvoj digitalne ekonomije, nametnulo pitanje jasnosti i adekvatnosti postojećeg pravnog okvira, osobito u kontekstu primjene rješenja Direktive u sporovima povezanima s internetom stvari i umjetnom inteligencijom.

---

[33] COM(2008) 246 final; Izvještaj na hrvatskom jeziku dostupan na: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0246&from=EN

[34] Uvod u Peti izvještaj.

[35] Commission Staff Working Document, Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective product, SWD/2018/157 final.

1. Pojedina problematična rješenja Direktive

Shodno navodima iz Evaluacije 2000–2016, Direktiva sadrži nekoliko rješenja koja negativno utiču na njenu efektivnost, osobito u kontekstu razvoja novih tehnologija. Prvo takvo rješenje je vezano za definiciju proizvoda. Rješenja Direktive se u smislu oblasti njenog stvarnog važenja, kako je naprijed već spominjano, primjenjuje na jako široko definiran pojam proizvoda, koji obuhvata najrazličitije stvari, od poljoprivrednih do veoma kompleksnih industrijskih proizvoda. U tom su kontekstu rješenja Direktive takoreći stoički trajala kroz više od tri desetljeća. U međuvremenu se mnogo toga promijenilo, a ono što je u vezi s postojećom definicijom proizvoda trenutno posebno problematično jeste faktualno sve češće preklapanje kategorije proizvoda s kategorijom usluga; tako će u budućnosti u primjeni rješenja Direktive sve više problema biti u pokušaju razdvajanja odnosno razlikovanja proizvoda od usluga. Stoga bi pojašnjenje kategorije proizvod, primjera radi osobito u vezi s pojmom softver, bilo od velike koristi.

Kada je riječ o kategoriji štete, Direktiva je shvata kao materijalnu štetu koja je prouzrokovana smrću odnosno tjelesnom povredom ili oštećenjem imovine, uz pravilo da iznos takve štete, kako bi ona uopće bila naknađena, mora dosegnuti minimalno 500 eura. U praksi je primijećeno kako tužitelji pred nacionalnim sudovima traže pretežno naknadu materijalne štete, a tužbe podnose i za štetu prouzrokovanu proizvodima namijenjenim privatnoj, kao i onima koji su namijenjeni profesionalnoj upotrebi. Interesantno je kako je broj sporova u kojima su tužitelji uspjeli s tužbenim zahtjevom, iako neispravan proizvod nije bio namijenjen privatnoj upotrebi, veći (njih 150), u odnosu na broj sporova u kojima tužitelj nije uspio s obzirom upravo na to da mu je šteta prouzrokovana predmetom koji je bio namijenjen (i korišten) u profesionalne svrhe (njih 23). Ono što je u vezi sa štetom ovdje daleko više problematično jeste prag iznosa štete u visini od 500 eura. Rješenje koje govori o ovoj granici problematično je prije svega s obzirom na činjenicu da je ono u države članice načelno transponirano na dva različita načina. U jednom broju država članica ovo se pravilo tako shvata na način da visina štete mora dosegnuti najmanje 500 eura kako bi oštećeni tužitelj ostvario pravo na punu kompenzaciju. S druge strane se nalaze države članice u kojima se ovaj iznos od 500 eura shvata kao odbitak, u smislu da je riječ o iznosu koji se treba odbiti od dugovanog iznosa naknade štete, neovisno o visini štete.[36] Osim toga, čini se kako u velikom broju slučajeva oštećeni ni ne podižu tuž-

[36] Commission Staff Working Document, Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective product, SWD/2018/157 final, str. 25, 26.

bu, s obzirom da iznos štete ne doseže 500 eura, pa se možda na taj način može objasniti činjenicu da je najveći broj tužbi koje su podnesene takav da se njima traži naknadu materijalne štete kao štete koja je pogodila zdravlje potrošača (traži se, primjera radi, naknadu troškova liječenja). Jasno je kako predstavnici potrošača u tom smislu zahtijevaju spuštanje ove granice, čemu se druga strana naravno protivi, smatrajući kako bi u tom slučaju došlo do podizanja velikog broja tužbi u sporovima jako male vrijednosti.

Najviše problema u ostvarivanju njihovih prava shodno rješenjima Direktive stvara, sasvim očekivano, dokazivanje neispravnosti proizvoda, te kauzalne veze između neispravnosti i nastale štete. Čak 53% slučajeva u kojima se tužitelja odbilo s njegovim tužbenim zahtjevom jesu slučajevi u kojima se nije uspjelo dokazati neispravnost i kauzalnu vezu između neispravnosti i štete.[37] Dokazivanje tih stavki osobito je komplicirano kada je riječ o štetama koje prouzrokuju farmaceutski proizvodi, a tužitelj u cilju uspješnog dokazivanja kauzaliteta u pravilu mora angažirati vještaka. Shodno potrošačima koji su oštećeni lijekovima, razlozi njihovog neuspjeha u ostvarivanju prava na naknadu štete leže i u činjenici da upozorenja proizvođačā na ozbiljne nuspojave upotrijebljenog lijeka njih u praksi u pravilu oslobađa njihove odgovornosti. Čini se kako niti jedna od dvije vjerovatne situacije ovdje nije ohrabrujuća za potrošača: moguće je, naime, ili to da pojedine nuspojave nisu uopće poznate, pa je stoga u konkretnom slučaju nemoguće naučno dokazati postojanje kauzalne veze, uz što često slijedi i pozivanje na razvojni rizik kao zasebnu oslobađajuću okolnost ili se dešava to da je na konkretnu nuspojavu ukazano u uputstvu uz lijek, pa upozorenje na takvu poznatu nuspojavu lijek *per se* čini ispravnim.

Kada je riječ o okolnostima koje proizvođače oslobađaju njihove odgovornosti, potrošači takve okolnosti, očekivano, smatraju isuviše povoljnim po proizvođače. Među osobito povoljnima ističu se usklađenost proizvoda s odgovarajućim (administrativnim) prinudnim propisima, te kategorija razvojnog rizika. S druge strane, razvojni se rizik kao ekskulpacioni razlog posmatra kao osnov koji bi u evropskim okvirima mogao obezbijediti relativnu stabilnost osiguranja od odgovornosti za štetu od proizvoda.[38]

Predmetom kritike na kraju jesu i rokovi zastarjelosti. Kratkoću oba roka, i onog trogodišnjeg, subjektivnog i onog objektivnog desetogodišnjeg kritiziraju uglavnom potrošači, koji ističu kako niti jedan od ova dva roka nije dovoljno dug da bi kompenzirao informacijsku asimetriju koja postoji iz-

[37] Ibid.
[38] Study Fondazione Roselli (2004).

među primjera radi oštećenog korisnika određenog lijeka s jedne i njegovog proizvođača s druge strane.

2. Provedba Direktive

U Petom se izvještaju u vezi s provedbom Direktive ističe kako Komisija u izvještajnom periodu 2011–2017. nije primila niti jedan prigovor odnosno nije pokrenula niti jedan postupak zbog povrede. Pritom se, međutim, naglašava kako se ovo eventualno zahvaliti može i činjenici da Direktiva ne usklađuje sve aspekte odgovornosti za proizvode, pa tako države članice imaju mogućnost različitog pristupa problemima poput recimo načina dokazivanja štete.

U periodu između 2000. i 2016. evidentirano je ukupno 798 zahtjeva za naknadu štete nastale usljed neispravnih proizvoda, pri čemu je najveći broj njih riješen izvan suda. Tako je direktnim pregovorima riješeno 46% predmeta, njih 32% riješeno je u sudskom postupku, 15% u postupcima alternativnog rješavanja sporova, dok je posljednjih 7% predmeta riješeno na neki drugi način, primjerice putem osiguravača odgovorne strane. U gornjem ukupnom broju sporova, za koji se cijeni da je moguće i viši, s obzirom na to da nisu svi postavljani zahtjevi evidentirani, njih 21,2% ticalo se sirovina koje se koriste u proizvodnji određenih predmeta, 16,1% otpada na farmaceutske proizvode, 15,2% na vozila, a 12,4% na različite mašine.

3. Ocjenjivanje Direktive

Kako je već naglašeno, u Petom izvještaju o primjeni Direktive promatrane su njena djelotvornost, učinkovitost, dosljednost, relevantnost i dodana vrijednost EU. U vezi s djelotvornošću Direktive u Petom je izvještaju naglašeno kako su proizvođači zadovoljniji Direktivom u odnosu na potrošače, koji se tradicionalno žale na komplicirane puteve dokazivanja neispravnosti i kauzalieta. Ipak, u pogledu djelotvornosti u Izvještaju je istaknuto kako Direktiva doprinosi razumnoj ravnoteži između zaštite potrošača i pravedne tržišne utakmice na jedinstvenom tržištu. U vezi s učinkovitošću, kojoj je cilj postizanje ravnoteže između interesa proizvođača i potrošača, Direktivu se smatra učinkovitom u kreiranju stabilnog pravnog okvira za jedinstveno tržište i usklađivanje u oblasti zaštite potrošača. Ovdje se, međutim, naglašava kako zahtjevna ravnoteža između troškova i koristi koje se vezuje za Direktivu nije istovjetna u svim državama članicama, kao ni u svim sektorima. Ako se zna da se trošak dokazivanja neispravnosti mjeri složenošću proizvoda, jasno je da, primjera radi, trošak dokazivanja neispravnosti kod farmaceutskih proizvoda nije moguće ravnomjerno raspodijeliti između pro-

izvođača i potrošača. U vezi s dosljednošću ocijenjeno je da Direktiva, koju, naravno, nije moguće posmatrati izoliranu u odnosu na preostalo unijsko zakonodavstvo, jeste u skladu s ostalim relevantnim EU pravilima. Najviše je dilema izraženo u vezi relevantnosti rješenja Direktive i to sa strane proizvođača, koji se, opravdano, plaše toga da rješenja Direktive više nisu odgovarajuća u kontekstu pojave novih tehnoloških rješenja. Otvorena su pitanja mahom vezana za definiciju neispravnosti i s tim u vezi za razlikovanje proizvoda i usluga. U pogledu dodane vrijednosti EU ukazano je na to da su koristi od postojanja Direktive nesporne, prije svega u smislu zaštitnog mehanizma kojim se dopunjava EU zakonodavstvo o sigurnosti proizvoda.[39]

Zaključno

Usvojena u nastojanju olakšanja kretanja roba na unutrašnjem tržištu i s ne manje važnim ciljem usklađivanja standarda zaštite potrošača od neispravnih proizvoda, Direktiva 85/374/EEZ više od tri desetljeća odolijeva reformiranju svojih rješenja. Ova činjenica nije, nažalost, odraz perfektnosti istih, već prije toga da se primjenu Direktive od strane nacionalnih sudova država članica dosta dugo izbjegavalo, da bi s intenziviranjem sudovanja shodno usklađenim nacionalnim rješenjima bili primijećeni problemi u tumačenju i primjeni, no bez stvarne spremnosti, prije svega na strani proizvođača, da se inicira ozbiljnije izmjene i dopune. Tako Direktiva u svom prvobitnom tekstu nastavlja postojati i u vremenu prave četvrte industrijske revolucije, u kojoj su proizvodi koje koristi prosječan potrošač sve više međusobno povezani, digitalni, autonomni i inteligentni, pa se adekvatan globalan odgovor na nove okolnosti smatra potrebnijim nego ikad prije. Cijeli niz rješenja koja Direktiva sadrži treba svojevrsnu aktualizaciju ili barem pojašnjenja. U nedostatku istih nastavljaju postojati razlike između rješenja u državama članicama, pa se u pitanje dovodi izvorne ciljeve radi kojih je ovaj instrument harmonizacije prvobitno uopće usvojen.

U međuvremenu, u uslovima škrtog *case law* naslijeđa, te nepostojanja stvarne spremnosti da se poduzme ozbiljniji *update*, naučna javnost u ovoj oblasti, dakako zajedno s Evropskom komisijom, promišlja o određenoj vrsti *soft law* reforme. Tako bi *soft law* reforma obuhvatila intenzivno djelovanje

[39] Naspram *ex ante* pravila o zaštiti sigurnosti potrošača, kakva su pravila primjera radi sadržana u Direktivi o općoj sigurnosti proizvoda, kojom se proizvođačima nameće obaveza da na tržište stavljaju samo sigurne proizvode, Direktiva 85/374/EEZ predstavlja *ex post* instrument harmonizacije odnosno svojevrstan mehanizam zaštite u slučajevima u kojima potrošač ipak bude oštećen neispravnim proizvodom.

ekspertskih grupa i analiza *case law* baza podataka. U tom je pravcu Komisija uspostavila stručnu skupinu, čiji jedan sastav obuhvata predstavnike država članica proizvođača, potrošača i civilnog društva, sa zadaćom asistiranja Komisiji u tumačenju, primjeni i eventualnom ažuriranju Direktive, dok se u drugom sastavu nalaze neovisni naučnici i praktičari, čiji je zadatak procjena primjerenosti cijelog sistema odgovornosti novim okolnostima življenja. Ostaje da se nadamo nekom budućem reformiranom pravnom okviru, koji bi kao tehnološki neutralan trebao preduprijediti slučajeve nastanka šteta, a ondje gdje se one ipak dese, osigurati jednostavniji put što potpunijeg obeštećenja oštećenih.

Bibliografija

Bikić, A. (2010). Posebni slučajevi objektivne odgovornosti. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LIII, 45–61.

Đunđić, P. (2009). Harmonizacija pravila o odgovornosti proizvođača u državama članicama EU i najvažnije odredbe Direktive o odgovornosti za proizvode sa nedostatkom (85/385/ EEC). *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, XLIII(2), 457–473.

Fairgrave, D. & Howells, G. (2007). Rethinking Product Liability: A Missing Element in the European Comissions Third Review of the European Product Liability Directive. *The Modern Law Review*, 70(6) 962–978.

Fairgrave, D., Howells, G. & Pilgerstorfer, M. (2013). The Product Liability directive. Time to get soft?, De Gruyter, JETL 2013 4(1): 1–33.

Herbosa Martinez, I. *The Directive 85/374/EEC on Defective Products: Its Interepretation by the European Court of Justice*. Preuzeto sa: https://lawsdocbox.com/Legal_Issues/95688186-The-directive-85-374-eec-on-defective-products-its-interpretation-by-the-european-court-of-justice-inmaculada-herbosa-martinez.html

Howells, G. (2005). Product liability – a history of harmonization. U: D. Fairgrave (ed.). *Product Liability in Comparative Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 202–218.

Ivančević, K. (2012). Građanskopravna odgovornost proizvođača za štetu od neispravnog proizvoda. *Pravni zapisi* 2012; III(2); 323–351.

Misita, N. (2019.) *Evropska unija: zaštita potrošača*. Fojnica: Revicon.

Mlikotin Tomić, D. (2006). Odgovornost za naknadu štete bez krivnje prema novom hrvatskom i europskom pravu. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 425-460.

Petrić, S. & Bukovača-Puvača, M. (2008). Problem razvojnih rizika kod odgovornosti za neispravan proizvod. *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 6, str. 219–221.

Stanivuković, M. (1996.) Zaštita potrošača u pravu Evropske unije – odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda. U: D. M. Mitrović & O. Račić (priprema i redakcija). *Pravo Evropske unije*. Beograd: Službeni glasnik; 339–351.

Šabić Učanbarlić, A. (2019.). *Pravo zaštite potrošača Odabrane direktive i njihova implementacija u zakonodavstvo Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Pravni fakultet Sarajevo;

Taschner, H. C. (1986.) *Produkthaftung*. München: C.H. Beck.

Ueffing, M. *European Victory or a Defective Product Itself?* Preuzeto sa: https://open- journals.maastrichtuniversity.nl/index.php/Marble/article/view/167

Wuyts, D. (2014). The Product Liability Directive – More than two Decades of Defective Products in Europe, De Gruyter, DOI 1.1515/jetl-2014-0001 – JETL 2014, 5(1): 1–34.

Almedina Šabić Učanbarlić, PhD
Associate professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
a.sabic@pfsa.unsa.ba

EUROPEAN PRODUCT LIABILITY DIRECTIVE: IS IT TIME FOR AN UPDATE?

Summary

European Product Liability Directive was adopted more than three decades ago, with the aim to bring close together, to the highest extent possible, substantial national rules on product liability. It imposes strict liability, irrespective of fault and seeks to achieve exhaustive harmonisation of the laws of the Member States for the matters that it explicitly covers.

Initially the number of cases decided under the Directive was rather modest, mainly because most claimants based their claims on the familiar national legal rules. Meanwhile, both the national courts and the ECJ, confronted with the growing application of harmonized law, have given important interpretations to many different aspects of the Directive. This and the fact that we are facing digital transformation has shown that important divergences between the Member States still exist and that problematic aspects of the Directive, such as inadequate definition of defect, development risk defence, burden of proof, causation or ten-years stop need an urgent clarification in order to stay relevant.

Given the fact that the case-law here is very limited and that there is (still) no serious intention for a complete review, there is a real possibility of clarifying problems by using soft law methods, such as preparative and informative instruments defined with a view to prepare future EU law (green and white papers, for example), interpretative instruments with the object of providing guidance on the interpretation and application of the existing EU law and steering instruments which aim to establish or give effect to EU objectives and policies. The primary aim of this article is to show how individual provisions of the Directive should, if not amended, be clarified through these soft law instruments and thus make the Directive more effective during the fourth industrial revolution.

Keywords: *product liability, Product Liability Directive, Directive 85/374/EEC, manufacturer's liability for damages; defective product compensation claims*

Dr. sc. Nežla Borić
Redovna profesorica
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
n.boric@pfsa.unsa.ba

UDK 341.1:613
Pregledni naučni rad

PRAVO NA ZDRAVLJE U MEĐUNARODNOM PRAVU

Sažetak

Čitav niz relevantnih dokumenata međunarodnih ljudskih prava i međunarodnog zdravstvenog prava potvrđuje da je dobro zdravlje preduvjet uživanja svih drugih ljudskih prava i učestvovanja u društvenom, ekonomskom i političkom životu. Međutim, mnogim ljudima širom svijeta osnovna zdravstvena zaštita i lijekovi nisu dostupni. Ovaj članak zagovara kako je pristup zdravstvenoj njezi, lijekovima i liječenju značajan element uživanja prava na zdravlje, što je od sve većeg značaja u svjetlu pandemije COVID-19 iz 2019. godine. Fokus je stavljen na međunarodne pravne instrumente zaštite prava na zdravlje i na ulogu Svjetske zdravstvene organizacije (WHO) i pitanja globalnog zdravstva, te činjenicu da međunarodno pravo pred države stavlja obavezu da osiguraju osnovnu zdravstvenu zaštitu.

Ključne riječi: *međunarodna ljudska prava, pravo na zdravlje, Svjetska zdravstvena organizacija (WHO), međunarodni instrumenti, međunarodno pravo, lijekovi*

Uvod

Na Međunarodnoj konferenciji o primarnoj zdravstvenoj zaštiti održanoj u Alma Ati 1978. godine usvojena je Deklaracija u kojoj je kao definicija zdravlja navedena ona iz Ustava Svjetske zdravstvene organizacije (1948): "Zdravlje je stanje potpunog fizičkog, mentalnog i socijalnog blagostanja, a ne samo odsustvo bolesti ili slabosti." Ova deklaracija također ističe kako je postizanje stanja najvišeg mogućeg nivoa zdravlja najvažniji društveni cilj na svjetskom nivou. Dobro zdravlje je od temeljnog značaja za vođenje dostojanstvenog života u svim segmentima i ono predstavlja preduvjet za uživanje svih ljudskih prava i uključivanje u društveni, politički i ekonomski život. Čak i Roosevelt u jednom od svojih zvaničnih obraćanja govori o

zdravlju i prepoznaje ga kao jedno od četiri temeljna ljudska prava.[1] Kako bi se postigao i održao status dobrog zdravlja potrebno je da osoba ima pristup zdravstvenim uslugama i da su ispunjeni preduvjeti zdravog života (hrana, voda, smještaj i druge esencijalne potrebe). Međutim, iako je dobro zdravlje postavljeno kao temelj svih drugih aktivnosti čovjeka, mnogi ljudi širom svijeta i dalje nemaju pristup zdravstvenoj zaštiti. Svjetska zdravstvena organizacija (WHO) procjenjuje kako čak jedna trećina svjetskog stanovništva (najviše u najsiromašnijim dijelovima Afrike i Azije) ne može ostvariti pristup osnovnom liječenju (Chirwa, 2003, str. 542). Jasan primjer nejednakosti u dostupnosti zdravstvenih usluga je naučno dokazan i u praksi potvrđen, u zemljama s visokim prihodima, iako lijek za HIV/AIDS ostaje nepoznat, terapija po imenu antiretroviralni tretman, koja smanjuje stopu smrtnosti od AIDS-a (Barret-Grant, Fine & Heywood, 2001, str. 25). Dakle, dostupnost lijekova i liječenja predstavlja esencijalni element djelotvornog reagiranja na takve epidemije, a to pitanje pokazuje kako djelovanje i odluke farmaceutskih korporacija, naučnoistraživačkih institucija iz oblasti medicine, međunarodnih finansijskih institucija, organizacija koje se bave multilateralnom trgovinom i mnogih drugih nevladinih aktera imaju veliki uticaj na uživanje ljudskih prava. Kako navodi Jamar (1994), u analizi prava na zdravlje značajno je prije svega proučiti: 1) sadržaj pravila i propisa, te odredbi koje se na ovo pravo odnose, kako u međunarodnom tako i u unutrašnjem pravu država i 2) pravac djelovanja međunarodnih tijela i eksperata koji se zdravljem bave, prije svega Svjetske zdravstvene organizacije.

Općim pitanjima saradnje u oblasti zdravlja i zdravstvene zaštite bavi se posebna specijalizirana agencija Ujedinjenih nacija, Svjetska zdravstvena organizacija, koja predstavlja svjetski centar saradnje u oblasti zdravstva. Osnovana je 1945. godine na Međunarodnoj zdravstvenoj konferenciji održanoj u New Yorku, a njen Ustav je stupio na snagu 7. aprila 1948. godine, pa se taj datum slavi kao Svjetski dan zdravlja.[2] Prva je organizacija koja već u preambuli svog Ustava izričito navodi "pravo na zdravlje". WHO sarađuje s vladama i nevladinim organizacijama u više od 150 država i drugih teritorija, zaključujući posebne ugovore s državama na čijoj teritoriji ima svoje sjedište, kojima se pobliže uređuju sva relevantna pitanja. U okviru svoje djelatnosti, WHO može donositi standardna pravila i propise koje, premda su formalno neobavezni, primjenjuju sve države članice, pa i nečlanice.

Među osnovnim ciljevima WHO-a su unapređivanje zdravstvene zaštite u svijetu putem međunarodne saradnje i kontakata sa zdravstvenim ustanovama i profesionalnim organizacijama država članica i stimuliranje mjera

[1] Franklin D. Roosevelt, *State of the Union Address* (6. januar 1941.).
[2] Zvanična internetska stranica Svjetske zdravstvene organizacije: www.who.int.

za iskorjenjivanje epidemija, a radi njihovog ostvarenja predlaže usvajanje međunarodnih konvencija, sporazuma i pravilnika i daje preporuke. Sa sjedištem u Ženevi, glavni organi WHO-a su: Svjetska zdravstvena skupština, Izvršni odbor i Sekretarijat, na čelu s generalnim direktorom, a njene aktivnosti potpomaže i omogućava veliki broj pomoćnih tijela (regionalne komisije, stručni odbori i sl.).

Međunarodno pravo pristup osnovnoj zdravstvenoj zaštiti prepoznaje kao temeljnu komponentu prava na zdravlje, obavezujuću kako za vladine, tako i za nevladine aktere, te omogućavanje osnovne zdravstvene zaštite propisuje kao jednu od osnovnih obaveza države. Dakle, obaveza je države da ove međunarodne obaveze u pogledu minimalnog standarda zdravstvene zaštite uvede u svoje unutrašnje pravo i primijeni putem odgovarajućih zakonodavnih instrumenata.

U ovom članku razmotrit ćemo, prije svega, definicije osnovne zdravstvene zaštite i prava na zdravlje u međunarodnom pravu, na koji je način pravo na zdravlje priznato i uključeno u međunarodno pravo, te detaljnije promotriti koje značenje i težinu pravu na zdravlje daje Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, kao i drugi međunarodni i regionalni instrumenti ljudskih prava. Na kraju, ukratko ćemo izložiti kako države pravo na zdravlje i osnovnu zdravstvenu zaštitu osiguravaju na lokalnom nivou.

Historijski razvoj prava na zdravlje

Iako različite bolesti napadaju ljudski rod od davnina, sve do XVIII vijeka briga o ljudskom zdravlju ostaje izvan opsega državne odgovornosti, a epidemijska oboljenja su smatrana znakom siromaštva i nemorala, a jedini javni napor usmjeren na sprečavanje njihovog širenja bio je stavljanje oboljelih u karantin. U XVIII vijeku vlade zapadnih država počinju preuzimati određeni stepen odgovornosti za zdravlje svojih građana osnivanjem i vođenjem javnih institucija za brigu o bolesnim, a tek u XIX vijeku polažu se temelji modernog koncepta javnog zdravlja, za šta je uveliko zaslužna industrijska revolucija. Prije svega, loši i nezdravi uslovi rada i života koji su pratili industrijalizaciju pokazali su da siromašno stanje duha i niske moralne vrijednosti nisu jedini uzroci bolesti, jer se ranije, prije otkrića postojanja bakterija, virusa i drugih uzročnika bolesti, smatralo da su upravo siromašno stanje duha (nedostatak kulture, obrazovanja, bezboštvo i slično) te nemoralan život uzroci bolesti. Zatim, napredak ostvaren na polju prirodnih nauka tokom ovog perioda rezultirao je u značajnim otkrićima o uzrocima, sprečavanju i liječenju različitih oboljenja. I na kraju, državama

je bila potrebna zdrava i jaka radna snaga te su se u tu svrhu odgovornije angažirale. Svi su ovi faktori doprinijeli spoznaji da ekspertiza i znanje iz oblasti zdravlja uz odgovarajuće djelovanje i angažman državnog aparata predstavljaju suštinski preduvjet sprečavanja širenja zaraznih bolesti. Na taj način, krajem XIX vijeka, javno zdravlje postaje društveni cilj, a zaštita zdravlja javna odgovornost.

Značajno je napomenuti da je drugom polovinom XIX vijeka održano nekoliko međunarodnih sanitarnih konferencija (Chirwa, 2003, str. 544), najviše potaknuto velikim porastom u međunarodnoj trgovini i međunarodnim migracijama ljudi, što je u fokus zabrinutosti dovelo rizik od epidemija i prateću potrebu da se na međunarodnom nivou koordinira prevencija bolesti. Ove su konferencije, iako im je cilj bio vrlo uskog opsega, ipak omogućile usvajanje nekoliko značajnih pravila i propisa koje države stavljaju u ulogu zaštitnika zdravlja ljudi.

U XX vijeku su se dogodile dvije velike prekretnice koje su omogućile da se pravo na zdravlje prepozna i prizna kao jedno od temeljnih ljudskih prava (Chirwa, 2003, str. 544). Zanimljivo, prva od njih je Velika depresija iz 1930-ih godina, koja je definirala mnoge pozive na kreiranje programa socijalne skrbi s ciljem obezbjeđivanja socijalne sigurnosti građanima. Druga prekretnica je bila Drugi svjetski rat koji je donio izuzetno loše uvjete života uz naučne eksperimente vršene na ljudima, prije svega Jevrejima, pa je pitanje zaštite i unapređenja zdravlja postalo primarno odmah nakon završetka rata. Smatra se da je spominjanje zdravlja u članu 55 Povelje Ujedinjenih nacija rezultat Specijalnog memoranduma s Konferencije Ujedinjenih nacija o međunarodnim organizacijama 1945. godine, u kome se navodi: "medicina je jedan od stubova mira", a sama Konferencija je dovela do osnivanja Svjetske zdravstvene organizacije (1946. godine) (Toebes, 1999). Stoga nije iznenađujuće da u Ustavu WHO-a stoji kako je "uživanje najvišeg mogućeg standarda zdravlja jedno od temeljnih prava svakog ljudskog bića bez obzira na rasu, vjeroispovijest, političko uvjerenje, te ekonomski ili društveni status", te da je "zdravlje svih ljudi od temeljnog značaja za postizanje mira i sigurnosti". (Ustav WHO-a, 1948). Pravo na zdravlje je nešto kasnije uključeno u osnivački dokument pokreta za međunarodna ljudska prava, Opću deklaraciju o ljudskim pravima, a zatim i u niz drugih međunarodnih i regionalnih ugovora.

Konceptualni i normativni problemi u definiranju prava na zdravlje

Međunarodni dokumenti ljudskih prava nisu sasvim dosljedni u formulaciji prava na zdravlje, tako da ono zapravo predstavlja termin koji se koristi za označavanje zaštite različitih aspekata zdravlja. Naprimjer, Ustav WHO-a (1946) u svojoj preambuli zdravlje definira kao "stanje potpunog fizičkog, mentalnog i socijalnog blagostanja, a ne samo odsustvo bolesti ili slabosti" (definicija koja je kasnije uključena i u Deklaraciju iz Alma Ate), što je gotovo nemoguće postići. Stoga je širi pojam "pravo na zaštitu zdravlja" praktičniji jer obuhvaća i pravo na zdravstvenu zaštitu i pravo na zdravlje kao stanje. Lee (2020), s druge strane, zagovara definiciju globalnog prava na zdravlje kao učenja i prakse kako odredbi tzv. "tvrdog" (različiti međunarodni ugovori i slični pravni instrumenti), tako i odredbi tzv. "mekog" (kodeksi ponašanja i praksa samih država, te smjernice i preporuke) međunarodnog prava koje oblikuju norme, procese i institucije zadužene za postizanje najvišeg mogućeg standarda fizičkog i mentalnog zdravlja svjetske populacije (str. 33).

Kako bi se razjasnilo šta predstavlja normativni sadržaj prava na zdravlje, potrebno je identificirati obaveze država u odnosu na to pravo. Tripartitna tipologija obaveza države pokazuje kako pravo na zdravlje podrazumijeva i negativnu obavezu da se ono poštuje (uzdržavanje od djelovanja koje je štetno po zdravlje, uzdržavanje od diskriminacije građana po bilo kojem osnovu i sl.), kao i pozitivne obaveze da se pravo na zdravlje štiti (obaveza da se poduzimaju zakonodavne i druge mjere kako bi se osiguralo pravo svih ljudi na jednak pristup zdravstvenim uslugama koje nudi treća strana, obaveza da se ljudi zaštite od zdravstvenih prekršaja od strane treće strane i sl.) te da se ispunjava (da država usvoji zakone koji reguliraju zdravstvo, da odvaja dovoljan dio budžetskog novca za zdravstvo i sl.) (Gwangndi, 2016, str. 501).

U narednim paragrafima pokazat ćemo kako većina međunarodnih i regionalnih instrumenata ljudskih prava, eksplicitno ili implicitno, stoji na stanovištu da se pravo na zdravlje – uprkos razlikama u formulaciji tog termina – sastoji i od kurativnih i preventivnih usluga brige za zdravlje, tj. zdravstvenih usluga, ali i od preduvjeta dobrog zdravlja, kao što su hrana, sanitarne mjere, čista voda, uvjetni smještaj, obrazovanje te odjeća. Što se tiče dostupnosti lijekova, kao što ćemo vidjeti, ona predstavlja temeljnu komponentu prava na zdravlje.

Međunarodni pravni instrumenti zaštite prava na zdravlje

Pravo na zdravlje i pristup lijekovima u skladu s ICESCR-om

Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, ICESCR) iz 1966. godine, kao multilateralni ugovor oslanja se na Opću deklaraciju o ljudskim pravima (UDHR). Mnogi međunarodni i regionalni instrumenti ljudskih prava te ustavi država, oblikovani su po uzoru na ovaj pravni dokument i on je postao referentna tačka za definiranje ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava. Ovaj pakt, zajedno s Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima (*International Covenant on Civil and Political Rights*, ICCPR) i UDHR-om, sačinjava tzv. međunarodno pravo o ljudskim pravima. Implementaciju ICESCR-a nadgleda Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava (*Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, CESCR), osnovan 1985. godine, koji usvaja niz općih komentara, zaključnih opservacija na osnovu izvještaja koje dobija od država i drugih izjava i mišljenja.

Član 25 Opće deklaracije o ljudskim pravima (UN, 1948) koji glasi: "Svatko ima pravo na životni standard koji odgovara zdravlju i dobrobiti njega samoga i njegove obitelji, uključujući prehranu, odjeću, stanovanje, liječničku njegu i potrebne socijalne usluge, kao i pravo na sigurnost u slučaju nezaposlenosti, bolesti, nesposobnosti, udovištva, starosti ili nekog drugog nedostatka sredstava za život u uvjetima koji su izvan njegove kontrole", tretira zdravlje i liječničku njegu kao komponente prava na odgovarajući životni standard. Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima u članu 12 propisuje pravo svakoga "da uživa najvišu dostižnu mjeru tjelesnog i duševnog zdravlja", te time prepoznaje pravo na zdravlje kao zasebno u odnosu na pravo na odgovarajući životni standard (1966). Upućivanje na "najvišu dostižnu mjeru zdravlja" predstavlja pozitivan pomak od definicije zdravlja kao "stanja potpunog zdravlja" koju daje WHO.

Prema Paktu, pravo na zdravlje nije ograničeno samo na zdravstvenu zaštitu, već se proširuje i na preduvjete zdravlja kao što su: hrana, smještaj, pristup pitkoj vodi, sigurni i zdravi uvjeti rada te zdravo okruženje. U nastavku člana 12 Pakt od država traži poduzimanje odgovarajućih koraka kako bi se pravo na zdravlje ostvarilo u potpunosti. Opći komentar Komiteta za ekonomska, socijalna i kulturna prava na Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima navodi kako su pravo na liječenje i odgovarajuću liječničku njegu, te na pristup esencijalnim lijekovima, u skladu s dostupnim resursima, također elementi prava na zdravlje, pa na taj način proširuje definiciju ovog prava tako da obuhvati sve teoretske i praktične

implikacije. Iako se čini da napomena "u skladu s dostupnim resursima" predstavlja mogućnost za pogrešnu interpretaciju ovog prava, Opći komentar razjašnjava tu nedoumicu propisujući državama obavezu da se uzdrže od "namjernog poduzimanja nazadnih mjera" te da učine sve potrebne korake ka punom ostvarenju ovih prava. Značajno je napomenuti da je Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava razvio koncept "minimuma temeljnih obaveza" kako bi se osiguralo da se ekonomska, socijalna i kulturna prava ne interpretiraju kao ideali čijem se ostvarenju tek treba težiti. Ovaj koncept nalaže da je svaka država u obavezi da u najmanju ruku zadovolji minimum temeljnih obaveza da se ispoštuju prava čiju zaštitu propisuje Komitet, ali je značajno naglasiti da mu namjera nije da siromašne države dovede u tešku poziciju.

Opskrba esencijalnim lijekovima (čiji spisak izdaje i ažurira WHO) i nediskriminatoran pristup medicinskim uslugama predstavlja jednu od temeljnih obaveza koju države moraju ispoštovati kao minimum, a tu spadaju i osiguravanje nediskriminatornog prava na pristup zdravstvenim ustanovama i njihovim uslugama, naročito ranjivim i marginaliziranim grupama, prevencija i kontrola epidemija, te osiguravanje ravnopravne raspodjele svih zdravstvenih resursa.

Uz to, Smjernice o kršenju ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava (Smjernice iz Maastrichta) propisuju kako neka država krši minimalni nivo temeljnih prava na zdravlje ukoliko je značajan broj njenih građana lišen "osnovne zdravstvene njege". Kako je definirano i u Deklaraciji iz Alma Ate, primarna zdravstvena zaštita uključuje i edukaciju o najznačajnijim zdravstvenim problemima i metodama njihove prevencije i kontrole, promoviranje pravilne i zdrave ishrane, adekvatno snabdijevanje pitkom vodom i osnovne sanitarne mjere, zdravstvenu brigu za majku i dijete, uključujući planiranje porodice, imunizaciju protiv glavnih zaraznih bolesti, prevenciju i kontrolu endemičnih bolesti, odgovarajuće liječenje najčešćih oboljenja, te snabdijevanje esencijalnim lijekovima.

Kako navode Weber i ostali (2020, str. 2), u svjetlu pandemije COVID-19, značajne su odredbe Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (*International Covenant on Civil and Political Rights*, ICCPR) iz 1966. godine, koji propisuje da "(...) u vrijeme vanrednog stanja koje prijeti opstanku čitave nacije i koje se zvanično proglasi, države potpisnice ovog Pakta mogu poduzimati mjere koje odstupaju od njihovih obaveza propisane njime", za koje UNHCR (Visoki komesarijat za ljudska prava UN-a) u svojim smjernicama o vanrednom stanju u kontekstu pandemije COVID-19 nalaže da moraju biti "minimalno invazivne u svrhu postizanja zacrtanog ciljeva u pogledu javnog zdravlja".

Svjetska zdravstvena organizacija (WHO) i pitanja globalnog zdravstva

Svjetska zdravstvena organizacija (WHO) je u svojoj ulozi globalnog nadgledanja zdravlja zauzela pravac djelovanja koji se ne služi regulatornim i sredstvima prisile, već dobrovoljnim pristankom, dogovorima i instrumentima mekog prava (*soft law*) kao što su smjernice, preporuke, principi i kodeksi prakse, tj. pravila postupanja. Međutim, ovo oslanjanje WHO-a na navodno neobavezujuće instrumente mekog prava ne čini jasnom razliku između pravnih normativa i nekih drugih normi i principa, kao što su one društvene, kulturološke, moralne, profesionalne ili vjerske. WHO ovakav pristup opravdava sugerirajući da i druge norme, a ne samo one pravne, mogu imati jednako snažan uticaj na saradnju i povinovanje država (Finnemore, 2000), te isticanjem pristupa u kojem se odražavaju određeni subjektivni elementi poput ideja, zamisli, dijeljenja znanja i etosa velike većine uposlenika WHO-a, koji su svi stručnjaci iz oblasti medicine i nauke uopće.

Osim nadležnosti da na snagu stavlja različite međunarodne ugovore, WHO ima, u skladu sa svojim Ustavom, autoritet da donosi propise i regulative na polju zdravstva. Dvije osnovne regulative koje je usvojio WHO – od kojih je jedna Međunarodni zdravstveni propisi (*International Health Regulations*, IHR) – obvezujuće su za sve države članice, a pokazuju nekoliko značajnih karakteristika. Prije svega, usvojene su na način bez mogućnosti odbijanja (*non-rejection*) te izuzete iz kompleksne procedure ratifikacije koja se inače traži za usvajanje nekog ugovora, a može se zanemariti u slučaju potrebe za brzim reagiranjem na različita zdravstvena pitanja i situacije. A zatim, prema članu 22 Ustava WHO-a, regulative usvojene u skladu s članom 21 Ustava automatski stupaju na snagu u svakoj državi članici WHO-a.

IHR u svakom pogledu predstavlja najvažniji instrument zdravstvenog prava namijenjen globalnom nadgledanju prenošenja zaraznih bolesti preko međudržavnih granica i harmonizaciji zaštite javnog zdravlja bez uzrokovanja nepotrebnih zastoja u trgovini i putovanjima. U pogledu epidemija i pandemija, kao što je COVID-19, čitav jedan segment IHR-a se bavi mjerama koje mogu primijeniti državni autoriteti, kao što su naprimjer vakcinacija i zdravstveni pregled putnika koji ulaze na teritorij određene države, te druge vrste profilakse. Što se tiče njihove nadležnosti, IHR postavlja pravne obaveze državama članicama u tri glavne oblasti: 1) zahtjev za obavještavanjem i pružanjem epidemioloških informacija; 2) zahtjeve koji se odnose na zdravstvena pitanja u tačkama ulaska, na aerodromima i drugim sličnim lokacijama; i 3) zahtjev za nizom detaljnih pravnih dužnosti koje imaju države članice (nadležna tijela, mjere javnog zdravstva, sanitarne procedure i sl.). Kako kaže generalni direktor WHO-a Dr. Tedros A. Ghebreyesus, sistem pri-

kupljanja zdravstvenih informacija predstavlja jedan od kamena temeljaca misije WHO-a kako bi promovirao zdravlje, održavao sigurnost u svijetu i pružao usluge svima, prije svega ranjivoj populaciji (*World Health Statistics 2020*, 2020).[3]

Pristup IHR-a u kojem se fokus stavlja na kontrolu granica i na taj način sprečavanje širenja neke zarazne bolesti izvan područja date države, već duže vrijeme dobija velike kritike da je prevaziđen. Kao što možemo posvjedočiti danas, a primijetio je to i Fidler još 1999. godine, linija koja dijeli nacionalno i međunarodno javno zdravlje se sve više gubi u vremenu kada rapidno širenje zaraznih bolesti, uvelike olakšano tehnološkim i razvojem sredstava transporta, otkriva nemogućnost suverenih država da zaštite zdravlje svojih građana.

Ostali dokumenti međunarodnih ljudskih prava

Obaveza osiguravanja pristupa osnovnoj liječničkoj njezi i zdravstvenoj zaštiti može se pronaći u još nekim dokumentima međunarodnih ljudskih prava osim Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. Jedan od njih je i Konvencija o pravima djeteta koja sadrži odredbe o pravu na zdravlje koje se smatraju sveobuhvatnijim i izričitijim nego one iz mnogih drugih međunarodnih ugovora, konvencija i deklaracija. Član 24 ove konvencije (UN, 1989), osim općeg prava na zdravlje, prepoznaje i konkretno pravo koje ga podržava: "Države stranke priznaju djetetu pravo na uživanje najviše moguće razine zdravlja i na olakšice u pogledu ozdravljenja i oporavka. Države stranke će nastojati osigurati da nijednom djetetu ne bude uskraćeno njegovo pravo pristupa zdravstvenim službama", a time i konkretnu obavezu država u tom smislu. U članu 24 se dalje navodi popis mjera koje države imaju poduzeti kako bi se osiguralo potpuno uživanje prava na zdravlje, od kojih su najvažnije smanjenje smrtnosti novorođenčadi i djece, pružanje potrebne zdravstvene pomoći i medicinske njege svakom djetetu, s težištem na jačanju primarne zdravstvene zaštite, suzbijanju bolesti i neuhranjenosti u okvirima primarne zdravstvene zaštite, osiguravanju prenatalne i postnatalne zdravstvene zaštite majki, te razvoju preventivne zdravstvene zaštite i odgovarajućih institucija.

Sljedeći dokument koji govori o pravu na zdravlje jeste Međunarodna konvencija o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije (*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, ICERD), koja u članu 5 propisuje obavezu država da "zabrane i da ukinu rasnu diskrimina-

[3] "World Health Statistics 2020", Uvodna riječ generalnog direktora WHO-a.

ciju u svim njezinim oblicima", naročito u pogledu uživanja niza temeljnih prava, gdje se u stavku e(IV) ovog člana navodi "pravo na zdravlje, liječničku pomoć, socijalno osiguranje i socijalne službe" (UN, 1969).

Slično tome, UN-ova Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, CEDAW) iz 1979. godine, također poznata i kao Konvencija o pravu žena, u članu 12 obavezuje države da "preduzimaju sve moguće mjere da uklone diskriminaciju iz oblasti zdravstvene njege i zaštite kako bi se – na temelju jednakosti između muškaraca i žena – svima osigurala dostupnost zdravstvenih usluga, uključujući i one koje se odnose na planiranje porodice" (UN, 1966).

Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica (UN, 1990) u članu 28 nalaže: "Radnici migranti i članovi njihovih obitelji imat će pravo na medicinski tretman koji im je hitno potreban radi zaštite njihovih života ili za izbjegavanje nepopravljivog ugrožavanja njihovog zdravlja po osnovu jednakosti u tretmanu s državljanima države koja je u pitanju." Ovdje je značajno spomenuti i pitanje zdravstvene zaštite nezakonitih migranata, koje je od sve većeg značaja kako na svjetskom nivou, tako i za region i našu zemlju. Kako objašnjava Da Lomba (2011), nezakoniti migranti nemaju pravo na ostvarenje nekog statusa po zakonu jer su prekršili imigracijske zakone, te stoga njihovo pravo na zdravstvenu zaštitu može proizaći samo iz odredbi međunarodnih ljudskih prava. Međutim, mnoge države ne prihvataju ideju o postojanju prava na zdravlje ovog dijela populacije jer nezakonite migrante smatraju prijetnjom po državnu sigurnost i suverenitet. Značajan izazov, stoga, predstavlja primjena odredbi međunarodnog prava na situaciju na terenu u mnogim državama.

Pravo na zdravlje se spominje, a njegova zaštita i uživanje propisuju u mnogim drugim međunarodnim dokumentima, kao što su Ženevske konvencije i Deklaracija o zaštiti žena i djece u slučajevima izvanrednog stanja i oružanih sukoba. Svi ovi dokumenti međunarodnog prava uspostavljaju i garantiraju da pravo na zdravlje stvara konkretne obaveze za države na međunarodnom nivou.

Regionalni instrumenti

Brojne regionalne konvencije o ljudskim pravima pristup osnovnim zdravstvenim uslugama i esencijalnim lijekovima smatraju ključnim elementom prava na zdravlje. Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda iz 1981. godine u članu 16 garantira opće pravo na "uživanje najvišeg do-

stižnog nivoa fizičkog i duševnog zdravlja" i državama članicama propisuje obavezu da poduzmu neophodne mjere "da zaštite zdravlje svog naroda i da osiguraju dobijanje zdravstvene njege i zaštite u slučaju bolesti". I Afrička povelja o pravima i dobrobiti djeteta (1981) prepoznaje i priznaje zdravlje kao jedno od ljudskih prava, kao i Američka deklaracija o pravima i dužnostima čovjeka, a Protokol San Salvador (1988) u članu 10 izričito spominje "pravo na zdravlje".

U evropskom sistemu ljudskih prava najznačajnija su dva međunarodna ugovora – prvi je Evropska socijalna povelja iz 1961. godine koja u članu 11, "Pravo na zaštitu zdravlja", govori o obavezi država ugovornica da poduzmu odgovarajuće mjere kako bi osigurale efikasno ostvarivanje prava na zaštitu zdravlja, te navodi te mjere. Osim mjera za zaštitu zdravlja, Povelja u članu 12 prepoznaje pravo na socijalno osiguranje, a u članu 13 pravo na socijalnu i medicinsku pomoć. Ovi članovi Povelje obavezuju države ugovornice da uspostave i održavaju sistem socijalnog osiguranja koji je minimalno nivoa potrebnog za ratifikaciju Konvencije 102 Međunarodne organizacije rada o minimalnim standardima socijalnog osiguranja, koja uspostavlja i minimalne standarde medicinskih usluga i zdravstvene zaštite. Drugi dokument je Konvencija za zaštitu ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine (Vijeće Evrope, 1997), čiji član 3 "Pravičan pristup zdravstvenoj zaštiti" govori o osiguravanju pravičnog pristupa zdravstvenoj zaštiti odgovarajućeg kvaliteta kao obavezi država ugovornica.

Definicija esencijalnih lijekova

Spomenuti međunarodni dokumenti o ljudskim pravima i njihova odgovarajuća nadzorna tijela ne daju uniformnu definiciju pojma "esencijalni lijekovi", te stoga nije sasvim jasno koji bi lijekovi trebali biti uključeni u tu grupu, a koji ne. Bez obzira na to, sam pojam se po prvi put spominje u Popisu esencijalnih lijekova koji je 1977. godine izdala Svjetska zdravstvena organizacija sa svrhom da pomogne državama članicama u odabiru i nabavci osnovnih lijekova, uz osiguravanje najboljeg kvaliteta po razumnoj cijeni (*Report of a WHO Expert Committee*, 1977). Popis je od tada revidiran više puta i svih 156 država članica WHO-a usvajaju svoje interne popise na temelju njega. Ekspertski komitet WHO-a za odabir esencijalnih lijekova 1977. godine dao je sljedeću definiciju esencijalnog lijeka – "lijek koji je od najvećeg značaja, osnovni lijek, nezamjenjiv lijek i lijek neophodan za zdravstvene potrebe šire populacije" i dopunjuje je s "esencijalni lijekovi su oni koji zadovoljavaju potrebe većine stanovništva, te bi stoga trebali biti dostupni u svakom trenutku u potrebnim količinama i dozama" (*Report of a WHO*

Expert Committee, 1983, str. 9). U ovu definiciju je 1998. godine uključen i "element priuštivosti" koji nalaže da esencijalni lijekovi moraju biti dostupni po cijenama koje pojedinci i zajednica mogu priuštiti (*Report of a WHO Expert Committee*, 1998, str. 5, 17). Ipak, čak i ova dopunjena definicija nije sasvim jasna – naprimjer, šta se smatra pod pojmovima "većina stanovništva" ili "šira populacija", ili koji su standardi kvaliteta nekog esencijalnog lijeka. Stoga je ovu definiciju Sekretarijat WHO-a u više navrata dopunjavao i korigirao kako bi se dobila konačna verzija u svrhu interpretiranja prava na zdravlje kako od strane nadzornih tijela međunarodnih instrumenata ljudskih prava, tako i od strane unutrašnjeg zakonodavstva država.

Pravo na zdravlje i zakonodavstvo

Pravo na zdravlje je tipično ekonomsko, socijalno i kulturno pravo i stoga se može raspravljati da li podliježe sudskom izvršenju, budući da su ova prava kroz historiju imala drugačiji tretman od građanskih i političkih prava. Međutim, međunarodno pravo je do danas dovoljno evoluiralo da prepoznaje činjenicu da su sva ljudska prava međuovisna, nedjeljiva i da uzajamno podržavaju jedno drugo. Osnovano je više tijela, komiteta i komisija namijenjenih nadgledanju provedbe socioekonomskih i kulturnih prava, te njihovo podvrgavanje sudskim procedurama, poput pokretanja zahtjeva i žalbi. Značajno je primijetiti i da ustavi mnogih država nastali nakon 1989. godine, više od 70 njih, uključuju odredbe o ovim pravima i njihov položaj u zakonodavstvu i mogućnosti pokretanja sudskih sporova u slučaju kršenja (Toebes, 1999). I pristup esencijalnim lijekovima se može zaštititi pod okriljem različitih ljudskih prava, kao što su pravo na život i pravo na jednakost, a kršenje tih prava se može rješavati sudskim putem, u okviru unutrašnjeg zakonodavstva države, kao i na međunarodnom nivou (Dittrich et al. 2016).

Različiti slučajevi su vođeni i danas se vode na temelju kršenja prava na zdravlje, a odličan pregled daje Brigit Toebes u svom naučnom radu "Towards an Improved Understanding of the International Right to Health" iz 1999. godine izdatom u časopisu *Human Rights Quarterly*.

Obaveze države u odnosu na pravo na zdravlje

Države imaju obavezu da sva ljudska prava poštuju, štite, promoviraju i ispunjavaju. Jednako su tako u obavezi da poštuju i pravo na zdravlje te, prije svega, omoguće pristup osnovnoj zdravstvenoj zaštiti i esencijalnim lijekovima svim svojim građanima, bez diskriminacije.

Obaveza države da poštuje ljudska prava nalaže joj da se uzdrži od miješanja u uživanje temeljnih prava i ljudskih sloboda, a također obavezuje državu da se uzdrži od sprečavanja ili ograničavanja pristupa ljudskim pravima. U kontekstu zdravlja, obaveza poštovanja prava na zdravlje znači da država ne smije ograničavati jednak i nediskriminatoran pristup preventivnim, kurativnim i palijativnim zdravstvenim uslugama. Dakle, uskraćivanje pristupa esencijalnim lijekovima ili liječničkoj njezi – kao i diskriminacija po bilo kojem osnovu u tom smislu – predstavlja kršenje ove obaveze države.

Obaveza države da štiti ljudska prava od nje traži da poduzima pozitivne akcije kako bi svoje građane zaštitila od štetnih radnji različitih aktera, pa tako i privatnih. U skladu s tim, država je u obavezi da osigura jednak pristup zdravstvenoj zaštiti i esencijalnim lijekovima, te odgovarajućim informacijama. U slučaju kada je zdravstveni sistem – ili njegovi dijelovi – privatiziran, država mora osigurati, kroz odgovarajući zakonodavni okvir u oblasti zdravstva, da to ne predstavlja prijetnju dostupnosti i kvalitetu pruženih usluga. Uz to, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima obavezuje države da osiguraju "da nadležna sudska, upravna ili zakonodavna vlast, ili svaka druga vlast koja je prema zakonodavstvu države nadležna, rješava o pravima lica koja ulože žalbu" te da "razvijaju mogućnosti sudskih pravnih lijekova" (Paunović, Krivokapić, Krstić, 2010, str. 58), čime države osiguravaju da se u okviru unutrašnjeg zakonodavstva poštuju ljudska prava, a među njima je i pravo na zdravlje.

Obaveza države da ljudska prava promovira sadržana je u njezinoj obavezi da ih ispunjava. Promoviranje ljudskih prava znači da država treba osigurati pojedincima da svoja prava i temeljne slobode uživaju putem promoviranja tolerancije i podizanja svijesti, dok obaveza ispunjavanja prava od države traži da omogući konkretno ostvarenje prava njenih građana. U pogledu prava na zdravlje, to znači da ga država mora prepoznati i priznati u svom zakonodavstvu i unutrašnjem pravnom sistemu, te su stoga od značaja naročito sistemi zdravstvenog osiguranja za koje država mora osigurati da obavljaju svoju ulogu tako da se ne krše prava njenih građana, a naročito pravo na zdravlje.

Zaključak

Pravo na zdravlje je jedno od ljudskih prava čije je uživanje garantirano nizom pravnih dokumenata, kako na međunarodnom i regionalnom nivou, tako i unutrašnjim zakonodavstvom svake države. U tom smislu najznačajniji su: Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima

(ICESCR) koji se oslanja na Opću deklaraciju o ljudskim pravima (UDHR), Međunarodni zdravstveni propisi (IHR) kao i Međunarodna konvencija o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije (ICERD). Svi oni propisuju da je pravo na uživanje najvišeg mogućeg nivoa zdravlja pravo svakog čovjeka i njegovo ispunjenje predstavlja preduvjet ostvarenja svih drugih prava.

Pravo na zdravlje državi nameće tri vrste obaveza: prije svega, država ima obavezu da ovo pravo poštuje, što znači da se mora uzdržati od djelovanja koje ograničava ili sprečava pristup osnovnoj zdravstvenoj zaštiti i esencijalnim lijekovima. Kao drugo, država je u obavezi da svoje građane zaštiti od djelovanja treće strane koje bi moglo dovesti do sprečavanja ili ograničavanja uživanja prava na zdravlje po bilo kojem osnovu, što se prije svega odnosi na obavezu države da regulira rad privatnih aktera. Treća obaveza države je da osigura ispunjenje prava na zdravlje, podizanjem svijesti o njemu, uvođenjem ovog prava u svoje zakonodavstvo, osiguravanjem odgovarajuće obuke za ljude zaposlene u zdravstvu i adekvatno opremljenih zdravstvenih ustanova, te formiranjem sistema zdravstvenog osiguranja dostupnog svim građanima, kao i davanjem posebnog tretmana onima koji si ne mogu priuštiti zdravstvene usluge.

Pristup osnovnoj zdravstvenoj zaštiti i dostupnost esencijalnih lijekova predstavljaju temeljnu komponentu ljudskih prava na zdravlje. Budući da je to minimalan uslov uživanja ovog prava, države ne mogu navoditi nedostatak resursa kao razlog za neizvršenje obaveze da omoguće ispunjenje ovog prava svim svojim građanima. Također, granica između privatne i javne sfere postaje sve značajnije pitanje, dok se i međunarodno pravo i unutrašnji zakonodavni sistemi država kreću ka prepoznavanju obaveza privatnih aktera, što je od važnosti naročito u svjetlu velikog uticaja koji oni imaju na dostupnost esencijalnih lijekova.

Literatura

Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda (1981). Dostupno na: https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49. (pristupljeno 23. 8. 2021).

Barret-Grant, K., Fine, D. & Heywood, M. (2001). *HIV/AIDS and the law: a resource manual.* Witwatersrand, The AIDS Law Project.

Chirwa, D. (2003). "The Right to Health in International Law: Its Implications for the Obligations of State and Non-State Actors in Ensuring Access to Essential Medicine". *South African Journal on Human Rights*, 19(4), str. 541–566.

Da Lomba, S. (2011). "Irregular Migrants and the Human Right to Health Care: A Case Study of Health-Care Provision for irregular Migrants in France and the UK". *International Journal of Law in Context*, 7(3), str. 357–374.

Deklaracija iz Alma Ate (1978), WHO. Dostupno na: https://www.who.int/publications/almaata_declaration_en.pdf?ua=1. (pristupljeno 23. 8. 2021).

Evropska socijalna povelja (1961). Dostupno na: https://www.ombudsman.co.me/docs/Evropska_socijalna_povelja.pdf. (pristupljeno 23. 8. 2021).

Fidler, D. P. (1999). "International Law and Global Public Health". *The University of Kansas Law Review* 48, str. 1–58. Dostupno na: https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1655&context=facpub (pristupljeno 23. 8. 2021).

Finnemore, M. (2000), "Are Legal Norms Distinctive?", *New York Journal of International Law and Politics*, 32(3), str .699–705

Jamar, S. D. (1994). "The International Human Right to Health". *Southern University Law Review*, 22(1), str. 1–68.

Konvencija o pravima djeteta (1989), UN. Dostupno na: https://www.unicef.hr/wp-content/uploads/2017/05/Konvencija_20o_20pravima_20djeteta_full.pdf. (pristupljeno 22. 8. 2021).

Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena (1979), UN. Dostupno na: https://ravnopravnost.gov.hr/UserDocsImages/arhiva/preuzimanje/dokumenti/un/kon_o_ukl_diskr_zena.pdf. (pristupljeno 23. 8. 2021).

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine (1997). Dostupno na: https://narodne-novine.nn.hr/clanci/medunarodni/2003_08_13_109.html. (pristupljeno 24. 8. 2021).

Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (1966), UN. Dostupno na: https://pravamanjina.gov.hr/UserDocsImages/arhiva/pdf/medjunarodni/medjunarodna_konvencija_o_ukidanju_svih_oblika_rasne_diskriminacije.pdf. (pristupljeno dana 22. 8. 2021).

Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica (1990), UN. Dostupno na: http://www.mhrr.

gov.ba/PDF/Convention%20migrant%20workers%20bos.pdf. (pristupljeno 23. 8. 2021).

Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (*ICESC*) (1966). Dostupno na: https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx. (pristupljeno 21. 8. 2021).

Opća deklaracija o ljudskim pravima (1948). Dostupno na: http://www.mvep.hr/custompages/static/hrv/files/081210_deklaracija_ljudska_prava.pdf. (pristupljeno 21. 8. 2021).

Svjetska zdravstvena organizacija (2006). *Constitution* (Ustav), Fourty-fifth edition, Supplement. Dostupno na: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf. (pristupljeno 20. 8. 2021).

Svjetska zdravstvena organizacija (2005). Međunarodni zdravstveni propisi. Dostupno na: https://narodne-novine.nn.hr/clanci/medunarodni/2013_10_9_93.html. (pristupljeno 23. 8. 2021).

Svjetska zdravstvena organizacija (2020), „World Health Statistics 2020“. Geneva: World Health Organization.

Nežla Borić, PhD
Full Professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
n.boric@pfsa.unsa.ba

RIGHT TO HEALTH IN INTERNATIONAL LAW

Summary

A number of relevant international human rights and international health law documents affirm that good health is a precondition for the enjoyment of all other human rights and for participation in social, economic, and political life. However, many people across the globe don't have access to essential health care and medicines. This article argues that access to health care, medication, and treatment is an important element of enjoying the right to health, which has growing significance in the light of the COVID-19 pandemic in 2019. The focus is put on the international legal instruments for protecting the right to health, as well as to the role of the World Health Organization (WHO) and issues of global health, as well as on the fact that international law imposes non-derogative obligations on states to provide essential health care.

Keywords: *international human rights, right to health, International health organisation (WHO), international instruments, international law, medicines*

Dr. sc. Meliha Povlakić
Redovna profesorica
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
m.povlakic@pfsa.unsa.ba

UDK 347.952.2
Pregledni naučni rad

Nasir Muftić, MA
Asistent
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
n.muftic@pfsa.unsa.ba

Tahir Herenda, MA
Stručni saradnik
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
t.herenda@pfsa.unsa.ba

MOGUĆNOST ZLOUPOTREBE PROCESNIH PRAVA PRILIKOM PRODAJE NEKRETNINE NA TREĆEM ROČIŠTU I ZA CIJENU MANJU OD PROCIJENJENE VRIJEDNOSTI – BOSNA I HERCEGOVINA I KOMPARATIVNO PRAVO

Sažetak

Ovaj rad predstavlja nastavak istraživanja autora o zloupotrebama postupka javnog nadmetanja za prodaju nekretnina. Kao predmet istraživanja određena je prodaja nekretnine na trećem ročištu bez ograničenja cijene, kao i općenito prodaja nekretnine ispod procijenjene cijene i za cijenu nižu od potraživanja čije se namirenje traži, s ciljem da se ispita da li takva rješenja mogu generirati zloupotrebu prava.

U radu su analizirana važeća rješenja u BiH. Konstatirano je da treće ročište i mogućnost prodaje bez ograničenja cijene postoji samo u Federaciji BiH. Izvršeno je poređenje sa zakonima određenih zemalja u regionu (Crna Gora, Hrvatska, Srbija). Česte promjene propisa o izvršenju u zemljama regiona, izmjene upravo odredaba o prodaji nekretnine, broju ročišta i minimalnoj cijeni, pokazuju da se radi o veoma osjetljivom pitanju i da i zemlje regiona

tragaju za optimalnim balansom između zaštite interesa povjerilaca i izvršenika. Rješenje kakvo je zastupljeno u Federaciji BiH može voditi ozbiljnom oštećenju interesa izvršenika, drugih povjerilaca, oštećenju interesa tražioca izvršenja kao kupca te u konačnici kompromitiranju izvršnog postupka. Navedeno rješenje se u praksi različito primjenjuje. Analiziran je niz odluka u kojima je Ustavni sud BiH odlučivao o povredi Ustavom zajamčenih prava u slučajevima prodaje nekretnine daleko ispod procijenjene vrijednosti. Praksa Ustavnog suda BiH je kritizirana budući da pruža samo djelimičnu zaštitu prava učesnika u postupku.

Navedene mogućnosti zloupotrebe mogle bi se otkloniti adekvatnim zakonskim rješenjima i u BiH, što bi osim pravne sigurnosti imalo za efekt rasterećenje sudova i oslobađanje obaveze da sud u svakom konkretnom slučaju ispituje da li postoji zloupotreba procesnih prava, što je posebno zahtjevno jer ne postoji ni jasan zakonski okvir šta bi se smatralo zloupotrebom prava u izvršnom postupku. Zakonodavac ne može zamisliti sve moguće oblike zloupotreba koje se mogu javiti prilikom primjene propisa, pa je dostupnost pravnih instituta koji omogućavaju ex post facto uklanjanje zloupotreba u izvršnom postupku potrebna – ali kao suplement, a ne supstitut adekvatnom ex ante pravnom mehanizmu.

Ključne riječi: *izvršenje na nekretninama, zloupotreba procesnih prava, javno nadmetanje za prodaju nekretnina, treće ročište, zaštita izvršenika*

I. Uvod

Reforma izvršnog prava u Bosni i Hercegovini (u nastavku i kao: BiH), izvršena u entitetima 2003. godine donošenjem entitetskih zakona o izvršnom postupku (Zakon o izvršnom postupku Federacije BiH – dalje: ZIP FBiH[1], Zakon o izvršnom postupku Republike Srpske – dalje ZIP RS[2]), a u Brčko distriktu u dva navrata 2000. i 2013. godine (Zakon o izvršnom postupku BDBiH – dalje ZIP BDBiH[3]), za prvenstveni cilj imala je povećanje efikasnosti izvršnog postupka (više o tome Povlakić, 2002, str. 83–84). Veliki broj nerije-

[1] Zakon o izvršnom postupku Federacije BiH, Službene novine FBiH, br. 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09, 35/12 i 46/16.

[2] Zakon o izvršnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13, 98/14, 66/18.

[3] Prvi Zakon o izvršnom postupku je u Brčko distriktu BiH bio donesen 2000. godine (Službeni glasnik BDBiH, br. 8/00,1/01, 5/02, 8/03, 19/07, 2/08). Nakon što je više puta mijenjan, donesen je novi Zakon o izvršnom postupku BDBiH 2013. godine (Službeni glasnik BDBiH, br. 39/2013 i 47/2017. U ovom se radu referira na ovaj novi zakon.

šenih izvršnih predmeta, na što se stalno ukazuje, govori da se to nije desilo. O tome svjedoči i veliki broj apelacija pred Ustavnim sudom BiH u kojima se utvrđuje povreda prava na pravično suđenje zbog neprovođenja izvršnog postupka u razumnom roku.[4]

Ova je reforma donijela značajne novine u pogledu izvršenja na nekretninama, a posebno u pogledu provođenja javne prodaje nekretnine, prodajne cijene u javnom nadmetanju i organiziranja ročišta. Autori rada su na osnovu praćenja sudske prakse u istraživanju pošli od hipoteze da neka od novih rješenja, koja imaju za predmet izvršenje na nekretninama, ne samo da nisu pogodovala efikasnosti izvršnog postupka, već su, omogućivši određene zloupotrebe u postupku javnog nadmetanja, imala suprotan efekat i dovela do toga da se iznevjeri osnovna svrha izvršnog postupka, a to je namirenje povjerilaca (Dika, 2007, str. 8).[5] U nizu slučajeva pokazalo se da je moguće zloupotrijebiti postupak nadmetanja davanjem nerealno visokih fiktivnih ponuda, nakon čega takvi ponuđači (u pravilu najmanje njih tri, jer zakoni o izvršnom postupku propisuju da sud uzima u obzir samo tri najbolja ponuđača) ne bi uplatili cijenu, što je imalo za posljedicu obustavljanje izvršnog postupka na određenoj nekretnini. Pri tome, nepostojanje adekvatne sankcije za fiktivne ponuđače, barem kada je u pitanju izvršno pravo u entitetima, direktno potiče učestvovanje u postupku javnog nadmetanja bez stvarne namjere stjecanja nekretnine koja je predmet izvršenja. Navedene zloupotrebe vode neuspjehu određenog ročišta, zakazivanju sljedećeg na kojem se nekretnina može prodati za nižu cijenu, pa tako i trećeg ročišta na kojem se (u Federaciji BiH) nekretnina može prodati bez ograničenja cijene. Upravo bi moguća prodaja nekretnine na trećem ročištu za nerealno nisku cijenu omogućavala dalje zloupotrebe procesnih prava, ali i osujećenje svrhe izvršnog postupka.

U ovom radu istražuje se mogućnost zloupotreba procesnih prava u vezi s prodajom nekretnine na trećem ročištu i kupovinom nekretnine od strane tražioca izvršenja ispod utvrđene vrijednosti. Drugi vidovi zloupotrebe u vezi s javnim nadmetanjem nisu predmet ovog rada, ali neovisno o tome koja moguća ili već realizirana zloupotreba prava u izvršnom postupku bila istraživana, neminovno je suočiti se s problemom da ne postoji zakonska definicija zloupotrebe prava u izvršnom postupku niti u građanskom postupku uopće, a ni doktrina se ne fokusira na zloupotrebu prava u izvršnom

[4] Vidi, *inter alia*, odluke Ustavnog suda BiH, AP-2734/15 od 14. 10. 2015; AP-423/15 od 14. 10. 2015; AP-4007/18 od 12. 3. 2019, AP-444/20 od 5. 5. 2021.

[5] U više judikata je Ustavni sud BiH namirenje povjerilaca smatrao javnim interesom. Primjera radi predmeti AP-3381/14 od 23. 1. 2015. (tač. 40), AP-1086/04 od 2. 12. 2005. (tač. 43. i 44).

postupku. Stoga će se u drugom dijelu rada ukazati na rješenja vezana za prodaju nekretnine ispod procijenjene vrijednosti u BiH (II.1) i izabranim zemljama regiona (II.2), a zatim ukratko ispitati šta predstavlja zloupotreba procesnih prava u izvršnom postupku (v. II.3).

Odredbe o trećem ročištu treba dovesti u kontekst odredaba o načinu vođenja nadmetanja, obavezi suda da uzme u obzir samo tri najpovoljnije ponude, o nedostatku sankcije za fiktivno učestvovanje u nadmetanju. Sve to omogućava određene zloupotrebe manipuliranjem javnim nadmetanjem, davanjem nerealnih i fiktivnih ponuda. O ovim zloupotrebama autori ovog rada već su pisali, a ovaj rad je nastavak navedenih istraživanja.[6] Zloupotrebe odredaba o javnom nadmetanju mogu veoma lako dovesti do željenog cilja – da se određena nekretnina prodaje na trećem ročištu, gdje ne postoji ograničenje cijene.

Cilj je ovog rada ispitati potencijal odredbe člana 89/5. ZIP FBiH o prodaji nekretnine na trećem ročištu bez ograničenja cijene da generira zloupotrebu procesnih prava. Predmetom istraživanja neće biti samo prodaja u bescjenje na trećem ročištu, već svaka prodaja ispod procijenjene vrijednosti nekretnine i za cijenu koja je daleko niža od potraživanja koja se ostvaruju u izvršnom postupku. Poseban će fokus biti stavljen na kupovinu nekretnine za nisku cijenu od strane tražioca izvršenja. Ispitat će se kakav efekt takva prodaja ima po namirenje povjerilaca i time na ispunjenje osnovne svrhe izvršnog postupka (v. III), pri čemu prodaja nekretnine za cijenu koja je daleko ispod njene vrijednosti može biti zloupotrijebljena kako od tražioca izvršenja koji kupuje nekretninu, tako i od izvršenika.

II. Pravni okvir

II.1. Treće ročište za prodaju nekretnine u BiH

Jedna od novina koju je donijela reforma izvršnog prava u entitetima Bosne i Hercegovine bila je uvođenje trećeg ročišta za prodaju nekretnina, koje sud zakazuje po službenoj dužnosti i na kojem se nekretnina može prodati bez ograničenja cijene (član 89/5 ZIP FBiH/ZIP RS). Ujedno je ovo bilo i jedno od najspornijih rješenja entitetskih zakona o izvršnom postupku (detaljnije:

[6] O drugim zloupotrebama postupka javnog nadmetanja autori ovog rada su već pisali. Vidjeti: Povlakić, M., Herenda, T. & Muftić, N. "Mogućnost zloupotrebe prava u postupku javnog nadmetanja za prodaju nekretnina u izvršnom postupku u pravu BiH", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 71, no. 3–4, 2021, str. 301–346.

Povlakić, 2017b, str. 39–60; Povlakić, 2016, str. 24–25). Od momenta donošenja entitetskih zakona o izvršnom postupku ova je odredba bila kritizirana (Povlakić, 2009a, str. 259–262), a u praksi je izazvala značajne probleme, pa su je sudovi različito tumačili i primjenjivali. Ova je odredba bila višekratno predmet odlučivanja Ustavnog suda BiH, i to kako u apstraktnoj tako i u apelacijskoj nadležnosti (v. III.3),[7] a bila je i povod i za iniciranje odlučivanja Vrhovnog suda FBiH o spornom pravnom pitanju (v. III.2). Pri tome je rješenje veoma jednostavno – odredbu treba brisati. U Republici Srpskoj su obavezno zakazivanje trećeg ročišta, kao i mogućnost prodaje na ovom ročištu bez ograničenja cijene, ukinuti 2012. godine.[8] Novi ZIP BDBiH također ne predviđa ovu mogućnost, tako da je u BiH samo u Federaciji BiH moguća prodaja na trećem ročištu bez ikakvog ograničenja cijene.

U Prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku Federacije BiH iz 2012. bilo je predviđeno brisanje ove odredbe. Ove izmjene i dopune nikada nisu stupile na snagu. ZIP FBiH[9] izmijenjen je 2016. godine i citirana odredba je dopunjena, te je propisano da na trećem ročištu nekretnina može biti prodata bez ograničenja najniže cijene u odnosu na utvrđenu vrijednost isključivo uz prethodno pribavljenu saglasnost Porezne uprave FBiH (dalje: PU FBiH). Bilo je propisano da je PU FBiH, ako uskrati saglasnost za predloženu cijenu nižu u odnosu na utvrđenu vrijednost, dužna sudu predložiti realnu vrijednost za koju nekretnina može biti prodata na ovom ročištu u roku 15 dana od dana prijema zahtjeva za davanje saglasnosti na prodajnu cijenu. U literaturi je ovo rješenje bilo kritizirano (Povlakić, 2016, str. 24).

Odredbu koja je predviđala uključivanje PU FBiH, Ustavni sud BiH je proglasio neustavnom.[10] Ovu odluku Parlament FBiH nije bio implementirao

---

[7] Primjera radi: U-3/16. od 1. 12. 2016, Službeni glasnik BiH 1/2017, te AP-4380/13 od 22. 12. 2016; AP-2877/18 od 26. 3. 2020; AP-1629/17 od 8. 5. 2019; AP-4275/17 od 31. 1. 2018; AP-3602/14 od 19. 4. 2017. Sve navedene odluke dostupne su na web-stranici Ustavnog suda http://www.ccbh.ba/odluke/#.

[8] Službeni glasnik Republike Srpske, br. 57/12. Kada je u pitanju ZIP RS istražuje se period prije nego je mogućnost prodaje nekretnine bez ograničenja cijene bila ukinuta. Dužina trajanja izvršnih postupaka ukazuje na to da je još uvijek moguće primijeniti odredbe o trećem ročištu, jer je moguće da se postupci vode prema ranijem zakonskom tekstu koji je bio na snazi u vrijeme kada je konkretni postupak izvršenja započeo.

[9] Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku FBiH (Službene novine FBiH, br. 46/16).

[10] U-20/16 od 30. 3. 2017. Odluka je objavljena 16. maja 2017. u Službenom glasniku BiH br. 35/17. Kao razlog neusklađenosti sa Ustavom BiH, Ustavni sud je naveo da iz osporene odredbe proizlazi da odluku o realnoj vrijednosti za koju nekretnina može biti prodana na trećem ročištu ne donosi sud, nego organ iz-

u predviđenom roku. Na sjednici održanoj 31. 5. 2018. Ustavni sud BiH je utvrdio tu činjenicu i donio rješenje da odredba o involviranju PU FBiH prestaje važiti od dana objavljivanja rješenja.[11] Budući da je brisan samo novelirani dio odredbe koji uključuje PU FBiH u izvršni postupak, svi problemi s primjenom člana 89/5 ZIP FBiH i dalje postoje u Federaciji BiH.[12]

II.2 Kratak osvrt na rješenja u uporednom pravu u pogledu trećeg ročišta za prodaju nekretnine

Općenito, mogućnost prodaje nekretnine bez ograničenja cijene nije rješenje široko zastupljeno u uporednom pravu. Prodaja bez ograničenja vrijednosti moguća je, osim u Federaciji BiH, u Francuskoj, Belgiji, Holandiji i Danskoj (Stöcker & Stürner, 2012, str. 88). U zemljama regiona, koje su također predviđale mogućnost prodaje nekretnine na trećem ročištu bez ograničenja cijene, ova je mogućnost u međuvremenu ukinuta. U regionu su prisutne razlike upravo u vezi s rješenjem da li je obavezno ili uopće moguće treće ročište, kao i oko visine cijene za koju se nekretnina može prodati na trećem ročištu.

Prvi Ovršni zakon Republike Hrvatske iz 1996. godine[13] predviđao je da se na prvom ročištu nekretnina ne može prodati ispod četiri petine vrijednosti, a na drugom ispod jedne polovine; treće ročište nije bilo predviđeno (član 97). Izmjenama Ovršnog zakona iz 1999.[14] bilo je predviđeno rješenje kakvo sada postoji u Federaciji BiH. Međutim, mogućnost prodaje na trećem ročištu bez ograničenja cijene brisana je u Republici Hrvatskoj još 2003. godine.[15] Ovaj Ovršni zakon je višekratno mijenjan od njegovog donošenja, ali nisu se sve izmjene odnosile na ovdje obrađivano pitanje.[16]

---

vršne vlasti. Pri tome, prema stajalištu Ustavnog suda BiH, sudska nezavisnost podrazumijeva slobodu individualnog suca od neumjesnog utjecaja kako aktera izvan pravosudnog sustava tako i onih u njemu.

[11] Službeni glasnik BiH, br. 42/18.

[12] Neimplementiranje ove odluke Ustavnog suda BiH suočava sudove s problemima u primjeni. Vidjeti npr. AP-1629/17 od 8. 5. 2019. i AP-2055/20 od 7. 2. 2020.

[13] Narodne novine Republike Hrvatske 57/1996.

[14] Narodne novine Republike Hrvatske 29/1999.

[15] Zakon o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona Republike Hrvatske, Narodne novine Republike Hrvatske 173/2003.

[16] Potpunosti radi, izmjene i dopune Ovršnog zakona iz 1996. objavljivane su u Narodnim novinama Republike Hrvatske br. 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 67/05.

Ovršni zakon iz 2010. godine[17] bio je predvidio dva ročišta, pri čemu se na prvom nekretnina nije mogla prodati ispod dvije trećine procijenjene vrijednosti, a na drugom ispod jedne trećine (član 148). Ovaj je zakon izmijenjen već 2011.[18] i opet je uslijedila intervencija u pogledu rješenja o ročištima za javnu prodaju nekretnine i prodajnoj cijeni (Aras Kramar, 2017, str. 17); ponovo je uvedeno treće ročište, ali se nekretnina na drugom i trećem ročištu nije mogla prodati ispod jedne polovine utvrđene vrijednosti (član 4. Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona). U Ovršnom zakonu iz 2012. godine[19] cenzus za prodaju nekretnine na prvom ročištu bio je određen na dvije trećine procijenjene vrijednosti, na drugom na jednu polovinu, a treće ročište nije bilo predviđeno (član 102). Izmjene i dopune Ovršnog zakona iz 2014.[20] godine ponovo interveniraju u prodajnu cijenu koja na prvom ročištu ne može biti ispod četiri petine, a na drugom ispod tri petine.

U vrijeme dok je u Republici Hrvatskoj bila predviđena mogućnost prodaje na trećem ročištu bez ograničenja cijene, Ustavni sud je višekratno odlučivao povodom ustavnih tužbi oštećenih izvršenika, budući da su redovni sudovi primjenjivali odredbu tada važećeg člana 97. stav 4. Ovršnog zakona i dozvoljavali su prodaju na trećem ročištu bez ograničenja cijene, pa i za samo jednu kunu, zauzevši stav da kod kupovne cijene za jednu kunu ne postoji suprotnost s članom 3. Zakona o parničnom postupku Republike Hrvatske koji zabranjuje raspolaganja stranaka protivna prinudnim propisima i moralu, jer se u ovom slučaju ne radi o raspolaganjima stranaka već o primjeni zakonske norme. Ustavni sud je zauzeo suprotno stajalište, primjera radi u slučaju U-III/1297/2006, u situaciji kada je utvrđena vrijednost nekretnine 410.000 kuna, Sud je smatrao da prodaja za 10.000 kuna ne udovoljava načelu razmjernosti, kao ni svrsi ni cilju izvršnog postupka.[21] Također i u slučaju U-III/488/2001,[22] gdje je na trećem ročištu nekretnina prodata za jednu kunu, pri čemu je bila procijenjena na ca. 60.000 kuna, a dugovana tražbina iznosila je ca. 19.000 kuna.

---

17 Narodne novine Republike Hrvatske 139/10.

18 Narodne novine Republike Hrvatske 125/2011.

19 Narodne novine Republike Hrvatske 112/2012.

20 Narodne novine Republike Hrvatske 93/14. Ovaj je zakon docnije mijenjan, ali nije intervenirano u odredbe o broju ročišta i prodajnoj cijeni (Narodne novine br. 73/17, 131/20).

21 Vidjeti: https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/fOdluka.xsp?action=openDocument&documentId=C12570D30061CE53C1257575003904B9. Pristup 10. 8. 2021.

22 Vidjeti: https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/fOdluka.xsp?action=openDocument&documentId=C1256A25004A262AC1256E23003B4A93 Pristupljeno 10. 8. 2021.

U Srbiji je Zakonom o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine[23] bila predviđena mogućnost prodaje nekretnine na trećem ročištu bez ograničenja cijene. Rješenje je bilo kritizirano u doktrini, a sudovi su izbjegavali rigidnu primjenu kako bi izbjegli povredu prava izvršenika i neostvarivanje svrhe izvršnog postupka (Radovanović, 2014, str. 163). Pri tome su se sudovi pozivali na razloge pravičnosti, principe građanskog prava i ljudska prava. Ne smije se gubiti iz vida da je u Republici Srbiji prodaja bez ograničenja cijene bila moguća tek ako ne uspiju dva ročišta, pa se namirenje vršilo neposrednom pogodbom. U tom slučaju je zaključivan ugovor, pa su se sudovi pozivali na zabranu zelenaških ugovora, povredu načela jednakih prestacija i sl. (Radovanović, 2014, str. 171). Zakon o izvršenju i obezbeđenju Republike Srbije iz 2015.[24] određuje da je na prvom ročištu za javno nadmetanje početna cijena 70%, a na drugom 50% procijenjene vrijednosti nekretnine (član 178). Nije predviđena mogućnost prodaje bez ograničenja cijene niti treće ročište. Ipak, ako izvršni povjerilac izabere namirenje neposrednom pogodbom, ne postoje odredbe o najnižoj cijeni, s tim da se povjerilac smatra namirenim preuzimanjem nekretnine. Jedino ako je potraživanje manje od 30% procijenjene vrijednosti nekretnine, smatra se namirenim u iznosu od 30% od procijenjene vrijednosti nekretnine (član 189/4).

U Crnoj Gori Zakon o izvršenju i obezbjeđenju[25] predviđa da se na prvom javnom nadmetanju za prodaju nekretnina ne može prodati ispod utvrđene vrijednosti, a na drugom ispod 50% vrijednosti. Predviđeno je obavezno zakazivanje trećeg ročišta na kojem je moguća prodaja ispod 50% utvrđene vrijednosti, ali ne ispod visine potraživanja izvršnog povjerioca. Ipak, na trećem ročištu je moguća prodaja bez ikakvog ograničenja cijene, ako je procijenjena vrijednost manja od visine potraživanja, i ako su saglasnost dali izvršni i založni povjerioci (član 173).

Sumarni pregled rješenja u Crnoj Gori, Hrvatskoj i Srbiji ipak dopušta određene zaključke. Sve tri su se zemlje okušale i s rješenjem o obaveznom trećem ročištu i mogućnosti prodaje nekretnine bez ograničenja cijene, ali su i napustile takva rješenja. U Srbiji još uvijek postoji mogućnost da se nekretnina može prodati bez ograničenja cijene ako se prodaje neposrednom pogodbom. Međutim, za ovakav slučaj predviđena su zaštitna rješenja u smislu da preuzimanje nekretnine znači namirenje povjerioca. Osim toga, zakonodavac je vodio računa i o odnosu vrijednosti nekretnine i dugovane

[23] Službeni glasnik Republike Srbije, br. 31/11, 99/11, 109/13.
[24] Službeni glasnik Republike Srbije, br. 106/15, 106/16 – autentično tumačenje i 113/17 – autentično tumačenje, 54/19.
[25] Zakon o izvršenju i obezbjeđenju Crne Gore, Službeni list Crne Gore, br. 36/11, 28/14, 20/15, 22/17, 76/17 – Odluka Ustavnog suda, 25/19.

tražbine (iako navedeno rješenje nije adekvatno da ostvari zaštitu izvršenika). U Crnoj Gori je zadržano rješenje o obaveznom zakazivanju trećeg ročišta, ali je prodaja bez ograničenja cijene vezana za određene uslove koji ipak nešto više štite povjerioce i izvršenika.[26] Hrvatska nema više niti rješenje o zakazivanju trećeg ročišta niti o mogućnosti prodaje bez ograničenja cijene, ali to je rezultat jedne duge geneze. Najčešće izmjene ili oscilacije su zamjetne u pravu Republike Hrvatske[27], pri čemu se ove česte izmjene, a vraćanja na ranije napuštena rješenja, u doktrini karakteriziraju kao načelo "pokušaja i pogrešaka" (Aras Kramar, 2017, str. 32).

Česte promjene propisa o izvršenju u zemljama regiona kao i izmjene upravo odredaba o prodaji nekretnine, broju ročišta i minimalnoj cijeni, ukazuju na to da se radi o veoma osjetljivom pitanju i da i zemlje regiona tragaju za optimalnim balansom između zaštite interesa povjerilaca i izvršenika. Pozitivno zakonodavstvo Republike Srpske i Brčko distrikta BiH također je odustalo od rješenja čija primjena može voditi ozbiljnom oštećenju interesa izvršenika, povjerilaca i kompromitiranju izvršnog postupka. Nasuprot tome, u Federaciji BiH i dalje je na snazi rješenje na čije je brojne manjkavosti ukazivala doktrina i s kojim se opterećuju kapaciteti pravosuđa. Osim toga, ne čini se da sudovi pokušavaju konsekventno spriječiti zloupotrebe procesnih prava koje su moguće na bazi manjkavih zakonskih rješenja.

II.3 Zabrana zloupotreba prava u izvršnom postupku

Doktrina građanskog prava izučava institut zabrane zloupotrebe prava kao opći institut u općem dijelu građanskog prava; ovo bi načelo trebalo važiti jedinstveno za sva subjektivna građanska prava. U pravnim porecima koji imaju kodificiran opći dio građanskog prava, institut zabrane zloupotrebe prava reguliran je kao opći institut, na jednom mjestu jedinstven za sve oblasti građanskog prava.[28] Budući da na teritoriji BiH ne postoji građanski zakonik, a da su određena pitanja koja spadaju u opći dio građanskog prava

[26] Primjera radi u slučaju U-III/488/2001. Vidjeti: https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/fOdluka.xsp?action=openDocument&documentId=-C1256A25004A262AC1256E23003B4A93 (Pristupljeno 10. 8. 2021).

[27] Detaljnije o evoluciji ovih rješenja kod Aras Kramar, 2017, str. 13–21.

[28] Tako Njemački građanski zakonik propisuje u paragrafima 138. i 242. obavezu postupanja u skladu s dobrim običajima i načelom savjesnosti i poštenja. Navedena dva paragrafa smještena su u Knjigu prvu (Opći dio) ovog zakonika. Aktuelni tekst Građanskog zakonika u sadržaju objavljenom 2. januara 2002. (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), koji je posljednji put izmijenjen članom 1. Zakona od 10. augusta 2021. (BGBl. I S. 3515) dostupan je na: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf – Ein Service des Bundesministeriums der Justiz und für

regulirana u različitim zakonima (npr. u zakonima koji reguliraju porodično ili obligaciono pravo), tako je i institut zloupotrebe prava reguliran u posebnim zakonima za posebne oblasti prava.

Pojam zloupotrebe prava identičan je u obligacionom[29] i stvarnom pravu[30]. Pojam "zloupotreba prava" u općoj teoriji građanskog prava u pravilu se posmatra kroz dvije koncepcije, objektivističku i subjektivističku.[31] Objektivna koncepcija podrazumijeva vršenje prava suprotno njegovom cilju. Subjektivna koncepcija pretpostavlja korištenje prava protivno pravilima morala, kao što je namjera da se drugom prouzrokuje šteta. U materijalnom pravu u BiH, konkretnije u zakonima koji reguliraju obligacione i stvarnopravne odnose, prihvaćena je objektivna koncepcija zloupotrebe prava. Doktrina je stajališta da ova zabrana važi za sva subjektivna građanska prava (Više o zloupotrebi prava kod: Vodinelić, 2014, str. 305–318; Nikolić, 2011, str. 372–375; Kovačević, Kuštrimović & Lazić, 2008, str. 352–358).

Ipak, zabrana zloupotrebe procesnih prava u parničnom postupku, s važenjem i za druge sudske postupke, drugačije je definirana nego u materijalnom pravu. Prije svega, ovaj je institut propisan samo u zakonima koji reguliraju parnični postupak; stranke su dužne pred sudom govoriti istinu i savjesno se koristiti pravima koja su im priznata zakonima o parničnom po-

Verbraucherschutz sowie des Bundesamts für Justiz – www.gesetze-im-internet.de (Pregled 26. 8. 2021.)
Član 2. Građanskog zakonika Švicarske propisuje da svako prilikom vršenja svojih prava i obaveza mora postupati u skladu s načelom savjesnosti i poštenja, te da očita zloupotreba prava ne uživa zaštitu. Zakonik aktualiziran na dan 1. 1. 2021. dostupan je na: https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/20210101/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233_245_233-20210101-fr-pdf-a.pdf (Pristupljeno 20. 8. 2021).

29 Član 13. Zakona o obligacionim odnosima FBiH, Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, Službeni list RBiH 2/92, 13/93, 13/94; Službene novine FBiH, br. 29/2003 i 42/2011 i član 13. Zakona o obligacionim odnosima RS, Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, Službeni glasnik RS, br. 17/1993, 3/1996, 37/2001, 39/2003 i 74/2004 navode: "Zabranjeno je vršenje prava iz obligacionih odnosa protivno cilju zbog koga je ono zakonom ustanovljeno ili priznato."

30 Istovjetne odredbe sadržavaju i član 4. Zakona o stvarnim pravima FBiH, Službene novine FBiH, br. 66/13 i 100/13, član 4. Zakona o stvarnim pravima RS, Službeni glasnik RS, br. 124/28, 3/09, 58/09, 95/11, 60/15 i 18/26 i član 3. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima BDBiH, Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 11/01, 8/03, 40/04 i 19/07.

31 Doktrina za ove dvije koncepcije koristi i nazive institucionalna i individualna zloupotreba. Vidi: Vedriš & Klarić, 2000, str. 227.

stupku,[32] a sud je dužan onemogućiti svaku zloupotrebu prava koja strankama pripadaju u postupku[33]. Zabrana zloupotrebe prava nije propisana u zakonima koji reguliraju izvršni i vanparnični postupak (Omanović & Ruhotina, 2020, str. 487–516, 488–489). Ipak, institut zabrane zloupotrebe prava neupitan je i u ovim postupcima na temelju shodne primjene pravila parničnog postupka.[34] Doktrina procesnog prava koncentrira se u pravilu na zloupotrebe u parničnom, a ne u izvršnom postupku.[35] Zabrana zloupotrebe procesnih ovlaštenja u izvršnom postupku je pravno pitanje koje "nije izazvalo posebno interesovanje u stručnoj literaturi tako da je ostalo na marginama naučnog istraživanja i obrade" (Stanković, 2014, str. 5). Ovo pitanje je obrađeno u pravilu samo u udžbeničkoj literaturi, a i to vrlo marginalno,[36] dok su rijetki radovi posvećeni isključivo ovoj temi (Stanković, 2014; Omanović & Ruhotina, 2020). Stoga se na zloupotrebu prava u izvršnom postupku ima primijeniti ono što se odnosi na zloupotrebu procesnih prava općenito, što može predstavljati dodatni problem za izvršne sudove.

Zanemarivanje pitanja zloupotrebe prava specifično u izvršnom postupku nije karakteristično samo za BiH ili regiju. Primjera radi, ni u njemačkoj doktrini zloupotreba prava u izvršnom postupku nije posebno u fokusu. Njemačka komentatorska literatura, koja u pravilu vrlo minuciozno obrađuje pojedine institute, zloupotrebi procesnih ovlaštenja u izvršnom postupku nije posvetila posebnu pažnju. U nekim komentarima od preko hiljadu stranica, samo su po jedan ili dva pasusa posvećena općenito pitanju zlou-

[32] Član 9. Zakona o parničnom postupku FBiH – dalje ZPP FBiH, Službene novine Federacije BiH, br. 53/03, 73/05, 19/06, 98/15; član 9. Zakona o parničnom postupku RS – dalje ZPP RS, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 58/2003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 105/2008 – odluka US, 45/2009 – odluka US, 49/2009 i 61/2013; član 9. Zakona o parničnom postupku BDBiH – dalje ZPP BDBiH, Službeni glasnik BDBiH 28/2018.

[33] Član 10/2 ZPP FBiH, član 10/2 ZPP RS, 10/2 član ZPP BDBiH.

[34] Član 21. ZIP FBiH/ZIP RS, član 23. ZIP BDBiH. Prema stajalištu Ustavnog suda BiH izraženom u odluci AP 1154/14 od 11. 1. 2017. sud se u izvršnom postupku ima pravo pozvati na načelo zabrane zloupotrebe prava na temelju supsidijarne primjene zakona o parničnom postupku, koji obavezuju sud da onemogući svaku zloupotrebu prava koja strankama pripadaju u postupku.

[35] Tako npr. Čalija & Omanović (2000, str. 70 i dalje). Također, Mulabdić (2010, str. 76. i dalje); Triva, Belajec & Dika (1980, str. 38). U ovom djelu, koje inače predstavlja minucioznu analizu izvršnog prava, zloupotrebama u izvršnom postupku posvećene su samo dvije-tri rečenice i upućeno na odgovarajuću primjenu pravila parničnog postupka na izvršni.

[36] Triva & Dika, 2004, str. 201; Janevski & Zoroska Kamilovska, 2012, str. 118. i dalje; Stanković, 2004, str. 243; Stanković & Račić, 2010, str. 213. Nešto opširnije kod Račić, 2009, str. 23.

potrebe prava u građanskom postupku (Kern, 2020, Einleitung, str. 8, tač. 17–19) ili izvršnom postupku.[37] Nije drugačije ni u austrijskoj doktrini.[38]

Procesni zakoni ne definiraju zloupotrebu prava, već je samo zabranjuju, stoga o pojmu zloupotrebe procesnih prava ima različitih shvatanja, od kojih neka polaze od veoma širokog pojma zloupotrebe prava u sudskom postupku, dok nasuprot tome postoje i vrlo restriktivna shvatanja. Prema jednom (širokom) poimanju, svaka stranka koja ne nastupa pošteno i savjesno vrši zloupotrebu prava (Poznić & Rakić-Vodinelić, 1999, str. 143). Prema nekim autorima zloupotreba procesnih prava jeste svako antisocijalno ponašanje, koje ne odgovara ciljevima sudskog postupka kao posebne institucije (Čalija & Omanović, 2000, str. 70; Stanković, 2014, str. 6). Postoji i shvatanje prema kojem zloupotreba procesnih ovlaštenja pretpostavlja da je subjekt koji se koristi svojim ovlaštenjem svjestan protivpravnosti svog procesnog ponašanja, pa ga namjerno i pored toga preduzima.[39] Prema komentatorima entitetskih zakona o parničnom postupku, načelo zabrane zloupotrebe prava podrazumijeva obavezu suda da utvrdi i otkloni svaku procesnu radnju stranke koja je svjesno preduzeta radi šikaniranja suda i protivne strane (Kulenović *et alteri*, 2005, str. 22). Smatramo da je ovim data preuska definicija zloupotrebe prava. Njome je obuhvaćena samo šikana, dok je pojam zloupotrebe prava u pozitivnom materijalnom pravu, ali i općenito u modernoj doktrini, mnogo širi i obuhvata svako prekomjerno, beskorisno, nesrazmjerno, neprimjereno ili protivrječno vršenje prava (Vodinelić, 2014, str. 306, tač. 900).

Ima stajališta koja su kombinacija individualnog koncepta zloupotrebe prava, koji se bazira na namjeri nanošenja štete drugima, i institucionalnog (ponašanje suprotno dobrim običajima, načelu savjesnosti i poštenja) (Triva & Dika, 2004, str. 201). Iako je institucionalni pojam zabrane zloupotrebe prava prihvaćen u materijalnim propisima, kako je prethodno rečeno, ovdje bismo se priklonili stajalištu prema kojem se vremenom umnožio broj ponašanja koja se mogu smatrati zloupotrebom, te da je u našem pravu zloupotreba definirana kao ponašanje protivno cilju prava ustvari samo jedan od

[37] Tako su kod Zöller, 2012, § 767, RdNr. 12. navedeni samo pojedini primjeri iz prakse.

[38] Tako u djelu Rechberger & Oberhammer, 2002, načelo zloupotrebe prava nije niti spomenuto među načelima izvršnog postupka.

[39] Keča, 2012, str. 155. Ovaj koncept vidimo kritično: lice koji vrši zloupotrebu ne ponaša se primarno protivpravno, jer ono vrši svoje pravo, ali na način koji pravni poredak zabranjuje. Tako Kovačević Kuštrimović & Lazić, 2008, str. 352. Još je prikladnije stajalište da se ovakvom ponašanju uskraćuje pravna zaštita; pravna zaštita može biti uskraćena i nečemu što je dopušteno. Tako Vodinelić, 2014, str. 305, tač. 897.

mogućih vidova zloupotrebe.[40] Prema nekim autorima pouzdan indikator da se radi o zabrani zloupotrebe procesnih prava jest nedostatak opravdanog pravnog interesa za poduzimanje određene radnje ili za određeno postupanje (Stanković, 2014, str. 10). Uprkos različitim objašnjenjima zloupotrebe prava, doktrina procesnog prava u regiji[41], kao i opća teorija građanskog prava, izgradila je čitav niz tipiziranih ponašanja koja je moguće smatrati zloupotrebom prava (šikanozno ponašanje, vršenje prava bez opravdanog interesa, vršenje prava suprotno cilju zbog kojeg je ustanovljeno, nesavjesno vršenje prava, neprimjereno vršenje prava, protivrječno vršenje prava – *venire contra factum proprium*).[42] Ne bi se smio zanemariti ni vid zloupotrebe koji je usmjeren na odugovlačenje postupka. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) je zloupotrebu procesnih prava višekratno sankcionirao odlukama koje su se bavile povredom prava na pravično suđenje, u segmentu suđenja u razumnom roku, što je postalo poseban segment prava na pravično suđenje – pravo na suđenje u razumnom roku (detaljnije: Kamiloska-Zoroska, 2013, str. 448).

Sve bi navedeno sudovi morali imati u vidu kada odlučuju o tome da li neka stranka zloupotrebljava procesna ovlaštenja u izvršnom postupku, što je izuzetno zahtjevna zadaća za sudove.

III. Prodaja nekretnine na trećem ročištu bez propisivanja najniže cijene/prodaja nekretnine ispod procijenjene vrijednosti za namirenje nesrazmjerno manjeg potraživanja kao mogući izvor zloupotrebe prava i oštećenja prava učesnika u postupku

III.1 Uvod

Prodaja nekretnine na trećem ročištu bez propisivanja najniže cijene, kao i prodaja nekretnine ispod procijenjene vrijednosti, a za namirenje nesrazmjerno manjeg potraživanja, može nanijeti štetu izvršeniku, tražiocu izvršenja i drugim povjeriocima. Ova prodaja može uslijediti i iz razloga što neko

[40] Vodinelić, 2014, str. 306, tač. 901. Identificirani vidovi zloupotrebe prava su: šikanozno ponašanje, vršenje prava bez opravdanog interesa (beskorisno ponašanje), nesrazmjerno, neprimjereno, protivrječno, protivciljno, nepravično ponašanje.

[41] Iscrpan pregled stajališta o zloupotrebi prava u parničnom postupku na području bivše SFRJ vidjeti kod Rakočević, 2018, str. 771–789, 777. i dalje.

[42] Vidjeti kod Rakočević, 2018, str. 783–788. Tako i u njemačkoj doktrini Schilken, 2014, str. 68–69. Više o ustanovi *venire contra factum proprium* vidjeti kod Stojanović, 1978, br. 63–81.

od učesnika u postupku vrši zloupotrebu svojih procesnih prava. Tražilac izvršenja može za mali dug zahtijevati prodaju vrednije nekretnine, a onda inžinjeringom javnog nadmetanja utjecati da se takva nekretnina prodaje na trećem ročištu za malu cijenu te je kupiti za istu, pa se postavlja pitanje u kom je obimu namiren i je li došlo do neosnovanog bogaćenja? Međutim, on isto tako može biti "prisiljen" kupiti nekretninu kako ne bi došlo do obustave postupka, što za njega ne mora biti prednost. U oba slučaja postavlja se i pitanje kakav je položaj ostalih povjerilaca, koji kod ovakve kupovine koju ne prati polaganje cijene ostaju bez podloge za namirenje. Izvršenik, pak, za mali dug može biti lišen vrijedne nekretnine i ostati dužan ostalim vjerovnicima.

III.2 Kupovina na trećem ročištu bez propisivanja najniže cijene/ kupovina ispod procijenjene vrijednosti kao oštećenje izvršenika (i drugih povjerilaca)

Opće pravilo izvršnog prava u BiH jeste da je povjerilac namiren u visini prodajne cijene uz odbitak troškova postupka (član 97. u vezi sa članom 101. ZIP FBiH/ZIP RS, član 118. u vezi sa članom 122. ZIP BDBiH). Nema zakonske odredbe koja bi propisivala da se drugačije postupa kada nekretninu stječe povjerilac koji se namiruje u izvršnom postupku, osim, kako je rečeno, u Brčko distriktu. Otvara se i pitanje da li bi se radilo o zloupotrebi prava ako bi tražilac izvršenja pribavio nekretninu na trećem ročištu po minornoj cijeni, a i dalje potraživao ostatak duga? Ovakva situacija je moguća i na ranijim ročištima ako tražilac izvršenja stječe nekretninu za cijenu manju od procijenjene vrijednosti i manju od iznosa duga, a na trećem ročištu je to gotovo redovno tako. O ovim pitanjima je višekratno odlučivao Ustavni sud BiH (III.5).

Ako bi se tražilac izvršenja smatrao namirenim samo u visini postignute cijene, kako glasi odredba člana 97/1 ZIP FBiH/ZIP RS, iako je preuzeo nekretninu, a izvršenik i dalje ostao dužan ostatak duga, to bi nesumnjivo vodilo neosnovanom bogaćenju tražioca izvršenja. U kontekstu činjenice da efikasno namirenje povjerilaca u jednoj zemlji predstavlja opći interes, ali da moderni izvršni postupak mora zadovoljiti dva osnovna pravnopolitička zahtjeva – zaštititi tražioca izvršenja i izvršenika (Hess, 1998, str. 111–112), ali i treća lica koja se namiruju u postupku, ključno je pravilno odgovoriti na pitanja da li je povjerilac u prethodno opisanoj situaciji namiren, može li predložiti drugi predmet izvršenja za namirenje ostatka duga ili će sud obustaviti izvršni postupak, da li je obavezan razliku u vrijednosti nekretnine i

iznosa svoga potraživanja vratiti izvršeniku ili staviti na raspolaganje povjeriocima koji se po rangu namirenja namiruju iza njega?

Pitanje kakve posljedice po namirenje povjerioca ima činjenica da se kao kupac pojavljuje tražilac izvršenja koji je nekretninu kupio za iznos manji od njegovog potraživanja i manji od prvobitno procijenjene vrijednosti nekretnine nije uopće regulirano (entiteti) ili je samo dijelom regulirano (član 118/3 ZIP BDBiH). Stoga je nužno da zakonodavac propiše kakve su posljedice stjecanja nekretnine tražioca izvršenja u odnosu na prava svih učesnika postupka. Nije suvišan ovdje pogled na rješenja koja postoje u materijalnom pravu, koja bi se ukratko mogla odrediti kao dužnost da se višak iznad potraživanja koje se namiruje mora iskoristiti za namirenje drugih povjerilaca a ono što preostane vratiti izvršeniku.[43]

Za razliku od entitetskog prava, novi ZIP BDBiH regulirajući ko se ima namiriti iz postignute prodajne cijene, određuje da u slučaju da se u izvršnom postupku kao kupac pojavljuje tražilac izvršenja, smatra se da je njegovo potraživanje namireno u visini cijene za koju se nekretnina može prodati na prvom ročištu, a to je polovina utvrđene vrijednosti nekretnine (član 118/3). Međutim, i kod ovakvog rješenja može se desiti da tražilac izvršenja nije namiren (potraživanje premašuje vrijednost nekretnine) a da je izvršenik oštećen (lišen vrednije nekretnine, ostala dugovanja prema drugim povjeriocima), da su ostali povjerioci prikraćeni, budući da je tražilac izvršenja obavezan položiti prodajnu cijenu samo za dio kojim ona premašuje njegova potraživanja i to samo ako se namiruju i povjerioci koji od njega imaju bolji rang prvenstva (član 92/8 ZIPFBiH/ZIP RS, 113/8 ZIP BDBiH).

Pitanje je bilo i predmetom reguliranja u regionu. U pravu Republike Srbije nije propisano kako se namiruje tražilac izvršenja koji je nekretninu kupio u javnom nadmetanju. Ipak, regulirana je situacija kada se pod zakonom propisanim uvjetima izabere namirenje prijenosom vlasništva na nekretnini ili kad se nekretnina prodaje neposrednom pogodbom zbog neuspjelog javnog nadmetanja. Propust je zakonodavca da nije uredio ovo pitanje u kontekstu javnog nadmetanja, jer je i tamo moguća prodaja ispod procijenjene vrijednosti nekretnine. Kada je u pitanju stjecanje prijenosom vlasništva na nekretnini, zakonodavac je vodio računa i o interesima izvršenika i o interesima drugih povjerilaca, propisavši da je u ovom slučaju tražilac izvršenja koji stječe vlasništvo na nekretnini obavezan položiti novčani iznos potreban da se namire ostala lica koja imaju pravo na namirenje. Povjerilac se smatra namirenim u iznosu od 50% od procijenjene vrijednosti nekretni-

[43] Član 168/5 ZSP FBiH, član 168/5 ZSP RS. Više o tome Povlakić (2014). U Babić *et alteri*, str. 543–544; Medić, 2018, str. 304.

ne, umanjene za novčani iznos koji je položio za namirenje ostalih lica koja imaju pravo na namirenje. Ako mu i poslije tog umanjenja preostane više od njegovog potraživanja, razliku isplaćuje izvršnom dužniku (član 191. ZIO RS). U slučaju prodaje nekretnine neposrednom pogodbom, tražilac izvršenja se smatra namirenim u visini postignute cijene, ali ako je ona niža od 30% procijenjene vrijednosti nekretnine, smatra se namirenim u iznosu od 30% od procijenjene vrijednosti nekretnine (član 189/ 4 ZIO RS). Navedene odredbe u Srbiji u određenoj mjeri ublažavaju problem, ali je jasno da se radi o fingiranju namirenja tražioca izvršenja; pitanje je da li su interesi svih učesnika u postupku izbalansirani. Npr. posebno je sporno rješenje da se smatra namirenim u visini od 30% vrijednosti nekretnine, ako je njegovo potraživanje niže od toga. U tom slučaju se čini da povjerilac može dobiti više nego potražuje.

Upravo je pitanje stjecanja nekretnine u izvršnom postupku od strane povjerioca, kao i pitanje da li se pri tome radi o gašenju obaveze zamjenom ispunjenja (*datio in solutum*), u evropskim razmjerama živo diskutirano nekoliko posljednjih godina. Kao posljedica finansijske krize na tržištu nekih zemalja Evropske unije (posebno Španija i Portugal) pojavio se veliki broj nekretnina koje ne mogu naći kupca, što je vodilo padu njihove vrijednosti.[44] Problem biva još izraženiji kada je u pitanju nekretnina u kojoj određeno lice stanuje i ako ono ima svojstvo potrošača.[45] Često je u takvim slučajevima povjerilac i jedini kupac, te su se u situaciji kupovine za cijenu daleko ispod procijenjene postavila ista pitanja kao i u BiH u vezi s odredbom člana 89/5 ZIP FBiH/ZIP RS (Više o tome Povlakić, 2016, str. 25–26).[46]

---

[44] Cijena nekretnina je u Španiji u 2009. godini pala za 40%. Vidjeti Banco de Espana, Annual Report, 2011, Box. 6.1., str. 80.
Dostupno na: http://www.bde.es/bde/en/ (Pristupljeno 13. 5. 2013). O krizi na tržištu nekretnina u ovoj zemlji vidjeti i: http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadas/DocumentosOcasionales/12/Fich/do1201e.pdf, str. 13 i 19 (Pristupljeno 14. 11. 2016).

[45] U međuvremenu je evropski zakonodavac reagirao i donošenjem Direktive 2014/17/EU Evropskog parlamenta i Vijeća o ugovorima o potrošačkim kreditima koji se odnose na stambene nekretnine i koja mijenja Direktive 2008/48/EZ i 2013/36/EU i Uredbu Nr. 1093/2010 od 4. 2. 2014. (OJ EU L-60/35-80, 28. 2. 2014).

[46] O ovome je u prethodnom postupku odlučivao i Sud EU. Vidjeti ECJ objedinjeni slučajevi C-482/13, C-484/13,C-485/13 i C-487/13 od 21. 1. 2015.; ECJ C-514/11 od 14. 3. 2013. (*Aziz* v. *Catalunya Caixa*); ECJ C-618/10 od 14. 6. 2012. (*Banco Espanol del Credito* v. *Joaquin Calderon Camino*). O tome više Sergio Nasarre-Aznar, 2015, str. 140.

U mnogim pravnim sistemima u Evropi povjerilac se smatra namirenim samo u visini cijene postignute prodajom.[47] Međutim, ovo rješenje treba dovoditi u vezu s odredbom o najnižoj cijeni za koju se nekretnina može prodati, a kako je navedeno u mnogim zemljama nije dozvoljena prodaja bez ograničenja cijene. Primjera radi u njemačkom pravu je princip da tražilac izvršenja ili vjerovnik koji kupuje nekretninu ispod minimalne cijene (7/10 vrijednosti nekretnine) od toga ne može imati koristi. Fingira se da je njegovo potraživanje potpuno namireno (Rosenberg, 1997, § 67 II 3, str. 950).

III.3 Kupovina na trećem ročištu bez propisivanja najniže cijene/ kupovina ispod procijenjene vrijednosti kao osujećenje namirenja tražioca izvršenja i drugih povjerilaca

Prethodno je utvrđeno da postoji potencijal za zloupotrebu od strane tražioca izvršenja, koji može inžinjeringom javnog nadmetanja, sam ili u dosluhu s drugima, lako usmjeriti postupak ka trećem ročištu i kupiti nekretninu čija je vrijednost daleko iznad visine njegovog potraživanja. Ali potencijal za zloupotrebu ima i obrnuta situacija: izvršenik u dogovoru s trećim licima može lako postići, na šta ukazuju konkretni sudski sporovi (npr. AP 1154/14 od 11. 1. 2017), da se prva dva ročišta smatraju neuspjelim. Nije isključeno da nakon toga određeno ciljano treće lice kupi nekretninu za malu cijenu (što omogućava kasniji ponovni prijenos na izvršenika). Nakon toga sud donosi rješenje o dosudi i nalaže brisanje založnih prava na nekretnini. Kupovina nekretnine u izvršnom postupku u pravilu vodi brisanju založnih prava (član 74/2 ZIP FBiH/ZIP RS). Cijeli procesni inžinjering može upravo imati za cilj oslobađanje nekretnine od založnih prava i prisiljavanje povjerilaca da zahtijevaju izvršenja na drugim predmetima izvršenja, sa svim rizicima koje to nosi. Moguće je da u ovoj situaciji dužnik nema drugu nekretninu. Osim toga, i u slučaju da je dužnik vlasnik druge nekretnine, moguće je da je ta druga nekretnina već opterećena, što bi značilo da bi tražilac izvršenja imao slabiji rang od onog u prvobitnom postupku. Moguće je da na novom predmetu izvršenja tražilac izvršenja nema založno pravo, pa bi bio neosigurani povjerilac, sa svim rizicima takvog statusa, ili da nema izvršni naslov. Promjena predmeta izvršenja za tražioca izvršenja iz navedenih razloga u pravilu nije valjana alternativa.

[47] Tu se ubrajaju: Španija, Francuska, Švicarska, Holandija, Norveška, Švedska, Danska, Austrija, Češka, Slovačka, Mađarska, Slovenija, Hrvatska, Rusija, Ukrajina, Rumunija, Grčka i Turska. Od istraženih zemalja Njemačka, Poljska, Portugal i Belgija imale su drugačije rješenje. Vidjeti Tabelu V.21 kod Stöcker & Stürner, 2012, str. 91. U istraživanje je bila uključena i Srbija, ali je tada na snazi bio stari Zakon o izvršenju i obezbeđenju, pa se ne referira na rješenja u Srbiji.

Ova zloupotreba može imati i cilj da tražilac izvršenja bude prisiljen, u nedostatku drugih kupaca, kupiti nekretninu, koju nije izvorno imao namjeru steći, što za njega uopće ne mora biti prednost.[48] Primjera radi, izvršenik nema druge imovine, i tražilac izvršenja se ne može na drugi način namiriti. Neke sudske odluke, međutim, zauzimaju stav da je založena nekretnina jedino sredstvo namirenja tražioca izvršenja koji je i založni povjerilac (npr. AP-3602/14 od 19. 4. 2017), a u nekima je izražen stav da odbijanjem kupovine na trećem ročištu tražilac izvršenja vrši zloupotrebu prava (AP-3719/16 od 23. 10. 2018). O tome više docnije.

Prisilna kupovina od strane tražioca izvršenja može štetiti njegovim interesima. Osim toga drugi povjerioci i ovdje, kao i u slučaju kad tražilac izvršenja kupuje nekretninu i možda sam pri tome vrši zloupotrebu prava, mogu biti oštećeni. Ovo se posebno odnosi na povjerioce slabijeg ranga namirenja od tražioca izvršenja. Samo povjerioci boljeg ranga namirenja mogu istaći prigovor nedostatka pokrića (član 81 ZIP FBiH/ZIP RS, 102 ZIP BDBiH). Istina, taj prigovor je moguće istaći samo osam dana po dostavi zaključka o prodaji, koji se ne dostavlja putem lične dostave. Osim toga, u tom momentu nije moguće ni znati kako će se odvijati javno nadmetanje. Ipak, povjerioci prvenstvenog ranga namirenja u odnosu na tražioca izvršenja imaju još jednu šansu. Bez njihovog pristanka ne može se nekretnina na javnom nadmetanju prodati za cijenu koja ne pokriva ni djelimično iznos potraživanja tražioca izvršenja (član 89/1 ZIP FBiH/ZIP RS, 110/1 ZIP BDBiH). Povjerioci slabijeg ranga prvenstva nemaju nikakvu zaštitu.

I ova su se pitanja već postavila pred redovne sudove i Ustavni sud BiH.

[48] Članom 32. Odluke o upravljanju kreditnim rizikom i utvrđivanju očekivanih kreditnih gubitaka Federalne agencije za bankarstvo (Službene novine FBiH 44/19, 37/20) je propisan računovodstveni tretman materijalne imovine koju je banka primila kao potpunu ili djelimičnu otplatu potraživanja. Taj tretman zavisi od namjere nadležnih organa banke o daljem postupanju s tom imovinom. Ukoliko tu imovinu banka nema namjeru koristiti u vlastite svrhe, propisan je čitav set pravila o tretmanu nekretnine koja je stečena u postupku naplate. Treba vršiti redovno novo procjenjivanje, obavještavanje nadzornog odbora, provođenje aktivne politike prodaje itd. Navedeni set aktivnosti iziskuje dodatni trošak banke, a u slučaju da banka ne proda stečenu materijalnu imovinu u roku od tri godine od datuma početnog priznavanja iste u knjigama banke, dužna je njenu vrijednost svesti na 1 KM. Ovdje su samo ukratko navedene neke obaveze banke u vezi sa stečenom nekretninom, iz čega slijedi da ovaj sekundarni izvor naplate bankama ne donosi prekomjernu korist.

III.4 Prodaja na trećem ročištu u praksi redovnih sudova u BiH/FBiH

U nedostatku zakonske odredbe u kom je omjeru povjerilac koji stječe nekretninu namiren, sudovi su o ovom pitanju različito postupali.

U praksi određenih sudova se povjerilac koji je kupio nekretninu na trećem ročištu smatrao namirenim u visini svog potraživanja.[49] Neki su se sudovi u Federaciji BiH pozivali na načelo savjesnosti i poštenja i zabrane zloupotrebe (procesnih) prava i odbijali primjenu ove odredbe.[50] [51] Bilo je i sudova koji su logičkim tumačenjem, a u nedostatku bilo kakve bliže odrednice u zakonu, primijenili opće pravilo iz člana 97/2 ZIP FBiH/ZIP RS da se tražitelj izvršenja smatra namirenim samo u vrijednosti postignute cijene dok mu izvršenik i dalje duguje razliku novčanog potraživanja.[52]

Izostanak revizione nadležnosti odrazio se i na različito postupanje sudova u primjeni člana 89/5 ZIP FBiH odnosno člana 89/5 ZIP RS dok je ova zakonska odredba bila na snazi u ovom entitetu.[53] Izmjenama entitetskih zakona o parničnom postupku[54] omogućeno je vrhovnim sudovima entiteta uputiti zahtjev za odluku o spornom pravnom pitanju. Vrhovni sud FBiH (dalje:

---

[49] Ovakva je praksa Općinskog suda u Sarajevu (vidjeti npr. odluku 065-0-I-06-005290 od 8. 6. 2009) kao i Kantonalnog suda u Sarajevu (vidjeti npr. odluku 65 0 I 082445 10 Gž od 14. 2. 2012), također i Rješenje Kantonalnog suda u Sarajevu broj 009-0-Gž-06-001359 od 7. 2. 2008. godine. Isti stav su zauzeli Općinski i Kantonalni sud u Tuzli: 33 0 Ip 013942 09 Ip od 19. septembra 2012. i 33 0 Ip 013942 12 Pž 2 od 9. juna 2014.

[50] Umjesto mnogih, primjer Kantonalnog suda u Novom Travniku: Pž-2/05 od 23. 11. 2005. i 006-0-Pž-07-000 031 od 21. 3. 2007. (iz arhive Suda).

[51] Uprkos tome što odredba zaslužuje kritiku, radi se o obavezujućoj i izričitoj zakonskoj odredbi čiju primjenu (do izmjene zakona ili utvrđivanja njene neustavnosti) sudovi nisu mogli izbjegavati primijeniti pozivajući se na opće pravne principe kao što je npr. načelo savjesnosti i poštenja. Nije u domenu nadležnosti redovnih sudova da utvrde da li je određena odredba protivna ovom principu. Samo ustavni sudovi mogu utvrditi neusklađenost ovakve odredbe sa Ustavom u postupku apstraktne nadležnosti. O nužnosti ali i opasnostima suđenja prema pravičnosti i svrsishodnosti vidjeti više kod Osrečak, 2014, str. 54.

[52] Vidjeti stav Okružnog suda u Banja Luci u rješenju broj 011-0-Pž-07-000012 od 12. marta 2007. godine, u Mišić, V. (2011). Sudska praksa u izvršnom postupku, str. 136.

[53] Istu konstataciju za pravo Republike Srbije vidjeti kod Radovanović, 2014, str. 164.

[54] Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske 61/2013) dodati su članovi 61a–61 đ koji reguliraju postupak u vezi sa spornim pravnim pitanjem. Isto je bilo u Federaciji BiH i Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku (Službene novine Federacije BiH 98/2015), kojim su dodati članovi 61a–61f.

VS FBiH) se višekratno izjašnjavao o ovom pitanju povodom odlučivanja o spornom pitanju[55]

U jednom slučaju je VS FBiH odlučivao o pitanju pod kojim se uvjetima može zakazati naredno ročište. Odluka Vrhovnog suda Federacije BiH 28 0 I 052479 16 Spp od 7. 12. 2016. kojom je ovaj sud zauzeo stav po pitanju kada je jedno ročište neuspjelo te se može zakazati drugo. Ovaj stav VS FBiH je doprinio da se treće ročište može brže zakazati. U ovoj je odluci VS FBiH zauzeo stav da sud u toku cijelog postupka treba nastojati da se postigne najviša tržišna vrijednost i izbjegne veliki i nepotrebni pad vrijednosti, pa će prilikom donošenja zaključka o prodaji, a imajući u vidu visinu potraživanja koje se namiruje i utvrđenu vrijednost nekretnine, u svakom konkretnom slučaju cijeniti da li nekretnina može biti prodata za ponuđenu cijenu, pa ako to ne utvrdi, proglasit će prodaju neuspjelom. Ovakvo stajalište suda nesporno ukazuje na nelogičnost, opasnosti i rizike odredba člana 89/5 ZIP FBiH ali je, nažalost, *contra legem*. U ZIP FBiH nema niti jedne odredbe koja bi sudu dala ovu ovlast. Sud može proglasiti kupovinu i ročište neuspjelim samo ako nije postignuta propisana cijena. Ako zakon dozvoljava prodaju u bescjenje, što je ovdje kritizirano rješenje, onda treba mijenjati zakon, ali sud nema ovlasti cijeniti da li je prodaja za određenu cijenu dopuštena, osim ako utvrdi da je to posljedica zloupotrebe prava.[56]

[55] Vrhovni sud RS nije o ovome odlučivao, jer je izmjenom ZIP RS iz 2012. ukinuta mogućnost prodaje na trećem ročištu.

[56] Ipak, u ovom smislu je odlučivao i Evropski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP) u slučaju *Vaskrsić protiv Slovenije* (31371/12 od 25. 7. 2017). Ovom odlukom je posredno pred nacionalne sudove postavljen zadatak da u svojoj praksi korigiraju rigidna rješenja nacionalnog prava. U konkretnom slučaju je za dug za isporuku vode koji je iznosio ca. 500 € prodata kuća izvršenika čije je cijena utvrđena na 140.000 € na drugom ročištu za cijenu od 70.000 €. Izvršenik uopće nije učestvovao u postupku, bio je potpuno pasivan, nije ulagao pravne lijekove, nije mu bilo moguće lično uručiti pismena, ali je u pogledu dostave sud u svemu postupio kako odredbe Zakona o izvršbi in zavarovanju (dalje: ZIZ) zahtijevaju. Tek nakon što je doneseno rješenje o dosudi, izvršenik je istakao prigovor da nema finansijskih sredstava i da kuća predstavlja njegov dom, što sudovi u Sloveniji nisu prihvatili. ESLJP je usvojio ovu aplikaciju utvrdivši da miješanje u aplikantovu imovinu nije bilo proporcionalno legitimnom cilju namirenja vjerovnika. ESLJP je stajališta da iako je ZIZ dozvoljavao prodaju bez ograničenja cijene, i nije obavezivao sud da na vlastitu inicijativu traži manje agresivna sredstva izvršenja, da nadležni organi moraju brižljivo voditi računa da nađu alternativne načine izvršenja npr. pljenidbom njegovog računa kod banke, budući da je bio zaposlen (tač. 83 Odluke). ESLJP smatra da je sud trebao odložiti ili otkazati javnu prodaju (ni ovakva odredba nije postojala u nacionalnom pravu). Jedini cilj prodaje u izvršnom postupku je namirenje povjerioca, koji u konkretnom slučaju nije ostvaren, jer u konkretnom slučaju prodaja nekretnine nije bila neophodna mjera za ostvarenje tog cilja (tač. 79, 85 Odluke).

U praksi nekih sudova je istican argument da bi se stjecanje nekretnine u bescjenje moglo smatrati zloupotrebom prava i da bi bilo protivno načelu savjesnosti i poštenja. Međutim, opravdano se može postaviti pitanje, na osnovu čega bi sudovi mogli smatrati da je posrijedi zloupotreba prava? Sudovi bi mogli imati indiciju da se radi o zloupotrebi pravila o trećem ročištu, ako bi tražilac izvršenja izbjegavao učestvovati i dati ponudu na prva dva ročišta, a onda se pojaviti na trećem ročištu i kupiti nekretninu po minornoj cijeni. Ovdje ipak treba biti oprezan, jer tražilac izvršenja nije obavezan učestvovati na prva dva ročišta i može se uključiti na trećem ročištu ako uvidi da nema drugih kupaca. Međutim, on može, u dogovoru s trećim licima, koja bez stvarne namjere da kupe nekretninu, daju nerealno visoke ponude i time onemogućavaju nadmetanja stvarno zainteresiranih lica, a potom ne uplate cijenu, učiniti neuspješnim prva dva ročišta. Nakon toga tražilac izvršenja može kupiti nekretninu za cijenu koja je daleko ispod procijenjene vrijednosti nekretnine. Budući da će biti ekstremno teško utvrditi da se tražilac izvršenja iz navedenih razloga pojavio tek na trećem ročištu i kupio nekretninu, prioritetno bi trebalo djelovati preventivno, odnosno zakonodavac bi trebao propisati šta takva kupovina znači, što je u BiH, kako je prethodno rečeno, propušteno.

Nakon određenih odluka Ustavnog suda BiH koje će u nastavku biti izložene, VS FBiH ovo pitanje smatra riješenim. U odluci 20 0 Ip 010124 17 Spp od 10. 4. 2017, sporno pitanje je nastalo zbog različitih stavova općinskog i kantonalnog suda; općinski sud je smatrao tražioca izvršenja, koji je stekao nekretninu dvostruko vredniju od svoga potraživanja, namirenim, dok je kantonalni sud zauzeo suprotan stav. Vrhovni sud FBiH je zahtjev za odlučivanje o spornom pitanju odbio budući da se o ovim pravnim pitanjima Ustavni sud Bosne i Hercegovine izjasnio u svojim odlukama broj U 3/16 od 1. 12. 2016. i AP 4380/13 od 22. 12. 2016. godine. Ovo su ujedno bile odluke u kojima je Ustavni sud BiH zauzeo stav u pogledu kupovine nekretnine na trećem ročištu od strane tražioca izvršenja i njegovog namirenja (III.3).

III.5 Odluke Ustavnog suda BiH U-3/16 od 1. 12. 2016. i AP 4380/13 od 22. 12. 2016.

Ustavni sud BiH je u decembru 2016. godine donio dvije odluke za koje bi se moglo smatrati da su *leading cases* kada je u pitanju prodaja nekretnine i namirenje tražioca izvršenja, i to jednu u vršenju svoje apstraktne i jednu u vršenju apelacijske nadležnosti, i prema kojima se tražilac izvršenja koji je stekao nekretninu smatra namirenim. Ovo je bio stav koji su ranije bili zauzeli Općinski i Kantonalni sud u Sarajevu. I nakon ovih odluka čitav je

niz podnesenih apelacija o kojima o sličnim pitanjima odlučuje Ustavni sud BiH; mnoge od njih bivaju odbijene jer su *prima faciae* nedopuštene, odnosno ne pokreću ustavna pitanja kako to apelanti navode u svojim apelacijama. U pravilu je Ustavni sud vrlo restriktivan i konsekventan kada se radi o tome da se navodi apelacije "odnose na način na koji je u predmetnoj pravnoj stvari utvrđeno činjenično stanje i primijenjeni pozitivnopravni propisi. Ustavni sud, rješavajući brojne ovakve apelacije, konzistentno je ukazivao na praksu Evropskog i Ustavnog suda prema kojoj zadatak ovih sudova nije da preispituju zaključke redovnih sudova u pogledu činjeničnog stanja i primjene materijalnog prava (vidi, Evropski sud, Pronina protiv Rusije, odluka o dopustivosti od 30. juna 2005. godine, aplikacija broj 65167/01)."[57] Osim toga, Ustavni sud je i restriktivan kada je u pitanju povreda ustavnih prava u izvršnom postupku; Ustavni sud BiH dopušta apelacije samo ako se u izvršnom postupku odlučivalo o građanskim pravima apelanta. [58] Iz navedenog razloga se mali broj apelacija protiv odluka redovnih sudova donesenih u izvršnom postupku usvaja.

U slučaju U-13/16 Ustavni sud BiH je odlučivao o zahtjevu suca Osnovnog suda u Derventi koji je podnio zahtjev za ocjenu ustavnosti člana 97. stav 1. ZIP RS. Odluka Ustavnog suda BiH je relevantna za predmetni diskurs i u Federaciji BiH, budući da entitetski zakoni u ovom pogledu sadrže identičnu odredbu. Prema toj odredbi iz prodajne cijene se namiruju tražioci izvršenja na čiji se prijedlog izvršenje provodi, založni povjerioci, neovisno o tome jesu li učestvovali u izvršnom postupku, i lica koja imaju pravo na naknadu za lične služnosti. Podnosilac zahtjeva je isticao da striktnom primjenom zakona u slučaju da je cijena postignuta prodajom manja od potraživanja, sud mora donijeti rješenje o namirenju u kojem će se konstatirati da se iz prodajne cijene postignute prodajom nekretnine izvršenika djelimično namiruje tražitelj izvršenja u tom iznosu, a da se smatra da je nenamiren za preostali nenaplaćeni iznos. To, prema njegovom mišljenju, lišava izvršenika njegove imovine što nije proporcionalno legitimnom cilju – namirenju tražitelja izvršenja.[59] U konkretnom slučaju nekretnina je bila prodata na prvom ročištu za polovinu procijenjene cijene i kupac je bio založni povjerilac. Cijena za

[57] Kao primjer vidjeti Odluku Ustavnog suda BiH AP-1134/21 od 19. 5. 2021, tač. 11. Dostupno na: https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/AP-1134-21-1281042.pdf (Pristupljeno 23. 8. 2021).

[58] Odluka Ustavnog suda AP-1872/20 od 23. 6. 2020. Ustavni sud je bio dosljedan svom stavu izraženom u nizu ranijih odluka (npr. AP-1261/07 od 10. 1. 2008) da ako u predmetnom izvršnom postupku nije odlučivano o građanskim pravima apelanta, apelant ne može uživati zaštitu prava garantiranih Ustavom.

[59] U više je judikata Ustavni sud BiH namirenje povjerilaca smatrao javnim interesom. V. fusnotu 5.

koju je nekretnina prodata nije bila dovoljna da namiri založnog povjerioca u potpunosti. U datoj situaciji, tražilac izvršenja stječe nekretninu koja je prilikom zasnivanja založnog prava i pokretanja izvršnog postupka bila procijenjena na viši iznos nego što je iznos potraživanja koje se namiruje, pri čemu se, prema osporenoj odredbi, namiruje samo u visini ostvarene prodajne cijene. Podnosilac zahtjeva je smatrao da je potrebno razlučiti postupak namirenja tražitelja izvršenja u slučaju kada se treće lice javlja kao kupac od situacije kada se tražitelj izvršenja javlja kao kupac i kada "preuzima" nekretninu izvršenika pri čemu je postignuta cijena manja od procijenjene vrijednosti nekretnine i dugovane tražbine.[60]

Zahtjev polazi od stajališta da u situaciji da je treće lice kupilo nekretninu, uplatilo prodajnu cijenu, iznos prodajne cijene prenesen s računa sudskog depozita na račun lica koje se namiruje u izvršnom postupku, lice koje se namiruje u izvršnom postupku biva, u smislu sporne odredbe, namireno "iz prodajne cijene" i njegova imovina se povećava za tačno navedeni iznos. Kada tražitelj izvršenja kupuje nekretninu izvršenika, on u biti "preuzima" nekretninu za iznos koji predstavlja polovinu (ili trećinu) utvrđene vrijednosti. Prodajna cijena, prema podnosiocu zahtjeva, u tom slučaju ima sasvim drugi smisao i značaj od prvoga slučaja, kada se ona zaista uplaćuje. Kada tražitelj izvršenja kupuje nekretninu, on ne mora uplatiti cijenu, nego se njegovo potraživanje prebija s potraživanjem prodajne cijene (član 92/8 ZIP RS). Podnosilac zahtjeva ističe da se ni najekstenzivnijim tumačenjem sporne odredbe ne može smatrati da se tražitelj izvršenja u takvom slučaju namiruje "iz prodajne cijene", jer on ne dobiva u zamjenu nikakvu prodajnu cijenu, nego faktički stupa na mjesto vlasnika nekretnine koja je predmet izvršenja. Dakle, kako je naveo podnosilac zahtjeva, tražitelj izvršenja se *de facto* namiruje iz vrijednosti same nekretnine čiji je postao vlasnik, te se njegova imovina i povećava ne za iznos prodajne cijene, nego za stvarnu vrijednost nekretnine čiji je postao vlasnik.

Podnosilac zahtjeva nije imao u vidu treće ročište, ali se problem koji on uočava može pojaviti na svakom ročištu, a naročito na trećem ročištu. Problem na koji ukazuje podnosilac zahtjeva, ocrtava se još oštrije ako se nekretnina na trećem ročištu prodaje za znatno nižu cijenu i ako je za tu cijenu kupi tražilac izvršenja odnosno lice koje se namiruje redom prvenstva u izvršnom postupku.

[60] Zahtjev kao i Odluka Ustavnog suda BiH govore samo o tražiocu izvršenja. Isto bi moralo važiti i za založnog povjerioca koji se namiruje prvenstveno bez obzira na to da li je u konkretnom slučaju tražilac izvršenja.

U slučaju u kojem je Ustavni sud odlučio odlukom AP-4380/13 od 22. 12. 2016. radilo se o tome da je apelant 2002. zaključio ugovor o kreditu i sporazum o zasnivanju hipoteke za osiguranje kredita u visini 110.000 KM. Stranke su sporazumno odredile vrijednost nekretnine od 209.270,00 KM. Nakon perioda redovne otplate dužnik je došao u stanje docnje s otplatom kredita pri stanju duga od 72.000 KM, pa je povjerilac (banka) pokrenuo izvršni postupak. U tom je postupku vještak procijenio nekretninu na 195.000 KM. Nekretnina je prodata na trećem ročištu za 1.000 KM i kupio ju je tražilac izvršenja. Općinski sud je rješenjem o namirenju utvrdio da je povjerilac namiren u visini od 1.000 KM, a Kantonalni sud to potvrdio, pozvavši se pri tome na odredbu člana 168/5 ZSP FBiH, prema kojoj ako založni vjerovnik zahtijeva namirenje iz vrijednosti zaloga, ali ne uspije u cijelosti prodajom zaloga namiriti svoje potraživanje, dužnik mu ostaje dužan razliku koju će namiriti iz ostale imovine dužnika. Proda li se zalog za veći iznos od vjerovnikovog potraživanja, ostvareni višak pripada dužniku.

U navedenoj apelaciji apelant se pozivao na povredu prava na imovinu i povredu prava na pravično suđenje, istakavši pri tome da su redovni sudovi zanemarili činjenicu da je tražitelj izvršenja, kupivši založene nekretnine u apelantovom vlasništvu za iznos od samo 1.000,00 KM, za sebe stekao imovinu čija je vrijednost skoro tri puta premašila iznos njegovog potraživanja.[61] Ovdje je vidljivo kako je moguće zloupotrijebiti pravila o trećem ročištu, makar to i nije bila izvorna namjera povjerioca.

U prvom slučaju Ustavni sud BiH nije usvojio podneseni zahtjev za ocjenu ustavnosti, a apelaciju je u pogledu povrede prava na imovinu usvojio.[62] Ipak, u prvoj odluci je dao tumačenje osporenih odredaba ZIP RS (identične

[61] Ako je povjerilac banka, kupovina nekretnine u izvršnom postupku samo je zadnja opcija, koja bankama u konačnici ne donosi isključivo prednosti. Vidjeti fusnotu 48.

[62] Ustavni sud se u vezi s povredom prava na pravično suđenje ovdje držao svoje ustaljene prakse u vezi s povredom prava u izvršnom postupku. Sud konstatira da u ovom izvršnom postupku nisu utvrđivana apelantova nova građanska prava i obaveze jer su ona prethodno utvrđena zaključivanjem sporazuma o zasnivanju hipoteke na predmetnim nekretninama. Slijedom toga, Ustavni sud zaključuje da izvršni postupak koji je rezultirao osporenim rješenjima o namirenju ne uživa zaštitu i garancije iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije (tač. 22. i 23. Odluke). Također je Ustavni sud u Odluci broj U 21/02 od 26. marta 2004. godine (Službeni glasnik BiH broj 18/04) podržao praksu bivše Evropske komisije za ljudska prava u pogledu toga da odluke sudova koje se tiču izvršenja ne potpadaju pod član II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i član 6. stav 1. Evropske konvencije, izuzev u slučajevima ako se njima utvrđuju nova prava i obaveze koje se tiču podnosioca apelacije (tačka 40 navedene Odluke).

su odredbe ZIP FBiH), a tu je argumentaciju ponovio u odluci po apelaciji, smatrajući da se radi o sličnim činjeničnim i pravnim pitanjima. Odlučujući o zahtjevu za ocjenu ustavnosti, Ustavni sud BiH je utvrdio da ne postoje pravno valjani razlozi na temelju kojih bi se moglo zaključiti da sporna odredba člana 97. stav 1. ZIP-a RS nije u skladu sa članom II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju. Sud međutim smatra da sporna odredba ne sprečava redovne sudove da zaključe da se tražilac izvršenja ima smatrati u cijelosti namirenim u situaciji kada, nakon licitacije, postane vlasnik založene nekretnine čija je procijenjena vrijednost veća od visine njegovog potraživanja koje ima prema izvršeniku. Dalje, osporena odredba ne sprečava sudove da naprave razliku između situacije o kojoj tražitelj izvršenja kupuje nekretninu od one kada na licitaciji treće lice kupi nekretninu, jer se njemu isplaćuje novčani iznos ostvaren na licitaciji, te, ukoliko je taj iznos manji od njegovog potraživanja, sasvim je logično da se može nastaviti izvršni postupak prema izvršeniku, ali na novom predmetu izvršenja (tač. 31. Odluke U-3/16). Dalje, "(...) ukoliko povjerilac odluči da u izvršnom postupku postane vlasnikom založene nekretnine, čija je procijenjena vrijednost veća od njegovog potraživanja, nema nikakvog razloga da se smatra da njegovo potraživanje nije u cijelosti namireno. Naime, na ovaj način tražilac izvršenja nije namiren iz 'prodajne cijene' koja zaista jeste niža od njegovog potraživanja, već je namiren na način što se odlučio da postane vlasnikom nekretnine koja je bila založena radi osiguranja njegovog potraživanja, a čija je procijenjena vrijednost veća od njegovog potraživanja" (tač. 32. Odluke U-3/16). Sud se pozvao i na odredbu člana 139/1 ZSP FBiH prema kojoj založno pravo daje ovlaštenje svom nositelju da određeno potraživanje, ako mu ne bude ispunjeno nakon dospijeća, namiri iz vrijednosti založene stvari, te se prema mišljenju Ustavnog suda vjerovnik namiruje iz "vrijednosti stvari", a ne iz "prodajne cijene" (tač. 33. Odluke U-3/16). Da je treća osoba postala vlasnikom predmetne nekretnine, onda bi, prema stajalištu Ustavnog suda BiH, potraživanje tražitelja izvršenja bilo namireno za iznos za koji je treća osoba kupila predmetnu nekretninu. Ustavni sud BiH se pozvao na praksu Evropskog suda za ljudska prava koji je sudio u sličnim slučajevima (npr. *Ljaskaj protiv Hrvatske*[63] i *Vrzić protiv Hrvatske*[64]).

Navedeno stajalište sigurno reducira štetne posljedice odredbe člana 89/5 povezane s osporenom odredbom člana 97/1 ZIP FBiH/ZIP RS. Analizirane

[63] Sud se pozvao na sličan slučaj iz Republike Hrvatske o kome je odlučivao i ESLJP, sa sličnom argumentacijom (Odluka ESLJP *Ljaskaj protiv Hrvatske* od 20. 12. 2016).

[64] Evropski sud, *Vrzić protiv Hrvatske*, presuda od 12. jula 2016. godine, aplikacija broj 43777/13, tač. 94–96.

odluke riješile su pitanje na koje odgovor nije dao zakonodavac, naime, koje su posljedice kupovine nekretnine u izvršnom postupku od strane tražioca izvršenja i nema sumnje da će redovni sudovi ubuduće (morati) slijediti ovo stajalište Ustavnog suda BiH. Na ovaj je način Ustavni sud BiH zaštitio vlasnika nekretnine, spriječio neosnovano bogaćenje povjerioca te spriječio eventualnu zloupotrebu od strane tražioca izvršenja na štetu izvršenika. Pri tome se samom povjeriocu ne mora direktno nanijeti šteta zbog toga što se njegovo potraživanje gasi. U slučaju da se radi o povjeriocu osiguranom hipotekom, postoje pravila o vrijednosti koju mora imati nekretnina da bi bila kvalitetan kolateral za određenu visinu kredita.[65] Kredit se odobrava na osnovu određene kalkulacije kojoj je u osnovi procjena vrijednosti nekretnine. Ta vrijednost se u pravilu ne mijenja bitnije od zasnivanja založnog prava do izvršnog postupka, te i kod prodaje u izvršnom postupku u pravilu iznosi više od duga. Ipak, navedene odluke Ustavnog suda samo djelimično rješavaju jedan problem (neosnovano bogaćenje tražioca izvršenja), ali otvaraju čitav niz drugih problema i omogućavaju druge zloupotrebe (vidi III.6).

U slučajevima prodaje nekretnine ne trećem ročištu ili prodaje pokretnih stvari na drugom, a bez ograničenja cijene, Ustavni sud se u novijim apelacijama poziva na svoju odluku AP-1955/19 od 25. 6. 2019.[66] Navedena odluka nije donesena u vezi s prodajom na trećem ročištu, već u situaciji u kojoj je prvo ročište tek bilo zakazano, ali je postojao veliki nesrazmjer između potraživanja i vrijednosti nekretnine, tako da ova odluka jasno ukazuje na stav Ustavnog suda da ovaj nesrazmjer može značiti povredu prava na imovinu, pretjeran teret za izvršenika i neudovoljavanje principu proporcionalnosti. Pravosnažnom presudom Općinskog suda apelant je bio obavezan da tražiocu izvršenja na ime neplaćene RTV takse za određeni period isplati ukupan iznos od 64,90 KM sa zakonskom zateznom kamatom, kao i da mu naknadi troškove parničnog postupka (tač. 7. navedene odluke). Doneseno je rješenje o izvršenju na penziji dužnika, da bi se ispostavilo da on nije uživalac penzije, pa je tražilac izvršenja predložio izvršenje na pokretnim stvarima. Dva puta je bezuspješno pokušano izvršiti popis i pljenidbu pokretnih stvari apelanta, pa je tražilac izvršenja predložio izvršenje na apelantovoj nekretnini, što je sud i dopustio. Sud je donio zaključak o prodaji sedam apelantovih nekretnina, čija je vrijednost utvrđena u iznosu od 44.249,50 KM. Protiv ovog zaključka nije bio dopušten pravni lijek, a apelant je uložio apelaciju zbog povreda prava na imovinu i prava na pravično suđenje.

---

[65] Odluka o upravljanju kreditnim rizikom i utvrđivanju očekivanih kreditnih gubitaka Federalne agencije za bankarstvo propisuje šta znači kvalitetan kolateral.

[66] Vidjeti npr. stajalište suda koje se oslanja na AP-1955/19 u slučaju AP-3056/21 od 20. 10. 2021.

Apelant je naveo da su osporenim zaključkom za namirenje duga od 64,90 KM sve njegove nekretnine stavljene na prodaju, te da je za svaku pojedinačno utvrđena vrijednost koja je 681 put veća od izvršnog zahtjeva. Isticao je da bi navedenom prodajom ostao bez cjelokupne imovine.

Ustavni sud nije utvrdio povredu prava na pravično suđenje budući da u izvršnom postupku nisu bila utvrđivana nova građanska prava i obaveze apelanta (tač. 28. i 29), ali je utvrdio povredu prava na imovinu. Sud se pozvao na određene odluke ESLJP donesene u vrlo sličnim činjeničnim i pravnim okolnostima (npr. *Vaskrsić protiv Slovenije*). Ustavni sud BiH je konstatirao da u konkretnom slučaju postoji ista povreda prava na imovinu, da prodaja predmetnih nekretnina i lišavanje apelanta vlasništva nad tim nekretninama nameće pitanje proporcionalnosti cilja koji treba postići, odnosno uspostavljanja pravične ravnoteže između apelantovog prava i općeg javnog interesa i da sud nije vodio dovoljno računa o razumnom odnosu proporcionalnosti između sredstava koja se koriste, s jedne strane, i cilja koji se želi ostvariti, s druge strane (tač. 46), da je stanovište Općinskog suda previše formalno, posebno jer se radi o očiglednom nesrazmjeru (neproporcionalnosti) između vrijednosti apelantovih nekretnina i duga, da je Općinski sud u konkretnom slučaju propustio da, shodno svojim zakonskim ovlaštenjima, prethodno ocijeni mogućnost da predloženo izvršenje odredi samo na jednoj od sedam apelantovih nekretnina, što nalaže član 8/2. ZIP-a (tač. 47). Potpuno je ispravno stajalište Ustavnog suda BiH o tome da je redovni sud povrijedio pravo na imovinu zanemarivanjem odredbe člana 8/2 ZIP FBiH (također i člana 65. istog zakona). Na ovaj način je Ustavni sud BiH imao jasnu argumentaciju, ali se može postaviti pitanje šta bi bilo da su redovni sudovi pravilno primijenili zakon i dozvolili prodaju samo jedne nekretnine, koja je sama za sebe, nekoliko stotina puta vrednija nego potraživanje. Problem velike nerazmjernosti postojao bi i tada.

III.6 Problematične konsekvence analiziranih odluka Ustavnog suda BiH

Nekoliko je tačaka kritike u odnosu na navedenu praksu Ustavnog suda BiH.

Prvi je izvor kritike da zakonske odredbe ne pružaju osnov da se u pogledu namirenja različito tretira situacija kada nekretninu kupuje povjerilac i kada to čini neko treći. U uporednom zakonodavstvu odista postoje takva rješenja, ali ne i u pravu entiteta. Moglo bi se smatrati da je to posredno i stav Ustavnog suda izražen u odluci U-20/16, budući da Sud nije odredbu člana 97/1 ZIP RS/ZIP FBiH smatrao neustavnom, odnosno nije prihvatio

navode apelacije koji su ukazivali na to da je potrebno ove dvije situacije različito tretirati.

Drugo, izvršenik, čija se nekretnina proda za nesrazmjerno nisku cijenu povrijeđen je u svom pravu na imovinu i kad nekretninu stječe treće lice i kad je stječe tražilac izvršenja, jer bi prema općim pravilima izvršnog i stvarnog prava, dugovao u oba slučaja ostatak duga. Odluke Ustavnog suda štite stoga izvršenika samo ograničeno i to samo prema povjeriocu koji postaje vlasnik predmeta izvršenja – njegovi zahtjevi prema izvršeniku se gase. Nema zaštite kada treće lice stekne nekretninu za nesrazmjerno nisku cijenu.

Treće, iako je prestalo potraživanje tražioca izvršenja, izvršenik je i u ovoj situaciji izgubio daleko vredniju nekretninu za manji dug. I tada je činjenica da je tražilac izvršenja stekao više nego je potraživao i da izvršenik ostaje i dalje dužan drugim povjeriocima, koji uz gubitak svojih prava prvenstva moraju tražiti izvršenje na drugim dijelovima imovine izvršenika (ako je ima).

Četvrto, izvršenika je potrebno zaštititi od toga da izgubi vrijednu nekretninu za mali dug i kada je kupac treće lice. Ovakav stav Suda kojim različito tretira kupovinu od trećeg lica i tražioca izvršenja, otvara direktno put dodatnoj zloupotrebi – nije teško zamisliti da će povjerilac izbjeći kupovinu nekretnine i u dogovoru s trećim licem njemu je prepustiti, a potraživati ostatak duga od izvršenika. Jedino ako bi se dosljedno primjenjivala odluka AP-1955/19, izvršenik bi uvijek bio zaštićen ako ne postoji proporcionalnost između legitimnog zahtjeva tražioca izvršenja i njegovog prava na imovinu.[67]

Peto, Ustavni sud BiH nije razmatrao ni pitanje da li je povjerilac, u situaciji da je stekao nekretninu čija je procijenjena vrijednost veća od njegovog potraživanja, obavezan razliku vratiti izvršeniku odnosno staviti na raspolaganje za namirenje drugih povjerilaca? Član 97/2 ZIP FBiH/ZIP RS i član 118/2 ZIP BDBiH propisuju da se vraća višak cijene izvršeniku ako ne postoje smetnje. Član 168/5 *in fine* ZSP FBiH/ZSP RS propisuje da ako se zalog proda za veći iznos od vjerovnikove tražbine, ostvareni višak pripada dužniku. Ako se napravi razlika između prodaje trećemu i preuzimanja od strane povjerioca, onda u situaciji kada povjerilac stječe nekretninu ovakva obaveza ne postoji, bez obzira na to koliko je nekretnina vrednija od nje-

[67] Prodaja nekretnine u bescjenje ili daleko ispod njene vrijednosti posebno je problematična ako se radi o stambenoj nekretnini izvršenika, gdje može biti povrijeđeno i pravo na dom. Kako je navedeno pod III.1 (veza s fusnotom 46) BiH nema posebne odredbe o zaštiti kada je predmet izvršenja stambena nekretnina. Kako je ta zaštita ostvarena, npr. u pravu Republike Hrvatske, vidjeti kod Aras, 2017, str. 10 i dalje.

govog potraživanja. Ovo temeljno pravilo založnog prava o vraćanju viška postignute vrijednosti zanemareno je u odlukama Ustavnog suda BiH u kojima se samo konstatira da je tražilac izvršenja namiren, a ne problematizira obaveza isplate razlike između vrijednosti nekretnine i potraživanja. Istina, gase se izvršenikove obaveze prema tražiocu izvršenja – kupcu, ali nije li za njega pretjeran teret i to što gubi nekretninu čija vrijednost uveliko premašuje vrijednost potraživanja?[68]

Pri tome ovaj problem treba vidjeti i u kontekstu problema s vještačenjem i utvrđivanjem cijena nekretnine, pitanjem koje izaziva velike probleme u praksi. Ukoliko je početna procjena nekretnine bila pogrešna npr. nerealno visoka (npr. zbog nepostojanja sistemski vođenih statističkih podataka o cijenama nekretnina u određenom području,[69] ali i zbog neznanja ili zloupotrebe vještaka, ili zbog toga da se jednom licu omogući dobivanje kredita u određenoj visini i sl.), to može voditi vrlo lako trećem ročištu i prodaji u bescjenje (ako je cijena nerealno visoka, onda je nerealno visoka i polovina cijene, a moguće i trećina cijene, te neće biti zainteresiranih kupaca).

Šesto, time se ugrožavaju i drugi povjerioci koji se namiruju u izvršnom postupku. Nedostaje novac za njihovo namirenje a njihova založna prava (ugovorna, sudska ili zakonska) prestaju prodajom nekretnine u izvršnom postupku, a da nisu namireni.

Sedmo, ne može se složiti ni sa stavom Ustavnog suda BiH da je "jedina garancija povjeriočevog potraživanja, u ovim slučajevima, založena nekretnina" (tač. 33 Odluke 4380/13 i 32 U-3/2016), jer i ovakav stav ograničava prava povjerioca. Opće je pravilo založnog prava da ono daje dodatnu sigurnost povjeriocu koncentriranjem njegovog prava na određeni dio imovine,

[68] Takva praksa Ustavnog suda dovela je do zanemarivanja odredbe člana 168/5 ZSP FBiH. U apelaciji 4022/16 od 6. 11. 2018. Ustavni sud je odlučivao o povredi prava na pravično suđenje i prava na imovinu koju je podnio apelant/izvršenik i nije utvrdio njihovu povredu. Ipak, zanimljivo je da je u izvršnom postupku tražilac izvršenja postao vlasnik nekretnina čija je vrijednost procijenjena na iznos od 537.588,00 KM, pri čemu je njegovo potraživanje iznosilo 398.737,41 KM, a u javnom nadmetanju je nekretninu kupio za 268.787,00 KM. U rješenju o namirenju Općinski sud je odredio da se tražilac izvršenja smatra namirenim, a da je izvršeniku dužan vratiti iznos od 126.318,59 KM. Nesumnjivo je da se Općinski sud u Livnu ovdje držao odredbe člana 168/5 ZSP FBiH, ali Kantonalni sud u Livnu ovdje je utvrdio pogrešnu primjenu materijalnog prava (činjenice postupka pred redovnim sudovima su navedene u skladu sa tač. 22. i 23. odluke AP-4022/16).

[69] U Republici Srpskoj je izmjenom Zakona o premjeru i katastru uređen registar cijena nekretnina – Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o premjeru i katastru Republike Srpske (110/16). Više o tome kod Povlakić, 2017a, str. 23–24.

jer mu založno pravo daje pravo prvenstva u odnosu na druge povjerioce i pravo slijeđenja ako dođe do otuđenja stvari, prerogative koje povjerioci nemaju u odnosu na cijelu imovinu dužnika (Stanković & Orlić, 1999, str. 385). Povjerilac osiguran založnim pravom, međutim, ne gubi opću garanciju koju duguje svaki dužnik, a to je odgovornost cjelokupnom imovinom.[70] U sudskoj praksi dolazilo je do stavova da založni povjerilac mora prvo tražiti namirenje iz založene stvari, da ne može kombinirati predmete izvršenja, što je suprotno općim pravilima založnog prava.[71] ZSP FBiH/ZSP RS bi takvom rezoniranju trebali učiniti kraj propisavši da založni vjerovnik može po svojoj volji izabrati hoće li zahtijevati namirenje svoje tražbine ponajprije iz vrijednosti zaloga ili iz imovine svog dužnika, ili istodobno i zaloga i dužnikove imovine (član 168/4 ZSP FBiH/ZSP RS).[72] Ovo opće pravilo založnog prava je sada na kušnji ako imamo u vidu prethodno navedenu odluku Ustavnog suda BiH. Ovako stajalište može voditi oštećenju drugih povjerilaca (v. III.5).

Taj stav je potvrđen u apelaciji AP-3602/14 od 19. 4. 2017. Apelaciju je uložila banka koja je kao tražilac izvršenja na trećem ročištu kupila nekretninu za ca. 106.000 KM, dok je procijenjena cijena nekretnine bila ca. 319.000 KM, a potraživanje banke iznosilo ca. 190.000 KM. Općinski sud je zauzeo stav da je tražilac izvršenja u potpunosti namiren. Prigovor odn. žalba tražioca izvršenja nisu uvaženi, nakon čega je on uložio apelaciju Ustavnom sudu BiH, pozivajući se na povredu prava na imovinu. Apelant je u svojoj apelaciji istakao da je pogrešno stajalište sudova prema kojem je potraživanje osigurano samo založenom nekretninom,[73] već da je ono osigurano cjelokupnom imovinom i da se namirenje može tražiti iz cjelokupne imovine. "Takvim postupanjem sudova, pogrešnim tumačenjem odredbi ZIP-a, proces namirenja duga je, prema apelantičinom mišljenju, u potpunosti zanemaren, a osim toga stvara se sudska praksa prema kojoj se tražioci izvršenja ograničavaju u pogledu sredstava i predmeta kojima mogu postići svoje namirenje od izvršenika čije se obaveze protežu na cjelokupnu imovinu, a ne samo, kako sudovi pogrešno smatraju, nekretnine na kojima je zasnovano založno pravo." (tač. 10)

---

[70] Založni povjerioci u pravilu imaju izvršni naslov u vidu notarski obrađene isprave ne samo na opterećenoj nekretnini već i na cjelokupnoj imovini. Više o tome Povlakić, 2009b, str. 222–224.

[71] Pravo izbora predmeta namirenja povjeriocu ne smije biti ograničeno. U tom smislu Stanković & Orlić, 1999, str. 385. Također, Medić, 2018, str. 302.

[72] Komentirajući član 168/4 ZSP RS/ZSP FBiH i izričito propisivanje da založni povjerilac ima pravo izbora Medić navodi: "Ovo je novina u regulisanju koja je korisna, mada reguliše nešto u pogledu čega ne bi trebalo da bude dilema" (2018, str. 303, fusnota 528).

[73] Odluke redovnih sudova su bile donesene prije stupanja na snagu ZSP FBiH.

Ustavni sud se ovdje pozvao na svoju odluku U-3/16, budući da se radilo o vrlo sličnim činjeničnim i pravnim pitanjima i ponovio stav da tražilac izvršenja nije bio prisiljen kupiti nekretninu, a kada ju je već kupio namiren je iz njene vrijednosti (koja je veća od njegovog potraživanja). Sud smatra i ovdje da bi drugačije postupanje vodilo tome da dužnik bude u "neograničenom dužničkom odnosu", jer bi se ignorirala činjenica da je tražilac izvršenja u izvršnom postupku postao vlasnikom dužnikove nekretnine čija je procijenjena vrijednost veća od povjerioočevog potraživanja. I u ovom judikatu Ustavni sud potvrđuje da je pravo povjerioca da kupi nekretninu po određenoj cijeni, da on to pravo nije prisiljen vršiti, ali ako je kupi smatra se da je u tom slučaju povjerilac pristao na ishod da se stjecanjem nekretnine obaveze dužnika prema njemu gase.

Osmo, ne može se složiti sa stajalištem Ustavnog suda BiH da tražioca izvršenja niko nije prisilio da postane vlasnik predmetne nekretnine već je mogao svoje namirenje ostvarivati na drugi način. Ustavni sud smatra da je povjerilac imao mogućnost da zahtijeva nove licitacije s nadom da će se pojaviti kupac koji je spreman da kupi založenu nekretninu po cijeni koja je jednaka njegovom potraživanju. Ovakvo stajalište Suda nema uporišta u zakonu, koji striktno regulira broj ročišta i uslove za održavanje sljedećeg ročišta. Osim toga, dodatne licitacije ne mogu dovesti do veće cijene. Bez sumnje ne postoji prisila ili neki drugi utjecaj na volju tražioca izvršenja u smislu mana volje. Međutim, u nizu situacija povjerilac će iz ekonomskih razloga biti prisiljen da kupi nekretninu, jer je to jedini mogući predmet izvršenja.

Deveto, ako se smatra da je povjerilac namiren u potpunosti pribavljanjem nekretnine, to može oštetiti povjerioca ako se radi o banci. Ne smije se ispustiti iz vida da samo gotov novac odista na pravi način otplaćuje kredit, a da su ostali načini namirenja surogat. Bankama nije primarno u interesu da stječu nekretnine i njima upravljaju, ali su zbog slabog ili nepostojećeg tržišta nekretnina često na to prisiljene. Naime, ukoliko se u izvršnom postupku ne pojavi kupac, povjerilac se neće moći namiriti. Onda bi bilo nužno obustaviti izvršenje odnosno odrediti izvršenje na drugom predmetu, što povjeriocu iz niza razloga nije optimalno rješenje (v. III.3).

U apelaciji AP-3719/16 od 23. 10. 2018. Ustavni sud BiH je otišao korak dalje i kroz institut zabrane zloupotrebe prava indirektno stipulirao obavezu povjerioca da kupi predmet izvršenja na trećem ročištu. U konkretnom slučaju nije se radilo o prodaji nekretnina na trećem ročištu, već o prodaji pokretnih stvari na drugom ročištu, gdje također ne postoji ograničenje cijene. *Ratio legis* je u oba slučaja isti. Dužnik je za dug od ca. 600.000 KM založio pokretne stvari procijenjene na ca. 1.500.000 KM. Na drugom ročištu

se pojavio samo jedan kupac, a založni povjerilac nije učestvovao u javnom nadmetanju. Treće lice je kupilo pokretne stvari za 100 KM, a povjerilac koji nije bio namiren je zahtijevao ostatak duga od izvršenika.

Stav Ustavnog suda BiH je bio da je pravo, a ne obaveza, tražioca izvršenja da li će na ročištu za prodaju kupiti založene stvari na ime duga koji potražuje. Međutim, to pravo se u smislu člana 10. ZPP ne smije zloupotrebljavati. Da li se određeno pravo koristi na način da se zloupotrebljava, dužni su ispitati redovni sudovi u svakom konkretnom slučaju. "U ovom slučaju, redovni sudovi su jednostavno zatvorili oči pred činjenicama koje nesporno ukazuju na zloupotrebu prava. Zar se redovni sudovi nisu trebali zapitati zašto bi tražilac izvršenja dopustio bilo kome da kupi stvari koje njemu služe kao osiguranje namirenja vrlo visokog duga od 600.097,36 KM, a koje su procijenjene na više nego dvostruko veći iznos od 1.456.750,00 KM, za zaista bagatelan iznos od 100 KM?! Tražilac izvršenja ima pravo da bude ili ne bude kupac na licitaciji gdje se prodaju stvari radi namirenja njegovog duga. Međutim, mora se voditi računa da se radi o službenoj prodaji, tj. izvršnom postupku koji se vodi s ciljem da se namiri potraživanje koje povjerilac ima, a koje potraživanje se, kao u konkretnom slučaju, treba namiriti iz vrijednosti založene stvari. Zato se ne smije dozvoliti da se dva pravna instituta (izvršenje i zalog) izvrgavaju ruglu. (...) Stoga su redovni sudovi, ako su već dopustili bizarnu prodaju za iznos od 100 KM založenih stvari koje su procijenjene na iznos od 1.456.750 KM, morali istovremeno i konstatirati da je tražilac izvršenja namiren u cijelosti za iznos duga od 600.097,36 KM jer su prethodno prodate založene stvari koje su procijenjene na dvostruko veći iznos" (tač. 43. navedene odluke). Ustavni sud smatra da treba utvrditi da li tražilac izvršenja izbjegava da na ime duga preuzme založene stvari, da mu se ne smije dozvoliti da se, pod sumnjivim okolnostima, oslobodi sredstva izvršenja koje mu ne odgovara tako što će dozvoliti da ga kupi treće lice za iznos koji je zaista minoran (tač. 44. navedene odluke).

Ovakvom rezoniranju ima mjesta samo ako u konkretnom slučaju povjerilac i treće lice rade u dosluhu. Navedena situacija može proisteći iz prevarnog dogovora povjerioca i trećeg lica, ali to nije nužni scenarij u ovakvim situacijama.[74] Slijedeći ovu odluku Ustavnog suda BiH, redovni sudovi bi u svakom konkretnom slučaju trebali utvrditi da li izbjegavanje tražioca izvršenja da kupi predmet izvršenja predstavlja zloupotrebu prava. Ovdje se mora postaviti pitanje u čemu bi se ogledala zloupotreba procesnih prava? Ustavni sud BiH nije utvrdio okvir u kojem bi se trebali kretati sudovi kada utvrđuju

[74] U konkretnom slučaju je banka bila vjerovnik, a kupac nije bio lice povezano s bankom. Općenito nije vjerovatno da banke ulaze u prijevarne dogovore s trećim licima u izvršnom postupku.

zloupotrebu prava, odnosno ni sam nije podrobnije procjenjivao da li je odbijanje povjerioca da preuzme stvari koje mu ne trebaju (ne smije se gubiti iz vida da je tražilac izvršenja bila banka, kojoj pokretne stvari koje su predmet zaloga sigurno nisu bile potrebne), predstavlja zloupotrebu prava.

Ako je cilj izvršnog postupka namirenje povjerilaca, što je ujedno i javni interes, i što višekratno u svojim odlukama konstatira Ustavni sud BiH, onda je vrlo upitno da li se banka namiruje tako što će steći vlasništvo nad stvari koja joj nije potrebna i koja će samo prouzrokovati troškove. Ovo se podjednako odnosi i na pokretne i na nepokretne stvari. Pokretne stvari bi banka trebala skladištiti, čuvati, pa eventualno kasnije preprodati. Ne treba ovdje mudra pravnička analiza da se konstatira da bi ovo za banku bila više štetna nego korisna transakcija,[75] te da odbijanje da se kupe takve stvari ne može imati obilježja vršenja prava protivno cilju zbog kojeg je ustanovljeno ili priznato odnosno obilježja zloupotrebe prava.

Obaveza na kupovinu predmeta izvršenja u nedostatku realne ponude nije propisana zakonom. Kupiti ili ne kupiti predmet izvršenja je pravo tražioca izvršenja, odnosno lica koje se namiruje u izvršnom postupku. Navedena praksa oduzima povjeriocu temeljno pravo da bira predmet namirenja. Ne smije se gubiti iz vida da je u većini slučajeva vezanih za prodaju u izvršnom postupku o kojima je povodom apelacije odlučivao Ustavni sud BiH, povjerilac-apelant isticao i povredu prava na pravično suđenje zbog nedonošenja odluke u razumnom roku. Neki od postupaka trajali su i preko deset godina. Svi problemi oko prodaje i visine postignute cijene nastali su zato što dužnik nije plaćao svoj dug. Sigurno je da ima dužnika u stanju socijalne ugroženosti, ali i čitav niz dužnika koji kalkuliraju s navedenim stajalištima sudova i izbjegavaju platiti dug, ulažu sva pravna sredstva u postupku bez ikakvog osnova. Kada se razmišlja o zloupotrebi prava povjerioca, odnosno povjerilac prinuđava da kupi određeni predmet izvršenja, trebalo bi paralelno voditi računa i o eventualnim zloupotrebama izvršenika.

Ipak, kritika koja je izrečena u odnosu na stajalište Ustavnog suda BiH samo djelimično pogađa pravu metu. Ne može Ustavni sud BiH nadomjestiti svojim odlukama sve ono što je propustio pravilno regulirati zakonodavac. Pravilna reakcija zakonodavca, kada bi on analizirao sve ove slučajeve koji su dospjeli pred Ustavni sud BiH, mogla bi zaustaviti "mrcvarenje" cijelog pravosuđa.

[75] Vidi fusnotu 48.

IV. Zaključak

U radu smo se bavili analizom i kritikom zakonskog rješenja (koje postoji još samo u Federaciji BiH) prema kojem postoji mogućnost prodaje na trećem ročištu bez ograničenja cijene. Međutim, pitanje namirenja tražioca izvršenja, koji za cijenu manju od procijenjene vrijednosti nekretnine i manju od njegovog potraživanja stječe vlasništvo na nekretnini u izvršnom postupku može se postaviti (kako je bilo vidljivo iz analiziranih sudskih odluka) na svakom ročištu, a posebno je problematično u vezi s mogućnosti prodaje nekretnine bez ograničenja cijene. Stoga je fokus istraživanja bio na svim situacijama u kojima se nekretnina kupuje ispod procijenjene cijene za namirenje duga manje vrijednosti. Utvrđeno je da su zakonska rješenja vakantna, da ne štite niti jednu stranu u postupku, i da bih ih nužno trebalo dopuniti, pri čemu bi se trebalo voditi i razmišljanjima zakonodavca u zemljama regiona.

Autori ovog rada su u jednom drugom radu pokazali kako je lako organizirati i izvršiti zloupotrebu odredaba zakona koji reguliraju izvršno pravo u BiH o najpovoljnijoj ponudi, odustanku od ponude i polaganju osiguranja radi učešća u javnom nadmetanju.[76] Tamo je elaborirana mogućnost zloupotrebe mehanizma javne prodaje i to davanjem nerealno visokih ponuda koje onemogućavaju nadmetanje a zatim odustajanjem takvih ponuđača od uplate cijene, a sve u svrhu osujećivanja namirenja tražioca izvršenja. Zloupotreba pravila o trećem ročištu može biti posljedica prethodno počinjenih zloupotreba u javnom nadmetanju.

Pravila o trećem ročištu su različito primjenjivana od strane redovnih sudova, a bila su i predmetom odlučivanja Ustavnog suda BiH. U radu je ukazano na ograničen domet odluka Ustavnog suda BiH koje su trebale riješiti mogućnost zloupotrebe u vezi s kupovinom nekretnine od strane tražioca izvršenja. One samo djelimično rješavaju problem neosnovanog bogaćenja tražioca izvršenja, ali ne sprečavaju da izvršenik izgubi vredniju nekretninu za manje potraživanje niti oštećenje drugih povjerilaca koji se namiruju u izvršnom postupku. Pri tome oba scenarija idu na štetu svih drugih povjerilaca u izvršnom postupku – njihova založna prava i prava namirenja se brišu, oni ostaju nenamireni, moraju predlagati nove predmete izvršenja što nosi

[76] Vidjeti Povlakić, M., Herenda, T. & Muftić, N. "Mogućnost zloupotrebe prava u postupku javnog nadmetanja za prodaju nekretnina u izvršnom postupku u pravu BiH", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 71, no. 3–4, 2021, str. 301–346, i to u pogledu zloupotrebe pravila javnog nadmetanja – str. 305–307, davanja fiktivnih ponuda – str. 323–326, u pogledu zloupotreba vezanih za jamčevinu – str. 327–329.

niz rizika (može se desiti da izvršenik nema drugu imovinu, da povjerioci nemaju izvršni naslov na drugim stvarima i pravima izvršenika, da nemaju pravo prvenstvenog namirenja itd.).

Izloženi mehanizmi zloupotrebe posljedica su neadekvatnih zakonskih rješenja u zakonima o izvršnom postupku u BiH. Pozitivno pravo je, posebno u entitetima, ovdje vakantno i pogoduje ovim zloupotrebama. To se odnosi i na rješenje koje postoji samo u Federaciji BiH, a prema kojem je moguće na trećem ročištu pribaviti nekretninu i za 1 KM, kao i na izostanak regulative o posljedicama prodaje ispod procijenjene vrijednosti i radi namirenja duga koji je ispod vrijednosti nekretnine, što je pitanje koje je u regionu vodilo reakciji zakonodavca.

Navedene mogućnosti zloupotrebe mogle bi se otkloniti adekvatnim zakonskim rješenjima i u BiH, što bi osim pravne sigurnosti imalo za efekt rasterećenje sudova i oslobađanje od obaveze da sud u svakom konkretnom slučaju ispituje da li je neko od učesnika u javnom nadmetanju zloupotrijebio procesna prava, što je gotovo nemoguće ili je pak moguće uz naročite napore za koje ne postoje adekvatni vremenski i materijalni resursi. Pri tome ne postoji ni jasan zakonski okvir šta bi se smatralo zloupotrebom prava u izvršnom postupku.

Smatramo da bi u situacijama kad je zakonodavac u prilici djelovati *ex ante,* određujući pravila koja sprečavaju zloupotrebe prava, tako trebao i postupiti. Naravno, prilično je realno očekivati da zakonodavac ne može zamisliti sve moguće oblike zloupotreba koje se mogu javiti prilikom primjene propisa, pa je dostupnost pravnih instituta koji omogućavaju *ex post facto* uklanjanje zloupotreba u izvršnom postupku potrebna – ali kao suplement, a ne supstitut adekvatnom *ex ante* pravnom mehanizmu.

Bibliografija

Knjige i članci

Aras Kramar, S. (2017). Zaštita ovršenika u svjetlu novina u ovrsi na nekretnini, *Pravni vjesnik*, 33 (3–4), 9–39.

Čalija, B. & Omanović, S. (2000). *Građansko procesno pravo*. Sarajevo.

Daupović, A., Obradović, R., Povlakić, M., Zaćiragić, F. & Živanović, M. (2005). *Komentari Zakona o izvršnom postupku u Federaciji Bosne i*

Hercegovine i Republici Srpskoj. Sarajevo: Vijeće Evrope i Evropska komisija.

Dika, M. (2007). *Građansko ovršno pravo*: I. knjiga: Opće građansko ovršno pravo. Zagreb: Narodne novine.

Hess, B. (1998). Ekspertiza o Nacrtu ovršnog zakona Federacije BiH od 16. 7. 1997, *Nova rješenja u Zakonu o parničnom postupku i Zakonu o ovršnom postupku Federacije BiH*. Sarajevo: Ministarstvo pravde.

Janevski, A. & Zoroska Kamilovska, T. (2012). *Gragansko procesno pravo*, knjiga prva: Parnično pravo (Vtoro izmeneto i dopolneto izdanie). Skopje: Pravni fakultet "Justinijan Prvi".

Kamiloska-Zoroska, T. (2013). Reforme sistema izvršenja u državama regiona – Novi koncepti, kontroverze i dileme. *Zbornik radova Međunarodnog naučnog skupa Harmonizacija građanskog prava u regionu* (str. 447–477). Istočno Sarajevo: Pravni fakultet.

Keča, R. (2012). *Građansko procesno pravo: Priručnici za polaganje pravosudnog ispita.* Knjiga 7, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik.

Kern, Ch. & Diehm, D. (2020). *ZPO Zivilprozessordnung*: Kommentar (2., neu bearbeitete und wesentlich erweiterte Ausgabe). Berlin: Erich Schmidt Verlag.

Kovačević Kuštrimović, R. & Lazić, M. (2008). *Uvod u građansko pravo.* Niš: Punta.

Kulenović, Z., Mikulić, S., Milišić-Veličkovski, S., Stanišić, J., Vučina, D. (2005). *Komentari Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj.* Sarajevo: Vijeće Evrope i Evropska komisija.

Medić, D. (2018). *Novo stvarno pravo Republike Srpske* (3. izmijenjeno i dopunjeno izdanje). Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron.

Mišić, V. (2011). *Sudska praksa u izvršnom postupku.* s.l.: Center for International Legal Cooperation.

Mulabdić, S. (2010). *Građansko procesno pravo.* Tuzla: Pravni fakultet.

Nasarre-Aznar, Sergio (2015). "Robinhoodian" courts'decisions on mortgage law in Spain. *International Journal of Law in the Built Environment*, 7 (2), 127–142.

Nikolić, D. (2011). *Uvod u sistem građanskog prava* (11. izmenjeno i dopunjeno izdanje). Novi Sad: Univerzitet u Novom Sadu.

Omanović, S. & Ruhotina, A. (2020). Mjere za suzbijanje zloupotrebe procesnih ovlaštenja u izvršnom postupku, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LXIII, 487–516.

Osrečak, J. (2014). Poredbenopravni prikaz načela savjesnosti i poštenja, *Zagrebačka pravna revija*, 3 (1), 53–77.

Povlakić, M. (2002). Die praktischen Probleme des Vollstreckungsrechts - dargestellt am Beispiel von Bosnien und Herzegowina. U: Compilation of works of the Conference *"The Rule of Law and Civic Society – Requirements for a modern Judiciary"*, Dubrovnik 4. 12. – 8. 12. 2002 (str. 77–86). German Ministry of Justice and IRZ Foundation.

Povlakić, M. (2017a). Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o premjeru i katastru Republike Srpske, *NPR*, 1/2017, 23–30.

Povlakić, M. (2017b). Prodaja nekretnine na trećem ročištu – da li je rješenje ovog problema na vidiku. *Sudska praksa*, 73, juli – august – septembar 2017, 39–60.

Povlakić, M. (2016). Osvrt na dva nova zakonska teksta u Federaciji BiH: Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku, Zakon o finansijskom poslovanju, *NPR,* 2, 24–36.

Povlakić, M. (2009a). *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Pravni fakultet.

Povlakić, M., Schalast, C. & Softić, V. (2009b). *Komentar zakona o notarima u BiH*. Sarajevo: Njemačka organizacija za tehničku saradnju GmbH (GTZ), Otvoreni regionalni fond za Jugoistočnu Evropu – Pravna reforma.

Povlakić, M., Herenda, T. & Muftić, N. (2021). Mogućnost zloupotrebe prava u postupku javnog nadmetanja za prodaju nekretnina u izvršnom postupku u pravu BiH. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 71 (3–4), str. 301–346.

Poznić, B. & Rakić-Vodinelić, V. (1999). *Građansko procesno pravo.* Beograd: Savremena administracija.

Račić, R. (2009). *Izvršno procesno pravo*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci.

Radovanović, M. (2014). Ograničenje minimalne cene nepokretnosti u izvršnom postupku po pravu Republike Srbije i pravu Republike Hrvatske. *Pravni zapisi*, V (1), 162–175.

Rakočević, M. (2018). *Bona fides* u parničnom postupku. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 55 (4), 771–789.

Rechberger, W. & Oberhammer, P. (2002). *Executionsrecht* (3. Auflage). Wien: WUV Universitätsverlag.

Rosenberg, L. *et alteri* (1997). *Zwangsvollstreckungsrecht*, (11. Auflage). München: Beck Verlag.

Schilken, E. (2014). *Zivilprozessrecht* (6. Auflage). München: Vahlen.

Stanković, G. (2014). Zloupotreba prava stranaka u izvršnom postupku. *Pravni život*, (12), 5–18.

Stanković, G. (2004). *Građansko procesno pravo*. Beograd: Justinijan.

Stanković, G. & Račić, R. (2010). *Parnično procesno pravo*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci.

Stanković, O. & Orlić, M. (1999). *Stvarno pravo* (9. izdanje). Beograd: Savremena administracija.

Stöcker O. & Stürner R. (2012). *Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa*, Band III: Ergebnisse des Workshops des Runden Tisches "Grundpfandrechte" in Berlin 2010/2011 (3. erweiterte Auflage). Berlin: Verband der deutschen Pfandbriefbanken.

Stojanović, D. (1978). Savjesnost i poštenje. U: *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*. Beograd: Službeni list SFRJ.

Triva, S., Belajec, V. & Dika, M. (1980). *Sudsko izvršno pravo*. Zagreb: Informator.

Triva, S. & Dika, M. (2004). *Građansko parnično procesno pravo*. Zagreb: Narodne novine.

Vedriš, M. & Klarić, P. (2000). *Građansko pravo, četvrto izdanje*. Zagreb: Narodne novine.

Vodinelić, V. (2014). *Građansko pravo: Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava* (2. izmenjeno i dopunjeno izdanje). Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni list.

Zöller, R. (2012). *ZPO Zivilprozessordnung* (29. Auflage). Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt.

Propisi u BiH

Zakon o izvršnom postupku Brčko distrikta BiH, Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 39/13 i 47/17.

Zakon o izvršnom postupku Federacije BiH, Službene novine Federacije BiH, br. 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09, 35/12 i 46/16.

Zakon o izvršnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13, 98/14, 66/18.

Zakon o obligacionim odnosima Federacije BiH, Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, Službeni list RBiH 2/92, 13/93, 13/94; Službene novine FBiH, br. 29/03 i 42/11.

Zakon o obligacionim odnosima Republike Srpske, Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89. Službeni glasnik Republike Srpske, br. 17/93, 3/96, 37/01, 39/03 i 74/04.

Zakon o parničnom postupku Brčko distrikta BiH, Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 28/18.

Zakon o parničnom postupku FBiH, Službene novine Federacije BiH, br. 53/03, 73/05, 19/06, 98/15.

Zakon o parničnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08 – odluka US, 45/09 – odluka US, 49/09 i 61/13.

Zakon o stvarnim pravima Federacije BiH, Službene novine Federacije BiH, br. 66/13. i 100/13.

Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 124/08, 3/09, 58/09, 95/11, 60/15 i 18/16.

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko distrikta BiH, Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 11/01, 8/03, 40/04 i 19/07.

Propisi drugih zemalja

Direktiva 2014/17/EU Evropskog parlamenta i Vijeća o ugovorima o potrošačkim kreditima koji se odnose na stambene nekretnine i koja mijenja Direktive 2008/48/EZ i 2013/36/EU i Uredbu Nr. 1093/2010 od 4. 2. 2014. (OJ EU L-60/35-80, 28. 2. 2014).

Građanski zakonik SR Njemačke, Aktuelni tekst Građanskog zakonika u sadržaju objavljenom 2. januara 2002. (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), koji je zadnji put izmijenjne članom 1. Zakona od 10. augusta 2021. (BGBl. I S. 3515) dostupan je na: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf (Ein Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz sowie des Bundesamts für Justiz).

Građanski zakonik Švicarske (Zakonik aktualiziran na dan 1. 1. 2021) dostupan na: https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.

admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/20210101/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233_245_233-20210101-fr-pdf-a.pdf.

Ovršni zakon Republike Hrvatske iz 1996. godine, Narodne novine Republike Hrvatske 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 67/06.

Ovršni zakon Republike Hrvatske iz 2010. godine, Narodne novine Republike Hrvatske 139/10, 150/11, 154/11, 12/12, 70/12.

Ovršni zakon Republike Hrvatske iz 2012. godine, Narodne novine Republike Hrvatske 112/12, 25/13, 93/14, 55/16 – Odluka Ustavnog suda, 131/20.

Zakon o izvršenju i obezbjeđenju Crne Gore, Službeni list Crne Gore, br. 36/11, 28/14, 20/15, 22/17, 25/19.

Zakon o izvršenju i obezbeđenju Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 31/11, 99/11, 109/13, 55/14 i 139/14.

Zakon o izvršenju i obezbeđenju Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 106/15, 106/16 – autentično tumačenje, 113/17 – autentično tumačenje, 54/19.

Odluke sudova u BiH

Ustavni sud BiH

U-3/16 od 1. 12. 2016.

U-20/16 od 30. 3. 2017.

AP-3056/21 od 20. 10. 2021.

AP-1134/21 od 19. 5. 2021.

AP-2877/18 od 26. 3. 2020.

AP-2055/20 od 7. 2. 2020.

AP-1872/20 od 23. 6. 2020.

AP-444/20 od 5. 5. 2021.

AP-1955/19 od 25. 6. 2019.

AP-1629/17 od 8. 5. 2019.

AP-4275/17 od 31. 1. 2018.

AP-4007/18 od 12. 3. 2019.

AP-3719/16 od 23. 10. 2018.

AP-2734/15 od 14. 10. 2015.

AP-423/15 od 14. 10. 2015.

AP-3602/14 od 19. 4. 2017.

AP-3381/14 od 23. 1. 2015.

AP-1154/14 od 11. 1. 2017.

AP-4380/13 od 22. 12. 2016.

AP-1261/07 od 10. 1. 2008.

AP-1086/04 od 2. 12. 2005.

Vrhovni sud Federacije BiH

28 0 I 052479 16 Spp od 5. 12. 2016.

Odluke Evropskog suda za ljudska prava

Ljaskaj protiv Hrvatske, Aplikacija br. 58630/11, Odluka od 20. 12. 2016.

Vaskrsić protiv Slovenije, Aplikacija br. 31371/12, Odluka od 25. 4. 2017.

Odluke Suda EU

C-482/13, C-484/13,C-485/13 i C-487/13 (objedinjeni slučajevi) od 21. 1. 2015.

C-618/10 od 14. 6. 2012. (*Banco Espanol del Credito* v. *Joaquin Calderon Camino*)

ECJ C-514/11 od 14. 3. 2013. (*Aziz* v. *Catalunya Caixa)*

Meliha Povlakić, PhD
Full professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
m.povlakic@pfsa.unsa.ba

Nasir Muftić, MA
Assistant
University of Sarajevo
Faculty of Law
n.muftic@pfsa.unsa.ba

Tahir Herenda, MA
Research Associate
University of Sarajevo
Faculty of Law
t.herenda@pfsa.unsa.ba

POSSIBILITY OF ABUSE OF PROCEDURAL RIGHTS DURING THE SALE OF REAL ESTATE AT THE THIRD HEARING AND FOR A PRICE LOWER THAN THE ESTIMATED VALUE – BOSNIA AND HERZEGOVINA AND COMPARATIVE LAW

Summary

This paper is a continuation of the author's research on abuse of the public bidding procedure for the sale of real estate. The subject of the research was the sale of real estate at the third hearing without price restrictions, as well as the general sale of real estate below the estimated price and for a price lower than the receivables sought, in order to examine whether such solutions can lead to the abuse of rights.

The paper analyzes the existing solutions in B&H. It was stated that the third term and the possibility of selling without price restrictions exists only in the Federation of B&H. A comparison was made with the laws of certain countries in the region (Montenegro, Croatia, and Serbia). Frequent changes in enforcement regulation in the countries of the region, changes in the rules

on the sale of real estate, the number of hearings and the minimum price, demonstrate that this is a very sensitive issue and that countries in the region are looking for an optimal balance between protecting creditors and debtors. Solutions as represented in the Federation of BiH can lead to serious damage to the interests of debtors, other creditors, damage to the interests of enforcement seekers as buyers and ultimately compromise enforcement proceedings.

This existing rule is applied differently in practice. A number of decisions in which the Constitutional Court of B&H ruled on the violation of constitutionally guaranteed rights in cases of sale of real estate far below the estimated value were analyzed. The case law of the B&H Constitutional Court has been criticized for providing only partial protection of the rights of participants in the proceedings.

These possibilities of abuse could be eliminated by adequate legal rules in B&H, which in addition to legal certainty would have the effect of lifting the burden from the courts and relieving the court from examining in each case whether there is an abuse of procedural rights. This is particularly demanding because there is no clear legal framework of what would be considered an abuse of rights in enforcement proceedings. The legislator cannot imagine all possible forms of abuse that may occur during the application of regulations, so the availability of legal institutes that allow ex post facto elimination of abuses in enforcement proceedings is necessary - but as a supplement and not a substitute for an adequate ex ante legal mechanism.

Keywords: *execution on real estate, abuse of procedural rights, public bidding for the sale of real estate, third hearing, protection of enforcement debtors*

Dr. sc. Berin Riđanović
Šef pravne službe i protokola
J. P. Međunarodni aerodrom SARAJEVO d.o.o.
bridjanovic@sarajevo-airport.ba

UDK 347.823:061.1EU
347.823(497.6)
Pregledni naučni rad

ZAŠTITA PRAVA PUTNIKA U MEĐUNARODNOM VAZDUŠNOM SAOBRAĆAJU U EVROPSKOJ UNIJI I BOSNI I HERCEGOVINI

Sažetak

Usvajanjem Regulative EU broj 261/2004 o uspostavljanju zajedničkih pravila i pružanju pomoći putnicima u slučaju uskraćivanja ukrcavanja, otkazivanja leta i dugotrajnih kašnjenja, putnici u međunarodnom vazdušnom prevozu u Evropskoj uniji uživaju visok stepen zaštite svojih prava. Model zaštite prava iz Evropske unije brzo je proširen u druge države van Evropske unije. S druge strane, avioprevoznici smatraju da u pravnom okviru Evropske unije ne postoji dovoljno mehanizama primjenom kojih bi avioprevoznici isključili odgovornost i zaštitili svoja prava iz ugovora o prevozu putnika. U sadržajnom smislu, radi se o najkontroverznijoj regulativi Evropske unije u pogledu zaštite prava putnika, koja svoju primjenu ima i u Bosni Hercegovini usvajanjem Zakona o obligacionim odnosima u civilnom zrakoplovstvu Bosne i Hercegovine. Putnici s prebivalištem ili boravištem u Bosni i Hercegovini nedovoljno su upoznati sa svojim pravima, tako da u praktičnoj primjeni pitanje zaštite prava putnika u međunarodnom vazdušnom prevozu u Bosni i Hercegovini nije imalo sudski epilog.

Ključne riječi: *avioprevoznik, uskraćivanje ukrcavanja, otkazivanje leta, dugotrajno kašnjenje*

1. Uvod

Predmet Regulative EU broj 261/2004 o uspostavljanju zajedničkih pravila i pružanju pomoći putnicima u slučaju uskraćivanja ukrcavanja, otkazivanja leta i dugotrajnih kašnjenja (u daljem tekstu: Regulativa EU broj 261/2004) su prava putnika u slučaju:

- da je ukrcavanje uskraćeno protiv volje putnika,

- da je let otkazan i
- dugotrajnog kašnjenja.

Regulativa EU broj 261/2004 je stupila na snagu dana 17. 2. 2005. godine.

U skladu s Multilateralnim sporazumom između Evropske zajednice i njenih država članica i Albanije, Bosne i Hercegovine, Bugarske, Hrvatske, Makedonije, Islanda, Crne Gore, Norveške, Rumunije, Srbije i Privremene administrativne misije Ujedinjenih nacija na Kosovu o uspostavljanju zajedničkog evropskog zračnog prostora (ECAA), čiji je osnovni cilj stvaranje Jedinstvenog evropskog neba, Bosna i Hercegovina je bila obavezna u svoje zakonodavstvo, između ostalog, inkorporirati i Regulativu EU broj 261/2004.[1]

U Bosni i Hercegovini zaštita prava putnika regulirana je u članovima 28–40. Zakona o obligacionim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu Bosne i Hercegovine preuzimanjem u potpunosti Regulative EU broj 261/2004.[2]

Predmetna regulativa je najkontraverznija regulativa iz oblasti zaštite prava putnika i predmet značajne sudske prakse i različitih teoretskopravnih i praktičnopravnih tumačenja. Imajući u vidu značaj zaštite prava putnika i nedovoljno definirane pojedine institute, Evropska komisija je donijela dva interpretativna vodiča, prvi iz 2016. godine, koji za svoj predmet ima pojašnjenje najvažnijih instituta Regulative EU broj 261/2004, a predmet drugog interpretativnog vodiča iz 2020. godine je zaštita prava putnika u svim vidovima prevoza za vrijeme pandemije virusa COVID-19.

Zaštita prava putnika nije definirana isključivo navedenom regulativom, već i Regulativom EU broj 1007/2006 o pravima osoba s invaliditetom i osoba smanjene pokretljivosti u vazdušnom saobraćaju i Regulativom EU broj 2027/97 o odgovornosti avioprevoznika u slučaju nesreća, izmijenjenom Regulativom EU broj 889/2002 o odgovornosti avioprevoznika u slučaju nesreća.[3]

Potrebno je naglasiti da je sve što se odnosi na zaštitu prava putnika u Evropskoj uniji primjenjivo i u Bosni i Hercegovini.

---

[1] Iako je potpisan još 2006. godine, ECAA sporazum zvanično je stupio na snagu dana 1. 12. 2017. godine, nakon što su države članice EU ratificirale ECAA sporazum. Bosna i Hercegovina je potpisala ECAA sporazum dana 9. 6. 2006. godine, a ratificirala dana 19. 7. 2007. godine.

[2] "Službeni glasnik BiH", broj 51/15.

[3] Predmet ovog rada neće biti zaštita prava putnika sa smanjenom pokretljivošću i odgovornost avioprevoznika za štetu uslijed nesreće.

U nastavku rada, bit će prikazana pravna zaštita i pravni problemi zaštite prava putnika u Evropskoj uniji, s osvrtom na zaštitu prava putnika za vrijeme pandemije virusa COVID-19.

2. Područje primjene Regulative EU broj 261/2004

Regulativa EU broj 261/2004 primjenjuje se na letove ugovornih i stvarnih avioprevoznika unutar EU, kao i na letove ugovornih i stvarnih avioprevoznika, kojima je polazni aerodrom država nečlanica EU, a krajnja destinacija država EU, izuzev u slučaju da putniku bude isplaćena naknada i dobije pomoć u neevropskoj državi.

U Bosni i Hercegovini, recepcijom Regulative EU broj 261/2004 u Zakon o obligacionim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu BiH, ona se primjenjuje na sve letove sve letove iz BiH čija je krajnja destinacija članica EU, kao i letove iz Bosne i Hercegovine ka državama potpisnicama ECAA sporazuma, te letove putnika s polaznog aerodroma iz trećih država, a krajnja destinacija je aerodrom u Bosni i Hercegovini. Zakon o obligacionim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu BiH se ne primjenjuje na letove između trećih država, ali ni na letove iz Bosne i Hercegovine ka trećim državama, što je njegov nedostatak. Za primjenu Regulative EU broj 261/2004 irelevantna je državna pripadnost vazduhoplova i da li avioprevoznik ima sjedište u državi članici EU ili Bosni i Hercegovini, osim u slučaju da se radi o letu avioprevoznika EU ili avioprevoznika licenciranog u Bosni i Hercegovini s polaznog aerodroma iz treće države, a čija je krajnja destinacija u Bosni i Hercegovini.

Pored navedenog, uslov za primjenu Regulative EU broj 261/2004 jeste da putnik ima potvrđenu rezervaciju za određeni let, izuzev ako let bude otkazan, i prijavu na mjestu za registriranje putnika na let:

- u vrijeme kada je avioprevoznik, organizator putovanja, ili ovlašteni turistički posrednik unaprijed u pisanom ili elektronskom obliku odredio u putnoj karti, ili ako vrijeme nije unaprijed određeno, najkasnije 45 minuta prije objavljenog vremena polijetanja vazduhoplova ili
- da je avioprevoznik ili organizator putovanja premjestio putnike s leta za koji su imali rezervaciju na drugi let, bez obzira na razlog.[4]

Pravo na isplatu naknade imaju putnici kojima je karta izdata u okviru *frequent fly* programa ili drugog komercijalnog programa avioprevoznika ili organizatora putovanja.

[4] Član 3. st. 1. i 2. Regulative EU broj 261/2004.

Regulativa EU broj 261/2004 se ne primjenjuje na:

- međunarodni i domaći (unutrašnji) vazdušni prevoz van EU,
- putnike koji putuju besplatno ili po sniženoj tarifi koja neposredno ili posredno nije dostupna široj javnosti,
- međunarodni prevoz vazduhoplovom koji nije registriran u EU, iz države nečlanice, ka državi članici EU,
- putnike koji se ne prevoze vazduhoplovom s motorom,[5]
- u slučaju kašnjenja na povezujući let u državi nečlanici EU, za putovanje koje je započeto u državi EU, a krajnja destinacija je država nečlanica EU,
- prevoz helikopterom,
- turistička paket putovanja[6] i
- na čarter privatne letove.

Multimodalna putovanja koja uključuju više oblika prevoza u okviru jednog ugovora o prevozu (npr. putovanje vozom i vazuduhoplovom za koje se prodaje jedna karta) nisu kao takva obuhvaćena ni Regulativom EU broj 261/2004, ni važećim zakonodavstvom Evropske unije o pravima putnika u drugim oblicima prevoza.

Pored navedenog, Regulativa EU broj 261/2004 ne primjenjuje se na prevoz prtljaga i tereta i ne reguliše pravne posljedice nastale kašnjenjem prtljaga i tereta.

3. Povrede prava putnika

3.1. Uskraćivanje ukrcavanja prema Regulativi EU broj 261/2004

Uskraćivanje ukrcavanja u Bosni i Hercegovini definirano je članom 29. Zakona o obligacionim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu. Uskraćivanje ukrcavanja je uskraćivanje mogućnosti putnicima da se ukrcaju na let, premda su se registrirali za let u vrijeme kada je avioprevoznik, organizator putovanja, ili ovlašteni turistički posrednik unaprijed u pisanom ili elek-

[5] Član 3. stav 4. Regulative EU broj 261/2004

[6] Evropski sud pravde odlučio je da se na paket turističke aranžmane primjenjuje Direktiva 90/314/EEC u skladu s kojom je organizator paket aranžmana odgovoran u slučaju otkazivanja leta i putnik ne može tražiti primjenom Regulative EU 261/2004 naplatu zakonske kazne penala od strane avioprevoznika, čak i u slučaju da organizator putovanja nije finansijski sposoban putniku platiti cijenu avioprevoza. Evropski sud pravde, predmet *HQ & Others v Aegean Airlines C163/18.*

tronskom obliku odredio u putnoj karti, ili ako vrijeme nije unaprijed određeno, najkasnije 45 minuta prije objavljenog vremena polijetanja vazduhoplova, ili je avioprevoznik ili organizator putovanja premjestio putnike, bez obzira na razlog, s leta za koji su imali rezervaciju na drugi let. Međutim, avioprevoznik može uskratiti ukrcavanje iz opravdanih razloga, kao što su: zdravstveni, sigurnosni, ili razlozi obezbjeđenja ili neposjedovanja odgovarajuće isprave.[7]

Ako stvarni avioprevoznik osnovano očekuje da će doći do uskraćivanja ukrcavanja, dužan je da pozove dobrovoljce koji su voljni da odustanu od rezervacije u zamjenu za pogodnosti, pod uslovima koje ti putnici i stvarni avioprevoznik dogovore.

Ako se ne javi dovoljan broj dobrovoljaca, kako bi se ostali putnici koji imaju rezervaciju ukrcali na let, avioprevoznik može uskratiti putnicima ukrcavanje protiv njihove volje, i u tom slučaju se ne radi o primjeni instituta uskraćivanja ukrcavanja.

Posmatrajući sumarno, putnik u slučaju uskraćivanja ukrcavanja ima pravo na:

- isplatu naknade srazmjerno kilometraži leta,
- pravo na zbrinjavanje (besplatan obrok, osvježenje, dva telefonska poziva, dvije poruke putem teleksa ili faksa ili elektronske pošte i pravo na hotelski smještaj u slučaju da je neophodno jedno ili više noćenja) i
- pravo na naknadu troškova putovanja i povratni let u prvu tačku polaska ili promjenu rute putovanja.[8]

---

[7] Član 2. stav 1. tačka l EU Regulative broj 261/2004.

[8] Putnici kojima je uskraćeno ukrcavanje imaju pravo na:
- isplatu naknade,
- vraćanje troškova ili preusmjeravanje putovanja i
- zbrinjavanje.

U slučaju uskraćivanja ukrcavanja protiv volje putnika, stvarni avioprevoznik je obavezan isplatiti naknadu i to:
- 250 EUR za sve letove do 1.500 kilometara i manje,
- 400 EUR za sve letove unutar EU za letove preko 1.500 kilometara, i za sve druge letove između 1.500 do 3.500 kilometara i
- 600 EUR za ostale letove, koji nisu obuhvaćeni navedenim alinejama.

Ako je putniku ponuđeno preusmjeravanje putovanja ili alternativni let, avioprevoznik može smanjiti iznos naknade u visini od 50% navedenog iznosa kilometraže, i to ako je putnik na odredišnu destinaciju stigao sa zakašnjenjem u odnosu na ugovoreno vrijeme predviđeno ugovorom o prevozu, i to:
- 2 sata u pogledu svih letova do 1.500 kilometara,

Putnik nema pravo na isplatu naknade zbog uskraćivanja ukrcavanja, ukoliko ne posjeduje dokumente, ili posjeduje neadekvatne dokumente (pasoš, putnička karta), jer opći uslovi prevoza avioprevoznika koji određuju da avioprevoznik može odbiti prevoz iz sigurnosnih, bezbjednosnih (safety) i zdravstvenih razloga, nisu u suprotnosti s Regulativom EU broj 261/2004. Činjenica da je putniku uskraćeno ukrcavanje, jer nije posjedovao validne putničke dokumente, ne lišava ga zaštite u skladu s odredbama Regulative, a na nadležnom sudu je da utvrdi da li je uskraćivanje ukrcavanja bilo opravdano ili ne.[9] S druge strane, radit će se o uskraćivanju ukrcaja ako se putnicima ukrcaj uskrati zbog pogreške zemaljskog osoblja pri provjeri njihovih putnih isprava (uključujući vize).

Ne radi se o uskraćivanju ukrcavanja ako putnik ne posjeduje validnu dokumentaciju za kućnog ljubimca.[10] Također, avioprevoznici su uslijed sprečavanja širenja virusa COVID-19 i postupanja u skladu s preporukama najvažnijih međunarodnih organizacija civilnog vazduhoplovstva, uveli obavezu nošenja maski za sve vrijeme putovanja, osim za vrijeme konzumiranja hra-

- 3 sata u pogledu letova unutar EU preko 1.500 kilometara i za sve druge letove koji iznose između 1.500 do 3.500 kilometara,
- 4 sata za ostale letove, koji nisu obuhvaćeni navedenim alinejama.

U slučaju uskraćivanja ukrcavanja protiv volje putnika, avioprevoznik je obavezan pružiti slijedeću pomoć, i to alternativno:

- vratiti troškove u roku od 7 (sedam) dana u visini putne karte koja je kupljena za dio ili dijelove putovanja koja nisu ostvarena i za dio ili dijelove koji su ostvareni, ako let više ne služi svrsi koju je putnik prvobitno planirao, zajedno sa, kad je to relevantno, povratnim letom u prvu tačku polaska, što je prije moguće,
- preusmjeriti putovanje, prema sličnim uslovima prevoza, što je prije moguće do krajnjeg odredišta,
- preusmjeriti put prema sličnim uslovima prevoza, do krajnjeg odredišta nekog kasnijeg datuma, kako je putniku prihvatljivo, u zavisnosti od dostupnosti slobodnih mjesta.

Pored jedne od navedenih alternativnih mogućnosti, putnik ima pravo na:

- besplatan obrok i osvježenje srazmjerno vremenu čekanja,
- hotelski smještaj (ako je neophodno jedno ili više noćenja, ili je neophodno da putnik ostane duže nego što je planirao),
- prevoz od aerodroma do mjesta smještaja (hotela),
- dva besplatna telefonska poziva, poruke putem teleksa ili faksa ili elektronske pošte. Član 4. Regulative EU broj 261/2004.

9 Evropski sud pravde, Predmet *D.Z. v Blue Air - Airline Management Solutions SRL (C-584/18).*

10 Smjernice za tumačenje Regulative (EZ) br. 261/2004 Europskog parlamenta i Vijeća o utvrđivanju općih pravila odštete i pomoći putnicima u slučaju uskraćenog ukrcaja i otkazivanja ili dužeg kašnjenja leta u polasku te Regulativa Vijeća (EZ) br. 2027/97 o odgovornosti avioprevoznika u slučaju nesreća kako je izmijenjena Regulativom (EU) br. 889/2002 Europskog parlamenta i Vijeća.

ne i pića, obavezu popunjavanja zdravstvenih upitnika, mjerenja temperature i sl. S tim u vezi, neće se raditi o uskraćivanju ukrcavanja, ako putnik ne postupa u skladu s propisanim zdravstvenim mjerama od strane avioprevoznika, što može za posljedicu imati narušavanje zdravlja ostalih putnika.

U slučaju kašnjenja putnika na povezujući let, ne radi se o uskraćivanju ukrcavanja.[11] Kod primjene instituta uskraćivanja ukrcavanja, avioprevoznik se ne može pozivati na vanredne okolnosti, dok se kod otkazivanja leta i dugotrajnog kašnjenja avioprevoznik može pozivati na primjenu instituta vanrednih okolnosti u smislu člana 5. stav 3. Regulative EU broj 261/2004.

3.2. Otkazivanje leta prema Regulativi EU broj 261/2004

Otkazivanje leta je izostanak leta koji je prethodno bio predviđen, i na kojem je rezervirano najmanje jedno mjesto.[12] Teret dokazivanja u vansudskom ili sudskom postupku u pogledu otkazivanja leta, kao i to da li je i kada putnik obaviješten o otkazivanju leta, jeste na avioprevozniku. Prava putnika u Bosni i Hercegovini u slučaju otkazivanja leta utvrđena su članom 30. Zakona o obligacionim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu.

Otkazivanje leta obuhvaća i slučaj vazduhoplova koji poleti, ali je zatim, iz bilo kojih razloga, prisiljen vratiti se na aerodrom polazišta gdje se putnici tog vazduhoplova premjeste na druge letove. Naime, činjenica da se polijetanje provelo, ali je nakon toga vazduhoplov uslijed nepovoljnih vremenskih prilika bio prinuđen da se vrati na polazni aerodrom, bez da je stigao na odredište iz njegovog plana putovanja, znači da se ne može smatrati da je taj let, kako je bio prvobitno planiran, proveden, te se smatra otkazanim.[13] Otkazanim letom smatra se i preusmjereni let, osim ako je putnik pristao na preusmjeravanje ili je let preusmjeren na aerodrom koji služi istom gradu ili regiji. U slučaju otkazivanja leta, putnik ima uslovno pravo na novčanu naknadu i alternativno pravo na povrat cijene karte i povratni let ili preusmjeravanje i pravo na pomoć.[14]

---

[11] *XA ZR 78/08, NJW 2009.2740 o XA ZR 113/08, NJW (2009)*, 2743, Federal Court of Justice.

[12] Član 2. stav 1. tačka EU Regulative broj 261/2004.

[13] Evropski sud pravde, Predmet *C-83/10, Sousa Rodríguez i dr. ECLI:EU:C:2011:652*, stav 28.

[14] U slučaju otkazivanja leta u skladu sa uslovima predviđenim Regulativom EU broj 261/2004 putnik ima pravo na pomoć i to alternativno:
- u roku od 7 (sedam) dana isplata cijene putne karte koja je kupljena za dio ili dijelove putovanja koja nisu ostvarena i za dio ili dijelove koji su ostvareni, ako

Avioprevoznik nije dužan isplatiti naknadu ako dokaže da je otkazivanje leta uzrokovano vanrednim okolnostima koje nisu mogle da se izbjegnu, iako su preduzete sve razumne mjere.

Putnik čiji je let otkazan ili je predmet dugotrajnog kašnjenja može zahtijevati plaćanje u skladu s pravom EU i u nacionalnoj valuti prebivališta putnika. Odbijanje avioprevoznika da isplati naknadu – zakonske penale u nacionalnoj valuti, nije u skladu s načelom zaštite prava putnika i principom jednakog tretmana oštećenih putnika.[15]

let više ne služi svrsi koju je putnik prvobitno planirao, zajedno sa, kad je to relevantno, povratnim letom u prvu tačku polaska, što je prije moguće,
- preusmjeravanje putovanja, prema sličnim uslovima prevoza, što je prije moguće do krajnjeg odredišta,
- preusmjeravanje puta prema sličnim uslovima prevoza, do krajnjeg odredišta nekog kasnijeg datuma, kako je putniku prihvatljivo, u zavisnosti od dostupnosti slobodnih mjesta,

kao i na:
- besplatan obrok i osvježenje srazmjerno vremenu čekanja,
- dva besplatna telefonska poziva, poruke putem teleksa ili faksa ili elektronske pošte.

U slučaju promjene rute putovanja, ako je realno očekivano vrijeme polijetanja vazduhoplova najkasnije jedan dan od dana otkazivanja redovnog leta, putnik ima pravo na:
- hotelski smještaj (ako je neophodno jedno ili više noćenja, ili je neophodno da putnik ostane duže nego što je planirao) i
- prevoz od aerodroma do mjesta smještaja (hotela).

Putnik ima pravo na isplatu naknade u slučaju otkazivanja leta, osim ako je:
- informiran o otkazivanju leta najmanje dvije sedmice prije ugovorenog polaska po redu letenja ili
- obaviješten o otkazivanju leta između sedam do četrnaest dana prije polaska predviđenog po redu letenja i ako mu je ponuđeno preusmjeravanje putovanja koje omogućava da otputuje najviše dva sata prije polaska predviđenog po redu letenja i da stigne na krajnje odredište u okviru četiri sata od vremena polaska predviđenog po redu letenja ili
- obaviješten o otkazivanju leta u roku od sedam dana, prije vremena predviđenog po redu letenja i ponuđeno mu je preusmjeravanje puta, na način da otputuje najviše jedan sat prije polaska predviđenog po redu letenja i da stigne na krajnje odredište u okviru dva sata od vremena dolaska, predviđenog po redu letenja.

[15] Evropski sud pravde, Predmet *Delfly v Smartwings Poland (C-356/ 19)*,

3.3. Kašnjenje prema Regulativi EU broj 261/2004 i njen odnos prema Varšavskom sistemu i Montrealskoj konvenciji

Pod kašnjenjem u smislu Regulative EU broj 261/2004 podrazumijeva se kašnjenje u odlasku, ali ne i kašnjenje putnika u dolasku. U slučaju kašnjenja, putnik ima pravo na povrat sredstava ili pravo na preusmjeravanje ili pravo na pomoć, ali nema pravo na novčanu naknadu. S druge strane, prema Montrealskoj konvenciji pod kašnjenjem se podrazumijeva kašnjenje putnika u dolasku.

Uskraćivanje ukrcavanja i otkazivanje leta su pravni instituti koji nisu regulirani odredbama Varšavskog sistema i Montrealske konvencije. U slučaju uskraćivanja ukrcavanja i otkazivanja leta, za putnika nije došlo do realizacije ugovora o prevozu, a predmet Varšavskog sistema i Montrealske konvencije su događaji do kojih je došlo za vrijeme realizacije ugovora o prevozu. S druge strane, institut kašnjenja reguliran je i odredbama Regulative EU broj 261/2004 i odredbama Varšavskog sistema i Montrealske konvencije.

U Bosni i Hercegovini, odgovornost avioprevoznika u slučaju kašnjenja putnika prema Regulativi EU broj 261/2004 utvrđena je članom 31. Zakona o obligacionim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu BiH.

Avioprevoznici su osporavali zakonitost Regulative EU broj 261/2004, smatrajući da njen predmet ne mogu biti dugotrajna kašnjenja, s obzirom na to da je odgovornost avioprevoznika za štetu nastalu kašnjenjem definirana odredbama Varšavskog sistema i Montrealske konvencije.

Sudovi su, utvrđujući opravdanost prigovora avioprevoznika, smatrali da Regulativa EU broj 261/2004 nije u suprotnosti s Montrealskom konvencijom i njenim odredbama o kašnjenju, kao ni sa kaznenim odredbama Varašavske i Montrealske konvencije, iz slijedećih razloga:

- kašnjenje je skoro identično za sve putnike na predmetnom letu, i naknada je standardizirana i predstavlja oblik hitne pomoći ili njege za svakog putnika i
- individualna šteta je varijabilna i utvrđuje se u svakom pojedinačnom slučaju.[16]

[16] Evropski sud pravde, Predmet *C-344/04.*

Predmet Regulative EU broj 261/2004 je naknada identične zakonske kazne – naknade koju su pretrpjeli svi putnici na letu, a predmet Montrealske konvencije je individualna šteta, koja se utvrđuje posebno za svakog putnika.[17]

Drugim riječima, putnici mogu potraživati isplatu naknade i prema odredbama Regulative EU broj 261/2004 i prema odredbama Varšavskog sistema ili Montrealske konvencije.

Evropski sud pravde smatra da su standardizirani iznosi utvrđeni Regulativom EU broj 261/2004 nezavisni u primjeni od Montrealske konvencije.[18] Na ovaj način, Evropski sud pravde je izjednačio gubitak vremena preko tri sata sa naknadom štete iz Montrealske konvencije. Međutim, netačna je tvrdnja Evropskog suda pravde da su iznosi za sve putnike standardizirani, već se može reći da su djelimično standardizirani i da zavise od dužine leta.

Evropski sud pravde nadalje smatra da iste ili slične situacije ne smiju biti uređene na različite načine.[19]

Sudska praksa Varšavskog sistema i Montrealske konvencije je neprimjenjiva za Regulativu EU broj 261/2004.[20]

U slučaju *Sturgeon*, Evropski sud pravde presudio je da kašnjenje vazduhoplova od tri sata u dolasku predstavlja pravni osnov za isplatu naknade prema Regulativi EU broj 261/2004, tj. kašnjenje od tri sata je izjednačeno s otkazivanjem leta.

Međutim, ne može se raditi o otkazivanju leta, ma koliko bilo kašnjenje, ako su svi drugi aspekti leta ostali nepromijenjeni, prije svega broj leta.

---

[17] Sud smatra da standardizirana i hitna mjera pomoći i njege ne sprečava putnika da podigne tužbu u skladu s odredbama Montrealske konvencije. Dobrovoljno osiguranje nije adekvatna zamjena za pomoć avioprevoznika, jer dobrovoljno osiguranje ne garantuje da će avioprevoznik pružiti odmah pomoć putniku, a što je propisano Regulativom EU broj 261/2004. Neugodnost koju je doživio putnik ne smije biti u vezi s cijenom karte i ne može biti faktor na osnovu kojeg se utvrđuje obaveza avioprevoznika. Također, različito dosuđivanje odštete, u skladu s cijenom putničke karte, u suprotnosti je s načelima prava EU. Naknada u slučaju otkazivanja leta nije nepravična, jer avioprevoznik može isključiti odgovornost, ako dokaže da je do štete došlo zbog više sile. –*Quenn v. Department of Transport ECJ Celex Lexis 10 (2006), Case C – 344/04.*

[18] Evropski sud pravde, predmet: *Peter Rehler v. Air Baltic Corporation Case C-204/08*.

[19] Evropski sud pravde, predmet: *Böck v. Air France (C-432/07) 2007*

[20] *Wallentin – Hermann v. Alitalia, Wienna Commercial Court*, Case C-549/07

Također, kašnjenje od tri sata ili više na odredišnu destinaciju ne pruža pravni osnov putniku za isplatu naknade, pod uslovom da je dugotrajno kašnjenje uzrokovano vanrednim okolnostima, koje se nisu mogle predvidjeti, čak i da su sve razumne mjere poduzete, prije svega okolnosti koje su van kontrole avioprevoznika.[21]

Avioprevoznik nije dužan isplatiti naknadu u slučaju kašnjenja manjeg od tri sata na odredišnu destinaciju.

Nakon presude Evropskog suda pravde u slučaju *Sturgeon*, sudovi u Saveznoj Republici Njemačkoj donijeli su niz presuda u kojima smatraju da je uslov za isplatu naknade putniku da je do kašnjenja došlo i u odlasku i u dolasku, a što proizlazi iz uslova Regulative EU broj 261/2004 da se pod kašnjenjem podrazumijeva kašnjenje u odlasku, i uslova iz presude Evropskog suda pravde da se pod kašnjenjem podrazumijeva kašnjenje od preko tri sata.[22]

Prema jezičkom i ciljnom tumačenju Regulative EU broj 261/2004, dužnost isplate naknade postoji u slučaju otkazivanja leta i uskraćivanja ukrcavanja, a ista obaveza ne postoji u slučaju kašnjenja, dok prema presudi Evropskog suda pravde dužnost isplate naknade postoji u slučaju kašnjenja od tri ili više sati na odredišnu destinaciju.

Interesantno je primijetiti da se Evropski sud pravde nije referirao na član 5. stav 1. tačka ii), kojim je predviđeno da putnik nema pravo na isplatu naknade u slučaju da je obaviješten o otkazivanju leta između sedam do četrnaest dana prije polaska predviđenog po redu letenja i ako mu je ponuđeno preusmjeravanje putovanja koje omogućava putniku da otputuje najviše dva sata prije polaska predviđenog po redu letenja i da stigne na krajnje odredište u okviru četiri sata od vremena polaska predviđenog po redu

[21] Evropski sud pravde, predmet *Sturgeon (Joined Cases C 402/07 i C 432/07).*

[22] Općinski sud Rüsselsheim, presuda od 10. 8. 2011, broj C 72/11. Tužitelj je rezervirao dva leta na ruti Štutgart – Sjedinjene Američke Države s povezujućim letom u jednom američkom gradu. Vazduhoplov je poletio u skladu s planom leta iz Štutgarta, ali je naposljetku sletio s tri sata zakašnjenja na transfernu destinaciju, uslijed neplaniranog slijetanja u Amsterdam zbog tehničkog kvara na vazduhoplovu. Uslijed navedenog, tužitelj je propustio povezujući let do krajnje destinacije i preusmjeren je na drugi let i naposljetku stigao na krajnju destinaciju sa 4,5 sata zakašnjenja. Sud je presudio da putnik nema pravo na naknadu, jer nije postojalo kašnjenje u Štutgartu, već je do kašnjenja došlo uslijed neplaniranog slijetanja u Amsterdamu i propuštanja povezujućeg leta, a kako bi putnik imao pravo na naknadu, kašnjenje treba biti i u odlasku i dolasku. – Općinski sud Nurtingen, BGH Xa ZR 95/06.

letenja. Drugim riječima, kašnjenje preko četiri sata stvorilo bi pravni osnov za isplatu naknade. Međutim, Evropski sud pravde nije išao tom logikom, budući da je osnov za isplatu naknade baziran na otkazivanju leta i preusmjeravanju puta, a ne na kašnjenju, već je postavio standard da kašnjenje treba biti preko tri sata, kako bi se isplatila naknada prema Regulativi EU broj 261/2004.

Do otkazivanja leta u pravilu dolazi zbog jednog uzroka, sadržanog u vanrednim okolnostima koje avioprevoznik nije mogao predvidjeti, čak i da je poduzeo sve razumne mjere.

S druge strane, uzroci kašnjenja mogu biti višeobrazni.

Uzrok kašnjenja na odredišnu destinaciju preko tri sata može biti kombinacija faktora, kao što su loše vremenske prilike i tehnički kvar na vazduhoplovu.

S obzirom na to da je Evropski sud pravde izjednačio dugotrajno kašnjenje preko tri sata s otkazivanjem leta, a samim time i omogućio primjenu vanrednih okolnosti na dugotrajna kašnjenja u cilju isključenja odgovornosti, postavlja se pitanje, da li avioprevoznik može isključiti odgovornost za kašnjenje preko tri sata, ako je djelimično odgovoran za kašnjenje, a kašnjenje je djelimično nastalo zbog vanrednih okolnosti.

Sudska praksa nije dala odgovor na ovo pitanje, jer su sve dosadašnje presude i tumačenja išla u pravcu utvrđivanja jednog uzroka koji je doprinio posljedičnom događaju, a ne utvrđivanju više uzroka i njihovoj korelaciji u odnosu na štetnu posljedicu.

Evropski sud pravde nakon presude *Sturgeon* u slučaju Nelson ponovo je utvrdio da putnik ima pravo na naknadu u slučaju kašnjenja na odredišnu destinaciju preko tri sata i pružio je daljnje pojašnjenje za obavezu plaćanja naknade u slučaju kašnjenja vazduhoplova, te je utvrdio da naknada u slučaju kašnjenja predstavlja fiksnu, standardiziranu naknadu za neugodnost koju je pretrpio putnik. Također, pravna priroda naknade nije naknada štete i predstavlja pravo na naknadu zbog nedostatka komfora, uslijed činjenice da je putnik lišen mogućnosti upotrebe sredstava komunikacije. Nadalje, identična je naknada za sve putnike i nije neophodno procjenjivati individualnu situaciju putnika, te se može primijeniti odmah. Obaveza da se isplati naknada prema Regulativi EU broj 261/2004 je neuzročna i nezavisna je od prava na naknadu štete u skladu s članom 19. Montrealske konvencije.[23] Presuda Evropskog suda pravde kritizirana je u pravnoj teoriji iz

[23] Evropski sud pravde, predmet *Nelson i drugi, združeni predmeti C-402/07 i C-432/07.*

razloga što Montrealska konvencija primjenom načela monizma predstavlja ekskluzivno pravno sredstvo za naknadu štete u slučaju kašnjenja putnika, dok se Regulativom EU broj 261/2004 reguliše kašnjenje u polasku, a iz kojeg proizlazi pravo na pomoć, preusmjeravanje, ali ne i pravo na naknadu. Nadalje, gubitak vremena predstavlja neugodnost koja može proizaći iz kašnjenja i kao takva predstavlja pravni osnov za naknadu štete prema članu 19. Montrealske konvencije.

Postavlja se pitanje kako se računa kašnjenje u primjeni Regulative EU broj 261/2004. S tim u vezi, vrijeme dolaska, koje se upotrebljava za određivanje trajanja kašnjenja kojemu su putnici na letu bili izloženi, odgovara vremenu kada se najmanje jedna vrata vazduhoplova otvore, pri čemu se pretpostavlja da je u tom trenutku putnicima dozvoljeno napustiti vazduhoplov.[24] Evropska komisija smatra da bi stvarni avioprevoznik trebao zabilježiti vrijeme dolaska na temelju, naprimjer, potpisane izjave letne posade ili pružatelja zemaljskih usluga.[25]

Ako je više kumulativnih uzroka doprinijelo kašnjenju, avioprevoznik može isključiti odgovornost za kašnjenje preko tri sata, ukoliko može dokazati da nije odgovoran za uzrok koji je doprinio određenom kašnjenju (npr. loše vremenske prilike, pa ukoliko kašnjenje iznosi tri sata i četrdeset minuta, avioprevoznik može isključiti odgovornost za kašnjenje, ukoliko je kašnjenje od 50 minuta nastalo zbog loših vremenskih prilika, koje se smatraju vanrednim okolnostima, a preostalo kašnjenje je nastalo zbog tehničkog kvara vazduhoplova).

Postavlja se pitanje obaveza avioprevoznika za isplatu naknade u slučaju kašnjenja putnika na povezujući let.

Regulativa EU broj 261/2004 ne određuje transferna slijetanja vazduhoplova, već određuje krajnje odredište leta, kao odredište koje je navedeno u putnoj karti, koja se prezentuje na pultu za prijavljivanje putnika za let, ili u slučaju direktno povezanih letova, odredište posljednjeg leta. Dostupni

[24] Evropski sud pravde, predmet *C-452/13, German wings, ECLI:EU:C:2014:2141*, stavak 27.

[25] Smjernice za tumačenje Regulative (EZ) br. 261/2004 Europskog parlamenta i Vijeća o utvrđivanju općih pravila odštete i pomoći putnicima u slučaju uskraćenog ukrcaja i otkazivanja ili dužeg kašnjenja leta u polasku, te Regulative Vijeća (EZ) br. 2027/97 o odgovornosti avioprevoznika u slučaju nesreća kako je izmijenjena Regulativom (EZ) br. 889/2002 Europskog parlamenta i Vijeća https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016XC0615(01)&from=EN

alternativni letovi se ne računaju, ako je poštovano prvobitno planirano vrijeme dolaska.[26]

Regulativa EU broj 261/2004 kao polazište za kašnjenje uzima kašnjenje polijetanja vazduhoplova, dok presuda Evropskog suda pravde uzima kašnjenje na odredišnu destinaciju.

Evropski sud pravde presudio je da se kašnjenje na povezujući let ne može smatrati uskraćivanjem ukrcavanja, a samim time i ne pruža pravni osnov za isplatu naknade.[27]Sudovi se nisu izjašnjavali da li propuštanje ukrcavanja na povezujući let zbog kašnjenja vazduhoplova može biti pravni osnov za isplatu naknade, budući da prema presudi Evropskog suda pravde kašnjenje preko tri sata stvara pravni osnov za isplatu naknade.

Presuda Evropskog suda pravde ide u pravcu zaštite putnika i u suprotnosti je s ciljnim tumačenjem čl. 5,6 i 7. Regulative EU broj 261/2004.

U slučaju propuštanja povezujućeg leta, neophodno je utvrditi da li su letovi nezavisni jedan od drugog ili su povezani i čine jednu cjelinu.

Ukoliko se radi o nezavisnim letovima, avioprevoznik koji je prevezao putnika, odgovoran je za kašnjenje, ukoliko ono iznosi preko tri sata.

U slučaju direktnih povezujućih letova, i kašnjenja od 15 do 30 minuta na povezujući let mogu dovesti do propuštanja ukrcavanja na povezujući let i u konačnici do ukupnog kašnjenja putnika od tri ili više sati na odredišnu destinaciju.

Kašnjenje na direktni povezujući let je posredna šteta, a neposredna šteta sadržana je u kašnjenju na odredišnu destinaciju od preko tri sata. Prema mišljenju Ludger Giesberts i Guido Kleve (2010) nepravično bi bilo avioprevoznika proglasiti odgovornim za isplatu štete nastale kašnjenjem na povezujući let, a kašnjenje je manje ili više od 30 minuta.

U slučaju kašnjenja na povezujući let manjeg od dva sata, putnik je lišen pravnog sredstva za isplatu naknade, već će je moći nadoknaditi prema odredbama Varšavskog sistema ili Montrealske konvencije.

[26] Član 2 stav 1. tačka h) Regulative EU broj 261/2004.
[27] *XA ZR 78/08, NJW (2009). 2740*, potvrđena *XA ZR 113/08, NJW 2009: 2743.*

Premda Regulativa EU broj 261/2004 izričito ne predviđa, čini se opravdanim u slučaju kašnjenja na povezujući let od dva sata ili više, da putnik ima pravo na:

- besplatan obrok i osvježenje srazmjerno vremenu čekanja i
- dva besplatna telefonska poziva, poruke putem teleksa ili faksa ili elektronske pošte, a u slučaju kašnjenja od 5 (pet) sati ili više da putnik ima pravo na u roku od 7 (sedam) dana isplatu cijene putne karte koja je kupljena za dio ili dijelove putovanja koji nisu ostvareni i za dio ili dijelove koji su ostvareni, ako let više ne služi svrsi koju je putnik prvobitno planirao, zajedno sa, kad je to relevantno, povratnim letom u prvu tačku polaska, što je prije moguće.

Presuda Evropskog suda pravde u slučaju *Sturgeon* primjenjiva je i u čak manjem broju slučajeva, jer se kašnjenje ne određuje prema momentu polijetanja vazduhoplova, već prema momentu slijetanja vazduhoplova, te avioprevoznik može isključiti odgovornost za kašnjenje dokazivanjem postojanja vanrednih okolnosti (Van Dam, 2011).

Presuda Evropskog suda pravde doživjela je snažan otpor prije svega u njemačkoj sudskoj praksi. Jedinstven stav njemačke sudske prakse je da član 1. Regulative EU broj 261/2004 jasno pravi distinkciju između otkazivanja leta, uskraćivanja ukrcavanja i dugotrajnog kašnjenja.

Imajući u vidu ciljeve i jezik Regulative EU broj 261/2004, kao i podjelu vlasti, jasno je da sudovi ne smiju zamijeniti zakonodavno tijelo, kako bi dobili odgovarajući rezultat, koji sud smatra pravičnim u cilju zaštite putnika.

U svrhu primjene odredbe, u skladu s njenim jasno definiranim ciljem, takvo izjednačavanje ne smije biti nenamjerno nedovršeno, uprkos pojedinačnim interesima.

Otkazivanje leta, uskraćivanje ukrcavanja i dugotrajno kašnjenje su tri različita pojma, s različitim pravnim posljedicama.[28]

[28] Također, razlika između uskraćivanja ukrcavanja, otkazivanja leta i dugotrajnog kašnjenja postaje beznačajna i zastarjela ako se različite pravne posljedice prilagođavaju presudi Evropskog suda pravde. Nejasno je kako je Evropski sud pravde izjednačio dugotrajno kašnjenje s otkazivanjem leta, imajući u vidu tačku 15. preambule Regulative EU broj 261/2004. Tačka 15. pojašnjava vanredne okolnosti iz tačke 14. preambule. Druge tačke preambule ne upućuju na zaključak da bi otkazivanje leta, uskraćivanje ukrcavanja i dugotrajno kašnjenje imalo iste pravne posljedice. Tačka 9. i tačka 12. preambule za svoj predmet imaju otkazivanje leta i uskraćivanje ukrcavanja. Obje tačke spominju isplatu naknade. S druge strane, tačka 17. koja za svoj predmet ima posljedice dugotrajnog

3.4. Alternativni vazdušni prevoz u slučaju uskraćivanja ukrcavanja ili otkazivanja leta

I u slučaju uskraćivanja ukrcavanja i otkazivanja leta, putnik ima pravo na preusmjeravanje leta,[29] prema sličnim uslovima prevoza, što je prije moguće do krajnjeg odredišta, ili preusmjeravanje leta prema sličnim uslovima prevoza, do krajnjeg odredišta nekog kasnijeg datuma, kako je putniku prihvatljivo, u zavisnosti od dostupnosti slobodnih mjesta.

Pravo na alternativni vazdušni prevoz putnik ima i u slučaju postojanja vanrednih okolnosti.

Avioprevoznik u opštim uslovima prevoza može utvrditi pod kojim uslovima će putniku omogućiti alternativni vazdušni prevoz u slučaju otkazivanja leta ili uskraćivanja ukrcavanja.

Međutim, avioprevoznik nije dužan ponuditi putniku preusmjeravanje leta i alternativni vazdušni prevoz, u slučaju da je:

- nemoguće putniku omogućiti alternativni prevoz,
- alternativni prevoz nesvrsishodan i skup i
- ugovoreni prevoz strogo lični ugovor (Josep M. BechSerrat, 2011).

Putniku je nemoguće omogućiti prevoz u slučaju da se let treba obaviti prema državi koja je iznenada ili u dužem vremenskom razdoblju zahvaćena ratnim dešavanjima.

Avioprevoznik je, prije nego što ocijeni da je alternativni prevoz skup ili nesvrsishodan, dužan da ispita sve mogućnosti koje mu stoje na raspolaganju za alternativni prevoz.

---

kašnjenja, isključivo se referira na pružanje pomoći i mogućnost otkazivanja leta s naknadom troškova ili obezbjeđenja leta za nastavak putovanja, pod zadovoljavajućim uslovima. U tom smislu, kod dugotrajnih kašnjenja ne jamči se naknada štete. – Local Court Nuertingen, Local Court Charlotteburg, judgement No. 211 c 268/10 dated 13. 1. 2011, Local Court Frankfurt, Dated 21. 12. 2010, judgement No 30 C 1351/10-20, Local Court Cologne Judgement dated 1. 3. 2011. No 147 C 210/10, Local Court Wedding, 13. 5. 2011, No 4 C 392/09, Local Court Luebeck, 20. 1. 2011. No 33 C 3038/10,

[29] Pored preusmjeravanja puta, putnik ima pravo na vraćanje troškova u slučaju uskraćivanja ukrcavanja ili otkazivanja leta. Međutim, avioprevoznici u pravilu putnicima ne nude naknadu troškova, jer im je isplativije ponuditi alternativni vazdušni prevoz.

Ugovor o prevozu nije lični ugovor, jer je *causa* ugovora prevoz putnika do odredišne destinacije, a ne prevoz putnika koji treba da izvrši tačno određeni avioprevoznik.

U pravilu, irelevantno je da li vazdušni prevoz treba da izvrši ugovorni avioprevoznik ili neki drugi avioprevoznik, jer ugovor o prevozu nije lični ugovor. Drugim riječima, umjesto ugovornog avioprevoznika, alternativni prevoz može izvršiti i drugi avioprevoznik.

Postavlja se pitanje, da li alternativni prevoz treba biti obavljen isključivo vazdušnim putem ili se mogu koristiti drugi vidovi prevoza. Prevoz se može obaviti i željeznicom, autobusom, čak i brodom, ukoliko je to svrsishodnije.

Ako alternativni vazdušni prevoz ne korespondira s ugovorenim vazdušnim prevozom, tj. izvršeno je preusmjeravanje leta na način da je prevoz obavljen do najbližeg aerodroma, u odnosu na aerodrom na koji je trebao biti prema ugovoru o prevozu s ugovornim avioprevoznikom, u tom slučaju putnik ima pravo na naknadu troškova kopnenog, željezničkog ili cestovnog prevoza do odredišnog aerodroma.

U slučaju slijetanja vazduhoplova na aerodrom Orly, umjesto na aerodrom Charle de Gaulle, putnik ima pravo na naknadu troškova do aerodroma Charle de Gaulle, ili do odredišne destinacije koja je u zoni aerodroma Charle de Gaulle, osim u slučaju da ti troškovi nisu svrsishodni. Također, na liniji Beč – Sarajevo, u slučaju alternativnog vazdušnog prevoza do Mostara, umjesto prvobitnog ugovorenog slijetanja vazduhoplova na Međunarodni aerodrom Sarajevo, putnik ima pravo na naknadu troškova prevoza od Mostara do Sarajeva od strane ugovornog avioprevoznika.

Pravni standard je da alternativni vazdušni prevoz treba biti obezbijeđen u razumnom roku. Šta se podrazumijeva pod razumnim rokom, utvrđuje se u svakom slučaju posebno.

Sporno je da li putnik bez saglasnosti avioprevoznika može obezbijediti alternativni prevoz ili alternativni prevoz treba biti obezbijeđen od strane avioprevoznika.

Zamjenski vazdušni prevoz može pored avioprevoznika obezbijediti i putnik, s tim da troškove zamjenskog vazdušnog prevoza treba snositi ugovorni avioprevoznik (Bech Serrat, 2011).

U praksi može postojati problem ako je ugovor o prevozu zaključen s niskotarifnim avioprevoznikom, a putniku je uskraćeno ukrcavanje protiv njegove

volje ili je let otkazan, a putnik je sebi obezbijedio zamjenskog redovnog avioprevoznika, po cijeni većoj ili znatno većoj od cijene ugovorene s niskotarifnim (*low cost carrier*) avioprevoznikom.

Niskotarifni avioprevoznici mogu odbijati naknadu troškova zamjenskog leta, jer Regulativa EU broj 261/2004 šuti o mogućnosti obezbjeđivanja alternativnog leta od strane putnika, dok će kod redovnih avioprevoznika mogućnost naplate troškova zamjenskog leta biti znatno izglednija.

U slučaju nedobrovoljnog uskraćivanja ukrcavanja ili otkazivanja leta, putnik može izabrati naknadu troškova umjesto preusmjeravanja puta.

3.5. Distinkcija između dugotrajnog kašnjenja i otkazivanja leta prema Regulativi EU broj 261/2004

U pravnoj teoriji evropsko-kontinentalnog prava većinski zastupljeno mišljenje je da se u slučaju otkazivanja leta radi o neizvršenju ugovorne obaveze, dok u slučaju kašnjenja postoji nepotpuno izvršenje ugovorne obaveze. S druge strane, pravo skandinavskih država i pravo SAD-a u sadržajnom smislu pod kašnjenjem podrazumijevaju i zakašnjelo ispunjenje i neizvršenje ugovorne obaveze (Dempsey & Johansson 2010).

Također, do otkazivanja leta dolazi prije operacije vazduhoplova, dok do kašnjenja može doći i prije polijetanja vazduhoplova (čekanje odobrenja za polijetanje vazduhoplova od kontrole leta, kašnjenje putnika s ukrcavanjem u vazduhoplov, pregled vazduhoplova od strane policijskih i carinskih organa, itd.) i za vrijeme leta vazduhoplova (loše vremenske prilike, nedobijanje odobrenja za slijetanje vazduhoplova od strane kontrole leta, tehnički kvar na vazduhoplovu itd.).

Postavlja se pitanje postoji li trenutak kada se dugotrajno kašnjenje može smatrati otkazivanjem leta.

Kašnjenje se, ma koliko dugotrajno bilo, ne može smatrati otkazivanjem leta u slučaju da je vazduhoplov poletio s aerodroma u skladu s planom leta i nije se vratio nakon polijetanja na polazni aerodrom. Let se može smatrati otkazanim u slučaju da je ugovorni avioprevoznik omogućio putniku let sa zamjenskim avioprevoznikom, čiji plan leta ne odgovara rezerviranom i prvobitno ugovorenom letu (Van Dam, 2011).

Na ovaj način napravljena je jasna distinkcija između dugotrajnog kašnjenja i otkazivanja leta, s primarnim kriterijem razmatranja broja leta i ugovorenog datuma i sata polijetanja i slijetanja vazduhoplova.

4. Pravna priroda naknade – kompenzacije

U slučaju da je avioprevoznik postupao u suprotnosti s odredbama Regulative EU broj 261/2004, obavezan je pod određenim uslovima da putniku isplati naknadu u rasponu od 250 do 600 EUR. Avioprevoznik i putnik mogu se sporazumno dogovoriti oko drugačije naknade, ali samo pod uslovom da putnik potpiše dokument – potvrdu da je upoznat sa svojim pravima u skladu s odredbama Regulative EU broj 261/2004.

Iznos naknade zavisi od rute putovanja, koja se određuje preko velikog kruga ortodroma, a vezana je za pojam konačnog odredišta koje je definirano u članu 2. tački (h) Regulative EU broj 261/2004 kao destinacija na karti predstavljenoj na šalteru za registraciju putnika ili, u slučaju izravno povezanih letova, odredište zadnjeg leta. S tim u vezi, Evropski sud pravde utvrdio je da se konačno odredište mora temeljiti na udaljenosti "rute preko velikog kruga ortodroma" između mjesta polaska i konačnog odredišta, tj. na "putovanju", a ne zbrajajući udaljenosti "ruta preko velikog kruga ortodroma" između niza predmetnih povezanih letova koji čine "putovanje".[30] Pod ortodromom se podrazumijeva najkraći put između dvije tačke na zemaljskoj kugli, a u smislu međunarodnog vazdušnog saobraćaja najkraći put između polaznog i krajnjeg odredišta. Značaj utvrđivanja pojma "let" vezan je za pitanje primjenjivosti Regulative EU broj 261/2004, te pitanje naknade u slučaju uskraćivanja ukrcavanja, otkazivanja leta i kašnjenja.

U slučaju otkazivanja leta, avioprevoznik nije obavezan isplatiti naknadu putniku, isključivo pod uslovom da je putnika o otkazivanju leta obavijestio u roku dužem od 15 dana od dana planiranog leta i u slučaju postojanja vanrednih okolnosti.

Regulativom EU broj 261/2004 nije utvrđen rok u kojem je avioprevoznik obavezan isplatiti naknadu putniku, što je nedostatak Regulative, a u slučaju uskraćivanja ukrcavanja, naknada putniku bi trebala biti odmah isplaćena. Naknada putniku isplaćuje se u gotovini, elektronskim bankovnim transferom, bankovnim nalogom ili bankovnim čekovima ili, uz pisanu saglasnost putnika, u putnim vaučerima i/ili drugim uslugama.[31]

Postavlja se pitanje koja je pravna priroda naknade koju je obavezan avioprevoznik isplatiti putniku. U pravnom smislu, naknada je zakonska kazna – penal na koju putnik ima pravo bez obzira na to da li je putnik za vrijeme putovanja pretrpio štetu. S druge strane, pojam štete podrazumijeva sma-

[30] Evropski sud pravde, Predmet *C-11/11, Folkerts, ECLI:EU:C:2013:106*, st.18.
[31] Član 7. stav 3. Regulative EU broj 261/2004.

njenje imovine putnika ili sprečavanje njenog povećanja. Visina naknade je utvrđena zakonom, a ne ugovorom o prevozu između putnika i avioprevoznika. Također, visina naknada štete se u pravilu ne utvrđuje ugovorom, dok je zakonom – Regulativom utvrđen iznos naknade štete. Isplata naknade – zakonske kazne ne sprečava putnika da traži naknadu štete, tj. putnik ima pravo tražiti naknadu – isplatu zakonske kazne od avioprevoznika u skladu s odredbama Regulative EU broj 261/2004 i naknadu štete primjenom odredbi Montrealske konvencije. U skladu s odredbama nacionalnog prava, nadležni sud može smanjiti iznos naknade štete, koju bi inače dosudio da putniku ne pripada naknada u skladu s odredbama Regulative EU broj 261/2004. Evropski sud pravde odlučio je da je pravni osnov za traženje dodatne naknade štete sadržan u članu 12. Regulative EU broj 261/2004 u skladu s kojim je putnik ovlašten tražiti naknadu štete, jer nije mogao biti prisutan na poslu, pod uslovom da nacionalno pravo to dopušta. Također, nacionalni sudovi mogu smanjiti iznos naknade štete, ali nisu obavezni, jer Regulativa EU broj 261/2004 ne sadrži takvu obavezu.[32] Avioprevoznik je obavezan isplatiti naknadu putniku i u slučaju da je drugo pravno lice odgovorno za povredu prava putnika. Naime, avioprevoznik je obavezan isplatiti naknadu putniku i u slučaju da je ugovor o prevozu zaključen putem agencije za prodaju aviokarata koja nije pravovremeno prenijela informacije o letu putniku, uslijed čega je putnik zakasnio na let.[33] Prava putnika i obaveza isplata naknade putniku u skladu s odredbama Regulative EU broj 261/2004 su imperativne prirode i avioprevoznik ugovorom o prevozu ne može utvrditi manja prava od prava utvrđenih Regulativom EU broj 261/2004, tj. avioprevoznik ne može ugovorom o prevozu ograničiti ili isključiti odgovornost, posebno putem derogirajućih ili ograničavajućih klauzula u ugovoru o prevozu. Naime, ništave su odredbe u ugovoru o prevozu kojim su utvrđena manja prava od prava utvrđenih Regulativom EU broj 261/2004.

Ako avioprevoznik putniku isplati naknadu ili pruži pomoć u suprotnosti s Regulativom EU broj 261/2004, putnik će moći pokrenuti postupak za dodatnu isplatu naknade pred međunarodno nadležnim sudom.[34] Putnik kojem je isplaćena naknada uslijed otkazivanja leta i koji je pristao na preusmjeravanje leta i na kojem je došlo do kašnjenja, ima pravo na isplatu

[32] Evropski sud pravde, predmet *Rusu & Anor v SC Blue Air (C-354/18), 2018.*
[33] Evropski sud pravde, predmet *Bas Jacob Adriaan Krijgsman v. Suriname Luchtvart Maatschappij, 2017.*
[34] Član 15. Regulative EU broj 261/2004.

naknade i na preusmjerenom letu, ako je kašnjenje na tom letu preko tri sata.[35]

Odredba o premještaju putnika u viši ili niži razred uslovno je vezana za isplatu naknade putniku, ali nema veliku praktičnu primjenu. Osnovno pravilo je da se naknada ne plaća za let na kojem je putnik bio premješten u viši razred, a plaća se isključivo u slučaju da je putnik premješten u niži razred. U slučaju prebacivanja putnika u niži razred, avioprevoznik je obavezan isplatiti naknadu u roku od sedam dana.[36] U slučaju više povezujućih letova putnika, naknada se isplaćuje isključivo za let na kojem je putnik bio premješten u niži razred, a ne za cjelokupnu rutu putovanja putnika.[37]

Izuzev u slučaju dobrovoljnog odustajanja od rezervacije, putnici imaju pravo na dodatnu isplatu naknade, koja je predviđena posebnim propisima. Naknada odobrena u skladu s Regulativom EU broj 261/2004 može se odbiti u slučaju dosuđene ili isplaćene dodatne štete.[38]

---

[35] Nekoliko putnika je rezerviralo direktni let na liniji Helsinki – Singapur s avioprevoznikom Finnair. Taj let je bio otkazan uslijed tehničkih problema na vazduhoplovu. Putnici su preusmjereni na redovni let za slijedeći dan, s vremenom dolaska u Singapur dana 13.10. u 17:25sati. Finnairov preusmjereni let bio je na ruti Helsinki – Chonging – Singapur. Međutim, uslijed tehničkih problema preusmjereni let je stigao sa zakašnjenjem u Singapur u 12:15 sati, dana 14. 10. 2013. godine. Putnici su podnijeli tužbu u kojoj su tražili naknadu od 600 eura zbog otkazivanja leta na ruti Helsinki – Singapur. Također su tražili od Finnaira isplatu 600 eura na ime kašnjenja od preko tri sata na odredišnu destinaciju. – Presuda Evropskog suda pravde, predmet *A and Others v Finnair Oyj (C-832/18), 2018*.

[36] Pored prava na naknadu uslijed uskraćivanja ukrcavanja, otkazivanja leta i dugotrajnog kašnjenja (pružanje pomoći), putnik ima pravo na naknadu troškova u slučaju da stvarni avioprevoznik smjesti putnika u klasu nižu od one, za koju je putnik kupio putničku kartu. U tom slučaju, avioprevoznik je dužan putniku nadoknaditi:
- 30% cijene putničke karte za sve letove do 1.500 kilometara,
- 50% cijene putničke karte za letove unutar EU, i za sve druge letove između 1.500 – 3.500 kilometara i
- 75% cijene putničke karte za sve ostale letove preko 3.500 kilometara.

Pored putnika, tužbu za isplatu naknade protiv avioprevoznika može podići i organizator putovanja, ukoliko je neizvršenjem ili manjkavim izvršenjem ugovora pretrpio štetu.

[37] Iznos naknade koji pripada putniku utvrđen je članom 10. Regulative EU 261/2004, a u Bosni i Hercegovini reguliran je članom 35. Zakona o obligacionim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu Bosne i Hercegovine.

[38] Član 12. Regulative EU broj 261/2004.

5. Pravo na pomoć – zbrinjavanje

Pravo na pomoć putnik ima u slučaju otkazivanja leta, uskraćenog ukrcavanja i dugotrajnog kašnjenja. Pravo na pomoć putnik ima i u slučaju postojanja vanrednih okolnosti u smislu člana 5. stav 3. Regulative EU broj 261/2004. U Bosni i Hercegovini pravo na pomoć definirano je članom 34. Zakona o obligacionim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu. Pravo na pomoć podrazumijeva pravo putnika na besplatna dva telefonska poziva, ili upotrebu drugog sredstva komunikacije zajedno s obrokom i osvježenjem, kao i u slučaju potrebe besplatan prevoz između aerodroma i hotela i *vice versa* i hotelski smještaj putnika. Iz sistemskog tumačenja Regulative EU broj 261/2004 proizlazi da putnik ima pravo na obrok i osvježenje u slučaju da odlazni ili povezujući let kasni dva sata ili u slučaju otkazivanja leta i preusmjeravanja putnika na drugi let u slučaju čekanja od preko dva sata. Interval od dva sata za pružanje pomoći proizlazi iz sadržaja informacije koju je avioprevoznik obavezan prezentirati putniku.[39]

Pravo na pomoć u slučaju otkazivanja leta, uskraćenog ukrcavanja i dugotrajnog kašnjenja postoji sve dok putnik ne prihvati naknadu u skladu s odredbama Regulative EU broj 261/2004, a ako putnik prihvati preusmjeravanje prvim narednim letom, pravo na pomoć se može realizirati, sve dok putnik mora čekati na preusmjeravanje prvom mogućom prilikom prema svojem konačnom odredištu. Pravo na pomoć nije vremenski ograničeno, a u slučaju da avioprevoznik ne pruži pomoć putniku, putnik ima pravo na razmjernu i odgovarajuću naknadu, a čija visina zavisi od pojedinosti svakog slučaja posebno.[40] Kao što je već rečeno, avioprevoznik je obavezan pružiti pomoć putniku i u slučaju vanrednih okolnosti, kao što je npr. bila erupcija vulkana u Islandu iz 2010. godine.

Obaveza avioprevoznika da obezbijedi besplatan hotelski smještaj ne podrazumijeva obavezu avioprevoznika da isplati štetu putniku koji je uzrokovao zaposlenik hotela putniku.[41] Evropska komisija u Interpretativnom vodiču iz 2016. godine smatra da putnici ne smiju biti prepušteni sami sebi, npr.

---

[39] Članom 14. stav 2. Regulative EU broj 261/2004 utvrđeno je: "Stvarni avioprevoznik koji uskrati ukrcaj ili otkazuje let dužan je svakom putniku uručiti pisanu obavijest koja sadrži pravila za odštetu i pomoć u skladu s ovom Uredbom. Isto tako, svakom putniku kojem let kasni najmanje dva sata, treba osigurati istu takvu obavijest. Kontakt informacije nacionalnog odgovornog tijela iz člana 16. također treba dati putniku u pisanom obliku."

[40] Evropski sud pravde, Predmet *Denise McDonagh v. Ryaniar Ltd, C – 12. 11. 2013.*

[41] Evropski sud pravde, Predmet *C-530/19NIKI Luftfahrt GmbH v ON.*

da pronađu i plate smještaj ili hranu.[42] Ipak, obaveza pružanja pomoći nije apsolutna. Naime, iz recitala 18. Regulative EU broj 261/2004 proizlazi da zbrinjavanje putnika koji čekaju zamjenski ili let koji kasni može biti ograničeno ili uskraćeno, ako bi samo osiguravanje tog zbrinjavanja moglo prouzročiti daljnje kašnjenje. Avioprevoznik nije obavezan pružiti pomoć putniku i platiti troškove hotelskog smještaja, hrane i pića, ako putnik samoinicijativno samostalno organizira smještaj. Pomoć putniku treba biti adekvatna, bez nametanja neodgovarajućih mjera avioprevozniku. Šta se podrazumijeva pod adekvatnom pomoći zavisi od slučaja do slučaja, ali kriteriji za adekvatnost koje treba imati u vidu su udaljenost aerodroma od mjesta prebivališta putnika, dostupnost i prosječne cijene hotela i restorana, postupanje avioprevoznika s putnicima u sličnim situacijama i pitanje balansiranja između adekvatne pomoći i nepotrebnih troškova avioprevoznika. S druge strane, pravo na pomoć u slučaju boravka u hotelu više noći ne podrazumijeva pravo putnika da boravi u istom hotelu, kao i u slučaju neslaganja oko izbora hotela između avioprevoznika i putnika, ne podrazumijeva pravo putnika da odluči samostalno o hotelskom smještaju. Također, pravo na naknadu troškova vezanih za pomoć – zbrinjavanje putnika može se ograničiti na odgovarajući nivo, a posebno imajući u vidu sve mjere koje poduzima avioprevoznik. U slučaju da putnik nije dobio kao pomoć hranu, osvježenje, telefonski poziv i sl. u trećoj državi prema pravilima države u kojoj se nalazi, ima pravo da traži pomoć u državi u kojoj se primjenjuje Regulativa EU broj 261/2004, a u slučaju da je dobio pomoć, npr. hranu i osvježenje u trećoj državi članici, nema pravo npr. da to traži na transfernom aerodromu ili krajnjoj destinaciji u EU.

Evropska komisija kao kriterij za pružanje pomoći putniku u slučaju neregularnosti postavlja kriterij proporcionalnosti u odnosu na zahtjev za pružanje pomoći u razumnom odnosu s vremenom čekanja, a koji podrazumijeva da se mora uzeti u obzir očekivano kašnjenje i doba dana (ili noći), pa tako u slučaju da je let odgođen kasno navečer, ali se može očekivati da će poći unutar nekoliko sati i da bi kašnjenje moglo biti mnogo veće, ako bi se putnici morali usred noći prebacivati u hotele i natrag do aerodroma, avioprevozniku trebalo bi biti dopušteno da odbije pružiti takvu pomoć. Slično tome, ako avioprevoznik namjerava dati vaučere za hranu i pića, a potom dobije obavijest da je let spreman za ukrcaj, avioprevoznik mora imati mogućnost uskratiti pružanje pomoći.[43]

---

[42] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016XC0615(01)&from=EN

[43] Smjernice za tumačenje Regulative (EZ) br. 261/2004 Europskog parlamenta i Vijeća o utvrđivanju općih pravila odštete i pomoći putnicima u slučaju uskraćenog ukrcaja i otkazivanja ili dužeg kašnjenja leta u polasku te Regulative Vijeća

6. Isključenje odgovornosti prema Regulativi EU broj 261/2004

Regulativa EU broj 261/2004 predviđa dvije zaštitne klauzule za avioprevoznika, sadržane u mogućnosti isključenja odgovornosti ako je događaj nastao uslijed vanrednih okolnosti koje nije mogao predvidjeti[44] i mogućnosti podizanja regresne tužbe od strane avioprevoznika protiv bilo koga, uključujući i organizatora putovanja ili drugog fizičkog ili pravnog lica s kojim ima zaključen ugovor, ako je avioprevoznik isplatio štetu i/ili ispunio druge obaveze.

S tim u vezi, da bi avioprevoznik isključio odgovornost zbog otkazivanja leta prema članu 5. stav 3. Regulative EU broj 261/2004 mora dokazati postojanje vanrednih okolnosti, koje se nisu mogle izbjeći da su sve razumne mjere poduzete.

Pod vanrednim okolnostima podrazumijeva se situacija u kojoj ishod odluke u pogledu upravljanja vazdušnim saobraćajem u vezi s određenim vazduhoplovom određenog dana dovodido dužeg kašnjenja, kašnjenja preko noći, ili otkazivanja jednog ili više letova tim vazduhoplovom, čak i ako je avioprevoznik poduzeo sve mjere da se kašnjenje ili otkazivanje leta izbjegne.[45] Tačka 14. preambule Regulative EU broj 261/2004 tačno definiše šta se podrazumijeva pod vanrednim okolnostima, koje obuhvataju:

- političku nestabilnost,
- meteorološke uslove u suprotnosti s operacijom vazduhoplova, bezbjedonosne rizike,
- neočekivane nedostatke vezane za bezbjednost leta i
- štrajkove koji utiču na operaciju vazduhoplova.

Izuzeće iz člana 5. stav 3. Regulative EU broj 261/2004 je drugog pravnog osnova u odnosu na izuzeće iz člana 20. Varšavske konvencije i člana 19. Montrealske konvencije, kojim se avioprevoznik izuzima od odgovornosti ako je poduzeo sve neophodne mjere da do štete ne dođe.

Izuzeće od odgovornosti prema odredbama Varšavskog sistema ili Montrealske konvencije odnosi se na isključenje odgovornosti za štetu nastalu kašnjenjem, dok se isključenje odgovornosti za štetu prema odredbama Regula-

(EZ) br. 2027/97 o odgovornosti avioprevoznika u slučaju nesreća kako je izmijenjena Regulativom (EZ) br. 889/2002 Europskog parlamenta i Vijeća.

44 Član 5. stav 3. EU Regulative broj 261/2004.

45 Tačka 15. preambule Regulative EU broj 261/2004.

tive EU broj 261/2004 odnosi na isključenje odgovornosti za štetu nastalu otkazivanjem leta i uskraćivanjem ukrcavanja.

Seizmičke aktivnosti na Islandu koje su dovele do erupcije vulkana 20. 3. 2010. godine dovele su do mnogobrojnih otkazivanja letova i zatvaranja vazdušnog prostora unutar EU.

Postavlja se pitanje, da li je avioprevoznik dužan isplatiti naknadu zbog otkazivanja leta?

U slučaju prirodnih katastrofa, vulkanskih erupcija, zemljotresa, poplava i dr., avioprevoznik može isključiti odgovornost za štetu nastalu otkazivanjem leta, jer se radi o vanrednom događaju, sadržanom u tački 14. preambule Regulative EU broj 261/2004, tj. meteorološkim uslovima u suprotnosti s operacijom vazduhoplova.

Imajući u vidu tačku 14. preambule Regulative EU broj 261/2004, jasno je da avioprevoznik u slučaju ratnog stanja ili kriznih političkih situacija nije dužan platiti štetu, a sve pod uslovom da se primjenjuje Regulativa EU broj 261/2004 (npr. let Minhen – Damask, ili let Franfkurt – Tripoli).

Također, štrajkovi aerodromskog operatora, kontrole leta ili pružatelja zemaljskih usluga, npr. štrajk kontrole leta aerodroma Frankfurt iz 2011. godine na letu Frankfurt – Pariz, ili štrajk zaposlenika aerodromskog operatora na letu Ljubljana – Prag iz 2020. godine su osnov za isključenje odgovornosti avioprevoznika za štetu nastalu otkazivanjem leta.

Avioprevoznik je i pored isključenja odgovornosti za štetu, u slučaju otkazivanja leta zbog vanrednih okolnosti, čije nastupanje se nije moglo izbjeći i da su sve razumne mjere poduzete, dužan putniku omogućiti, i to alternativno:

- u roku od 7 (sedam) dana isplatu cijene putne karte koja je kupljena za dio ili dijelove putovanja koji nisu ostvareni i za dio ili dijelove koji su ostvareni, ako let više ne služi svrsi koju je putnik prvobitno planirao, zajedno sa, kad je to relevantno, povratnim letom u prvu tačku polaska, što je prije moguće,
- preusmjeravanje putovanja, prema sličnim uslovima prevoza, što je prije moguće do krajnjeg odredišta,
- preusmjeravanje puta prema sličnim uslovima prevoza, do krajnjeg odredišta nekog kasnijeg datuma, kako je putniku prihvatljivo, u zavisnosti od dostupnosti slobodnih mjesta,

kao i na:

- besplatan obrok i osvježenje srazmjerno vremenu čekanja i
- dva besplatna telefonska poziva, poruke putem teleksa ili faksa ili elektronske pošte.

U slučaju promjene rute putovanja, ako je realno očekivano vrijeme novog leta najmanje jedan dan poslije predviđenog vremena polijetanja vazduhoplova za otkazani let, putnik ima pravo na:

- hotelski smještaj (ako je neophodno jedno ili više noćenja, ili je neophodno da putnik ostane duže nego što je planirao),
- prevoz od aerodroma do mjesta smještaja (hotela).

Imajući u vidu navedeno, jasno je da u slučaju vulkanskih erupcija, štrajkova kontrole leta, pružatelja zemaljskih usluga i aerodromskih operatora, avioprevoznicima nastaju značajni materijalni gubici. Naravno, nesporno je da nakon naknade troškova i pružene pomoći putnicima, avioprevoznik može uputiti regresni zahtjev za isplatu naknade pružatelju zemaljskih usluga, aerodromskom operatoru ili kontroli leta, u zavisnosti od toga ko je kriv za štrajk. Međutim, u slučaju prirodnih katastrofa, vulkanskih erupcija, zemljotresa ili poplava, sporno je ko je pasivno legitimirana strana. U praksi, avioprevoznici neće moći putem regresnih zahtjeva nadoknaditi štetu u slučaju prirodnih katastrofa, budući da se radi o višoj sili.

Pravni standard je da su vanredne okolnosti, okolnosti koje se nalaze van kontrole avioprevoznika. Nastupanje vanrednih okolnosti nije vezano za pojedinu fazu leta, tj. do nastupanja vanrednih okolnosti može doći i prije leta, za vrijeme i nakon leta.

Sporna je primjena člana 5. stav 3. Regulative EU broj 261/2004 u slučaju postojanja tehničkih nedostataka na vazduhoplovu, jer okolnosti događaja moraju biti okarakterizirane kao vanredne, u smislu događaja iz alineje 14. preambule, koji nije svojstven normalnoj operaciji vazduhoplova i van kontrole je avioprevoznika u pogledu porijekla i prirode događaja.

Pravna teorija evropsko-kontinentalnog prava je na stanovištu da otkazivanje leta zbog tehničkih nedostataka treba tumačiti restriktivno, jer postoje dvije vrste vanrednih okolnosti, i to: redovne i izuzetne vanredne okolnosti.

U slučaju redovnih vanrednih okolnosti, avioprevoznik neće moći isključiti odgovornost za štetu, jer je njihovo nastupanje mogao predvidjeti, a u slučaju postojanja izuzetnih vanrednih okolnosti moći će isključiti odgovornost za štetu nastalu otkazivanjem leta.

U slučaju da je avioprevoznik ispoštovao tehničke zahtjeve za plovidbenost vazduhoplova, u tom slučaju smatra se da je poduzeo sve mjere da ne nastupe tehnički nedostaci na vazduhoplovu, tj. da ne nastupe vanredne okolnosti. Ispunjavanje tehničkih uslova za plovidbenost vazduhoplova je osnovni kriterij za utvrđivanje postojanja vanrednih okolnosti (Arnold & Mendes de Leon, 2010).

Drugim riječima, u slučaju neispunjavanja uslova za plovidbenost vazduhoplova, avioprevoznik se neće moći pozivati na postojanje vanrednih okolnosti.

Tehnički problemi koji su otkriveni za vrijeme održavanja vazduhoplova ili u slučaju da je avioprevoznik propustio da provede aktivnosti u vezi s održavanjem vazduhoplova, ne mogu se smatrati vanrednim okolnostima.

Postojat će vanredne okolnosti u slučajevima sabotaže, terorističkog napada i obavještenja proizvođača vazduhoplova ili direkcije civilnog vazduhoplovstva o postojanju kvara na vazduhoplovu.

Svaki nacionalni sud treba da utvrdi da li pojedini tehnički problem na vazduhoplovu proizlazi iz događaja koji nije svojstven normalnoj vazduhoplovnoj operaciji i van kontrole je avioprevoznika. Učestalost tehničkih kvarova na vazduhoplovu nije faktor iz čijeg postojanja, odnosno nepostojanja zavisi utvrđivanje vanrednih okolnosti. Tehnički problemi koji uzrokuju poremećaje u saobraćaju ne smatraju se vanrednim okolnostima.[46]

Činjenica da avioprevoznik zadovoljava minimum standarda o tehničkom održavanju vazduhoplova, ne znači da je poduzeo sve razumne mjere u smislu člana 5. stav 3. Regulative EU broj 261/2004. Evropski sud pravde u predmetu *Wallentin-Hermann* odlučio je da lista vanrednih okolnosti nabrojanih u Regulativi EU broj 261/04 nije bezuslovna i da tehnički kvar na vazduhoplovu može i ne mora biti vanredna okolnost, ako nije svojstven normalnom obavljanju aktivnosti avioprevoznika i ako je izvan njegove stvarne kontrole, s obzirom na svoju prirodu i porijeklo. Pored navedenog, sve što je moglo biti uklonjeno ili uočeno na redovnom pregledu vazduhoplova ne može se smatrati vanrednom okolnošću, te bi vanredna okolnost, naprimjer, bio dopis proizvođača ili nadležnih vazduhoplovnih vlasti o skrivenom kvaru u proizvodnji. S tim u vezi, avioprevoznik je obavezan dokazati da su sve razumne (ekonomski i tehnički) mjere bile poduzete kako bi se nastanak određene vanredne okolnosti spriječio. Učestalost javljanja određenog kvara ne utječe na klasifikaciju događaja.[47]

---

[46] Court of Appeal, *Huzar v Jet2.com EWCA Civ 791, 2014.*
[47] Evropski sud pravde, predmet *Wallentin-Hermann v. Alitalia, C-549/07, 2007.*

Najčešći razlozi za isključenje odgovornosti avioprevoznika i praktične primjene pojma "vanrednih okolnosti" vezani su za vremenske prilike. Nesporno je da, ukoliko su sve aviooperacije obustavljene uslijed loših vremenskih prilika, radit će se o vanrednoj okolnosti. Sporno je da li se radi o vanrednoj okolnosti, ukoliko uslijed loših vremenskih prilika pojedini avioprevoznici slijeću i polijeću s aerodroma, a pojedini avioprevoznici obustavljaju aviooperacije. Vrhovni kriterij svakog avioprevoznika je bezbjednost prevoza putnika, a standardi vezani za vidljivost npr. prilikom polijetanja vazduhoplova su različiti, pa se opravdanost otkazivanja leta i polijetanja i slijetanja vazduhoplova treba cijeniti od slučaja do slučaja. U slučaju sudskog i vansudskog postupka, avioprevoznik je obavezan dokazati da je do otkazivanja leta došlo uslijed loših vremenskih prilika, te u praktičnoj primjeni avioprevoznici u cilju isključenja odgovornosti dostavljaju meteorološke izvještaje iz kojih proizlazi da bi polijetanje i slijetanje vazduhoplova ugrozilo bezbjednost leta. U slučaju loših vremenskih prilika na dolazećem aerodromu u cilju izbjegavanja odštetnih zahtjeva, avioprevoznici često polijeću i lete do blizine dolazećeg aerodroma i vraćaju vazduhoplove na odlazeći aerodrom.

Pojedini vanredni događaji vezani su za aerodrome, pa je tako Evropski sud pravde utvrdio da se radi o vanrednoj okolnosti kada šteta na vazduhoplovu nastane zbog čina koji nije obuhvaćen normalnim radom aerodroma, kao što je čin terorizma ili sabotaže. S druge strane, sudar pokretnih stuba za ukrcaj putnika s vazduhoplovom ne može se smatrati "vanrednom okolnošću" kojom bi se avioprevoznik izuzeo od plaćanja odštete. Pokretne stube ili prilazni mostići mogu se smatrati neophodnima za prevoz putnika, pa se avioprevoznici redovito suočavaju sa situacijama koje proizlaze iz upotrebe takve opreme. Sudar vazduhoplova i sklopa pokretnih stuba za ukrcaj je događaj neodvojiv od normalnog provođenja djelatnosti avioprevoznika.[48] Međutim, prisustvo goriva na pisti uslijed čega je došlo do privremenog zatvaranja aerodroma i dugotrajnih kašnjenja ka i sa aerodroma je vanredni događaj u smislu Regulative EU broj 261/2004, pod uslovom da gorivo na pisti ne potiče iz vazduhoplova avioprevoznika od kojeg putnici potražuju odštetu.[49]

Šteta na vazduhoplovu koja je uzrokovana postupanjem pružatelja zemaljskih usluga ne može se smatrati vanrednom okolnošću, jer proizlazi iz normalne aktivnosti avioprevoznika, a to su zemaljske usluge koje su preduslov za realizaciju leta.

---

[48] Evropski sud pravde, Predmet *C-394/14, Siewert, ECLI:EU:C:2014:2377, stavci 19–20.*

[49] Evropski sud pravde, Predmet *C159/18 Moens v Ryanair.*

Vrhovni sud Francuske donio je problematičnu presudu u kojoj je zauzeo stav da bolest pilota ili iznenadna odsutnost pilota i posade iz medicinskih razloga uslijed bolesti ne predstavlja vanrednu okolnost u smislu Regulative EU broj 261/2004.[50]

Sporno je da li avioprevoznik može isključiti odgovornost za štetu nastalu štrajkom zaposlenika avioprevoznika, dokazujući postojanje vanrednih okolnosti koje nije mogao predvidjeti i da je poduzeo sve razumne mjere. Drugim riječima, avioprevoznik mora kumulativno dokazati da štrajk svojih zaposlenika nije mogao predvidjeti i da je poduzeo sve razumne mjere da do štrajka ne dođe.

U praksi, u svakom konkretnom slučaju, cijenit će se postoji li pravni osnov za isključenje odgovornosti za štetu nastalu otkazivanjem leta zbog štrajka zaposlenika avioprevoznika, premda će u većini slučajeva avioprevoznik teško moći isključiti odgovornost za štetu nastalu otkazivanjem leta, zbog štrajka njegovih zaposlenika.

Ne postoji jedinstven stav u sudskoj praksi o tome da li štrajkovi posada avioprevoznika predstavljaju vanrednu okolnost. Dana 11. 2. 2020. godine, sud u Velikoj Britaniji presudio je da Ryanair nije odgovoran da isplati naknadu zbog štrajka posade avioprevoznika i odlučio da štrajkovi predstavljaju vid industrijske akcije i van kontrole su avioprevoznika. Istovremeno, dana 12. 2. 2020. godine, irski viši sud potvrdio je mišljenje irske komisije za utvrđivanje pravila u civilnom vazduhoplovstvu, zahtijevajući da avioprevoznik plati naknadu putnicima uslijed štrajka posade pilota s prebivalištem u Republici Irskoj. Ne postoji presuda Evropskog suda pravde po ovom pravnom pitanju.[51]

U pogledu kršenja normi od strane putnika za vrijeme leta, Evropski sud pravde je ostavio prostor za različita tumačenja i odlučio da se kršenje pravila avioprevoznika od strane putnika za vrijeme leta može podvesti pod pojam vanrednih okolnosti u skladu s kojim avioprevoznik nije obavezan putniku isplatiti naknadu u slučaju otkazivanja leta ili dugotrajnog kašnjenja za predmetni ili naredni let. U svakom slučaju, avioprevoznik mora poduzeti sve razumne mjere kako bi se oslobodio plaćanja obaveze naknade, obez-

[50] Putnici su letjeli s avioprevoznikom Air India na ruti Pariz – New Delhi – Bangkok. Međutim, jedan od pilota nije se dobro osjećao i hitno je prevezen u bolnicu. Uslijed bolesti pilota, let je otkazan i putnici su preusmjereni na drugi let i stigli su s velikim zakašnjenjem na odredišnu destinaciju. Presuda Vrhovnog suda Francuske 5. 2. 2020. godine.

[51] Presuda Evropskog suda pravde očekuje se u predmetima C-*827/19, C-816/*19i *C-792/19*, a značajna je zbog unifikacije prava putnika i cjelokupne avioindustrije.

bijediti preusmjeravanje putnika, što je prije moguće, direktnim ili povezujućim letovima koji mogu biti obavljeni i od strane drugih avioprevoznika.[52]

7. Ostale odredbe Regulative EU broj 261/2004

7.1. Rok za pokretanje sudskog postupka

Regulativom EU broj 261/2004 ne utvrđuju se rokovi za pokretanje postupaka pred nacionalnim sudovima, već je u nadležnosti nacionalnih zakonodavstava svake države članice da utvrdi zakonske rokove za pokretanje sudskog postupka. Dvogodišnji rok za pokretanje postupka u skladu s Montrealskom konvencijom nije relevantan za pokretanje sudskog postupka koji se podnosi u skladu s Regulativom EU broj 261/2004. U pogledu zastare mjerodavan je zastarni rok države međunarodno nadležnog suda, a ne zastarni rok naznačen u općim uslovima prevoza.[53] U Bosni i Hercegovini rokovi za pokretanje sudskog postupka iz zaštite prava putnika utvrđeni su Zakonom o obligacionim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu. Regulativom EU broj 261/2004 nije utvrđeno da li se radi o prekluzivnom roku na koji sud pazi po službenoj dužnosti ili zastarnom roku čija primjena zavisi od prigovora strane u sudskom postupku. Rokovi za pokretanje sudskog postupka utvrđeni Montrealskom konvencijom su prekluzivni rokovi, dok su rokovi utvrđeni Zakonom o obligacionim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu Bosne i Hercegovine zastarni rokovi na koje sud ne pazi po službenoj dužnosti, već po prigovoru strana u sudskom postupku. U Bosni i Hercegovini, u skladu s članom 120. Zakona o civilnom vazduhoplovstvu, potraživanja iz ugovora o prevozu i potraživanja nastala iz prava na povrat isplaćene naknade u vezi s tim ugovorom zastarijevaju u roku od dvije godine od dana dospjelosti potraživanja, a koji počinje teći na osnovu svakog akta kojim se uspostavlja pravo na povrat isplaćene naknade.

7.2. Pravo na informiranje

Avioprevoznik je obavezan obavijestiti putnika o njegovim pravima isključivo prilikom registracije putnika za let. Regulativom EU broj 261/2004 utvrđen je sadržaj obavijesti za putnika.[54] Pravo na informiranje je vezano za obavje-

[52] Evropski sud pravde, Predmet *LE v Transport Aéreos Portugueses S.A. (C-74/19), 2019.*

[53] *Decision – Thomson v Dawson*, Royal Courts of Justice London, 2014.

[54] "Ako Vam je uskraćen ukrcaj ili ako je Vaš let otkazan ili kasni najmanje dva sata, pitajte na šalteru za prijavu leta ili na ukrcajnim vratima, pisanu izjavu o Vašim pravima, posebno što se tiče prava na odštetu i pomoć."

štavanje svih putnika koji su zaključili ugovor o prevozu s avioprevoznikom i vezano je za prava putnika u slučaju uskraćivanja ukrcavanja, otkazivanja leta i dugotrajnog kašnjenja. Kašnjenje putnika može biti u polasku, ali i u dolasku. Predmet Regulative EU broj 261/2004 su kašnjenja putnika u polasku, ali je Evropski sud pravde u predmetu *Sturgeon* izjednačio kašnjenje u dolasku od preko tri sata s otkazivanjem leta, pa Evropska komisija smatra da putnici u dolasku trebaju da budu obaviješteni o svojim pravima po dolasku na aerodrom.[55] Međutim, Regulativa EU broj 261/2004 ne sadrži izričito takvu obavezu, a preporuka Evropske komisije je sredstvo unifikacije prava putnika i vodič nadležnom tijelu koje je u pravilu direkcija za civilno vazduhoplovstvo države članice.

Obavezu da informira putnika o svojim pravima ima avioprevoznik koji zaključuje ugovor o prevozu s putnikom ili zastupnici avioprevoznika, kao što su agencije za prodaju aviokarata. Sporno je da li avioprevoznik koji je zastupnik drugog avioprevoznika s kojim je putnik zaključio ugovor o prevozu obavezan obavijestiti putnika o svojim pravima. Budući da je zaštita prava putnika vrhovni kriterij Regulative EU broj 261/2004, avioprevoznik koji je zastupnik drugog avioprevoznika, trebao bi obavijestiti putnika o njegovim pravima. Aerodromski operatori i pružatelji zemaljskih usluga nisu obavezni obavijestiti putnika o njegovim pravima, već je izričito definirana obaveza postojanja obavijesti na šalteru za registraciju putnika, a koju je obavezan obezbijediti avioprevoznik.

Obavijest treba biti sadržana na engleskom jeziku, kao službenom jeziku civilnog vazduhoplovstva, i službenom jeziku države polaznog aerodroma putnika. Obavijest treba biti sadržana i u fizičkoj formi i nalaziti se na više mjesta na aerodromu, i to na šalteru za registraciju putnika, kioscima za samostalnu registraciju putnika, prostoru za odlazeće putnike i elektronskoj formi na web-stranici avioprevoznika. Regulativa EU broj 261/2004 ne sadrži sadržaj obavještenja u slučaju masovnog poremećaja vazdušnog saobraćaja, kao što je slučaj izbijanja pandemije virusa COVID-19. Avioprevoznik ne smije davati putniku djelimične, zavaravajuće i pogrešne informacije. Također, postupanje avioprevoznika koje je u cilju odricanja prava putnika je u suprotnosti s Regulativom EU broj 261/2004.

[55] Smjernice za tumačenje Regulative (EZ) br. 261/2004 Europskog parlamenta i Vijeća o utvrđivanju općih pravila odštete i pomoći putnicima u slučaju uskraćenog ukrcaja i otkazivanja ili dužeg kašnjenja leta u polasku, te Regulative Vijeća (EZ) br. 2027/97 o odgovornosti zračnih prijevoznika u slučaju nesreća kako je izmijenjena Regulativom (EZ) br. 889/2002 Europskog parlamenta i Vijeća, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016XC0615(01)&from=EN#ntr45-C_2016214HR.01000501-E0045

Vrhovni sud Savezne Republike Njemačke odlučio je da u slučaju da putnik ima pravo na isplatu naknade, informacije koje je objavio avioprevoznik moraju putniku omogućiti da podnese zahtjev za isplatu naknade. Drugim riječima, putnici moraju biti obaviješteni koje pravne radnje trebaju poduzeti kako bi naknada bila isplaćena, tj. putnici trebaju biti obaviješteni o punom nazivu avioprevoznika, njegovom sjedištu, iznosu potraživanja naknade, dužini leta i dokumentima koje trebaju priložiti uz potraživanje.[56]

7.3. Nadležno tijelo za zaštitu prava putnika

Članom 16. Regulative broj 261/2004 utvrđeno je da svaka pojedina država članica određuje tijelo odgovorno u vezi s letovima s aerodroma smještenih na njezinom državnom području i letova iz treće zemlje na te iste aerodrome.

U pravilu nadležno tijelo za zaštitu prava putnika je direkcija za civilno vazduhoplovstvo države članice. Evropski sud pravde odlučio je da Regulativa EU broj 261/2004 ne sadrži obavezu nadležnog tijela da poduzima pravne radnje na osnovu svakog prigovora, kako bi se poštovala prava putnika. Međutim, države članice provedbenim propisom mogu obavezati nadležno tijelo da je za svaki prigovor obavezno utvrditi opravdanost ili neopravdanost prigovora putnika ili drugog zainteresiranog lica.[57] Iz člana 12. stav 1. i recitala 22. Regulative EU broj 261/2004 proizlazi da podnošenje prigovora nadležnom tijelu za zaštitu prava putnika ne sprečava putnika da podnese tužbu nadležnom sudu za zaštitu svojih prava.

U Bosni i Hercegovini nadležno tijelo za zaštitu prava putnika je Direkcija za civilno vazduhoplovstvo Bosne i Hercegovine, a koja do današnjeg dana nije donijela provedbeni propis kojim se utvrđuje postupak za postupanje po žalbama putnika kojima su ugrožena prava.[58] Obavijest o pravima putnika koja treba postojati prilikom registracije putnika treba da sadrži i obavještenje da je nadležno tijelo u Bosni i Hercegovini za zaštitu prava putnika Direkcija za civilno vazduhoplovstvo Bosne i Hercegovine. Direkcija za civilno vazduhoplovstvo Bosne i Hercegovine ovlaštena je kazniti novčanom kaznom u iznosu od 5.000,00 do 15.000,00 KM za prekršaj avioprevoznika ili drugo pravno lice ako uskrati propisana prava i pomoć putnicima u slučaju kašnjenja leta, uskraćivanja ukrcavanja ili otkazivanja leta.[59] Do današnjeg

[56] BGH 2016, 25. 2. 2016. l X ZR 35/15, NJW 2016.
[57] Evropski sud pravde, Predmet *C-145/15 i C-146/15, 2016.* stavovi 36 i 38.
[58] Član 40. stav 3. Zakona o obaveznim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu Bosne i Hercegovine.
[59] Član 121. stav 1. tačka a Zakona o obaveznim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu Bosne i Hercegovine.

dana Direkcija za civilno vazduhoplovstvo Bosne i Hercegovine nije izrekla nijednu kaznu avioprevoznicima, niti je zaprimila žalbu u pogledu povrede prava putnika, iz čega proizlazi da putnici u Bosni i Hercegovini nisu upoznati sa svojim pravima koja proizlaze iz ugovora o prevozu. U praktičnoj primjeni, zaštita prava putnika u Bosni i Hercegovini je vezana za žalbe putnika avioprevoznicima, po osnovu povrede prava koja proizlaze iz ugovora o prevozu, dok se prekršajni postupak provodi prema odredbama Zakona o vazduhoplovstvu Bosne i Hercegovine i Zakona o prekršajima.[60]

7.4. Zaštita putnika sa smanjenom pokretljivošću

U slučaju uskraćivanja ukrcavanja, otkazivanja leta i dugotrajnog kašnjenja, prioritet u postupanju i pružanju pomoći od strane avioprevoznika imaju fizička lica sa smanjenom pokretljivošću ili posebnim potrebama.[61]

Regulativom EU broj 261/2004 nije sistemski regulirana zaštita prava putnika, već je to učinjeno Regulativom EU broj 1007/2006 o pravima osoba sa smanjenom pokretljivošću. U skladu s Regulativom EU broj 261/2004, avioprevoznik je obavezan na adekvatan način da osigura obavještenje za slijepa i slabovidna lica. Na aerodromima u Bosni i Hercegovini nisu implementirana ovakva obavještenja. U Bosni i Hercegovini prava putnika sa smanjenom pokretljivošću utvrđena su članovima 53–68. Zakona o obligacionim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu Bosne i Hercegovine.[62] Prioritet u međunarodnom prevozu imaju osobe sa smanjenom pokretljivošću i djeca bez pratnje. Obavještenje o pravima putnika sadrži obavijest o pravima putnika u slučaju uskraćivanja ukrcanja, otkazivanja leta i dugotrajnog kašnjenja.

U slučaju da putnici sa smanjenom pokretljivošću i djeca bez pratnje imaju pravo na pomoć, opskrbljivanje hranom, pićem i obezbjeđenjem smještaja, prioritetna obaveza avioprevoznika je da osigura i pruži pomoć u najkraćem mogućem roku.

8. Problem nadležnosti suda u primjeni Regulative 261/2004 u Bosni i Hercegovini

Regulativom EU broj 261/2004 nije utvrđena nadležnost suda, već je regulirano da, u slučaju da je ugovorom o prevozu utvrđena odredba kojom

[60] "Službeni glasnik BiH", broj 20/04.
[61] Član 11. Regulative EU broj 261/2004.
[62] "Službeni glasnik BiH", broj 51/15.

se isključuje ili ograničava odgovornost avioprevoznika, putnik i dalje ima pravo pokrenuti odgovarajući postupak pred nadležnim sudovima ili tijelima radi ostvarenja dodatne naknade.[63]

U sporovima za zaštitu prava putnika, po osnovu dugotrajnog kašnjenja, otkazivanja leta i uskraćivanja ukrcavanja, nadležnost suda za zaštitu prava putnika utvrđuje se primjenom nacionalnog zakonodavstva i primjenom kolizionih normi međunarodno nadležnog suda pred kojim je putnik pokrenuo sudski postupak.

U Bosni i Hercegovini, Montrealska konvencija i Regulativa EU broj 261/2004 preuzete su u potpunosti Zakonom o obligacionim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu.[64]

U sporovima zaštite prava putnika u međunarodnom vazdušnom saobraćaju, nadležnost suda u Bosni i Hercegovini se može utvrditi, ali se pravosnažna i izvršna presuda može provesti na imovini avioprevoznika koji ima status pravnog lica osnovanog u Bosni i Hercegovini, dok se pravosnažna i izvršna presuda ne može provesti na imovini stranog avioprevoznika u Bosni i Hercegovini. Naime, Odlukom o osnivanju i radu stranih predstavništva u Bosni i Hercegovini,[65] predstavništva nemaju status pravnog lica, te postoji problem pasivne legitimacije u slučaju pokretanja spora pred nadležnim sudom u Bosni i Hercegovini.

Strani avioprevoznici u Bosni i Hercegovini osnivaju predstavništva, a ne registruju se pred sudovima u Bosni i Hercegovini, te ne mogu biti pasiv-

---

[63] Član 14. Regulative 261/2004: "Obaveze prema putnicima u skladu s ovom Regulativom, ne mogu se ograničiti ili isključiti, posebno ne putem izuzeća ili restriktivnih odredbi ugovora o prijevozu. 2. Ako se, međutim, takva izuzeća ili restriktivna odredba primijeni u pogledu određenog putnika, ili ako putnik nije ispravno obaviješten o svojim pravima, i zbog toga je prihvatio naknadu koja je niža od one predviđene u ovoj Regulativi, takav putnik i dalje ima pravo pokrenuti odgovarajući postupak pred nadležnim sudovima ili tijelima radi ostvarenja dodatne naknade."

[64] "Službeni glasnik BiH", br. 51/15. Zakonom o obligacionim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu su bespotrebno preuzete odredbe Montrealske konvencije, jer je Bosna i Hercegovina ratificirala Montrealsku konvenciju koja je primjenom načela monizma instrument veće pravne snage od Zakona o obligacionim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu. Drugim riječima, u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine, Montrealska konvencija egzistira kao ratificiran multilateralni instrument i egzistira u Zakonu o obligacionim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu. U slučaju različitih prevoda, primjenjivat će se kao akt veće pravne snage Montrealska konvencija.

[65] "Službeni glasnik BiH" broj 15/03.

no legitimirana strana u postupku pred sudovima u Bosni i Hercegovini. Predstavništva u Bosni i Hercegovini osnovali su: Turkish Airlines, Croatia Airlines, Austrian Airlines i Air Serbia.

Za pravna lica – avioprevoznike sa sjedištem u Bosni i Hercegovini, kao što je avioprevoznik Flybosnia sa sjedištem u Sarajevu, opće mjesno nadležan sud za zaštitu prava putnika je Općinski sud u Sarajevu.

U pogledu nadležnosti suda, Evropski sud pravde u predmetu *C-204/08, Rehder*, utvrdio je da se tužba prema izboru podnositelja podnosi nacionalnom sudu koji je nadležan bilo za mjesto polaska ili mjesto odredišta, kako je navedeno u ugovoru o prevozu.[66] U Bosni i Hercegovini, presude Evropskog suda pravde nisu izvor prava, ali mogu biti pravni vodič sudovima, kao što je slučaj u primjeni Regulative EU broj 261/2004 koja je preuzeta u Zakon o obligacionim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu.

U sporovima zaštite prava putnika u međunarodnom vazdušnom saobraćaju po osnovu otkazivanja leta, uskraćivanja ukrcavanja i dugotrajnog kašnjenja, nadležnost suda utvrđuje se primjenom člana 48. Zakona o parničnom postupku FBiH, kojim je utvrđeno da u sporovima protiv pravne osobe koja ima sjedište u inostranstvu, u pogledu obaveza koje su zasnovane u Federaciji ili im se u njoj ima udovoljiti, tužba se može podnijeti sudu u Federaciji na čijem se području nalazi njeno stalno zastupništvo za Bosnu i Hercegovinu, odnosno Federaciju ili sjedište organa kome je povjereno da obavlja njene poslove. Pod pojam zasnivanja obaveza u Federaciji Bosne i Hercegovine može se podvesti otkazivanje leta, uskraćivanje ukrcavanja i kašnjenje odlaznog i dolaznog leta koje se desilo na aerodromima u Bosni i Hercegovini.

U sporovima za zaštitu prava putnika ne može se uspostaviti izberiva mjesna nadležnost za naknadu štete, jer se odredba o izberivoj mjesnoj nadležnosti odnosi na sporove iz vanugovornih obligacija, a otkazivanje leta, uskraćivanje ukrcavanja i dugotrajno kašnjenje predstavljaju povredu ugovorne obaveze. Izberiva nadležnost se ne može uspostaviti, jer se u primjeni Regulative EU broj 261/2004 ne radi o naknadi štete, već o zakonskim penalima.

Izberiva nadležnost u Federaciji Bosne i Hercegovine se može utvrditi u sporovima za zaštitu prava potrošača – putnika, gdje je pored suda opće mjesne nadležnosti, nadležan i sud na čijem području potrošač – putnik ima prebi-

[66] Presuda Evropskog suda pravde – Predmet *C-204/08, Rehder*, ECLI:EU:C:2009: 439, alineja 47.

valište, odnosno boravište.[67] Drugim riječima, putnik/ci čije je prebivalište ili boravište u Federaciji Bosne i Hercegovine može po osnovu zaštite svojih prava kao potrošača pokrenuti sudski spor pred sudom u Federacije Bosne i Hercegovine, ali isti spor ne može pokrenuti pred sudom u Federaciji BiH strani državljanin, izuzev ako nema prebivalište ili boravište u Federaciji Bosne i Hercegovine.

Nadležnost suda u Bosni i Hercegovini po osnovu zaštite prava putnika uslijed uskraćivanja ukrcavanja, otkazivanja leta i dugotrajnog kašnjenja ne može se uspostaviti primjenom Zakona o obligacionim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu, jer se odredbe o nadležnosti sudova iz Zakona o obligacionim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu[68] referiraju na odredbe Montrealske konvencije kojima nije utvrđena nadležnost sudova u slučaju uskraćivanja ukrcavanja, otkazivanja leta i dugotrajnog kašnjenja.

Nadležnost u sporovima o vazduhoplovu ne može se u Federaciji Bosni i Hercegovini uspostaviti za sporove iz zaštite prava putnika, jer se nadležnost u sporovima o vazduhoplovu odnosi na vlasničkopravna pitanja i zakup vazduhoplova, a isključivo je mjesno nadležan sud na čijem se području vodi registar u koji je vazduhoplov upisan.

Budući da predstavništva u Bosni i Hercegovini nemaju pravni status pravnog lica, putnik ili specijalizirano treće pravno lice i kad pribavi pravosnažnu i izvršnu presudu pred nadležnim sudom u Bosni i Hercegovini, priznanje i provođenje presude može tražiti isključivo u trećim državama u kojima avioprevoznici imaju sjedište, što značajno usložnjava zaštitu prava putnika s prebivalištem ili boravištem u Bosni i Hercegovini.

9. Prenos potraživanja na treća pravna lica

Putnik je aktivno legitimirana strana za pokretanje vansudskog i sudskog postupka protiv avioprevoznika. Međutim, procjenjuje se da avioprevoznici polovinu zahtjeva putnika u primjeni Regulative EU broj 261/2004 odbiju primjenom instituta vanrednih okolnosti (Delphine Defossez, 2020). S tim u vezi, u cilju realizacije potraživanja putnika prema avioprevoznicima u EU osnovala su se specijalizirana pravna lica s ciljem naplate potraživanja put-

[67] Član 33.a Zakona o parničnom postupku FBiH, ("Službene novine FBiH", br. 73/05, 19/06 i 98/15).

[68] Član 49 i 77. Zakona o obligacionim odnosima u civilnom vazduhoplovstvu ("Službeni glasnik BiH", br. 51/15).

nika, uz uzimanje provizije od naplate ili sudskih ili vansudskih troškova ili procenta od naplaćenog iznosa.

Postavlja se pitanje koji je pravni osnov da treće pravno lice umjesto putnika podnese zahtjev ili tužbeni zahtjev protiv avioprevoznika? Odgovor je sadržan u primjeni instituta prenosa potraživanja – cesije koju zaključuju putnik i treće pravno lice na osnovu koje putnik u potpunosti prenosi potraživanje, pravo i pravni naslov na specijalizirano pravno lice da podnese zahtjev/tužbu u skladu s Regulativom EU broj 261/2004 ili Montrealskom konvencijom. Za prenos potraživanja na drugo pravno lice nije neophodna saglasnost dužnika – avioprevoznika. Regulativa EU broj 261/2004 ne daje odgovor na pitanje da li se u slučaju istog ili sličnog činjeničnog osnova može podnijeti jedna tužba ili je neophodno podizanje tužbenog zahtjeva za svakog putnika.

10. Prava putnika za vrijeme pandemije virusa COVID-19 u Evropskoj uniji i Bosni i Hercegovini

Regulativom EU broj 261/2004 nisu definirana prava putnika u slučaju da putnik otkaže let ili traži preusmjeravanje zbog restrikcija ili nemogućnosti putovanja uslijed pandemije virusa COVID-19.

Uslovi pod kojima putnik može otkazati let i pomjeriti putovanje za određeni period ili promijeniti destinaciju definirani su uslovima ugovora o prevozu. U praktičnom smislu, putniku je najbolje sačekati s otkazivanjem leta i promjenom datuma putovanja ili destinacije do 15 dana od dana ugovorenog odlaznog leta, jer avioprevoznik također može uslijed postojećih restrikcija otkazati let, a koji će otkazati let u roku dužem od 15 dana od dana utvrđenog ugovorom o prevozu, jer u suprotnom je obavezan putniku isplatiti naknadu.

Uvođenjem potpune i djelimične zabrane putovanja uslijed pandemije virusa COVID-19 u 2020. godini, avioprevoznici su u cilju prevazilaženja otkazivanja mnogobrojnih letova izmijenili uslove ugovora i prevoza i jednostrano počeli da nude putnicima vaučere, a čiji pravni osnov je sadržan u članu 7. stav 3. Regulative EU broj 261/2004.

Cilj uvođenja vaučera u upotrebu za vrijeme krize uzrokovane virusom COVID-19 je zadržavanje likvidnosti avioprevoznika. U cilju zaštite prava putnika, Evropska komisija je donijela Interpretativni vodič o pravima putnika u kontekstu razvoja situacije u pogledu virusa COVID-19.

Za vrijeme pandemije virusa COVID-19 došlo je do prizemljenja cjelokupnih flota avioprevoznika i masovnog otkazivanja letova. Putnik u skladu s odredbama Regulative EU broj 261/2004 ima pravo na povrat cijene karte u roku od sedam dana ili preusmjeravanje putovanja, prema sličnim uslovima prevoza, što je prije moguće do krajnjeg odredišta, ili preusmjeravanje puta prema sličnim uslovima prevoza, do krajnjeg odredišta nekog kasnijeg datuma, kako je putniku prihvatljivo, u zavisnosti od dostupnosti slobodnih mjesta.

Regulativom EU broj 261/2004 nije utvrđeno da li se pravo na povrat cijene karte računa od dana otkazivanja leta ili od dana podnesenog zahtjeva putnika. Budući da su prava putnika u slučaju otkazivanja leta alternativno utvrđena, avioprevoznik je obavezan vratiti cijenu karte putniku u roku od sedam dana od dana podnošenja zahtjeva putnika. Uslijed gotovo potpunog otkazivanja letova i prizemljenja vazduhoplova, avioprevoznici su u cilju zadržavanja likvidnosti sa značajnim zakašnjenjima izvršavali povrat novca ili putnicima nudili vaučere s različitim rokovima važenja. U slučaju da je putnik zaključio posebno ugovor o prevozu za odlazni let, a posebno ugovor o prevozu za povratni let, putnik ima pravo na povrat cijene karte samo za odlazni let. Međutim, u slučaju da je jedan ugovor o prevozu zaključen i za odlazni i za povratni let, čak i u slučajevima da letovi trebaju biti obavljeni od strane različitih avioprevoznika, putniku treba biti u slučaju otkazivanja odlaznog leta alternativno ponuđen u potpunosti povrat cijene karte ili da bude preusmjeren na drugi odlazni let.[69]

U slučaju povrata cijene karte, putnik koji je kupio kartu posredstvom agencije za prodaju aviokarata, internet platforme ili drugog pravnog lica ima pravo na povrat cijene karte koja obuhvaća i proviziju agencije za prodaju aviokarata, tj. proviziju zastupnika avioprevoznika.[70]

Odredba o pravu putnika u slučaju otkazivanja leta na preusmjeravanje što je prije moguće do krajnjeg odredišta je mrtvo slovo na papiru, jer uslijed mnogobrojnih restrikcija avioprevoznici ne mogu ponuditi letove, a ni putnici ne mogu izabrati mogućnost preusmjeravanja, pa avioprevoznici nude putnicima vaučere i preusmjeravanja, tj. pomjeranje putovanja u zavisnosti od svoje poslovne politike do juna ili kraja 2021. godine. Evropska komisija u svom Interpretativnom vodiču navodi da upotreba vaučera zavisi od pri-

[69] Commission Notice Interpretative Guidelines on EU passenger rights regulations in the context of the developing situation with Covid-19, https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/legislation/c20201830.pdf

[70] Evropski sud pravde, predmet *Dirk Harms i drugi v. Vueling Airlines, C-601 17, 2017*.

hvata od strane putnika, avioprevoznik ne može jednostrano ponuditi putniku vaučer kao isključivi izbor.[71]

Postavlja se pitanje da li se otkazivanje letova uslijed pandemije virusa COVID-19 i zabrane putovanja u smislu člana 5. stav 3. Regulative može podvesti pod vanredne okolnosti. Evropska komisija u svojem Interpretativnom vodiču iz 2020. smatra da može, jer je zadovoljen dvostruki test, a to je da zabrane putovanja ne predstavljaju normalnu aktivnost avioprevoznika i izvan su kontrole avioprevoznika.

U tom svjetlu, potrebno je razlikovati potpunu zabranu putovanja i zatvaranja granica, gdje se van razumne sumnje može ustanoviti da se radi o vanrednim okolnostima.

Potrebno je istaći da trenutno ne postoji sudska praksa po ovom pitanju i da Interpretativni vodič iz 2020. godine nije obavezujući dokument, već je smjernica nacionalnim sudovima i Evropskom sudu pravde za odlučivanje. Također, postojat će vanredne okolnosti u slučaju da su zabrane putovanja djelimične i uslovljene, što za posljedicu ima zabranu putovanja pojedinih državljana, i da su aviooperacije ekonomski neisplative avioprevozniku. Međutim, na sudu svake države je da utvrdi da li se iz okolnosti slučaja može zaključiti da se radi o vanrednim okolnostima u slučaju otkazivanja letova uslijed djelimične zabrane putovanja i uslovljavanjem putovanja posjedovanjem negativnog PCR testa.

11. Zaključak

Regulativa EU broj 261/2004 je najprimjenjivaniji i najkontroverzniji instrument u pogledu zaštite prava putnika u Evropskoj uniji. Cilj Evropske unije je uspostaviti visoku razinu zaštite prava putnika. Evropski sud pravde je od slučaja *Sturgeon* odstupio od duha Regulative EU broj 261/2004 i samostalno utvrdio da putnik ima pravo na naknadu u slučaju kašnjenja u dolasku od preko tri sata, a što je za posljedicu imalo snažno ujedinjenje avioprevoznika i Međunarodnog udruženja avioprevoznika (IATA) za izmjenu Regulative EU broj 261/2004.

Bosna i Hercegovina je u svoje zakonodavstvo preuzela sve instrumente u pogledu zaštite prava putnika. Međutim, putnici s prebivalištem ili boravi-

[71] Commission Notice Interpretative Guidelines on EU passenger rights regulations in the context of the developing situation with Covid-19, https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/legislation/c20201830.pdf

štem u Bosni i Hercegovini nisu upoznati sa svojim pravima. Do napretka u zaštiti prava putnika došlo je uslijed pojave specijaliziranih pravnih lica na tržištu – Air Help i dr., na koja putnici prenose svoja prava i potraživanja.

Avioprevoznici nisu osnovali pravna lica sa sjedištem u Bosni i Hercegovini, već predstavništva koja nemaju pravni status pravnog lica, iz čega proizlazi da provođenje izvršenja nije moguće u Bosni i Hercegovini, već u trećoj državi. Sve navedeno za posljedicu ima pravno složenu zaštitu prava putnika u Bosni i Hercegovini koja je zasnovana na individualnoj komunikaciji putnika i avioprevoznika u cilju zaštite svojih prava.

Avioprevoznici imaju snažan otpor prema Regulativi EU broj 261/2004 i smatraju da postoji disbalans prava u korist putnika, tj. da Regulativa EU broj 261/2004 ne sadrži dovoljan broj zaštitnih mehanizama u korist avioprevoznika. Također, avioprevoznici su izgubili veliki broj sporova pred Evropskim sudom pravde u pogledu primjene Regulative EU broj 261/2004 i pokretali postupke u cilju proglašavanja Regulative EU broj 261/2004 suprotno Montrealskoj konvenciji u dijelu koji se odnosi na kašnjenje. U praktičnoj primjeni, Regulativa EU broj 261/2004 stvara značajne troškove avioprevoznicima, čak i u slučajevima da avioprevoznik nije odgovoran za neregularnost (npr. troškovi hotelskog smještaja, hrane i pića uslijed otkazivanja leta zbog nepovoljnih vremenskih prilika, vulkanske erupcije i sl.). Povećanje troškova naposljetku plaćaju putnici većom cijenom prevoza, ali s druge strane putnici uživaju puno bolju pravnu zaštitu.

Regulativom EU broj 261/2004 nije regulirana pravna situacija da putnik otkaže let ili traži preusmjeravanje uslijed restrikcija ili nemogućnosti putovanja. Također, ugovor o prevozu koji podrazumijeva više povezujućih letova, s jednim ili više avioprevoznika, i prava putnika proizašla iz neregularnosti na jednom ili više povezujućih letova nisu bila predmet pažnje zakonodavca. S druge strane, nejasna normativna rješenja za posljedicu su imala bogatu sudsku praksu, prevashodno Evropskog suda pravde po pitanju zaštite prava u slučaju uskraćivanja ukrcavanja, otkazivanja leta i dugotrajnog kašnjenja. Značaj presuda Evropskog suda pravde osigurava pravilno tumačenje odredbi Lisabonskog ugovora, regulativa, direktiva i odluka, a načela i pravila nastala sudskom praksom Evropskog suda pravde predstavljaju sastavni dio pravnog poretka EU. Uprkos značajnim lobističkim aktivnostima avioprevoznika, do današnjeg dana nije usvojena nova regulativa u Evropskoj uniji u pogledu zaštite prava putnika, a važeća regulativa je izvor značajne recepcije pravnih rješenja iz Regulative EU broj 261/2004 u druge pravne sisteme, što je njezina najveća vrijednost.

Bibliografija

Članci

Arnold, K. & Mendes de Leon, P. (2010). "Regulation EC 261/2004 in the Light of the Recent Decisions of the European Court of Justice: Time for a change?" *Air and Space Law*, Vol. 35, Issue 2, 91–112.

Bech Serrat, J. M. (2011). "Re-routing under the Air Passenger Rights Regulation". *Air and Space Law*, Vol. 36, Issue 6, 441–451.

Defossez, D. (2020). Collective Redress for Aviation Through Online Platforms, Air and Space Law, Issue 4&5, 391–410.

Dempsey, P. S. & Johansson, S. O. (2010). "Montreal v Brussels: The Conflict of Laws on the Issue of Delay in International Air Carriage". *Air and Space Law*, Vol. 35, Issue 3, 207–224.

Giesberts, L. & Kleve, G. (2010). "Compensation for Passengers in the Event of Flight Delays", *Air and Space Law*, Vol. 35, Issue 4/5, 293–304.

Van Dam, C. (2011). "*Air Passenger Rights after Sturgeon". Air and Space Law*, Volume 36, Issue 4/5, 259–274.

Propisi i dokumenti

Commission Notice Interpretative Guidelines on EU passenger rights regulations in the context of the developing situation with Covid-19.

Odluka o osnivanju i radu stranih predstavništva u Bosni i Hercegovini ("Službeni glasnik BiH" broj 15/03)

Regulativa EU broj 261/2004 o uspostavljanju zajedničkih pravila i pružanju pomoći putnicima u slučaju uskraćivanja ukrcavanja, otkazivanja leta i dugotrajnih kašnjenja

Smjernice za tumačenje Uredbe (EZ) br. 261/2004 Europskog parlamenta i Vijeća o utvrđivanju općih pravila odštete i pomoći putnicima u slučaju uskraćenog ukrcaja i otkazivanja ili dužeg kašnjenja leta u polasku te Uredbe Vijeća (EZ) br. 2027/97 o odgovornosti zračnih prijevoznika u slučaju nesreća kako je izmijenjena Uredbom (EZ) br. 889/2002 Europskog parlamenta i Vijeća

Zakon o obligacionim odnosima u civilnom zrakoplovstvu BiH ("Službeni glasnik BiH", broj: 51/15)

Sudska praksa

Court of Appeal, Huzar v Jet2.com EWCA Civ 791, 2014.

Evropski sud pravde, Predmet Delfly v Smartwings Poland (C-356/19), 2019.

Evropski sud pravde, Predmet C-344/04

Evropski sud pravde, Predmet C-83/10, Sousa Rodríguez i dr.

Evropski sud pravde, Predmet D.Z. v Blue Air-Airline Management Solutions SRL (C-584/18)

Evropski sud pravde, predmet HQ & Others v Aegean Airlines C163/18

Evropski sud pravde, predmet Peter Rehler v. Air Baltic Corporation Case C-204/08

Evropski sud pravde, predmet Böck v. Air France (C-432/07) 2007

Evropski sud pravde, predmet Nelson i drugi, združeni predmeti C-402/07 i C-432/07

Evropski sud pravde, predmet C-452/13, Germanwings

Evropski sud pravde, predmet Sturgeon (Joined Cases C 402/07 i C 432/07)

Evropski sud pravde, predmet A and Others v FinnairOyj (C-832/18), 2018

Evropski sud pravde, Predmet C-11/11, Folkerts

Evropski sud pravde, predmet Rusu & Anor v SC Blue Air (C-354/18), 2018.

Evropski sud pravde, predmet Bas Jacob Adriaan Krijgsman v. Suriname Luchtvart Maatschappij, 2017.

Evropski sud pravde, Predmet Denise McDonagh v. Ryaniar Ltd, C-12 11 2013.

Evropski sud pravde, Predmet Delfly v Smartwings Poland (C-356/19), 2019.

Evropski sud pravde, Predmet C-344/04

Evropski sud pravde, predmet Dirk Harms i drugi v. Vueling Airlines, C-601 17, 2017.

Evropski sud pravde, Predmet C-204/08, Rehder

Evropski sud pravde, Predmet C-145/15 i C-146/15 Decision - Thomson v Dawson, Royal Courts of Justice London, 2014

Evropski sud pravde, Predmet C159/18 Moens v Ryanair

Evropski sud pravde, Predmet LE v Transport Aéreos Portugueses S.A. (C-74/19), 2019.

Evropski sud pravde, predmet Wallentin-Hermann v. Alitalia C-549/07, 2007.

Evropski sud pravde, Predmet C-394/14, Siewert

Evropski sud pravde, Predmet C-530/19 NIKI Luftfahrt GmbH v ON

Općinski sud Rüsselsheim, presuda iz 10, 08 2011, broj C 72/11

Wallentin – Hermann v. Alitalia, Wienna Commercial Court, Air and Space Law, Volume 34, Issue 3 p. 217. June 2009.

XA ZR 78/08, NJW (2009). 2740, XA ZR 113/08, NJW 2009: 2743.

Berin Riđanović, PhD
Head of Legal Department
P.C. Sarajevo International Airport LCC
bridjanovic@sarajevo-airport.ba

PROTECTION OF PASSENGERS' RIGHTS IN INTERNATIONAL AIR TRANSPORT IN EUROPEAN UNION AND BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

With the adoption of the EU Regulation 261/2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, passengers in international air transport in the European Union enjoy a high degree of protection of their rights. The model of protection of rights from the European Union has quickly expanded to other countries outside the European Union. Airlines argue that there are not enough mechanisms in the legal framework of the European Union by which airlines could exclude liability and protect their rights from the contract of carriage of passengers. In terms of content, this is the most controversial regulation of the European Union regarding the protection of passengers' rights, which has its application in Bosnia and Herzegovina with the adoption of the Bosnia and Herzegovina Civil Aviation Contract Law. Passengers with residence or temporary residence in Bosnia and Herzegovina are insufficiently aware of their rights, and as a consequence there were no cases with court epilogue in practical application of passengers' rights in international air transport in Bosnia and Herzegovina.

Keywords: *carrier, denied boarding, flight cancellation, long delay*

Vesna Lazić, MA iur.
Sekretar
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
v.lazic@pfsa.unsa.ba

UDK 368.212.032.5
Prethodno naučno saopćenje

ZAŠTITA TREĆIH LICA KROZ INSTITUT ZAŠTITNOG FONDA

Sažetak

Osiguranje od autoodgovornosti najkraće bi se moglo definisati kao zakonom obvezno osiguranje vlasnika ili posjednika motornih vozila za štete pričinjene trećim osobama upotrebom motornog vozila. Osnovni cilj osiguranja od automobilske odgovornosti je zaštita obveznika ovog osiguranja od šteta koje budu pričinjene trećim osobama upotrebom motornog vozila na način da umjesto njega obavezu preuzima osiguravač. Šteta koja može nastati trećim osobama upotrebom motornog vozila može se pojaviti u obliku oštećenja motornog vozila i tjelesnih povreda i smrti. Osiguranje od autoodgovornosti omogućava oštećenom da zahtijeva naknadu štete direktno od osiguravača, a štetniku omogućava da ga ta obaveza materijalno ne ugrožava generalno. Institut obveznog osiguranja od autoodgovornosti pokazao je svoje nedostatke u slučajevima kada vlasnici vozila ne ispune svoju zakonsku obavezu zaključenja ugovora ili ukoliko štetu pričini nepoznato vozilo, jer oštećena lica ostaju bez zaštite. Upravo iz tog razloga je uspostavljen institut zaštitnog ili garancijskog fonda.

Rad posvećuje pažnju institutu zaštitnog ili garancijskog fonda, njegovoj nadležnosti i organizaciji. Nakon toga, razrađuje i konkretna zakonska rješenja u Bosni i Hercegovini, te ukazuje na uporednopravna rješenja i pravo Evropske unije.

Ključne riječi: *osiguranje od autoodgovornosti, štete pričinjene trećim osobama upotrebom motornog vozila, zaštitni fond, garancijski fond*

Uvod

Savremeno doba u kojem živimo jeste doba tehnike. Tehnika nije tu samo da služi čovjeku i da radi za njega, već i protiv njega. Pronalazak vozila jedan je

od fundamentalnih pronalazaka u historijskom razvoju čovječanstva. Donio je neviđeno blagostanje, ali i neslućene štete. Takav pronalazak naplatio je svoju uslugu narušavanjem ljudskog zdravlja odnošenjem ljudskih života i materijalnih dobara. Život, zdravlje i imovina savremenog čovjeka ugroženi su najviše od opasnosti koje sa sobom nosi automobilski saobraćaj. Statistički izvještaji pokazuju da su nesreće na drumovima neuporedivo kobnije i od najopasnijih epidemijskih bolesti. Stravični podaci ne stagniraju, nego rastu zajedno s porastom broja motornih vozila koja se uključuju u saobraćaj. Automobili su usrećili mnoge, ali isto tako i unesrećili.

Nužna potreba savremenog čovjeka je automobil, pa tako i raste broj vozila na cestama. Ma koliko automobili bili napredni, savršeni, razvijeni, oni su uvijek bili i ostat će sredstvo u rukama čovjeka. Broj nastradalih u nesrećama je sve veći. Također, sve je veći broj nezgoda sa smrtnim ishodom. Ovakve posljedice vrlo je teško kompenzirati, pa se postavlja pitanje koliko vrijedi ljudski život.

Motorna vozila su danas najmasovnije opasne stvari. Odnosno, motorno vozilo samo po sebi ne predstavlja opasnu stvar, već mu taj atribut daje njegovo kretanje uz neke druge okolnosti, kao što su: kršenje saobraćajnih propisa, viša sila, slučaj i dr. Šteta koja može nastati od automobila prijeti ljudima i stvarima, ali i samom automobilu. Pravna zaštita građana koji su postali žrtve motornih vozila ne odvija se bez teškoća. Naprotiv. Ova tema je ne samo aktuelna, nego pomalo i sporna.

Predmetna materija je regulisana najprije u Zakonu o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO)[1] kojim je propisana odgovornost u slučaju nezgode izazvane motornim vozilom u pokretu, i to u okviru dijela koji se bavi objektivnom odgovornošću, odnosno odgovornošću za štetu koja potiče od opasne stvari i opasne djelatnosti. Spomenutim zakonom je propisano da u slučaju da je nezgoda prouzrokovana motornim vozilom u pokretu isključivom krivnjom jednog imaoca ili postoji obostrana krivnja imaoca motornih vozila, primjenjuju se pravila o subjektivnoj odgovornosti. S druge strane, ukoliko je nezgoda prouzrokovana motornim vozilom u pokretu trećim licima, onda se primjenjuju pravila o objektivnoj i solidarnoj odgovornosti.

[1] "Sl. list SFRJ", br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odluka USJ i 57/1989, "Sl. list RBiH", br. 2/1992, 13/1993 i 13/1994 i "Sl. novine FBiH", br. 29/2003 i 42/2011.

Nadalje, tu je i Zakon o osnovama bezbjednosti saobraćaja na putevima u BiH (u daljem tekstu: ZOBS)[2] kojim su uređena pitanja koja se odnose na temeljne principe međusobnih odnosa u ponašanju učesnika u saobraćaju, uvjeti koje moraju zadovoljiti putevi u BiH, pravila saobraćaja na njima, uvjeti za sticanje prava na upravljanje motornim vozilom, uvjeti za uređaje i opremu vozila te mnoga druga pitanja iz oblasti saobraćaja na putevima, a jedinstveno za cijelu teritoriju BiH.

U FBiH ovu materiju je uređivao Zakon o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostale odredbe o obveznom osiguranju od odgovornosti FBiH (u daljem tekstu: Zakon o osiguranju od autoodgovornosti FBiH)[3] kojim je bilo propisano osiguranje od odgovornosti za motorna vozila, ostala obvezna osiguranja od odgovornosti, osnivanje i ovlasti Zaštitnog fonda Federacije Bosne i Hercegovine i prekršajne kazne za osobe koje postupaju suprotno odredbama ovoga zakona u Federaciji Bosne i Hercegovine. Zakon o osiguranju od autoodgovornosti FBiH je prestao da važi[4] stupanjem na snagu Zakona o obveznim osiguranjima u saobraćaju FBiH (u daljem tekstu: ZOOS FBiH)[5].

U RS je vrijedio Zakon o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti,[6] koji je prestao da važi[7] stupanjem na snagu Zakona o obaveznim osiguranjima u saobraćaju RS (u daljem tekstu: ZOOS RS)[8].

Iako postoji zakonska obaveza zaključivanja ugovora o osiguranju od automobilske odgovornosti za štete pričinjene trećim licima, nerijetko se događa da vlasnici odnosno korisnici motornih vozila svoju obavezu ne ispune i ne zaključe takav ugovor. Također, često se dešava da saobraćajnu nezgodu prouzrokuje nepoznato vozilo. U ovakvim slučajevima se nameće logično pitanje: ko će naknaditi štetu oštećenom trećem licu? S obzirom na to da broj ovakvih slučajeva nije mali, u Bosni i Hercegovini, kao i u zemljama regiona, po uzoru na evropske zemlje uveden je institut zaštitnog fonda.

U Bosni i Hercegovini egzistiraju dva zaštitna fonda koji pokrivaju teritoriju dva njena entiteta. Kada je u pitanju teritorija FBiH, Zaštitni fond FBiH je

---

2 "Službeni glasnik BiH", br. 06/06, 75/06, 44/07, 84/09, 48/10, 18/13, 8/17, 89/17 i 9/18.
3 "Službene novine FBiH", br. 24/05.
4 Član 80. Zakona o obveznim osiguranjima u saobraćaju FBiH.
5 "Službene novine FBiH", br. 57/20.
6 "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 17/05, 64/06 i 12/09.
7 Član 72. Zakona o obaveznim osiguranjima u saobraćaju RS.
8 "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 82/15 od 17. 9. 2015. godine.

pravna osoba osnovana u skladu sa Zakonom o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim odredbama o obveznom osiguranju od odgovornosti.[9] Odredbom člana 59. ZOOS FBiH je regulisano da je nadležnost Zaštitnog fonda FBiH da pokriva štete kako je to definisano zakonom, a koje ne mogu biti nadoknađene obveznim osiguranjem, te obavlja druge poslove u skladu sa zakonom. Zaštitni fond RS je pravno lice osnovano Zakonom o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti, sa sjedištem u Banjoj Luci, a njegove obaveze su određene članom 50. ZOOS RS kojim je uspostavljen institut Zaštitnog fonda, kao pravnog lica, sa sjedištem u Banjoj Luci.

Postavlja se pitanje šta je s teritorijom Brčko distrikta BiH (u daljem tekstu: BDBiH) i šta kada šteta, za čiju je naknadu odgovoran Zaštitni fond, nastane na teritoriji BDBiH? U tom slučaju postoji pravna praznina, a ne postoji garantni fond BDBiH.

U jednom slučaju[10] *nezgoda je nastala na teritoriji BDBiH, a prouzrokovao ju je vozač vozila V, koje je bilo registrirano u stranoj zemlji, a vozač nije imao međunarodnu ispravu o osiguranju od autoodgovornosti (zeleni karton). Oštećena O, koja je pretrpila nematerijalnu štetu u vidu trzajne povrede vrata podnijela je tužbu Zaštitnom fondu FBiH. Apelacioni sud BDBiH je obavezao Zaštitni fond na naknadu štete. Argumenti presude su bili ti da se oštećena lica, u zavisnosti od prebivališta lica odgovornog za nezgodu, čija vozila su neosigurana a registrovana u inostranstvu, mogu obratiti za naknadu štete entitetskim garantnim fondovima. Kako takav fond ne postoji u BDBiH, postoji pravna praznina u pogledu odgovornosti za štetu i prema ocjeni ovog suda, koja se popunjava na način da su garantni fondovi entiteta odgovorni za naknadu štete u ovakvim slučajevima i da je ista određena linijom dejtonskog razgraničenja entiteta u BiH koja je egzistirala prije uspostavljanja BDBiH.*

Nadležnosti Zaštitnog fonda[11] odnose se na naknadu štete trećim oštećenim licima u sljedećim slučajevima:

a) ako je štetu prouzrokovalo nepoznato vozilo (pri čemu se nadoknađuje samo nematerijalna šteta),
b) ako je štetu prouzrokovalo vozilo čiji vlasnik nije zaključio ugovor o osiguranju od automobilske odgovornosti,
c) ako nije zaključen ugovor o osiguranju putnika u javnom prijevozu od posljedica nesretnog slučaja (osim putnika u zračnom prometu),

[9] Član 3. stav 1. tačka aa) ZOOS FBiH.
[10] Presuda Apelacionog suda BDBiH br. 96 0 P 056073 14 Gž od 18. 9. 2014. godine.
[11] Član 66. ZOOS FBiH/Član 51. ZOOS RS.

d) u slučaju da štete iz ugovora o osiguranju putnika u javnom prijevozu i osiguranju od automobilske odgovornosti nisu mogle biti nadoknađene iz stečajne mase[12] društva za osiguranje.

U svim naprijed navedenim slučajevima, naknada štete koju isplaćuje Zaštitni fond ne može biti veća od osiguranih suma koje su propisane zakonom (Baroš, 2018, str. 55). Prouzrokovanjem šteta od strane nepoznatih i neosiguranih vozila trećim oštećenim osobama aktivira se tzv. supsidijarna zaštita žrtava saobraćaja putem Zaštitnog fonda. Fond preuzima obavezu društva za osiguranje u pogledu isplate naknade štete, pa se društvo za osiguranje oslobađa svoje obaveze (Belanić, 2007, str. 60).

I Štete prouzrokovane nepoznatim vozilom

Vrlo interesantno pitanje u sistemu osiguranja od autoodgovornosti jeste pitanje naknade šteta koje su prouzrokovane od strane nepoznatih motornih vozila. Nerijetko se dešavaju situacije da vozači vozila na parkiralištima prouzrokuju štetu na vozilima koja su parkirana i udalje se s lica mjesta. Ili, može se desiti situacija da jedno vozilo sleti s puta kako bi izbjeglo direktni sudar s vozilom koje se nepropisno kretalo iz suprotnog pravca, a to drugo vozilo se udalji bez zaustavljanja. Također, dešava se da jedno lice pogine u saobraćajnoj nesreći koju je prouzrokovao vozač koji je pobjegao s lica mjesta. Pitanje koje se logično nameće jeste ko će odgovarati za štetu koju je prouzrokovalo nepoznato vozilo?

Iako je šteta pričinjena od strane nepoznatog vozila, bilo bi nepravedno oštećena treća lica u ovim slučajevima ostaviti bez prava na naknadu štete. Stoga, oštećena treća osoba se može obratiti Zaštitnom fondu i tražiti svoja prava. Postoji samo pravo na naknadu nematerijalne štete u slučaju prouzrokovanja štete nepoznatim vozilom. Međutim, odredbom člana 66. stav 2. ZOOS FBiH propisano je da će iznimno Zaštitni fond FBiH u slučaju štete prouzrokovane nepoznatim vozilom, nadoknaditi štetu i na stvarima (dakle, materijalnu štetu), ako je nadoknadio štetu zbog smrti ili tjelesne povrede nastale u istoj saobraćajnoj nesreći. Da bi se to ostvarilo, potrebno je da se ispuni još jedan uslov, a to je da je oštećeno lice zahtijevalo bolničko liječenje u trajanju od najmanje pet dana, pri čemu postoji franšiza u iznosu od 950,00 KM.

[12] ZOOS RS se razlikuje od ZOOS FBiH u ovom slučaju što predviđa pored stečajne mase i situaciju da šteta nije mogla biti nadoknađena ni iz likvidacione mase društva za osiguranje.

Da bi oštećeni ostvario pravo na naknadu štete po osnovu osiguranja od autoodgovornosti, potrebno je da dokaže postojanje odgovornosti vozača nepoznatog vozila, što u praksi nije uopšte jednostavno.

A je kao pješak pretrpio štetu na način da ga je udarilo vozilo i udaljilo se sa lica mjesta. A je podnio tužbu protiv Zaštitnog fonda tražeći naknadu nematerijalne štete u vidu duševnih bolova zbog umanjene životne aktivnosti, pretrpljenog straha i fizičkih bolova i materijalne štete na ime troškova tuđe njege i pomoći i na ime izgubljene zarade, uslijed tjelesne povrede prouzrokovane u saobraćajnoj nezgodi. Zaštitni fond je isticao da A nije dokazao da je pretrpio štetu od nepoznatog vozila i da nema pravo na naknadu materijalne štete. Sud je donio odluku u smislu da je obavezao Zaštitni fond na naknadu štete. Argumenti presude su bili da je prigovor u pogledu tereta dokaza bio paušalan, te da je na Zaštitni fond prešao teret iznošenja dokaza za suprotne tvrdnje, odnosno da štetu nije prouzrokovalo nepoznato nego poznato vozilo. Također, sud je zaključio da je u slučaju štete koja nastane od nepoznatog vozila isključeno pravo na naknadu materijalne štete nastale uslijed oštećenja vozila u saobraćajnoj nezgodi, a nije isključeno pravo na naknadu materijalne štete koja se pojavljuje kao posljedica tjelesne povrede zadobijene u saobraćajnoj nezgodi.[13]

Omogućavanje naknade štete trećim oštećenim licima koja su pretrpjela štetu prouzrokovanu nepoznatim vozilom može biti predmet zloupotreba, stoga je potrebno biti vrlo oprezan prilikom ocjene ovakvih odštetnih zahtjeva. Naime, dešava se da nesavjesni vozači prouzrokuju sami štetu svojom nepažnjom, pa potom prijave da je šteta prouzrokovana od strane nepoznatog motornog vozila i na taj način pokušaju ostvariti naknadu štete. Upravo iz ovog razloga je, a u cilju sprečavanja zloupotreba, propisano ograničenje da se nadoknađuje samo nematerijalna šteta nastala upotrebom nepoznatog motornog vozila (Baroš, 2018, str. 59).

Moguća je i situacija da na teritoriji BiH bude pričinjena šteta stranom licu upotrebom nepoznatog motornog vozila, što predstavlja poseban slučaj štete. U ovakvim slučajevima, strano lice ima pravo da traži naknadu štete, ali samo pod uslovom reciprociteta, odnosno da zakon države čiji je državljanin strano lice dopušta našim državljanima pravo na naknadu štete u ovakvim slučajevima (Baroš, 2018, str. 59).

Nakon što Zaštitni fond isplati osnovan zahtjev za naknadu štete oštećenoj trećoj osobi, kojoj je šteta prouzrokovana nepoznatim vozilom, a naknadno

[13] Presuda Kantonalnog suda u Tuzli br. 32 0 P 117273 17 Gž 2 od 3. 7. 2018. godine.

se pojavi odgovorna osoba i vozilo, te se utvrdi odgovorno društvo za osiguranje, Zaštitni fond ima regresno pravo prema odgovornom društvu za osiguranje do isplaćenog iznosa uvećano za opravdane troškove na dan isplate štete.[14]

II Štete prouzrokovane neosiguranim vozilom

Veliki je broj saobraćajnih nezgoda u kojima šteta bude prouzrokovana vozilom koje nije osigurano. Moguće su dvije situacije:

a) vlasnik, odnosno korisnik vozila nije uopće zaključio ugovor o osiguranju od autoodgovornosti,
b) vlasnik, odnosno korisnik vozila je zaključio ugovor o osiguranju od autoodgovornosti, ali je prije nastupanja štete period osiguranja istekao.

U BiH (prema ZOOS FBiH i ZOOS RS) šteta koja bude prouzrokovana upotrebom motornog vozila koje nije osigurano nadoknađuje se na isti način kao da je takav ugovor zaključen. Bitno je naglasiti da se nadoknađuju i materijalna i nematerijalna šteta, odnosno nema ograničenja kao što je to slučaj kod naknade štete koja je prouzrokovana upotrebom nepoznatog motornog vozila.

Dogodila se saobraćajna nezgoda koju je prouzrokovao vozač traktora, koji nije bio osiguran od automobilske odgovornosti. Nezgoda je nastala na način da je vozač traktora vršio nedozvoljenu radnju skretanja ulijevo, a iza njega se nalazilo vozilo GOLF, koji je otpočeo radnju preticanja traktora prije nego što je vozač traktora otpočeo radnju skretanja u lijevo. U ovoj nezgodi nastala je materijalna šteta na vozilu GOLF, te je vozač vozila GOLF podnio tužbu protiv Zaštitnog fonda i vozača traktora. Vozač traktora je isticao prigovor da nije imao obavezu da osigurava traktor ističući da traktori namijenjeni u poljoprivredne svrhe ne podliježu obveznom osiguranju od autoodgovornosti, te da je za nezgodu odgovoran vozač vozila GOLF, koji se kretao velikom brzinom, koju nije prilagodio ograničenju i uslovima puta. Sud je obavezao Zaštitni fond i vozača traktora da solidarno naknade štetu vozaču vozila GOLF. U toku postupka između ostalog, proveden je dokaz vještačenjem po vještaku saobraćajne i mašinske struke, čime je dokazana odgovornost vozača traktora. Također, vozač traktora je bio dužan da osigura traktor od autoodgovornosti s obzirom da se radi o motornom vozilu koje se kreće javnim putem.[15]

[14] Član 69. stav 4. ZOOS FBiH.
[15] 07 53 Mal 000936 05 Mal od 21. 7. 2006. godine, Općinski sud u Čapljini.

Dakle, oštećena treća osoba, u slučaju da joj je šteta prouzrokovana neosiguranim vozilom, ima pravo tražiti naknadu štete od Zaštitnog fonda, koji ne može isticati prigovore koje ne bi moglo istaći ni društvo za osiguranje da je ugovor o osiguranju zaključen (Baroš, 2018, str. 59). Nakon što Zaštitni fond isplati osnovan zahtjev za naknadu štete oštećenoj trećoj osobi, ima regresno pravo prema vlasniku vozila čije vozilo ne ispunjava obavezni uvjet u pogledu zaključenog ugovora o osiguranju od autoodgovornosti. Međutim, ovo pravo Zaštitnog fonda ograničeno je na dvanaest prosječnih neto plaća u Federaciji prema posljednjim podacima na dan isplate štete.[16] Razlika između naknade štete koja je prouzrokovana nepoznatim vozilom i one koja je prouzrokovana neosiguranim vozilom, a koju je isplatio Zaštitni fond, jeste upravo u obimu regresnog prava Zaštitnog fonda. Naime, u prvom slučaju Zaštitni fond ima pravo na regres isplaćenog iznosa i opravdanih troškova (koji mogu biti npr. advokatski troškovi), dok je u drugom slučaju to pravo ograničeno na dvanaest prosječnih neto plaća isplaćenih u Federaciji prema posljednjim statističkim podacima bez spominjanja opravdanih troškova, tako da je to pitanje ostavljeno sudovima na odlučivanje u svakom konkretnom slučaju.[17]

U drugom slučaju dogodila se saobraćajna nezgoda u kojoj je smrtno stradala jedna ženska osoba. Nezgodu je prouzrokovalo vozilo BMW, diplomatskih registarskih oznaka, kojim je upravljao ataše jedne strane države u BiH, a vozilo je bilo neosigurano. Vozač je imao diplomatski status i kod Ministarstva vanjskih poslova BiH bio nostrificiran u svojstvu atašea u BiH i za određeni vremenski period imao kod nadležnog ministarstva evidentiranu adresu u Sarajevu. Suprug, majka i otac stradale su podnijeli tužbu za naknadu štete protiv Zaštitnog fonda i zahtijevali isplatu naknade nematerijalne štete za duševne bolove zbog smrti bliskog srodnika. Prvostepeni sud je obavezao Zaštitni fond na naknadu štete.[18] *Tuženi je izjavio žalbu u kojoj je isticao da se ne može izjednačiti privremeni boravak koji je imao vozač vozila BMW sa prebi-*

[16] Član 69. stav 3. ZOOS FBiH.

[17] *Dogodila se saobraćajna nezgoda na način da je vozač vozila GOLF, koji se kretao iza traktora sa prikolicom bez registarskih oznaka i svjetlosne signalizacije, nije prilagodio vožnju stanju i uslovima na putu (noć, oblačno, kiša, te slaba vidljivost, cesta mokra i klizava) te je ostvario kontakt sa istim čime je prouzrokovao materijalnu i nematerijalnu štetu. Zaštitni fond je isplatio naknadu štete i regresno je potraživao od vozača vozila GOLF, kao lica koje je odgovorno za štetu u omjeru od 60%. Sud je obavezao vozača vozila GOLF i na naknadu opravdanih troškova za vođenje predmetne parnice i to do visine troškova koje bi stranka imala da ju je zastupao advokat čije je sjedište u mjestu suda.* (Presuda Kantonalnog suda u Livnu br. 68 0 Mal 027021 15 Gž od 16. 5. 2018. godine).

[18] Presuda Općinskog suda u Visokom br. 41 0 P 000719 12 P-2 od 23. 4. 2013. godine.

valištem o kojem govori član 16. Zakon o osiguranju od autoodgovornosti FBiH i da je takvo tumačenje protivno članu 46. Bečke konvencije o konzularnim odnosima, čija je primjena obavezna u BiH, te članu 52. Zakona o kretanju i boravku stranaca i azilu. Drugostepeni sud je odbio izjavljenu žalbu i potvrdio prvostepenu presudu. Naime, u obrazloženju drugostepene presude sud je naveo da iz odredbe člana 16. Zakona o osiguranju od autoodgovornosti FBiH proizilazi da je zaštitni fond obavezan da oštećenim plati naknadu štete u slučaju smrti ili fizičke povrede kada nezgodu prouzrokuje neosigurano vozilo, a vozilo posjeduje lice sa prebivalištem u FBiH. Imajući u vidu da situacija smrti kao posljedice saobraćajne nezgode prouzrokovane neosiguranim vozilom diplomatskih registarskih oznaka nije pravno regulisana, sud je analogno primijenio odredbu člana 16. Zakona o osiguranju od autoodgovornosti FBiH. Također, sud je zauzeo stanovište da osobe sa statusom diplomatskog službovanja u BiH privremeno borave u BiH, koji boravak se evidentira kod nadležnog ministarstva, a nemaju prebivalište u državi prijemnici. Vozila koja koriste ove osobe podliježu obavezi registrovanja i obaveznog osiguranja. Osim toga, istaknut je cilj institucije Zaštitnog fonda, a to je pokrivanje šteta koje pretrpe žrtve saobraćajnih nezgoda na cijelom teritoriju BiH, a koja šteta je počinjena od strane neosiguranog vozila, pa proizilazi da od ove obaveze ne mogu biti izuzeta vozila sa diplomatskim registarskim tablicama. U suprotnom, ovakve štete bi ostale nepokrivene i žrtve ovakvih saobraćajnih nezgoda ne bi imale pravo na naknadu štete.[19] *Protiv drugostepene presude izjavljena je revizija, koja je odbijena.*[20]

III Naknada u slučaju stečaja nad društvom za osiguranje

Zaštitni fond ima obavezu da nadoknadi štete koje budu prouzrokovane trećim osobama u slučaju da nisu mogle biti nadoknađene iz stečajne mase (FBiH), odnosno iz likvidacione mase (RS) društva za osiguranje. Za razliku od situacije kada je šteta prouzrokovana od strane nepoznatog vozila, gdje se nadoknađuje samo nematerijalna šteta, u slučaju stečaja nad društvom za osiguranje, kao i kod šteta prouzrokovanih neosiguranim vozilom, nadoknađuju se i nematerijalna i materijalna šteta.

Dakle, jasno je da oštećene treće osobe imaju pravo na naknadu štete u ovom slučaju. Međutim, ne postoji jedinstven stav u pogledu trenutka kada oštećene treće osobe stiču pravo da se obrate za naknadu štete Zaštitnom fondu. U ovom slučaju otvaraju se mnogobrojna pitanja na koja se može odgovoriti sudskom praksom. Da li je uslov prethodni pokušaj naplate štete

[19] 41 0 P 000719 13 Gž 3 od 11. 9. 2013. godine, Kantonalni sud u Zenici.
[20] 41 0 P 000719 12 Rev 2 od 13. 5. 2014. godine, Vrhovni sud FBiH.

od društva za osiguranje? Da li je dovoljno da je nad društvom za osiguranje pokrenut stečajni/likvidacioni postupak ili je potrebno da je otvoren stečajni/likvidacioni postupak?[21] Da li je dovoljno prijaviti potraživanje naknade štete u stečajnu/likvidacionu masu ili je potrebno da nastupi nemogućnost naknade štete iz te mase?

Ako se doslovno tumači zakonska odredba u FBiH u ovom smislu, onda je potrebno da stečajni postupak bude okončan i da nastupi nemogućnost naplate štete iz stečajne mase društva za osiguranje da bi oštećena treća osoba imala pravo na naknadu štete od Zaštitnog fonda, što je vrlo nepovoljan položaj oštećenih lica imajući u vidu da stečajni postupak može jako dugo da traje. ZOOS FBiH ne spominje izričito situaciju koja se odnosi na likvidacioni postupak i likvidacionu masu društva za osiguranje, tako da je ostavljeno sudovima da ovu odredbu tumače u svakom konkretnom slučaju.

A je tužila društvo za osiguranje za naknadu štete i izdejstvovala pravosnažnu parničnu presudu. Nad društvom za osiguranje je pokrenut likvidacioni postupak, A je blagovremeno prijavila potraživanje u likvidacionom postupku i isto joj je priznato od strane likvidacionog upravnika. Budući da nije dobila naknadu štete tužila je Zaštitni fond. Zaštitni fond je isticao da je tužba neosnovana i preuranjena, te da A ima pravo da se obrati Zaštitnom fondu tek nakon što ne uspije da naplati štetu (potraživanje) u likvidacionom postupku. Sud je obavezao Zaštitni fond na naknadu štete A, s obzirom da je u toku postupka utvrđeno da se A nije namirila u likvidacionom postupku, a postojanje potraživanja je utvrđeno pravosnažnom sudskom odlukom i priznato u cijelosti odlukom likvidacionog upravnika, što je u skladu sa odredbom člana 70. stav 2. Zakona o društvima za osiguranje u privatnom osiguranju.[22]

U drugom slučaju, B je tužio Zaštitni fond za naknadu nematerijalne štete nastale u saobraćajnoj nezgodi za koju je odgovoran vozač osiguran kod Hercegovina osiguranje d.d. Mostar, nad kojim je u tom trenutku već bio pokrenut postupak likvidacije. Sud je obavezao Zaštitni fond na naknadu štete.[23]

---

[21] Odredbom člana 4. Zakona o stečajnom postupku FBiH ("Službene novine FBiH", br. 29/2003, 32/2004, 42/2006, 4/2017 – odluka US i 52/2018 – dalje: ZSP) propisano je da se stečajni postupak pokreće pisanim prijedlogom. Odredbom člana 14. ZSP propisano je da nakon prijema dopuštenog prijedloga za otvaranje stečajnog postupka, stečajni sudija bez odlaganja utvrđuje da li postoji razlog za otvaranje stečajnog postupka. Dakle, pravne posljedice stečaja nastupaju tek otvaranjem stečajnog postupka, a ne njegovim pokretanjem.

[22] Presuda Kantonalnog suda u Tuzli br. 32 0 P 190424 15 Gž od 23. 8. 2018. godine.

[23] Presuda Kantonalnog suda u Mostaru br. 58 0 P 111009 14 Gž od 23. 8. 2018. godine.

C je tužio Zaštitni fond za naknadu materijalne štete nastale u saobraćajnoj nezgodi koju je prouzrokovalo vozilo osigurano kod Bosansko-njemačkog osiguranja d.d. Tuzla. Sud je obavezao Zaštitni fond na naknadu štete jer je utvrđeno da je Agencija za nadzor osiguranja FBiH donijela rješenje kojim je oduzeta dozvola za rad prednje navedenom osiguranju, nakon čega je pokrenut likvidacioni postupak, da je C prijavio svoje potraživanje naknade štete.[24]

IV Članstvo i izvori finansiranja

Društva za osiguranje koja u FBiH obavljaju osiguranje putnika u javnom prevozu od posljedica nesretnog slučaja i osiguranje vlasnika vozila od odgovornosti za štetu prouzrokovanu trećim osobama su članovi Zaštitnog fonda FBiH.

Zaštitni fond ima dva izvora finansiranja, a to su članarine i doprinosi. Članarine služe za finansiranje troškova poslovanja Zaštitnog fonda, što su u širem smislu riječi troškovi administracije. Svi članovi Zaštitnog fonda su obavezni plaćati članarinu. Iznos članarine određuje Upravni odbor Zaštitnog fonda svake poslovne godine, uz prethodnu saglasnost Agencije. Doprinosi služe za finansiranje naknada šteta iz nadležnosti Zaštitnog fonda, dužni su ih plaćati također svi članovi Zaštitnog fonda, a njihov iznos se određuje u postotku fakturisanih godišnjih premija osiguranja od automobilske odgovornosti i premija za osiguranje putnika u javnom prevozu. Njihov iznos se također određuje jednom godišnje odlukom Agencije. Razlika između članarina i doprinosa jeste u tome što Agencija ima ovlaštenje da mijenja visinu utvrđenih doprinosa i prilagođava je potrebama Zaštitnog fonda, a sve u cilju izvršavanja obaveza koje se odnose na nadležnost Zaštitnog fonda.[25]

V Organizacija

Zaštitni fond FBiH je pravna osoba sa sjedištem u Sarajevu, a njegovi organi[26] su:

a) skupština,
b) upravni odbor,
c) direktor.

[24] Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 65 0 Ps 073962 17 Rev od 21. 3. 2017. godine.
[25] Član 60. ZOOS FBiH.
[26] Član 59. ZOOS FBiH.

Skupštinu Zaštitnog fonda čine ovlaštene osobe članova Zaštitnog fonda. Odluke se donose dvotrećinskom većinom ukupnog broja glasova članova Zaštitnog fonda. Skupština Zaštitnog fonda ima sljedeće nadležnosti:

- donošenje statuta i drugih općih akata od značaja za poslovanje,
- donošenje finansijskog plana i usvajanje finansijskih izvještaja,
- imenovanje i razrješenje članova Upravnog odbora Zaštitnog fonda,
- odlučivanje o ugovaranju osiguranja Zaštitnog fonda za pokriće nesolventnosti članova u pogledu izvršavanja obaveza prema Zaštitnom fondu.

Broj glasova svakog člana određuje se odlukom Agencije i to srazmjerno visini uplaćenih doprinosa u prethodnoj godini. ZOOS FBiH je propisano da svaki član Skupštine Zaštitnog fonda ima jedan glas na svakih 4.000.000,00 KM obračunate premije u skladu s vrstama osiguranja na temelju kojih se plaćaju doprinosi, a ako članovi imaju premiju manju od 4.000.000,00 KM, onda imaju pravo na jedan glas.[27]

Upravni odbor Zaštitnog fonda je odgovoran za upravljanje Zaštitnim fondom. Mandat mu traje četiri godine, a imenuje se uz prethodnu saglasnost Agencije. Ima ukupno pet članova, od čega se jedan imenuje iz reda zaposlenih u Federalnom ministarstvu finansija, a četiri člana se imenuju na prijedlog društava za osiguranje iz društava za osiguranje ili iz reda stručnjaka iz oblasti privrednog prava, osiguranja ili finansija, koji su neovisni o društvima za osiguranje. Da bi određena osoba bila imenovana za člana Upravnog odbora Zaštitnog fonda mora da ispunjava zakonske uslove koji se odnose na stručnu spremu i radno iskustvo, neosuđivanost te da nije bila član uprave, nadzornog odbora ili organa koji obavlja nadzor u društvu za osiguranje nad kojim je otvoren ili proveden postupak likvidacije ili stečaja.[28]

Direktora Zaštitnog fonda na mandat od četiri godine imenuje Upravni odbor Zaštitnog fonda, po prethodno pribavljenoj saglasnosti Agencije. Odgovoran je za:

- organizovanje rada i rukovođenje poslovanjem,
- predstavljanje i zastupanje Zaštitnog fonda,
- izvršenje odluka koje donese Zaštitni fond, i
- zakonitost rada Zaštitnog fonda.

U pogledu postupka i uslova za imenovanje direktora, odnosno oduzimanja saglasnosti za funkciju direktora, shodno se primjenjuju odredbe zakona

[27] Član 62. ZOOS FBiH.
[28] Član 63. i 64. ZOOS FBiH.

koji reguliše oblast osiguranja koje se odnose na članove uprave u društvu za osiguranje. Ukoliko za osobu koja je imenovana za direktora ne bude pribavljena saglasnost Agencije, ona ne može obavljati funkciju direktora Zaštitnog fonda.[29]

VI Regresni zahtjevi[30]

Sve pravne i fizičke osobe koje su direktno oštećenoj trećoj osobi nadoknadile štetu u cijelosti ili djelimično, uključujući tu i pravne osobe koje obavljaju poslove zdravstvenog, mirovinskog i invalidskog osiguranja, a koju je bio dužan naknaditi Zaštitni fond, imaju pravo na povrat isplaćenog iznosa, odnosno imaju regresno pravo prema Zaštitnom fondu.

Također, i Zaštitni fond preuzima prava oštećene treće osobe prema svim pravnim i fizičkim osobama, uključujući i one koje obavljaju poslove zdravstvenog, mirovinskog i invalidskog osiguranja, ali samo do iznosa koji je Zaštitni fond isplatio oštećenoj trećoj osobi.

U slučaju da je štetu prouzrokovao vozač, čije vozilo nije bilo osigurano, Zaštitni fond ima pravo na naknadu štete, koju je isplatio oštećenoj trećoj strani, od takvog vozača. Regresna naknada štete koju Zaštitni fond može potraživati od vozača nije neograničena, već je limitirana na 12 prosječnih neto plaća isplaćenih na teritoriji FBiH ili RS, prema posljednjim podacima na dan isplate.

Dogodila se saobraćajna nezgoda koju je prouzrokovao vozač a, a vozilo nije bilo osigurano od autoodgovornosti. Oštećeni B je u ovoj saobraćajnoj nezgodi pretrpio materijalnu štetu i obratio se zahtjevom za naknadu Zaštitnom fondu, koji je zahtjevu udovoljio. Zaštitni fond je podnio tužbu protiv vlasnika vozila C, koji uopšte nije bio učesnik predmetne saobraćajne nezgode. Tuženi C je ranije prodao predmetno vozilo koje je sudjelovalo u nezgodi, predao saobraćajnu dozvolu, a nadležni organ je nakon toga oduzeo saobraćajnu dozvolu i registarske tablice zbog isteka istih. Sud je odbio tužbeni zahtjev Zaštitnog fonda sa obrazloženjem da tuženi C nije bio učesnik nezgode, da vozilo kojim je prouzrokovana šteta nije bilo niti u njegovom vlasništvu niti posjedu, pa isti nije pasivno legitimisan u ovoj pravnoj stvari i nije dužan nadoknaditi regresni dug Zaštitnom fondu.[31]

---

[29] Član 65. ZOOS FBiH.

[30] Član 69. ZOOS FBiH/Član 54. ZOOS RS

[31] Presuda Općinskog suda u Travniku br. 51 0 Mal 073023 13 Mal od 1. 2. 2019. godine, presuda Kantonalnog suda u Novom Travniku br. 51 0 Mal 073023 19 Gž

U drugom slučaju, Zaštitni fond je podnio tužbu protiv tuženog D, koji je skrivio saobraćajnu nezgodu kojom je prouzrokovana šteta E, a vozilo je bilo neosigurano i D je bio pod uticajem alkohola. Kako je D smrtno stradao u nezgodi, sud je pozvao na uređenje tužbe, s obzirom da nije ispunjen uslov u pogledu stranačke sposobnosti, a Zaštitni fond je kao tuženog označio nasljednike D-a. Prvostepeni sud[32] *je obavezao nasljednike D-a na isplatu naknade štete, obrazlažući to time da nasljednik odgovara za ostaviteljeve dugove do visine naslijeđene imovine, a nasljednici D-a nisu isticali prigovor nedostatka vrijednosti imovine. Drugostepeni sud*[33] *je uvažio žalbu nasljednika D-a, kao tuženih i odbio tužbeni zahtjev kao neosnovan. Argumenti drugostepene presude su bili da na tuženima, kao nasljednicima, ne leži obaveza isplate naknade štete. Naime, regres ne potiče iz pravnog odnosa između Zaštitnog fonda i tuženih. Tuženi nisu prouzrokovali štetu, već je to učinio D. Također, nasljednici ne mogu odgovarati ni prema Zakonu o nasljeđivanju, s obzirom da dugovanja D-a nisu bila prijavljena u ostavinskom postupku, niti je utvrđena visina takvog dugovanja. Revizija protiv drugostepene odluke je odbačena zbog imovinskog cenzusa*[34]*, a apelacija kao prima faciae neosnovana*[35]

Ukoliko je štetu prouzrokovalo nepoznato vozilo, koju je trećoj oštećenoj osobi nadoknadio Zaštitni fond, a naknadno se pronađe vozilo i odgovorna osoba,[36] te se utvrdi koje je odgovorno društvo za osiguranje, Zaštitni fond ima regresno pravo naknade isplaćenog iznosa štete i opravdanih troškova od odgovornog društva za osiguranje na dan isplate štete.

VII Uporednopravna rješenja

Svaki institut, pa tako i institut Zaštitnog fonda, najbolje je sagledati kroz prizmu uporednopravnih rješenja. Garantni/Garancijski fondovi su, prije uvođenja sistema obveznog osiguranja od automobilske odgovornosti, osnovani u Francuskoj (1951), Njemačkoj (1955), Belgiji (1957), Španiji (1962) (Baroš, 2018, str. 56–57). Jedna od osnovnih i najvažnijih karakteristika bila je dobrovoljnost (Ćurković, 2015, str. 205).

od 10. 10. 2019. godine, presuda Ustavnog suda BiH br. AP-3522/20 od 10. 11. 2020. godine.

32 Presuda Općinskog suda u Livnu br. 68 0 P 035776 15 P od 24. 1. 2017. godine.

33 Presuda Kantonalnog suda u Livnu br. 68 0 P 035776 17 Gž od 19. 2. 2018. godine.

34 Rješenje Vrhovnog suda FBIH br. 68 0 P 035776 18 Rev od 19. 2. 2019. godine.

35 Odluka Ustavnog suda BiH br. AP-6425/18 od 20. 5. 2020. godine.

36 Nadležno ministarstvo unutrašnjih poslova o tome obavještava Zaštitni fond.

Pravna nauka stoji na stanovištu da je garantni fond najranije osnovan u Francuskoj, davne 1951. godine, i to u vrijeme kad još uvijek nije postojalo obvezno osiguranje od automobilske odgovornosti. Njegova nadležnost se odnosila na naknadu štete koju pričine neosigurana i nepoznata vozila, kao i naknadu štete koju pričine vozači koji nemaju sredstava da je naknade. Od 2003. godine ovaj fond nosi naziv *Fonds de garantie des assurances obligatoires.*

U Njemačkoj je 1955. godine najprije formiran garancijski fond za štete koje pričine vozači nepoznatih vozila (*Fahrerfluchtfond*). Nakon toga, 1963. godine ustanovljeno je posebno tijelo za pomoć žrtvama saobraćaja (*Verkehrsopferhilfe)*. Shodno paragrafu 12. njemačkog Zakona o obveznom osiguranju od automobilske odgovornosti garancijski fond se zove Odštetni fond (*Entschaedigungsfonds fuer Schaeden aus Kraftfahrzeugunfaellen)*, koji je nadležan za naknadu šteta koje pričine nepoznati i neosigurani vozači, kao i vozači osigurani kod insolventnih osiguravača ili osiguravača u stečaju (Ćurković, 2015, str. 205).

Osnivanje Garancijskog fonda u Belgiji veže se za 1957. godinu i njegova nadležnost se odnosi na naknadu šteta koje prouzrokuju nepoznati vozači motornih vozila, neosigurana vozila i vozači osigurani kod društva za osiguranje u stečaju. Također, u Belgiji se ova nadležnost proširuje i na naknadu šteta koje pričine vozači ukradenih vozila i naknadu štete koja nastane uslijed *vis maior*.

U Španiji je Garantni fond osnovan 1962. godine, a njegova djelatnost se odnosi na naknadu štete koja nastane od neosiguranih i nepoznatih vozila, vozila koja su osigurana kod osiguravatelja u stečaju, kao i za naknadu štete koju pričine vozila koja su ukradena (Fernandez Martin, 2006, str. 122).

U Republici Hrvatskoj Garancijski fond je imovina Hrvatskog ureda za osiguranje i osnovan je Zakonom o obveznim osiguranjima u prometu[37]. Djelatnost Garancijskog fonda[38] odnosi se na izvršenje obaveza po osnovu šteta koje pričine neosigurana i nepoznata motorna vozila i vozila osigurana kod društava za osiguranje u stečaju ili društava koja su prestala postojati. Garancijski fondovi mogu biti osnovani kao samostalne i nezavisne pravne osobe i kao tijela, odnosno organi u sastavu ureda za osiguranje, kao što je to slučaj s Republikom Hrvatskom. Shodno odredbi člana 45. ZOOP RH, društva za osiguranje koja obavljaju poslove obveznih osiguranja (između ostalog i osiguranje od automobilske odgovornosti) dužna su Hrvatskom uredu za

[37] "Narodne novine" br. 151/05, 36/09, 75/09 i 76/13, u daljem tekstu: ZOOP RH.
[38] Član 44. ZOOP RH.

osiguranje uplaćivati doprinos za Garancijski fond, što se čini srazmjerno premiji ili broju rizika u tekućoj godini.

U Republici Srbiji Zakonom o obaveznom osiguranju u saobraćaju Republike Srbije[39] osnovan je Garantni fond koji ima svojstvo pravnog lica. Odredbom člana 73. stav 4. Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju Republike Srbije propisano je da se sredstva za osnivanje i početak rada Garantnog fonda obezbjeđuju u budžetu Republike Srbije, iz čega se vidi jasan uticaj države na fond. Nadležnost Garantnog fonda odnosi se na ekonomsku zaštitu putnika u javnom prevozu i trećih oštećenih lica, u slučajevima kada je šteta pričinjena upotrebom neosiguranog ili nepoznatog prevoznog sredstva, kao i za štetu za čiju naknadu je odgovorno društvo za osiguranje nad kojim je pokrenut stečajni postupak. Sredstva za rad Garantnog fonda Republike Srbije čine doprinosi društava za osiguranje, sredstva budžeta Republike Srbije u prvoj godini rada, prihodi od ulaganja i drugi prihodi samog fonda. Uticaj države na Garantni fond ogleda se i u činjenici da Vlada Republike Srbije daje saglasnost na Statut Garantnog fonda, kao opšti akt i imenuje i razrješava članove Upravnog odbora Garantnog fonda, kao i u činjenici da se na zaradu, primanja i ostale naknade zaposlenih u Garantnom fondu shodno primjenjuju propisi o zaradama, naknadama i drugim primanjima u javnim službama.

U Republici Crnoj Gori Zakonom o obaveznom osiguranju u saobraćaju[40] osnovan je Garantni fond pri Udruženju – Nacionalnom birou osiguravača Crne Gore. Nadležnost Garantnog fonda propisana je odredbom člana 54. prethodno citiranog zakona, gdje je navedeno da se Fond osniva s ciljem ekonomske zaštite putnika u javnom saobraćaju i trećih oštećenih lica, i to u slučajevima kada je šteta pričinjena upotrebom neosiguranog ili nepoznatog prevoznog sredstva, kao i u slučajevima kada je društvo za osiguranje odgovorno za naknadu štete i šteta nastalih po osnovu zelene karte, a kome je oduzeta dozvola za rad i nad kojim je pokrenut postupak stečaja ili likvidacije. Razlika u regulativi između Republike Srbije i Republike Crne Gore jeste upravo u ovom posljednjem slučaju. Naime, u Republici Crnoj Gori obuhvaćene su naknade štete koju su pričinila vozila osigurana kod društava za osiguranje kojima je oduzeta dozvola za rad i nad kojima je pokrenut pored postupka stečaja i postupak likvidacije, dok su u Republici Srbiji zakonom predviđeni samo slučajevi naknade štete koju su pričinila vozila osigurana kod društava za osiguranje nad kojima je otvoren stečajni postupak. To znači da su u Republici Srbiji puno stroži kriteriji za naknadu štete,

[39] "Sl. glasnik RS", br. 51/2009, 78/2011, 101/2011, 93/2012 i 7/2013 – odluka US.

[40] "Sl. list Crne Gore", br. 44/12 od 9. 8. 2012.

imajući u vidu da se traži da je otvoren, a ne pokrenut stečajni postupak (pravne posljedice pokretanja i otvaranja stečajnog postupka su različite), dok situacije kada je pokrenut/otvoren postupak likvidacije ili kada je društvu za osiguranje oduzeta dozvola za rad uopće nisu pokrivene.

U Republici Sloveniji Škodni sklad vrši funkciju garantnog fonda i uspostavljen je Zakonom o obveznih zavarovanjih v prometu[41]. Ovaj garantni fond je samo fond pri Združenju, a ne samostalna pravna osoba (Ćurković, 2015, str. 205).

VIII Pravo Evropske unije (EU)

Evropska konvencija o obveznom osiguranju od automobilske odgovornosti (Strasburška konvencija)

Evropska konvencija o obveznom osiguranju od automobilske odgovornosti je potpisana 20. 4. 1959. godine u Strasbourgu, zbog čega i nosi naziv Strasburška konvencija (Vijeće Evrope). Cilj Konvencije je uspostava sistema obveznog osiguranja u pogledu građanske odgovornosti za štete koje pretrpe žrtve cestovnog prometa. Svaka država potpisnica se obavezuje uvesti sistem obveznog osiguranja u skladu s odredbama Konvencije koji određuje obveznike osiguranja od autoodgovornosti, kao i mjere (praćene kaznenim ili upravnim sankcijama) u cilju poštovanja propisanih obaveza.

Također, Strasburška konvencija razrađuje izuzeća od uobičajenog osiguranja, naknadu štete koja je prouzrokovana motornim vozilom, međunarodne potvrde o osiguranju, osnivanje garantnog fonda itd.

Odredbom člana 9. Strasburške konvencije uvedena je obaveza država potpisnica da formiraju posebna tijela sa zadatkom da se staraju o naknadi štete u slučajevima šteta koje su prouzrokovane od strane neosiguranih i nepoznatih vozila. Konvencijom je propisano da su države ugovornice samostalne u određivanju uslova za ostvarivanje prava na naknadu štete kao i u pogledu obima naknade štete. Također, države ugovornice mogu uvesti načelo reciprociteta u odnosu na štete koje pretrpe strani državljani države potpisnice.

Odredbom člana 11. Strasburške konvencije propisana je obaveza država potpisnica da u svom nacionalnom okviru odrede obveznike osiguranja od

[41] Uradni list RS, št. 93/07 – uradno prečiščeno besedilo, 40/12 – ZUJF, 33/16 – PZ-F in 41/17 – PZ-G.

automobilske odgovornosti, kao i određene sankcije u cilju osiguranja poštovanja propisanih obaveza.

Strasburška konvencija nije nikada stupila na snagu zbog malog broja ratifikacija,[42] međutim, vrlo je značajna jer je zbog svojih modernih rješenja ostvarila uticaj na kasnije uređenje sistema zaštite trećih oštećenih osoba, žrtava cestovnog prometa (Ćurković, 2015, str. 206).

Evropsko pravo zaštite žrtava nepoznatih i neosiguranih motornih vozila

Kada je u pitanju evropsko pravo zaštite žrtava nepoznatih i neosiguranih motornih vozila, vrlo je značajno spomenuti nekoliko direktiva koje su se bavile ovom problematikom.

Prva od njih jeste *Direktiva Vijeća 72/166/EEZ od 24. aprila 1972. o usklađivanju zakona država članica u odnosu na osiguranje od građanskopravne odgovornosti u pogledu upotrebe motornih vozila i izvršenje obveze osiguranja od takve odgovornosti.*

Druga direktiva Vijeća broj 84/5/CEE od 30. decembra 1983. godine o usklađivanju zakona država članica u odnosu na osiguranje od građanskopravne odgovornosti u pogledu upotrebe motornih vozila (Eur–Lex, Access to European Union Law) odgovara odredbama Strasburške konvencije. Naime, države članice treba da uspostave novo tijelo ili ovlaste postojeće sa zadatkom da se stara o naknadi šteta žrtvama cestovnog prometa koje imaju pravo direktnog obraćanja takvom tijelu. Kada je u pitanju obim naknade štete, direktiva definiše da države članice mogu isključiti plaćanje naknade štete u slučaju kada se radi o osobama koje su dobrovoljno ušle u vozilo koje je prouzrokovalo štetu, pod uslovom da su znale da je vozilo neosigurano. Odnosno, države članice mogu ograničiti ili isključiti plaćanje naknade štete, u slučaju štete na stvarima, koju su prouzrokovala nepoznata vozila. Također, ova direktiva uvodi tzv. franšizu[43] i to kod naknade štete koju prouzrokuju neosigurana vozila u maksimalnom iznosu od 500 ECU. Nadalje, ova direktiva određuje da su države potpisnice ovlaštene da propišu supsidijarnost

[42] Sedam ratifikacija: Austrija, Danska, Njemačka, Grčka, Norveška, Švedska i Turska.

[43] Učestvovanje osiguranika u iznosu štete prema unaprijed definisanom iznosu. *Primjera radi, ukoliko je šteta na vozilu 20.000,00 KM, a franšiza je ugovorena na 3.000,00 KM, osiguravajuće društvo će biti dužno isplatiti iznos od 17.000,00 KM.*

obveze garantnog fonda u kontekstu da se oštećeni pokušaju namiriti od osobe koja ima obvezu naknade štete shodno ugovoru ili od štetnika.

Treća direktiva Vijeća broj 90/232/EEZ od 14. svibnja 1990. o usklađivanju zakona država članica u odnosu na osiguranje od građanskopravne odgovornosti u pogledu upotrebe motornih vozila (Eur–Lex, Access to European Union Law) je značajna po tome što u potpunosti ukida supsidijarnost obaveze garantnog fonda. Na ovaj način se zabranjuje prisiljavanje oštećenih lica da dokazuju da nisu mogla naplatiti naknadu štete od osoba koje imaju obavezu naknade štete shodno ugovoru ili od štetnika. Međutim, ostavlja se pravo država članica da isključe iz obaveze naknade štete od strane garantnog fonda vozača i putnike u vozilu kojim je upravljao neovlašteni vozač.

Četvrta direktiva 2000/26/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. maja 2000. godine o usklađivanju zakona država članica u odnosu na osiguranje od građanskopravne odgovornosti u pogledu upotrebe motornih vozila (Eur–Lex, Access to European Union Law) je zajedno sa Trećom direktivom nekoliko puta mijenjana.

Peta direktiva je *Direktiva 2005/14/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. maja 2005. godine o izmjeni direktiva Vijeća 72/166/EEZ, 84/5/EEZ, 88/357/EEZ i 90/232/EEZ te Direktive 2000/26/EZ Europskog parlamenta i Vijeća u odnosu na osiguranje od građanskopravne odgovornosti u pogledu upotrebe motornih vozila* (Eur–Lex, Access to European Union Law). Peta direktiva je uvela obavezu državama članicama da uspostave garantni fond u slučaju šteta na stvarima prouzrokovanih od strane nepoznatih motornih vozila, uz uslov da je u takvim nezgodama bilo teško povrijeđenih (bolničko liječenje ili već isplaćena naknada štete za ozljedu ili smrt). Ova direktiva zabranjuje franšizu za štete koje prouzrokuju neosigurana motorna vozila.

Konačno, ovom problematikom bavi se i *Direktiva 2009/103/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 16. septembra 2009. godine u odnosu na osiguranje od građanskopravne odgovornosti u pogledu upotrebe motornih vozila i izvršenje obveze osiguranja od takve odgovornosti* (Eur–Lex, Access to European Union Law), poznatija kao Šesta direktiva. U ovoj direktivi ponovljene su odredbe Druge direktive. U tački 14. preambule navedeno je da je neophodno ustanoviti tijelo koje će se starati o tome da žrtve cestovnog prometa ne ostanu bez prava na naknadu štete koju je prouzrokovalo nepoznato ili neosigurano vozilo. Također, ono što je posebno naglašeno u ovoj Direktivi jeste to da je potrebno da oštećene osobe imaju pravo direktnog obraćanja garantnom fondu. Međutim, državama članicama treba dati mogućnost da u određenim ograničenim slučajevima primjenjuju izuzeća u pogledu isplate

naknade štete od strane uspostavljenog tijela i da predvide da naknada štete za oštećenje stvari koje prouzrokuje nepoznato vozilo može biti ograničena ili isključena zbog opasnosti od prijevara. Odredbom člana 9. Direktive propisani su minimalni iznosi pokriveni obveznim osiguranjem. Naime, kod tjelesne povrede minimalan iznos pokrića je 1.000.000,00 EUR po žrtvi ili 5.000.000,00 EUR po odštetnom zahtjevu, bez obzira na broj žrtava. Odnosno, kod oštećenja stvari minimalan iznos pokrića je 1.000.000,00 EUR po odštetnom zahtjevu, bez obzira na broj žrtava. Nadalje, odredbom člana 10. Direktive predviđeno je da države članice osnivaju ili ovlašćuju tijelo sa zadatkom osiguranja naknade štete, barem do granica obveze osiguranja za oštećenje stvari ili tjelesne ozljede prouzrokovane nepoznatim ili neosiguranim vozilom. Također, oštećene osobe imaju pravo da se direktno obrate takvom tijelu za naknadu štete, a ne smije im se tražiti da dokazuju da odgovorna osoba za nezgodu nije u mogućnosti ili odbija isplatiti naknadu štete. Također, određeno je da države članice mogu isključiti ili ograničiti isplatu naknade štete. Isključenje isplate naknade štete odnosi se na osobe koje su dobrovoljno ušle u vozilo koje je prouzrokovalo štetu ili povredu, pod uslovom da tijelo može dokazati da su znale da je vozilo neosigurano. Isključenje ili ograničenje isplate naknade štete odnosi se na oštećenje stvari od nepoznatog vozila. Odredbom člana 11. Direktive definisano je pitanje eventualnih sporova u vezi s isplatom naknade štete. U slučaju nastanka spora između garantnog fonda i društva za osiguranje u odnosu na pitanje ko je u obavezi da isplati naknadu štete, države članice su dužne da poduzmu odgovarajuće mjere i odrede ko će od njih biti dužan da privremeno isplati treću oštećenu osobu do rješenja spora. Strana koja plati iznos naknade štete za koji se naknadno utvrdi da nije bila dužna platiti, dužna je nadoknaditi drugoj strani.

Zaključak

Osiguranje od autoodgovornosti za štete uzrokovane upotrebom motornih vozila jedan je od najboljih načina zaštite prava i interesa trećih oštećenih lica. Da bi se ta zaštita mogla ostvariti u potpunosti, potrebno je da vlasnici odnosno korisnici motornih vozila zaključe ugovor o osiguranju u tom smislu, što je njihova zakonska obaveza. Ukoliko vlasnici odnosno korisnici motornih vozila ne postupe po svojoj zakonskoj obavezi, zaštita trećih oštećenih lica će izostati.

Stoga, države su bili prinuđene uspostaviti mehanizam koji će obezbijediti zaštitu trećih oštećenih lica u situacijama u kojima im ta zaštita ne bi pripadala, a on se ogleda u uspostavljanju institucije zaštitnog, odnosno garan-

cijskog fonda. Osnovne funkcije fonda u svakoj državi ogledaju se u zaštiti oštećenih lica u slučaju kada štetu prouzrokuju vozila koja nisu osigurana, vozila koja ostanu nepoznata ili vozila koja su osigurana kod društva za osiguranje nad kojim je pokrenut postupak likvidacije ili stečaja.

Kada su u pitanju norme koje regulišu naknadu štete prouzrokovane od strane neosiguranih ili nepoznatih vozila, one su manje-više identične u nacionalnim pravima. Razlike u nacionalnim pravima postoje kada su u pitanju naknade štete prouzrokovane od strane vozila osiguranih kod društava za osiguranje nad kojima je pokrenut postupak likvidacije ili stečaja.

Bibliografija

Članci

Baroš, N. (2018). Naknada šteta prouzrokovanih od strane nepoznatog, neosiguranog vozila, kao i u slučaju stečaja osiguravača, *Poslovne studije*, godina 10, broj 19–20, str. 55–63.

Belanić, L. (2007). Granice odgovornosti osiguratelja prema trećima u osiguranju od automobilske odgovornosti za štetu, *Pravo i porezi*, broj: 12, Zagreb, 59–70.

Ćurković, M. (2015). Zaštita žrtava cestovnog prometa kroz instituciju Garancijskog fonda, *26. Susret osiguravača i reosiguravača*, Sarajevo, 203–224.

Fernandez Martin, M. H. (2006). Sustav i tržište osiguranja motornih vozila u Španjolskoj s opće europske perspektive, *Zbornik "14. savjetovanja o obradi i likvidaciji međunarodnih automobilskih šteta"*, HUO, Opatija, 119–135.

Zakoni

Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odluka USJ i 57/1989, "Sl. list RBiH", br. 2/1992, 13/1993 i 13/1994 i "Sl. novine FBiH", br. 29/2003 i 42/2011)

Zakon o osnovama bezbjednosti saobraćaja na putevima u BiH ("Službeni glasnik BiH", br. 06/06, 75/06, 44/07, 84/09, 48/10, 18/13, 8/17, 89/17 i 9/18)

Zakon o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostale odredbe o obveznom osiguranju od odgovornosti FBiH ("Službene novine FBiH" br. 24/05)

Zakon o obveznim osiguranjima u saobraćaju FBiH ("Službene novine FBiH" br. 57/20)

Zakon o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti ("Službeni glasnik Republike Srpske", br. 17/05, 64/06 i 12/09)

Zakona o obaveznim osiguranjima u saobraćaju RS ("Službeni glasnik Republike Srpske", broj: 82/15 od 17. 9. 2015. godine)

Web-izvori

Evropska konvencija o obveznom osiguranju od automobilske odgovornosti https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680065724 (preuzeto dana 27. 4. 2021. godine)

Druga direktiva Vijeća broj 84/5/CEE od 30. decembra 1983. godine o usklađivanju zakona država članica u odnosu na osiguranje od građanskopravne odgovornosti u pogledu upotrebe motornih vozila

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=-CELEX:31984L0005&from=EN (preuzeto dana 27. 4. 2021. godine)

Treća direktiva Vijeća broj 90/232/EEZ od 14. svibnja 1990. o usklađivanju zakona država članica u odnosu na osiguranje od građanskopravne odgovornosti u pogledu upotrebe motornih vozila https://eur-lex.europa.eu/legal content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31990L0232&qid=1619525177324&from=EN (preuzeto 27. 4. 2021. godine)

Četvrta direktiva 2000/26/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. maja 2000. godine o usklađivanju zakona država članica u odnosu na osiguranje od građanskopravne odgovornosti u pogledu upotrebe motornih vozila https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0026&qid=1619525550250&from=EN (preuzeto 27. 4. 2021. godine)

Peta direktiva je Direktiva 2005/14/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. maja 2005. godine o izmjeni direktiva Vijeća 72/166/EEZ, 84/5/EEZ, 88/357/EEZ i 90/232/EEZ te Direktive 2000/26/EZ Europskog parlamenta i Vijeća u odnosu na osiguranje od građanskopravne odgovornosti u pogledu upotrebe motornih vozila https://

eur-lex.europa.eu/legal content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0014&qid=1619525177324&from=EN (preuzeto: 27. 4. 2021. godine)

Direktiva 2009/103/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 16. septembra 2009. godine u odnosu na osiguranje od građanskopravne odgovornosti u pogledu upotrebe motornih vozila i izvršenje obveze osiguranja od takve odgovornosti https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0103&qid=1619523956583&from=EN (preuzeto 27. 4. 2021. godine)

Vesna Lazić, MA iur.
Secretary General
University of Sarajevo
Faculty of Law
v.lazic@pfsa.unsa.ba

THIRD PARTY PROTECTION THROUGH THE GUARANTEE FUND

Summary

Insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles could be briefly defined as the compulsory owner's or possessors' insurance of motor vehicle for damages caused to third parties by the use of a motor vehicle. The main goal of this insurance is to protect the obligors of this insurance from damages caused to third parties by using a motor vehicle in such a way that the insurer assumes the obligation instead. Damage that may occur to third parties through the use of a motor vehicle can occur in the form of motor vehicle damage and bodily injury and death. Insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles allows the injured party to claim compensation directly from the insurer, and allows the injured party not to be materially endangered by this obligation in general. This institute has shown its shortcomings in cases when vehicle owners do not fulfil their legal obligation to conclude a contract or if the damage is caused by an unknown vehicle, because the injured persons remain unprotected. That is the reason for the establishment of this institute.

The paper focuses on the concept of guarantee fund, its competence and organization. After that, it elaborates specific legal solutions in Bosnia and Herzegovina, and points to comparative legal solutions and European Union Law.

Keywords: *motor third party liability insurance, damage caused to third parties by the use of a motor vehicle, protection fund, guarantee fund*

IN MEMORIAM

Dr. sc. Hajrija Sijerčić-Čolić
Redovna profesorica
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
h.sijercic.colic@pfsa.unsa.ba

Prof. dr. Ljubo Bavcon (19. 5. 1924 – 9. 10. 2021)

Ljubo Bavcon je bio zaslužni profesor krivičnog prava na Pravnom fakultetu Univerziteta u Ljubljani. Na vijest o njegovoj smrti u slovenačkim medijima zabilježeno da je "pravnik Ljubo Bavcon, nekadašnji partizanski borac bio jedan od najvećih zagovornika ljudskih prava i sloboda u savremenoj slovenačkoj historiji, da je 1975. godine ustao protiv smrtne kazne, a 1988. izabran za prvog slovenačkog ombudsmena". Odlaskom profesora Bavcona nije izgubila samo slovenačka krivičnopravna nauka i praksa te društvena, kulturna i pedagoška misao. Profesor Bavcon zadužio je mnoge pojedince i zajednice izvan Slovenije i nekadašnje Jugoslavije, jer je jedan od najistaknutijih stručnjaka za krivično pravo, međunarodno krivično pravo i kriminalnu politiku poslije Drugog svjetskog rata, te jedan od najuglednijih i najčešće citiranih autora na području krivičnog prava i međunarodnog krivičnog prava, ne samo u okviru bivše Jugoslavije, već i šire.

O stvaralaštvu profesora Bavcona puno je pisano, a vrijeme koje dolazi bit će prilika da se nastave analizirati njegova progresivna i uvijek aktuelna razmišljanja u onim oblastima ljudskog življenja u kojima se sreću dobro i zlo. U antološkom zborniku: *Izzivi in odzivi: človekove pravice, kriminalitetna politika, kazensko pravo, mednarodno kazensko pravo*[1], naglašeno je da "vezna nit ukupnog traganja i razmišljanja profesora Bavcona vječno upozorava da čovjeku njegova temeljna prava i slobode nije dodijelila niti država, niti vlast", te da su, prema njegovom mišljenju, "nepokolebljivom poštovanju tih prirodno datih vrijednosti svakog pojedinca, među kojima posebno mjesto

[1] Bavcon, Lj. (2006). Izzivi in odzivi: človekove pravice, kriminalitetna politika, kazensko pravo, mednarodno kazensko pravo. Ljubljana. Uradni list Republike Slovenije, 2006, str. VII-VIII.
Za prikaz ovog djela v. Sijerčić-Čolić, H. (2008). Ljubo Bavcon: Izzivi in odzivi: človekove pravice, kriminalitetna politika, kazensko pravo, mednarodno kazensko pravo. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2006. *Pravna misao*, br. 3–4, str. 134–139.

imaju pluralna demokratija, podjela vlasti, tolerancija, vladavina prava i efikasna pravna zaštita ljudskih prava kao kruna demokratske pravne države – naklonjeni samo vrlo rijetki trenuci u historiji čovječanstva!"

Vrlo impozantna bibliografija profesora Bavcona[2] bila bi nepotpuna ako je ne bismo povezali s tipičnim sadržajima koji se vežu uz njegovo ime. Naime, više nego broj djela značajnija je njihova priroda i sadržina. A ona je profesoru Bavconu, bar na području opšteg dijela krivičnog prava, još u bivšoj SFRJ i naročito u Sloveniji, osigurala mjesto među najviše citiranim autorima. Također, člancima i raspravama se već pedesetih godina prošloga vijeka dokazao kao teoretičar kriminalne politike (i uspješno je podigao na nivo nauke), opšteg i posebnog dijela slovenačkog materijalnog krivičnog prava i, također, od samog početka, prava čovjeka (u krivičnom pravu). Vremenom i godinama tim se temama pridružilo još i sistematično proučavanje međunarodnog krivičnog prava, što je predstavljalo, ne samo u Sloveniji nego i šire, u mnogim aspektima pionirsko djelo. Bio je i važan učesnik na području prilagođavanja nastajućim standardima međunarodnog krivičnog prava, što je potaknuto uključivanjem Slovenije u međunarodne integracije (posebno Evropsku uniju); učestvovao je pri oblikovanju posljednjih promjena slovenačkog Ustava, koje su u vezi s uključivanjem Slovenije u međunarodne integracije; s nevjerovatnom marljivošću i strpljenjem se oduvijek opredjeljivao prema progresivnim i opravdanim zahtjevima za promjene slovenačkog krivičnog zakonodavstva; naročito je neumorno i argumentovano odbacivao politički kratkovide zahtjeve po novim inkriminacijama, povećanju kazni i drugih oblika koji predstavljaju širenje represije. Posebno je poznat po upozoravanju na različite pokušaje političkog manipulisanja slovenačke javnosti s pseudonaučnim pozivanjem na različite međunarodne (krivično) pravne dokumente.[3] Zato su njegovi udžbenici, knjige, članci i rasprave aktuelni i danas, bez obzira na protok vremena u odnosu na trenutke njihovog nastajanja, zbog čega će ime profesora Ljube Bavcona zauvijek biti povezano sa slobodoumnim avangardizmom slovenačkog, jugoslovenskog i evropskog krivičnog prava. Njegova argumentovana rasprava o odbijanju primjene smrtne kazne ili njegovo oduševljenje razvojem ideje o Stalnom međunarodnom krivičnom sudu, dragocjeni su dokumenti o vremenu i razvoju krivičnog prava.

Ljubo Bavcon je diplomirao na Pravnom fakultetu u Ljubljani 1951. godine. Nedugo nakon osnivanja Instituta za kriminologiju pri Pravnom fakultetu u

---

[2] Bibliografija prof. dr. Bavcona dostupna je na: https://bib.cobiss.net/bibliographies/si/webBiblio/bib201_20211108_202021_a1506403.html (stranica posjećena 8. 11. 2021).

[3] Opširnije u Predgovoru za Zbornik naveden u bilj. 1., str. XI – XIV.

Ljubljani (1954), kao prvog kriminološkog instituta u nekadašnjoj Jugoslaviji i jednog od prvih u Evropi i svijetu, profesor Bavcon se zaposlio 1955. kao asistent. Svoje studije je nastavio i 1957. diplomirao na Evropskom univerzitetskom centru Univerziteta u Nancyju (Francuska). Iste godine je doktorirao na Pravnom fakultetu u Ljubljani s disertacijom pod naslovom *Kriminalna politika in njene tendencije v socialističkom društvu.* Na Pravnom fakultetu u Ljubljani za vanrednog profesora za krivično pravo izabran je 1961. godine, a 1966. za redovnog profesora. Kao nosilac predmeta Kazneno materijalno pravo, predavao je ne samo na Pravnom fakultetu u Ljubljani, već i na postdiplomskim studijama na drugim pravnim (između ostalog i na Pravnom fakultetu u Sarajevu), zatim na drugim fakultetima Ljubljanskog univerziteta. Bio je poznat kao odličan predavač. Dekan Pravnog fakulteta u Ljubljani bio je od 1969. do 1971. Od 1986. član je Izvršnog odbora Međunarodnog udruženja za novu društvenu odbranu i humanu kriminalnu politiku. U 1988. godini izabran je za predsjednika Savjeta za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Svet za varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin). Univerzitet u Ljubljani mu je 1995. godine dodijelio naziv zaslužnoga profesora, a Grad Ljubljana naziv počasnog građanina 2014.[4]

Krajem sedamdesetih godina prošlog vijeka učestvovao je u pripremama novog krivičnog zakonodavstva tadašnje Jugoslavije, a od 1990. do 1992. vodio je radnu grupu za pripremu Kaznenog zakonika Republike Slovenije. Nakon penzionisanja 1994. aktivno učestvuje u istraživanjima Instituta za kriminologiju. U tom vremenu oblikovao je novu istraživačku i pedagošku disciplinu – međunarodno krivično pravo i objavio dva udžbenika pod tim naslovom (1997. i 2012). Na području krivičnog prava je, između ostalog, sveobuhvatno analizirao pitanja krivične odgovornosti i krivičnih sankcija te je prvi u slovenačkom prostoru razvio ideju o resocijalizaciji kao vodećem načelu izvršavanja krivičnih sankcija uopšte, posebno kazne lišenja slobode.

Na području posebnog dijela krivičnog prava, naročit je doprinos profesora Bavcona u oblikovanju krivičnih djela protiv sigurnosti u saobraćaju, spolne slobode (čime je slovenačko krivično pravo od kraja 70-ih godina prošlog vijeka postalo sinonim za savremeno kretanje na tom području) i ustavnog uređenja. Poznato je njegovo zalaganje na području političkih krivičnih djela koja su u jednopartijskom sistemu zauzimala posebno mjesto. U djelu *Krivičnopravna zaštita države i njenog društvenog uređenja* (*Kazenskopravno varstvo države in njene družbene ureditve*, 1987), profesor Bavcon je, s koautorima, postavio određene kriterije u raspravljanju ovih pitanja, među kojima izdvajamo: temelje društvenog uređenja je moguće štititi samo uz

[4] https://www.slovenska-biografija.si/oseba/sbi1017320/ (stranica posjećena 27. 10. 2021).

puno poštovanja ustavom i međunarodnim dokumentima propisanih prava i sloboda čovjeka; iz zone kažnjavanja mora biti izuzeta sloboda kritičke misli, kao i sve aktivnosti koje predstavljaju nadzor javnosti nad radom nosilaca vlasti; opisano uređenje potrebno je postići dosljednim poštovanjem načela sudske nezavisnosti.

Na području prava čovjeka, profesorova prva djela su objavljena davne 1953. godine. I to će ostati konstanta u njegovom opusu, pa i poslije 1991. U svom javnom djelovanju dosljedno je ustrajavao na stavu da je zaštita prava čovjeka podloga za svako demokratsko društvo i da na kršenje ljudskih prava treba javno upozoravati vlast. To potvrđuje i činjenica da je bio prvi na području krivičnoprave struke koji je 1984. godine javno ukazao na opasnosti političkih krivičnih djela u tadašnjem sistemu i da se zauzimao za ukidanje omraženog člana 133. Krivičnog zakona SFRJ – krivičnog djela neprijateljske propagande.

Na području kriminalne politike oblikovao je širi koncept socijalnopatoloških pojava, u koja je, pored krivičnih djela, uvrstio i prekršaje, zatim, tadašnje, privredne prestupe i neke druge negativne pojave, kao na primjer alkoholizam. Na osnovu njegovih djela iz toga vremena moguće je potvrditi živo zauzimanje za dosljedno poštovanje načela pravne države na području represivnog, a naročito krivičnog prava.

Ovom prilikom želim podsjetiti na tog humanistu, skromnoga čovjeka, odličnog teoretičara i pedagoga, intelektualca, publicistu i borca. Sa zahvalnošću se sjećam prijateljstva i podrške koju mi je profesor Bavcon ukazao, naročito od kraja aprila 1992. godine kada sam zbog rata stigla u Ljubljanu. U posljednjih trideset godina mog naučnoistraživačkog, publicističkog i pedagoškog rada utkano je ne samo znanje koje sam sticala slušajući njegova predavanja te izlaganja na konferencijama i drugim naučnim skupovima, već i kontinuirano učenje profesora Bavcona o važnosti promocije ljudskih prava, kao i njihove zaštite u kontekstu kriminalne politike, krivičnog prava u širem smislu riječi i krivičnog pravosuđa.

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 saopćenje
4. Stručni rad

Pored kategoriziranih radova, u Godišnjaku se također objavljuju prikazi i osvrti, koji ne podliježu recenziji.

Dužina radova za Godišnjak treba biti između 15 i 30 kartica (1 kartica = broj karaktera bez razmaka podijeljen s 1800), osim u slučajevima kada Redakcijski odbor ili glavni urednik donesu odluku da se prihvata tekst dužine mimo zadatih kriterija. Svaki rad treba imati sažetak do 300 riječi s pet do deset ključnih riječi. Sažetak i ključne riječi prevode se na engleski jezik, a prevodioca određuje Redakcijski odbor ili glavni urednik. Svi radovi podliježu lekturi i klasifikaciji radova prema Univerzalnoj decimalnoj klasifikaciji (UDK). Poslani radovi se ne vraćaju.

Glavni tekst i fusnote pišu se stilom Times New Roman. Veličina fonta za glavni tekst je 12, dok je za fusnote 10. Preporučuje se izbjegavanje isticanja teksta (boldiranje, kurziv), osim u slučajevima latinskih izraza i skraćenica (npr. *de lege lata*, *op. cit.*, *et al.* i sl.). Naročito se treba izbjegavati naglašava-

nje kombinacijom navodnika i kurziva (italika) (npr. "*de lege lata*"). Koriste se navodnici "...". Označavanje fusnota slijedi pravilo da broj za fusnotu koji se odnosi na cijelu rečenicu ili sintagmu ide iza znaka interpunkcije (npr. "...dolaze iz Bosne i Hercegovine".[1]) dok se broj stavlja prije interpunkcijskog znaka ili u samom tekstu ukoliko se u fusnoti pojašnjava isključivo taj pojam. Tekst treba biti poravnat – justified (uključujući bibliografiju), a prored je jednoredni (single).

Bibliografski podaci o izvorima koji se citiraju uvijek su na jeziku originala i ne smiju se prevoditi.

Stil prema kojem se citiraju izvori u Godišnjaku Pravnog fakulteta u Sarajevu jeste APA stil citiranja. APA stil je format za citiranje razvijen od strane Američkog udruženja psihologa (APA). Ovaj stil se najčešće koristi u društvenim naukama. Podrazumijeva navođenje referenci **u tekstu**, dok se u fusnotama navode ostale napomene i podaci, ukoliko ih ima. Dakle, u tekstu se navode samo osnovni podaci (Prezime, godina, stranica ukoliko se citira ili navodi tačno određen dio teksta), dok se ostali podaci navode u bibliografiji.

Primjeri

Rad jednog autora

Kada u rečenici spominjemo autora i navodimo njegove riječi, onda poslije imena autora navodimo godinu izdanja citiranog rada u zagradi, a na kraju rečenice potrebno je staviti broj strane na kojoj se nalazi rečenica u tekstu iz kojeg navodimo.

Tako, prema riječima Degana (1970), "regionalne organizacije mogu jedino biti sredstvo za izvršenje prinudnih akcija Vijeća sigurnosti, nikako njihov inicijator, a još manje pokretač" (str. 31).

Kada se autor ne spominje u rečenici, onda njegovo prezime, godinu izdanja rada i broj strane u radu stavljamo u zagrade i na kraj rečenice. Ako je citat nastao parafraziranjem ili rezimiranjem onda podatak o broju strane nije neophodan.

Međutim, da bi se ti ciljevi ostvarili, mehanizam očuvanja mira predviđa nekoliko preduvjeta u međunarodnim odnosima (Degan, 1970).

Ako citat koji navodimo u tekstu sadrži više od 40 riječi ne koristimo navodnike, već citat pišemo u posebnom bloku.

Petrić (2009) tvrdi:

Zanimljivo je da je ovaj projekt nastavljen i nakon odbacivanja Ustava za Europu u Francuskoj i Nizozemskoj, odnosno na samitu u Bruxellesu, iako je politički i ideološki sasvim sigurno tijesno povezan s procesom namjeravanih ustavnih promjena u EU koje su se manifestirale nastojanjem usvajanja Ustava. Naime, ideološka i politička pozadina oba projekta jest jačanje integrativnih procesa u EU, a odbacivanje Ustava i svođenje političkih ambicija na mnogo skromnije okvire novog Reformskog ugovora stvorilo je kod većine aktera i promatrača uvjerenje da će i ostali integrativni procesi biti, ako ne zaustavljeni, onda svakako ozbiljno reducirani. No, projekt je nastavljen, iako su se promjene u političkom okruženju svakako manifestirale na njegov obujam, preferencije i predlagane načine ostvarenja temeljnih ciljeva (str. 474).

Rad dvaju autora

Između prezimena autora se ubacuje znak & ukoliko se autori navode u zagradi.

Kamarić i Festić (2009) tvrde da "norme koje reguliraju položaj službenika..." (str. 159).

U upravno pravo svrstavaju se "norme koje reguliraju položaj..." (Kamarić & Festić, 2009, str. 159).

Rad triju do pet autora

Prilikom prvog navođenja takvog izvora navesti sve autore.

(Rokai, Đere, Pal, & Kasaš, 2002)

Kod kasnijih navođenja ovog izvora navesti samo prvog autora i dodati et al.

(Rokai et al., 1982)

Radovi udruženja, korporacija ili drugih organizacija

Ako je autor rada neka organizacija ili korporacija, onda njen naziv treba staviti u zagrade kao autora tog djela. Ako organizacija ima poznat skraćen naziv, tada ćemo taj skraćeni naziv napisati u uglastim zagradama, nakon punog naziva, u prvom navođenju; svako sljedeće navođenje obilježavat ćemo ovim skraćenim nazivom.

prvo navođenje:

(Akademija nauka i umjetnosti BiH [ANUBiH], 2000)

kasnija navođenja:

(ANUBiH, 2000)

Nepaginirani izvori (bez označenog broja stranica)

Kada citiramo izvor koji ne prikazuje broj strana (kao što su elektronski izvori) koristite broj paragrafa ili naslov odjeljka i broj paragrafa u tom odjeljku:

(Bogić, 2006, para. 5)

(Wild, 2005, Conclusion section, para. 1)

Autori s istim prezimenom

Kod autora s istim prezimenom treba koristiti inicijale imena kako bi bilo jasno o kome je riječ.

Istraživanje koje je proveo J. Đorđević (1978) dovelo je do...

Više referenci istog autora

Ako imamo dvije ili više referenci istog autora iz iste godine, poslije podatka o godini dodajemo slovne oznake “a”, “b”, itd.

(Jacobs, 2005a)

(Jacobs, 2005b)

Dva ili više radova u jednom citatu

Kada navodimo dva ili više radova, onda u zagradi navodimo autore originalnih radova po redu objavljivanja i razdvajamo ih tačkom-zarezom:

Interesantno je da drugi autori, opet, relativizmu suprotstavljaju realizam, naročito jedan njegov vid posebno popularan u epistemiologiji - konvergentni realizam (Sinđelić, 1988; Kirk, 1999).

Veći broj radova istog autora objavljenih u različitim godinama

Tako Hodžić (2002, 2005) navodi...

Iznesen je zaključak (Hodžić, 2002, 2005).

Dva autora različitih radova citirana u istoj rečenici

Šabić (1997) i Hodžić (2000) su...

Sekundarni izvori

Ukoliko se poziva na rad čiji original iz nekog razloga nije bilo moguće pročitati, nego je u radu drugog autora nađena njegova referenca, takav rad je sekundarni izvor.

...ima za cilj da sve međusobne odnose tih zemalja isključi iz nadležnosti svjetske organizacije, čak ako tako dođe i do akata agresije (Shurshalov, 1969, citirano prema Degan, 1970)

Nepoznat autor

U slučajevima kada nije poznat autor nekog rada, koristi se skraćenica Anon. (od Anonymus).

U istoriji prava... (Anon., 1904)

Web-izvori u tekstu

Ukoliko se citira literatura dostupna na internetu, navodi se autor ili naziv organizacije i godina objavljivanja, ukoliko je to poznato. Ako autor nije poznat, u tekstu se navodi Anon. i godina kada je web-stranica postavljena ili ažurirana. Važno je voditi računa da se ne navede datum pristupa web-stranici, već datum objave teksta.

Prema istraživanju o maloljetnim počiniocima krivičnih djela (Agencija za statistiku Bosne i Hercegovine, 2015)...

Istraživanja o počiniocima krivičnih djela (Anon., 2014)...

Bibliografija

APA stil nalaže da naslovi budu poredani tako da prva linija svakog unosa stoji do lijeve margine, a ostale linije da budu uvučene.

Reference trebaju biti poredane po abecednom redoslijedu. Kod naslova na stranim jezicima koji počinju s određenim ili neodređenim članovima ("a", "the", "Die", ...), član se zanemaruje. Isto tako, ako neki naslov počinje brojem, taj broj pišemo slovima.

Navođenje referenci u bibliografiji

Knjige

Knjiga jednog autora

Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). *Naslov djela: podnaslov*. Mjesto izdanja: naziv izdavača.

Tomić, Z. (2007). *Krivično pravo I: krivično djelo.* Sarajevo: Pravni fakultet.

Knjiga s više izdanja (ne navodi se ako ima samo jedno izdanje)

Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). *Naslov djela: podnaslov* (br. izdanja). Mjesto izdanja: naziv izdavača.

Sijerčić-Čolić, H. (2008). *Krivično procesno pravo. Knj. 1, Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje* (2. dopunjeno i izmijenjeno izd.). Sarajevo: Pravni fakultet.

Knjiga više autora

Kada imamo više autora navodimo ih sve, s tim što prije posljednjeg prezimena dodajemo ampersend (&). Ako imamo više od sedam autora, navodimo prvih šest, zatim pišemo tri tačke, i na kraju posljednjeg autora.

Prezime autora, inicijal(i) imena, & prezime, inicijal(i) (godina izdanja). *Naslov djela: podnaslov*. Mjesto izdanja: naziv izdavača.

dva autora:

Đorđević, S., & Mitić, M. (2000). *Diplomatsko i konzularno pravo*. Beograd: Službeni list SRJ.

četiri autora:

Rokai, P., Đere, Z., Pal, T., & Kasaš, A. (2002). *Istorija Mađara*. Beograd: Clio.

Knjiga, prijevod djela

Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). *Naslov djela*. (Inicijal(i) imena prezime, prev.). Mjesto izdanja: naziv izdavača.

Spic, E. H. (2011). *Umetnost i psiha: studija o psihoanalizi i estetici.* (A. Nikšić, prev.). Beograd: Clio.

Knjiga s urednikom ili priređivačem, zbornik radova

Ako je knjiga zbornik radova s nekog naučnog skupa ili na neku odgovarajuću temu, kao autora navodimo priređivača tog djela i uz njegovo prezime i inicijal imena u zagradi dodajemo "ured." ako je urednik, ili "prir." ako je priređivač, ili pak "Ed." kao editor ako je knjiga pisana na stranom jeziku.

Prezime autora, inicijal(i) imena (ured.) (godina izdanja). *Naslov djela*. Mjesto izdanja: naziv izdavača.

Prezime autora, inicijal(i) imena (Ed.) (godina izdanja). *Naslov djela*. (Inicijal(i) imena prezime, prev.). Mjesto izdanja: naziv izdavača.

Đurković, M. (ured.) (2007). *Srbija 2000-2006: država, društvo, privreda*. Beograd: Institut za evropske studije.

Doktorske disertacije

Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). *Naslov djela* (doktorska disertacija). Naziv institucije.

Izmirlija, M. (2014). *Transformacija funkcija moderne države* (doktorska disertacija). Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.

Članci i prilozi

Članak u zborniku

Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). Naslov odjeljka ili članka. U: Inicijal(i) imena Prezime, (priredio), *Naslov djela* (str. broj strana). Mjesto izdanja: naziv izdavača.

Radović, Z. (2007). Donošenje ustava. U: M. Đurković (ured.). *Srbija 2000-2006: država, društvo, privreda* (str. 27–38). Beograd: Institut za evropske studije.

Članak iz naučnog časopisa

Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). Naslov članka. *Naslov časopisa*, godište (broj), opseg strana.

Gradaščević-Sijerčić, J. (2012). Pravci razvoja radnog zakonodavstva u BiH. *Pravni savjetnik*, I (1), 65–73.

Članak iz magazina

Članak iz magazina ima isti format kao kad opisujemo članak iz naučnog časopisa, osim što dodajemo podatak o mjesecu (ako izlazi mjesečno), i podatak o danu (ako izlazi sedmično).

Bubnjević, S. (2009, decembar). Skriveni keltski tragovi. *National Geographic Srbija*, 38, 110–117.

Članak iz novina

Za prikaz ovih izvora treba dodati podatak o godini, mjesecu i danu za dnevne i sedmične novine. Također, koristiti "str." (ili "p." ako su novine na stranom jeziku) kod broja strana.

Mišić, M. (1. feb. 2012). Ju-Es stil smanjio gubitke. *Politika*, str. 11.

A ako se ne spominje autor članka:

Straževica gotova za dva meseca. (1. feb. 2012). *Politika*, str. 10.

Članak iz enciklopedije

Kinni, T. B. (2004). Disney, Walt (1901-1966): Founder of the Walt Disney Company. U *Encyclopedia of Leadership* (God. 1, str. 345-349). Thousand Oaks, CA: Sage Publications.

Online izvori

Članak iz *online* naučnog časopisa

Stankov, S. (2006). Phylogenetic inference from homologous sequence data: minimum topological assumption, strict mutational compatibility consensus tree as the ultimate solution. *Biology Direct*, 1. Preuzeto sa http://www.biology-direct.com/content/1/1/5

Web-stranice

Podatak o godini se odnosi na datum kreiranja, datum copyrighta, ili datum posljednje promjene.

Kraizer, S. (2005). *Safe child*. Preuzeto 29. februara 2008, sa http://www.safechild.org/

Članak iz *online* enciklopedije

Containerization. (2008). U *Encyclopædia Britannica*. Preuzeto 29. februara 2008, sa http://search.eb.com

Zakoni

Naziv zakona, naslov publikacije u kojoj je zakon objavljen, broj, godina.

Zakon o javnim nabavkama. Službeni glasnik BiH, 39/14.

Izjava o etičnosti i savjesnosti Godišnjaka Pravnog fakulteta u Sarajevu

Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu je akademski naučni časopis koji se pridržava najviših standarda etike uredničkog rada, načela Etičkog kodeksa Univerziteta u Sarajevu, kao i načela Kodeksa ponašanja za urednike časopisa Komisije za izdavačku etiku (The COPE Code of Conduct for Journal Editors). Iskrenost, originalnost i poštenje od strane autora, kao i pravičnost, objektivnost i povjerljivost od strane urednika i recenzenata, vrijednosti su na kojima se zasniva uređivanje i izdavanje Godišnjaka Pravnog fakulteta u Sarajevu.

Kako bismo čitalačkoj publici ponudili kvalitetan sadržaj, navodimo sljedeća načela etike uredničkog rada kojih se moraju pridržavati autori, recenzenti i izdavač Godišnjaka.

Ukoliko se otkrije da rad predat za objavljivanje ne odgovara ovim načelima, neće biti objavljen u Godišnjaku.

Radovi podliježu dvostrukoj anonimnoj recenziji (double-blind peer review). Kroz proces recenziranja i uređivanja, prati se mogućnost plagiranja i falsificiranja sadržaja. U slučaju plagiranja, Redakcijski odbor izvještava autora o tome, te poduzima druge mjere.

Autori radova moraju jamčiti za izvornost objavljenih radova. Od autora se očekuje da riječi drugih autora, saradnika ili izvora adekvatno obilježe referencama. Autori koji predaju radove za Godišnjak moraju garantirati da su radovi njihovo originalno autorsko djelo, te da ni dijelovi, niti cijeli rad, nisu plagirani bez navođenja korištenih izvora. Bilo koji dio rada koji predstavlja citat ili parafrazu tuđih riječi ili djela, mora biti obilježen referencom odakle je preuzet. Autori bi trebali skrenuti pažnju na potencijalne finansijske ili druge sukobe interesa koji bi mogli utjecati na rezultate ili interpretaciju njihovih radova. Ukoliko autor otkrije grešku u radu, dužan je o tome obavijestiti Redakcijski odbor Godišnjaka, te pružiti podršku kako bi se greška odstranila ili rad povukao. Autori su također dužni radove ispraviti u skladu s preporukama recenzenata, kako bi se osigurala kvaliteta radova. Svi radovi se predaju u elektronskoj formi.

Izdavač osigurava dvostruku anonimnu recenziju radova predatih za objavljivanje u Godišnjaku. Nastojat će spriječiti bilo kakav potencijalni sukob interesa između autora i izdavača. Izdavač također garantira da će podatke vezane za predate radove držati u tajnosti do objavljivanja, a ukoliko rad ne

ispuni kriterije za objavljivanje, podaci ostaju trajno tajni. Izdavač zadržava pravo da provjerava da li su radovi originalni bilo kojim sredstvima (programima za otkrivanje plagijata i sl.).

Izdavač nastoji zadovoljiti potrebe autora i čitatelja, te stalno radi na poboljšanju kvalitete publikacije. Procesom recenziranja od strane renomiranih recenzenata osigurava kvalitetu radova koji se objavljuju u Godišnjaku. Izdavač osigurava autorima slobodu izražavanja. Izdavač je uvijek spreman naknadno objaviti ispravke, pojašnjenja ili izvinjenja, ukoliko je to potrebno.

Urednik poduzima opravdane mjere ukoliko su mu prezentirane etičke pritužbe na rad predat za objavljivanje ili već objavljeni rad, u suradnji s Redakcijskim odborom. Te mjere će uključivati kontaktiranje autora uz jasno objašnjenje zaprimljenih pritužbi, ali mogu takođe uključivati i komunikaciju s nadležnim institucijama i istražnim tijelima. Ukoliko se pritužba pokaže istinitom, izdavač povlači rad bez objavljivanja, ili u narednom broju štampa ispravku, izražavanje zabrinutosti ili neku drugu relevantnu napomenu. Svako prijavljeno neetičko ponašanje u odnosu na objavljene radove uredništvo je dužno provjeriti, bez obzira na to kada je rad objavljen.

Recenzenti radove ocjenjuju anonimno na osnovu sadržaja bez obzira na etničko porijeklo, spol, seksualnu orijentaciju, državljanstvo, religijska uvjerenja ili političku filozofiju autora. Dužni su da sve informacije o predatim rukopisima drže u tajnosti te da obavijeste glavnog urednika ukoliko primijete da autori krše autorska prava ili je njihov rad plagijat. Radove ocjenjuju objektivno i svoju ocjenu jasno obrazlažu u obrascu za recenziju. Ukoliko recenzent primijeti da nije kvalificiran ocijeniti rad ili da nije u mogućnosti ocijeniti ga, dužan je o tome obavijestiti glavnog urednika.

ISSN 0581-7471